

Die Umschreibung des Inhalts der Bundesgesetze und die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Georg Müller | *Aus der formalen Definition von Gesetzen als generell-abstrakte Normen im Geschäftsverkehrsgesetz liess sich der Gesetzgebungsauftrag an das Parlament nicht hinreichend bestimmen. Diesem Mangel sollte eine materieller Gesetzesbegriff in der neuen Bundesverfassung Abhilfe schaffen. Aber auch dieser wirft Fragen auf.*

1 Einleitung

Die Regelungen über die Formen der Rechtsetzung in der neuen Bundesverfassung enthalten Neuerungen, die überwiegend auf die Beratungen des Verfassungsentwurfs in den Verfassungskommissionen und den staatspolitischen Kommissionen der beiden Räte zurückzuführen sind. Der Bundesrat schlug auch für diesen Bereich vor, im Wesentlichen an den bisherigen Begriffen und Formen festzuhalten. Ob die Bundesversammlung mit der Neuregelung der Erlassformen den Pfad der «Nachführung» verlassen hat oder nicht, ist eigentlich nur noch von historischer Bedeutung.¹

Mit der Umschreibung des Inhalts der Gesetze in der Bundesverfassung wird nicht nur einem alten Postulat der Lehre² Rechnung getragen, sondern auch der Verfassungsentwicklung in den Kantonen, die in den letzten Jahren bei Total- oder Teilrevisionen materielle Gesetzesbegriffe aufgenommen haben.³ Lehre und Praxis operierten zum Teil schon bisher mit inhaltlichen Kriterien, um den Regelungsbereich der Bundesgesetze und der ihnen gleichgestellten Erlasse abzugrenzen.⁴ Die Bundesversammlung hat deshalb wohl nur die «gelebte Verfassungswirklichkeit» festgehalten. Jedenfalls handelt es sich bei den Bestimmungen über die Rechtsetzungsformen um konsensfähige Neuerungen, die keine grundlegenden Änderungen beinhalten, also um Nachführung im weiteren bzw. im politischen Sinne.⁵

2 Der Begriff des Gesetzes

Die Bundesverfassung von 1874 kannte nur einen formellen Gesetzesbegriff: Als Gesetze galten alle Erlasse, die im Verfahren der Gesetzgebung zustande gekommen waren.⁶ Die Bundesversammlung konnte also alle Regelungen in der Form des Gesetzes erlassen: generell-abstrakte Normen und individuell-konkrete Anordnungen, wichtige und unwichtige Bestimmungen.

Art. 5 des Geschäftsverkehrsgesetzes, der im Rahmen der Anpassung an die neue Bundesverfassung auf den 1. Januar 2000 aufgehoben worden ist,⁷ beschränkte den Inhalt des Gesetzes auf generell-abstrakte Normen, welche natürlichen oder juristischen Personen Pflichten auferlegen oder Rechte einräumen oder die Organisation, die Zuständigkeit oder die Aufgaben der Behörden oder das Verfahren regeln. Es schloss also den Erlass von generell-konkreten Anordnungen (Allgemeinverfügungen) und individuell-konkreten Verfügungen durch Gesetz aus. Ob der Bundesgesetzgeber zu einer solchen Definition des Gesetzes befugt war, ist bekanntlich umstritten.⁸ Das Geschäftsverkehrsgesetz umschrieb aber im Grunde nicht den Inhalt, sondern nur die Struktur des Gesetzes: Es soll Regelungen enthalten, die sich an eine unbestimmte Zahl von Adressaten richten und eine unbestimmte Zahl von Fällen betreffen. Dass diese Normen nach Art. 5 des Geschäftsverkehrsgesetzes Rechte und Pflichten begründen, ändern oder aufheben oder Anordnungen betreffend die Organisation und das Verfahren der Behörden treffen sollen, sagt über den Inhalt nichts Zusätzliches aus, fallen darunter doch alle Rechtsverhältnisse, die einer Normierung zugänglich sind. Der Gesetzgeber hat eigentlich nur verdeutlicht, dass es sich dabei sowohl um Verhaltens- wie um Organisations- oder Verfahrensrecht handeln kann. Damit ist er nicht über einen formellen Gesetzesbegriff hinausgegangen.

Weder die Verfassung von 1874 noch das Geschäftsverkehrsgesetz enthalten ein «Rechtsetzungsmonopol» zu Gunsten des Bundesgesetzgebers. Sie schliessen nicht aus, dass generell-abstrakte Normen auch von anderen Behörden – Bundesversammlung, Bundesrat, Departemente, Anstalten, Gruppen oder Ämter der Bundesverwaltung sowie vom Bundesgericht – ausgehen. Sie legen jedoch nicht fest, welche Rechtsnormen dem Gesetz vorbehalten sind und welche durch andere Organe erlassen werden können.

