

Christoph Errass

Dr. iur., Advokat

Privatdozent an der Universität St. Gallen

Kooperative Rechtssetzung



DIKE

INHALTSVERZEICHNIS

VORWORT	V
INHALTSVERZEICHNIS	VII
LITERATUR	XIII
MATERIALIEN	L
ABKÜRZUNGEN	LIII
EINLEITUNG	1
ERSTER TEIL: DIE PHÄNOMENE KOOPERATIVER RECHTSSETZUNG UND IHRE EINORDNUNG	5
§ 1 Phänomene kooperativer Rechtssetzung	5
I. Vorbemerkung	5
II. Beispiele kooperativer Rechtssetzung	25
1. Bundesrecht	26
a. Sicherheit der Eidgenossenschaft	26
b. Privatrecht	26
c. Berufsbildung	27
d. Film	28
e. Energierecht	29
f. Fernmeldeverkehr	31
g. Gesundheitsschutz	32
h. Umweltrecht	33
i. Produktrecht	34
j. Landwirtschaftsrecht	36
k. Baugewerbe	37
l. Konsumentenschutz	37
m. Nicht tarifärisehe Handelshemmnisse	38
n. Kreditwesen	38
2. Kantone	40
	VII

3.	Europäische Union	42
a.	Geschichtliche Entwicklung kooperativer Rechtssetzung	42
b.	Neue Harmonisierung	43
c.	Koregulierung	44
d.	Selbstregulierung	46
4.	Völkerrecht und globales „Recht“ ohne Staat	46
§ 2	Systematisierung der Phänomene	49
I.	Vorbemerkung	49
II.	Systematisierung	52
1.	Übernahme privater Regelungen in staatliches Recht	52
a.	Technische Normen und Standesregeln	52
b.	Branchenvereinbarungen	56
c.	Gesamtarbeits- und Rahmenmietverträge	56
2.	Förderungen privater Regelungen	57
3.	Delegation von Rechtssetzungskompetenzen	60
4.	Zielfestlegung durch Staat und Private	62
5.	Freiwillige Massnahmen	64
ZWEITER TEIL: DIE BEGRIFFE ZUR KOOPERATIVEN RECHTSSETZUNG		65
§ 3	Steuerung	67
I.	Zum Steuerungsanspruch des Rechts	67
II.	Zur Steuerung durch Recht	69
III.	Zur Steuerungsfähigkeit des Rechts	72
IV.	Exkurs: Zur „Umwertung“ des Gesetzes	74
§ 4	Regulierung	76
I.	Begriff der Regulierung	76
II.	Regulierungstypen	78
§ 5	Regulierte Selbstregulierung	81
I.	Gegenstand	81
II.	Typisierungen	85
§ 6	Kooperative Rechtssetzung	91
I.	Korporativ oder kooperativ?	91
II.	Kooperation	95
III.	Kooperative Rechtssetzung	96

DRITTER TEIL: DIE (STAATS)THEORETISCHEN
VORAUSSETZUNGEN KOOPERATIVER RECHTSSETZUNG:
UNTERSCHIEDUNG VON STAAT UND GESELLSCHAFT

99

§ 7	Historische Entwicklungslinien	102
I.	Vorbemerkung	102
II.	Die Grundströmungen	103
	1. Absolutistischer Staat	103
	2. Anti-absolutistische Lehren	107
	3. Zusammenfassung	112
III.	Die Wirklichkeit in der Schweiz	112
	1. Der freisinnige Bundesstaat von 1848	112
	2. Der „zweite“ Bundesstaat	121
	3. Fazit	129
IV.	Republikanische Traditionen in der Schweiz	134
§ 8	Die Staatsrechtslehre zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft	139
I.	Die Positionen	139
	1. Dietrich Schindler sen.	139
	2. Peter Saladin	140
	3. Pierre Tschannen	142
	4. Paul Richli	142
	5. Andreas Auer, Giorgio Malinverni und Michel Hottelier	144
	6. Andreas Auer	145
	7. Ernst-Wolfgang Böckenförde	146
	8. Roman Herzog	148
	9. Reinhold Zippelius	149
	10. Dieter Grimm	149
	11. Herbert Krüger	150
	12. Konrad Hesse	151
II.	Fazit	152
§ 9	Verfassungsgrundlagen zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft	156
I.	Vorbemerkung	156
II.	Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft in der Bundesverfassung	157
	1. Die Verwendung der Begriffe „Staat“ und „Gesellschaft“	157
	2. Die Nichtidentität von Staat und Gesellschaft	159
	3. Die Grenzlinie zwischen Staat und Gesellschaft	161
	a. Allgemeines	161
	b. Art. 178 Abs. 3 BV	163

