



## Einleitung

# Materielle und formelle Überprüfung der Gesetzgebung: auf dem Weg zu einer besseren Gesetzgebung

Die Förderung der Qualität der Gesetzgebung ist eines der Hauptanliegen der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung. Es ist deshalb naheliegend, die wissenschaftliche Tagung 2007 den aktuellen Bestrebungen zur materiellen und formellen Überprüfung der Gesetzgebung oder – umfassender – zur Verbesserung der Qualität der Gesetzgebung zu widmen. Solche Bestrebungen gibt es zurzeit auf kantonaler Ebene, auf der Ebene des Bundes, in verschiedenen Nachbarländern der Schweiz und auch auf der Ebene der Europäischen Union.

Anders als vielleicht noch vor ein paar Jahren steht dabei nicht mehr der Abbau von Vorschriften, die Dereglementierung und Deregulierung im Vordergrund. Es geht vor allem um die Qualitätsverbesserung in der Gesetzgebung («mieux légiférer», «better lawmaking», «better regulation»)<sup>1</sup>. Die quantitative Reduktion – zum Beispiel durch die Aufhebung obsoleter Normen oder durch die Minderung der Normendichte, das heisst den Verzicht auf übermässig detaillierte Normen – kann dazu einen Beitrag leisten. Sie genügt jedoch nicht. Die Qualitätsverbesserung umfasst eine Vielzahl anderer Aspekte.

Allgemeines Ziel ist die qualitativ gute Gesetzgebung. Was aber ist darunter zu verstehen? Es gibt zahlreiche Versuche, diesen Begriff zu umschreiben. Einen interessanten Ansatz hat dabei Reinhold Hotz (1981, 297 ff.) mit seinem Kriterium der «relativen Güte» gewählt: Ein Erlass ist dann relativ gut, wenn er bestimmte Mängel nicht aufweist.<sup>2</sup> Diese negative Umschreibung hat gewisse Vorzüge gerade auch aus praktischer Sicht, weil sie die Aufmerksamkeit auf gewisse, leicht identifizierbare – und damit auch korrigierbare – Mängel richtet. Ich denke jedoch, dass eine ergänzende positive Umschreibung ebenfalls notwendig ist. Eine solche positive Umschreibung muss meines Erachtens namentlich den folgenden rechtlichen, prozeduralen, materiellen, formellen und zeitlichen Aspekten Rechnung tragen:<sup>3</sup>

- «Gute» Gesetzgebung ist rechtmässig. Sie ist vereinbar mit den übergeordneten rechtlichen Regeln und Grundsätzen der Verfassung und des Völkerrechts. Das bedeutet namentlich: Die Gesetzgebung beruht auf der erforderlichen rechtlichen Grundlage (Legalitätsprinzip), sie dient einem öffentlichen Interesse, sie ist verhältnismässig, sie schränkt die Grund-



rechte der Einzelnen nicht in unzulässiger Weise ein, sie respektiert (in föderalistischen Staaten) die Aufgaben- und Kompetenzverteilung zwischen den verschiedenen staatlichen Ebenen, sie trägt den eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen Rechnung («dispositives» Völkerrecht) und sie respektiert das zwingende Völkerrecht («ius cogens»).

- «Gute» Gesetzgebung kommt in einem rechtlich einwandfreien Verfahren zustande. Dies ist an sich im Kriterium der Rechtmässigkeit eingeschlossen. Es scheint mir jedoch sinnvoll, darauf hinzuweisen, dass nicht nur die Rechtmässigkeit des Inhalts zählt, sondern auch die Frage, wie dieser Inhalt zustande gekommen ist. Das Gebot der Rechtsstaatlichkeit gilt ganz besonders auch für das Verfahren. Dieses Kriterium kann zunächst einmal in einem positivistischen Sinn verstanden werden: Als Recht gilt, was in dem Verfahren beschlossen worden ist, das die geltende Rechtsordnung für die Schaffung rechtlicher Normen vorsieht. Implizit liegt dem Kriterium aber auch die Annahme zugrunde, dass dieses Verfahren gewissen demokratischen Anforderungen genügen muss. Die Legitimität der Gesetzgebung, die eine der wichtigsten Voraussetzungen für ihre praktische Befolgung und Durchsetzung ist, beruht massgeblich auf der Rechtmässigkeit ihres Entstehens, das heisst auf der Beachtung der entsprechenden Verfahrensvorschriften. Nur (in diesem Sinne) legitime Gesetzgebung kann «gute» Gesetzgebung sein.
- «Gute» Gesetzgebung weist sodann eine bestimmte materielle Qualität auf: Sie trägt den gesellschaftlichen Bedürfnissen und Erwartungen Rechnung und trägt zur Realisierung der gesetzten Ziele bei (Problemadäquanz, Wirksamkeit); sie leidet zudem nicht an sachlichen Widersprüchen oder Lücken (interne Kohärenz). Problemadäquanz und Wirksamkeit sind – neben der Einhaltung der Verfahrensregeln – wichtige Legitimitätsfaktoren.
- «Gute» Gesetzgebung genügt im Weiteren auch formellen Qualitätsansprüchen: Sie ist logisch strukturiert und verständlich formuliert sowie für alle Betroffenen oder Interessierten erkennbar, das heisst auch publiziert und ohne übermässigen Aufwand öffentlich zugänglich; sie enthält weder formale Inkohärenzen, unnötige Wiederholungen noch obsoleete Bestimmungen.
- «Gute» Gesetzgebung ist sparsam und beschränkt sich auf das Notwendige. Qualität hat somit auch eine quantitative Dimension: Wenn es nicht notwendig ist zu legiferieren, dann ist es notwendig, nicht zu legiferieren! Diese Montesquieu zugeschriebene *Maxime guter Gesetzgebung* be-





