

Rechtsfragen zu dynamisch-direkten Verweisen

Ausgangstexte

1. **Stellungnahmen der Bundesbehörden**

- *Gesetzgebungsleitfaden*

Rz. 902 (...) Bei der dynamischen Verweisung besteht aber keine Gewähr, dass der Regelsetzer auch in Zukunft innerhalb des vom Gesetzgeber bezogenen Rahmens bleibt, dass er m.a.W. nicht plötzlich *contra legem* jene Normen ändert, die notwendiges tatbestandsergänzendes Element des staatlichen Erlasses sind. Die dynamische Verweisung bewirkt auch, dass im Bereich des Verweisungsgegenstandes in Zukunft kraft der Verweisungsautomatik ohne, ja gegen den Willen des (eigentlich) kompetenten Gesetzgebers normative Veränderungen vorgenommen werden können. Letzten Endes würde der Gesetzgeber damit eine Blankettvollmacht erteilen. Die dynamisch-direkte Verweisung auf Verbandsnormen käme deshalb einer versteckten Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf eine ausserstaatliche Stelle gleich. Eine dynamisch-direkte Verweisung ist daher auf Grund der geltenden verfassungsrechtlichen Lage grundsätzlich nicht zulässig

Rz. 905 (...) Die dynamisch-direkte Verweisung auf Erlasse des europäischen Rechts muss - wie diejenige auf Regeln der Technik und der Wissenschaft - ohne entsprechende staatsvertragliche und/oder allenfalls verfassungsmässige und gesetzliche Grundlage als unzulässig betrachtet werden (...); dies insbesondere dann, wenn nicht nur die Normen des Gemeinschaftsrechts, sondern auch die entsprechende Rechtsanwendung und Rechtsprechung der EG-Organen zur Geltung gebracht werden sollen.

- *VPB 41 (1977) Nr. 110 (Stellungnahme der Justizabteilung vom 9. Mai 1977)*

Bei der dynamischen unmittelbaren Verweisung gesellen sich noch folgende Probleme hinzu: Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des verweisenden Erlasses mag der Gesetzgeber noch eine konkrete Vorstellung vom Inhalt des Verweisungsobjektes haben. Insbesondere kann er wissen, ob die in diesem Moment "geltende" Fassung einer Verbandsnorm nicht etwa gegen den verweisenden Erlass oder anderes öffentliches Recht verstösst. Wer gewährleistet aber beispielsweise dem Bundesrat, dass sich die CEE- oder SEV-Normen stets innerhalb der von der Elektrizitätsgesetzgebung gezogenen Schranken bewegen? (...) So wird offenbar, dass eine dynamische Verweisung auf Verbandsnormen nichts anderes ist als eine verkappte materielle (wenn auch nicht formelle) Normsetzungsdelegation, mithin eine antizipierte Genehmigung aller zukünftigen Normen des im Erlass genannten Normungsverbandes (...). Letzten Endes erteilt damit der Gesetzgeber, in diesem Fall der Bundesrat, der CEE eine eigentliche Blankettvollmacht (...) und entledigt sich damit zu einem massgeblichen Teil von der Regelung jener Materie, die ihm der Gesetzgeber hierfür übertragen hatte.

Eine wesentliches Hindernis ist bei der dynamischen Verweisung zudem, dass sich der Bürger zuerst Klarheit darüber verschaffen muss, welche Fassung des Verweisungsobjektes die geltende ist und wo er diese schliesslich finden und einsehen kann.

(...)

Ferner wird ins Feld geführt, dass die Technik einem raschen Wandel unterliege, dem die staatliche Rechtsetzung nicht in einem angemessenen Abstand zu folgen

vermöge. Die direkte Verweisung bietet sich daher als scheinbar ideale Lösung an. Sie ist aber ein rechtspolitisch schlechter Gesetzgebungsstil, schliesst sie doch nicht aus, dass gewissermassen durch die Hintertür einer harmlos erscheinenden Verweisungsnorm (vor allem bei der dynamischen Verweisung) fundamentale Rechtsänderungen bewirkt werden können.

