

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 93 (1974)

**Artikel:** Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen

**Autor:** Dubs, Hans

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896374>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 17.04.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

HANS DUBS

## Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen

### **I. Standort und Wurzeln des Postulates der Bestimmtheit** (Vorbemerkungen)

1. Rechtssätze sind von unterschiedlicher Bestimmtheit. Die Skala der Möglichkeiten für die Verteilung der Wertentscheidungen zwischen dem Gesetzgeber und der das Gesetz anwendenden Instanz – zwischen Normsetzung und Normvollzug – reicht von der als allgemeine Ermächtigung formulierten Generalklausel (Blankett-norm) bis zur kasuistischen Regelung, die einen ganz präzise umschriebenen Tatbestand mit einer bestimmten Rechtsfolge verknüpft.

Die Begriffe «Bestimmtheit» und «Unbestimmtheit» werden hier in einem spezifischen Sinn verwendet. Um ein mögliches Mißverständnis auszuschließen, sei vorweg betont, daß mit «Bestimmtheit» nicht etwa jene Eigenschaft einer Rechtsnorm gemeint ist, die auch als sprachliche Klarheit, als Genauigkeit im Ausdruck des vom Gesetzgeber gewollten Inhalts, bezeichnet werden könnte. «Bestimmtheit» umschreibt den Grad der im Rechtssatz enthaltenen, mit den üblichen Mitteln der Auslegung ohne weiteres erkennbaren Determinierung, den Grad der Bindung der rechtsanwendenden Instanzen durch das Gesetz. «Unbestimmtheit» bedeutet in diesem Zusammenhang eine vom Gesetzgeber gewollte (oder zumindest in Kauf genommene) Offenheit der Norm; der unbestimmte Rechtssatz überläßt Verwaltungsbehörden oder Gerichten einen gewissen Entscheidungsspielraum.

2. Ist Bestimmtheit stets ein Vorzug, Unbestimmtheit aber ein

vermeidbarer Mangel? Welchen Grad der inhaltlichen Bestimmtheit kann und soll ein Rechtssatz aufweisen?

Zu dieser allgemeinen Fragestellung drängen sich zwei gegenläufige Erwägungen auf:

a) Im Interesse einer einigermaßen überschaubaren, auf das Wesentliche beschränkten Gesetzgebung ist die Vermeidung kasuistischer Vorschriften und die Konzentration auf das Grundsätzliche zu fordern. Es sollen nicht durch perfektionistische Akribie des Gesetzgebers Einzelentscheidungen vorweggenommen werden<sup>1</sup>. Mit dem Postulat der «Ausrichtung auf das Bedeutsame und Grundlegende»<sup>2</sup> wird vor allzu weit getriebener Konkretisierung gesetzlicher Vorschriften gewarnt und die abstrakte Umschreibung der maßgebenden Wertungen verlangt.

b) Andererseits bildet die Rechtssicherheit im Sinne der Voraussehbarkeit, der Berechenbarkeit rechtlicher Entscheidungen ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Je abstrakter, je prinzipieller und allgemeiner eine Norm aber ist, um so größer wird in der Regel das Risiko, daß sich aus der gesetzlichen Vorschrift die Lösung konkreter Einzelfragen nicht mit Sicherheit ableiten läßt. Eine abstrakte Regel erhält oft erst durch die Anwendung ihre wirklichen Konturen. Dies trifft besonders dann zu, wenn der Gesetzgeber lediglich einen Rahmen absteckt und den anwendenden Behörden die Wertung innerhalb dieses Rahmens überläßt.

Diese summarischen Bemerkungen mögen als Hinweis auf das weite Spannungsfeld «Abstraktheit des Rechtssatzes – Voraussehbarkeit rechtlicher Entscheidungen» genügen. Die Frage nach dem Bestimmtheitserfordernis bei belastenden Rechtsnormen betrifft einen speziellen Sektor im Gesamtbild dieser allgemeinen Problematik moderner rechtsstaatlicher Gesetzgebung.

3. Eingriffe in die verfassungsrechtlich garantierten Individualrechte sind nur auf gesetzlicher Grundlage zulässig<sup>3</sup>. Sinn und

<sup>1</sup> M. IMBODEN, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, in: «Staat und Recht», Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel/Stuttgart 1971, S. 28; W. SCHAUMANN in: «Der Staat als Aufgabe», Gedenkschrift M. Imboden, Basel/Stuttgart 1971, S. 313 ff.

<sup>2</sup> A. SCHEUNER zitiert bei IMBODEN, a. a. O., S. 28.

<sup>3</sup> A. GRISEL, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970, S. 164 ff.; P. SALADIN, Grundrechte im Wandel, Bern 1970, S. 367; IMBODEN, a. a. O., S. 3.

Tragweite des Gesetzesvorbehalts können im Rahmen dieser Studie nicht näher untersucht werden<sup>4</sup>. Es muß hier auch unerörtert bleiben, ob und inwiefern andere Bereiche der staatlichen Tätigkeit, die keine Eingriffe in Grundrechte, sondern vor allem Leistungen des Staates zum Gegenstand haben, nach dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung einer das staatliche Handeln legitimierenden gesetzlichen Grundlage bedürfen<sup>5</sup>. Auf jeden Fall hat das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage bei Eingriffen in Grundrechte als Schutz des Bürgers vor unbegründeter Limitierung oder Aufhebung verfassungsmäßiger Rechte eine besondere Funktion, die ihm in andern Bereichen staatlicher Tätigkeit (insbesondere in der Leistungsverwaltung) nicht zukommen kann. *Er gibt sich aus dieser speziellen rechtsstaatlichen Schutzfunktion des Gesetzesvorbehaltes, daß an den Grad der Bestimmtheit einer in Individualrechte eingreifenden, belastenden Rechtsnorm besondere Anforderungen zu stellen sind?* – Diese Frage bildet das eigentliche Thema der vorliegenden Untersuchung.

4. Ein gewisser Zusammenhang zwischen Gesetzesvorbehalt und Bestimmtheitserfordernis ist offensichtlich: Soll der Gesetzesvorbehalt eine möglichst wirksame rechtsstaatliche Schranke bilden, so muß verlangt werden, daß die belastende, in ein Individualrecht eingreifende Norm einen optimalen Grad der Bestimmtheit aufweist und nicht unnötig wesentliche Wertungen der Gesetzesanwendung überläßt. Der Vorbehalt des Gesetzes würde seiner praktischen Bedeutung weitgehend beraubt, wenn jede noch so allgemeine Klausel, welche eine Anordnung dem Wortlaut nach deckt, schon als hinreichende gesetzliche Grundlage zu gelten hätte.

Eine erste summarische Prüfung zeigt somit, daß der Gesetzesvorbehalt ähnlich wie das Prinzip der Rechtssicherheit ein gewichtiges Argument für die Forderung nach Gesetzesbestimmtheit liefert. Man darf wohl das Prinzip der Rechtssicherheit und den Gesetzesvorbehalt als die beiden wesentlichen Wurzeln des Be-

<sup>4</sup> Über die Gewaltenteilung und den Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung IMBODEN, a. a. O. Über den Gesetzesvorbehalt H. W. VOKINGER in SJZ 1973, S. 33 ff.

<sup>5</sup> Vgl. GRISEL, a. a. O., S. 165; IMBODEN, a. a. O., S. 13; BGE 90 I 323.

stimmtheitspostulates im Bereich belastender Rechtsnormen betrachten.

5. In der staatsrechtlichen Praxis des Bundesgerichts ist die Frage der genügenden Bestimmtheit gesetzlicher Grundlagen verhältnismäßig selten erörtert worden:

a) Bei der Überprüfung kantonaler *Strafnormen* auf ihre Haltbarkeit vor dem verfassungsmäßigen Prinzip «nulla poena sine lege» nahm das Bundesgericht zur Frage der erforderlichen Bestimmtheit von Straftatbeständen Stellung. Es leitete jedoch aus dem Grundsatz «nulla poena sine lege» nicht ab, daß der Tatbestand eines Deliktes im Gesetz nach seinen einzelnen Merkmalen genau definiert sein müsse, sondern erklärte, es stehe dem Gesetzgeber frei, die strafbaren Handlungen «nur in allgemeinen Umrissen durch bloße Bezeichnung der Delikte mit den technischen Namen usw. zu fixieren» (BGE IX 71, vgl. auch BGE XVII 430, 35. Bd. I. Teil 760)<sup>6</sup>. An die inhaltliche Bestimmtheit der Strafnormen wurden somit minimale Anforderungen gestellt, die uns heute als ungenügend erscheinen.

b) Im Bereich des *Abgaberechts* bildete die Frage der Bestimmtheit wiederholt Gegenstand staatsrechtlicher Entscheidungen.

