



ZfR

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

Band 7

Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre

15. Jahrestagung des Zentrums
für Rechtsetzungslehre



Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)

Felix Uhlmann (Hrsg.)

Band 7

Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre

15. Jahrestagung des Zentrums
für Rechtsetzungslehre



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.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen

ISBN 978-3-03751-898-4

www.dike.ch

Vorwort

Das Legalitätsprinzip ist ein Schlüsselprinzip des Rechtsstaates. Es ist für Rechtsanwendung und Rechtsetzung gleichermassen wichtig. Gesetz- und Verordnungsgeber stehen vor der schwierigen Aufgabe, eine Rechtsregel auf der richtigen Stufe (Gesetz, Verordnung) in hinreichender Bestimmtheit zu erlassen. Tun sie dies nicht, besteht das Risiko einer gerichtlichen Aufhebung und einer daraus entstehenden, allenfalls empfindlichen Regelungslücke. Wird dagegen auf zu hoher Stufe zu dicht normiert, besteht die Gefahr einer unflexiblen Regelung, die in raschen Abständen revidiert werden muss. Der 7. Band des ZfR beleuchtet das Legalitätsprinzip aus dem Blickwinkel der Wissenschaft sowie der Gerichts- und der Rechtsetzungspraxis. Besondere Berücksichtigung finden typische Problemfelder wie staatliche Ausgaben, Sanktionen, Gebühren, Verwaltungsorganisation sowie die sprachliche Umsetzung.

Inhaltsübersicht

Das Legalitätsprinzip – Überlegungen aus dem Blickwinkel der Wissenschaft 7

Felix Uhlmann

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

Florian Fleischmann

lic. iur., Assistent am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre von Prof. Dr. iur. Felix Uhlmann, Universität Zürich

Das Legalitätsprinzip – Überlegungen aus dem Blickwinkel des Bundesgerichts 31

Heinz Aemisegger

Dr. iur. Dr. h.c., alt Bundesgerichtspräsident

Der diskrete Charme des Legalitätsprinzips 61

Martin Wyss

Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Bern; stellvertretender Chef des Fachbereichs 2 für Rechtsetzung im Bundesamt für Justiz

Die (unzureichende) gesetzliche Grundlage für staatliche Ausgaben 101

August Mächler

Prof. Dr. iur., Titularprofessor für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre, Universität Zürich; Vorsteher des Rechts- und Beschwerdedienstes, Sicherheitsdepartement des Kantons Schwyz

Die gesetzliche Grundlage für verwaltungsrechtliche Sanktionen 117

Eva Vontobel-Lareida

Dr. iur., Leiterin des Gesetzgebungsdienstes des Kantons Zürich

Die gesetzliche Grundlage für staatliche Gebühren 129

Marcel Bolz

Dr. iur., Leiter des Rechtsdienstes des Regierungsrates des Kantons Aargau

Die gesetzliche Grundlage für die Verwaltungsorganisation 135

Stefan Vogel

Prof. Dr. iur., Titularprofessor für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Verwaltungswissenschaft, Universität Zürich; Leiter Recht & Umwelt Flughafen Zürich AG

Das Legalitätsprinzip in der Gesetzessprache 143

Stefan Höfler

Ph.D., Leiter Forschungsbereich Rechtslinguistik am Zentrum für Rechtsetzungslehre, Universität Zürich

Das Legalitätsprinzip – Überlegungen aus dem Blickwinkel der Wissenschaft

Felix Uhlmann / Florian Fleischmann

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	8
II.	Verfassungsrechtliche Grundlagen	9
	1. Gesetzesvorrang und Gesetzesvorbehalt	9
	2. Erfordernis der Gesetzesform	10
	3. Erfordernis des Rechtssatzes	12
III.	Wirkungsbereich des Legalitätsprinzips	14
	1. Ungedeckter Einzelakt	14
	2. Ungenügende gesetzliche Grundlage	14
	3. Ungenügendes Ordnungsrecht	15
IV.	Gesetzesdelegation	15
	1. Die «klassischen» Voraussetzungen	15
	2. Die Zweifelsfragen	17
V.	Sonderfälle	21
	1. Legalitätsprinzip im Abgaberecht	21
	2. Legalitätsprinzip in der Aussenpolitik	21
	3. Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung	21
	4. Legalitätsprinzip und administrative Hilfstätigkeit	21
	5. Legalitätsprinzip im Sonderstatusverhältnis	22
	6. Legalitätsprinzip und Benutzung öffentlicher Sachen	23
	7. Polizeiliche Generalklausel	23
VI.	Verfahrensrechtliche Fragen	24
	1. Legalitätsprinzip als verfassungsmässiges Recht?	24
	2. Begrenzung aufgrund von Art. 190 BV	25
	3. Verfahrensrecht als «Kompensation» einer zu offenen Grundlage?	25
VII.	Fazit	26
	Literaturverzeichnis	27

I. Einleitung

Das Legalitätsprinzip ist ein zentrales Element des Rechtsstaats.¹ Seine Funktionsweise ist in der Schweiz interessanterweise in jüngerer Vergangenheit nicht intensiv untersucht worden. Diese «Ruhe» ist trügerisch. Wohl sind verschiedene Grundlegungen des Legalitätsprinzips heute unbestritten, doch erscheinen durchaus wichtige Fragen klärungsbedürftig.

Zum Grundverständnis des Legalitätsprinzips schweizerischer Prägung gehören zwei Hauptforderungen. Diese bilden sozusagen die beiden Seiten der Medaille, die zusammen den Inhalt des Legalitätsprinzips ausmachen. Es sind dies die Voraussetzungen der hinreichenden Dichte einer Bestimmung und die Verwendung der richtigen Normstufe. Die erste Voraussetzung wird gemeinhin als «Erfordernis des Rechtssatzes» bezeichnet, die zweite als «Erfordernis der Gesetzesform».²

Das *Erfordernis des Rechtssatzes* bedeutet, dass eine Norm «so präzise formuliert sein [muss], dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann».³ Folgen von Gesetzen müssen für Bürgerinnen und Bürger vorhersehbar sein. Eine hinreichende Bestimmtheit ist auch ein Gebot der Rechtssicherheit.⁴ Das Erfordernis des Rechtssatzes kommt auf alle Normen zur Anwendung und erfüllt wesentliche *rechtsstaatliche Anliegen*.⁵

Demgegenüber ist das *Erfordernis der Gesetzesform* einem *demokratischen Anliegen* verpflichtet.⁶ Der Gesetzgeber (und damit potentiell die Stimmberechtigten über ein Referendum) soll sich zu wesentlichen gesetzgeberischen Entscheidun-

¹ Vgl. statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 328 ff.; vgl. auch BGE 141 II 169, 171, E. 3.1 m.w.H. Das Legalitätsprinzip hat seine Grundlage denn auch in Art. 5 Abs. 1 BV, der den Titel «Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns» trägt.

² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 338 ff. und 350 ff. Hingegen sprechen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 2, 15, 16 ff. und 19 ff., von drei Voraussetzungen: dem Erfordernis des Rechtssatzes, dem Erfordernis der genügenden Normstufe und dem Erfordernis der genügenden Normdichte. Sachliche Unterschiede bestehen zwischen diesen beiden Terminologien jedoch kaum (so explizit auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 8).

³ BGE 109 Ia 273, 283, E. 4d. Vgl. aus der neueren bundesgerichtlichen Praxis auch BGE 139 I 280, 284, E. 5.1; 138 IV 13, 20, E. 4.1; 136 I 87, 91, E. 3.1.

⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 340 und 343.

⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 340.

⁶ BIAGGINI, Art. 5 N 9; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 351.

gen aussprechen. Deshalb sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form eines Gesetzes zu erlassen.⁷ Entscheidend ist die Wahl der richtigen Normstufe.

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen

1. Gesetzesvorrang und Gesetzesvorbehalt

Anstelle der heute üblichen Inhalte «Erfordernis des Rechtssatzes» und «Erfordernis der Gesetzesform» findet sich teilweise auch eine Charakterisierung des Legalitätsprinzips mit den Geboten «Gesetzesvorrang» respektive «Vorrang des Gesetzes» und «Gesetzesvorbehalt» beziehungsweise «Vorbehalt des Gesetzes».⁸ Damit soll einerseits gesagt werden, dass Massstab und Schranke der Verwaltungstätigkeit das Gesetz ist («Vorrang des Gesetzes»). Verwaltungstätigkeiten dürfen nicht gegen das Gesetz verstossen. Andererseits muss sich Verwaltungshandeln auf Gesetzesrecht stützen können. Hierzu wird der Begriff «Vorbehalt des Gesetzes» verwendet.⁹

Aufgrund der Tatsache, dass heute sämtliches Verwaltungshandeln inklusive der Leistungsverwaltung auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruhen muss und es in diesem Sinne keine «freien» Verwaltungstätigkeiten gibt, die zulässig wenn nicht gesetzeswidrig sind,¹⁰ kommt der Unterscheidung für das konkrete Handeln der Verwaltungsbehörden keine wesentliche Bedeutung mehr zu. Heute bringt der Gesetzesvorrang im Wesentlichen noch die *Normen-*

⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 350.

⁸ Vgl. etwa BIAGGINI, Art. 5 N 7, 8 ff., 12 f.; EPINEY in: BSK BV, Art. 5 N 39, 40 ff., 51 ff.; IMBODEN/RHINOW, Bd. I, S. 352 f.; differenziert GYGI, S. 75.

⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 325 und 336. So wird etwa auch in der westschweizerischen Literatur unterschieden zwischen «la suprématie de la loi» einerseits und «la réserve de la loi», «l'exigence d'une base légale» resp. «le principe de la base légale» andererseits (vgl. dazu AUBERT/MAHON, Art. 5 N 8; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Rz. 1824 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 470 ff., 474 ff., 499 ff., 512 ff.; KNAPP, Rz. 462 ff., 468 ff.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 621 ff., 649 ff.; ROUILLER, S. 8 ff., 13 ff.; TANQUEREL, Rz. 448, 467 ff., 476 ff.). Auch in der deutschen Lehre wird die Gesetzmässigkeit der Verwaltung mit dem Begriffspaar «Vorrang des Gesetzes» und «Vorbehalt des Gesetzes» umschrieben (vgl. statt vieler MAURER, § 6 Rz. 1). Vgl. ausführlich zur Terminologie zudem TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 8 f.

¹⁰ Vgl. dazu ausführlich HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 378 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 22 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 1277 ff.

hierarchie zum Ausdruck, dass also namentlich das Verordnungsrecht dem Gesetz zu entsprechen hat. Anleihen an die Unterscheidung Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes finden sich auch in Art. 5 Abs. 1 BV, wonach Grundlage und Schranke des staatlichen Handelns das Recht ist. Eine Bedeutung für das Verständnis des Legalitätsprinzips hat diese Umschreibung in der Verfassung indes nicht. Aus diesem Grund wird im Folgenden auf die Unterscheidung verzichtet.

2. Erfordernis der Gesetzesform

Bei den Quellen des Legalitätsprinzips ist auf Bundesebene neben Art. 5 BV insbesondere Art. 164 BV zu erwähnen. Art. 164 BV wirft verschiedene Fragen auf, auf die im Einzelnen zurückzukommen sein wird.¹¹ In der Kurzfassung bedeutet Art. 164 Abs. 1 BV, dass «Wichtiges» ins Gesetz gehört.

Nicht so eindeutig ist die mögliche Unterscheidung im Verfassungstext zwischen «wichtigen» und «grundlegenden» Bestimmungen. Rechtsetzungstechnisch bedeuten gleiche Begriffe das Gleiche, unterschiedliche Begriffe Unterschiedliches. Dies würde bedeuten, dass Wichtiges und Grundlegendes nicht identisch sein können, doch eine sinnvolle Abgrenzung zwischen den Begriffen ist kaum auszumachen. Unseres Erachtens sind die Begriffe «wichtig» und «grundlegend» in Art. 164 BV gleich zu verstehen;¹² die Meinung ist aber nicht unbestritten.¹³

Unbestritten bei Art. 164 BV ist, dass die Aufzählung nicht eigentliche Wichtigkeitskriterien beschreibt, sondern in nicht abschliessender Weise Bereiche angibt, wo solche wichtigen (oder eben grundlegenden Bestimmungen) zu finden sind. Die Verfassung nennt «wichtigkeitssensible» Bereiche.¹⁴ Wie nützlich dies ist, sei dahingestellt. Lehre und Praxis leiten aus dem Katalog in Art. 164 Abs. 1 BV nur wenig ab.

¹¹ Vgl. dazu hinten, S. 17 (IV., 2.).

¹² Gl.M. AUBERT/MAHON, Art. 164 N 24; BIAGGINI, Art. 164 N 3; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 230; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 2729; TSCHANNEN, § 45 Rz. 24; TSCHANNEN in: SGK BV, Art. 164 N 13; WYTTENBACH/WYSS in: BSK BV, Art. 164 N 23; a.M. etwa SÄGESSER, Erlassformen, S. 685, und differenzierend auch KAUFMANN, S. 637 ff.

¹³ Vgl. zu dieser Kontroverse in der Lehre die Darstellung bei KAUFMANN, S. 637 ff.

¹⁴ BIAGGINI, Art. 164 N 5; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 229; TSCHANNEN, § 45 Rz. 24; TSCHANNEN in: SGK BV, Art. 164 N 11; WYTTENBACH/WYSS in: BSK BV, Art. 164 N 22.

Für eine materielle Annäherung an den Begriff der Wichtigkeit haben Lehre¹⁵ und Rechtsprechung¹⁶ verschiedene Kriterien entwickelt. Zu nennen sind Eingriffsintensität, Zahl der Betroffenen, finanzielle Auswirkungen, Akzeptanz und politische Bedeutung. Gegen die Wichtigkeit bzw. gegen die Notwendigkeit einer Regelung auf Gesetzesstufe werden – mindestens implizit – Eignung und Flexibilität angeführt, was bedeutet, dass eine Regelung auf Verordnungsstufe eher akzeptabel ist, wenn ein Bedürfnis nach Flexibilität besteht, etwa in technischen Bereichen.¹⁷ Die übrigen Kriterien werden von der Praxis kumulativ im Sinne einer Gesamtbetrachtung angewendet, wobei schon ein einzelnes Kriterium die Gesetzesform notwendig machen kann.¹⁸ Diese Prüfung ist die Essenz von Art. 164 Abs. 1 BV. Die Kantone haben oft ähnliche Umschreibungen, bedienen sich teilweise aber auch materieller Umschreibungen der Wichtigkeit.¹⁹

Art. 5 und Art. 164 BV sind nicht die einzigen Stellen in der Bundesverfassung, welche das Legalitätsprinzip aufnehmen. Zu nennen ist Art. 36 BV, welcher das Legalitätsprinzip für Grundrechtseinschränkungen besonders hervorhebt. Für schwerwiegende Einschränkungen wird ausdrücklich die Gesetzesform verlangt (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV), ausgenommen sind die Fälle der polizeilichen Generalklausel (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV). Eine weitere Sonderbestimmung findet sich in Art. 127 BV. Diese Norm steht unter den Grundsätzen der Besteuerung, wird aber grundsätzlich auch für das Abgaberecht angewendet.²⁰ Verlangt wird bei der Ausgestaltung von Steuern, dass Subjekt, Steuerobjekt und Bemessungsgrundlage in den Grundzügen im Gesetz selbst zu regeln sind. Beide Sonderbestimmungen (Grundrechtseinschränkungen, Steuer- bzw. Abgaberecht) betreffen somit die Frage der Gesetzesform. Zum Ausdruck kommt dies mit der Wendung «im Gesetz» oder «das Gesetz», womit die Verfassung nicht

¹⁵ Vgl. etwa BIAGGINI, Art. 164 N 6; EICHENBERGER, Rechtssetzungsfunktion, S. 21 f. Fn. 22; FEUZ, S. 101 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 354; GEORG MÜLLER, S. 110 ff.; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 230 ff.; TSCHANNEN, § 45 Rz. 23; TSCHANNEN in: SGK BV, Art. 164 N 7; WYTTENBACH/WYSS in: BSK BV, Art. 164 N 9.

¹⁶ Vgl. u.a. BGE 134 I 322, 330, E. 2.6.3; 133 II 331, 347, E. 7.2.1; 131 II 13, 26, E. 6.3; 130 I 1, 7 f., E. 3.4.2.

¹⁷ Vgl. statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 359; BGE 132 I 7, 9, E. 2.2; 131 II 13, 29 f., E. 6.5.1.

¹⁸ Vgl. dazu MÜLLER/UHLMANN, Rz. 232 m.w.H. auf die Praxis des Bundesgerichts.

¹⁹ So etwa die Verfassungen der Kantone Appenzell Ausserrhoden, Bern und Zürich (vgl. dazu MÜLLER/UHLMANN, Rz. 235 f.). Zur Regelung im Kanton Bern vgl. zudem KÄLIN, S. 136 ff., insbesondere S. 140 f.; zu derjenigen im Kanton Zürich HAUSER in: Kommentar KV/ZH, Art. 38 N 12 ff., insbesondere N 15.

²⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 334.

den Rechtssatz, sondern eine vom Gesetzgeber erlassene Norm meint. Die Unterscheidung zwischen «Gesetz im materiellen Sinne» (Rechtsnorm) und «Gesetz im formellen Sinne» (Gesetz) wird heute nur noch selten verwendet.²¹

3. Erfordernis des Rechtssatzes

Für das Erfordernis des Rechtssatzes finden sich auf Verfassungsebene keine präzisierenden Bestimmungen.²² Die Beschaffenheit einer Norm wird in der Bundesverfassung nicht angesprochen bzw. nur in der sehr allgemeinen Form gemäss Art. 5 Abs. 1 BV. Gleichwohl ist die Voraussetzung des Erfordernisses des Rechtssatzes von vergleichbarer Tragweite wie das Erfordernis der Gesetzesform.

Das Erfordernis des Rechtssatzes ist nicht nur betreffend seine Grundlage schwerer zu fassen. Auch eine inhaltliche Annäherung ist anspruchsvoll. Eine bezeichnende Formulierung findet sich in BGE 131 II 13 ff.:

«Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Der Bestimmtheitsgrad hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab [...]. Für den Bestimmtheitsgrad sind auch die Flexibilitätsbedürfnisse zu beachten.»²³

Diese Formulierung macht klar, dass die Prüfung *stark vom Einzelfall* abhängt. Das Bundesgericht ist zurückhaltend betreffend eine abstrakte Annäherung.

Die inhaltlichen Kriterien erscheinen ähnlich wie die Wichtigkeitskriterien, gehen aber teilweise darüber hinaus. So betrifft etwa die Frage nach der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte mehr eine technisch-praktische Frage. Ähnliches gilt für die Berücksichtigung der Komplexität und Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung. Der Bedarf nach Ermessen setzt die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit herab.

²¹ Vgl. immerhin die Legaldefinition in Art. 3 lit. j DSG; vgl. zudem DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 279 f. und 281 ff.; KNAPP, Rz. 263 ff. und 275 ff.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 52 und 467 ff.; TANQUEREL, Rz. 294 ff. und 305 ff.; TSCHANNEN, § 45 Rz. 3 f. und 5 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 13 Rz. 2 und 7.

²² So auch MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 653.

²³ BGE 131 II 13, 29, E. 6.5.1.

Weniger klar erscheint die Formulierung, dass der erforderliche Bestimmtheitsgrad von den Normenadressaten abhängen soll. Sollte damit gemeint sein, dass das Gesetz umso unvorhersehbarer festgelegt werden darf, je sachkundiger die Adressaten sind, wäre dies wohl kaum zu rechtfertigen. Zutreffend erscheint, dass sachkundigen Personen eher zuzumuten ist, die Vorhersehbarkeit nicht nur aus dem Gesetzestext abzuleiten, sondern auch aus Praxis, Materialien etc. Gemeint sein kann auch, dass sachkundigen Personen ein Text mit schlechterer Lesbarkeit und damit Vorhersehbarkeit vorgesetzt werden kann. Eine solche Lesart kontrastiert allerdings mit der Auffassung, dass jedes Gesetz für jedermann lesbar und damit gleich gut vorhersehbar sein sollte.²⁴

Zum Kriterienkatalog des Bundesgerichts ist auch zu bemerken, dass die Einzelkriterien durchaus *gegenläufig* sein können. Das Polizeirecht ist ein gutes Beispiel. Auf der einen Seite gibt es kaum schwerere Eingriffe als im Polizeirecht, was dafür spricht, möglichst viel auf Gesetzesstufe festzulegen. Auf der anderen Seite sind die Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte und die Möglichkeit der Vorhersehbarkeit wahrscheinlich in wenigen Bereichen so schwierig wie im Polizeirecht.²⁵ Dieses Spannungsverhältnis erklärt vielleicht auch, weshalb wichtige Bestimmungen lange Zeit auf sehr niedriger Normstufe (wenn überhaupt) geregelt wurden, bis geradezu schlagartig eine «Hochstufung» gleich auf Gesetzesstufe erfolgte. Zu denken ist etwa an die Regelung des Schusswaffengebrauchs.

Das Polizeirecht ist auch ein gutes Beispiel dafür, wie schwierig es ist, den Grad der erforderlichen Bestimmtheit abstrakt festzulegen, wie das Bundesgericht dies festhält.²⁶ In der Tat bedarf jede einzelne Norm einer sorgfältigen Analyse, wenn ihre Gültigkeit unter dem Legalitätsprinzip geprüft werden soll.

III. Wirkungsbereich des Legalitätsprinzips

Für Einordnung und Verständnis des Legalitätsprinzips schweizerischer Prägung ist wesentlich, dass dieses einen *umfassenden Wirkungsbereich* aufweist. Auch

²⁴ Vgl. ausführlich zur Adressatengerechtigkeit MÜLLER/UHLMANN, Rz. 312 ff.

²⁵ Vgl. generell zu dieser Problematik HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2576, sowie BGE 136 I 87, 90 f., E. 3.1.

²⁶ So etwa in BGE 136 I 87, 90, E. 3.1.

wenn Einschränkungen bestehen, auf die zurückzukommen sein wird,²⁷ wird jedes staatliche Handeln erfasst.²⁸

Im Einzelnen können folgende Konstellationen unterschieden werden:

1. Ungedeckter Einzelakt

Einzelakte müssen sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützen. Art. 5 Abs. 1 BV bringt dieses Paradigma zum Ausdruck; Grundlage staatlichen Handelns ist das Recht.

Dies ist rechtsvergleichend die geläufigste Ausprägung des Legalitätsprinzips.²⁹ Sie überschneidet sich mit den Grundprinzipien richtiger Auslegung. Falsch angewendetes Recht ist ein – untaugliches – Surrogat für fehlendes Recht. Das Legalitätsprinzip verlangt für staatliches Handeln eine genügend bestimmte Norm auf hinreichender Stufe. Im Umkehrschluss verbietet es Handeln des Staates, dem eine hinreichende Abstützung fehlt.

2. Ungenügende gesetzliche Grundlage

Weniger selbstverständlich ist, dass mit dem Legalitätsprinzip auch *die gesetzliche Grundlage* in Frage gestellt werden kann. Eine gesetzliche Grundlage, d.h. eine einzelne Gesetzesbestimmung, muss hinreichend bestimmt sein, damit sich staatliches Handeln im Einzelfall auf diese Grundlage stützen kann. Ist die gesetzliche Grundlage zu offen, zu unbestimmt, zu «wolkig», hat sie unter dem Legalitätsprinzip keinen Bestand bzw. verstösst sie gegen das Legalitätsprinzip. Das Legalitätsprinzip stellt mit anderen Worten nicht nur Anforderungen an das staatliche Handeln im Einzelfall, sondern auch an das Gesetz selbst. Massstab der Prüfung ist das Erfordernis des Rechtssatzes.

²⁷ Vgl. dazu hinten, S. 25 (VI., 2.).

²⁸ HÄFFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 378 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 22 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 1277.

²⁹ Vgl. dazu etwa BELL, S. 1271 f.; SEERDEN, S. 380.

3. Ungenügendes Verordnungsrecht

Da sich das Legalitätsprinzip sowohl gegen den Einzelakt wie auch gegen die gesetzliche Grundlage richten kann, ist naheliegend, dass davon nicht nur eine Grundlage im Gesetz, sondern auch in der Verordnung erfasst wird. Auch eine Verordnung kann zu offen und zu unbestimmt sein und dadurch das Erfordernis der Gesetzesform verletzen. Es kann aber auch sein, dass die Verordnung nicht in Übereinstimmung mit dem Gesetz ist oder sich Regelungsinhalte anmasst, die dem Gesetzgeber vorbehalten sind. Eine Verordnung kann sowohl unter dem Erfordernis der Gesetzesform als auch unter dem Erfordernis des Rechtesatzes geprüft werden.

Das Legalitätsprinzip zielt auf die Schnittstelle zwischen Gesetz und Verordnung. Damit sind die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation angesprochen, auf die sogleich einzugehen ist.

Vorab ist festzuhalten, dass das Legalitätsprinzip *jede Stufe der Rechtsverwirklichung* beschlagen kann. Bei der Verletzung des Legalitätsprinzips ist zu prüfen, ob der Einzelakt, die Verordnung oder das Gesetz beanstandet werden oder ob mehrere Beanstandungen vorliegen. Die Fragen überlagern sich teilweise, doch sollten sie in der Analyse auseinandergehalten werden.

IV. Gesetzesdelegation

1. Die «klassischen» Voraussetzungen

Die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation hat das Bundesgericht bereits vor Jahrzehnten entwickelt: Eine Gesetzesdelegation ist zulässig, wenn sie nicht durch die Verfassung ausgeschlossen ist, in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten ist, sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt und die Grundzüge der delegierten Materie im Gesetz selbst enthalten sind.³⁰

³⁰ Vgl. BGE 134 I 322, 327, E. 2.4; 128 I 327, 337, E. 4.1; 128 I 113, 122, E. 3c; 118 Ia 245, 247 f., E. 3b; 115 Ia 378, 379 f., E. 3a; 112 Ia 251, 254, E. 2a; 103 Ia 369, 374 f., E. 3a; 98 Ia 105, 109, E. 2; 96 I 705, 712, E. 5; 92 I 42, 45, E. 1; 74 I 110, 114, E. 2. Die Gesetzesdelegation ebenfalls bereits erwähnend, jedoch noch ohne Nennung konkreter

Die ersten beiden Voraussetzungen, dass die Gesetzesdelegation nicht durch die Verfassung ausgeschlossen und die Delegationsnorm im Gesetz enthalten ist, sind in aller Regel unproblematisch. Schwierigkeiten verursacht die Voraussetzung, dass die Delegation auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie zu beschränken ist. Geprüft wird mit anderen Worten die *Reichweite der Delegation*. Heikel ist auch die vierte Voraussetzung, wonach die Grundzüge der delegierten Materie im Gesetz umschrieben sein müssen. Hier geht es um die *inhaltliche Offenheit* einer Delegation. Die vierte Voraussetzung ist oft der Knackpunkt einer Prüfung, ob die Gesetzesdelegation zulässig ist – wobei sich dritte und vierte Voraussetzung nicht immer trennscharf auseinanderhalten lassen.

Mit der Voraussetzung, dass sich eine Delegation auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie zu beschränken hat, sollen eigentliche «Blankodelegationen», also das Weiterreichen der Regelung ganzer Rechtsgebiete, verhindert werden.³¹ In einem Fall betreffend ein generelles Rauchverbot in öffentlichen Gebäuden des Kantons Genf befand das Bundesgericht, dass eine Delegationsnorm mit dem Wortlaut «le Conseil d'État est chargé de prendre des mesures contre les atteintes à l'hygiène et à la santé de la population résultant de l'exposition à la fumée du tabac, dont il est démontré scientifiquement qu'elle entraîne la maladie, l'invalidité et la mort» noch nicht mal «dans les grandes lignes» die Punkte festlege, auf welche sich die Vollziehungsverordnung beziehen sollte. Die zu beurteilende Delegation war also mit anderen Worten nicht auf eine bestimmte und genügend genau umschriebene Materie beschränkt und daher unzulässig.³² Andererseits erachtete das Bundesgericht eine kantonale gesetzliche Regelung, wonach das Halten «potentiell gefährlicher Hunde» eine Bewilligung voraussetzt, als ausreichend bestimmt und genügend genau umschrieben, sodass die nähere Umschreibung dieses Begriffs und damit auch die Bestimmung der betreffenden Hunderassen von der Legislative an die Exekutive delegiert werden durfte.³³

Im Zusammenhang mit der letzten Voraussetzung, wonach die Grundzüge der delegierten Materie im Gesetz selbst umschrieben sein müssen, qualifizierte das Bundesgericht etwa eine Regelung des Kantons Graubünden, gemäss welcher

Voraussetzungen: BGE 67 I 19, 27, E. 5; 48 I 532, 542, E. 2; 41 I 491, 502, E. 2; 32 I 98, 112, E. 3.

³¹ So bereits BGE 98 Ia 584, 592, E. 3d: «La délégation législative n'est pas un blanc-seing». Vgl. auch BGE 128 I 113, 125, E. 3f.

³² BGE 134 I 322, 330, E. 2.6 und 2.6.2.

³³ BGE 132 I 7, 9, E. 2.2.

die Anstellungsbedingungen des Personals der psychiatrischen Anstalten durch Richtlinien der Anstaltsleitungen zu regeln seien, wie folgt: Eine solche Delegation enthalte «keinerlei Grundzüge für die zu erlassende Regelung» wie etwa Besoldungsrahmen, Treuepflicht etc. und sei deshalb unzulässig.³⁴

2. Die Zweifelsfragen

Eine erste dogmatische Unsicherheit ist eigentlich offensichtlich, nämlich die Frage nach dem Verhältnis der Voraussetzungen der Gesetzesdelegation zum *Erfordernis der Gesetzesform*. Steht eine Verordnungsregelung zur Diskussion, werden teilweise die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation überprüft,³⁵ teilweise direkt das Erfordernis der Gesetzesform.³⁶ Die Frage muss sein, ob das Erfordernis der Gesetzesform – Wichtiges gehört ins Gesetz – mit der Voraussetzung übereinstimmt, dass die Grundzüge der delegierten Materie im Gesetz selbst umschrieben sein müssen.

Aus unserer Sicht ist dies zu bejahen.³⁷ Darauf deuten auch neuere Formulierungen der Gerichte hin. In BGE 141 II 169 ff. hat das Bundesgericht festgehalten:

«Die grundlegenden Bestimmungen als dem formellen Gesetzgeber vorbehaltene Befugnisse dürfen nicht delegiert werden. Andere Rechtsetzungsbefugnisse können jedoch durch Bundesgesetz übertragen werden, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird (Art. 164 Abs. 2 BV).»³⁸

Die Zweifelsfrage ist nicht zuletzt aufgrund der missverständlichen Formulierung in Art. 164 Abs. 2 BV aufgetreten. Dort ist zu lesen, dass Rechtsetzungsbefugnisse durch Bundesgesetz übertragen werden können, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird. Diese Umschreibung erinnert an die erste Voraussetzung der Gesetzesdelegation, meint vielleicht aber gerade, dass Art. 164 Abs. 1 BV einen solchen Ausschluss darstellt.³⁹ Eine andere Lesart ist möglich, doch scheint es unseres Erachtens wenig sinnvoll, dass die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation neben den Voraussetzungen des Er-

³⁴ BGE 128 I 113, 123 und 125, E. 3d und 3f.

³⁵ So etwa in BGE 134 I 322 ff.; 128 I 113 ff.

³⁶ So beispielsweise in BGE 131 II 13, 28, E. 6.4.2.

³⁷ Gl.M. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 368 und 377; JAAG, S. 645 f.; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 415; WYTTENBACH/WYSS in: BSK BV, Art. 164 N 54.

³⁸ BGE 141 II 169, 172, E. 3.2.

³⁹ Gl.M. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Rz. 1609; BIAGGINI, Art. 164 N 12; TSCHANNEN, § 45 Rz. 28; TSCHANNEN in: SGK BV, Art. 164 N 37; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 2733; WYTTENBACH/WYSS in: BSK BV, Art. 164 N 45 ff.

fordernisses der Gesetzesform stehen.⁴⁰ Eine sinnvolle Abgrenzung ist nicht ersichtlich. Unseres Erachtens sind beide Stränge zu vereinen. Auch für die Praxis wäre wünschbar, wenn dies zweifelsfrei klargestellt würde.

Eine zweite Zweifelsfrage betrifft das Verhältnis von Gesetzesdelegation und *Verordnungstyp*. Die Schwierigkeit ist nicht in erster Linie dogmatischer Natur. Es ist unbestritten, dass die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation nur für *gesetzesvertretende Verordnungen* zur Anwendung kommen.⁴¹ Dort, wo eine *Vollziehungsverordnung* oder *Vollzugsverordnung* erlassen wird, braucht es keine eigentliche Gesetzesdelegation bzw. müssen die Voraussetzungen einer Gesetzesdelegation nicht eingehalten werden.⁴² Selbstverständlich benötigt aber jede Verordnung eine Grundlage in der Verfassung oder im Gesetz (Art. 182 Abs. 1 BV). Auch die Vollziehungsverordnung nimmt das Gesetz als Grundlage und Rahmen ihrer Regelung – nur ermöglicht hier der Gesetzgeber die Verordnungsgebung nicht qua expliziter Delegationsklausel, sondern mittels Offenheit der gesetzlichen Regelung, die Raum für Verordnungsrecht lässt. Dementsprechend wird die Vollziehungsverordnung schwergewichtig auf die Frage geprüft, ob sie sich an den Rahmen des Gesetzes hält.

Die Probleme sind in erster Linie praktischer Natur, weil die Abgrenzung zwischen *gesetzesvertretender Verordnung* und *Vollziehungsverordnung* ausserordentlich schwierig ist und auch schon vertreten wurde, auf diese Abgrenzung zu verzichten.⁴³ Bundesverfassung, Kantonsverfassungen sowie herrschende Lehre und Praxis halten an dieser Unterscheidung indessen fest.

Die Unterscheidung bedeutet, dass bei der Prüfung einer *Verordnungsbestimmung* zunächst abzuklären ist, ob die Bestimmung das Gesetz tatsächlich vertritt – und damit die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation erforderlich macht – oder ob sie das Gesetz nur vollzieht und sich damit unter dem Blickwinkel des Erfordernisses der Gesetzesform kein Problem stellt, weil die mass-

⁴⁰ Vgl. zu dieser Diskussion auch MÜLLER in: VRdCH, § 70 Rz. 36.

⁴¹ BIAGGINI, Art. 164 N 9 f.; DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 535; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1869; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 369; KÜNZLI in: BSK BV, Art. 182 N 18 und 23; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 251 ff., insbesondere S. 254; TSCHANNEN in: SGK BV, Art. 182 N 14; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 37; UHLMANN/HOFSTETTER, S. 457; so wohl auch WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 438 ff.

⁴² HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1857; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 102 und 369; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 14 Rz. 20, 24 und 27, § 19 Rz. 37.

⁴³ COTTIER, S. 32 und 44; EICHENBERGER, Regierungsverordnung, S. 31 ff.; GEORG MÜLLER, S. 189; SEILER, S. 348. Vgl. dazu auch MÜLLER/UHLMANN, Rz. 411 ff.

gebende Bestimmung sich schon auf Gesetzesstufe findet. Das Bundesgericht spricht teilweise davon, dass Vollziehungsverordnungen keine neuen Rechte und Pflichten schaffen dürfen.⁴⁴ Dies ist nur eine scheinbar simple Regel, da das Gesetz oft Rechte und Pflichten schafft, deren Verhältnis zu möglichen anderen Rechten und Pflichten auf Verordnungsstufe zu klären ist.

In einem neueren Entscheid hebt das Bundesgericht Folgendes hervor:

«Der Anwendungsbereich von Ausführungs- und Vollziehungsverordnungen ist indes darauf beschränkt, die Bestimmungen des betreffenden Bundesgesetzes durch Detailvorschriften näher auszuführen und mithin zur verbesserten Anwendbarkeit des Gesetzes beizutragen. Ausgangspunkt sind Sinn und Zweck des Gesetzes; sie kommen in grundsätzlicher Weise durch die Bestimmung im formellen Gesetz zum Ausdruck.»⁴⁵

In dieser Umschreibung werden die Normen der Vollziehungsverordnung mehr als Detailvorschriften charakterisiert. Sie beziehen sich auf die Anwendbarkeit des Gesetzes. Es ist klar, dass auch mit dieser Umschreibung die Abgrenzung zwischen gesetzesvertretender Verordnung und Vollziehungsverordnung ausserordentlich anspruchsvoll bleibt.

Schliesslich bleibt eine Fülle weiterer Zweifelsfragen zur Gesetzesdelegation, die von Lehre und Rechtsprechung nur ungenügend aufgearbeitet sind. Zu beachten ist insbesondere, dass die klassischen Voraussetzungen der Gesetzesdelegation auf das Verhältnis zwischen *Parlament und Regierung* zur Anwendung kommen.⁴⁶ In welchem Umfang *untergeordnete Verwaltungseinheiten* zur Normsetzung berechtigt sind, ist nicht einheitlich geregelt. Während bei den vorausgehenden Ausführungen das Recht des Bundes und der Kantone weitgehend übereinstimmt, sind bei der Frage der Delegation vom Parlament an untergeordnete Stellen und der Subdelegation von der Regierung an untergeordnete Verwaltungseinheiten unterschiedliche Regelungen anzutreffen.⁴⁷ Für den Bund ist Art. 48 RVOG einschlägig.⁴⁸ Danach kann der Bundesrat an das Departement

⁴⁴ So etwa BGE 139 II 460, 463, E. 2.2; 136 I 29, 33, E. 3.3; 134 I 313, 317 f., E. 5.3.

⁴⁵ BGE 141 II 169, 172, E. 3.3.

⁴⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 365; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 36.

⁴⁷ So ist etwa in den Kantonen Bern und Zürich die Subdelegation vom Regierungsrat an untergeordnete Verwaltungseinheiten nur gestattet, falls ein Gesetz dies ausdrücklich vorsieht (vgl. dazu für den Kanton Bern Art. 69 Abs. 3 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 [SR 131.212] sowie für den Kanton Zürich den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 25. März 1972, abgedruckt in ZBI 1973, S. 353 ff.).

⁴⁸ Vgl. dazu DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 539 f.; TANQUEREL, Rz. 498 f.; sowie ausführlich SÄGESSER, RVOG, Art. 48 N 1 ff.

subdelegieren, an ein Amt aber nur, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist. Für Fragen der Subdelegation soll der Massstab der Wichtigkeit berücksichtigt werden; der Bundesrat berücksichtigt bei der Subdelegation «die Tragweite der Rechtssätze» (Art. 48 Abs. 1 Satz 2 RVOG). Dies scheint uns ein Massstab, der auch von Verfassungen wegen gelten sollte.

Als weitgehend ungeklärt muss die Wirkungsweise des Legalitätsprinzips gelten, soweit es um Delegationen ausserhalb der klassischen Trias Parlament – Regierung – Verwaltung geht. Zu denken ist an Delegationen vom Bund an die Kantone, vom Gesetzgeber an dezentrale Verwaltungsträger und an Private. Der Mangel an Praxis hängt auch mit Art. 190 BV zusammen, aber auch aus den Kantonen sind Fälle spärlich.

Bei privaten Rechtsnormen gibt es einige neuere Entscheidungen, welche die Gesetzesdelegation ausschliessen und private Normsetzung nur hinsichtlich «Vollzugsvorschriften» zulassen,⁴⁹ wobei dieser Begriff wohl (technische) Vollziehungsverordnungen, vielleicht aber auch nur (das private Äquivalent von) Verwaltungsverordnungen meint.

Weitgehend ungeklärt sind Delegationen an dezentrale Verwaltungsträger.⁵⁰ Dass diese vorkommen, steht ausser Frage. Eine Universität (Anstalt) darf kaum weniger rechtsetzen als eine Regierung. Aus unserer Sicht lassen sich solche Delegationen «zur Seite» nur rechtfertigen, wenn der Delegationsempfänger betreffend Rechtsschutz, Oberaufsicht etc. in vergleichbarer Weise wie die Regierung eingebunden bleibt. Die Delegationsvoraussetzungen an die Regierung bilden einen Mindeststandard. Davon ausgenommen sind klarerweise die Gemeinden, die «formelles» Gesetzesrecht schaffen können.

⁴⁹ Vgl. grundlegend BGE 136 I 316, 320, E. 2.4.1; vgl. zudem BGE 137 III 37, 41, E. 2.2.1. Vgl. zum Verhältnis von privater Normsetzung zu staatlichem Recht auch KÖBRICH, S. 57 ff.; UHLMANN, S. 89 ff.; UHLMANN/GILI, S. 7 ff.

⁵⁰ Vgl. immerhin, wenn auch meist nur sehr rudimentär BGE 136 I 316, 320, E. 2.4.1; 128 I 113, 120, E. 2e; 97 I 293, 296 f., E. 1a; BIAGGINI, Art. 164 N 11 und Art. 178 N 24; BIAGGINI in: SGK BV, Art. 178 N 29; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1886 ff., insbesondere Rz. 1890; IMBODEN/RHINOW, Bd. I, S. 381; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 489 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 2739 ff.; WYTTENBACH/WYSS in: BSK BV, Art. 164 N 41.

V. Sonderfälle

1. Legalitätsprinzip im Abgaberecht

Zum Legalitätsprinzip im Abgaberecht wird im Wesentlichen auf den Beitrag von BOLZ verwiesen.⁵¹

2. Legalitätsprinzip in der Aussenpolitik

Zum Legalitätsprinzip in der Aussenpolitik ist vorgebracht worden, das Prinzip spiele dort nur eine begrenzte Rolle oder komme gar nicht zur Anwendung.⁵² Es ist sicher richtig, dass bei Normen zur Aussenpolitik aufgrund der Schwierigkeit der Vorhersehbarkeit keine allzu hohen Anforderungen an die Bestimmtheit gestellt werden können. Es ist allerdings nicht zu übersehen, dass der Bund in jüngerer Vergangenheit verschiedene Gesetze erlassen hat, die zeigen, dass auch dieser Bereich normiert werden kann und normiert wird. Als Beispiel sei etwa das Bundesgesetz über die Pflege des schweizerischen Erscheinungsbildes im Ausland vom 24. März 2000⁵³ erwähnt.

3. Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung

Diesbezüglich wird auf den Beitrag von MÄCHLER verwiesen.⁵⁴

4. Legalitätsprinzip und administrative Hilfstätigkeit

Die administrative Hilfstätigkeit oder Bedarfsverwaltung wird vielfach als Ausnahme vom Legalitätsprinzip genannt.⁵⁵ Genau genommen stellt es keine Ausnahme dar, sondern dem Legalitätsprinzip wird in diesem Fall dadurch Genüge getan, dass die *staatliche Aufgabe* hinreichend in Gesetz und Verordnung

⁵¹ In diesem Band BOLZ, S. 129 ff.; vgl. dazu auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 387.

⁵² So etwa THOMAS G. BORER, S. 430 ff.

⁵³ SR 194.1.

⁵⁴ In diesem Band MÄCHLER, S. 101 ff.

⁵⁵ So etwa COTTIER, S. 34 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 388; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 28 f.

zum Ausdruck kommt. Nicht notwendig ist eine Regelung, wie der Staat die Aufgabe erfüllt. Die Hilfstätigkeit ist mitgedacht mit dem Auftrag.

Zutreffend ist, dass die Art und Weise der Aufgabenerfüllung nicht zwingend Gegenstand der gesetzlichen Regelung sein muss. Man darf aber nicht vergessen, dass auch administrative Hilfstätigkeit wichtige Fragen aufwerfen kann, die vom Gesetzgeber anzugehen sind. Als Beispiel kann BVerGE 2009/17 genannt werden, wo unter dem Stichwort «Verstaatlichung der Hörgeräteversorgung» für einen «Systemwechsel» in der Bedarfsverwaltung eine gesetzliche Grundlage verlangt wurde.⁵⁶ Überdies ist nicht zu übersehen, dass mit der Einführung des Beschaffungsrechts (GPA, BöB, IVöB etc.) eine starke Verrechtlichung der administrativen Hilfstätigkeit stattgefunden hat.

5. Legalitätsprinzip im Sonderstatusverhältnis

Von Sonderstatusverhältnissen wird gesprochen, wenn eine Person in einer engeren Rechtsbeziehung zum Staat steht als die übrigen Rechtsunterworfenen.⁵⁷ Aus dem Status ergeben sich besondere Pflichten und typische Einschränkungen.⁵⁸

Klar ist, dass die Begründung des Sonderstatusverhältnisses uneingeschränkt dem Legalitätsprinzip untersteht. Die Anforderungen können dort herabgesetzt werden, wo es um Einschränkungen geht, *«die sich in voraussehbarer Weise aus dem Zweck des Sonderstatusverhältnisses ergeben»*. Das Bundesgericht hat dies in einem neueren Entscheid betreffend Tragen eines Kopftuches in einer Schule klargestellt.⁵⁹ Es scheint richtig, dass Personen im Sonderstatusverhältnis unter dem Legalitätsprinzip nicht als Personen zweiter Klasse verstanden werden.

⁵⁶ BVerGE 2009/17 E. 8.2.

⁵⁷ Vgl. zum Begriff des Sonderstatusverhältnisses statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 450; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 43 Rz. 23.

⁵⁸ Vgl. zum Legalitätsprinzip im Zusammenhang mit dem Sonderstatusverhältnis DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 496 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 452 ff.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, S. 719 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 43 Rz. 31; ZIMMERMANN, S. 117 ff.

⁵⁹ BGE 139 I 280, 286 f., E. 5.3.1.

6. Legalitätsprinzip und Benutzung öffentlicher Sachen

Als weitere Ausnahme wird oft die Benutzung öffentlicher Sachen genannt. Hierzu ist zu beachten, dass das Bundesgericht im Gegensatz zu seiner früheren Rechtsprechung heute für die Benutzung öffentlicher Sachen tendenziell eine ausreichende gesetzliche Regelung fordert.⁶⁰ Die Sachherrschaft des Gemeinwesens ersetzt nicht die Regelung. Als Einschränkung zum Legalitätsprinzip gilt aber, dass sowohl das Erfordernis der Bestimmtheit der Normierung wie auch das Erfordernis der Gesetzesform weniger streng gehandhabt werden.⁶¹

7. Polizeiliche Generalklausel

Das Bundesgericht hat sich in der jüngeren Vergangenheit verschiedentlich mit der polizeilichen Generalklausel beschäftigt.⁶² Die Voraussetzungen, wie sie auch in Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV genannt werden, verlangen eine schwere Gefahr für wesentliche Polizeigüter und Dringlichkeit für eine Intervention. Demgegenüber ist das Bundesgericht von der Voraussetzung abgerückt, dass die polizeiliche Generalklausel nicht angerufen werden könne, wenn der Gesetzgeber davon abgesehen habe, typische Gefahrenlagen nicht zu regeln. Diese vom Bundesgericht im Jahre 1995 erstmals aufgestellte Beschränkung der Anwendbarkeit der polizeilichen Generalklausel auf «echte und unvorhersehbare Notfälle»⁶³ war in der Lehre sehr umstritten.⁶⁴ Dieser Meinung schliesst sich nun auch das Bundesgericht an und hält fest, dass die Untätigkeit des Gesetzgebers

⁶⁰ BGer, Urteil 1C_9/2012 vom 7. Mai 2012 E. 2.2 und 2.3. Gl.M. DUBÉY/ZUFFEREY, Rz. 494 f. und 1520 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 384 und 2286; MOSER, S. 255 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1215 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 51 Rz. 13 ff.; a.M. TANQUEREL, Rz. 213 ff.

⁶¹ So auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 384 und 2286.

⁶² Vgl. etwa BGE 137 II 431 ff.; 137 I 31 ff.; 136 I 87 ff.; 136 IV 97 ff.

⁶³ BGE 121 I 22, 28, E. 4b.aa.

⁶⁴ KAUFMANN/WALTI, S. 70 ff., insbesondere S. 77 ff.; KELLER/BÜRLI, S. 1143 ff.; KIENER/KÄLIN, S. 111; MÜLLER/JENNY, Generalklausel, S. 15 ff.; MÜLLER/JENNY, Notrecht, S. 101 ff.; TRÜMPLE, Rz. 23 ff.; TANQUEREL, Rz. 463 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 56 Rz. 7; die bundesgerichtliche Beschränkung eher bejahend hingegen WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 591 ff., sowie ZÜND/ERRASS, S. 289 ff. und 293.

den Staat nicht dazu zwingen könne, auf den Schutz fundamentaler Rechtsgüter zu verzichten.⁶⁵ Die Diskussion ist diesbezüglich noch nicht abgeschlossen.

VI. Verfahrensrechtliche Fragen

Das Legalitätsprinzip ist ein «starkes» Prinzip, da es sämtliches Staatshandeln beschließt. Sachlich bestehen kaum wesentliche Einschränkungen. Einzugehen ist allerdings auf prozessuale Begrenzungen des Legalitätsprinzips.

1. Legalitätsprinzip als verfassungsmässiges Recht?

Nach Verabschiedung der neuen Bundesverfassung stellte sich für das Bundesgericht die Frage, ob das Legalitätsprinzip als *eigenständiges verfassungsmässiges Recht* angerufen werden könne. Dies hätte – aufgrund des umfassenden Zugriffs des Legalitätsprinzips – bedeutet, dass grundsätzlich das gesamte kantonale Handeln darauf geprüft werden könnte, ob der Kanton seine rechtlichen Grundlagen richtig angewendet hat. Das Bundesgericht ist bekanntlich nicht dazu aufgerufen, die richtige Anwendung kantonalen Rechts sicherzustellen.⁶⁶ Dementsprechend erstaunt es nicht, dass das Bundesgericht das Legalitätsprinzip ausserhalb des Straf-⁶⁷ und des Abgaberechts⁶⁸ nicht als verfassungsmässiges Recht betrachtet.⁶⁹ Für Grundrechtsbeschränkungen spielt dies keine Rolle, weil das Legalitätsprinzip Teil des Prüfungsprogramms ist (und bei schweren Grundrechtseinschränkungen die gesetzliche Grundlage «frei» geprüft wird).⁷⁰ Geht es hingegen um Fragen, die kein verfassungsmässiges Recht betreffen, kann eine Verletzung des Legalitätsprinzips nur über den Umweg des Grundsatzes der Gewaltenteilung oder des Willkürverbots gerügt werden.⁷¹

⁶⁵ BGE 137 II 431, 445, E. 3.3.2; vgl. ausführlich zu diesem Urteil MARKUS MÜLLER, S. 220 ff. Ebenfalls bereits in diese Richtung wies BGer, Urteil 2C_166/2009 vom 30. November 2009 E. 2.3.2.1. Relativiert wurde die Voraussetzung der «atypischen und unvorhersehbaren» Gefährdungslage auch bereits in BGE 136 IV 97, 114 ff., E. 6.3.2.

⁶⁶ Vgl. Art. 95 BGG (Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110).

⁶⁷ Vgl. dazu etwa BGE 138 IV 13, 19 f., E. 4.1.

⁶⁸ Vgl. dazu etwa BGE 136 I 142, 145, E. 3.1.

⁶⁹ BGE 140 I 381, 386, E. 4.4.

⁷⁰ Vgl. statt vieler etwa BGE 142 I 49, 63 ff., E. 6 und 7.

⁷¹ BGE 136 I 241, 249, E. 2.5; 134 I 322, 326, E. 2.1; 127 I 60, 67, E. 3a. So auch AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Rz. 1833; TANQUEREL, Rz. 456 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 47.

2. Begrenzung aufgrund von Art. 190 BV

Bundesgesetze sind für das Bundesgericht massgebend (Art. 190 BV). In der praktischen Konsequenz bedeutet dies, dass eine Verletzung des Legalitätsprinzips auf Bundesebene nur eingeschränkt gerügt werden kann. Die gesetzliche Grundlage kann nicht in Frage gestellt werden. Der Bundesgesetzgeber soll zwar hinreichend bestimmt formulieren, eine Verletzung dieses Gebots kann indessen in der Regel nicht sanktioniert werden.⁷²

In ähnlicher Weise zeigt sich die Beschränkung bei der Prüfung von Verordnungsrecht. Wohl kann geltend gemacht werden, die Verordnung hätte sich auf eine Delegation abstützen müssen, verstosse gegen das Gesetz oder sei in anderer Weise verfassungswidrig. Ergibt sich die Verfassungswidrigkeit indessen schon aus der gesetzlichen Grundlage, kann das Bundesgericht nicht intervenieren. Das gilt insbesondere für die Frage, ob der Bundesgesetzgeber eine «zu grosszügige» Gesetzesdelegation vorgesehen hat.⁷³

3. Verfahrensrecht als «Kompensation» einer zu offenen Grundlage?

Eine letzte Frage betrifft den Einfluss des Verfahrensrechts auf den Inhalt des Legalitätsprinzips. Die Problemstellung lässt sich am besten anhand eines Beispiels erläutern: Bei Art. 49a KG (direkte Sanktionen) bestanden verfassungsrechtliche Bedenken betreffend Vorhersehbarkeit⁷⁴ dieser schweren Eingriffe.⁷⁵ Der Gesetzgeber hat das Problem *verfahrensrechtlich* gelöst. Mit dem sog. Widerspruchsverfahren können die Betroffenen ihr Risiko minimieren. Die gesetzliche Grundlage ist also kritisch, wird aber sozusagen durch einen verfahrens-

⁷² Zur Funktion und Tragweite von Art. 190 BV vgl. AUBERT/MAHON, Art. 190 N 15; BIAGGINI, Art. 190 N 4 ff.; EPINEY in: SGK BV, Art. 190 N 21 ff. und 35 ff.; HANGARTNER/LOOSER in: BSK BV, Art. 190 N 6 ff.