Der Bundesrat wollte in seinem Entwurf für eine nachgeführte Verfassung an diesem formellen Gesetzesbegriff festhalten.⁹ Die staatspolitischen Kommissionen und die Verfassungskommissionen der eidgenössischen Räte forderten jedoch eine Umschreibung des Inhalts der Gesetze, die der Abgrenzung von den Verordnungen dient. Man bezeichnet eine solche Umschreibung als «materiellen Gesetzesbegriff».¹⁰ Die wichtigen Rechtsnormen sollen qua Verfassung dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.¹¹ Der Bundesrat lehnte zwar die Aufnahme eines solchen «materiellen» Gesetzesbegriffes ab, weil die Frage nicht im Rahmen der Nachführung, sondern bei der Staatsleitungsreform geprüft werden sollte und weil die Umschreibung zu wenig präzise sei.¹² Die Auffassung der parlamentarischen Kommissionen setzte sich aber durch. Deshalb statuiert Art. 164 Abs. 1 BV

den Grundsatz, dass alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind, und zählt nicht abschliessend auf, welche Bestimmungen dazugehören. Die vorberatenden Kommissionen¹³ orientierten sich bei der Formulierung des Gesetzesbegriffes an Lehre und Praxis und an den in den letzten Jahren ganz oder teilweise revidierten Kantonsverfassungen, die ebenfalls «materielle Gesetzesbegriffe» enthalten.¹⁴ Art. 164 Abs. 1 BV lautet wie folgt:

«Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über:

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

Die Definition ist m. E. nicht geglückt und wird wohl zu Auslegungsproblemen führen. Mit dem Grundsatz, dass es für den Inhalt der Gesetze auf die «Wichtigkeit» der Rechtsnormen ankommt, wird zwar das wesentlichste Kriterium für die Unterscheidung von Gesetz und Verordnung statuiert. Die neueren Kantonsverfassungen, die einen materiellen Gesetzesbegriff aufweisen, gehen ebenfalls von diesem Kriterium aus, das sich mit Hilfe einiger von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Gesichtspunkte weiter konkretisieren lässt.¹⁵ Art. 164 Abs. 1 BV nennt jedoch anschliessend nicht Gesichtspunkte, die für die Abgrenzung von wichtigen und unwichtigen Bestimmungen massgebend sind, z. B. die Eingriffsintensität der Regelung, die Zahl der Betroffenen, die finanziellen Auswirkungen, die Bedeutung der Regelung für die Aufgabenteilung von Bund und Kantonen usw. Er zählt vielmehr Bereiche oder Sachgebiete auf, deren Regelung als wichtig erscheint. Die Bundesverfassung folgt damit dem Beispiel einiger Kantonsverfassungen,¹⁶ die damit offenbar zur Veranschaulichung des Inhalts der Gesetze beitragen wollen.¹⁷ Nicht leicht verständlich ist allerdings, warum in Art. 164 Abs. 1 zweiter Satz BV ausgeführt wird, nur die «grundlegenden» Bestimmungen über die anschliessend aufgezählten Bereiche gehörten zu den wichtigen und damit dem Gesetzgeber vorbehaltenen. Aus den Materialien geht hervor, dass man sich nicht darüber einig war, ob mit den

«wichtigen» und den «grundlegenden» Bestimmungen etwas Unterschiedliches oder das Gleiche gemeint ist.¹⁸ In den entsprechenden Umschreibungen der neueren Kantonsverfassungen werden die Ausdrücke «wichtig» und «grundlegend» als Synonyme verwendet. Ich habe den Eindruck, dass dies auch der Sinn von Art. 164 Abs. 1 Satz 2 BV ist, soll damit doch klargestellt werden, dass nicht alle Normen, die eines der (nicht-abschliessend) aufgezählten Gebiete betreffen, zu den «wichtigen» (oder eben «grundlegenden») gehören, dass es also auch in diesen Gebieten möglich ist, auf der Grundlage und im Rahmen von Gesetzen Verordnungen zu erlassen.¹⁹ Art. 69 Abs. 4 der Verfassung des Kantons Bern, der als Vorbild diente,²⁰ gibt diesen Gedanken treffender wieder, indem er den Vorbehalt des Gesetzes bei den einzelnen Regelungsbereichen auf die «Grundzüge», auf «Zweck, Art und Rahmen von bedeutenden kantonalen Leistungen» oder auf die «Anhandnahme einer neuen dauernden Aufgabe» beschränkt. Die Berner Definition lautet wie folgt:

«Alle grundlegenden und wichtigen Rechtssätze des kantonalen Rechts sind in der Form des Gesetzes zu erlassen. Dazu gehören Bestimmungen, für welche die Verfassung ausdrücklich das Gesetz vorsieht, sowie Bestimmungen über

- a. die Grundzüge der Rechtsstellung der einzelnen,*
- b. den Gegenstand von Abgaben, die Grundsätze ihrer Bemessung und den Kreis der Abgabepflichtigen mit Ausnahme von Gebühren in geringer Höhe,*
- c. Zweck, Art und Rahmen von bedeutenden kantonalen Leistungen,*
- d. die Grundzüge der Organisation und der Aufgaben der Behörden,*
- e. die Anhandnahme einer neuen dauernden Aufgabe.»*

