



# Gesetzgebungsmethodische Strategien der Übernahme privater Normen

**Luzian Odermatt** | *Wer immer mit dem Recht in Berührung kommt, sei es als Privatperson oder im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit, erfährt sehr bald, dass private Normen das Recht in vielfältigster Weise mitprägen und mitgestalten. Im Privatrecht erhalten private Normen in erster Linie als Bestandteil von Verträgen eine vertragsrechtliche Verbindlichkeit. Sodann spielen sie auch im vertraglichen und ausservertraglichen privatrechtlichen Haftpflichtrecht eine wichtige Rolle.<sup>1</sup> Wie aber geht das öffentliche Recht (einschliesslich Strafrecht) mit privaten Normen um? Diese Frage kann im vorliegenden Beitrag selbstverständlich nicht erschöpfend abgehandelt werden. Ziel ist es, hierzu eine Übersicht zu vermitteln und mit entsprechenden Beispielen zu dokumentieren.*

## Inhaltsübersicht

- 1 Inkorporation
  - 1.1 Inkorporation durch den Gesetzgeber
  - 1.2 Inkorporation im Rahmen der Vollzugsrechtsetzung
- 2 Verweisung
  - 2.1 Indirekte (mittelbare) und direkte (unmittelbare) Verweisung
  - 2.2 Statische (starre) und dynamische (gleitende) Verweisung
  - 2.3 Verweisung im Rahmen des «new approach»
  - 2.4 Anerkennung und Verbindlicherklärung
- 3 Allgemeinverbindlicherklärung im Arbeits- und Mietrecht
- 4 Begriffliches
- 5 Fazit

## 1 Inkorporation

### 1.1 Inkorporation durch den Gesetzgeber

Eine erste Möglichkeit, private Normen in der Gesetzgebung zu berücksichtigen, besteht darin, sie formell – mehr oder weniger identisch bzw. wörtlich – in ein Gesetz zu inkorporieren. Nach diesem Modell verfuhr der Gesetzgeber etwa beim Erlass der letzten Revision des Aktienrechts über die Transparenz von Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung.<sup>2</sup> Nach dem neuen Artikel 663b<sup>bis</sup> Absatz 4 OR müssen Aktiengesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind, im Anhang zur Bilanz unter anderem jeweils folgende Vergütungen angeben:



1. *den Gesamtbetrag für den Verwaltungsrat und den auf jedes Mitglied entfallenden Betrag unter Nennung des Namens und der Funktion des betreffenden Mitglieds;*
2. *den Gesamtbetrag für die Geschäftsleitung und den höchsten auf ein Mitglied entfallenden Betrag unter Nennung des Namens und der Funktion des betreffenden Mitglieds.*

Diese neu im OR verankerten Vorschriften stammen im Wesentlichen aus der so genannte «Corporate Governance-Richtlinie» der Schweizer Börse (RLCG). Dieses Regelwerk<sup>3</sup> hat die Schweizer Börse (SWX Swiss Exchange) im Rahmen ihrer Selbstregulierung nach Artikel 4 des Börsengesetzes (SR 954.1) erlassen. Sie verpflichtet die unterstellten Unternehmen noch zu weiteren, für die Anleger wichtigen Angaben, etwa über die Konzernstruktur und das Aktionariat des Unternehmens, die Kapitalstruktur usw. Dem Gesetzgeber stand es selbstverständlich frei, nur den Teil über die Verwaltungsratsentscheidungen usw. ins Gesetz zu übernehmen. Der Übernahme lag folgende Passage im Anhang zur RLCG zu Grunde:

*5.2.2 Die Summen sind auszuweisen für:*

- a) *die Gesamtheit der exekutiven Mitglieder des Verwaltungsrats und der Mitglieder der Geschäftsleitung einerseits;*
- b) *die Gesamtheit der nicht-exekutiven Mitglieder des Verwaltungsrats andererseits.*

Vergleicht man diesen Text mit der aufgeführten Vorschrift des OR, so stellt man fest, dass der Gesetzgeber die Regulierung der SWX verschärft hat. So müssen nach den neuen Vorschriften nicht nur die Gesamtsummen der Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrates angegeben werden, sondern auch die jedem einzelnen Mitglied des Verwaltungsrates ausgerichteten Beträge.

Die Übernahme eines Teilaspekts der Corporate Governance ins formelle Gesetzesrecht hat der Bundesrat in der Botschaft (BBl 2004 4476 f.) wie folgt begründet:

*Von ihrer Natur her eignet sich die Selbstregulierung eher für Fragen von politisch untergeordneter Relevanz. Zwar hat sie sich insofern bewährt, als durch die RLCG bezüglich der Transparenz in kurzer Zeit eine Verbesserung der Situation erreicht werden konnte. Der Selbstregulierung fehlt aber die demokratische Legitimation. Entsprechend der rechtlichen, politischen und*





*wirtschaftlichen Bedeutung der Transparenz – vor allem im Hinblick auf die Ausübung der Kontrollrechte der Aktionäre – liegt es am Gesetzgeber, die entsprechenden Normen im Aktienrecht selbst zu verankern und die erforderlichen Interessenabwägungen vorzunehmen. (...) Da es bei den börsenrechtlichen Regelungen primär um das Rechtsverhältnis zwischen der Börse und der Emittentin geht, sind lediglich die jeweiligen Gesellschaften Adressatinnen der in der RLCG enthaltenen Vorschriften. Dementsprechend richten sich auch die Sanktionen nur gegen die Gesellschaft.*

Das neue Recht stärkt demgegenüber auch die Position der Aktionäre und Aktionärinnen, damit sie ihre Kontrollrechte besser wahrnehmen können.