So bezeichnete das Bundesgericht eine Vorschrift des Freiburgerischen Jagdgesetzes, welche bestimmte, «que le Conseil d'Etat ordonne les mesures nécessaires pour la destruction des animaux nuisibles, ainsi que pour le repeuplement du gibier et l'introduction de nouvelles espèces», als keine hinreichende gesetzliche Grundlage, um für die Kosten der Aussetzung von Jagdwild von jedem Jäger einen Beitrag von Fr. 10.– zu verlangen (BGE 32 I 114).

In Anwendung des Grundsatzes, daß jede eigentliche Fiskalabgabe (Kanzleigebühren ausgenommen) einer gesetzlichen Grundlage bedürfe, sind in der neuern Rechtsprechung des Bundesgerichts auch gewisse Minimalregeln über die inhaltliche Bestimmtheit der Normierung einer Abgabe aufgestellt worden (BGE 82 I 27, 83 I 87, 93 I 634, 95 I 251). Es wurde insbesondere entschie-

<sup>6</sup> Vgl. dazu CL. MAURHOFER, Der Grundsatz nulla poena sine lege in der schweizerischen Gesetzgebung und in der Praxis des Bundesgerichts, Diss. Zürich 1926, S. 41 f.; A. SCHLATTER, Das materielle Strafrecht des aargauischen Zuchtpolizeigesetzes, Diss. Bern 1929, S. 73 ff.

den, daß der Gesetzgeber, wenn er die Befugnis zur Regelung einer Abgabe an die Exekutive delegiere, in der gesetzlichen Delegationsnorm die Voraussetzungen und das Maß der Abgabe (Rahmen oder Maximum) festlegen müsse (BGE 97 I 347 und 804, 92 I 47, vgl. auch 91 I 176 und 254). Die Fragen der Delegation sind hier nicht im einzelnen zu erörtern<sup>7</sup>. – Von der Frage der Bestimmtheit der Delegationsnorm ist stets die Frage der Bestimmtheit des unmittelbar anwendbaren Rechtssatzes zu unterscheiden. Ist aus irgendwelchen Gründen (Vielfalt der zu regelnden Einzelfragen, Notwendigkeit rascher Anpassung an sich ändernde Verhältnisse) eine relativ unbestimmte Delegation im formellen Gesetz angezeigt und zulässig, so bedeutet dies an sich keinen Verzicht auf die Bestimmtheit des schließlich direkt zur Anwendung gelangenden Rechtssatzes, sondern das Bestimmtheitspostulat verschiebt sich auf den Verordnungsgeber. Zulässigkeit einer unbestimmten Delegation heißt keineswegs Zulässigkeit der Entscheidung von Fall zu Fall. Das Postulat der Bestimmtheit der materiellen Regelung, die schließlich getroffen wird, bleibt selbstverständlich bestehen.

c) In einem Urteil vom 31. März 1965 (publ. in ZBl 66, 1965, S. 322) wird in bezug auf eigentumsbeschränkende *Landschaftsschutzvorschriften* «das aus dem Gebot der Rechtssicherheit fließende Erfordernis einer hinreichend bestimmten Umschreibung und Umgrenzung der gesetzlichen Tatbestände (Tatbestandsbestimmtheit)» ausdrücklich anerkannt. Ein nicht publiziertes Urteil vom 9. Juni 1970 i. S. E. R. und R. R. nahm ebenfalls auf diesen Gesichtspunkt Bezug; es handelte sich wieder um die Prüfung von Landschaftsschutzbestimmungen<sup>8</sup>. In beiden Fällen wurde die re-

<sup>7</sup> Ob an die Bestimmtheit einer allfälligen Delegationsnorm und der unmittelbar anwendbaren Vorschriften bei allen Arten von Abgaben (Steuer – Gebühr – Vorzugslast) gleich hohe Anforderungen zu stellen sind, erscheint als fraglich. – Über Gesetz und Verordnung als Rechtsquellen des Abgaberechts vgl. E. HÖHN in der Gedenkschrift Imboden, S. 173 ff. – In seiner neuesten Praxis (Urteil i. S. H. E. vom 7. November 1973) hat das Bundesgericht im Bereich der Gebühren eine Art Blankodelegation zum Erlaß eines Gebührentarifs (Tarif zur Fleischschau) gebilligt. Vgl. auch betreffend Benützungsgebühren ZBl 1972, S. 353 ff.

<sup>8</sup> Die in den konkreten Fällen den Anordnungen zugrunde liegende Ermächtigungsvorschrift (Bern EG/ZGB Art. 83 Abs. 1) lautet:

«Der Regierungsrat ist berechtigt, auf dem Verordnungswege zum Schutz und

lative Unbestimmtheit der angefochtenen Formulierungen als sachlich begründet erachtet. Das Urteil vom 31. März 1965 enthält u. a. zur Frage der Bestimmtheit von Landschaftsschutzvorschriften folgende Erwägung: «Richtig ist, daß diese Eingrenzung der rechtsanwendenden Behörde immer noch einen sehr weiten Entscheidungsspielraum beläßt. Auf dem Gebiete des Natur- und Heimatschutzes kann der Gesetzgeber indes nicht völlig darauf verzichten, allgemeine Begriffe zu verwenden, die formal nicht eindeutig generell umschrieben werden können und die an die Auslegung durch die Behörden besondere Anforderungen stellen. Ohne die Verwendung solcher Begriffe wäre der Gesetzgeber nicht in der Lage, der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse Herr zu werden. Sie läßt sich innerhalb gewisser Schranken, die hier nicht überschritten sind, vor der Verfassung verantworten.»

d) Diesen Äußerungen, die in der bundesgerichtlichen Judikatur über die inhaltliche Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage zu finden sind, läßt sich zumindest entnehmen, daß dort, wo ein Gesetz erforderlich ist, nicht jede noch so vage Vorschrift genügt, daß aber der Grad der möglichen und zu fordernden Bestimmtheit nicht in allen Bereichen staatlicher Tätigkeit der gleiche sein kann. In diesem Sinne bleibt zu prüfen, welche Tragweite dem Postulat der optimalen Bestimmtheit bei einzelnen Kategorien belastender Rechtsnormen zukommt.

Im weitem Gang der Abhandlung soll nicht im Sinne der in diesem Abschnitt anhand der Bundesgerichtspraxis aufgezeigten Fragestellung speziell die verfassungsrechtliche Haltbarkeit relativ unbestimmter Rechtsnormen untersucht werden, sondern es ist aus der Sicht der Rechtssetzung das Problem der optimalen Be-

zur Erhaltung von Altertümern, Naturdenkmälern, Alpenpflanzen und andern seltenen Pflanzen, zur Sicherung der Landschaften, Ortschaftsbilder und Aussichtspunkte vor Verunstaltung und zum Schutze der Heilquellen die nötigen Verfügungen zu treffen und Strafbestimmungen aufzustellen.»

Als zu unbestimmt beanstandet war in einer konkreten Schutzverordnung u. a. ein allgemeines Bauverbot mit dem Erlaubnisvorbehalt, es könnten «dem Landschaftsbild angepaßte Neu- und Umbauten zu landwirtschaftlichen Zwecken» sowie mit spezieller Zustimmung der Forstdirektion auch «andere Bauten und Werke» bewilligt werden.

stimmtheit anzugehen. Die Möglichkeit, eine konkrete Einschränkung eines Individualrechts wegen mangelnder Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage anzufechten, muß dabei unerörtert bleiben<sup>9</sup>.

## II. Erscheinungsformen und Gründe der Unbestimmtheit

1. Der Versuch einer klassifizierenden Übersicht über Erscheinungsformen und Gründung unbestimmter Rechtssetzung soll gewissermaßen die empirische Basis bilden, um Tragweite und Grenzen des Postulates der Bestimmtheit etwas genauer zu erfassen.