⁷³ Vgl. dazu etwa BGE 141 II 169, 172 f., E. 3.3 und 3.4; BGE 139 II 460, 462 ff., E. 2.1, 2.2 und 2.3; 137 III 217, 220 f., E. 2.3; AUBERT/MAHON, Art. 190 N 13; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Rz. 1952 ff.; BIAGGINI, Art. 190 N 12; EPINEY in: BSK BV, Art. 190 N 31; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 370; HANGARTNER/LOOSER in: SGK BV, Art. 190 N 19 und 29.

⁷⁴ Vgl. zur Voraussehbarkeit als Ausfluss des Erfordernisses des Rechtssatzes den Leitentscheid BGE 109 Ia 273, 283, E. 4d. Vgl. zum Ganzen auch vorne, S. 8 (I.) und S. 12 f. (II., 3.).

⁷⁵ Vgl. dazu etwa JÜRIG BORER, Art. 49a N 5; REINERT in: SHK KG, Art. 49a N 2; ZÄCH, S. 527 ff.

rechtlichen Schutz kompensiert.⁷⁶ Eine ähnliche Lösung sieht übrigens auch Art. 28 des zukünftigen Nachrichtendienstgesetzes vor.⁷⁷ Auch hier kompensieren verfahrensrechtliche Sicherungen unter anderem die offenen gesetzlichen Voraussetzungen der genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen.⁷⁸

Ähnlich ist die Praxis des Bundesgerichts zu Gerichtsgebühren. Der Gebührenrahmen ist oft sehr weit und hinsichtlich der Vorhersehbarkeit problematisch. Das Bundesgericht schützt in der Regel solche offenen Bestimmungen, weil sie von einem qualifizierten Organ, nämlich einem Gericht, angewendet werden.⁷⁹ Auch darin liegt eine Art verfahrensrechtlicher Kompensation.

Dogmatik zu dieser Frage ist soweit ersichtlich nicht entwickelt worden. Aus unserer Sicht bestehen gute Gründe, die Anforderungen an das Erfordernis des Rechtssatzes milder zu handhaben, wenn die Festschreibung der Norm Mühe bereitet und die hinter dem Legalitätsprinzip stehenden Grundgedanken durch verfahrensrechtliche Sicherungen tatsächlich eingelöst werden.

Auch andere «Kompensationsmechanismen» sind im Übrigen kaum erforscht. So stellt sich etwa die Frage, ob die Exekutive eine zu offene gesetzliche Grundlage durch den Erlass einer präzisierenden Verordnungsbestimmung (oder durch Bekanntgabe einer einschränkenden Praxis) «retten» kann.

VII. Fazit

Das Legalitätsprinzip ist ein bestimmendes Prinzip des schweizerischen Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Es stellt Lehre und Praxis unvermindert vor grosse Herausforderungen. Dies gilt insbesondere für die Frage, wann eine gesetzliche Grundlage genügend bestimmt formuliert ist und wann eine gesetzesvertretende Verordnung vorliegt. Lehre und Praxis sollten sich vermehrt mit Delegationen weg von der Regierung hin zu dezentralen Verwaltungsträgern, untergeordneten Gemeinwesen und Privaten beschäftigen. Das Gleiche gilt für die Möglichkeit (verfahrensrechtlicher) Kompensation zu offener gesetzlicher Grundlagen. Hier fehlt es an dogmatischer und praktischer Aufarbeitung.

⁷⁶ So BBl 2002 2022, 2035 f. m.H. auf RHINOW/GUROVITS, S. 611 ff., insbesondere S. 617.

⁷⁷ Vgl. für den genauen Wortlaut der Bestimmung BBl 2014 2237, 2249.

⁷⁸ Vgl. dazu BBl 2014 2105, 2168 f.

⁷⁹ Vgl. etwa BGE 141 I 105, 109, E. 3.3.2; 139 III 334, 339, E. 3.2.5; 123 I 248, 252, E. 3d.

Literaturverzeichnis

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich/Basel/Genf 2003
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELLIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. I: *L'Etat*, 3. Aufl., Bern 2013
- BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), *Kartellgesetz, Stämpfli Handkommentar*, Bern 2007 (zit. BEARBEITER in: SHK KG)
- BELL JOHN S., *Comparative Administrative Law*, in: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, S. 1259 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar*, Zürich 2007
- BORER JÜRIG, *Wettbewerbsrecht I, Kommentar Schweizerisches Kartellgesetz (KG)*, 3. Aufl., Zürich 2011
- BORER THOMAS G., *Das Legalitätsprinzip und die auswärtigen Angelegenheiten*, Diss. 1985, Basel 1986
- COTTIER THOMAS, *Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage*, Diss. Bern 1983, 2. Aufl., Chur/Zürich 1991
- DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Droit administratif général*, Basel 2014
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BEARBEITER in: SGK BV)
- EICHENBERGER KURT, *Vom staatsrechtlichen Permanenzproblem der Regierungsverordnung in der Schweiz*, in: Ulrich Häfelin/Walter Haller/Georg Müller/Dietrich Schindler (Hrsg.), *Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef*, Zürich 1981, S. 27 ff.
- EICHENBERGER KURT, *Zur Einleitung: Von der Rechtssetzungsfunktion im heutigen Staat*, ZSR 1974 II, S. 7 ff.
- FEUZ ROLAND, *Materielle Gesetzesbegriffe, Inhalt und Tragweite, Dargestellt insbesondere anhand von Art. 164 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung*, Diss. 2001, Bern 2002
- GYGI FRITZ, *Verwaltungsrecht, Eine Einführung*, Bern 1986
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- 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/Basel/Genf 2007 (zit. BEARBEITER in: Kommentar KV/ZH)
- IMBODEN MAX/RHINOW RENÉ, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, 2 Bde., 6. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1986
- JAAG TOBIAS, *Die Verordnung im schweizerischen Recht*, ZBl 2011, S. 629 ff.
- KÄLIN WALTER, *Gesetz und Verordnung*, in: Walter Kälin/Urs Bolz (Hrsg.), *Handbuch des bernischen Verfassungsrechts*, Bern 1995, S. 129 ff.

- KAUFMANN MATHIAS, Variation im Ausdruck oder Akzentverschiebung?, Überlegungen zu Art. 164 BV, ZBl 2013, S. 432 ff.
- KAUFMANN MATHIAS/WALTI STEPHANIE, Die polizeiliche Generalklausel – eine schillernde Rechtsfigur, in: Omar Abo Youssef/Andrea Töndury (Hrsg.), Der Schutz polizeilicher Güter – Entwicklungen und Spannungsfelder, Zürich/St. Gallen 2011, S. 59 ff.
- KELLER HELEN/BÜRLI NICOLE, Überdenken der polizeilichen Generalklausel bei Vorliegen staatlicher Schutzpflichten, AJP 2011, S. 1143 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013
- KNAPP BLAISE, Précis de droit administratif, 4. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1991
- KÖBRICH TIM, Rechtsetzung durch Private – unter besonderer Berücksichtigung der Verweisungspraxis im kantonalen Rettungswesen, LeGes 2014, S. 57 ff.
- MAURER HARTMUT, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif, Vol. I: Les fondements, 3. Aufl., Bern 2012
- MOSER ANDRÉ WERNER, Der öffentliche Grund und seine Benützung, Diss. 2010, Bern 2011
- MÜLLER GEORG, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Habil. 1978, Basel 1979
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- MÜLLER MARKUS, Polizeiliche Generalklausel: klärende Worte des Bundesgerichts, ZBJV 2012, S. 220 ff.
- MÜLLER MARKUS/JENNY CHRISTOPH, Notrecht ... abermals zur polizeilichen Generalklausel, Sicherheit & Recht 2010, S. 101 ff.
- MÜLLER MARKUS/JENNY CHRISTOPH, Die polizeiliche Generalklausel – Ein Institut mit Reformbedarf, Sicherheit & Recht 2008, S. 4 ff.
- RHINOW RENÉ/GUROVITS ANDRÁS A., Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) vom 5. Juli 2001, RPW 2001, S. 592 ff.
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016
- ROUILLER CLAUDE, Le principe de la légalité en droit public suisse, in: Charles-Albert Morand (Hrsg.), La légalité: un principe à géométrie variable, Basel/Frankfurt a.M. 1992, S. 7 ff.
- SÄGESSER THOMAS, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, RVOG, Stämpflis Handkommentar, Bern 2007
- SÄGESSER THOMAS, Neuordnung der Erlassformen der Bundesversammlung, AJP 1998, S. 677 ff.
- SEERDEN RENÉ, Comparative Remarks, in: ders. (Hrsg.), Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States, 3. Aufl., Cambridge 2012, S. 375 ff.
- SEILER HANSJÖRG, Gewaltenteilung, Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Bern 1994
- TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, Genf/Zürich/Basel 2011

- THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN FRANÇOIS/MÜLLER JÖRG PAUL (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001 (zit. BEARBEITER in: VRdCH)
- TRÜMLER RALPH, *Notrecht – Eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2012
- TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4. Aufl., Bern 2016
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014
- UHLMANN FELIX, «Die Normen können bei ... bezogen werden» – Gedanken zur Publikation und Verbindlichkeit privater Normen, *LeGes* 2013, S. 89 ff.
- UHLMANN FELIX/GILI NATASSIA, *Private Normen und staatliches Recht*, in: Felix Uhlmann (Hrsg.), *Private Normen und staatliches Recht*, 14. Jahrestagung des Zentrums für Rechtssetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2015, S. 7 ff.
- UHLMANN FELIX/HOFSTETTER DAVID, *Die Verordnung aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre*, *ZBI* 2012, S. 455 ff.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Bundesverfassung*, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BEARBEITER in: BSK BV)
- WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung*, Band I, Bern 2012
- ZÄCH ROGER, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., Bern 2005
- ZIMMERMANN ROBERT, *Le principe de la légalité et les rapports de droit spéciaux dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, in: Charles-Albert Morand (Hrsg.), *La légalité: un principe à géométrie variable*, Basel/Frankfurt a.M. 1992, S. 117 ff.
- ZÜND ANDREAS/ERRASS CHRISTOPH, *Die polizeiliche Generalklausel*, *ZBJV* 2011, S. 261 ff.

Das Legalitätsprinzip – Überlegungen aus dem Blickwinkel des Bundesgerichts

Heinz Aemisegger

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	32
II.	Verfassungsrechtliche Ausgangslage	34
1.	Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage	34
a)	Form eines Rechtssatzes	34
b)	Form eines genügend bestimmten Rechtssatzes	38
2.	Der Vorrang des übergeordneten Rechts	39
III.	Das Legalitätsprinzip im Lichte der Praxis des Bundesgerichts	40
1.	Richterrechtliche Grundsätze	40
2.	Geltendmachung des Legalitätsprinzips vor Gericht	41
3.	Vorrang des übergeordneten Rechts	43
4.	Grundrechtseingriffe	45
a)	Diskriminierungsverbot – Appenzeller Frauenstimmrecht	45
b)	Politische Rechte – Konsultativabstimmung	46
c)	Persönliche Freiheit	47
a.	Persönliche Freiheit – Meinungs- und Informationsfreiheit	47
b.	Zwangsmedikation	48
d)	Eigentumsgarantie	50
a.	Materielle Enteignung	50
b.	Formelle Enteignung von Nachbarrechten	50
c.	Beschränkung von Zweitwohnungen	51
d.	Vorrang des RPG	51
e.	Offene Nutzungsvorschriften	52
5.	Leistungsverwaltung	52
6.	Verfahrensrecht	53
a)	Haftbeschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft	53
b)	Koordinationsrecht	55
c)	Verbandsbeschwerde – Änderung der Rechtsprechung betreffend Art. 15 RPG	56
d)	Einbürgerung	57
IV.	Schlussfolgerungen und Ausblick	58
	Literaturverzeichnis	60

I. Einleitung

«Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.» Diese in Art. 5 Abs. 1 BV verankerte Vorschrift wird in Art. 5 BV unter dem Titel «Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns» geregelt, und zwar zusammen mit dem Erfordernis des öffentlichen Interesses, dem Verhältnismässigkeitsprinzip, dem Grundsatz von Treu und Glauben und der Pflicht zur Beachtung des Völkerrechts. Der Grundsatz des Legalitätsprinzips ist auch in zahlreichen Kantonsverfassungen verankert (vgl. Art. 2 Abs. 1 KV/ZH). Für Grundrechtseinschränkungen enthält Art. 36 BV besondere Grundsätze. Eine spezielle Regelung des Legalitätsprinzips kennt die Bundesverfassung in Art. 127 für Steuern und Abgaben.¹

Die in Art. 5 BV verankerten rechtsstaatlichen Prinzipien, zu welchen nach Abs. 1 auch das Legalitätsprinzip zählt, wurden bei der Totalrevision der Bundesverfassung im Jahre 1999 auf Bundesebene erstmals kodifiziert. Sie wurden zuvor in der *Rechtsprechung* und in der *Lehre* als «Grundprinzipien des Verwaltungsrechts» entwickelt. Dabei fiel dem Bundesgericht die bedeutendste Rolle zu. Kantonalrechtliche Fragestellungen standen dabei klar im Vordergrund. Anregungen, Vorschläge und bisweilen heftige Kritik von Lehre und Politik gaben der Gerichtspraxis zu diesen Grundsätzen immer klarere und verlässlichere Konturen. Das gilt insbesondere auch für das Legalitätsprinzip.²

Das Gesetzmässigkeitsprinzip hat *rechtsstaatliche und demokratische Funktionen*.³ In rechtsstaatlicher Hinsicht übt es eine *Schutzfunktion* aus: Es schützt die Rechtssubjekte vor *staatlichen Eingriffen*. Überdies gewährleistet es die Voraussehbarkeit staatlichen Handelns, Rechtssicherheit und rechtsgleiche Behandlung. Im Zusammenwirken mit dem Grundsatz der Gewaltentrennung sichert es die Einhaltung der staatlichen Zuständigkeitsordnung und sorgt dafür, dass wichtige Regelungsgegenstände vom *demokratisch legitimierten formellen Gesetzgeber* im *Gesetz* selbst geordnet werden. In den Kantonen kann das je nach verfassungsrechtlicher Grundlage durch das Parlament zusammen mit dem Volk oder durch das Parlament allein erfolgen. Werden staatliche Handlungen im ausdrücklichen Einverständnis der betroffenen Rechtssubjekte vorgenommen, stellt das Bundesgericht weniger strenge Anforderungen an das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage. Als Ausgleich dazu wird dem Grundsatz von Treu und Glauben

¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 334.

² Vgl. SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 3.

³ BGE 103 Ia 369, 380 ff., E. 5 und 6 (Grundsatzurteil Wäffler).

(Art. 9 BV) besonderes Gewicht zugemessen. Bei verwaltungsrechtlichen Verträgen kann das zum gänzlichen Verzicht auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage führen.⁴ Aktuelles Beispiel dafür ist der verwaltungsrechtliche bzw. städtebauliche Vertrag, der unter anderem zur Regelung des Mehrwertausgleichs im Sinne von Art. 5 RPG⁵ abgeschlossen wird.⁶

In BGE 128 I 113, 121, E. 3 wird dies wie folgt umschrieben:

«c) Das Legalitätsprinzip besagt, dass ein staatlicher Akt sich auf eine materielle gesetzliche Grundlage stützen muss, die hinreichend bestimmt und vom staatsrechtlich hierfür zuständigen Organ erlassen worden ist. Es dient damit einerseits dem *demokratischen Anliegen der Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung*, andererseits dem *rechtsstaatlichen Anliegen der Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit des staatlichen Handelns*. Das Legalitätsprinzip gilt für das ganze Verwaltungshandeln mit Einschluss der Leistungsverwaltung. [...] Es ist in Art. 5 Abs. 1 BV als verfassungsmässiger Grundsatz niedergelegt [...]. Seine Verletzung kann im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gewaltentrennung geltend gemacht werden. Eine derartige Rüge ist mit freier Kognition zu prüfen (BGE 127 I 60 E. 3a S. 67; BGE 121 I 22 E. 3 S. 25).»

Die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns müssen in gleicher Weise wie die Grundrechte (Art. 35 BV) in der *ganzen Rechtsordnung* zur Geltung kommen. In diesem Sinne schreibt Art. 1 StGB für das Strafrecht vor, eine Strafe oder Massnahme dürfe nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stelle (*nulla poena sine lege*). Die Prinzipien gelten für die Eingriffs- und die Leistungsverwaltung, auf allen Staatsebenen, für die gesamte Verwaltungstätigkeit. Besondere Grundsätze gelten im Abgaberecht (strenges Legalitätsprinzip), in der Bedarfsverwaltung, im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten,⁷ für die Benutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, im Polizeirecht und für Personen in einem Sonderstatusverhältnis. Für Einschränkungen von *Grundrechten* verlangt Art. 36 Abs. 1 BV eine gesetzliche Grundlage. Sie muss bei schwerwiegenden Einschränkungen grundsätzlich im Gesetz selbst vorgesehen sein (Erfordernis einer formellen gesetzlichen Grundlage). Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr (polizeiliche Generalklausel). Art. 36 BV verlangt in Abs. 2

⁴ BGE 136 I 142, 147, E. 4.1 (Samnaun); 105 Ia 207, 209, E. 2a; 103 Ia 31, 34, E. 1b; 103 Ia 505, 512, E. 3a; vgl. HÄNER, S. 57.

⁵ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG, SR 700).

⁶ Vgl. Kanton Zürich, Baudirektion, Mehrwertausgleich: Umsetzung im Kanton Zürich, Erläuterungen und Gesetzesentwurf, S. 24 f., <http://www.are.zh.ch/mehrwertausgleich>.

⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 378 ff.

zudem, dass Grundrechtseinschränkungen im öffentlichen Interesse liegen oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein müssen. Sie müssen ferner verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV) und den Kerngehalt der Grundrechte wahren (Art. 36 Abs. 4 BV). Die rechtsstaatlichen Grundsätze von Art. 5 BV werden von der Verfassung im Grundrechtsbereich in Art. 36 BV im Wesentlichen ausdrücklich wiederholt. Das unterstreicht ihre fundamentale Bedeutung.

Einige Beispiele aus der Praxis des Bundesgerichts sollen dies illustrieren. Dabei wird auf die unterschiedlichen Ausprägungen des Gesetzmässigkeitsprinzips eingegangen. Sie sind von unterschiedlichen Regelungsbedürfnissen geprägt.

II. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

1. Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage

a) Form eines Rechtssatzes

Die erwähnten Bestimmungen der Bundesverfassung zeigen, dass jedes staatliche Handeln grundsätzlich auf *generell abstrakten Rechtssätzen* basieren muss. Von der Bedeutung des Regelungsgegenstandes hängt es grundsätzlich ab, ob als gesetzliche Grundlage eine Verordnung, d.h. ein Rechtssatz unterhalb der Gesetzesebene, genügt, oder ob sie vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber erlassen werden muss. *Wichtige Fragen* müssen vom formellen *Gesetzgeber* geregelt werden. Für *weniger wichtige Fragen* genügt ein Rechtssatz unterhalb der Gesetzesstufe, d.h. eine *Verordnung*.⁸ Dabei kann es sich um einen nicht referendumspflichtigen Parlamentsbeschluss oder um eine Regierungs-, Departements- oder Amtsverordnung handeln. In gleicher Weise macht das Legalitätsprinzip die Ausgestaltung des Rechtssatzes hinsichtlich seiner *inhaltlichen Bestimmtheit* von der Bedeutung des Regelungsgegenstands abhängig. In diesem Sinn sind etwa allzu offene Normen als Grundlage von Grundrechtseingriffen oder von Regeln betreffend die politischen Rechte unzulässig.

Für das Bundesrecht schreibt Art. 164 Abs. 1 BV vor, dass alle *wichtigen* rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind. Nach

⁸ Vgl. BGE 130 I 1, 7, E. 3.4 (Asylverordnung Kanton Basel-Landschaft).

einer nicht abschliessenden Aufzählung in Art. 164 Abs. 1 BV zählt die Bundesverfassung dazu:

- die Ausübung der politischen Rechte (Bst. a),
- die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte (Bst. b),
- die Rechte und Pflichten von Personen (Bst. c),
- der Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessung der Abgaben (Bst. d),
- die Aufgaben und Leistungen des Bundes (Bst. e),
- die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts (Bst. f),
- Organisation und Verfahren der Bundesbehörden (Bst. g).

Auch in verschiedenen Kantonsverfassungen ist der Grundsatz der Gesetzmässigkeit ausdrücklich verankert. Im Unterschied zu Art. 164 BV gilt Art. 5 Abs. 1 BV für die ganze schweizerische Rechtsordnung und somit auch für das kantonale und kommunale Recht. Auf der Basis von Art. 5 Abs. 1 BV umschreiben viele Kantonsverfassungen das Erfordernis des formellen Gesetzes ähnlich wie dies Art. 164 BV für die Bundesebene verlangt (vgl. z.B. Art. 38 KV/ZH).⁹

Rechtsetzungsbefugnisse können auf Bundesebene gemäss Art. 164 Abs. 2 BV in Gesetzen an den Verordnungsgeber delegiert werden, soweit dies nicht durch die Verfassung ausgeschlossen oder eingeschränkt wird. Solche Einschränkungen sieht die Bundesverfassung bei den Grundsätzen der Besteuerung in Art. 127 Abs. 1 BV vor. Danach ist die Ausgestaltung der Steuern, namentlich der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Steuer und deren Bemessung in den Grundzügen im Gesetz selbst zu regeln. Im Bereich des kantonalen Rechts darf die Delegation nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht durch das kantonale Recht ausgeschlossen sein. Sie muss sich auf ein Gesetz stützen und auf ein bestimmtes Sachgebiet beschränken. Wichtige Gegenstände, namentlich schwerwiegende Einschränkungen von verfassungsmässigen Rechten, muss das Gesetz zumindest in den Grundzügen selbst regeln.¹⁰ Blankodelegationen sind grundsätzlich unzulässig.¹¹

⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 335.

¹⁰ BGE 108 Ia 305, 310, E. 2b.

¹¹ BGE 128 I 113, 121 ff., E. 3.

Für das *kantonale Recht* gilt gemäss BGE 128 I 113, 122, E. 3c Folgendes:

«Bundesverfassungsrechtlich ist die Delegation von an sich dem Gesetzgeber zustehenden Rechtsetzungszuständigkeiten an die Regierung oder ein anderes Organ zulässig, wenn sie in einem formellen Gesetz enthalten ist, nicht durch das kantonale Recht ausgeschlossen wird, sich auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt und das Gesetz die Grundzüge der Regelung selber enthält, soweit die Stellung der Rechtsunterworfenen schwerwiegend berührt wird (vgl. statt vieler BGE 118 Ia 245 E. 3b S. 247 f. und 305 E. 2b S. 310 f.). Es kann nicht ein für alle Mal gesagt werden, welche Regelungen so bedeutend sind, dass sie im formellen Gesetz enthalten sein müssen und wie detailliert die gesetzliche Normierung sein muss. Massgebend sind die Umstände im Einzelfall. Allgemein gelten eher strenge Anforderungen, wo es um eine Einschränkung von Grundrechten oder um die Schaffung von öffentlich-rechtlichen Pflichten geht, wobei die Natur und die Schwere des Eingriffs bzw. der Verpflichtung mit zu berücksichtigen sind (BGE 123 I 221 E. 4a S. 226). Auch für wichtige politische Entscheide ist ein formelles Gesetz erforderlich (BGE 125 I 173 E. 4a S. 176; BGE 123 I 254 E. 2b/bb S. 256). Wegleitend kann eine verbreitete, seit langem bestehende und auch in anderen Kantonen gängige Rechtswirklichkeit sein; eine Regelung auf Verordnungsstufe ist eher zulässig, wenn sie dem allgemein üblichen Standard entspricht. Für bisher unübliche Regelungen ist demgegenüber ein formelles Gesetz erforderlich (vgl. BGE 125 I 173 E. 9e S. 181; BGE 123 I 254 E. 2b/bb S. 256; BGE 122 I 130 E. 3b/cc S. 135; ZBI 102/2001 S. 268 E. 2e, 2P.369/1998, mit weiteren Hinweisen).»

Im Wesentlichen die gleichen Kriterien zur Beurteilung des Erfordernisses einer gesetzlichen Regelung werden in der Lehre genannt. Dazu gehören die Intensität des Eingriffs in die Sphäre der Betroffenen, die Zahl der Betroffenen, die finanziellen Auswirkungen für die Betroffenen und die Akzeptierbarkeit einer Anordnung, besonders umstrittene Fragen, die grosse Bedeutung für politische Willensbildung, Behördenorganisation und Verfahren.¹²

Werden Regelungsgegenstände *Privaten* übertragen, so weisen die privaten Regelungswerke kraft Delegation die Qualität staatlicher Erlasse auf. *Dynamische Verweise* auf jeweils geltende Regelungen sind nur unter strengen Voraussetzungen zulässig.¹³

Das Parlament befasst sich gegenwärtig mit der Einführung eines *Verordnungsvetos*.¹⁴ Es will damit die Verordnungen des Bundesrats kontrollieren, bevor diese in Kraft treten. Dies ist unzulässig, erklärt doch die Bundesverfassung den Bundesrat allein und uneingeschränkt zum Erlass von Verordnungen für zuständig. Delegiert der Gesetzgeber eine Regelungsmaterie an den Verordnungsge-

¹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 354; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, §19 Rz. 5 f.

¹³ BGE 136 I 316, 320 ff., E. 2.4.

¹⁴ Vgl. Parlamentarische Initiative von Thomas Aeschi (14.422), abrufbar unter: <http://www.parlament.ch>.

ber, so sollte er dies nicht «halbherzig» tun, indem er sich ein Verordnungsveto vorbehält. Der ungeschriebene Verfassungsgrundsatz der Gewaltenteilung will eine übermässige Machtkonzentration bei einer der drei Staatsgewalten verhindern. Das gilt auch für das Parlament. Es soll sich mit Sorgfalt und Umsicht auf seine Kernmaterien konzentrieren. Damit ist es schon hinreichend ausgelastet. Deshalb schreibt Art. 182 Abs. 2 BV vor, dass der Bundesrat rechtsetzende Bestimmungen in der Form der Verordnung erlässt, soweit er durch Verfassung oder Gesetz dazu ermächtigt ist. Diese Verfassungsbestimmung geht davon aus, dass der Bundesrat dies allein in eigener Verantwortung und nicht unter Vorbehalt eines Parlamentsvetos tut. Bundesrätliche Verordnungen unterstehen im Übrigen der vorfrageweisen Überprüfung durch die Justiz als dritter Gewalt. Mit Blick auf diese Möglichkeit der rechtlichen Überprüfung des Ordnungsrechts durch die Gerichte im Rahmen von Einzelfallbeurteilungen ist für die Einhaltung der Rechtmässigkeit des Ordnungsrechts auf Bundesebene hinreichend gesorgt. Auf kantonaler Ebene ist dies angesichts der weitgehenden Kontrollbefugnisse namentlich des Bundesgerichts ohnehin der Fall. Die Parlamente haben genügend Möglichkeiten, dafür zu sorgen, dass die Exekutiven das Ordnungsrecht im Sinne der Legislative ausgestalten. So orientiert der Bundesrat das Parlament oft schon im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens über den in Aussicht genommenen Inhalt von Ausführungsverordnungen. Die zuständigen Kommissionen der Bundesversammlung werden gemäss Art. 22 Abs. 3 des Parlamentsgesetzes¹⁵ auf Verlangen vor dem Erlass von rechtsetzenden Verordnungen des Bundesrates konsultiert, sofern die Dringlichkeit der Verordnung dies zulässt. Art. 151 Abs. 1 ParlG räumt der zuständigen Kommission sogar ausdrücklich das Recht ein, zu verlangen, dass ihr der Entwurf zu einer wichtigen Verordnung des Bundesrates zur Konsultation unterbreitet wird. Missfällt eine Verordnung dem Parlament, so kann dieses auf dem Gesetzgebungsweg die ihm nötig scheinenden Korrekturen anbringen. Das Parlament ist als Teil der gesetzgebenden Gewalt dazu aufgerufen, sorgfältige, verfassungskonforme und durchdachte Gesetze zu erlassen. Der Bundesrat soll diese, soweit nötig, durch den Erlass von Ausführungsvorschriften korrekt vollziehen. Das Parlament sollte den Bundesrat dabei im Interesse der Sache unterstützen und ihm seine ohnehin schwierige Arbeit nicht durch unnötiges Misstrauen erschweren. Das Verordnungsveto verwischt die Verantwortung von Parlament und Regierung in der Rechtsetzung in unzulässiger Weise. Es schafft Rechtsun-

¹⁵ Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10).

sicherheit. Es verleitet das Parlament zu unsorgfältiger Gesetzgebung in der Meinung, nötigenfalls später die Anwendung des von ihm erlassenen Rechts durch ein Verordnungsveto zu verhindern. Mit dieser Mentalreservation kapituliert es vor sich selbst. Das Verordnungsveto kann zu einer starken Verpolitisierung der Verordnungsgebung, ja zu eigentlichen politisch motivierten Vollzugsblockaden führen. Diese Blockaden müssen dann in der Folge im Rahmen von Einzelfallbeurteilungen durch die Justiz aufgelöst werden, soweit dies möglich ist. Das entspricht weder dem Sinn und Geist der heutigen Bundesverfassung noch den wohlverstandenen Interessen des Parlaments. Dieses hat sich im Bereich der Bundesgesetzgebung bis jetzt immer gegen eine zu starke Ausdehnung der Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts gewehrt. Das Verordnungsveto kann somit zu unerwünschten Spannungen zwischen Gerichtsbarkeit und Parlament führen. Angesichts des sehr grossen Umfangs des Ordnungsrechts mit vielen vollzugsnotwendigen Ausführungsverordnungsvorschriften kann das Parlament ein allfälliges Vetorecht zudem kaum wirksam und vernünftig zur Geltung bringen. Es ist zu hoffen, dass es sich auf seine äusserst wichtige Funktion als Legislative konzentriert und von der Einführung des verfassungsrechtlich fragwürdigen Verordnungsvetos absieht.

b) Form eines genügend bestimmten Rechtssatzes

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts steht das Erfordernis der Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage im Dienste des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts, der Rechtssicherheit mit den Elementen der Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns sowie der rechtsgleichen Rechtsanwendung. Es gilt aber nicht absolut. Der Gesetzgeber kann nach Auffassung des Bundesgerichts nicht darauf verzichten, allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lasse sich nicht abstrakt festlegen. Der Bestimmtheitsgrad hänge unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab. In gewissem Ausmass könne die Unbestimmtheit von Normen durch verfahrensrechtliche Garantien gleichsam kompensiert werden, und es kommt dem Grundsatz

der Verhältnismässigkeit besondere Bedeutung zu.¹⁶ Unbestimmte Vorschriften können mit Blick auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) auch genügen, wenn ein Rechtsverhältnis freiwillig begründet wird. Rechtsgleichheit kann auch durch eine gleichmässige Behördliche Praxis gewährleistet werden.¹⁷

Im Zusammenhang mit der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 75b BV betreffend die Beschränkung von Zweitwohnungen führt das Bundesgericht zum Erfordernis der Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage in BGE 139 II 243, 252, E. 10.5 Folgendes aus:

«Die unmittelbare Anwendbarkeit einer Verfassungsbestimmung setzt voraus, dass Tatbestand und Rechtsfolgen genügend genau formuliert sind: Das Legalitätsprinzip verlangt eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze im Dienste des Gesetzesvorbehalts, der Rechtssicherheit und der rechtsgleichen Rechtsanwendung (BGE 135 I 169 E. 5.4.1 S. 173; BGE 132 I 49 E. 6.2 S. 58 f.; je mit Hinweisen). Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidungen, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab (BGE 136 I 87 E. 3.1 S. 90 f. mit Hinweisen).»

2. Der Vorrang des übergeordneten Rechts

Das Legalitätsprinzip beschränkt sich nicht darauf, für staatliches Handeln eine adäquate gesetzliche Grundlage zu verlangen. Das Recht ist hierarchisch gegliedert. Höherrangiges geht Tieferem vor. Nachgeordnetes Recht darf übergeordnetem nicht widersprechen. Das Prinzip fordert insbesondere, dass formellem Gesetzesrecht gegenüber dem Gesetz im materiellen Sinn, d.h. dem Verordnungsrecht, Vorrang zukommt. Folgende Normstufen stehen im Vordergrund:

- Völkerrecht
- Bundesverfassung
- Bundesgesetz
- Verordnung der Bundesversammlung
- Verordnung des Bundesrates

¹⁶ BGE 138 IV 13, 20, E. 4.1; 132 I 49, 58, E. 6.2; 128 I 327, 339 ff., E. 4.2.

¹⁷ BGE 129 I 161, 163, E. 2.2.

- Interkantonales Recht
- Kantonales Recht als Gesetzes- und Verordnungsrecht
- Kommunales Recht als Gesetzes- und Verordnungsrecht¹⁸
- Autonome Satzungen mit Verordnungsrang¹⁹.

III. Das Legalitätsprinzip im Lichte der Praxis des Bundesgerichts

1. Richterrechtliche Grundsätze

Zum *Legalitätsprinzip* selbst haben die Gerichte, insbesondere das Bundesgericht, eine reichhaltige Praxis entwickelt. Im Rahmen ihrer Zuständigkeit prüfen sie sämtliche Gesichtspunkte des Erfordernisses der gesetzlichen Grundlage und des Vorrangs des übergeordneten Rechts. Die äusserst unterschiedlichen Regelungsgegenstände führen dazu, dass bei der Umsetzung des Gesetzmässigkeitsprinzips in verschiedener Hinsicht sehr unterschiedliche Wertungen zu treffen sind. Diese wurden und werden durch den gesellschaftlichen Wandel stark beeinflusst. Es erstaunt daher nicht, dass das Bundesgericht bei der Anwendung dieses Grundsatzes über viele Jahre hinweg dynamisch eine sehr differenzierte Praxis geschaffen hat. Trotz den erwähnten bedeutenden Veränderungen in Gesellschaft und Umwelt sind die *tragenden Linien dieser Rechtsprechung* im Wesentlichen bis heute unverändert geblieben.²⁰

Zwar sind verschiedene Gesichtspunkte des *Gesetzmässigkeitsprinzips* in der Bundesverfassung und in Kantonsverfassungen – allerdings sehr offen – ausdrücklich geregelt und beruhen somit insoweit auf einer gesetzlichen Grundlage. Die wesentlichen Grundsätze des Legalitätsprinzips stützen sich jedoch trotzdem auf *Richterrecht*.²¹ Eine zu starre gesetzliche Regelung würde der sich laufend wandelnden Lebenswirklichkeit nicht gerecht.

¹⁸ Vgl. SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 20.

¹⁹ Vgl. SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 22.

²⁰ Vgl. zum Ganzen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, §19 Rz. 1 ff.

²¹ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, §19 Rz. 1 ff. und insbesondere Rz. 34 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 336 ff.; SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 40 ff.

2. Geltendmachung des Legalitätsprinzips vor Gericht

Die Bestimmungen der Bundesverfassung machen den grossen Spielraum deutlich, den der Gesetzgeber bei der Umsetzung des Legalitätsprinzips besitzt. Dessen Einhaltung wird im kantonalrechtlichen Bereich durch das Bundesgericht seit jeher eingehend und wirksam überwacht. In diesem Bereich hat es eine überaus vielfältige und umfangreiche Rechtsprechung entwickelt. Im *Bereich des Bundesrechts* werden dieser gerichtlichen Kontrolle durch Art. 190 BV jedoch engere Grenzen gesetzt. Das zeigt sich beispielsweise deutlich bei der Umsetzung von Art. 121a BV (Steuerung der Zuwanderung) und Art. 75b BV (Beschränkung der Zweitwohnungen). Nach Art. 190 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Der Schwerpunkt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Gesetzmässigkeitsprinzip liegt daher in Bezug auf das Bundesrecht bei der Auslegung offener Normen und bei der akzessorischen Überprüfung bundesrechtlicher Verordnungen. In Bezug auf das kantonale Recht verfügen die rechtsanwendenden Behörden dagegen über sehr weitreichende Kontrollbefugnisse.

Vor *kantonalen Gerichten* und vor dem *Bundesverwaltungsgericht* kann die Verletzung des Gesetzmässigkeitsgrundsatzes uneingeschränkt gerügt werden, da diese Instanzen Rechtsfragen umfassend prüfen.²²

Anders ist dies im *bundesgerichtlichen Verfahren*: Nach der Praxis des Bundesgerichts ist das Legalitätsprinzip – abgesehen von seiner spezifischen Bedeutung im Strafrecht und im Abgaberecht – *kein verfassungsmässiges Individualrecht*. Vielmehr stellt es einen *Verfassungsgrundsatz* dar. Für das bundesgerichtliche Verfahren sind zwei Konstellationen zu unterscheiden:

- Wird ein *kantonalen Erlass* angefochten (Art. 82 Bst. b BGG) oder stützt sich der angefochtene *Entscheid* (Art. 82 Bst. a BGG) auf *kantonales Recht*, kann das *Legalitätsprinzip* im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten *nicht selbstständig*, sondern nur im Zusammenhang mit der Verletzung des Grundsatzes der *Gewaltentrennung*, der *Rechtsgleichheit*, des *Willkürverbots* oder eines *speziellen Grundrechts* (z.B. persönliche Freiheit, Eigentumsgarantie usw.) gerügt werden. Grundlage einer entsprechenden Rüge bildet die Verletzung von Bundesrecht i.S.v. Art. 95 Bst. a BGG. Die

²² Vgl. SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 16.

Verletzung kantonaler Gesetze und Verordnungen stellt gemäss Art. 95 BGG keinen zulässigen Beschwerdegrund dar.²³

- Beruht der angefochtene Entscheid auf *Bundesrecht* oder wird die Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts geltend gemacht, kann dagegen ohne Weiteres Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben und die Verletzung von Bundesrecht (Art. 95 Bst. a BGG) geltend gemacht werden. Das in Art. 95 Bst. a BGG genannte Bundesrecht umfasst auch das Völkerrecht, wobei den direkt anwendbaren Grundsätzen der EMRK besonderes Gewicht zukommt. Zum Bundesrecht i.S.v. Art. 95 Bst. a BGG gehört sodann insbesondere das Bundesverfassungsrecht. In dieser Hinsicht kann etwa gerügt werden, die gesetzliche Grundlage für einen Grundrechtseingriff fehle, erfülle die Voraussetzungen von Art. 36 Abs. 1 BV nicht, oder sie verletze das verfassungsmässige Recht²⁴ der Gewaltenteilung.

Im *Abgaberecht* bildet das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage dagegen gestützt auf Art. 127 BV ein *selbständiges verfassungsmässiges Recht*, dessen Verletzung unmittelbar mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gerügt werden kann. Das gilt auch für das kantonale Recht. So hält das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer kantonalrechtlichen Lenkungsabgabe zur Beschränkung des Zweitwohnungsbaus Folgendes fest:²⁵

«Aus dem Legalitätsprinzip im Abgaberecht folgt, dass Abgaben in rechtssatzmässiger Form festgelegt sein müssen, so dass den rechtsanwendenden Behörden kein übermässiger Spielraum verbleibt und die möglichen Abgabepflichtigen voraussehbar und rechtsgleich sind (vgl. Art. 164 Abs. 1 lit. d und Art. 127 Abs. 1 BV; BGE 131 II 735 E. 3.2 S. 739 mit Hinweisen). Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage (Legalitätsprinzip) im Abgaberecht ist ein *selbständiges verfassungsmässiges Recht*, dessen Verletzung *unmittelbar gestützt auf Art. 127 Abs. 1 BV* geltend gemacht werden kann (BGE 132 II 371 mit Hinweisen). Die formell-gesetzliche Grundlage muss zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen selbst enthalten [...]. Diese Grundsätze gelten auch, wenn der Gesetzgeber die Kompetenz zur Festlegung einer Abgabe an eine nachgeordnete Behörde delegiert (BGE 132 II 371 E. 2.1 S. 374 mit Hinweisen).»

Ebenso hat das Bundesgericht das durch sämtliche Kantonsverfassungen garantierte Prinzip der *Gewaltentrennung* als *selbständiges verfassungsmässiges Recht*

²³ BGE 134 I 322, 326, E. 2.1; 129 I 161, 162 f., E. 2.1; 127 I 60, 67, E. 3a. Vgl. die Ausführungen zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit i.S.v. Art. 5 Abs. 2 BV in: BGE 140 II 194, 199 f., E. 5.8.2 und BGE 135 V 172, 182, E. 7.3.2; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, §19 Rz. 46; SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 16.

²⁴ BGE 126 I 180, 182, E. 2a.aa.

²⁵ BGE 136 I 142, 146, E. 4.1; vgl. auch BGE 126 I 180, 182, E. 2.a.aa.

anerkannt. Sein Inhalt ergebe sich aus dem jeweiligen kantonalen Recht, wobei die Auslegung der einschlägigen Verfassungsbestimmungen frei geprüft werde, jene des Gesetzesrechts dagegen lediglich auf Willkür hin. Grundsätzlich mit freier Kognition beurteile es die Frage der bundesverfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen.²⁶ Ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgeschlossen (vgl. Art. 83 BGG), so kann gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide gestützt auf die Art. 113 ff. BGG wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 116 BGG) die subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden. Auch mit diesem Rechtsmittel kann die Verletzung des Legalitätsprinzips nur zusammen mit der Verletzung des Grundsatzes der *Gewaltentrennung*, der *Rechtsgleichheit*, des *Willkürverbots* oder einem *speziellen Grundrecht* gerügt werden.²⁷

3. Vorrang des übergeordneten Rechts

Der Grundsatz des Vorrangs von Bundesrecht gegenüber kantonalem Recht ist in Art. 49 BV besonders geregelt. Er verbietet den Kantonen die Rechtsetzung in bundesrechtlich abschliessend geregelten Sachgebieten. Bei nicht abschliessenden bundesrechtlichen Regelungen dürfen die Kantone nur Vorschriften erlassen, die mit dem Sinn und Geist sowie dem Zweck des Bundesrechts vereinbar sind. Der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts stellt ein verfassungsmässiges Individualrecht dar, dessen Einhaltung das Bundesgericht mit freier Kognition prüft.²⁸

Ob Bundesrecht mit der Bundesverfassung vereinbar ist, darf das Bundesgericht nach Art. 190 BV zwar prüfen. Es hat dieses jedoch anzuwenden, selbst wenn es sich als verfassungswidrig erweist. In diesem Sinn ist das Bundesgericht z.B. an das Zweitwohnungsgesetz²⁹ gebunden, selbst für den Fall, dass es Zweifel hat an der Vereinbarkeit mit den Vorschriften von Art. 75b BV. Gleich verhält es sich mit der Verfassungsmässigkeit von Art. 18a RPG betreffend Solaranlagen³⁰ und

²⁶ BGE 126 I 180, 182, E. 2a.aa.

²⁷ Vgl. zum Ganzen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 44 ff.; SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 16.

²⁸ BGE 133 I 286, 290 f., E. 3.1.

²⁹ Bundesgesetz vom 20. März 2015 über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG, SR 702).

³⁰ JÄGER in: Kommentar RPG, Art. 18a N 3–8.

mit dem im Energiegesetz³¹ vorgeschriebenen Zuschlag zur Finanzierung der kostendeckenden Einspeisevergütung KEV.³²

Anders verhält es sich in Bezug auf Bundesrecht, das gegen die namentlich in der EMRK garantierten *Menschenrechtsgarantien* verstösst. Diesen räumt das Bundesgericht seit dem PKK-Grundsatzurteil³³ *Vorrang* ein.³⁴ In einem jüngsten Urteil bejahte das Gericht im Zusammenhang mit der Steuerung der Zuwanderung gestützt auf Art. 27 VRK³⁵ zudem den *Vorrang des Freizügigkeitsabkommens (FZA)*³⁶ gegenüber Art. 121a BV.³⁷

Hinsichtlich des Legalitätsprinzips ist das Bundesgericht zum Schluss gekommen, Art. 121a BV bedürfe der *Umsetzung* durch Verhandlungen mit den am Freizügigkeitsabkommen beteiligten Vertragsparteien und durch *Gesetzgebung* (Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 und Abs. 2 Übest. BV). Ist die *Ausführungsgesetzgebung* zu Art. 121a BV drei Jahre nach dessen Annahme durch Volk und Stände noch nicht in Kraft getreten, so muss der Bundesrat gemäss Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 Übest. BV auf diesen Zeitpunkt hin die Ausführungsbestimmungen vorübergehend auf dem Verordnungsweg erlassen. Die erwähnten Verhandlungen haben bis heute noch zu keinem Ergebnis geführt. Zurzeit ist es völlig unklar, wie Art. 121a BV konkret korrekt und vollständig umgesetzt werden soll. Da die *Grundlagen für die Umsetzung von Art. 121a BV* sowohl dem *Gesetzgeber* als auch dem *Bundesrat* als Verordnungsgeber derzeit *fehlen* und sich dies mit Blick auf die Folgen des «Brexit» voraussichtlich in nächster Zukunft nicht ändern wird, besteht die Gefahr, dass das Verfassungsrecht in einer sehr wichtigen Frage nicht korrekt umgesetzt wird. Der Bundesrat ist jedenfalls vorläufig kaum in der Lage, innerhalb der von der Verfassung vorgeschriebenen dreijährigen Frist verfassungs- und völkerrechtskonformes Verordnungsrecht zu schaffen. Einen Ausweg bietet Art. 165 BV (Gesetzgebung bei Dringlichkeit) an. Auf diesem

³¹ Energiegesetz vom 26. Juni 1998 (EnG, SR 730.0).

³² HETTICH/WALTHER, S. 156 ff.

³³ BGE 125 II 417, 424 ff., E. 4c-e.

³⁴ BGE 139 I 16, 23 ff., E. 4 f.

³⁵ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (VRK, SR 0.111).

³⁶ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.681).

³⁷ BGE 142 II 35, 38 ff., E. 3.2 betreffend das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.681).

Weg könnte die erwähnte *Übergangsfrist* von Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 Übest. BV angemessen *verlängert* werden, nach deren unbenützttem Ablauf der Bundesrat vorübergehendes Verordnungsrecht schaffen muss. Einer solchen in einem *dringlich erklärten Bundesgesetz* vorgesehenen Umsetzungsverlängerung müssten gemäss Art. 165 Abs. 3 BV vor Ablauf eines Jahres Volk und Stände zustimmen. Gegenwärtig steht jedoch die direkte, allerdings nur teilweise, Umsetzung dieser Bestimmung durch das Parlament im Vordergrund. Es scheint sich dabei einer «neuartigen», *auf die Verfassung als Gesamtordnung ausgerichteten Auslegung* von Art. 121a BV zu bedienen und dem Vorrang des Völkerrechts sowie der Verhältnismässigkeit entscheidende Bedeutung zuzumessen. Macht diese Umsetzung radikalen Verfassungsrechts, welche teilweise bereits bei der Gesetzgebung zu Art. 75b BV betreffend die Beschränkung von Zweitwohnungen angewendet wurde, Schule, so hat dies auch Auswirkungen auf weitere Verfassungsbestimmungen. Diese «neue Verfassungspraxis» läuft ein Stück weit auf die Anerkennung unantastbarer Kernbereiche der Verfassung hinaus, welche allenfalls nur im Rahmen einer Totalrevision der Bundesverfassung in Frage gestellt werden dürfen. Es degradiert radikale *Verfassungsbestimmungen* zu blossen *Zielvorschriften*. Diese Sichtweise geht in die Richtung der allerdings viel restriktiveren Ewigkeitsklausel oder Ewigkeitsgarantie in Art. 79 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes. Danach sind bestimmte Verfassungsgrundsätze auf ewig nicht abänderbar. Nach bisheriger schweizerischer Verfassungspraxis müssen Verfassungsbestimmungen, sollen sie teilweise nicht umgesetzt werden, im Rahmen einer Teilrevision der Bundesverfassung formell abgeändert werden. Soll eine *schrittweise Umsetzung* erfolgen, was bei Art. 121a BV ebenfalls diskutiert wird, so dürfen die einzelnen Umsetzungsetappen jedenfalls nicht zu weit auseinanderliegen.

4. Grundrechtseingriffe

a) Diskriminierungsverbot – Appenzeller Frauenstimmrecht

Am 27. November 1990 hat das Bundesgericht in Gutheissung einer Stimmrechtsbeschwerde entschieden, die Verweigerung des Frauenstimmrechts gestützt auf den damaligen Art. 16 KV/Al verstoße gegen das Diskriminierungsverbot i.S.v. Art. 4 Abs. 2 aBV. Der in Art. 74 Abs. 4 aBV enthaltene vor dem Inkrafttreten von Art. 4 Abs. 2 aBV erlassene Vorbehalt, wonach für Abstimmungen und Wahlen der Kantone und Gemeinden das kantonale Recht vorbe-

halten bleibt, habe vor Art. 4 Abs. 2 aBV keinen Bestand mehr. Der durch die Standeskommission gestützt auf Art. 16 Abs. 1 der damaligen Kantonsverfassung³⁸ verfügte Ausschluss der Frauen vom Stimmrecht sei diskriminierend. Deshalb bilde Art. 16 Abs. 1 aKV/AI keine rechtlich zulässige Grundlage mehr für die Verweigerung des Frauenstimmrechts. Der damalige Art. 16 Abs. 1 KV/AI lautete wie folgt: «An Landsgemeinden und an Gemeindeversammlungen sind alle im Kanton wohnhaften *Landleute* sowie die übrigen Schweizer stimmberechtigt, sofern sie das 20. Altersjahr vollendet haben und im Stimmregister eingetragen sind.» Diese Bestimmung wurde in der Vergangenheit so ausgelegt, dass nur die Männer an der Landsgemeinde als stimmberechtigt galten. In verfassungskonformer Auslegung von Art. 16 Abs. 1 aKV/AI kam das Bundesgericht zum Schluss, auch Frauen seien «Landleute» oder Schweizer. Art. 4 Abs. 2 BV führe demnach zu einer neuen, dem Wortlaut nicht widersprechenden Auslegung von Art. 16 Abs. 1 aKV/AI, die mit dem Gebot der Gleichberechtigung der Geschlechter übereinstimme. Eine Änderung von Art. 16 aKV sei nicht notwendig. Vielmehr genüge es, festzustellen, dass der Begriff Landleute in Art. 16 Abs. 1 aKV/AI auf Männer und Frauen anwendbar sei und deshalb auch Frauen die politischen Rechte zustünden. Die Kantonsverfassung wurde später in diesem Punkt geändert. Art. 16 Abs. 1 KV/AI³⁹ lautet heute wie folgt: «An Landsgemeinden und an Gemeindeversammlungen sind alle im Kanton wohnhaften Schweizerbürgerinnen und Schweizerbürger stimmberechtigt, sofern sie das 18. Altersjahr vollendet haben und im Stimmregister eingetragen sind.» Bis zum Inkrafttreten dieser Änderung bildete *Richterrecht die gesetzliche Grundlage für das Frauenstimmrecht im Kanton Appenzell Innerrhoden*.

b) Politische Rechte – Konsultativabstimmung

In Bezug auf Fragen betreffend politische Rechte übt das Bundesgericht eine strenge Praxis zum Legalitätsprinzip. In diesem Sinn hat es eine gegen den Kanton Schaffhausen erhobene Stimmrechtsbeschwerde gegen die Durchführung einer Konsultativabstimmung betreffend die Gemeindeorganisation gutgeheis-

³⁸ Verfassung für den Eidgenössischen Stand Appenzell I. Rh. vom 24. Wintermonat 1872 (SR 131.224.2).

³⁹ Angenommen an der Landsgemeinde vom 26. April 1992, in Kraft seit dem 26. April 1992, gewährleistet am 14. Dezember 1993 (BBl 1993 IV 599 Art. 1 Ziff. 8 II 180).

sen, weil dafür eine gesetzliche Grundlage fehlte. Es hat die Durchführung der Abstimmung untersagt.⁴⁰

c) Persönliche Freiheit

a. Persönliche Freiheit – Meinungs- und Informationsfreiheit

Vom 25. bis 31. Januar 2001 fand in Davos das Weltwirtschaftsforum (World Economic Forum, WEF) statt. Gleichzeitig führten verschiedene Nicht-Regierungs-Organisationen in Davos unter dem Titel «The Public Eye on Davos» eine unabhängige internationale Konferenz durch. Da Störungen und eine unbewilligte Demonstration angekündigt waren, traf die Kantonspolizei Graubünden zum Schutz von Gästen, Bevölkerung und Infrastruktur zahlreiche Massnahmen. Ein freier Journalist versuchte mit dem Postauto nach Davos zu gelangen. Er wurde von der Polizei angehalten und trotz Vorweisens seines Presseausweises und seiner Angaben über journalistische Tätigkeiten in Davos zur Rückkehr gezwungen. Das Polizeigesetz des Kantons Graubünden enthielt für dieses Vorgehen keine gesetzliche Grundlage. Es wurde in der Folge vom Bundesgericht gestützt auf die polizeiliche Generalklausel als verfassungs- und konventionskonform beurteilt:

«Gesamthaft betrachtet ist der Beschwerdeführer nicht zentral in seinen Freiheitsrechten gemäss Art. 10 EMRK, Art. 10 Abs. 2 und Art. 16 f. BV sowie Art. 19 UNO-Pakt II betroffen worden. Umgekehrt konnte die Gefährdungslage als sehr gravierend eingestuft werden. Demnach durfte dem Schutze der Polizeigüter und der Verhinderung der unbewilligten Demonstration und gewaltsamer Ausschreitungen höchste Priorität eingeräumt werden. In Anbetracht der konkreten Umstände ist es ferner nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdeführer als nicht risikolose Person eingestuft wurde. Daran vermochte in der konkreten Situation auch das Vorweisen eines nicht näher spezifizierten Journalistenausweises nichts zu ändern. Der mit der Zugangskontrolle verbundene Eingriff in die konventions- und verfassungsmässigen Rechte des Beschwerdeführers kann daher bei umfassender Interessenabwägung nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden.»⁴¹

Im Urteil Gsell Mario gegen die Schweiz vom 8. Oktober 2009 (no. 12657/05) kam der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zum Schluss, dieses Vorgehen verletze Art. 10 EMRK. Besonders störend empfand es der Gerichtshof, dass keinerlei Unterschied gemacht wurde zwischen friedlichen und potenziell gewalttätigen Demonstranten.