Ein weiteres Beispiel für die Inkorporation privater Normen durch den Gesetzgeber findet sich im schweizerischen Anwaltsrecht. Mit Erlass des Anwaltsgesetzes<sup>4</sup> hat der Bund unter anderem die wesentliche Substanz der so genannten Berufsregeln, die früher in den Standesregeln der kantonalen Anwaltsverbände verankert waren, ins formelle Gesetzesrecht übernommen.<sup>5</sup> Dahinter stand der Wunsch nach der landesweiten Vereinheitlichung dieser Berufsregeln.<sup>6</sup>

## 1.2 Inkorporation im Rahmen der Vollzugsrechtsetzung

In der neueren Verwaltungsrechtsgesetzgebung finden sich hin und wieder Klauseln nach folgendem Muster<sup>7</sup> (Hervorhebung durch den Verfasser):

### **Art. XY** *Zusammenarbeit mit der Wirtschaft*

<sup>1</sup>*Der Bund und, im Rahmen ihrer Zuständigkeit, die Kantone arbeiten für den Vollzug dieses Gesetzes mit den Organisationen der Wirtschaft zusammen.*

<sup>2</sup>*Sie können Branchenvereinbarungen durch die Vorgabe mengenmässiger Ziele und entsprechender Fristen fördern.*

<sup>3</sup>*Vor dem Erlass von Ausführungsvorschriften prüfen sie freiwillige Massnahmen der Wirtschaft. **Soweit möglich und notwendig, übernehmen sie Branchenvereinbarungen ganz oder teilweise in das Ausführungsrecht.***

Solche Branchenvereinbarungen sind insofern als «private Normen» zu betrachten, als sie zwar für die Mitglieder eines Branchenverbandes rechtlich bindende Verhaltensregeln aufstellen, diese Rechtswirkung hingegen für Nicht-Mitglieder des Branchenverbandes nicht zu entfalten vermögen. Ein typisches Beispiel hierfür ist die so genannte Recycling-Konvention des Schweizerischen Wirtschaftsverbandes der Informations-, Kommunikations-



und Organisationstechnik «SWICO». Diese Branchen-Konvention<sup>8</sup> gilt seit dem 1. April 1994 und verpflichtet die unterzeichnenden Firmen, ausgediente elektrische bzw. elektronische Geräte kostenlos zurückzunehmen und zu verwerten oder umweltgerecht zu entsorgen. Entsorgungsaufträge gehen ausschliesslich an spezialisierte Unternehmen, die von der SWICO auf Grund einer EMPA-Prüfung zugelassen werden. Finanziert wird dieses Konzept durch eine vorgezogene «Recycling-Gebühr», welche die Konsumentinnen und Konsumenten bezahlen, wenn sie ein neues Gerät kaufen. Diese «Gebühr» wird von der SWICO in Abhängigkeit zum Warenwert festgelegt und muss nach Artikel 4 Absatz 1 der Preisbekanntgabeverordnung (SR 942.211) im Detailpreis inbegriffen sein.<sup>9</sup>

Was ursprünglich als reine Branchenlösung gedacht war, ist 1998 mit der Verordnung des Bundesrates vom 14. Januar 1998 über die Rückgabe, die Rücknahme und die Entsorgung elektrischer und elektronischer Geräte (VREG, SR 814.620) teilweise positiviert worden. Dabei ging es darum, auch so genannte Trittbrettfahrer, das heisst Nicht-Mitglieder der Branchenvereinbarung, in das Konzept und dessen Finanzierung einzubinden. In der Fassung vom 23. Juni 2004 lauten die massgebenden Bestimmungen wie folgt:

#### **Art. 4 Rücknahmepflicht**

<sup>1</sup> *Händler müssen Geräte der Art, die sie im Sortiment führen, kostenlos zurücknehmen. Für Detailhändler gilt die Pflicht zur kostenlosen Rücknahme nur gegenüber den Endverbrauchern und Endverbraucherinnen.*

<sup>2</sup> *Hersteller und Importeure müssen Geräte der von ihnen hergestellten oder importierten Marken kostenlos zurücknehmen.*

<sup>3</sup> *Händler, die Geräte nur an Händler abgeben, sowie Hersteller und Importeure können Dritte mit der Rücknahme beauftragen.*

<sup>4</sup> *Die Rücknahmepflicht nach den Absätzen 1 und 2 gilt nicht für elektronische Bestandteile von Geräten.*

<sup>5</sup> *Detailhändler müssen die Geräte in allen Verkaufsstellen während den gesamten Öffnungszeiten zurücknehmen.*



### **Art. 5 Entsorgungspflicht**

<sup>1</sup> Die Rücknahmepflichtigen müssen die Geräte entsorgen, die sie nicht weiterverwenden und nicht an andere Rücknahmepflichtige übergeben. Sie können Dritte damit beauftragen.

