

Die Erlassformen der Bundesversammlung im Lichte des neuen Parlamentsgesetzes

Von Prof. Dr. *Andreas Kley* und lic. iur. *Reto Feller*, Fürsprecher, Bern

Inhaltsübersicht

A. Verfassungsrechtliche Grundlagen	229
B. Kriterien zur Einteilung der Erlassformen	231
C. Bundesgesetz	233
D. Verordnung	236
E. Bundesbeschlüsse	238
1. Einfache Bundesbeschlüsse	238
2. Referendumpflichtige Bundesbeschlüsse	240
F. Erlassformen der Vereinigten Bundesversammlung	243
G. «Erlasse» sui generis oder weitere Beschlüsse der Bundesversammlung ausserhalb der Formen von Art. 163 BV	245

A. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Das schweizerische Regierungssystem kennt im Unterschied zu ausländischen Staatsformen zusätzliche direktdemokratische Rechte des Volkes. Schweizer Stimmberechtigte haben nicht nur das in einer Demokratie unerlässliche Recht, die Parlamentsabgeordneten zu wählen, sie können ausserdem über Sachgeschäfte u.a. in Form des Referendums bestimmen. Das Referendumsrecht knüpft nur an bestimmte Erlassformen der Bundesversammlung an. Folglich bestimmt die Bundesversammlung mit der Wahl der Erlassform, ob ein (fakultatives oder obligatorisches) Referendumsrecht besteht. Wegen dieser für die Referendumsdemokratie und somit für die Tragweite und Wirksamkeit der Volksrechte entscheidenden Bedeutung der Erlassform gibt die Bundesverfassung in den Art. 140, 141 und 163–165 vor, in welche Form die verabschiedeten Sachgeschäfte zu kleiden sind. Der unbefriedigende altrechtliche Zustand mit einer lückenhaften Verfassungsnorm (Art. 89 BV 1874) und dem Versuch einer Konkretisierung in den Art. 4 ff. des Geschäftsverkehrsgesetzes in seiner Fassung vor der am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Teilrevision¹ ist damit weitgehend bereinigt². Die

¹ GVG vom 23.3.1962, SR 171.11.

² Zur Entstehungsgeschichte des geltenden Systems der Erlassformen vgl. *Thomas Säggerer*, Neuordnung der Erlassformen der Bundesversammlung, AJP 1998, S. 677 ff.; *Bernhard Ehrenzeller*.

Rechtsslage hat sich nach Inkrafttreten des Parlamentsgesetzes (ParlG)³ am 1. Dezember 2003 weiter stabilisiert. Mit Annahme der Volksrechte-reform⁴ in der Volksabstimmung vom 9. Februar 2003 zeichnen sich aber insbesondere betreffend das Staatsvertragsreferendum (Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV) neue Unwägbarkeiten ab.

Die Bundesverfassung stellt folgende Formen der Erlasse (Überschrift zu Art. 163 BV) zur Verfügung:

- *Bundesgesetze* enthalten in der Regel rechtsetzende Bestimmungen und unterstehen stets dem fakultativen Referendum. Die dringlichen Bundesgesetze werden sofort in Kraft gesetzt. Ein allfälliges (fakultatives oder obligatorisches) Referendum erfolgt erst nachträglich. *Verordnungen*⁵ enthalten rechtsetzende Bestimmungen, unterstehen aber nicht dem Referendum. Sie müssen sich auf eine Delegationsnorm in einem Gesetz (Regelfall) oder der Verfassung (Ausnahmefall) abstützen.
- *Bundesbeschlüsse* enthalten nicht rechtsetzende (oft rechtsanwendende) Bestimmungen. Es werden einfache Bundesbeschlüsse, die keinem Referendum unterstehen, und referendumpflichtige Bundesbeschlüsse, die nach einer Vorschrift der Bundesverfassung oder eines Bundesgesetzes dem fakultativen (Regelfall) oder obligatorischen Referendum (Ausnahme) unterstehen, unterschieden.

Nach getrennter Verhandlung und mit «Beschluss der Bundesversammlung» im Sinne von Art. 156 Abs. 2 BV werden die Erlasse verbindlich. Bis dahin haben sämtliche Erlasse das im Parlamentsgesetz und in den Ratsreglementen geregelte *Verfahren der Gesetzgebung* durchlaufen. Ausserhalb der Formen von Art. 163 BV sind weitere Beschlüsse der Bundesversammlung vorgesehen, z.B. Aufträge an den Bundesrat gemäss Art. 171 BV, Verfahrensbeschlüsse gemäss Art. 71 ff. ParlG oder Beschlüsse über parlamentarische Initiativen und Vorstösse. Deren Aussenwirkung ist relativ gering, weshalb sie ihre Rechtsbindung nach einem im

Vergleich zum Gesetzgebungsverfahren abgekürzten Beschlussverfahren erlangen. Sie fallen nicht unter den Erlassbegriff von Art. 163 BV⁶ und können als *Parlamentsbeschlüsse sui generis* (vgl. Bst. G. hienach) bezeichnet werden. Entscheiden National- und Ständerat in gemeinsamer Verhandlung (Vereinigte Bundesversammlung, Art. 157 BV), stellt sich die Frage, welche Erlassform zu benutzen ist. Der Verfassungstext gibt diesbezüglich nicht näher Aufschluss (vgl. Bst. F. hienach).

B. Kriterien zur Einteilung der Erlassformen

Zwei Merkmale stehen im Vordergrund: Die *Referendumsfähigkeit* eines Erlasses, welche im System der Referendumsdemokratie als zentrales Unterscheidungskriterium betrachtet wird, und ergänzend die *Rechtssatznatur* (Einzelakt oder Rechtssatz)⁷, was durch die Aufteilung von Art. 163 BV in zwei Absätze mit einer Gegenüberstellung von «rechtsetzenden Bestimmungen» (Abs. 1) und «übrigen Erlassen» (Abs. 2) erkennbar wird.

Im Bund knüpft das *Referendum* ausnahmslos an Beschlüsse des Parlaments (im Sinne von Art. 156 Abs. 2 BV) an; Beschlüsse des Bundesrats unterstehen nie dem Referendum⁸. Das Referendumsrecht soll nur wahrgenommen werden können bei Beschlüssen der Bundesversammlung, die eine gewisse Bedeutung und Aussenwirkung haben. Deshalb hat der Verfassungsgeber in Art. 140 BV die Vorlagen aufgezählt, welche obligatorisch dem Referendum unterstehen, und in Art. 141 BV diejenigen Vorlagen, die auf Verlangen von 50 000 Stimmberechtigten oder acht Kantonen dem Volk zur Abstimmung unterbreitet werden.

Art. 163 BV bestimmt, dass «rechtsetzende Bestimmungen» in der Form des Bundesgesetzes, die «übrigen Erlasse» in der Form des Bundesbeschlusses ergehen sollen. Eine Umschreibung des *Rechtssatzbegriffs* ist mit Art. 164 BV bereits vorgezeichnet. Auf Gesetzesstufe, nämlich in Art. 22 Abs. 4 ParlG, folgt eine Prä-

ler; Die neue Regelung der Erlassformen der Bundesversammlung, LeGes 2000/3, S. 14 f.; Karin Sutter-Somm, N. 1–4 zu Art. 163 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/Lachen 2002.