2. Die Struktur der belastenden, einen Eingriff in Individualrechte erlaubenden Rechtsnorm läßt sich mit der herkömmlichen Zweiteilung charakterisieren: Das eine Glied des Rechtssatzes bildet die Umschreibung der Voraussetzungen, das zweite Glied die Bestimmung der Rechtsfolge. Der Begriff «Tatbestand», der allerdings auch für die Beschreibung des konkreten Sachverhaltes (im Einzelfall) verwendet wird, ist die geeignete Bezeichnung für jene Elemente, welche die gesetzliche Voraussetzung einer Rechtsfolge bilden. Wird gemäß dem Gesetzesvorbehalt eine gesetzliche Grundlage verlangt, so hat das Gesetz sowohl die Voraussetzungen (Tatbestand) als auch Art und Ausmaß des zulässigen Eingriffs (Rechtsfolge) zu umschreiben und die Forderung der Bestimmtheit bezieht sich grundsätzlich auf beide Teile der Norm. Das bedeutet

<sup>9</sup> Über das verfassungsrechtliche Problem der Bestimmtheit im deutschen Recht R. GEITMANN, Bundesverfassungsgericht und «offene» Normen, Berlin 1971.

Spezielle Bestimmtheitserfordernisse werden in Deutschland vor allem aus folgenden Vorschriften des Grundgesetzes abgeleitet:

Art. 80 Abs. 1 Gesetzliche Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimmen.

Art. 103 Abs. 2 Aus der Vorschrift, wonach eine Tat nur bestraft werden kann, «wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde», ergibt sich das Gebot der Bestimmtheit von Strafnormen.

Art. 101 Abs. 1 Die Garantie des «gesetzlichen Richters» erfordert Bestimmtheit der Zuständigkeitsregeln.

– um hier nur einige zentrale Beispiele zu nennen –, daß Straftatbestand und Strafe, Voraussetzungen der Steuer (Steuertatbestand) und Steuermaß, Voraussetzungen der Eigentumsbeschränkung sowie Art und Ausmaß des erlaubten Eingriffs (z.B. Verbot bestimmter Bauten) im Gesetz mit optimaler Bestimmtheit geordnet sein sollten. Ist es möglich, diese allgemeine Richtlinie «optimaler Bestimmtheit» etwas zu konkretisieren?

3. Die *Erscheinungsformen* der Unbestimmtheit lassen sich vor allem nach zwei Gesichtspunkten einteilen:

- danach, ob die Unbestimmtheit im Tatbestandsteil oder im Rechtsfolgeteil des Rechtssatzes auftritt;
- nach dem Grad der Unbestimmtheit (z.B. freies Ermessen, unbestimmter Rechtsbegriff mit mehr oder weniger breitem Beurteilungsspielraum).

Die kurze Analyse einiger Beispiele aus verschiedenen Rechtsgebieten mag zeigen, welche Formen und Stufen der Unbestimmtheit in der Rechtssetzungspraxis anzutreffen sind.

a) Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 des schweizerischen Strafgesetzbuches lautet (gemäß BG betr. Änderung des Schweiz. StGB vom 18. März 1971):

«Erfordert der Geisteszustand des Täters, der eine vom Gesetz mit Zuchthaus oder Gefängnis bedrohte Tat begangen hat, die damit im Zusammenhang steht, ärztliche Behandlung oder besondere Pflege und ist anzunehmen, dadurch lasse sich die Gefahr weiterer mit Strafe bedrohter Taten verhindern oder vermindern, so kann der Richter Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt anordnen. Er kann ambulante Behandlung anordnen, sofern der Täter für Dritte nicht gefährlich ist.»

Von den auf der Tatbestandsseite dieser Vorschrift umschriebenen Voraussetzungen hat die objektive Tatsache der Begehung einer mit Zuchthaus oder Gefängnis bedrohten Tat den höchsten Grad der Bestimmtheit. Die Behandlungs- oder Pflegebedürftigkeit wegen eines abnormen Geisteszustandes und der verlangte Zusammenhang zwischen Deliktsbegehung und abnormem Geisteszustand sind Elemente mittlerer Bestimmtheit, die in einer klar vorgezeichneten Richtung gewisse Wertungen verlangen. Recht unbestimmt ist das Erfordernis, es müsse anzunehmen sein, durch die ärztliche Behandlung oder Pflege lasse sich die Gefahr weiterer Delikte beseitigen oder vermindern. Ob diese letzte Voraussetzung

erfüllt ist, hängt nicht von der Feststellung eines Faktums ab, sondern von einer prognostischen Beurteilung.

Als mögliche Maßnahmen (Rechtsfolgen) stellt der Gesetzgeber dem Richter die Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt und die ambulante Behandlung zur Verfügung. Abgesehen davon, daß bei Gefährlichkeit ambulante Behandlung ausgeschlossen ist, wird die Wahl zwischen der freiheitsentziehenden und der nur in geringem Maß freiheitsbeschränkenden Sanktion dem Richter überlassen, er soll unter Berücksichtigung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit die geeignete Maßnahme anordnen. Beide möglichen Rechtsfolgen sind in Kann-Vorschriften enthalten. Vom Wortlaut her ließe sich also sogar die Auffassung vertreten, der Richter könne, selbst wenn alle Voraussetzungen gegeben seien, von der Anordnung einer Maßnahme überhaupt absehen. Ein Verzicht auf jede Behandlungs- oder Pflegemaßnahme würde aber in einem solchen Fall dem Sinn des Gesetzes nicht entsprechen; die in der Kann-Formel zum Ausdruck kommende Ermessensermächtigung gibt dem Richter nur die Möglichkeit, ausnahmsweise, wenn ganz besondere Gründe diesen Verzicht rechtfertigen, auch bei Vorliegen aller Voraussetzungen keine Maßnahme anzuordnen<sup>10</sup>. – Selbst wenn die beiden Kann-Vorschriften in diesem Sinne restriktiv zu verstehen sind und kein willkürliches Absehen von jeder Maßnahme erlauben, so räumt das Gesetz doch dem Richter auf der Rechtsfolgeseite durch die Alternative «Internierung – ambulante Behandlung» ein recht bedeutendes Ermessen ein. Die

<sup>10</sup> Das «kann» verleitet sprachlich zur Annahme eines weiten Ermessens. Wenn aber die vom unbestimmten Tatbestandteil verlangten Wertungen in concreto positiv ausfallen, so fehlt ein gesetzgeberischer Grund, um die Rechtsfolge gewissermaßen dem Belieben des Richters zu überlassen. Das «kann» hat zumindest die Bedeutung eines «soll»; nur ganz ausnahmsweise wird ein sachliches Motiv den Verzicht auf die Maßnahmen doch rechtfertigen. Ähnliche Überlegungen gelten auch in bezug auf die Auslegung der Kann-Formel in andern Vorschriften über resozialisierende und sichernde Maßnahmen (Art. 42, 44, 100<sup>bis</sup> StGB). Im Jugendstrafrecht, wo das Ermessen der urteilenden Instanz in Wirklichkeit bei der Wahl der geeigneten Sanktion nicht geringer ist als nach den soeben genannten Vorschriften, läßt der Gesetzgeber keine Zweifel darüber aufkommen, daß bei Bejahung der gesetzlichen Voraussetzungen die Maßnahme anzuordnen ist (vgl. Art. 84/85, 91/92 StGB).

Rechtsfolge ist relativ unbestimmt. Dazu kommt als weiteres unbestimmtes Element, daß auch die Dauer der Maßnahme nicht gesetzlich begrenzt ist (Art. 43 Ziff. 4 StGB); ein wertender Entscheid der zuständigen Behörde ist erforderlich; sie beschließt die Aufhebung der Maßnahme, «wenn ihr Grund weggefallen ist»<sup>11</sup>.

b) Im *kantonalen Verwaltungsrecht* sind *freiheitsentziehende Maßnahmen* vorgesehen, die nicht die Begehung einer strafbaren Handlung voraussetzen, sondern auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, welche im wesentlichen die spezifische Versorgungsbedürftigkeit zu umschreiben sucht.