<sup>2</sup> Rücknahmepflichtige, welche die Entsorgung der Geräte nicht durch finanzielle Beiträge an eine private Organisation sicherstellen, müssen:

- a) die zurückgenommenen Geräte auf eigene Rechnung der Entsorgung zuführen;
- b) in ihren Verkaufsstellen an gut sichtbarer Stelle deutlich darauf hinweisen, dass sie Geräte zurücknehmen; und
- c) ein Verzeichnis über die Anzahl der verkauften und der zurückgenommenen Geräte führen sowie Belege aufbewahren, die dokumentieren, dass sie die zurückgenommenen Geräte zur Entsorgung weitergeleitet haben; dem Bundesamt und den Kantonen ist auf Verlangen jeweils für die letzten fünf Jahre Einsicht in diese Unterlagen zu gewähren.

Ohne hier nun auf Einzelheiten einzugehen, kann man sagen, dass die zentralen Elemente der Regelung aus der so genannten SWICO-Konvention in die Verordnung übernommen worden sind, wenn auch nicht wörtlich. Daneben behält die Konvention nach wie vor ihre Bedeutung, denn sie konkretisiert die Regelung der Verordnung und organisiert namentlich die Finanzierung der ganzen Entsorgung.

In bestimmten Gesetzen werden der Bundesrat oder untergeordnete Behörden zwar nicht aufgefordert, private Normen direkt in die Vollzugsrechtsetzung aufzunehmen, sondern sie beim Erlass seiner Bestimmungen wenigstens zu «berücksichtigen». Dies ist namentlich etwa bei einer neuen Bestimmung des Bankengesetzes (SR 952) der Fall (Hervorhebung durch den Verfasser):

### **Art. 3g**

<sup>1</sup> Die Bankenkommision ist ermächtigt, Vorschriften über Eigenmittel, Liquidität, Risikoverteilung, gruppeninterne Risikopositionen und Rechnungslegung für Finanzgruppen zu erlassen.

<sup>2</sup> Die Bankenkommision ist ermächtigt, für bank- oder effektenhandelsdominierte Finanzkonglomerate Vorschriften über Eigenmittel, Liquidität, Risikoverteilung, gruppeninterne Risikopositionen und Rechnungslegung zu erlassen oder einzelfallweise festzulegen. Betreffend die erforderlichen Eigenmittel **berücksichtigt sie dabei die bestehenden Regeln des Finanz- und Versicherungsbereichs** sowie die relative Bedeutung beider Bereiche im Finanzkonglomerat und die damit verbundenen Risiken.

Eine ähnliche Klausel findet sich im neuen Chemikaliengesetz (SR 813.1) Diese Bestimmung wird weiter unten (Ziff. 2.4) näher beleuchtet.

Schliesslich wäre in diesem Zusammenhang noch zu erwähnen, dass zur Zeit daran gearbeitet wird, die revidierte Eigenkapitalvereinbarung des Basler Ausschusses des «Capital Accord» ins schweizerische Recht zu implementieren. Auch da werden – ohne dass das Bankengesetz den Bundesrat ausdrücklich dazu verpflichtet – über weite Strecken Fachnormen (in der Gestalt internationaler Standards) ins schweizerische Recht (konkret: in eine neue Eigenmittelverordnung des Bundesrates) inkorporiert.

## 2 Verweisung

### 2.1 Indirekte (mittelbare) und direkte (unmittelbare) Verweisung

Von einer indirekten bzw. mittelbaren Verweisung wird gesprochen, wenn der Gesetzgeber keine bestimmten Normen anführt, sondern im Sinne einer Generalklausel auf die «anerkannten Regeln der Technik» oder auf den «Stand der Technik» verweist. Typisch hierfür ist etwa folgendes Beispiel aus dem Schweizerischen Strafgesetzbuch (SR 311.0, Hervorhebung durch den Verfasser):

**Art. 229** *Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde*

<sup>1</sup> Wer vorsätzlich bei der Leitung oder Ausführung eines Bauwerkes oder eines Abbruches **die anerkannten Regeln der Baukunde** ausser acht lässt und dadurch wissentlich Leib und Leben von Mitmenschen gefährdet, wird mit Gefängnis und mit Busse bestraft.

<sup>2</sup> Lässt der Täter **die anerkannten Regeln der Baukunde** fahrlässig ausser Acht, so ist die Strafe Gefängnis oder Busse.

Ebenfalls zur indirekten Verweisung zählt folgendes Regelungsmuster aus der Starkstromverordnung (SR 734.2):

**Art. 4** *Sicherheit*

<sup>1</sup> Starkstromanlagen und die daran angeschlossenen elektrischen Einrichtungen müssen nach den Vorschriften dieser Verordnung und **den anerkannten Regeln der Technik** erstellt, geändert, instandgehalten und kontrolliert werden. Sie dürfen bei bestimmungsgemäsem Betrieb oder Gebrauch sowie in voraussehbaren Störfällen weder Personen noch Sachen gefährden. Wo diese Verordnung keine Vorschriften enthält, gelten **die anerkannten Regeln der Technik**.



<sup>2</sup> Als **anerkannte Regeln der Technik** gelten **insbesondere** die Normen von IEC und CENELEC. Wo international harmonisierte Normen fehlen, gelten die schweizerischen Normen.

<sup>3</sup> Bestehen keine spezifischen technischen Normen, so sind sinngemäss anwendbare Normen oder allfällige technische Weisungen zu berücksichtigen.