Art. 164 Abs. 1 BV enthält – ähnlich wie Art. 69 Abs. 4 der Berner KV – eine nicht abschliessende Liste der Gebiete oder Bereiche, deren Normierung als wichtig gilt. Dabei wird im Wesentlichen der Stand von Lehre und Praxis zum Gesetzesvorbehalt – deutlich z. B. in Bst. d betreffend das Abgaberecht – wiedergegeben. Ein gewisses Innovationspotenzial weist möglicherweise Bst. a auf, weil das Bundesgericht bisher für die Regelung der Ausübung politischer Rechte auf öffentlichem Grund keine gesetzliche Grundlage forderte.²¹ Das gilt auch für Bst. f, wo eine Art «föderalistisches Legalitätsprinzip» verankert wird: Will der Bund den Kantonen Verpflichtungen bei der Umsetzung des Bundesrechts auferlegen – eine Aufgabe, bei deren Erfüllung die Kantone nach Art. 46 Abs. 2 BV über möglichst grosse Gestaltungsfreiheit verfügen sollen –, so muss dies in der Form des Gesetzes geschehen.²²

Die in Art. 164 Abs. 1 BV als «wichtig» bezeichneten Gebiete überschneiden sich mehrfach. So umfasst eigentlich Art. 164 Abs. 1 Bst. c BV, wonach zu den wichtigen Bestimmungen diejenigen über die Rechte und Pflichten von Personen gehören, praktisch alle übrigen Sachgebiete und Regelungsbereiche des Verhaltensrechts. Dass die Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, statuiert bereits Art. 36 Abs. 1 BV. Geht der Vorbehalt des Gesetzes für die Einschränkungen «verfassungsmässiger Rechte» in Art. 164 Abs. 1 Bst. b BV weiter, weniger oder gleich weit? Art. 34 BV gewährleistet die politischen Rechte als Grundrechte; Bestimmungen über ihre Ausübung stellen also in der Regel Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte dar, sind also sowohl durch Art. 164 Abs. 1 Bst. a wie Bst. b BV erfasst. Solche Abgrenzungsschwierigkeiten und Mehrfachnennungen ändern allerdings nichts daran, dass die Aufzählung zur Veranschaulichung des Inhalts der Gesetzts beiträgt. Klargestellt wird damit insbesondere, dass das Erfordernis der Gesetzesform umfassend, namentlich auch im Bereich der Leistungsverwaltung, gilt. Die Frage der Wichtigkeit einer Bestimmung muss aber anhand weiterer Kriterien beantwortet werden, selbst wenn sie zu einem Bereich gehört, der in Art. 164 Abs. 1 Satz 2 BV erwähnt wird.²³ Um eine wertende, materienspezifische Beurteilung der Wichtigkeit der einzelnen Rechtsnormen – z. B. im Hinblick auf ihre Bedeutung für das politische System oder ihre Akzeptanz bei den Betroffenen – wird man also auch in Zukunft nicht herumkommen.

Das hat sich bereits bei der Beratung des neuen Bundespersonalgesetzes²⁴ gezeigt. Zur Diskussion stand insbesondere, ob die Rechte und Pflichten des Bundespersonals vom Gesetz genügend umschrieben werden, wenn Ausführungsbestimmungen des Bundesrates oder Gesamtarbeitsverträge wesentliche Bestandteile des Arbeitsverhältnisses wie Entlohnung, Teuerungsausgleich, Arbeitszeit, Ferien und Urlaub regeln und zusätzliche Verpflichtungen (z. B. Wohnsitzpflicht) oder Einschränkungen von Rechten des Personals (z. B. der Meinungsäusserungsfreiheit oder des Streikrechts) vorsehen können.²⁵ Kann der Gesetzgeber darauf verzichten, diese Bestimmungen selbst zu erlassen, obwohl sie die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte, die Rechte und Pflichten von Personen und die Leistungen des Bundes betreffen, also nach Art. 164 Abs. 1 Bst. b, c und e BV zu den «gesetzeswürdigen» Regelungsbereichen gehören? Oder sind sie im Hinblick auf die grosse Zahl der betroffenen Personen, die Intensität der Betroffenheit, die finanziellen Auswirkungen und die Akzeptanz – dem Bundespersonalgesetz droht bekanntlich das Referendum von Gewerkschaftsseite!