³ Vom 13.12.2002, SR 171.10.

⁴ Vgl. Bundesbeschluss über die Änderung der Volksrechte vom 4.10.2002 (BBl 2002 6485 und AS 2003 1949).

⁵ Verordnungen der Bundesversammlung und Regierungsverordnungen (Art. 182 Abs. 1 BV) sind auseinander zu halten. Der Begriff «Parlamentsverordnung» konnte sich in den parlamentarischen Beratungen nicht durchsetzen, vgl. Ehrenzeller (Anm. 2), S. 17 und Fn. 8; Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003, N. 20 zu Art. 163 BV. Vgl. jetzt Art. 22 Abs. 2 ParlG, der den Begriff «Verordnung der Bundesversammlung» einführt (Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats [zit.: Bericht SPK], BBl 2001 3467 ff. [3536]).

⁶ Näheres zur Unschärfe dieses Begriffs bei Pascal Mahon, L'article 163 de la Constitution et les «autres» actes de l'Assemblée fédérale, LeGes 2000/3, S. 43 f. und Georg Müller, Formen der Rechtsetzung, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, BTJP 1999, Bern 2000, S. 251 f.

⁷ Ehrenzeller (Anm. 2), S. 16; Müller (Anm. 6), S. 252 m.w.H.; Aubert/Mahon (Anm. 5), N. 10 zu Art. 163 BV; Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, N. 1819. Vgl. auch Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, § 45 N. 14.

⁸ Soweit ersichtlich gab es auf kantonaler Ebene eine einzige Ausnahme: Art. 52a Abs. 1 Ziff. 3 aKV-NW sah vor, dass auch «die vom Regierungsrat erlassenen Verordnungen über untergeordnete Fragen polizeilicher Natur» einem fakultativen Ordnungsreferendum unterstanden (vgl. Yvo Hangartner/Andreas Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, N. 1743). Die Bestimmung wurde in der Volksabstimmung vom 24.9.2000 ersatzlos gestrichen.

zisierung; es werden diejenigen Bestimmungen als rechtsetzend qualifiziert, «die in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten auferlegen, Rechte verleihen oder Zuständigkeiten festlegen.» Neu ist das Element der *unmittelbaren Verbindlichkeit*, mit welchem eine Abgrenzung gegenüber rechtsetzenden Bestimmungen in Weisungen, Richtlinien oder ähnlichen Regelwerken ohne direkte Aussenwirkung angezeigt wird⁹. Die Lektüre der Legaldefinition von Art. 22 Abs. 4 ParlG zusammen mit Art. 163 BV erweckt zunächst den Eindruck, ausschliesslich generell-abstrakte Normen könnten Gegenstand eines Bundesgesetzes sein (Rechtssatzbindung). Es war in den vorbereitenden und den parlamentarischen Arbeiten zu Art. 164 BV indes klar, dass Bundesgesetze nicht zwingend nur Rechtssätze enthalten müssen, sondern auch – aber nicht ausschliesslich¹⁰ – individuell-konkrete Anordnungen enthalten dürfen¹¹. Der Gesetzgeber behält folglich die Möglichkeit, das Gesetz als Instrument der Staatsführung einzusetzen¹². Bundesgesetze enthalten demnach nur in der Regel, aber nicht ausnahmslos rechtsetzende Bestimmungen. Damit wird der in der Rechtssetzungslehre verbreitete herrschende Ansicht Rechnung getragen, wonach eine strikte Trennung zwischen rechtsetzenden und nicht rechtsetzenden Erlassen bzw. generell-abstrakten Normen und individuell-konkreten Anordnungen kaum möglich sei¹³, zumal vermehrt praktische Regelungsbedürfnisse in Misch- und Übergangsformen münden¹⁴. Mit derselben Begründung lässt sich die Auffassung vertreten, Bundesbeschlüsse dürften ausnahmsweise auch rechtsetzende Bestimmungen enthalten, ungeachtet einer fehlenden ausdrücklichen Ermächtigung in Art. 163 BV¹⁵. Der eng gefasste Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 ParlG ändert daran nichts.

Weitere Kriterien, wie etwa die Wichtigkeit des Regelungsgegenstandes oder die Ermächtigungsgrundlage, werden bei der Darstellung der einzelnen Erlassformen näher behandelt.

C. Bundesgesetz

Die Bundesverfassung von 1874 ging mit Art. 89 Abs. 1 und 2 von einem formellen Gesetzesbegriff aus und bezeichnete als «Gesetz» diejenigen Erlasse, die im Verfahren der Gesetzgebung zustande gekommen waren. Neu äussert sich die Verfassung auch zum Inhalt von Gesetzen. Art. 164 Abs. 1 BV enthält einen *materiellen Gesetzesbegriff*¹⁶, der am grundsätzlichen Rechtssatzerfordernis festhält und verlangt, dass alle *wichtigen* rechtsetzenden Bestimmungen in die Form eines Bundesgesetzes zu kleiden sind. Wichtige Normen dürfen damit nicht als Verordnung erlassen und dem Referendum entzogen werden (sog. «materieller Gesetzesvorbehalt»). Das Umgekehrte gilt nicht: Die Bundesversammlung darf aus politischen Gründen auch Materien von untergeordneter Bedeutung in Bundesgesetze aufnehmen; sie übt unter Vorbehalt der Rechte von Volk und Ständen die oberste Gewalt im Bund aus (Art. 148 Abs. 1 BV) und ist keineswegs verpflichtet, diese Materien dem Bundesrat zur Regelung zu überlassen¹⁷. Diese Sicht wird nun ausdrücklich gestützt durch Art. 22 Abs. 1 und 2 ParlG.

Welche Rechtsnormen wichtig sind und mittels Verankerung in einem Bundesgesetz dem Referendum unterstellt werden müssen, ist der nicht abschliessenden Aufzählung von Art. 164 Abs. 1 BV zu entnehmen¹⁸. Dazu gehören «insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über»:

a. *die Ausübung der politischen Rechte*: Bereits Art. 39 BV hält diesbezüglich einen Gesetzauftrag fest und normiert Grundsätze der Ausübung der politischen Rechte. Der Bund hat diese Materie im Bundesgesetz über die politischen Rechte¹⁹ und über die politischen Rechte der Auslandschweizer²⁰ geregelt. Dieser Regelungsgegenstand ist für eine Demokratie von zentraler Bedeutung, denn die Festlegung des Wahl- und Abstimmungssystems hat grosse faktische Auswirkungen. In der Lehre wird Bst. a ein «gewisses Innovationspotential» zugesprochen, das zu einer Verschärfung der bisherigen Praxis führen könnte, welche für das Aufstellen einer Bewilligungspflicht für die Ausübung politischer Rechte auf öffentlichem Grund keine gesetzliche Grundlage verlangt²¹.

⁹ Luzian Odermatt, Erlassformen der Bundesversammlung für Rechtsetzungs- und Einzelakte, LeGes 2003/2, S. 109.

¹⁰ Roland Feuz, Materielle Gesetzesbegriffe, Diss. Bern 2002, S. 50.