Als Beispiele seien hier zwei solche Versorgungsnormen zitiert:

§ 5 des Zürcher Gesetzes über die Versorgung von Jugendlichen, Verwahrlosten und Gewohnheitsverbrechern vom 24. Mai 1925 bestimmt:

«Personen vom zurückgelegten 18. bis zum zurückgelegten 30. Altersjahr, die einen Hang zu Vergehen bekunden, liederlich oder arbeitsscheu sind, aber voraussichtlich zur Arbeit erzogen werden können, sind in einer Arbeitserziehungsanstalt zu versorgen.»

§ 6 des Gesetzes umschreibt dann den Zweck der Versorgung und § 7 regelt deren Dauer (2–3 Jahre, bei Rückfall bis 5 Jahre).

Im Kanton Bern enthält Art. 21 des Gesetzes über Erziehungs- und Versorgungsmaßnahmen vom 3. Oktober 1965 eine weit gefaßte Versorgungsnorm:

«In eine Erziehungs- oder Arbeitsanstalt werden durch Beschluß des Regierungsrates eingewiesen:

1. Minderjährige, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und ihren Eltern, den vormundschaftlichen oder gesetzlichen Fürsorgeorganisationen beharrlich und unbegründet Widerstand leisten und sittlich gefährdet oder verwahrlost sind und bei denen sich vorausgegangene Erziehungsmaßnahmen als wirkungslos erwiesen haben,

2. arbeitsfähige Personen, die sich oder ihre Angehörigen fortgesetzt durch Müßiggang, Arbeitsscheu, Liederlichkeit, unsittlichen Lebenswandel, Alkohol- oder Rauschgiftmißbrauch sittlich, gesundheitlich oder ökonomisch ernstlich ge-

<sup>11</sup> Andere Vorschriften über Maßnahmen begrenzen teilweise die Versorgungsdauer nach oben und nach unten, vgl. Mindestdauer der Verwahrung in Art. 42 Ziff. 4 StGB, Höchstdauer Art. 44 Ziff. 3, Mindest- und Höchstdauer der Arbeitserziehung Art. 100<sup>ter</sup> StGB.

fährden oder dadurch öffentlich Ärgernis erregen und bei denen Maßnahmen im Sinne von Art. 8 bis 12 wirkungslos geblieben sind,

3. geistig abnorme, jedoch arbeitsfähige Personen, welche die allgemeine Sicherheit oder Ordnung erheblich gefährden und deren Verwahrung in einer nicht ärztlich geleiteten Anstalt angezeigt ist.»

Diese Vorschriften über administrative Internierung, deren Reihe durch Beispiele aus allen Kantonen ergänzt werden könnte, enthalten auf der Tatbestandsseite unbestimmte Begriffe, die eine retrospektive Bewertung des bisherigen Verhaltens und der aufgetretenen Schwierigkeiten sowie oft auch eine prognostische Beurteilung der künftigen Gefahren und der erzieherischen oder therapeutischen Beeinflussbarkeit verlangen. Bei der Umschreibung der die Internierung rechtfertigenden Versorgungsbedürftigkeit gelingt es in der Regel kaum, mehr als sehr allgemeine Wertungsrichtlinien festzulegen, welche für die Gesetzesanwendung einen erheblichen Beurteilungsspielraum offen lassen.

Wenn schon von der Unbestimmtheit der gesetzlichen Grundlagen kantonrechtlicher Eingriffe in die persönliche Freiheit die Rede ist, dann muß auch erwähnt werden, daß gestützt auf eine sehr schmale *bundesrechtliche Basis* analoge Maßnahmen zur Anwendung kommen. Aus Art. 421 Ziff. 13 ZGB (in Verbindung mit Art. 406 ZGB) wird in der vormundschaftlichen Praxis abgeleitet, daß der Bevormundete vom Vormund mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zwangsweise in einer Erziehungs-, Versorgungs- oder Heilanstalt untergebracht werden könne. Für einen solchen vormundschaftlichen Eingriff in die persönliche Freiheit fehlt jede gesetzliche Umschreibung der Voraussetzungen und jede nähere Präzisierung über Art und Dauer der zulässigen Internierung. «Tatbestandsseite» und «Rechtsfolgeseite» sind in höchstem Maße unbestimmt<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Es fehlt bei vormundschaftlichen Anstaltseinweisungen aber in manchen Kantonen auch eine verfahrensrechtliche Sicherung, vgl. zum Postulat besonderer Verfahrensgarantien bei der Anwendung unbestimmter Rechtsnormen hinten Ziff. III, 2. – Über die Zulässigkeit gleichartiger kantonaler und vormundschaftlicher Versorgungsnormen neben dem StGB: BGE 73 I 44. – In bezug auf die Regelung der Anstaltsversorgung ist zur Zeit eine Änderung des ZGB in Vorbereitung: Das Vormundschaftsrecht soll (in Anpassung an die Erfordernisse der Europäischen Menschenrechtskonvention) durch wesentliche materielle und prozessuale Vorschriften ergänzt werden.

c) Im Bereich des *Landschaftsschutzes* lassen sich zahlreiche Beispiele der Unbestimmtheit finden<sup>13</sup>. In § 182 des Zürcher EG/ZGB vom 2. April 1911 wird der Regierungsrat u. a. ermächtigt (er ist «berechtigt»), «auf dem Verordnungsweg ... zur Sicherung von Landschaften, Ortsbildern und Aussichtspunkten vor Verunstaltung ... die nötigen Verfügungen zu treffen und Strafbestimmungen aufzustellen»<sup>14</sup>. Ähnlich lauten entsprechende Vorschriften anderer Kantone. Im Aargau wurde der Landschaftsschutz in § 159 des Baugesetzes vom 2. Februar 1971 neu geregelt:

«Bauten und Reklamen dürfen die Landschafts-, Orts-, Quartier- und Straßensbilder nicht beeinträchtigen. Gebäude müssen sich so in ihre Umgebung eingliedern, daß eine gute Gesamtüberbauung entsteht.

Der Große Rat erläßt Vorschriften zum Schutze der Landschaft, von Natur und Heimat, von Naturdenkmälern, Aussichtspunkten, Altertümern, geschichtlichen und kunstgeschichtlichen Denkmälern mit ihrer Umgebung... Die Vorschriften können Baubeschränkungen, Bau- und andere Verbote, Pflichten und Strafnormen enthalten.

Vorbehalten sind die Vorschriften über formelle Enteignung und über Entschädigung bei materieller Enteignung.»

Ob die gesetzlichen Normen über Landschaftsschutz mehr oder weniger ausführlich sind, der geringe Grad inhaltlicher Bestimmtheit ist ihnen allen gemeinsam. Die Voraussetzungen von eigentumsbeschränkenden Schutzmaßnahmen sind mit Wendungen wie «Sicherung von Landschaften», «Schutz vor Verunstaltung» oder vor «Beeinträchtigung», aber auch mit präzisierenden Formulierungen wie «Landschaftsbild», «Ortsbild», «Landschaft von besonderem Schönheitswert» oder von «bedeutendem Schönheitswert»<sup>15</sup> nur in sehr allgemeiner Weise bezeichnet; die entscheidende Wertung bleibt eindeutig der das Gesetz anwendenden Behörde überlassen.

<sup>13</sup> Vgl. oben Anm. 8.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu E. SOMMER, Natur- und Landschaftsschutz in der neuern Praxis des Bundesgerichts und in der Rechtsprechung des zürcherischen Verwaltungsgerichts, in ZBl 1972, S. 2ff.

<sup>15</sup> Vgl. z. B. § 1 der aarg. VO über Natur- und Heimatschutz vom 24. Januar 1914. Zur Auslegung des Begriffs des «schönen Orts- oder Landschaftsbildes»: BGE 87 I 516, 88 I 230, 89 I 474, 90 I 341; zum Begriff der schutzwürdigen Landschaft: BGE 94 I 57b, 96 I 241 E. 4, 97 I 648.

Wird die Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit einer Landschaft in Auslegung der unbestimmten Begriffe der einschlägigen Rechtsnormen bejaht, so ist damit die Art des Schutzes und die Intensität der Eigentumsbeschränkung nicht festgelegt. Wohl ist in einzelnen Vorschriften die Möglichkeit der Enteignung ausdrücklich erwähnt (vgl. z. B. § 183 Abs. 3 Zürcher EG/ZGB, § 159 Abs. 3 Aarg. Baugesetz). Unter welchen Voraussetzungen zu enteignen ist und welche andern Maßnahmen getroffen werden können, bleibt jedoch dem Normvollzug überlassen. Auch der oben zitierte Abs. 2 von § 159 des neuen aargauischen Baugesetzes kam über eine sehr allgemeine Ermächtigung zu jeder zweckmäßigen Anordnung nicht hinaus.

