

Die Kapitulation des Gesetzgebers Die Verweisung und deren praktische Anwendung in der Schweiz

Daniela Ivanov / Marius Roth

1. Einführung

In zahlreichen Rechtsvorschriften finden sich Bestimmungen, die, statt eigene Regelungen zu treffen, auf andere Normen oder Texte Bezug nehmen bzw. solche für anwendbar erklären. Der Jurist bezeichnet ein derartiges Vorgehen als "Verweisung" oder "Verweis".

Verweisungen können sich sowohl aus rechtsstaatlicher wie auch aus publikationsrechtlicher Sicht als problematisch erweisen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der (ordentliche) Gesetzgeber auf Rechtsvorschriften verweist, die von einem anderen Gemeinwesen oder von nicht staatlichen Organisationen erlassen worden und / oder in anderen Kundmachungsorganen veröffentlicht sind. Die öfters anzutreffende Auffassung, wonach das Instrument der Verweisung mehr Vorteile als Nachteile aufweist, überzeugt nicht ganz und muss zumindest kritisch hinterfragt werden.

2. Begriff und Arten von Verweisungen

Unter "Verweisung" wird in erster Linie die "Verknüpfung einer Rechtsnorm (Verweisungssubjekt [oder Verweisungsnorm]) mit einer anderen Rechtsnorm (Verweisungsobjekt) [verstanden], wobei Erstere auf eine abschliessende Regelung verzichtet und hinsichtlich des nicht geregelten Teils auf die andere Bezug nimmt" (*Marius Roth, Die Veröffentlichung von Rechtsnormen in der Schweiz, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2011, S 179 f.*).

Die Lehre unterscheidet verschiedene Arten von Verweisungen:

2.1. Normative und informative Verweisungen

Normative bzw. echte oder konstitutive Verweisungen erklären andere Rechtsnormen in rechtsverbindlicher Weise für anwendbar. Gemäß der herkömmlichen Auffassung besteht deren Funktion in der Entlastung des Gesetzgebers, der, anstatt neue Regelungen zu erlassen, auf bereits bestehende zurückgreifen kann. Zudem dienen sie der

Rechtsvereinheitlichung, weil für gleiche oder ähnliche Sachverhalte - national oder international - gleiche Rechtsvorschriften gelten.

Beispiel:

Art. 15 Abs. 1 Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG; SR 235.1): "Klagen zum Schutz der Persönlichkeit richten sich nach den Artikeln 28, 28a sowie 281 des Zivilgesetzbuchs (...)" und Abs. 4: "Über Klagen zur Durchsetzung des Auskunftsrechts entscheidet das Gericht im vereinfachten Verfahren nach der Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008."

Informative bzw. unechte oder deklaratorische Verweisungen informieren demgegenüber bloß darüber, dass für gewisse, mit einer bestimmten Regelung zusammenhängende Aspekte andere Normen gelten. Insofern stellen sie bloß Erinnerungshilfen, ohne normativen Wert, dar und erheben nicht den Anspruch, einen Sachverhalt verbindlich zu regeln. In der Praxis können sich derartige Verweisungen als problematisch erweisen, weil sie den Norminhalt unnötig belasten und zu Missverständnissen führen können. Wie ist beispielsweise vorzugehen, wenn die Norm, auf die deklaratorisch verwiesen wird, nicht mehr gilt? Daher empfiehlt es sich, sie wegzulassen (zum Ganzen *Georg Müller/Felix Uhlmann*, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 360 ff.).

Beispiel:

Art. 25 Abs. 4 Tierseuchenverordnung (TSV; SR 916.401): "Im Übrigen gelten die besonderen Bestimmungen der Transportverordnung vom 5. November 1986, der Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962, der Verordnung vom 19. Juni 1995 über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge und der Tierschutzverordnung vom 27. Mai 1981."

2.2. Direkte und indirekte Verweisungen

Direkte Verweisungen nehmen stets auf eine oder einzelne bestimmte Rechtsvorschriften Bezug. Sie dienen ebenfalls der Normersparnis und der Rechtsvereinheitlichung.

Beispiel:

Art. 55 Abs. 1 Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110): "Das Beweisverfahren richtet sich nach den Artikeln 36, 37 und 39-65 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP)."

Indirekte Verweisungen bedienen sich demgegenüber Generalklauseln. Sie sind insbesondere bei der Regelung technischer Materien anzutreffen, wo sie beispielsweise auf die "anerkannten Regeln der Baukunde" oder den "Stand der Technik" Bezug nehmen. Im Unterschied zu den direkten Verweisungen ist das Verweisungsobjekt in diesem Fall unbestimmt und kann erst im Rahmen der Rechtsanwendung durch Auslegung ermittelt werden. Aus diesem Grund sind indirekte Verweisungen keine Verweisungen im eigentlichen Sinne, denn der Gesetzgeber definiert nicht selber das Verweisungsobjekt, sondern räumt lediglich den rechtsanwendenden Behörden einen Ermessensspielraum ein. Anders gesagt, handelt es sich bei den indirekten Verweisen eher um "Hinweise" als um "Verweise" (*Roth*, S 182).

Beispiel:

Art. 57 Bauverordnung (BauV) des Kantons Bern: "Bei der Erstellung von Bauten und Anlagen sind die anerkannten Regeln der Baukunde einzuhalten (...)"

Teilweise finden sich in der Gesetzgebung auch Mischformen zwischen direkten und indirekten Verweisungen. In solchen Fällen gibt der Gesetzgeber beispielsweise selbst jene Normen an, die aus seiner Sicht dem Stand der Technik oder der Wissenschaft entsprechen, ohne jedoch diese für direkt anwendbar zu erklären. Faktisch ist der Betroffene jedoch gezwungen, die genannten Vorschriften einzuhalten, will er keine Nachteile oder einen größeren Aufwand in Kauf nehmen.