¹¹ Häfelin/Haller (Anm. 7), N. 1824. Vgl. auch Ehrenzeller (Anm. 2), S. 17 ff. und Müller (Anm. 6), S. 256; Tschannen (Anm. 7), § 45 N. 19. Als Beispiel diene das bis 31.12.2003 befristete «Lothar»-Gesetz vom 6.10.2000, AS 2001 311.

¹² Müller (Anm. 6), S. 256 m.w.H.

¹³ Tobias Jaag, Die Abgrenzung zwischen Rechtssatz und Einzelakt, Zürich 1985, S. 117; Müller (Anm. 6), S. 256; Bericht SPK (Anm. 5), S. 3536. Feuz (Anm. 10), S. 49 ff. legt dar, weshalb trotz diesen Schwierigkeiten auch unter Geltung der neuen Bundesverfassung von einem engen Gesetzesbegriff auszugehen ist.

¹⁴ Die Unterscheidung rechtsetzend/nicht rechtsetzend bleibt praktisch bedeutsam für die Klärung der Publikationspflicht der Erlasse, vgl. Art. 1 des Publikationsgesetzes (PublG, SR 170.512) und die Art. 2 Bst. a-e sowie Art. 3 und 4 E-PublG (Entwurf des Bundesrats, vgl. BBl 2003 7743).

¹⁵ Ehrenzeller (Anm. 2), S. 20; Müller (Anm. 6), S. 256; a.A. Odermatt (Anm. 9), S. 107.

¹⁶ René Rhinow, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, N. 2444 und Häfelin/Haller (Anm. 7), N. 1821 kritisieren den Gebrauch dieses Terminus, weil das Bundesgesetz gemäss Art. 164 Abs. 1 BV nicht durch seinen Inhalt «definiert» werde. Was Inhalt eines Gesetzes sein kann, sei offen.

¹⁷ Müller (Anm. 6), S. 260; Häfelin/Haller (Anm. 7), N. 1825; Ehrenzeller (Anm. 2), S. 17; Tschannen (Anm. 7), § 45 N. 8, 26.

¹⁸ Eingehend Feuz (Anm. 10), S. 118 ff.

¹⁹ BPR vom 17.12.1976, SR 161.1.

²⁰ Vom 19.12.1975, SR 161.5.

²¹ Georg Müller, Die Umschreibung des Inhalts der Bundesgesetze und die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen, LeGes 2000/3, S. 32; Michael Beusch, Der Gesetzesbegriff der neuen Bundesverfassung (Art. 164 BV), in: Thomas Gächter/Martin Bertschi (Hrsg.), Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung, Zürich 2000, S. 240. Feuz (Anm. 10), S. 94 f., S. 126 f. anerkennt dieses Innovationspotential, sieht aber Art. 36 BV als anwendbare Rechtsgrundlage.

b. *die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte:* Diese Bestimmung ruft die Bedeutung der verfassungsmässigen Rechte in Erinnerung und verlangt wie schon Art. 36 Abs. 1 BV für (schwere) Eingriffe eine formell-gesetzliche Grundlage²².

c. *die Rechte und Pflichten von Personen:* Im Grunde wird damit die gesamte zivil- und strafrechtliche Gesetzgebung erfasst, für die der Bund gemäss Art. 122 und 123 BV zuständig ist. Die verwaltungsrechtliche Gesetzgebung im Rahmen der Bundeszuständigkeiten fällt ebenfalls darunter, sei es als Eingriffs- (vgl. Bst. b) oder als Leistungsverwaltung (vgl. Bst. e). Bst. c ist derart weit und offen gestaltet, dass damit letztlich auch die übrigen in Art. 164 Abs. 1 BV aufgeführten Regelungsmaterien umfasst werden²³.

d. *den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben:* Diese Bestimmung wiederholt Art. 127 Abs. 1 BV und betont für diesen Bereich der Eingriffsverwaltung das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage. Das Legalitätsprinzip stellt im Abgaberecht ein selbständig anrufbares verfassungsmässiges Recht dar, dessen Verletzung mit staatsrechtlicher Beschwerde gerügt werden kann²⁴.

e. *die Aufgaben und die Leistungen des Bundes:* Nach der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung der Art. 3 bzw. 42 Abs. 1 BV benötigt der Bund für sein Tätigwerden eine Kompetenznorm. Diese ihm durch die Verfassung zugewiesenen Kompetenzen nimmt er regelmässig durch Erlass von Bundesgesetzen wahr, wenn damit staatliche Eingriffe (Art. 36 BV) oder Leistungen (Subventionen) erfolgen. Bst. e weist neben den übrigen Buchstaben insofern eigenständige Bedeutung auf, als er die Geltung des Legalitätsprinzips auch in der Leistungsverwaltung klar festhält.

f. *die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts:* Art. 46 BV beinhaltet den Grundsatz kantonaler Organisations- und Verfahrensautonomie und wird unter Bst. f in Form des materiellen Gesetzesbegriffs wiederholt. Nur der Bundesgesetzgeber, nicht aber der Verordnungsgeber, darf den Kantonen organisatorische und andere Pflichten auferlegen, wenn ihnen Umsetzung und Vollzug von Bundeserlassen übertragen wird. Dieses bundesstaatliche oder föderalistische Legalitätsprinzip zielt anders als die übrigen Buchstaben nicht auf den Individualrechtsschutz.

g. *die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden:* Die Bundesverfassung legt zwar die wichtigsten Normen bei der Organisation der Bundesbehörden

in den Art. 143 ff. BV selbst fest. Der Gesetzgeber muss aber ergänzend weitere detaillierte rechtsetzende Bestimmungen erlassen. Das ist etwa geschehen für Bundesrat und Verwaltung durch das Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz²⁵, für das Bundesgericht durch das Bundesrechtspflegegesetz²⁶ und für das Verhältnis zwischen den beiden Räten der Bundesversammlung durch das neue Parlamentsgesetz. Bereits BGE 104 Ia 226 E. 2c S. 232 f. hält fest, dass «im Bereich der staatlichen Organisation [...] eine gesetzliche Grundlage für jedes Verfahren erforderlich [ist], in welchem rechtlich bindende Entscheide zustandekommen, sei es auf dem Gebiet der Gesetzgebung, der Rechtsprechung oder der Verwaltung.» Bst. g verleiht dieser Erkenntnis Verfassungsrang.

Die dargestellten Verfassungsnormen sind weit gefasst und nicht genau bestimmbar. Die Aufzählung enthält Überschneidungen und Mehrfachnennungen, ist aber umfassend. Aus heutiger Sicht ist daher kaum erkennbar, welche Gebiete durch die in Art. 164 Abs. 1 Satz 1 enthaltene *Generalklausel* sonst noch erfasst würden. Der Verfassungsgeber hat entschieden, eine Liste von Regelungsbereichen in Art. 164 BV zu verankern. Alternativ hätten sachübergreifende Wichtigkeitskriterien (Eingriffsintensität, Zahl betroffener Adressaten, finanzielle Auswirkungen, grosse politische oder organisatorische Bedeutung usw.) normiert werden können. Auch ohne Nennung im Verfassungstext sind diese in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Wichtigkeitskriterien für den Bundesgesetzgeber bei der Anwendung von Art. 164 Abs. 1 BV bedeutsam. Ihm verbleibt trotzdem ein erheblicher Beurteilungsspielraum in einem rechtlich-politischen Grenzbereich und eine bemerkenswerte Verantwortung angesichts der Folgen seines Entscheids für die direkte Demokratie (Referendumsfähigkeit des Erlasses). Art. 191 BV²⁷ sorgt dafür, dass Verletzungen von Art. 164 Abs. 1 BV durch den Gesetzgeber sanktionslos bleiben.