Ohne daß hier weitere Beispiele angeführt zu werden brauchen, ist festzustellen, daß die gesetzlichen Vorschriften über Landschaftsschutz sich in der Regel beschränken auf einen Auftrag (an die Regierung oder das Parlament), zur Sicherung und zum Schutz von Landschaften die notwendigen Maßnahmen zu treffen. Auch Ausführungserlasse (Vollziehungsverordnungen, Natur- und Heimatschutzverordnungen usw.), die noch nicht ein konkretes Schutzobjekt betreffen, erreichen – bei allem Bemühen um Konkretisierung von Ziel und Mitteln – in der Regel keinen wesentlich höhern Grad der Bestimmtheit. Erst mit der Anordnung konkreter Maßnahmen durch Vorschriften über ein geschütztes Gebiet werden die Konsequenzen der Schutznormen wirklich festgelegt.

d) Während das *Steuerrecht* sich durch einen besonders hohen Grad der Bestimmtheit auszeichnet, gibt es andere Bereiche des *Abgaberechts*, in denen die gleiche Determinierung der finanziellen Lasten im Gesetz nicht gelingt.

Bei manchen *Gebühren* ist eine allgemeingültige detaillierte Regelung (Tarif) möglich und die Voraussehbarkeit der finanziellen Belastung läßt sich weitgehend gewährleisten. Oft wird sich aus praktischen Gründen (umfangreiche Liste, technische Einzelheiten, Anpassungsfähigkeit) die formelle gesetzliche Grundlage in einer Kompetenzklausel (Delegationsnorm) mit oder ohne Festlegung des «Gebührenrahmens» erschöpfen und erst der Ausführungserlaß (Verordnung, Tarif) entspricht dann den Anforderungen optimaler Bestimmtheit<sup>16</sup>. Während Gebühren für Kontrollen,

Bewilligungen u. ä. in abstrakter Weise recht präzise festgelegt werden können, bietet die Bestimmtheit bei gewissen Arten von «Gebühren» doch erhebliche Schwierigkeiten. Die angemessene Abgabe für eine spezielle Sondernutzung – wie etwa die Erstellung eines privaten Leitungskanals oder eines Einstellraumes unter einer öffentlichen Straße – läßt sich kaum von vornherein in einem Gesetz oder Reglement quantitativ festlegen. Vor allem aber sind es die Vorzugslasten (z. B. Beiträge von Anstößern an Straßenbaukosten<sup>17</sup>), die meistens nicht in einer unveränderlichen, berechenbaren Weise generell zu fixieren sind.

§ 31 des aargauischen Baugesetzes vom 2. Februar 1971 sieht z. B. vor, daß Gemeinden die Grundeigentümer zu Kostenbeiträgen heranziehen können, wenn Grundstücke durch den Bau oder Ausbau einer Straße «wirtschaftliche Sondervorteile» erfahren, «deren Ausnützung möglich ist und die allfällige Nachteile übersteigen; die Beiträge dürfen gesamthaft nicht mehr als zwei Drittel der Baukosten betragen und sind auf die Grundeigentümer nach Maßgabe der ihnen erwachsenden Sondervorteile zu verlegen». – Die Beitragspflicht hängt somit von einer wertenden Gesamtbeurteilung der Auswirkungen des Straßenbaus ab. In bezug auf die Rechtsfolge enthält das Gesetz eine obere Begrenzung der Summe aller zulässigen Grundeigentümerbeiträge. Innerhalb dieses weiten Rahmens hat die das Gesetz anwendende Gemeindebehörde nach pflichtgemäßem Ermessen unter Beachtung der ge-

<sup>16</sup> Zur Frage der Delegation und der Bestimmtheit der Delegationsnorm vgl. oben Ziff. I, 5b.

Im Kanton Aargau ist gemäß Art. 33 lit. m der Staatsverfassung der Große Rat für die Festsetzung von Gebühren zuständig. Er hat ein allgemeines Gebührendekret erlassen, das für einzelne Kategorien von Bewilligungen usw. den Gebührenrahmen festlegt (Dekret über die vom Staat zu beziehenden Gebühren vom 10. Januar 1967) und im übrigen den Regierungsrat mit dem Vollzug beauftragt. Der Regierungsrat stellte für eine Reihe von Amtshandlungen detaillierte Gebührentarife auf (z. B. Verordnung über die Gebührenerhebung auf dem Gebiete des Gesundheitswesens vom 16. Dezember 1966, Verordnung über die amtlichen Gebühren im Straßenwesen vom 21. Dezember 1967).

<sup>17</sup> Vgl. BGE 98 Ia 170 (Walliser Vorschrift über Straßenbeiträge).

setzlichen Verteilungsregel («nach Maßgabe der Sondervorteile») die Beiträge zu bestimmen.

4. Aus den erwähnten Beispielen lassen sich gewisse Grundtypen der Unbestimmtheit herauschälen.

a) Auf der *Tatbestandsseite* steckt die Einräumung eines Entscheidungsspielraumes an die normvollziehende Instanz oft im *Gebrauch unbestimmter Begriffe*<sup>18</sup>. Durch Formulierungen, wie sie im Landschaftsschutzrecht oder bei der Regelung von Betreuungs- und Internierungsmaßnahmen üblich sind, wird zwar nicht ein *voluntatives* Ermessen im Sinne der Wahlmöglichkeit zwischen gleichwertigen Lösungen eingeräumt, wohl aber ein *kognitives* Ermessen – ein sogenannter Beurteilungsspielraum – bei der Subsumtion des konkreten Sachverhaltes unter den inhaltlich wenig bestimmten Tatbestandsteil der Norm. Die begriffliche Umschreibung der Voraussetzungen eines Eingriffs kann – trotz des Anscheins sprachlicher Fixierung – inhaltlich so unbestimmt sein, daß sie einer Generalklausel gleichkommt. Diesen Charakter hat etwa eine Ermächtigung, zum Schutze von Landschaftsbildern Verfügungen zu treffen.

Auf die lebhaften Auseinandersetzungen, die sich in der deutschen Doktrin um die Termini «Ermessen, Beurteilungsspielraum, unbestimmter Rechtsbegriff» entwickelt haben, ist hier nicht näher einzutreten<sup>19</sup>. Der Meinungsstreit in Deutschland hat seine Ur-

<sup>18</sup> Es ist üblich geworden, unbestimmte wertausfüllungsbedürftige Begriffe des Gesetzes als «unbestimmte Rechtsbegriffe» zu bezeichnen. Dieser Terminus ist nicht sehr glücklich; offenbar soll damit – im Hinblick auf die Kognitionsbefugnis im Rechtsmittelverfahren – zum Ausdruck gebracht werden, daß die bei der Anwendung dieser Begriffe auftretenden Fragen Rechtsfragen, nicht Ermessensfragen sind. – Ihrer Natur nach sind diese unbestimmten Begriffe im allgemeinen keineswegs typische *Rechtsbegriffe*. Auch die Bezeichnung «*Gesetzesbegriff*» scheint mir nicht aussagekräftig und eigentlich überflüssig. Mit «unbestimmter Begriff» wird in hinreichender Weise gesagt, daß es sich um wertausfüllungsbedürftige, normative, in diesem Sinne inhaltlich unbestimmte Ausdrücke handelt.

