

# Aspekte der präventiven Rechtskontrolle im Kanton St. Gallen

**Markus Bucheli** | *Es gehört zum Prinzip der Bundestreue, dass der Kanton bei seiner Rechtsetzungstätigkeit das übergeordnete Bundesrecht beachtet und sicherstellt, dass keine Normwidersprüche entstehen. Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ist massgebende Grundlage des rechtsstaatlichen Handelns und der Rechtssicherheit. Auch die kantonale Rechtsordnung muss diesem Anspruch genügen: Verordnungs- und Gesetzesrecht müssen verfassungskonform, Verordnungsrecht muss gesetzeskonform sein. Widerspruchsfreiheit des kantonalen Rechts verlangt Beachtung der Normenhierarchie und setzt geeignete Verfahren und Instrumente der präventiven Rechtskontrolle voraus.*

## Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung
- 2 Inhaltliche Aspekte
  - 2.1 Übereinstimmung mit Bundesrecht
  - 2.2 Übereinstimmung mit höherrangigem kantonalem Recht
    - 2.2.1 Übereinstimmung mit der Kantonsverfassung
    - 2.2.2 Übereinstimmung von Verordnungs- und Gesetzesrecht
- 3 Institutionelle Aspekte
  - 3.1 Rechtsetzungsprozess
  - 3.2 Phase der Impulsgebung
    - 3.2.1 Volksinitiative
    - 3.2.2 Parlamentarische Motion
  - 3.3 Phase der Entwurfserstellung
    - 3.3.1 Departementsebene
    - 3.3.2 Mitberichtsverfahren
    - 3.3.3 Vorprüfungsverfahren
    - 3.3.4 Rechtsetzungssupport der Staatskanzlei
  - 3.4 Phase der Beschlussfassung
    - 3.4.1 Regierung
    - 3.4.2 Parlament

## 1 Einleitung

Präventive Rechtskontrolle beim Erlass von kantonalem Recht bedeutet Überprüfung von Erlassentwürfen auf deren Übereinstimmung einerseits mit dem Bundesrecht und andererseits mit höherrangigem kantonalem Recht. Die Überprüfung ist präventiv, weil sie vor Eintritt der Rechtsgültigkeit des Erlasses durchgeführt wird. Nach sanktgallischem Recht erlangt ein kantonaler Erlass Rechtsgültigkeit mit Beschlussfassung durch das zuständige Organ. Bei Erlassen, die dem Referendum unterstanden haben, tritt die Rechtsgültigkeit am Tag der Annahme durch

das Volk oder am Tag nach dem unbenützten Ablauf der Referendumsfrist ein. Falls eine Genehmigung durch eine Bundesbehörde konstitutive Wirkung hat, wird der Erlass mit Erteilung der Genehmigung rechtsgültig (Art. 28 Abs. 1 u. 2 Gesetz über Referendum und Initiative, RIG). Der Vollzugsbeginn eines Erlasses ist von der Rechtsgültigkeit zu unterscheiden. Der Vollzugsbeginn bezeichnet den Tag, ab welchem der Erlass angewendet wird (Art. 6 Gesetz über die Gesetzesammlung und das Amtsblatt, GGA).

## **2 Inhaltliche Aspekte**

### **2.1 Übereinstimmung mit Bundesrecht**

Die präventive Rechtskontrolle, die auf die Übereinstimmung mit dem Bundesrecht ausgerichtet ist, dient der Berücksichtigung des in Artikel 49 Absatz 1 der Bundesverfassung (BV) festgelegten Grundsatzes des Vorrangs des Bundesrechts. Nach diesem Grundsatz geht Bundesrecht dem diesem entgegenstehenden kantonalen Recht vor. Die Bestimmung richtet sich an die Kantone. Diese haben dafür zu sorgen, dass die kantonale Gesetzgebung Bundesrecht nicht verletzt (Ruch 2008, Art. 49 Rz. 5). Diese Verpflichtung ist ein Element der Bundestreue, enthält diese doch auch das Verbot widersprüchlichen Verhaltens der Gemeinwesen untereinander (Knapp/Schweizer 2008, Art. 44 Rz. 11).

Am Vorrang des Bundesrechts hat auch das den Bund verpflichtende Völkerrecht teil (Hangartner 1980, 68; Ruch 2008, Art. 49 Rz. 7), weil Völkerrecht und Landesrecht eine einheitliche Rechtsordnung bilden, zu der die Staatsverträge als integrierende Bestandteile gehören (Botschaft BV, 134). Gleich wie der Bund hat auch der Kanton das Völkerrecht zu beachten, was ausdrücklich in Artikel 5 Absatz 4 BV festgehalten ist. Diese Verpflichtung bestimmt das Handeln nicht nur der Regierung, sondern auch des Gesetzgebers (Hangartner 2008, Art. 5 Rz 46), weshalb die präventive Rechtskontrolle gegebenenfalls auch völkerrechtsorientiert zu erfolgen hat. Dies war ausgeprägt der Fall beim Erlass des kantonalen Datenschutzgesetzes, das zu einem überwiegenden Teil auf die kantonale Umsetzung des Schengen- und des Dublin-Assoziierungsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union ausgerichtet war. Diese Abkommen wurden nebst anderen im Rahmen der sogenannten «Bilateralen II» abgeschlossen (Botschaft «Bilaterale II», 5965 ff., und Botschaft Datenschutzgesetz, 2299 ff.).

