



Dokument	<b>SVLR-Bulletin 149/2017 S. 44</b>
Autor	<b>Albert Kost</b>
Titel	<b>Publikation der Verordnung (EG) 261/2004 (Passagierrechtsverordnung): Auszug aus einem Gutachten von Prof. Dr. FELIX UHLMANN vom 22. November 2016</b>
Seiten	<b>44-56</b>
Publikation	<b>Schweizer Fachzeitschrift für Luft- und Weltraumrecht</b>
Herausgeber	<b>Schweizerische Vereinigung für Luft- und Raumrecht</b>
ISSN	<b>0007-5299</b>
Verlag	<b>Schweizerische Vereinigung für Luft- und Raumrecht</b>

## **Publikation der Verordnung (EG) 261/2004 (Passagierrechtsverordnung): Auszug aus einem Gutachten von Prof. Dr. FELIX UHLMANN\* vom 22. November 2016**

Einsendung und Einführung durch Dr. iur. ALBERT KOST, LL.M., Rechtsanwalt, SWISS International Airlines AG.

Mehrere Passagiere machten beim Zivilgericht Basel-Stadt gestützt auf die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 (Passagierrechtsverordnung/Fluggastrechteverordnung) gegenüber SWISS International Airlines AG und SWISS Global Airlines AG Ansprüche geltend. In einem der Verfahren holte das Gericht zu verschiedenen Fragen ein Rechtsgutachten von Prof. Dr. Christa Tobler ein. Die Beklagte hatte zunächst erfolglos geltend gemacht, dass die Einholung eines Rechtsgutachtens nicht zulässig sei. Zur Stützung ihrer Argumente gegen das Gutachten von Prof. Dr. Christa Tobler reichte sie ihrerseits Privatgutachten ein, darunter eines von Prof. Dr. Felix Uhlmann zur Frage, ob die Passagierrechtsverordnung mangels rechtsgültiger Publikation nicht angewendet werden könne. Die Klage wurde schliesslich aus anderen Gründen abgewiesen, sodass im konkreten Fall auf die Gutachten nicht eingegangen werden musste.

Der nachfolgend publizierte Auszug aus dem Gutachten wurde redaktionell geringfügig überarbeitet.

---

\* LL.M., Advokat, Professor an der Universität Zürich, Konsulent im Advokaturbüro Wenger Plattner.



(...)

## II. Publikation der Passagierrechtsverordnung

### 1. Publikation der Passagierrechtsverordnung in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts (AS)

<sup>3</sup> In der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts (AS) 2006, 5987 ff., findet sich der Beschluss Nr. 1/2006 des Luftverkehrsausschusses Gemeinschaft/Schweiz vom 18. Oktober 2006. Art. 4 des entsprechenden Beschlusses lautet wie folgt:

"1. In Punkt 6 (Sonstiges) des Anhangs des Abkommens wird Folgendes hinzugefügt:

«**Nr. 261/2004**

Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Re-

---

SVLR-Bulletin 149/2017 S. 44, 45

gelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder grosser Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91 (Art. 1 - 18)»"

<sup>4</sup> Die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 wird gemeinhin als *Fluggastrechteverordnung* oder *Passagierrechtsverordnung* bezeichnet. Sie ist im Amtsblatt der Europäischen Union L 46 vom 17. Februar 2004, S. 1-8, publiziert. Elektronisch ist die Verordnung unter [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu) einsehbar. Dort wird ihre Fundstelle wie folgt angegeben: "Amtsblatt Nr. L 046 vom 17/02/2004 S. 0001- 0008" (abgerufen am 19. Oktober 2016). Seit ihrem Erlass ist die Passagierrechtsverordnung nicht geändert worden.

<sup>5</sup> Die Liste der im schweizerischen Luftfahrtrecht geltenden europäischen Verordnungen wird ein- bis zweimal jährlich aktualisiert, zuletzt in der Fassung gemäss Beschluss Nr. 1/2016 des Gemischten Ausschusses vom 11. April 2016, in Kraft getreten für die Schweiz am 15. Mai 2016 (AS 2016, 1327 ff.). Die Passagierrechtsverordnung ist dabei gleichlautend zitiert. Im Beschluss aus dem Jahre 2016 findet sich die Verordnung allerdings nicht mehr unter dem Titel "Sonstiges" (AS 2006, 5988), sondern unter dem Titel "Verbraucherschutz" (AS 2016, 1344). Ansonsten bestehen keine Abweichungen.

<sup>6</sup> Beschlüsse des Verkehrsausschusses Gemeinschaft/Schweiz (Gemischter Ausschuss) beruhen ihrerseits auf Art. 23 Abs. 4 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999 (Luftverkehrsabkommen, LVA, SR 0.748.127.192.68). Gemäss dieser Bestimmung beschliesst der Gemischte Ausschuss "eine Änderung des Anhangs oder schlägt gegebenenfalls eine Änderung der Bestimmungen dieses Abkommens vor, um darin – falls erforderlich, auf der Grundlage der Gegenseitigkeit – die Änderungen der betreffenden Rechtsvorschriften aufzunehmen [...]." Der Anhang des Luftverkehrsabkommens enthält unter anderem eine Liste des anwendbaren europäischen Verordnungsrechts. In der Systematischen Sammlung des Bundesrechts (SR) wird der Anhang aktualisiert. Die Passagierrechtsverordnung wird in gleicher Form wie in der Amtlichen Sammlung zitiert: "Nr. 261/2004 Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder grosser Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91 (Art. 1-18)".