<sup>19</sup> Aus der großen Zahl von deutschen Publikationen seien hier nur vier genannt: O. BACHOF, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, (deutsche) Juristenzeitung 1955, S. 97 ff.; F. OSSENBÜHL, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1968, insbes. S. 328 ff.; C. H. ULE, Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutz, Deutsches Verwaltungsblatt 1973, S. 756 ff.; H. J. WEIGEL, Beurteilungsspielraum oder Delegations-

sache in den Auswirkungen, welche die Qualifikation als Rechtsfrage oder als Ermessensfrage für die Überprüfungsbefugnis der Rechtsmittelinstanz nach sich zieht. Es geht also um eine verfahrensrechtliche Problemstellung, die uns hier primär nicht interessiert. Ob etwa kognitives Ermessen, das in Form unbestimmter Begriffe auf der Tatbestandsseite eines Rechtssatzes eingeräumt wird, als «Beurteilungsspielraum» zu bezeichnen und so deutlich vom voluntativen Ermessen in bezug auf die Rechtsfolge abzuheben ist (BACHOF), mag für die Überprüfungsmöglichkeit im Rechtsmittelverfahren wesentlich sein; für die Rechtssetzungslehre aber dürfte diese durchaus einleuchtende Unterscheidung sich nicht als besonders fruchtbar erweisen. Sowohl durch unbestimmte, wertausfüllungsbedürftige Begriffe in der Tatbestandsumschreibung als auch durch eigentliche Ermessensermächtigungen (hinsichtlich der Rechtsfolgen) wird – unter dem Gesichtswinkel der Rechtssetzungsmethode betrachtet – vom Normsetzer dem Normvollzieher ein mehr oder weniger großer Entscheidungsspielraum eingeräumt.

b) Auf der *Rechtsfolgesseite* besteht die Unbestimmtheit meistens in einer Wahlmöglichkeit entweder zwischen im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Lösungen (z.B. Art. 43 StGB: Internierung, ambulante Behandlung) oder innerhalb einer nicht näher umschriebenen, nur durch Zweck und Ziel der Norm determinierten Skala von Maßnahmen. So wird beispielsweise mit dem Auftrag, der Regierungsrat soll gegen die Verunstaltung von Landschaften Verfügungen treffen, der gesetzesanwendenden Exekutive ein nicht näher eingegrenztes Ermessen in bezug auf die Wahl der geeigneten Maßnahmen eingeräumt. Wenn im oben erwähnten § 182 des Zürcher EG/ZGB von den «nötigen Verfügungen» die Rede ist, so erhöht diese sprachliche Präzisierung den Grad der inhaltlichen Bestimmtheit nicht. Auch die Aufzählung von möglichen Anordnungen in der Landschaftsschutznorm des aargauischen Baugesetzes (§ 159) schränkt im Grunde das Ermessen der normvoll-

begriff?, Bern/Frankfurt 1971. – Zu den strafrechtlichen Aspekten der Abgrenzung: W. FRISCH in der Neuen Juristischen Wochenschrift 1973, S. 1345ff. – Die neuere verwaltungsrechtliche Diskussion kreist vor allem um zwei Entscheidungen des deutschen Bundesverwaltungsgerichtes: BVerwGE 39, S. 197 und 355.

ziehenden Instanz nicht ein, sondern bestätigt eigentlich nur den weiten Entscheidungsspielraum. Die Wahl der geeigneten, den gewünschten Schutz gewährleistenden Verfügungen bleibt ins Ermessen der zur Normanwendung berufenen Instanz gestellt.

5. Lassen sich für die Unterschiede der Bestimmtheit und insbesondere für die z.T. erhebliche Unbestimmtheit belastender Rechtsnormen *objektive Gründe* erkennen oder ist die Unbestimmtheit einfach die Folge der Nachlässigkeit des Gesetzgebers?

Schon die Durchsicht der wenigen hier vorgelegten Beispiele zeigt, daß der geringe Grad der Bestimmtheit nicht einfach von vornherein als ein vermeidbarer und zu vermeidender Mangel der Gesetzgebung negativ gewertet werden kann. Natürlich gibt es unbestimmte Rechtsnormen, die präziser gefaßt werden könnten und im Sinne des rechtsstaatlichen Schutzes präziser gefaßt werden sollten. So genügt etwa eine Delegationsvorschrift, welche der Exekutive die Erhebung einer Steuer erlaubt, ohne den Kreis der Steuerpflichtigen näher zu bezeichnen und die Höhe der Steuer irgendwie zu limitieren, den rechtsstaatlichen Anforderungen nicht<sup>20</sup>; für eine solche Unbestimmtheit des Gesetzes bestehen bei voraussetzungslosen Abgaben keine hinreichenden sachlichen Gründe. Vielfach zwingt aber die Natur der zu regelnden Frage zu einer gewissen Offenheit der Norm; es läßt sich ohne erhebliche Nachteile keine größere Präzision des Rechtssatzes erreichen.

a) Schon im Bereich des Abgaberechtes sind – außerhalb der eigentlichen Steuern – erhebliche Unterschiede der möglichen und notwendigen Bestimmtheit festzustellen. Bei Gebühren, die als Entgelt für eine Leistung des Gemeinwesens wesensgemäß durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und durch das Kostendeckungsprinzip begrenzt sind, läßt sich unter Umständen eine recht unbestimmte Ermächtigung im formellen Gesetz verantworten; die Herstellung größerer Bestimmtheit durch einen detaillierten Tarif darf dem Verordnungsgeber überlassen werden<sup>21</sup>. Aus praktischen Gründen (Vielfalt der zu bestimmenden Einzelpositionen)

<sup>20</sup> Vgl. BGE 97 I 344 und die oben Ziff. I, 5b zitierten andern Urteile.

<sup>21</sup> Über das spezielle Problem der Zulässigkeit einer unbestimmten Delegation und der damit verbundenen Verschiebung des Bestimmtheitspostulates auf die Ver-

mag eine solche umfassende und unbestimmte Delegation sich im Gebührenrecht oft aufdrängen. Daneben gibt es aber auch Kausalabgaben, bei denen nicht nur eine Verschiebung der Konkretisierung und damit der Bestimmtheit auf die Verordnungsstufe zweckmäßig ist, sondern die abstrakte Regelung sachbedingt relativ unbestimmt bleiben muß (Hauptbeispiel: Vorzugslasten).

b) Resozialisierende Maßnahmen der Behandlung, Pflege oder Erziehung (vgl. oben II, 3) bieten der generell-abstrakten Ordnung besondere Schwierigkeiten. Vom rechtsstaatlichen Standpunkt aus wären für die Eingriffe in die persönliche Freiheit möglichst klare Grundlagen und präzise Schranken zu fordern. Da aber die materielle Rechtfertigung solcher Maßnahmen einerseits von der prognostischen Beurteilung des Zustandes (Gefährlichkeit, Rückfallrisiko usw.) und andererseits von der Erfolgswahrscheinlichkeit der resozialisierenden Sanktion (Erziehbarkeit, Erfolgsaussichten der Therapie) abhängt, erscheint es als ausgeschlossen, im Gesetz mehr als relativ unbestimmte, Wertungen fordernde Richtlinien aufzustellen.

c) Die allgemeine gesetzliche Basis des Landschaftsschutzes muß ein weites Spektrum verschiedener Schutzbedürfnisse und Schutzmaßnahmen decken. Selbst eine ausführlichere Umschreibung der Tatbestandselemente und Rechtsfolgen, als wir sie heute in der Gesetzgebung finden, könnte die Entscheidungen der das Gesetz anwendenden, Landschaftsschutz betreibenden Instanzen nicht in wesentlich höherem Maße determinieren. Eine die Voraussehbarkeit gewährleistende abstrakte Normierung erscheint als ausgeschlossen. Erst in der Phase der Gesetzesanwendung läßt sich bestimmen, welche Gebiete zu schützen und welche Eigentumsbeschränkungen für den Schutz notwendig sind.