Der Verfassungsgeber verwendet in Art. 164 Abs. 1 BV die Ausdrücke «wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen» und «grundlegenden Bestimmungen». Die beiden Begriffe können als synonym betrachtet werden. Dieser Schluss wird dadurch gestützt, dass der Gesetzgeber in Art. 22 Abs. 1 ParlG die gleichzeitige Verwendung beider Begriffe aufgegeben hat und nur noch von «wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen» spricht. Praktische Auswirkung dieser Gleichstellung ist die Identität der Anforderungen, die hinsichtlich der Rechtsetzungsdelegation gelten, und zwar sowohl für Regelungsmaterien, die von der in Art. 164 Abs. 1 Satz

²² Feuz (Anm. 10), S. 130 ff. hält mit überzeugender Begründung dafür, Bst. b umfasse lediglich die Einschränkung von *Freiheitsrechten*, nicht hingegen die Gesamtheit der *verfassungsmässigen Rechte*. Vgl. auch Sutter-Somm (Anm. 2), N. 10 zu Art. 164 BV.

²³ Müller (Anm. 6), S. 261; ähnlich Sägesser (Anm. 2), S. 684.

²⁴ BGE 126 I 180 E. 2a/aa S. 182; 129 I 161 E. 2.1 S. 162 f.

²⁵ RVOG vom 21.3.1997, SR 172.010.

²⁶ OG vom 16.12.1943, SR 173.110.

²⁷ Art. 191 BV wird gemäss Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8.10.1999 (BBl 1999 8633 ff.) durch den gleich lautenden Art. 190 BV ersetzt. Diese Verfassungsbestimmung wird gleichzeitig mit dem Bundesgerichtsgesetz (BGG) in Kraft gesetzt, vgl. BBl 2001 4615.

1 BV enthaltenen Generalklausel, wie auch von der nachfolgenden beispielhaften Aufzählung, erfasst werden²⁸.

Falls das Inkrafttreten von Bundesgesetzen keinen Aufschub duldet, darf die Bundesversammlung gestützt auf Art. 165 BV dringliche (verfassungskonforme oder verfassungsändernde) Bundesgesetze erlassen und diese damit dem vorgängigen Referendum entziehen. Die Art. 140 Abs. 1 Bst. c und 141 Abs. 1 Bst. b BV regeln das Referendumsverfahren dringlicher Bundesgesetze²⁹; im Übrigen werden diese als gewöhnliche Gesetze behandelt.

D. Verordnung

Die Bundesversammlung kann rechtsetzende Bestimmungen gemäss Art. 163 Abs. 1 BV auch in der Form nicht referendumpflichtiger «Verordnungen der Bundesversammlung» erlassen. Art. 22 Abs. 2 ParlG nennt die Voraussetzungen hierfür und stellt den auf den ersten Blick nicht ersichtlichen Zusammenhang zwischen Art. 163 Abs. 1 BV und Art. 164 Abs. 2 BV her³⁰. Verordnungen der Bundesversammlung beruhen auf einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen vom Verfassungs- oder Gesetzgeber (d.h. Parlament und Volk) an das Parlament allein. Abhängig von der Ermächtigungsgrundlage werden selbständige und unselbständige Verordnungen unterschieden. Die Delegationsvoraussetzungen sind dieselben wie bei der Regierungsverordnung³¹.

Die Bundesverfassung ermächtigt die Bundesversammlung nur selten, *selbständige Verordnungen* zu erlassen. Sie kann etwa zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit, der Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz gemäss Art. 173 Abs. 1 Bst. c BV Verordnungsrecht erlassen. Der Verfassungsgeber hat hier deshalb den Verordnungsweg gewählt, weil in diesen Bereichen die Rechtsetzung naturgemäss keinen Aufschub duldet. Ermächtigungsgrundlagen finden sich ferner in Art. 159 Abs. 4 BV (Anpassung der in Art. 159 Abs. 3 Bst. b BV genannten Frankenbeträge an die Teuerung) und in mehreren Übergangsbestimmungen (Art. 196 BV).

Bis anhin stellte auch die Übertragung der Erlasskompetenz für *unselbständige Verordnungen* mittels entsprechender Normierung in Bundesgesetzen eher eine Seltenheit dar. Der wichtigste Anwendungsbereich ist das Parlamentsrecht. In

mehreren Artikeln hat sich die Bundesversammlung im Parlamentsgesetz³² die Verordnungskompetenz zugesprochen. Beispielsweise werden gemäss Art. 70 Abs. 1 ParlG Ausführungsbestimmungen über die Parlamentsverwaltung in der Form von Verordnungen erlassen³³. Es ist zweifelsfrei sachlich richtig, wenn die Bundesversammlung ausführende Bestimmungen über die Regelung eigener Organisationsfragen erlässt, die dem Referendum entzogen sind. Beispiele für Kompetenznormen lassen sich aber auch ausserhalb des Parlamentsrechts finden: Art. 76a Abs. 3 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte ermächtigt die Bundesversammlung, die Einzelheiten über das Parteienregister in einer Verordnung zu regeln. Ferner hat sich die Bundesversammlung die Festlegung des Blutalkohol-Promillewertes, bei welchem die Angetrunkenheit von Fahrzeugführern vermutet wird, selbst in Art. 55 Abs. 6 des Strassenverkehrsgesetzes zugewiesen. Sie legte diesen Wert am 21. März 2003 auf 0,5 Promille fest³⁴. Die Bundesversammlung erliess weiter eine Verordnung vom 4. Oktober 2002 über die Organisation der Armee³⁵. Angesichts der letztgenannten Beispiele ist daran zu erinnern, dass Verordnungen der Bundesversammlung wegen Art. 164 Abs. 1 BV keine «wichtigen» Bestimmungen enthalten dürfen.

Die Bundesversammlung scheint gewillt, die ihr ermöglichte Verordnungskompetenz vermehrt zu nutzen³⁶. Herrscht Regelungsbedarf in politisch sensiblen Sachgebieten, die häufigen Änderungen unterworfen sind, erscheint die Wahl der Verordnung als zweckdienliche Erlassform. Die Übertragung der Verordnungskompetenz an den Bundesrat ist regelmässig auch durch die technische Prägung der betreffenden Regelungsmaterie motiviert. In der Lehre wird indes zu Recht bezweifelt, dass die Bundesversammlung als Verordnungsgeberin plötzlich geeigneter oder sachkundiger sei als im Verfahren der Gesetzgebung³⁷. Verordnungen der Bundesversammlung können analog den Regierungsverordnungen vom Bundesgericht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin untersucht werden (Art. 191 BV e contrario). Verlässt die Verordnung den von der Delegationsnorm abgesteckten Rahmen, darf ihr das Bundesgericht im Einzelfall die Anwendung

³² Vgl. Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 2, Art. 59, 60, 66, 70 Abs. 1 ParlG. Vgl. ferner Art. 27 Abs. 1 Finanzhaushaltgesetz (FHG, SR 611.0).

³³ In diesem Sinne hat die Bundesversammlung eine Verordnung zum Parlamentsgesetz und über die Parlamentsverwaltung vom 3.10.2003 (ParlVV, SR 171.115) erlassen.

³⁴ Verordnung der Bundesversammlung vom 21.3.2003 über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr, BBl 2003 2893. Botschaft: BBl 2002 3937. Voraussichtliches Inkrafttreten dieser Bestimmung am 1.1.2005 (Medienmitteilung des Bundesrats vom 26.11.2003).

³⁵ SR 513.1. Diese Verordnungskompetenz stützt sich auf Art. 149 des Bundesgesetzes vom 3.2.1995 über die Armee und die Militärverwaltung, SR 510.10.

³⁶ Vgl. auch die Beispiele bei Aubert/Mahon (Anm. 5), N. 18 zu Art. 163 BV.

³⁷ Feuz (Anm. 10), S. 251. Vgl. auch Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Bern 2000, N. 1430. Ehrenzeller (Anm. 2), S. 22 f. hingegen beurteilt die Aufnahme der Verordnung in den Verfassungstext als klare Aufwertung dieser Erlassform.

²⁸ Feuz (Anm. 10), S. 116 f. Vgl. auch Müller (Anm. 6), S. 260; Aubert/Mahon (Anm. 5), N. 24 zu Art. 164 BV; Tschannen (Anm. 7), § 45 N. 24; Häfelin/Haller (Anm. 7), N. 1822, lassen die Frage der Synonymie offen.

²⁹ Zu Problemen der Einordnung dringlicher Bundesgesetze in das System von Art. 163 BV: Mahon (Anm. 6), S. 50 f. Vgl. auch Häfelin/Haller (Anm. 7), N. 1828 ff.; Tschannen (Anm. 7), § 45 N. 30 ff.

³⁰ Bericht SPK (Anm. 5), S. 3536.

³¹ Ehrenzeller (Anm. 2), S. 23; Feuz (Anm. 10), S. 251.

versagen³⁸. Ist allerdings ihr möglicherweise verfassungswidriger Inhalt bundesgesetzlich gedeckt, gilt das Anwendungsgebot vollumfänglich.

E. Bundesbeschlüsse

Diese in Art. 163 Abs. 2 BV geschaffene Erlassform erfasst subsidiär alle Erlasse der Bundesversammlung, für die keine andere Form vorgesehen ist. Bundesbeschlüsse haben grundsätzlich einen nicht rechtsetzenden Inhalt. Die Bundesverfassung unterscheidet «*einfache Bundesbeschlüsse*», die abschliessende Entscheide des Parlaments darstellen, und die nach ihrer Verabschiedung noch dem Referendum unterworfenen «*Bundesbeschlüsse*». Beide können direkt auf der Verfassung oder auf Gesetzen beruhen. Die Referendumsfähigkeit von Bundesbeschlüssen ist mit dem Kriterium der Wichtigkeit gekoppelt und in Art. 140 f. BV vorgegeben.

1. Einfache Bundesbeschlüsse

Nicht rechtsetzende Akte wie etwa Verfügungen, Rechtsprechungs- und andere Einzelakte des Parlaments, die *nicht* dem Referendum unterstehen, bilden den hauptsächlichen Inhalt der in Art. 29 Abs. 1 ParlG legaldefinierten einfachen Bundesbeschlüsse. Die Erlassform des einfachen Bundesbeschlusses übernimmt eine Auffangfunktion für nicht rechtsetzende Akte³⁹. Die Ermächtigung zum Erlass kann zunächst in der Bundesverfassung selbst enthalten sein. Es handelt sich dabei um *selbständige* einfache Bundesbeschlüsse, wie folgende Beispiele zeigen⁴⁰:

- Gewährleistung der Kantonsverfassungen⁴¹;
Einfügung der Dringlichkeitsklausel⁴²;
- Entscheid über die Gültigkeit zustande gekommener Volksinitiativen⁴³;
Genehmigung von nicht dem Referendum unterliegenden völkerrechtlichen Verträgen⁴⁴;

³⁸ *Andreas Auer*, Les actes de l'Assemblée fédérale et les droits populaires, LeGes 2000/3, S. 64 f.; *Aubert/Mahon* (Anm. 5), N. 22 zu Art. 163 BV; *Sutter-Somm* (Anm. 2), N. 16 zu Art. 163 BV.

³⁹ Vgl. *Ehrenzeller* (Anm. 2), S. 21; a.A. *Müller* (Anm. 6), S. 255 und *Sutter-Somm* (Anm. 2), N. 20 zu Art. 163 BV.

⁴⁰ Vgl. die ähnlichen Beispiele bei *Ehrenzeller* (Anm. 2), S. 26 Fn. 11 oder *Müller* (Anm. 6), S. 255.

⁴¹ Art. 51 Abs. 2 i.V.m. Art. 172 Abs. 2 BV, vgl. z.B. BBl 2003 2887 f.

⁴² Art. 165 Abs. 1 BV und Art. 77 ParlG.

⁴³ Art. 139 Abs. 3, Art. 173 Abs. 1 Bst. f BV und Art. 98 Abs. 1 ParlG, vgl. z.B. BBl 2003 4434 f. betreffend die Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter».

⁴⁴ Art. 166 Abs. 2 BV und Art. 24 Abs. 3 ParlG.

- Genehmigung von Verträgen der Kantone unter sich und mit dem Ausland, falls seitens des Bundesrates oder eines Kantons dagegen eine Einsprache erhoben wurde⁴⁵;
- Genehmigung des Berichtes des Bundesrates über seine Geschäftsführung⁴⁶;
- Entscheide über die Ausgaben, den Voranschlag und die Staatsrechnung⁴⁷;
- Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit, der Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz⁴⁸;
- Entscheide über Zuständigkeitskonflikte zwischen den Bundesbehörden⁴⁹;
- Verlegung des Versammlungsortes der Bundesversammlung von Bern an einen andern Ort⁵⁰;
Genehmigung der vom Bundesrat in Aussicht genommenen Ziele der Legislaturplanung⁵¹;
Die Bewilligung von Ausnahmen zum Grundsatz der Gebührenfreiheit von Strassen (Art. 82 Abs. 3 BV) fehlt in der Liste von Art. 173 BV; der Sache nach gehörte diese Bestimmung hierher⁵².

Die *unselbständigen einfachen Bundesbeschlüsse* werden von der Verfassung durch Art. 173 Abs. 3 BV ermöglicht. Danach kann das Gesetz der Bundesversammlung weitere Aufgaben und Befugnisse übertragen. Als einen Anwendungsfall dieser Bestimmung ist Art. 173 Abs. 1 Bst. h BV zu nennen, nämlich die Entscheidung über Einzelakte⁵³. Die letztere Bestimmung präzisiert Abs. 3: Es ist eine *ausdrückliche* Gesetzesgrundlage nötig⁵⁴. Aus der Gesetzgebung ergibt sich eine Reihe solcher Beispiele. Es sind dies alles Akte von grosser politischer, faktischer oder finanzieller Bedeutung. Derartige Grossprojekte haben eine gesetzesähnliche Wirkung und sind gerade deshalb im quasi-legislativen Verfahren vom Parlament zu beschliessen⁵⁵. Das sind z.B.:

⁴⁵ Art. 172 Abs. 3 BV.