<sup>7</sup> Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Publikation der Passagierrechtsverordnung den einschlägigen bundesrechtlichen Vorschriften entspricht.

---

SVLR-Bulletin 149/2017 S. 44, 46

## 2. Anwendbares Recht

<sup>8</sup> Die Veröffentlichung von Erlassen hat dem Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt vom 18. Juni 2004 (Publikationsgesetz, PublG, SR 170.512) zu entsprechen. Das Publikationsgesetz wurde verschiedentlich revidiert, so zuletzt gemäss Ziff. I des Bundesgesetzes vom 26. September 2014, in Kraft seit 1. Januar 2016 (AS 2015, 3977 ff.).

<sup>9</sup> Auch auf Verordnungsstufe erfolgten in den letzten Jahren verschiedene Anpassungen. Die Publikationsverordnung vom 17. November 2004 (AS 2004, 4937 ff.) wurde gemäss Art. 53 der total revidierten Verordnung über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt vom 7. Oktober 2015 (Publikationsverordnung, PublV, SR 170.512.1) per 1. Januar 2016 aufgehoben (Art. 54 PublV).

<sup>10</sup> Für die vorliegend zu beurteilenden Rechtsfragen sind die massgebenden Bestimmungen auf Gesetzes- und Verordnungsstufe per 2006 und 2016 leicht unterschiedlich. Damit ist zu prüfen, welches Recht zur Anwendung kommt. Im Publikationsgesetz finden sich keine spezifischen intertemporal-rechtlichen Vorschriften. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass eine Publikation nach dem im Zeitpunkt ihres Erlasses geltenden Recht zu beurteilen ist (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, N. 258 u. 266). Auf die vor dem Zivilgericht anhängigen Fälle sind damit richtigerweise die vor dem 1. Januar 2016 geltenden Bestimmungen des Publikationsgesetzes und der -verordnung anwendbar.

<sup>11</sup> Im Rahmen des vorliegenden Gutachtens kann aber mit dem aktuellen Recht gearbeitet werden. Erstens sind – wie zu zeigen sein wird – die Abweichungen für die vorliegenden Fragestellungen gering. Zweitens ist der Verweis auf die Passagierrechtsverordnung unter dem ab 1. Januar 2016 geltenden Recht wiederholt worden (vgl. oben Ziff. 5), so dass mindestens für die Rechtswirkungen ab der Publikation 2016 und damit auf zukünftige Fälle das neue Recht anzuwenden wäre. Auf die vor dem 1. Januar 2016 geltenden Bestimmungen des Publikationsgesetzes und der -verordnung wird punktuell eingegangen.

## 3. Publikation durch Verweis

<sup>12</sup> Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b PublG werden "die übrigen völkerrechtlichen Verträge und Beschlüsse des internationalen Rechts, die Recht setzen oder zur Rechtsetzung ermächtigen", in der Amtlichen Sammlung publiziert. Die Passagierrechtsverordnung setzt Recht. Sie enthält materielles Zivilrecht im Verhältnis der Luftfahrtunternehmen zu ihren Passagieren (vgl. in diesem Sinne auch Art. 1 PublV *e contrario*).

<sup>13</sup> Die zu publizierenden Texte werden in die AS im Volltext aufgenommen. Art. 5 PublG sieht vor, dass gewisse Texte nur mittels

---

SVLR-Bulletin 149/2017 S. 44, 47

Verweis publiziert werden können. Zu unterscheiden sind Art. 5 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 PublG.

Art. 5 Abs. 1 PublG bestimmt, dass publikationspflichtige Texte, "die sich wegen ihres besonderen Charakters für die Veröffentlichung in der AS nicht eignen, [...] nur mit Titel sowie Fundstelle oder Bezugsquelle aufgenommen" werden. Darunter fallen namentlich technische Vorschriften mit einem begrenzten Kreis von Betroffenen (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a-d PublG; BGer., Urteil 2C\_436/2015 vom 22. Juli 2016, E. 5 betr. Generaltarif nach Zollgesetz).

<sup>14</sup> Art. 5 Abs. 2 PublG lautet:



"Texte nach den Artikeln 2-4 [=publikationspflichtige Texte], die in einem anderen in der Schweiz unentgeltlich zugänglichen Publikationsorgan veröffentlicht sind, werden nur mit dem Titel sowie der Fundstelle in diesem Organ oder der Bezugsquelle in die AS aufgenommen."

In der bis Ende 2015 gültigen Fassung lautete Art. 5 Abs. 2 PublG wie folgt:

"Ebenfalls nur mit Titel sowie Fundstelle oder Bezugsquelle werden Texte in die AS aufgenommen, wenn:

- a. ein Bundesgesetz oder eine Verordnung der Bundesversammlung die Veröffentlichung ausserhalb der AS anordnet;
- b. sie in einem in der Schweiz zugänglichen offiziellen Organ veröffentlicht sind."