Bei der präventiven Rechtskontrolle, die, wie erwähnt, auf die Berücksichtigung von Artikel 49 Absatz 1 BV bezogen ist, geht es zunächst um die Klärung der Frage, ob und inwieweit der Kanton zum Erlass von eigenem Recht befugt ist. Massgebend ist der Umfang der dem Bund zustehenden Kompetenz zur Rechtsetzung. Diese bemisst sich aufgrund der für den entsprechenden Sachbereich geltenden Verfassungsbestimmung (Ruch 2008, Art. 49 Rz. 10):

- Dem Bund kommt eine ausschliessliche Rechtsetzungskompetenz zu (ursprünglich derogatorische Bundeskompetenz). Die Folge davon ist, dass dem Kanton keine Befugnis zur Rechtsetzung zusteht, selbst wenn ausführendes Bundesrecht noch fehlt.
- Dem Bund kommt eine Rechtsetzungskompetenz in der Weise zu, dass er erst in der Gesetzgebung deren Umfang festlegt (nachträglich derogatorische Bundeskompetenz). Hier ist der Kanton zur Rechtsetzung ermächtigt, solange und soweit der Bund seinen Zuständigkeitsbereich nicht ausgeschöpft hat.
- Dem Bund kommt eine Grundsatzkompetenz zu. Der Kanton verfügt in diesem Fall über eine Rechtsetzungskompetenz, soweit kantonale Normen nicht das Grundsätzliche betreffen oder solange der Bund – auch im Bereich des Grundsätzlichen – nicht legiferiert hat.
- Bund und Kanton verfügen über parallele Kompetenzen. Dabei besteht die Rechtsetzungskompetenz von Bund und Kanton unabhängig nebeneinander.

Auch wenn dem Kanton Rechtsetzungskompetenz zukommt, ist diese nicht unbegrenzt. Im Rahmen der präventiven Rechtskontrolle ist massgebend, dass in Sachgebieten, die das Bundesrecht nicht abschliessend ordnet, die Kantone nur solche Vorschriften erlassen dürfen, «die nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln» (vgl. z. B. das Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 15. April 2010 [8C\_212/2009] E. 6.1 sowie BGE 135 I 36 E. 5 u. 134 I 128 E. 2.1.).

Die präventive Rechtskontrolle ist ferner mit Blick auf die von der Bundesverfassung garantierten Grundrechte vorzunehmen. Hier geht es nicht um die Frage, ob eine Kompetenzwidrigkeit im Sinn von Artikel 49 Absatz 1 BV vorliegen könnte, sondern um die Klärung, ob ein inhaltlicher Widerspruch zwischen kantonalem Recht und Bundesrecht besteht (Ruch 2008, Art. 49 Rz. 14).

Schliesslich kann die präventive Rechtskontrolle auf das Verhältnis von kantonalem öffentlichem Recht und Bundeszivilrecht bezogen sein. Nach Artikel 6 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) werden die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt. Dabei gilt allerdings, dass die Kantone öffentlich-rechtliche Vorschriften nur unter folgenden Voraussetzungen aufstellen dürfen (Hangartner 1980, 68; Ruch 2008, Art. 49 Rz. 18):

- der Bundesgesetzgeber hat keine abschliessende Regelung getroffen;
- der Erlass von kantonalen Bestimmungen liegt im schutzwürdigen öffentlichen Interesse;
- die kantonalen Bestimmungen verstossen nicht gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts.

## 2.2 Übereinstimmung mit höherrangigem kantonalem Recht

Die präventive Rechtskontrolle in Bezug auf höherrangiges kantonales Recht umfasst zwei Sachverhalte: Einerseits ist zu klären, ob Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen mit dem kantonalen Verfassungsrecht übereinstimmen; andererseits geht es um die Übereinstimmung von Verordnungsbestimmungen mit formellem Gesetzesrecht.

