

## JAAC 63.63

Gutachten des Bundesamts für Justiz vom 25. März  
1999

---

***Art. 52 al. 2 et 4 tit. fin. CC. Approbation des règles cantonales par la Confédération.***

***Si une ordonnance cantonale est remplacée par une loi formelle, celle-ci n'est pas soumise à approbation.***

---

***Art. 52 Abs. 2 und 4 SchlT ZGB. Genehmigung kantonaler Regelungen durch den Bund.***

***Wird eine kantonale Verordnung später durch ein formelles Gesetz abgelöst, so ist dieses nicht genehmigungsbedürftig.***

---

***Art. 52 cpv. 2 e 4 tit. fin. CC. Approvazione delle disposizioni cantonali da parte della Confederazione.***

***Se un regolamento cantonale è sostituito da una legge formale, questa non sottostà all'approvazione della Confederazione.***

---

1. Das neue Scheidungsrecht in der Fassung vom 26. Juni 1998 enthält in den Art. 135 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) zahlreiche Verfahrensbestimmungen, und zwar nicht nur im Abschnitt, der das eigentliche Scheidungsverfahren regelt (Art. 135-149 ZGB), sondern auch im materiellen Scheidungsrecht (Art. 111 ff. ZGB). Demnach haben die Kantone im Rahmen der Einführung des neuen Scheidungsrechts das kantonale Recht an die bundesrechtlich

vorgegebenen Verfahrensbestimmungen anzupassen, sei dies in den Einführungs- und Ausführungserlassen zum ZGB (EGzZGB), sei dies in den Zivilprozessordnungen (ZPO). Fraglich ist, inwiefern diese kantonalen Erlasse der Genehmigung des Bundes bedürfen.

2.a. Art. 52 Abs. 2 Schlusstitel ZGB (SchlT ZGB) in der geltenden Fassung (gemäss Bundesgesetz vom 15. Dezember 1989 über die Genehmigung kantonalen Erlasse durch den Bund, AS 1991 362) bestimmt:

*«Soweit das neue Recht zu seiner Ausführung notwendig der Ergänzung durch kantonale Anordnungen bedarf, sind die Kantone verpflichtet, solche aufzustellen, und können sie vorläufig auf dem Verordnungswege erlassen».*

Die Kantone können entweder die Erlassesform wählen, die sich aus dem kantonalen Organisationsrecht ergibt, oder sie können für notwendige Bestimmungen den Verordnungsweg wählen. Im letzteren Fall ist jedoch nur eine *vorläufige* Regelung zu erlassen, sofern nach dem kantonalen Recht keine Kompetenz für eine unbefristete Regelung besteht.

b. Die Rechtsetzungspflicht und Delegation an den Verordnungsgeber beziehen sich nur auf kantonale Anordnungen, insofern sie *notwendig* sind. Besondere Beachtung verdient das Prozessrecht: Es ist eine originäre kantonale Kompetenz, den Zivilprozess zu regeln, und auch Art. 52 SchlT ZGB unterstellt diese Gesetze nicht als solche der Genehmigung des Bundes. Nur im Fall, dass das ZGB verbindlich den Erlass bestimmter prozessualer Normen verlangt, werden diese zu notwendigen Anordnungen. Entsprechende Vorschriften können im übrigen enthalten:

- Bestimmen der kantonalen Behörde, wenn der Bund eine neuartige Tätigkeit gegenüber dem geltenden Recht verlangt. Eine neue Behörde kann durch Verordnung nur geschaffen werden, wenn keine bestehende Behörde des Kantons die Aufgabe übernehmen kann.
- Zurverfügungstellen der verwaltungsmässigen Infrastruktur für die Abwicklung des neuen Rechts.
- Erlass der Verfahrensbestimmungen, wenn sich kein bestehendes Verfahren eignet; allenfalls Bestimmen des massgebenden Verfahrens mit den Ergänzungen, die das Bundesrecht verbindlich fordert.

3.a. Der Genehmigung des Bundes bedürfen nach Art. 52 Abs. 3 SchlT ZGB die kantonalen Anordnungen auf folgenden Gebieten:

- «Verwandtschaftsrecht» - italienisch «materia di parentela» (Art. 252-358 ZGB als zweite Abteilung des zweiten Teils des ZGB, wobei die Art. 349-358 ZGB mit dem Inkrafttreten des revidierten ZGB vom 26. Juni 1998 [rev. ZGB] aufgehoben werden). Die engere französische Fassung («droit de la filiation») ist unpräzise.
- «Vormundschaftsrecht»;
- «Registerrecht»; und
- «Errichtung öffentlicher Urkunden».

- Eine Genehmigung des Bundes wird zudem verlangt in Art. 40 Abs. 2 (Art. 49 Abs. 3 rev. ZGB), Art. 425 Abs. 3, Art. 949 Abs. 2 und Art. 953 Abs. 2 ZGB.