Mit Bezug auf die hier interessierende Publikation einer europäischen Verordnung sind keine wesentlichen Abweichungen zwischen den vor und nach dem 1. Januar 2016 geltenden Verordnungen ersichtlich (vgl. Botschaft zur Änderung des Publikationsgesetzes, Primatwechsel von der gedruckten zur elektronischen Version der amtlichen Veröffentlichungen vom 28. August 2013, BBl 2013, 7057 ff., im Folgenden "Botschaft Änderung PublG", 7077). Die Publikation qua Verweis setzt die Veröffentlichung "in einem in der Schweiz zugänglichen offiziellen Organ" voraus. Publiziert werden müssen "Titel sowie [die] Fundstelle in diesem Organ oder [die] Bezugsquelle" (Art. 5 Abs. 2 PublG) bzw. "Titel sowie Fundstelle oder Bezugsquelle" (Art. 5 Abs. 2 Publikationsgesetz i.d.F. vor dem 1. Januar 2016).

<sup>15</sup> Das Amtsblatt der Europäischen Union stellt ein *in der Schweiz zugängliches offizielles Organ* dar; sein Inhalt ist über das Internet kostenlos abrufbar (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt, Publikationsgesetz, PublG, vom 22. Oktober 2003, BBl 2003, 7711 ff., im Folgenden "Botschaft PublG", 7726: "In erster Linie fallen unter diese Kategorie die für die Schweiz verbindlichen Rechtsakte des europäischen Gemeinschaftsrechts, deren verbindliche Fassung im Amtsblatt der Europäischen Union publiziert ist"; Bernhard Moll, Art. 5 PublG, in: Daniel Kettiger/Thomas Säggerer [Hrsg.], Kommentar zum

---

SVLR-Bulletin 149/2017 S. 44, 48

Publikationsgesetz des Bundes, Bern 2011, S. 203 ff., N. 24 f.; Pierre Tercier/Christian Rothen, La Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale, SJZ 2015, S. 113 ff., 119; Daniel Wüger, Das für die Schengen- und Dublin-Assoziierung massgebliche Recht: Publikation und Zugang, LeGes 2013/1, S. 63 ff., 74; BVGer., Urteil E-1441/2010 vom 17. März 2010, E. 4.2; kritisch Regula Dettling-Ott, 10 Jahre Luftverkehrsabkommen zwischen der EU und der Schweiz – eine Bilanz, SLVR-Bulletin 144/2012, S. 6 ff., 13, im Folgenden "10 Jahre LVA"). Die Voraussetzungen einer Publikation qua Verweis nach Art. 5 Abs. 2 PublG sind damit erfüllt. Man mag anführen, dass zwischen den recht strengen Voraussetzungen nach Art. 5 Abs. 1 PublG bei gleichbleibenden Angaben der Publikation (Titel sowie Fundstelle oder Bezugsquelle) und den Voraussetzungen nach Art. 5 Abs. 2 PublG ein gewisser Wertungswiderspruch besteht (in diese Richtung möglicherweise Regula Dettling-Ott, Das bilaterale Luftverkehrsabkommen der Schweiz und der EG, in: Daniel Thürer et al. [Hrsg.], Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich 2007, S. 491 ff., 518 f.), de lege lata ist aber klar, dass ein Verweis auf die Passagierrechtsverordnung in der Amtlichen Sammlung grundsätzlich zulässig ist.

<sup>16</sup> Von der Zulässigkeit der Publikation qua Verweis ist die Frage zu unterscheiden, was die Publikation in der AS in diesem Fall enthalten muss. Art. 5 Abs. 2 PublG verlangt einerseits den *Titel*, andererseits die *Fundstelle oder Bezugsquelle*.

<sup>17</sup> Mit Titel ist grundsätzlich der *vollständige Titel* gemeint. Die Gesetzestechnischen Richtlinien des Bundes (GTR), Ausgabe 2013 (welche gemäss Angaben der Bundeskanzlei

[<https://www.bk.admin.ch/themen/lang/05225/05227/index.html?lang=de>] das frühere Merkblatt "Verweisung auf EU-Recht im Landesrecht" inkorporiert haben, vgl. zum

Merkblatt Clemens Locher, Redaktionelle und gesetzestechnische Probleme der Verweisung auf EU-Recht im Landesrecht, LeGes 2010/1, S. 87 ff.), halten fest (N. 126): "Bei der Wiedergabe des Titels eines EU-Rechtsakts ist auf Vollständigkeit zu achten." Als Beispiel wird an dieser Stelle folgende Zitierweise angegeben: "Richtlinie 2011/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 zur Beschränkung der Verwendung bestimmter gefährlicher Stoffe in Elektro- und Elektronikgeräten (Neufassung), ABl. L 174 vom 1.7.2011, S. 88." Dabei kann im Fliesstext der Kurztitel verwendet werden, während "alles andere (vollständiger Titel, Fundstelle im Amtsblatt der EU [ABl.], allfällige Änderungsrechtsakte)" in die Fussnote aufgenommen werden kann (GTR, N. 127).

Die Publikation der Passagierrechtsverordnung erfolgt hinsichtlich des Titels in Übereinstimmung mit den Vorgaben des Publikationsgesetzes – dies ist allerdings offenbar nicht für alle europäischen Verordnungen der Fall.