⁴⁶ Art. 187 Abs. 1 Bst. b BV (was Teil der Oberaufsicht der Bundesversammlung i.S.v. Art. 169 BV bildet) und Art. 145 Abs. 2 ParlG.

⁴⁷ Art. 167 BV und Art. 25 Abs. 2 ParlG. Vgl. z.B. den auf Art. 69 Abs. 2 und Art. 167 BV gestützten einfachen Bundesbeschluss über eine Defizitgarantie zugunsten der Landesausstellung 2002 (BBl 2000 2100).

⁴⁸ Art. 173 Abs. 1 Bst. c BV.

⁴⁹ Art. 173 Abs. 1 Bst. i BV.

⁵⁰ Art. 173 Abs. 2 BV und Art. 32 Abs. 2 ParlG.

⁵¹ Art. 180 Abs. 1 und Art. 183 BV sowie Art. 146 Abs. 1 und 147 Abs. 1 ParlG.

⁵² *Thomas Säggerer*, N. 130 zu Art. 173 BV, in: *Ehrenzeller u.a.* (Anm. 2). Beispiel für Art. 82 Abs. 3 BV: Art. 6 des Abkommens vom 23.5.1958 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Italienischen Republik über den Bau und den Betrieb eines Strassentunnels unter dem Grosse St. Bernhard, SR 0.725.151.

⁵³ Art. 29 Abs. 1 ParlG wiederholt Art. 173 Abs. 1 Bst. h BV und Art. 30 ParlG wiederholt Art. 173 Abs. 3 BV.

⁵⁴ *Aubert/Mahon* (Anm. 5), N. 24 zu Art. 173 BV.

⁵⁵ Vgl. *Ehrenzeller* (Anm. 2), S. 20.

- Einfacher Bundesbeschluss über die allgemeine Linienführung und die Art der zu errichtenden Nationalstrassen⁵⁶;
Leistungsvereinbarung zwischen dem Bund und den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB)⁵⁷;
- Genehmigungen von bundesrätlichen Verordnungen⁵⁸;
Übertragung des Enteignungsrechtes an Dritte für Werke im Interesse der Eidgenossenschaft⁵⁹.

2. Referendumpflichtige Bundesbeschlüsse

Die in Art. 163 Abs. 2 BV geschaffenen referendumpflichtigen Bundesbeschlüsse dienen als Erlassform für (grundsätzlich) nicht rechtsetzende Materien, die kraft Verfassung oder kraft Bundesgesetz dem Referendum unterstellt sind. Somit können wiederum selbständige und unselbständige Bundesbeschlüsse unterschieden werden, je nachdem, ob sich die Ermächtigungsgrundlage in der Bundesverfassung oder in einem Bundesgesetz befindet.

In Form eines *selbständigen* Bundesbeschlusses mit Ermächtigungsgrundlage in Art. 166 Abs. 2 BV genehmigt die Bundesversammlung die *Ratifikation völkerrechtlicher Verträge*, die dem fakultativen oder obligatorischen Referendum unterliegen. Die Unterzeichnung eines Vertrags durch den Bundesrat geht als rechtsetzender Akt dem parlamentarischen Genehmigungsbeschluss voraus, mit welchem der Bundesrat ermächtigt wird, den betreffenden Vertrag zu ratifizieren. Der Genehmigungsbeschluss ist nicht rechtsetzender Natur, auch wenn es in der Sache selbst um den Vertragsinhalt geht⁶⁰. Dieses dogmatische Konzept ist auch Grundlage von Art. 24 Abs. 3 ParlG, der für die Genehmigung völkerrechtlicher Verträge explizit die Form des Bundesbeschlusses vorschreibt. Aus praktischer Sicht kann mit dieser neu geschaffenen Rechtsgrundlage die Frage nach dem

Rechtssatzcharakter dieser Genehmigungsbeschlüsse offen bleiben – einer Subsumtion unter Art. 163 Abs. 2 BV steht nichts im Wege.

Gemäss Art. 53 Abs. 3 BV bedürfen *Gebietsveränderungen zwischen den Kantonen* unter anderem «der Genehmigung durch die Bundesversammlung in der Form eines Bundesbeschlusses». Fraglich mag erscheinen, ob die Ermächtigung eigens sagen muss, dass ein Bundesbeschluss dem Referendum unterstellt ist oder ob dafür bereits die Bezeichnung als «Bundesbeschluss» genügt. Der Verfassungstext ist diesbezüglich nicht eindeutig und eine Regelung im Parlamentsgesetz fehlt. Der einzelne Stimmbürger muss aber klar erkennen können, in welchen Fällen er die Bundesversammlung ermächtigt, ohne Mitwirkung des Volkes Rechtsakte zu erlassen. Für eine ausdrückliche Erwähnung der Referendumpflichtigkeit spricht Art. 141 Abs. 1 Bst. c BV, wonach Bundesbeschlüsse dem fakultativen Referendum unterliegen, «soweit Verfassung und Gesetz dies vorsehen». In diesem Sinne wäre die Genehmigung einer Gebietsveränderung nicht referendumpflichtig. Demgegenüber hält Art. 163 Abs. 2 BV fest, dass ein Bundesbeschluss, der dem Referendum nicht untersteht, als einfacher Bundesbeschluss bezeichnet wird. Danach bestünde im Sinne eines Umkehrschlusses schon bei blosser Ermächtigung zum Erlass eines «Bundesbeschlusses» (wie eben bei Art. 53 Abs. 3 BV) eine Referendumpflicht. In der Lehre herrscht die Meinung vor, im Sinn der direktdemokratischen Tradition der Schweiz, welche die Rechte des Volkes schützen will (Art. 2 Abs. 1 BV), sei diese Auslegung massgebend⁶¹.

Schliesslich bleibt die Frage, in welche Erlassform die *Partial- oder Totalrevision der Bundesverfassung* zu kleiden ist. Verfassungsrechtlich ist hierzu das *Verfahren* der Gesetzgebung vorgegeben (Art. 192 Abs. 2 BV). Von den zur Verfügung stehenden Erlassformen kommt einzig ein referendumpflichtiger Bundesbeschluss in Frage, der der Zustimmung von Volk und Ständen (Art. 140 Abs. 1 Bst. a BV) bedarf. In Art. 23 ParlG ist die Bundesversammlung zu ebendiesem Schluss gekommen und hat damit eine jahrzehntelange Praxis positiviert⁶². Es liegt somit eine vergleichbare Situation vor wie bei der Genehmigung eines obligatorisch referendumpflichtigen Staatsvertrags (vgl. Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV)⁶³.