Beispiel:

Art. 8 Verordnung des EDI über die Sicherheit von Spielzeug (Spielzeugverordnung; VSS; SR 817.023.11): "Bei Spielzeug, das mit den in Anhang 4 aufgeführten technischen Normen übereinstimmt, wird vermutet, dass es die Sicherheitsanforderungen erfüllt, soweit diese von diesen Normen abgedeckt sind."

2.3. Binnenverweisungen und Außenverweisungen

Unter Binnenverweisungen werden im engeren Sinne Verweisungen auf Bestimmungen innerhalb derselben Rechtsvorschrift verstanden. Dadurch sollen sparsame und widerspruchsfreie Regelungen erreicht werden.

Beispiel:

Art. 538 Abs. 3 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR; SR 220) "Der geschäftsführende Gesellschafter, der für seine Tätigkeit eine Vergütung bezieht, haftet nach den Bestimmungen über den Auftrag." Dadurch wird auf Art. 394 ff. OR verwiesen.

Demgegenüber erklären Außenverweisungen Bestimmungen anderer Rechtsvorschriften derselben oder einer anderen Regelungsebene für anwendbar. So kann beispielsweise eine bundesrechtliche Rechtsvorschrift auf eine andere bundesrechtliche Rechtsvorschrift oder eine kantonale Rechtsvorschrift auf Bundesrecht verweisen. Ebenso kann eine nationale Rechtsvorschrift auf internationales Recht Bezug nehmen. Schließlich kann das Verweisungsobjekt auch von nicht staatlichen Organisationen stammen, so zB von einem Fach- oder Normenverband.

Beispiel:

Art. 352 Abs. 2 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.0): "Für den Austausch von Informationen zur Suche nach Vermissten, zur Identifizierung von Unbekannten und zu administrativen Zwecken gilt das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz."

Der Rückgriff auf Außenverweisungen wird in erster Linie mit der Normersparnis und dem Wunsch nach Rechtsvereinheitlichung begründet. Bei Verweisen auf private Normen stehen vor allem die Entlastung der Gesetzgebung von umfangreichen, technischen Fachbegriffen und Detailregelungen, der Rückgriff auf Fachwissen sowie die rasche Anpassung des Rechts an den Stand der Technik und Wissenschaft im Vordergrund (*Müller/Uhlmann*, Rz. 364 ff.; Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden - Leitfaden für die Erarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Auflage, Bern 2007, Rz. 898). Neben den Verweisungen auf

private Normenwerke gewinnen heute insbesondere jene auf das Recht der Europäischen Union zunehmend an Bedeutung.

2.4. Statische und dynamische Verweisungen

Statische bzw. starre Verweisungen erklären eine ganz bestimmte Fassung einer bestehenden Norm für anwendbar. Allfällige nachträgliche Änderungen des Verweisungsobjektes haben somit keine Auswirkungen auf das Verweisungssubjekt. Anders gesagt, kann sich das Verweisungsobjekt nicht ohne die Zustimmung des Verweisenden ändern.

Beispiele:

Z 1 des Anhang 1 zur Verordnung des EJPD über Atemalkoholmessmittel (AAMV; SR 941.210.4): "Atemalkoholtestgeräte müssen die Anforderungen der Norm SN EN 15964 und dieses Anhangs an den Aufbau und die messtechnischen Eigenschaften erfüllen." (Aus der Fußnote ist es ersichtlich, dass es sich um die Fassung von 2011 handelt).

Art. 13.20 Abs. 5 der Verordnung über die Schifffahrt auf dem Bodensee (Bodensee-Schifffahrts-Ordnung; BSO; SR 747.223.1): "Auf Fahrzeugen nach Absatz 3, die nicht über ausreichend spritzwasser- oder wetterdicht verschliessbaren Stauraum zur Mitführung von Rettungsmitteln nach den Absätzen 3 und 4 verfügen, müssen die auf dem Fahrzeug befindlichen Personen eine Schwimmhilfe nach der Norm EN ISO 12402-5:2006 (...) mitführen oder tragen."

Demgegenüber verweisen dynamische oder gleitende Verweisungen auf die jeweils geltende Fassung einer Rechtsvorschrift. Dies bedeutet, dass jede nachträgliche Änderung des Verweisungsobjektes automatisch eine Änderung des Verweisungssubjektes bewirkt. Mit anderen Worten kann sich die Verweisungsnorm ohne die Mitwirkung des verweisenden Organs ändern.

Dynamische Verweisungen bezwecken eine größere Flexibilität der Gesetzgebung sowie eine bessere Anpassung an veränderte Verhältnisse. Allerdings verliert dabei der Gesetzgeber die Hoheit und die Kontrolle über seine eigene Gesetzgebung und gibt somit eine ureigene Kompetenz jedes Gemeinwesens vollständig ab. Die meisten Außenverweise auf Rechtsvorschriften desselben Gemeinwesens (zB ein Bundesgesetz, welches auf ein anderes Bundesgesetz verweist), sind dynamisch. Ob ein bestimmter

Verweis dynamisch oder statisch sein soll, ist allerdings nicht immer eindeutig und muss durch Auslegung ermittelt werden. Aus rechtsstaatlichen Gründen sollten insbesondere die Außenverweisungen statischer Natur sein (vgl. Z 3 hiernach).

3. Die Zulässigkeit von Verweisungen

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung werden Verweisungen grundsätzlich als zulässig erachtet. Eine Ausnahme besteht hinsichtlich der dynamischen Verweisung (oben Z 2.4), weil diese zu einem Souveränitätsverlust des Gemeinwesens führt und aus der Sicht des Rechtssuchenden mit einer hohen Rechtsunsicherheit verbunden ist.