<sup>18</sup> Gemäss Art. 5 Abs. 2 PublG wird weiter verlangt, dass entweder die *Fundstelle* (in diesem Organ) oder die *Bezugsquelle* angegeben werden. *Fundstelle* bedeutet für das europäische Recht die genaue

---

SVLR-Bulletin 149/2017 S. 44, 49

Bezeichnung im Amtsblatt (Matthias Oesch, Bilaterale Verträge Schweiz-EU und Verweis auf - allenfalls ungültige - EU-Rechtsakte, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Zürich 2014, S. 283 ff., 287; Marius Roth, Die Veröffentlichung von Rechtsnormen in der Schweiz, Diss., Zürich 2011, S. 62; Wüger, a.a.O., S. 74; vgl. auch Corinne Schaerer/Yvonne Schleiss, Die Publikation des Rechts der sektoriellen Abkommen Schweiz-EU, in: Daniel Kettiger/Thomas Säggerer [Hrsg.], Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes, Bern 2011, S. 13 ff., N. 22, welche eine vollständige Angabe "umso wünschenswerter" erachten, da bei Art. 5 Abs. 2 PublG im Gegensatz zu Art. 5 Abs. 1 auf den Abdruck auf einer einzelnen Seite der AS verzichtet wird). Die Gesetzestechnischen Richtlinien geben als Beispiel folgende Zitierweise an (N. 132, Hervorhebung nur hier): "Verordnung (EG) Nr. 854/2004 [...], **ABl. L 139 vom 30.4.2004, S. 206**; zuletzt geändert durch Durchführungsverordnung (EU) Nr. 739/2011, **ABl. L 196 vom 28.7.2011, S. 3**."

<sup>19</sup> Für die Angabe der *Bezugsquelle* nach Art. 5 Abs. 2 PublG verlangt Art. 14 Abs. 3 PublV folgende Elemente:

- "a. [die] Internetadresse, über die der Text eingesehen oder bezogen werden kann;
- b. [die] federführende[] Behörde oder allenfalls anderen Stellen, bei welchen der Text unentgeltlich eingesehen werden kann;
- c. [die] Postadresse, bei welcher der Text bezogen werden kann, wenn die betreffende Stelle über keine Internetadresse verfügt."

<sup>20</sup> Die Publikation der Passagierrechtsverordnung enthält weder die Nennung der Fundstelle, wie es in Art. 5 Abs. 2 PublG festgeschrieben und von Lehre und Praxis gefordert wird, noch wird eine Bezugsquelle gemäss Art. 14 Abs. 3 PublV angegeben. Der Verzicht auf die Quellenangabe im Amtsblatt kommt in keiner zulässigen Zitierweise vor, auch nicht in der Kurzform (vgl. Locher, a.a.O., S. 87 ff.). Das Zivilgericht Basel Stadt bezeichnete die Zulässigkeit der gewählten Zitierweise dementsprechend als "mehr als zweifelhaft" (BJM 2013, S. 79 ff.). Die Publikation der Passagierrechtsverordnung erfolgt nicht in Übereinstimmung mit Art. 5 Abs. 2 PublG (Michael Hochstrasser, Der Beförderungsvertrag, Die Beförderung von Personen und Gütern nach schweizerischem Recht und im Vergleich mit ausgewählten internationalen Übereinkommen, Zürich 2015, S. 18). Zu diesem Schluss kommt auch das Gutachten Tobler (N. 59 f., 72).

In der Botschaft Änderung PublG spricht der Bundesrat zwar davon, auf die Angabe der Internetseite könne bei "eine[m] allgemein bekannten Organ wie insbesondere dem Amtsblatt der EU" verzichtet werden (Botschaft Änderung PublG, S. 7078). Die Aussage steht aber im Widerspruch zum klaren Wortlaut von Gesetz und Verordnung,



welche gerade in Art. 5 Abs. 2 PublG und Art. 14 Abs. 3 PublV das europäische Recht vor Augen haben. Der Bundesrat hat sich ansonsten klar zu einer vollständigen Zitierweise bekannt (Bericht

---

SVLR-Bulletin 149/2017 S. 44, 50

des Bundesrates über Motionen und Postulate der gesetzgebenden Räte im Jahre 2005 vom 10. März 2006, BBl 2006, 3103 ff., 2003 P 03.3102 Öffentlichkeit von Gesetzestexten. Übernahme der für die Schweiz relevanten EU-Rechtserlasse in die schweizerische Rechtssammlung, N 20.6.03, Vollmer, BBl 2006, 3105, Hervorhebung nur hier):

"Mit dem neuen Publikationsgesetz vom 18. Juni 2004 (PublG, SR 170.512) wurde die schon vorher bestehende Praxis verankert, wonach Texte, die bereits in einem in der Schweiz zugänglichen offiziellen Organ publiziert sind, nur **durch Verweis auf das Amtsblatt der Europäischen Union in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts (AS)** veröffentlicht werden (Art. 5 Abs. 2 Bst. b PublG [i.d.F. vor dem 1. Januar 2016]). [...] In den Fällen, wo auf Erlasse des europäischen Rechts verwiesen wird, wird den Anliegen einer korrekten und kohärenten Zitierweise vermehrt Rechnung getragen. Ein Abschnitt der im Jahre 2003 aktualisierten Ausgabe der Gesetzestechnischen Richtlinien des Bundes befasst sich eingehend mit dieser Verweisthematik."

Dementsprechend bleibt unklar, was der Bundesrat in der Botschaft zur Änderung des Publikationsgesetz (Botschaft Änderung PublG, S. 7078) sagen wollte. Gemeint ist wohl, dass *bei Angabe der Fundstelle* auf die Angabe der Internetadresse der EU verzichtet werden kann. Alle übrigen Quellen fordern klar die Angabe der Fundstelle im Amtsblatt.