– so «wichtig» oder «grundlegend», dass sie der Gesetzgeber selbst erlassen muss? Besonders umstritten war Art. 15 des Gesetzes, der wie folgt lautet:

¹*Der Arbeitgeber richtet den Angestellten einen Lohn aus. Dieser bemisst sich nach Funktion, Erfahrung und Leistung.*

²*Der Bundesrat regelt Mindestlöhne.*

³*Die Ausführungsbestimmungen regeln die Grundsätze der Lohnfestlegung.*

⁴*Sie können Zuschläge zum Lohn vorsehen, um diesen an die regionale Arbeitsmarktlage, an die örtliche Infrastruktur und an die branchenspezifischen Bedürfnisse anzupassen.*

⁵*Sie können einzelne Anteile des Lohnes des im Ausland eingesetzten Personals an die Kaufkraft anpassen.*

Kritisiert wurde namentlich, dass der Bundesrat frei sei, bei der Bemessung des Lohnes den Funktions-, Erfahrungs- und Leistungsanteil festzulegen; der Gesetzgeber müsse vorschreiben, dass der Lohn sich zu mindestens 60 % nach der Funktion richte.²⁶ Die parlamentarischen Diskussionen um die Regelungsdichte des Bundespersonalgesetzes haben aber auch gezeigt, dass die Umschreibung des Inhalts der Gesetze in Art. 164 Abs. 1 BV seine Rationalisierungsfunktion erfüllt: Die an der Gesetzgebung beteiligten Organe prüfen systematischer und gründlicher, ob eine Norm der Gesetzesform bedarf oder nicht.

3 Der Inhalt von Verordnungen

Die Bundesverfassung sieht den Erlass von Verordnungen durch die Bundesversammlung (Art. 163 Abs. 1) und den Bundesrat (Art. 182 Abs. 1) vor. Die Bundesversammlung kann ferner selbstständige Verordnungen erlassen, um Massnahmen zur Wahrung der äusseren oder inneren Sicherheit zu treffen, wenn ausserordentliche Umstände es erfordern (Art. 173 Abs. 1 Bst. c BV). Auch der Bundesrat hat die Befugnis, Verordnungen zu erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen. Solche Verordnungen sind zu befristen (Art. 185 Abs. 3 BV). Nach Art. 184 Abs. 3 BV kann der Bundesrat ausserdem für bestimmte Zeit selbstständige Verordnungen zur Wahrung der Interessen der Schweiz gegenüber dem Ausland erlassen.

Der Inhalt der selbstständigen, d. h. unmittelbar im Anschluss an die Bundesverfassung erlassenen Verordnungen wird durch die Bundesverfassung festgelegt (Wahrung der äusseren oder inneren Sicherheit, Wahrung der Interessen der Schweiz gegenüber dem Ausland). Bei den Verordnun-

gen, die im Anschluss an Gesetze von der Bundesversammlung, vom Bundesrat, von Departementen, Gruppen oder Ämtern der Bundesverwaltung oder vom Bundesgericht erlassen werden, ergibt sich der Inhalt nicht aus der Verfassung, sondern aus den Gesetzen. Das ist konsequent: Wird der Inhalt des Gesetzes durch die Verfassung umschrieben, so kann diese nicht zugleich den Inhalt der das Gesetz konkretisierenden Verordnung bestimmen; mit dem Regelungsbereich, der dem Gesetz vorbehalten ist, legt die Verfassung allerdings zugleich fest, was Gegenstand der Normierung durch Verordnungen sein kann.

Lehre und Praxis unterscheiden zwischen vollziehenden und gesetzvertretenden Verordnungen nach dem Mass, in welchem die Verordnung durch das Gesetz, an das sie anschliesst, inhaltlich vorausbestimmt und begrenzt wird. Die Vollziehungsverordnungen beruhen auf der Vollzugskompetenz der erlassenden Behörde, die gesetzvertretenden Verordnungen auf einer Delegation des Gesetzgebers.²⁷ Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Verordnungstypen fällt schwer. Vollziehungsverordnungen setzen kein «primäres», sondern nur «sekundäres» Recht. Sie führen Normen aus, die so konkret sind, dass ihre materielle Tragweite und ihre Konsequenzen erkennbar werden. Gesetzesvertretende Verordnungen ergehen im Anschluss an weite, sehr allgemein gehaltene Gesetzesbestimmungen und regeln Fragen, die grundsätzlich der Legislative zur Ordnung überwiesen sind.²⁸

Art. 182 Abs. 1 BV sieht vor, dass der Bundesrat rechtsetzende Bestimmungen in der Form der Verordnung erlässt, soweit er durch Verfassung oder Gesetz dazu ermächtigt ist. Diese Formulierung erfasst sowohl vollziehungs- wie gesetzvertretende Verordnungen. Mit dem Verzicht auf die Erwähnung der Kompetenz des Bundesrates zum Erlass von Vollziehungsverordnungen sollte die in der Praxis kaum durchführbare Unterscheidung zwischen diesen und den gesetzvertretenden Verordnungen aufgegeben werden.²⁹ Da Art. 164 Abs. 2 BV aber festlegt, dass Rechtsetzungsbefugnisse durch Bundesgesetz übertragen werden können, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen ist, wird es nach wie vor Verordnungen geben, die auf einer Gesetzesdelegation beruhen, und solche, die der Bundesrat unmittelbar gestützt auf seine verfassungsrechtliche Vollzugskompetenz erlässt. Der Bundesgesetzgeber wird sich also auch inskünftig überlegen müssen, ob er den Bundesrat zum Erlass bestimmter Regelungen ermächtigen muss, oder ob dazu die verfassungsrechtliche Befugnis zum Erlass von Vollziehungsverordnungen (Art. 182 Abs. 2 BV) genügt. Das Bundesgericht wird weiterhin die schwierige Frage prüfen müssen, ob eine

gesetzesvertretende oder eine Vollziehungsverordnung vorliegt. Denn die gesetzesvertretende Verordnung muss auf einer Delegationsnorm in einem Bundesgesetz beruhen, während die Vollziehungsverordnung sich direkt auf Art. 182 BV stützen kann.