2. Judikatur

- BGE 134 I 173, E. 6.3 (Kantonales Recht verweist auf Bundesrecht)

Das KZG/ZG ist ein formelles Gesetz. Fraglich ist jedoch, ob es eine analoge Haftungsbestimmung wie Art. 52 AHVG enthält. Die zugerische Praxis stützt sich dazu auf § 28 KZG/ZG. Diese Bestimmung mit dem Titel "Ergänzendes Recht" steht im 6. Abschnitt des KZG/ZG mit dem Abschnittstitel "Straf- und Schlussbestimmungen". Ihr Abs. 1 lautet: "Soweit dieses Gesetz den Vollzug nicht abschliessend regelt, finden die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Familienzulagen in der Landwirtschaft als ergänzendes Recht Anwendung." Das Gesetz enthält somit nicht selber eine Haftungsbestimmung, sondern bloss eine dynamische Verweisung auf eine andere Gesetzgebung. Solche Verweisungen sind im Lichte des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots wie auch der demokratischen Zuständigkeitsordnung problematisch, soweit das verwiesene Recht Bestimmungen enthält, die aufgrund ihrer Bedeutung für die Rechtsstellung des Bürgers rechtssatzmässig festgelegt bzw. demokratisch legitimiert sein sollten. Sie können allerdings unter Umständen als gesetzliche Grundlage ausreichen (...). Voraussetzung dafür ist, dass die Verweisung als solche hinreichend klar und eindeutig ist (...). Das Bundesgericht hat es (im Rahmen von staatsrechtlichen Beschwerden) als nicht willkürliche Gesetzesanwendung beurteilt, § 33 Abs. 2 des zürcherischen Kinderzulagengesetzes vom 8. Juni 1958 sowie § 29 des (alten) nidwaldnerischen Gesetzes vom 30. April 1972 über die Kinderzulagen, wonach generell die Vorschriften über die eidgenössische Alters- und Hinterlassenenversicherung sinngemäss Anwendung finden, als hinreichende gesetzliche Grundlage für eine Arbeitgeberhaftpflicht zu betrachten. Es wies dabei auch darauf hin, dass die eidgenössische Regelung vor der kantonalen Norm ergangen war und seither nicht geändert wurde, dass eine enge inhaltliche und verfahrensmässige Verbindung zwischen der eidgenössischen AHV-Gesetzgebung und der kantonalen Kinderzulagengesetzgebung bestehe und dass der Schadenersatz nach kantonalem Recht neben dem bundesrechtlichen quantitativ von untergeordneter Bedeutung sei (Urteile 2P.251/1996 vom 30. Juni 1997, E. 2b; 2P.284/1998 / 2P.313/1998 vom 21. Februar 2001, E. 4b/bb; vgl. auch Urteil P.22/1985 vom 25. Mai 1988, E. 2).

- BGE 133 V 96 E. 4.4.5 (Kantonales Recht verweist auf Bundesrecht)

Wie es sich im Hinblick auf eine allfällige dynamische (...) Aussenverweisung (...) im kantonalen Verwaltungsrechtspflegeerlass (etwa des Inhalts: "für den Fristenstillstand gelten die einschlägigen Vorschriften des Bundesrechts") verhielte, braucht hier - insbesondere mit Blick auf die verbreitet geäusserte Zurückhaltung gegenüber der Anwendung solcher Verweisungsnormen (...) - nicht näher geprüft zu werden. Immerhin ist auf die Bedenken insbesondere hinsichtlich der dynamischen Verweisung bezüglich Gewaltenteilung, Rechtssicherheit, Demokratie und Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen (...) hinzuweisen, wonach auf Bundesebene eine dynamisch-direkte Verweisung auf Grund der geltenden verfassungsrechtlichen Lage grundsätzlich als unzulässig erachtet wird.

- *BGE 132 III 470, E. 4.1 (Bundesrecht verweist auf Bundesrecht)*

Mit einer Verweisung verzichtet der an sich zuständige Rechtsetzer auf eine eigene Regelung unter Bezugnahme auf eine andere, bereits bestehende Norm. Während bei der statischen (oder starren) Verweisung auf eine bestimmte Fassung der Verweisregelung verwiesen wird, kommt bei der dynamischen Verweisung die jeweils geltende Fassung der Verweisregelung zur Anwendung (...). Wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt, handelt es sich bei Art. 22 Abs. 1 SBBG um eine dynamische Verweisung. Es wird ergänzend auf die Regeln des Obligationenrechts über die Aktiengesellschaft in deren jeweils geltenden Fassung verwiesen.