Hier werden zwar Normen bestimmter (internationaler) Fachgremien ausdrücklich erwähnt, jedoch in nicht abschliessender Weise («insbesondere»). Demgegenüber wird bei einer direkten bzw. unmittelbaren Verweisung abschliessend auf konkret bezeichnete Normen bzw. Standards verwiesen. Dies zeigt etwa folgende Bestimmung aus der Verordnung des UVEK vom 4. August 2003 über die auf Strassensignalisationen und auf Strassenreklamen für Tankstellen anwendbaren Normen (SR 741.211.5):

#### **Art. 2 Signale**

*Auf Signale sind folgende Normen anzuwenden:*

- a) *Anzeige der Fahrstreifen: Schweizer Norm (SN) 640 814b (Fassung vom Mai 1998);*
- b) *Strassensignale: SN 640 815e (Fassung vom Mai 2003);*
- c) *Wegweiser auf Haupt- und Nebenstrassen: SN 640 817c (Fassung vom Juni 1997);*
- d) *Nummerntafeln an Hauptstrassen: Schweizerische Normen-Vereinigung (SNV) 640 818 (Fassung vom September 1973);*
- e) *Nummerntafeln für Europastrassen sowie für Autobahnen und Autostrassen: SN 640 821a (Fassung vom März 2003);*

*usw.*

## **2.2 Statische (starre) und dynamische (gleitende) Verweisung**

Eine statische Verweisung besteht darin, dass die Gesetzesbestimmung das Verweisungsobjekt nicht nur mit seinem Titel nennt, sondern auch mit dem Datum seines Erlasses oder mit der Angabe einer zu einem bestimmten Zeitpunkt geltenden Fassung (vgl. das soeben wiedergegebene Beispiel betr. Strassensignalisation). Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass das Verweisungsobjekt eben nur in der Fassung mit dem angegebenen Datum von der Verweisung erfasst wird. Wird das Verweisungsobjekt später geändert, muss das Gesetz entsprechend angepasst werden und das Verweisungsobjekt mit dem Datum der Änderung bezeichnen.<sup>10</sup>



Eine dynamische bzw. gleitende Verweisung liegt hingegen vor, wenn ein Erlass das Verweisungsobjekt nur mit dem Titel, allenfalls noch mit einer Ordnungsnummer, aber sicher ohne Datum bezeichnet. Als Beispiel kann auf Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung des EJPD über die Leistungs- und Qualitätsanforderungen für forensische DNA-Analyselabors (SR 363.11) verwiesen werden:<sup>11</sup>

**Art. 1 Grundsätze**

<sup>1</sup> *Das Labor muss gemäss der Norm ISO/IEC 17025 akkreditiert sein.*

Manchmal ist nicht zum Vorneherein klar, ob in einem Erlass eine statische, eine dynamische oder eine indirekte Verweisung gemacht wird. So etwa, wenn in einem Anhang einfach bestimmte Normen aufgezählt werden, wie zum Beispiel im Anhang 2 der Akkreditierungs- und Bezeichnungsverordnung (AkkRBV, SR 946.512)

**Anhang 2 (Art. 7 Abs. 1)**

*International massgebende Anforderungen an Prüf- und Konformitätsbewertungsstellen:*

- a) *Allgemeine Anforderungen an die Kompetenz von Prüf- und Kalibrierlaboratorien: ISO/IEC 17 025;*
- b) *medizinische Laboratorien – Spezielle Anforderungen hinsichtlich Qualität und Kompetenz: ISO 15189;*
- c) *allgemeine Anforderungen für die Kompetenz von Herstellern von Referenzmaterialien (nur auf Englisch erhältlich): ISO Guide 34 in Kombination mit ISO/IEC 17025;*

*usw.*

Man muss dann durch Auslegung ermitteln, was gemeint ist. Im Fall der AkkrBV bietet dies keine besonderen Schwierigkeiten: Aus Artikel 7 Absatz 1 ergibt sich, dass nur eine indirekte Verweisung gemeint sein kann (Hervorhebung durch den Verfasser):

**Art. 7**

<sup>1</sup> *Der Gesuchsteller muss die international massgebenden Anforderungen erfüllen, wie sie **insbesondere** in den Normen und Grundsätzen nach Anhang 2 zum Ausdruck kommen.*





## 2.3 Verweisung im Rahmen des «new approach»

«New approach» kennzeichnet einen neueren Regulierungsmodus im Recht der Technik.<sup>12</sup> Kurz gesagt geht es darum, dass auf Stufe des verbindlichen Rechts nur mehr «grundlegende Anforderungen» statuiert werden. Detailregelungen werden der Regelung durch Normen von Fachverbänden überlassen, wobei vorgesehen wird, dass eine Behörde bestimmte Fachverbände mit der Schaffung solcher Normen mandatiert. Wird ein Produkt nach den bezeichneten Normen hergestellt, so wird vermutet, dass es den grundlegenden Anforderungen entspricht. Mit der Vermutungskonstruktion bewegt man sich noch im Rahmen der indirekten Verweisung, denn es wird keine Pflicht statuiert, eine bezeichnete Norm anzuwenden.