4 Das Problem der Gesetzesdelegation

Der Entwurf des Bundesrates für eine nachgeführte Bundesverfassung sah nur vor, dass die Bundesversammlung Bundesgesetze erlässt und Rechtsetzungsbefugnisse durch Bundesgesetz übertragen werden können, wobei die ermächtigende Bestimmung die Grundzüge der Regelung festlegen muss.³⁰

Die Staatspolitischen Kommissionen schlugen dagegen vor, auf Bestimmungen in der Verfassung zu verzichten, welche die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive regeln. Mit der Umschreibung des Gesetzesinhalts solle verhindert werden, dass wichtige Rechtssätze von einem anderen Organ als von der Bundesversammlung erlassen werden. Im übrigen Bereich aber solle der Bundesrat eine direkt auf die Bundesverfassung abgestützte Ermächtigung erhalten, Verordnungen auf der Grundlage und im Rahmen von Verfassung und Gesetz zu erlassen.³¹ Die Verfassungskommissionen behielten zwar den materiellen Gesetzesbegriff bei, nahmen aber die Bestimmung über die Gesetzesdelegation wieder auf, seltenerweise auf Antrag des Bundesrates, der offenbar den grösseren Freiraum beim Erlass von Verordnungen nicht nutzen, sondern vermeintlich klarere Verhältnisse bei der Verteilung der Rechtsetzungskompetenzen schaffen wollte.³² Die Kommissionsmitglieder konnten nicht davon überzeugt werden, dass ein Widerspruch bestehe zwischen einer Verfassungsnorm, welche die Form des Bundesgesetzes für alle wichtigen rechtssetzenden Bestimmungen vorbehält, und einer Regelung, welche die Delegation dieser Rechtsetzungsbefugnisse ermöglicht.³³

Es bleibt offen, ob der Gesetzgeber die Befugnis hat, zum Erlass von Verordnungen zu ermächtigen, die «wichtige» oder «grundlegende» Bestimmungen im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV enthalten, ob dieses Recht sich nur auf die «wichtigen», nicht aber die «grundlegenden» Bestimmungen bezieht, oder ob die in Art. 164 Abs. 1 BV umschriebenen Regelungsbereiche überhaupt nicht delegierbar sind.³⁴ Für ein Verbot der Delegation von wichtigen Bestimmungen könnte man sich auf Art. 164 Abs. 2 BV berufen, der die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen nur zulässt, «soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird»; der Gesetzesvorbehalt für wichtige Bestimmungen in Art. 164 Abs. 1 BV wäre ein solcher Ausschluss der Delegation. Denkbar wäre auch, eine Delegation bloss für den

Fall zu verlangen, dass wichtige Bestimmungen nicht vom Gesetzgeber erlassen werden, weil er – z. B. mangels Sachverstand in technischen Fragen oder wegen der zu langen Dauer des Gesetzgebungsverfahrens – nicht das geeignete Regelungsorgan ist.³⁵ Eine solche Interpretation stünde allerdings im Widerspruch zur Entstehungsgeschichte des Art. 164 BV.

5 Offene Fragen

Die neue Bundesverfassung hat im Bereich der Erlassformen Ordnung geschaffen und Vereinfachungen und Klärungen gebracht. Es ist zu bedauern, dass aus heutiger Sicht in zwei Bereichen Fragen offen bleiben.

Aus der Umschreibung des Inhalts der Gesetze in Art. 164 Abs. 1 BV ergibt sich nicht klar, wie die Abgrenzung zwischen Gesetz und Verordnung vorzunehmen ist. Sind alle wichtigen Bestimmungen dem Gesetzgeber vorbehalten? Oder nur diejenigen, die überdies grundlegend sind? Welche Bedeutung kommt der nicht-abschliessenden Aufzählung von Bereichen zu, deren Regelung in die Form des Gesetzes zu kleiden ist, sofern sie sich als «grundlegend» erweisen?