- *BGE 123 I 112 E. 7c (Kantonales Recht verweist auf SAMW-Richtlinien)*

cc) La doctrine est partagée sur l'admissibilité du renvoi aux directives de l'ASSM. Selon Häfelin/Haller (Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Ein Grundriss, 3ème éd. Zurich 1993 no 1030 ss), la compatibilité de ce procédé avec la Constitution ne peut être admise sans autre, puisqu'il porte atteinte à la répartition constitutionnelle des compétences. Le renvoi doit en tout cas figurer dans un acte de rang législatif, et se limiter aux questions techniques. Pour SCHÖNING (op.cit. p. 57-60), de tels renvois à des dispositions d'organismes privés posent problème, parce que le législateur renonce ainsi à assumer sa responsabilité. Cet auteur différencie le renvoi direct - c'est-à-dire la référence à des règles émanant d'un organisme clairement désigné -, qui peut être statique lorsqu'il est fait référence à une version déterminée de ces règles, ou dynamique, lorsque sont évoquées les "règles actuellement en vigueur". La loi peut aussi opérer un renvoi indirect lorsqu'elle recourt aux notions de "standards actuels" (tel l'état de la science et de la technique), dont les règles privées ne sont alors que le reflet. LAURENZ ROTHACH (Die Verwendung von Anhängen in den Erlassen des Bundesrechts, in Législation d'aujourd'hui 1995/3, p. 111-120, 116), subordonne le procédé du renvoi à deux conditions: un cercle restreint de destinataires et une norme de nature technique destinée principalement à des spécialistes. D'autres auteurs posent encore d'autres conditions (MARINA MANDOFIA et MICHEL BÜRGISSER, Réflexions critiques sur le règlement genevois en matière de fécondation in vitro, SJ 1988 p. 177 ss, 181, qui fixent des conditions proches de celles posées pour la délégation législative). DIETER GRAUER (Die Verweisung im Bundesrecht, insbesondere auf technische Verbandsnormen, thèse, Zurich 1980, 208 p., p. 182 ss), admet pour sa part le procédé du renvoi statique, mais non du renvoi dynamique, qui ne permettrait pas de contrôle ultérieur du législateur en cas de changement de la règle privée. Selon URSULA BRUNNER (Rechtssetzung durch Private, thèse, Zurich 1982, 169 p., p. 32), la technique du renvoi est admissible en matière médicale, même si elle est appliquée de manière beaucoup plus générale et fréquente dans les domaines techniques. Un tel renvoi supposerait en outre une base légale formelle (op.cit. p. 140 ss; contra, MOOR, Droit administratif, Berne 1992, vol. III, p. 102-103).

dd) (...) En outre, comme l'a déjà relevé le Tribunal fédéral, les directives relatives au diagnostic de la mort définissent les exigences minimales auxquelles doit satisfaire un tel diagnostic en vue d'une transplantation (même arrêt, consid. 4c p. 516-517). En s'y référant, le législateur genevois avait pour objectif de renforcer la protection des droits fondamentaux, et nullement d'y porter atteinte. Il y a lieu, dès lors, de se montrer moins strict quant aux conditions d'un renvoi. La référence de la loi aux "dernières" directives n'apparaît pas non plus critiquable, puisqu'elle peut se comprendre non pas comme un renvoi dynamique, mais comme l'obligation plus générale de tenir compte des connaissances les plus récentes dans ce

domaine, dans le respect des libertés individuelles. En outre, elle témoigne de la volonté du législateur genevois de permettre à la pratique de s'adapter progressivement à l'évolution de la science médicale (cf. RDAF 1990 p. 156 consid. 3b). S'agissant d'une question technique et complexe, telle que la définition du moment de la mort, il apparaît adéquat de permettre une adaptation immédiate de la réglementation à l'évolution des connaissances scientifiques, sans compter que la reproduction dans la loi de l'intégralité des directives aboutirait à alourdir indûment le texte légal, et en compromettrait une lecture aisée. Toute modification, même mineure, des directives nécessiterait alors une modification législative. Sous l'angle de la légalité, il suffit que les directives en question, publiées, soient accessibles. Les hésitations de la doctrine ne sont pas de nature à remettre en cause la jurisprudence admettant, dans ce domaine spécifique, le renvoi aux directives de l'ASSM.

- *BGE 124 I 6, E. 4a (Kantonales Recht verweist auf Bundesrecht)*

Das kantonale Übertretungsstrafgesetz ist ein formelles Gesetz. Es legt fest, dass die allgemeinen Bestimmungen des StGB für das Strafrecht des Kantons (als kantonales Recht) Anwendung finden. Das Übertretungsstrafgesetz enthält damit eine (sog. dynamische) Verweisung. Allgemein werden Verweisungen nicht als verfassungswidrig betrachtet (...). Die Verweisung im Übertretungsstrafgesetz auf das StGB ist klar und eindeutig. Klarerweise bezieht sie sich u.a. auf Art. 58 Abs. 4 aStGB bzw. Art. 59 Ziff. 2 Abs. 1 StGB und umschliesst damit auch Ersatzforderungen des Gemeinwesens gegen einen Straftäter. Ebenso eindeutig ist, dass die Verweisung - den kantonalen Zuständigkeiten im Bereiche des Strafrechts entsprechend - lediglich Übertretungen umfasst. In bezug auf die Einziehung bzw. auf die Ersatzforderung erweist sich daher das kantonale Recht als hinreichend bestimmt und klar.