Bezüglich der Zulässigkeit dynamischer Verweisungen gilt es allerdings zu differenzieren: Werden Verweisungsnorm und Verweisungsobjekt vom selben Gesetzgeber bzw. von derselben Autorität erlassen, wird die dynamische Verweisung als zulässig erachtet. In allen anderen Fällen sollten dynamische Verweisungen jedoch verboten sein (*Roth*, S 181). Dies ist einerseits der Fall, wenn ein Gesetzgeber auf Rechtsvorschriften, die durch ein anderes Gemeinwesen erlassen werden, verweist. In einer solchen Konstellation besteht die Gefahr, dass dynamische Verweisungen gegen die jeweilige Zuständigkeitsordnung verstoßen (*Müller/Uhlmann*, Rz. 370). Zudem kann die Publikation und Zugänglichkeit der Verweisungsobjekte Schwierigkeiten bereiten (vgl. unten Z 4). Dennoch hat das Bundesgericht beispielsweise eine dynamische Verweisung des kantonalen Rechts auf Bundesrecht bezüglich der Bemessung von Wasserzinsen als zulässig erachtet, obwohl die kantonale Regelung zur Folge hatte, dass der kantonale Steuersatz automatisch - ohne Zutun des kantonalen Gesetzgebers - an den bundesrechtlich jeweils vorgesehenen Maximalsatz angepasst würde. Als Begründung führte das Bundesgericht aus, dass es dem kantonalen Gesetzgeber frei stehe, jederzeit die entsprechende Norm abzuändern (BGE 128 II 112, E 8b). Im Ergebnis liegt in einem derartigen Fall jedoch eine Übertragung von kantonalen Gesetzgebungskompetenzen auf den Bund, was jedoch mit der in der Bundesverfassung festgelegten Kompetenzordnung unvereinbar ist (vgl. dazu BGE 133 V 96, E 4.4.5): Ein für die Regelung einer bestimmten Materie zuständiges Gemeinwesen muss nicht nur seine Zuständigkeit wahrnehmen können, sondern ist geradezu dazu verpflichtet.

Ebenfalls sehr problematisch ist die Verweisung auf nicht staatliche Normen. Das Bundesgericht hat in seiner neusten Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Zulässigkeit eines Verweises auf private Normen festgehalten, dass bei einer allfälligen gleitenden Verweisung die Voraussetzungen für eine

Gesetzesdelegation erfüllt sein müssen. Dabei hat es zunächst betont, dass die wichtigen Normen auf Grund des Legalitätsprinzips und der Gewaltenteilung stets vom Gesetzgeber zu erlassen seien, während weniger wichtige Regeln an Private delegiert werden könnten, wozu allerdings eine Grundlage in einem formellen Gesetz notwendig sei. Mit anderen Worten werden mit einem dynamischen Verweis Rechtsetzungsbefugnisse delegiert. Die Delegation gesetzesvertretender Bestimmungen an Private ist jedoch nur dann zulässig, wenn eine Verfassungsgrundlage besteht, die eine solche vorsieht und den notwendigen gesetzlichen Übertragungsakt bezeichnet. Bezüglich unwichtigerer Normen, die Gegenstand einer Vollziehungsverordnung sein könnten, wie zB technische Normen, vertrat das Bundesgericht jedoch die Auffassung, dass es sich funktional um Verwaltung handle. Dies stelle deshalb eine Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Private dar, wozu für den Bund mit Art. 178 Abs. 3 BV (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101) eine genügende Verfassungsgrundlage bestehe (vgl. BGE 136 I 316).

Bei einer engen Auslegung des Begriffs "Verwaltungsaufgaben" iSv. Art. 178 Abs. 3 BV ist eine eigentliche Rechtsetzungsdelegation an Private auf Bundesebene nicht möglich. Dies bedeutet, dass keine Aufgaben an Private übertragen werden dürfen, die Gegenstand eines (formellen) Gesetzes bilden müssen (*Felix Uhlmann*, "Die Normen können bei...bezogen werden" - Gedanken zur Publikation und Verbindlichkeit privater Normen, in: *LeGes* 2013/1, S 89 ff., 94 f.). Ähnlich dürfte die Rechtslage in den meisten Kantonen sein: Eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an Private besteht wohl in den meisten Kantonen nicht. Allenfalls können einzelne Gesetze Verwaltungsbehörden dazu ermächtigen, private Normen oder Richtlinien für anwendbar erklären zu lassen (zB § 44 Abs. 2 Gesundheitsgesetz [GesG] des Kantons Zürich). Damit dürften sich die meisten dynamischen Verweise - mangels Verfassungs- und gesetzlicher Grundlage - als unzulässig erweisen (*Uhlmann*, S 95, *Tim Köbrich*, *Rechtsetzung durch Private* - unter besonderer Berücksichtigung der Verweisungspraxis im kantonalen Rettungswesen, in: *LeGes* 2014/1, S 57 ff., 68 ff.).

Zu beachten gilt auch, dass einzelne indirekte Verweisungen uU in die Nähe direkt-dynamischer Verweisungen rücken können. Dies kann namentlich dann der Fall sein, wenn zwar in allgemeiner Weise auf die Regeln oder Richtlinien anerkannter Fachorganisationen verwiesen bzw. hingewiesen wird, in der Praxis jedoch eine einzige einschlägige Branchennorm existiert und die rechtsanwendende Behörde diese unbesehen ihren Inhaltes und

unabhängig vom Einzelfall anwendet (vgl. betreffend die Richtlinien des Interverbandes für Rettungswesen [IVR], *Köbrich*, S 67 f.).