Das Festhalten an der Vorstellung der Gesetzesdelegation trotz Aufnahme eines «materiellen Gesetzesbegriffes» in die Verfassung erscheint widersprüchlich. Kann der Gesetzgeber auch Rechtsetzungsbefugnisse übertragen, die ihm an sich nach Art. 164 Abs. 1 BV vorbehalten sind? Darf er das nur dann, wenn sich das Gesetzgebungsverfahren zum Erlass wichtiger Bestimmungen nicht eignet? Ist die Vorstellung einer Delegation überhaupt vereinbar mit einer verfassungsrechtlichen Umschreibung des Inhalts von Gesetzen? Oder ist die «Übertragung» von Rechtsetzungsbefugnissen durch den Gesetzgeber nur als Klarstellung zu verstehen, dass es sich bei den bezeichneten Bestimmungen nicht um wichtige oder grundlegende handelt? Die «Delegation» wäre bei einer solchen Betrachtungsweise bloss die Aktualisierung der an sich schon bestehenden Befugnis der Regierung zum Erlass von weniger wichtigen Bestimmungen.³⁶

Die neue Bundesverfassung gibt auf diese Fragen keine klaren Antworten. Es bleibt deshalb der Lehre und Praxis überlassen, sie zu finden.

Anmerkungen

- 1 Vgl. zum Begriff der Nachführung die Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 29 ff., 36 ff., 42 ff.; *Giovanni Biaggini*, Verfassungsreform in der Schweiz, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1999, S. 443 ff.; *Heinrich Koller*, Die Nachführung der Bundesverfassung, in: Hangartner/Ehrenzeller (Hrsg.), Reform der Bundesverfassung, St. Gallen 1995, S. 61 ff.; *derselbe*, Die Reform der Bundesverfassung als Weg in die Zukunft, in: ZBl 1996, S. 11 ff.; *Georg Müller*, Zur Bedeutung der Nachführung im Rahmen der Reform der Bundesverfassung, in: ZSR 1997 I, S. 21 ff.
- 2 *Jean-François Aubert*, Traité de droit constitutionnel suisse, Vol. II, Neuchâtel 1967, N. 1120 f.; *Bruno Eggimann*, Die Erlassformen der Bundesversammlung..., Diss. Zürich 1978, S. 96 ff.; *Georg Müller* in Kommentar BV, Art. 89 Abs. 1, Rz. 6.
- 3 Vgl. Art. 28 Abs. 2 der Verfassung des eidgenössischen Ständes Zürich vom 18. April 1869 (Fassung vom 27. September 1998), SR 131.211; Art. 69 Abs. 4 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (SR 163.212); Art. 90 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Uri vom 28. Oktober 1984 (SR 131.214); Art. 71 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Solothurn vom 8. Juni 1986 (SR 131.221); § 63 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984 (SR 131.222.2); Art. 69 der Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhodens vom 30. April 1995 (SR 131.224.1); § 78 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (SR 131.227); § 36 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Thurgau vom 16. März 1987 (SR 131.228). Siehe dazu auch *Walter Kälin*, Das Gesetz im Staatsrecht der Kantone: Ein Überblick, in: *Andreas Auer/Walter Kälin*, Das Gesetz im Staatsrecht der Kantone, Chur/Zürich 1991, 6 f.
- 4 Vgl. etwa *Thomas G. Borer*, Das Legalitätsprinzip und die auswärtigen Angelegenheiten, Basler Diss., Basel/Frankfurt a. M. 1986, S. 289 ff., 315 ff.; *Thomas Cottier*, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, Berner Diss., 2. Auflage, Diessenhofen 1991, S. 109 ff., 127 ff., 165 ff.; *Bernhard Ehrenzeller*, Legislative Gewalt und Aussenpolitik, Basel/Frankfurt a. M. 1993, S. 77 ff.; *Kurt Eichenberger*, Zur Einleitung: Von der Rechtssetzungsfunktion im heutigen Staat, in: ZSR 1974 II, S. 21 ff.; *Georg Müller*, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel/Stuttgart 1979, S. 107 ff.; *René A. Rhinow*, Rechtsetzung und Methodik, Basel/Stuttgart 1979, S. 244 ff.; *Hansjörg Seiler*, Gewaltenteilung, Bern 1994, S. 304 ff., 643 ff.
- 5 *Biaggini* (Anm. 1), S. 461 f.; *Bernhard Ehrenzeller*, Konzept und Gründe der Verfassungsreform, in: AJP 1999, S. 653; *Martin Graf*, Gewaltenteilung und neue Bundesverfassung, in: ZBl 2000, S. 4 ff.; *Pierre Tschannen*, Die Auslegung der neuen Bundesverfassung, in: Die neue Bundesverfassung (Anm. 1), S. 244 ff.
- 6 Art. 89 Abs. 1 und 2 aBV, siehe dazu auch *Etienne Grisel* in Kommentar BV, Art. 89 Abs. 2, Rz. 1.
- 7 Bundesgesetz über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse (Geschäftsverkehrsgesetz) vom 23. März 1962 (SR 171.11); Änderung vom 8. Oktober 1999 (AS 2000, 273). Eine Definition des Rechtssatzes soll in das im Entwurf vorliegende Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz) wieder aufgenommen werden, das an die Stelle des GVG treten wird.
- 8 Siehe dazu die in Anm. 2 zitierten Werke.
- 9 Botschaft (Anm. 1), 389, 623.
- 10 Die Terminologie ist verwirlich, versteht man doch unter «Gesetzen im materiellen Sinne» generell-abstrakte Normen jeder Stufe, also auch Verordnungen, während «Gesetze im formellen Sinne» die im Verfahren der Gesetzgebung zustande gekommenen Normen umfassen (vgl. z. B. *Aubert* [Anm. 2], N. 1307 ff.).
- 11 Zusatzbericht der Staatspolitischen Kommissionen der eidgenössischen Räte zur Verfassungsreform (Bundesversammlung, Organisation, Verfahren, Verhältnis zum Bundesrat) vom 6. März 1997, BBl 1997 III 277; Entwürfe der Verfassungskommissionen der eidgenössischen Räte, BBl 1998 417, 477 f.
- 12 Stellungnahme des Bundesrates vom 9. Juni 1997 zum Zusatzbericht, BBl 1997 III 1494.
- 13 Protokoll der Verfassungskommission des Nationalrates, Sitzung vom 7.-9. Juli 1997, 37 f.; Amtl. Bull. 1998, N 76, S 131.
- 14 Vgl. Anm. 3.
- 15 Vgl. dazu Bericht der von den Staatspolitischen Kommissionen der eidgenössischen Räte eingesetzten Expertenkommission zur Kompetenzverteilung zwischen Bundesversammlung und Bundesrat vom 15. Dezember 1995, BBl 1996 II 445 ff., mit Hinweisen.
- 16 Zürich, Bern, Appenzell Ausserrhodens, Thurgau; siehe vorne, Anm. 3.
- 17 Die anderen in Anm. 3 genannten Kantonsverfassungen begnügen sich mit der Umschreibung des Grundsatzes, dass die «wichtigen» oder «grundlegenden» Bestimmungen der Form des Gesetzes bedürfen.
- 18 Protokoll der Subkommission 1 der Verfassungskommission des Nationalrates,