Die beim Landschaftsschutz festzustellende Schwierigkeit einer die konkreten Auswirkungen vorzeichnenden Fixierung der Grundlagen im Gesetz besteht eigentlich im gesamten Gebiet der Raumplanung. Der Gesetzgeber kann Planungsziele und Planungsinstru-

ordnungsstufe vgl. oben Ziff. I, 5b, unten Ziff. III, 1. Zur Frage der Bestimmtheit der formellen gesetzlichen Grundlage bei Benützungsgebühren: Urteil des Verwaltungsgerichtes Zürich vom 25. März 1972 in ZBl 1972, S. 353 ff.

mente abstrakt regeln; erst aus den Plänen sind die konkreten Eingriffe für die betroffenen Grundeigentümer erkennbar. Das Gesetz enthält Ermächtigungen und Richtlinien und kann nach der Natur der Sache nicht mehr enthalten. Durch die Planung werden auf Grund von Erfahrungen (Entwicklungstrend, Baulandbedarf) und Wertungen (wünschbare Überbauung: Industrie- oder Wohnbauten?, Grünflächen?) Abgrenzungen getroffen, die im Gesetz als abstrakte Möglichkeit vorgesehen sind, aber sich nicht aus der gesetzlichen Grundlage durch einfache Subsumtion ableiten lassen.

d) Die Gründe der unvermeidlichen Unbestimmtheit sind verschiedenartig. Die *Komplexität der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung* (z.B. bei freiheitsentziehenden Resozialisierungsmaßnahmen), die *Notwendigkeit einer erst bei der Konkretisierung möglichen Wahl* (z.B. im Bereich der Raumplanung) und die *nicht abstrakt erfaßbare Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte* (z.B. bei der Festsetzung von Straßenbaubeiträgen) dürften drei typische Faktoren sein, welche einer bestimmten Normierung entgegenstehen und zu weitgehender Unbestimmtheit der gesetzlichen Ordnung zwingen können.

Eine abschließende Typologie der Unbestimmtheit und ihrer Ursachen zu entwerfen, ist hier nicht möglich. Es soll lediglich gezeigt werden, daß der Realisierung des Bestimmtheitspostulates von der Sache her in manchen Bereichen mehr oder weniger enge Grenzen gesetzt sind.

### III. Tragweite und Grenzen des Bestimmtheitserfordernisses

1. Die Untersuchung der Gründe der Unbestimmtheit hat ergeben, daß sachbedingte Schwierigkeiten die inhaltliche Bestimmtheit des Rechtssatzes verhindern und den Gesetzgeber zwingen können, der normvollziehenden Instanz einen beträchtlichen Entscheidungsspielraum zu belassen.

Es stellt sich die Frage, ob jeder methodisch zulässige Verzicht auf inhaltliche Bestimmtheit eines belastenden Rechtssatzes solche dem Gegenstand der Regelung entspringende spezifische Ursachen

haben muß oder ob dem Bestimmtheitspostulat auch je nach der Schwere der vorgesehenen Belastung, nach der Intensität und Bedeutung des zu ordnenden Eingriffs ein unterschiedliches Gewicht zukommt. Anders ausgedrückt: Läßt sich Unbestimmtheit einer Norm auch schon einfach deswegen verantworten, weil der in Frage stehende Eingriff geringfügig ist?

Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, nach welcher für *besonders schwere* Eingriffe in Freiheit und Eigentum eine *klare* gesetzliche Grundlage erforderlich ist, könnte man den Schluß ziehen, für Eingriffe, die nicht als besonders schwer erscheinen, habe die Forderung optimaler Bestimmtheit von vornherein geringeres Gewicht (BGE 91 I 225, 332, 341; 93 I 250; 96 I 133; 97 I 641 und 795). – Dazu ist in erster Linie festzustellen, daß der Begriff der Klarheit, wie er in diesen Entscheidungen verwendet wird, mit dem Begriff der inhaltlichen Bestimmtheit wohl nicht identisch ist (vgl. oben Ziff. I, 1): Eine durchaus klare Vorschrift kann inhaltlich unbestimmt sein, indem sie in klarer und eindeutiger Weise wesentliche Wertungen den Verwaltungsbehörden oder dem Richter überläßt (z. B. klare Generalklausel). Es läßt sich in bezug auf das Bestimmtheitspostulat und seine graduelle Abschwächung m. E. auch nicht eine Art Parallele ziehen zu der vom Bundesgericht vorgenommenen Abstufung der von Verfassungs wegen zu verlangenden Klarheit der gesetzlichen Grundlage je nach der Eingriffsschwere. Diese graduelle Abstufung dient ja in erster Linie einer vernünftigen Differenzierung der Kognitionsbefugnis (freie Prüfung oder Prüfung auf Willkür). Folgerungen für die Rechtssetzungstheorie dürfen daraus nicht gezogen werden.

Die an sich naheliegende These, bei stärkern Eingriffen habe die Forderung der Bestimmtheit um so größere Bedeutung, kann nicht zur allgemeinen Regel führen, bei geringern Eingriffen könne sich der Gesetzgeber mit unbestimmten Vorschriften ohne weiteres abfinden. *Die Forderung der Bestimmtheit gilt für jede belastende Rechtsnorm.* Unbestimmtheit läßt sich nicht mit der Geringfügigkeit der vorgesehenen Rechtsfolgen begründen, sondern nur mit der Unmöglichkeit, alle determinierenden Wertungskomponenten in einem praktikablen Rechtssatz zu fixieren, und mit der Notwendigkeit, der das Gesetz anwendenden Instanz eine mehr oder

weniger große Entscheidungsmarge einzuräumen. Auch für Eingriffe von erheblicher Schwere kann relative Unbestimmtheit aus sachlichen Gründen unvermeidlich sein (z.B. freiheitsentziehende Resozialisierungsmaßnahmen), während umgekehrt belastende Rechtsnormen von geringer Tragweite sich oft mit großer Bestimmtheit formulieren lassen (z.B. Festlegung einer Fahrradgebühr oder einer Anstaltsbenützungsg Gebühr). Wo Bestimmtheit möglich ist, darf der Gesetzgeber auf eine bestimmte Regelung nicht verzichten. Daß der zu ordnende Eingriff nicht besonders schwer ist, vermag an sich die Unbestimmtheit nicht zu rechtfertigen. Nur dort, wo sachliche Gründe einem höhern Grad der Präzision entgegenstehen, lassen sich offene, wertausfüllungsbedürftige Vorschriften verantworten.

Hier sei anhangsweise ein Gedanke nochmals aufgenommen und verdeutlicht (oben Ziff. I, 5b): Unbestimmtheit der *formellen* gesetzlichen Grundlage verbunden mit einer Delegation der Kompetenz zu präzisierender Rechtssetzung an ein anderes Organ (Exekutive) ist nicht gleichzustellen mit der Unbestimmtheit eines direkt anwendbaren Rechtssatzes<sup>22</sup>. Wohl werden in beiden Fällen vom Gesetzgeber wichtige Wertungen einer andern Instanz überlassen; aber die Situation für den Rechtsunterworfenen ist sehr unterschiedlich. Die unbestimmte Delegationsnorm (Ermächtigung zur Rechtssetzung auf dem Verordnungsweg) kann (und soll soweit möglich) auf der Verordnungsstufe zu einer generell-abstrakten, bestimmten Regelung führen (z. B. in Form eines detaillierten Gebührentarifs). Unbestimmtheit der direkt anwendbaren Norm aber hat zur Folge, daß entscheidende Wertungen von Fall zu Fall getroffen werden und nicht allgemein festgelegt sind, auch nicht durch einen Rechtssatz der untern Stufe (Verordnung). Unbestimmtheit der Delegationsnorm bedeutet, daß auf dem Weg der formellen Gesetzgebung nur eine allgemeine Ermächtigung fixiert und die gesamte materielle Regelung der delegierten Instanz übertragen wird. Die schließlich anzuwendenden Rechtssätze der Verord-

<sup>22</sup> Diese Gleichstellung von unbestimmten Delegationsnormen und direkt anwendbaren unbestimmten Rechtssätzen findet sich z.T. in der deutschen Doktrin: vgl. WEIGEL, a. a. O. (oben Anm. 19), S. 22; GEITMANN, a. a. O. (oben Anm. 9), S. 22.

nungsstufe können und sollen aber dem Postulat optimaler Bestimmtheit entsprechen; es fehlt ihnen nur die Beratung und Genehmigung auf dem Wege der ordentlichen Gesetzgebung. Bei Eingriffen geringer Schwere (z. B. Kontrollgebühren) kann es sich nun rechtfertigen, die Detailregelung durch eine recht allgemeine Delegationsnorm auf die Vollzugsinstanz zu übertragen. Damit wird aber nicht auf optimale Bestimmtheit verzichtet, sondern nur die Unbestimmtheit der Delegationsnorm hingenommen, um das *formelle* Gesetz von einer rasch anpassungsbedürftigen, kasuistischen Ordnung zu entlasten. Der Ausführungserlaß aber hat die Einzelheiten so bestimmt wie möglich festzulegen. In diesem Sinne, nämlich als Argument für die Zulässigkeit einer unbestimmten Delegationsnorm, kann die geringe Schwere des zu ordnenden Eingriffs beachtlich sein; durch eine solche Delegation wird das Bestimmtheitspostulat jedoch nicht aufgehoben, sondern auf die Stufe der Verordnung «verlegt».