Bei Verweisungen auf ausländisches Recht, an dessen Schaffung die Schweiz nicht beteiligt war, ist die Rechtslage etwas klarer: Aus Gründen der Souveränität sind lediglich statische Verweisungen zulässig. Das Problem stellt sich insbesondere bei Verweisen auf Rechtsvorschriften der Europäischen Union (vgl. dazu den Beitrag von *Clemens Locher*, Redaktionelle und gesetzestechnische Probleme der Verweisung auf EU-Recht im Landesrecht, in: *LeGes*, 2010/1, S 87 ff.).

4. Publikation und Zugänglichkeit der Verweisungsobjekte

Die Publikation des Rechts bildet in jedem Rechtsstaat eine unabdingbare Voraussetzung für dessen Anwendbarkeit und Verbindlichkeit gegenüber dem Bürger (*Roth*, S 9 ff. und 21 f.). Damit ein Normadressat sein Verhalten nach der Norm richten bzw. von den ihm eingeräumten Rechten Gebrauch machen kann, muss er in der Lage sein, die jeweilige Rechtsvorschrift zu kennen und zu verstehen.

Sobald der Gesetzgeber vom Instrument der Verweisung Gebrauch macht, wird die Zugänglichkeit der Rechtsvorschriften aus der Sicht des Rechtsuchenden in jedem Fall erschwert. Dies ist zunächst - in einem vergleichsweise geringeren Ausmaß - bei Außenverweisen auf Rechtsvorschriften derselben staatlichen Ebene der Fall: Obwohl Publikationssubjekt und Publikationsobjekt auf die gleiche Art und Weise und im selben Publikationsorgan veröffentlicht werden, muss der Rechtsuchende verschiedene Rechtsvorschriften konsultieren, um den vollständigen Inhalt der Verweisungsnorm zu ermitteln. Mit anderen Worten muss der Rechtsuchende den Norminhalt selber rekonstruieren bzw. vervollständigen. Weil jedoch Publikationsobjekt und -subjekt gleich veröffentlicht werden, ist diese Konstellation rein aus publikationsrechtlicher Sicht unproblematisch.

Schwierigkeiten können jedoch bereits dann entstehen, wenn die Verabschiedung des Publikationssubjekts und -objekts nicht in die Zuständigkeit desselben Gemeinwesens fällt, so zB, wenn das kantonale Recht auf Bundesrecht oder auf kommunales Recht verweist. Weil die Veröffentlichung der eigenen Rechtsvorschriften in der Schweiz zu den Uraufgaben jedes Gemeinwesens gehört, ist jede mit Rechtsetzungsaufgaben betraute Entität für die Publikation der vor ihr erlassenen Rechtsnormen zuständig. Dies bedeutet, dass sowohl der Bund wie auch jeder Kanton und jede Gemeinde dafür zu sorgen haben, dass seine bzw. ihre

Rechtsvorschriften veröffentlicht werden. Ein gemeinsames Publikationsorgan für sämtliche in der Schweiz geltenden Rechtsvorschriften besteht nicht. Ein Gesetzgeber, der auf Rechtsvorschriften einer anderen staatlichen Ebene verweist, hat somit keine Möglichkeit, sicherzustellen, dass das Verweisungsobjekt korrekt kundgemacht wird und in gleicher Weise zugänglich ist wie das Verweisungsobjekt. MaW ist bei diesem Vorgehen nicht sichergestellt, dass das Verweisungsobjekt im Sinne des Verweisenden publiziert wird, da er keine Kontrolle über das entsprechende Dokument hat. Für den Rechtsuchenden ist dies mit Rechtsunsicherheiten und zusätzlichem Suchaufwand verbunden. Das Problem stellt sich insbesondere bei Verweisen auf das EU-Recht, welches von der Schweiz nicht selbständig publiziert wird oder bei kommunalem Recht, dessen Veröffentlichung nach wie vor sehr suboptimal ist. Eine erneute Kundmachung der Norm durch das verweisende Organ würde zumindest diese Unsicherheiten beseitigen.

Die größten Probleme aus rechtsstaatlicher Sicht stellen sich allerdings einmal mehr bei Verweisungen auf nicht staatliche Normen, weil diese nicht im ordentlichen Publikationsverfahren veröffentlicht werden. Zu denken ist insbesondere an Normen privater Fachorganisationen, wie jene des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenverbandes (SIA) oder jene der Schweizerischen Normenvereinigung (SNV). Solche Normen, die nach herrschender Auffassung, trotz staatlicher Anerkennung, privatrechtlicher Natur bleiben, können und müssen nicht in die offiziellen Gesetzessammlungen aufgenommen oder sonst wie unentgeltlich zugänglich gemacht werden. Die Rechtsvorschriften, die derartige Verweise enthalten, präzisieren lediglich auf Fußnotenstufe, bei wem die betroffenen Normen eingesehen und / oder bezogen werden können. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist diese Praxis unhaltbar: Sobald der Gesetzgeber in einer Rechtsvorschrift auf nicht staatliche Normen verweist, erlangen diese allgemeine Geltung und werden für jedermann verbindlich. Durch die Übernahme privater Regelungen in staatliche Regelungen werden Erstere automatisch zu staatlichen Willensäußerungen und somit zu Bestandteilen der staatlichen Rechtsordnung. Dies bedeutet, dass sie dem Bürger zur Kenntnis gebracht werden müssen, denn der Rechtsuchende darf nicht schlechter gestellt werden, als wenn der Staat selber eine Regelung getroffen hätte. Zudem müsste das Verweisungsobjekt am selben Ort wie das Verweisungsobjekt veröffentlicht werden, zumal es dessen integralen Bestandteil bildet und eine Ungleichbehandlung verschiedener Erlassteile als nicht gerechtfertigt erscheint. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber auf die Regelung einer in seinem Zuständigkeitsbereich fallenden Materie verzichtet, entbindet ihn nicht von der Einhaltung der rechtsstaatlichen Grundsätze (*Roth*, S 183 ff.). Die Frage der Publikation ist rechtsstaatlicher Art und muss von jener

allfälliger Entschädigungsansprüche Dritter klar auseinander gehalten werden (einzelne Autoren schlagen hier eine Enteignung der Urheberrechte vor, vgl. *Uhlmann*, S 93).