- Sitzungen vom 25.–27. Juni 1997, 37 ff., und vom 15. Oktober 1997, 7 ff., 11 ff.; Protokoll der Verfassungskommission des Nationalrates, Sitzungen vom 7.–9. Juli 1997, 37 ff., vom 19.–21. November 1997, 20 ff., vom 12.–13. November 1998, 26 f.; Amtl. Bull. 1998, N 361, S 131. Kritisch zu dieser Konstruktion mit mehreren unbestimmten Rechtsbegriffen auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Zusatzbericht (Anm. 11), 1495.
- 19 Im Ergebnis ebenso *Thomas Sägesser*, Die Bestimmungen über die Bundesbehörden in der neuen Bundesverfassung, in: Gesetzgebung heute 1999/1, 22 f.
- 20 Vgl. dazu *Kurt Nuspliger*, Wechselwirkungen zwischen neueren Kantonsverfassungen und der Bundesverfassung, in: Die neue Bundesverfassung, hrsg. von Ulrich Zimmerli, Bern 2000, S. 94 ff.
- 21 Vgl. *Michael Beusch*, Der Gesetzesbegriff der neuen Bundesverfassung (Art. 164 BV), in: Thomas Gächter/Martin Bertschi (Hrsg.), Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung, Zürich 2000, S. 244; *Beatrice Weber-Dürler*, Grundrechtseingriffe, in: Die neue Bundesverfassung (Anm. 20), S. 137 f.
- 22 *Urs Steimen*, Die Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone gemäss Art. 46 Abs. 1 und 2 der neuen Bundesverfassung, in: Neue Akzente (Anm. 21), S. 168 ff.; *Ulrich Zimmerli*, Bund – Kantone – Gemeinden, in: Die neue Bundesverfassung (Anm. 20), S. 49.
- 23 Vgl. dazu Stellungnahme des Bundesrates zum Zusatzbericht (Anm. 12), 1495; *Sägesser* (Anm. 19), 682 f.
- 24 Botschaft zum Bundespersonalgesetz (BPG) vom 14. Dezember 1998, BBl 1999 1597; Bundespersonalgesetz (BPG) vom 24. März 2000, BBl 2000, 2208 (Referendumsvorlage); Amtl. Bull. 1999, N. 2035 ff., 2043, 2044 f.
- 25 Zur Verteilung der Regelungskompetenzen vgl. *Peter Helbling*, Entwicklung im Personalrecht des Bundes, Anmerkungen zum Bundespersonalgesetz (BPG), in: Helbling/Poledna (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 22 f.
- 26 Amtl. Bull. 1999, N 2075 ff., S 1095 f. Zu den Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips an den Leistungslohn *Christoph Meyer*, Leistungslohn im öffentlichen Dienstrecht, in: Helbling/Poledna (Anm. 25), S. 145 ff., 147 f.; *Tomas Poledna*, Leistungslohn und Legalitätsprinzip, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hängartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 269 ff., 279 ff., 289 ff.
- 27 *Georg Müller* in Kommentar BV, Art. 89 Abs. 1, Rz. 24, mit Hinweisen.
- 28 Siehe *Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier*, Droit constitutionnel suisse, Volume I, Bern 2000, N. 1502 ff.; ferner die Hinweise bei *Georg Müller* in Kommentar BV, Art. 89 Abs. 1, Rz. 25 f.
- 29 Botschaft (Anm. 1), 414 f.
- 30 Art. 154 des Entwurfs, BBl 1997 I 623. Siehe dazu *Heinrich Koller*, Die Aufnahme staatsgestaltender Grundsätze in die neue Bundesverfassung, in: Solothurner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1998, Solothurn 1998, S. 33.
- 31 Zusatzbericht (Anm. 11), 280.
- 32 Stellungnahme des Bundesrates zum Zusatzbericht (Anm. 12), 1494; Entwürfe der Verfassungskommissionen (Anm. 11), 417, 478. Zustimmend *Auer/Malinverni/Hottelier* (Anm. 28), N. 1527.
- 33 Vgl. zu den Verhandlungen in den Kommissionen und im Plenum der beiden Räte Protokoll der Subkommission 1 der Verfassungskommission des Nationalrates, Sitzung vom 15. Oktober 1997, 7 ff.; Protokoll der Verfassungskommission des Nationalrates, Sitzungen vom 12.–13. November 1998, 24 ff., vom 19.–21. November 1997, 19 f.; Protokoll der Subkommission 1 des Ständerates, Sitzung vom 28. Oktober 1997, 9 ff.; Protokoll der Sitzungen der Verfassungskommission des Ständerates vom 26.–27. November 1997, 18 ff., vom 10. Februar 1998, 13 ff., vom 24.–25. August 1998, 6 ff.; Amtl. Bull. 1998, N 76 ff., 361, 2372, S 131 f., 865, 1241; Protokoll der Einigungskonferenz vom 11. Dezember 1998, Überblick über die Differenzen (Anhang); Amtl. Bull. 1998, N 2599, S 1340; siehe auch *Sägesser* (Anm. 20), 24.
- 34 *Auer/Malinverni/Hottelier* (Anm. 29), N. 1527, vertreten die Ansicht, dass eine Gesetzesdelegation in den Bereichen, die Art. 164 Abs. 1 BV als wichtig bezeichnet, ausgeschlossen ist. Anders *Beusch* (Anm. 22), S. 242: Auch in «wichtigen Gebieten» bleibe die Gesetzesdelegation zulässig, d. h. Nicht-Grundlegendes könne in einer Verordnung geregelt werden.
- 35 In ihrem Bericht zur Kompetenzverteilung zwischen Bundesversammlung und Bundesrat (Anm. 16, S. 452 f.) schlug die Expertenkommission vor, das Delegationsprinzip solle nur noch zum Tragen kommen, wenn die Bundesversammlung feststelle, dass das Gesetzgebungsverfahren sich für eine Regelung nicht eigne. Im Übrigen seien die Zuständigkeiten für die Rechtssetzung gemäss dem Kriterium der Wichtigkeit durch die Bundesverfassung zugeordnet. Art. 182 BV betreffend Zuständigkeit des Bundesrates zu Rechtssetzung und Vollzug hätte nach diesem Vorschlag wie folgt gelautet:
¹Der Bundesrat ist zuständig für den Erlass der weniger wichtigen Rechtsnormen. Sie sind in die Form der Verordnung zu kleiden.