⁴⁰ BGer, Urteil 1C_51/2014 vom 25. März 2014.

⁴¹ BGE 130 I 369, 387, E. 7.5.

Am 28. November 2001 nahm der Grosse Rat des Kantons Graubünden unter dem Titel «Ordnungs- und Sicherheitspolizei» die folgende neue Bestimmung in die Verordnung über die Kantonspolizei (PoIV; BR 613.100) auf:

«Art. 8a Sicherheitspolizeiliche Befugnisse

¹ Die Kantonspolizei kann zur Wahrung der Sicherheit und Ordnung sowie zur Gefahrenabwehr ereignisbezogen die notwendigen Massnahmen anordnen.

² Insbesondere kann sie

- a) Personen anweisen, einen bestimmten Ort oder ein bestimmtes Gebiet zu verlassen;
- b) das Betreten von Objekten, Grundstücken oder Gebieten untersagen;
- c) den Aufenthalt in Objekten, Grundstücken oder Gebieten untersagen;
- d) Gegenstände vorübergehend sicherstellen, von welchen eine Gefahr ausgeht oder bei denen der Verdacht einer missbräuchlichen Verwendung besteht.

³ Sie kann bei Nichtbefolgung der Anweisung diese mit den erforderlichen und angemessenen Mitteln durchsetzen.»

Gegen diese Regelung wurde beim Bundesgericht ein Gesuch um abstrakte Normenkontrolle eingereicht. Dieses wurde mit Urteil vom 26. August 2002 abgewiesen.⁴² Ein Blick auf die erwähnte Verordnungsbestimmung zeigt die grosse Offenheit von deren Formulierung. Man kann sich fragen, ob der Unterschied zur polizeilichen Generalklausel abgesehen von der Zuständigkeitsregelung nicht weitgehend formeller Natur ist und darin besteht, dass der materielle Gehalt der an sich allgemein bekannten Polizeiklausel nun in einer vom Kantonsrat erlassenen gesetzlichen Grundlage enthalten ist.

b. Zwangsmedikation

Nach dem früheren Art. 397a Abs. 1 ZGB, der sich im Abschnitt über die fürsorgliche Freiheitsentziehung befand, durfte eine mündige oder entmündigte Person wegen Geistesschwäche, Trunksucht, anderen Suchtkrankheiten oder schwerer Verwahrlosung in einer geeigneten Anstalt untergebracht oder zurückbehalten werden, wenn ihr die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden konnte. Das Bundesgericht erkannte in dieser Vorschrift keine genügende gesetzliche Grundlage für die Zwangsmedikation.⁴³

Deshalb musste für diese Massnahme jeder Kanton eine eigene, hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage schaffen. Dies geschah nicht in allen Kanto-

⁴² BGE 128 I 327, 345, E. 4.4.

⁴³ BGE 125 III 169; 126 I 112, 116, E. 3b.

nen. Wo keine solche Grundlage bestand, war eine trotzdem durchgeführte Zwangsmassnahme problematisch und je nach den Umständen rechtswidrig. Das führte zu grossen Problemen. Im Kanton Bern wurde ein Patient während rund einem Monat wegen schwer wahnhaft-deliranten Zuständen verbunden mit Polytoxikomanie in der Klinik Waldau der psychiatrischen Universitätsklinik Bern behandelt. In einer Ausnahmesituation wurde er in die Akutstation und kurze Zeit später ins Isolierzimmer verlegt. Dort wurde er während zweier Tage zur Einnahme von Medikamenten gezwungen. Da im Kanton Bern für diese Massnahmen keine formelle gesetzliche Grundlage bestand, wurden sie gestützt auf die polizeiliche Generalklausel vorgenommen.

Angesichts der *Schwere des Eingriffs in die persönliche Freiheit* prüfte das vom betroffenen Patienten angerufene Bundesgericht die Verfassungskonformität der Zwangsmassnahmen nicht nur hinsichtlich des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit, sondern auch in Bezug auf die gesetzliche Grundlage mit freier Kognition. Welche Beschränkungen unter dem Aspekt des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit zulässig seien, sei mit Rücksicht auf die dem Wandel unterworfenen ethische Wertordnung und in Anbetracht der sich verändernden sozialen Verhältnisse zu prüfen. Zur polizeilichen Generalklausel hielt das Bundesgericht fest:

«Die polizeiliche Generalklausel, die in Art. 28 Abs. 1 der bernischen Kantonsverfassung erwähnt ist, vermag nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine fehlende gesetzliche Grundlage zu ersetzen, wenn und soweit die öffentliche Ordnung und fundamentale Rechtsgüter des Staates oder Privater gegen schwere und zeitlich unmittelbar drohende Gefahren zu schützen sind, die unter den konkreten Umständen nicht anders abgewendet werden können als mit gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Mitteln. Diese müssen allerdings mit den allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, vereinbar sein. Der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel ist auf echte und unvorhersehbare Notfälle beschränkt; ihre Anrufung ist grundsätzlich ausgeschlossen, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurden (BGE 121 I 22 E. 4b/aa S. 27 f.; BGE 111 Ia 246 E. 2 und 3a mit Hinweisen).»⁴⁴

Das Bundesgericht kam zum Schluss, das ärztliche Vorgehen in der Klinik Waldau erweise sich trotz fehlender Rechtsgrundlage nicht als verfassungswidrig, soweit es in sachlicher und zeitlicher Hinsicht zum Schutz von Leib und Leben des Patienten und seiner Umgebung nötig und verhältnismässig gewesen sei.⁴⁵

⁴⁴ BGE 126 I 112, 118, E. 4a.

⁴⁵ BGE 126 I 112, 119 ff., E. 4c und 5.

Der EGMR erblickte in diesem Bundesgerichtsentscheid keine Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 und 8 EMRK.⁴⁶

d) Eigentumsgarantie

a. Materielle Enteignung

Nach Art. 26 Abs. 2 BV werden Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen (materielle Enteignungen) voll entschädigt. Dieser Grundsatz wird in Bezug auf Planungen in Art. 5 Abs. 2 RPG wiederholt. Der Begriff und die Voraussetzungen der materiellen Enteignung sind damit zwar grundsätzlich im Bundesrecht verankert. Die Kantone sind bei ihrer Gesetzgebung daran gebunden. Gleich verhält es sich hinsichtlich der rechtsanwendenden Behörden. Bis heute hat der Bundesgesetzgeber jedoch die Voraussetzungen für das Vorliegen einer materiellen Enteignung und damit für die Abgrenzung zur entschädigungslosen Eigentumsbeschränkung nicht konkretisiert. Vielmehr hat er dies der Rechtsprechung des Bundesgerichts überlassen. Die erwähnte Konkretisierung beruht somit ausschliesslich auf *Richterrecht*. Versuche, dies zu ändern, blieben bisher erfolglos.⁴⁷

b. Formelle Enteignung von Nachbarrechten

Die Grundsätze betreffend die formelle Enteignung von Nachbarrechten bei unvermeidbaren Immissionen öffentlicher Werke beruhen ebenfalls auf Richterrecht. Sie sind wie jene der materiellen Enteignung im Verlaufe einer langjährigen *Rechtsprechung durch das Bundesgericht* entwickelt worden. In den letzten Jahren sind im Parlament allerdings *Vorstösse* zu diesem Thema eingereicht worden. Zu erwähnen sind vor allem die am 1. Dezember 2015 erheblich erklärten Motionen von Fabio Regazzi (13.3023) und Markus Ritter (13.3196, Marktkonforme Entschädigung von Kulturland) betreffend die *Totalrevision des Bundesgesetzes über die Enteignung*.⁴⁸ Der Bundesrat wird gestützt darauf beauftragt, «die Revisionsbedürftigkeit des Bundesgesetzes über die Enteignung (EntG) vertieft zu prüfen». Zuvor hat das BAFU im Jahr 2012 die Lärmausgleichsnorm LAN zur Diskussion gestellt. Dieses umweltrechtliche Entschädi-

⁴⁶ Nichtzulassungsentscheid des EGMR Schneiter Michel gegen Schweiz vom 31. März 2005 no. 63062/00.

⁴⁷ Vgl. VALLENDER/HETTICH in: SGK BV, Art. 26 N 68 f.

⁴⁸ Bundesgesetz vom 20. Juni 1930 über die Enteignung (EntG, SR 711).

gungsmodell wurde jedoch namentlich von den Kantonen abgelehnt. ARNOLD MARTI zweifelt, ob die gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Problematik aufgegeben werden soll. Das Fortbestehen des Richterrechts sei zwar dogmatisch nicht unproblematisch. Es habe sich jedoch als praktikabel erwiesen. Deshalb begrüsst Marti zwar die Revisionsbestrebungen betreffend das Enteignungsgesetz. Er ist jedoch der Meinung, die Revision sei in zwei Etappen aufzuteilen. Vorweg sollten im Interesse der Rechtssicherheit Verfahrensfragen überprüft und nötigenfalls neu geregelt werden. Die «heissen Eisen», zu denen die Entschädigung bei unvermeidbaren Immissionen öffentlicher Werke gehört, sollte der Gesetzgeber seines Erachtens jedoch separat behandeln. Andernfalls bestehe die Gefahr, dass auch dringend erforderliche Änderungen auf die lange Bank geschoben würden.⁴⁹

c. Beschränkung von Zweitwohnungen

Zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Verfassungsbestimmung von Art. 75b BV betreffend die Beschränkung von *Zweitwohnungen* kommt das Bundesgericht in BGE 139 II 243, 256, E. 10.5 zum Schluss, die Verfassungsvorschrift schreibe in Abs. 1 eine absolute Grenze von 20% am Gesamtwohnungsbestand und an der Wohnnutzfläche jeder Gemeinde vor. Damit bestehe Klarheit und Bestimmtheit hinsichtlich des Tatbestands und der Rechtsfolge für diejenigen neuen Wohnnutzungen, die unzweifelhaft unter den Zweitwohnungsbegriff fielen in Gemeinden mit eindeutig überschüssendem Zweitwohnungsanteil. Die so erfassten Sachverhalte («kalte Betten») seien relativ einfach abzugrenzen und nicht komplex. Die mögliche Rechtsänderung sei lange im Voraus bekannt gewesen. Das gelte auch für die betroffenen Normadressaten. Der sofortigen Anwendbarkeit dieses «harten Kerns» der neuen, speziellen Verfassungsnorm stehe daher nichts entgegen, auch wenn sie eine nicht unerhebliche Beschränkung der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) bedeute. Art. 75b BV bilde eine hinreichende gesetzliche Grundlage dafür.

d. Vorrang des RPG

Zu *Landanlagekonzessionen* betreffend aufgeschüttete Seeufergrundstücke am Zürichsee führt das Bundesgericht in BGE 139 II 470, 475, E. 3.2 aus, soweit verbindliche Normen und nutzungsplanerische Festlegungen bestünden, wel-

⁴⁹ MARTI, S. 625 f.

che die Nutzung des Seeuferbereichs regeln würden und dabei auch das Konzessionsland einschlossen, seien diese als gesetzliche Grundlage zu beachten. Die zuständigen Behörden seien beim Entscheid über die Baukonzessionen daran gebunden.

e. Offene Nutzungsvorschriften

Das Bundesgericht bestätigte die Baubewilligung für die Erstellung einer *Fernwärmezentrale* mit den Grundmassen 19,3 m x 49,3 m, welche die Stadtwerke St. Gallen errichten möchten. Es wies den Vorwurf zurück, die anwendbaren Nutzungsvorschriften betreffend die Zone für öffentliche Bauten seien zu offen formuliert und verletzen das Legalitätsprinzip. Es hält es für zulässig, die Bauvorschriften in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen offen zu umschreiben, da die öffentlichen Nutzungsarten sehr unterschiedlich sein könnten (z.B. Schulhaus, Spital, Kehrlichtverbrennungsanlage usw.). Indem die kritisierte Bestimmung der St. Galler Bauordnung Abstandsvorschriften der benachbarten Bauklassen für anwendbar erkläre und die Baubehörde zur Berücksichtigung der öffentlichen und privaten Interessen verpflichtet werde, sei dem Bestimmtheitserfordernis bzw. dem Legalitätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 BV Genüge getan.⁵⁰

5. Leistungsverwaltung

Ursprünglich beschränkte das Bundesgericht das Legalitätsprinzip auf staatliche Eingriffe in die Sphäre der Rechtsunterworfenen. Im Grundsatzurteil BGE 103 Ia 369, 380 ff., E. 5 und 6 vom 25. Mai 1977 (Wäffler) erweiterte es seine Geltung auf die Leistungsverwaltung. Die ausführliche und sehr differenzierte Begründung ist im Wesentlichen noch heute gültig.⁵¹

In einem Verfahren machten Sozialhilfeempfänger geltend, die Bemessung der Sozialhilfe für vorläufig Aufgenommene beruhe auf einer ungenügenden gesetzlichen Grundlage. Sie erhielten dadurch zu tiefe Leistungen. Das Bundesgericht bejahte das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, hielt diese jedoch für gegeben und wies die Beschwerde ab. Es sei grundsätzlich weder diskriminie-

⁵⁰ BGer, Urteil 1C_449 vom 25. Februar 2016 E. 4.3.2 und 4.5.2; vgl. auch BGer, Urteil 1C_234/2012 vom 29. August 2012 E. 4.5 mit Hinweisen (Arosa).

⁵¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 6.

rend noch verstosse es gegen das Rechtsgleichheitsgebot, vorläufig aufgenommene Ausländer bei der Bemessung der Sozialhilfe wie Asylsuchende zu behandeln, deren Unterstützung nicht (mehr) in Form von Sachleistungen bestehe.⁵²

6. Verfahrensrecht

a) Haftbeschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft

Art. 222 StPO⁵³ lautet wie folgt:

«Art. 222 Rechtsmittel

Die verhaftete Person kann Entscheide über die Anordnung, die Verlängerung und die Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft bei der Beschwerdeinstanz anfechten. Vorbehalten bleibt Artikel 233.»

Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung steht das Recht zur Erhebung von Haftbeschwerden einzig der «verhafteten Person» zu. Die Staatsanwaltschaft wird nicht erwähnt. Das Bundesgericht ist bei der Auslegung dieser Vorschrift in verschiedenen Urteilen zum Schluss gelangt, dies entspreche nicht dem wahren Sinn des Gesetzes. Nach seiner Rechtsprechung ist auch die Staatsanwaltschaft befugt, einen für sie ungünstigen Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts in Haftsachen bei der Beschwerdeinstanz anzufechten. Sie muss dieses Recht wirksam wahrnehmen können.⁵⁴

Um dies zu gewährleisten hat das Bundesgericht eine Reihe wichtiger Regeln aufgestellt, die *in BGE 138 IV 148, 150 f.* wie folgt *zusammengefasst* werden:

«3.1 Nach Art. 222 StPO (SR 312.0) kann die verhaftete Person Entscheide über die Anordnung, die Verlängerung und die Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft bei der Beschwerdeinstanz anfechten. Dasselbe Beschwerderecht steht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Staatsanwaltschaft zu. Das Bundesgericht hat zusammenfassend erwogen, aufgrund der in Art. 111 BGG statuierten Einheit des Verfahrens müsse derjenige, der zur Beschwerde ans Bundesgericht berechtigt sei, sich am Verfahren vor allen kantonalen Instanzen als Partei beteiligen können. Dazu verlange das öffentliche Interesse an einer funktionierenden Strafjustiz, dass die Staatsanwaltschaft ein Beschwerderecht gegen einen die Haft aufhebenden Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts besitze (BGE 137 IV 230 E. 1 S. 232 mit Hinweisen).

⁵² BGE 130 I 1, 13, E. 3.6.3.

⁵³ Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0).

⁵⁴ BGE 139 IV 314, 316 f., E. 2.2; 138 IV 92, 96 ff., E. 3.2; 137 IV 87, 89 ff., E. 3; 137 IV 22, 23, E. 1.

3.2 Gemäss Art. 226 Abs. 5 StPO ist die beschuldigte Person unverzüglich freizulassen, wenn das Zwangsmassnahmengericht die Untersuchungshaft nicht anordnet. Dieses Recht auf unverzügliche Freilassung ergibt sich aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), welches gestützt auf die Art. 31 BV und Art. 5 EMRK in strafrechtlichen Verfahren unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt werden kann (vgl. auch Art. 36 BV). Verfügt das Zwangsmassnahmengericht die sofortige Freilassung, obwohl nach Auffassung der Staatsanwaltschaft ein Haftgrund nach Art. 221 StPO besteht, kann das die Fortführung des Strafverfahrens indessen erschweren oder gar vereiteln. Um dies zu verhindern, besteht ein Interesse, dass die Staatsanwaltschaft im Rahmen ihrer Beschwerde an die Beschwerdeinstanz nach Art. 393 StPO zumindest vorübergehend die Freilassung verhindern kann (BGE 137 IV 230 E. 2.1 S. 233, BGE 137 IV 237 E. 2.1 S. 241). Zur Gewährleistung des Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft ist erforderlich, die Freilassung des Beschuldigten aufzuschieben, bis die Beschwerdeinstanz über die Fortdauer der Haft während des Beschwerdeverfahrens im Sinne von Art. 388 lit. b StPO wenigstens superprovisorisch entscheiden kann (BGE 137 IV 237 E. 2.4 S. 244).

Vor dem Hintergrund des Anspruchs des Beschuldigten auf unverzügliche Freilassung gemäss Art. 226 Abs. 5 StPO muss die Staatsanwaltschaft ihre Beschwerde unmittelbar nach Kenntnis des Haftentlassungsentscheids und grundsätzlich vor dem Zwangsmassnahmengericht ankündigen. Die Ankündigung hat zur Folge, dass die Haft nach dem Freilassungsentscheid des Zwangsmassnahmengerichts bis zur sofortigen Beschwerdeerhebung durch die Staatsanwaltschaft fortbesteht. Um dem Erfordernis der unverzüglichen Beschwerdeerhebung im Anschluss an die Ankündigung nachzukommen, muss die Staatsanwaltschaft spätestens drei Stunden nach der Ankündigung beim Zwangsmassnahmengericht eine (wenigstens kurz) begründete Beschwerdeschrift einreichen und darin die Aufrechterhaltung der Haft beantragen. In diesem Fall ist das Zwangsmassnahmengericht gehalten, den Beschuldigten weiter in Haft zu belassen und die Beschwerde mit dem Dossier und seiner allfälligen Stellungnahme verzugslos der Beschwerdeinstanz zu übermitteln (BGE 138 IV 92 E. 3.3 S. 97).

Nach dem Eingang der Beschwerde bei der Beschwerdeinstanz hat deren Verfahrensleitung die erforderlichen Anordnungen im Sinne von Art. 388 StPO zu erlassen. Solche Anordnungen müssen aus Gründen der Dringlichkeit meist ohne Anhörung der betroffenen Person als superprovisorische Verfügung ergehen. Sie sind anschliessend nach Gewährung des rechtlichen Gehörs zu bestätigen oder zu ändern. Eine von der Staatsanwaltschaft unmittelbar nach Kenntnis des Haftentlassungsentscheids, aber vor der tatsächlichen Entlassung des Beschuldigten eingereichte Beschwerde hat somit zur Folge, dass die Untersuchungshaft vorläufig weiterbesteht, bis die zuständige Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz (superprovisorisch) über weitere Massnahmen im Sinne von Art. 388 StPO entscheiden kann. Es handelt sich dabei in der Regel um eine Verlängerung der Haft um einige Stunden, was im Interesse der Erreichung des Untersuchungszwecks bei bestehenden Haftgründen und zur Gewährleistung eines wirksamen Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft mit Art. 226 Abs. 5 StPO vereinbar erscheint (BGE 138 IV 92 E. 3.4 S. 98).⁵⁵

⁵⁵ Vgl. auch BGE 139 IV 314, 316 f., E. 2.2.1.

Auch diese Grundsätze beruhen bis heute ausschliesslich auf durch Gesetzesauslegung gewonnenem Richterrecht. Es stellt die Rechtsgrundlage für die Haftbeschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft dar.

b) Koordinationsrecht

Im Grundsatzurteil BGE 116 Ib 50 vom 14. März 1990 betreffend die Deponie Chrüzlen in den Zürcher Gemeinden Egg und Oetwil am See hat das Bundesgericht aus der Bundesverfassung verbindliche Grundsätze zur Koordination von kantonalen raum- und umweltrelevanten Verfahren abgeleitet. In anderen Urteilen hat es so weit als möglich auch bundesrechtliche Verfahren in diese Koordinationspflicht einbezogen.⁵⁶ Das Bundesgericht verlangte aus verfassungsrechtlichen (Art. 22t^{er} Abs. 3 aBV, heute: Art. 75 Abs. 3 BV) Gründen eine wirksame materielle und verfahrensmässige Koordination, wenn für ein Vorhaben in mehreren getrennten kantonalen und kommunalen Verfahren die gleichen bundesrechtlichen Vorschriften umfassend anzuwenden sind. Das kantonale Verfahrensrecht dürfe nicht so ausgestaltet werden, dass dadurch die Verwirklichung des Bundesrechts vereitelt, verunmöglicht oder wesentlich erschwert werde. Diese Koordinationspflicht gelte nicht nur für das Rechtsmittel-, sondern insbesondere auch für das erstinstanzliche kantonale Verfahren. Andernfalls bestehe die Gefahr materiell unkoordinierter, mitunter sogar einander widersprechender Entscheide sowie der Vereitelung des Bundesrechts.⁵⁷

Diese Rechtsprechung wurde von Kantons- und Bundesbehörden sowie von der Lehre teilweise positiv, teilweise jedoch sehr kritisch aufgenommen. KÖLZ/KELLER vertraten die Auffassung, sie greife in verfassungswidriger Weise in die Verfahrens- und Organisationshoheit der Kantone ein. Weder das RPG noch das USG⁵⁸ habe in der vom Bundesgericht im Entscheid Chrüzlen vorgezeichneter Weise in diese Hoheit eingegriffen. Angesichts der Schwere des Eingriffs sei es unumgänglich, dass sich der Bundesgesetzgeber der verfahrensmässigen Koordination annehme.⁵⁹ Dies geschah in der Folge auch in umfassender Weise.

⁵⁶ Das geschah in allgemeiner Form schon in BGE 114 Ib 344, 353, E. 4 (Parkhaus Herrenacker Schaffhausen) und später unter Berücksichtigung der Grundsätze von BGE 116 Ib 50 z.B. auch in BGE 117 Ib 42 (Projektgenehmigung einer Forststrasse) und BGE 118 Ib 381, 398 ff., E. 4 (Rebbergmelioration).

⁵⁷ BGE 116 Ib 50, 56 f., E. 4a.

⁵⁸ Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG, SR 814.01).

⁵⁹ KÖLZ/KELLER, S. 388 ff., S. 403 ff.; vgl. auch LORETAN, S. 798 ff., insbesondere S. 804 f.

Verschiedene Kantone regelten die verfahrensmässige Koordination im Sinne der Grundsätze der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gesetzlich.⁶⁰ Der Bund erliess mit den am 1. Januar 1997 in Kraft getretenen Art. 25a RPG und 33 Abs. 4 RPG Rahmegrundsätze der Koordination für das kantonale Bewilligungs- und Nutzungsplanungsverfahren.⁶¹ Überdies erliess er das Bundesgesetz vom 18. Juni 1999 über die Koordination und Vereinfachung von Entscheidungsverfahren (Koordinationsgesetz), das am 1. Januar 2000 in Kraft trat.⁶² Es handelt sich dabei um einen Mantelerlass, in welchem verschiedene Spezialgesetze des Bundes (Nationalstrassengesetz, Luftfahrtgesetz, Elektrizitätsgesetz usw.)⁶³ durch ein konzentriertes Plangenehmigungsverfahren ergänzt wurden. Da sich dieses Koordinationsgesetz in der Änderung und Ergänzung von speziellen Bundesgesetzen erschöpfte, besteht es heute als Gesetz nicht mehr und ist deshalb als solches in der SR auch nicht enthalten. Wie viele andere Entscheide des Bundesgerichts hat das Urteil Chrüzlen zu gesetzgeberischem Tätigwerden motiviert. Bis diese Erlasse in Kraft traten, bildeten die Koordinationsgrundsätze des Bundesgerichts als Richterrecht die Grundlage für die wirksame materielle und verfahrensmässige Koordination raum- und umweltrelevanter Verfahren mit engem Sachzusammenhang.

c) **Verbandsbeschwerde – Änderung der Rechtsprechung betreffend Art. 15 RPG**

Im Rahmen einer Gesamtrevision der Ortsplanung hat die Luzerner Wachstumsgemeinde *Adligenswil* im Jahr 2014 Neueinzonungen vorgenommen, die überwiegend für Wohnzwecke bestimmt waren. Die Stiftung Landschaftsschutz Schweiz (SL) focht diese Zonierungen an. Das Kantonsgericht Luzern sprach ihr für die meisten Einzonungen die Beschwerdebefugnis ab. Nur in Bezug auf eine Zonierung bejahte es die Beschwerdeberechtigung, weil der Biotopschutz betroffen war. Im Urteil vom 24. August 2016 (1C_315/2015 und 1C_321/2015) entschied das Bundesgericht in dieser Sache, Zonierungen, die in Anwendung von Art. 15 RPG vorgenommen würden, stellten seit dem Inkrafttreten der

⁶⁰ MARTI in: Kommentar RPG, Art. 25a N 3 ff.

⁶¹ MARTI in: Kommentar RPG, Art. 25a N 4 ff.

⁶² AS 1999 3071 3124; BBl 1998 2591.

⁶³ Bundesgesetz vom 8. März 1960 über die Nationalstrassen (NSG, SR 725.11), Art. 26 ff.; Bundesgesetz vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG, SR 748.0) Art. 36 ff.; Bundesgesetz vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG, SR 734.0) Art. 16a ff.

Revision des RPG vom 15. Juni 2012, die am 1. Mai 2014 in Kraft getreten ist,⁶⁴ eine *Bundesaufgabe im Sinne von Art. 2 NHG* dar. Bisher seien die gesamtschweizerischen Natur- und Heimatschutzorganisationen in diesem Bereich nur in besonderen Fällen zur Beschwerde berechtigt gewesen. Aufgrund der detaillierten Neuregelung der Begrenzung der Bauzonen liege in diesem Bereich nunmehr eine Bundesaufgabe vor. Der revidierte Artikel 15 RPG sei die zentrale Bestimmung zur Begrenzung der Bauzonengrössen und damit zur Sicherstellung der Trennung von Bau- und Nichtbauland. Das sei ein fundamentaler Grundsatz des Raumplanungsrechts des Bundes und des Schutzes von Natur und Landschaft. Entscheidend für die Qualifizierung als Bundesaufgabe sei, dass Artikel 15 RPG und seine Ausführungsbestimmungen von den Planungsbehörden in der Richt- und Nutzungsplanung unmittelbar umzusetzende bundesrechtliche Regelungen darstellten. Es werde eine bundesweite Vereinheitlichung der bisher unterschiedlichen kantonalen Praxen beim Bauzonenbedarf angestrebt.⁶⁵ *Gesamtschweizerische Natur- und Heimatschutzorganisationen sind somit künftig gestützt auf Art. 12 ff. i.V.m. Art. 2 NHG berechtigt, sich gegen die Neueinzo- nung von Bauland bis vor Bundesgericht zu wehren.*

d) Einbürgerung

Gemäss Art. 83 Bst. b BGG ist die *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig* gegen Entscheide über die ordentliche Einbürgerung. Beschwerden gegen letztinstanzliche kantonale Einbürgerungsentscheide unterliegen deshalb der *subsidiären Verfassungsbeschwerde* im Sinne von Art. 113 ff. BGG. Deren Zulässigkeit setzt das Vorliegen eines *rechtlich geschützten Interesses* an der Aufhebung des angefochtenen Entscheides voraus. Früher unterlagen diese Entscheide der staatsrechtlichen Beschwerde gemäss den Bestimmungen des damaligen Organisationsgesetzes (OG)⁶⁶. Dieses kannte in Art. 88 OG die gleiche Eintretensvoraussetzung. Die von den Beschwerdeführern geltend gemachten Interessen müssen entweder durch eidgenössisches oder kantonales Gesetzesrecht oder unmittelbar durch die Bundesverfassung rechtlich geschützt sein. Nach ständiger Rechtsprechung verschafft das allgemeine Willkürverbot, das bei jeder staatlichen Verwaltungstätigkeit zu beachten ist, für sich allein keine geschützte Rechtsstellung. Im Urteil BGE 129 I 217 (Emmen/LU) bestätigte dies

⁶⁴ AS 2014 899; BBI 2010 1049.

⁶⁵ Medienmitteilungen des Bundesgerichts (www.bger.ch); NZZ vom 25.8.2016, S. 16.

⁶⁶ AS 60 271.

das Bundesgericht. In Bezug auf das Diskriminierungsverbot entschied es jedoch anders. Es leitete ein rechtlich geschütztes Interesse direkt aus diesem Gebot ab. Materiell bejahte es eine Begründungspflicht für Einbürgerungsentscheide. Durch diese Auslegung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots schaffte es eine Rechtsgrundlage für die Legitimation zur Erhebung staatsrechtlicher Beschwerden gegen kantonale Einbürgerungsentscheide und später zur Führung subsidiärer Verfassungsbeschwerden nach den Bestimmungen des BGG.⁶⁷ In der Folge änderte es seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Willkürklagen in subsidiären Verfassungsbeschwerden gegen letztinstanzliche ordentliche Einbürgerungsentscheide. Es kam in einem Grundsatzurteil vom 12. Juni 2012 zum Schluss, Art. 14 BÜG⁶⁸ verschaffe einer einbürgerungswilligen Person im Ergebnis eine hinreichend klar umschriebene Rechtsposition, die es ihr ermögliche, sich im Verfahren der subsidiären Verfassungsbeschwerde auf das Willkürverbot (Art. 9 BV) und den Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) zu berufen.⁶⁹ Es erblickte in dieser Bestimmung des Bürgerrechtsgesetzes zwar keinen Rechtsanspruch auf Einbürgerung, wohl aber einen Rechtsanspruch auf ein rechtsstaatlich korrektes ordentliches Einbürgerungsverfahren. Durch diese Interpretation von Art. 14 BÜG schaffte das Bundesgericht die Rechtsgrundlage für die Zulässigkeit der subsidiären Verfassungsbeschwerde im ordentlichen Einbürgerungsverfahren.

IV. Schlussfolgerungen und Ausblick

Die Verhältnisse und Gegenstände, welche staatliches Handeln erfordern, sind stetem Wandel unterworfen. Globalisierung, veränderte politische Rahmenbedingungen, technische Möglichkeiten, Umwelteinflüsse usw. haben die Wertungskriterien der Gesellschaft grundlegend beeinflusst. Die staatlichen Organe müssen sich dieser Entwicklung, deren *Dynamik* in den letzten Jahren stark zugenommen hat, im Rahmen ihrer Handlungsbereiche stellen. Daran wird sich auch in Zukunft nichts ändern. Es ist nicht erstaunlich, dass sich dieser Prozess auch auf die Umsetzung des Legalitätsprinzips, welches das staatliche Handeln beherrscht, auswirkt. Wie dargelegt, lässt die Bundesverfassung eine gewisse

⁶⁷ Vgl. auch BGE 129 I 232.

⁶⁸ Bundesgesetz vom 29. September 1952 über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz, BÜG, SR 141.0).

⁶⁹ BGE 138 I 305.

Anpassung des Legalitätsprinzips an den gesellschaftlichen Wandel zu. Dies kommt in der Rechtsprechung namentlich des Bundesgerichts deutlich zum Ausdruck. Die rechtsanwendenden Behörden sind den erwähnten gesellschaftlichen Veränderungen regelmässig früh ausgesetzt. Sie müssen darauf in den ihnen vorgelegten konkreten Streitfällen realitätsbezogene Antworten geben. Für die Regelung von Fragen, die dem Gesetzgeber vorbehalten sind, müssen sie zwar grundsätzlich dessen Kompetenz respektieren. Es gibt aber Konstellationen, in denen namentlich das Bundesgericht vor oder während des mitunter langwierigen Gesetzgebungsprozesses handeln muss. Wann es wie vorgehen soll, hängt von den konkreten Umständen des einzelnen zu beurteilenden Falles ab, wobei immer und klarerweise der *Vorrang des Gesetzgebers im Vordergrund stehen muss*.⁷⁰ Allerdings fanden sogar viele bedeutsame Verfassungsgarantien vor ihrer formellen Aufnahme durch den Verfassungsgeber zunächst durch Urteile des Bundesgerichts als ungeschriebene Verfassungsrechte Eingang in die schweizerische Bundesverfassung. Zu erwähnen sind etwa die persönliche Freiheit, die Eigentumsgarantie, die Gemeindeautonomie und das Recht auf Nothilfe. Gleich verhält es sich mit den zahlreichen Grundrechtselementen, welche das Bundesgericht aus Art. 4 aBV hergeleitet hatte. Sehr oft wurden die vom Bundesgericht entwickelten Grundsätze in der Folge von Volk und Ständen materiell im Wesentlichen weitgehend unverändert als geschriebenes Verfassungsrecht formell in die Bundesverfassung aufgenommen oder vom Bundesgesetzgeber gesetzlich geregelt.

Bisweilen bleibt der Gesetzgeber untätig, obwohl gesetzgeberischer Handlungsbedarf objektiv gegeben ist. Das trifft häufig auf komplexe Fragestellungen zu, bei denen die vielfältigen konkreten künftigen Lebenssachverhalte, die darauf anzuwendenden Wertungsgesichtspunkte und damit die Folgen einer gesetzlichen Regelung nur schwer abzuschätzen sind (Beispiel: materielle Enteignung). Anstelle eines gänzlich passiven Verhaltens reagiert das Parlament in solchen Konstellationen oft auch mit dem Erlass sehr offen formulierter Bestimmungen. Offene Bestimmungen sind auch nicht selten das Ergebnis mangelnder Konsensfähigkeit des Parlaments. Die Konkretisierung dieser offenen Normen wird dann notgedrungenermassen zur Aufgabe der rechtsanwendenden Behörden. Diese befinden sich im Verhältnis zum Gesetzgeber insofern in einer etwas privilegierten Lage, als sie sich in einem schrittweisen Vorgehen anhand konkreter Fälle in schwierige Problemkomplexe hineintasten können.

⁷⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, §19 Rz. 4.

Literaturverzeichnis

- AEMISEGGER HEINZ/KUTTLER ALFRED/MOOR PIERRE/RUCH ALEXANDER/TSCHANNEN PIERRE (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich/Basel/Genf 1999 ff., mit Nachlieferungen 2009 und 2010 (zit. BEARBEITER in: Kommentar RPG)
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BEARBEITER in: SGK BV)
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016
- HÄNER ISABELLE, Die Einwilligung der betroffenen Person als Surrogat der gesetzlichen Grundlage bei individuell-konkreten Staatshandlungen, ZBI 2002, S. 57 ff.
- HETTICH PETER/WALTHER SIMONE, Rechtsfragen um die kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) für Elektrizität aus erneuerbaren Energien, ZBI 112/2011 S. 143 ff.
- KÖLZ ALFRED/KELLER HELEN, Koordination umweltrelevanter Bewilligungsverfahren als Rechtsproblem, URP 1990, S 385 ff.
- LORETAN THEO, Der Beitrag des Bundesgerichts zur Durchsetzung und Weiterentwicklung des Umweltschutzrechts, URP 2011, S. 798 ff.
- MARTI ARNOLD, Bewegung im Bundesenteignungsrecht, ZBI 2015, S. 625 ff.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014

Der diskrete Charme des Legalitätsprinzips

Wie Gesetz- und Ordnungsgeber mit den Anforderungen des Legalitätsprinzips umgehen

Martin Wyss*

Inhaltsübersicht

I.	Vom Gift der gepflegten Langeweile	62
II.	Überlegungen zur Finalität des Legalitätsprinzips	64
	1. Handlungsverantwortung wahrnehmen	65
	2. Vollzugsverantwortung begrenzen	69
	3. Steuerungsentscheidungen treffen	70
III.	Baustellen der Rechtsetzungspraxis	71
	1. Der Kampf um die optimale Bestimmtheit	72
	a) Rechtsetzung zwischen Vertrauen und Kontrolle	72
	b) Datenschutzrecht als Anschauungsmaterial	74
	c) Grenzen der Bestimmtheitsoptimierung	76
	a. Vom untauglichen Versuch, das Leben zu bändigen	76
	b. Generalklausel – Fluch oder Segen?	77
	c. Redaktionelle Leistungsgrenzen	80
	d) Kodifikationen von Gerichtspraxis als Herausforderung	82
	2. Normstufe und «Normform»	83
	a) Wenn das Gespenst der «Weisung» umgeht...	83
	b) Regulierungsbedürftigkeit und Regulierungsformen von Trägern öffentlicher Aufgaben	87
	3. An den Rändern der Normativität	89
	4. Vom Umgang mit Defiziten	91
	a) Dringliche Rechtsetzung	91
	b) Alte Gesetze in neuer Zeit	93
	c) Sanierung der Rechtslage	95
IV.	Schlusswort: Legalitätsprinzip und Diskurs	98
	Literatur	98

* Der Text gibt ausschliesslich die persönliche Meinung des Autors wieder. Ich danke Frau Patricia S. Kaiser für die sorgfältige Korrekturhilfe.

I. Vom Gift der gepflegten Langeweile

1972 erschien der Spielfilm «Le charme discret de la bourgeoisie» des spanisch-mexikanischen Filmregisseurs Luis Buñuel. Der Film erzählt, wie eine Gruppe von sechs Angehörigen der Bourgeoisie ein stilvolles Essen im kleinen Kreis plant, welches wegen permanenter Zwischenfälle und Missverständnisse immer wieder verschoben wird. Die Handlung ist durchsetzt mit Traumsequenzen, die teilweise ineinander verschachtelt sind – womit sich die Grenzen zwischen Wirklichkeit, Traum und Trauma laufend verschieben. Der Film stellt in surrealistischer Erzählweise die «dekadente Sinnlosigkeit der Rituale» bloss.¹ Ist das Legalitätsprinzip auch nur ein Ritual, das in politisch-dekadenter Sinnlosigkeit zelebriert wird, das aber an der Wirklichkeit vorbeigeht? Ist Rechtsetzung als Vollzug des verfassungsrechtlichen Legalitätsimperativs nicht viel mehr als – wie es ein Kritiker nach dem Erscheinen des Films beschrieb – ein «Dasein in gepflegter Langeweile, mit kokettem Palaver und lässiger Eleganz»?² Der Vergleich mag zugegebenermassen weit hergeholt sein, mir aber gefällt die Idee, dass das Legalitätsprinzip einen diskreten Charme haben könnte – dass es Politik und Öffentlichkeit nicht mit Pauken, Trompeten und Marktschreierei von seiner eigenen Existenzberechtigung überzeugen müsste, sondern mit seiner fast schon poetisch verdichteten Formulierung in Art. 5 Abs. 1 BV – «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht» – diskret, aber bestimmt Respekt einfordert.

In der Politik ist es in den letzten Jahren Mode geworden, die Regulierungsflut anzuprangern³ und gelegentlich schablonenartige Abhilfen – Regulierungsbremsen, one in one out etc. – zu fordern.⁴ Zuviel Gesetzgebung wäre demnach

¹ Zitiert nach https://de.wikipedia.org/wiki/Der_diskrete_Charme_der_Bourgeoisie; besucht am 10. Februar 2017.

² WOLF DONNER, Dynamit in Seidenpapier, Die Zeit vom 4. Mai 1973, hier zitiert nach ZEIT Online <http://www.zeit.de/1973/19/dynamit-in-seidenpapier>; besucht am 10. Februar 2017.

³ Mit eigenen Positionspapieren und Lösungsmodellen zu Wort gemeldet haben sich u.a. Avenir Suisse, die schweizerische Bankiervereinigung und der Gewerbeverband.

⁴ Zu nennen wären die überwiesenen Motionen 15.3400 und 15.3445. Ein Postulat, das eine Regulierungsbremse fordert (15.3421), ist ebenso noch hängig wie vier parlamentarische Initiativen von Nationalrat Hans-Ueli Vogt (16.435, 16.436, 16.437 und 16.440). Wie wenn damit nicht genug wäre: Die Motion 16.3360 der FDP-Fraktion verlangt eine Regulierungsbremse, die Motion 16.3388 Sollberger verlangt den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Reduktion der Regelungsdichte und die Motion

für die Gesellschaft, vor allem aber für die wirtschaftliche Prosperität giftig, weshalb sie auf ein verträgliches Mass einzudämmen wäre. Mindestens unterschwellig wird – auch in der Lehre – vermutet, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Legalitätsprinzips und seine Handhabung in Verwaltung und Politik für das Malaise verantwortlich sein könnten:

«Des Weiteren führen nicht selten auch die (teilweise) erhöhten Anforderungen des Rechtsstaates (insbesondere das Gesetzmässigkeitsprinzip) zur Schaffung eines dichteren Netzes an gesetzlicher Regulierung, dies insbesondere im Bereich des Polizei- und Ordnungsrechts oder beim Datenschutz.»⁵

«Gerade im Sicherheitsbereich von grosser und zunehmender Bedeutung sind z.B. allgemeine Anforderungen des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV), insb. die Normbestimmtheit, d.h. die möglichst klare Definition der Eingriffsschwelle gegenüber Sicherheitsstörern, an welche bei geheimen staatlichen Massnahmen besonders hohe Anforderungen zu stellen sind; [...]»⁶

«Das Legalitätsprinzip (wie es heute gehandhabt wird) und die gegenwärtige Gerichtspraxis können im Zeitalter des rasanten technologischen Wandels Gesetz- und Verordnungsgeber überfordern, Verfahren blockieren und Innovationen hemmen. Ein eng verstandenes Legalitätsprinzip führt häufig zu einem Regelungsumfang und zu einer Regelungsdichte, die Gesetzgeber wie Rechtsanwender kaum bewältigen können. Wo gleichwohl eine präzise gesetzliche Regelung angestrebt wird, sind die Ergebnisse nicht überzeugend, ja abschreckend: [...]»⁷

Es ist insbesondere von CHRISTINE GUY-ECABERT und ALEXANDRE FLÜCKIGER nachgewiesen worden, dass das Lamento über unverständliche und überflüssige Gesetze keine neue Erscheinung ist, sondern auf eine schillernde geistesgeschichtliche Historie zurückblicken kann.⁸ Neu scheint indessen, dass man im Legalitätsprinzip den Sündenbock für die überhitzte und exzessiv produktive Gesetzesmaschinerie gefunden zu haben glaubt und eine gemässigte Anwendung dieses verfassungsrechtlichen Prinzips fordert.

Anders als dem kantonalen und insbesondere auch dem kommunalen Gesetzgeber wird dem Bundesgesetzgeber und der ihr zudienenden Verwaltung gerichtlich (wegen Art. 190 BV) nicht oder nur selten und dann sanft wegen Lega-

16.3543 Martullo-Blocher fordert die Einführung des Prinzips «one in two out». Für diese drei Motionen hat der Bundesrat die Ablehnung beantragt.

⁵ WALDMANN, S. 172.

⁶ GERTSCH, S. 137 m.w.H.

⁷ PETER MÜLLER/WALTER STEINMANN, Notwendige Justierung des Regulationssystems, Neue Zürcher Zeitung vom 10. August 2016, zitiert nach <http://www.nzz.ch/meinung/kommentare/regulatoren-und-legalitaetsprinzip-notwendige-justierung-des-regulationssystems-ld.109948>; besucht am 10. Februar 2017.

⁸ GUY-ECABERT/FLÜCKIGER, S. 21 ff.

litätsexzessen oder Legalitätsdefiziten auf die Finger geklopft. Umso interessanter ist es zu wissen, wie – ich bin geneigt zu sagen: wie charmant – die Verwaltung das Legalitätsprinzip versteht und anwendet. Die folgenden Ausführungen werden keine repräsentative Übersicht über die Verwaltungspraxis vermitteln können; sie stellen vielmehr eine eklektische Sammlung von Beispielen und Fundstücken dar, mit denen Vermutungen, Hypothesen und vorläufige Befunde illustriert werden sollen.

II. Überlegungen zur Finalität des Legalitätsprinzips

Die öffentliche Verwaltung ist aufgerufen, öffentliche Aufgaben wahrzunehmen – effizient, rasch und wirksam. Man hat bisweilen den Eindruck, dass der Ruf nach gesetzlichen Grundlagen für die Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben als Knebel verstanden wird, der einer grundsätzlich erfüllungswilligen Verwaltung zwischen die Beine geworfen wird.⁹ Es scheint, als ob der politische Alltag die Relevanz des Legalitätsprinzips aus den Augen verloren hat: Staatliches Handeln legitimiert sich nicht aus sich selber oder aus einem übergeordneten – um nicht sagen zu müssen: überpositiven – Ziel heraus; staatliches Handeln ist im Rechtsstaat vielmehr rechtfertigungsbedürftig und die Rechtfertigung findet sich im Rechtssatz. In seiner Essenz verlangt Art. 5 Abs. 1 BV, dass das (gesetzte) Recht – und allein das Recht und nicht Wirtschaftlichkeit oder ethische Werte – bestimmt, ob und wie und wer für den Staat handeln soll und darf. Im rechtlich strukturierten Verfahren der Rechtsetzung manifestiert sich die staatliche Handlungsverantwortung, die durch das Recht operationalisiert werden soll; im Rechtssatz wird staatliches Handeln berechenbar und prognostizierbar. Das Legalitätsprinzip dient «einerseits dem demokratischen Anliegen der Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, andererseits dem rechtsstaatlichen Anliegen der Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit staatlichen Handelns».¹⁰

⁹ So hat die deutsche Datenschutzbeauftragte ANDREA VOSSHOF dem deutschen Bundesnachrichtendienst in einem geheimen Prüfbericht einen gesetzeswidrigen Umgang mit der Erhebung und Bearbeitung von personenbezogenen Daten vorgeworfen und liess die Behauptung, der Nachrichtendienst benötige diese Daten zur Erfüllung seiner Aufgaben, nicht als Ersatz für die fehlende Rechtsgrundlage gelten. Zitiert nach <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundesnachrichtendienst-soll-massiv-gegen-datenschutz-verstossen-haben-a-1110579.html>; besucht am 10. Februar 2017.

¹⁰ BGE 141 II 169, 171, E. 3.1.

Im Hintergrund wirkt im Legalitätsprinzip jenseits verfassungsrechtlicher Justiziabilität eine weitere mahrende Idee, die allzu oft im Lärm des politischen Alltags untergeht: Der Staat soll nur dann und nur dort Recht setzen, wo damit ein effektiver Mehrwert geschaffen werden kann; Recht soll eine knappe Ressource sein, mit der sorgfältig zu wirtschaften ist.

Diesen Aspekt hat die neue, am 13. April 2016 verabschiedete Interinstitutionelle Vereinbarung zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat der Europäischen Union und der Europäischen Kommission über bessere Rechtsetzung¹¹ deutlich hervorgehoben: Die drei Organe anerkennen darin «ihre gemeinsame Verantwortung dafür [...], dass Rechtsvorschriften der Union von hoher Qualität verabschiedet werden und gewährleistet ist, dass diese Rechtsvorschriften auf die Bereiche fokussiert werden, in denen sie den grössten Mehrwert für die europäischen Bürger haben, dass sich die gemeinsamen politischen Ziele der Union mit ihnen so effizient und effektiv wie möglich erreichen lassen, sie so einfach und klar wie möglich formuliert sind [...] und so gestaltet sind, dass sie sich leicht umsetzen und in der Praxis anwenden lassen [...]» (Erwägung 2). Zudem sollen «Rechtsvorschriften nur sofern und soweit erforderlich» erlassen werden (Erwägung 3). Die Idee eines «Mehrwerts», der durch Rechtsetzung geschaffen werden soll, liesse sich ohne weiteres in die politische Dimension des Legalitätsprinzips implementieren.

1. Handlungsverantwortung wahrnehmen

Im osmotischen Verbund mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz geht das Legalitätsprinzip davon aus, dass Rechtsetzungszuständigkeiten auf verschiedene Organe verteilt werden können¹² und – unter dogmatisch noch klärungsbedürftigen Voraussetzungen – auch auf private Normgeber ausgelagert werden dürfen.

Während einzelne Kantonsverfassungen die Auslagerung von Rechtsetzungsbefugnissen auf Private ausdrücklich vorsehen,¹³ werden die Fragen, ob die Bundesverfassung die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen überhaupt an Private erlauben würde¹⁴ oder ob eine solche Delegation bereits im Rahmen von Verfassungsbestimmungen über die Aufgabenübertragung an Dritte (Art. 178 Abs. 3 BV) mitgehalten sein könne, in der Lehre nach wie vor kontrovers diskutiert, ohne dass sich eine Dogmatik hätte festigen

¹¹ ABl L 123 vom 12. Mai 2016, S. 1 ff. (abrufbar unter http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/iaa_blm_final_en.pdf; besucht am 10. Februar 2017).

¹² Siehe statt vieler BGE 138 I 378, 391, E. 7.1.

¹³ Siehe beispielsweise § 45 Abs. 3 KV Luzern (SR 131.213) oder Art. 98 Abs. 4 lit. c KV Zürich (SR 131.211); vgl. dazu MÜLLER in: Kommentar KV/ZH, Art. 98 N 25.

¹⁴ Kritisch, wenngleich m.E. nicht restlos überzeugend, dazu ERRASS, S. 252 f.

können.¹⁵ Auch das Bundesgericht scheint noch keinen Ausweg zwischen Art. 164 Abs. 2 BV und Art. 178 Abs. 2 BV gefunden zu haben:¹⁶ Einerseits wird der dynamische Verweis auf private Normen als verfassungsrechtlich nicht ohne weiteres statthafte Rechtssetzungsdelegation begriffen,¹⁷ andererseits wird der dynamische Verweis am Massstab von Art. 178 Abs. 3 BV gemessen, der lediglich eine – nicht näher qualifizierte oder inhaltlich bestimmte – formell-gesetzliche Grundlage fordern würde.¹⁸

Das Legalitätsprinzip markiert damit die Territorien, die den einzelnen Staatsorganen bei der Wahrnehmung ihrer Handlungsverantwortung zugewiesen sind. Staatsorgane dürfen sich weder ihrer Handlungsverantwortung entziehen – indem etwa der Gesetzgeber es unterlässt, eine verfassungsrechtlich einwandfreie Delegationsgrundlage für gesetzvertretendes Ordnungsrecht zu schaffen – noch dürfen sie sich Handlungs- und Rechtssetzungsverantwortungen anmassen, für die ihnen die Ermächtigung fehlt.¹⁹ Das Legalitätsprinzip fordert, dass sich der primär zuständige Gesetzgeber nicht leichtfertig seiner Handlungsverantwortung entziehen dürfe, indem er die regulatorisch «heisse Kartoffel» an den Ordnungsgeber weitergibt. Für das Bundesrecht

¹⁵ Zum Stand der Debatte siehe TSCHANNEN in: SGK BV, Art. 164 N 33; WYTENBACH/WYSS in: BSK BV, Art. 164 N 12 ff.; UHLMANN/GILI, S. 7 ff.; MADER/KROPF, S. 100 f.

¹⁶ Den bisherigen Leitentscheid BGE 136 I 316 ff., wonach eine Delegation an Private nur zulässig wäre, wenn die Verfassung dies vorsieht, scheint das Bundesgericht im Falle von Normen des VSS relativiert zu haben; siehe BGer, Urteil 1C_259/2012 vom 12. April 2013 E. 2.3: «Compte tenu de la nature de la norme à laquelle il est renvoyé, qui règle des questions techniques appelées à évoluer, il n'est pas insoutenable de considérer que le législateur a voulu opérer un renvoi dynamique.»

¹⁷ Leitentscheid ist BGE 136 I 316 ff., auf den – soweit ersichtlich zuletzt – BGer, Urteil 1C_829/2013 vom 1. Mai 2014 aufbaut, siehe E. 2.3: «Wird auf Normen (z.B. einer privatrechtlichen oder internationalen Organisation) verwiesen, die ansonsten nicht gelten würden, und die ohne Zustimmung des verweisenden Organs geändert werden können, kommt die dynamische Verweisung einer Rechtssetzungsdelegation gleich und ist nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig [...]»