Derzeit sind diese Anforderungen klarerweise nicht erfüllt: Private Normenwerke müssen, selbst wenn sie Gegenstand einer gesetzlichen Verweisung bilden, bei den jeweiligen Organisationen entgeltlich bezogen werden.

Eine grundsätzliche Änderung der Rechtslage im Sinne einer rechtsstaatskonformen Praxis ist derzeit in der Schweiz nicht ersichtlich. So hat es beispielsweise der Bund verpasst, im Rahmen der jüngsten Revision seines Publikationsgesetzes, diese Fragen neu zu regeln. Immerhin kann auf den Entwurf zu einem neuen Publikationsgesetz des Kantons Zürich hingewiesen werden, dessen § 8 (Verweis auf Normen Dritter) Abs. 2 folgenden Inhalt hat: *"Der Regierungsrat kann die Dritten verpflichten, die Normen in elektronischer Form öffentlich zugänglich zu machen. Er regelt die Entschädigung. Allfällige Entschädigungsansprüche der Dritten richten sich sinngemäss nach den §§ 183bis-183^{quater} des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 2. April 1911."* Ironischerweise enthält diese Bestimmung selbst einen dynamischen Verweis auf Bundesrecht.

5. Kritische Bemerkungen zu den Funktionen der Verweisung

Lehre und Praxis begründen den Rückgriff auf Verweisungen im Wesentlichen mit folgenden Argumenten: Normersparnis, Flexibilität, Rechtsvereinheitlichung und Einbezug von Sachverstand Dritter. Der Gesetzgebungsleitfaden des Bundes fasst die verschiedenen Vorteile der Verweisungen folgendermaßen zusammen: *"Sachgerecht gebraucht, können Verweisungen erheblich zur Verkürzung der Gesetzestexte, zur Erhöhung ihrer Verständlichkeit und Erschliessung weiterer, anwendungsrelevanter Normen (z.B. EU-Normen oder technische Regeln), nicht zuletzt aber auch zur Verringerung des Rechtsetzungsbedarfs beitragen"* (Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 894). Im Folgenden gilt es kurz, die Stichhaltigkeit dieser Argumente zu prüfen.

5.1. Normersparnis

Unter dem Stichwort "Normersparnis" werden verschiedene Argumente zusammengefasst, insbesondere die Verkürzung der Rechtsvorschriften, die Verhinderung von Doppelspurigkeiten (zB die Erwähnung derselben Regelung[en] an verschiedenen Orten) oder die Reduzierung der legislativen

Arbeit. Der Begriff "Normersparnis" darf in diesem Zusammenhang jedoch nicht in dem Sinne verstanden werden, dass durch Verweisungen die Regulierungstätigkeit abnimmt, denn der Gesetzgeber verzichtet gerade nicht darauf, eine Rechtsfrage zu regeln, sondern übernimmt lediglich bereits bestehende Vorschriften. Insofern geht es bei der angeblichen Normersparnis in erster Linie um "Platzersparnis".

Dem kann entgegen gehalten werden, dass grundsätzlich jede Rechtsvorschrift aus sich selbst verständlich sein müsste. Aufgabe des Gesetzgebers ist es primär, Normen zu schaffen, welche die rechtsstaatlichen Anforderungen, insbesondere das Legalitätsprinzip, einhalten. Zu Letzterem gehört aber auch das Erfordernis der Normdichte, welches besagt, dass Rechtsvorschriften so präzise formuliert sein müssen, dass der Einzelne sein Verhalten danach richten kann. Aufgabe des Gesetzgebers ist es somit, möglichst präzise, verständliche und transparente Regeln zu schaffen, wozu zwangsläufig auch gewisse Wiederholungen oder unelegante Formulierungen gehören. Gesetze dürfen eben nicht mit literarischen Werken verwechselt werden: Es mag zwar aus ästhetischer und stilistischer Sicht als empfehlenswert erscheinen, dieselben Regelungen nicht an mehreren Orten abzuschreiben, aus legistischer und rechtsstaatlicher Perspektive kann sich ein solches Vorgehen geradezu aufdrängen. Oberstes Ziel des Gesetzgebers sollte stets sein, dass die Adressaten die Rechtsnormen verstehen. Schließlich kann Sinn und Zweck der Legistik auch nicht darin bestehen, dass der Gesetzgeber möglichst wenig Aufwand hat: Die Rechtsetzung steht nämlich nicht zur Disposition des Gesetzgebers, sondern dieser ist verpflichtet, seine Kompetenzen vollumfänglich wahrzunehmen.

An Stelle der Verweisung empfiehlt sich daher u.E., wo immer möglich, die Inkorporation, dh. ein Vorgehen, bei welchem der Text einer Norm in eine andere Norm übernommen wird.