Die Form des *unselbständigen* Bundesbeschlusses kann die Bundesgesetzgebung selbst schaffen, indem sie politisch wichtige Beschlüsse der Bundesversammlung referendumpflichtig erklärt (Art. 141 Abs. 1 Bst. c BV). Dem Gesetzgeber wird damit die Befugnis eingeräumt, den Kreis der fakultativ referendumpflichtigen Bundesbeschlüsse und damit den Wirkungsbereich der direkten Demokratie zu erweitern. So könnten beispielsweise Ausgabenbeschlüsse der Bundesversammlung, die heute in Form einfacher Bundesbeschlüsse ergehen,

⁶¹ Vgl. *Aubert/Mahon* (Anm. 5), N. 13 zu Art. 53 BV; *Alexander Ruch*, N. 20 zu Art. 53 BV, in: *Ehrenzeller u.a.* (Anm. 2); *Sutter-Somni* (Anm. 2), N. 21 zu Art. 163 BV; *Odermatt* (Anm. 9), S. 108.

⁶² Vgl. *Hangartner/Kley* (Anm. 8), N. 722 und Fn. 39.

⁶³ *Ehrenzeller* (Anm. 2) spricht deshalb in den Fn. 6 und 10 (S. 26) von «*Bundesbeschlüssen eigener Ordnung*», ihres höherrangigen, verfassungsändernden Inhalts wegen.

neu einem fakultativen Referendum unterworfen werden⁶⁴. Der Bundesgesetzgeber hat in der Zwischenzeit vom *unselbständigen fakultativ referendumspflichtigen Bundesbeschluss* bereits mehrfach, wenn auch nur sehr punktuell, Gebrauch gemacht und dadurch einzelne Verwaltungsreferenden eingeführt:

- Die Mitwirkung der Bundesversammlung bei Grundsatz- und Planungsbeschlüssen («wichtigen» Planungen der Staatstätigkeit gemäss Art. 173 Abs. 1 Bst. g BV) erfolgt zwar wie die Beschlussfassung zur Legislaturplanung und zu weiteren wichtigen Berichten des Bundesrats in Form des einfachen Bundesbeschlusses (Art. 28 Abs. 3 Satz 1 und Art. 145–148 ParlG)⁶⁵. Es kann aber «für Grundsatz- und Planungsbeschlüsse *von grosser Tragweite* [...] die Form des Bundesbeschlusses gewählt werden.» (Art. 28 Abs. 3 Satz 2 ParlG). Daraus ergibt sich eine fakultativ-fakultative Referendumsmöglichkeit: Die Bundesversammlung hat nun die generelle Kompetenz, einen solchen Planungsakt infolge grosser Tragweite seiner Wirkungen dem fakultativen Referendum zu unterwerfen. Eher unglücklich ist die Begriffswahl, wenn für die Bestimmung der Referendumspflichtigkeit einerseits von *wichtigen*, andererseits von Grundsatz- und Planungsbeschlüssen *von grosser Tragweite* gesprochen wird. Massgebend bleibt stets das Wichtigkeitskriterium. Bereits unter Geltung der Bundesverfassung von 1874 hat die Bundesversammlung wichtige Einzelakte und Grundsatzbeschlüsse in Form des altrechtlichen allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses erlassen⁶⁶. Mit Art. 28 Abs. 3 ParlG besteht nun eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für diese Bundesbeschlüsse «mit einer politischen Verbindlichkeit, die durch das in besonderem Ausmass qualifizierte Verfahren – die Sanktionierung durch das Volk – gegenüber einem blossen einfachen Bundesbeschluss noch erheblich verstärkt wird.»⁶⁷
- Das neue Kernenergiegesetz (KEG) vom 21. März 2003 sieht vor, dass die vom Bundesrat ausgesprochene Rahmenbewilligung für eine Kernanlage gemäss Art. 12–14 KEG der Bundesversammlung zur Genehmigung vorgelegt werden muss (Art. 48 Abs. 4 KEG). Der positive Genehmigungsbeschluss unterliegt dem fakultativen Referendum⁶⁸.

⁶⁴ Gerechtfertigt beispielsweise für Ausgabenbeschlüsse wie das Darlehen, welches der nationalen Fluggesellschaft Swissair gewährt wurde, vgl. die Botschaft über die Finanzierung des Redimensionierungskonzeptes für die nationale Zivilluftfahrt, BBl 2001 6439 (6473 und 6483).

⁶⁵ Vgl. *Martin Graf*, Mitwirkung der Bundesversammlung an der staatsleitenden Politikgestaltung, insbesondere durch Grundsatz- und Planungsbeschlüsse, in: Thomas Sägger (Hrsg.), Die Bundesbehörden: Bundesversammlung, Bundesrat, Bundesgericht, Bern 2000, S. 111 ff.

⁶⁶ Bericht SPK (Anm. 5), S. 3498.

⁶⁷ Vgl. Anm. 66.

⁶⁸ Vgl. BBl 2003 3665 und die Botschaft vom 28.2.2001 zum Kernenergiegesetz in BBl 2001 2665 ff. (2785). Die Referendumsfrist ist am 4.9.2003 unbenutzt abgelaufen. Das Gesetz wird nicht vor dem 1.1.2005 in Kraft treten.

- Einzelakte gemäss Art. 173 Abs. 1 Bst. h BV ergehen regelmässig in Form des einfachen Bundesbeschlusses. «Einzelakte der Bundesversammlung, für welche die notwendige gesetzliche Grundlage weder in der Bundesverfassung noch in einem Bundesgesetz besteht, werden in der Form des Bundesbeschlusses dem Referendum unterstellt» (Art. 29 Abs. 2 ParlG)⁶⁹. Daraus erfolgt wiederum eine fakultativ-fakultative Referendumsmöglichkeit. Art. 29 Abs. 2 ParlG öffnet die Möglichkeit der Einzelfall-Gesetzgebung in Form des Bundesbeschlusses⁷⁰.

Nachdem der Verfassungsgeber die wenig überzeugende und praktisch bedeutungslos gebliebene Kategorie der fakultativ-fakultativ referendumspflichtigen Vertragsgenehmigungen⁷¹ gemäss Art. 141 Abs. 2 aBV in der Volksrechtereform⁷² gestrichen hat, führt der Gesetzgeber auf dem Gebiet des Verwaltungsreferendums ebendieses Instrument ein. Obwohl es ein gewisses Entwicklungspotenzial aufweist, ist der Wert dieses gesetzlich geschaffenen Referendumsrechts nicht sehr gross, denn die Bundesversammlung wird davon einen bloss strategischen, plebiszitartigen Gebrauch machen. Sollen die direktdemokratischen Rechte substantiell ausgebaut werden, so erweist sich nur das gewöhnliche fakultative oder obligatorische Referendum als zuverlässig.

F. Erlassformen der Vereinigten Bundesversammlung

In drei in Art. 157 Abs. 1 BV aufgeführten Fällen verhandeln und beschliessen National- und Ständerat gemeinsam als Vereinigte Bundesversammlung. Sofort stellt sich die Frage nach den hier zu verwendenden Erlassformen, die auch vom neuen Parlamentsgesetz nicht beantwortet wird. Es handelt sich allesamt um nicht rechtsetzende Akte, die keinem Referendum unterliegen können: Infolgedessen käme hierfür nur der einfache Bundesbeschluss als Auffangerlassform in Frage. Mit einer gesonderten Prüfung für die Geschäfte des Art. 157 Abs. 1 BV ist diese These zu verifizieren:

Wahlen der obersten Amtsträger (Art. 157 Abs. 1 Bst. a und Art. 168 BV) sind von grosser politischer Bedeutung mit teilweise erheblicher Aussenwirkung und werden von der Vereinigten Bundesversammlung vorgenommen. Die Meinung, dass die Wahlen als einfache Bundesbeschlüsse zu erlassen seien⁷³, trifft u.E. nicht

⁶⁹ Bericht SPK (Anm. 5), S. 3541.