Diesem Regelungsmuster folgen zum Beispiel das Bundesgesetz über die Sicherheit technischer Einrichtungen und Geräte (STEG, SR 819.1) und die darauf gestützten Verordnungen, das Bauproduktegesetz (SR 933.0), diverse Verordnungen im Bereich des Elektrizität und des Fernmeldewesens sowie die Spielzeugverordnung (SR SR 817.044.1).<sup>13</sup> Im neuen Seilbahngesetz<sup>14</sup> ist eine konzise «new approach»-Regulierung wie folgt konzipiert worden:

### **Art. 3** Grundsätze

...

<sup>3</sup> *Seilbahnen dürfen nur so gebaut und betrieben werden, dass sie für den Menschen sicher, umweltverträglich und raumplanungskonform sind.*

...

### **Art. 4** Grundlegende Anforderungen und technische Normen

<sup>1</sup> *Der Bundesrat legt die grundlegenden Anforderungen in einer Verordnung fest; er berücksichtigt dabei das internationale Recht.*

<sup>2</sup> *In diesem Rahmen bezeichnet das Bundesamt im Einvernehmen mit dem Staatssekretariat für Wirtschaft und nach Anhörung der Kantone und der interessierten Kreise die technischen Normen, welche geeignet sind, die grundlegenden Anforderungen zu konkretisieren. Soweit möglich bezeichnet es international harmonisierte Normen.*

### **Art. 5** Erfüllung der grundlegenden Anforderungen

<sup>1</sup> *Wer eine Seilbahn in Betrieb nimmt oder Teilsysteme oder Sicherheitsbauteile einer Seilbahn in Verkehr bringen will, muss nachweisen können, dass die grundlegenden Anforderungen erfüllt werden.*



<sup>2</sup> Wird eine Seilbahn, ein Teilsystem oder ein Sicherheitsbauteil einer Seilbahn entsprechend den technischen Normen erstellt oder hergestellt, so wird vermutet, dass die grundlegenden Anforderungen erfüllt werden.

<sup>3</sup> Wer eine Seilbahn in Betrieb nimmt oder Teilsysteme oder Sicherheitsbauteile einer Seilbahn in Verkehr bringen will, die den technischen Normen nicht entsprechen, muss nachweisen können, dass die grundlegenden Anforderungen auf andere Weise erfüllt werden.

<sup>4</sup> Sind keine grundlegenden Anforderungen festgelegt worden, so muss nachgewiesen werden können, dass die Seilbahn, das Teilsystem oder das Sicherheitsbauteil nach den anerkannten Regeln der Technik hergestellt worden ist.

## 2.4 Anerkennung und Verbindlicherklärung

In bestimmten Erlassen wird der Bundesrat bzw. eine untergeordnete Behörde ermächtigt, private Normen «anzuerkennen» oder sogar «verbindlich zu erklären». Dem Muster der Anerkennung folgt zum Beispiel die Verordnung über den Schutz der Gewässer vor wassergefährdenden Flüssigkeiten (VWF, SR 814.202, Hervorhebungen durch den Verfasser):

### **Art. 4** *Stand der Technik und Qualitätssicherung*

<sup>1</sup> Wer Anlagen erstellt, ändert, befüllt oder ausser Betrieb setzt, wer Mängel an Anlagen behebt, wer Funktionskontrollen an apparativen Vorrichtungen ausführt und wer Anlageteile herstellt, muss dabei den **Stand der Technik** einhalten. Wer Anlageteile herstellt, muss prüfen, ob diese dem **Stand der Technik** entsprechen und die Prüfungsergebnisse in einem Protokoll festhalten.

<sup>2</sup>...

<sup>3</sup> Unternehmen, die Arbeiten nach Absatz 2 durchführen, müssen über Personal verfügen, das aufgrund seiner Ausbildung, Ausrüstung und Erfahrung gewährleistet, dass diese Arbeiten nach dem Stand der Technik erfolgen.

<sup>4</sup> **Das Bundesamt veröffentlicht eine Liste der von ihm anerkannten Regeln der Technik.** Für Bereiche, in denen solche fehlen, kann das Bundesamt Richtlinien erlassen. Es arbeitet dabei mit den Organisationen der betroffenen Branchen und Anlageninhaber zusammen und fördert die Zusammenarbeit zwischen den Kantonen und diesen Organisationen.





Die Anerkennung macht die anerkannten Normen nicht zu verbindlichen Rechtsregeln. Sie ermöglicht jedoch differenzierte Rechtsfolgen, die an die Anerkennung bzw. Nicht-Anerkennung der Fachnormen geknüpft werden. Man sieht das bei Artikel 22 VWF, wo es um Prüfbescheinigungen geht (Hervorhebungen durch den Verfasser):

**Art. 22 Prüfbescheinigung**

<sup>1</sup> Bei Anlageteilen, die den vom Bundesamt anerkannten Regeln der Technik **entsprechen**, wird die Prüfbescheinigung von einem Sachverständigen ausgestellt.

<sup>2</sup> Bei Anlageteilen, die den vom Bundesamt anerkannten Regeln der Technik **nicht entsprechen**, wird die Prüfbescheinigung von einem Sachverständigen im Einvernehmen mit dem Bundesamt ausgestellt, wenn der Antragsteller nachweist, dass der Anlageteil den Anforderungen des Gewässerschutzes trotzdem genügt.

<sup>3</sup> Bei Anlageteilen, für die **keine** vom Bundesamt **anerkannten Regeln der Technik bestehen** oder für die kein Sachverständiger bezeichnet ist, stellt das Bundesamt die Prüfbescheinigung aus.