### 2.2.1 Übereinstimmung mit der Kantonsverfassung

Für die Verfassung des Kantons St.Galler vom 10. Juni 2001 (KV) ist charakteristisch, dass sie als «offene Verfassung» konzipiert ist. Das heisst, dass sie keine Staatsaufgaben nennt. An deren Stelle enthält sie in den Artikeln 10 – 23 eine auf das Grundsätzliche beschränkte Aufzählung von Staatszielen im Sinn von längerfristigen inhaltlichen Vorgaben für das Handeln der Staatsorgane (Botschaft KV, 212). Zudem enthält die Kantonsverfassung Regeln über die Zuteilung der Staatsaufgaben im Verhältnis zwischen Kanton und Gemeinden sowie im Verhältnis zwischen Staat – umfassend sowohl den Kanton wie auch die Gemeinden – und Privaten (Art. 26 KV). Aus diesem Verfassungskonzept folgt, dass der Gesetzgeber neue Regelungen von Staatsaufgaben ohne Verfassungsänderung an die Hand nehmen kann, und zwar auch dann, wenn die Aufgaben nicht von einem Staatsziel gedeckt sind. Im Rahmen des Erlasses von gesetzlichen Bestimmungen über die Erfüllung von Staatsaufgaben ist eine präventive Rechtskontrolle nicht gegeben, es sei denn, dass Bestimmungen formuliert würden, die in Widerspruch zu den Staatszielen stehen könnten (Botschaft KV, 212).

Die Kantonsverfassung enthält im Wesentlichen die Ausgestaltung der politischen Rechte sowie die Umschreibung von Stellung, Organisation und Zuständigkeit der Behörden. Ist eine auf die Übereinstimmung mit dem kantonalen Verfassungsrecht ausgerichtete präventive Rechtskontrolle vorzunehmen, so ist diese deshalb in der Regel auf die Frage beschränkt, ob eine bestimmte Gesetzes- oder Verordnungsbestimmung mit der als Grunderlass für das kantonale Organisations- und Verfahrensrecht konzipierten Kantonsverfassung vereinbar ist. Eine Ausnahme von dieser Regel liegt vor, wenn sich die präventive Rechtskontrolle auf eines der vier nach der Kantonsverfassung zusätzlich zur Bundesverfassung gewährleisteten Grundrechte bezieht. Die über das Bundesverfassungsrecht hinausgehenden grundrechtlichen Garantien sind in Artikel 3 KV festgehalten und betreffen das Recht, Privatschulen zu gründen, zu führen und zu besuchen (Bst. a), den Anspruch von Schulpflichtigen auf Unterstützung, wenn sie beim Schulbesuch wegen der Lage des Wohnorts, einer Behinderung oder sozialer Gründe benachteiligt sind (Bst. b), den Anspruch auf Beihilfen für die Aus- und Weiterbildung über den Grundschulunterricht hinaus (Bst. c) und das Recht, eine Antwort auf eine Petition zu erhalten (Botschaft KV, 192 ff.).

## 2.2.2 *Übereinstimmung von Verordnungs- und Gesetzesrecht*

Für die präventive Rechtskontrolle in Bezug auf das Verhältnis von Verordnungsrecht zu übergeordnetem Gesetzesrecht ist bedeutsam, dass Artikel 73 Buchstabe a Ziffer 1 KV die Regierung für zuständig erklärt, Verfassung, Gesetze, zwischenstaatliche Vereinbarungen und Beschlüsse des Kantonsrates durch Verordnungen umzusetzen. Der Ausdruck «umsetzen» verdeutlicht, dass der Regierung bei Erlass von Verordnungsrecht beträchtliche Gestaltungsräume offen stehen. Die Regierung bedarf auch dann keiner Ermächtigung durch den Gesetzgeber, wenn die Verordnungstätigkeit das reine Ausführen oder Vollziehen übersteigt (Botschaft KV, 347; zur Abgrenzung von Vollziehungsverordnung und gesetzesvertretender Verordnung vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann 2006, Rz. 135 ff.). Insofern enthält das kantonale Verfassungsrecht eine über den Erlass von Vollziehungsverordnungen hinausgehende Rechtsetzungsdelegation an die Regierung. Inwieweit die Regierung gesetzesvertretendes Verordnungsrecht erlassen darf, bemisst sich nach Artikel 67 KV. Nach dieser Bestimmung ist ein formelles Gesetz zu erlassen, wenn Rechte und Pflichten von Privaten sowie von Kanton, Gemeinden und anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften festgelegt werden oder wenn die Grundzüge von Organisation und Verfahren in Kanton, Gemeinden und anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten geregelt werden.

### **3 Institutionelle Aspekte**

#### **3.1 Rechtsetzungsprozess**

Der Rechtsetzungsprozess kann in verschiedene Phasen zur Erzeugung von Rechtsnormen gegliedert werden (vgl. Müller 2006, Rz. 69 ff.). Die einzelnen Phasen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Impulsgebung
- Entwurfserstellung
- Beschlussfassung

#### **3.2 Phase der Impulsgebung**

##### *3.2.1 Volksinitiative*

Als Impuls für die Rechtsetzung kommt im Staat mit direkt-demokratischen Institutionen zunächst die Volksinitiative in Betracht (Art. 41 – 43 KV). Der Kanton St. Gallen kennt die Verfassungsinitiative auf Gesamt- oder auf Teilrevision der Kantonsverfassung. Jene auf Teilrevision kann in Form der allgemeinen Anregung oder des ausgearbeiteten Entwurfs erfolgen. Sodann steht die Gesetzesinitiative zur Verfügung, mit welcher in Form des ausgearbeiteten Entwurfs Erlass, Änderung oder Aufhebung eines Gesetzes verlangt werden können. Schliesslich kann mit der Einheitsinitiative in Form der allgemeinen Anregung dem Kantons-

rat ein Rechtsetzungsauftrag erteilt werden, den dieser durch eine Teilrevision der Kantonsverfassung oder durch Erlass, Änderung oder Aufhebung eines Gesetzes erfüllt.

Das sanktgallische Initiativrecht sieht ein Vorverfahren für die Feststellung der Zulässigkeit einer Initiative vor. Artikel 36 RIG verlangt, dass das Initiativkomitee, das aus wenigstens 15 in kantonalen Angelegenheiten Stimmberechtigten bestehen muss (Art. 35 Abs. 1 RIG), den Wortlaut des Initiativbegehrens samt allfälliger Begründung vor Beginn der Unterschriftensammlung der Regierung vorlegen muss. Die Regierung ist verpflichtet, innert vier Monaten, nachdem ihr das Begehren vorgelegt worden ist, über dessen Zulässigkeit zu entscheiden. Die Zulässigkeit ist festzustellen, wenn kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 36 Abs. 3 i. V. mit den Art. 34 u. 35 RIG):

- das Initiativbegehren ist rechtmässig;
- das Initiativbegehren hält die Grundsätze von Eindeutigkeit und Einheitlichkeit ein;
- für das Initiativverfahren ist ein korrekt zusammengesetztes Initiativkomitee gebildet worden.

Die Klärung der Rechtmässigkeit des Begehrens stellt nichts anderes als eine präventive Rechtskontrolle dar. Diese obliegt der Regierung und – falls die Zulässigkeit verneint wird – auf Beschwerde hin dem Verwaltungsgericht (Art. 59<sup>bis</sup> Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, VRP).

### 3.2.2 *Parlamentarische Motion*

Als Impuls für ein Rechtsetzungsverfahren steht den Mitgliedern des Kantonsrates die Motion zur Verfügung. Mit Zustimmung des Kantonsrates zu einer Motion erhält die Regierung den Auftrag, den Entwurf einer Verfassungsrevision, eines Gesetzes oder eines Kantonsratsbeschlusses vorzulegen (Art. 111 Abs. 1 des Geschäftsreglementes des Kantonsrates, GeschRK). Dabei kann der Auftrag Richtlinien über den Inhalt des Entwurfs umfassen. Für Motionen – wie auch für die anderen parlamentarischen Vorstösse, wie Postulate, Interpellationen und einfache Anfragen (Art. 108, GeschRK) – besteht kein Zulassungsverfahren. Hingegen sind die Regierung sowie das Präsidium und die Mitglieder des Kantonsrates berechtigt, die Zulässigkeit eines Vorstosses zu bestreiten. Wenn die Zulässigkeit eines Vorstosses bestritten wird, was unter anderem mit Rechtswidrigkeit des Auftrags begründet werden kann, hat das Präsidium einen kurzen Bericht zu verfassen und einen Antrag zu stellen (Art. 110 Abs. 1 zweiter Satz GeschRK). Der Vorstoss kann erst behandelt werden, wenn der Kantonsrat aufgrund von Bericht und Antrag des Präsidiums über die Zulassung Beschluss gefasst hat (Art. 110 Abs. 2 GeschRK).

### 3.3 Phase der Entwurfserstellung

#### 3.3.1 Departementsebene

Zuständigkeit und Verantwortung für den Inhalt der Erlassentwürfe liegen – ausgenommen bei einer fallweisen Übertragung von Rechtsetzungsaufgaben auf die Staatskanzlei (vgl. Ausführungen Kap. 3.3.4) – bei den Departementen und ihren Dienststellen. Es ist somit zunächst Aufgabe der Departemente, die Übereinstimmung von Erlassen mit Bundesrecht oder übergeordnetem kantonalen Recht zu klären und sicherzustellen.

Eine im April 2010 bei den Departementen durchgeführte Umfrage hat ergeben, dass die präventive Rechtskontrolle – soweit eine solche aufgrund des Regelungsinhaltes angezeigt ist – fallweise und pragmatisch erfolgt. Es wird durchwegs hervorgehoben, dass dabei die Kenntnisse und die Erfahrungen der mit der Entwurfserstellung befassten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von besonderer Wichtigkeit seien. Ferner wird erwähnt, dass Anstösse zur Klärung der Frage der Bundesrechtskonformität und deren Beantwortung mitunter auch aufgrund von interkantonalen Kontakten oder von Konsultationen der zuständigen Bundesämter resultieren würden.