Die Inkorporation hat einerseits den Vorteil, dass sie den Gesetzgeber dazu zwingt, sich gründlich zu überlegen, ob die Bestimmungen, auf welche verwiesen wird, wirklich als solche anzuwenden sind bzw. ob es doch abweichender Regelungen bedarf. Zudem darf der Aufwand für die "Verwaltung" der Verweise, sofern dies sorgfältig erfolgt, nicht unterschätzt werden. Dies betrifft sowohl Verweisungen auf nicht staatliche Regelungen wie auch solche auf Rechtsvorschriften derselben oder einer anderen Rechtsetzungsstufe, unabhängig davon, ob diese einen dynamischen oder statischen Charakter haben. Wird beispielsweise das Verweisungsobjekt geändert oder fällt es infolge einer Aufhebung gänzlich weg, muss auch das Verweisungsobjekt jeweils angepasst bzw. es muss zumindest geprüft werden, ob eine allfällige Anpassung notwendig ist. Wird dies nicht

systematisch gemacht - was derzeit wohl die Regel ist - muss die rechtsanwendende Behörde im konkreten Einzelfall ermitteln, wie die Verweisung zu verstehen ist, was für den Rechtsuchenden wiederum mit großen Rechtsunsicherheiten verbunden ist. Die angebliche "Entlastung" der Gesetzgebung entpuppt sich somit früher oder später zu einer Belastung sowohl für die Behörden wie auch für die Rechtsuchenden. Dieser Nachteil besteht bei der Inkorporation nicht (vgl. auch Gesetzgebungslitfad, Rz. 906, welcher grundsätzlich empfiehlt, Erlasse "möglichst vollständig" zu formulieren).

5.2. Flexibilität

Unter "Flexibilität" wird die rasche Anpassung des Rechts an geänderte Verhältnisse verstanden. Das Argument wird oft im Zusammenhang mit Verweisen auf private Normen erwähnt. Auch wenn dieser Wunsch als nachvollziehbar erscheint, darf nicht außer Acht gelassen werden, dass der Gesetzgeber die Hoheit über seine Gesetzgebung nicht abgeben darf. Daher dürfen unter dem Vorwand der Flexibilität insbesondere keine verpönten dynamischen Verweisungen vorgenommen werden. Doch selbst bei statischen Verweisungen bestehen verschiedene Gefahren, so zB jene der Entstehung paralleler Rechtssysteme, auf welche der ordentliche Gesetzgeber kaum noch Einfluss nehmen kann (dazu Z 5.4. hiernach). Das Ziel der Flexibilität in der Rechtsetzung kann auch dadurch erreicht werden, dass beispielsweise vorwiegend technische Regelung auf Verordnungsstufe erlassen werden, denn Verordnungen können schneller und einfacher geändert werden als formelle Gesetze.

5.3. Rechtsvereinheitlichung

Verweisungen führen dazu, dass gleiche oder ähnliche Sachverhalte gleichen Regelungen unterstellt sind. Aktuell spielt die Rechtsvereinheitlichung insbesondere bei der Angleichung des schweizerischen Rechts an die Rechtsvorschriften der Europäischen Union eine wichtige Rolle.

Das Ziel, einheitliche Regelungen zu schaffen, ist legitim; es stellt sich jedoch die Frage, ob Verweisungen das optimale Mittel dazu sind. Bleibt man beim Beispiel des europäischen Rechts, so stellt man fest, dass Verweisungen vor allem zu Unübersichtlichkeit, Intransparenz und Verständnisproblemen führen. Schweizerische Rechtsnormen, die Verweise auf das EU-Recht enthalten, sind als solche inhaltsleer, denn der Rechtsuchende kann ihnen keine unmittelbaren Informationen entnehmen. Selbst die Titel der jeweiligen EU-Erlasse sind komplex formuliert und mit

dem schweizerischen Verständnis von der Rechtssprache unvereinbar. Schließlich wird das EU-Recht von der Schweiz nicht selbstständig publiziert, weshalb der Rechtsuchende die jeweiligen Rechtsvorschriften im Amtsblatt der EU zu recherchieren hat. Hier gilt es wiederum zu beachten, dass die Union ihre Publikationspraxis dahingehend geändert hat, dass sie in ihrem Amtsblatt nur noch dynamisch auf die eigenen Rechtsakte verweist. Weil man aber in der Schweiz nur statisch auf das EU-Recht verweisen darf (oben Z 3 in fine), wird der Rechtsuchende mit der zusätzlichen Schwierigkeit konfrontiert, jene Fassung eines europäischen Erlasses zu finden, auf die sich der statische Verweis im Schweizer Recht bezieht (dazu *Locher*, S 89 ff.). Hat man endlich die richtige Fassung gefunden, so muss man auch noch in der Lage sein, den in einer komplexen, aus Schweizer Sicht ungewöhnlichen Rechtssprache verfassten Inhalt, zu verstehen.

Beispiel:

Art. 58 Abs. 8 Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge (VTS; SR 741.41): "An Fahrzeugen der Klassen M, N und O mit einer bauartbedingten oder zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h und mehr müssen Reifen montiert sein, die der Richtlinie 92/23/EWG oder den Verordnungen (EG) Nr. 661/2009 und (EU) Nr. 458/2011 entsprechen."

(Die jeweils anwendbare Fassung der EU-Erlasse sowie deren vollständige Titel finden sich in einem Anhang zur VTS. Bei der Verordnung [EU] Nr. 458/2011 handelt es sich beispielsweise um eine Verordnung der Kommission vom 2. Mai 2011 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern hinsichtlich der Montage von Reifen und zur Durchführung der Verordnung [EG] Nr. 661/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen, Kraftfahrzeuganhängern und von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge hinsichtlich ihrer allgemeinen Sicherheit, ABl. L 124 vom 13.5.2011, S 11; geändert durch Verordnung [EU] Nr. 2015/166, ABl. L 28 vom 4.2.2015, S 3).

Das Ziel der Rechtsvereinheitlichung könnte ebenfalls durch Inkorporation erreicht werden (vgl. etwa auch Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 906). Regelungen des Europäischen Rechts könnten in das schweizerische Recht überführt oder die schweizerischen Rechtsvorschriften könnten in dem Sinne angepasst werden, dass sie dem Europäischen Recht analoge Regelungen

enthalten. Dies hätte insbesondere die großen Vorteile, dass der Rechtsuchende keine ausländischen Publikationsorgane konsultieren müsste und dass der Schweizer Gesetzgeber die übernommenen ausländischen Rechtsvorschriften derart umformulieren könnte, dass sie der hierzulande üblichen Rechtssprache entsprechen würden. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Schweiz nicht verpflichtet ist, Recht, an dessen Erlass sie nicht beteiligt war, als solches bzw. unverändert zu übernehmen.