4 – 7 ...

Dem Regelungsmuster der Verbindlicherklärung folgt Artikel 39 des Chemikaliengesetzes (SR 813.1). Diese Bestimmung verpflichtet den Bundesrat zu erst, internationale Regelwerke zu «berücksichtigen» (Abs. 1). Darüber hinaus ermöglicht sie dem Bundesrat nicht nur, international harmonisierte technische *Vorschriften* für anwendbar zu erklären, sondern auch international harmonisierte technische *Normen* (Abs. 2):

**Art. 39 Übernahme international harmonisierter Vorschriften und Normen**

<sup>1</sup> Der Bundesrat berücksichtigt beim Erlass seiner Bestimmungen international harmonisierte Richtlinien und Empfehlungen sowie international harmonisierte technische Vorschriften und Normen.

<sup>2</sup> Er kann im Rahmen dieses Gesetzes bestimmte international harmonisierte technische Vorschriften und Normen für anwendbar erklären. Er kann das zuständige Bundesamt ermächtigen, Anpassungen technischer Einzelheiten von untergeordneter Bedeutung der für anwendbar erklärten Vorschriften und Normen nachzuführen.

<sup>3</sup> *Ausnahmsweise kann er eine besondere Art der Veröffentlichung der für anwendbar erklärten Vorschriften und Normen festlegen und bestimmen, dass auf eine Übersetzung in die Amtssprachen verzichtet wird.*

So weit ersichtlich, hat der Bundesrat aber bisher keine international harmonisierten technischen *Normen* für anwendbar erklärt. Vielmehr hat er – wie es heute gewissermassen der Normalfall ist - international harmonisiertes Recht (insbesondere EU-Richtlinien) durch Verweisung für anwendbar erklärt, wie etwa folgendes Beispiel aus der Biozidprodukteverordnung (SR 813.12) zeigt:

#### **Art. 9** *Wirkstofflisten*

<sup>1</sup> *Im Hinblick auf die Zulassung, Registrierung oder Anerkennung gelten entsprechend der Richtlinie 98/8/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1989 über das Inverkehrbringen von Biozid-Produkten (Richtlinie 98/8/EG) folgende Wirkstofflisten:*

- a) Liste I der Wirkstoffe zur Verwendung in Biozidprodukten nach Anhang 1, entsprechend Anhang I der Richtlinie 98/8/EG;*
- b) Liste IA der Wirkstoffe zur Verwendung in Biozidprodukten mit niedrigem Risikopotenzial nach Anhang 2, entsprechend Anhang IA der Richtlinie 98/8/EG;*
- c) Liste IB der Grundstoffe nach Anhang 3, entsprechend Anhang IB der Richtlinie 98/8/EG;*
- d) Liste der notifizierten Wirkstoffe zur Verwendung in Biozidprodukten nach Anhang 4, entsprechend der Verordnung (EG) Nr. 2032/2003 der Kommission vom 4. November 2003<sup>10</sup> über die zweite Phase des Zehn-Jahres-Arbeitsprogramms gemäss Artikel 16 Absatz 2 der Richtlinie 98/8/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über das Inverkehrbringen von Biozid-Produkten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1896/2000.*

<sup>2</sup> *Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) und das Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) passen die Listen der Anhänge 1–3 den Änderungen der Richtlinie 98/8/EG an.*

Eine Art Verbindlicherklärung sieht auch Artikel 7 Absatz 3 des Entwurfs für ein Finanzmarktaufsichtsgesetz FINMAG vor (Hervorhebung durch den Verfasser):<sup>15</sup>



### **Art. 7. Regulierungsgrundsätze**

<sup>1</sup> Die FINMA reguliert durch:

- a) Verordnungen, wo dies in der Finanzmarktgesetzgebung vorgesehen ist; und
- b) Rundschreiben über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung.

<sup>2</sup> Sie reguliert nur, soweit dies mit Blick auf die Aufsichtsziele nötig ist. Dabei berücksichtigt sie insbesondere:

- a) die Kosten, die den Beaufsichtigten durch die Regulierung entstehen;
- b) wie sich die Regulierung auf den Wettbewerb, die Innovationsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes auswirkt;
- c) die unterschiedlichen Geschäftstätigkeiten und Risiken der Beaufsichtigten; und
- d) die internationalen Mindeststandards.

<sup>3</sup> **Sie unterstützt die Selbstregulierung und kann diese im Rahmen ihrer Aufsichtsbefugnisse als Mindeststandard anerkennen und durchsetzen.**

<sup>4</sup> Sie sorgt für einen transparenten Regulierungsprozess und eine angemessene Beteiligung der Betroffenen.

<sup>5</sup> Sie erlässt zur Umsetzung dieser Grundsätze Leitlinien. Sie spricht sich dabei mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement ab.