Die präventive Rechtskontrolle der Departemente hat verschiedentlich ergeben, dass das Bundesrecht Fragen unbeantwortet lässt, was die kantonalen Gesetzgebungsarbeiten erschweren oder verzögern kann. Erschwernisse beim Erlass von kantonalem Recht können sodann eintreten, wenn das Bundesrecht unbestimmte oder ungenügend definierte Begriffe enthält, sodass allenfalls erst nach höchstrichterlicher Rechtsprechung feststeht, ob eine kantonale Regelung bundesrechtskonform ist oder nicht. Die nachfolgenden Beispiele mögen solche Sachverhalte illustrieren:

- Im Zusammenhang mit der Revision des sanktgallischen Gewerberechts war unklar, ob das Schausteller- und Zirkusgewerbe vom Bundesgesetz über das Gewerbe der Reisenden (SR 943.1) abschliessend geregelt wird oder ob die Kantone zum Erlass von Vorschriften befugt seien und – falls ja – in welchen Bereichen (Botschaft Gewerberecht 984).
- Nach Artikel 86 Absatz 2 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) müssen die Kantone als Vorinstanzen des Bundesgerichtes «obere Gerichte» einsetzen. Der Begriff «oberes Gericht» wird indessen im Bundesgerichtsgesetz nicht definiert, und auch in der Botschaft BGG finden sich keine klärenden Erläuterungen. Somit war bei Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes nicht bekannt, was verlangt wird. Dies hatte dann das Bundesgericht zu klären, zuerst für den Kanton Bern (BGE 135 II 94 ff.) und dann auch für den Kanton St. Gallen(1C\_346/2009).

- Im Bereich der Bestimmungen über den Schutz vor Passivrauchen lässt Artikel 2 Absatz 2 des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchern (PaRG) Raucherräume zu, sofern diese unter anderem «mit ausreichender Belüftung versehen sind». Die Verordnung zum Schutz vor Passivrauchen (PaRV) wiederholt diese Anforderung. Die Bestimmungen des Bundesrechts enthalten weder eine nähere Umschreibung der «ausreichenden Belüftung» noch Angaben über technische Anforderungen an Belüftungsanlagen, sodass es den Kantonen überlassen ist, bundesrechtskonform festzulegen, wie eine ausreichende Belüftung sichergestellt werden kann. Es erstaunt nicht, dass als Folge der unzureichenden bundesrechtlichen Regelung eine Vielfalt von kantonalem Umsetzungsrecht resultiert. Während der eine Kanton lediglich organisatorische Normen erlässt und dabei die Gemeinden als Vollzugsstellen bezeichnet (Kanton Thurgau: § 1 der Verordnung des Regierungsrates zum Vollzug der eidgenössischen Gesetzgebung zum Schutz vor Passivrauchen), legt ein anderer Kanton die Kubikmetermenge von zuzuführender frischer Luft fest (Kanton Luzern: § 4 Abs. 2 der Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen und § 14 Abs. 2 der Gastgewerbeverordnung), und wieder ein anderer Kanton hält – alternativ zu einer mechanischen Lüftung oder einem Luftreiniger – einen Raucherraum auch dann als ausreichend belüftet, wenn dieser über eine angemessene Fensterfläche verfügt, die sich zur regelmässigen Frischluftzufuhr öffnen lässt (Kanton Appenzell Innerrhoden: Art. 8b Abs. 1 Ziff. 3 der Verordnung zum Gesundheitsgesetz).

### 3.3.2 Mitberichtsverfahren

Artikel 8 Absatz 2 erster Satz des Geschäftsreglements der Regierung und der Staatskanzlei (GeschRR) verpflichtet das in der Sache zuständige Departement beziehungsweise – bei deren Zuständigkeit – die Staatskanzlei, «berührte Departemente und die Staatskanzlei in die Vorbereitung» von Regierungsgeschäften einzubeziehen. Dieses Mitberichtsverfahren bei Gesetzesvorhaben dient nicht primär der präventiven Rechtskontrolle, sondern bezweckt, dass sachinhaltliche und politische Stellungnahmen der betroffenen Departemente und Dienststellen vor der Beschlussfassung der Regierung berücksichtigt und allenfalls in die Vorlage einbezogen werden können. Hauptsächlich handelt es sich neben den Departementen, deren Beizug wegen des inhaltlichen Bezugs zum Geschäftsbezug gegeben ist, um das Finanzdepartement bei Geschäften mit Kostenfolgen, die Finanzkontrolle bei der Erarbeitung von Vorschriften über den Finanzhaushalt (Art. 42k Abs. 3 Bst. c des Staatsverwaltungsgesetzes, StVG), das Personalamt bei personalrechtlichen Regelungen (Art. 72 der Verordnung über den Staatsdienst, VStD) sowie die kantonale Fachstelle für Datenschutz bei Entwürfen von



Erlassen mit Bestimmungen über den Datenschutz oder mit datenschutzerheblichem Regelungsinhalt (Art. 30 Abs. 1 Bst. d des Datenschutzgesetzes, DSG). Es kommt vor, dass in Mitberichten auf die Konformität mit höherrangigem Recht hingewiesen oder die Frage aufgeworfen wird, ob dieser Aspekt bei der Entwurfserstellung hinreichend beachtet worden sei.