*b. Das Scheidungsrecht gehört als vierter Titel der ersten Abteilung: Eherecht, nicht zu der zweiten oder dritten Abteilung (Verwandtschaft und Vormundschaft).*

*4.a. Kantonale Anordnungen zu den übrigen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches bedürfen grundsätzlich keiner Genehmigung; eine Genehmigung ist nach Art. 52 Abs. 4 SchlT ZGB jedoch erforderlich «wenn sie im Anschluss an eine Änderung des Bundesrechts erlassen werden». Die bundesrätliche Fassung von Art. 52 Abs. 4 SchlT ZGB lautete demgegenüber wie folgt:*

*«Kantonale Anordnungen zu den übrigen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches bedürfen nur dann einer Genehmigung, wenn sie im Anschluss an eine Änderung des Bundesrechts erlassen werden; wird eine kantonale Verordnung später durch ein Gesetz abgelöst, so ist auch dieses genehmigungsbedürftig» (BBl 1988 II 1407).*

*b. Der ständerätlichen Kommission wurde zu Art. 52 SchlT ZGB folgender Antrag unterbreitet:*

*Abs. 2 [«Soweit das neue Recht zu seiner Ausführung notwendig der Ergänzung durch kantonale Anordnungen bedarf, sind die Kantone verpflichtet, solche aufzustellen, und können sie auf dem Verordnungswege erlassen»] streichen*

*Abs. 4 nach Antrag des Bundesrats mit folgender Änderung*

*..., wenn sie im Anschluss an eine Änderung des Bundesrechts erlassen werden. (Rest streichen)*

Zur Begründung wurde geltend gemacht, mit Abs. 2 von Art. 52 SchlT ZGB habe der Gesetzgeber 1907 eine Sünde gegen den Föderalismus begangen. Ergänzendes kantonales Ordnungsrecht bedeute einen Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie (Protokoll der Sitzung der ständerätlichen Kommission [Prot. Komm. StR] vom 4. November 1988, S. 18). Der Antrag wurde von der Verwaltung bekämpft, denn Art. 52 Abs. 2 SchlT ZGB stelle für den Bund eine Sicherung der raschen Einführung neuen Rechts dar. Die Bestimmung sei in ihrer gegenwärtigen Form zu belassen; zur Klarstellung sei aber zu ergänzen: «... können sie *vorläufig* auf dem Verordnungswege erlassen». Die Kommission folgte dieser Auffassung (Prot. Komm. StR vom 18. November 1988, S. 5 f.). Die Konsequenz einer Streichung des vom Bundesrat vorgeschlagenen Satzes in Abs. 4 von Art. 52 SchlT ZGB (nämlich «wird eine kantonale Verordnung später durch ein Gesetz abgelöst, so ist auch dieses genehmigungsbedürftig») wurde weder in der Kommission des Ständerats noch im Plenum des Ständerats diskutiert (vgl. AB 1988 S 931).

Das Plenum des Ständerats folgte seiner Kommission (AB 1988 S 931), so dass Art. 52 SchlT ZGB in folgender Fassung angenommen wurde:

*«[Abs. 1 unverändert]*

*<sup>2</sup> Soweit das neue Recht zu seiner Ausführung notwendig der Ergänzung durch kantonale Anordnungen bedarf, sind die Kantone verpflichtet, solche aufzustellen, und können sie vorläufig auf dem Verordnungswege erlassen.*

<sup>3</sup> Die kantonalen Anordnungen zum Verwandtschafts-, Vormundschafts- und Registerrecht sowie über die Errichtung öffentlicher Urkunden bedürfen der Genehmigung des Bundes.

<sup>4</sup> Kantonale Anordnungen zu den übrigen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches bedürfen nur dann einer Genehmigung, wenn sie im Anschluss an eine Änderung des Bundesrechts erlassen werden.»

c. Die vorberatende Kommission des Nationalrats (Prot. Komm. NR vom 22. November 1989, S. 11) und das Plenum des Nationalrats (vgl. AB 1989 N 1882) übernahmen die Formulierung des Ständerats unverändert.

5. Der Streichung der bundesrätlichen Formulierung von Art. 52 Abs. 4 SchlT ZGB («wird eine kantonale Verordnung später durch ein Gesetz abgelöst, so ist auch dieses genehmigungsbedürftig») lagen Bedenken wegen eines Eingriffs in die kantonale Organisationsautonomie zugrunde, die mit der Kompromissformel «vorläufig» in Abs. 2 von Art. 52 SchlT ZGB ausgeräumt wurden. Den Materialien ist aber kein Hinweis zu entnehmen, wonach die Genehmigungsbedürftigkeit im Falle einer Ablösung der vorläufigen kantonalen Verordnung durch formelles Gesetz «wiederaufleben» müsste. Damit hat es der Gesetzgeber in Kauf genommen, dass ein Kanton eine bundesrechtskonforme vorläufige Verordnung später durch ein bundesrechtswidriges und nicht genehmigungsbedürftiges Gesetz ersetzt.

6.a. Die vom Parlament vorgenommene Rechtsänderung führt in Bezug auf Art. 52 Abs. 4 SchlT ZGB zu folgendem Ergebnis:

- Vorläufige kantonale Verordnungen zur Änderung des ZGB sind genehmigungsbedürftig, soweit der Erlass der Genehmigung bedarf.
- Wird eine vorläufige kantonale Verordnung später durch ein formelles Gesetz abgelöst, so ist dieses nicht genehmigungsbedürftig.

b. Soweit eine Genehmigungspflicht besteht, sind alle Ausführungsbestimmungen und nicht nur die notwendigen der Genehmigungspflicht unterstellt. In einem Erlass können aber auch andere Normen enthalten sein, die nicht Ausführungscharakter haben. Der Bundesrat und die Bundesverwaltung unterscheiden nicht danach, sondern erteilen die Genehmigung mit dem Satz: «Die Genehmigung wird erteilt, soweit der Erlass der Genehmigung bedarf». Die Genehmigung hat eine konstitutive Wirkung. Verweigert wird sie aber nach der Praxis nur bei offensichtlicher Bundesrechtswidrigkeit, d. h. wenn eine Norm keiner Interpretation zugänglich ist, die sich mit dem Bundesrecht vereinbaren lässt.

## **JAAC 63.63 - Gutachten des Bundesamts für Justiz vom 25. März 1999**

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	1999
Année	
Anno	
Band	63
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 004 334

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.

Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.