### **3 Allgemeinverbindlicherklärung im Arbeits- und Mietrecht**

Nur kurz erwähnt sei die Figur der Allgemeinverbindlicherklärung, wie wir sie im Arbeits- und im Mietrecht kennen.<sup>16</sup> Dabei geht es darum, dass der Bundesrat so genannte Kollektivverträge, die sozialpartnerschaftlich abgeschlossen worden sind und die eine gewisse Verbreitung erlangt haben, für alle entsprechenden Individualverträge verbindlich erklären kann. Dies beruht im Arbeits- und im Mietrecht auf besonderen Verfassungsgrundlagen (Art. 109 Abs. 2 und 110 Abs. 2 BV). Müsste man daraus schliessen, die (allgemein) Verbindlicherklärung einer privaten Norm im Rahmen des Rechts der Technik oder der Finanzbranche sei ohne explizite Verfassungsgrundlage unzulässig?<sup>17</sup> Die neuere Praxis der Bundesbehörden ist, vor allem mit Bezug auf die direkte Verweisung auf private Normen, nicht mehr so so strikt.<sup>18</sup> Sie berücksichtigt, dass es beim Kollektivvertragsrecht um primäre Rechtsnormen geht, die eigentlich der Gesetzgeber selbst zu erlassen hätte. Bei der Verweisung auf private Normen geht es hingegen um technische Einzelheiten, die der Gesetzgeber ohne weiteres der Regelung durch untergeordnete Behörden überlassen könnte. In diesem Rahmen wird die (statische)



Verweisung als zulässig erachtet,<sup>19</sup> und die Allgemeinverbindlicherklärung ist in ihrer Wirkung durchaus mit einer direkten statischen Verweisung vergleichbar.<sup>20</sup> Wenn es hingegen darum geht, privaten Normen, die rechtsverbindlich sein sollen, eine demokratische Legitimation zu verleihen, wie es der Bundesrat in der Botschaft über die Corporate Governance geltend gemacht hat (Ziff. 1.1), muss eine private Norm ins positive Recht inkorporiert werden.

#### 4 Begriffliches

Aus den vorstehend wiedergegebenen Erlasstexten ergibt sich, dass das einschlägige Recht bei indirekten Verweisen verschiedene Generalklauseln verwendet:

- anerkannte Regeln der Technik
- Stand der Technik
- Stand der Wissenschaft und Technik.

Diese Begriffe sind zwar nirgends definiert. Es gibt aber doch Anhaltspunkte, wie sie zu verstehen sind. So definiert Artikel 3 des Bundesgesetzes über technische Handelshemmnisse (THG, SR 946.51) immerhin die Begriffe «technische Vorschriften» und «technische Normen»:

##### **Art. 3** Begriffe

*Im Sinne dieses Gesetzes gelten als:*

a) ...

b) *technische Vorschriften: **rechtsverbindliche Regeln**, deren Einhaltung die Voraussetzung bildet, damit Produkte angeboten, in Verkehr gebracht, in Betrieb genommen, verwendet oder entsorgt werden dürfen, insbesondere Regeln hinsichtlich:*

1. *der Beschaffenheit, der Eigenschaften, der Verpackung, der Beschriftung oder des Konformitätszeichens von Produkten,*
2. *der Herstellung, des Transportes oder der Lagerung von Produkten,*
3. *der Prüfung, der Konformitätsbewertung, der Anmeldung, der Zulassung oder des Verfahrens zur Erlangung des Konformitätszeichens;*

c) *technische Normen: **nicht rechtsverbindliche, durch normenschaffende Organisationen aufgestellte Regeln**, Leitlinien oder Merkmale, welche insbesondere die Herstellung, die Beschaffenheit, die Eigenschaften, die Verpackung oder die Beschriftung von Produkten oder die Prüfung oder die Konformitätsbewertung betreffen;*

...



Charakteristisch ist, dass technische Normen nicht verbindlich sind. Dies gilt grundsätzlich auch für alle Normen, die von den Generalklauseln erfasst werden. Man muss zwar den «Stand der Technik» usw. respektieren, aber nicht eine bestimmte Norm, das heisst, der Hersteller eines Produkts hat die Wahl, eine bestimmte Norm anzuwenden, eine andere vielleicht nicht. Doch er bleibt verantwortlich für die Sicherheit seines Produkts.

Was die Respektierung des «Standes der Wissenschaft und Technik» betrifft, ist aus dieser Wendung zu erkennen, dass sie einen hohen Massstab setzt. Was das im Einzelfall bedeutet, ist nach den konkreten Umständen, bezogen auf ein konkretes Produkt, zu beurteilen. In der Literatur zum Produkthaftpflichtgesetz (PrHG, SR 221.112.944) wird dargetan, dass ein Hersteller alle Informationen in Wissenschaft und Technik respektieren muss, die für ein bestimmtes Produkt oder einen bestimmten Herstellungsprozess zur Verfügung stehen.<sup>21</sup> Um in dieser Hinsicht Kongruenz zu schaffen, soll auch ein neues Produktesicherheitsgesetz<sup>22</sup> den Hersteller auf die Beachtung des Standes der Wissenschaft und Technik verpflichten, wenn keine technischen Normen bestehen.

## 5 Fazit

Das öffentliche Recht kennt eine reiche Palette von Möglichkeiten, mit privaten Normen umzugehen. Verschiedentlich ist in der Literatur geltend gemacht worden, die Praxis des Gesetzgebers zu diesen Fragen, namentlich in terminologischer Hinsicht, sei nicht sehr kohärent.<sup>23</sup> Dies mag wohl sein, doch ist es jedenfalls das Bestreben aller an der Rechtsetzung Beteiligten, auch in dieser Hinsicht Schritt für Schritt eine grössere Kohärenz zu erreichen.