### 3.3.3 *Vorprüfungsverfahren*

Artikel 33 Buchstabe b StVG bestimmt, dass die Staatskanzlei die Regierung und den Kantonsrat durch «Stellungnahmen zu Gesetzgebung und Verwaltungsorganisation sowie zu allgemeinen staatsrechtlichen, staatspolitischen und verwaltungsrechtlichen Fragen» unterstützt. Unter die Stellungnahmen zur Gesetzgebung fällt – wie dies in Artikel 35 Buchstabe e<sup>ter</sup> GeschRR verdeutlicht wird – die Vorprüfung von Erlassentwürfen; diese sind gemäss Artikel 8 Absatz 2 der Geschäftsordnung der Regierung (GschO) von den Departementen rechtzeitig der Staatskanzlei zu unterbreiten.

Der Vorprüfung unterliegen sowohl Erlassentwürfe, die der Regierung zur sogenannten Nulllesung im Hinblick auf die Durchführung der Vernehmlassung vorgelegt werden, wie auch Erlassentwürfe, die ihr zur Verabschiedung zuhanden des Kantonsrates beziehungsweise – bei Verordnungsrecht – zur abschliessenden Beschlussfassung zugeleitet werden. Vorprüfungen setzen voraus, dass das Rechtsetzungsvorhaben departementsintern fortgeschritten ist und einen Erarbeitungsstand erreicht hat, der mit den Intentionen der Departementsleitung übereinstimmt und die baldige Zuleitung an die Regierung erlaubt.

Erlassentwürfe werden von der Staatskanzlei einerseits auf ihre inhaltliche Richtigkeit geprüft und andererseits nach gesetzestechnischen und nach redaktionellen Kriterien beurteilt. Zur Prüfung der inhaltlichen Richtigkeit gehört – soweit dieser Aspekt nach Massgabe des Regelungsinhalts relevant ist – die präventive Rechtskontrolle. Lässt sich die Frage der Übereinstimmung einerseits mit dem Bundesrecht und andererseits mit höherrangigem kantonalem Recht mit vertretbarem Aufwand im Rahmen des Vorprüfungsverfahrens klären, nimmt die Staatskanzlei in ihrem Vorprüfungsbescheid hierzu einlässlich Stellung. Andernfalls ersucht sie das Departement, das den Erlassentwurf erstellt hat, um Klärung der entsprechenden Fragen, wobei die Staatskanzlei diese Arbeit fallweise beratend begleitet.

### 3.3.4 *Rechtsetzungssupport der Staatskanzlei*

Als Ergebnis einer Strukturreform der kantonalen Verwaltung wurde auf den 1. Februar 2007 das Kompetenzzentrum Legistik in der Staatskanzlei geschaffen. Dessen Aufgaben werden von der Dienststelle Recht und Legistik wahrgenom-

men. Die Reform hat dazu geführt, dass die Mitwirkung der Staatskanzlei in der Rechtsetzung erweitert und verstärkt wurde, indem zusätzlich zur gesetzestech-nisch-redaktionellen Vorprüfungstätigkeit neue Supportfunktionen hinzuge-kommen sind. Die Erweiterung des Tätigkeitsbereichs hat unter anderem zu einer vermehrten Wahrnehmung der präventiven Rechtskontrolle geführt.

Artikel 35 Buchstabe e<sup>bis</sup> GeschRR gibt den erweiterten Tätigkeitsbereich wi-der. Nach dieser Bestimmung obliegen der Staatskanzlei «die Leitung von und die Mitwirkung in Rechtsetzungsvorhaben im Auftrag der Regierung oder nach vereinbartem Leistungsauftrag mit dem zuständigen Departement».

Eine erste Form von Supportleistung besteht in der Übernahme von Rechtset-zungsprojekten durch die Staatskanzlei. Dabei übernimmt diese die Federfüh-rung bei Rechtsetzungsprojekten der Departemente oder bei der Bearbeitung von spezifischen Teilen von Rechtsetzungsprojekten (intertemporales Recht, weitere Schlussbestimmungen von Erlassen). Grundlage bildet ein Auftrag der Regierung oder eine zwischen dem zuständigen Departement und der Staatskanzlei abge-schlossene Vereinbarung über einen Leistungsauftrag. Die präventive Rechtskon-trolle erfolgt im Rahmen der federführenden Projektleitung.

Eine zweite Möglichkeit, Supportleistungen der Staatskanzlei abzurufen, besteht – soweit nicht die Regierung einen entsprechenden Auftrag erteilt – im Abschluss einer Vereinbarung zwischen dem zuständigen Departement und der Staatskanzlei über einen Leistungsauftrag über die Mitwirkung in Rechtsetzungs-projekten. Die Supportleistungen beinhalten eine aktive Beteiligung der Staatskanzlei bei Rechtsetzungsprojekten, einschliesslich der Beratung der Projektgremien in legistischen Fragen. Dem Erfordernis der präventiven Rechts-kontrolle wird im Rahmen der mitwirkenden Tätigkeit Rechnung getragen.