5.4. Einbezug von Fachwissen

Insbesondere bei Verweisen auf private Normen wird der Einbezug von Fachwissen in die Gesetzgebung hervorgehoben. Dies soll auch die Akzeptanz der Rechtsetzung verbessern (vgl. Gesetzgebungsleitfaden, Rz. 900).

Der Rückgriff auf Fachwissen von Experten im Rahmen des Rechtsetzungsverfahrens ist in der Schweiz üblich. Es bestehen verschiedene Möglichkeiten des Einbezugs von Experten, so insbesondere im Rahmen des Projektentwurfes oder des Konsultationsverfahrens. Verweisungen auf private Normen gehen jedoch über den bloßen Einbezug von Expertenwissen hinaus: Der Gesetzgeber verzichtet gänzlich auf den Erlass eigener Regelungen und erklärt nicht staatliche Normen für anwendbar. Dabei erscheint es als unwahrscheinlich, dass der Gesetz- oder Verordnungsgeber bei jeder Verweisung ein genaues Bild über den konkreten Inhalt des jeweiligen Verweisungsobjekts hat; vielmehr ist davon auszugehen, dass der Staat darauf vertraut, dass der Autor der jeweiligen privaten Normen die jeweils richtige Regelung trifft. Insofern dürfte selbst die statische Verweisung auf private Normen in den meisten Fällen faktisch eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen darstellen.

Hat der Gesetzgeber einmal die Kontrolle über seine Rechtsvorschriften aufgegeben, wird es schwierig, diese zurückzuerlangen. Selbstverständlich steht ihm theoretisch das Recht zu, jederzeit auf Verweisungen zu verzichten und stattdessen eigene Regelungen zu erlassen. Praktisch ist dies allerdings kaum noch denkbar: Solche Normen, die früher oder später zu integrierendem Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung werden, entstehen außerhalb des ordentlichen (demokratischen) Rechtsetzungsprozesses und bilden eine Art "paralleles Rechtssystem". Je mehr der Gesetzgeber auf private Normen verweist, desto mehr gewinnen diese an Bedeutung; folglich besteht für die Normenverbände der Anreiz, stets neue Normen zu erlassen, was wiederum den Staat dazu veranlasst, vermehrt darauf zu verweisen. Mangels eigenen Fachwissens oder Willens, sich dieses anzueignen, steht der Staat dieser Entwicklung machtlos gegenüber.

6. Zum Schluss: Weshalb eigentlich Verweisungen?

Wie oben geschildert, sprechen Legalitätsprinzip, Transparenz und Rechtssicherheit gegen den Einsatz von Verweisungen in der legislativen Arbeit. Rechtsvorschriften sollten derart formuliert sein, dass der Rechtsuchende ihnen die vollständige Information entnehmen kann und die Rechtssicherheit sollte höher geschrieben werden als eine allfällige Entlastung des Gesetzgebers.

Ein kurzer Blick in die Gesetzgebung reicht aus, um festzustellen, dass der Gesetzgeber vom Instrument der Verweisung reichlich Gebrauch macht. Als Beispiel kann die Verordnung des EDI über Gegenstände für den Schleimhaut-, Haut- und Haarkontakt sowie über Kerzen, Streichhölzer, Feuerzeuge und Scherzartikel (Verordnung über Gegenstände für den Humankontakt; SR 817.023.41) angeführt werden: Diese aus insgesamt dreißig Artikeln bestehende Verordnung enthält zehn direkte Verweisungen auf andere Rechtsvorschriften des Bundes und zwei direkte Verweisungen auf europäisches Recht. Zudem enthalten die verschiedenen Anhänge 21 technische Normen, die zwar nicht für direkt anwendbar erklärt werden, bei denen jedoch die gesetzliche Vermutung besteht, dass Gegenstände, die diese einhalten, die erforderlichen Sicherheitsanforderungen erfüllen.

Das oben erwähnte Beispiel ist bei Weitem kein Einzelfall. Über die Gründe dieser Entwicklung kann nur spekuliert werden. Es fällt jedoch auf, dass Verweisungen sich in erster Linie auf den Rechtsunterworfenen als nachteilig auswirken: Dieser trägt namentlich das Risiko nachträglich eingetretener Änderungen des Verweisungsobjektes oder jenes der lückenhaften Publikation und schlechter Zugänglichkeit bestimmter Verweisungsobjekte. Demgegenüber haben die Behörden stets einen Wissensvorsprung gegenüber dem Bürger: Sie wissen beispielsweise, worauf sie sich konkret beziehen wollten, können entscheiden, wie Generalklauseln wie "der Stand der Technik" auszulegen sind und haben Zugang zu unveröffentlichten Verweisungsobjekten. Unter diesen Umständen ist man versucht, zu denken, dass durch den Rückgriff auf Verweisungen die Rechtslage bewusst verschleiert werden soll.