zieht sich einerseits auf die Frage, ob ein Tätigwerden des Gesetzgebers überhaupt notwendig ist; andererseits wird damit aber auch die normative Dichte, der hohe Detaillierungsgrad zahlreicher gesetzlicher Regelungen angesprochen. Rechtliche Normen sind eine wertvolle, knappe Ressource der Politik und sollten deshalb mit Bedacht eingesetzt werden. Zudem erschwert die übermässige Dichte rechtlicher Regelungen die Erkennbarkeit der Normen und schränkt den notwendigen Ermessensspielraum der Vollzugsbehörden ein.

- «Gute» Gesetzgebung weist schliesslich auch eine gewisse Stabilität auf. Die Gesetzgebung darf nicht zu oft oder zu rasch ändern. Ohne eine gewisse Beständigkeit ist die Gesetzgebung praktisch kaum erkennbar; und vor allem vermag sie einer ihrer zentralen Funktionen, nämlich der Gewährleistung von Erwartungssicherheit und Vorausschaubarkeit, nicht zu genügen. Ein zu hohes Produktions- und Anpassungstempo in der Gesetzgebung ist somit der Qualität der Gesetzgebung abträglich. Kommt dazu, dass überstürzte gesetzgeberische Entscheide selten auf ausreichende Entscheidungsgrundlagen abgestützt werden können.

Welche praktischen Vorkehrungen können getroffen werden, um eine ausreichende Qualität der Gesetzgebung zu erreichen? Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu unterscheiden zwischen der geltenden und der zukünftigen Gesetzgebung.

Für die Sicherung der Qualität der zukünftigen Gesetzgebung sind drei Elemente besonders bedeutsam: ein geeignetes Gesetzgebungsverfahren, ein gutes Projektmanagement bei Gesetzgebungsvorhaben und eine adäquate Methodologie der Gesetzesvorbereitung.

Was aber ist mit den Altlasten, was mit der bestehenden Gesetzgebung? Verschiedene Kantone, namentlich der Kanton Graubünden und der Kanton Tessin, haben in den vergangenen Jahren Projekte zur systematischen Überprüfung des geltenden Normenbestandes durchgeführt. Diese Projekte, die sich übrigens nicht auf formelle Aspekte allein beschränkten, konnten mit beachtlichen Ergebnissen abgeschlossen und können somit als Erfolge betrachtet werden (siehe dazu die Beiträge von Walter Frizzoni und Catherine Hutter in diesem Heft). Auch im Ausland und auf der Ebene der Europäischen Union sind ähnliche Bestrebungen im Gange (siehe die Beiträge von Elisabeth Catta zur «codification à droit constant» in Frankreich und von William Robinson zur Verbesserung der Qualität der EU-Gesetzgebung in diesem Heft).



Nicht zuletzt beeinflusst durch die positiven kantonalen Erfahrungen und veranlasst oder unterstützt durch diverse parlamentarische Vorstösse<sup>4</sup> ist im Jahre 2006 im Rahmen des Projekts Bundesverwaltungsreform auch eine Bereinigung der Bundesgesetzgebung beschlossen worden. Dieses Projekt ist aber ausschliesslich auf formelle Aspekte ausgerichtet und beschränkt sich im Wesentlichen auf die Aufhebung obsoleter Erlasse oder Bestimmungen.<sup>5</sup> Auf eine Ausweitung des Projekts auf eine – in einem zusätzlichen Schritt vorzunehmende – materielle Überprüfung hat der Bundesrat verzichtet.<sup>6</sup> Offenbar zieht er für die materielle Überprüfung einen punktuellen oder sektoriellen Ansatz der flächendeckenden, systematischen Vorgehensweise vor.