<sup>21</sup> Aus diesem Grund steht die Publikation der Passagierrechtsverordnung im Widerspruch zu Art. 5 Abs. 2 PublG. Es werden weder Fundstelle noch Bezugsquelle genannt.

#### 4. Rechtsfolgen mangelhafter Publikation

<sup>22</sup> "Die Publikation von Erlassen bildet im demokratischen Rechtsstaat [...] eine unabdingliche Voraussetzung für ihre Anwendbarkeit und Verbindlichkeit gegenüber dem Bürger" (BGE 120 Ia 1 ff., 8 E. 4b m.w.H.; Benjamin Schindler, Art. 5, in: Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich 2014, S. 100 ff., N. 38). Die Pflicht zur Publikation ergibt sich bereits aus der Bundesverfassung (BGer., a.a.O.; Art. 5 Abs. 1 BV gemäss Schindler, a.a.O., N. 38).

Im Publikationsrecht des Bundes wird diese Voraussetzung bekräftigt (vgl. BGer., a.a.O.). Gemäss Art. 8 Abs. 1 PublG entstehen Rechtspflichten aus den Gesetzestexten, "sobald die Texte nach den Bestimmungen des Abschnitts [=Art. 1-10 PublG] veröffentlicht worden sind". Wird eine Norm nicht ordnungsgemäss publiziert, "kann [sie] auch keine Rechtswirkung entfalten" (BGer., Urteil 2C\_950/2012 vom 8. August 2013, E. 5.2). Die Bestimmung des Publikationsgesetzes entspricht den verfassungsrechtlichen Vorgaben bzw. bringt diese zum Ausdruck (Schindler, a.a.O., N. 38).

---

SVLR-Bulletin 149/2017 S. 44, 51

<sup>23</sup> Ein nicht ordnungsgemäss publizierter Erlass entfaltet allerdings nicht notwendigerweise überhaupt keine Rechtswirkungen; es gilt vielmehr der Grundsatz der *relativen Unwirksamkeit* (Thomas Sägesser, Art. 8 PublG, in: Daniel Kettiger/Thomas Sägesser [Hrsg.], Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes, Bern 2011, S. 243 ff., N. 10 f.; vgl. auch Roth, a.a.O., S. 259 ff.). Dieser Grundsatz besagt, dass der mangelhaft publizierter Erlass gegenüber der oder dem Einzelnen nicht durchgesetzt werden kann; demgegenüber können programmatische, organisationsrechtliche oder rein begünstigende Normen (im Verhältnis Staat – Bürger)



durchaus anwendbar sein (Sägesser, a.a.O., N. 11, Roth, a.a.O., S. 259 f.). Dieser Auffassung ist auch der Bundesrat in der Botschaft PublG, S. 7729:

"Solange es sich z. B. um Bestimmungen organisatorischer Natur oder um solche handelt, die den Rechtsadressaten Rechte gewähren, ist eine Anwendbarkeit auch vor der Veröffentlichung zulässig. In einem Entscheid des Bundesgerichts wird festgehalten, dass auch eine fehlende Veröffentlichung nicht ausschliesst, dass ein Erlass Rechtswirkungen im Sinne der Begründung von Rechten entfalten kann (BGE 100 Ib 343)."

Ausgeschlossen sind für den Einzelnen *belastende Wirkungen* aus einer nicht ordnungsgemässen Publikation. Art. 8 Abs. 1 PublG bringt dies dadurch zum Ausdruck, dass der Begriff "Rechtspflichten" verwendet wird.

<sup>24</sup> Im vorliegenden Fall stellt die Passagierrechtsverordnung für die Flugunternehmen eine *Belastung* dar. Aufgrund der nicht ordnungsgemässen Publikation kann die Verordnung den Flugunternehmen keine Rechtspflichten auferlegen – weder im Verhältnis zum Staat noch zu anderen Privaten, d.h. den Passagieren.

<sup>25</sup> Soweit im Rahmen einer Publikation Fehler entstehen, kann unter Umständen zum Verfahren der *Berichtigung* gegriffen werden (vgl. Art. 10 PublG). Dabei geht es um die Korrektur «sinnverändernde[r] Fehler und Formulierungen» (Art. 10 Abs. 1 PublG). Weitere Korrekturmöglichkeiten bestehen im Publikationsgesetz nicht, so dass davon auszugehen ist, dass eine nicht ordnungsgemässe Publikation nachzuholen ist. Im Übrigen handelt es sich bei der Publikation der Passagierrechtsverordnung nicht um ein Versehen, sondern fehlt die Angabe zum Amtsblatt auch bei weiteren europäischen Verordnungen im Luftfahrtbereich.