Will man dem Gesetzgeber keine derartigen Absichten unterstellen, kann man sich fragen, ob Verweisungen aus Bequemlichkeitsgründen verwendet werden. Für diese Interpretation spricht zunächst die Tatsache, dass die Verringerung des legislativen Aufwandes zu den Vorteilen der Verweisung gezählt wird. Auch muss sich der Legist nicht bei jeder neuen Rechtsvorschrift, die er zu erlassen hat, eine neue Regelung überlegen,

sondern kann auf Bestehendes zurückgreifen. Wird zudem nur "sinngemäß" auf eine andere Rechtsvorschrift verwiesen oder werden indirekte Verweisungen gemacht, so verlagert sich die eigentliche legistische Arbeit auf die Rechtsanwendung. In diesem Rahmen muss durch Auslegung ermittelt werden, inwiefern die "sinngemäß" anzuwendenden Vorschriften auf den zu beurteilenden Sachverhalt passen bzw. welche "allgemeinen Regeln der Kunst" herangezogen werden müssen. Ebenfalls im Rahmen der Rechtsanwendung muss entschieden werden, ob eine Verweisung als statisch oder dynamisch zu verstehen ist. Hat sich schließlich das Verweisungsobjekt geändert oder ist es weggefallen, muss ebenfalls die rechtsanwendende Behörde im Einzelfall entscheiden, wie die Rechtslage ist.

Die Bequemlichkeit darf allerdings nicht zwangsläufig mit "Faulheit" oder "Arbeitsverweigerung" gleichgestellt werden. Bei gewissen Verweisungen kann man sich auch die Frage stellen, ob dies nicht als Zeichen der Überforderung des Gesetzgebers zu deuten sei. Diese Vermutung drängt sich insbesondere bei Verweisen auf nicht staatliche oder internationale Normen auf, dh. bei jenen Verweisen, die aus rechtsstaatlicher Sicht am meisten Probleme bereiten. Technische Normen enthalten spezifische Regelungen, die sich in der Regel an ein Fachpublikum wenden. Daher sind sie auch in einer Fachsprache formuliert, die nicht von jedermann verstanden wird. Bei Normen, die von Verbänden erlassen werden und sich primär an deren Mitglieder richten, ist dies nicht weiter problematisch. Sobald aber solche Normen zu einem Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung werden, müssten diese - soweit wie möglich und sinnvoll - an die Standards der Rechtssprache angepasst werden. Dies könnte jedoch nur im Rahmen einer Inkorporation erfolgen, was allerdings höchst unüblich ist. Die Komplexität der Materie, die zunehmende Macht der Normenverbände sowie das fehlende Fachwissen des Gesetzgebers bzw. dessen fehlende Bereitschaft, sich solches anzueignen, lassen die Vermutung aufkommen, dass der Gesetzgeber schon lange den Willen aufgegeben hat, bestimmte Bereiche selber zu regeln und stattdessen vollkommen auf das Fachwissen von Experten vertraut. Dass dadurch faktisch die Kontrolle über seine Gesetzgebung aufgegeben wird und starke Abhängigkeiten zu nicht staatlichen Stellen in einem Bereich geschaffen werden, der zu den ureigenen Kompetenzen eines Gemeinwesens zählt, scheint den Gesetzgeber nicht besonders zu stören.

Ähnliche Argumente können bezüglich Verweisungen auf das europäische Recht vorgebracht werden. Anders als beim Rückgriff auf technische Normen, steht hier insbesondere der Wunsch nach Rechtsvereinheitlichung im Vordergrund. Wie oben erwähnt (Z 5.3), könnte eine solche auch mittels Inkorporation erreicht werden. Nicht selten wird jedoch die angestrebte Rechtsvereinheitlichung durch Verweise herbeigeführt. Eine Erklärung

könnte auch hier bei der unterschiedlichen Rechtssprache gesucht werden: Europäische Richtlinien und andere Rechtsvorschriften erscheinen aus Schweizer Sicht oft als sehr komplex und unverständlich, weil sie nicht so formuliert sind, wie man es von den Schweizer Rechtsnormen gewöhnt ist. Hinzu kommt auch die Tatsache, dass die Rechtsvereinheitlichung sich vielfach auf eher technische Aspekte erstreckt, was wiederum das Verständnis erschwert. Der Schweizer Gesetzgeber müsste somit die ausländischen Rechtsnormen umformulieren und sie in die inländischen Rechtsvorschriften überführen. Dass die Komplexität der Sprache und der Materie den Gesetzgeber vor allfälligen "Übersetzungsarbeiten" "abschrecken" könnte, ist mehr als nachvollziehbar, wenn man einen Blick auf die Verweisungsnormen wirft, wie es die folgenden Beispiele aus der Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge (VTS) aufzeigen:

"Die Bestimmung der Leistung von Elektromotoren richtet sich für Motorfahräder, Motorräder, Leicht-, Klein- und dreirädrige Motorfahrzeuge nach der Norm 60034 der IEC und für Motorwagen nach dem ECE-Reglement Nr. 85. Massgebend für die Angabe der Leistung ist bei Messungen nach der Norm 60034 der IEC die Nenn-Dauerleistung (S1) und bei Messungen nach dem ECE-Reglement Nr. 85 die höchste Nutzleistung (Anh. 3 Ziff. 12.1.1 des ECE-Reglements Nr. 85)" (Art. 46 Abs. 2);

"Verbindungseinrichtungen müssen dem aktuellen Stand der Technik entsprechen, wie er insbesondere in der Richtlinie Nr. 94/20 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über mechanische Verbindungseinrichtungen von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie ihre Anbringung an diesen Fahrzeugen, im ECE-Reglement Nr. 55 oder im Kapitel 10 der Richtlinie Nr. 97/24 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 1997 über bestimmte Bauteile und Merkmale von zweirädrigen oder dreirädrigen Kraftfahrzeugen festgelegt ist" (Art. 91 Abs. 2).

Der Schluss liegt deshalb nahe, dass der Gesetzgeber oft doch der menschlichen Bequemlichkeit zu unterliegen scheint und seiner Unlust oder seiner Überforderung, gewisse Dinge ordentlich zu regeln, dadurch Ausdruck verleiht, dass er auf die noch komplizierten Dinge verweist.