²Das Gesetz kann vorsehen, dass der Bundesrat weitere Rechtsnormen erlässt, falls sich dafür das Gesetzgebungsverfahren nicht eignet.

³Der Bundesrat sorgt für den Vollzug der Gesetzgebung, der Beschlüsse der Bundesversammlung und der Urteile von richterlichen Behörden des Bundes.

- 36 Siehe dazu Kurt Eichenberger, Vom staatsrechtlichen Permanenzproblem der Regierungsverordnung in der Schweiz, in: Festschrift für Hans Nef, Zürich 1981, 33.

Résumé

La nouvelle Constitution fédérale a clarifié et simplifié la question de la forme des actes législatifs. Il n'en reste pas moins que la nouvelle définition de la loi, désormais «matérielle», n'est pas formulée avec suffisamment de rigueur, un défaut regrettable. Le critère de l'importance, qui détermine si les règles de droit doivent ou non être édictées dans la forme de la loi, est appliqué de manière contradictoire dans l'article 164 cst.: la forme de la loi est réservée d'une part à l'édition de dispositions fondamentales, mais d'autre part, l'aspect fondamental est déterminé par domaines sectoriels et non par les critères qui fondent véritablement l'importance de la norme, tels que le degré d'atteinte aux droits des individus, le cercle des personnes concernées par la norme, etc.

Donner une définition matérielle de la loi et maintenir simultanément la délégation de compétences suscite des questions de fond: le législateur peut-il déléguer les compétences législatives que l'article 164, alinéa 1 cst. lui réserve? La délégation est-elle admise dans les seuls cas où les dispositions à édicter ne sont pas importantes? La définition matérielle de la loi est-elle compatible avec la délégation de compétences? On voit que cette nouvelle définition de la loi donnée par la Constitution soulève de nombreuses interrogations. C'est à la doctrine et à la jurisprudence qu'il appartiendra d'y répondre.