Ein solcher Mangel kann nicht als unbeachtlicher "Formfehler" angesehen werden (in diese Richtung möglicherweise Regula Dettling-Ott, Das sektorielle Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft: Aspekte der Anwendbarkeit und eine erste Bilanz, ZSR 2006 I, S. 3 ff., 10; sinngemäss Gutachten Tobler, N. 60, wo diese Auffassung auch für das Bundesgericht angenommen wird; zu diesem BGE vgl. unten Ziff. 34 ff.; anders Dettling-Ott, 10 Jahre LVA, a.a.O., S. 12 ff.). Die *Form* ist für die Publikation gerade das Entscheidende. Es geht immer

---

SVLR-Bulletin 149/2017 S. 44, 52

um die "sog. formelle Publikation im Sinne einer *authentischen* und *förmlichen*, sprich im gesetzlich vorgesehenen Verfahren und über ein *ordentliches Publikationsorgan* erfolgende *Bekanntgabe der verbindlichen Rechtstexte*" (Bernhard Waldmann/Zeno Schnyder v. Wartensee, Funktion und Bedeutung der amtlichen Gesetzessammlungen heute, LeGes 2013/1, S. 11 ff., 20). Die fehlerhafte Veröffentlichung ist der fehlenden Veröffentlichung gleichgestellt (ausführlich Roth, a.a.O., S. 68 ff.). Die Angabe der Fundstelle oder Bezugsquelle ist eine gesetzliche Anforderung, die sich aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 PublG klar ergibt. Sie wird gerade für das europäische Recht als "wichtig" bezeichnet (Roth, a.a.O., S. 62; vgl. auch oben Ziff. 19).

<sup>26</sup> Die Einhaltung der Vorschriften des Publikationsgesetzes erscheint nicht zuletzt auch deswegen geboten, da das Luftfahrtrecht bereits eine Vereinfachung für die Publikation von Vorschriften vorsieht. Gemäss Art. 6a Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (Luftfahrtgesetz, LFG, SR 748.0) können im Bereich des Übereinkommens von Chicago und der europäischen Zusammenarbeit technische Vorschriften als anwendbar erklärt und vereinfacht publiziert werden. Für die Passagierrechtsverordnung besteht keine solche Erleichterung.

## 5. Kenntnis der Norm

<sup>27</sup> Die Kenntnis einer Norm spielt für deren Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit keine Rolle, sofern es an einer ordnungsgemässen Publikation fehlt. Die Amtliche Sammlung erfüllt auch gar nicht in erster Linie eine Informationsfunktion; die AS gehört nicht zur "Pflichtlektüre" der Rechtsunterworfenen (Sägesser, a.a.O., N. 18). Die Aufgabe der Kenntnisvermittlung "erfüllen andere Institutionen, z.B. die Massenmedien, Orientierungsschriften und Auskunftsstellen von Amtsstellen oder Verbänden, der Unterricht in Schulen usw.; nur Fachleute und besonders interessierte Personen informieren sich aufgrund der publizierten Erlasstexte über deren Inhalt" (Georg Müller/Felix Uhlmann, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3. Aufl., Zürich 2013, N. 165). Dementsprechend trifft den Staat über die formelle Publikation hinaus oft auch eine Bekanntmachungspflicht. Grundlage dafür ist aber nicht oder nur zum Teil das Publikationsgesetz, sondern in erster Linie Art. 10 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010; vgl. Sägesser, a.a.O., N. 18). Diese Pflicht zur Verbreitung ("materielle Publikation") ist mit der formellen Publikation nicht zu verwechseln und ersetzt diese auch nicht (Waldmann/Schnyder v. Wartensee, a.a.O., S. 20; ähnlich Roth, a.a.O., S. 16 ff., der zuerst die "Dokumentationsfunktion", dann die "Informationsfunktion" nennt).

<sup>28</sup> Die effektive Kenntnis der Rechtsnorm spielt für deren Verbindlichkeit keine Rolle. Die Privaten können nicht einwenden, eine ordnungsgemäss publizierte Norm nicht gekannt zu haben (*Grundsatz der Kenntnisvermutung*; vgl. Sägesser, a.a.O., N. 18; Botschaft PubLG, S. 7728). Umgekehrt ist aus Sicht des Staates der Einwand

---

| SVLR-Bulletin 149/2017 S. 44, 53

unbehelflich, die Privaten hätten eine nicht ordnungsgemäss publizierte Norm gekannt. Es besteht also eine Symmetrie zwischen den positiven und negativen Wirkungen der Publikation (Waldmann/Schnyder v. Wartensee, a.a.O., S. 21).

<sup>29</sup> Damit stimmt überein, dass die Kenntnis nur in besonderen Fällen berücksichtigt wird. Zu nennen ist Art. 8 Abs. 3 PubLG. Nach dieser Bestimmung erzeugt die Publikation *im ausserordentlichen Verfahren* (Art. 7 Abs. 4 PubLG) nur eine *widerlegbare Kenntnisvermutung*: "Wird ein Erlass im ausserordentlichen Verfahren veröffentlicht, so bleibt der betroffenen Person der Nachweis offen, dass sie den Erlass nicht kannte und ihn trotz pflichtgemässer Sorgfalt nicht kennen konnte" (Art. 8 Abs. 3 PubLG). Bei der ordentlichen Publikation ist die Vermutung dagegen *unwiderlegbar* und die effektive Kenntnis unbeachtlich (so auch Dettling-Ott, *10 Jahre LVA*, a.a.O., S. 13). Genau das dürfte gemeint sein, wenn das Bundesgericht ausführt, die Publikation bilde "eine **unabdingliche** Voraussetzung" für die Verbindlichkeit der Norm gegenüber den Rechtsunterworfenen (BGE 120 Ia 1 ff., 8 E. 4b, Hervorhebung nur hier; Schindler, a.a.O., N. 38: "... unabdingbare Voraussetzung ..."). "Unabdinglich" (oder "unabdingbar") bedeutet, dass es gerade nicht auf die effektive Kenntnis ankommen kann (zurückhaltender Zivilgericht Basel-Stadt, BJM 2013, S. 79 ff., 83 f.; ihm folgend Hochstrasser, a.a.O., S. 18). Alternativ wird "Nichtigkeit" angenommen (BGE 99 IV 164 ff., 167 E. 4; zur Durchbrechung aus Gründen der Verkehrssicherheit vgl. unten Ziff. 36) oder von einem "absoluten Publikationsgebot" gesprochen (Roth, a.a.O., S. 266):