¹⁸ So – für Richtlinien des Interverbandes für Rettungswesen – etwa BGer, Urteil 1C_35/2013 vom 16. Mai 2014 E. 6.4: «Le renvoi dynamique à un organisme privé, dans la mesure où il constitue une délégation de compétence législative puisque le droit peut être modifié sans l'intervention du département, doit être prévu dans une loi au sens formel (art. 178 al. 3 Cst.)»

¹⁹ Für diese Fallkonstellation illustrativ ist BVGE 2011/57, in dem das Gericht der Bundeskanzlei vorwarf, mit der von ihr erlassenen Verordnung über keine genügende gesetzliche Grundlage für die Regelung der Akkreditierung von Medienschaffenden zu verfügen. Ähnlich auch BGE 141 I 201 ff.: Das Bundesgericht hatte erklärt, dass der FINMA die gesetzliche Grundlage fehlt, um einem Verfügungsadressaten die Weitergabe des Verfügungsinhaltes zu untersagen. Der Gesetzgeber hatte mit dem auf den 1. Januar 2016 in Kraft gesetzten Art. 42c Abs. 5 KG auf dieses Urteil reagiert und die formell-gesetzliche Grundlage für solche Anordnungen der FINMA geschaffen.

gibt es dazu wegen Art. 190 BV kaum gerichtliches Anschauungsmaterial. Aber es gibt Urteile, wie etwa das – zwischenzeitlich allerdings an das Bundesgericht weiter gezogene – Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. August 2016,²⁰ in denen dem formellen Gesetzgeber nur mässig diplomatisch eine gewisse Verantwortungslosigkeit vorgeworfen wird. Das Urteil erweckt den Eindruck, als ob man mit der Rechtslage nicht restlos zufrieden sei und sich insbesondere wünschte, dass der formelle Gesetzgeber die Frage, die zum Gerichtsverfahren geführt hat – wer die Kosten für die Verteilung von Jodtabletten im Umkreis von Kernkraftwerken zu tragen hat – ausdrücklich aufgegriffen und geklärt hätte.

Die Logistikkbasis der Armee stellte den Betreibern der AKWs in der Schweiz die Kosten für die Verteilung von Jodtabletten an die Bevölkerung in Rechnung. Auf dem Beschwerdeweg bemängelten die Betreibergesellschaften die Rechtmässigkeit sowohl der Verteilung in einem neu von 20 auf 50 km erweiterten Perimeter wie auch die Kostenüberwälzung und -verteilung. Grundlage für die angefochtene Verfügung war Art. 3 der Verordnung vom 22. Januar 2014 über die Versorgung der Bevölkerung mit Jodtabletten.²¹ Die formell-gesetzlichen Grundlagen für diese Bestimmungen – Art. 20 und 47 des Strahlenschutzgesetzes²² – äusserten sich in keiner Weise über die Abgabe von Jodtabletten an die Bevölkerung, geschweige denn zum Perimeter oder zur Kostenüberwälzung, sondern sprachen allgemein davon, dass der Bundesrat bei einer Gefährdung durch erhöhte Radioaktivität die nötigen Massnahmen zum Schutz der Bevölkerung anordnen solle (Art. 20 Abs. 1 StSG); zudem soll er die «erforderlichen Bestimmungen» erlassen wie insbesondere die zumutbaren Strahlendosen in ausserordentlichen Lagen. Das Gericht pflichtete den Beschwerdeführenden bei, dass grundsätzlich «gute Gründe für die Forderung [...] nach einer Regelung des Verteilperimeters auf Gesetzesstufe» bestünden (E. 7.2), zumal die Verteilung von Jodtabletten auch Gegenstand von politischen Diskussionen war. Dennoch könne die Verordnung «in der öffentlichen Wahrnehmung nicht als derart umstritten» gelten, «dass sich aus diesem Grund eine formell-gesetzliche Grundlage aufdrängen würde». Die Tatsache, dass die Verordnungsnorm keine erstmalige Massnahme darstellt und nur der Perimeter erweitert wurde, lässt eine Verordnungsregelung «als eher zulässig erscheinen». Ähnlich auch das Fazit bezüglich der Kostenüberwälzung: Obschon im Abgaberecht ein «strenges Legalitätsprinzip» gelten würde, dessen Anforderungen allerdings für Kausalabgaben gelockert sind, stellte das Gericht fest, dass sich im StSG keine Aussage zur Kostenüberwälzung findet. Auf dem Umweg über das Kernenergiegesetz und – was den Verteilungsschlüssel unter den Gesellschaften betraf – mit Rückgriff auf Gerichtspraxis zur antizipierten Ersatzvornahme bei Gewässerverunreinigungen, die vom Gesetzgeber für die Altlastensanierung übernommen wurde, kam das Gericht zum Schluss, dass die Kostenüberwälzung nicht zu beanstanden sei: Es sei «zur Wahrung der Rechtssicherheit [...]

²⁰ A-7711/2015.

²¹ SR 814.52.

²² SR 814.50.

nicht zwingend erforderlich», die Kostenverteilung auf Verordnungsstufe eigens festzulegen (E. 18.3).

Für welche Entscheidungen soll der formelle Gesetzgeber die Handlungsverantwortung wahrnehmen müssen? Der materielle Gesetzesbegriff von Art. 164 BV steckt für diese Frage das Terrain ab. Unter den von der Lehre entwickelten Kriterien zur Bestimmung der Wichtigkeit gesetzlicher Regelungen²³ scheint eines in der Rechtsprechung eine evolutive Dynamik zu entfalten: Eine formell-gesetzliche Grundlage brauchen Normen, mit denen erheblich von bisherigen Regeln, Systemen und Prinzipien abgewichen wird. Je konservativer die Regelung, desto geringer die Erwartungen an die Normstufe, je revolutionärer oder innovativer das Regime, desto eher wird dafür eine formell-gesetzliche Grundlage verlangt.

«Wegleitend kann eine verbreitete, seit langem bestehende und gängige Rechtswirklichkeit sein; eine Regelung auf Verordnungsstufe ist eher zulässig, wenn sie dem allgemein üblichen Standard entspricht. Für bisher unübliche Regelungen ist demgegenüber ein formelles Gesetz erforderlich [...]»²⁴

Ob mit dem Begriff des «Systemwechsels», den das Bundesverwaltungsgericht bei anderer Gelegenheit ins Spiel gebracht hat und für den es einen «hohen Grad an politischer Legitimation» verlangt, schon viel gewonnen ist,²⁵ wird sich noch zeigen müssen. In welchem Moment nehmen gesellschaftliche Veränderungen, ethische Um- oder Neubewertungen²⁶ und systemische Entwicklungen in einzelnen Politikbereichen jenen kategorischen Sprung, der nach formell-gesetzlicher Legitimation verlangt? Welche Entwicklungen dürfen noch mit Verordnungsrecht erfasst und stimuliert werden? Welche Bedeutung soll der angekündigte oder vermutete politische Widerstand gegenüber einer Neuordnung haben? Wie sollen Bundesrat und Bundesverwaltung bei der Erlassvorbereitung den Widerstand und den innovativen Charakter einer Regelung feststellen und bewerten? Genügt es dafür auf das Vernehmlassungsverfahren abzustellen, in dem sich aber mitunter nur locker organisierte, aber nichtsdestotrotz referendumsstarke Interessen nicht ausreichend Gehör verschaffen können oder wollen?

²³ Siehe statt vieler TSCHANNEN in: SGK BV, Art. 164 N 7; WYTENBACH/WYSS in: BSK BV, Art. 164 N 9.

²⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7711/2015 vom 23. August 2016 E. 6.2.

²⁵ BVG 2009/17 E. 8.2 – es ging um die «Verstaatlichung der Hörgeräteversorgung».

²⁶ Für die Sterbehilfe siehe BGer, Urteil 2C_66/2015 vom 13. September 2016 E. 4.

2. Vollzugsverantwortung begrenzen

In der Rechtsetzungspraxis stellt sich regelmässig die Frage, wie expansiv die bundesrätliche Vollzugskompetenz gemäss Art. 182 BV verstanden werden dürfe, ohne das Legalitätsprinzip zu unterlaufen. In der Erlassvorbereitung und -ausarbeitung innerhalb der Verwaltung ist jeweils zu entscheiden, ob bereits im Gesetz eine ausdrückliche und verfassungsrechtlich korrekt konzipierte Delegationsgrundlage vorgesehen sein müsste, die später vom Bundesrat genutzt werden darf, oder ob die Vollzugskompetenz genügen könnte, um mit Verordnungsrecht «zur besseren Anwendbarkeit des Gesetzes beizutragen».²⁷

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Grenzen zwischen gesetzestretendem und gesetzsvollziehendem Verordnungsrecht in einem mehrwertsteuerrechtlichen Urteil schonungslos ausgeleuchtet. Das Urteil hat nur eine lakonische Regeste: «Art. 16 Abs. 3 MWSTV verletzt das Legalitätsprinzip.»²⁸ Diese Bestimmung, die der Bundesrat übrigens knapp zwei Jahre nach dem Urteil aufgehoben hat,²⁹ sah vor, dass Einrichtungen der beruflichen Vorsorge nicht Mitglied einer Mehrwertsteuergruppe sein können. Im konkreten Fall hatte die ESTV die Auflösung einer Gruppe gestützt auf diese Bestimmung angeordnet. Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass für die fragliche Bestimmung keine Delegationsgrundlage im Gesetz bestehe. Als Vollzugsverordnung konnte sie keinen Bestand haben, weil sie die gesetzlich massgebenden Voraussetzungen der Gruppenbesteuerung «nicht bloss umsetzt oder weiter ausführt, sondern diese vielmehr durch ein zusätzliches negatives Erfordernis erweitert».³⁰ Die auf Art. 182 BV gestützte rechtsetzende Tätigkeit des Bundesrates kann sich demnach nicht beliebig entfalten:

«Eine Vollziehungsverordnung muss [...] der Zielsetzung des Gesetzes folgen und darf dabei lediglich die Regelung, die in grundsätzlicher Weise bereits im Gesetz Gestalt angenommen hat, durch Detailvorschriften näher ausführen, jedoch weder aufheben noch abändern. Ansprüche, die aus dem Gesetz hervorgehen, darf sie nicht beseitigen. Sie darf auch keine neuen, nicht schon aus dem Gesetz folgenden Pflichten auferlegen,

²⁷ So ausdrücklich BGE 141 II 169, 172, E. 3.3.

²⁸ BVGE 2014/8.

²⁹ AS 2014 3847.

³⁰ BVGE 2014/8 E. 3.8. Für das Bundesgericht beschränkt sich die Vollzugsgesetzgebungskompetenz darauf, «die Bestimmungen des betreffenden Bundesgesetzes durch Detailvorschriften näher auszuführen und mithin zur verbesserten Anwendbarkeit des Gesetzes beizutragen» (so BGE 141 II 169, 172, E. 3.3).

und zwar selbst dann nicht, wenn diese Ergänzungen mit dem Zweck des Gesetzes in Einklang stehen [...]»³¹

Neigt der Ordnungsgeber dazu, die Vollzugskompetenzen allzu grosszügig wahrzunehmen? Je komplexer ein Sachgebiet reguliert ist, desto schwieriger kann es werden zu entscheiden, ob eine Ordnungsbestimmung die gesetzgeberische Entscheidung stringent weiterdenkt und mit dem gesetzgeberischen Willen kohärent konkretisiert, oder ob sie unterlaufen wird. Mindestens immer dort, wo der Gesetzgeber Rechtsansprüche geschaffen hat – wie dies etwa bei Anspruchssubventionen der Fall ist –, darf der Ordnungsgeber diese Ansprüche nicht unter Berufung auf seine Vollzugskompetenzen durch Ausnahmebestimmungen oder schärfere Voraussetzungen aushöhlen.³²

3. Steuerungsentscheidungen treffen

Neben die legislatorische Handlungsverantwortung stellt das Legalitätsprinzip die Steuerungsverantwortung: Das Recht soll nicht nur staatliches Tätigwerden als solches rechtfertigen, sondern es soll auch bestimmen, wer unter welchen Voraussetzungen mit welchen Mitteln und Instrumenten tätig werden darf. Die «siamesischen Zwillinge» Gesetzesvorbehalt und Gesetzesschranke werden immer auch so verstanden, als dass staatliches Handeln grundsätzlich konditional programmiert sein soll. Dass ein Rechtssatz nur Finalitäten formuliert, Ziele markiert, ohne bestimmen zu wollen, wie man dorthin kommen möge, scheint mir auf einem falschen Verständnis des Legalitätsprinzips zu beruhen. Bei allem Missbehagen gegenüber dem, was vom Hohelied auf die finale Rechtsetzung noch übrig ist, muss zur Kenntnis genommen werden, dass sich im besonderen Verwaltungsrecht eine grosse Anzahl vielgestaltiger Instrumente findet, die von der einseitig autoritären Anordnung, wie sie nach Art. 22 Abs. 4 ParlG³³ für den Rechtssatz kennzeichnend sein soll, abweichen. Programmvereinbarungen zwischen Bund und Kantonen gehören etwa dazu, aber auch «Ziele und Strategien», die der Bund unter Einbezug der Kantone für die Erkennung, Überwachung, Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten festlegen soll

³¹ BVGE 2014/8 E. 2.3. Siehe auch BVGE 2010/52 E. 3.4.1.

³² BVGE 2010/52 E. 3.4.3.

³³ SR 171.10.

(Art. 4 Abs. 1 EpG³⁴).³⁵ Nutzen und Wert dieser Instrumente sollen hier weder in Frage gestellt noch bewertet werden – es geht lediglich um die Frage: Können und sollen solche Instrumente rechtssatzähnliche Funktionen erfüllen? Ist dies der Fall, müssten sie sich am Legalitätsprinzip messen lassen.

Irritieren können auch die verschiedenen Konzepte, die auf dem Gebiet des Jagdrechts und Tierschutzes existieren. «Das BAFU», so wird das Instrument vorgestellt, «hat in enger Zusammenarbeit mit den Kantonen und zuständigen Interessensgruppen ein Wolfskonzept entwickelt. Das Konzept ist eine Vollzugshilfe des BAFU. Es konkretisiert unbestimmte Rechtsbegriffe und soll eine einheitliche Vollzugspraxis ermöglichen.»³⁶ Rechtsgrundlage für diese Konzepte ist Art. 10^{bis} der Jagdverordnung³⁷, die ihrerseits einige Bestimmungen zum Wolf enthält. Liest man das Konzept durch, so bekommt man den Eindruck, dass es sich mehrheitlich eher um eine in Prosa verfasste, durchaus leicht verständliche Darstellung der rechtlichen, politischen und praktischen Probleme im Umgang mit dem Wolf handelt. Einzelne Anhänge, die Begriffsumschreibungen anbieten, Erwartungen an die Protokollierung von Ereignissen und Einschätzungen des Wolfsverhaltens formulieren, kommen in die Nähe dessen, was als Vollzugshilfe für die zentrale Frage gelten kann: Welcher Wolf darf wann geschossen werden?

III. Baustellen der Rechtsetzungspraxis

In der Rechtsetzung spiegeln sich Handlungs- und Regulierungserwartungen, die jene Kräfte, die in der Lage sind, ihre Anliegen und Bedürfnisse zu artikulieren und politisch hörbar zu machen, an den Staat richten. Die Vorfrage, ob einem Problem überhaupt mit den Mitteln der Rechtsetzung beizukommen wäre, fällt in die Prärogative der Politik. Verfassungsfrage ist, wie – in welchen Verfahren, von welchen Organen – staatliches Recht zu setzen ist und welchen inhaltlichen Anforderungen dieses Recht genügen muss. Je nach Ausgangslage wird dieses Verfassungskorsett als einengend oder als stützend empfunden. In der Praxis sind die folgenden Teilgehalte des Legalitätsprinzips besonders anspruchsvoll: Normbestimmtheit und Normdichte (nachfolgend 1.), Normstufe und Erlassform (nachfolgend 2.) und die Bestimmung dessen, was rechtlich normativ sein soll (nachfolgend 3.). Daran schliessen sich Beobachtungen an,

³⁴ SR 818.101.

³⁵ Das Epidemienengesetz kennt noch weitere Instrumente, deren normative Qualität nicht offensichtlich ist, nämlich die «themenspezifischen nationalen Programme» (Art. 5) und den «nationalen Impfplan» (Art. 20).

³⁶ <http://www.bafu.admin.ch/biodiversitaet/13721/14385/14394/14413/index.html?lang=de>; besucht am 10. Februar 2017.

³⁷ SR 922.01.

wie im Rechtsetzungsalltag mit festgestellten Defiziten umgegangen werden kann (nachfolgend 4.).

1. Der Kampf um die optimale Bestimmtheit

a) Rechtsetzung zwischen Vertrauen und Kontrolle

Normbestimmtheit und Normdichte richten sich nach der Wichtigkeit des Staatshandelns und der Intensität, mit der es mittelbar oder unmittelbar auf die Verhältnisse der Menschen einwirkt.³⁸ Die hinreichende und angemessene Bestimmtheit einer Norm dient der Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit des staatlichen Handelns und sichert die rechtsgleiche Rechtsanwendung.³⁹ Für die optimale Normbestimmtheit gibt es allerdings keinen abstrakten Massstab; Bestimmtheitsunschärfen hat die Rechtsetzung hinzunehmen und mit geeigneten Strategien zu minimieren.

«[D]er Gesetzgeber [kann nicht darauf verzichten,] allgemeine und vergleichsweise vage Begriffe [zu verwenden], deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit [...] hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab [...]»⁴⁰

³⁸ HANGARTNER in: SGK BV, Art. 5 N 11. Zur Illustration siehe beispielsweise BGer, Urteil 2C_827/2015, 2C_828/2015 vom 3. Juni 2016 E. 4.2: «Unter diesem Gesichtspunkt ist die ausserordentliche Eröffnung (durch Veröffentlichung im Amtsblatt oder durch Ablage in den Akten) wegen unterlassener Bezeichnung eines schweizerischen Zustelldomizils eine die Rechtsstellung des Betroffenen empfindlich tangierende Säumnisfolge, weshalb sie eine vorgängige und eine ausreichend bestimmte, genügende gesetzliche Grundlage voraussetzt [...]»

³⁹ Siehe etwa BGer, Urteil 1P.780/2006 vom 22. Januar 2007 E. 2.2: «Das Gefängnisreglement muss ein Mindestmass an Klarheit und Regelungsdichte aufweisen.» Was darunter verstanden werden müsse, hat das Bundesgericht in BGE 124 I 203, 205, E. 2b wie folgt beschrieben: «Die fragliche Rechtsnorm muss ausreichend zugänglich sein, und der Betroffene soll in hinreichender Weise erkennen können, welche rechtlichen Vorschriften auf einen gegebenen Fall anwendbar sind. Das Gesetz muss mithin so präzise formuliert sein, dass der Rechtsunterworfenen sein Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.»

⁴⁰ BGE 138 I 378, 391, E. 7.2; BGE 132 I 49, 58, E. 6.2 m.w.H.

Für die praktische Rechtsetzungsarbeit, die das Risiko einer verfassungsgerichtlichen Mängelrüge minimieren will, stellt die Suche nach dem idealen Bestimmtheitsgrad eine delikate Übung dar, zumal die vom Bundesgericht ins Feld geführten Elemente – Komplexität, Eingriffsschwere, Sachverhaltsvielfalt – naturgemäss wertungsbehaftet sind. «Der Erlass detaillierter Vorschriften beispielsweise», so der Bundesrat vor rund 20 Jahren, «kann eine Antwort auf das Bedürfnis nach berechenbaren Entscheiden der Verwaltung sein: Die Betroffenen wissen, was sie erwartet und können ihr Verhalten darauf ausrichten.»⁴¹ Es ist aber leider nur ein kleiner, politisch und verfassungsrechtlich fataler⁴² Schritt zur kleinkrämerischen Detailversessenheit, die zu einer als freiheitsfeindlich kritisierten Überregulierung führen kann.⁴³ In extremis wird die Rechtsetzung – die Ausführungsgesetzgebung zur allgemeinen Volksinitiative hat es gezeigt⁴⁴ – vor der Komplexität der Regelungsmaterie kapitulieren müssen, wenn sie nicht bereit ist, Unschärfen und Orientierungsschwächen für den Vollzug hinzunehmen.

Was sich als vordergründig vorbildlich bestimmt präsentiert, kann Ausdruck von Zweifel am Umsetzungs- und Befolgungsgehorsam nachgelagerter Erlassgeber sein. Gesetzliche – neuerdings auch immer öfter verfassungsrechtliche – Regelungen mit einem hohen Detaillierungsgrad bringen gelegentlich unver-

⁴¹ Stellungnahme des Bundesrates vom 16. Juni 1997 auf die Interpellation Cavadini vom 21. März 1997 «Flut von Gesetzen, Verordnungen und Weisungen» (97.3178).

⁴² Stellungnahme des Bundesrates vom 16. Juni 1997 auf die Interpellation Cavadini vom 21. März 1997 «Flut von Gesetzen, Verordnungen und Weisungen» (97.3178): «Sicher besteht in der Verwaltung hie und da ein Hang zum Perfektionismus.»

⁴³ Es ist eine politisch trügerische und rechtlich naive Erwartung, solche politisch unerwünschte Tendenzen mit verfassungsrechtlichen Mässigungsaufforderungen – wie dies namentlich die FDP mit ihrer im Sammelstadium gescheiterten Bürokratie-Stopp Initiative wollte – bändigen zu können. Siehe Neue Zürcher Zeitung vom 18.1.2012, S. 13 «Papiertiger» gegen Bürokraten.

⁴⁴ Siehe etwa aus dem Bericht der SPK-N vom 21. Februar 2008 Palv «Verzicht auf die Einführung der allgemeinen Volksinitiative», BBl 2008 2891, 2898: «Die vom Bundesrat vorgeschlagene Ausführungsgesetzgebung zur Regelung des Verfahrens bei der allgemeinen Volksinitiative ist kompliziert, unübersichtlich und somit nicht bürgerfreundlich. Sie widerspricht einem wichtigen Prinzip bei der Ausgestaltung des Systems der direkten Demokratie: Direktdemokratische Instrumente müssen einfach und transparent ausgestaltet sein. [...] Eine Möglichkeit bestünde nun darin, die Ausführungsgesetzgebung zu vereinfachen und für gewisse Konstellationen keine Regelung vorzusehen – sowie dies zum Teil bisher bezüglich der Initiative in der Form der allgemeinen Anregung der Fall ist. Allerdings ist es problematisch, im sensiblen Bereich der Volksrechte nicht für alle Anwendungsfälle Regelungen vorzusehen, und dann das Vorgehen erst im konkreten Fall zu bestimmen.»

hohlen zum Ausdruck, dass man den Vollzugs- und Kontrollorganen nicht traut.⁴⁵

b) **Datenschutzrecht als Anschauungsmaterial**

Wie schwierig die Suche nach normativ optimaler Bestimmtheit einerseits und einem situativ anpassungsfähigen Vollzugsregime andererseits ist, zeigt sich deutlich im Bereich des Datenschutzes: Elektronische Geschäftsverwaltungssysteme und Informationssysteme im Abrufverfahren aufzubauen und zu betreiben gehört zu den Standardaktivitäten der Verwaltung bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben. Werden damit Personendaten bearbeitet und Dritten bekannt gegeben, ist dafür eine gesetzliche Grundlage erforderlich; geht es um besonders schützenswerte Personendaten, braucht es ein Gesetz im formellen Sinn.⁴⁶ Es stellt sich die Frage, wie und in welchem Detaillierungsgrad solche Systeme auf Gesetzesstufe zu regeln sind. Ein oberflächlicher Blick auf die Bundesgesetzgebung ergibt ein uneinheitliches Bild:

- Das Nachrichtendienstgesetz vom 25. September 2015⁴⁷ sieht neun Systeme vor (Art. 47), für die der Bundesrat indessen verschiedene Teilaspekte – Katalog der Personendaten, Zugriffsrechte, Aufbewahrung und Löschung der Daten etc. – klären soll. Der Gesetzgeber formuliert für jedes System in je einem Artikel nur den Zweck des Systems und die Abrufberechtigungen.
- Für den Bereich des Sports ist ein eigenes, heute knapp 40 Artikel umfassendes Gesetz geschaffen worden. Als formalgesetzlich besonders regelungsbedürftig wurden beispielsweise das Bearbeiten von Personendaten für Disziplinarentscheide der Eidgenössischen Hochschule für Sport oder bei der Kursevaluation beurteilt.⁴⁸
- In möglicherweise grundrechtlich oder politisch weniger sensitiven Sachgebieten sind die Anordnungen auf einzelne Artikel verteilt – so etwa die Re-

⁴⁵ Misstrauen gegenüber dem Ordnungsgeber ist wohl auch die treibende Kraft hinter den auf Bundesebene wiederholt artikulierten und ebenso wiederholt gescheiterten Forderungen nach einem Ordnungsveto. Siehe dazu statt vieler UHLMANN, S. 4 ff.

⁴⁶ Art. 17 und 19 DSGVO.

⁴⁷ BBl 2015 7211 (Referendumsvorlage).

⁴⁸ Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über die Informationssysteme des Bundes im Bereich Sport vom 28. November 2014, BBl 2014 9587, 9590.

gelingen, wie Informationssysteme über Strassenverkehrsunfälle oder über Strassenverkehrskontrollen zu führen und zu bewirtschaften sind.⁴⁹

- Für die Verwendung der elektronischen Infrastruktur in der Bundesverwaltung findet sich seit dem 1. April 2012 im RVOG⁵⁰ eine umfangreiche Regelung über die zulässigen Datenbearbeitungs- und Auswertungsmethoden.
- Für die Landwirtschaft begnügt man sich mit einer vergleichsweise «luftigen» Anordnung, wonach das BLW «für den Vollzug dieses Gesetzes» ein Informationssystem betreibt, wobei die Daten einer grossen Zahl an Stellen und Personen zugänglich gemacht werden dürfen.⁵¹

Die unterschiedlichen Formulierungen und «Dichtegrade» mögen entstehungszeitlich bedingt sein; unter Bestimmtheitsgesichtspunkten hinterlassen sie allerdings den Eindruck, dass nicht ganz klar scheint, was gesetzlich wie anzuordnen wäre, um dem datenschutzrechtlichen Gesetzmässigkeitsprinzip zu genügen. Um eine grössere Einheitlichkeit zu erreichen, erstellte das Bundesamt für Justiz einen Leitfaden für die Erarbeitung der einschlägigen Rechtsgrundlagen⁵² und formulierte jene Fragen, die jeweils gesetzgeberisch zu klären sind – die darin formulierten Anforderungen (etwa zur Umschreibung des Zwecks, zur Regelung der Vernetzung, der Zugriffsrechte etc.)⁵³ erscheinen dem datenschutzrechtlichen Laien ambitiös. Ein Teil einer verwaltungsinternen Begleitgruppe, die die Revision des Datenschutzrechtes vorzubereiten hatte, kam zum Schluss, dass man prüfen solle, ob die Anforderungen an die formell-gesetzlichen Rechtsgrundlagen von Informationssystemen nicht in den Grundzügen im DSG zu regeln wären, weil die Praxis dazu geführt habe, «dass sehr viele Details auf Stufe des formellen Gesetzes festgeschrieben werden müssen».⁵⁴ In der vom Bundesrat am 21. Dezember 2016 beschlossenen Vernehmlassungsvorlage für eine Totalrevision des Datenschutzgesetzes⁵⁵ wird nun in einem neuen Art. 27

⁴⁹ Art. 89i ff. SVG.

⁵⁰ SR 172.010.

⁵¹ Art. 165c LwG.

⁵² Leitfaden vom 16. Dezember 2010, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/hauptinstrumente/leitf-rechtsgrundlagen-d.pdf>; besucht am 10. Februar 2017.

⁵³ A.a.O., Ziff. 4.1, S. 17.

⁵⁴ Bericht vom 29. Oktober 2014 «Normkonzept zur Revision des Datenschutzrechtes» (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/daten-schutzstaerkung/ber-normkonzept-d.pdf>; besucht am 10. Februar 2017), S. 38.

⁵⁵ Abrufbar unter https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2826/Totalrevision-des-Datenschutzgesetzes_Entwurf-DSB_de.pdf; besucht am 10. Februar 2017.

eine Nuancierung vorgenommen: Als Rechtsgrundlage soll ein Gesetz im materiellen Sinn genügen, sofern die Bearbeitung für eine in einem Gesetz im formellen Sinn klar festgelegte Aufgabe unentbehrlich ist und sie keine besonderen Risiken für die Persönlichkeit und die Grundrechte der betroffenen Person birgt. Was im formellen Gesetz, welches für die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten, für das Profiling oder für den Erlass einer automatisierten Einzelentscheidung verlangt wird, genau zu regeln ist, lässt der Vorentwurf offen.

c) **Grenzen der Bestimmtheitsoptimierung**

a. **Vom untauglichen Versuch, das Leben zu bändigen**

Es ist verfassungsrechtlich etablierte Praxis, dass Bestimmtheitsdefizite in Rechtsnormen durch eine methodisch einwandfreie Auslegungsarbeit der Gerichte kompensiert werden können: «Auch der unbestimmte Rechtsbegriff des öffentlichen Anstandes», so etwa das deutsche Bundesverfassungsgericht, «ist durch die Verwaltungsgerichte unter Heranziehung der allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätze auch unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der Norm so weit präzisiert, dass Inhalt, Zweck und Ausmaß des Art. 297 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EGStGB gesetzlich hinreichend bestimmt sind.»⁵⁶ Wer meint, dass das Legalitätsprinzip ein Plädoyer dafür sei, im Zweifel mehr und detaillierter zu normieren, vergisst, dass ein Übermass an Normen nicht zwingend einen Rechtssicherheitsgewinn generiert, «sondern im Gegenteil reduzierte Bindung der Verwaltung [bedeutet], da die vielen Vorschriften unüberschaubar, allzu kompliziert und im Extremfall auch in sich widersprüchlich werden, sodass die Behörden, wollen sie ihre Aufgaben erfüllen, sich unweigerlich von ihnen lösen».⁵⁷ Auf den Punkt hatte es CHRISTINE KAUFMANN bei ihren Überlegungen zum Reglement der SNB über die Eigengeschäfte gebracht: «Zu glauben, mit

⁵⁶ Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. April 2009, BVerfG 1 BvR 224/07, Rz. 15. Diese Strategie kann auch für Grundrechtsfragen tauglich sein; siehe etwa BVerfG, 1 BvR 3275/07 vom 31. August 2009, Rz. 22: «Beschränkungen der Berufsfreiheit können auch durch richterliche Auslegung hinreichende Konturen erhalten. Die Konkretisierung gesetzlicher Tatbestandsmerkmale gehört zu den anerkannten Aufgaben der Rechtsprechung, die sie auch im Interesse der verfassungsrechtlich geforderten Rechtssicherheit wahrnimmt. Entscheidend ist, dass die Berufsausübungsbeschränkungen aus den genannten Vorschriften selbst und ihrem Regelungszusammenhang ableitbar sind.»

⁵⁷ ENGI, S. 25.

einer detaillierten Regelung sämtlicher denkbaren Eigengeschäfte das Problem zu lösen, ist allerdings eine Illusion. Die Erfahrung lehrt, dass solche ethisch motivierten Normen nie alle Facetten menschlichen Verhaltens erfassen können. Jede auch noch so umfassende Regelung wird immer hinter der Realität herhinken und nie alle Verhaltensweisen abbilden können.»⁵⁸ Dennoch finden sich im positiven Recht unzählige Bestimmungen, in denen beispielsweise mit nicht abschliessenden Aufzählungen versucht wird, der innovativen Vielfalt des Lebens Herr zu werden.

Besonders sprechend ist dafür die Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung, die immer wieder generische Begriffe ergänzt mit den vereinzelt in Klammern gesetzten Zusätzen «wie zum Beispiel». So ist es etwa Einzelhandelsgeschäften untersagt, durch «Verteilung von Proben oder mit anderen Werbemitteln wie besonderen Auslagen, Rabattmarken, Zugabeartikeln, Sonderangeboten, Lockartikeln oder Kopplungsgeschäften» für Säuglingsanfangsnahrung zu werben.⁵⁹

b. Generalklausel – Fluch oder Segen?

Der vordergründige Bestimmtheitsgewinn solcher redaktioneller Manöver wird mit dem Risiko der potentiellen Lückenhaftigkeit – das sich auch mit nur exemplarischen Aufzählungen nicht restlos ausräumen lässt – und einer schwer zu bewältigenden Textfülle erkaufte. Wäre daher die Flucht in die Generalklausel ein Ausweg? Für die Neuregelung des elterlichen Sorgerechts hielt der Bundesrat in seiner Botschaft lakonisch fest: «Soweit der Entwurf auf Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe abstellt, liegt deren Konkretisierung in der bewährten Tradition des Zivilgesetzbuches bei den Gerichten.»⁶⁰ Persönlich würde ich mir gelegentlich etwas mehr Mut bei der Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen wünschen – jedenfalls in jenen Teilen des besonderen Verwaltungsrechts, in denen mit einer raschen und aussagekräftigen verwaltungsgerichtlichen Praxis zu rechnen ist, welche die Schatten der Unbestimmtheit von solchen Begriffen auszuleuchten vermag.

Im Ringen und Suchen um die sprachlich bestmögliche Annäherung an das Bestimmtheitsgebot bleibt zu bedenken, dass Rechtsnormen zwar «Textprodukte» sind, dass es aber immer um den Sinn geht, der sich gegebenenfalls

⁵⁸ CHRISTINE KAUFMANN, Die Grenzen des Rechts, Neue Zürcher Zeitung vom 12. Januar 2012, S. 20.

⁵⁹ Art. 11a Abs. 2 der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 (SR 817.02).

⁶⁰ Botschaft vom 16. November 2011 zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge), BBl 2011 9077, 9113.

hinter dem Wortlaut versteckt: Selbst wenn der Wortlaut klar und verständlich ist, womit dem Bestimmtheitserfordernis Genüge getan wäre, darf hinter die Worte «geschielt» werden, nämlich dann, wenn «triftige Gründe dafür bestehen, dass der Gesetzgeber diesen [scil. den aus dem Wortlaut abgeleiteten Sinn] nicht gewollt haben kann. Solche Gründe können sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben.»⁶¹ Mehr noch: «Eine Abweichung von einer Gesetzesnorm ist jedoch zulässig, wenn der Gesetzgeber sich offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt hat oder sich die Verhältnisse seit Erlass des Gesetzes in einem solchen Masse gewandelt haben, dass die Anwendung einer Vorschrift rechtsmissbräuchlich wird [...]»⁶² Das Legalitätsprinzip hat damit einen irritierend schizophrenen Wesenszug: einerseits mahnt es zu einem maximal bestimmten Wortlaut, andererseits relativiert es den Wert des Wortlauts, wenn auf hinter ihm liegende Regulierungsideen und -zwecke abgestellt werden darf. Verfassungsrechtlich delikant ist zu entscheiden, bis wo die rechtsanwendenden Behörden Rekurs nehmen dürfen auf normative Gehalte jenseits des Wortlauts und ab welchem Punkt es am Normgeber wäre, Regulierungsidee und -inhalte eindeutig zur Sprache zu bringen.

Ein neueres Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts zur Frage der sogenannten «Kuckuckskinder» legt das, was ich hier als «schizophrenen Wesenszug» des Legalitätsprinzips zu beschreiben versuche, offen: Während die Vorinstanzen in einer langen Praxis den offen formulierten zivilrechtlichen Auskunftsanspruch unter Ehegatten auch auf Auskünfte über Sexualkontakte des Partners erstreckten, um dem Scheinvater durch Durchsetzung zivilrechtlicher Regressansprüche zu ermöglichen, beurteilte das Bundesverfassungsgericht die Rechtslage anders: Zwar habe der Gesetzgeber «den Zivilgerichten mit den Generalklauseln des Privatrechts besonders weite Möglichkeiten der Rechtsfortbildung» verschaffen wollen, womit den Grundrechten in einem Masse zur praktischen Wirkung verholten werden könne, «das zu leisten der Gesetzgeber im Hinblick auf die unübersehbare Vielfalt möglicher Fallgestaltungen [...] allein kaum in der Lage wäre».⁶³ Verfassungsrechtlich schwerwiegende Belastungen, wie sie die Pflicht zur Preisgabe von Partnern geschlechtlicher Beziehungen darstellt, wären aber nur dann zulässig, wenn sich im «einfachgesetzlichen Umfeld Anknüpfungspunkte dafür finden».⁶⁴ Solche Anknüpfungspunkte wollte das Gericht in der fraglichen Regelung des BGB nicht finden können und kam daher zum Schluss, dass der Gesetzgeber tätig werden müsse, wenn der Regressanspruch des Scheinvaters gestärkt werden soll.⁶⁵ Entscheidend war dabei auch, dass der Regressanspruch nicht als Grundrechtsverwirklichung

⁶¹ BGE 133 III 257, 265, E. 2.4.

⁶² BGE 133 III 257, 265 f., E. 2.4.

⁶³ BVerfG 1 BvR 472/14 vom 24. Februar 2015, Rz. 39.

⁶⁴ A.a.O., Rz. 42.

⁶⁵ A.a.O., Rz. 52.

qualifiziert wurde, die Auskunftspflicht indessen als schwerwiegende Grundrechtsbeeinträchtigung zu werten war. Mittlerweile hat der deutsche Justizminister eine entsprechende Gesetzesvorlage angekündigt.⁶⁶

Unter dem Gesichtswinkel des Legalitätsprinzips werden Generalklauseln spätestens dann prekär, wenn mit ihnen Räume für erhebliche Grundrechtsbeeinträchtigungen geöffnet werden könnten, denen kein korrespondierender Grundrechtsverwirklichungsanspruch gegenüber steht. Dies war auch das tragende Motiv im Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Vukota-Bojic* gegen die Schweiz: Observationen durch «Sozialdetektive» bräuchten – so der Gerichtshof – eine ausdrückliche und ausreichend bestimmte gesetzliche Grundlage; expansiv ausgelegte allgemeine gesetzliche Anforderungen können dafür nicht genügen.⁶⁷

Ähnlich lässt sich auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Frage lesen, ob und wie das Gericht bei der Beurteilung von Ermessensspielräumen reagieren soll, die der Gesetzgeber den Verwaltungsorganen mit unbestimmten Gesetzesbegriffen bewusst einräumen wollte. Das Bundesgericht sieht sich zwar nur bei Ermessensfehlern zum Einschreiten befugt, räumt aber immerhin ein, dass zuerst zu prüfen wäre, ob die Verfassung es überhaupt erlaubt, den Entscheidorganen derartige Ermessensräume zu eröffnen;⁶⁸ zudem dürfen unbestimmte Rechtsbegriffe nur in verfassungskonformer Weise ausgelegt und angewendet werden – hier eröffnet sich durchaus Spielraum, um dem Grundrechtsverwirklichungsauftrag mehr Raum zu verschaffen.⁶⁹ Dass unbestimmte Rechtsbegriffe nicht zwingend mit gerichtlichen Kognitionsbeschränkungen einhergehen müssen, sondern dass ihre Anwendung auf den Einzelfall vollumfänglich als Rechtsfrage – und damit auch als Verfassungsrechtsfrage – geprüft werden kann, hat jedenfalls das Bundesverwaltungsgericht in seiner Asylrechtsprechung deutlich gemacht.⁷⁰

⁶⁶ Spiegel Online vom 29. August 2016, <http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/kuckucksKinder-muetter-sollen-zur-auskunft-ueber-sexualpartner-verpflichtet-werden-a-1109927.html>; besucht am 10. Februar 2017.

⁶⁷ EGMR Urteil vom 18. Oktober 2016, Rz. 74 und 77. Nach dem Urteil ist die parlamentarische Initiative Tuena «Schaffung der rechtlichen Grundlage für Überwachungsmaßnahmen durch eine Versicherung» (16.482) eingereicht worden. Die SUVA hat gemäss Presseberichten angekündigt, sich mit eigenen Vorschlägen an den Gesetzgebungsarbeiten zu beteiligen.

⁶⁸ Siehe beispielsweise BGE, Urteil 2A.586/2003, 2A.610/2003 vom 1. Oktober 2004 E. 3.4.

⁶⁹ Ansatzweise scheint dies etwa in BGE 135 II 384 ff. geschehen zu sein, der klinische Tierversuche betraf und für den das Gericht auch auf den verfassungsrechtlich geforderten Schutz der Würde der Kreatur zurückgriff.

⁷⁰ Siehe etwa BVerGE 2015/2 E. 7.2.3.

c. Redaktionelle Leistungsgrenzen

Die Bestimmtheit einer Norm ist nicht das Ergebnis einer rechtlichen Operation, sondern sprachlicher und redaktioneller Kunstfertigkeit. Zwar gibt es auch etablierte gesetzestechische Methoden, Bestimmtheitsdefizite zu reduzieren – abschliessende oder offene Aufzählungen beispielsweise, der Rückgriff auf Materialien oder die «Krücken» der Weisungen und Erläuterungen;⁷¹ diese Methoden sind allerdings nicht über alle rechtlichen Zweifel erhaben und können bisweilen seltsame Blüten treiben –; die aus den Resolutionen des UNO-Sicherheitsrates übernommenen Begriffsbestimmungen von «Geldern» oder «wirtschaftlichen Ressourcen»⁷² mögen dafür Zeugnis ablegen. Letztlich aber ist es die Sprache, sind es die verfügbaren umgangssprachlichen oder fachtechnischen Begrifflichkeiten, die den Bestimmtheitsdrang bremsen.

In der Praxis der Erlassredaktion in Verwaltung und Parlament kann die Mehrsprachigkeit durchaus helfen, Bestimmtheitsschwächen, die sich aus einer Sprache ergeben, durch treffendere, nuanciertere, den gesetzgeberischen Willen deutlicher machende Formulierungen in der anderen Amtssprache zu überspielen.⁷³

Gegebenenfalls kann auch eine andere Sprachfassung für die Schweiz von Bedeutung sein. So stellte sich für das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen einer zolltarifarischen

⁷¹ So hatte das Bundesverwaltungsgericht im Urteil A-5121/2014 vom 27. Mai 2015 E. 4.3.1 auf Erläuterungen des Eidgenössischen Personalamtes zur Revision der BPV zurückgegriffen, um das Verständnis einer Verordnungsnorm zu klären – ob diese Erläuterungen öffentlich zugänglich gewesen sind, ergibt sich aus dem Urteil nicht.

⁷² Siehe beispielsweise Art. 3 der Verordnung vom 12. August 2015 über Massnahmen gegenüber der Republik Südsudan (SR 946.231.169.9).

⁷³ Illustrativ etwa BVGE 2015/28 E. 3.2.1 zur Frage der formlosen Abschreibung von asylrechtlichen Wiedererwägungsgesuchen nach Art. 111b AsylG (SR 142.31): «Die Formulierung der französischen Fassung («classées sans décision formelle») bringt besser zum Ausdruck, dass die Abschreibung als Verfahrenshandlung («classer») zwar Ausfluss einer behördlichen Entscheidung ist («décision»), die Abschreibung aber ohne förmlichen Entscheid ergehen soll («sans décision formelle»). Die italienische Fassung formuliert es noch deutlicher: Wiedererwägungsgesuche werden ohne Förmlichkeiten abgeschrieben («stralciate senza formalità»). Die Formlosigkeit der Abschreibung wird mit identischem Wortlaut auch in der Bestimmung für Mehrfachgesuche (französisch: «demandes multiples»; italienisch: «domande multiple») statuiert (Art. 111c Abs. 2 AsylG).» Dass Sprachvergleiche nicht immer zu eindeutigen Ergebnissen führen, stellte das Bundesverwaltungsgericht beispielsweise im Urteil A-1956/2012 vom 28. November 2012 E. 4.3.1 fest, in dem es um den bundespersonalrechtlichen Begriff des «letzten Jahresgehalts» ging; ähnlich im Urteil A-959/2011 vom 5. Oktober 2011 E. 4.1.1 und 4.1.2 für die Frage der Zivilschutzpflicht.

Streitsache die Frage, was als «Schleifstoff» zu verstehen sei. Das Gericht äusserte sich dazu wie folgt: «Dazu ist vorab zu erwähnen, dass als Besonderheit bei der grammatikalischen Auslegung des Zolltarifs – abweichend von der in der Schweiz geltenden Gleichwertigkeit der Formulierung von Gesetzesnormen in den Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch – im Falle der Nomenklatur gemäss HS der französischen Sprachfassung ein gewisser Vorrang gebührt. Dies rührt daher, weil das HS im Original nur in Französisch und Englisch vereinbart worden ist [...]. Aus diesem Grund kann auch die englische Fassung des HS zur Auslegung zumindest hilfsweise herangezogen werden.»⁷⁴ Das Gericht griff auf die einschlägigen Sprachreferenzwerke – einschliesslich der Encyclopædia Britannica – zurück und kam zum Schluss: «Die französischen und englischen Originaltexte verlangen demnach übereinstimmend bloss ein natürliches Abrasivmittel. Dieses ist geeignet, die Oberfläche von weniger resistenten Materialien im Rahmen von unterschiedlichen technischen Verfahren abzutragen. Nicht vorausgesetzt wird, dass sich dieses Abrasivmittel spezifisch für das technische Fertigungsverfahren «Schleifen» eignet. Daran kann die deutsche Fassung der Tarifnummer mit dem Term «natürliches Schleifmittel» nichts ändern, da der Originalfassung des HS der Vorrang zukommt.»⁷⁵

Auch der allgemeine Sprachgebrauch,⁷⁶ der für die Erlassredaktion den grundsätzlich massgeblichen Referenzrahmen darstellt⁷⁷ und der den Ausgangspunkt für die spätere grammatikalische Auslegung markiert,⁷⁸ ist eine bisweilen unzuverlässige Orientierungsgrösse, was man spätestens dann merkt, wenn sich die Gerichte über vermeintlich ausreichend bestimmte Begriffe wie «Mehrfamilienhaus»⁷⁹ oder «Bevölkerung»⁸⁰ zu beugen haben. Selbst eine uns vertraute Formulierung «im Gesetz selbst», wie sie von der Verfassung in Art. 36 Abs. 1 und Art. 127 Abs. 1 verwendet wird und die das Gesetz im formellen Sinn meint, ist dem Laien – und leider nur allzu oft auch den Studieren-

⁷⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3030/2013 vom 8. Mai 2014 E. 4.3.2.3.

⁷⁵ A.a.O., E. 4.3.2.4.

⁷⁶ Bisweilen sind auch Helvetismen zu berücksichtigen – siehe etwa den Begriff «Radiessli im Bund» in Anhang 2 der Verordnung des EJPD vom 10. September 2012 über die Mengenangabe im Offenverkauf und auf Fertigpackungen (SR 941.204.1) oder «Nuggi» in Art. 37 der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 (SR 817.02).

⁷⁷ Siehe GTR, Rz. 31 ff.

⁷⁸ Vgl. beispielsweise BGE 133 III 257, 265 f., E. 2.4 ff.

⁷⁹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3713/2015 vom 27. April 2016 E. 7 – es ging um das Aufstellen von Briefkästen gemäss Art. 74 VPG.

⁸⁰ BGE 141 IV 215, 217 f., E. 2.3.3 – es ging dabei um den strafrechtlichen Tatbestand der «Schreckung der Bevölkerung» (Art. 258 StGB) und die Frage, ob auch facebook-Freunde bereits als «Bevölkerung» zu begreifen wären.

den – nicht allein aus sich heraus bestimmt genug.⁸¹ Umso tückischer wird es bei komplexeren Sachgebieten.

So wurde das Güterkontrollgesetz⁸² per 1. Januar 2016 um eine Bestimmung ergänzt, wonach der Bundesrat bestimmen solle, welche «strategischen Güter» in den Geltungsbereich des Gesetzes fallen sollen (Art. 2 Abs. 2^{bis}). In der Begriffsbestimmung wurde erklärt, dass es sich dabei um Güter handeln müsse, die «Bestandteil einer kritischen Infrastruktur» sind (Art. 3 lit. c^{bis}). Später begegnet man dann noch der Formulierung «internationale kritische Infrastrukturen, an denen die Schweiz beteiligt ist» (Art. 6 Abs. 1^{bis} lit. b). Was aber sind strategische Güter und kritische Infrastrukturen? Wer von der Ausführungsverordnung eine konkretisierende Antwort erhofft, wird enttäuscht: Dort existiert zwar ein Anhang 4, der aber in der aktuellen Fassung die lapidare Erklärung enthält, dass der Anhang noch keine Einträge enthalte. Die Orientierungslosigkeit wird noch dadurch erhöht, wenn man erfährt, dass der Bundesrat 2012 eine Nationale Strategie über den Schutz kritischer Infrastrukturen verabschiedet hatte.⁸³ Darin werden u.a. Banken, Wasserversorgung und Blaulichtorganisationen als solche Infrastrukturen bezeichnet. Sind das die Infrastrukturen, die auch das Güterkontrollgesetz meint? Die Lösung des Rätsels findet sich in den Fussnoten des Güterkontrollgesetzes: Dort wird sichtbar, dass die hier vorgestellten Änderungen mit einem Bundesbeschluss vorgenommen worden sind, der die Genehmigung eines internationalen Abkommens über die Beteiligung der Schweiz an den europäischen Satellitennavigationssystemen zum Gegenstand hatte. Was also strategische Güter und kritische Infrastrukturen im Sinne des GKG sind, wird sich erst mit der Lektüre des entsprechenden Abkommens (bzw. um die Sache noch komplizierter zu machen: aus dem einschlägigen Gemeinschaftsrecht ergeben, zu dem die Schweiz gemäss Art. 13 Abs. 2 gleichwertige Schutzmassnahmen ergreifen sollte) erhellen – Banken und Wasserversorgung sind jedenfalls nicht gemeint.

d) Kodifikationen von Gerichtspraxis als Herausforderung

Dass dem Bestimmtheitsgebot mitunter nur mit grossem Aufwand und erheblichen Restrisiken annähernd Genüge getan werden kann, zeigt sich schliesslich überall dort, wo der Gesetzgeber sich daran machen will, eine prätorische Praxis zu kodifizieren. So verlangte eine seit vielen Jahren hängige Motion gesetzliche Bestimmungen, «damit die Rechtslage für Entschädigungen nachbarrechtlicher Abwehransprüche wegen übermässiger Fluglärmimmissionen verbessert werden kann».⁸⁴ Die Motion – die in der Nachfolge einer noch älteren parlamentarischen Initiative stand – ging davon aus, dass es rechtsstaatlich nicht vollauf

⁸¹ Überraschenderweise stösst man in Art. 17 Abs. 2 DSG auf den Begriff «Gesetz im formellen Sinn» – was aber ein singulärer Einzelfall zu sein scheint.

⁸² SR 946.202.

⁸³ BBl 2012 7715.

⁸⁴ Motion UREK-S «Fluglärmimmissionen. Entschädigung nachbarrechtlicher Abwehransprüche» (08.3240).

befriedigen könne, wenn solche Fragen ausschliesslich durch eine umfangreiche und konsolidierte Bundesgerichtspraxis beantwortet werden können. Verwaltungsintern wurden daraufhin die erforderlichen Gesetzesänderungen diskutiert, mit denen bisheriges Richterrecht in geschriebenes Recht überführt werden könnte. Die langjährigen Arbeiten, die zahlreiche Hürden, Tücken und Schwierigkeiten – gerade auch unter den Gesichtspunkten der Bestimmtheit – zutage gefördert hatten, scheinen wenig überzeugend ausgefallen zu sein: In einer Medienmitteilung vom 23. August 2016⁸⁵ erklärte die nationalrätliche UREK, dass sie sich ihrer Schwesterkommission anschliesse und sich gegen eine Anpassung des Lärmentschädigungssystems ausspreche, weil die geltende Rechtslage – also die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 674 ZGB – einer Neuordnung vorzuziehen sei. Man kann sich – wie es bereits HEINZ AEMISEGGER für die rechtssatzmässige Verankerung der polizeilichen Generalklausel getan hat⁸⁶ – fragen, ob Kodifikationen unter dem Gesichtswinkel des Legalitätsprinzips tatsächlich einen Mehrwert darstellen können.

2. Normstufe und «Normform»

a) Wenn das Gespenst der «Weisung» umgeht...

Bestimmtheitsdefizite im Rechtssatz können dadurch aufgefangen werden, dass die Verwaltung ihre Vollzugsabsichten und ihr Normverständnis in meist öffentlich zugänglichen⁸⁷ Arbeitsanleitungen dokumentiert. Weisungen, Richtlinien und Ähnliches sollen eine gleichförmige und vorhersehbare Rechtsanwendung und -durchsetzung unterstützen. Als für die Behörden massgebliche Verwaltungsverordnungen fehlt ihnen die für den Rechtssatz essentielle unmittelbare Verbindlichkeit.⁸⁸ Dass mit der Figur der «Aussenwirkungen» diese kategorische Grenze überschritten werden kann, führt in der Praxis von Behörden und Gerichten zu unbefriedigenden Grauzonen – zumal es kaum einen abstrak-

⁸⁵ Abrufbar unter <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-urek-n-2016-08-23.aspx>; besucht am 10. Oktober 2017.