#### Anmerkungen

- 1 Vgl. hiezu z.B. Wyss (2006, 53 – 73) mit zahlreichen Hinweisen auf Doktrin und Rechtsprechung.
- 2 Bundesgesetz vom 7. Oktober 2005 über die Änderung des Obligationenrechts, AS 2006 2629.
- 3 Erreichbar unter folgendem Link: [www.swx.com/admission/being\\_public/governance\\_de.html](http://www.swx.com/admission/being_public/governance_de.html).
- 4 Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (SR 935.61).
- 5 Vgl. Art. 12 des Gesetzes. Der Schweizerische Anwaltsverband hat darüber hinaus noch die Schweizerischen Standesregeln erlassen, erreichbar unter folgendem Link: [www.swislawyers.com/ge/04\\_sav/02\\_Statuten\\_Richtlinien/Schweizerische\\_Standesregeln.pdf](http://www.swislawyers.com/ge/04_sav/02_Statuten_Richtlinien/Schweizerische_Standesregeln.pdf).
- 6 Vgl. Ziff. 172.2 der Botschaft des Bundesrates vom 28. April 1999 zum Anwaltsgesetz, BBl 1999 6013.
- 7 Das Muster entspricht Art. 41a des Umweltschutzgesetzes (USG, SR 814.01). Eine fast gleich lautende Bestimmung enthält Art. 2 des Energiegesetzes (SR 730.0).
- 8 Die Konvention ist nicht öffentlich zugänglich. Ihr wesentlicher Inhalt ergibt sich jedoch aus einem Faltprospekt, der unter folgendem Link erreichbar ist: [www.swico.ch/documents/Flyer\\_de.pdf](http://www.swico.ch/documents/Flyer_de.pdf).
- 9 Rechtlich gesehen handelt es sich nicht um eine Gebühr, sondern um einen Preiszuschlag. Die „vorgezogene Entsorgungsg Gebühr“ nach Art. 32abis USG müssen die Hersteller und Importeure gegenüber der Entsorgungsfirma entrichten.
- 10 Die statische Verweisung wird in der neueren Praxis des Bundesamtes für Justiz als zulässig erachtet, vgl. N 890 des Gesetzgebungsleitfadens, 2. Auflage 2002.
- 11 Nach der Praxis des Bundesamtes für Justiz sind dynamische Verweisungen grundsätzlich unzulässig, vgl. N 890 des Gesetzgebungsleitfadens. Die zitierte Bestimmung in einer EJPD-Verordnung ist als Ausnahmefall zu betrachten, der umso geringer zu bewerten ist, als die in Betracht fallenden Labors die fragliche ISO/IEC-Norm in aller Regel ohnehin erfüllen (vgl. auch den Anhang 2 der AkkrBV, der im Text unmittelbar anschließend wiedergegeben wird).

- 12 Nähere Ausführungen hierzu bei Homberger (2004).
- 13 Vgl. auch eine Liste der EG-Richtlinien, welche dem „new approach“ folgen, bei Homberger, a.a.O. (Fn 12).
- 14 vom 23. Juni 2006, Referendumsvorlage in: BBl 2006 5869.
- 15 Botschaft vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829.
- 16 BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311); BG über Rahmenmietverträge und deren Allgemeinverbindlicherklärung (SR 221.213.15).
- 17 Diese Doktrin verfolgte das Bundesamt für Justiz tatsächlich während Jahren, vgl. VPB 47 (1983) Nr. 37. Kritisch hiezu Brunner (1991, 109 ff.).
- 18 Vgl. z.B. Art. 60 Abs. 3 des Berufsbildungsgesetzes (SR 412.10), der dem Bundesrat (redaktionell missraten) die Möglichkeit gibt, Berufsbildungsfonds allgemein verbindlich zu erklären.
- 19 Vgl. Fußnote 10.
- 20 So auch Richli (2005, 99 ff. u. 105-108).
- 21 Vgl. hiezu Hess (1996, N 54 ff. zu Art. 5).
- 22 Der Entwurf ist unter folgendem Link erreichbar: [www.evd.admin.ch/evd/news/04041/index.html?lang=de](http://www.evd.admin.ch/evd/news/04041/index.html?lang=de)
- 23 Vgl. z.B. Hess (1996, N 56).

#### Literatur

- Brunner, Andreas, 1991, Technische Normen in Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Diss., Helbing & Lichtenhahn, Basel.
- Hess, Hans-Joachim, 1996, Kommentar zum Produkthaftungsgesetz, 2. Aufl., N 54 ff. zu Art. 5, Verlag Haupt, Bern.
- Homberger, Peter, 2004, Harmonisierung von Schweizer Normen mit der EU, Economiesuisse, dossierpolitik Nr. 19/1 vom 10. Mai 2004, erreichbar unter dem Link: [www.economiesuisse.ch/d/webexplorer.cfm?id=448&tlid=1](http://www.economiesuisse.ch/d/webexplorer.cfm?id=448&tlid=1).
- Richli, Paul, 2005, Öffentlichrechtliche Fragen im Umfeld der Aufhebung der Milchkontingentierung (Auszug aus der Festschrift Pierre Moor), *Blätter für Agrarrecht 2005*, S. 99 ff.
- Wyss, Lukas, 2006, Technische Normen und Vorschriften im Spannungsfeld zwischen Haftpflicht- und Produktesicherheitsrecht, *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 2006/1, S. 53 – 73.