"Der Bürger muss nur dem Recht gehorchen, das vom Staat ordentlich oder ausserordentlich publiziert worden ist. Deshalb gilt für den Bürger verpflichtende Rechtsnormen ein absolutes Publikationsgebot. Die betreffende Rechtsnorm, deren Veröffentlichung unterlassen wurde, ist gar nie Bestandteil der Rechtsordnung geworden. Verhaltensnormen, die nicht publiziert wurden, sind nichtig."

<sup>30</sup> Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Angabe der Fundstelle im Amtsblatt der Europäischen Union bei der formellen Publikation in der AS durchaus eine Informationsfunktion zukommen kann. Wird wie bei der Passagierrechtsverordnung nur der Titel angegeben, kann es zu Unsicherheiten über die



massgebende Fassung kommen. Wird die Passagierrechtsverordnung geändert und ist diese Änderung durch den Gemischten Ausschuss noch nicht nachgeführt, könnten Rechtsunterworfenen bei Angabe des blossen Titels die im europäischen Recht bereits geänderte Fassung für einschlägig halten. Für Juristinnen und Juristen mit Kenntnis der sektoriellen Abkommen mag es selbstverständlich erscheinen, dass die Verweise auf europäische Rechtsgrundlagen statisch, nicht dynamisch, ausgestaltet sind und dementsprechend nur die Erstveröffentlichung ohne Änderungen gemeint ist. Diese Kenntnis darf aber nicht allgemein vorausgesetzt werden, womit der Angabe der Fundstelle durchaus eine Funktion zukommt (in diesem Sinne

---

SVLR-Bulletin 149/2017 S. 44, 54

auch Locher, a.a.O., S. 91, der meines Erachtens zu Recht fordert, "dass der statische Charakter des Verweises durch den Zusatz «(in der) Fassung gemäss ABl. ...» hervorzuheben ist, weil die bisher übliche blosser Angabe der Fundstelle «ABl. ...» als dynamischer Verweis missverstanden werden könnte."). Dementsprechend enthält die Angabe der Fundstelle im Amtsblatt der Europäischen Union durchaus eine Information, die im Titel allein nicht enthalten ist.

<sup>31</sup> Ebenfalls nicht entscheidend, aber immerhin erwähnenswert erscheint, dass in der *Rechtssammlung zu den Bilateralen Abkommen* mit dem Suchtext "261/2004", also mit dem einfachsten und einschlägigsten Element des Titels der Verordnung, kein Treffer erzielt wird (abgerufen im Oktober 2016). Findet man die Passagierrechtsverordnung dann doch und versucht man von dort, direkt auf eine offenbar "berichtigte" Fassung zu gelangen, wird dem Suchenden mitgeteilt, es sei ein Fehler aufgetreten (abgerufen im Oktober 2016).

In der *Rechtssammlung zu den Bilateralen Abkommen* (abgerufen im Oktober 2016) findet sich der Hinweis auf das Amtsblatt der Europäischen Union, der in der Amtlichen Sammlung weggelassen wurde (für die Passagierrechtsverordnung: "ABl. L 046 vom 17.02.2004, S. 1-8"). Dagegen fehlt hier – im Gegensatz zur Publikation in der AS – der Hinweis, welche Artikel der Verordnung anwendbar sind (Art. 1-18 von 19 Artikeln). Die wirklich vollständigen Angaben erschliessen sich also nur aus der Amtlichen Sammlung und der *Rechtssammlung zu den Bilateralen Abkommen* zusammen.

## 6. Rechtsmissbrauch?

<sup>32</sup> Gemäss Art. 5 Abs. 3 BV müssen staatliche Organe und Private nach Treu und Glauben handeln. Verpönt ist insbesondere widersprüchliches Verhalten (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 712 ff.). Rechtsmissbrauch ist nicht leichthin anzunehmen.

Rechtsmissbräuchliches Verhalten der Privaten kann dazu führen, dass Privaten Ansprüche verlustig gehen, die ihnen das Gesetz oder die Verfassung einräumt. Dies gilt insbesondere für prozessuale Ansprüche (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 719 ff.). Keine Verwirkungsmöglichkeit besteht für Kerngehalte von Grundrechten (BGE 131 I 166 ff., 177 ff. E. 6).

<sup>33</sup> Im Verhältnis zu den Ansprüchen auf ordnungsgemässe Publikation ist davon auszugehen, dass auch diese verwirkt werden können. Kenntnis allein kann wie dargelegt nicht genügen. Widersprüchliches Verhalten der Swiss Global Airlines bzw. der Swiss International Airlines ist nicht ersichtlich, haben doch die Unternehmen sowohl in zivilgerichtlichen Verfahren als auch gegenüber dem Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) sich durchgängig auf den Standpunkt gestellt, die Passagierrechtsverordnung sei nicht ordnungsgemäss publiziert worden und komme im Verhältnis zu Drittstaaten nicht zur Anwendung (vgl. BJM 2013, S. 79 ff.).