⁸⁶ In diesem Band AEMISEGGER, S. 19: «Man kann sich fragen, ob der Unterschied zur polizeilichen Generalklausel abgesehen von der Zuständigkeitsregelung nicht weitgehend formeller Natur ist und darin besteht, dass der materielle Gehalt der an sich allgemein bekannten Polizeiklausel nun in einer vom Kantonsrat erlassenen gesetzlichen Grundlage enthalten ist.»

⁸⁷ Siehe dazu die Untersuchung von MÄGLI, S. 127 ff.

⁸⁸ Siehe statt vieler ODERMATT/TOPHINKE, Art. 22 N 23.

ten Massstab dafür gibt, ob eine Verwaltungsverordnung Aussenwirkungen hat.⁸⁹

Die bisweilen schillernde Praxis zur Behördenverbindlichkeit und Aussenwirkung hat das Bundesgericht anlässlich einer Beschwerde über die «Phyto-Anleitung» von Swiss-medic⁹⁰ zusammengefasst: «Behörden und ihr Personal sind insoweit durch die Verwaltungsverordnungen gebunden, als die verwaltungsinternen Vorschriften keinen offensichtlich verfassungs- oder gesetzwidrigen Inhalt aufweisen. Aufgrund der blossen Behördenverbindlichkeit stehen Rechtsunterworfenen und Gerichte regelmässig ausserhalb des Adressatenkreises. Ihnen gegenüber stellen sich reine Verwaltungsverordnungen als zwar standardisierte (generell-abstrakte) jedoch rechtsunverbindliche Äusserungen der Verwaltungsbehörde über die Auslegung und Anwendung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen dar.» Von solchen Äusserungen solle nur abgewichen werden, wenn sie «eine dem individuell-konkreten Fall angepasste und gerecht werdende Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen zulässt und überdies eine überzeugende Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben enthält».⁹¹

Die Bundeskanzlei aktualisiert jährlich eine Übersicht der Weisungen, die der Bundesrat verabschiedet hat⁹² – eine Liste aller von der Bundesverwaltung erstellten Weisungen existiert meines Wissens nicht und über den mutmasslich gewaltigen Umfang einer solchen Liste lässt sich wohl nur spekulieren. Die Übersicht der Bundeskanzlei belegt einerseits die Bezeichnungsvariationen für solche Dokumente – neben Weisungen finden sich «Grundsätze», Kodices, Kreisschreiben, Leitsätze, «Vorgaben» – und provoziert andererseits schon nur bei einer oberflächlichen Durchsicht skeptische Fragen zu Inhalt und Rechtswirkungen.⁹³ Während es für legislatorische Akte einen *numerus clausus* gibt, erweist sich die Verwaltungsverordnung als konturschwache Form mit schillernden, mehr oder weniger stark in die verwaltungsexterne Welt ausstrahlenden Inhalten.

Unter dem Gesichtswinkel des Legalitätsprinzips werden Verwaltungsverordnungen spätestens dann prekär, wenn ihr Inhalt jene unmittelbare Verbindlichkeit und generell-abstrakte Geltung beansprucht, die letztlich dem Rechtssatz

⁸⁹ Siehe etwa die Urteilsanmerkungen von SCHERRER REBER, S. 481 ff.

⁹⁰ Anleitung zum Einreichen von Zulassungsgesuchen für pflanzliche Arzneimittel der Humanmedizin vom 1. Oktober 2006.

⁹¹ BGer, Urteil 2C_514/2015 vom 18. Juli 2016 E. 3.1.

⁹² <https://www.admin.ch/gov/de/start/bundesrecht/bundesblatt/weisungen-des-bundesrates.html>; besucht am 10. Februar 2017.

⁹³ Das Bundesgericht hat klargestellt, dass die Broschüren der Eidgenössischen Steuerverwaltung über die Bankenpauschale Verwaltungsverordnungen mit Aussenwirkungen sind; dennoch seien sie «sans effet normatif contraignant», BGE 142 II 113, 127, E. 9.2.

vorbehalten sein sollen. Im Bundesrecht gibt es immer wieder «Sprungbretter», welche die Verwaltung geradezu einladen, den Sprung in Weisungen zu wagen – ein Sprung, der bisweilen ins redaktionell⁹⁴ und rechtlich Ungewisse führen kann:

- So sieht beispielsweise Art. 28 Abs. 2 lit. a des Fortpflanzungsmedizingesetzes⁹⁵ vor, dass die Nationale Ethikkommission die Aufgabe hat, «ergänzende Richtlinien zu diesem Gesetz zu erarbeiten». Die Ethikkommission scheint indessen von dieser Möglichkeit bisher keinen Gebrauch gemacht zu haben. Und wahrscheinlich hat sie damit klug gehandelt: Zwar hatte der Bundesrat erklärt, dass solche Richtlinien «keine unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit» haben und die «Verordnungs- und Vollzugskompetenz des Bundesrates nicht» berühren würden,⁹⁶ aber wie wären diese Richtlinien rechtlich zu qualifizieren? Wie wäre das Verfahren zu ihrer Ausarbeitung und Verabschiedung zu gestalten und wo und wie sollten solche Richtlinien (amtlich) veröffentlicht werden? Wo sich das Gesetz als ergänzungsbedürftig erweisen sollte – das festzustellen ist der Ethikkommission unbenommen, zumal sie den Auftrag hat, Lücken in der Gesetzgebung aufzuzeigen (Art. 28 Abs. 2 lit. b FMedG) –, dort haben Gesetz- und Verordnungsgeber zu reagieren. Anscheinend waren diese «ergänzenden Richtlinien» auch dem Gesetzgeber etwas unheimlich – jedenfalls hatte er für die Eidgenössische Ethikkommission für die Biotechnologie im Ausserhumanbereich nur noch vorgesehen, dass diese den Bundesrat beim Erlass von Vorschriften beraten solle⁹⁷ –; ob dafür im Übrigen eine ausdrückliche gesetzliche Regelung nötig war, oder ob dafür nicht auch die heute geltenden Vorschriften über die externe Beratung der Bundesverwaltung und über die ausserparlamentarischen Kommissionen genügen könnte, mag dahingestellt bleiben.
- Art. 24 des Fortpflanzungsmedizingesetzes verlangt, dass derjenige, der Samenspenden entgegennimmt, diese «auf zuverlässige Weise dokumentieren» muss; das Gesetz bestimmt jene Daten von Frau und Mann, die mindestens festzuhalten sind. Die Daten sind vom behandelnden Arzt zu liefern, während 80 Jahren aufzubewahren und sollen dem künstlich gezeugten Kind später die Abklärung seiner Abstammung ermöglichen. Die bundesrätliche Ausführungsverordnung weist dem Eidgenössischen Zivil-

⁹⁴ Immerhin enthalten die GTR, Rz. 247 ff., Minimalanleitungen.

⁹⁵ SR 810.11.

⁹⁶ BBl 1996 III 205, 276.

⁹⁷ Art. 23 Abs. 3 lit. a des Gentechnikgesetzes vom 21. März 2003 (SR 814.91).

standsamt die Aufgabe zu, ein entsprechendes Register zu führen, und verlangt, dass das Amt «in einem Bearbeitungsreglement die Einrichtung und Führung des Spenderdatenregisters, insbesondere dessen Aufbau, die Ablauforganisation und die Zugriffsberechtigung» regeln soll;⁹⁸ die Verordnung selber äussert sich zur Datenablieferung, Datenvernichtung und Datensicherheit. Das Amt hat am 27. September 2013 das Reglement erlassen.⁹⁹ Inhaltlich äussert sich das Reglement ausführlich zu technischen Fragen der Datenübermittlung und -aufbewahrung, regelt aber detailliert die Kontaktnahme mit Spendern und das Auskunftsverfahren für minder- und volljährige Kinder sowie zum Rechtsmittelweg, der zum Bundesverwaltungsgericht führen soll. Formal ähnelt das Reglement einer Verwaltungsverordnung, inhaltlich hat es ohne Zweifel Aussenwirkungen. Wieso also hat man den gesamten Stoff nicht in eine Verordnung gepackt, die dann auch zu übersetzen und amtlich zu veröffentlichen wäre? Mag es daran liegen, dass im Gesetz selber die Grundlage für eine Subdelegation an eine Dienststelle des Bundesamtes für Justiz fehlt bzw. vergessen wurde? Man darf neugierig sein, wie das Reglement vom Bundesverwaltungsgericht beurteilt würde, sollte dieses einmal mit einer Beschwerde konfrontiert sein – dass dies bis heute nicht der Fall ist, mag daran liegen, dass das Reglement nur für künstlich gezeugte Kinder anwendbar ist, die nach dem 1. Januar 2001 geboren wurden und heute noch nicht volljährig sind.

- Neu sieht Art. 22 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 2015 über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIAG)¹⁰⁰ ausdrücklich vor, dass die Eidgenössische Steuerverwaltung Weisungen erlassen könne, die «sich an den OECD-Kommentaren zum Muster für eine Vereinbarung zwischen den zuständigen Behörden und zum GMS» orientieren sollen. Mit der lakonischen Aussage in der bundesrätlichen Bot-

⁹⁸ Art. 15 Abs. 2 der Fortpflanzungsmedizinverordnung vom 4. Dezember 2000 (SR 810.112.2).

⁹⁹ Wer mit den Vorarbeiten und Hintergründen nicht vertraut ist, staunt bei der Lektüre des Reglements mehrfach: Das Reglement ist nur elektronisch verfügbar und existiert nur in einer französischen Fassung. Es folgt in Struktur und Gestaltung mehrheitlich den gesetzestechnischen Vorgaben für Erlasse, allerdings ist dem Reglement ein Inhaltsverzeichnis und eine «Résumé des modifications» vorangestellt. Überraschend ist auch die Fussnote, welche erklärt, dass Personenbezeichnungen jeweils Mann und Frau meinen, sowie eine weitere Fussnote, mit der Artikel 9 versehen ist. Diese Fussnote erklärt den Inhalt der Bestimmung «à l'usage de l'administration», weshalb sich dort kein Normtext findet.

¹⁰⁰ SR 653.1.

schaft, wonach Ziel solcher Weisungen «eine standardkonforme Umsetzung des AIA-Standards durch die Schweiz» sei,¹⁰¹ bleibt im Dunkeln, in welchen Fällen es Weisungen brauchen wird, welche (Aussen-)Wirkungen diese haben dürften und wie die möglichst transparente Ausarbeitung und ausreichende Zugänglichkeit sichergestellt werden sollen.

Das tastende Suchen nach den verfassungsrechtlich befriedigenden Einsatzmöglichkeiten von Weisungen zeigt sich im Vernehmlassungsentwurf zum totalrevidierten Datenschutzgesetz: Der Datenschutzbeauftragte soll neu «Empfehlungen der guten Praxis» erarbeiten, «welche die Datenschutzvorschriften konkretisieren»; bei der Ausarbeitung soll er die «interessierten Kreise» beiziehen und «die Besonderheiten des jeweiligen Anwendungsbereichs sowie den Schutz von besonders schutzbedürftigen Personen» berücksichtigen.¹⁰² Diese Empfehlungen sollen keinen bindenden Charakter haben und dazu dienen, «in Bereichen, in denen gegenwärtig zahlreiche Fragen aufgeworfen werden, genauere Regeln» festzulegen.¹⁰³ Diesen Empfehlungen wurde unter anderem mit Blick auf die Anforderungen des Legalitätsprinzips der Vorzug gegenüber verbindlichen Vorschriften gegeben.

Die Begründung dieses Entscheids ist für das hier interessierende Thema besonders aufschlussreich: «Die Möglichkeit, dem Beauftragten den Erlass verbindlicher Datenschutzvorschriften zu erlauben, wurde fallen gelassen. Diese Lösung hätte zwar den Vorteil, dass der Beauftragte seine Adressaten direkt verpflichten könnte. Doch sie würde zu zahlreichen Problemen im Zusammenhang mit dem Legalitätsprinzip führen (Delegation von Kompetenzen an den Beauftragten, Regelungsdichte). Im Vergleich mit der nun gewählten Lösung der Empfehlungen der guten Praxis, wäre auch das Verfahren zum Erlass solcher Normen langsamer, da jeweils das Verfahren zum Erlass von Verordnungen der Bundesverwaltung durchlaufen werden müsste. Im Übrigen würde diese Möglichkeit den betroffenen Kreisen nur einen geringen Spielraum lassen, was sich negativ auf die Einhaltung der fraglichen Vorschriften auswirken könnte.»¹⁰⁴

b) Regulierungsbedürftigkeit und Regulierungsformen von Trägern öffentlicher Aufgaben

Art. 35 Abs. 2 BV lässt die Strahlkraft des Grundrechtsschutzes und der Grundrechtsverwirklichung über die staatlichen Organe hinaus wirken. Jeder, der öf-

¹⁰¹ BBl 2015 5437, 5508.

¹⁰² Art. 8 Abs. 1 VE-DSG.

¹⁰³ Bundesamt für Justiz, Erläuternder Bericht vom 21. Dezember 2016 zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, S. 20.

¹⁰⁴ A.a.O., S. 21.

fentliche Aufgaben wahrnimmt, hat die Grundrechte zu respektieren. Grundrechtsbeschränkungen bedürfen demnach auch dann einer gesetzlichen Grundlage, die den Anforderungen der Verfassung genügt, wenn sie von grundrechtsgebundenen Trägern von öffentlichen Aufgaben ausgehen. Als die SRG die Ausstrahlung eines bezahlten Werbespots verhindern wollte, der kritische Äusserungen zur redaktionellen Arbeit enthielt, musste sie sich vom Bundesgericht klipp und klar vorhalten lassen, dass ihr für die fragliche Verweigerung der Ausstrahlung die gesetzliche Grundlage fehle:

«Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der publisuisse SA genügten mit Blick auf die Grundrechtsbindung der SRG hierzu nicht, auch wenn sie ausdrücklich vorsehen, dass geschäfts- und imageschädigende Werbungen zurückgewiesen werden können. Dabei handelt es sich nicht um eine gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 36 BV [...]»¹⁰⁵

Es scheint, als ob mit der Auslagerung von öffentlichen Aufgaben auf Einheiten der dezentralen Bundesverwaltung die Erwartung einhergeht, dass das Handeln solcher Einheiten – vor allem wenn sie wirtschaftlich tätig werden sollen – vom Legalitätsprinzip an einer langen Leine geführt wird.¹⁰⁶ Regulatoren, so wird gewünscht, müssen «in Vollzugsfragen grössere rechtsetzende Kompetenzen eingeräumt werden»; die «klassischen Gesetzgeber und Gerichte» müssten ihnen «gewisse Kompetenzen» abgeben.¹⁰⁷ Dem wird entgegnet, dass es gerade «im immer komplexeren Bereich der Wirtschaftsregulierung [...] sorgfältige Gesetze als verlässliche Grundlage für die Unternehmen und Regulatoren» bräuchte.¹⁰⁸ EPINEY/KERN haben ihrerseits vermutet, dass «für bestimmte Belange in Bezug auf die rechtliche Normierung von ausgelagerten Einheiten heute andere – vermutungsweise in der Tendenz eher strengere – Anforderungen [...] gestellt werden, als dies früher der Fall war».¹⁰⁹

¹⁰⁵ BGE 139 I 306, 312, E. 4.1.

¹⁰⁶ In diese Richtung deutet das Bundesgericht in BGE 138 I 378, 392, E. 7.2, wenn es erklärt, dass die gesetzliche Grundlage «insbesondere im Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates» nicht zu detailliert sein dürfe, «um die unternehmerische Tätigkeit nicht zu behindern».

¹⁰⁷ So PETER MÜLLER/WALTER STEINMANN, Notwendige Justierung des Regulationssystems, Neue Zürcher Zeitung vom 10. August 2016 (<http://www.nzz.ch/meinung/kommentare/regulatoren-und-legalitaetsprinzip-notwendige-justierung-des-regulationssystems-ld.109948>; besucht am 10. Februar 2017).

¹⁰⁸ STEFAN RECHSTEINER, Verwaltung darf den Rechtsstaat nicht beschneiden, Neue Zürcher Zeitung vom 24. August 2016 (<http://www.nzz.ch/meinung/kommentare/regulatoren-und-legalitaetsprinzip-verwaltung-darf-den-rechtsstaat-nicht-beschneiden-ld.112655>; besucht am 10. Februar 2017).

¹⁰⁹ EPINEY/KERN, Rz. 30.

Tatsache ist, dass verwaltungsexterne Einrichtungen und Einheiten der dezentralen Bundesverwaltung einen üppig spriessenden quasi-legislatorischen Aktivismus entwickeln. Es ist ein Korpus an «Para-Rechtsetzung» entstanden, bei dem fraglich sein kann, ob das Legalitätsprinzip dafür ausreichend wirksam ist. So darf die FINMA mit «Rundschreiben über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung» regulieren (Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG¹¹⁰). Gegenwärtig existieren 51 solcher Rundschreiben, die teilweise nur in Deutsch und Französisch verfügbar sind, vereinzelt aber auch in Italienisch und Englisch. Der Gesetzgeber hat die FINMA ausdrücklich angehalten, den Regulierungsprozess transparent zu gestalten und den Betroffenen angemessene Mitgestaltungsmöglichkeiten einzuräumen – ob diese in Kreisschreiben gekleideten Regulierungen, die sprachlich durchaus autoritär auftreten, bereits als Rechtssatz gelten, der am Legalitätsprinzip zu messen wäre, sei hier offengelassen.¹¹¹

3. An den Rändern der Normativität

Das Legalitätsprinzip fordert eine rechtssatzmässige Grundlage für staatliches Handeln und für Handlungserwartungen, die der Staat an die Rechtsunterworfenen richtet. Der Rechtssatz kennzeichnet sich durch seine unmittelbare Verbindlichkeit (Art. 22 Abs. 4 ParlG). Wo der Staat nur Wünsche formulieren, ein Verhalten empfehlen will, ein «Sollen» wünscht, aber kein «Müssen» fordert, dort ist Rechtsetzung der falsche Weg. Dennoch finden sich im Bundesrecht immer wieder Bestimmungen, die mit dem Verb «sollen» operieren. So findet sich das Verb «soll»/«sollen» vor allem – aber nicht nur – in Zweck- und Grundsatzbestimmungen, welche die Regelungsabsicht beschreiben.¹¹² Bei näherer Betrachtung zeigen sich allerdings sehr unterschiedliche Spielarten:

¹¹⁰ SR 956.1.

¹¹¹ Verfassungsrechtlich zulässig ist es auch, dass sich das staatliche Recht mehr oder weniger innig private Normen einverleibt – sei es durch direkte oder indirekte Verweise oder indem solche Normenwerke für verbindlich erklärt werden. Auch hier darf man skeptisch sein, ob private Normenwerke, die quasi verstaatlicht werden, den Anforderungen des Legalitätsprinzips immer genügen können.

¹¹² Typische Beispiele sind etwa Art. 3 RPG (SR 700), Art. 1 des Waldgesetzes (SR 921.0; insbesondere auch Abs. 2: «[Dieses Gesetz] soll ausserdem dazu beitragen, dass Menschen und erhebliche Sachwerte vor Lawinen, Rutschungen, Erosion und Steinschlag [Naturereignisse] geschützt werden.») oder Art. 16 Abs. 2 der Technischen Verordnung über Abfälle (SR 814.600), wo die Grundsätze für die Abfallplanung verankert werden.

- Rechtlich unbedenklich und sprachlich wohl richtig ist auch die Verwendung des Verbs, wenn es um noch unbestimmte Ereignisse in der Zukunft geht. Ein solcher Fall liegt beispielsweise bei Art. 10 der Verordnung über klinische Versuche mit Heilmitteln¹¹³ vor, wonach die Ethikkommission bei Gesuchen für klinische Versuche u.a. prüft, wie die Versuchspersonen «ausgewählt werden sollen» oder «entschädigt werden sollen».
- Etwas delikater werden die Dinge bei zwei Spielarten von «Soll-Normen»: Die Gewässerschutzverordnung¹¹⁴ hat einen Anhang 1, der ökologische Ziele für Gewässer formuliert (z.B.: «Die Lebensgemeinschaften von Pflanzen, Tieren und Mikroorganismen oberirdischer Gewässer und der von ihnen beeinflussten Umgebung sollen: a. naturnah und standortgerecht sein sowie sich selbst reproduzieren und regulieren; [...]»). Ein normatives Spannungsverhältnis entsteht nun aber dadurch, dass Art. 1 Abs. 2 erklärt, dass alle Massnahmen nach dieser Verordnung die Ziele des Anhangs berücksichtigen «müssen». Mit einer ähnlichen Mechanik operiert die Verordnung des EDI vom 21. April 2016 über die Filmförderung¹¹⁵ mit Art. 12 und dem entsprechenden, jeweils für vier Jahre geltenden (!) Anhang mit Förderungszielen.
- Jedenfalls nicht auf Anhieb schlüssig scheint die Regelung in der Informatikverordnung VBS¹¹⁶: Dort werden für verschiedene Prozesse Ziele definiert, die dann aber indirekt mit Normen gekoppelt werden. So sieht Art. 9 Abs. 1 vor, dass die «Informatiksicherheitsvorkehrungen» mit «angemessenen Massnahmen die Vertraulichkeit, Verfügbarkeit und Integrität der Informatikmittel sicherstellen» sollen; in Abs. 2 werden dann aber die zu diesem Zweck massgebenden Rechtsnormen aufgeführt («massgebend sind, a. das Bundesgesetz über den Datenschutz [...]»).
- Auch in der Verordnung über die behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs¹¹⁷ überrascht etwa Art. 4 Abs. 3: «Rollstuhlzugängliche Kurse und Haltepunkte sollen nach Möglichkeit in den Netz- und Fahrplänen zweckmässig verzeichnet sein.»

¹¹³ SR 812.214.2.

¹¹⁴ SR 814.201.

¹¹⁵ SR 443.113.

¹¹⁶ SR 510.211.2.

¹¹⁷ SR 151.34.

Die Liste der Beispiele liesse sich wahrscheinlich noch beliebig verlängern.¹¹⁸ Es fällt auf, dass diese Bestimmungen anscheinend gerne mit ebenfalls heimtückischen, weil normativ diffusen Formeln («in der Regel», «nach Möglichkeit») gekoppelt werden. Solche Bestimmungen stellen den eigenen Anspruch auf unmittelbare Verbindlichkeit in Frage und werfen die Frage auf, was und wieso man denn eigentlich regeln wollte, was man von den Adressaten genau erwartet und ob die Norm nicht auch entbehrlich gewesen wäre. Rechtssatz soll nur sein, was Normativität im Rechtssinne beanspruchen will.

Aus diesen Gründen hatte sich der Bundesrat sehr widerspenstig gezeigt, als das Parlament mit einer Motion von ihm eine allgemeine Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung forderte: Er war der Meinung, dass eine allgemeine Verfassungsbestimmung zur Grundversorgung die gehegten Erwartungen nicht würde erfüllen und keinen praktischen Nutzen würde bieten können.¹¹⁹ Die vom Bundesrat eventualer favorisierte Lösung A (neuer Art. 41a BV: «Bund und Kantone setzen sich für eine ausreichende, allen zugängliche Grundversorgung ein.») sollte weder grundrechtliche Ansprüche verleihen noch zu kompetenzrechtlichen Verschiebungen führen;¹²⁰ es sollte ein allgemeiner Handlungsauftrag an Bund und Kantone sein, der – ohne sie explizit nennen zu müssen – auch die Gemeinden erfassen sollte.¹²¹

4. Vom Umgang mit Defiziten

a) Dringliche Rechtsetzung

Dem Legalitätsprinzip wird bisweilen unterstellt, dass es die staatliche Reaktionszeitbremse. Weil das parlamentarische Verfahren zeit- und ressourcenin-

¹¹⁸ Ähnlich präsentierte sich Art. 8 der inzwischen aufgehobenen Verordnung über Turnen und Sport an Berufsschulen (SR 415.022): «Körperlich behinderten Lehrtöchtern und Lehrlingen soll nach Möglichkeit ein angemessener Turn- und Sportunterricht erteilt werden.» (Vgl. auch Art. 11: «Die Kantone sorgen dafür, dass die Berufsschulen über die für den Turn- und Sportunterricht notwendigen Anlagen und Einrichtungen verfügen. Diese sollen auch den Organisationen des Jugend- und Erwachsenensports zur Verfügung stehen.»). Wohl gleich liegt der Fall bei Art. 4 Abs. 1 des (allerdings aus dem Jahr 1949 stammenden) Bundesgesetzes über die Förderung der Heimarbeit (SR 822.32): «Die Bundesbeiträge sollen in der Regel höchstens die Hälfte der erforderlichen Betriebsmittel oder der ungedeckten Ausgaben betragen. Neben Beiträgen oder an deren Stelle können auch Darlehen gewährt werden.»

¹¹⁹ BBl 2013 3407, 3418. Im «Begleitbrief», der dieser Botschaft vorangestellt ist, fällt auf, dass der Bundesrat ausdrücklich auf die Formel «mit Antrag auf Zustimmung» verzichtet hat.

¹²⁰ BBl 2013 3407, 3420.

¹²¹ BBl 2013 3407, 3421.

tensiv sei und parteipolitische oder andere strategische Winkelzüge Prognosen über Entscheidungstempo und Verfahrensausgang erschweren, führe es dazu, dass das staatliche Recht zu spät komme. Niederstufiges Recht sei demgegenüber schneller, faktenbasierter und weniger anfällig für kurzfristiges politisches Kalkül. Ist aber Beschleunigung in der Rechtsetzung ein Ziel an sich? Ist rasch gesetztes – und hoffentlich auch ebenso rasch vollzogenes – Recht eine rechtsstaatliche Tugend?

Die Verfassung kennt Möglichkeiten, wie Recht rascher gesetzt werden kann; die Beschleunigung wird dadurch erreicht, dass die Exekutive an Stelle der Bundesversammlung legislatorisch tätig werden darf. Dies ist einerseits auf der Grundlage von Art. 184 und 185 BV möglich, andererseits in den Fällen, in denen Volksinitiativen mit entsprechenden Übergangsbestimmungen dem Bundesrat die vorläufige Regelungshoheit zuweisen. Macht es einen Unterschied – rechtlich oder verfassungspolitisch –, ob der Bundesrat A sagt oder ob die Bundesversammlung das Gleiche sagt? Anschauungsmaterial dafür bietet die dringliche IS-Verordnung des Bundesrates und das nachfolgende, von der Bundesversammlung beschlossene Bundesgesetz.

Die beiden Erlasse sind inhaltlich und textlich nahezu identisch¹²² – der Hauptunterschied besteht vor allem in den unterschiedlichen Strafandrohungen (Verordnung: Freiheitsstrafe bis 3 Jahre, Gesetz: Freiheitsstrafe bis 5 Jahre). Beide Erlasse sind sehr zügig in Kraft gesetzt worden: Die Verordnung wurde am 8. Oktober 2014 verabschiedet und ist am nächsten Tag in Kraft getreten; für das Bundesgesetz legte der Bundesrat am 12. November 2014 die Botschaft vor und die Bundesversammlung verabschiedete das Gesetz bereits einen Monat später. In der parlamentarischen Debatte wurde lediglich die Frage aufgeworfen, ob ein solches Gesetz, das die Beteiligung und Unterstützung bestimmter Organisationen unter Strafe stellt, überhaupt nötig wäre – zumal es bezüglich der «Al-Qaida» in all den Jahren bisher noch zu keiner Gerichtspraxis gekommen sei.¹²³ Das Gesetz wurde in beiden Kammern einstimmig angenommen und dringlich erklärt.

Das Bundesstrafgericht hatte die Frage aufgeworfen, in welchem Verhältnis das dringliche Bundesgesetz zu den gemeinrechtlichen Straftatbeständen – konkret Art. 260^{ter} StGB – steht. Es setzte sich kritisch mit den weiten Tatbestandsformulierungen auseinander, die der Gesetzgeber gewählt hatte. Im Lichte des

¹²² Das Bundesgesetz erstreckt sich auch auf die Gruppierung «Al-Qaida»; die Verordnung ihrerseits enthielt noch eine – aufgrund der Bundesgerichtsbarkeit im Bundesgesetz überflüssige – Bestimmung über die Mitteilungspflicht von Entscheidungen. In sprachlicher Hinsicht fällt auf, dass das Bundesgesetz die in der Verordnung vergessene sprachliche Gleichbehandlung von Mann und Frau korrigiert hat.

¹²³ AB S 2014 1064 f. (Minder und Janiak).

strengen strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots¹²⁴ erachtete es insbesondere die Formulierung «ihre Aktivitäten auf andere Weise fördert» als «problematisch»:¹²⁵

«Das generelle Verbot der Organisation und die generelle Strafdrohung gegen alles, was diese Organisation fördert, spricht vom Wortlaut der Gesetzesbestimmung her gesehen dafür, dass bereits eine äquivalente Kausalität zwischen einer täterischen Handlung und den Verbrechen des IS für die Begründung der Strafbarkeit genügen könnte. Dies kann jedoch nach den allgemeinen Prinzipien des Strafrechts nicht gemeint sein, weil damit die Grenze zwischen erlaubten und strafbaren Tätigkeiten bzw. Unterlassungen völlig verwischt würde. Eine Lösung des Problems bietet die Berücksichtigung sowohl objektiver als auch subjektiver Kriterien sowie eine gewisse «Tatnähe» des Handelns [...], analog den von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Kriterien der Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitungshandlung und strafbarem Versuch [...]»

Im konkreten Fall erachtete es das Bundesstrafgericht als erwiesen an, dass der Beschuldigte mit seinem Verhalten den IS im Sinne des Gesetzes gefördert habe; es räumte dem jüngeren Spezialgesetz – das anders als noch die bundesrätliche Verordnung keine Bestimmung zur Frage der Konkurrenz enthält – Vorrang vor dem StGB ein.

Es scheint zwar keine Anzeichen zu geben, dass die eidgenössischen Gerichte bei dringlicher Gesetzgebung oder in den Fällen, in denen der Bundesrat aufgrund einer Volksinitiative zur vorläufigen Regelung ermächtigt ist, das Legalitätsprinzip lediglich in abgeschwächter Form in Stellung bringen – etwa indem für das vorläufige Verordnungsrecht geringere Anforderungen an die Bestimmtheit gestellt würden als bei der nachfolgenden dauerhaften Regelung des formellen Gesetzgebers. Sollte einer Verordnungsnorm gerichtlich vorgeworfen werden, dass sie gegen das Legalitätsprinzip verstosse, wird sich der formelle Gesetzgeber fragen müssen, ob und wie er die Verordnungsnorm ins Bundesgesetz überführen darf.

b) Alte Gesetze in neuer Zeit

Hohe Änderungsfrequenzen, umfangreiche – nicht selten durch internationale Entwicklungen motivierte – Totalrevisionen und die Ablösung alter Erlasse

¹²⁴ Siehe dazu BGE 141 IV 279, 282, E. 1.3.3.

¹²⁵ Urteil vom 15. Juli 2016, SK.2016.9, E. 1.14.3. Siehe dazu auch ANDREAS EICKER, Zur Interpretation des Al-Quaida- und IS-Gesetzes durch das Bundesstrafgericht im Fall eines zum Islamischen Staat Reisenden, in: Jusletter 21. November 2016, der annimmt, dass die Tatbestandsvariante der Förderung von Aktivitäten «nur schwer mit dem im Strafrecht streng zu beachtenden Bestimmtheitsgebot zu vereinbaren sei» (a.a.O., Rz. 17).

durch neues, oft umfangreicheres Recht lassen generationenüberdauernde Erlasse zur Rarität werden. Der Umgang mit solchen Erlassen stellt unter dem Gesichtswinkel des Legalitätsprinzips eine Herausforderung dar: Wie weit lassen sich solche Erlasse noch verfassungsrechtlich befriedigend strapazieren, um sie auf neue Problemlagen anwenden zu können, die der historische Erlassgeber noch gar nicht bedenken konnte?

Der Verfassung selber wird als gesellschaftspolitische Grundordnung durchaus eine grosse Flexibilität zugebilligt. Nur noch rechtshistorisches, für mich aber anschaulichstes Beispiel dafür ist die Kompetenzgrundlage für die Regelung von Radio und Fernsehen: Das verfassungsrechtlich dem Bund vorbehaltene Postregal kann auf eine schillernde Geschichte zurückblicken, die illustriert, wie «alte» oder sogar fehlende Kompetenzgrundlagen mit neuen Entwicklungen konfrontiert worden sind: So wurde schon 1851 argumentiert, dass aus dem Regal über die Briefpost auch die Kompetenz für die bundesweite Regelung des Telegrafwesens abzuleiten wäre; später diente die gleiche Verfassungsgrundlage auch dazu, das Telefonwesen und Radio und Fernsehen zu regeln.¹²⁶ Erst 1984 wurde die Bundesverfassung mit einer eigenen Bestimmung über Radio und Fernsehen ergänzt. Die heutige Lehre nimmt nun aber an, dass es gerade das Legalitätsprinzip ist, welches der früher praktizierten expansiven Anwendung der Verfassungsnorm auf neue technische Entwicklungen entgegenstehen würde.¹²⁷

Wie verhält es sich mit dem Gesetzesrecht? Für das Landesmuseum existierten während Jahrzehnten – quasi dem Sachgebiet entsprechend – antike Rechtsgrundlagen, die das Museum allerdings nicht daran gehindert haben, sich den neuen Zeiten anzupassen. Ein anderes Beispiel stellt das Bundesgesetz vom 21. Dezember 1955 über Schweiz Tourismus¹²⁸ dar. Das Gesetz umfasst heute noch lediglich fünf Artikel. Mit ihm wurde eine öffentlich-rechtliche Körperschaft geschaffen, welche die Nachfrage für die Schweiz als Reise- und Tourismusland fördern soll. Rechtliche Besonderheit ist, dass die Körperschaft Mitglieder haben soll – was sie zu einer Art öffentlich-rechtlichen Vereins macht, für den es meines Wissens nichts Vergleichbares gibt. Das Gesetz begnügt sich damit, die Organe zu nennen und dem Bundesrat die weitere Organisation zuzuweisen; zudem sollen der Körperschaft Finanzhilfen gewährt werden; für

¹²⁶ Zur Geschichte siehe KERN in: BSK BV, Art. 92 N 2.

¹²⁷ KERN in: BSK BV, Art. 92 N 6.

¹²⁸ SR 935.21.

die Jahre 2016–2019 ist dafür ein Zahlungsrahmen von 230 Millionen Franken beschlossen worden.¹²⁹ Das Gesetz entspricht in keiner Weise dem, was man heute für die Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft brauchen würde – was noch deutlicher wird, wenn man die einschlägigen Corporate-Governance-Mustererlasse zu Rate zieht.¹³⁰ Kommt hinzu, dass sich die Rechtsgrundlagen heute als ein fast labyrinthisches «Mehrebenensystem» präsentieren, existieren doch neben der auch schon etwas angejahrten Bundesratsverordnung ein amtlich nicht veröffentlichtes, aber vom Bundesrat genehmigtes Geschäftsreglement, eine ebenfalls bundesrätlich genehmigte Dienst- und Besoldungsordnung sowie eine Marketingstrategie, der von den Mitgliedern an einer jährlichen Konferenz zu «begutachten» – so Art. 14 Abs. 2 der Ausführungsverordnung – ist. Die Totalrevision der Ausführungsverordnung, mit der auch die Ergebnisse einer Überprüfung durch die Eidgenössische Finanzkontrolle¹³¹ integriert werden sollen,¹³² hat alle jene Bereiche zutage gefördert, die heute als regelungsbedürftig erscheinen – Kaderlohnreporting, Zusammenarbeit mit Wirtschaftsakteuren etc. –, für die eine solide formell-gesetzliche Grundlage indessen quasi zwischen den Zeilen des alten Gesetzes herausgelesen werden muss.

c) Sanierung der Rechtslage

«Nobody is perfect» – das gilt auch für die Bundesversammlung und für die Bundesverwaltung. Die unzureichende Berücksichtigung des Legalitätsprinzips und seiner Teilgehalte – grobfahrlässiges Ignorieren der verfassungsrechtlichen Imperative einmal ausgenommen – ist kein rechtspolitischer Sündenfall. Wo Mängel wahrgenommen werden oder gerichtlich identifiziert worden sind, dort sollen die Handlungsverantwortlichen zügig die erforderlichen Korrekturen

¹²⁹ Bundesbeschluss vom 22. September 2015 über die Finanzhilfe an Schweiz Tourismus für die Jahre 2016–2019, BBl 2015 7409.

¹³⁰ Abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/legistik/hauptinstrumente.html> (unter «Einzelfragen»); besucht am 10. Februar 2017.

¹³¹ Der Bericht ist abrufbar unter [http://www.efk.admin.ch/images/stories/efk_dokumente/publikationen/andere_berichte/Andere%20Berichte%20\(63\)/14240BE_Bericht_mitStellungn_d_für_Veröffentlichung.pdf](http://www.efk.admin.ch/images/stories/efk_dokumente/publikationen/andere_berichte/Andere%20Berichte%20(63)/14240BE_Bericht_mitStellungn_d_für_Veröffentlichung.pdf); besucht am 10. Februar 2017.

¹³² Die Totalrevision hat der Bundesrat in der Botschaft zur Standortförderung angekündigt, siehe BBl 2015 2381, 2427. Siehe auch das vom SECO verabschiedete «Umsetzungsprogramm der Tourismuspolitik 2016–2019», S. 29 (abrufbar unter <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Standortfoerderung/Tourismuspolitik.html>; besucht am 10. Februar 2017).

einleiten. Was das Bundesgericht für die von ihm angeordneten Aufhebungen von kantonalen Normen sagt, dass es nämlich «Sache der kantonalen Behörde [sei], die durch die Aufhebung des Erlasses entstandene neue Rechtslage festzustellen und die gebotenen, allenfalls legislatorischen (Sofort-)Massnahmen anzuordnen»,¹³³ kann mutatis mutandis auch für den Bund gelten – sei es, weil die Gerichte im Rahmen der akzessorischen Normenkontrolle die Rechtswidrigkeit einer Verordnungsbestimmung festgestellt haben, sei es, dass sie auf die Verfassungswidrigkeit gesetzlicher Normen hingewiesen haben.

In der Praxis stellt sich jeweils die Frage, wie und wie rasch die konstatierten Mängel zu beheben sind. Unter dem rechtlich untechnischen Begriff der «Sanierung der Rechtslage» kommt es regelmässig vor, dass die erforderlichen Korrekturen zuerst im niederstufigen Recht vorgenommen werden und dass die gesetzlichen Anpassungen auf eine etwas längere Bank geschoben werden – lieber einen Verordnungsspatz in der Hand der SR als eine Gesetzestaube auf dem Dach der langwierigen parlamentarischen Beratung...

- Ein Beispiel für solche Opportunitätsüberlegungen stellt die Regelung der zollrechtlichen Strafdeklarantenpraxis dar. Die Zollverwaltung hatte 2009 beschlossen, ab dem 1. Oktober 2009 bei geringfügigen Widerhandlungen respektive geringfügigem Verschulden keine Strafverfahren mehr einzuleiten. Das einschlägige Bundesgesetz sieht eine Differenzierung der Strafverfolgung nach Geringfügigkeit allerdings nicht vor. Ein Exponent der Zollverwaltung hatte diese Praxis wie folgt begründet: «Der Zoll hat bisher einen sehr strengen Massstab an die Sorgfaltspflicht von Deklaranten angelegt. Wirtschaftskreise hatten die strenge Praxis seit Jahren kritisiert und verlangten eine «Entkriminalisierung» der Deklaranten. Sie rügten vor allem die Höhe der Bussen und die Bestrafung von «Arbeitsfehlern». Bei den Beratungen zum neuen Zollgesetz in den parlamentarischen Kommissionen standen wegen der geltenden Praxis Anträge zur Diskussion, die eine Bestrafung nur noch bei Grobfahrlässigkeit bzw. gar nur noch bei Vorsatz verlangten, was natürlich nicht nur für die Deklaranten gegolten hätte. Die Strafbarkeit bei einfacher Fahrlässigkeit wurde zwar beibehalten. Aus den Voten in den Räten ergab sich aber, dass von der Verwaltung eine Anwendung des Opportunitätsprinzips bei Bagatellfällen und eine Lockerung der Sorgfaltspflichten erwartet wurde. Insofern haben wir dem politischen Willen Rechnung getragen. Darüber hinaus haben sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingun-

¹³³ BGE 133 I 206, 233, E. 13.2.

gen in den letzten Jahren stark verändert. So hat sich das Handelsvolumen seit 1995 verdoppelt.»¹³⁴ Der quasi nur virtuell manifeste politische Wille und der Wunsch der Wirtschaft können den gesetzlichen Auftrag zur Strafverfolgung nicht abschwächen. Es wäre daher unerlässlich, dass die mittlerweile nicht mehr ganz so neue Praxis durch gesetzliche Anpassung auf die richtige Grundlage gestellt würde.

- Auch in anderen Bereichen kann die Verwaltung aus durchaus legitimen und nachvollziehbaren Effizienzüberlegungen verleitet sein, es mit den gesetzlichen Vorgaben nicht so ganz genau nehmen zu wollen. So sah die Vernehmlassungsvorlage zum Stabilisierungsprogramm im Bereich der Markenpiraterie vor, dass das Verfahren so angepasst werden soll, «dass bei Feststellung gefälschter Waren mit weniger als fünf Stück pro Sendung auf eine Meldung an den Rechteinhaber verzichtet wird, was fünf Vollzeitstellen ausmacht».¹³⁵ Da diese Meldung an den Rechteinhaber aber gesetzlich vorgesehen ist und nicht nach der Zahl der Waren differenziert wird, blieb kein Raum für die anvisierte Praxis. In der Botschaft des Bundesrates war dann nur noch davon die Rede, dass das Verfahren so gestrafft werden soll, dass fünf Vollzeitstellen eingespart werden können.¹³⁶
- Gerichtlich festgestellte organisationsrechtliche Mängel lassen sich oft rascher und einfacher korrigieren. So stellte das Bundesverwaltungsgericht 2011 fest, dass eine Verordnung der Bundeskanzlei über die Akkreditierung von Medienschaffenden keine ausreichende gesetzliche Grundlage habe. Die Bestimmung in der 2009 novellierten bundesrätlichen Organisationsverordnung für die Bundeskanzlei, wonach die Bundeskanzlei das Medienzentrum Bundeshaus «betreibe», stelle keine ausreichende Delegationsgrundlage für den Erlass von generell-abstrakten Bewilligungsvoraussetzungen dar.¹³⁷ Der Mangel wurde nach einigem Hin und Her dadurch behoben, indem die frühere Regelung in eine Verordnung des Bundesrates – der sich dafür auf seine Zuständigkeit zur Regelung des Hausrechts nach Art. 62f RVOG berufen durfte – und nicht mehr der Bundeskanzlei gekleidet wurde.

¹³⁴ Forum Z 3/09 S. 11.

¹³⁵ Vernehmlassungsvorlage, S. 28; abrufbar unter https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2762/Stabilisierungsprogramm-2017-2019_Erl.-Bericht_de.pdf; besucht am 10. Februar 2017.

¹³⁶ BBl 2016 4691, 4715.

¹³⁷ BVGE 2011/57 E. 3.2.6.

IV. Schlusswort: Legalitätsprinzip und Diskurs

Das Legalitätsprinzip ist gleichermaßen Leitstern und Herausforderung: Leitstern, weil es – ohne sie direkt an- oder auszusprechen – Anforderung der Rechtsstaatlichkeit und damit der Legitimität für jedes Staatshandeln verkörpert; Herausforderung, weil es sich einer schematischen legislativen Operationalisierung entzieht und stets zu einer neuen Vergegenwärtigung und Kontextualisierung auffordert. Es ist daher unumgänglich, sich immer wieder neu und immer wieder kritisch vor Augen zu führen, für welche Idee das Legalitätsprinzip steht: Die Rechtsgemeinschaft hat in diskursiven Verfahren und staatsrechtlich festen Formen festzulegen, was Recht ist und was Recht will, was vom Staat und seinen Behörden zu erwarten, zu fordern und zu «fürchten» ist. Die Vorgabe von Art. 41 des Finanzhaushaltsgesetzes¹³⁸, wonach es Verwaltungseinheiten nur dann erlaubt ist, Dritten gewerbliche Leistungen zu erbringen, «soweit ein Gesetz sie hierzu ermächtigt», ist weit mehr als eine deklaratorische Wiederholung des Legalitätsprinzips oder eine wirkungsarme Selbstbindung des Gesetzgebers. Es ist der aus Art. 5 Abs. 1 BV abgeleitete Befehl an den Gesetzgeber, der Rechtsgemeinschaft Rechenschaft darüber abzulegen, was der Verwaltung zu tun erlaubt sein soll. In den diskursig gesteuerten Phasen der vorparlamentarischen Entwurfsverfahren und der parlamentarischen Beratung soll verbindlich geklärt werden, in welchen Bereichen und zu welchen (finanziellen) Bedingungen Verwaltungseinheiten gewerblich und damit jenseits der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und in potentieller Konkurrenz zur freien wirtschaftlichen Betätigung Privater tätig werden dürfen. Es ist die demokratisch-prozessualisierte Auseinandersetzung mit der Frage, was der Staat darf und wo der Staat seine Grenzen findet. Das Legalitätsprinzip ist die Charmeoffensive des Verfassungsgebers an den Gesetzgeber, seine Handlungs- und Steuerungsverantwortung zum Wohle des Ganzen wahrzunehmen.

Literatur

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BEARBEITER in: SGK BV)

¹³⁸ SR 611.0. Zur bewegten Entstehungsgeschichte dieser Norm siehe BBl 2009 7207, 7217 ff.

- ENGI LORENZ, *Gesetzmässigkeit der Verwaltung heute*, recht 2006, S. 17 ff.
- EPINEY ASTRID/KERN MARKUS, *Das Eidgenössische Hochschulinstitut für Berufsbildung (EHB): verfassungsrechtliche Anforderungen an die gesetzliche Grundlage und Einbettung in die Hochschullandschaft Schweiz*, Gutachten vom 29. August 2016 im Auftrag des Staatssekretariats für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI)
- ERRASS CHRISTOPH, *Kooperative Rechtsetzung*, Zürich/St. Gallen 2010
- GERTSCH GABRIEL, *Kontrolle des Nachrichtendienstes des Bundes nach dem Nachrichtendienstgesetz – Neuerungen und Schwachstellen*, Sicherheit & Recht 2015, S. 127 ff.
- GUY-ECABERT CHRISTINE/FLÜCKIGER ALEXANDRE, *La bonne loi ou le paradis perdu?* LeGes 2015, S. 21 ff.
- HÄNER ISABELLE/RÜSSLI MARKUS/SCHWARZENBACH EVI (Hrsg.), *Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung*, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. BEARBEITER in: *Kommentar KV/ZH*)
- MADER LUZIUS/KROPF CATHERINE, *Verweisungen auf das Recht der Europäischen Union in der Bundesgesetzgebung*, in: *Institut für Europarecht der Universität Freiburg* (Hrsg.), *Die Schweiz und die europäische Integration: 20 Jahre Institut für Europarecht*, Zürich 2015, S. 69 ff.
- MÄGLI PATRICK, *Zugänglichkeit der Verwaltungsverordnungen (Weisungen) des Bundes*, LeGes 2013, S. 127 ff.
- ODERMATT LUZIAN/TOPHINKE ESTHER, *Kommentar Parlamentsgesetz*, Basel 2014
- SCHERRER REBER KARIN, *Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung*, 28. Oktober 2014, 1C_313/2014 mit Anmerkungen, ZBl 2015, S. 479 ff.
- UHLMANN FELIX, *Das Verordnungsveto – eine Auslegeordnung*, *Parlament: Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen* 2010/2, S. 4 ff.
- UHLMANN FELIX/GILI NATASSIA, *Private Normen und staatliches Recht*, in: *Felix Uhlmann* (Hrsg.), *Private Normen und staatliches Recht*, 14. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2015, S. 7 ff.
- WALDMANN BERNHARD, *Das Klageglied der Überregulierung – Einige Gedanken zur Normenflut und Normendichte*, in: *Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann* (Hrsg.), *Mehr oder weniger Staat?*, *Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag*, Bern 2015, S. 167 ff.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Bundesverfassung*, *Basler Kommentar*, Basel 2015 (zit. BEARBEITER in: *BSK BV*)

Die (unzureichende) gesetzliche Grundlage für staatliche Ausgaben

August Mächler*

Inhaltsübersicht

I.	Geltung des Legalitätsprinzips für Ausgaben	102
II.	Steuerung durch Rechtssätze sowie Ausgaben- und Budgetbeschlüsse	103
	1. Begriff der Ausgabe	103
	2. Gesetzliche Grundlage, Ausgabenbeschluss und Voranschlagskredit	103
	3. Zweck der Dreifachabstützung	104
	4. Gegenseitige Abhängigkeiten der Erfordernisse	105
III.	Anforderung an die gesetzliche Grundlage für Ausgaben	106
	1. Weniger strenge Anforderungen in der Leistungsverwaltung	106
	2. Fallgruppen	106
	a) Grössere Anzahl von Empfängern, wiederkehrende Ausgaben und intensive Betroffenheit	106
	b) Verbindung mit Belastungen	108
	c) Einzelfalleistungen oder geringe Bedeutung	108
	d) Entlastung durch Kompensationen	108
IV.	Kompensation einer unzureichenden gesetzlichen Grundlage	109
	1. Stützung der Rechtsgrundlage durch einen Ausgabenbeschluss	109
	2. Zustimmung der Empfänger	109
	3. Anerkannte Referenzgrössen	110
	4. Verfahren	110
V.	Regelungsmuster	111
	1. Spezialgesetzgebung und Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts	111
	2. Vorgaben zur Erlassstufe	112
	3. Richtlinien für die Rechtsetzung	112
	4. Allgemeine Teile	113
VI.	Zusammenfassung	113
	Literaturverzeichnis	114

* Die intensiv geführte Diskussion im Rahmen der Tagung des Zentrums für Rechtssetzungslehre vom 9. September 2016 vermittelte zahlreiche Denkanstösse. Dafür danke ich den teilnehmenden Kolleginnen und Kollegen herzlich.

I. Geltung des Legalitätsprinzips für Ausgaben

Das Recht bildet nach Art. 5 Abs. 1 BV die Grundlage und Schranke jeder staatlichen Tätigkeit. Behördliches Handeln darf demnach nicht gegen Verfassungs-, Gesetzes- oder Verordnungsrecht verstossen. Die dem Staat zuzurechnende Tätigkeit muss sich sodann auch auf genügend bestimmte Rechtssätze stützen. Wichtige Rechtssätze müssen dabei im Gesetz, andere dürfen in einer Verordnung enthalten sein.¹ Das Legalitätsprinzip oder der Grundsatz der Gesetzmässigkeit gilt nach einer rund vierzigjährigen Rechtsprechung nicht allein für den eingreifenden, sondern auch für den leistenden Staat.² Insbesondere muss sich der Staat auch für Ausgaben an Verfassung, Gesetze und Verordnungen halten und muss darin eine ausreichende Grundlage finden.³ Die Geltung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit für Ausgaben wurde in der Rechtsprechung etwa im Zusammenhang mit Leistungen für die Verbilligung von Krankenversicherungsprämien,⁴ für Leistungen der IV als Zweig der Sozialversicherungen,⁵ für Sozialhilfe,⁶ für Subventionen⁷ und für Besoldungsauslagen für Lehrpersonen⁸ bestätigt. Für die Bedarfsverwaltung, welche regelmässig mit Ausgaben verbunden ist, wird als rechtssatzmässige Verankerung wenigstens eine indirekte Abstützung auf die für die Erfüllung der staatlichen Aufgaben massgebenden Rechtsgrundlagen verlangt, für welche die adminis-

¹ SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 18 ff., 32 ff. Ferner HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 325 ff.; MÜLLER, S. 330; BGE 142 II 182, 186, E. 2.2.1 mit weiteren Hinweisen.

² BGE 103 Ia 369. Bestätigt in BGE 134 I 313, 318, E. 5.4; 130 I 1, 5, E. 3.1; 128 I 113, 121, E. 3c; 123 I 1, 4, E. 2b. – Aus der Literatur: HERTACH, S. 61 ff., 130 ff.; SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 28.

³ Allgemein für das Haushaltsrecht des Bundes Art. 12 Abs. 4 Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltsgesetz, FHG) vom 7. Oktober 2005 (SR 611.0). Für die Kantone siehe Art. 105 KV-BE sowie § 2 Abs. 1 Gesetz des Kantons Zürich über Controlling und Rechnungslegung (CRG) vom 9. Januar 2006 (LS 611). – Aus der Literatur BAUMGARTNER/BELJEAN/WIDMER, Rz. 90; MÜLLER, S. 331 ff.

⁴ BGE 141 V 688, 692 ff., E. 4.2.2–4.2.7; 134 I 313, 318 ff., E. 5.4 und 5.6.

⁵ BGE 133 V 598, 604 ff., E. 5.1.3 (Betriebsbeiträge an Wohnheime). – Einlässlich abgehandelt wird in BGE 136 V 84 die gesetzliche Abstützung der Leistungspflicht der obligatorischen Krankenversicherung für bestimmte Zahnbehandlungskosten.

⁶ BGE 130 I 1, 5, E. 3.

⁷ BGE 134 I 313, 318, E. 5.4 und 5.6; 118 Ia 46, 61 f.; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 29. Oktober 1996, ZBI 98/1997, S. 121, E. 4, S. 122 ff.

