



Forum für Rechtsetzung: Ungleiches nach Massgabe der Praktikabilität gleich behandeln – Stärkung der präventiven Rechtskontrolle

Das Forum für Rechtsetzung hat sich an seiner Sommer-Sitzung mit zwei grundsätzlichen legistischen – und rechtsstaatlichen – Fragen beschäftigt: Wie stark darf der Gesetzgeber im Interesse der Praktikabilität Typisierungen vornehmen, trotz Gleichheitsgebot? Und wer sorgt dafür, dass ein Gesetz verfassungs- und völkerrechtskonform ist?

Zur ersten Frage präsentierte Matthias Oesch, Assistenzprofessor an der Universität Bern, die Ergebnisse seiner Habilitationsarbeit „Differenzierung und Typisierung – Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung“. Eine jedem aus einer lästigen Bürgerpflicht bekannte Typisierung ist der Pauschalabzug für Berufsauslagen, obwohl es ein Leichtes wäre, dass jeder Angestellte seine Quittungen aufbewahrt und die effektiven Kosten nachweist. Ein weiteres Beispiel ist die Zulassung zum freien Arztberuf, die ein Schweizer Diplom voraussetzt – einer amerikanischen Ärztin mit Harvard-Diplom ist der Nachweis verwehrt, ihr Diplom bürge für eine genauso gute oder sogar eine bessere Ausbildung. Diesen bewussten Verzicht auf eine unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit angezeigte Differenzierung rechtfertigt das Bundesgericht regelmässig mit Erwägungen der Rechtssicherheit und Praktikabilität. Diese anerkennt es als sachlichen Grund für eine Gleich- bzw. Ungleichbehandlung. Praktikabilität meint dabei einerseits die Verwaltungsökonomie, die vor allem im Bereich der Massenverwaltung von Bedeutung ist; hier findet sich die Rechtfertigung für den Pauschalabzug der Berufskosten. Andererseits ist mit der Praktikabilität die Vollzugstauglichkeit gemeint: Damit wird die unwiderlegbare Vermutung begründet, nur ein Schweizer Diplomarzt sei ein guter Arzt. Abertausende verschiedene ausländische Arztdiplome auf ihre Gleichwertigkeit zu prüfen, überstiege die Möglichkeiten des Vollzugs.

Die Praktikabilität entspricht mit anderem Worten einem öffentlichen Interesse. Die Typisierung wiederum dient nicht der Verwirklichung der Rechtsgleichheit im Einzelfall, sondern der Verwirklichung eines externen Zweckes: Der Sicherstellung eines praktikablen Gesetzesvollzugs. Deshalb sollte eine Typisierung wie eine Grundrechtseinschränkung nach Artikel 36 der Bundesverfassung behandelt werden. Dies hat den Vorteil, dass damit ein transparenter Prüfkatalog zu Verfügung steht, ob eine Typisierung zulässig ist. Statt einen sachlichen Grund zu haben, muss eine Typisierung somit erstens eine gesetzliche Grundlage aufweisen; dieses Kriterium ist nach Oesch in der Praxis jedoch kaum von Bedeutung, weil die Berechtigung, notwendige Typisierungen vorzunehmen, wohl in der allgemeinen Vollzugskompetenz der Verwaltung liegt. Eine Typisierung muss zweitens im überwiegenden öffentlichen

Interesse liegen; dies ist mit der Praktikabilität ebenfalls gegeben. Entscheidende Bedeutung kommt dagegen dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu: Eine Typisierung muss demnach die Voraussetzungen der Eignung, Notwendigkeit und Zumutbarkeit erfüllen. Dieses Prüfschema stellt für umstrittene Typisierungsfälle eine höhere Schranke auf als der bisher von der Rechtsprechung verlangte sachliche Grund. Notwendigkeit und Zumutbarkeit sind mehr als sachliche Begründbarkeit. Der Ansatz von Oesch führt somit zu einem besseren Schutz der Rechtsgleichheit im Gesetz.

Esther Tophinke vom Bundesamt für Justiz (BJ) arbeitet massgeblich an der Vorbereitung des Berichts des Bundesrates über die präventive Rechtskontrolle mit. Sie stellte dem Forum die Grundzüge des Berichtsentwurfs vor und zur Diskussion. Dabei geht es um die Frage, wer die Hüterin des übergeordneten Rechts ist: die Bundesversammlung, der Bundesrat, die für die Qualitätssicherung der Gesetzgebung zuständige Bundesverwaltung, das Volk, das Bundesgericht? Heute begleiten mehrere Querschnittämter - Bundesamt für Justiz, Bundeskanzlei, Eidgenössische Finanzverwaltung und Direktion für Völkerrecht - die federführenden Departemente und Fachämter bei der Ausarbeitung der Erlassentwürfe. Diese werden im Rahmen der Ämterkonsultation systematisch auf ihre Übereinstimmung mit übergeordnetem Recht überprüft. Der Berichtsentwurf untersucht die Stärken und Schwächen des heutigen Systems, formuliert drei Handlungsoptionen und kommt zum Schluss, dass eine Optimierung des Status quo die sachgerechteste Lösung wäre. Hierzu wird namentlich vorgeschlagen, die Transparenz der präventiven Rechtskontrolle zu verstärken. Bundesrat und Parlament sollen immer in Kenntnis aller rechtlichen Aspekte entscheiden können. Hierzu müssten die Differenzen der Ämter im Antrag an den Bundesrat offengelegt werden, also auch Differenzen innerhalb eines Departements. Die unterschiedlichen Rechtsauffassungen müssten zudem in den Botschaften und Kommissionsberichten dargelegt werden; Gutachten wären in der VPB zu publizieren. Die Stellungnahmen der Verwaltung blieben aber rechtlich nicht bindend; die Hauptverantwortung für die Rechtmässigkeit der Gesetzgebung liegt nach wie vor bei den zuständigen Rechtsetzungsorganen, der Bundesversammlung, dem Bundesrat oder den Departementen.

Neben diesen beiden Hauptthemen machte Ridha Fraoua (BJ) darauf aufmerksam, dass im Genehmigungsbeschluss zu völkerrechtlichen Verträgen die rechtlichen Grundlagen sehr verschieden aufgezählt werden und das BJ deshalb zur Vereinheitlichung eine Vorlage erarbeitet hat. Luzius Mader (BJ) orientierte über Notiz zur Frage, wie bei einer Motion, die der Bundesrat ablehnt, der Vorbehalt anzubringen ist, im Zweitrat deren Änderung zu verlangen, falls ihr der Erstrat zustimmt. BK und BJ sind daran, hier Lösungen zu erarbeiten.

Weiterführende Unterlagen zu diesen Themen (insbesondere auch die Vorlage zur Genehmigung von völkerrechtlichen Verträgen) finden Sie im Internet unter <http://www.bj.admin.ch> – Themen – Staat & Bürger – Legistik – Forum für Rechtsetzung.

Die nächste Tagung des Forums für Rechtsetzung findet am 29. Oktober 2009 statt. Themenvorschläge können Sie dem BJ mailen (robert.baumann@bj.admin.ch).

Robert Baumann, Bundesamt für Justiz