- *Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Januar 2007 (2 BvR 2408/06) Rz. 12*

Der Verweis verstößt nicht gegen Art. 80 Abs. 1 GG. Der deutsche Verordnungsgeber hat sich den Inhalt der Regelung, auch wenn diese im Rahmen einer internationalen Institution erarbeitet worden ist, durch den Verweis zu eigen gemacht und hat die in Bezug genommene Regelung im Bundesanzeiger veröffentlicht. Ein Fall einer dynamischen Verweisung, die deshalb problematisch sein kann, weil dem Verordnungsgeber ein Einfluss auf die zukünftige Fortentwicklung bestimmter Regelungen verwehrt sein könnte, Rechtsetzung also außerhalb des Einflussbereichs des legitimierte Rechtssetzungsorgans stattfindet, liegt bei dem hier einschlägigen Verweis auf die JAR-FCL nicht vor. Vielmehr handelt es sich durch die Bezugnahme auf eine bestimmte Fassung um einen Fall einer statischen Verweisung, die als solche verfassungsrechtlich unbedenklich ist (BVerfGE 47, 285 <312>). Solche Verweisungen sind als übliche und notwendige gesetzgeberische Methode anerkannt, sofern die Verweisungsnorm - wie hier - hinreichend klar erkennen lässt, welche Vorschriften im Einzelnen gelten sollen und wenn die in Bezug genommenen Vorschriften dem Normadressaten durch ordnungsgemäße Veröffentlichung zugänglich sind (vgl. nur BVerfGE 47, 285 <311> m.w.N.). Für eine "Fremdbestimmtheit" des Verordnungsgebers unter Umgehung des Parlaments durch eine völkerrechtliche Bindung ist wegen der Aufnahme des Regelungsgehalts in den Willen des Verordnungsgebers kein Raum.

3. Lehre

- *Martin Bertschi, Auf der Suche nach dem einschlägigen Recht im öffentlichen Personalrecht, ZBl 2004, S. 617 ff., S. 622*

Während die statische Verweisung als (verfassungs)rechtlich weitestgehend unbedenklich gilt, wirft die dynamische Verweisung auf Normen anderer Gemeinwesen verfassungsrechtliche Probleme namentlich in Bezug auf das Demokratieprinzip und die Kompetenzordnung auf. Der Gesetzgeber des verweisenden Gemeinwesens lässt damit zu, dass seine gesetzliche Ordnung in der Zukunft ohne seine Beteiligung Änderungen erfahren kann. Ob diese Bedenken im konkreten Fall tatsächlich angebracht sind, hängt allerdings von der jeweiligen Zuständigkeitsordnung ab. (...) Eine Verweisung auf das Recht des übergeordneten Gemeinwesens erscheint unbedenklich, wenn jenes an sich zur Regelung der betreffenden Materie zuständig ist und bloss einen ermächtigenden Vorbehalt zugunsten des untergeordneten Gemeinwesens aufgestellt hat, mit dem es diesem freistellt, ob und inwieweit es in diesem Bereich eine eigenständige Regelung treffen will.

- *Georg Müller, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 2. A., Zürich 2006, Rz. 375 ff.*

Dynamische Verweisungen erhöhen zwar die Flexibilität der Rechtsetzung und ermöglichen es, Regelungen ständig den neusten Entwicklungen anzupassen, was insbesondere im Bereich der technischen Normen von grosser Bedeutung ist. Solche Verweisungen können aber die Rechtssicherheit beeinträchtigen, da die privaten Normen meist nicht amtlich publiziert werden und es oft schwer fällt, die gültige Fassung zu finden. Sie geraten zudem in Widerspruch zum Legalitätsprinzip, wenn sie dazu führen, dass der Gesetzgeber die Grundzüge einer Regelung nicht mehr selbst bestimmt.

Eine dynamische Verweisung auf staatliche Normen unterhalb der Gesetzesstufe ist deshalb nur zulässig, wenn diese Normen keine Regelungen enthalten, die wegen ihrer Wichtigkeit dem Gesetz vorbehalten sind. Es müssen mit anderen Worten die Voraussetzungen für die "Gesetzesdelegation" erfüllt sein. (...) In der dynamischen Verweisung auf Erlasse anderer Gemeinwesen kann jedoch ein Verstoß gegen die Zuständigkeitsordnung liegen