⁸ BGE 123 I 1, 3 f., E. 2b.

trative Hilfstätigkeit entfaltet wird.⁹ Mit einer Anerkennung der Geltung des Legalitätsprinzips für Ausgaben ist naturgemäss noch wenig über dessen genauere Tragweite im Bereiche der Leistungsverwaltung ausgesagt.

II. Steuerung durch Rechtssätze sowie Ausgaben- und Budgetbeschlüsse

1. Begriff der Ausgabe

Nach Art. 3 Abs. 1 Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltsgesetz, FHG) vom 7. Oktober 2005¹⁰ sind Ausgaben Zahlungen an Dritte, die das Vermögen des Bundes vermindern (laufende Ausgaben) oder die Vermögenswerte schaffen, die unmittelbar Verwaltungszwecken dienen (Investitionsausgaben). Als Ausgaben gelten allgemein Geldabflüsse, wenn frei verfügbare Mittel des Bundes, eines Kantons oder einer Gemeinde für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gebunden werden.¹¹ Keine Ausgabe liegt dagegen vor, wenn beispielsweise Geld des Kantons für den Kauf einer Liegenschaft verwendet wird, die nicht für Verwaltungszwecke genutzt wird. In einem solchen Fall wird von einer Anlage gesprochen.¹²

2. Gesetzliche Grundlage, Ausgabenbeschluss und Vorschlagskredit

Ein erfolgreicher Finanzdirektor begegnet Begehrlichkeiten häufig mit dem Hinweis, dass für eine Ausgabe keine gesetzliche Grundlage bestehe. Hilft das nicht, so versucht er sich dadurch zu retten, dass er behauptet, dass für die Er-

⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 388 mit Hinweisen auf Praxis und Literatur. Wohl weitergehend das Bundesverwaltungsgericht in BVGE 2009/17, E. 8.2, allerdings in einem speziell gelagerten Fall mit einer Beschaffung, die marktordnende Wirkungen entfalte.

¹⁰ SR 611.0.

¹¹ Siehe Art. 4 Abs. 2, 2. Satz Musterfinanzhaushaltsgesetz für Kantone und Gemeinden (MFHG), Konferenz der kantonalen Finanzdirektoren (Hrsg.), Handbuch Harmonisiertes Rechnungslegungsmodell für die Kantone und Gemeinden HRM2, Bern 2008, Fachempfehlung Nr. 20.

¹² BGE 123 I 78, 82, E. 3c/d.

bringung eines staatlichen Beitrages kein Voranschlagskredit bewilligt worden sei. Beides muss offenbar vorliegen, damit der Staat Ausgaben tätigen darf. Im Kanton Bern ergibt sich das gar aus der Kantonsverfassung vom 6. Juni 1993¹³, die in Art. 105 festhält, dass jede Ausgabe eine Rechtsgrundlage, einen Voranschlagskredit sowie zusätzlich einen Ausgabenbeschluss des zuständigen Organs voraussetze. BOLZ spricht in diesem Zusammenhang unter Berufung auf den Vortrag der Verfassungskommission zuhanden des Grossen Rates vom 31.1.1992 von den «traditionellen drei Voraussetzungen für die Vornahme einer Ausgabe».¹⁴

3. Zweck der Dreifachabstützung

Ausgaben bedürfen einer Grundlage in einem Gesetz, um sie demokratisch hinreichend zu legitimieren. Mit dem Erfordernis einer Abstützung in einem Rechtssatz soll sodann Rechtssicherheit geschaffen und eine gleichmässige Rechtsanwendung gewährleistet werden.¹⁵ Im Voranschlag oder im Budget werden sodann der jährlich – bezogen auf bestimmte Leistungen – zu betreibende Aufwand und die im Jahr zu Lasten der Rechnung abzuwickelnden Investitionsausgaben bewilligt.¹⁶ Mit dem Ausgabenbeschluss werden finanzielle Mittel einem bestimmten Zweck konkret zugeordnet. Je nach Höhe der Ausgabe sind dafür das Volk, das Parlament, die Regierung oder die Verwaltung zuständig. Während die Budgetbewilligung der auf das Rechnungsjahr bezogenen

¹³ SR 131.212.

¹⁴ BOLZ in: Kommentar KV/BE, Art. 105 N 1. Siehe dazu auch § 35 Abs. 1 Gesetz des Kantons Zürich über Controlling und Rechnungslegung (CRG) vom 9. Januar 2006 (LS 611) sowie § 27 Gesetz des Kantons Schwyz über den kantonalen Finanzhaushalt vom 20. November 2013 (SRSZ 144.110). – Für den Bund gehen STAUFFER/CAVELTI in: SGK BV, Art. 167 N 15, von einer etwas anderen Ausrichtung mit zwei Elementen aus: Die Ausgaben werden entweder in Verpflichtungskrediten oder in Vorschlagskrediten bewilligt.

¹⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 329 ff. – TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 25, bemerken, dass die Schutzrichtung des Legalitätsprinzips bei Eingriffen und Leistungen nicht gleich verlaufe. Gehe es dem Prinzip in der Eingriffsverwaltung darum, den Einzelnen vor ungerechtfertigter Belastung durch die Allgemeinheit zu schützen, so gelte es in der Leistungsverwaltung (zumindest auch) die Allgemeinheit vor ungerechtfertigten Privilegierungen Einzelner zu bewahren.

¹⁶ Art. 30 Abs. 2 FHG. – Zum Voranschlag im Instrumentarium des neuen Führungsmodells des Bundes siehe Botschaft über die Weiterentwicklung der ziel- und ergebnisorientierten Verwaltungsführung – Neues Führungsmodell für die Bundesverwaltung (NFB) vom 20. November 2013, BBl 2014 767, 784 ff.

Haushaltssteuerung (Umfang und Schwergewichte des staatlichen Aufwandes) dient, soll mit dem Erfordernis eines Ausgabenbeschlusses eine sachgerechte und kompetenzkonforme Mittelzuweisung für eine bestimmte Aufgabe sichergestellt werden.¹⁷

4. Gegenseitige Abhängigkeiten der Erfordernisse

Die drei Zustimmungserfordernisse für Ausgaben stehen nicht beziehungslos nebeneinander. Können sich Verwaltungsbehörden für das Ausgeben von Geld auf ein Gesetz stützen, das Empfängern der finanziellen Zuwendung einen durchsetzbaren Anspruch einräumt, so dürfen solche Ansprüche nicht durch die Verweigerung der Zustimmung zu einem Ausgaben- oder zu einem Voranschlagskredit vereitelt werden. Besteht ein gesetzlicher Anspruch, so kann dieser auch durchgesetzt werden, wenn die im Budget bewilligten Mittel nicht ausreichen. Eine gesetzliche Grundlage kann demnach Entscheidungsspielräume von Volk und obersten Finanzbehörden bzw. der Budgetorgane vollständig oder weitgehend ausschalten. Ist eine Ausgabe verbindlich vorgeschrieben, so darf somit deren Zahlung nicht mit dem Hinweis auf die Finanz- oder Budgethoheit von Volk oder Parlament verweigert werden.¹⁸ Umgekehrt vermag ein Ausgabenbeschluss eines demokratisch besonders legitimierten Organs allenfalls eine unzureichende gesetzliche Grundlegung namentlich in Fällen zu ersetzen oder wenigstens zu stützen, in welchen nicht wiederkehrende Leistungen oder Leistungen an eine grössere Zahl von Empfängern bewilligt werden.¹⁹ Keine gesetzliche Grundlage kann mit der Zustimmung zum Voranschlag durch Parlamente oder Gemeindeversammlungen geschaffen werden. Nach schweizerischer Auffassung kommt dem Voranschlag nicht die Qualität eines Gesetzes zu.²⁰

¹⁷ BOLZ/BLASER, S. 187 ff.

¹⁸ BGer, Urteil 2C_272/2012 vom 9. Juli 2012, E. 5.2; BGE 124 II 436, 455, E. 10h; 110 Ib 138, 156 sowie Umkehrschluss zu Art. 13 Abs. 1 SuG, wonach eine Prioritätenordnung bei unzureichenden Mitteln lediglich für jene Fälle aufzustellen ist, bei denen aufgrund der Spezialgesetzgebung Finanzhilfen und Abgeltungen nur im Rahmen der bewilligten Kredite gewährt werden oder kein Rechtsanspruch auf Finanzhilfen besteht. – Zur Bindung der Parlamente bzw. von Gemeindeversammlungen durch Rechtssätze im Gesetzes- und Verordnungsrecht bei der Beschlussfassung über Voranschlag und Budget siehe HUNGERBÜHLER, S. 259 ff., sowie MÜLLER, S. 311.

¹⁹ Siehe hinten, S. 109 (IV., 1.).

²⁰ Vgl. MÜLLER, S. 331 f., S. 465; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, S. 465; STAUFFER/CAVELTI in: SGK BV, Art. 167 N 28 ff. – Denkbar wäre immerhin, dem Voranschlag oder dem Budget dann

III. Anforderung an die gesetzliche Grundlage für Ausgaben

1. Weniger strenge Anforderungen in der Leistungsverwaltung

Der Feststellung, der Grundsatz der Gesetzmässigkeit gelte auch in der Leistungsverwaltung und entsprechend bei Ausgaben, folgt in Literatur und Rechtsprechung regelmässig die Relativierung, die Anforderungen an die Bestimmtheit der Rechtssätze und an das Erfordernis der Gesetzesform seien in diesen Bereichen allerdings weniger streng.²¹ Eine feste Formel für die gesetzliche Grundlegung von Ausgaben konnte sich allerdings nicht herausbilden. Die Praxis und die Literatur zeichnen vielmehr ein Bild, das bei staatlichen Leistungen unter Bezugnahme auf die Bedeutung der Ausgaben, die Zahl betroffener Empfänger und das normative Umfeld unterschiedlich strenge Anforderungen an die Bestimmtheit der Rechtssätze und an die Gesetzesform stellt. Im Folgenden sei der Versuch unternommen, die anzutreffenden Hauptlinien nachzuzeichnen.

2. Fallgruppen

a) Grössere Anzahl von Empfängern, wiederkehrende Ausgaben und intensive Betroffenheit

Interessen der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit sprechen bei *wiederkehrenden Ausgaben* und bei *Ausgaben mit einem grösseren Empfängerkreis* dafür, dass deren gesetzliche Grundlegung an einem vergleichbaren Massstab wie bei der Eingriffsverwaltung zu messen ist. Die Anforderungen an die Grundlagen in Gesetz und Verordnung sind vor allem auch dann streng, wenn die staatlichen Leistungen und damit die Ausgaben für die Empfänger für deren *Existenzsiche-*

eine gewisse kompensierende Wirkung für demokratisch unzureichend abgestützte Rechtssätze zuzugestehen, die eine Ausgabe vorsehen, wenn der Voranschlag oder das Budget von gesetzgebenden Organen in einem mit der Gesetzgebung vergleichbaren Verfahren beschlossen wird.

²¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 381; SCHINDLER in: SGK BV, Art. 5 N 41; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 26. BGE 141 V 688, 692, E. 4.2.2 («[...] en matière de fourniture de prestations (ou administration des prestations), les exigences requises sont moindres [...]»); BGE 138 I 378, 392, E. 7.2.

ung sehr bedeutsam sind oder die Grundlage für die Ausübung von Grundrechten abgeben. Der Gegenstand der Ausgabe, der Kreis der Empfänger, die Anspruchsvoraussetzungen und die Bemessung der Höhe müssen dabei in den Grundzügen im Gesetz selbst geregelt und im Verordnungsrecht rechtssatzmässig weiter ausgeführt werden.²²

Einen grossen Empfängerkreis weisen die landwirtschaftlichen Direktzahlungen zur Abgeltung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen auf.²³ Sie sind für eine nachhaltige Landwirtschaft, namentlich eine sichere Versorgung der Bevölkerung, für die Erhaltung natürlicher Lebensgrundlagen sowie die Pflege der Kulturlandschaft von eminenter Bedeutung (Art. 1 LwG). Ihnen kommt für einen namenhaften Teil der Schweizer Bevölkerung geradezu existenzsichernde Funktion zu. Zweck und Gegenstand der Direktzahlungen werden in den Art. 70 ff. LwG auf Gesetzesstufe festgelegt. Die Voraussetzungen der Beitragsgewährung werden sodann in Art. 70a und 70b LwG – wenn auch nicht abschliessend – umschrieben. Die Direktzahlungsarten und -unterarten werden in der umfangreichen Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung, DZV) vom 23. Oktober 2013²⁴ in rund 120 Artikeln und 7 Anhängen mit nicht weniger als 150 Druckseiten eingehend geregelt. Detailliert festgelegt werden darin die Voraussetzungen und das Verfahren für die Ausrichtung von Direktzahlungen und die Höhe derselben.

Ebenfalls einem grösseren Empfängerkreis – und dies in existenzsichernder Weise – kommen Leistungen der wirtschaftlichen Sozialhilfe zugute. Im Sozialhilfegesetz (SHG) des Kantons Zürich vom 14. Juni 1981²⁵ werden der Empfängerkreis von wirtschaftlicher Hilfe (§ 14 ff. SHG), der Umfang, die Formen und die Stellung der Hilfesuchenden in den Grundzügen umschrieben. Näher ausgeführt werden die Regelungen in verschiedenen Verordnungen des Regierungsrates, wobei der Regierungsrat in § 17 der Verordnung zum Sozialhilfegesetz (SHV) vom 21. August 1981²⁶ für die Bestimmung des sozialen Existenzminimums auf die Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien) vom April 2005 (4. Auflage) in der ab dem 1. Januar 2016 geltenden Fassung (statisch) verweist. Anders als etwa bei den Leistungen von AHV und IV ist es bei der wirtschaftlichen Hilfe nicht möglich, die Höhe der staatlichen Leistung mit einer engen Umschreibung in Rechtssätzen festzulegen, da sich die wirtschaftliche Hilfe an den individuellen Bedürfnissen des Einzelfalles und den örtlichen Verhältnissen orientiert (§ 2 Abs. 1 SHG).²⁷

²² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 27; BGE 134 I 313, 318, E. 5.4; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 29. Oktober 1996, ZBl 98/1997, S. 121 ff., E. 4b, S. 124.

²³ Art. 70 ff. Bundesgesetz über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG) vom 29. April 1998 (SR 910.1).

²⁴ SR 910.13.

²⁵ LS 851.1.

²⁶ LS 851.11.

²⁷ Siehe dagegen die Rentenformel für die Berechnung der Vollrente in Art. 34 ff. Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10).

b) Verbindung mit Belastungen

Sind die staatlichen Leistungen mit *Belastungen für die Empfänger verbunden*, so sind vor allem die Belastungen für die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage massstabsbildend. So braucht es namentlich für die Empfänger von Abgeltungen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG) vom 5. Oktober 1990²⁸ für deren eigene Leistungspflichten eine Grundlage auf Gesetzesstufe.

c) Einzelfalleleistungen oder geringe Bedeutung

Werden staatliche Leistungen an *einzelne Empfänger, nicht wiederkehrend* und auch in einem *kleineren Ausmass* erbracht, so reicht es aus, wenn sich die Verwaltung auf eine allgemeine Ermächtigungsnorm in Verfassung oder Gesetz stützen kann.²⁹ Geringe Ausgaben dürfen ausnahmsweise auch ohne gesetzliche Grundlage oder aufgrund einer solchen in einer Verordnung vorgenommen werden.³⁰

d) Entlastung durch Kompensationen

Abgesenkt werden dürfen die Anforderungen an das Erfordernis des Rechtssatzes und der Gesetzesform ausserdem, wenn Defizite in der gesetzlichen Grundlegung *kompensiert* werden können, worauf sogleich im folgenden Abschnitt eingegangen wird.

²⁸ SR 616.1.

²⁹ BGE 118 Ia 46, 60 ff., E. 5, wo das Bundesgericht eine Abstützung eines Starthilfebeitrages des Kantons Zürich aus dem Fonds für gemeinnützige Zwecke an den Verein Informations- und Beratungsstelle für Sekten- und Kultfragen über 75 000 Franken auf Art. 5 Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbmässigen Wetten vom 8. Juni 1923 (SR 935.51) sowie auf die Zuständigkeitsvorschriften in der kantonalen Finanzhaushaltsgesetzgebung als ausreichend beurteilte. Ausserdem Urteil des Bundesgerichts vom 22. Januar 1988, ZBI 91/1990, S. 27 ff., betreffend die Leistung eines Gemeindebeitrages an eine Bachverbauung, bei der das Bundesgericht die Abstützung auf eine allgemeine Kompetenznorm für die Gemeinden in der Kantonsverfassung, die örtlichen Obliegenheiten zu besorgen, als ausreichend akzeptierte.

³⁰ Nach Art. 9 Abs. 1 des Subventionsgesetzes (SubG) des Kantons Freiburg vom 17. November 1999 (SGF 616.1) müssen Subventionen auf einem Gesetz beruhen. Einmalige Finanzhilfen von weniger als 100 000 Franken oder periodische Finanzhilfen von weniger als 20 000 Franken pro Jahr können auf Reglementsstufe vorgesehen werden (Art. 9 Abs. 2).

IV. Kompensation einer unzureichenden gesetzlichen Grundlage

Eine unzureichende gesetzliche Grundlage für Ausgaben (Fehlende oder nicht ausreichende Verankerung in einem Gesetz, zu geringe Bestimmtheit von Rechtssätzen) kann nach Lehre und Rechtsprechung wenigstens zum Teil kompensiert werden. Sicherungen materiell- oder verfahrensrechtlicher Art können einem Einfall staatlicher Willkür in die gesetzlich wenig angeleitete Entscheidungsfindung entgegengestellt werden.³¹ Ein solcher Ausgleich kann aufgrund folgender Vorgänge und Grundlagen stattfinden:

1. Stützung der Rechtsgrundlage durch einen Ausgabenbeschluss

Besteht in einem Gesetz nur gerade eine Ermächtigungs- oder Grundsatznorm, so kann nach der Praxis eine unzureichende gesetzliche Verankerung durch einen Ausgabenbeschluss zusätzlich abgestützt werden. Möglich ist dies aber nur, wenn das den Kredit bewilligende Organ über eine hohe demokratische Legitimation verfügt. In Frage kommt für eine Kompensation eine Ausgabenbewilligung durch die Stimmberechtigten oder durch das Parlament.³² Nicht für einen Ausgleich eignet sich eine Ausgabenbewilligung, wenn staatliche Leistungen an einen grösseren Empfängerkreis oder wiederholt ausgerichtet werden sollen.

2. Zustimmung der Empfänger

Allein durch die Ausrichtung staatlicher Leistungen wird der Einzelne nicht belastet. Seine Zustimmung kann daher nur dann einen Teil der Schutzfunktion des Legalitätsprinzips übernehmen, wenn mit der staatlichen Ausgabe eine namhafte Gegenleistung des Empfängers verbunden ist. Die Praxis hat ange-

³¹ Siehe dazu COTTIER, S. 206 ff.

³² Urteil des Bundesgerichts vom 22. Januar 1988, ZBI 91/1990, S. 27, E. 6a, S. 31 f. Vgl. ferner die Hinweise bei LIENHARD/ZIELNIEWICZ, S. 459 ff., auf Beispiele aus der Praxis der Bundesversammlung, in welcher diese Ausgaben in teils referendumpflichtigen Bundesbeschlüssen bewilligt hatte. Ferner für weitere Beispiele MÜLLER, S. 338 f. – Da bei den Gemeinden Ausgaben sehr häufig durch Volk und Parlament bewilligt werden, kommt solchen Beschlüssen auf kommunaler Ebene auch in vermehrtem Masse eine kompensierende Wirkung zu (siehe dazu SAILE/BURGHERR/LORETAN, Rz. 578 ff.).

nommen, dass staatliche Leistungen bei derartigen Konstellationen wenigstens auf eine gesetzliche Grundlage sollen zurückgeführt werden können.³³ Eine solche Zurückführung staatlicher Leistungen und von Gegenleistungen auf eine gesetzliche Grundlage kommt vor allem für die administrative Hilfstätigkeit in einem sehr weiten Sinne in Betracht (Personalanstellung, Warenkauf, Bereitstellung staatlicher Infrastruktureinrichtungen).

3. Anerkannte Referenzgrössen

Rechtssatzmässig wenig bestimmt ist in den vorhandenen Erlassen von Bund und Kantonen die Höhe staatlicher Entschädigungs- und Genugtuungszahlungen: Bei den Leistungen aus Staatshaftung ist ein Schaden, für den ein Gemeinwesen die Verantwortung zu tragen hat, zwar grundsätzlich vollumfänglich zu tragen. Für Enteignungen verlangt sodann die Verfassung eine volle Entschädigung (Art. 26 Abs. 2 BV). Diese letztlich doch offene Festlegung wird in der Praxis durch eine Bezugnahme auf Referenzgrössen ausgefüllt. Für die Bestimmung der Expropriationsentschädigung wird auf Preise abgestellt, welche für vergleichbare Grundstücke im Markt bezahlt worden sind.³⁴ Für die Bestimmung der Höhe von Schadenersatz und Genugtuung wird in der Praxis auf eine reichhaltige Rechtsprechung zur Berechnung von Schadenersatz und Genugtuung im privatrechtlichen Haftungsrecht zurückgegriffen.³⁵

4. Verfahren

Für die Bedarfsverwaltung oder die administrative Hilfstätigkeit ist die Geltung des Legalitätsprinzips umstritten. Diese Arten der Staatstätigkeit lassen sich – wie kurz ausgeführt – auf die Grundlagen zurückführen, die zur staatlichen Aufgabenerfüllung ermächtigen, für die Mittel zu beschaffen sind.³⁶ Für die Bestimmung der Preise und Vertragspartner bei der Beschaffung von Waren, Bauwerken und Dienstleistungen durch Träger staatlicher Aufgaben greift nun in der Schweiz in der Regel ein zweistufiges Verfahren: Für die Auswahl der

³³ So ausdrücklich ein Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 6. Oktober 1983, ZBI 85/1984, S. 63, E. 2a/aa, S. 65 f. Ferner allgemein BGE 123 I 1, 6, E. 4b.

³⁴ Vgl. zur Vergleichs- oder statistischen Methode HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2410.

³⁵ JAAG, Rz. 51 ff.

³⁶ Vgl. dazu vorne, S. 102 f. (I.).

Lieferanten, Unternehmer oder Dienstleister wird die Beschaffung zunächst ausgeschrieben. Vergeben wird alsdann der «staatliche Auftrag» an den oder die Anbieter mit dem vorteilhaftesten Angebot. Auf der Grundlage der Wettbewerbsbedingungen und des Angebots wird alsdann ein Kauf- oder Werkvertrag abgeschlossen.³⁷ Eine unzureichende rechtssatzmässige Festlegung der Preise und der Vertragspartner des Staates für Beschaffungen und den damit zusammenhängenden Ausgaben wird demnach durch ein transparentes Verfahren ausgeglichen. Ein vergleichbarer Mechanismus greift auch etwa beim Abschluss von Subventionsverträgen. Nach Art. 19 Abs. 3 SuG eröffnet die Behörde ihren Antrag der Vertragspartei und beschwerdeberechtigten Dritten, die den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangen können. Erst in einem weiteren Schritt wird der Subventionsvertrag abgeschlossen. Diese verfahrensrechtlichen Sicherungen tragen dazu bei, die Verwaltungsbehörden vor dem Missbrauch ihres weiten Ermessens (Art. 16 Abs. 2 Bst. a SuG) zu bewahren.

V. Regelungsmuster

1. Spezialgesetzgebung und Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts

Das Recht für staatliche Leistungen wird in erster Linie in der Spezialgesetzgebung bereitgestellt. Fehlen darin Regelungen etwa zu den anzuwendenden Handlungsformen, zu den Folgen fehlerhafter Leistungszusagen und von Leistungsstörungen oder zur Zahlung und zur Rückforderung von staatlichen Beiträgen, werden die dazu entwickelten Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts herangezogen. Teilweise haben die Gesetzgeber aber auch versucht, mit allgemeinen Vorgaben und Regelwerken den gestiegenen Bedarf an Normen für die Leistungsverwaltung zu strukturieren und zu befriedigen. Solche Regelungsmuster sollen im Folgenden kurz skizziert werden.

³⁷ Zur Zweistufentheorie und deren Umsetzung bei öffentlichen Beschaffungen siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1394 ff.

2. Vorgaben zur Erlassstufe

Mit der bereits angesprochenen Bestimmung in Art. 9 Abs. 1 und 2 SubG-FR³⁸ legt der Freiburger Gesetzgeber fest, dass die Ausrichtung von Subventionen oder Staatsbeiträgen des Kantons ab einer bestimmten Höhe (ab 100 000 Franken für einmalige und ab 20 000 Franken für wiederkehrende Beiträge) eine Grundlage in einem Gesetz voraussetzt und im Übrigen eine Grundlage auf Verordnungsstufe ausreicht. Damit wird für das Freiburger Recht eine Grundsatzentscheidung für die Regelungsstufe getroffen, die für die mit der Rechtsetzung und vor allem mit der Rechtsanwendung befassten Organe im Kanton im Sinne einer Mindestvorgabe verbindlich ist. Nicht gebunden wird damit der Gesetzgeber selbst. Geschaffen hat der Gesetzgeber mit der Festlegung in Art. 9 Abs. 1 und 2 SubG-FR eine gewisse Rechtssicherheit. In Anbetracht der Höhe der gesetzlich festgesetzten Beträge ist nicht anzunehmen, dass die Regelung mit dem Verfassungsrecht des Bundes (Art. 5 Abs. 1 BV) und des Kantons Freiburg³⁹ je zum Legalitätsprinzip in Widerspruch gerät. Bedeutsame Beitragsleistungen und insbesondere auch solche an einen grösseren Empfängerkreis werden allein aufgrund ihres Umfangs immer eine Verankerung in einem Gesetz finden müssen.

3. Richtlinien für die Rechtsetzung

Subventions- oder Staatsbeitragsgesetze enthalten oftmals Regelungen darüber, wie Leistungserlasse auszugestalten sind. Art. 4 ff. SuG legen die Grundsätze fest, die Bundesrat und Bundesverwaltung bei der Vorbereitung, dem Erlass und der Änderung von rechtsetzenden Bestimmungen über Finanzhilfen und Abgeltungen zu beachten haben.⁴⁰ Nicht gebunden wird durch diese Vorgaben der Gesetzgeber selbst, wenngleich die Gesetzgebung durch die Vorbereitungsarbeiten von Bundesrat und Bundesverwaltung stark mitgeprägt wird.⁴¹ Die im Gesetz fixierten Grundsätze für die Rechtsetzung tragen zur Vereinheitlichung

³⁸ Subventionsgesetz (SubG) des Kantons Freiburg vom 17. November 1999 (SGF 616.1).

³⁹ Art. 91 ff. Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004 (SGF 10.1).

⁴⁰ Vgl. auch Art. 8 ff. SubG-FR, Art. 4 ff. Staatsbeitragsgesetz (StBG) des Kantons Bern vom 16. September 1992 (BSG 641.1) sowie Art. 6 ss. Loi sur les subventions (LSubv) de la République et du Canton de Jura du 29 octobre 2008 (RSJU 621).

⁴¹ MÄCHLER, Kap. 21.7.

des Subventionsrechts über das allgemeine Subventionsrecht des Bundes und einzelner Kantone hinaus bei.⁴²

4. Allgemeine Teile

Ebenfalls in den Subventionsgesetzen des Bundes und einzelner Kantone anzutreffen sind – nach dem Vorbild in Zivilrechtskodifikationen – allgemeine Teile betreffend die Begründung, die Abwicklung und die Auflösung von Subventionsverhältnissen (Art. 11 ff. SuG). Die einzelnen Finanzhilfen und Abgeltungen werden nach dieser Konzeption dagegen in der Spezialgesetzgebung festgelegt. Die Ausgaben des Bundes und der Kantone – soweit sie Subventionsgesetze mit einem allgemeinen Teil haben – werden demnach durch diese Regeln in einem allgemeinen Teil mitbestimmt, wenn auch nicht eigentlich begründet. Solche allgemeinen Teile für staatliche Leistungen tragen dazu bei, die Gesetzgebung als Ganzes zu entlasten. Sie systematisieren den Rechtsstoff, fördern die Kohärenz des Rechtsgebietes und tragen zur Widerspruchsfreiheit bei.⁴³

VI. Zusammenfassung

Es darf heute als unbestritten angesehen werden, dass die Geld ausgebende Verwaltung einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Erforderlich sind dafür Rechtsätze, also generell-abstrakte Normen, die – soweit sie wichtig sind – im Gesetzesrecht enthalten sein müssen. Im Übrigen reichen solche auf Verordnungsstufe aus. Was genau dem Gesetz vorbehalten ist und wie bestimmt die rechtssatzmässige Regelung sein muss, hängt vom Regelungsgegenstand und vom Regelungskontext ab. Je höher eine Ausgabe und je bedeutender diese für die Empfänger ist, desto stärker muss die Verankerung im Gesetz selbst sein. Während für Ausgaben für ausgesprochene Einzelfälle Grundsatznormen oder Handlungsermächtigungen ausreichen, braucht es bei einem weiten Empfängerkreis eine möglichst bestimmte Regelung. Regelungsdefizite in Gesetzen und Verordnungen können durch andere Legitimationsgrundlagen kompen-

⁴² POLTIER, Rz. 40.

⁴³ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 196 ff. – Ferner zur wichtigen Koordinationsfunktion des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1) siehe KIESER, Vorbem., Rz. 21 ff.

siert werden (Beschlussfassung über die Ausgabe durch Volk oder Parlament; Zustimmung Betroffener; Existenz von Vergleichspreisen; Verfahren). Der Gesetzgeber hat schliesslich versucht, mit verschiedenen Regelungsmustern den gestiegenen Bedarf nach Regelungen für die Leistungsverwaltung zu befriedigen (Konkretisierung des Legalitätsprinzips; Anleitungen für die Rechtsetzung; Allgemeine Teile). Aufs Ganze gesehen darf festgestellt werden, dass die gesetzliche Abstützung von Ausgaben in den letzten Jahren vermehrte Konturen erhalten hat, aber vieles noch wenig geklärt ist.

Literaturverzeichnis

- BAUMGARTNER URS/BELJEAN TOBIAS/WIDMER MARIANNE, in: Andreas Lienhard (Hrsg.), Finanzrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Bd. X, Basel 2011, S. 343 ff.
- BOLZ URS/BLASER BEAT, Entwicklungen im Finanzhaushaltsrecht der Kantone, LeGes 2014, S. 174 ff.
- COTTIER THOMAS, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, Berner Diss. 1983, 2. Aufl., Chur/Zürich 1991
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BEARBEITER in: SGK BV)
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016
- HERTACH RUDOLF, Das Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung, Diss. Zürich 1984
- HUNGERBÜHLER ADRIAN, Zum Verhältnis von grossrätlicher Budgetkompetenz und regierungsrätlicher Verordnungskompetenz, in: Aargauischer Juristenverein (Hrsg.), Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger, alt Oberrichter, Beinwil am See, Zur Vollendung seines 80. Lebensjahres, Aarau 1990, S. 259 ff.
- JAAG TOBIAS, Staats- und Beamtenhaftung, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Bd. I/3, 2. Aufl., Basel 2006
- KÄLIN WALTER/BOLZ URS (Hrsg.), Kommentar zum bernischen Verfassungsrecht, Bern 1995 (zit. BEARBEITER in: Kommentar KV/BE)
- KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015
- LIENHARD ANDREAS/ZIELNIEWICZ AGATA, Zum Legalitätsprinzip bei Einzelfallsubventionen, in: Martina Caroni/Sebastian Heselhaus/Klaus Mathis/Roland Norer (Hrsg.), Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2011, S. 451 ff.
- MÄCHLER AUGUST, Subventionsrecht, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, Kap. 21
- MÜLLER GEORG, Die Gesetzmässigkeit der Bewilligung von Ausgaben, in: Regierungsrat des Kantons Solothurn (Hrsg.), Festgabe Alfred Rötheli zum fünfundsechzigsten Geburtstag, Solothurn 1990, S. 329 ff.

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

POLTIER ETIENNE, *Les subventions*, in: Andreas Lienhard (Hrsg.), *Finanzrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Bd. X*, Basel 2011, S. 343 ff.

SAILE PETER/BURGHERR MARC/LORETAN THEO, *Verfassungs- und Organisationsrecht der Stadt Zürich*, Zürich/St. Gallen 2009

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014

Die gesetzliche Grundlage für verwaltungsrechtliche Sanktionen

EVA VONTOBEL-LAREIDA

Inhaltsübersicht

I. Allgemeines	117
II. Pönale Sanktionen	118
III. Exekutorische Sanktionen	121
IV. Administrative Rechtsnachteile	123
Anhang	125
Literaturverzeichnis	128

I. Allgemeines

Nach Art. 5 Abs. 1 BV muss das Recht Grundlage und Schranke des staatlichen Handelns sein. Dieser Grundsatz der Gesetzmässigkeit ist auch Grundlage der gesamten Verwaltungstätigkeit: Verwaltungstätigkeit ohne gesetzliche Grundlage ist unzulässig.¹ Das zulässige und notwendige Verwaltungshandeln muss aber auch durchgesetzt werden. Verhalten sich Rechtsunterworfenen nicht rechtmässig, d.h., verletzen sie Gesetze oder erfüllen sie ihnen auferlegte Verpflichtungen nicht, muss der Staat dafür sorgen, dass der rechtmässige Zustand wiederhergestellt wird. Es darf nicht in seinem Belieben stehen, auf die Durchsetzung zu verzichten: Nur wenn dem Recht zur Durchsetzung verholphen wird, besteht Rechtssicherheit² und ist dem Anspruch der Bürgerinnen und Bürger auf rechtsgleiche Behandlung Genüge getan. Zur Rechtsdurchsetzung stehen den Verwaltungsbehörden neben präventiven Massnahmen auch verschiedene Arten von Sanktionen zur Verfügung. Üblicherweise werden die Sanktionen nach der Art ihrer Wirkung kategorisiert. Kann die Pflichterfüllung staatlich direkt durchgesetzt werden, spricht man von exekutorischen Sanktionen. Kann

¹ Vgl. BGE 130 I 1, 5, E. 3.1.

² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1440.

die verletzte Pflicht nicht direkt durchgesetzt werden, zielen die Sanktionen auf die Wiedergutmachung des Unrechts und bestehen in der Auferlegung von Nachteilen. Diese repressiven oder pönalen Sanktionen haben durch ihre abschreckende Wirkung oft auch präventiven Charakter. Bei der Mischform der administrativen Rechtsnachteile, mit denen Vorteile entzogen oder verweigert werden, werden Pflichten zwar nicht direkt durchgesetzt, der rechtmässige Zustand wird aber durch verwaltungsrechtliche Anordnungen wiederhergestellt und gleichzeitig das Fehlverhalten geahndet.³ Allen Sanktionsformen ist gemeinsam, dass sie verhältnismässig sein müssen, mit Ausnahme der Durchsetzung von Geldforderungen des Staates, die zwingend mittels der exekutorischen Sanktion der Zwangsvollstreckung für öffentliche Geldforderungen gemäss SchKG erfolgen muss.⁴ Je nach Art der Sanktion unterscheiden sich die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage.

II. Pönale Sanktionen

Bei repressiven Zwangsmitteln, die mit dem Mittel der Bestrafung operieren, gilt für das Bundesrecht gemäss Art. 333 Abs. 1 StGB und für das kantonale Verwaltungsstrafrecht kraft entsprechender Verweise in den kantonalen Übertretungsstrafgesetzen^{5,6} Art. 1 StGB, welcher den Grundsatz der Gesetzmässigkeit für das Strafrecht konkretisiert und festhält, dass «eine Strafe oder Massnahme [...] nur wegen einer Tat verhängt werden [darf], die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt». Das Legalitätsprinzip gilt aber auch ohne ausdrücklichen Verweis direkt als Ausfluss von Art. 9 BV (Willkürverbot) und von Art. 7 EMRK.⁷ **Verwaltungsstrafen** und – in Fällen, in denen ein Sonderstatusverhältnis besteht – **Disziplinarstrafen** setzen eine gesetzliche Grundlage voraus. Für schwerwiegende Strafen ist zusätzlich eine formellgesetzliche Grundlage zu fordern.

³ JAAG, S. 12 ff.

⁴ In der Praxis wird allerdings bei Zahlungsunfähigkeit der Zahlungspflichtigen regelmässig zumindest einstweilen auf die Einforderungen von Entscheidungsbühren verzichtet.

⁵ Vgl. etwa für den Kanton Zürich: § 2 des Straf- und Justizvollzugsgesetzes vom 19. Juni 2006 (StJVg; LS 331); für den Kanton Bern: Art. 1 des Gesetzes über das kantonale Strafrecht vom 9. April 2009 (KStrG; BSG 311.1); für den Kanton Luzern: § 1 Übertretungsstrafgesetz vom 14. September 1976 (UeStG; SRL 300).

⁶ Gestützt auf die Kompetenznorm in Art. 335 StGB.

⁷ BGer, Urteil 6B_442/2010 vom 15. Juli 2010 E. 2.4.

Zu fordern ist, dass die Strafbestimmungen eine genügende Bestimmtheit aufweisen.⁸ Das Gesetz muss so klar formuliert sein, dass der Rechtsunterworfenen einerseits erkennen kann, ob ein bestimmtes Verhalten normkonform ist oder nicht und andererseits die Folgen eines bestimmten Verhaltens «mit einem bestimmten Grad an Gewissheit» abschätzen kann. Als Beispiel für fehlende Bestimmtheit kann etwa auf § 340 des zürcherischen Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 verwiesen werden.⁹ Dieser Paragraf bedroht sämtliche vorsätzlichen Verstösse «gegen dieses Gesetz oder ausführende Verfügungen [...] mit Busse bis zu Fr. 50'000, [und] bei Gewinnsucht mit Busse in unbeschränkter Höhe [...]». Das Gesetz hat aber eine Vielzahl von Normadressaten – primär Bauherren¹⁰, aber auch Verwaltungsangestellte in den Gemeinden – und lässt offen, ob die Sanktionsmöglichkeit für alle Adressaten gelten soll oder sich lediglich an Bauherren richtet. Unter dem Aspekt des Legalitätsprinzips erscheint eine derartige Norm deshalb ungenügend. Als Gegenbeispiel aus demselben Bereich kann das Gesetz über Raumentwicklung und Bauwesen (Baugesetz, BauG) vom 19. Januar 1993 des Kantons Aargau¹¹ herangezogen werden, wonach «die vorsätzliche oder fahrlässige Widerhandlung, begangen durch Bauherren, Eigentümer, sonstige Berechtigte, Projektverfasser, Unternehmer und Bauleiter» strafbar ist. Auch inhaltlich muss klar sein, welches Verhalten unter Strafe gestellt wird. Fraglich ist deshalb, ob **Blankettstrafbestimmungen**, d.h. Bestimmungen, die einen Verstoß gegen Ausführungsrecht oder darauf erlassene Verfügungen generell unter Strafe stellen, dem Legalitätsprinzip genügen.^{12,13} Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichtes und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte muss ein Gesetz «so präzise formuliert sein, dass der Adressat sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen

⁸ Vgl. BGer, Urteil 6B_442/2010 vom 15. Juli 2010 E. 2.5 mit Verweisen.

⁹ LS 700.1.

¹⁰ Vgl. für die Bestimmtheit der Adressaten § 160 Abs. 2 des Gesetzes über Raumentwicklung und Bauwesen (Baugesetz, BauG) vom 19. Januar 1993 des Kantons Aargau (SAR 713.100): «Strafbar ist die vorsätzliche oder fahrlässige Widerhandlung, begangen durch Bauherren, Eigentümer, sonstige Berechtigte, Projektverfasser, Unternehmer und Bauleiter.»

¹¹ SAR 713.100.

¹² SCHUHMACHER, S. 291 ff., 295 ff.

¹³ Vgl. als Beispiel einer unzureichenden Blankettnorm Art. 101 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40): «Mit Busse bis zu 100'000 Franken wird bestraft, wer vorsätzlich einer rechtskräftigen Verfügung der zuständigen Aufsichtsbehörde oder einem rechtskräftigen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen zuwiderhandelt.»

entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann».¹⁴ Werden bei lediglich grundsätzlicher Festlegung der Sanktionsmöglichkeit auf Gesetzesstufe die einzelnen Verstöße auf Verordnungsstufe konkretisiert, ist der Forderung nach inhaltlicher Bestimmtheit Genüge getan. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Strafandrohung auch inhaltlich noch konkretisiert wird, etwa mit zusätzlichen Höchstgrenzen für die Bestrafung bei einzelnen Verstößen:¹⁵ Die Rechtsunterworfenen können dann ohne allzu grossen Aufwand erkennen, welches Verhalten strafbar ist und welches nicht. Stellen die Blankettnormen Verstöße gegen Verfügungen unter Strafe, muss das Blankett mittels Verfügung ausgefüllt werden, d.h., dem Pflichtigen muss die Bestrafung mittels Verfügung angedroht werden.¹⁶ Dabei ist eine Strafbarkeit ohne entsprechende Androhung in der Verfügung, deren Durchsetzung erreicht werden will, m.E. – auch wenn die entsprechenden Bestimmungen in den Spezialgesetzen dies häufig nicht verlangen – unzulässig.¹⁷ Auch wenn eine Norm die Widerhandlung gegen eine Verfügung als solche unter Strafe stellt, muss die Strafe dem Rechtsunterworfenen also angedroht werden, um Rechtswirkungen entfalten zu können. Dies setzt auch eine formgültige Zustellung voraus, da nur diese garantiert, dass der Rechtsunterworfenen von der Strafbarkeit seines Tuns sichere Kenntnis hat.¹⁸ Genau dies sieht auch Art. 292 StGB vor. Gestützt auf diese Bestimmung kann jede Verfügung mit der Androhung versehen werden, dass Ungehorsam mit Busse bestraft wird. Die Bestimmung gewährt den Behörden eine grosse Freiheit, eine Ungehorsamsstrafe anzuordnen oder nicht, wobei diese Freiheit dadurch relativiert wird, dass die Rechtsanwendung im Einzelfall nicht Sache der Verwaltungsbehörden ist, sondern immer durch Strafbehörden erfolgt.¹⁹ Da gestützt auf Art. 292 StGB Ungehorsam – bei entsprechender Androhung –

¹⁴ BGer, Urteil 6B_442/2010 vom 15. Juli 2010 E. 2.5 mit Verweisen.

¹⁵ Vgl. als Beispiel § 27 des Hundegesetzes vom 14. April 2008 (LS 554.5) und § 23 der Hundeverordnung vom 25. November 2009 (LS 554.51) des Kantons Zürich.

¹⁶ Vgl. BGer, Urteil 6B_442/2010 vom 15. Juli 2010; vgl. als korrekte rechtsetzungstechnische Formulierung Art. 127 Abs. 1 lit. b des Zollgesetzes vom 18. März 2005 (ZG; SR 631.0): «[Es] wird mit Busse bis zu 5000 Franken bestraft, wer vorsätzlich oder grobfahrlässig verstösst [...]

^{b.} gegen eine unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn gerichtete Verfügung.»

¹⁷ So etwa Art. 101 Abs. 2 RTVG (SR 784.40): «Mit Busse bis zu 100 000 Franken wird bestraft, wer vorsätzlich einer rechtskräftigen Verfügung der zuständigen Aufsichtsbehörde oder einem rechtskräftigen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen zuwiderhandelt.»

¹⁸ GÄCHTER/EGLI in: Komm. VwVG, Art. 41 N 37, erachten Bestimmungen wie etwa Art. 101 Abs. 2 RTVG, die den Ungehorsam als solchen, d.h. ohne Bezug auf den Inhalt einer Verfügung unter Strafe stellen, als problematisch.

¹⁹ Vgl. GÄCHTER/EGLI in: Komm. VwVG, Art. 41 N 43.

immer unter Strafe gestellt werden kann, sind spezielle Blankettnormen in Spezialgesetzen, die eine Bestrafung wegen Ungehorsams vorsehen, grundsätzlich verzichtbar. Problematisch mit Bezug auf die Forderung nach inhaltlicher Bestimmtheit ist auch die Regelung betreffend die Bestrafung der fahrlässigen Tatbegehung. Fahrlässige Tatbegehung wird nach Art. 333 Abs. 7 StGB im Nebenstrafrecht des Bundes unter Strafe gestellt, es sei denn, «nach dem Sinne der Vorschrift [sei] nur die vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht».²⁰ Damit ist für den Rechtsunterworfenen häufig unklar, ob eine fahrlässige Begehung bestraft wird oder nicht. Die meisten Gesetze, welche verwaltungsrechtliche Sanktionen enthalten, regeln denn auch die Strafbarkeit der fahrlässigen Begehung entweder durch ausdrückliche Beschränkung der Strafbarkeit auf vorsätzliche Begehung oder durch den Hinweis, dass auch die fahrlässige Tatbegehung strafbar ist.

III. Exekutorische Sanktionen

Besteht die Pflichtverletzung eines Rechtsunterworfenen in der Nichtbezahlung einer Geldsumme, steht dem Staat zur Durchsetzung ausschliesslich das **Betreibungsverfahren** gemäss SchKG zur Verfügung. Die Konkursbetreibung für öffentlich-rechtliche Forderungen ist demgegenüber ausgeschlossen.²¹ Die Anordnung von Zwang bei Nichterfüllung von Geldforderungen ist unzulässig.²² Zulässig ist jedoch die Verbindung mit Busse und auch mit administrativen Rechtsnachteilen bei unmittelbarem Zusammenhang und ausreichender gesetzlicher Grundlage.²³

Weigern sich Rechtsunterworfenen, ihnen auferlegte Pflichten vorzunehmen, kann der Staat, falls die Leistung nicht zwingend persönlich erfüllt werden muss,

²⁰ Diese Bestimmung gilt kraft Verweises auch für eine Mehrzahl der Kantone (vgl. vorne bei Fn. 6).

²¹ Art. 43 SchKG.

²² Vgl. dazu § 7a Abs. 2 Ziff. 3 des (aufgehobenen) Hundegesetzes des Kantons Thurgau vom 12. September 2007, der zur Vollstreckung der Hundesteuer die Fremdplatzierung des Hundes vorsah. Das Bundesgericht hob die Bestimmung im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle (BGE 134 I 293) allerdings nicht auf, da gesetzlich nicht die Verwertung des Hundes abgeordnet wurde, sondern der säumige Hundebesitzer mittels Beugezwang zu rechtmässigem Verhalten angehalten werden sollte und eine Ausübung in verhältnismässiger Weise vorgesehen war.

²³ LOCHER, Rz. 86.

die verlangte Handlung selbst durchführen oder Dritte mit deren Ausführung beauftragen. Eine besondere gesetzliche Grundlage ist für die Anordnung einer **Ersatzvornahme** nicht notwendig, da sie lediglich der Durchsetzung einer gestützt auf eine gesetzliche Grundlage rechtskräftig angeordneten Pflicht dient.²⁴ Vorauszusetzen ist dabei die Androhung der Ersatzvornahme mit Ansetzung einer Frist zur Erfüllung der Pflicht,²⁵ wobei auf eine Androhung verzichtet werden kann, wenn Gefahr in Verzug ist (**antizipierte Ersatzvornahme**). Die Ersatzvornahme erfolgt unter Auferlegung der Kosten, welche an die Stelle der persönlichen Leistungspflicht treten.

Müssen auferlegte Pflichten zwingend vom Pflichtigen persönlich erfüllt werden, kann die Erfüllung der Pflicht durch die Anwendung von **unmittelbarem Zwang** durchgesetzt werden. Dieser Sanktion fehlt zwar ein eigentlicher Strafcharakter, sie ist aber als Ausfluss des Gewaltmonopols des Staates das schärfste Zwangsmittel und verlangt immer eine gesetzliche Grundlage. Die Anwendung von Zwang ist einerseits denkbar beim unmittelbaren Gesetzesvollzug, aber auch bei der Vollstreckung von Verfügungen. Dabei unterscheiden sich die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage: Stützt sich die Anwendung des Zwangs direkt auf ein Gesetz, ist eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage unabdingbar.²⁶ Wird demgegenüber eine vorgängig mittels Verfügung festgehaltene gesetzliche Verhaltenspflicht durchgesetzt, genügt es in der Regel, wenn die durchzusetzende Pflicht gesetzlich festgehalten ist und die Anwendung von Zwang in einer Pauschalermächtigung gesetzlich vorgesehen ist.²⁷ Eine Sonderstellung kommt dem sogenannten **Beugezwang** zu. Dieser wird dann angewendet, wenn die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes durch Zwang nicht unmittelbar möglich ist. Für die Anordnung von Beugezwang ist eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage notwendig. Zudem ist die Anordnung in einer Verfügung notwendig und der Verhältnismässigkeit ist besonderes Gewicht beizumessen. Beim Beispiel der mittlerweile aufgehobe-

²⁴ Häufige Beispiele für Ersatzvornahmen finden sich im Baurecht. Eine Ersatzvornahme ist allerdings auch ohne entsprechende Bestimmung (z.B. § 341 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Zürich vom 7. September 1975 [LS 700.1]) zulässig, da sie an die Stelle der Pflichterfüllung tritt. Somit genügt es, wenn sich die Pflicht aus dem Gesetz ergibt (z.B. pflichtgemässes Bauen bezüglich Abstandsvorschriften zieht eine Abbruchverfügungen bei Pflichtwidrigkeit nach sich [BGE 132 II 21]).

²⁵ JAAG, S. 7.

²⁶ Entsprechende Bestimmungen finden sich vor allem in den Polizeigesetzen, vgl. etwa Fesselung in § 16 des Polizeigesetzes des Kantons Zürich vom 23. April 2007 (LS 550.1).

²⁷ LOCHER, Rz. 110 ff.

nen Bestimmung im Hundegesetz des Kantons Thurgau²⁸ (§ 7a Abs. 3: «Werden die finanziellen Verpflichtungen innert angemessener Frist nicht erfüllt, kann der Hund fremdplatziert werden») erachtete das Bundesgericht im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle die Verhältnismässigkeit noch als erfüllt, weil gemäss den Versicherungen im parlamentarischen Prozess eine Fremdplatzierung von Hunden bei nicht zahlungsfähigen Personen nur unter ausserordentlichen Verhältnissen (z.B. Haltung einer Vielzahl von Hunden und/oder Haltung unter schlechten Bedingungen) gewollt war.

IV. Administrative Rechtsnachteile

Eine Zwischenstellung zwischen exekutorischen und pönalen Sanktionen haben die administrativen Rechtsnachteile. Sie sind in der Regel auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bei verschuldeten Pflichtverletzungen ausgerichtet. Dies ist insbesondere beim Widerruf einer begünstigenden Verfügung der Fall, wenn Bedingungen und Auflagen nicht erfüllt werden. Eine gesetzliche Grundlage für diese Massnahme ist nur dann zu fordern, wenn sich der Widerruf nicht auf die Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes beschränkt, sondern zusätzlich Strafcharakter hat, wie etwa beim Entzug des Führerausweises bei gewissen Verkehrsdelikten. So legt Art. 16 Abs. 2 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958²⁹ fest, dass «bei Widerhandlungen gegen die Strassenverkehrsvorschriften, bei denen das Verfahren nach dem Ordnungsbussengesetz vom 24. Juni 1970 ausgeschlossen ist, der Lernfahr- oder Führerausweis entzogen oder eine Verwarnung ausgesprochen [wird]».³⁰ Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung muss es jedoch erlaubt sein, eine Bewilligung zu widerrufen, wenn nicht mehr alle Voraussetzungen für deren Erteilung erfüllt sind. Das Vorgehen richtet sich dabei nach den Regeln des Widerrufs von Verfügungen.³¹ Die Abgrenzung, ob der Widerruf – auch – Strafcharakter hat oder nur auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes gerichtet ist,

²⁸ Vgl. Fn. 22.

²⁹ SR 741.01.

³⁰ Ausgeschlossen ist ein Entzug sowohl durch die Straf- als auch durch die Administrativbehörden (vgl. dazu BGE 125 II 402, der einen Entzug durch die Administrativbehörden trotz Bestrafung durch den Strafrichter als zulässig erachtet hatte, weil nach damals geltendem Recht die Strafbehörden sachlich nicht zum Entzug des Führerausweises zuständig waren).

³¹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1224 ff.

kann dabei im Einzelfall schwierig sein. Weitere administrative Rechtsnachteile können in der Verweigerung einer Verwaltungsleistung liegen. Dafür muss – sofern kein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang zwischen der verweiger-ten Leistung und der Pflichtverletzung vorliegt – eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage geschaffen werden.³² Schliesslich fällt die Einziehung von unrechtmässig erlangten Vorteilen unter die administrativen Rechtsnachteile. Diesen kommt insbesondere dann Bedeutung zu, wenn keine strafrechtlichen Vorschriften verletzt wurden und deshalb eine Einziehung der Vermögensvorteile nicht gestützt auf Art. 70 ff. StGB erfolgen kann. Auch für die Einziehung von unrechtmässig erlangten Vorteilen ist eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zu verlangen.

³² Vgl. BGE 137 II 366, wonach die Missachtung von Tierschutzvorschriften nicht zur Verweigerung sämtlicher Direktzahlungen berechtigt, sondern nur von Beiträgen, die mit der Haltung von Nutztieren in Verbindung stehen.