Schliesslich besteht die Möglichkeit, dass die Departemente für Recht-setzungsarbeiten, die nicht im Rahmen von institutionalisierten Rechtsetzungs-projekten erfüllt werden, legistische Support- und Beratungsleistungen der Staatskanzlei abrufen können. Die Supportleistungen können sich auf den Erlass als solchen beziehen oder sich auch auf das Einholen von Stellungnahmen zu besonderen Rechtsfragen, die mit dem Erlass verknüpft sind, erstrecken. Die Staatskanzlei äussert sich dabei auch zu Belangen der präventiven Rechts-kontrolle.

### **3.4 Phase der Beschlussfassung**

In der Phase der Beschlussfassung sind die Möglichkeiten der präventiven Rechts-kontrolle eingeschränkt. Diese Einschränkung ist weniger im Rahmen der Bera-tungen und der Beschlussfassung durch die Regierung, sondern stärker im Ver-fahren der parlamentarischen Behandlung einer Vorlage feststellbar.

### 3.4.1 *Regierung*

Für das Studium der Unterlagen für die von der Regierung zu behandelnden Geschäfte müssen gemäss Artikel 9 Absatz 1 GeschO wenigstens zwei Arbeitstage zur Verfügung stehen. Diese zeitliche Vorgabe gibt der Staatskanzlei Gelegenheit, Fragen der präventiven Rechtskontrolle nachzugehen. Sollten diesbezügliche Aspekte im vorangegangenen Entwurfsverfahren nicht behandelt oder – trotz eines darauf bezogenen Bescheides der Staatskanzlei – vom Departement nicht berücksichtigt worden sein, ist es möglich, eine darauf eingehende Stellungnahme den Regierungsmitgliedern vorgängig zur Sitzung zukommen zu lassen. Denkbar ist auch, dass der Staatssekretär als Leiter der Staatskanzlei, der an den Regierungssitzungen mit beratender Stimme teilnimmt, allfällige Einwände in der Regierungssitzung vorträgt, sodass die Regierung in den Beratungen darauf eingehen kann.

### 3.4.2 *Parlament*

Was die Phase der Beschlussfassung auf parlamentarischer Ebene betrifft, ist die Vornahme einer präventiven Rechtskontrolle, insbesondere bei Änderungsanträgen, die bei der Beratung im Parlamentsplenum eingereicht werden, davon abhängig, ob deren Notwendigkeit durch ein Mitglied des Kantonsrates oder ein Regierungsmitglied festgestellt und artikuliert wird. Das Geschäftsreglement des Kantonsrates sieht vor, dass einzelne Bestimmungen einer Vorlage in der ersten Lesung nicht nur angenommen, geändert oder gestrichen, sondern auch zurückgewiesen werden können (Art. 99 Abs. 1 GeschRK). Die Zurückweisung richtet sich entweder an die vorberatende Kommission oder an die Regierung; sie hat zur Folge, dass die erste Lesung in Bezug auf diese Bestimmung ausgesetzt wird (Art. 99 Abs. 2 GeschRK). Die Kommissionsberichterstellerin oder der Kommissionsberichtersteller kann zudem Anregungen zur Prüfung auf die zweite Lesung entgegennehmen (Art. 99 Abs. 3 GeschRK). Eine präventive Rechtskontrolle kann somit durch Zurückweisung von Bestimmungen oder durch das Einbringen einer entsprechenden Anregung in Gang gesetzt werden. Wie es aufgrund einer Zurückweisung zur präventiven Rechtskontrolle kommen kann, zeigt ein Beispiel aus der Frühjahrssession des Kantonsrates vom 19. und 20. April 2010. In der ersten Lesung des Gesetzes über das St.Galler Bürgerrecht wurde aus der Mitte des Kantonsrates ein Änderungsantrag eingereicht. Ein Mitglied des Kantonsrates bezweifelte die Verfassungsmässigkeit der im Antrag formulierten Bestimmung. Der Kantonsrat setzte die erste Lesung von Artikel 15 Absatz 2 des Gesetzesentwurfs, auf den sich der Änderungsantrag bezog, aus und wies diese Bestimmung an die vorberatende Kommission zur Vornahme einer präventiven Rechtskontrolle zurück. Diese beauftragte die Staatskanzlei mit der Ausarbeitung einer Stel-

lungnahme. Die vorberatende Kommission beriet die Stellungnahme und schloss sich dieser an. Daraufhin wurde der fragliche Antrag zurückgezogen.

In den Beratungen der vorberatenden Kommission, die jenen des Kantonsrates vorangehen, lassen sich Fragen der präventiven Rechtskontrolle ebenfalls erörtern. Allerdings bedarf es auch hier des Anstosses eines Kommissionsmitglieds, eines anwesenden Regierungsmitglieds oder einer beigezogenen Sachbearbeiterin oder eines beigezogenen Sachbearbeiters.