---

SVLR-Bulletin 149/2017 S. 44, 55

## 7. Anwendung der Passagierrechtsverordnung aus Gründen der Rechtssicherheit oder der Verkehrssicherheit?

<sup>34</sup> Das Bundesgericht hat in BGE 138 II 42 ff. verschiedene europäische Verordnungen angewendet, welche in gleicher Weise wie die Passagierrechtsverordnung publiziert wurden. Die Frage der ordnungsgemässen Publikation wurde nicht aufgeworfen bzw. geprüft. Es fragt sich, ob aus dem Entscheid des Bundesgerichts viel abgeleitet werden kann. Im Gutachten Tobler, N. 65 f., wird es als "möglich" bzw. "nachvollziehbar" erachtet, dass das Bundesgericht aufgrund der Schaffung einer Rechtssammlung zu den Bilateralen Abkommen nach Art. 27 lit. c PublV die entsprechenden Verordnungen angewendet hat.

Dieser Auffassung ist zu widersprechen. Die *Pflicht zur Publikation* ist von der *Pflicht zur behördlichen Orientierung* zu unterscheiden (vgl. oben Ziff. 27). Aus der Rechtskenntnis der Rechtsunterworfenen kann die Behörde nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. oben Ziff. 28); Rechtsmissbrauch ist nicht ersichtlich.

<sup>35</sup> Denkbar ist, dass europäisches Recht trotz mangelhafter Publikation aus Gründen der *Rechtssicherheit* angewendet wird. Das Gebot der Rechtssicherheit nimmt im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht eine weitgehend ungeklärte Stellung ein.

Unbestritten ist, dass das Bundesgericht aus Gründen der Rechtssicherheit ein rechtlich gebotenes Ergebnis unter Umständen nicht durchsetzt. In BGE 138 I 61 ff., 95 E. 8.7, hielt das Gericht fest:

"Der Grundsatz der Rechtssicherheit gebietet im Sinne von Art. 5 BV Beständigkeit von in Kraft stehendem Gesetzesrecht. Es würde den Grundsätzen von Treu und Glauben nach Art. 9 BV krass widersprechen, wenn die auf das Unternehmenssteuerreformgesetz gestützten Dispositionen nachträglich durch Aufhebung der Volksabstimmung ihre Grundlage verlieren und demnach dahinfallen würden. Unter Aspekten der Rechtsgleichheit wäre kaum denkbar, dass bisher getroffenen Dispositionen aus Gründen von Treu und Glauben Bestand zugebilligt würde, neu angemeldete Vorkehren aber wegen Aufhebung der gesetzlichen Grundlage nicht mehr berücksichtigt würden [...] Auf der andern Seite haben die Behörden die Unternehmenssteuerreform bereits umgesetzt und in zahlreichen Fällen angewendet. Bei dieser Sachlage ist auch unter praktischen Gesichtspunkten kaum vorstellbar, wie all die vorgenommenen Vorkehren steuertechnisch rückwirkend aufgehoben würden. Schliesslich ist allgemein zu bedenken, dass eine Wiederholung einer Abstimmung kaum mehr unter gleichen Voraussetzungen und Bedingungen vorgenommen werden kann [...] Aus einer gesamten Abwägung heraus ergibt sich, dass die Aufhebung der Abstimmung vom 24. Februar 2008 nicht in Betracht fällt."

Es ist klar, dass das Gebot der Rechtssicherheit in solchen Fällen mit grosser Zurückhaltung anzuwenden ist und nicht zu einer Aufwei-

---

| SVLR-Bulletin 149/2017 S. 44, 56

chung rechtlicher Vorschriften führen darf. Der vom Bundesgericht zu beurteilende Fall war in vielerlei Hinsicht aussergewöhnlich.

<sup>36</sup> In eine ähnliche Richtung geht die Praxis des Bundesgerichts, dass Vorschriften im Strassenverkehr aus Gründen der *Verkehrssicherheit* zu beachten sind, auch wenn sich ihre Grundlage als rechtswidrig oder gar nichtig erweist (BGE 99 IV 164 ff.; vgl. auch BGE 128 IV 184 ff.; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 1098). Die betreffenden europäischen Verordnungen in BGE 138 II 42 ff. dienen der Sicherheit, und will man die – vom Gericht gar nicht untersuchte – Anwendung europäischen Rechts in diesem Entscheid rechtfertigen, liegt es näher, auf Gesichtspunkte der Verkehrssicherheit zu greifen, als dass das Bundesgericht eine rechtswidrige Publikation allgemein als verbindlich erachtet.



<sup>37</sup> Für die vorliegend zu beurteilende Passagierrechtsverordnung sind aber weder Aspekte der Rechts- noch der Verkehrssicherheit ersichtlich, welche ausnahmsweise deren Anwendung verlangten. Die Frage der rechtsgültigen Publikation ist seit längerem umstritten und bedarf einer Klärung.

### **III. Fazit**

<sup>38</sup> Die Publikation der Passagierrechtsverordnung widerspricht Art. 5 Abs. 2 PubiG, weil weder Fundstelle noch Bezugsquelle angegeben werden. Dieser Mangel hat zur Folge, dass gegenüber Luftfahrtunternehmen keine Verpflichtungen entstehen können. Kenntnis der Fluggesellschaften ersetzt die ordnungsgemäße Publikation nicht. Auch die Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie von Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit führen zu keinem anderen Ergebnis.