Anhang
Verwaltungsrechtliche Sanktionen (tabellarische Übersicht)

Unterscheidung nach der Wirkung	Voraussetzungen			
	vollstreckbare Verfügung	bes. gesetzliche Grundlage	Verhältnismässigkeit	Androhung
<p>exekutorische Sanktionen: d.h. unmittelbare Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten (rechtmässiger Zustand wird unmittelbar wiederhergestellt)</p> <p>Arten:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Schuldbetreibung - bei persönlicher Leistungspflicht: unmittelbarer Zwang (z.B. Ausschaffung, Verhaftung bei Verweigerung des Strafantritts, Beschlagnahme von Sachen) - bei vertretbaren Leistungen: Ersatzvornahme (z.B. Abbruch einer widerrechtlich erstellten Baute; Abschleppen eines pflichtwidrig parkierten Fahrzeuges) 				
	ja	nein	nein	nein
	ja Ausnahme: Legitimation aufgrund der polizeilichen Generalklausel	bei direktem Gesetzesvollzug: notwendig; bei der Vollstreckung von Verfügungen: nur bei schwerem Eingriff in Grundrechte notwendig	ja	ja Ausnahme: Gefahr in Verzug
	ja Ausnahme: schwere und unmittelbar drohende Gefährdung: antizipierte Ersatzvornahme	nein	ja	ja Ausnahme: Gefahr in Verzug

Unterscheidung nach der Wirkung	Voraussetzungen			
	vollstreckbare Verfügung	bes. gesetzliche Grundlage	Verhältnismässigkeit	Androhung
pönale Sanktionen: d.h., die Erfüllung von verwaltungsrechtlichen Pflichten wird mittelbar erzwungen durch Strafen und Massnahmen (rechtmässiger Zustand wird nicht wiederhergestellt, sondern es wird auf die Pflichten eingewirkt, damit diese sich [künftig] rechtmässig verhalten) Arten:				
– Verwaltungsstrafen, insb. Ordnungsbussen (z.B. Fernbleiben vom Unterricht, Bauen ohne Baubewilligung)	ja	ja	ja (+ Verschulden)	nein
– Bestrafung wegen Ungehorsams	ja (Überprüfung durch Gericht)	nein (Art. 292 StGB)	ja (+ Vorsatz)	ja
– Disziplinar massnahmen (zusätzliche Voraussetzung: Sonderstatusverhältnis)	ja	ja	ja	nein (Anhörung)

Unterscheidung nach der Wirkung	Voraussetzungen			
	vollstreckbare Verfügung	bes. gesetzliche Grundlage	Verhältnismässigkeit	Androhung
<p>administrative Rechtsnachteile: haben repressiven Charakter; in dem ein Fehlverhalten geahndet wird, Pflicht wird zwar nicht durchgesetzt, aber der rechtmässige Zustand wiederhergestellt</p> <p>Arten:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Einziehung unrechtmässiger erlangter Vorteile (z.B. Abschöpfung von Gewinnen gemäss Art. 89 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 RTVG) (oft mindestens teilweise auch mit pönalem Charakter) - Verweigerung von Verwaltungsleistungen (z.B. Verweigerung von Leistungen durch die IV, wenn Arbeitsunfähigkeit schuldhaft nicht verringert wird) - Widerruf von Verfügungen (z.B. Entzug einer Bewilligung) 	ja	ja	ja	nein
	ja	ja	ja (+ Konnexität)	ja
	ja	notwendig bei (zusätzlich) pönalem Charakter sonst: Widerruf gem. Regeln zum Widerruf von Verfügungen	ja	nein

Literaturverzeichnis

- AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008 (zit. BEARBEITER in: Komm. VwVG)
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016
- JAAG TOBIAS, Verwaltungsrechtliche Sanktionen: Einführung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 1 ff.
- LOCHER ALEXANDER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen – Rechtliche Ausgestaltung, Abgrenzung und Anwendbarkeit der Verfahrensgarantien, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2013
- SCHUHMACHER CHRISTIAN, Erscheinungsweisen und Kritik des Verwaltungsstrafrechts des Kantons Zürich, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 289 ff.

Die gesetzliche Grundlage für staatliche Gebühren

Zusammenfassung der Ergebnisse des Workshops C

Marcel Bolz

Inhaltsübersicht

I.	Gebühren im Gefüge der öffentlichen Abgaben	129
1.	Wesensmerkmale	129
2.	Arten	130
II.	Erfordernisse des Legalitätsprinzips bei öffentlichen Abgaben	130
1.	Generell	130
2.	Lockerungen der Erfordernisse und Ausnahmen bei Gebühren	131
III.	Konzeptionelle Fragen der Rechtsetzung über Gebühren	132
	Literaturverzeichnis	133

I. Gebühren im Gefüge der öffentlichen Abgaben

1. Wesensmerkmale

Ausgehend von der Stellung der Gebühren in der systematischen Übersicht der heutigen öffentlichen Abgaben¹ behandelten die Teilnehmenden die Wesensmerkmale der Gebühren. Letztere sind öffentliche Abgaben, die a) gestützt auf öffentliches Recht erhoben werden, b) im Zusammenhang mit der Benutzung einer öffentlichen Einrichtung oder mit Amtshandlungen stehen, welche die Pflichtigen veranlassen oder verursachen, c) leistungsabhängig sind (Amtshandlung, Benützung einer öffentlichen Einrichtung oder Nutzung eines [Regal-] Rechts) und d) die Funktion haben, die Kosten der veranlassten Leistung bzw. den Wert der in Anspruch genommenen Leistung ganz oder teilweise abzugelten.

¹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2756.

2. Arten

Abhängig von der zugrunde liegenden staatlichen Leistung werden folgende Gebührenarten unterschieden: 1. Verwaltungsgebühren (einschliesslich der Unterarten Kanzlei- und Kontrollgebühren), 2. Benutzungsgebühren, 3. Konzessionsgebühren und 4. (gewisse) Aufsichtsabgaben. Bei den Letzteren kamen in Anlehnung an HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN² und TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER³ Zweifel darüber auf, ob die besonderen Bemessungskriterien die Bildung einer neuen Gebührenart rechtfertigen.

Die Gebührenart hat nicht nur systematische Bedeutung, sondern wirkt sich auf die Erfordernisse des Legalitätsprinzips aus. Die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage sind nicht bei allen Gebührenarten gleich.

II. Erfordernisse des Legalitätsprinzips bei öffentlichen Abgaben

1. Generell

Nach dem Erfordernis des Rechtssatzes müssen die Abgaben in einer kompetenzgemäss erlassenen generell-abstrakten Rechtsnorm vorgesehen sein, die genügend bestimmt ist.

Das Erfordernis der Gesetzesform verlangt, dass alle wesentlichen Elemente einer Abgabe im formellen Gesetz festgelegt sind: der Kreis der Abgabepflichtigen, der abgabebegründende Tatbestand, die Grundzüge der Bemessung der Abgabe und Ausnahmen von der Abgabepflicht.⁴

Im Bereich der öffentlichen Abgaben besteht insofern eine prozessrechtlich relevante Besonderheit, als nur hier dem Legalitätsprinzip die Stellung eines verfassungsmässigen Rechts zukommt.⁵

² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2794.

³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 57 Rz. 23 ff., wo nur drei Gebührenarten aufgeführt werden.

⁴ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 59 Rz. 1 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2795 ff.; je mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

⁵ BGE 132 I 159.

2. Lockerungen der Erfordernisse und Ausnahmen bei Gebühren

a)

Bei Kontroll- und Kanzleigebühren gelten generell Ausnahmen vom Erfordernis der Gesetzesform; für diese Gebühren ist die Verordnungsstufe genügend.

Vom Erfordernis des Rechtssatzes sind keine Ausnahmen zulässig, die Gebühr muss immer in einem generell-abstrakten Erlass vorgesehen sein. Hingegen gelten Erleichterungen bezüglich der Normdichte und der Bestimmtheit, wenn das Kostendeckungs- bzw. das Äquivalenzprinzip die Funktion der Gesetzesform bezüglich Begrenzung der Höhe der Gebühr übernehmen.

b)

Gemäss dem Kostendeckungsprinzip darf der *Gesamtertrag* von kostenabhängigen Gebühren die *gesamten Kosten* des betreffenden Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen.⁶ Dieses Prinzip findet keine Anwendung auf eine einzelne Gebühr, sondern verlangt eine Gesamtbetrachtung. Es setzt eine Höchstgrenze fest und verlangt nicht etwa die Erhebung von kostendeckenden Gebühren.

Im Workshop wurde eingewendet, dass die Offenheit des Kostendeckungsprinzips dessen begrenzende Wirkung relativiere; einerseits könne eine genaue Erfassung der Kosten eigentlich nur aufgrund einer sog. Kosten-Leistungsrechnung erfolgen, die in vielen Fällen nicht oder nicht detailliert geführt werde; andererseits bestehe bei der Abgrenzung der «betreffenden Verwaltungszweige» wohl ein nicht zu unterschätzender Entscheidungsspielraum. Es wurde aber auch erwähnt, dass viele Gebühren einen tiefen Kostendeckungsgrad aufweisen und deren Erträge die durch das Kostendeckungsprinzip gesetzten Höchstgrenzen bei weitem unterschreiten.

c)

Das Äquivalenzprinzip verlangt, dass die Gebühren *im Einzelfall* in einem *vernünftigen Verhältnis* zum Wert stehen, den die Leistungen der Verwaltung für die Gebührenpflichtigen haben.⁷

⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2778 ff.

⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2785 ff.

Das Äquivalenzprinzip stellt die gebührenrechtliche Fassung des Verhältnismäßigkeitsprinzips dar und gilt grundsätzlich für alle Gebühren, somit auch für die kostenunabhängigen Gebühren, die nicht in den Anwendungsbereich des Kostendeckungsprinzips fallen. Hat die Leistung der Verwaltung einen Marktwert, bzw. ist anderswo eine Leistung mit vergleichbarem Nutzen erhältlich, so entfaltet das Äquivalenzprinzip eine stark begrenzende Wirkung. Beim Fehlen eines Marktwerts dienen die Kosten der Verwaltungsleistung oder der (wirtschaftliche) Nutzen, der den Gebührenpflichtigen durch die amtliche Tätigkeit oder die Nutzung einer öffentlichen Sache bzw. eines Rechts entsteht, als Kriterien.

III. Konzeptionelle Fragen der Rechtsetzung über Gebühren

Bei der Ausgestaltung der Rechtsgrundlagen für Gebühren nach Massgabe des Legalitätsprinzips stellen sich verschiedene konzeptionelle Fragen, die insbesondere bei grösseren Revisionsvorhaben im Rahmen eines Normkonzepts vor der Formulierung des Entwurfs geklärt werden sollten. Im Workshop wurden folgende Fragen genannt:

- Was genau ist der gebührenpflichtige Tatbestand (z.B. Behandlung von Gesuchen, Bewilligungserteilung, Rechtsmittelentscheid, Kanzleitigkeiten, Nutzung einer öffentlichen Sache)?
- Welche Gebührenart liegt vor?
- Welches Rechtssetzungsorgan ist zum Erlass der Regelungen zuständig? Wie ist der Regelungsstoff auf die Erlassstufen (Gesetz, Dekret, Verordnung, evtl. autonome Satzung) zu verteilen?
- Welche Tatbestände sollen ausnahmsweise von der Gebührenpflicht befreit sein? Generelle Ausnahmen von der Gebührenpflicht (z.B. für erstinstanzliche Verfahren mit Vorbehalt besonderer Regelungen) sind grundsätzlich im formellen Gesetz zu regeln.
- Welchen Kostendeckungsgrad sollen die neuen Gebühren aufweisen? Welche Daten sind für die Berechnung oder Schätzung des Kostendeckungsgrads erforderlich?

- Soll auf die Erhebung von «Bagatellgebühren» verzichtet werden, wenn die Kosten für deren Erhebung und Bezug in einem ungünstigen Verhältnis zum Gebührenertrag stehen («defizitäre» Gebühren)? Vor- und Nachteile eines allfälligen Verzichts?
- Auf welche Kriterien ist bei der Bemessung der Gebühr abzustellen (z.B. Verwaltungsaufwand, Bausumme, Streitwert, Marktwert, Nutzen, Dauer)? Wie ist der Verwaltungsaufwand zu berechnen? Sollen diese Kriterien direkt oder pauschalisiert zur Anwendung kommen? Ist die Möglichkeit von Zu- oder Abschlägen vorzusehen? Wenn ja, für welche Tatbestände?
- Sollen die Gebühren an die Teuerung angepasst werden? Wenn ja, durch Indexierung oder durch periodische Revisionen?
- In welchen Formen soll die Verwaltung die Gebühren auferlegen? In Frage kommen a) die Verfügung, b) der verwaltungsrechtliche Vertrag, c) ein zweistufiges Vorgehen, wonach die Verwaltung zuerst eine Rechnung zustellt und erst bei deren Nichtbezahlung eine Verfügung erlässt, d) ohne formellen Rechtsakt (durch Zusammenlegung von Auferlegung und Bezug, z.B. durch vorgängige Begleichung der Eintrittsgebühr beim Museum oder nachträgliche Begleichung bei Parkieranlagen)?
- Welche Formen des Bezugs der Gebühren sind vorzusehen oder zu ermöglichen (Barzahlung, Bank- oder Postüberweisung, mit EC- oder Kreditkarte, online)?
- Ist die Möglichkeit eines nachträglichen Erlasses der Gebühr zu regeln? Wenn ja, welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein?

Literaturverzeichnis

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014

Die gesetzliche Grundlage für die Verwaltungsorganisation

(Ergebnis-Bericht aus dem Workshop D)

Stefan Vogel

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	135
II. Zur Regelungsstufe	137
III. Zur Regelungs-dichte/-bestimmtheit	138
IV. (Sachliche) Dezentralisierungen im Besonderen	139
Literaturverzeichnis	141

I. Einleitung

«Stufe und Detaillierungsgrad der Rechtsnormen über die Verwaltungsorganisation sind sehr unterschiedlich.»¹ Bei einer Untersuchung der Tragweite des Legalitätsprinzips in diesem Rechtsbereich kommt man damit nicht umhin, sich mit einer relativ uneinheitlichen und komplexen Praxis kritisch auseinanderzusetzen. Die Heterogenität der gesetzlichen Grundlagen ist teilweise auf die Vielgestaltigkeit staatlicher Organisationen zurückzuführen, was angepasste Lösungen erfordert und Generalisierungen Grenzen setzt. Nicht immer sind verschiedenartige Lösungen aber effektiv sachlich begründet. Das lässt auf Unsicherheiten im Umgang mit diesen Problemen schliessen. Häufig dürften organisationsrechtlichen Themen auch schlicht keine allzu hohe Bedeutung beigemessen werden.

Zentrale Punkte der Staatsorganisation (z.B. Zusammensetzung und Wahl der Regierung) regelt die Verfassung regelmässig direkt.² Darüber hinaus sehen die

¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1547.

² FEUZ, S. 181.

Bundesverfassung und viele Kantonsverfassungen vor, dass die «grundlegenden» bzw. «wesentlichen» Bestimmungen des Organisationsrechts in ein Gesetz gehören.³ Alternativ bzw. ergänzend ist zum Teil auch von den «Grundzügen»⁴ oder «Grundsätzen»⁵ des Organisationsrechts die Rede, welche in einem Gesetz zu regeln sind. Somit ist auch im Organisationsrecht prinzipiell davon auszugehen, dass *wichtige* Regelungen auf Gesetzesstufe gehören.⁶ Die Kriterien, welche gemeinhin angeführt werden, um zu entscheiden, ob eine Materie diese Voraussetzung erfüllt oder nicht – genannt werden namentlich Eingriffsintensität, Zahl der Betroffenen, finanzielle Tragweite, Akzeptanz⁷ –, sind indessen mehrheitlich auf die Eingriffsverwaltung gemünzt und passen entsprechend auf das Organisationsrecht nur beschränkt⁸.

Daneben finden sich auf Verfassungsstufe spezifische(re) organisationsrechtlich relevante Regelungsaufträge an den Gesetz-⁹ oder Verordnungsgeber¹⁰, die je nachdem auch gewisse Leitlinien dazu enthalten, was sich (auf welcher Stufe) als regelungswürdig erweist. Weitgehend unbestritten ist namentlich, dass die Schaffung dezentraler bzw. ausgelagerter Aufgabenträger dem Gesetzgeber vorbehalten bleibt.¹¹ Obwohl es nicht an Versuchen¹² mangelt, diese Vorgabe weiter zu konkretisieren, trifft man in der Praxis allerdings trotzdem immer wieder auf Anwendungsfälle¹³, wo sich der Gesetzgeber eher wortkarg gibt.

Im Rahmen des Workshops D (der ZfR-Jahrestagung 2016) wurde – anhand von Beispielen – versucht, einige Hilfskriterien zu entwickeln, welche dafür

³ Art. 164 Abs. 1 lit. g BV, Art. 38 Abs. 1 lit. c KV ZH (SR 131.211), Art. 50 lit. f KV SH (SR 131.223), § 36 Abs. 1 KV TG (SR 131.228), § 45 Abs. 2 lit. b KV LU (SR 131.213).

⁴ § 94 Abs. 1 KV AG (SR 131.227), Art. 69 lit. d. KV AR (SR 131.224.1), § 83 Abs. 2 lit. d KV BS (SR 131.222.1), Art. 67 lit. b KV SG (SR 131.225), § 50 lit. b KV SZ (SR 131.215).

⁵ Art. 31 Abs. 2 Ziff. 5 KV GR (SR 131.226).

⁶ Vgl. dazu auch BGE 134 I 125, 132, E. 3.2.

⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 354; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 230 ff.

⁸ BIAGGINI, S. 154; FEUZ, S. 183.

⁹ Vgl. etwa Art. 96 KV BE (SR 131.212) betreffend die Schaffung einer Ombudsstelle.

¹⁰ Vgl. z.B. Art. 49 Abs. 1 Satz 2 KV GR (SR 131.226), wonach die Regierung die Aufgabenbereiche der Departemente durch Verordnung regelt.

¹¹ Vgl. Art. 178 Abs. 3 BV, Art. 98 KV ZH (SR 131.211), Art. 95 KV BE (SR 131.212); JAAG, S. 37 f.; VOGEL, Einheit, S. 67.

¹² Dazu BIAGGINI, S. 155; FEUZ, S. 188; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1619.

¹³ Als Beispiele für eher knappe, wenig präzise Regelungen können etwa das Bundesgesetz über Schweiz Tourismus vom 21. Dezember 1955 (SR 935.21) oder das Bundesgesetz über die Rüstungsunternehmen des Bundes (BGRB) vom 10. Oktober 1997 (SR 934.21) genannt werden.

sprechen, eine organisationsrechtliche Frage auf Gesetzes- oder auf Verordnungsstufe zu regeln oder sie im Gegenteil bewusst offenzulassen. Die wesentlichen Ergebnisse werden nachfolgend in gafferter Form zusammengefasst.

II. Zur Regelungsstufe

Aus rechtsstaatlicher Sicht ist zu fordern, dass der Gesetzgeber jedenfalls das *strukturelle* und *instrumentelle Fundament* sowie den *institutionellen Rahmen* des Organisationsrechts festlegt. Folgeschwere Fragen, welche nicht bereits durch die Verfassung vorgegeben werden, sind somit unmittelbar durch den Gesetzgeber anzugehen. Diese Vorgabe lässt sich vor allem damit erklären, dass grundlegende organisatorische Weichenstellungen, insbesondere das Verhältnis der Verwaltung zu Regierung und Parlament, Machtverteilung und Verantwortungsstrukturen im Staat erheblich beeinflussen und insofern geeignet sind, massgeblich auf das *politische System* einzuwirken.¹⁴

Der Gesetzgeber soll weiter diejenigen Regelungen treffen, welche die Regierung auf dem Verordnungsweg *nicht angehen kann oder soll*, und sich einer Organisation vor allem dann verstärkt annehmen, wenn diese dem Einfluss der Regierung ganz oder teilweise entzogen ist. Je stärker die Regierung für einen Aufgabenkreis in der Verantwortung steht, umso grössere Zurückhaltung des Gesetzgebers ist andererseits angezeigt.

Bezüglich der Zentralverwaltung ist davon auszugehen, dass Bundesrat und Kantonsregierungen über eine *selbständige Kompetenz* zum Erlass organisationsrechtlicher Regelungen verfügen. Diese Kompetenz ist keine unumschränkte bzw. exklusive, sondern die Eckwerte der Verwaltungsorganisation werden durch den Gesetzgeber vorgegeben. Dazu gehören insbesondere die Grundstruktur der Departemente/Direktionen, übergreifende Organe sowie generelle Vorgaben zu Entscheidungsprozessen, Steuerung und Zusammenarbeit. Die Einflussnahme darf aber nicht so weit gehen, dass die Regierung nicht mehr in der Lage ist, selber für eine sachgerechte und effiziente Organisation zu sorgen. Inwieweit es vom Gesetzgeber in diesem Zusammenhang verfassungsrechtliche Schranken (im Sinne eines *Verwaltungsvorbehalts*) zu beachten gilt, ist umstrit-

¹⁴ FEUZ, S. 183.

ten.¹⁵ In jedem Fall führen gesetzgeberische Eingriffe jedoch dazu, dass die Regierung für die betreffende Lösung *politisch nicht mehr verantwortlich* gemacht werden kann.

Soweit aus Transparenzgründen (dazu Ziff. III) organisationsbezogene Verordnungsregelungen angezeigt erscheinen, sind diese in erster Linie durch die *Regierung* direkt zu treffen und können nur eingeschränkt an nachgeordnete Ebenen delegiert werden. So lässt sich gewährleisten, dass bestimmte Problemstellungen *relativ einheitlich* gelöst werden und nicht zu stark von einzelnen (Führungs-)Personen abhängen. Raum für individuelle, angepasste Lösungen muss zwar auch auf tieferer Stufe noch vorhanden sein, solche Sologänge sollten aber auch nicht überborden, zumal unterschiedliche Organisationsmuster und häufige Veränderungen zu Desorientierung in der Zusammenarbeit und bei den Betroffenen führen können. Das Bedürfnis nach Einheitlichkeit erweist sich gerade bei Grossorganisationen wie der Verwaltung als besonders ausgeprägt.

III. Zur Regelungsdichte/-bestimmtheit

Über die einschlägigen Gesetzes- und Verordnungsregelungen ist insgesamt ein Bestimmtheits- bzw. Detaillierungsgrad anzustreben, welcher sicherstellt, dass Umfang, Aufbau und Funktionsweise der Verwaltung für Dritte erkennbar werden und von diesen nachvollzogen werden können. Auf diese Weise wird die *notwendige Transparenz* gegenüber Parlament und Gerichten, anderen Verwaltungsstellen und betroffenen Privaten sichergestellt und Aussenstehenden eine *verlässliche Orientierung* ermöglicht.¹⁶ Auch der Verordnungsgeber ist in Bezug auf den Umfang der erforderlichen Regelungen also nicht völlig frei. Vielmehr ist zu fordern, dass die organisationsbezogenen Regelungen den Status quo zuverlässig abbilden.¹⁷ Dies gilt insbesondere für Vorkehren, welche *auf Dauer* (also nicht nur projektbezogen) getroffen werden, bzw. für organisatorische Massnahmen, die einen wesentlichen Einfluss auf *relevante Entscheidungsprozesse* haben. Organisationsregelungen sollten somit relativ flächendeckend

¹⁵ VOGEL, Einheit, S. 67.

¹⁶ Inspektion «Rolle und Funktion der Generalsekretariate», Inspektionsbericht der Geschäftsprüfungskommissionen der eidgenössischen Räte zuhanden des Bundesrates vom 22. Mai 1995, BBl 1995 IV 1156.

¹⁷ MÜLLER, S. 20; VOGEL, Einheit, S. 63.

eine gewisse Mindestdichte aufweisen. «Schattenorganisationen», welche so nirgends vorgesehen sind, erweisen sich als problematisch, weil sie geeignet sind, die gesetzlich vorgesehene Kompetenz- und Zuständigkeitsordnung zu unterwandern, sodass sich *Entscheidungsabläufe unzureichend nachvollziehen und Verantwortlichkeiten nicht einwandfrei zuordnen* lassen, was sowohl dem eigenverantwortlichen Handeln wie auch der Kontrolle der Verwaltung abträglich ist.

Umgekehrt müssen übergeordnete Regelungen der Verwaltung genügend *Freiräume* und *Flexibilität* belassen, damit sowohl im Tagesgeschäft wie auch für Spezialfälle effiziente, bedürfnisgerechte Lösungen gefunden werden können. Vor allem Festlegungen, die lediglich interne Vorgänge von geringer Tragweite (z.B. Sitzungsrhythmus) betreffen, sind durch Gesetz- und Verordnungsgeber mit Zurückhaltung anzugehen, um kurzfristig erforderliche Anpassungen nicht unnötig zu behindern.

IV. (Sachliche) Dezentralisierungen im Besonderen

Verfügt eine öffentlich-rechtliche Organisation über eine hohe Unabhängigkeit gegenüber der Regierung, wie das etwa bei Ombudsstellen oder den meisten öffentlichen Unternehmen der Fall ist, haben bereits die Grundlagen auf *Gesetzesstufe relativ detailliert* zu sein. Wird eine Organisation dem Einflussbereich der Regierung entzogen, besteht zum einen die Möglichkeit ergänzender Regelungen durch Exekutivverordnung nicht oder nur beschränkt. Insofern liegt die Regelungslast vorwiegend beim Gesetzgeber. Denkbar ist immerhin, dass gewisse Fragen über eine Parlamentsverordnung geordnet oder einer organisationsinternen Regelung überlassen werden. Da die hierarchische Einbindung in die Zentralverwaltung bei diesen Stellen fehlt und die Aufsicht durch die Regierung Schranken unterliegt, ist es zudem primär an der Legislative, für eine genügende Anbindung und Kontrolle des Aufgabenträgers zu sorgen. Bei (sachlichen) Dezentralisierungen¹⁸ muss die gesetzliche Grundlage somit als verbindlicher Rahmen fungieren, der das zulässige Tätigkeitsfeld zuverlässig absteckt. Am Gesetzgeber ist es überdies zu bestimmen, inwieweit dem Aufgabenträger die Befugnis zum Einsatz hoheitlicher Mittel zukommt und wie sich der Rechtsschutz dagegen gestaltet.

¹⁸ Zum Begriff HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1595 f.

Die dezentralen Organisationen regelmässig eingeräumte Autonomie kann in erster Linie die Art und Weise betreffen, wie sie eine ihnen übertragene öffentliche Aufgabe erfüllen, niemals jedoch den *Tätigkeitsbereich* an sich. Diesbezüglich hat der Gesetzgeber notwendig eine *inhaltlich bestimmte, abschliessende* Regelung zu erlassen. Gesetzliche Ermächtigungen zu relativ beliebigen sachlichen (Nebentätigkeiten) oder örtlichen (andere Kantone, Ausland) Expansionen (vgl. z.B. § 6 IWB-Gesetz BS¹⁹ oder Art. 55 f. SachVG GL²⁰) erscheinen dagegen problematisch. Auch wenn das in der (älteren) Literatur teilweise anzutreffende Bild der dienenden Natur organisationsrechtlicher Bestimmungen nicht durchwegs sachgerecht erscheint²¹, ist es dem Organisationsrecht verwehrt, völlig eigene Wege zu gehen, sondern es bleibt mit den zugehörigen staatlichen Aufgaben und dem öffentlichen Interesse aufs engste verwoben. Durch wirtschaftliche bzw. finanzielle Überlegungen getriebene Diversifizierungen sprengen diesen Rahmen und erweisen sich als unzulässig.

Im Rahmen von Dezentralisierungen kann es zu einer Verzahnung organisationsrechtlicher Erlasse mit dem *privaten* Gesellschaftsrecht kommen. Dabei verzichtet der Gesetzgeber für einen öffentlichen Aufgabenträger auf besondere strukturbezogene Regelungen und zieht stattdessen eine passende privatrechtliche Ordnung heran (sog. formelle Privatisierung). Dies vereinfacht die Regelungsaufgabe, führt aber auch zu einer Einschränkung der organisationsrechtlichen Spielräume. Auf Bundesebene sind *spezialgesetzliche* Abweichungen zum Privatrecht zwar zulässig, sollten – aus systematischen Überlegungen – aber die Ausnahme bleiben; Kantonen und Gemeinden bleiben solche Sonderregelungen grundsätzlich verwehrt (vgl. aber Art. 763 OR).²² Im Idealfall werden die jeweiligen privatrechtlichen Gefässe somit integral übernommen. Dem Kurationsakt zugrunde liegen muss dabei ein Gesetz, welches die Regierung zur Vornahme der entsprechenden Gründungshandlungen ermächtigt und die erforderlichen Rahmenvorgaben trifft.²³ Zulässig ist es schliesslich, im Rahmen öffentlich-rechtlicher Organisationserlasse für einzelne Fragen auf passende

¹⁹ Gesetz über die Industriellen Werke Basel (IWB-Gesetz) vom 11. Februar 2009 (SG 772.300).

²⁰ Gesetz über die Kantonale Sachversicherung Glarus (Sachversicherungsgesetz, SachVG) vom 2. Mai 2010 (GS V D/1/1); dazu auch BGE 138 I 378 ff.

²¹ VOGEL, Einheit, S. 61.

²² VOGEL, Aktiengesellschaft, S. 420.

²³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1712.

Bestimmungen des Privatrechts zu *verweisen*.²⁴ In diesem Fall kommen die Normen, auf welche verwiesen wird, als subsidiäres öffentliches Recht zu Anwendung.

Literaturverzeichnis

BIAGGINI GIOVANNI, Rechtsstaatliche Anforderungen an die Auslagerung und an den ausgelagerten Vollzug staatlicher Aufgaben sowie Rechtsschutz, in: René Schaffhauser/Tomas Poledna (Hrsg.), *Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen*, St. Gallen 2002, S. 143 ff.

FEUZ ROLAND, *Materielle Gesetzesbegriffe*, Diss., Bern 2002

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016

JAAG TOBIAS, *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen*, in: Tobias Jaag (Hrsg.), *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, Zürich 2000, S. 23 ff.

MÜLLER GEORG, *Funktionen des Legalitätsprinzips im Organisationsrecht*, in: DOROTHÉE BERCHTOLD/ALBERT HOFMEISTER (Hrsg.), *Die öffentliche Verwaltung im Spannungsfeld zwischen Legalität und Funktionalität: Schnittstellen Verwaltungsrecht und -management*, Bern 1995, S. 15 ff.

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

VOGEL STEFAN, *Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft*, ZBl 2003, S. 418 ff.

VOGEL STEFAN, *Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten*, Habil., Zürich/Basel/Genf 2008

²⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 248 ff.; vgl. z.B. § 47 Abs. 2 des Aargauer Gesetzes über die Gebäudeversicherung (Gebäudeversicherungsgesetz, GebVG) vom 19. September 2006 (SAR 673.100) betreffend die Revisionsstelle.

Das Legalitätsprinzip in der Gesetzessprache

Stefan Höfler

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	143
II.	Verständlichkeitsgebot und Legalitätsprinzip	144
1.	Das Verständlichkeitsgebot	145
a)	Demokratieprinzip	146
b)	Ökonomieprinzip	147
c)	Legalitätsprinzip	147
2.	Das Legalitätsprinzip	148
a)	Erfordernis des Rechtssatzes	148
b)	Erfordernis der genügenden Normstufe	149
c)	Erfordernis der genügenden Normdichte	149
III.	Neuralgische Konstruktionen	150
1.	Mangelnde Bestimmtheit	150
a)	Vage Begriffe	151
b)	Offene Aufzählungen	153
c)	Passivsätze	155
d)	Verweise	157
e)	Ausnahmen	160
f)	Geltungsbereiche	163
2.	Fehlender Rechtssatz?	164
a)	Implizite Normen	165
b)	Versteckte Normen	166
IV.	Fazit	169
	Literaturverzeichnis	170

I. Einleitung

Staatliches Handeln bedarf einer genügenden gesetzlichen Grundlage. Dies ist – ganz grob umrissen – die Hauptaussage dessen, was gemeinhin als das Legalitätsprinzip bezeichnet wird. Medium dieser gesetzlichen Grundlage ist die Sprache: Rechtssätze – Gebote, Verbote, Erlaubnisse, Freistellungen – nehmen erst in der Sprache Gestalt an, und nur über die Sprache können sie überhaupt mitgeteilt werden: «Es gibt kein sprachloses, schweigendes Recht; wo Sprache

endet, ist kein Recht mehr.»¹ Eine genügende gesetzliche Grundlage ist deshalb zunächst immer in der Sprache zu suchen, genauer: in einem Text als einer konkreten Manifestation von Sprache: «Das Gesetz verkörpert sich in einem bestimmten Text, in dem es festgeschrieben und verstetigt wird und bildet damit in der rechtsstaatlichen Demokratie die massgebliche Rechtsquelle.»² Eine genügende gesetzliche Grundlage kann nur vorhanden sein, wenn dieser Text grundsätzlich verstehbar ist und verstanden wird.³

Im vorliegenden Beitrag wird gefragt, wie das Legalitätsprinzip in der Gesetzessprache konkret zum Ausdruck kommt. Dabei wird zunächst das Zusammenspiel zwischen den zwei beteiligten Rechtsetzungsprinzipien geklärt, also zwischen dem Legalitätsprinzip einerseits (staatliches Handeln muss eine genügende gesetzliche Grundlage haben) und dem Verständlichkeitsgebot andererseits (Gesetzestexte müssen verständlich sein). Anschliessend wird gefragt, wie sich Verletzungen des Legalitätsprinzips in der Gesetzessprache manifestieren können. Zu diesem Zweck werden neuralgische sprachliche Konstruktionen identifiziert, die der Gesetzesredaktor oder die Gesetzesredaktorin einer sorgfältigen Prüfung unterziehen sollte, weil sie im ungünstigsten Fall zu einer ungenügenden gesetzlichen Grundlage führen können.

Die juristische Anforderung der genügenden gesetzlichen Grundlage soll also mithilfe sprachwissenschaftlicher Beschreibungsansätze für die Praxis der Gesetzesredaktion konkretisiert werden – soweit verallgemeinernde Aussagen dazu überhaupt möglich sind. Die angestellten Überlegungen werden anhand von Beispielen aus der Arbeit der verwaltungsinternen Redaktionskommission des Bundes veranschaulicht.⁴

II. Verständlichkeitsgebot und Legalitätsprinzip

Das Zusammenspiel von Verständlichkeitsgebot und Legalitätsprinzip kann aus zwei Perspektiven betrachtet werden. Zum einen kann gefragt werden, inwie-

¹ DEPENHEUER, Rz. 2.

² DEPENHEUER, Rz. 3.

³ Zu Verstehen und Verständlichkeit von Gesetzestexten siehe statt vieler LÖTSCHER, Herausforderung.

⁴ Zur Arbeit der verwaltungsinternen Redaktionskommission siehe NUSSBAUMER sowie HÖFLER, Verständlichkeitskontrolle.

fern das Legalitätsprinzip dazu beiträgt, das Verständlichkeitsgebot zu motivieren, und zum andern, inwiefern das Verständlichkeitsgebot als Element des Legalitätsprinzips aufgefasst werden kann. Im Folgenden werden diese zwei Perspektiven auf das Zusammenspiel der beiden Prinzipien kurz dargestellt.

1. Das Verständlichkeitsgebot

Die Forderung nach verständlich(er)en Gesetzestexten ist nicht neu, bleibt aber aktuell.⁵ In der Schweiz hat die Arbeit an der Verständlichkeit eine vergleichsweise lange Tradition, die sich bis zu der von HUBER geprägten Idee der «volkstümlichen Redaktion» von Gesetzestexten zurückverfolgen lässt. HUBER fasst die Grundzüge dieser Idee wie folgt zusammen:

«Man mag noch so sehr von der Notwendigkeit der juristischen Ausbildung der Beamten überzeugt sein, die zur Anwendung der Gesetze berufen sind, so enthält das Gesetz nach unserem heutigen Rechte doch niemals nur Anweisung an die Beamten, wie sie im gegebenen Falle zu verfahren hätten. Es will sich an alle wenden, die ihm unterworfen sind. Die Gebote des Gesetzgebers müssen daher, soweit dies mit dem speziellen Stoff verträglich ist, für jedermann oder doch für die Personen, die nach den gesetzlich geordneten Beziehungen in einem Berufe tätig sind, verstanden werden können. Ihre Sätze müssen auch für die nicht fachmännisch ausgebildeten Personen einen Sinn haben, wenngleich der Fachmann jederzeit mehr daraus wird entnehmen können, als die anderen.»⁶

Der Bundesgesetzgeber hat die wesentlichen Merkmale von HUBERS «volkstümlicher Redaktion» in Artikel 7 Absatz 1 des Sprachengesetzes⁷ in der dreiteiligen Verständlichkeitsformel «sachgerecht, klar und bürgerfreundlich» verdichtet:⁸

Art. 7 Verständlichkeit

¹ Die Bundesbehörden bemühen sich um eine sachgerechte, klare und bürgerfreundliche Sprache und achten auf geschlechtergerechte Formulierungen.

Die im Sprachengesetz positivierte Forderung nach verständlichen Gesetzestexten wird verfassungsrechtlich unter anderem mit den folgenden drei Prinzipien

⁵ Zeugnis davon legt z.B. eine unlängst in der Neuen Zürcher Zeitung (Ausgabe vom 8. Februar 2013) losgetretene und von der Lehre aufgegriffene Debatte darüber ab, ob sich die Qualität der schweizerischen Gesetzgebung «im Sinkflug» befinde; siehe GRIFFEL. Zur Diskussion um Möglichkeiten und Grenzen eines Verständlichkeitsgebots für die Rechtsetzung vgl. ausserdem LERCH und EICHHOFF-CYRUS/ANTOS, Verständlichkeit.

⁶ HUBER, S. 12.

⁷ Bundesgesetz über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften (Sprachengesetz, SpG) vom 5. Oktober 2007 (SR 441.1).

⁸ Vgl. HÖFLER, Verständlichkeitskontrolle, S. 7 ff.

begründet: (a) mit dem Demokratieprinzip, (b) mit dem Ökonomieprinzip und (c) mit dem Legalitätsprinzip.⁹

a) Demokratieprinzip

Das Verständlichkeitsgebot wird zunächst mit dem Demokratieprinzip motiviert. Dieses Argument zielt auf die politischen Entscheidungsträger ab. Es kann wie folgt zusammengefasst werden: «Wer über Gesetze zu entscheiden hat, muss sie verstehen, um sinnvoll entscheiden zu können.»¹⁰ In der Schweiz erhält das Argument aufgrund der direktdemokratischen Elemente des Gesetzgebungsverfahrens eine besondere Ausprägung. Bundesgesetze unterstehen dem Referendum, und das hat wiederum zur Folge, dass das Verständlichkeitsgebot aus der Garantie der politischen Rechte abgeleitet werden kann:

«Durch die Wahl- und Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) «soll garantiert werden, dass jeder Stimmberechtigte seinen Entscheid gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen und entsprechend mit seiner Stimme zum Ausdruck bringen kann» (BGer, Urteil 1C_182/2011, E. 6.2). Das kann er nur, wenn ihm der unterbreitete Gesetzestext verständlich ist.»¹¹

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass dies nur begrenzt zu justiziablen Ansprüchen führt: nämlich höchstens dann, wenn eine Vorlage in «wesentlichen» Aspekten missverständlich ist.¹²

Etwas allgemeiner gefasst, kann das demokratiepolitische Argument für die Verständlichkeit von Gesetzestexten auf die folgende Formel heruntergebrochen werden: ««Mündige Rechtssubjekte» sollen zumindest am Wortlaut (kritisch) kontrollierend nachvollziehen können, was eine bestimmte Passage rechtlich implizieren könnte.»¹³ Das Verständlichkeitsgebot bezweckt gemäss diesem Argument also in erster Linie, eine demokratische Kontrolle und Legitimierung der Rechtsetzung zu ermöglichen. Zugleich soll es das Vertrauen in die Rechtsordnung fördern. Dieses Vertrauen schwindet nämlich, wenn die Bürgerinnen und Bürger das Gefühl haben, der Staat spreche in einer Sprache zu ihnen, die sie nicht verstehen können.

⁹ Ausführlicher bei HÖFLER, Verständlichkeitskontrolle, S. 2 ff.

¹⁰ LÖTSCHER, Stellenwert, S. 110.

¹¹ MÜLLER, S. 91 f.

¹² MÜLLER/UHLMANN, Rz. 313 Fn. 808.

¹³ EICHHOFF-CYRUS/ANTOS, Vorwort, S. 7.

b) Ökonomieprinzip

Eine zweite Argumentationslinie begründet das Verständlichkeitsgebot mit dem Ökonomieprinzip, das auf die Effizienz und Wirksamkeit der Rechtsanwendung abzielt. Zum einen wird angeführt, dass verständlichere Gesetze zu weniger Rechtsstreitigkeiten führen: «Klarheit des Gesetzes [...] verhindert eine unnötige Beschwerdelast bei den Rechtsmittelinstanzen. Diesem Aspekt kommt auch unter dem Gesichtspunkt der Effizienz des Verwaltungshandelns bzw. der Justiz Bedeutung zu.»¹⁴ Zum anderen wird vorgebracht, dass verständlichere Erlasse ganz generell zu einer Minderung von Aufwand und Kosten in der Rechtsanwendung führen: «Je komplizierter die Rechtstexte sind, desto komplizierter die Rechtsberatung.»¹⁵ Klarere Gesetzestexte, so die Argumentation, sind einfacher zu handhaben und führen so zu einer effizienteren und wirksameren Rechtsanwendung. Unverständliche Bestimmungen verursachen nicht nur zusätzlichen Aufwand für die Rechtsanwenderinnen und -anwender, sie können auch ihre Wirkung nur begrenzt oder sogar überhaupt nicht entfalten.

c) Legalitätsprinzip

Schliesslich wird das Verständlichkeitsgebot auch mit dem Legalitätsprinzip motiviert: «Staatliches Handeln muss gesetzmässig sein, und das kann es nur, wenn die Gesetze hinlänglich klar und bestimmt sind.»¹⁶ Das rechtsstaatliche Argument für das Verständlichkeitsgebot stellt also eine Verbindung her zwischen der Idee der Verständlichkeit und der Anforderung der genügenden Bestimmtheit.¹⁷ Es hat damit in erster Linie die Rechtsunterworfenen im Blick: Die Verständlichkeit von Gesetzestexten dient der Erkennbarkeit des Rechts. Die Rechtsunterworfenen profitieren zum einen von verständlichen Gesetzen, wenn sie die Gesetze, von denen sie betroffen sind, auch verstehen können.

¹⁴ MÜLLER, S. 81.

¹⁵ SCHRÖDER/WÜRDEMANN, S. 327.

¹⁶ NUSSBAUMER, S. 305.

¹⁷ Das Bundesgericht hat diese Verbindung von Verständlichkeit und genügender Bestimmtheit z.B. zum Ausdruck gebracht, als es festhielt, dass Artikel 9 Absatz 2 des Gesetzes des Kantons Genf über die Werbung vom 9. Juni 2000 (RSG F 3 20) eine genügende gesetzliche Grundlage im Sinne von Artikel 36 Absatz 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) darstelle, weil die entsprechende Bestimmung klar formuliert und sowohl für die zuständigen Behörden als auch für die Bürgerinnen und Bürger verständlich sei (BGE 128 I 295, 308 f., E. 5b/aa).

Zum andern fördert die Verständlichkeit von Gesetzen die Rechtssicherheit und schützt die Rechtsunterworfenen vor ungleicher Behandlung und Willkür:

«Nur ein verständlich formuliertes Gesetz kann die vom Rechtsstaat geforderte Rechtssicherheit für alle vom Recht angesprochenen Personen bieten. Ziel ist eine möglichst hohe Voraussehbarkeit behördlicher Entscheide; die Gesetzesadressaten sind im Vertrauen in die öffentlich erarbeitete und – nach der Publikation – öffentlich zugängliche Rechtsordnung zu schützen. [...] Klarheit des Gesetzes erleichtert den Verwaltungs- oder Justizbehörden eine rechtsgleiche und willkürfreie Handhabung des Rechts [...]»¹⁸

In mancherlei Hinsicht stellt das Legalitätsprinzip denn auch die rechtlich bedeutsamste Motivation für das Verständlichkeitsgebot dar – und Verständlichkeit ist umgekehrt notwendige Voraussetzung für eine genügende gesetzliche Grundlage. Im Folgenden wird genauer betrachtet, welche Auswirkungen das Legalitätsprinzip auf die konkrete redaktionelle Arbeit an der Verständlichkeit von Gesetzestexten hat. Dazu muss aber zunächst kurz rekapituliert werden, aus welchen Elementen sich das Legalitätsprinzip zusammensetzt.

2. Das Legalitätsprinzip

Das Legalitätsprinzip ist in Artikel 5 Absatz 1 BV wie folgt verankert: «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.» Die Lehre hat aus diesem Prinzip mehrere Einzelforderungen abgeleitet. Dazu gehören insbesondere das Erfordernis des Rechtssatzes, das Erfordernis der genügenden Normstufe und das Erfordernis der genügenden Normdichte.¹⁹

a) Erfordernis des Rechtssatzes

Das Erfordernis des Rechtssatzes verlangt nach einem Gesetz im materiellen Sinn: Eine genügende gesetzliche Grundlage liegt nur dann vor, wenn einer staatlichen Handlung Bestimmungen zugrunde liegen, die «in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten auferlegen, Rechte verleihen

¹⁸ MÜLLER, S. 81.

¹⁹ Die hier verwendete Terminologie richtet sich nach TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 2 und 14 ff. Eine leicht andere Terminologie verwenden HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 338 ff.: Sie fassen das Erfordernis der genügenden Normdichte als einen Teilaspekt des Erfordernisses des Rechtssatzes auf und unterscheiden entsprechend statt drei nur zwei Forderungen. Inhaltlich ergibt sich daraus keine Differenz; für die Zwecke des vorliegenden Beitrags erscheint eine Aufteilung in drei Forderungen besser geeignet.

oder Zuständigkeiten festlegen» (Art. 22 Abs. 4 Parlamentsgesetz²⁰). Staatliches Handeln muss also überhaupt in Form von Rechtssätzen geregelt sein. Das heisst unter anderem, dass der Geltungsbereich der Regelungen grundsätzlich so auszugestalten ist, dass diese *generell* auf eine individuell nicht näher bestimmte Anzahl von Personen und *abstrakt* auf eine konkret nicht näher bestimmte Anzahl von Lebenssachverhalten Anwendung finden.

b) Erfordernis der genügenden Normstufe

Das Erfordernis der genügenden Normstufe betrifft die Frage nach der demokratischen Legitimation, der eine bestimmte Regelung bedarf. Es geht also insbesondere darum, ob die Regelung in einem formellen Gesetz zu verabschieden ist oder im Rahmen einer Verordnung erlassen werden kann. Im Grundsatz gilt, dass alle «wichtigen» Bestimmungen ins formelle Gesetz gehören (Art. 164 Abs. 2 BV). In Bezug auf die Frage, was eine «wichtige» Bestimmung ausmacht, sei auf die entsprechende Fachliteratur verwiesen.²¹ Für die Arbeit an der Verständlichkeit ist dieser Aspekt des Legalitätsprinzips nicht von unmittelbarer Bedeutung.

c) Erfordernis der genügenden Normdichte

Das Erfordernis der genügenden Normdichte besagt schliesslich, dass Rechtssätze ausreichend *bestimmt* sein müssen. Das Bundesgericht hat dieses Erfordernis wie folgt konkretisiert: «Das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten bzw. die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.»²² Ganz ohne Zweifel kommt diesem Aspekt des Legalitätsprinzips für die redaktionelle Arbeit an der Gesetzessprache die grösste Bedeutung zu. Das Gebot der genügenden Bestimmtheit steht bei den folgenden Überlegungen denn auch im Fokus.

Zusammenfassend lässt sich vorerst einmal festhalten, dass sich Verständlichkeitsgebot und Legalitätsprinzip wechselseitig bedingen und beeinflussen. Das Legalitätsprinzip ist eine der wichtigsten Begründungen für die Arbeit an der

²⁰ Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10).

²¹ Siehe z.B. FEUZ, S. 101 ff.

²² BGE 125 I 361, 364, E. 4a.

Verständlichkeit der Gesetzessprache und umgekehrt ist eine verständliche Gesetzessprache Voraussetzung dafür, dass das Legalitätsprinzip überhaupt erfüllt sein kann. Im Folgenden soll nun gezeigt werden, wie sich dieses Wechselspiel der beiden Prinzipien in konkreten gesetzessprachlichen Formulierungen niederschlägt.

III. Neuralgische Konstruktionen

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass zumindest zwei Aspekte des Legalitätsprinzips – das Erfordernis des Rechtssatzes und insbesondere das Erfordernis der genügenden Normdichte – eng verknüpft sind mit der sprachlichen Form, in die eine Norm gegossen wird. Die Vermutung liegt deshalb nahe, dass es sprachliche Formen gibt, die anfälliger dafür sind, das Legalitätsprinzip zu verletzen, als andere. Für die Praxis der Gesetzesredaktion ist deshalb die Frage interessant, ob man bereits an der Formulierung potenzielle Verletzungen des Legalitätsprinzips erkennen kann: Gibt es neuralgische sprachliche Konstruktionen, bei denen der Gesetzesredaktor oder die Gesetzesredaktorin besonders genau hinschauen sollte, weil diese Konstruktionen in Bezug auf das Legalitätsprinzip allenfalls problematisch sind? Gibt es Konstruktionen, die besonders oft zu mangelnder Bestimmtheit führen oder gar das Erfordernis des Rechtssatzes verletzen?²³

1. Mangelnde Bestimmtheit

Das Konzept der Bestimmtheit ist auch in der Sprachwissenschaft gebräuchlich, wenn auch in etwas anderer Ausprägung als in der Rechtsetzungslehre. Diesen Umstand kann man sich zunutze machen, wenn man sprachliche Konstruktionen identifizieren will, die das Potenzial haben, das rechtliche Erfordernis der

²³ An dieser Stelle ist ein Caveat anzubringen: Es soll nämlich nicht impliziert werden, dass die im Folgenden erwähnten Beispiele, hätte man sie denn in der ursprünglich vorgesehenen Form belassen, notwendigerweise eine (womöglich gar justiziable) Verletzung des Legalitätsprinzips dargestellt hätten. Die Beispiele wurden lediglich deshalb ausgewählt, weil sie sich besonders gut dafür eignen, die allgemeinen Probleme zu illustrieren, die mit den jeweiligen sprachlichen Konstruktionen verbunden sind und die unter entsprechenden Umständen tatsächlich zu einer Verletzung des Legalitätsprinzips führen könnten.

genügenden Bestimmtheit zu verletzen. Beim sprachwissenschaftlichen Konzept der Bestimmtheit steht im Vordergrund, welche Komponenten der intendierten Bedeutung einer Äußerung in der sprachlichen Form dieser Äußerung explizit zum Ausdruck gebracht werden und welche Bedeutungselemente nur implizit mitgemeint sind und aus dem Kontext ergänzt werden müssen.²⁴ Eine Konstruktion gilt dann als sprachlich unterbestimmt, wenn eine solche Ergänzung von nicht explizit genannten Bedeutungskomponenten notwendig ist, damit man überhaupt zu einer sinnvollen Äußerungsbedeutung gelangt, und wenn diese Ergänzung theoretisch auf mehrere Weisen erfolgen kann.²⁵ Die Gesetzessprache kennt eine Reihe von häufig verwendeten Konstruktionen, die grundsätzlich unterbestimmt sind. Sie können unter entsprechenden Voraussetzungen zu einer Verletzung des Legalitätsprinzips führen, nämlich dann, wenn aus dem Kontext nicht eindeutig ersichtlich ist, wie sie vervollständigt werden müssen.

a) **Vage Begriffe**

Der Anspruch an eine Norm, eine Vielzahl von zukünftigen Lebenssachverhalten generell-abstrakt zu regeln, bedingt ein gewisses Mass an Offenheit in der Formulierung: Eine gewisse Vagheit des Ausdrucks in Form sogenannter unbestimmter Gesetzesbegriffe ist grundsätzlich erforderlich, wenn ein Gesetz unter Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit auch zu Anwendungsfällen Antworten liefern soll, die zum Zeitpunkt der Rechtsetzung noch nicht voraussehbar sind. Dem entgegen steht das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und nach der Berechenbarkeit des Verwaltungshandelns.²⁶ Ein potenzieller Konflikt mit dem Legalitätsprinzip kann dann entstehen, wenn die Konkretisierung eines unbestimmten Gesetzesbegriffs durch die rechtsanwendenden Behörden zu wenig voraussehbar ist, weil die *ratio legis* der entsprechenden Norm nicht genügend transparent ist.

Insbesondere Begriffe, die für abstrakte Konzepte stehen, können zu Rechtssätzen führen, die zu wenig bestimmt sind. Ein Entwurf der Gebührenverordnung

²⁴ Die Unterscheidung geht zurück auf GRICE; einen Überblick mit Verweisen auf weiterführende Literatur bietet z.B. HUANG, S. 5 f.

²⁵ Siehe HUANG, S. 187 ff.

²⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 Rz. 19.

EDA²⁷ enthielt z.B. die folgende Bestimmung dazu, unter welchen Umständen Schweizerinnen und Schweizer, die bei einem Freiheitsentzug im Ausland konsularische Hilfeleistungen in Anspruch nehmen, die Kosten dafür begleichen müssen:

Art. 12 Hilfeleistungen bei Freiheitsentzug

¹ Für die in Artikel 57 V-ASG genannten Hilfeleistungen bei Freiheitsentzug werden keine Vorauszahlung und kein Vorschuss verlangt.