Die Zukunft wird zeigen, ob dieser Ansatz, demzufolge bestehende Erlasse immer dann auch auf ihre materielle Qualität hin überprüft werden, wenn sie ohnehin geändert werden müssen, längerfristig zur Qualitätsverbesserung der geltenden Gesetzgebung genügt. Möglich ist dies, wenn sowohl das materiell zuständige Fachamt als auch die Bundesämter mit Querschnittsaufgaben im Bereich der Gesetzgebung – und deshalb mit einer besonderen Verantwortung für die Qualität in diesem Bereich – dieser Daueraufgabe die notwendige Beachtung schenken.

Dass im Rahmen der Bundesverwaltungsreform ein Projekt zur formellen Überprüfung des Bundesrechts durchgeführt wurde, ist nicht zuletzt das Verdienst von Bundeskanzlerin Annemarie Huber-Hotz. Sie hat sich mit Nachdruck für dieses Projekt eingesetzt und dabei einige Skepsis, ja sogar Widerstände in der Verwaltung überwinden müssen. Dafür gebührt ihr Dank und Anerkennung. Die Schweizerische Gesellschaft für Gesetzgebung möchte diesen Dank und diese Anerkennung zum Ausdruck bringen, in dem sie der Bundeskanzlerin einen Paragraphen aus rostfreiem Stahl überreicht.

Weshalb aus rostfreiem Stahl? In Zusammenhang mit dem Projekt der formellen Bereinigung des Bundesrechts, bei dem es ja vor allem um die Eliminierung obsoleter Erlasse und Bestimmungen geht, hätte man möglicherweise auch an einen rostigen Paragraphen als Symbol für veraltetes, überholtes Recht denken können. Ein solcher Preis existiert aber bereits: Eine Interessengemeinschaft «Freiheit» kämpft damit gegen die Paragraphenflut und verleiht ihn an Personen, die sich aus der Sicht dieser Vereinigung für dumme oder unnötige Vorschriften einsetzen.<sup>7</sup> Ein goldiger Paragraph hingegen hätte wohl die finanziellen Mittel der Gesellschaft für Gesetzgebung übermässig strapaziert. Zudem wäre er auch sonst verfehlt gewesen, weil die Gesellschaft für Gesetzgebung keineswegs zur Verklärung und Überhöhung der Gesetzgebung neigt, sondern einen sehr pragmatischen,



nüchternen Zugang dazu pflegt und die Gesetzgebung vor allem als wichtiges gesellschaftliches Steuerungsinstrument versteht. Rostfreier Stahl versinnbildlicht qualitativ gute, dauerhafte und nützliche, das heisst wirksame Gesetzgebung. Dazu hat Bundeskanzlerin Annemarie Huber-Hotz mit dem Projekt der formellen Bereinigung des Bundesrechts beigetragen.

*Luzius Mader, Präsident der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung (SGG)*

#### Anmerkungen

- 1 Siehe die entsprechenden Aktivitäten, Berichte und Erlasse im Rahmen der Europäischen Union und der OECD, insb. den sogenannten Mandelkern-Bericht vom 13. November 2001, der von einer Expertengruppe, bestehend aus Vertretern der Europäischen Kommission und der EU-Mitgliedstaaten, unter dem Vorsitz von Dieudonné Mandelkern erarbeitet worden ist: Mandelkern-Bericht (2002); Schäuble (2007).
- 2 Siehe insb. S. 312: «Ein Erlass x (Ex) ist genau dann relativ gut (Gx), wenn es wenigstens einen erkannten und anerkannten Mangel y (My) gibt, den der Erlass x nicht aufweist ...».
- 3 Diese Überlegungen haben auch Eingang gefunden in die Botschaft des Bundesrates vom 22. August 2007 zur formellen Bereinigung des Bundesrechts (BBl 2007 6126f).
- 4 Erwähnt sei insbesondere die Motion Stähelin vom 14. Dezember 2005 zur Entrümpelung des Bundesrechts (M 05.3815).
- 5 Siehe die in Fn. 3 genannte Botschaft des Bundesrates.
- 6 In einer Motion Stähelin vom 3. Oktober 2007 (M 07.3615) wird deshalb eine solche weiter gehende materielle Entrümpelung des Bundesrechts gefordert.
- 7 Preisträgerin 2007 war Frau Nationalrätin Doris Stump, die in einem parlamentarischen Vorstoss ein Verbot von sexistischer Werbung gefordert hatte, siehe die Mitteilung in der Zeitung Der Bund vom 8. März 2007, S. 11.

#### Literatur

- Hotz, Reinhold, 1981, «Relative Güte» als Massstab bei der Vorbereitung von Erlassen, in Beiträge zur Methode des Rechts (St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Bern u. Stuttgart).
- Mandelkern-Bericht, 2002, herausgegeben vom Bundesministerium des Innern, Moderner Staat – Moderne Verwaltung. Der Mandelkern-Bericht – Auf dem Weg zu besseren Gesetzen, Berlin.
- Schäuble, Wolfgang, 2007, Bessere Rechtsetzung als politische Führungsaufgabe, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, H. 3, 209–217.