

Der Bundesrat als Ersatzgesetzgeber?

Die mehrfache Rolle des Bundesrates in der Rechtsetzung ist bekannt; sie reicht von der Initiierung über die Verantwortung für die Ausarbeitung der Bundesgesetze, der Vorlage an das Parlament bis hin zu einer reichhaltigen Verordnungsgebung in den Schranken der Bundesverfassung. Zahlreiche neuere Volksinitiativen auf Bundesebene weisen dem Bundesrat eine zusätzliche Verantwortung zu: er hat anstelle von (noch nicht erlassenen) Bundesgesetzen Verfassungsbestimmungen unmittelbar durch Verordnungen umzusetzen. Diese bleiben in Kraft, bis ein entsprechendes Bundesgesetz in Kraft tritt. Wie kommt es dazu?

In einigen Initiativen wird für deren Umsetzung durch den Gesetzgeber eine Frist gesetzt, so etwa in den Übergangsbestimmungen zu Art. 75b BV (Zweitwohnungen), Art. 121a BV (Steuerung der Zuwanderung) sowie in der Initiative zum «Schutz der Privatsphäre» (BBl 2014 8641 f.). Damit soll das Parlament veranlasst werden, entsprechende Verfassungs resp. Gesetzgebungsaufträge zügig umzusetzen. Doch nach geltendem Verfassungsrecht kann die Bundesversammlung nicht gezwungen werden, solche Aufträge korrekt auszuführen. Gesetzgebungsaufträge sind in der Vergangenheit wiederholt nicht oder nicht richtig erfüllt worden. Die Beispiele des Doppelbesteuerungsverbots, der Mutterschaftsversicherung, der Alpeninitiative und wohl auch der Zweitwohnungsinitiative lassen grüssen. Weitere, aktuelle Fälle sind nicht auszuschliessen. Eine Verfassungsgerichtsbarkeit, die der allgemeinen Durchsetzung von Verfassungsaufträgen die Ehre würde, kennen wir (zu recht) nicht. Die korrekte Umsetzung liegt demnach in den Händen der obersten Gewalt des Bundes.

Diese Situation kann politisch unbefriedigend sein. Denn Umsetzungsvorgänge müssen nicht nur die Hürde der zwei Kammern des Parlaments nehmen, sondern auch in einer allfälligen Referendumsabstimmung bestehen. Auch wenn die Bundesversammlung ihre Verhandlungen fristgerecht abschliesst, ist der Auftrag nicht unbedingt erfüllt: Einmal ist es möglich, dass infolge eines zustande gekommenen Referendums die Frist überschritten wird. Hat das Referendum zudem an der Urne (einmal oder mehrfach) Erfolg, kann die entsprechende Gesetzgebung, eventuell auf längere Zeit, nicht in Kraft treten (so etwa im Fall der Mutterschaftsversicherung). Das «Referendumsvolk», das nicht an frühere Beschlüsse gebunden ist und die konkretisierende Vorlage ablehnen kann, entscheidet unter Umständen das «Initiativvolk». Um das politische Ziel aber trotz dem zu erreichen, sehen die erwähnten Initiativtexte einen Ausweg vor: Für den Fall, dass die Ausführungsgesetzgebung im festgelegten Zeitpunkt – in der Regel 1 bis 3 Jahre nach der Verabschiedung durch Volk und Stände – noch nicht in Kraft getreten sein sollte, erlässt der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen «vorübergehend» auf dem Verordnungsweg. In gewissen Initiativen – Übergangsbestimmung zu Art. 95 Abs. 3 BV (Aktienrecht, «Abzockerinitiative») resp. zu Art. 118a BV (Schutz vor Passivrauchen, abgelehnt in der Volksabstimmung vom 23.9.2012) – wird dem Gesetzgeber nicht einmal eine Frist gesetzt. Der Bundesrat

ZBI 7/2015 345

wird vielmehr direkt verpflichtet, die Ausführungsbestimmungen innert eines Jahres resp. innert 6 Monaten nach Annahme der Initiative auf dem Verordnungsweg zu erlassen, «bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Bestimmungen». Damit wird der Bundesrat zum vorläufigen oder gar längerfristigen *Ersatzgesetzgeber*, oder, um einen Begriff aus der Welt der Skirennen zu bemühen, zum «Vorfahrer» der gesetzgebenden Behörde – ein weiterer Einbruch in die verfassungsmässig austarierte Verteilung der Rechtsetzungskompetenzen und eine *Unterwanderung des Legalitätsprinzips*, wie es in Art. 164 BV normiert ist. Danach sind dem Grundsatz nach die wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes, also von der Bundesversammlung mit Referendumsvorbehalt, zu erlassen, während dem Bundesrat der Vollzug übertragen ist.

Nun mag man einwenden, dass diese bundesrätliche Rechtsetzung nur eine provisorische «Notfall»Lösung darstelle. Doch das wäre eine stark verkürzte Sicht. Mit dieser Klausel wird nicht nur ein zeitlicher Druck auf Regierung und Parlament ausgeübt. Sondern es besteht die reelle Gefahr, dass das bundesrätliche Provisorium (Verordnung) zur DauerRechtsetzung entartet, weil die Ausführungs-gesetzgebung auf Jahre hinaus oder gar nicht zustande kommt. Doch nicht genug: Bundesrätliche Verordnungen können im Rahmen einer *inzidenten Normenkontrolle* vorfrageweise überprüft werden. Es wäre somit möglich, dass das Bundesgericht und andere Organe der Rechtsanwendung einzelnen Bestimmungen von bundesrätlichen Verordnungen die Anwendung versagen – eine wohl kaum bedachte Konsequenz dieser bedingten Kompetenzverlagerung an den Bundesrat. So würde nicht nur der Bundesrat zum Ersatzgesetzgeber, sondern das Bundesgericht zur Rechtspflegeinstanz in höchst politischen Materien ...

Besonders problematisch erscheinen zudem die *faktischen Vorwirkungen* der bundesrätlichen Legiferierung: Werden mit diesen Rechtssätzen Rechte und Pflichten Privater geregelt und spielt dabei die Rechtssicherheit eine grosse Rolle, oder ist auf Verwaltungsebene bereits mit der Umsetzung begonnen worden, so wird das Parlament in seiner «definitiven» Gesetzgebung kaum wesentlich von den gelegten Spuren des Bundesrates abweichen können.

Diese Verlagerung der Rechtsetzungskompetenz ist rechtsstaatlich und demokratisch bedenklich. Der politische Zweck darf nicht alle Mittel heiligen. Unsere (halb)direkte Demokratie hat (auch) ihre Kosten. Nimmt das Parlament bei der Umsetzung von Volksinitiativen seine Verantwortung nicht wahr, so kann bei den nächsten Wahlen vom Volk Remedur geschaffen werden (oder der Rechtsschutz ist auszubauen). Lehnt das Volk einen Umsetzungserlass ab, so ist dies hinzunehmen. Das müsste eigentlich vor allem denjenigen einleuchten, die sich sonst so fleissig auf das Volk berufen ...

Prof. Dr. *René Rhinow*, Liestal