² Das EDA prüft nach Beendigung der Inhaftierung, welche Kosten der betroffenen Person in Rechnung gestellt werden können. Es berücksichtigt dabei:

- a. die persönliche Situation;
- b. ob sich die Person fahrlässig verhalten hat.

Die verwaltungsinterne Redaktionskommission hat im Zuge der Verständlichkeitsprüfung bemängelt, dass die Nominalkonstruktion *die persönliche Situation* in Absatz 2 Buchstabe a zu wenig klar zum Ausdruck bringt, unter welchen Voraussetzungen auf eine Rechnungsstellung verzichtet werden kann. Die Umwandlung der Konstruktion in einen Nebensatz hat in der Folge zu einem grösseren Grad an Bestimmtheit geführt:

² Das EDA prüft nach Beendigung der Inhaftierung, welche Kosten der betroffenen Person in Rechnung gestellt werden können. Es berücksichtigt dabei, ob die Person:

- a. in absehbarer Zeit in der Lage sein wird, die Kosten zu begleichen;
- b. sich fahrlässig verhalten hat.

Natürlich erhält die Bestimmung auch in dieser Form noch unbestimmte Rechtsbegriffe (z.B. *berücksichtigen, in absehbarer Zeit*), im Vergleich zur ursprünglichen Formulierung ist aber wesentlich klarer, was die ratio legis der Norm ist: Es geht darum, dass man die Kosten nur dann in Rechnung stellt, wenn auch eine realistische Chance besteht, dass sie beglichen werden. Die Umwandlung einer Nominalkonstruktion (hier: *die persönliche Situation*) in einen Nebensatz – d.h. der Wechsel vom Nominal- in den Verbalstil – ist oftmals dazu geeignet, eine solche Klärung herbeizuführen.

Eine weitere Methode, einen allzu vagen Begriff zu konkretisieren, besteht darin, seine Bedeutung mithilfe einer Legaldefinition einzuschränken. Dabei kann eine abstrakte Umschreibung der Begriffsbedeutung kombiniert werden mit einer Aufzählung von konkreten Beispielen. Dies wurde z.B. in Artikel 2 Buch-

²⁷ Verordnung über die Gebühren des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (Gebührenverordnung EDA, GebV-EDA) vom 7. Oktober 2015 (SR 191.11).

stabe b der Filmverordnung²⁸ so gemacht für den ansonsten ausgesprochen vagen Begriff der *Verwertung*:

Art. 2 Begriffe

In dieser Verordnung bedeutet:

- b. «Verwertung»: die Verwendung von Filmen zu kommerziellen Zwecken, insbesondere:
 - 1. das Vorführen in einem registrierten Kino;
 - 2. das Verkaufen auf Tonbildträgern wie DVDs und Videos;
 - 3. das Vertreiben über elektronische Abruf- oder Abonnementsdienste.

Die Legaldefinition aus der Filmverordnung definiert den Begriff zunächst abstrakt, indem sie einschränkt, dass es dabei um die *Verwendung zu kommerziellen Zwecken* geht. Sie stellt damit sicher, dass Bestimmungen, die den Begriff enthalten, auch auf Formen der kommerziellen Verwendung anwendbar sein werden, die zum Zeitpunkt der Rechtsetzung noch nicht bekannt waren. Dieser abstrakten Definition wird dann aber unter den Ziffern 1–3 mit einer nicht abschliessenden Aufzählung konkreter Beispiele weiter Gestalt verliehen, was insbesondere der Verständlichkeit dient.²⁹

b) Offene Aufzählungen

Offene (d.h. nicht abschliessende) Aufzählungen sind ein in der Gesetzessprache häufig verwendetes sprachliches Mittel. Eine offene Aufzählung ist daran zu erkennen, dass sie mit *insbesondere* oder *namentlich* eingeleitet wird. Mit einer offenen Aufzählung kann, wie oben bereits erwähnt, eine abstrakte Norm anhand konkreter Beispiele veranschaulicht werden. Eine offene Aufzählung kann auch dazu verwendet werden, sicherzustellen, dass bestimmte Kategorien von Anwendungsfällen in den Geltungsbereich einer Norm fallen, ohne dass dieser abschliessend definiert werden müsste.

Offene Aufzählungen bergen in Bezug auf das Legalitätsprinzip allerdings auch Risiken. Problematisch sind sie insbesondere dann, wenn sie zwar konkrete Beispiele nennen, aber keinen abstrakten Grundsatz, aus dem hergeleitet werden könnte, ob ein in der Aufzählung nicht explizit genannter Fall ebenfalls von

²⁸ Filmverordnung (FiV) vom 3. Juli 2002 (SR 443.11).

²⁹ Zur Erkenntnis, dass konkrete Begriffe einfacher verständlich sind als abstrakte, siehe CHRISTMANN, S. 1094.

der Norm erfasst wird oder nicht. Zur Illustration kann die folgende Bestimmung aus der Auslandschweizerverordnung³⁰ betrachtet werden:

Art. 6 Meldung von Änderungen
(Art. 13 Abs. 1 ASG)

¹ Wer im Auslandschweizerregister eingetragen ist, ist verpflichtet, der zuständigen Vertretung insbesondere folgende Änderungen mitzuteilen:

- a. Ereignisse, Erklärungen und Entscheidungen, die den Personenstand betreffen;
- b. Änderungen der Adresse oder der Kontaktdaten;
- c. den Erwerb oder Verlust einer ausländischen Staatsangehörigkeit.

Diese Bestimmung nennt in den Buchstaben a–c drei Arten von Änderungen, die registrierte Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer der zuständigen Vertretung melden müssen. Die Aufzählung wird aber mit dem Adverb *insbesondere* eingeleitet, was bedeutet, dass diese Personen verpflichtet sind, auch noch weitere Änderungen zu melden. Worum es sich dabei handelt, ist aus der Norm aber nicht ersichtlich. Es fehlt ein einleitender Grundsatz, der abstrakte Kriterien dazu vorgibt, welche Arten von Änderungen der Vertretung gemeldet werden müssen.

Bis zu einem gewissen Grad ist dieser Grundsatz in der Gesetzesnorm enthalten, auf die sich Artikel 6 der Auslandschweizerverordnung bezieht, nämlich in Artikel 13 Absatz 1 des Auslandschweizergesetzes³¹:

Art. 13 Meldung von Änderungen

¹ Wer im Auslandschweizerregister eingetragen ist, ist verpflichtet, bei der zuständigen Vertretung jede Änderung oder Ergänzung der sie oder ihn betreffenden Daten zu melden.

Allerdings ist auch diese Bestimmung sehr unbestimmt formuliert; was alles zu den *sie oder ihn betreffenden Daten* gehört, bleibt letztlich unklar. Es ist zumindest zweifelhaft, ob diese Bestimmung eine genügende gesetzliche Grundlage darstellt für das Einfordern von Änderungsmeldungen, die über das hinausgehen, was in Artikel 6 Buchstaben a–c der Auslandschweizerverordnung explizit aufgeführt ist.

Offene Aufzählungen verdienen es also, vom Gesetzesredaktor oder der Gesetzesredaktorin genau überprüft zu werden: Es ist sicherzustellen, dass den durch

³⁰ Verordnung über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandschweizerverordnung, V-ASG) vom 7. Oktober 2015 (SR 195.11).

³¹ Bundesgesetz über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandschweizergesetz, ASG) vom 26. September 2014 (SR 195.1).

die Adverbien *insbesondere* oder *namentlich* eingeleiteten konkreten Beispielen ein abstrakter Grundsatz vorangestellt ist, der die groben Leitlinien für eine einheitliche Rechtsanwendung vorgibt.

Alternativ kann eine offene Aufzählung in eine abschliessende Aufzählung umgewandelt werden, die mit einer Delegationsnorm versehen ist, die festlegt, wer über weitere Anwendungsfälle bestimmen kann.³² Ein Beispiel für diese Konstruktionsweise findet sich in Artikel 42 Absätze 3 und 4 der CO₂-Verordnung³³:

³ Das Gesuch muss Angaben enthalten über:

- a. die Tätigkeiten nach Anhang 7;
- b. die in den ortsfesten Anlagen des Unternehmens installierten Feuerungswärmeleistungen;
- c. die von den ortsfesten Anlagen des Unternehmens ausgestossenen Treibhausgase der vergangenen drei Jahre.

⁴ Das BAFU kann weitere Angaben verlangen, soweit es diese für die Beurteilung des Gesuchs benötigt.

c) Passivsätze

Sprachliche Unterbestimmtheit tritt auch dann auf, wenn eine Aussage als Passivsatz formuliert ist und dabei die handelnde Person nicht explizit genannt wird. Ein Beispiel einer solchen Passivformulierung fand sich etwa im Entwurf einer Änderung des Luftfahrtgesetzes³⁴, in der unter anderem die Vernichtung von Daten über Personen geregelt wird, die eine potenzielle Gefahr für den Luftverkehr darstellen:

Art. 21e Vernichtung der Daten

¹ Die Daten werden spätestens fünf Jahre, nachdem der Schutzbedarf nicht mehr gegeben ist, vernichtet.

² Vor der Vernichtung werden die Daten dem Bundesarchiv gemäss Artikel 6 des Archivierungsgesetzes vom 26. Juni 1998 angeboten.

Bei dieser Bestimmung galt es sicherzustellen, dass genügend klar ist, *wer* für die Vernichtung der Daten verantwortlich ist und *wer* zu entscheiden hat, ob der Schutzbedarf noch gegeben ist. Mindestens Ersteres liess sich aus der Tatsache ableiten, dass die Gesamtverantwortung für die entsprechende Datenbank

³² Siehe HÖFLER, Artikel, S. 326 f.; HÖFLER, Presuppositions, S. 638 f.

³³ Verordnung über die Reduktion der CO₂-Emissionen (CO₂-Verordnung) vom 30. November 2012 (SR 641.711).

³⁴ Bundesgesetz über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG) vom 21. Dezember 1948 (SR 748.0).

beim Bundesamt für Polizei (Fedpol) liegt; das Legalitätsprinzip wäre also wohl trotz der sprachlichen Unterbestimmtheit nicht verletzt gewesen. Dennoch hat man sich im Rahmen der Ämterkonsultation dafür entschieden, die Verantwortlichkeiten an Ort und Stelle noch einmal zu verdeutlichen, indem man die Bestimmung in Absatz 1 in einen Aktivsatz umgewandelt hat.³⁵ Die Aktivformulierung verpflichtet Fedpol nun explizit, für die Vernichtung der Daten zu sorgen, und daraus ergibt sich auch, dass Fedpol für die Überprüfung des Schutzbedarfs verantwortlich ist:

Art. 21e Vernichtung der Daten

¹ Fedpol vernichtet die Daten von möglichen Gefährdern spätestens fünf Jahre, nachdem die von der betreffenden Person ausgehende Bedrohung für die Luftsicherheit nicht mehr besteht.

² Es vernichtet die Daten der Sicherheitsbeauftragten spätestens zwei Jahre nach deren letzten Einsatz.

³ Vor der Vernichtung werden die Daten dem Bundesarchiv gemäss Artikel 6 des Archivierungsgesetzes vom 26. Juni 1998 angeboten.

Es lassen sich natürlich durchaus auch Argumente für die Verwendung einer Passivformulierung finden. Zum einen stellt eine Passivformulierung oftmals die knappere Formulierungslösung dar: Wenn aus dem Kontext heraus eindeutig ersichtlich ist, wer in einer Bestimmung Rechte oder Pflichten erhält, ist eine Passivformulierung unter dem Aspekt vorzuziehen, dass sich eine Norm auf das Wesentliche beschränken sollte. Auch in der umformulierten Fassung des obigen Artikels 21e wurde deshalb in Absatz 3 das Passiv beibehalten.

Zum andern kann eine Passivformulierung auch dazu dienen, den Fokus auf das richtige Satzglied zu legen. So hätte man in Artikel 21e Absatz 1 die handelnde Person auch einfügen können, ohne die Bestimmung in einen Aktivsatz umzuwandeln. Damit hätte man die *Daten von möglichen Gefährdern* am Satzanfang belassen. Unter dem Aspekt der Leserführung wäre diese Satzstellung insbesondere auch darum vorzuziehen gewesen, weil sie die unterschiedlichen Regelungsgegenstände der einzelnen Absätze deutlicher hervorgehoben hätte:³⁶

³⁵ Unabhängig davon wurde im Nachgang zur Ämterkonsultation in einem neuen Absatz 2 eine zusätzliche Bestimmung zur Vernichtung der Daten von Sicherheitsbeauftragten in den Artikel aufgenommen.

³⁶ Vgl. HÖFLER, Informationsstruktur, S. 241 ff.

Art. 21e Vernichtung der Daten

¹ Die Daten von möglichen Gefährdern werden von Fedpol spätestens fünf Jahre, nachdem die von der betreffenden Person ausgehende Bedrohung für die Luftsicherheit nicht mehr besteht, vernichtet.

² Die Daten der Sicherheitsbeauftragten werden von Fedpol spätestens zwei Jahre nach deren letzten Einsatz vernichtet.

³ Vor der Vernichtung bietet das Fedpol die Daten dem Bundesarchiv gemäss Artikel 6 des Archivierungsgesetzes vom 26. Juni 1998 angeboten.

Es wäre also sicher zu kurz gegriffen, gänzlich von Passivformulierungen abzuraten.³⁷ Ein Passivsatz kann aber dann zu einer ungenügend bestimmten Norm führen, wenn er die Person nicht nennt, die Rechte oder Pflichten erhält, und die entsprechende Information nicht – oder zumindest nicht genügend eindeutig – aus dem unmittelbaren Kontext hervorgeht.

d) Verweise

Eine weitere weit verbreitete Regelungstechnik, die ein vergleichsweise hohes Risiko birgt, ungenügend bestimmte Normen hervorzubringen, sind Verweise. Ein Verweis verletzt das Legalitätsprinzip insbesondere dann, wenn nicht genau erkennbar ist, worauf überhaupt verwiesen wird, d.h., wenn der Verweis das intendierte Verweisungsobjekt sprachlich zu wenig präzise bezeichnet.³⁸ Zur Illustration sei die folgende Bestimmung aus einem Entwurf von Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe c der Gebührenverordnung EDA angeführt:

² Für die folgenden Hilfeleistungen im Rahmen des allgemeinen Beistands nach den Artikeln 51–54 V-ASG muss keine Gebühr bezahlt werden:

c. Hilfeleistungen für vermisste Personen;

Die Bestimmung regelt, dass Schweizer Staatsangehörige im Ausland für bestimmte Hilfeleistungen keine Gebühren zu entrichten haben. Er verweist dabei pauschal auf die Artikel 51–54 V-ASG. Die in Buchstabe c genannten Hilfeleistungen für vermisste Personen sind in Artikel 53 dieser Verordnung aufgeführt:

Art. 53 Vermisste Personen

¹ Die Hilfeleistungen für vermisste Personen können insbesondere umfassen:

- a. Beratung der Angehörigen;
- b. Aufklärung der Angehörigen darüber, dass eine behördliche Suche nur eingeleitet wird, wenn eine polizeiliche Vermisstenanzeige aufgegeben wird;

³⁷ Siehe auch BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 953.

³⁸ Vgl. HÖFLER, Verweise, S. 334 ff.

c. Abklärung, ob der Aufenthalt der gesuchten Person bekannt ist.

² Das EDA leitet keine Ermittlungen.

³ Das Durchführen von Such- und Rettungsaktionen im Ausland liegt in der Kompetenz des Empfangsstaates. Der Bund beteiligt sich nur, wenn er vom Empfangsstaat angefragt wird oder dessen Einverständnis hat.

Die Gebührenverordnung EDA nimmt also Hilfeleistungen für vermisste Personen im Rahmen des allgemeinen Beistands nach den Artikeln 51–54 (hier: Artikel 53) V-ASG von der Gebührenpflicht aus. Dabei bleibt unklar, welche Hilfeleistungen für vermisste Personen gemeint sind: Sind (a) nur die in Artikel 53 Absatz 1 Buchstaben a–c explizit genannten Hilfeleistungen von der Gebührenpflicht befreit, oder (b) zusätzlich auch im Einleitungssatz von Absatz 1 durch das Adverb *insbesondere* implizit mitgemeinten Hilfeleistungen, oder (c) sogar auch die in Absatz 3 erwähnten Such- und Rettungsaktionen mit Beteiligung des Bundes?

Im Zuge der redaktionellen Überprüfung hat sich herausgestellt, dass die erste dieser möglichen Interpretationen intendiert war. Die Norm wurde entsprechend so umformuliert, dass der Verweis das Verweisungsobjekt so präzise wie möglich eingrenzt:

² Für die folgenden Hilfeleistungen im Rahmen des allgemeinen Beistands muss keine Gebühr bezahlt werden:

c. die in Artikel 53 Absatz 1 Buchstaben a–c V-ASG genannten Hilfeleistungen für vermisste Personen;

Besonders anfällig für das Entstehen eines ungenügend bestimmten Rechtssatzes sind *sinngemässe* oder *analoge* Verweise. Zur Veranschaulichung sei die folgende Formulierung aus einem Entwurf der Verordnung des EDI über die Filmförderung³⁹ angeführt:

Art. 93 Verfall

¹ Die Gültigkeitsdauer der Gutschriften wird befristet. Artikel 48 ist sinngemäss anwendbar.

Diese Bestimmung regelt den Verfall von Gutschriften, den Schweizer Filmschaffende für den Erfolg erhalten, den ihre Filme in den Kinos und an Festivals erzielen. Die Gutschriften können bis zu einem bestimmten Verfallsdatum in neue Filmprojekte investiert werden. Die Bestimmung legt alsdann fest, dass Artikel 48 derselben Verordnung *sinngemäss* anwendbar sei. Dieser Artikel steht

³⁹ Verordnung des EDI über die Filmförderung (FiFV) vom 21. April 2016 (SR 443.113).

in einem anderen Teil der Verordnung, der nichts mit besagten Gutschriften zu tun hat. Er lautet wie folgt:

Art. 48 Absichtserklärung

¹ Sind vor der Gewährung und Auszahlung der Finanzhilfe Bedingungen zu erfüllen, so gibt das BAK eine Absichtserklärung ab, in der es die Finanzhilfe in Aussicht stellt und die Bedingungen nennt.

² Die Gültigkeit der Absichtserklärung ist befristet. Werden die in der Absichtserklärung genannten Bedingungen nicht innert der Frist erfüllt, so verfällt der Anspruch auf Förderung.

³ Die berechnete Person kann vor Fristablauf schriftlich und begründet um Verlängerung der Frist ersuchen. Das Gesuch hat den Stand des Vorhabens zu beschreiben und nachzuweisen, dass das Projekt oder die Aufgabe innert der erstreckten Frist realisiert werden können.

⁴ Ist die Realisierung unwahrscheinlich oder können die Förderungsmittel nicht länger gebunden bleiben, so verweigert das BAK die Fristerstreckung.

⁵ Wird für dasselbe Vorhaben erneut um eine Finanzhilfe ersucht, so kann das BAK die Zusage von einer neuen Begutachtung abhängig machen.

Der Zusatz *sinngemäss* signalisiert, dass der Artikel, auf den verwiesen wird, nicht in seinem wörtlichen Sinne zur Anwendung kommt, sondern dass sein Inhalt auf die in der verweisenden Norm geregelte Domäne *übertragen* werden muss: Für diese Domäne soll also eine *analoge* Regelung gelten. Dabei sind gedanklich bestimmte Elemente der einen Domäne durch bestimmte Elemente der anderen Domäne zu ersetzen.⁴⁰ Die Schwierigkeit liegt nun darin, zu erkennen, was durch was ersetzt werden muss, d.h. zu verstehen, wie die Bestimmungen der Ursprungsdomäne auf die vorliegende Domäne abzubilden sind.

Der oben aufgeführte Artikel 48 regelt Absichtserklärungen, die im Zusammenhang mit Finanzhilfen der Filmförderung abgegeben werden. Heisst eine *sinngemässe* Anwendung des Artikels auf die Bestimmung in Artikel 93 dementsprechend, dass auch bei Gutschriften Absichtserklärungen abgegeben werden? Oder beschränkt sich die *sinngemässe* Anwendung eventuell lediglich auf Artikel 48 Absätze 3 und 4, die sich mit der Möglichkeit von Fristverlängerungen befassen? Die Abklärungen der verwaltungsinternen Redaktionskommission ergaben, dass Letzteres intendiert war. Der Verweis in Artikel 93 wurde entspre-

⁴⁰ Die Sprachwissenschaft hat die diesem Vorgang zugrunde liegenden kognitiven Prozesse im Rahmen der Metaphertheorie beschrieben, siehe z.B. LAKOFF/JOHNSON und ITKONEN.

chend enger gefasst und mit einer expliziten Nennung des Regelungsgegenstandes versehen:⁴¹

Art. 93 Verfall

¹ Die Gültigkeitsdauer der Gutschriften wird befristet. Artikel 48 Absätze 3 und 4 über Verlängerungen ist sinngemäss anwendbar.

Insgesamt lässt sich also feststellen, dass Verweise zwar ein praktisches Mittel zur Textverknappung sind: Sie erlauben es, längere Wiederholungen von Textbestandteilen zu vermeiden, wo die gleichen Regeln für verschiedenen gelagerte Fälle gelten sollen. Damit tragen sie nicht zuletzt zur Vereinheitlichung der Rechtsordnung bei.⁴² In Bezug auf das Legalitätsprinzip bergen Verweise aber auch Risiken. Wichtig ist, dass sie das Objekt, auf das verwiesen wird, möglichst genau bezeichnen. Zu weit gefasste Verweise können im ungünstigsten Fall zu Rechtssätzen führen, die das Bestimmtheitsgebot verletzen.

e) Ausnahmen

Bestimmungen, die zum Zweck haben, Ausnahmen zu einer Regel zuzulassen, sind eine weitere Quelle für Verletzungen des Bestimmtheitsgebots, nämlich dann, wenn zu wenig präzise dargestellt wird, unter welchen Voraussetzungen eine Ausnahme gewährt werden kann oder worin die Ausnahme besteht.

Zu nennen sind zunächst Formulierungen, die Ausdrücke wie *in der Regel*, *grundsätzlich* oder *im Allgemeinen* enthalten. Hier kann auf die treffenden Ausführungen des Bundesamtes für Justiz im Newsletter 3/2009 für das Rechtsetzungsforum verwiesen werden, die das folgende (fiktive) Beispiel anführen:⁴³

Art. 15 Bewilligung für [...]

Das Bundesamt für [...] erteilt die Bewilligung in der Regel an Personen, welche die Prüfung nach Artikel 7 bestanden haben und die persönlichen Anforderungen nach Artikel 8 erfüllen.

Der Ausdruck *in der Regel* wird hier dazu verwendet, in der Rechtsanwendung Flexibilität zu gewinnen: Er soll es ermöglichen, Ausnahmen zu gewähren, z.B. für Personen, die zwar nicht die Prüfung nach Artikel 7, aber eine gleichwertige Prüfung abgelegt haben. Das Bundesamt für Justiz hält dazu Folgendes fest: «Wir können annehmen, dass dieses Anliegen gerechtfertigt ist, doch verstösst

⁴¹ Vgl. HÖFLER, Verweise, S. 342 f.

⁴² Vgl. MÜLLER/UHLMANN, Rz. 362.

⁴³ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Regel, S. 6.

die gewählte Formulierung gegen das Bestimmtheitsgebot als Teilgehalt des Legalitätsprinzips.»⁴⁴ Die Formulierung bietet einer gesuchstellenden Person keinerlei Anhaltspunkte dazu, unter welchen Voraussetzungen eine Bewilligung erteilt wird; sie erweckt den Eindruck einer Rechtsanwendung «nach Gutdünken».

Die Lösung des Problems besteht darin, die Voraussetzungen, unter denen Ausnahmen gewährt werden können, explizit zu umschreiben und so die *ratio legis* sichtbar zu machen. Im obigen Fall könnte dies z.B. wie folgt geschehen:⁴⁵

Art. 15 Bewilligung für [...]

Das Bundesamt für [...] erteilt die Bewilligung an Personen, welche die persönlichen Anforderungen nach Artikel 8 erfüllen und:

- a. die Prüfung nach Artikel 7 bestanden haben; oder
- b. auf anderem Weg, insbesondere mit ausländischen Prüfungsbestätigungen, nachweisen können, dass sie über entsprechende Kenntnisse verfügen.

Eine zu wenig bestimmte Norm entsteht auch dann, wenn der Ausdruck *in der Regel* dazu verwendet wird, eine nachfolgende Ausnahmeregel «anzukündigen». Das Bundesamt für Justiz führt dazu das folgende Beispiel an:⁴⁶

¹ Bewilligungen werden in der Regel auf ein Jahr Gültigkeitsdauer ab dem Tag der Ausstellung erteilt.

² Sie können auf höchstens drei Jahre erteilt werden, wenn im Gesuch glaubhaft gemacht wird, dass die Bewilligungsvoraussetzungen so lange erfüllt sein werden.

Die allgemeine Regel in Absatz 1 wird in Absatz 2 durch eine Ausnahme ergänzt. Der Ausdruck *in der Regel* soll auf die Existenz dieser Ausnahme hinweisen. Das Problem besteht nun aber darin, dass nicht klar ist, ob sich die Aufweichung der Bestimmung in Absatz 1 nur auf die in Absatz 2 genannte Ausnahme bezieht oder ob der Ausdruck *in der Regel* signalisieren soll, dass auch noch weitere Ausnahmen möglich sind. Ein solches Ankündigen einer Ausnahme ist also nicht nur unnötig, es führt sogar zu einer Verletzung des aus dem Legalitätsprinzip ableitbaren Bestimmtheitsgebots.

Beim Formulieren von Ausnahmen ist zudem darauf zu achten, dass klar ist, was wovon ausgenommen ist. Die Gefahr eines unklaren Bezugs besteht insbesondere dann, wenn die Ausnahme mit dem Ausdruck *ausgenommen sind* an eine vorangehende Regel anschliesst. Zur Illustration kann das folgende (vereinfach-

⁴⁴ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Regel, S. 6.

⁴⁵ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Regel, S. 7.

⁴⁶ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Regel, S. 7.

te) Beispiel aus dem Entwurf einer Änderung der Verordnung über die Krankenversicherung⁴⁷ herangezogen werden:

¹ Ein Produkt gilt als wirtschaftlich, wenn seine Herstellungskosten höchstens 90 Prozent des voraussichtlichen Verkaufspreises ausmachen.

² Ausgenommen sind Produkte, deren voraussichtlicher Verkaufspreis nicht bestimmbar ist.

Bei dieser Bestimmung ist nicht klar, worauf sich der Ausdruck *ausgenommen sind* bezieht: Gelten Produkte, deren voraussichtlicher Verkaufspreis nicht bestimmbar ist, (a) als wirtschaftlich, obwohl nicht bekannt ist, ob ihre Herstellungskosten höchstens 90 Prozent des Verkaufspreises ausmachen, (b) als nicht wirtschaftlich, weil nicht garantiert ist, dass ihre Herstellungskosten höchstens 90 Prozent des Verkaufspreises ausmachen, oder (c) muss die Wirtschaftlichkeit dieser Produkte überhaupt nicht festgestellt werden? Die Formulierung mit *ausgenommen sind* lässt hier mehrere, zum Teil gegensätzliche Interpretationen zu.

Das Problem lässt sich umgehen, indem die Ausnahme als vollständiger Rechtsatz⁴⁸ ausformuliert wird, z.B. wie folgt:

¹ Ein Produkt gilt als wirtschaftlich, wenn seine Herstellungskosten höchstens 90 Prozent des voraussichtlichen Verkaufspreises ausmachen.

² Produkte, deren voraussichtlicher Verkaufspreis nicht bestimmbar ist, gelten [nicht] als wirtschaftlich.

Unsicherheit kann auch dann entstehen, wenn ein Vorbehalt versehentlich als Ausnahme formuliert wird – und umgekehrt. Das ist z.B. in der Inkrafttretensbestimmung des Reglements über die Organisation des Fonds für Verkehrssicherheit⁴⁹ passiert:

Art. 12 Inkrafttreten

¹ Dieses Reglement tritt mit Ausnahme von Absatz 2 am 1. Dezember 2004 in Kraft.

² Artikel 4 tritt am 1. Januar 2006 in Kraft.

Intendiert war hier, dass das Reglement mit Ausnahme von Artikel 4 am 1. Dezember 2004 in Kraft tritt; Artikel 4 sollte später, nämlich erst am 1. Januar 2006, in Kraft treten. Die Formulierung in Absatz 1 hält aber fest, dass das ganze Re-

⁴⁷ Verordnung über die Krankenversicherung (KVV) vom 27. Juni 1995 (SR 832.102).

⁴⁸ Zur Unterscheidung von vollständigen und unvollständigen Rechtssätzen siehe LARENZ, S. 239 ff.; SCHLUEP, S. 123 ff.

⁴⁹ Reglement über die Organisation des Fonds für Verkehrssicherheit vom 9. Juni 2004 (SR 741.817).

glement mit Ausnahme von Artikel 12 Absatz 2 am 1. Dezember 2004 in Kraft tritt, also auch Artikel 4, für den Artikel 12 Absatz 2 ein späteres Inkrafttreten vorgesehen hätte.

Das intendierte Resultat wäre erzielt worden, wenn nicht Artikel 12 Absatz 2 als Ausnahme aufgeführt worden wäre, sondern Artikel 4, oder aber wenn Artikel 12 Absatz 2 gegenüber der Bestimmung in Artikel 12 Absatz 1 nicht *ausgenommen*, sondern *vorbehalten* worden wäre, also:

¹ Dieses Reglement tritt mit Ausnahme von Artikel 4 am 1. Dezember 2004 in Kraft.

² Artikel 4 tritt am 1. Januar 2006 in Kraft.

beziehungsweise:

¹ Dieses Reglement tritt unter Vorbehalt von Absatz 2 am 1. Dezember 2004 in Kraft.

² Artikel 4 tritt am 1. Januar 2006 in Kraft.

Es empfiehlt sich also, dass Gesetzesredaktorinnen und Gesetzesredaktoren die Formulierung von Ausnahmen einer genauen Prüfung unterziehen. Insbesondere wo Ausnahmen durch Ausdrücke wie *in der Regel* und *grundsätzlich* eingeführt werden, wo sie mit Konstruktionen wie *ausgenommen sind* an einen vorangehenden Rechtssatz anschliessen und wo etwas als Ausnahme bezeichnet wird, das eigentlich ein Vorbehalt ist, können Bestimmungen entstehen, die das Legalitätsprinzip verletzen.

f) Geltungsbereiche

Ein Rechtssatz ist auch dann zu wenig bestimmt, wenn sein Geltungsbereich unklar ist. Ein Entwurf der Verordnung über die Ein-, Durch- und Ausfuhr von Tieren und Tierprodukten im Verkehr mit Drittstaaten⁵⁰ enthielt beispielsweise die folgenden beiden Bestimmungen:

Art. 15 Grundsatz

¹ Das EDI legt fest, zu welchen Positionen des Zolltarifs bei der Einfuhr eine grenztierärztliche Kontrolle der Sendungen vorgeschrieben ist.

² Nicht grenztierärztlich kontrolliert werden: [...].

Art. 60 Einfuhren

Bei der Einfuhr sind für jede Sendung eine Dokumentenkontrolle, eine Identitätskontrolle und eine physische Kontrolle durchzuführen.

⁵⁰ Verordnung über die Ein-, Durch- und Ausfuhr von Tieren und Tierprodukten im Verkehr mit Drittstaaten (EDAV-DS) vom 18. November 2015 (SR 916443.10).

Der Geltungsbereich der Bestimmung in Artikel 60 ist insofern unklar, als nicht ersichtlich ist, worauf sich der Ausdruck *jede Sendung* bezieht: Sind damit (a) ausnahmslos alle Sendungen gemeint, also sowohl jene, für die gemäss Artikel 15 eine grenztierärztliche Kontrolle vorgeschrieben ist, als auch jene, für die keine solche Kontrolle erforderlich ist, oder (b) beschränkt sich der Geltungsbereich auf die grenztierärztlich kontrollpflichtigen Sendungen? Im vorliegenden Fall war Letzteres intendiert; auf Antrag der verwaltungsinternen Redaktionskommission wurde dieser enge Geltungsbereich der Bestimmung auch sprachlich zum Ausdruck gebracht:

Art. 60 Einfuhren

Bei der Einfuhr sind für jede grenztierärztlich kontrollpflichtige Sendung eine Dokumentenkontrolle, eine Identitätskontrolle und eine physische Kontrolle durchzuführen.

Das heisst nun aber natürlich nicht, dass ein durchlaufender Geltungsbereich in jedem Satz von neuem vollständig definiert werden muss. Insbesondere innerhalb eines Artikels reicht es oft aus, den Geltungsbereich im ersten Satz zu definieren. Der erste Satz setzt damit den Rahmen, in dem die weiteren Sätze des Artikels interpretiert werden.⁵¹ Lässt die Formulierung eines Rechtssatzes in Bezug auf seinen Geltungsbereich aber mehrere Interpretationen zu, z.B. weil die dazugehörige Geltungsbereichsbestimmung schon weiter zurückliegt, so sollten die implizit mitgemeinten Einschränkungen noch einmal explizit genannt werden.⁵² Ist der Geltungsbereich einer Norm zu wenig klar bestimmt, entsteht Rechtsunsicherheit.

2. Fehlender Rechtssatz?

Das Erfordernis der genügenden Bestimmtheit ist sicher jener Aspekt des Legalitätsprinzips, der sich am häufigsten und am unmittelbarsten in der Gesetzesprache niederschlägt. Es gibt aber durchaus auch sprachliche Phänomene, bei denen zumindest gefragt werden muss, ob sie nicht gar das Erfordernis des Rechtssatzes überhaupt verletzen. Ist das Erfordernis des Rechtssatzes erfüllt, wenn eine Norm nur implizit vorausgesetzt wird oder wenn sie an einer Stelle «versteckt» wird, an der sie die Leserinnen und Leser nicht finden können? Dieser Frage ist der nachfolgende letzte Teil dieses Beitrags gewidmet.

⁵¹ Zu Kontextualisierung vs. Dekontextualisierung in Gesetzestexten vgl. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 947 f., sowie WERLEN, S. 56 ff.

⁵² Zur Problematik der impliziten Wiederaufnahme vgl. HÖFLER, Verweise, S. 336 ff.

a) Implizite Normen

Das Erfordernis des Rechtssatzes bedeutet, dass eine genügende gesetzliche Grundlage für staatliches Handeln nur dann vorhanden ist, wenn sich dieses Handeln auf eine generell-abstrakte Regelung abstützen kann, die nach einem dafür vorgesehenen Verfahren erlassen wurde. Die Regelung muss also in einem entsprechenden Erlasstext explizit festgehalten («gesetzt») sein. Es stellt sich somit die Frage, inwiefern auch Normen, die nicht explizit genannt, sondern lediglich von anderen Normen implizit vorausgesetzt werden, eine genügende gesetzliche Grundlage im Sinne des Legalitätsprinzips darstellen können.

In der Sprachwissenschaft ist das Phänomen des «stillschweigenden» Voraussetzens unter dem Begriff der *Präsupposition* bekannt. Präsuppositionen werden meist durch bestimmte sprachliche Konstruktionen ausgelöst, z.B. durch eine Partizipialkonstruktion oder einen definiten Artikel. Das Phänomen lässt sich anhand der folgenden Bestimmung aus einem Entwurf zur Änderung des Eisenbahngesetzes⁵³ illustrieren:

Die Kantone können alternative Massnahmen vorsehen. In diesem Fall tragen sie die Kostendifferenz zwischen der vom Bund beschlossenen und der von ihnen beantragten Massnahme.

Die Bestimmung regelt explizit, dass die Kantone, wenn sie alternative Massnahmen vorsehen, die Kostendifferenz zu den vom Bund beschlossenen Massnahmen selber tragen müssen. Mit der Partizipialkonstruktion *von ihnen beantragten* setzt sie aber zusätzlich implizit als gegeben voraus, dass diese alternativen Massnahmen beim Bund beantragt (und entsprechend vom Bund bewilligt) werden müssen. Weil diese Bewilligungspflicht nirgends explizit geregelt war, handelte es sich dabei um eine Präsupposition in Form einer impliziten Norm.

Die verwaltungsinterne Redaktionskommission hat diese Formulierung als zu wenig transparent beanstandet und beantragt, die im Entwurf lediglich implizit vorausgesetzte Norm sprachlich explizit zum Ausdruck zu bringen:

¹ Die Kantone können alternative Massnahmen vorsehen.

² Die Massnahmen müssen beim Bund beantragt werden.

³ Die Kantone tragen die Kostendifferenz zwischen der vom Bund beschlossenen und der von ihnen beantragten Massnahme.

⁵³ Eisenbahngesetz (EBG) vom 20. Dezember 1957 (SR 742.101).

Im selben Gesetzesentwurf fand sich auch die folgende Bestimmung:

Die Weiterentwicklung der Bahninfrastruktur erfolgt im Rahmen des Entwicklungsprogrammes des Bundes und gemäss den folgenden Zielen: [...].

Indem diese Bestimmung mit dem definiten Artikel *das* (hier im Genitiv: *des*) auf «das» Entwicklungsprogramm des Bundes verweist, setzt sie dieses implizit als gegeben voraus. Tatsächlich wurde ein solches Entwicklungsprogramm aber nirgends sonst erwähnt. Die Bestimmung hat den Bund also lediglich über eine Präsupposition dazu verpflichtet, ein Programm zur Weiterentwicklung der Bahninfrastruktur zu erstellen. Die verwaltungsinterne Redaktionskommission hat entsprechend beantragt, diese Verpflichtung explizit zu machen:

¹ Die Weiterentwicklung der Bahninfrastruktur hat folgende Ziele: [...].

² Der Bundesrat unterbreitet der Bundesversammlung in regelmässigen Abständen Programme zur Weiterentwicklung der Bahninfrastruktur (Entwicklungsprogramme).

³ In den Entwicklungsprogrammen zeigt er auf, wie er die Ziele erreichen will.

Der redaktionelle Vorteil einer Präsupposition liegt in der Knappheit des Ausdrucks; dieser Vorteil geht aber zu Lasten der Transparenz und führt im ungünstigsten Fall zu einer Verletzung des Erfordernisses des Rechtssatzes. Präsuppositionen können in Hinblick auf das Legalitätsprinzip insbesondere dann problematisch werden, wenn sich aus ihnen Pflichten ergeben, die eigentlich nirgends explizit genannt werden.⁵⁴

b) Versteckte Normen

Geht man davon aus, dass die Erkennbarkeit des Rechts ein zentrales Anliegen des Legalitätsprinzips ist, so wirft das auch die Frage auf, inwiefern eine Norm, die nicht bzw. nur schwer auffindbar ist, eine genügende gesetzliche Grundlage für staatliches Handeln darstellen kann. Zwar stellen solche «versteckten» Normen in der Praxis wohl kaum je eine justiziable Verletzung des Legalitätsprinzips dar. Sie beeinträchtigen aber die Transparenz des Rechts und damit seine Vorausehbarkeit für die Bürgerinnen und Bürger, die ihnen unterworfen sind.

Besonders häufig versteckt sind Normen in Legaldefinitionen. Mit der vermehrten Übernahme von EU-Recht hat die Verwendung von Legaldefinitionen, wie sie im EU-Recht üblich ist, auch in Schweizer Erlassen an Bedeutung gewonnen.

⁵⁴ Eine ausführliche Darstellung zum Phänomen der Präsupposition in Gesetzestexten findet sich bei HÖFLER, Presuppositions.

Legaldefinitionen dienen der Klärung von Begriffen oder der Einführung einer Abkürzung; als Hilfsnormen sind sie aber nicht dazu gedacht, im eigentlichen Sinne materielle Regelungen zu treffen.⁵⁵ Dennoch kommt es immer wieder vor, dass materielle Bestimmungen in Legaldefinitionen verpackt werden. Ein Beispiel dafür fand sich in einem Entwurf der Verordnung des EDI über die Filmförderung, in dem der Begriff «Strukturbeitrag» in Abgrenzung zum Begriff «Projektbeitrag» zunächst wie folgt definiert war:

Art. 2 Begriffe

In dieser Verordnung bedeutet:

- a. «Projektbeitrag»: eine Finanzhilfe an die Kosten für ein einmaliges, zeitlich und örtlich begrenztes Vorhaben;
- b. «Strukturbeitrag»: eine Finanzhilfe an die laufenden Betriebskosten eines Unternehmens, das regelmässig öffentliche Aufgaben erfüllt.

Für die Unterscheidung der beiden Begriffe relevant ist, dass der Projektbeitrag *ein einmaliges, zeitlich und örtlich begrenztes Vorhaben* betrifft, der Strukturbeitrag aber *den laufenden Betrieb eines Unternehmens*. Nicht relevant für die Begriffsunterscheidung ist dagegen die Qualifizierung im Relativsatz von Buchstabe b, dass das Unternehmen regelmässig öffentliche Aufgaben erfüllen muss. Hier hat man versehentlich eine materielle Förderungsvoraussetzung in einer Legaldefinition versteckt. Auf Antrag der verwaltungsinternen Redaktionskommission wurde diese materielle Voraussetzung an der entsprechenden Stelle im Text transparent gemacht:

Art. 2 Begriffe

In dieser Verordnung bedeutet:

- a. «Projektbeitrag»: eine Finanzhilfe an die Kosten für ein einmaliges, zeitlich und örtlich begrenztes Vorhaben;
- b. «Strukturbeitrag»: eine Finanzhilfe an die laufenden Betriebskosten eines Unternehmens.

Art. 17 Förderbare Unternehmen

Strukturbeiträge können nur von Unternehmen beantragt werden, die regelmässig Aufgaben im öffentlichen Interesse erfüllen.

Schwer auffindbar sind auch Normen, die in einem sachfremden Kapitel oder Abschnitt oder gar in einem sachfremden Erlass untergebracht sind. Zur Illustration kann auf Artikel 28 Absatz 7 des ETH-Gesetzes⁵⁶ verwiesen werden. Das ETH-Gesetz regelt den sogenannten ETH-Bereich. Dieser besteht gemäss

⁵⁵ Siehe BRATSCHI, S. 208 f.

⁵⁶ Bundesgesetz über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz) vom 4. Oktober 1991 (SR 414.110).

Artikel 1 Absatz 1 des Gesetzes aus: (a) den Eidgenössischen Technischen Hochschulen und (b) den Forschungsanstalten. Entsprechend dieser Zweiteilung ist auch der Text aufgebaut: Das 2. Kapitel befasst sich mit den Eidgenössischen Technischen Hochschulen, das 3. Kapitel mit den Forschungsanstalten. Das 4. Kapitel betrifft dann die Organisation der einzelnen Institutionen. Es ist unterteilt in einen 1. Abschnitt zum ETH-Rat als dem übergeordneten Gremium und einen 2. Abschnitt zur Organisation der Eidgenössischen Technischen Hochschulen. In diesem 2. Abschnitt erscheint nun Artikel 28, der die Schulleitungen betrifft:

1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 1 Geltungsbereich

¹ Dieses Gesetz gilt für den Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Bereich), bestehend aus:

- a. der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich (ETHZ);
- b. der Eidgenössischen Technischen Hochschule Lausanne (ETHL);
- c. Forschungsanstalten.

2. Kapitel: Eidgenössische Technische Hochschulen

3. Kapitel: Forschungsanstalten

4. Kapitel: Organisation

2. Abschnitt: Eidgenössische Technische Hochschulen

Art. 28 Schulleitung

¹⁻⁶ ...

⁷ Die Absätze 1–6 gelten sinngemäss für die Mitglieder der Direktionen der Forschungsanstalten.

Während die ersten sechs Absätze von Artikel 28 die Wahl und die Anstellung der Mitglieder der Schulleitungen der Eidgenössischen Technischen Hochschulen regeln, erklärt Absatz 7, dass diese Regelungen sinngemäss auch für die Mitglieder der Direktionen der Forschungsanstalten gelten. Problematisch ist dabei, dass diese Bestimmung zu den Forschungsanstalten an sachfremder Stelle erscheint, nämlich in einem Abschnitt über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen. Die Gliederungsstruktur des Gesetzes lässt nicht erwarten, dass unter der Überschrift *Eidgenössische Technische Hochschulen* Normen zu finden sind, die nicht die Hochschulen, sondern die Forschungsanstalten betreffen.

Die Bestimmung wäre leichter auffindbar, wenn der Verweis nicht von der Schulleitung zu den Direktionen der Forschungsanstalten, sondern von den Direktionen der Forschungsanstalten zu den Schulleitungen weisen würde:

2. Abschnitt: Eidgenössische Technische Hochschulen

Art. 28 Schulleitung

¹⁻⁶ ...

3. Abschnitt: Forschungsanstalten

Art. 33a Direktion

Artikel 28 über die Schulleitungen gilt für die Mitglieder der Direktionen der Forschungsanstalten sinngemäss.

Die momentane Positionierung der Norm im 2. Abschnitt führt zwar zu einer gewissen Intransparenz, die Situation ist aber aufgrund der relativen Nähe zur sachlich korrekten Positionierung nicht dramatisch. In extremeren Fällen kann sich aber durchaus die Frage stellen, ob eine Norm, die aufgrund einer sachfremden Positionierung kaum mehr auffindbar ist und so die Erkennbarkeit des Rechts beeinträchtigt, das Legalitätsprinzip nicht zumindest ansatzweise verletzt.

IV. Fazit

«Staatliches Handeln muss gesetzmässig sein, und das kann es nur, wenn die Gesetze hinlänglich klar und bestimmt sind.»⁵⁷ Die im vorliegenden Beitrag angestellten Überlegungen haben gezeigt, wie eng das Legalitätsprinzip mit der Forderung nach verständlichen Gesetzen verknüpft ist und wie stark seine Umsetzung von der Gesetzessprache abhängt und sich in ihr niederschlägt. Insbesondere die ungenügende Bestimmtheit einer Norm kann oftmals auf eine zu wenig sorgfältig gewählte sprachliche Formulierung zurückgeführt werden. Dabei gibt es eine Reihe von neuralgischen Konstruktionen, die vom Gesetzesredaktor oder der Gesetzesredaktorin jeweils genau geprüft werden sollten, weil sie besonders anfällig dafür sind, zu ungenügend bestimmten Normen zu führen: vage Begriffe, Passivsätze, offene Aufzählungen, Verweise, Ausnahmen und Geltungsbereiche. Gelegentlich stellt sich zudem die Frage, ob nicht das Erfordernis des Rechtssatzes überhaupt verletzt ist, nämlich dort, wo Normen nur implizit vorausgesetzt oder an sachfremder Stelle aufgeführt werden. Solche Normen sind schwer auffindbar; sie beeinträchtigen die Erkennbarkeit des Rechts. All dies zeigt, dass die Arbeit an der Gesetzessprache immer auch Arbeit

⁵⁷ NUSSBAUMER, S. 305.

an der Gesetzmässigkeit künftigen staatlichen Handelns ist und somit beiträgt zur fortwährenden Verwirklichung des Rechtsstaats.

Literaturverzeichnis

- BRATSCHI REBEKKA, «Frau im Sinne dieser Badeordnung ist auch der Bademeister». Legaldefinitionen aus redaktioneller Sicht, *LeGes* 2009, S. 191 ff.
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden: Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Aufl., Bern 2007
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (Hrsg.), «In der Regel» ergibt in der Regel keine gute Regel, Newsletter für das Forum für Rechtsetzung 3/2009, S. 6 f. (online abrufbar unter: www.bj.admin.ch > Staat & Bürger > Legistik > Forum für Rechtsetzung > Archiv des Newsletters; besucht am 19. Oktober 2016)
- CHRISTMANN URSULA, Rhetorisch-stilistische Aspekte moderner Verstehens- und Verständlichkeitsforschung, in: Ulla Fix/Andreas Gardt/Joachim Knape (Hrsg.), *Rhetorik und Stilistik: Ein internationales Handbuch historischer und systematischer Forschung*, HSK 311, Berlin 2008, S. 1092 ff.
- DEPENHEUER OTTO, Sprache und Stil der Gesetze, in: Winifred Kluth/Günter Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung – Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle*, Heidelberg 2014, S. 137 ff.
- EICHHOFF-CYRUS KARIN M./ANTOS GERD (Hrsg.), Verständlichkeit als Bürgerrecht? Die Rechts- und Verwaltungssprache in der öffentlichen Diskussion, Mannheim 2008
- EICHHOFF-CYRUS KARIN M./ANTOS GERD, Vorwort, in: dies. (Hrsg.), *Verständlichkeit*, S. 7 f.
- FEUZ ROLAND, Materielle Gesetzesbegriffe, Inhalt und Tragweite, Dargestellt insbesondere anhand von Art. 164 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung, Diss. 2001, Bern 2002
- GRICE HERBERT PAUL, *Meaning*, *Philosophical Review*, 66/1957, S. 377 ff.
- GRIFFEL ALAIN (Hrsg.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Bern 2014
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016
- HÖFLER STEFAN, «Ein Artikel – eine Norm». Redaktionelle Überlegungen zur Diskursstruktur von Gesetzesartikeln, *LeGes* 2012, S. 311 ff.
- HÖFLER STEFAN, Between conciseness and transparency: Presuppositions in legislative texts, *International Journal on the Semiotics of Law* 4/2014, S. 627 ff.
- HÖFLER STEFAN, Die Redaktion von Verweisen unter dem Aspekt der Verständlichkeit. *LeGes* 2015, S. 325 ff.
- HÖFLER STEFAN, Die verwaltungsinterne Verständlichkeitskontrolle im Rechtsetzungsverfahren des Bundes, Diplomarbeit, Bern 2015 (online abrufbar unter: www.zora.uzh.ch/110371; besucht am 19. Oktober 2016)
- HÖFLER STEFAN, Die Informationsstruktur von Rechtssätzen und ihre Bedeutung für die Gesetzesredaktion, *LeGes* 2016, S. 225 ff.
- HUANG YAN, *Pragmatics*, Oxford 2007

- HUBER EUGEN, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Bern 1902 (online abrufbar unter: www.eugenhuber.ch > Texte > Erläuterungen; besucht am 19. Oktober 2016)
- ITKONEN ESA, *Analogy as structure and process: Approaches in linguistics, cognitive psychology and philosophy of science*, Amsterdam 2005
- LAKOFF GEORGE/JOHNSON MARK, *Metaphors we live by*, Chicago 1980
- LARENZ KARL, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin 1975
- LERCH KENT D. (Hrsg.), *Recht verstehen: Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht*, Berlin 2004
- LÖTSCHER ANDREAS, *Der Stellenwert der Verständlichkeit in einer Hierarchie der kommunikativen Werte von Gesetzen*, *Bulletin suisse de linguistique appliquée* 1995, S. 109 ff.
- LÖTSCHER ANDREAS, *Die (Un-)Verständlichkeit von Gesetzen – eine Herausforderung für die Gesetzesredaktion*, *Zeitschrift für Europäische Rechtslinguistik* 2016 (online abrufbar unter: www.zerl.uni-koeln.de/andreas-loetscher/2016/verstaendlichkeit-von-gesetzen, besucht am 19. Oktober 2016)
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3. Aufl., Zürich 2013
- MÜLLER JÖRG PAUL, *Gute Gesetzgebung in der Demokratie – Chancen und Klippen*, in: Grif-fel, S. 75 ff.
- NUSSBAUMER MARKUS, *Der Verständlichkeit eine Anwältin! Die Redaktionskommission der schweizerischen Bundesverwaltung und ihre Arbeit an der Gesetzessprache*, in: Eichhoff-Cyrus/Antos, *Verständlichkeit*, S. 301 ff.
- SCHLUEP, WALTHER, *Einladung zur Rechtstheorie*, Bern 2007
- SCHRÖDER OLE/WÜRDEMANN CHRISTIAN, *Rechtstexte verständlich formulieren: Implementierung einer Sprachanalyse im Gesetzgebungsverfahren*, in: Eichhoff-Cyrus/Antos, *Verständlichkeit*, S. 324 ff.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014
- WERLEN IWAR, *Verweisen und Verstehen: Zum Problem des inneren Beziehungsgeflechtes in Gesetzestexten*, *LeGes* 1994, S. 49 ff.

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.–

Das Legalitätsprinzip ist ein Schlüsselprinzip des Rechtsstaates. Es ist für Rechtsanwendung und Rechtsetzung gleichermaßen wichtig. Gesetz- und Verordnungsgeber stehen vor der schwierigen Aufgabe, eine Rechtsregel auf der richtigen Stufe (Gesetz, Verordnung) in hinreichender Bestimmtheit zu erlassen. Tun sie dies nicht, besteht das Risiko einer gerichtlichen Aufhebung und einer daraus entstehenden, allenfalls empfindlichen Regelungslücke. Wird dagegen auf zu hoher Stufe zu dicht normiert, besteht die Gefahr einer unflexiblen Regelung, die in raschen Abständen revidiert werden muss. Der 7. Band des ZfR beleuchtet das Legalitätsprinzip aus dem Blickwinkel der Wissenschaft sowie der Gerichts- und der Rechtsetzungspraxis. Besondere Berücksichtigung finden typische Problemfelder wie staatliche Ausgaben, Sanktionen, Gebühren, Verwaltungsorganisation sowie die sprachliche Umsetzung.