aa. Das allgemeine Verständnis	163
bb. Eigenes Verständnis	166
III. Zur Aufgabenverteilung in der Bundesverfassung	170
1. Subsidiaritätsprinzip	170
2. Kooperative Besorgung von Aufgaben	175
3. Verpflichtung der Schweiz durch die EU und durch völkerrechtliche Verträge	177
a. Verpflichtung durch die EU	177
b. Verpflichtung durch völkerrechtliche Verträge	177
IV. Staat und Gesellschaft in den Kantonen	178
V. Zusammenfassung	179

VIERTER TEIL: DOGMATIK DER KOOPERATIVEN RECHTSSETZUNG

	181
§ 10 Zum Verständnis der Rechtssetzung, insbes. im Bund	182
I. Vorbemerkung	182
II. „Rechtssetzung“ im Sinne der Bundesverfassung	185
1. Allgemeines	185
2. Rechtssetzung und Rechtsanwendung (Lehre)	188
3. Art. 163 und 164 BV	196
4. Exkurs	213
a. Internationale Rechtssetzung	213
b. Interkantonale Rechtssetzung	216
5. Parlamentsgesetz	219
6. Zusammenfassung	222
III. Verwaltungsaufgabe als Rechtssetzung?	223
1. Vorbemerkung	223
2. Art. 178 Abs. 3 BV	225
3. Fazit	231
IV. Zum Verständnis der Rechtssetzung auf kantonaler Ebene und auf der Ebene der EU	234
V. Breiter Begriff „rechtsetzende Bestimmungen“ im Hinblick auf die kooperative Rechtssetzung?	235
§ 11 Private als Rechtssetzungssubjekte	239
I. Vorbemerkung	239
II. Staatliche Organe	241
1. Originäre Rechtssetzungskompetenz	241
2. An staatliche Organe delegierte Rechtssetzungskompetenz	242
III. Private Subjekte	244
1. Wer sind private Subjekte	244

2.	Rechtssetzungskompetenz	245
a.	Originäre Rechtssetzungskompetenz	245
b.	An Private delegierte Rechtssetzungskompetenz	249
c.	Beispiele	255
IV.	Ausführungen zum kantonalen Recht	259
V.	Konsequenzen einer verfassungsrechtlichen Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an Private	261
1.	Institutionelle Absicherungen	262
a.	Bundesebene	262
aa.	De lege lata	262
bb.	De lege ferenda	263
b.	Kantone	265
2.	Materielle Anforderungen	266
3.	Aufsicht	268
4.	Regelungsverteilung und Regelhierarchie	269
5.	Publikation	270
VI.	Zusammenfassung	272
§ 12	Übernahme gesellschaftlicher Normbestände	274
I.	Staatlicher Akt der Übernahme	275
1.	Geltungsbefehl erster Stufe	275
2.	Geltungsbefehl zweiter Stufe	278
a.	Inkorporation	279
b.	Statische Verweisungen	279
c.	Allgemeinverbindlicherklärung	283
d.	Genehmigung?	285
e.	Anerkennung und Verbindlicherklärung?	286
II.	Anforderungen	287
1.	Regelungsverteilung	287
2.	Materielle Anforderungen	296
a.	Grundsätze rechtstaatlichen Handelns – Grundrechte	296
b.	Gewaltentrennung?	298
3.	Insbesondere Publikation	301
4.	Besonderheiten bei der Allgemeinverbindlicherklärung	303
§ 13	Verzicht auf eine staatliche Regelung zur Verwirklichung von Verfassungsaufgaben	310
I.	Vorbemerkung	310
II.	Verzicht auf eine staatliche Regelung auf Gesetzesebene	311
1.	Verzicht ohne Beeinflussung der Privaten	311
2.	Verzicht mit nicht-rechtsverbindlicher Verständigung mit Privaten	313

III. Verzicht auf eine konkretisierende Rechtssetzung auf Verordnungsebene	316
1. Gegenstand	316
2. Anforderungen	321
a. Regelungsverteilung	323
b. Verpflichtung zur Umsetzung von Staatsaufgaben?	323
c. Beeinträchtigung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit?	325
d. Grundrechtsverwirklichung	326
e. Rechtsschutz	326
f. Vermeidung einer Umgehung des Verbots der Rechtssetzungsdelegation an Private	328
 SCHLUSSFOLGERUNGEN	 331