Eine letzte Gelegenheit, eine präventive Rechtskontrolle im Rahmen des parlamentarischen Verfahrens zu veranlassen, liegt bei der Redaktionskommission des Kantonsrates. Diese prüft nach Artikel 18 GeschRK Vorlagen auf Sprache, Gesetzestechnik und Übereinstimmung mit der übrigen Gesetzgebung. Diese Prüfungsarbeit leistet die Redaktionskommission in der Regel nach der ersten Lesung, wobei sie gehalten ist, ihre Anträge sowie Hinweise auf inhaltliche Unklarheiten der vorberatenden Kommission zu unterbreiten (Art. 101 Abs. 1 GeschRK). Nach der zweiten Lesung bereinigt die Redaktionskommission ihre Anträge und lässt diese dem Kantonsrat zugehen. Stellt sie Widersprüche, Unklarheiten oder offensichtliche Lücken fest, kann sie beim Ratsplenum die Wiederaufnahme der zweiten Lesung über diese Punkte beantragen (Art. 101 Abs. 2 und 3 GeschRK). Gegebenenfalls führt diese zu einer – wenn auch vergleichsweise späten – präventiven Rechtskontrolle.

*Markus Bucheli, Dr.rer.publ., Leiter Recht und Legistik, Staatskanzlei des Kantons St.Gallen,  
E-Mail: markus.bucheli@sg.ch*

#### **Literatur**

- Häfelin, Ulrich/Müller, Georg/Uhlmann, Felix, 2006, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf.
- Hangartner, Yvo, 1980, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Erster Bd., Organisation, Zürich.
- Hangartner, Yvo, 2008, Kommentar zu Art. 5, in: Die schweizerische Bundesverfassung (St.Galler Kommentar), 2. Aufl., Zürich/St.Gallen.
- Knapp, Blaise/Schweizer Rainer J., 2008, Kommentar zu Art. 44, in: Die schweizerische Bundesverfassung (St.Galler Kommentar), 2. Aufl., Zürich/St.Gallen.
- Müller, Georg, 2006, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf.
- Ruch, Alexander, 2008, Kommentar zu Art. 49, in: Die schweizerische Bundesverfassung (St.Galler Kommentar), 2. Aufl., Zürich/St.Gallen.

#### **Materialien (Bund)**

- Botschaft BGG, Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001, 4202 ff.
- Botschaft «Bilaterale II»: Botschaft des Bundesrates vom 1. Oktober 2004 zur Genehmigung der bilateralen Abkommen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II»), BBl 2004, 5965 ff.
- Botschaft BV, Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I, 1 ff.

#### **Materialien (Kanton St.Gallen)**

- Botschaft Datenschutzgesetz, Botschaft und Entwurf der Regierung [des Kantons St.Gallen] vom 20. Mai 2008 zum Datenschutzgesetz, *Amtsblatt des Kantons St. Gallen 2008*, S. 2299 ff.

Botschaft Gewerberecht, Botschaft und Entwürfe der Regierung [des Kantons St.Gallen] vom 27. Februar 2007 über die Bereinigung des kantonalen Gewerberechts, *Amtsblatt des Kantons St.Gallen 2007*, S. 955 ff.

Botschaft KV, Die neue Verfassung des Kantons St. Gallen, Botschaft und Entwurf der Verfassungskommission [des Kantons St.Gallen] vom 17. Dezember 1999, *Amtsblatt des Kantons St.Gallen 2000*, S. 165 ff.

#### **Rechtsquellen (Bund)**

BGG: Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110.

BV: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

PaRG: Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen vom 3. Oktober 2008, SR 818.31.

PaRV: Verordnung zum Schutz vor Passivrauchen (Passivrauchschutzverordnung, PaRV) vom 28. Oktober 2009, SR 818.311.

ZGB: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

#### **Rechtsquellen (Kanton St.Gallen)**

DSG: Datenschutzgesetz vom 20. Januar 2009, sGS (Systematische Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen) 142.1.

GeschO: Geschäftsordnung der Regierung vom 5. Mai 1997, sGS 141.2.

GeschRK: Geschäftsreglement des Kantonsrates vom 24. Oktober 1979, sGS 131.11.

GeschRR: Geschäftsreglement der Regierung und der Staatskanzlei vom 7. Dezember 1951, sGS 141.3.

GGA: Gesetz über die Gesetzessammlung und das Amtsblatt vom 21. Dezember 1953, sGS 0.1.

KV: Kantonsverfassung vom 10. Juni 2001, in Vollzug ab 1. Januar 2003, SR 131.225, sGS 111.1.

RIG: Gesetz über Referendum und Initiative vom 27. November 1967, sGS 125.1.

StVG: Staatsverwaltungsgesetz vom 16. Juni 1994, sGS 140.1.

VRP: Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965, sGS 951.1.

VStD: Verordnung über den Staatsdienst vom 5. März 1996, sGS 143.20.