2. Ist bei einer belastenden Rechtsnorm eine relative Unbestimmtheit der generell-abstrakten Regelung unvermeidlich, so muß das bei der Anwendung des Gesetzes einzuhaltende *Verfahren entsprechend ausgebaut* werden. Durch formelle Sicherungen kann die dem unbestimmten Rechtssatz weitgehend fehlende rechtsstaatliche Garantiefunktion in gewissem Sinne prozessual kompensiert werden.

Die zwangsläufig recht unbestimmten materiellen gesetzlichen Vorschriften über die Raumplanung werden richtigerweise in einem durch Mitwirkungsmöglichkeiten und Rechtsmittel der betroffenen Grundeigentümer sowie durch gesetzgebungsähnliche Entscheidungen der politischen Organe (Gemeindeversammlungen, kantonale Parlamente) geprägten Verfahren konkretisiert<sup>23</sup>. Auch im Enteignungsrecht, wo die gesetzliche Grundnorm sachbedingt einen geringen Grad der Bestimmtheit besitzt und sich eigentlich in der Statuierung des Erfordernisses eines öffentlichen Interesses erschöpft, wird durch die Ordnung der Zuständigkeiten und des Verfahrens die sorgfältige Berücksichtigung aller Gesichts-

<sup>23</sup> Über rechtsstaatliche Anforderungen an das Planungsverfahren: A. KUTTLER in Gedenkschrift Imboden (oben Anm. 1), S. 215 ff.

punkte bei der wertenden Beurteilung des Einzelfalles angestrebt<sup>24</sup>. – Bei Erziehungs-, Behandlungs- und Versorgungsmaßnahmen (Anstaltsinternierungen) sollten unabhängige Begutachtung und gerichtliches Verfahren – schon in der ersten, nicht nur in der Rechtsmittelinstanz – jenen rechtsstaatlichen Schutz bieten, der nicht durch abstrakte gesetzliche Schranken gewährleistet werden kann.

Die wenigen Hinweise auf die wichtige «Kompensationsfunktion» prozessualer Garantien bei Unbestimmtheit der anzuwendenden materiellen Normen mögen hier genügen. Zwischen dem Grad der inhaltlichen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen und dem Ausbau des Anwendungsverfahrens sollte – zumindest bei schweren Eingriffen – eine enge Korrelation bestehen: Je unbestimmter die gesetzliche Grundlage bleiben muß, desto stärker sind die verfahrensrechtlichen Garantien auszubauen als Schutz vor unrichtiger Anwendung des unbestimmten Gesetzes.

3. Eine spezielle Bedeutung hat die Forderung der Bestimmtheit bei den *eigentlichen Verhaltensnormen*, d. h. bei Rechtssätzen, die (durch Androhung von Sanktionen) ein Verhalten der Rechtsunterworfenen bewirken sollen.

Nur eine bestimmte Vorschrift, der sich eindeutig entnehmen läßt, welches Verhalten verlangt wird, bildet eine genügende Grundlage, um denjenigen, der das Verbot oder Gebot nicht beachtet, mit einer Sanktion zu belegen. Niemand kann für eine Handlung oder Unterlassung zur Rechenschaft gezogen werden, wenn die einschlägige Verhaltensnorm für ihn nicht erkennbar war. Vor allem im Strafrecht unter Einschluß des Verwaltungsstrafrechts, aber auch bei andern Rechtssätzen, die positive oder negative Folgen (Einräumung besonderer Vorteile, Strafe, Abgabe) in Aussicht stellen, um ein Verhalten der Normadressaten zu bewirken, ist die hinreichende Bestimmtheit der Umschreibung des verlangten oder verbotenen Tuns selbstverständliche Voraussetzung der beabsichtigten Wirkung. Die angedrohte Rechtsfolge

<sup>24</sup> Vgl. Bundesgesetz über die Enteignung vom 20. Juni 1930, Art. 1 (Voraussetzungen), Art. 3 (Ausübung des Enteignungsrechtes, Zuständigkeit zur Übertragung an Dritte), Art. 27 ff. (Verfahren).

Die grundsätzliche Bemerkung im Text gilt auch für das kantonale Enteignungsrecht.

kann relativ unbestimmt bleiben (z. B. weite Strafraumen), auf der Tatbestandsseite aber ist bei dieser Kategorie von Rechtssätzen ein hoher Grad der Bestimmtheit unerlässlich.

Will der Gesetzgeber trotzdem eine Art Blankettstrafnorm zur Verfügung stellen, so braucht es für deren Anwendung eine konkretisierende Vorstufe, d. h. das Blankett ist durch eine Verfügung «auszufüllen», die dem Adressaten genau sagt, welches Verhalten von ihm unter Strafandrohung verlangt wird. Von dieser Gestaltungsmöglichkeit hat der schweizerische Gesetzgeber in Art. 292 StGB Gebrauch gemacht. Statt sich mit einer sehr unbestimmten Strafnorm zu begnügen, die einfach jede Mißachtung einer amtlichen Verfügung mit Strafe bedrohen würde, verlangt das Gesetz den ausdrücklichen Hinweis auf die Strafdrohung in der konkreten Einzelverfügung. Durch diese Regelung ist die Strafbarkeit nur gegeben, wenn der Betroffene infolge des ausdrücklichen Hinweises nicht darüber im Zweifel sein kann, daß die Nichtbefolgung der ihm zugestellten Verfügung mit Haft oder mit Buße bedroht ist. Die Nachteile eines zu unbestimmt gehaltenen Tatbestandes sind damit vermieden.

4. Zusammenfassend können Tragweite und Grenzen des Bestimmtheitspostulates etwa folgendermaßen umrissen werden:

a) Im Bereich der in ein Individualrecht eingreifenden, belastenden Rechtsnormen bildet die Forderung nach Bestimmtheit zwar eine wichtige Richtlinie, aber kein starres Dogma. Inhaltliche Bestimmtheit ist ein Ziel, das der Gesetzgeber zu beachten hat, das aber unter Umständen vor andern Gesichtspunkten zurückweichen muß. Ein gewisses Maß von Unbestimmtheit läßt sich oft nicht vermeiden. Fehlende Bestimmtheit kann daher nicht schlechthin als ein Mangel der Rechtssetzung betrachtet werden.

b) Der Grad der wünschbaren optimalen Bestimmtheit ist weder von der Schwere der zu regelnden Grundrechtsbeschränkung noch von einem andern generellen Kriterium abhängig, sondern muß im Rechtssetzungsverfahren anhand der zu ordnenden Materie durch sorgfältige Prüfung der Möglichkeiten einer Präzisierung einerseits und der praktischen Forderungen nach einer dem Zweck angepaßten, flexiblen, nicht kasuistisch überladenen Formulierung andererseits herausgeschält werden.

c) Steht bei einer Frage der Gesetzgebung fest, daß ein geringer Bestimmtheitsgrad unvermeidlich und ein weiter Entscheidungsspielraum im Normvollzug notwendig ist, so sollte dies Anlaß sein, der verfahrensrechtlichen Regelung der Gesetzesanwendung besondere Aufmerksamkeit zu schenken und zu prüfen, ob nicht der Mangel an gesetzlicher Bestimmtheit durch zusätzliche Vorkehren im Konkretisierungsprozeß «ausgeglichen» werden kann<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Ein wirksamer Ausbau der verfahrensrechtlichen Sicherungen ist bei diesen einer präziseren gesetzlichen Regelung nicht zugänglichen Fragen m. E. vor allem durch die sorgfältige Gestaltung des *erstinstanzlichen Verfahrens* anzustreben. Die Erweiterung der Kognition der Rechtsmittelinstanz hingegen – sei es durch Einführung einer verwaltungsgerichtlichen Ermessenskontrolle oder sei es durch Ausdehnung der Rechtskontrolle bei Anwendung unbestimmter Begriffe (auf dem Wege der Einschränkung oder der Verneinung eines Beurteilungsspielraums) – erscheint im allgemeinen eher als fragwürdig.