⁷⁰ *Odermatt* (Anm. 9), S. 109 f. mit Beispielen zu den anwendbaren Erlassformen vor Inkrafttreten des Parlamentsgesetzes.

⁷¹ *Hangartner/Kley* (Anm. 8), N. 1134.

⁷² Vgl. Anm. 4.

⁷³ *Müller* (Anm. 6), S. 255; *Sägger* (Anm. 2), S. 678.

zu, da die Wahlen nicht in einem legislativen Verfahren getroffen werden⁷⁴. Es handelt sich vielmehr um Parlamentsbeschlüsse *sui generis*, die in einem abgekürzten Verfahren⁷⁵ ergangen sind. Dies entspricht auch bisheriger Praxis der Vereinigten Bundesversammlung: In der Veröffentlichungspraxis fand keine Publikation dieser Wahlakte als «einfacher Bundesbeschluss» statt.

Die Entscheidung von Zuständigkeitskonflikten zwischen den obersten Bundesbehörden (Art. 157 Abs. 1 Bst. b und Art. 173 Abs. 1 Bst. i BV) kann in der Form des einfachen Bundesbeschlusses erfolgen⁷⁶. Es handelt sich um einen Rechtsprechungsakt mit möglicherweise grosser Wirkung. Ihm dürfte überdies ein eng dem legislativen Verfahren angelehnter Entscheidungsprozess («quasilegislatives Verfahren») vorangehen. Diese Überlegungen bleiben hier jedoch überwiegend theoretischer Natur; die Vereinigte Bundesversammlung wird kaum angerufen, einen derartigen Konflikt zu entscheiden⁷⁷.

Die Begnadigung (Art. 157 Abs. 1 Bst. c und Art. 173 Abs. 1 Bst. k sowie Art. 394 Bst. a StGB), d.h. die nach Billigkeit ausgesprochene Milderung oder ein Verzicht auf Vollstreckung einer Strafe, kann Art. 163 BV nicht zugeordnet werden. Nach Meinung des Bundesgerichts handelt es sich um einen Staatsakt *sui generis*, der seiner Rechtsnatur nach keine Verfügung und kein Urteil darstellt⁷⁸. Es ist ein «Hoheitsakt [...], der ausserhalb des prozessualen Rechtsganges gewährt wird»⁷⁹; der Ausdruck «Gnade vor Recht» drückt alles Wesentliche aus. Für Kant beweist das Gnadenrecht unter allen Rechten des Souveräns «den Glanz seiner Hoheit». Es sei das einzige, «was den Namen des Majestätsrechts»⁸⁰ verdiene. In der Schweiz ist das Gnadenrecht gemäss seinem ursprünglichen Gehalt keiner Rechtspflege zugänglich; deshalb und wegen der Vertraulichkeit vieler Begnadigungsverfahren kommt dafür ein einfacher Bundesbeschluss nicht in Frage⁸¹. Hat die Bundesversammlung hingegen – in getrennter Verhandlung – über ein Amnes-

tiebegehren zu befinden, erfolgt der Entscheid seiner grösseren rechtsstaatlichen Tragweite wegen in Form des einfachen Bundesbeschlusses⁸².

G. «Erlasse» *sui generis* oder weitere Beschlüsse der Bundesversammlung ausserhalb der Formen von Art. 163 BV

Die in Art. 163 BV aufgeführten Erlassformen der Bundesversammlung stehen nur zur Verfügung für solche rechtsetzende oder nicht rechtsetzende Materien, die alle Schritte des parlamentarischen Verfahrens bis hin zu einem übereinstimmenden Beschluss beider Kammern oder der Vereinigten Bundesversammlung durchlaufen haben⁸³. Es gibt eine Reihe von Akten der Räte, welche diese Voraussetzung nicht erfüllen, so etwa Beschlüsse über die parlamentarischen Initiativen und Vorstösse, die neuen Aufträge gemäss Art. 171 BV, Wahlen und reine Verfahrensbeschlüsse gemäss Art. 71 ff. ParlG. Diese Akte sind entweder bloss Zwischenschritte im Prozess des parlamentarischen Verfahrens (vergleichbar mit den im Prozessrecht angesiedelten verfahrensleitenden Verfügungen) oder eben Wahlakte.

Eine Auffangfunktion, wie sie dem einfachen Bundesbeschluss zugeschrieben wird, weisen damit auch die *Parlamentsbeschlüsse sui generis* auf. Zwecks Abgrenzung dieser beiden Beschlussformen weist das neue Parlamentsgesetz zahlreiche Beschlüsse mit einer gewissen Aussenwirkung in die Erlassform des einfachen Bundesbeschlusses. In den übrigen Fällen spricht der Gesetzgeber entweder von blossen «Beschlüssen» oder er äussert sich hinsichtlich der Erlassform überhaupt nicht.

⁷⁴ Art. 157 Abs. 1 Bst. a, Art. 168, 175 Abs. 2, Art. 176 Abs. 2 und 3 sowie Art. 188 Abs. 4 BV, Art. 130–140 ParlG ordnen richtigerweise hinsichtlich der Erlassformen nichts an. Zum gleichen Ergebnis gelangt Mahon (Anm. 6), S. 46.

⁷⁵ Vgl. Reglement der Vereinigten Bundesversammlung vom 8.12.1976 (SR 171.12) und Art. 130–140 ParlG.

⁷⁶ Müller (Anm. 6), S. 255.

⁷⁷ Vgl. immerhin BGE 116 Ia 252 ff. (Kruzifix-Entscheid), dt. in ZBl 92/1991, S. 70 ff., wo die Bundesversammlung in dieser Rechtsprechungssache entscheiden sollte, aber den Fall ans Bundesgericht überwies.

⁷⁸ Urteil des BGer vom 28.1.1944, JdT 1944 IV 92; BGE 106 Ia 131 E. 1a S. 132; 117 Ia 84 E. 1a S. 85. Vgl. auch Andreas Kley, N. 19 zu Art. 29a BV, in: Ehrenzeller u.a. (Anm. 2).

⁷⁹ BGE 95 I 542 E. 5 S. 546.

⁸⁰ Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, Akademieausgabe, Berlin 1968, Band VI, S. 203–493 (337). Kant weist dem Gnadenrecht aber nur einen sehr engen Anwendungsbereich zu, nämlich auf Strafen wegen Angriffen auf den Souverän selbst.

⁸¹ Die Bundesversammlung ist dieser Praxis so gefolgt, siehe als Beispiel die 13. Sitzung der Vereinigten Bundesversammlung vom 20.2.2002, Amtl. Bull. NR 2002 483, wo das Ergebnis ohne Namen und nur mit «angenommen» wiedergegeben wird.

⁸² Hans Vest, N. 118 zu Art. 173 BV, in: Ehrenzeller u.a. (Anm. 2) mit zahlreichen Beispielen.

⁸³ Gl. A. Mahon (Anm. 6), S. 45 f. A.A. Sägesser (Anm. 2), S. 678.