



Universität
Basel

Juristische
Fakultät



Ausgewählte Fragen des Rechtsschutzes

Grauzonen der Rechtsetzung

Wissenschaftliche Tagung 2018 der Schweizerischen Gesellschaft
für Gesetzgebung

Bern, 21. Juni 2018

Prof. Dr. Daniela Thurnherr, LL.M. (Yale)
Universität Basel, Juristische Fakultät

Überblick

1. Einleitung
2. Erscheinungsformen von staatlichem «soft law»:
Begriffsmerkmale und Typisierung
3. Rechtsschutz im Kontext von Verwaltungsverordnungen
4. Rechtsschutz bei weiteren Typen von «soft law»
5. Würdigung

Staatliches «soft law»: Begriffsmerkmale

- generell-abstrakte Struktur
- staatlicher Akteur als Urheber
- Behörden oder Private als Adressaten
- fehlende Rechtsverbindlichkeit im Verhältnis Staat – Private
- verhaltenslenkende Intention

Staatliches «soft law»: Typisierung

- **Behörden als Adressaten von «soft law»**
 - *Wirkungen*: (nur) behördenintern oder (auch) gegenüber Dritten
 - *Behördliche Konkretisierung*: mittels Verfügung oder Realakt
- **Private als Adressaten von «soft law»**
 - *Wirkungen*: gegenüber den Adressaten oder (auch bzw. primär) gegenüber Dritten
 - *Behördliche Konkretisierung*: keine oder Berücksichtigung im Kontext von späteren Verfügungen oder Realakten

Rechtsschutz im Kontext von Verwaltungsverordnungen (I)

- **Geltendmachung der Widerrechtlichkeit von Verwaltungsverordnungen durch Dritte:**
 - *Abstrakte Anfechtung, falls:*
 - abstrakte Normenkontrollmöglichkeit (s. Art. 82 lit. b BGG)
 - Aussenwirkungen
 - kein ausführender Hoheitsakt, dessen Anfechtbarkeit zumutbar ist
 - Bedeutung des Rechtsschutzes gegen Realakte (z.B. Art. 25a VwVG)?
 - Anfechtungsobjekt
- *Vorfrageweise Anfechtung im Einzelfall*
 - Beschwerdegrund

Rechtsschutz im Kontext von Verwaltungsverordnungen (II)

- **Gerichtliche Durchsetzung von Verwaltungsverordnungen:**
 - Verletzung von Verwaltungsverordnungen bildet keinen Beschwerdegrund
 - Aber: Geltendmachung der widerrechtlichen Nichtbeachtung einer Verwaltungsverordnung durch Rüge der Verletzung des anwendbaren Gesetzes, des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 BV) oder des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV)

Rechtsschutz bei weiteren Typen von «soft law» (I)

- Blinder Fleck in der Rechtsschutzdiskussion:
 - an Private adressiertes «soft law»
- Beispiele:
 - amtliche Warnungen und Empfehlungen / Nudging
 - Verhaltenskodizes, die von Behörden (mit-)getragen werden
- Mutmassliches Rechtsschutzbedürfnis:
 - Adressaten
 - Dritte, gegenüber denen das Verhalten der Adressaten negative Reflexwirkungen zeitigt

Rechtsschutz bei weiteren Typen von «soft law» (II)

- Ausgangsfeststellung:
 - mangelnde Rechtsqualität von «soft law»
- Grundfragen:
 - Wirkungen von «soft law»?
 - Tragweite der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV)?
 - Alternative bzw. ergänzende Rechtsschutzmöglichkeiten?
- Fazit:
 - Umfang des Rechtsschutzbedürfnisses

Wirkungen von «soft law»

- Verhaltenslenkung (Taterfolg) als primäre Intention
 - Konsequenz: rechtliche bzw. faktische Wirkungen trotz fehlender Rechtsverbindlichkeit
- Adressaten:
 - Freiwilligkeit vs. faktischer Zwang (gradueller Abstufung)
- Dritte:
 - Negative Reflexwirkungen aufgrund des intendierten Verhaltens der Adressaten

Tragweite der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV)

- Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde
- Kein Erfordernis einer abstrakten Normenkontrolle
- Kernbegriff: «Rechtsstreitigkeit»
 - erfasst auch Streitigkeiten über die Rechtmässigkeit von tatsächlichem Verwaltungshandeln
 - limitiert auf Streitigkeiten im Zusammenhang mit einer individuellen Rechtsbeziehung bzw. einer individuellen, schützenswerten Rechtsposition

Alternative bzw. ergänzende Rechtsschutzmöglichkeiten

- Existenz einer anfechtbaren behördlichen Folgeentscheidung?
 - Befolgung von «soft law» wird bei weiteren behördlichen Entscheidungen berücksichtigt
 - unter Umständen anfechtbare behördliche Folgeentscheidung
 - «soft law» beschränkt sich auf eine Verhaltenslenkung Privater
 - keine anfechtbare staatliche Folgeentscheidung
- *weitere Alternativen (limitierte Wirkung):*
 - *Staatshaftung*
 - *Partizipation im Vorfeld der Ausarbeitung des «soft law»*
 - *Aufsichtsbeschwerde*

Fazit: Rechtsschutzbedürfnis (I)

- **Staatliche Warnungen und Empfehlungen / Nudging**
 - Wirkungen: mangels rechtlicher Bindungswirkung geringer Betroffenheitsgrad seitens der Adressaten; Verhaltenslenkung bei den Adressaten kann aber negative Konsequenzen für Dritte zeitigen
 - Rechtsstreitigkeit: «Grundrechtseingriff als staatliche Verkürzung grundrechtlich vermittelter Ansprüche» (TSCHANNEN, ZSR NF 118, 1999, II, S. 353 ff., 410)
 - Inexistenz wirkungsvoller alternativer bzw. ergänzender Rechtsschutzmöglichkeiten

Fazit: Rechtsschutzbedürfnis (II)

- **Verhaltenskodizes:**
 - Wirkungen: besondere Betroffenheit der Adressaten, sofern die Nichtbeachtung in anderen Kontexten Konsequenzen zeitigt und daher eine faktische Bindungswirkung besteht (graduelle Abstufung)
 - Rechtsstreitigkeit: im Falle von Konsequenzen faktische Statuierung von Pflichten, ev. Grundrechtseingriff
 - Alternative bzw. ergänzende Rechtsschutzmöglichkeiten: ev. Möglichkeit der Anfechtung konkretisierender Rechtsakte

Rechtsschutz gegen «soft law» (I)

- abstrakte Anfechtung von «soft law» (analog gewisser Verwaltungsverordnungen)
- Problematik:
 - Inexistenz abstrakter Normenkontrolle auf Bundesebene
 - Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen generell-abstrakten und individuell-konkreten Anordnungen im Kontext von «soft law»

Rechtsschutz gegen «soft law» (II)

- Feststellung der Widerrechtlichkeit mittels anfechtbarer Verfügung (Konzeption von Art. 25a VwVG)
 - keine Legaldefinition des Realaktbegriffs
 - Voraussetzungen: Berührtsein in Rechten und Pflichten / schutzwürdiges Interesse
 - Sonderbeziehung zwischen Staat und Betroffenen entsteht bereits mit der Kommunikation von «soft law»
 - Kombination mit Staatshaftungsanspruch möglich

Würdigung

- Vielfältige Erscheinungsformen von «soft law», die unter Rechtsschutzgesichtspunkten unterschiedliche Fragen aufwerfen
- Identifikation des Rechtsschutzbedürfnisses gestützt auf drei Kriterien:
 - *Wirkungen von «soft law» im konkreten Fall*
 - *Existenz einer «Rechtsstreitigkeit» i.S.v. Art. 29a BV*
 - *Inexistenz griffiger alternativer bzw. ergänzender Rechtsschutzmöglichkeiten*
- Zugang zum Rechtsschutz mittels abstrakter Anfechtung von «soft law» oder Erlass einer anfechtbaren Verfügung (Konzeption von Art. 25a VwVG)



Universität
Basel

Juristische
Fakultät



Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit.