

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: 73 (1954)

Artikel: Rechtssetzungsverfahren und Rechtssetzungsformen in der Schweiz : Bemerkungen zur Praxis der Rechtssetzung, insbesondere der Gesetzgebung

Autor: Eichenberger, Kurt

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895799>

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: 10.01.2026

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

Rechtssetzungsverfahren und Rechtssetzungsformen in der Schweiz

Bemerkungen zur Praxis der Rechtssetzung,
insbesondere der Gesetzgebung

Referat von
Dr. Kurt Eichenberger,
Direktionssekretär, Aarau

| INHALTSÜBERSICHT | Seite |
|---|-------|
| Einleitung | 2a |
| § 1 Über Wesen, Sinn und Zweck der Rechtssetzungs- verfahren | 3a |
| I. Im Allgemeinen | 3a |
| II. Im Konstitutionalismus und im schweizerischen Staatsrecht | 10a |
| § 2 Über Wandlungen bei den Rechtssetzungsformen . . . | 21a |
| I. Begriffe der Rechtsformen | 21a |
| II. Vom Vorrang des Gesetzes im schweizerischen Staatsrecht | 23a |
| III. Modifikationen im Gesetzesbegriff | 30a |
| § 3 Ausschnitte aus der Rechtssetzungspraxis | 37a |
| I. Parlament, Regierung und Verwaltung in der Ge- setzgebung | 37a |
| 1. Die Ausbildung eines Vorverfahrens | 37a |
| 2. Anteile am Gesetzgebungsverfahren | 40a |
| 3. Das Übergewicht der Verwaltung | 48a |
| II. Der Rückzug der Gesetzgebung in außer- und inner- parlamentarische Kabinette | 53a |
| 1. Die Expertenkommissionen | 54a |
| 2. Die Fraktionen | 61a |
| 3. Die parlamentarischen Kommissionen | 65a |
| III. Öffentliche Meinung und Gesetzgebung | 68a |
| 1. Schwierigkeiten in der Erfassung der öffentlichen Meinung | 68a |

| | Seite |
|--|-------|
| 2. Die Vernachlässigung der öffentlichen Meinung | 70a |
| 3. Die Berücksichtigung von Gruppeninteressen | 73a |
| 4. Die Ausübung der Volksrechte | 79a |
| IV. Zwangslagen im Gesetzgebungsverfahren | 82a |
| 1. Der Parlamentarier | 82a |
| 2. Das Parlament | 85a |
| 3. Regierung und Verwaltung | 87a |
| 4. Schwindende Verantwortung | 89a |
| § 4 Hinweise auf Reformmöglichkeiten | 91a |
| I. Grundlagen | 91a |
| II. Regeneration des Parlaments | 94a |
| 1. Vorkehren im Bund | 95a |
| 2. Aufschub in den Kantonen | 102a |
| III. Korrekturen in der Vorbereitung der Rechtssetzung, insbesondere der Gesetzgebung | 103a |
| 1. Aktivierung der Regierung | 104a |
| 2. Klärungen im Vorverfahren | 106a |
| 3. Sicherstellung der Publizität | 111a |
| Zusammenfassung | 113a |
| Vorschläge | 116a |

Einleitung

Das Thema der Rechtssetzungsverfahren und Rechtssetzungsformen in der Schweiz ist vielschichtig und weitgespannt. Das Referat muß sich auf Ausschnitte beschränken. So übergeht es Darstellungen des geltenden Rechts und setzt dieses als bekannt voraus. Das ist um so mehr gerechtfertigt, als insbesondere Professor Z. Giacometti es umfassend und zusammenfassend bearbeitet hat*. Die Fragwürdigkeiten liegen heute in erster Linie in der Praxis, das heißt in der Handhabung des Rechtssetzungsrechts und in der Entwicklung der kompensatorischen Ambiance im Sinne Dietrich Schindlers**. Solche Fragen aus der

* Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941 (zit.: KStR); Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949 (zit.: BStR).

** Verfassungsrecht und soziale Struktur, 2. A., Zürich 1944, S. 92 ff.

Praxis werden angegangen. Dabei wird das Gesetzgebungsverfahren in den Mittelpunkt gestellt, da diesem verfassungsrechtlich wie verfassungspolitisch immer noch die größte Bedeutung zukommt. Das damit eng verbundene praktische Problem der Übertragung der rechtssetzenden Gewalt muß beiseite gelassen werden; es ist denn auch in der schweizerischen Literatur ausführlich, wenn auch keineswegs abschließend behandelt.

§ 1. Über Wesen, Sinn und Zweck der Rechtssetzungsverfahren

I. Im Allgemeinen

1. Rechtssetzung ist die bewußte Rechtserzeugung durch Objektivierung eines Rechtsgehalts in faßbare und bestimmte Rechtsgestalt (Rechtsform). Sie ist die bewußte Positivierung eines Rechtsinhalts zu Rechtssätzen und schließlich zu Rechtsinstituten und einer einheitlichen Rechtsordnung¹. Diese rechtserzeugende «Umsetzung», «Formgebung», wird durch das Recht selbst geregelt; sie geschieht verlaufartig, in einem Prozeß, und dieser wird durch Normen² geordnet. Der Prozeß läßt sich wesensmäßig in zwei Hauptphasen unterteilen: in die Inhaltsgebung, wo die gedanklichen Elemente zusammengetragen werden, und in die Entscheidung, wo der Inhalt als Rechtswille deklariert wird. Eigenartig ist, daß die Inhaltsgebung von Vorentscheidungen durchsetzt ist, indem fortlaufend Auslese

¹ Zu Wesen und Aufgabe der Rechtssetzung vgl. Walther Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft (zitiert: Organisation), 2. A., Zürich 1944, S. 201 ff. und 228 ff.

² Es ist meistens Verfassungsrecht im absolut materiellen Sinne, wie Z. Giacometti es umschreibt (KStR, S. 16 ff.). Es bedarf zur Funktionstauglichkeit der Ergänzungen durch außerrechtliche Normalien, durch eine komplementäre «Ambiance»; vgl. Dietrich Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur, S. 53 ff., 92 ff.

unter verschiedensten Möglichkeiten getroffen werden muß. Die schließliche Entscheidung beschränkt sich auf die gänzliche Bejahung oder gänzliche Verneinung des geschaffenen Inhalts.

Die Regelung der Rechtserzeugung hat sich, wenn sie vollständig sein soll, auf drei Gebiete zu erstrecken: Sie hat einmal die Organe zu bestimmen und einzusetzen, die das Recht zu schaffen berufen sind (Organisation im engeren Sinne, Behördenorganisation). Sie hat zum zweiten die Zuständigkeiten dieser eingesetzten Organe zu umschreiben, ihr Tätigkeitsfeld gegeneinander abzugrenzen, inhaltliche Schranken aufzurichten und allenfalls andere Anweisungen für die Inhaltsgestaltung der Rechtsordnung zu erteilen (Kompetenzordnung im engeren Sinne³). Zum dritten hat sie sich dazu zu äußern, auf welche Weise die eingesetzten Organe die ihr zugeschiedenen Kompetenzen auszuüben haben; sie hat deren Arbeitsweise festzulegen (Verfahrensordnung im engeren Sinne).

«Rechtssetzungsverfahren» bedeutet also die Arbeitsweise, in der Recht erzeugt wird. «Verfahrensrecht» ist die normmäßige Regelung dieser Arbeitsweise. Solches Recht findet sich teilweise im formellen Verfassungsrecht, das heißt in den Verfassungsurkunden, dann aber auch etwa in Abstimmungsgesetzen, Geschäftsverkehrsgesetzen, Organisationsgesetzen, Geschäftsreglementen der Parlamente und dergleichen mehr.

³ Diese ist nur teilweise absolut materielles Verfassungsrecht, nämlich soweit Widersprüche unter den berufenen Rechtssetzungsorganen ausgeschaltet werden müssen (Verteilung der Rechtssetzungsfunktion auf die verschiedenen Organe). Die inhaltlichen Beschränkungen fallen im übrigen unter das relativ materielle Verfassungsrecht im Sinne Giacomettis. Sie müssen aber nach rechtsstaatlicher Auffassung als dem Wesen der Verfassung zugehörig betrachtet werden. Vgl. unter anderen Werner Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945, S. 39 ff. und 59 ff.; Rechtsstaat und Demokratie, in Festgabe für Giacometti, Zürich 1953, S. 132 ff.

2. Das Verfahrensrecht für die Rechtssetzung bringt vorab technische Anleitungen für die Rechtssetzungsorgane. Es hat diesen einen für ihre Aufgabe tauglichen Arbeitsgang zu eröffnen und zu weisen. Insofern richtet sich seine Ausgestaltung nach der Forderung der «Zweckmäßigkeit», und seine Qualifikation hängt davon ab, ob es diesen Dienst zu leisten imstande ist. Dabei kann es streckenweit wertindifferent bleiben, nämlich als echt «technisches» Recht, das mit prozedürlichen Anweisungen auf nichts anderes als eine einfache, rationelle, kosten- und zeitsparende Tätigkeit abzielt. Daneben ist es aber zu einem guten Teil doch auch wertbezogen und durch die ideellen Grundlagen, welche die staatliche Organisation tragen, mitbestimmt.

Das Verfahrensrecht hat den Gang der Rechtserzeugung insofern nicht «an sich», losgelöst von Bindungen, zu regeln, sondern im Hinblick einerseits auf die daran beteiligten Organe sowie die zu normierenden Gegenstände und andererseits auf die aus den Verfahren hervorgehenden Ergebnisse, die Rechtsformen. Daraus erwächst ihm ein zweifacher Sinn- und Zweckbezug:

a) Die Berufung der rechtssetzenden Organe und die Zuteilung der Kompetenzen erfolgt auf Grund verfassungspolitischer Leitsätze und politischer Prinzipien, welche die Staatsstruktur (normativ) bestimmen. So setzt etwa die demokratische Auffassung die Volksrepräsentation, möglicherweise unter Zuzug der Aktivbürgerschaft, als hauptsächlichstes Rechtssetzungsorgan ein; die absolut-demokratische Auffassung grenzt dessen Kompetenzen nicht oder nur wenig ein; die rechtsstaatlich-demokratische Auffassung tut gerade dies sehr sorgfältig; der liberale Staat beschränkt die Rechtssetzung auf wenige Gegenstände (zum Beispiel Zivil-, Straf- und Prozeßrecht), der interventionistische Staat bringt eine Fülle. In einem komplizierten, feinnervigen System von «Gewichten und Gegengewichten»⁴,

⁴ «Gewichte und Gegengewichte» gibt es nicht nur zwischen den drei klassischen Gewalten, sondern auch innerhalb der einen und

von stärkenden und schwächenden Anlagen, von Einwirkungsmöglichkeiten, Hemmungen, Freisetzungen werden die Rechtssetzungsfunktionen verteilt, Rechtssetzungsermächtigungen und -aufträge ausgegeben und dadurch dem Staat ein bestimmtes Gepräge verliehen. Das Verfahrensrecht soll sich in dieses System einpassen und, mehr noch, ermöglichen, daß die Rechtserzeugung so vor sich geht, wie dieses System es voraussetzt und fordert. Diese Eingliederung erheischt eine ganz bestimmte Gestaltung des Verfahrens, das den einzelnen Faktoren der Rechtssetzung die ihnen zugedachte Rolle zu spielen gestattet, das ihre Aktivität, ihre Entfaltung, ihr Gewicht zur Geltung kommen läßt und ihre Aufgabe zu lösen erlaubt. Erst wenn Behördenorganisation, Kompetenzbereich und Verfahren aufeinander ausgerichtet und eingespielt sind und eine harmonisierende Ganzheit bilden, können sich die der gesamten Organisation der Rechtssetzung zugrundeliegenden verfassungspolitischen Leitsätze verwirklichen. Durch diese notwendige Eingliederung und Rücksichtnahme aber wird auch das Verfahren auf die staatstragenden Anschauungen, durch welche Behördenorganisation und Kompetenzzuweisung bestimmt werden, sinnbezogen. Kommt die erwähnte Angleichung des Verfahrens an die weitere Organisation jedoch nicht zustande, indem das Verfahrensrecht deren Eigenarten verfehlt, krankt die Rechtssetzung und damit der Staat an einem wesentlichen Mangel.

In der begrifflichen, soziologischen und politischen Erfassung der Rechtssetzung rücken Verfahren und Behördenorganisation samt den wichtigsten Teilen der Kompetenzordnung derart nahe zueinander, daß sie ungeschieden behandelt und beurteilt werden. Das eine wird durch das andere mitbestimmt. Es ist deshalb mehr als eine Ver-

gleichen Gewalt. Sie hier weiter auszubilden, in neuen Gewaltenteilungsschemata zu erfassen und dabei doch die Einheit des Staates nicht zu gefährden, ist außergewöhnlich schwierig, weil undurchsichtig, komplex und nicht auf einfache Formeln reduzierbar (vgl. unten Anm. 64, S. 36a).

einfachung, wenn der Sprachgebrauch unter «Rechtssetzungsverfahren» in einem weiteren Sinne sowohl das eigentliche Verfahren als auch die Behördenorganisation versteht: Die gesamtheitliche Regelung der Rechtserzeugung ist nicht nur die formelle⁵ Voraussetzung für das zu schaffende Recht, sondern auch eine funktionell untrennbare Einheit.

b) Rechtssetzung ist Formgebung. Sie endet da, wo der Rechtsgehalt im Gewand des Rechtssatzes, des Rechtsinstitutes und schließlich der Rechtsordnung als Objektivation seine relativ verselbständigte Existenz annimmt und so für die weitere Rechtsverwirklichung — Anwendung und Vollstreckung — verwendbar ist. Das Nahziel der Rechtssetzung ist mit der Formvollendung erreicht. Die Organisation der Rechtssetzung, insbesondere das Verfahren aber sind unter diesem Gesichtspunkt in erster Linie Mittel, nämlich Apparat und Weg, um die Rechtsform zustande zu bringen. Dabei kann sich die Ausgestaltung dieses Mittels an der Bedeutung ausrichten, welche der zu schaffenden Rechtsform in der Rechtsordnung zugedacht ist. Rechtssätze von Tragweite oder sonstwie ausgezeichnete Natur werden in anderer Gestalt auftreten und demzufolge anders zustande gebracht werden dürfen als solche, die untergeordneten Charakters sind. Es gibt einen wertbestimmten Stufenbau der Rechtsformen, nach denen sich das Rechtssetzungsverfahren richten darf. Das Ziel — die Rechtsform — bestimmt insofern voraus den Weg, das Rechtssetzungsverfahren (vgl. auch unten § 2, I, S. 21a f.).

Die Rechtsform hat vor allem zwei Forderungen zu erfüllen: Sie muß, um richtiges Recht darzustellen, erstens in ihrem «formalen» Aufbau logisch richtig, das heißt folgerichtig, widerspruchslös, vollständig und in der Hierarchie der Normordnung richtig eingestuft sein. Zweitens hat sie in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung unter Beachtung der

⁵ Walther Burckhardt, *Methode und System des Rechts* (zitiert: *Methode*), Zürich 1936, S. 107 ff.

Realien⁶ den staatspolitischen und ethischen Anforderungen, namentlich der Gerechtigkeit, Genüge zu tun. Die Form, die diesen Postulaten entspricht, kann Anspruch auf Verbindlichkeit (normative Geltung) machen und erhält, nach allgemeiner Erfahrung, kraft Anerkennung und Handhabung durch die rechtsanwendenden Organe soziologische Geltung, das heißt Wirksamkeit.

Das Verfahren als Mittel zur Erzeugung der inhaltstragenden Rechtsform wird, wenn es sinnvoll geordnet ist, ermöglichen, daß diese formal und inhaltlich die erwähnten Forderungen erfüllt und dadurch normative wie soziologische Geltung erlangt. Das Verfahren kann seiner Natur nach freilich kaum positiv dafür garantieren, daß die Form effektiv jenen Konstitutionsprinzipien gemäß gestaltet wird; das hängt, vor allem was den politischen und ethischen Gehalt betrifft, vielmehr von der persönlichen Tauglichkeit des Rechtssetzers und von allfälligen verfassungsgerichtlichen Sicherungen ab. Aber das Verfahrensrecht kann mehr oder weniger wirksame Dämme gegen verfehlte Formgestaltungen aufrichten, indem es — negativ — rechtsmißbräuchliche, willkürliche, unüberlegte, widerspruchsvolle Lösungen erschwert.

In bezug auf die richtige Einordnung der Form in den Stufenbau der Normordnung — zum Beispiel Gesetz oder Verordnung — hat das Verfahren in Verbindung mit der Behördenorganisation freilich eine entscheidende Funktion: der Rang der Rechtsform in der Normenhierarchie hängt davon ab, durch welche Organe und in welchem Verfahren sie geschaffen worden ist.

Eine Sonderheit in der Beziehung zwischen Form und Verfahren steigert dessen Bedeutung außergewöhnlich: in der Praxis wird einer Rechtsform die normative Geltung schon dann zugeschrieben, wenn sich ihre Erzeugung in

⁶ Im Sinne Eugen Hubers, *Recht und Rechtsverwirklichung*, 2. A., Basel 1925, S. 281 ff.; Burckhardt, *Methode*, S. 249 f.; Hugo Sinzheimer, *Theorie der Gesetzgebung*, Haarlem 1948, S. 63 ff.

normmäßig geordneten Verfahren vollzogen hat. Die Beachtung der Verfahrensvorschriften ist nun zwar sicherlich formelle Voraussetzung der Verbindlichkeit⁷, nach rechtsstaatlicher Auffassung freilich nicht die einzige; es sollten eben auch und vor allem die inhaltlichen und formalen Konstitutionsprinzipien, wie sie oben umschrieben worden sind, vorhanden sein. Davon wird jedoch leicht abgesehen und allein schon in der Einhaltung des Verfahrensrechts der Geltungsgrund der Rechtsform angenommen⁸. Da aber die als normativ gültig betrachtete Rechtsform regelmäßig in soziologische Geltung versetzt wird, kann im Verfahren die wesentlichste rechtliche und tatsächliche Grundlage für die Wirksamkeit einer Rechtsnorm und damit auch der Rechtsordnung erblickt werden.

Schließlich führt die Verbindung von Verfahren und Rechtsform auch dazu, daß sie zu korrelativen Begriffen werden: mit der Bestimmung des einen ist auch das andere festgelegt. Wenn das Verfahren feststeht, ist auch die Form gegeben, und wenn die Form feststeht, ist

⁷ Für eine normlogische Auffassung des Rechts die einzige. Vgl. dazu Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Leipzig und Wien 1934, S. 73 ff. Aber auch eine «radikal-demokratische» Auffassung kann, wie noch auszuführen sein wird, den Inhalt außer acht lassen: Volk oder Volksrepräsentation können jeden beliebigen Inhalt schaffen und in normative Geltung setzen; wesentlich ist einzig, daß er auf dem Wege zustande kommt, an dem die die Demokratie verbürgenden Organe beteiligt sind. Das gilt auch für eine formelle Rechtsstaatlichkeit positivistischer Prägung. (Vgl. unten S. 27a, Anm. 44.)

⁸ Vgl. aber auch Hans Schneider, *Die Bedeutung der Geschäftsordnungen oberster Staatsorgane für das Verfassungsleben*, in *Festschrift für Rudolf Smend*, Göttingen 1952, S. 307: «Man war (sc. im 19. Jahrhundert) überzeugt davon, daß ein richtig geregeltes Verfahren der beste Weg sei, um zu einer wahren und inhaltlich richtigen Entscheidung zu gelangen. Die Wahl einer guten Technik schien deswegen eine Notwendigkeit, ja sogar eine ausreichende Garantie für die inhaltliche Richtigkeit und Güte des Ergebnisses ihrer Anwendung.»

auch das Verfahren bekannt. Das wird vor allem der begrifflichen Erfassung der Rechtsformen dienstbar gemacht⁹.

II. Im Konstitutionalismus und im schweizerischen Staatsrecht

1. Die schweizerische Staatsauffassung, wie sie im Verfassungsrecht des Bundes und der Kantone Niederschlag gefunden hat, ist dem Konstitutionalismus verhaftet, der zwar keine vollständige oder gar einheitliche Theorie, wohl aber im 19. Jahrhundert trotz mannigfaltigen Variationen eine erstaunliche Gleichheit und relative Konstanz in den Grundzügen entwickelt hat. Dazu trat — seit den vierziger Jahren, mit Vehemenz allerdings erst nach 1860 — die aus den Ideen der späteren Aufklärung und der Französischen Revolution genährte radikal-demokratische Erweiterung der unmittelbaren Volksbeteiligung¹⁰. Konstitutionalismus und Demokratismus haben Sinn und Zweck der Rechtssetzungsverfahren und -formen in der Schweiz maßgeblich bestimmt¹¹. Soweit normiert, sind sie auch im heute geltenden Verfahrensrecht noch enthalten.

In der Rechtserzeugung wird das volksrepräsentierende Parlament als Legislative in den Mittelpunkt gerückt. Es erhält die meisten Rechtssetzungskompetenzen zuge-

⁹ Die Korrelation führt jedoch dazu, daß die positivrechtlichen Definitionen der Formen (etwa des einfachen Gesetzes) mit der Umschreibung des Verfahrens (zum Beispiel als referendumspflichtigen Erlaß des Parlamentes) tautologisch bleiben und dem Rechtsetzer wenig dienen. Dieser wäre nämlich darauf angewiesen, zu erfahren, welches Verfahren, bzw. welche Form für eine beabsichtigte Rechtssetzung zu wählen sei. Darauf gibt ihm nur ein materieller Begriff der Rechtsform Antwort. (Vgl. unten § 2, I, S. 21a f.).

¹⁰ Vgl. Eduard His, Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts, Basel 1929/38, II, S. 72 ff., 230 ff., 258 ff., 276 ff.; III, S. 217 ff., 291 ff., 323 ff., 357 ff., 1173 ff.

¹¹ Dazu kommt im Bund die föderalistische Komponente. Diese muß im folgenden vernachlässigt werden.

wiesen und wird — normativ¹² — fast nur durch die Grundrechte beschränkt. Die Normalform, in die das Recht gekleidet wird, ist das Gesetz (vgl. unten § 2, II/III, S. 23aff.). Der Demokratismus schiebt allerdings einen Teil des Volks in Gestalt der Aktivbürgerschaft unmittelbar in den Gang der Rechtserzeugung ein, indem er ihr Initiativ- und Entscheidungsrechte einräumt. Doch wird das Parlament dadurch im Grundsatz nicht depossediert: es behält — abgesehen vom schwerfälligen, selten angewendeten Institut der formulierten Gesetzesinitiative — den materiell wichtigsten Teil der Rechtssetzung, die Inhaltsgebung, in der Hand und kann mit Hilfe der verbliebenen Entscheidungsbefugnisse die Rechtsordnung nach seinem Willen durch Gesetzesrecht gestalten. Darüber hinaus verbleibt ihm, namentlich in den Kantonen, eine das Volk ausschließende Rechtssetzungskompetenz («Verordnungsrecht» der Legislativen). Die Revisionsbestimmungen der meisten Verfassungen gliedern das Parlament auch in das Pouvoir constituant ein und geben ihm dadurch noch vermehrtes Gewicht. Der Exekutive dagegen wird nur ein beschränktes Mitspracherecht in der legislativen Rechtssetzung zugebilligt (Initiativ- und Antragsrechte) und überdies ein zum Teil selbständiges, zum Teil unselbständiges Verordnungsrecht in bescheidenem Umfange gewährt. Die Exekutive bleibt zur Hauptsache auf Vollziehungs- und Regierungsfunktionen verwiesen.

Das Verfahrensrecht im engeren Sinne kann sich angesichts der dominierenden Stellung der Legislative und seiner Erlasse im wesentlichen damit begnügen, die Arbeitsweise des Parlamentes und die Modalitäten der Volksbeteiligung zu normieren; der Gang der Rechts-

¹² Politisch-soziologisch ist der Bereich der staatlichen Betätigung eng begrenzt. Und normativ macht die Legislative des Bundes eine wichtige Ausnahme: sie kann nur in denjenigen Gebieten legislieren, die ihr durch die Bundesverfassung ausdrücklich überlassen werden (Art. 3 BV). Immerhin kann der Bundesverfassungsgeber durch Revisionen diesen Bereich ausdehnen.

setzung durch die Exekutive darf als nebensächlich fast ganz vernachlässigt werden. So bildet sich denn ein umfangreiches, detailliertes und kompliziertes Verfahrensrecht des Parlamentes und der Aktivbürgerschaft aus, das, seiner Bestimmung gemäß, versucht, die Rechtssetzung den Organen, ihren Kompetenzen und den Rechtsformen angemessen zu gestalten und sich an den aus der Staatsauffassung fließenden verfassungspolitischen Leitsätzen auszurichten, bzw. diese sich realisieren zu lassen.

2. Parlament und politische Volksrechte erhalten Relief und verfestigte Gestalt in einer Epoche, in welcher der Staat als begrenzte Ordnung vorgefunden und bestimmt wird¹³. Die staatliche Gemeinschaft hat im Grundsatz nur solche Gegenstände in den Kreis ihrer rechtlichen Regelung einzubeziehen, welche die Kraft des einzelnen übersteigen oder welche nicht gesellschaftlichen Wirksamkeiten überbunden werden können. Es sind zur Hauptsache die tradierten friedensstiftenden und friedenserhaltenden Ordnungen der wichtigsten menschlichen Beziehungen, wie Personen-, Familien- und Erbrecht, Vermögensrechte, gemeines Strafrecht, Polizeirecht, Organisationsrecht namentlich für Gericht und Verwaltung, dann freilich auch Sozialrecht in bescheidenen Anfängen. Es ist die Epoche der großen, zusammenfassenden Kodifikationen im Privatrecht und der zurückhaltenden Einzelgesetzgebung im öffentlichen Recht. Größe und Berufung der Rechtssetzung werden erkannt, und die Träger staatlichen Willens und öffentlicher Meinung versuchen durchaus nicht, sich den daraus erwachsenden Aufgaben zu entziehen. Im Gegenteil, es ist gerade in der Schweiz ein Zeitalter freudiger Staatsbejahung und teilweise gar Staatsgläubigkeit. Aber die Berufung des Staates und seiner Rechtssetzung wird

¹³ Zeitlich gesprochen handelt es sich in der Schweiz um die Periode von der Regeneration (um 1830) an bis etwa zur Jahrhundertwende. Die endgültige Abkehr bringt der erste Weltkrieg, allerdings erst faktisch. Vgl. Kägi, Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848, ZSR 71 (1952), S. 197, 201.

nicht in einer unbegrenzten Tätigkeit gesehen, sondern in der Lösung der wohl großartigen, aber überblickbaren Regelung wichtigster und dauernder menschlicher Beziehungen in den Grundlagen¹⁴.

In diese Auffassung und Aufgabe hineingestellt, durch sie auch großgezogen, ist es das Hauptanliegen des konstitutionellen Verfahrensrechts, zu ermöglichen, daß das berufene Parlament einen sachlich und ethisch richtigen Gesetzesinhalt¹⁵ zustande bringt. Dazu sollen unter anderem folgende institutionellen Vorkehren und Zwecksetzungen beitragen:

a) Das Parlament hat Raum zu bieten für das geordnete Gespräch, für die im Rhythmus der Dialektik sich entwickelnde Gedankenbildung eines Kollektivorgans, in deren Gefolge bei öffentlicher Rede und Gegenrede ungebundener Repräsentanten die Wahrheit im Tatsächlichen, die Richtigkeit im bewertenden Urteil und damit auch im Normgehalt getroffen werden^{16, 17}.

¹⁴ Hans Wilhelm Schrader, Recht und Gesetze, in «Recht, Staat und Wirtschaft», III, Düsseldorf 1951, S. 80 f., hebt drei Aufgaben des Gesetzgebers hervor: Die Findung solcher Rechtsregeln, 1. die sich in der Rechtsüberzeugung des Volkes gebildet haben und die zur Ausschaltung von Irrtümern, Mißdeutungen und Übertreibungen in feste Formen zu gießen sind; 2. die unklare Rechtsvorstellungen zu klaren Normen gestalten und die Rechtsentwicklung lenken; 3. die außerhalb des «täglichen Lebens» liegen, aber für die Funktion des Rechtsapparates nötig sind (zum Beispiel Verfahrensrecht).

¹⁵ Zum richtigen Gesetzesinhalt gehört insbesondere auch seine Verfassungsmäßigkeit. Das Parlament als erster Hüter und Wahrer der Verfassung soll diese Aufgabe in seinem üblichen Verfahrensgang erfüllen.

¹⁶ Diese namentlich von Carl Schmitt (Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 2. A., München und Leipzig 1926; Verfassungslehre, München und Leipzig 1928, S. 315 ff.) vertretene Sinnbezeichnung des Parlaments und damit auch des Gesetzgebungsverfahrens, die teilweise direkt auf Guizot und Constant zurückgehen, sind angefochten worden. So haben sich zum Beispiel auch Richard Thoma, Zur Ideologie des Parla-

Das setzt unter anderem dreierlei voraus. Einmal muß der Repräsentant bereit und fähig sein, Meinung und Willen im Schoße des Parlamentes zu bilden; er soll nicht durch außerparlamentarische Bindungen gelenkt und eingengt sein; es braucht die Institution des «freien Mandates»¹⁸. — Dazu kommen die parlamentarischen Immunitäten im Sinne einer Garantie für die Redefreiheit (Unverantwort-

mentarismus und der Diktatur, in Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 53 (1924), S. 212 ff., ferner Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. A., Tübingen 1929, S. 53 ff., insbesondere S. 58, dagegen ausgesprochen. Allein, ideengeschichtlich ist die Auffassung Schmitts wohl unanfechtbar. Und soziologisch ist sie kein unvollziehbarer Gedanke gewesen. Das Parlament zehrt heute noch vom Glauben an das läuternde Gespräch. Das hindert nicht, dem Parlament gleichzeitig auch integrierende Funktionen zuzusprechen.

¹⁷ Die echte Diskussion drängt die Entscheidungsfunktion des Gesetzgebers in den Hintergrund. Denn die echte Diskussion bringt die Wahrheit in der Sachfrage und Übereinstimmung in der ethischen Bewertung hervor. Wahrheit und Richtigkeit des Werturteils sind evident. Jeder Einsichtige wird sie übernehmen, so daß die Entscheidung nichts anderes darstellt als die zwingende Schlußfolgerung aus den Argumenten der Diskussion. Deshalb darf nach einer solchen Auffassung der parlamentarischen Tätigkeit auch eine an Einstimmigkeit grenzende Beschlußfassung erwartet werden: nur der Unbelehrbare, Uneinsichtige wird sich nicht anschließen können. Unter diesem Gesichtswinkel darf aber zugleich auch erwartet werden, daß das Gesetz die *Volonté générale* im Sinne Rousseaus trifft und in Rechtsgestalt gießt, weil die *Volonté générale* die Wahrheit enthält, vernünftig und gerecht ist. (Vgl. auch Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur, S. 129 und 141; ferner Fernando Garzoni, Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen Staatsdenken des 19. Jahrhunderts, Zürich 1952, S. 56 f.) Erst Positivismus und Relativismus in vielen Schattierungen (vgl. Helmut Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950, S. 95 ff.), die im Dezionismus enden, haben die Diskussion entwertet: sie rücken den Entscheid in den Mittelpunkt.

¹⁸ Im weitesten Sinne, im Sinne von Unabhängigkeit von Wähleraufträgen, von finanziellen und wirtschaftlichen Bindungen, von Instruktionen durch Kantone. Vgl. dazu auch Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 318.

lichkeit) und der strafprozessualen Unverletzlichkeit (Verfolgungsprivileg). Verfahrensrechtlich im engeren Sinne werden diese Einrichtungen ergänzt und verstärkt in einer freiheitlichen Ordnung der Debatte durch Gewährung freier Rede, unbeschränkter Antragsrechte und sinnvoller Abstimmungsvorschriften, ferner — wenn auch zurückhaltend — in Vorkehren gegen grobe Obstruktionsversuche durch die Möglichkeit, übermarchende Redner zurechtzuweisen und gar von der Versammlung auszuschließen oder Verhandlungen aufzuschieben und abubrechen. — Zum dritten setzt die Gestaltung richtigen Gesetzesinhaltes im parlamentarischen Gespräch auch voraus, daß der Abgeordnete den geistigen Anforderungen, die an den Rechtssetzer gestellt werden müssen¹⁹, persönlich gewachsen sei. Er muß sich nicht nur auf die Kunst der Meinungsbildung durch Diskussion verstehen, sondern auch und vor allem die für die rechtliche Gestaltung eines Gegenstandes erforderlichen sachlichen und juristischen Kenntnisse mitbringen. Er soll Argumente und Gegenargumente zu erfassen, zu verarbeiten und zu beurteilen vermögen. Er braucht Sachkenntnis, Urteilskraft, offenen Blick und weiten Horizont. Das Verfahrensrecht übersieht nicht, daß es außerstande ist, diese Qualität des Gesetzgebers sicherzustellen. Dies ist ja der Natur der Sache nach eine Sorge der politisch-gesellschaftlichen «Ambiance», namentlich des politisch verantwortungsvollen Handelns der Parteien und Aktivbürger in den Wahlen. Aber es erwartet, daß dieser Voraussetzung in praxi Genüge getan werde, was sich rechtlich gleichsam am Rande bemerkbar macht: die Auslese der tüchtigen Kräfte wird anfänglich im Majorzwahlsystem zu ermöglichen versucht; die Vorstellung des liberalen Zeitalters, daß «Bildung», das heißt auch geistige Ausrüstung für den Beruf des Rechtssetzers, mit «Besitz» ver-

¹⁹ Über die allgemeingültigen Anforderungen an den gesetzgebenden Menschen vgl. Sinzheimer, Theorie der Gesetzgebung, S. 72 ff.

bunden sei, erlaubt, den Parlamentarier ehrenamtlich einzusetzen oder doch nur für Aufwendungen schadlos zu halten.

b) Das große Wagnis, menschliche Beziehungen durch menschengeschaffene Gesetze gerecht, dauerhaft, sinnvoll zu bestimmen²⁰, erfordert umfassende Kenntnisse der tatsächlichen Verhältnisse, sorgfältige Bewertung und Voraussicht. Das parlamentarische Verfahren hat dementsprechend Gelegenheit zu einer sorgfältigen Arbeitsweise, zur hinreichenden Überlegung und zur Beschaffung tatsächlicher Materialien zu bieten. Zu diesem Ziele wird eine Vielzahl von Mitteln bereitgestellt²¹, wie etwa: Beratung und Entscheidung werden zwei gleichgeordneten Kammern übertragen, um eine möglichst umfassende, alle wesentlichen Momente beachtende Bearbeitung sicherzustellen. Wo nur eine einzige Kammer eingesetzt ist, sucht sie dasselbe mit mehrmaliger, zeitlich gestaffelter Beratung zu erreichen. Um die Übersicht zu gewinnen, das Grundsätzliche hervorzuheben und das Eindringen in die Materie zu erreichen, wird die Beratung in Eintretens- und Detailberatung gegliedert und durch Referenten in großer Breite eingeleitet. Die Möglichkeit, nach Schluß der Beratung auf das Ganze oder auf Einzelheiten zurückzukommen, soll übersehene Unzulänglichkeiten ausmerzen. Das Ende der Beratung wird von der endgültigen Entscheidung (Schlußabstimmung) zeitlich oft getrennt, damit unüberlegte Reaktionen ausgeschaltet bleiben. Eine ausführliche Protokollierung soll die Bedeutung der Beratung unterstreichen. Selbst das Begutachtungsrecht der Exekutive in bezug auf Initiativen aus der Mitte des Parlamentes oder aus dem Volk, Kantonen oder Gemeinden dient primär der gründlichen Abklärung der Tragweite. Wenn die Exekutive ein

²⁰ Vgl. Hermann Jahrreiß, *Größe und Not der Gesetzgebung*, Bremen 1952, S. 29 ff.

²¹ Die meisten der in der Folge aufgezählten Mittel haben auch noch andere Zweckbestimmungen. Auf diese braucht in diesem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden.

eigenes Initiativrecht ausübt, begründet sie ihre Vorlage in tatsächlicher, rechtlicher und politischer Hinsicht in ausführlichen Botschaften; und wenn das Parlament die Gegenstände durch Ausschüsse (parlamentarische Kommissionen) vorberaten läßt, so geschieht es wesentlich zur Erfassung technischer Einzelheiten.

Dem parlamentarischen Verfahren ist eine große Ruhe eigen, ein breit ausladendes, fast gemächliches Hinfließen im Strom der Zeit und der umfassenden Überlegung. Es ist jeder Eile abhold und setzt in reichem Maß Sicherungen ein, um Hast, Abkürzungen, Augenblicksentscheidungen auszuschalten. Das Gesetz als Frucht geistiger Zucht soll reifen können in einer Atmosphäre der Sorgfalt, der Umsicht, der Muße im guten Sinne.

c) Das gesetzte Recht bedarf nach konstitutioneller²² wie demokratischer Auffassung der Verwurzelung im Volk, und zwar — abgekürzt ausgedrückt — in zweifachem Sinn: es soll herauswachsen aus dem objektiven Geist des Volks, es soll aber auch, wenn und weil positiviert, wieder eingehen in den objektiven Geist des Volks und hier seine ständige Belebung finden. Es darf deshalb nicht das einzige Anliegen des Gesetzgebers sein, den sachlich und logisch richtigen Rechtssatz zu finden; er soll zugleich den spezifischen Gehalten und Begehren entsprechen, die im Volke wirksam sind und mit Hilfe des Rechts dort wirksam bleiben können. Ja, die «richtige Norm», die der Gesetzgeber in seiner Tätigkeit anstrebt, kann Anspruch auf diese Eigenschaft erst machen, wenn der Wille des Volks und die tragenden Prinzipien in ihr leben. Die praktische Schwierigkeit liegt darin, daß das Volk als Träger des Volkswillens wegen der Unmöglichkeit, sich zu versammeln oder als

²² Die verdienstvolle Aufzeigung der Antinomien zwischen Rechtsstaat und Demokratie hat zeitweilig die Tatsache etwas zuge deckt, daß auch der Konstitutionalismus den Regreß des Rechts auf das Volk anstrebt. Vgl. dazu Garzoni, Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen Staatsdenken des 19. Jahrhunderts, S. 13, 52 ff., 74 ff., 125 ff., 191 ff.

Versammlung zu handeln²³, den Inhalt des Rechts nicht selbst zu prägen vermag und auch die Entscheidungsfunktion nur in beschränktem Umfang sich vorbehalten kann. Es ist auf leitende Vermittlung und umfassende Darstellung angewiesen. Diese der Versammlung von Volksvertretern zu überbinden, entspricht der konstitutionellen wie der durch die Praxis geprägten demokratischen Auffassung; der Lösungsversuch einer Repräsentation des Volks im Parlament wird Gemeingut.

Um die legislative Repräsentation als die Darstellung und Lenkung der politischen Einheit des Staates in der Rechtssetzung zustande zu bringen, braucht das dazu berufene Parlament die lebhafteste Kommunikation mit dem Volk, vor allem mit der wahren öffentlichen Meinung als dem sachrichtigen, dauerhaften und ausgebreiteten Motivationselement des Volkswillens²⁴. Die direkte Volkswahl und die kurze Amtsdauer der Abgeordneten sollen dazu beitragen, die Repräsentationsgrundlagen periodisch überprüfen und, wo nötig, korrigieren zu können. Ein Berufsparlament wird in der Schweiz als ausgeschlossen behandelt²⁵, weil die Gewißheit besteht, der Abgeordnete

²³ Die von Carl Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren*, Berlin und Leipzig 1927, S. 32 ff., hervorgehobene Polarität von *populus* und *magistratus* ist im Ansatz unbestreitbar, für schweizerische Verhältnisse in den Ableitungen aber zu extrem.

²⁴ Über Begriffe und Voraussetzungen der öffentlichen Meinung vgl. unter anderen Hermann Heller, *Staatslehre*, Leiden 1934, S. 173 ff.; Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 242 ff.; Robert Schnyder von Wartensee, *Die öffentliche Meinung als Element der staatlichen Willensbildung in der Demokratie*, Affoltern a. A. 1946, S. 5 ff.; Hans Huber, *Öffentliche Meinung und Demokratie in der neueren amerikanischen Staatslehre*, in *Festgabe für Karl Weber*, Zürich 1950, S. 34 ff.; Erich Kalt, *Das Prinzip der Öffentlichkeit staatlichen Handelns als Voraussetzung der demokratischen Willensbildung*, Zug 1953, S. 17 ff. Vgl. dazu unten § 3, III, 1, S. 69a f.

²⁵ Was sich zum Beispiel schon darin zeigt, daß die Bundesverfassungen von 1848 und 1874 mit einer einzigen Session rechnen. Im kantonalen Verfassungsrecht ist es nicht anders.

bedürfe fortdauernd der Rückkehr in das Volk, wo er seine Fundierung zu belassen habe. Die Kommunikation zwischen Volk und Legislative soll aber vor allem auch durch die «Öffentlichkeit der Rechtssetzung» gesichert werden. Dazu gehört in erster Linie, daß Beratung und Beschlußfassung des Parlamentes allgemein zugänglich sind und daß eine freie Presse über den Verlauf uneingeschränkt berichten darf. Öffentliche Kritik und Diskussion an der parlamentarischen Arbeit sind ermöglicht und bleiben grundsätzlich straffrei. Diese Öffentlichkeit, die das Verfahrensrecht im weiteren Sinne zu gewähren hat, erweitert den Zustrom der öffentlichen Meinung in die Rechtssetzungsarbeit, korrigiert Mängel und füllt Lücken in der Repräsentationsaufgabe der Abgeordneten: die Chance, daß das Gesetz dem «Willen des Volkes» entspricht, vergrößert sich. Das volksrepräsentative Parlament hat aber im Konstitutionalismus noch weniger die Funktion, die öffentliche Meinung in den Ratssaal und schließlich in das Gesetz hineinzutragen, als vielmehr die eigene Meinung hinauszutragen in das Volk und sie zur wahren öffentlichen Meinung auszuweiten. Das Parlament ist als «Prägestätte der öffentlichen Meinung» (Giacometti) und als bedeutungsvoller Integrationsfaktor²⁶ ausersehen. Es hat durch sein öffentliches Verfahren das gesetzte Recht in das Rechtsbewußtsein des Volkes überzuführen und seine Anerkennung zu begründen; es hat die politische Einheit des Staates im Gebiete der Rechtssetzung zu verwirklichen^{27, 28}.

²⁶ Vgl. Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München 1928, S. 36 ff., 91.

²⁷ Kalt, *Das Prinzip der Öffentlichkeit staatlichen Handelns als Voraussetzung der demokratischen Willensbildung*, S. 37 ff., schreibt der Öffentlichkeit der parlamentarischen Verhandlungen folgende Wirkungen zu: Öffentlichkeit verhindert Mißtrauen, fördert Verständnis, zwingt zum sorgfältigen Entscheiden, ermöglicht Kontrolle, ermöglicht Integration, ist Voraussetzung zur freien, selbständigen Meinungsbildung der Bürger.

²⁸ Die integrierende Funktion des Parlamentes ist in hohem Maße in den 1803 neu geschaffenen Kantonen, aber auch im Bund

3. Konsequente Ableitungen aus dem Prinzip der Volkssouveränität und teils romantische Umsetzung historischer Überlieferungen in praktisch-politische Postulate, ferner auch ein gewisses, fast ererbtes Mißtrauen des schweizerischen Volks gegen den parlamentarischen Betrieb und schließlich die Erfahrung, daß die Repräsentation in praxi den Volkswillen verfehlen und sich Eigenmächtigkeiten herausnehmen kann, hat dem schweizerischen Staatsrecht in einzigartiger Weise die unmittelbare Beteiligung von Aktivbürgern am Rechtssetzungsverfahren gebracht. Die abschließende Entscheidung über das Gesetz muß oder kann vom aktiven Volke gefällt werden, und ein Bruchteil der Aktivbürgerschaft kann auf mannigfaltige Art die Initiative zur Rechtssetzung ergreifen. Der demokratische Gedanke der Identität von Regierten und Regierenden wird dadurch in einem außergewöhnlichen Maß verwirklicht.

Diese Initiativ- und Referendumsdemokratie ist von einem tiefen Optimismus in die Leistungsfähigkeit des einzelnen Bürgers und des Volks als Ganzes getragen. Die Aktivbürgerschaft wird als tauglich betrachtet, das Wahre und Echte zu erkennen, vernünftig zu urteilen, das dem Gemeinwesen Zuträgliche zu wollen, persönliche Interessen und Rücksichtnahmen hintanzustellen, Freiheit und Verfassung zu achten und zu schützen. Das durch das Volk entschiedene Recht ist richtiges Recht im umfassendsten Sinne des Wortes. Es kommt lediglich darauf an, die öffentliche Meinung frei bilden und den Willen des Volks unverfälscht zum Ausdruck kommen zu lassen. Die Garantie von Freiheiten für die öffentliche Kritik vorgelegter Entwürfe und für die öffentliche Diskussion in den Referendumskampagnen, das heißt von Rede-, Versammlungs-

nach 1848 zum Ausdruck gekommen. Die rasche, historisch merkwürdige Konsolidierung der Kantone St. Gallen und Aargau zum Beispiel geht denn zu einem guten Teil auf die Tätigkeit ihrer Parlamente im 19. Jahrhundert zurück. Wieweit dies bewußt war, steht offen.

Vereinsfreiheit, selbst aber auch Gewissensfreiheit, soll die Bildung einer wahren öffentlichen Meinung ermöglichen. Ein detailliertes Verfahrensrecht hat zu gewähren, daß diese zum entscheidenden Volkswillen verdichtet werden kann: allgemeines und gleiches Stimmrecht, lange Referendumsfristen, sorgfältige Sicherung des Stimmgeheimnisses, Erleichterungen in der Stimmabgabe, zuverlässige Feststellung des Ergebnisses, Rekursmöglichkeiten, strafrechtliche Sanktionen für Beeinträchtigungen der Willensbildung. Das Initiativrecht des Volks, das die Passivität, das Unvermögen oder auch die Widerspenstigkeit des Parlaments als Inhaltgeber gegen den Volkswillen ausgleichen soll, wird durch tief angesetztes Quorum, durch eine beschränkte Überprüfungsmöglichkeit auf die inhaltliche Verfassungsmäßigkeit und durch die Verpflichtung zu ungesäumter Erledigung erleichtert und gefördert.

§ 2. Über Wandlungen bei den Rechtssetzungsformen

I. Begriffe der Rechtsformen

Die im Rechtssetzungsverfahren erzeugte Rechtsform macht das Recht sichtbar, faßbar. Sie trägt den Rechtsgehalt. Sie ermöglicht dessen Umsetzung in die Tatsächlichkeit.

Nun kennt der Staat, der Recht setzt, regelmäßig verschiedene Rechtsformen, die sich wertmäßig unterscheiden; sie sind, nach Rang geordnet, in einer Hierarchie des Geltungswertes eingestuft.

Verschiedene Rechtsformen auszubilden, begründet sich in der Notwendigkeit, Besonderheiten in den Rechtssetzungsaufgaben, in der Behördenorganisation und im Verfahren Rechnung zu tragen (vgl. oben S. 5a ff.). Die Unterscheidung der Rechtsformen ergibt sich darnach einerseits aus einer Verschiedenheit der Erzeugung, indem entweder die rechtssetzenden Organe oder der Verfahrensgang oder beides

variiert werden; andererseits fließt sie aus Verschiedenheiten der Rechtssetzungsaufgaben, was sich in Differenzen inhaltlicher Eigenschaften der Rechtsformen niederschlägt. Eine Rechtsform erlangt denn da die sinnngemäße Bestimmung, wo Erzeugung und inhaltliche Eigenschaften aufeinander bezogen sind: Behördenorganisation und Verfahrensregelung sollen den inhaltlichen Eigenschaften der angestrebten Rechtsform entsprechen und umgekehrt. Die Differenzierung von Rechtsformen ist erst voll begründet, wenn diese sich nicht allein in bezug auf ihre Erzeugung, sondern auch in bezug auf ihre inhaltlichen Qualitäten auseinanderhalten lassen. Dementsprechend bemißt sich auch die wertmäßige Unterscheidung der Rechtsformen in der Bedeutung, die in der Rechtsgemeinschaft — kumulativ — einer Behördenorganisation mit ihrem Verfahrensgang und den inhaltlichen Qualitäten der von ihnen erzeugten Rechtsformen zugeschrieben wird. Zahl, Eigenschaften und Rangordnung der Rechtsformen ist dergestalt aufs engste mit der Staatsstruktur verbunden.

Die doppelte Bezugnahme der Rechtsformen — auf die Erzeugung und auf inhaltliche Qualitäten — wird nun freilich bei ihrer Bestimmung tatsächlich nicht immer beachtet. Die einzelne Rechtsform wird zum Beispiel oft einzig nach den sie erzeugenden Organen und deren Verfahren bestimmt und derart von anderen Formen abgehoben. Das ergibt einen formellen Begriff der Rechtsform. Sie kann aber auch nach inhaltlichen Eigenschaften bestimmt werden, was zu einem materiellen Begriff der Rechtsform führt. Sinnvollerweise würde nur ein einziger Begriff gebildet²⁹. Begrifflich läßt sich eine Ausscheidung zwischen Rechtsformen überhaupt nicht treffen, wenn Organe, Verfahren oder inhaltliche Qualitäten nicht wechseln. Es ist deshalb auch wenig sinnvoll, wenn — wie das in der schweizerischen Staatspraxis üblich ist — die nach Erzeu-

²⁹ Vgl. Hermann Heller, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, Berlin und Leipzig 1928, S. 112 ff.

gung und inhaltlicher Qualität gleichartigen Rechtserlasse verschiedene Bezeichnungen tragen; hier liegen keine differentiellen Rechtsformen vor.

II. Vom Vorrang des Gesetzes im schweizerischen Staatsrecht

1. Das in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ausgebildete schweizerische Staatsrecht hat ein einfaches System an Rechtsformen gebracht: Verfassung, Gesetz und Regierungsverordnung³⁰. Als die Aktivbürgerschaft in die Gesetzgebung einbezogen wurde, erhielten die Parlamente für eigene Rechtssetzungen eine Verordnungsform³¹. Die Differenzierung der Rechtsformen und deren Geltungskraft wurde vorab vom Gang der Erzeugung her gewonnen: der Kreis der daran beteiligten Organe oder deren spezifischer Verfahrensgang wechselte von der einen zur anderen Form³². Demgemäß ließen sich (positivrechtlich) formelle Begriffe von den Rechtsformen bilden. In bezug auf inhalt-

³⁰ Vgl. Eduard His, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, III, Basel 1938, S. 296 ff., 397 ff., 447.

³¹ Zu den Verordnungsformen der Legislativen gehört auch der allgemeinverbindliche dringliche Bundesbeschluß vor 1949. Vgl. O. H. Müller, Die Verordnungs Kompetenzen der kantonalen Legislativen, Aarau 1942; Hellmut Hungerbühler, Der dringliche Bundesbeschluß, Zürcher Diss. 1951.

Die nicht referendumpflichtigen Rechtssetzungsakte unbekümmert um das erlassende Organ unter der Bezeichnung Verordnung zusammenzufassen, entsprach der älteren Auffassung und vor allem auch der Praxis. Später wurde die Bezeichnung den Erlassen der Regierung vorbehalten. Vgl. dazu His, a. a. O., S. 398; O. H. Müller, a. a. O., S. 12 ff. Vor allem Giacometti geht indessen wieder auf die alte Umschreibung zurück (vgl. zusammenfassend KStR, S. 488; BStR, S. 771), und die allgemeine Auffassung folgt ihm.

³² Immerhin mit Ausnahmen: In Kantonen mit obligatorischem Verfassungs- und Gesetzesreferendum kann auch die verfahrensmäßige Differenzierung wegfallen, ebenso zwischen Bundesgesetz und allgemeinverbindlichem Bundesbeschluß nicht dringlicher Natur.

liche Eigenschaften aber fehlte eine durchgängige Unterscheidung; im Verfassungsrecht mangelten vielseitig Elemente, um materielle Begriffe von den Rechtsformen zu prägen. Das fiel anfänglich nicht merklich ins Gewicht³³, weil einerseits eine feststehende Vorstellung über die Eigenschaften der Gesetzesform vorhanden war³⁴ und andererseits die Gegenstände, die den Ordnungsformen zugänglich waren, verfassungsrechtlich limitiert waren³⁵. Das enthebt vom Bedürfnis, materielle Begriffe der Rechtsformen festzustellen.

Was feststand, war ein Gesetzesbegriff als Zentralbegriff. Er knüpfte an den Begriff des Rechtssatzes an, worunter verstanden wurden generell-abstrakte Normen, die in Rechtsvollziehungsakten der Konkretisierung und Verwirklichung zugeführt werden³⁶. Zu solchen Rechts-

³³ Ähnlich Theo Guhl, Bundesgesetz, Bundesbeschluß und Verordnung, Basel 1908, S. 71. Im Bund bereitete eigentlich einzig die Unterscheidung zwischen Bundesgesetz und allgemeinverbindlichem Bundesbeschluß gemäß Art. 89 BV Sorge, und es wurde — erfolglos — nach materiellen Kriterien gesucht (vgl. dazu auch Guhl, a. a. O., S. 8 f., 43; jetzt wohl abschließend Giacometti, BStR, S. 742 ff.).

³⁴ Vgl. Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, S. 105.

³⁵ Vgl. unter anderen O. H. Müller, Die Ordnungskompetenzen der kantonalen Legislativen, S. 49 ff., 238 ff.; H. R. Siegrist, Die selbständige Ordnungsverordnungskompetenz der Kantonsregierungen, Aarau 1939, S. 25 ff.; Johannes Roth, Das Polizeiverordnungsrecht des Bundesrates und der Kantonsregierungen, Zürich 1947, S. 121 ff.

³⁶ Ohne die Merkmale der Allgemeinheit und Abstraktheit kann nicht von einem Rechtssatz gesprochen werden, nämlich von der Rechtsgestalt, die auf einer Voraus-Setzung mit dem Ziel nachheriger Anwendung durch Konkretisierung beruht. Insofern sind die Merkmale logischer Natur und allgemeingültig. Daneben sind sie freilich auch ethisch begründet, nämlich im Gleichheitssatz demokratischer und rechtsstaatlicher Prägung. Vgl. unter anderen Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 266 f.; Hans Marti, Das Ordnungsrecht des Bundesrates, Zürich 1944, S. 52 ff.; Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 139 ff.; Hans

sätzen gehören einmal Verhaltensnormen, die an die Allgemeinheit gerichtet sind und den Privaten ein Verhalten zwingend oder nichtzwingend vorschreiben³⁷. Sobald die Rechtsnatur der Organisationsnormen erkannt³⁸ wird und wenn ferner das Merkmal der Allgemeinheit nicht mit der Gesamtheit der Rechtsunterworfenen identifiziert, sondern in der Unbestimmtheit der Adressaten schlechthin erblickt wird³⁹, fallen auch organisatorische Normen unter den Rechtssatzbegriff, das heißt solche Normen, die staatliche Organe einsetzen, ihren Aufgabenkreis umschreiben und ihren Verfahrensgang regeln⁴⁰. Dieser weitgespannte Rechtssatzbegriff erfaßt sämtliches objektive Recht, und der Gesetzesbegriff nimmt diesen Rechtssatzbegriff in sich auf. Ausgeschieden werden lediglich organisatorische Normen in beschränktem Umfange⁴¹. Die in der Behördenorganisation

Haug, Die Schranken der Verfassungsrevision, Zürich 1947, S. 100 f.

³⁷ Diese Umschreibung entspricht der heutigen Rechtslehre; im 19. Jahrhundert waren die Eigenarten der Normen noch nicht dergestalt bestimmt, aber zweifellos in der Rechtsauffassung — zum Beispiel auch in der Eigentums- und Freiheitsformel des deutschen Gesetzesbegriffs — implizite vorhanden. Auf die Genese kann hier nicht eingegangen werden.

³⁸ Vgl. darüber Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, S. 123 f., im Anschluß an Gierke und Smend.

³⁹ Marti, Das Verordnungsrecht des Bundesrates, S. 52 ff.

⁴⁰ Vgl. unter anderen Giacometti, BStR, S. 739 ff. (Verhaltensrecht = Rechtssätze im engeren Sinne; Organisationsrecht = Rechtssätze im weiteren Sinne); Paul Reichlin, Verfassung, Gesetz und Verordnung im Kanton Schwyz, ZBl 44 (1943), S. 203 ff.; Roth, Das Polizeiverordnungsrecht des Bundesrates und der Kantonsregierungen, S. 58 ff.; G. Bütikofer, Die Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinden, Zürich 1950, S. 52.

⁴¹ Vgl. dazu im Grundsätzlichen u. a. Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. A., Zürich 1939, S. 61 ff.; Herbert Krüger, Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, in Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 212 ff. Wie Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, S. 121, 123 f., dargetan hat, ist diese Entlassung von Rechtssätzen organisatorischer Natur aus dem Gesetzesbegriff

und im Verfahren begründete absolute Vorrangstellung von Parlament und Aktivbürgerschaft erfordert eben den Einbezug grundsätzlich allen Rechts in deren Rechtsform; die überragende Stellung der Gesetzgebungsorgane teilt sich ihrer Rechtsform mit. Diese allgemeine Erscheinung in der Epoche des Konstitutionalismus zeigt sich auch in der Schweiz⁴². Sowohl das Prinzip der Gewaltenteilung, wie es damals verstanden wurde, mit seiner Forderung, die Rechtssetzung vom Rechtsvollzug objektiv und subjektiv zu trennen, als auch das Prinzip der Volkssouveränität mit seiner Forderung, die Rechtssetzung den Volksrepräsentanten und der Aktivbürgerschaft anzuvertrauen, wie schließlich das formelle rechtsstaatliche Prinzip mit seiner Forderung, Rechtsvollziehungsakte nur auf Grund von parlaments- bzw. volksbeschlossenen Rechtssätzen ergehen zu lassen, verschafften den referendumspflichtigen Rechtserlassen der Parlamente einen so unbestrittenen Vorrang, daß ihre Rechtsform, das Gesetz, «grundsätzlich die einzige Form der Rechtsschöpfung» darstellte⁴³. Das gibt denn den eigenartigen liberal-demokratischen Gesetzesbegriff, der keine anderen Unterscheidungsmerkmale aufführt als die

und seinem Vorbehalt nicht durch logische Abgrenzung, sondern durch Tradition, Zweckmäßigkeit, Machtlage und Rechtsbewußtsein erfolgt.

⁴² Einschränkungen ergeben sich in den Kantonen Uri, Obwalden, St. Gallen und Graubünden. Vgl. dazu O. H. Müller, Die Verordnungskompetenzen kantonaler Legislativen, S. 198 ff.; Giacometti, KStR, S. 470. Vgl. ferner Reichlin, Verfassung, Gesetz und Verordnung im Kanton Schwyz, S. 203 ff.

⁴³ Hans Huber, Verbandsrecht und staatliches Recht, ZBl 50 (1949), S. 52. Vgl. unter anderen Guhl, Bundesgesetz, Bundesbeschluß und Verordnung, S. 65; His, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, III, S. 371 f.; 398; Burckhardt, Kommentar, S. 665; Giacometti, KStR, S. 469; BStR, S. 739; O. H. Müller, Die Verordnungskompetenzen der kantonalen Legislativen, S. 72, 196 f.; Konrad von Orelli, Das Verhältnis von Demokratie und Gewaltenteilung und seine Wandlungen, Aarau 1947, S. 127; Kägi, Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848, ZSR 71 (1952), S. 201.

generelle und abstrakte Formulierung und damit einen allgemeinen Vorrang und Vorbehalt beansprucht.

Das heißt nun nicht, daß die Gesetze nicht doch durch gewisse inhaltliche Qualitäten ausgezeichnet gewesen wären. Diese ergaben sich aus den Gegenständen, die der Gesetzgebung zugeschrieben wurden; die Rechtssetzung war auf wesentliche, am Maßstab der Gerechtigkeit meßbare, die wichtigsten Sozialbeziehungen betreffenden Regelungen begrenzt (vgl. oben § 1, II, 2, S. 12a f.). Das Gesetz brachte Rechtssätze entsprechender inhaltlicher Eigenschaften.

Der Positivismus in der Rechtslehre, der das Gesetz auf keinen bestimmten Inhalt festlegte und schließlich der Gesetzesform grundsätzlich jeden Inhalt zugestand, sowie die radikal-demokratische Auffassung von der Unbeschränktheit der Volksgesetzgebung⁴⁴, förderten die Formalisierung des Gesetzesbegriffs⁴⁵. In der schweizerischen Praxis wirkte sich diese Wandlung des Gesetzesbegriffs selbst indessen nicht voll aus, da mit dem ersten Weltkrieg die Entwicklung des Gesetzgebungsstaates abgebrochen wurde; die Problematik des positivistischen Rechtssatzbegriffs übertrug sich jedoch auf das Verordnungsrecht.

2. Mit dem «perpetuierten Ausnahmezustand» (Kägi), der mit dem ersten Weltkrieg einsetzt, wird das liberal-demokratische System der Rechtsformen gestört. Einerseits werden Rechtsformen, die von Verfassungen wegen ausgesonderten Gegenständen vorbehalten sind, allgemein

⁴⁴ Vgl. Werner Kägi, Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzipes, Zürich 1937, S. 158 ff., 204 ff., 222 ff.; Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 152 ff.; Rechtsstaat und Demokratie, S. 108 ff.; Hans Huber, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in Festgabe für Giacometti, Zürich 1953, S. 68 ff.

⁴⁵ Vgl. Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, S. 98 ff.; Dietrich Schindler, Zum Wiederaufbau der Rechtsordnung in «Recht — Staat — Völkergemeinschaft», Zürich 1948, S. 105 ff.

und übermäßig beansprucht⁴⁶. Derart werden vor allem die unselbständige Regierungsverordnung, ferner die selbständige und unselbständige Verordnung der Legislative — zum Beispiel der allgemeinverbindliche dringliche Bundesbeschluß — forciert; in dieses Bild gehört aber auch die übermäßige Beanspruchung der Verfassungsform durch sehr ausführliche oder befristete oder konkrete Regelungen. Andererseits werden Zwischenformen ausgebildet, vorab die sogenannten Genehmigungserlasse, wo die Rechtsschöpfung einem Staatsorgan übertragen, einem anderen aber die konstitutive oder deklaratorische Genehmigung vorbehalten bleibt⁴⁷. Schließlich wird die Setzung objektiven Rechts von staatlichen Organen auf Verbände übertragen und dem Staat nur eine beschränkte Mitwirkung gelassen⁴⁸.

⁴⁶ Vgl. Giacometti, KStR, S. 274 f., 486 ff., BStR, S. 476, 786 f., 790 f.; Marti, Das Verordnungsrecht des Bundesrates, S. 21 ff.; von Orelli, Das Verhältnis von Demokratie und Gewaltenteilung, S. 135 ff.; Hungerbühler, Der dringliche Bundesbeschluß, S. 120 ff.; Thomas Speiser, Vom Notrecht in der Demokratie, Zürich 1953, S. 71 ff.; Ernst Brack, Die Gesetzesdelegation in der Praxis des Bundes, Zürich 1953, S. 63 ff.

⁴⁷ Vgl. Werner Christ, Die Genehmigung von Verordnungen der Exekutive durch die Legislative, Affoltern 1945; O. H. Müller, Die Verordnungskompetenzen der kantonalen Legislativen, S. 181 ff., 295 ff.; Florent Droeve, Die Genehmigung kantonalen Gesetze und Verordnungen durch den Bundesrat als Problem des Bundesstaates, Zürich 1950.

⁴⁸ Hans Huber, Verbandsrecht und staatliches Recht, S. 52 ff.; Giacometti, BStR, S. 805 ff.; Helene Thalmann-Antenen, Die Allgemeinverbindlichkeit der Gesamtarbeitsverträge, Zürich 1944; Hans Georg Giger, Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, Bern 1951, S. 143 ff., 181 ff.

Die «qualifizierte Rechtsverordnung», wie sie in Vorentwürfen zu einem neuen Arbeitsgesetz für die Schaffung von Verbandsrecht zwingenden Charakters vorgesehen war, scheint trotz intensiver Fürsprache (vgl. zum Beispiel Eduard Naegeli, Die Mitwirkung der Verbände bei der Rechtssetzung, unter besonderer Berücksichtigung der qualifizierten Rechtsverordnung, in Festgabe für Hans Nawiasky, Einsiedeln 1950, S. 206 ff.) aufgegeben worden zu sein.

Forcierung und Differenzierung der Rechtsformen entspringen in erster Linie dem Bedürfnis, die Verfahrensgänge bzw. den Kreis der an der Rechtssetzung Beteiligten zu modifizieren. Soweit das Verfassungsrecht sie überhaupt beachtet, legt es das Gewicht auf verfahrensrechtliche Regelungen; die formellen Begriffe der betreffenden Rechtsformen lassen sich deshalb ohne Mühe feststellen. Unklarheiten bestehen indessen in bezug auf die materiellen Begriffe. Zwar werden zuweilen die Gegenstände, die in den betreffenden Rechtsformen zu regeln sind, faßbar bezeichnet; hier entfällt die praktische — nicht aber die dogmatische — Notwendigkeit, materielle Begriffe festzustellen. Zuweilen liefert das Verfassungsrecht zumindest Anhaltspunkte, die erlauben, einer Rechtsform inhaltliche Qualitäten zuzuschreiben und damit Abgrenzungen herbeizuführen⁴⁹. Oft aber läßt es inhaltliche Abgrenzungen offen. So ist es zum Beispiel in Fragen der inhaltlichen Qualifikation bzw. der Abgrenzung zwischen Gesetz und selbständiger oder delegierter Allgemeinverordnung mit primären Rechtssätzen⁵⁰, zwischen Gesetz und all-

⁴⁹ Das ist zum Beispiel möglich im Verhältnis zwischen Gesetz und Vollziehungsverordnung, wofür Giacometti (KStR, S. 489; BStR, S. 774) die relativen Begriffe von primären und sekundären Rechtssätzen ausgebildet hat.

⁵⁰ Auf die Frage der Begründung der Verordnungsformen ist hier nicht einzugehen. Der Schweizerische Juristenverein hat sie 1943 bei der Behandlung der Gewaltentrennung im schweizerischen Staatsrecht behandelt (ZSR 62, S. 339a ff.). Die Klärung ist seither nicht wesentlich weitergediehen. Allgemein anerkannt ist die Zuständigkeit der Vollziehungsorgane, selbständige Verordnungen zu erlassen und in Ausführung von Gesetzen Rechts- oder Allgemeinverordnungen zu statuieren. Umstritten bleibt der Umfang des selbständigen Ordnungsrechts für Allgemeinverordnungen, insbesondere Polizeiverordnungen, während die Befugnis zu gesetzesvertretenden Verordnungen auf Grund einer Übertragung der rechtssetzenden Gewalt entweder überhaupt verneint oder in beschränktem Umfange bejaht wird. Die verfassungsrechtliche Ausmarchung, wie sie Oswald (a. a. O.) gefordert hat, ist bis heute unterblieben.

gemeinverbindlichem dringlichem Bundesbeschluß, zwischen Gesetz und Genehmigungsverordnung. Wo die Verfassungen keine klaren Antworten geben, muß Auslegung, bzw. rechtsschöpferische Verfassungspraxis helfen.

Und hier bestehen nun große Unsicherheiten: Der Rückgriff auf die Grundlagen der Verfassungen mit einer als teleologisch bezeichneten, dabei aber stark historisch⁵¹ gerichteten Auslegungsmethode fördert regelmäßig den liberal-demokratischen Gesetzesbegriff, oft mit seiner positivistischen radikal-demokratischen Verschärfung, und dem daran geknüpften Allgemeinvorbehalt zutage. In praxi aber denkt niemand ernsthaft daran, die neuen oder die forcier-ten alten Formen abzubauen, das Gesetz in seinen Vorrang wieder einzuweisen. Im konkreten Fall streitet denn eine «aus dem Leben gegriffene» Rechtsanschauung gegen den liberal-demokratischen Gesetzesbegriff.

Die Rechtsformen bedürfen der Überprüfung auf ihre materielle Begründung und der Ausbildung materieller Begriffe. Die Klärung hat das Verfassungsrecht zu bringen. Die Diskussion aber muß beim Gesetzesbegriff einsetzen.

III. Modifikationen im Gesetzesbegriff

1. Ziel der Rechtssetzung ist, richtiges Recht zu schaffen. Behördenorganisation und Verfahren sollen es ermöglichen. Die Rechtsform ist Ausdruck der Abstimmung der verfahrensmäßigen Rechtserzeugung auf jenes Ziel. Der Begriff des Gesetzes und seine rangmäßige Stellung bestimmen sich nach dieser koordinierenden Zurechnung. Wenn nun abgekürzte Rechtssetzungsverfahren richtiges Recht produzieren, während das Gesetzgebungsverfahren es nur beschränkt tut, so kann auf die Dauer nichts entgegenstehen,

⁵¹ Was keineswegs unbegründet ist. Eine historische Methode beschränkten Umfangs ist der Verfassungsinterpretation adäquater als eine von der ratio der Entstehung abgelöste Betrachtungsweise. Ähnlich Hans Huber, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzesentwurfs über die wirtschaftliche Landesverteidigung, in «Wirtschaft und Recht», 5 (1953), S. 85.

den Wandel des Gesetzesbegriffs anzuerkennen. Die bisherige Zurückhaltung der Staatslehre ist indessen verständlich, denn sie müßte bedeutungsvolle Einbrüche in die Prinzipien der Gewaltenteilung und der Volkssouveränität hinnehmen, das heißt in zwei Grundlagen, von denen in der schweizerischen Staatsauffassung schwer vorstellbar ist, daß sie der Verwirklichung des Postulates nach richtigem Recht hinderlich sein könnten.

Die heutige Rechtssetzung hat einen unermesslichen Umfang angenommen, unermesslich nicht nur in der Zahl der Erlasse⁵², sondern vor allem auch in der Ausdehnung der der Regelung unterworfenen Gebiete und in der Dichte der Normen⁵³. Die Aufgabe des Rechtssetzers ist gegenüber demjenigen aus der Zeit der Kodifikationen aber auch deswegen so schwierig geworden, weil nicht mehr tradiertes, durch Jahrhunderte gewachsenes, die einfachen Sozialbeziehungen regulierendes Recht positiviert werden muß, sondern mit Hilfe der zwangsbewehrten Rechtsnormen das Sozialgefüge, insbesondere der Ablauf des Wirtschaftsprozesses gestaltet werden soll⁵⁴.

⁵² Anton Moser stellt in einer statistischen Untersuchung (Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik 88, 1952, S. 250 ff.) die Frage: «Haben wir eine Gesetzesinflation?» Er kommt zum Schlusse: «Im Kanton Bern existiert weder eine sich anhäufende Paragraphenflut noch eine Gesetzesinflation. Aber hier wie anderwärts eignet den Vorschriften ohne Gesetzeskraft eine bedenkliche Kurzlebigkeit.» Diese Feststellungen erschüttern die Behauptungen insbesondere der Professoren Giacometti und Kägi über eine Gesetzesinflation nicht, sie bestätigen sie eher. Es ist eben zu bedenken, daß die Zunahme an Rechtssetzungskompetenzen zur Hauptsache dem Bunde zufällt, während der Zuständigkeitskreis der Kantone relativ stabil bleibt oder zur Abnahme neigt. Zudem verlagert sich die Rechtssetzung auf andere als die Gesetzesform, was für die «Inflationseffekte» belanglos ist. Im ganzen betrachtet, hat die Zahl der rechtlichen Vorschriften zweifellos stark zugenommen.

⁵³ Vgl. unter anderen Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 30 ff.; Jahrreiß, Größe und Not der Gesetzgebung, insbesondere S. 39 ff.

⁵⁴ Vgl. dazu und zum folgenden vor allem Hans Huber, Das

Diese neuartige Situation zeichnet sich — darauf ist mehrfach hingewiesen worden — vorab nach zwei Richtungen aus: einmal muß das Recht «dynamisch» gestaltet werden; es muß sich veränderten, komplizierten Verhältnissen und Bedürfnissen fortwährend, rasch und leicht anpassen. Alsdann lassen sich wesentliche Teile der Anordnungen, die der moderne Staat zu treffen hat, nur schwer oder überhaupt nicht in ethisch bewertbare, in dominierenden Prinzipien fußende, generell-abstrakte Rechtssätze im Sinne von Verhaltens- oder Organisationsrecht einkleiden: der Staat trifft konkrete, augenblicksbezogene, zweckbestimmte, technische Maßnahmen, mit denen er unterstützend, fördernd, hemmend, verteilend, ausgleichend, beaufsichtigend in den Sozial- und Wirtschaftsprozess eingreift, weniger grundsätzlich, als der konkreten Opportunität, Notwendigkeit, Zweckmäßigkeit gehorchend. Jenes treibt die Ausbildung abgekürzter Rechtssetzungsverfahren hervor; dieses bringt den Gesetzgeber in den Konflikt, entweder in Gesetzesform oder gar Verfassungsform individuell-konkrete Anordnungen zu treffen, oder aber außer der Masse technischer Verfügungen selbst einschneidende, den Rechtsunterworfenen hochgradig treffende Entscheidungen nachgeordneten Instanzen zu überlassen. Das sind Aufgaben und Eigenarten des Rechts, welche der liberal-demokratische Gesetzesbegriff gar nicht anvisiert, weil sie damals weder vorhanden noch erahnt waren.

2. Eine zusammenfassende Betrachtung der Rechtssetzungspraxis im Bund und in einigen größeren Kantonen läßt (kaum bewußte) Versuche erkennen, nach der krisen-

Staatsrecht des Interventionismus, ZSR 70 (1951), S. 173 ff., insbesondere 180 ff.; Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in Festgabe für Z. Giacometti, Zürich 1953, S. 59 ff., insbesondere S. 75, 77; Recht, Staat und Gesellschaft, Bern 1954, S. 5 ff.; Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I, 2. A., München und Berlin 1951, S. 51 ff., 278 ff.; Otto Konstantin Kaufmann, Die revidierten Wirtschaftsartikel der Schweizerischen Bundesverfassung und das geltende Wirtschaftsrecht, in Festgabe für Hans Nawiasky, Einsiedeln 1950, S. 33 ff.

haften Rechtssetzung der dreißiger und vierziger Jahre allmählich doch zu einer gewissen Grundsätzlichkeit in der Anwendung der Gesetzesform zu gelangen, wobei gegenüber dem liberal-demokratischen Gesetzesbegriff deutlich eine engere Fassung zur Geltung gebracht wird⁵⁵. Daß dagegen immer noch verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht werden müssen, ist offensichtlich. Allein, es wird, auf die Dauer gesehen, das Verfassungsrecht sein, das sich anzupassen hat⁵⁶. Wenn die Beobachtung nicht trügt, scheint sich nämlich die Praxis auf einzelne Ausschnitte des Gesetzesbegriffes zuzubewegen, der für die Aufklärung und den früheren Konstitutionalismus nachgewiesen worden ist. Die Staatslehre hat schon seit längerer Zeit mit Nachdruck darauf aufmerksam gemacht, daß jener ursprüngliche Gesetzesbegriff keineswegs mit dem Begriff des Rechtssatzes zusammenfiel, sondern durch qualifikatorische Merkmale eingengt war: das Gesetz war die grundlegende, die vernunftgetragene, die gerechte, die Allgemeinheit betreffende, dauerhafte Regelung^{57, 58}. Solche

⁵⁵ Das wohl instruktivste Beispiel, das Tendenzen eindrucklich offenbart, dürfte das Bundesgesetz über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes (Landwirtschaftsgesetz) vom 3. Oktober 1951 darstellen. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß die sehr weitläufigen Delegationen an Bundesversammlung (für sogenannte «Beschlüsse der Bundesversammlung») und Bundesrat sowie die weitschichtigen Lenkungskompetenzen von Verwaltung und gemischten Organen dem liberal-demokratischen Gesetzesbegriff und seinem Allgemeinvorbehalt zuwiderlaufen.

⁵⁶ Otto Konstantin Kaufmann, *Verfassung, Gesetz und Verordnung im schweizerischen Rechtsstaat*, ZBl 50 (1949), S. 11.

⁵⁷ Vgl. Heller, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, S. 101 ff.; Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 138 ff.; Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, S. 51, 109 ff.; Ulrich Scheuner, *Ausländische Erfahrungen zum Problem der Übertragung rechtsetzender Gewalt*, in «Die Übertragung der rechtsetzenden Gewalt im Rechtsstaat», Frankfurt a. M., 1952, S. 138; *Der Bereich der Regierung*, in *Festschrift für Rudolf Smend*, Göttingen 1952, S. 261 ff.; Hans Huber, *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates*, S. 74; Garzoni,

Auffassungen lagen zum Beispiel auch Walther Burckhardt nahe, als er allgemein untergeordnete Gegenstände der Rechtssetzung in die delegierte Verordnung verwies⁵⁹. In neuester Zeit hat Georg Dahm⁶⁰ den Unterschied zwischen Rechtsgesetzen (Rechtsbewahrungsgesetzen), die auf tieferen, bestehenden Rechtsüberzeugungen aufruhen, und Zweckgesetzen, vorab Plangesetzen, die das wirtschaftliche und soziale Leben zweckrational-technisch gestalten, herausgearbeitet. Die Unterscheidung haben Hans Huber⁶¹ und Ulrich Scheuner⁶² aufgenommen⁶³.

Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen Staatsdenken des 19. Jahrhunderts, S. 52 ff., S. 74 ff.

⁵⁸ Der Zusammenhang mit der Auffassung vom Parlament als der Stätte des rationalen Gesprächs ist offensichtlich (vgl. oben § 1, II, 2, S. 13a).

⁵⁹ Kommentar, S. 665. Auch Guhl, Bundesgesetz, Bundesbeschluß und Verordnung, S. 64, betrachtete nur Erlasse, die auf längere Dauer berechnet seien, als der Gesetzesform bedürftig. Die Praxis stand aber bis zum ersten Weltkrieg offensichtlich auf dem Boden des umfassenden liberal-demokratischen Gesetzesbegriffs. Vgl. dazu Kägi, Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848, ZSR 71 (1952), S. 201; Brack, Die Gesetzesdelegation in der Praxis des Bundes, S. 65 ff.

⁶⁰ Deutsches Recht, 1951, S. 46 f.

⁶¹ Der Niedergang des Rechts und die Krise des Rechtsstaates, S. 73 (mit dem Hinweis auf die Verwandtschaft zur Unterscheidung zwischen ethischen Bewertungsnormen und Bestimmungsnormen); ferner: Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzesentwurfs über die wirtschaftliche Landesverteidigung, S. 87.

⁶² Ausländische Erfahrungen zum Problem der Übertragung der rechtsetzenden Gewalt, S. 139 ff.

⁶³ Diese beiden Autoren sowie Friedrich Klein (Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht, in «Die Übertragung der rechtsetzenden Gewalt im Rechtsstaat», S. 28 f.) verweisen auch auf Hermann Jahrreiß, Herrschaft nach dem Maß des Menschen, 1951, S. 24: «Aber schlimmer ist, daß noch weniger Gesetze, als in die Köpfe gehen, Eingang finden in das Rechtsgefühl, in die Herzen, weil das in den Gesetzen geregelte Verhalten überwiegend rein technischer Natur ist; solche Gesetze haben mit Moral nichts zu tun, sprechen das Gewissen nicht an.» Und weiter: «Gesetz sollte gerade da, wo der Betrieb, das Hetzen die Menschen

In dieser Richtung wird sich eine Bereinigung des Gesetzesbegriffs bewegen müssen. Dem referendumspflichtigen Gesetz soll das Grundlegende, Wichtige, Dauernde, die Allgemeinheit Betreffende vorbehalten bleiben. Die kurzfristige, gleichsam tägliche Lenkung der Sozial- und Wirtschaftsordnung sowie die Gebiete der Verwaltungsinterna aber dürfen Verordnungsgewalten und weiter zu differenzierenden Verordnungsbegriffen zugeschrieben werden. Das würde erlauben, dem Gesetze das zuzuführen, was zum Rechtsgefühl der Rechtsunterworfenen Zugang findet, also im Volke zu wurzeln vermag und als Recht verstanden wird. Es wäre auch das, was das parlamentarische Verfahren — im Gegensatz zur heutigen Praxis (vgl. unten § 3, S. 37a ff.) — zu bewältigen und der Aktivbürger zu beurteilen vermag. Die Möglichkeit, richtiges Gesetzesrecht zu erhalten, würde erleichtert, während umgekehrt das spezialisierte, beschränkte, kurzfristige, technische Recht jenen Quellen entnommen würde, die dafür Apparat, Beweglichkeit, Beurteilungsvermögen zur Verfügung haben.

Die an sich begründeten Bedenken, die aus den Prinzipien der Volkssouveränität und der Gewaltenteilung gegen eine solche Einschränkung des Gesetzesbegriffs entspringen, verlieren an Gewicht, wenn sowohl die heutige Rechtssetzungspraxis als auch der tiefere Gehalt jener Grundsätze bedacht werden. Die Zersplitterung der Rechtssetzungsverfahren und insbesondere die umfangreiche Verordnungsrechtssetzung halten schon heute die ordentlichen Gesetzgebungsorgane von einem großen Teil der Rechtssetzung fern. Wegen des Umfangs und der Natur der Rechts-

so unstat gemacht hat wie im heutigen Leben, in dem die Technik Herr des Menschen geworden ist, nur diejenige gesetzte Norm sein, die auf Dauer bestimmt ist und nach allen Umständen das Zeug in sich hat, sich in der Behördenpraxis und im Leben des Jedermann so einzubürgern, daß ihre Geltung wie selbstverständlich ist.» (Vgl. auch vom selben Verfasser: «Größe und Not der Gesetzgebung», S. 50 ff.)

setzungsaufgaben sind überdies Parlament und Volk in der Gesetzgebung mächtigen Einflüssen gesetzgebungsfremder Kräfte so ausgesetzt, daß ihre Anteile und ihre Selbständigkeit allmählich verschwinden (vgl. unten § 3, S. 37a ff.). Aus den gleichen Gründen wirken Parlament und Aktivbürgerschaft nur bedingt als demokratische Garanten für rechtsstaatliche Ziele gegen eine absolutistische Rechtssetzung. Demokratie in der Rechtssetzung bedeutet denn nicht Volksbeteiligung unter allen Umständen, sondern Fundierung richtigen Rechts in Geist und Willen des Volkes. Und Gewaltenteilung besteht nicht in einer starren materiellen Funktionentrennung, sondern in derjenigen zeitgebundenen, zweckmäßigen Organisation, welche die Macht im Staate zum Schutze individueller Freiheit und Menschenwürde mäßigt und verteilt⁶⁴.

Immerhin wird die Anerkennung eines gewandelten Gesetzesbegriffs nur dann sinnvoll und tragbar, wenn mit der Erfüllung von drei Voraussetzungen gerechnet werden darf: Erstens muß die Gesetzgebung im verbleibenden Gebiete hochwertig sein, das Grundlegende, Wichtige und Gerechte wirklich bringen und es richtig bringen (vgl. dazu unten § 4, S. 95a ff.). Zweitens müssen die Verwaltungsgewalten durch möglichst klare Ausscheidungen eingegrenzt, entsprechende Verwaltungsbegriffe ausgebildet, ein eindringlicher qualifizierter Rechtsschutz ausgebaut, die obergerichtliche und öffentliche Kontrolle verdichtet sein. Drittens muß die Möglichkeit offen bleiben, auch andere Staatsakte als generell-abstrakte Rechtsnormen Parla-

⁶⁴ Vgl. dazu Kägi, Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 43 ff.; Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates, ZSR 71 (1952), S. 225 ff., 233; Rechtsstaat und Demokratie, S. 132 ff.; Ulrich Scheuner, Der Bereich der Regierung, S. 267; Grundfragen des modernen Staates, in «Recht, Staat, Wirtschaft», III, Düsseldorf 1951, S. 148 f.; Ernst Forsthoff, in der Einleitung zu Montesquieus «Vom Geist der Gesetze», I, Tübingen 1951, S. LII ff.; Victor Leontowitsch, Abhängigkeit und Selbständigkeit bei der Gewaltenteilung, in «Abhängigkeit und Selbständigkeit im sozialen Leben», Köln und Opladen 1951, S. 394 ff.

ment und Aktivbürgerschaft vorzulegen, sobald nämlich darin Entscheide liegen, die für die politische Existenz des Staates von ausgesuchter Bedeutung sind^{65, 66}.

§ 3. Ausschnitte aus der Rechtssetzungspraxis

Die nachstehenden Ausführungen betreffen in erster Linie die Gesetzgebung. Sie beziehen sich — ohne daß es immer ausdrücklich angemerkt wird — teilweise auch auf das Verordnungsrecht der Legislativen und der Exekutiven. Die Feststellungen sind in der Praxis vorab des Bundes und der größeren Kantone, namentlich der Flachlandkantone, entnommen. Sie haben vereinzelt auch Gültigkeit für Gemeinden mit Gemeindeparlament und ausgebauter Gemeindeexekutive. Die Praxis kleinerer Kantone weicht zuweilen erheblich von den dargestellten Beobachtungen ab, was aber hier unbeachtet bleiben muß.

I. Parlament, Regierung und Verwaltung im Gesetzgebungsverfahren

1. Die Ausbildung eines Vorverfahrens

Dem Konstitutionalismus kann mit Grund eine gewisse Wirklichkeitsfremdheit oder wenigstens zweifelhafte Vereinfachung vorgeworfen werden, wenn er darauf baute, das Parlament werde den schöpferischen Akt der Inhaltsgestaltung zustande bringen. Voraussetzung für eine hinlängliche Parlamentsarbeit bildet der Entwurf, welcher

⁶⁵ In diesem Sinne auch Kägi, Rechtsstaat und Demokratie, S. 125 ff., wobei eindringlich auf die erforderliche Zurückhaltung in derartigen Entscheiden hingewiesen wird.

⁶⁶ Daß ein wirksames Korrektiv demokratischen Ursprungs gegen eine ausgreifende Verordnungsgewalt das Budgetrecht des Parlamentes und Finanzreferendum darstellen, sei hier nur am Rande vermerkt.

das geistige Produkt einer oder weniger Personen ist⁶⁷. Das schweizerische Staatsrecht aber ist wohl nie ernsthaft vom Gedanken ausgegangen, daß Abgeordnete die Entwürfe erstellen. Das wäre trotz zurückhaltender Rechtssetzung auf die Dauer nur Berufsparlamentariern möglich, was aber der schweizerischen Staatsauffassung offenbar mehr zuwider ist als die Tatsache, daß Nichtparlamentarier die wichtige Grundlage des Gesetzes, den Entwurf, beibringen. Schon das früheste parlamentarische Verfahrensrecht rechnete denn damit, daß die Regierung dem Parlament den Entwurf für die Beratung verschaffe⁶⁸. Trotzdem blieb die Bestimmung des Parlamentes als Stätte der Rechts-erzeugung gewahrt. Die Mitarbeit der Regierung und von Sachverständigen war im Grundsatz vorbereitende Hilfe, Beschaffung von Material, Aufklärung über Erfahrungen im Gesetzesvollzug und über technische Möglichkeiten. Der Entwurf stellte kein festgefügttes, unantastbares Werk dar. Er beeinträchtigte die Freiheit des Parlamentes nicht, indem er der unbehelligten Umgestaltung, Erweiterung oder Kürzung offen stand. Entsprechendes gilt für die Antragsrechte und die Befugnis zur Teilnahme an den parlamentarischen Beratungen: der Regierung war keine Rechtssetzungspolitik im weiteren Sinne zugedacht; sie war in diesem Bereich Hilfsinstanz⁶⁹. Die Verwaltung gar rückte ganz in den Hintergrund; sie war untergeordnetes Instrument der Regierung⁷⁰.

⁶⁷ Vgl. Kurt Eichenberger, *Die oberste Gewalt im Bunde*, Zürich 1949, S. 134 ff.

⁶⁸ Dabei dürfte es anfänglich selbstverständlich gewesen sein, daß die Regierung den Auftrag zur Entwurfserstellung an Persönlichkeiten außerhalb der Verwaltung vergab.

⁶⁹ Indessen wird im schweizerischen Staatsrecht der Regierung immer das Initiativrecht eingeräumt. Und die Initiative ist ein hochpolitischer Akt im Sinne einer staatsleitenden Funktion, weil er Ausgangspunkt und Richtungsweisung für die Rechtsschöpfung darstellen kann. Vgl. dazu auch Scheuner, *Der Bereich der Regierung*, S. 253 ff., insbesondere S. 265; ferner Franz Meyer, *Der Begriff der Regierung im Rechtsstaat*, Zürich 1948, S. 35 ff., 153 f.

⁷⁰ Wenn das Bundesgesetz über die Organisation der Bundes-

Dieser Rollenverteilung entspricht zur Hauptsache das heute noch geltende parlamentarische Verfahrensrecht⁷¹. Es setzt — allgemein gesprochen — mit seiner Regelung beim sogenannten Initiativbegehren ein, womit die Anregung zu einem Gesetzgebungsakt an das Parlament herangetragen wird. Es führt darauf über den Initiativbeschuß, worin das Begehren durch das Parlament aufgenommen wird, unverweilt auf die Beratung eines Entwurfs in parlamentarischen Kommissionen und im Plenum über. Es schließt ab mit Normierungen über die Entscheidung und eine allfällige Sanktion durch die Aktivbürger. Das Gesetzgebungsverfahren ist damit eingespannt zwischen der Initiative und dem Entscheid, und die normierten, das heißt vom Recht beachteten Stadien spielen sich — von der Volksinitiative und dem Referendum abgesehen — im Parlamente ab.

In Wirklichkeit wird diesem parlamentarischen Verfahren regelmäßig ein «Vorverfahren» vorangestellt oder zwischen Initiativbegehren und Initiativbeschuß eingeschoben. Das Vorverfahren ist im Bund und in den größeren Kantonen bereits teilweise durch Konventionalregeln geordnet. Es läßt sich etwa in folgende Stadien unterteilen: Veranlaßt durch das Initiativbegehren oder unverbindliche Anregungen, arbeitet diejenige Verwaltungsabteilung, in deren Geschäftsbereich das Gesetz gehört, einen Vorentwurf aus oder gibt — seltener — den Auftrag dazu an Sachverständige aus (Departements- oder Abteilungs-[vor]entwurf). In einer aus Sachverständigen und Interessenten zusammengesetzten Expertenkommission wird der Departements(vor)entwurf beraten und modifiziert (Expertenentwurf). Interessenten sowie öffentliche In-

verwaltung vom 26. März 1914 Departementen und Abteilungen die Vorbereitung der Gesetze überträgt, so ist damals die Verwaltung nicht als Faktor der Gesetzgebung eingeführt worden: die Verwaltung hatte dem Bundesrat als Hilfsstelle zu dienen.

⁷¹ Zusammenfassungen bei Giacometti, KStR, S. 420 ff.; BStR, S. 542 ff.

stanzen, die am Vollzug beteiligt sein werden, erhalten Gelegenheit zur ausführlichen Stellungnahme und zur Anbringung von Anregungen und Begehren (Vernehmlassungen). Die die Vorbereitungen leitende Verwaltungsstelle stellt einen die Experten und die Vernehmlassungen beachtenden bereinigten Departementsentwurf auf, welcher der Regierung unterbreitet wird. Diese erhebt ihn zum Regierungsentwurf und legt ihn dem Parlamente vor (Vorlage), womit das rechtlich normierte Verfahren beginnt, bzw. wieder einsetzt⁷².

Das Vorverfahren ist keine schlichte Vorbereitung des Entwurfs für das Parlament. Es ist, wie noch auszuführen sein wird, politisch von ausgesuchter Bedeutung. Es legt den künftigen Gesetzesinhalt im wesentlichen fest; das Parlament sieht von eigener Inhaltsgestaltung ab. Es läßt soziologische Kräfte zur politischen Geltung kommen, die gemäß Konstitutionalismus und schweizerischem Staatsrecht zur Teilnahme an der Gesetzgebung nicht oder nur sehr beschränkt oder unter anderen Modalitäten aussersehen sind. Es versetzt aber auch die Verwaltung in das Zentrum der Rechtsschöpfung und macht sie — faktisch — zu einem wesentlichen, unumgänglichen Faktor der Gesetzgebung.

2. Anteile am Gesetzgebungsverfahren

Es ist im folgenden auf die Anteile einzugehen, welche der Verwaltung, der Regierung und dem Parlament am Gesetzgebungsverfahren für die Regel zuzukommen pflegen.

a) Die hervorragende Stellung der Verwaltung in der Gesetzgebung⁷³ wird im Vorverfahren sichtbar. Sie

⁷² Die Stadien des Vorverfahrens sind teilweise austauschbar; manchmal fallen einzelne weg (zum Beispiel in den Kantonen oft die Expertenkommission oder die Bereinigung) oder gehen ineinander über (zum Beispiel Expertenberatung und Vernehmlassungen) oder werden wiederholt (zum Beispiel Departementsentwürfe und Vernehmlassungen).

⁷³ Was im folgenden zur Funktion der Verwaltung in der Gesetzgebung ausgeführt wird, hat fast ausnahmslos auch Geltung für

leitet, lenkt und trägt es: die Ausarbeitung des Vorentwurfs, die Berufung und wenigstens formelle Leitung der Expertenkommission, die Einholung der Vernehmlassungen, insbesondere aber die Auswertung aller Beiträge und die Erstellung des endgültigen Entwurfs fallen ihr zu. Sie klärt dessen Verfassungsmäßigkeit, erwägt die politische Situation, auf die er auftrifft, fügt ihn systematisch in die bestehende Gesetzgebung ein, prüft die finanzielle Tragweite, die technische Zweckmäßigkeit und die Praktikabilität. Die Inhaltsgestaltung fällt der Verwaltung zu.

Innerhalb der Verwaltung gibt es keine Ämter für legislatorische Aufgaben. Das Departement, in dessen Geschäftsbereich der Gegenstand der gesetzlichen Regelung fällt, übernimmt die der Verwaltung zustehenden Funktionen im Vorverfahren. Immerhin wirken andere Verwaltungszweige regelmäßig mit, so vor allem etwa das Justizdepartement bei Fragen der Verfassungsmäßigkeit, des Verfahrens und der Rechtsform⁷⁴, das Finanzdepartement bei Fragen der finanziellen Voraussetzungen und Auswirkungen, die Staatskanzlei bei Fragen der Redaktion⁷⁵.

die Verordnungsrechtssetzung der Exekutive, freilich normativ mit dem beachtenswerten Unterschied, daß die Verordnung der Bestimmung nach Recht der Exekutive ist und die umfassende Teilnahme der Verwaltung begründet werden kann. Immerhin ist auch hier einzuwenden, daß in dieser Verordnungsrechtssetzung die Regierung, nicht die Verwaltung, Recht zu setzen hat. Jene unterliegt einer öffentlichen Kontrolle mit gewissen Sanktionsmöglichkeiten, diese nur mittelbar.

⁷⁴ Hans Nef, Sinn und Schutz verfassungsmäßiger Gesetzgebung im Bunde, ZSR 69 (1950), S. 133aff., insbesondere S. 193aff., beanstandet, daß im Bunde — Entsprechendes gilt auch für die Kantone — die Justizabteilung im Vorverfahren zu wenig beigezogen wird, und verlangt ihren Ausbau im Dienste vor allem einer präventiven Verfassungsgarantie.

⁷⁵ Vgl. für den Bund: Felix Weber, Koordination der Gesetzgebung im Hinblick auf Gesetzestechnik und Gesetzesredaktion, ZSR 69 (1950), S. 251 ff., insbesondere S. 285 ff. Die von der Bundeskanzlei geübte Koordination muß sich auf das Formale, vor allem auf das Stilistische, beschränken und kann wirksam keine

Befaßt sich der Entwurf auch mit Fragen aus Spezialgebieten oder berührt er Sachbereiche anderer Departemente, werden diese sich wenigstens mit Berichten beteiligen. In etlichen Kantonen ist die Verteilung der legislatorischen Aufgaben der Verwaltung allerdings noch stark persönlich bedingt: wenn die Verwaltung klein ist oder wenn einem Verwaltungszweig eine für die Rechtssetzungsaufgaben besonders geeignete Persönlichkeit angehört, so liegt zuweilen das Schwergewicht des Vorverfahrens in einer einzigen Stelle; es gibt Beamte, die als «die» Gesetzgeber gelten dürfen und die der Legislation eines Zeitabschnittes das Gepräge geben können.

Die Wichtigkeit der Gesetzgebung und die große Bedeutung des Vorverfahrens würden es nahelegen, daß sich auch die Departementsvorsteher und die Chefbeamten der gesetzgeberischen Aufgabe intensiv annähmen. Das ist jedoch nicht durchwegs so und hängt weitgehend von persönlichen Neigungen ab. Während in den Kantonen noch verbreitet Regierungsräte am Vorverfahren aktiv und selbst bei Einzelheiten teilnehmen, ja selbst Entwürfe erstellen, beschränken sich die Bundesräte — von wichtigen Ausnahmen abgesehen — etwa auf die Auftragserteilung, einige Richtlinien und Entscheidungen bei Alternativvorschlägen oder in Streitfragen zwischen den Departementsbearbeitern; häufig können sie sich materiell überhaupt nicht mit dem Geschäfte befassen.

Es fällt ohnedies auf, daß im Bund, aber auch in größeren Kantonen, die Funktionen der Verwaltung im Vorverfahren auf der hierarchischen Leiter gleichsam immer weiter «hinunterrutschen»: Abteilungen, Ämter und schließlich Sektionen stellen die Bearbeiter; sie treten in den Expertenkommissionen und bei der Einholung der Vernehmlassungen gegen außen selbständig auf; sie bewerten die Vernehmlassungen und die Arbeit der Expertenkommissionen, befinden über die Berücksichtigung der Anbringen.

präventive Verfassungsgarantie werden, wie sie Professor Nef gefordert hat (vgl. vorige Anmerkung).

Das mag den fachtechnischen Anforderungen an das Gesetz zuweilen dienlich sein, weil die tieferen Glieder in Einzelheiten besser bewandert sind, tut aber der notwendigen Weite, Einpassung und juristischen Durchbildung auch wesentlicher Erlasse sicherlich häufig Abbruch. Spezialisierung bewährt sich für den Beruf des Gesetzgebers nicht sonderlich. Die Bearbeitung der Vorlagen durch die einzelnen Departemente und untergeordneten Dienststellen führt unter anderem dazu, daß die Qualität der Rechtserlasse stark differiert. Es gibt solche, die sich durch Sorgfalt und Meisterschaft bis ins Stilistische auszeichnen; andere wiederum fallen materiell und formell stark ab.

b) Vor dem Parlament und der weiteren Öffentlichkeit tritt als dasjenige Organ, das die Vorbereitungen für die Gesetzgebung getroffen hat, die Regierung als Kollegialbehörde auf. Rechtlich ist es durch die Auftragserteilung durch das Parlament und durch ihre Stellung an der Spitze der Verwaltung begründet: was diese ausführt, kann und soll der Regierung als Exekutive zugerechnet werden. Soziologisch gesehen, entspricht diese Zurechnung dem materiellen Anteil der Regierung an der Gesetzgebung freilich nicht.

Die Regierung — in Bund und Kanton bestehen sehr ähnliche Verhältnisse — durchgeht den bereinigten Departementsentwurf, beachtet die Mitberichte der Departemente und nimmt bei sehr umstrittenen Vorlagen von den Expertenberichten und den Vernehmlassungen Kenntnis; sie zieht die politische Situation in Erwägung, trägt Bedenken und Anregungen für Verbesserungen vor, weist den Entwurf zur Überholung zurück, veranlaßt Aufklärungen und trifft Auslese zwischen vorgeschlagenen Möglichkeiten. Mitunter wird sie während des laufenden Vorverfahrens um Vorentscheide oder Richtlinien für die weitere Bearbeitung angegangen. — Es kann nicht übersehen werden, daß der Departementschef, der den Entwurf einbringt, die Beratungen der Regierung anführt und meist beherrscht ⁷⁶.

⁷⁶ Er ist am sachkundigsten. Er ist mit der Vorlage vertraut.

Wenn er auf seiner Lösung besteht und diese nicht vollends abwegig erscheint, fallen meistens Widerstände innerhalb der Regierung früher oder später⁷⁷ dahin.

Bundesrat und Kantonsregierungen wirken bei Gesetzesentwürfen⁷⁸ der Verwaltung in der Regel als relativ sorgfältige Zensurstellen. Bei politisch bedeutsamen Fragen treffen sie Entscheidungen. Bei einer Großzahl von Vorlagen beschränken sie sich jedoch auf die Genehmigung. Die Regierung entwirft das Gesetz nicht. Inhaltlich trägt sie wenig bei. Der endgültige Entscheid liegt nicht bei ihr. Bemerkenswert ist auch, daß es in der Regel nicht die Regierung ist, welche die (tatsächliche) Initiative zur Rechtssetzung trägt: Diese liegt vielmehr entweder beim Parlament, das Anregungen fast unbesehen entgegennimmt, oder bei der Verwaltung, die von sich aus oder veranlaßt durch außerstaatliche Einflüsse die Rechtssetzung einleitet. Die größte Bedeutung der Regierung in der Rechtssetzung ist denn darin zu suchen, daß sie das Ergeb-

Er darf — unter Wahrung des «Gegenrechts» — mit loyaler Zusammenarbeit rechnen. — Es kommt vor, daß sich der Departementschef in den Regierungsverhandlungen von Mitarbeitern begleiten läßt. Er untermauert dadurch den sachlich-fachlichen Vorsprung, büßt aber mitunter an Ansehen ein.

⁷⁷ Viele Widerstände und Einwände erlahmen auch im Schoße der Regierung durch Zeitablauf. Wer aushält, dringt schließlich durch. Es gibt für die Behandlung der Vorlage bereits in der Regierung taktische Überlegungen: Wahl des Zeitpunktes für die Einbringung, Vororientierungen, Verstärkung durch Anführung der Argumente gewichtiger Personen oder Organisationen, allgemeine Publikation des bereinigten Departementsentwurfs zur Bindung des Kollegiums durch eine sich bildende öffentliche Meinung usw. Vgl. aber auch Anmerkung 79.

⁷⁸ Bei Entwürfen für Verordnungen der Exekutive ist es sehr oft anders. Die geringere Bedeutung des Erlasses, namentlich aber der Umstand, daß Parlament und Öffentlichkeit auf die Verordnungen keinen Einfluß nehmen können, verleitet zu einer oberflächlicheren Behandlung in der Regierung. Schon die Verordnungen der Legislativen werden durch die Regierung in der Regel peinlicher vorbereitet und behandelt als diejenigen, die sie selbst erläßt.

nis des Vorverfahrens von einem bloßen Departementsentwurf zu einer Vorlage der Regierung macht und es mit jener hohen Autorität ausstattet, die den schweizerischen Regierungen und ihren Akten zuzukommen pflegt. Zugleich vereinigt und verpflichtet die Behandlung in ihrem Schoße das Kollegium auf den Entwurf, so daß die einzelnen Mitglieder diejenigen Gruppen, aus denen sie hervorgegangen sind, für die Vorlage zu gewinnen suchen oder zumindest deren Opposition nicht fördern⁷⁹. Ansehen und Solidarität der Regierung erhöhen den Entwurf der Verwaltung.

c) Die bekannten kritischen Betrachtungen des Parlamentsbetriebes durch die Staatslehre seit dem ersten Weltkrieg⁸⁰ treffen in bezug auf die Rechtssetzungsaufgaben im großen und ganzen auch auf die gegenwärtigen schweizerischen Verhältnisse zu. Obwohl mehrfach und ausgiebig festgestellt, ist der Beobachter immer wieder überrascht darob, wie vollständig und konsequent auf die echte Diskussion in der öffentlichen Plenumsberatung verzichtet und die Bildung von Meinung und Willen in inner- und außerparlamentarische Kabinette verlegt wird⁸¹. Dazu

⁷⁹ Es darf an dieser Stelle auf die bemerkenswerte Erscheinung hingewiesen werden, daß die Regierungskollegien im Bund und in den Kantonen trotz der durchgehend koalitierten Zusammensetzung regelmäßig von einem Geist starker Solidarität und Mitverantwortung, ja mitunter der gegenseitigen Treue und persönlichen Verbundenheit durchdrungen sind. Wenn auch Spannungen bestehen, bleiben sie beherrscht von der gemeinsamen Sorge für den Staat (freilich manchmal: für die gegenseitige Sicherung der Wiederwahl!); sie fördern die echte Diskussion, die in der Regierung noch geführt wird. Die Solidarität sichert der Koalitionsregierung Handlungsfähigkeit und Ansehen.

⁸⁰ Namentlich in Deutschland etwa von Max Weber, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland*, München 1918; Thoma, *Zur Ideologie des Parlamentarismus und der Diktatur*, a. a. O.; Carl Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*; W. Hellpach, *Die Krisis des deutschen Parlamentarismus*, Karlsruhe 1927; Gerhard Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation mit besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems*, Berlin und Leipzig 1929.

⁸¹ Innerparlamentarische Gremien können die parlamentari-

gesellen sich der Verlust des freien Mandates, ein gewisser Mangel an gesetzgeberischen Qualitäten bei den Abgeordneten und eine Einbuße an integrierenden Wirkungen der Parlamentsarbeit.

Daß der Inhalt des Gesetzes in einem zum voraus geschaffenen Entwurf vorgezeichnet werden muß, ist als unumgängliche Voraussetzung hinzunehmen. Während des Vorverfahrens⁸² wird ein Inhalt derart entworfen, daß ihm vor der parlamentarischen Beratung eine Mehrheit jener Kräfte beipflichtet, die auf Abgeordnete und öffentliche Meinung einen bestimmenden Einfluß auszuüben vermögen. «Soziologische Legislativkräfte»⁸³ nehmen gewichtigen Anteil an der Entwurfsgestaltung, und mannigfaltige Abhängigkeiten oder wenigstens Rücksichten binden die Parlamentarier an die Stellungnahme dieser Kräfte. Was deshalb im Parlament an Meinungen — in oft eifriger Rede — verkündet wird, ist zum großen Teil anderswärts gebildet und insbesondere unabänderlich gemacht worden. Die Entscheidung ist durch Fraktionsbeschlüsse und zwingende Bindungen bereits festgelegt, und die Abstimmung dient der zahlenmäßigen Registrierung der Gruppenstärken und der Ausstattung des Mehrheitswillens mit Verbindlichkeit. Freilich werden durch Einzelmitglieder und Fraktionen im Plenum noch Anträge gestellt und in häufig ausgiebigen Begründungen verfochten. Solche Unternehmen sind aber fast immer «letzte Mittel», ja oft verzweifelte Versuche, einen Gedanken zu retten oder abzuwenden, nachdem das im Vorverfahren oder in den parlamentarischen Kommissionen nicht gelungen ist. Sie glücken selten, am ehesten

schen Kommissionen und — in einer Zwischenstellung — die Fraktionen genannt werden. Zu den außerparlamentarischen gehören vorab die Expertenkommissionen aus dem Vorverfahren. Über diese Flucht aus der Öffentlichkeit vgl. unten II, S. 53a ff.

⁸² Gelegentlich auch noch während der Beratung in den parlamentarischen Kommissionen, aber auch da von jenen Stellen, die im Vorverfahren tätig sind, nicht von den Kommissionen.

⁸³ Vgl. darüber unten II und III, S. 53a ff., und Eichenberger, Die oberste Gewalt im Bunde, S. 133 f.

noch dann, wenn sie politisch für so harmlos oder sachlich für so geringfügig gehalten werden, daß die Regierung oder Interessenten nicht Widerstand leisten. Oft sind sie sachlich unzulänglich. Die Plenumsverhandlungen werden eben derart vorbereitet, daß es fast aufsehenerregende Zufälligkeiten sind, wenn sie eine nicht erwartete Wendung nehmen. Die reiche Fülle an gesetzgeberischen Aufgaben bringt es indessen manchmal mit sich, daß Nachlässigkeiten in der Vorlage stehen bleiben oder daß der allgemeinen politischen Situation und Stimmung zu wenig Beachtung geschenkt wird. In solchen Fällen erweist sich das Plenum als letzte, relativ zuverlässige Kontrolle: doch bringt es nicht selbst die erforderlichen Korrekturen an, sondern weist die Vorlage ganz oder teilweise an die vorberatende Kommission und diese meist an die Regierung und Verwaltung zurück. Wenn entgegengesetzte Meinungen vor den Plenumsberatungen in keinem Kompromiß versöhnt werden können, hat das parlamentarische Verfahren die Entscheidung herbeizuführen. Zu diesem Ziele wird jedoch keine argumentierende, Überzeugung anstrebende Diskussion geführt, sondern nach der dokumentierenden Verkündung der festgefügtten Gruppenmeinungen im arithmetischen Spiel einer Abstimmung die obsiegende Meinung zum Staatswillen gestempelt⁸⁴.

Das parlamentarische Verfahren zeichnet sich denn durch eine eigenartige Leere aus: was an schöpferischen Aufgaben anfällt, wird dem Parlament abgenommen und vor seinem Zusammentritt erfüllt. Was ihm an selbständiger Prüfung, Ermittlung, Abwägung, Repräsentation zu tun verbleibt, schiebt es entweder auf die kleineren Gremien der parlamentarischen Kommissionen und Fraktionen ab, oder aber umgeht es. Es entscheidet freilich, aber nicht frei und nicht über ein eigenes Produkt, sondern über einen Inhalt, der ihm gegeben wird, den zu ändern es nicht ver-

⁸⁴ In kleinen Kantonen — wie auch teilweise in den Gemeinden — ist es noch anders. Hier kommen echte Diskussionen noch zustande.

mag und der durch inner- und außerparlamentarische Kräfte für die Abgeordneten bindend bewertet worden ist. Das parlamentarische Verfahren — durch den Konstitutionalismus und das Staatsrecht zu höchster Bedeutung erhoben — ist effektiv gehaltarm. Es erfüllt den ihm zugedachten Sinn offensichtlich nur noch sehr beschränkt.

Selbstverständlich bleibt das parlamentarische Verfahren bedeutungsvoll. Es allein wandelt ja den Entwurf zum Gesetz, den Gehalt zum staatlichen Willen. Es ist rechtlich das Gesetzgebungsverfahren; alles andere sind meist außerrechtliche Begleiterscheinungen, die bei positivistischer Betrachtung sogar übersehen werden dürfen. Es ermöglicht ferner der breiteren Öffentlichkeit, Kenntnis zu nehmen von den gesetzgeberischen Absichten, die zwar materiell dannzumal festgelegt sein dürften, aber immerhin gewissen Korrekturen zugänglich bleiben. Eine konservative öffentliche Meinung, die allerdings nicht mehr weitverbreitet ist, sieht im Parlament immer noch den materiellen Gesetzgeber, weiß wenig von seinen Abhängigkeiten nach vielen Seiten und achtet auf seine Tätigkeit. Selbst die bloße Registrierung der von außerparlamentarischen Kräften zudiktierten Meinung in der parlamentarischen Beratung ist insofern sinnvoll, als sie politische Verantwortungen für ermöglichte oder vereitelte gesetzgeberische Lösungen festlegt.

3. Das Übergewicht der Verwaltung

Wenn das gegenseitige Verhältnis der drei Größen Parlament, Regierung und Verwaltung in der tatsächlichen Gesetzgebungsarbeit abgewogen wird, ist davon auszugehen, daß das Parlament durch das Staatsrecht in eine starke Stellung versetzt ist — bildet es ja unter Vorbehalt der Volksrechte nominell und rechtlich die «oberste Gewalt» im Staate. Potentiell könnte es die materielle Gesetzgebung ganz oder teilweise an sich ziehen. Vor allem könnte es durch Nichteintreten die Vorlage abwenden. Es schöpft diese Möglichkeiten erfahrungsgemäß nie aus; aber die

Aktualisierung — namentlich das Nichteintreten — liegt doch nicht so fernab, daß sie überhaupt nicht in Rechnung gestellt werden müßte. Sodann ist zu bedenken, daß das Referendum dem Parlament zwar die letzte Entscheidung abnehmen kann, ohne aber dessen Bedeutung zu mindern. Das Parlament hat gerade im Hinblick auf das Referendum Funktionen von Tragweite; es kann durch «volksadäquate» Legislation den Volksentscheid überflüssig machen oder die Annahme erreichen, durch «volksfremde» dagegen das Referendumsbegehren auslösen oder die Verwerfung fördern. Für die sachliche Richtigkeit bleibt ohnehin die letzte Verantwortung beim Parlament: das Volk kann nur bejahen oder verneinen, das Parlament aber, wenn es wollte, den Inhalt noch selbst gestalten.

Parlament und Parlamentsverfahren bergen also weittragende Möglichkeiten in sich. Diese zwingen alle jene Kräfte, die den parlamentarischen Entscheid festzulegen trachten — Verwaltung, Regierung, parlamentarische Kommissionen, Fraktionen, Parteien, Interessenorganisationen —, auf das Parlament oder wenigstens seine Mehrheit irgendwie Rücksicht zu nehmen. Es bleibt ein Faktor der Gesetzgebung auch in materieller Hinsicht, ob schon größtenteils mit negativer Wirksamkeit: die legislatorischen Vorbereitungen haben das zu vermeiden zu suchen, was das Parlament zur Aktualisierung seiner Möglichkeiten reizen könnte; sie müssen Zusammensetzung, Stimmung, Neigung des Organs, das immerhin Eigengesetzlichkeiten folgt, bedenken. Positive Richtungsweisung bedeutet diese Beachtung des Parlamentes freilich nicht.

Trotz seinem formellen Vorrang und der geschilderten tatsächlichen Berücksichtigungen tritt das Parlament an Bedeutung in der Gesetzgebung vor Regierung und Verwaltung unverkennbar zurück. Es unterliegt dem unmittelbaren Einfluß der Regierung, einem mittelbaren der Verwaltung.

Die Regierung führt das Parlament⁸⁵. Sie ist mit

⁸⁵ Sie tut es mehr noch in den parlamentarischen Kommissionen als im Plenum. Sie braucht sich dort auch weniger Zurückhaltung

umfassender, jeder Opposition überlegener Sachkenntnis ausgerüstet; sie genießt allgemeines Ansehen und nimmt durch ihre Mitglieder hervorragenden Einfluß auf die Fraktionen; sie kann sich bei der Verfechtung ihrer Vorlage auf die Unterstützung «beteiligter Kreise» berufen; sie übt mit Erfolg vielfältige Verhandlungstaktik; sie nutzt die Tatsache aus, daß die Parlamentarier in der Regel außerstande sind, wesentliche Änderungen an der Vorlage in befriedigender Weise zu beantragen. Der bestimmte Einsatz der Regierung sichert ihrer Vorlage fast regelmäßig die Annahme im Parlament. Sie treibt materiell und verfahrensmäßig Gesetzgebungspolitik, und insofern ist sie «Gegenspieler» des Parlamentes, das sich zu fügen pflegt⁸⁶.

Die Präponderanz der Regierung über das Parlament darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß jene im Gesetzgebungsverfahren zumeist nur ausspricht und verfährt, was ihr die Verwaltung auguriert und zuhält. Selbstverständlich würde die Regierung in reichem Maß über rechtliche und tatsächliche Mittel verfügen, um Widerstände der Verwaltung zu beseitigen, und es kommt vor, daß solche zu brechen sind. Allein, die Regierung befindet sich gegenüber der Verwaltung in einer ähnlichen Lage wie das Parlament ihr gegenüber: die Verwaltung legt der

aufzuerlegen. Vorderhand zeigt sie nämlich immer noch eine gewisse Scheu, vor der Öffentlichkeit die Selbständigkeit und Eigenwilligkeit zu demonstrieren. Bemerkenswert ist, daß zwischen Kommission und Regierung durchwegs Übereinstimmung erzielt wird (vgl. unten II, S. 67a), worauf die beiden im Plenum Hand in Hand auftreten. Der stärkere Partner ist die Regierung.

⁸⁶ Man könnte im Bund und in den Kantonen eine ansehnliche Zahl von Fällen aufführen, in denen sich diese Regel nicht bestätigt. Es ist aber da zumeist nicht so gewesen, daß das Parlament sich der Führung der Regierung in einem Streben nach Selbständigkeit entzogen hätte — solche Ereignisse sind selten. Sondern die Regierung verzichtete von sich aus auf eine eigene Politik — weil sie selbst wenig überzeugt, uneinig oder anderwärts gebunden war. In solchen Fällen wird das Parlament recht hilflos: es sucht nach Lenkung und Maßstab, findet sie aber nicht dort, woher sie üblicherweise kommen.

Regierung einen durchgebildeten Entwurf vor, der im zumeist langwierigen Vorverfahren zustande gekommen ist. Hier hat mitgesprochen, wer von Bedeutung zu sein scheint; hier sind die erforderlichen juristischen, soziologischen und politischen Überlegungen angestellt worden; hier ist eine «tragbare Lösung» gefunden worden. Aus diesem Werk bricht die Regierung ungern Steine heraus. Bei der Verwaltung liegt heute die schöpferische Arbeit der Gesetzgebung. Obgleich Änderungen am Entwurf bis zu den parlamentarischen Schlußabstimmungen vorkommen und obgleich mit seiner Ablehnung von der Behandlung in der Regierung an bis zum Volksentscheid gerechnet werden muß, kann die Selbständigkeit der Verwaltung nicht wesentlich beeinträchtigt werden. Erstens sind die Möglichkeiten der Amendierungen sehr beschränkt. Vorgeschlagene Änderungen von etwelcher Bedeutung müssen zudem wieder durch die Verwaltung geprüft und oft auch entworfen werden, weil Parlament, parlamentarische Kommissionen und Regierung ohne die Stellungnahme der sachkundigeren Verwaltung in der Regel nicht beschließen. Zweitens stellt die Ablehnung des Entwurfs der Verwaltung nichts Aufbauendes dar. Die auf Ablehnung oder Rückweisung schließende parlamentarische Kommission oder gar das ablehnende Plenum können nichts Eigenes an die Stelle setzen und müssen sich mit der Negation bescheiden⁸⁷, vertrauend darauf, daß die Verwaltung im nächsten Entwurf ihrer Meinung besser Rechnung trägt. Was aber, wenn die Verwaltung es nicht tut oder es zwar tun will, die Meinung aber wiederum verfehlt? Die entscheidenden Organe können nicht wiederholt ablehnen, weil daraus kein Gesetz erwächst. Letztlich muß doch das beschlossen werden, was die Verwaltung bringt und — will.

⁸⁷ Das gilt selbst für Rückweisungen: nur selten kann aus ihr mit Sicherheit geschlossen werden, was für ein Gehalt — positiv — genehm wäre; es steht nur mehr oder weniger fest, was nicht genehm ist.

Freilich ist die Wirklichkeit komplexer, sind die Abhängigkeiten vielseitiger. Namentlich ist beachtenswert, daß die Verwaltung, sobald sie einen gewissen Umfang annimmt, keine einheitliche Gewalt mehr darstellt. Die Eigenständigkeit, die sie auch gegenüber der Regierung behauptet, geht auf die einzelnen Departemente über. Nun ist es zwar ein einzelnes Departement, welches das Vorverfahren leitet und eine gewisse Einheitlichkeit sicherstellt. Indessen wirken bei größeren Entwürfen zumeist weitere Departemente mit und bringen aus anderen Gesichtspunkten heraus Meinungen und Beiträge zur Geltung, die denjenigen des leitenden Departementes widerstreiten können^{88, 89}. Sehr häufig werden die Differenzen im interdepartementalen Gespräch bereinigt; zuweilen aber gelingt es nicht. In solchen Fällen trifft die Regierung die Auslese unter den widerstreitenden Varianten und Gedanken; sie stellt damit die Einheitlichkeit wieder her. — Im weiteren ist festzuhalten, daß die Verwaltung um ihre Stärke in der Gesetzgebung relativ wenig weiß⁹⁰. Sie nutzt ihre Potenzen

⁸⁸ Vor allem wachsen die Finanzdepartemente zu verwaltungsinternen Opponenten heran; die Sozial- und Wirtschaftsgesetzgebung hat eben regelmäßig beachtliche finanzielle Elemente.

⁸⁹ Es zeigt sich auch, daß gewisse soziologische Legislativkräfte — insbesondere Verbände — selbst einzelne Departemente als Einfallstore für ihre Begehren betrachten, und sie mobilisieren deren Fürsprache, wenn ihnen das leitende Departement zu wenig Beachtung zu schenken scheint. Deshalb lassen sie es sich auch angelegen sein, wichtige Positionen in der Verwaltung mit Vertrauensleuten oder doch Wohlgesinnten zu besetzen zu suchen. Die Verwaltung wird dadurch eigenartig bedroht; ihre Integrität, Unbefangenheit und Einheit werden angetastet. Statt ausschließlich und unabhängig dem Staate, das heißt dem Allgemeinen, zu dienen, werden durch (vorläufig feingespinnene) Bindungen Verwaltungsstellen zu Wortführern von Partikularinteressen. Diese Entwicklung wird insbesondere da gefördert, wo nicht die Departementspitze, sondern untergeordnete Ämter das Vorverfahren leiten. Verantwortungsgefühl für das Ganze, Überblick über das Allgemeine sind hier weniger gesichert.

⁹⁰ Es gibt indessen berühmte Ausnahmen. In der Bundesverwaltung zum Beispiel sind Ämter vorhanden, die ihre Stärke nicht

denn auch selten aus; sie ist loyal und erfüllt von beachtlichem Respekt gegenüber dem Parlament. Sie ist bemüht, den Willen der Repräsentanten und des Volkes mit ihren Entwürfen zu treffen⁹¹. Alle diese Einschränkungen entheben aber nicht von der abschließenden Feststellung, daß — alles in allem genommen — von den staatlichen Stellen, die am Gesetzgebungsverfahren beteiligt sind, den materiell stärksten Faktor die Verwaltung bildet.

II. Der Rückzug der Gesetzgebung in außer- und innerparlamentarische Kabinette

Die Gesetzgebung flieht aus dem Plenum des Parlamentes. Sie flieht damit aus der Öffentlichkeit. Das parlamentarische Verfahren wird durch nichtöffentliche Beratungen in Ausschüssen des Parlamentes (parlamentarischen Kommissionen) eingeleitet. Gleichzeitig befassen sich die Fraktionen mit den gesetzgeberischen Vorlagen. Schon vorher aber, im Vorverfahren, sind mit den Expertenkommissionen einflußreiche Gremien unter Ausschluß der Öffentlichkeit tätig gewesen. Diese drei Komitees haben verschiedenartige Stellungen und Funktionen im Gesetzgebungsverfahren. Sie haben aber auch Gemeinsamkeiten: abgesehen vom erwähnten Ausschluß der Öffentlichkeit und damit von einer öffentlichen Kontrolle und Verantwortlichkeit, liegen sie in der Eigenart, daß in erster Linie sie die Stellen sind, über welche die soziologischen

nur kennen, sondern sie auch überschätzen. Das schlägt leicht in Überheblichkeit um.

⁹¹ Das schwach ausgebildete «Selbstbewußtsein» der Verwaltung hat auch erhebliche Nachteile: Verbände und andere Interessenten haben in der Gesetzgebung oft nur deswegen so großen Einfluß, weil gewisse Verwaltungsstellen nicht wagen, den partikulären Interessen anspruchsvoller oder tatsächlich mächtiger Organisationen entgegenzutreten, bzw. die entsprechenden Begehren zum Allgemeinwohl zu beschneiden. (Vgl. Fritz Marbach, Zur Frage der wirtschaftlichen Staatsintervention, Bern 1950, S. 252. Vgl. auch unten S. 59a ff. und 77a f.)

Legislativkräfte — vorab Interessenorganisationen und Parteien —, dann aber auch Verwaltung und Regierung, die Gesetzgebung beeinflussen.

1. Die Expertenkommissionen

Die Expertenkommissionen sind keine einheitliche Erscheinung. Im Bund und in den größeren Kantonen sind sie Institutionen geworden, die für jede Rechtssetzung von etwelcher Bedeutung regelmäßig gebildet werden. In kleineren Kantonen oder bei unwichtigen Rechtssetzungsaufgaben werden selten eigentliche Kommissionen eingesetzt, sondern Sachverständige informell befragt⁹²; die Anhörung der Interessenten in mündlichen Verhandlungen nimmt aber auch hier an Umfang zu⁹³.

Die durch die Regierung oder ein Departement berufenen Expertenkommissionen bezwecken, wie ihr Name besagt, die sachkundige Beratung der Verwaltung in deren rechtssetzenden Vorarbeiten und damit der rechtssetzenden Staatsorgane überhaupt. Dementsprechend werden Sachverständige berufen. Zur Zeit der Kodifikationen, als die Expertenkommissionen aufkamen, gehörten ihr ausschließlich oder doch vornehmlich wissenschaftlich und praktisch erprobte Juristen an. Im Zeitalter der Wirtschafts- und Sozialgesetzgebung treten diese vor spezialisierten Wirtschaftssachverständigen vieler Schattierungen zurück⁹⁴.

⁹² Oft fällt deren Konsultation auch weg.

⁹³ Es sollen hier jedoch die Verschiedenartigkeiten nicht erwähnt werden. Es ist aber bemerkenswert, daß die Schwierigkeiten und Eigenarten der Expertenkommissionen zum Teil übertragen werden können auf die Vernehmlassungen, das heißt die schriftlichen Stellungnahmen zu den Entwürfen im Vorverfahren.

⁹⁴ Die Erscheinung hat etliche Ursachen. Zum Teil liegen sie beim Juristen selbst, wodurch sich seine Eignung für die heutige Gesetzgebung mindert. Er denkt und wirkt zuweilen auch da konservativ und in überkommenen Formen, wo es nichts Erhaltenswertes gibt oder wo den «Forderungen der Zeit» vernünftigerweise Gehör zu schenken ist; er scheut vor soziologischen Problemen zurück und blickt auf die Volkswirtschaftslehre zwar wohlwollend,

Die Verdrängung des Juristen aus einer angestammten Domäne fällt jedoch noch weniger auf als die Tatsache, daß neben dem Sachverständigen, nämlich dem durch eindringliches Wissen und durch die Fähigkeit objektiver Bewertung ausgezeichneten Experten, eine andere Person in der Expertenkommission Einsitz nimmt: der Interessenvertreter. Zwar ist auch er sachverständig in dem Sinne, daß er die Realien, namentlich die tatsächlichen Verhältnisse, die der geplanten Gesetzgebung zugrunde liegen, ausgezeichnet kennt — besser vielleicht als irgendwer sonst. Er kann Tatsachen dokumentieren, praktische Wege aufzeigen, aus Erfahrungen schöpfen; er verschafft sich dank dessen mitunter Ansehen und Gehör. Wesentlich aber ist, daß er Beiträge und Mitarbeit zu dem Ziele leistet, die Interessen derjenigen sozialen Gruppe, die er vertritt, zu wahren, und zwar so, daß sie im Entwurf möglichst ungeschmälert beachtet, anerkannt, gesichert oder garantiert werden. Was er kritisiert, unterstützt, ablehnt, vorschlägt, geschieht unter dem Blickpunkt der vertretenen Interessen. Wenn sie mit dem Allgemeininteresse und dem objektiv Richtigen parallel laufen, verfißt er zugleich auch diese⁹⁵; geraten sie aber in Widerstreit, setzt er sich — als selbstverständlich — für seine partikulären Interessen ein. Das Moment der Fähigkeit objektiver Bewertung⁹⁶ fehlt dem Inter-

aber etwas erhaben; er weicht dem Verwaltungs- und Sozialrecht so lange als möglich aus und gibt sich mit ihnen erst ab, wenn es anders nicht mehr geht; er öffnet der Spezialisierung die Pforten seiner Fakultät und findet oft, sein Arbeitsgebiet sei die Rechtsanwendung, nicht aber die Rechtssetzung.

⁹⁵ Und zwar häufig mit besonderem Temperament, um die eigene Objektivität, die echte Fürsorge um das Gemeinwohl, die Hintanstellung partikulärer Interessen zu betonen. Man verschafft sich dergestalt guten Ruf, der dienlich ist, sobald das beschränkte eigene Interesse durchzusetzen versucht wird.

⁹⁶ In der offiziellen, registrierten Äußerung. Für sich selbst sind viele Interessenvertreter objektiver Betrachtungen fähig und — privatim — zugänglich. Sie trennen Auftrag und (bessere) Überzeugung. Das gibt ihnen etwas Schillerndes, besonders dann, wenn sie den Auftrag mit Pathos erfüllen.

essenvertreter. Er ist nicht Sachverständiger im umfassenden Sinne.

Die Expertenkommissionen sind begehrte Einrichtungen. Die Bundesgesetzgebung ist im Hauptbestandteil zur Wirtschafts- und Sozialgesetzgebung geworden, und in den Kantonen steht diejenige Rechtssetzung im Vordergrund, welche das Bundesrecht ausführt und ergänzt; jedoch auch die völlig selbständige Legiferierung der Kantone bewegt sich, wenigstens soweit sie von politischem Interesse ist, im Gebiete oder Grenzgebiet der Sozialgesetzgebung. Wegen dieser Natur der legislatorischen Gegenstände versuchen denn sowohl im Bund als auch in den Kantonen die Wirtschafts- und Berufsverbände, Vertreter in die Expertenkommissionen zu entsenden. Dazu kommt im Bunde regelmäßig auch eine Vertretung der Kantone, in den Kantonen etwa auch der Gemeinden. Die politischen Parteien dagegen entsenden keine. Da die Expertenkommissionen im Rechtssetzungsverfahren sehr früh auftreten, bergen sie außerordentliche Einflußmöglichkeiten in sich. Es sind in der Regel noch keine Positionen verfestigt; jedermann tastet nach einem gangbaren Weg; hier bietet sich denn — wie im ganzen Verfahren nachher nicht mehr — den Interessenten günstigste Gelegenheit, ihre Postulate fast still, unbemerkt und unwiderruflich einzufügen. Wer in der Expertenkommission seine Anliegen beachtet findet, hat viel gewonnen.

Die Auslese der Mitglieder der Expertenkommissionen kann personell und politisch heikel sein. Insbesondere bereitet es Mühe, festzulegen, ob und wie Organisationen zu berücksichtigen seien, die entweder eine geringe Ausbreitung haben oder von der geplanten Gesetzgebung nur beschränkt und mittelbar betroffen sind⁹⁷. Der Lösung dieses Minderheitenproblems wird zuweilen dadurch aus-

⁹⁷ Zum Problem der «Zuständigkeit» von Verbänden für die Mitwirkung bei der Rechtssetzung vgl. Giger, Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, S. 136 ff., 142, 178 ff.

gewichen, daß großzahlige Kommissionen unter Beizug von Vertretern auch abliegender Interessen gebildet werden. Sie erschweren die praktische Arbeit⁹⁸. Im Bund hat sich die Regel ausgebildet, daß einige durch die Zahl der Angeschlossenen, durch gesellschaftliche Macht und Aktivität hervortretende Spitzenverbände sowie die durch die konkrete Regelung speziell betroffenen größeren oder kleineren Verbände regelmäßig zugezogen werden. Die Entwicklung ist so weit gediehen, daß mächtige Spitzenverbände Sitz in den Expertenkommissionen geradezu beanspruchen, auch unbekümmert darum, ob der konkrete Gegenstand unmittelbar in ihrem Sachbereich liege oder nicht. — Immerhin ist — rechtlich — die Zusammensetzung Sache der Regierung⁹⁹ oder der Verwaltung. Abgesehen von der obligatorischen Anhörung in einem Teil der Wirtschaftsgesetzgebung des Bundes (Art. 32, Abs. 3, BV)¹⁰⁰ und in einigen Spezialmaterien des Bundes und der Kantone, steht es ihnen zu, allein und frei über die Beiziehung zu befinden. Und es kommt in der Tat — namentlich in den Kantonen — gelegentlich vor, daß diese Freiheit genutzt wird, indem je

⁹⁸ Eine Hilfe bedeutet dann die Delegation einzelner Aufgaben an Kommissionsausschüsse.

⁹⁹ Die Regierung wählt in der Regel nur bei ganz wichtigen Kommissionen, oder wenn die Finanzkompetenz der Departemente für die Entschädigung der Kommissionsmitglieder nicht ausreicht.

¹⁰⁰ Ernst Feißt, Das Organisationsprinzip in der schweizerischen Wirtschaft als Mittel gegenseitiger Verständigung, in Festschrift Nationalrat Dr. Gysler, Zürich 1953, S.A., S. 11, zählt 13 Spitzenverbände auf, die gemäß Art. 32, Abs. 3, BV Anspruch auf Anhörung im Bunde erheben dürften. Wie Giger, Die Mitwirkung der Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, S. 36 ff., darlegt, ist auf die in Frage stehende Gesetzgebung abzustellen. Es wird eben Fälle geben, wo nicht alle Spitzenverbände als Betroffene gelten dürfen, und umgekehrt solche, die Kreise berühren — etwa die Konsumenten —, die in den Spitzenverbänden nicht zusammengefaßt sind und doch als «zuständig» zu betrachten wären. Art. 32, Abs. 3, BV gibt keinen Rechtsanspruch, und es muß im Ermessen der Verwaltung bzw. des Bundesrates gelegen bleiben, was für Organisationen im konkreten Fall zuzuziehen sind.

nach der Tendenz des leitenden Departementes Kommissionen gebildet werden, die entweder dank personell glücklicher Zusammensetzung fruchtbar und qualifiziert arbeiten oder die wegen geringen Reliefs ihrer Mitglieder von der Verwaltung beherrscht und gelenkt werden. In der Regel aber werden jene Ansprüche auf Sitz und Stimme ohne weiteres anerkannt, wobei selbst die Bezeichnung ihrer Vertreter den Organisationen überlassen bleibt. Die Verwaltung sieht denn zumeist davon ab, die Zusammensetzung der Expertenkommissionen maßgeblich zu bestimmen.

Die Arbeitsweise der Expertenkommissionen ist weitgehend formfrei. Meist unter dem Vorsitz eines Beamten des leitenden Departementes — nur selten noch unter dem des Departementvorstehers — wird über den Vorentwurf oder über Grundzüge einer Regelung in ein, zwei oder mehr Lesungen beraten. Wesentliche Einzelheiten und das Ganze werden Abstimmungen unterworfen. Daraus geht zuweilen ein eigentlicher Expertenentwurf, zuweilen eine Änderung oder auch nur unwesentliche Berichtigung des Vorentwurfes hervor; zuweilen erstattet die Kommission einen sogenannten Expertenbericht.

Die heutigen Expertenkommissionen führen nur sehr begrenzt ein praktisch-wissenschaftliches Gespräch zum Ziele der Raterteilung an die Verwaltung. Sie suchen vielmehr in Auseinandersetzungen diejenige Fassung des Entwurfs oder des Berichts, dem die aktivsten der beteiligten Gruppeninteressenten zustimmen (vgl. unten S. 75a ff., S. 82a ff.). Sie selbst sehen in ihrer Tätigkeit mehr als eine Konsultation und erwarten, daß die Verwaltung ihre Arbeit voll beachte. In einem vielfältigen Spiel meist augenblicklicher Allianzen werden die Forderungen einzelner Interessenten in den Entwurf eingebaut: Zustimmungen werden mit dem Gegenangebot von Unterstützung bei nächster Gelegenheit erkaufte (vgl. unten S. 77a). Die Expertenkommissionen werden zu politischen Kabinetten¹⁰¹.

¹⁰¹ Das zeigt sich auch darin, daß sie abstimmen. Einer Vereinigung ratschlagender Sachverständiger wäre die Abstimmung für

Die Eigenart der Expertenkommissionen wirkt sich auf die echten Sachverständigen oft unerfreulich aus. Sie sind regelmäßig eine Minderzahl und können das Getriebe der Interessenverfechtung nicht anhalten. Sie mögen als «Neutrale» zuweilen den Ausschlag zwischen sich bekämpfenden Lagern geben, sofern diese ungefähr gleich stark sind¹⁰². Im übrigen aber werden sie, wenn ihnen keine hervorstechende Aktivität eigen ist, abgedrängt; sie werden mehr oder weniger wohlwollend angehört, schließlich jedoch nur beachtet, wenn ihre Meinung den verfochtenen Interessen nützlich erscheint. Trotz allfälliger Reserven oder gar Widerstände bleiben die Namen der Sachverständigen aber mit der Expertenkommission verbunden: ihr Ansehen und ihre Geltung werden in der späteren Behandlung des Entwurfs verwendet, um der Schlußnahme der Kommission Autorität, Anschein von Objektivität und fachlicher Fundierung zu verleihen.

Praktisch ist sehr bedeutungsvoll, wie sich die Verwaltung zu den Expertenkommissionen — das gleiche gilt für die Vernehmlassungen — einstellt. Hierin gibt es merkliche Unterschiede. Im allgemeinen ist festzustellen, daß die Verwaltung kaum eine sachlich-fachmännische Beratung erwartet und wünscht¹⁰³, sondern aus der Tätigkeit die Stellungnahme der «beteiligten Kreise» entnimmt, mit ihr die öffentliche Meinung abtastet und diejenigen Kräfte auf

die Regel fremd: wird im Laufe der Diskussion eine einzige Meinung als objektiv richtig nicht für alle evident, so ist eine zahlenmäßige Feststellung der Abweichungen vielleicht manchmal interessant, aber nicht wesentlich; wichtig wäre, die anderen Auffassungen in Alternativvorschlägen mit Begründungen darzulegen. Das geschieht nicht, oder nur sehr selten. Die Expertenkommissionen sind (vor-)entscheidende Einrichtungen, und der Entscheid hat einen betont politischen Charakter.

¹⁰² Das sind Zufälle. Häufiger finden sich die Interessenvertreter zu Mehrheiten.

¹⁰³ Die Verwaltung findet eben sehr oft — und nicht zu Unrecht —, sie sei in den Fachfragen am besten bewandert. Eine Ausnahme bildet das rein statistische Material. Hiemit ist die Verwaltung häufig schlechter ausgestattet als die Interessenvertreter.

die Vorlage verpflichtet, welche die Entscheidungen erwartungsgemäß oder angeblich zu beeinflussen vermögen. Es gibt nun im Bund und in den Kantonen Verwaltungszweige, die das Ergebnis der Expertenberatung zusammen mit den Vernehmlassungen frei würdigen und nicht davor zurückschrecken, besserer Einsicht zu folgen, bei den Experten nicht die Stimme einer feststehenden oder beeinflussbaren öffentlichen Meinung zu hören, die Macht der Verbände nicht zu überschätzen. Indessen sind solche selbständige Verwaltungszweige seltener als diejenigen, welche die Ergebnisse der Experten fast unverändert übernehmen¹⁰⁴.

Dies geschieht weniger in der Überzeugung, damit das objektiv Richtige zu treffen, als in der Absicht, den Schwierigkeiten und Behelligungen auszuweichen, die ein allfälliger Kampf der Zurückgesetzten gegen den bereinigten Entwurf der Verwaltung mit sich bringt. Jene führen einen solchen Ansturm regelmäßig mit großem Einsatz durch. Andere Departemente, Regierungsmitglieder, Parteien, Fraktionen, Parlamentarier und — als letztes Mittel — eine engere oder weitere Öffentlichkeit werden angegangen, um mit ihrer Hilfe «verlorene Positionen» wieder zu erringen oder übergangene Begehren doch noch einzubauen¹⁰⁵. Wenn dies auch nicht immer gelingt, so zwingt es doch die Verwaltung zu Auseinandersetzungen.

¹⁰⁴ Ähnlich Giger, Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, S. 146. Dieser Autor wünscht Organe, die gegenüber den Verbänden Festigkeit und «Diplomatie» an den Tag legen. Vgl. auch Marbach, Zur Frage der wirtschaftlichen Staatsintervention, S. 254.

¹⁰⁵ Erwähnenswert sind die manchmal von Erfolg gekrönten Versuche zurückgesetzter Interessenten in Bundessachen, ihre Forderungen oder Widerstände durch die Kantone in deren Vernehmlassungen verfechten zu lassen: Spitzenverbände bzw. deren Unterverbände finden häufig offene Ohren in kantonalen Verwaltungen; wenn dann die Regierungen die Entwürfe für die Vernehmlassungen nicht sorgfältig durchgehen, sprechen daraus unter dem Titel kantonalen Stellungnahmen Verbandsbegehren.

Sie fallen in der Regierung in der Regel zugunsten der Verwaltung aus, und je nach der Intensität, mit welcher sich jene in den parlamentarischen Kommissionen, Fraktionen und im Plenum vor die Verwaltung stellt, dringt deren Ansicht auch hier durch. Vor dem Forum der Öffentlichkeit aber ist die Verwaltung schlechter gewappnet als die Gegenseite: Sie hat keine getreue Presse an der Hand; sie kann sich nicht mit Wortführern an der öffentlichen Diskussion beteiligen; sie kann mit Leichtigkeit als «verbeamtet», das heißt engstirnig, machthungrig, volksfeindlich gebrandmarkt werden; sie vermag solcher Polemik nicht mit wirksamen Schlagworten zu begegnen. Diese wenig verlockende Aussicht veranlaßt die Verwaltung denn sehr häufig, den Weg des geringsten Widerstandes zu gehen, indem sie den Expertenentwurf mit den in den Vernehmlassungen angebrachten Begehren übernimmt und in Verbindung mit den berücksichtigten Interessenten vor der Regierung und dem Parlament durchzusetzen sucht (vgl. dazu auch unten S. 75a ff., 87a ff.).

2. Die Fraktionen

Die Vorlagen, welche die Regierung dem Parlamente unterbreitet, sind ein abgerundetes, letztlich vielfältig erwogenes Werk. In den Expertenkommissionen und in den Vernehmlassungen haben die «interessierten Kreise» ausgiebig mitgesprochen, und ihren Begehren ist umfassend Rechnung getragen worden. Sonderbarerweise sind bis dahin weder die Parteien¹⁰⁶ noch die Fraktionen als die Verbindungen von Parlamentariern gleicher oder verwandter Parteizugehörigkeit angehört worden. Sie kommen erst zum Wort, wenn die Vorlage beim Parlamente rechtsgültig hängig gemacht ist.

¹⁰⁶ Es gibt Ausnahmen: Es kommt vor, daß die Parteien zu Vernehmlassungen aufgefordert werden. Sodann ist zu beachten, daß die meisten Parteien mit Verbänden personell und ideologisch derart verhängt sind, daß deren Stellungnahme auch diejenige der Parteien mitenthält. Vgl. dazu Weiteres unten im Text.

In den Fraktionen werden die Vorlagen vor der Plenumsberatung, häufig während und nach der Behandlung in den parlamentarischen Kommissionen durchberaten. Sachvertraute Mitglieder, die entweder der Expertenkommission oder den parlamentarischen Kommissionen angehören oder die durch ihre zivile Beschäftigung mit dem Gegenstande vertraut sind, erstatten über die Vorlage Bericht. Parteizugehörige Regierungsmitglieder und mitunter auch Beamte ergänzen die Ausführungen. In der Debatte werden Aufschlüsse erteilt, Bedenken vorgetragen und die Vorlage namentlich unter dem parteipolitischen Gesichtspunkt gewürdigt. In Abstimmungen wird die Stellungnahme zur ganzen Vorlage und zu wesentlichen Einzelheiten festgelegt, woran die Fraktionsmitglieder entweder statuten-gemäß oder faktisch gebunden sind¹⁰⁷.

Gerade weil die Verhandlungen geheim bleiben¹⁰⁸ und deshalb Rücksichtnahmen auf die Parteigefolgschaft und auf Allianzen streckenweit vernachlässigt werden können, scheint es, könnte in den Fraktionen eine Art¹⁰⁹ echter Diskussion über die sachlichen und politischen Fragen einer Vorlage geführt werden. In diesem Falle wäre denn auch die das freie Mandat des Abgeordneten beseitigende Fraktionsparole in gewissem Sinne gerechtfertigt, läge ihr doch die Bemühung um einen sachrichtigen Entscheid zugrunde und könnte sie als zweckmäßige Einrichtung zur Sammlung von Einzelmeinungen legitimiert gelten. Und tatsächlich gibt es ab und zu in Fraktionen, vor allem noch in den Kantonen, jene Diskussionen. Regel machen sie aber nicht.

¹⁰⁷ Vgl. François Lachenal, *Le Parti politique*, Basel 1944, S. 117 ff.; Werner Kägi, BV Art. 91: «Die Mitglieder beider Räte stimmen ohne Instruktionen», in *Jahrbuch «Die Schweiz»* 1952.

¹⁰⁸ Die Pressemitteilungen und die Fraktionserklärungen im Plenum bleiben immer rudimentär.

¹⁰⁹ Wahre Diskussion setzt, wie vor allem Carl Schmitt immer wieder betont hat, Öffentlichkeit voraus. Sie braucht diese auch nicht zu fürchten, weil sie im Dienste der Wahrheit steht. Ideologische und taktische Rücksichtnahmen können dieser aber zuwiderlaufen, weswegen die Öffentlichkeit umgangen werden muß.

Vielmehr greift eine Vielfalt von Einflüssen und taktischen Überlegungen auf die Fraktionsbeschlüsse derart ein, daß sie nicht das Ergebnis einigermaßen freier Beratung darstellen können.

Vorab ist der Umstand der engsten Verbindung zwischen Partei und Fraktion hervorzuheben¹¹⁰. Beider Spitzen sind fast durchgängig identisch, und die bekanntermaßen stark bürokratisierten Leitungen bestimmen Richtung und Beschluß¹¹¹. Sie legen, ihrerseits durch die Stellungnahme verwandter Verbandsleitungen meistens bereits maßgeblich beeinflußt, eine Meinung über die Vorlage mehr oder weniger deutlich fest. Richtpunkt ist dabei das Parteiinteresse, nämlich die Berücksichtigung der parteitaktischen Auswirkungen¹¹² der Stellungnahme. Die Referenten greifen im gleichen Sinne ein. Wenn sich daraus die grundsätzliche Bejahung der Vorlage ergibt, erwachsen ihr in den parteizugehörigen Mitgliedern der Regierung wertvolle Helfer. Dagegen aufzukommen fällt dem einzelnen Fraktionsmitglied außerordentlich schwer. In Sachfragen ist es den Referenten und den Regierungsmitgliedern, in parteipolitischen Fragen der Fraktionsleitung nur selten gewachsen. Rücksichten auf die Wiederwahl und auf seine Geltung bei der Fraktions- und Parteileitung, an denen ihm regelmäßig sehr gelegen ist, zwingen es zur Gefolgschaft.

¹¹⁰ Vgl. Lachenal, *Le Parti politique*, S. 111 ff., 126 ff.

¹¹¹ Vgl. schon Max Weber, *Parlament und Regierung im neu-geordneten Deutschland*, München 1918, S. 24 ff.; *Wirtschaft und Gesellschaft*, III, Tübingen 1921, S. 129 ff., 650 ff.

¹¹² Diese sind keineswegs auf die Wählerschaft beschränkt, sondern unter anderem und vor allem auf die Verbindungen mit verwandten Verbänden und auf Allianzen mit anderen Parteien ausgerichtet. Die Rücksichtnahme kann aus grundsätzlichen Erwägungen entspringen, aber auch aus dem Zusammenhang mit pendenten weiteren Sachgeschäften oder Wahlen. Die parteigetreue Aktivbürgerschaft tritt dagegen oft in den Hintergrund: wo kein obligatorisches Referendum besteht, die Ergreifung des (fakultativen) Referendums nicht von vorneherein droht oder Wahlen in weiter Sicht liegen, darf sie fast ganz übergangen werden.

Daraus resultieren für die Regel ziemlich mühelos fast einheitliche Fraktionsbeschlüsse.

Freilich, es kommen Fronden vor. Wenn schon die parteiverwandten Verbände divergieren, wenn die Partei- und Fraktionsleitung keine zielstrebige oder einleuchtende Richtung einschlägt, wenn die Referenten mit dem Parteistandpunkt oder mit wesentlichen Belangen verwandter Interessenorganisationen nicht übereinstimmen, wenn in der Vorlage zurückgesetzte Interessenten gewandte Wortführer finden, wenn die parteizugehörigen Regierungsmitglieder wenig Ansehen genießen oder wenn die öffentliche Meinung wichtig erscheint, aber ungewiß ist — dann kann mitunter aus den Fraktionsverhandlungen eine Stellungnahme hervorgehen, die von den Vorschlägen der Fraktions- und Parteileitung abweicht. Voraussetzung ist, daß die entsprechenden Wortführer eine ansehnliche Zahl von Fraktionsmitgliedern wenn immer möglich schon vor den Fraktionssitzungen für sich gewinnen können. Bei der soziologischen Struktur der Parteien und Fraktionen grenzen derartige Schlußnahmen jedoch an Revolten, und davor hält man sich zurück, es sei denn, die Opponenten fänden in anderen Organisationen, das heißt Verbänden, so großen Rückhalt, daß sie den Widerstand wagen dürfen oder müssen¹¹³.

Von einer freien Meinungsbildung in den Fraktionen kann nicht gesprochen werden. Die sachliche Prüfung und Stellungnahme tritt zurück vor dem Gehorsam gegenüber einer relativ eigenständigen Partei- und Fraktionsleitung und gegenüber der Regierung. Eigenartig aber ist eine offensichtlich zunehmende Rücksichtnahme auf verwandte

¹¹³ Auch «müssen». Die Bindung an den Verband kann diejenige an Partei und Fraktion weit übertreffen. Es gibt eben relativ viele Abgeordnete, die nicht nur ökonomisch von ihrem Verbands abhängig sind, sondern auch das Mandat ihrem Verbands verdanken. Vgl. auch Homburger, Über den Einfluß der politischen Parteien und der Wirtschaftsverbände auf die Gesetzgebung im Bunde, ZBl 54 (1953), S. 408; und unten S. 73a ff., 82a ff.

Interessenorganisationen¹¹⁴, denen Parteien und Fraktionen als Mantel oder Podest dienen, um ihre Anliegen auch dort noch zu vertreten, wo sie keine anerkannte Stimme haben. Sind im Vorverfahren solche Interessenten schlecht weggekommen oder sind ihre Begehren gefährdet, bieten ihnen die Fraktionen die zweit- oder drittletzte Gelegenheit, um sich doch noch zur Geltung zu bringen. Schließlich ist festzustellen, daß die Parteien und die Interessenorganisationen die Fraktionen dafür benutzen, Rechtssetzungsinitiativen auszuüben. Die Fraktionen «bewilligen» und unterstützen die Einreichung von Motionen und Postulaten, wobei es offen bleibt, wieweit die gegenüber dem Parlament auftretenden Abgeordneten die Anregung selbst tragen. Die Motive sind vielfältig und soziologisch nicht leicht zugänglich.

3. Die parlamentarischen Kommissionen

Um die Arbeit im Plenum zu kürzen und zu vereinfachen, um ihm die Aufgabe detaillierter Prüfung der Vorlage abzunehmen, bestellen die Parlamente Ausschüsse ad hoc, die proportional zu den Fraktionsstärken beschickt werden. Plenum oder Büro bezeichnen die Mitglieder, abstellend auf die Vorschläge der Fraktionen. In Nachbildung des Plenumverfahrens wird die Vorlage in Beratung gezogen und mit Abänderungsanträgen als sogenannte Kommissionsvorlage dem Plenum unterbreitet. Der Chef desjenigen Departementes, welches die Vorbereitungen geleitet hat, sowie die daran wesentlich beteiligten Beamten und gelegentlich Sachverständige folgen den Verhandlungen.

Angeführt durch den Kommissionspräsidenten, der sich

¹¹⁴ Die Parteien sind bei den Wahlen, aber auch bei den Volksabstimmungen wesentlich auf die Hilfe der Verbände angewiesen. Vgl. dazu eingehend Homburger, Über den Einfluß der politischen Parteien und der Wirtschaftsverbände auf die Gesetzgebung im Bunde, ZBl 54 (1953), S. 401 ff., insbesondere S. 404 f.; Marbach, Zur Frage der wirtschaftlichen Staatsintervention, S. 252.

in der Regel mit dem Gegenstand gründlich vertraut gemacht hat, werden die Grundzüge und die kritischen Einzelheiten durchgegangen. Dabei fällt auf, daß — anders als im Plenum, in den Fraktionen und selbst in den Expertenkommissionen — die sachlichen Gesichtspunkte voranstehen können. Daraus entspringen relativ häufige Einwände gegen die Vorlage, zuweilen verbunden mit Anträgen oder doch Anregungen für Verbesserungen. Diese erleiden indessen ein sonderbares Schicksal. Am häufigsten werden sie durch die anwesenden Regierungsmitglieder oder Beamten unverweilt zerstreut, vor allem mit den Hinweisen darauf, daß die vorgeschlagene Lösung die Zustimmung der Verbände, der Kantone, der Gemeinden oder anderer «Beteiligter» sowie die (meist einstimmige) Billigung der Regierung gefunden habe, daß die Sachverständigen sie als richtig bezeichneten, daß eine Abweichung diese oder jene Opposition auf den Plan rufe usw. Was darauf an Einwänden und Vorschlägen noch verbleibt — weil die Verwaltung sie anerkennt oder weil die Kommission an ihnen festhält — wird formell der Regierung, materiell dem bearbeitenden Departement zurückgewiesen. Diese nehmen in Berichten und formulierten Vorschlägen Stellung, nachdem sie in wichtigeren Fällen nochmals Vernehmlassungen von den früher angegangenen Organisationen oder Organen und zuweilen auch die Ansichtsäußerung der Expertenkommission eingeholt haben. Erst auf Grund solcher departementaler Berichterstattungen beschließt die parlamentarische Kommission.

Daß sie dabei einem hervorragenden Einfluß der Verwaltung und der Regierung unterliegt, ist offensichtlich. Diese haben es faktisch in der Hand, den Einwänden oder Vorschlägen Folge zu geben oder sie als unausführbar, unzulänglich, untragbar hinzustellen. Die parlamentarische Kommission kann materiell keine eigene Arbeit erbringen. Sie ist auf die Mitwirkung der Verwaltung angewiesen; wenn diese zusammen mit der Regierung Widerstand macht, so hat die parlamentarische Kommission als einzigen Ausweg

den Antrag auf Ablehnung zuhanden des Plenums zur Verfügung. Nun legt freilich, wie früher schon hervorgehoben (vgl. oben I, 3, S. 53a), die Verwaltung eine beachtliche Loyalität an den Tag. Dazu kommt oft eine eigenartige Furcht der Exekutivgewalt vor der Öffentlichkeit des Plenums. Es wird viel aufgewendet, um die parlamentarische Kommission zufriedenzustellen, sei es, daß die Einwände etwa mit Unterstützung der neu eingeholten Vernehmlassungen doch noch zu beschwichtigen versucht werden, sei es, daß ihnen mit abgeänderten Vorschlägen nachgelebt wird. Die Gründe solcher Bemühungen liegen vornehmlich darin, vermeintliche oder wirkliche Wunde Stellen einer Vorlage zu beseitigen oder auch, was gelegentlich vorkommt, im Zusammenwirken mit der parlamentarischen Kommission im Plenum wenn immer möglich zu verdecken; denn jede, auch noch so geringfügige öffentliche Kritik birgt die Möglichkeit in sich, anzuwachsen, zur politischen Streitfrage zu werden, weitere Unzulänglichkeiten aufzudecken, Absichten für Referendumsbegehren zu fördern und schließlich die Vorlage als Ganzes zu gefährden. Da die Mitglieder der parlamentarischen Kommissionen jedoch in den Fraktionen Gewicht haben und das Plenum gerne auf seinen Ausschuß abstellt, lohnt es sich für Verwaltung und Regierung, die Solidarität herzustellen zu suchen.

Wenn immer wieder festgestellt wird, das Parlament versage als Wahrer oder Hüter der Verfassung¹¹⁵, so liegt es vornehmlich an den parlamentarischen Kommissionen. Das Plenum eignet sich von Natur aus nicht sonderlich für verfassungsrechtliche Diskussionen, sofern sich diese auf verfeinerte Fragen beziehen und ihm dazu nicht vereinfachend referiert wird. Die Fraktionen haben

¹¹⁵ Vgl. unter anderen André Panchaud, *Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral*, ZSR 69 (1950), S. 44a ff.; Hans Nef, *Sinn und Schutz verfassungsmäßiger Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung im Bunde*, ZSR 69 (1950), S. 163a ff., insbesondere 176a.

— ebenfalls von Natur aus — Mühe, verfassungsrechtliche Probleme ihren Überlegungen voranzustellen, weil diese von parteitaktischen Gesichtspunkten überschattet werden. Hingegen wären die parlamentarischen Kommissionen nach Zahl, Qualität und Aufgabe hervorragend geeignet, sich um die Verfassungsmäßigkeit der Vorlagen zu kümmern. Schon die bloße Fragestellung würde heilsam wirken. Doch unterbleibt das häufig. Wenn zum Beispiel die Botschaft der Exekutive die Verfassungsfrage nicht aufrollt, wird sie in den Kommissionen leicht vergessen, und wenn sie diskutiert wird, geben Verwaltung oder Regierung die Interpretation.

III. Öffentliche Meinung und Gesetzgebung

1. Schwierigkeiten in der Erfassung der öffentlichen Meinung

Verlangt schon die Idee der Volksrepräsentation eine sorgfältige Bezugnahme der Gesetzgebung auf das Volk, erheischen erst recht die Institute des Referendums, das der Aktivbürgerschaft den Entscheid überträgt, und der Volksinitiativen, die den behördlichen Gesetzgeber lenken oder gar ersetzen können, daß dieser mit seinem Werke Meinung und Willen des Volks treffe. Das «Volk» im Sinne der in der Abstimmung entscheidenden Aktivbürgerschaft ist mehr und anderes als das das Initiativrecht ausübende Volk; es ist aber auch etwas anderes als das in der Repräsentation verkörperte oder das ständig gegenwärtige, die «Öffentlichkeit» bewirkende Volk¹¹⁶. So gewichtig die Differenzierung an sich ist, so bleibt sich für die den Rechtsinhalt schaffenden Organe der praktische Begriff des Volks jedoch gleich: bis zur Volksabstimmung, welche einen Volkswillen zahlenmäßig registriert, ist es eine unbestimmbare Größe. Es bleibt es meist auch, wenn die Volksabstimmung unterbleibt oder keine eindeutige Mehrheit feststellt.

¹¹⁶ Vgl. dazu Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 238 ff.

Dieser Größe aber so oder anders gerecht zu werden, wird durch die Beachtung der öffentlichen Meinung¹¹⁷ versucht. Das ist zwar eine realiter vorhandene Erscheinung; Bestimmung und Erfassung sind aber erschwert.

Die Ursachen dieser Schwierigkeit liegen einmal darin, daß die wahre öffentliche Meinung, nämlich eine sachrichtige, dauerhafte und ausgebreitete Meinung von solchen, denen eines dieser Elemente abgeht, schwer zu scheiden ist. Dazu kommt, daß eine öffentliche Meinung in bezug auf die geplante Gesetzgebung vorerst gar noch nicht besteht. Es mögen diffuse Vorstellungen zwar vorhanden und mitunter auch erfaßbar sein¹¹⁸; sie erschöpfen sich aber meist in einer sehr allgemeinen Bejahung oder Verneinung von Grundzügen der vorgesehenen Regelung, in allgemeinen Wünschen, Unbehagen oder Abneigungen. Für Einzelfragen sind daraus selten Maßstäbe oder Gehalte zu ziehen. Während ein Gesetz zustande kommt, kann sich nun zwar eine öffentliche Meinung in bezug auf diesen Gegenstand bilden; es fragt sich aber — worauf zurückzukommen ist —, von welchem Augenblick an dies ermöglicht wird.

Es ist kraft demokratischer Logik und praktisch notwendig, eine gesetzgeberische Lösung zu suchen, für welche die größtmögliche Chance besteht, daß eine sich allmählich bildende öffentliche Meinung ihr beipflichtet. Wo eine Volksabstimmung stattfindet, das heißt die öffentliche Meinung unmittelbar bedeutungsvoll wird für einen rechtlich relevanten Akt, wird ihr besonderes Augenmerk zugewendet; hat eine ausgebreitete öffentliche Meinung die Vorlage akzeptiert, ist für die Regel die Annahme durch

¹¹⁷ Vgl. Anm. 24.

¹¹⁸ Abgesehen davon, gibt es Grundsätze als Bestandteile einer wahren öffentlichen Meinung — es sind die «tieferen Überzeugungen» im Sinne Schindlers (Die Bildung des Staatswillens in der Demokratie, Zürich 1921, S. 37) —, die feststehen. Es sind die Momente der Staatsidee. Ein kluger Gesetzgeber verletzt sie nicht; jedenfalls hätte er, wenn ihm daran gelegen ist, keine wesentliche Mühe, sie zu erkennen.

die Aktivbürgerschaft gesichert. Obwohl die Entstehung der öffentlichen Meinung weitgehend dunkel bleibt, ist doch unverkennbar, daß sie durch organisatorische Vorkehren teilweise gerichtet und gelenkt werden kann. Die Vermassungserscheinungen und die modernen, vielgestaltigen Propagandamittel erleichtern die Beeinflussung. Darüber hinaus verbleibt freilich immer noch ein merklicher Rest, der nicht aufgeht. Es kann nämlich eine öffentliche Meinung in bezug auf eine Gesetzesvorlage auch schwach gelenkt oder durch andere als die erwarteten Kräfte¹¹⁹ bestimmt zustande kommen, wobei vielleicht gerade dieser Teil in Volksabstimmungen den Ausschlag geben kann.

2. Die Vernachlässigung der öffentlichen Meinung

Der Gesetzesinhalt erhält im Vorverfahren Gestalt. Hier schon, aber auch im parlamentarischen Verfahren, wird von der Vorlage «Referendumstüchtigkeit», die Rücksichtnahme auf die «Referendumspolitik» verlangt. Obwohl in diesen Ausdrücken wenig bestimmte und namentlich viel mißbrauchte¹²⁰ Vorstellungen mitschwingen, enthalten sie einen richtigen Kern, die Forderung nämlich, ein der Aktivbürgerschaft genehmes Gesetz zu schaffen, was dessen Übereinstimmung mit einer maßgebenden

¹¹⁹ Etwas Unberechenbares haftet der öffentlichen Meinung auch deswegen an, weil sie sich offenbar bald mehr durch Gefühlsimpulse, bald aber mehr durch rationale Gründe bewegen läßt. Die organisierten Einwirkungen pflegen die eine oder andere Seite in den Vordergrund zu rücken, wobei es sich begeben kann, daß diejenige gewählt wird, welche nicht anschlägt. Wenn dann der Diskussionsgegner die Gegenseite rechtzeitig erfaßt, hat er Erfolgsaussichten.

¹²⁰ Begehren werden mit Vorliebe unter dem Hinweis bekämpft und abgelehnt, sie stellten «referendumspolitische» Belastungen dar, die nicht riskiert werden dürften. Es gibt Motive, die an sich diesen belastenden Charakter haben, zum Beispiel Fiskallasten. Oft aber wird ohne stichhaltige Hinweise eine öffentliche Meinung einfach vermutet.

öffentlichen Meinung voraussetzt. In einem weiteren Sinne ist diese Kongruenz schon zum Zwecke der Rechtsverwirklichung auch bei jenen Erlassen anzustreben, zu denen die Stellungnahme der öffentlichen Meinung nicht in einer Volksabstimmung registriert wird.

Während des Vorverfahrens dient die Anhörung der «interessierten Kreise» in den Expertenkommissionen und in den Vernehmlassungen dazu, einerseits eine zustande gekommene öffentliche Meinung zu Worte kommen zu lassen, andererseits — und dieses Moment ist in praxi un-
gemein viel gewichtiger — jene Kräfte auf die Vorlage zu verpflichten, die fähig erscheinen, die öffentliche Meinung zu beeinflussen und zu lenken. Dem gleichen Ziel dient auch der regelmäßige Beizug der Kantonsregierungen durch die Departemente des Bundes sowie die offenbar im Ansteigen begriffene Anhörung der Gemeindebehörden in der kantonalen Gesetzgebung¹²¹, indem erwartet wird, in der behördlichen Vernehmlassung werde eine öffentliche Meinung vernehmbar sein und eine zustimmende Vernehmlassung oder die Beachtung von deren Kritik helfe eine günstig gesinnte öffentliche Meinung zu bilden.

An diesen Anhörungen aber ist nun eigenartig, daß sie unter Ausschluß der Öffentlichkeit vor sich gehen. Die Anbringen der Experten und der Vernehmlassungen fußen in der Regel nicht auf einer zur Sache gebildeten öffentlichen Meinung, sondern sind die Verlautbarungen von Exekutivgewalten: von Verbandsleitungen, von Parteileitungen, von kantonalen Verwaltungen und Regierungen, von Gemeindeexekutiven. Und was angebracht worden ist,

¹²¹ Die ersten Gründe für die Anhörung der Kantone bzw. der Gemeinden liegen allerdings in einem Streben nach Föderalismus inmitten zentralistischer Gesetzgebung, nach einer Art Ersatzleistung für die in bezug auf die Rechtssetzung zunehmende Einengung der Kantone und der Gemeinden durch die übergeordneten Gemeinwesen, schließlich aber auch in der Erfassung von Einwänden gegen die Praktikabilität des Entwurfs durch diejenigen Organe, welche ihn zu vollziehen haben werden.

dringt nur selten, und dann bruchstückhaft und meist bereits aus einer polemisierenden, nicht diskutierenden Quelle an die Öffentlichkeit. Es wird gar nicht oder kaum versucht, während des Vorverfahrens eine öffentliche Meinung zu bilden, die Öffentlichkeit ihres Gegenstandes unabdingbar voraussetzt. Die Elemente, die für ihr Entstehen nötig wären, nämlich ein ausreichendes Maß des geplanten Inhalts sowie der Einwände dagegen, werden, von gewichtigen Ausnahmen abgesehen, nicht publik gemacht. Die Publizität hängt von Zufälligkeiten und selbst vom Belieben der das Vorverfahren leitenden Personen ab. Das setzt sich teilweise fort, wenn das Verfahren in das Parlament hinüberwechselt. Zwar wird die Regierungsvorlage mit der Hängigmachung beim Parlamente veröffentlicht. Dannzumal aber ist der Entwurf abgeschlossen, bereinigt. Was an Einwänden noch vorgetragen wird, geschieht in der Regel in den geheimen Kommissions- und Fraktions-sitzungen. Die dabei durchgesetzten Modifikationen werden im Parlament nicht mehr ernsthaft erwogen; die Willen sind bereits gebildet, der Gesetzesinhalt geprägt. Die öffentliche Meinung wird vor vollendete Tatsachen gestellt. Nur wenn sie — etwa unter Führung Schlechtweggekommener oder ehrlich Besorgter — in Ablehnung des Ganzen oder in Einwänden gegen Einzelheiten rechtzeitig eine erkennbare Intensität zu erreichen vermag und taugliche Wortführer findet, kann ihre Stimme im Parlament noch durchdringen. Die Fälle sind selten.

In der Regel wird der öffentlichen Meinung ein Gesetzesinhalt so vorgelegt, wie er, unabhängig von ihr, aus dem Vorverfahren, bzw. aus den geringfügigen Korrekturen des parlamentarischen Verfahrens hervorgegangen ist. Gleichzeitig — und auch schon vorher — setzen aus vielen Richtungen die intensiven Bemühungen ein, sie für den Beschluß zu gewinnen, was meistens gelingt, jedenfalls bis nach der Volksabstimmung¹²². Es wird auch — beim fakul-

¹²² Immerhin bleibt, wie unter Ziffer 1 schon angetönt, die Volksabstimmung immer ein Spiel mit dem Zufall. Eine Ablehnung kann

tativen Referendum, erst recht aber bei Erlassen, welche nicht der Volksabstimmung unterliegen — versucht, durch eine Art stillschweigender Übereinkunft derjenigen Kräfte, welche die Vorlage befriedigt, eine öffentliche Meinung überhaupt nicht zustande kommen zu lassen; der Erlaß wird in der Öffentlichkeit beschwiegen, zumindest so lange, als die Referendumsfrist läuft¹²³.

3. Die Berücksichtigung von Gruppeninteressen

Der erwähnte, vereinfacht gezeichnete Sachverhalt, daß eine Vorlage abgeschlossen ist, wenn die Bildung der öffentlichen Meinung einsetzen kann, wäre an sich nicht gar bedenklich, wenn das Gesetz allein unter dem Gesichtspunkt des richtigen Rechts zustande käme. Die öffentliche Meinung zu beachten, ist ja nur eine der an den Gesetzgeber gestellten Forderungen. Daneben und letztlich darüber stehen die Postulate der ethischen und logischen Richtigkeit unter Beachtung der Realien, im konstitutionellen Staat insbesondere auch die Verfassungsmäßigkeit. Diesen

selten als von vorneherein ausgeschlossen betrachtet werden. In Perioden der Staatsverdrossenheit der Aktivbürgerschaft und infolge der pluralistischen Zersplitterung wächst das Risiko der Ablehnung. Deswegen wird mitunter versucht, die Unterschriftensammlung für Referendumsbegehren durch Gegenaktionen scheitern zu lassen. Das kann gelingen, wenn sich die Referendumsorganisation in der Öffentlichkeit noch nicht exponiert hat und — zum Beispiel unter der Drohung politischer Sanktionen oder wegen der Aussicht einer Allianz für eine nächste Gelegenheit — auf die Aktion verzichtet. Sonst aber kann nicht verhindert werden, daß die Begehren zustande kommen. Schon das Quorum liegt für die großzahligen Gemeinwesen zu tief.

¹²³ Es ist erstaunlich, wie relativ wenig Referendumsbegehren gestellt und wie viele Gesetze in der Volksabstimmung angenommen werden (Abstimmungsverzeichnisse für den Bund vgl. unter anderem Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1933, 1938 und 1953). Daraus darf indessen richtigerweise nicht ohne weiteres geschlossen werden, die Gesetzgebung sei sachlich nicht zu beanstanden und ruhe in der Kongruenz mit dem Volkswillen. Es scheinen sich die Fälle zu mehren, in denen eine wahre öffentliche Meinung erst zu spät erwacht. Vgl. auch den folgenden Absatz im Text.

Postulaten könnte nun bis zu einem gewissen Grade auch unter Ausschluß der Öffentlichkeit Genüge getan werden, worauf die öffentliche Meinung für das Gesetz richtigen Inhalts gewonnen werden könnte¹²⁴. Die Absicht, Kantone bzw. Gemeinden, «interessierte Kreise» und Parteien an der Inhaltsgestaltung mitwirken zu lassen und sie nachher für die Gewinnung der öffentlichen Meinung einzusetzen, kann sich denn einzig darin legitimieren, daß die Angehörten nach dem richtigen Gesetzesinhalt streben und ihn zustande zu bringen helfen. Das aber ist nicht gesichert:

a) Hiezu wären die bei kantonalen bzw. kommunalen Behörden eingeholten Vernehmlassungen am tauglichsten. Jene könnten sich freihalten von Sonderinteressen und einen lebhaften wechselseitigen Kontakt mit einer wahren öffentlichen Meinung ihres Gemeinwesens pflegen. Meist verfaßt von den sachvertrauten Departementen, beraten und formell erstattet von den kantonalen Regierungen, können die behördlichen Vernehmlassungen in der Tat wertvolle Anregungen, aufbauende Kritik sowie Hinweise auf die praktischen oder politischen Schwierigkeiten bringen. Die Bedeutung wird in praxi nicht immer erkannt. Auf der einen Seite gehen die Entwurfsersteller zuweilen leicht darüber hinweg und sehen in der Einholung behördlicher Vernehmlassungen nichts anderes als eine tröstende Referenz, die dem untergeordneten Gemeinwesen nun ein-

¹²⁴ Die Schwierigkeiten in der Normierung und in der sachlichen Beurteilung der möglichen Folgen, die Ausrichtung auf die übrige Rechtsordnung, technische Erwägungen usw. sprechen die öffentliche Meinung nicht an (vgl. darüber oben § 2, III, S. 31a ff.). Und die öffentliche Diskussion kann Lösungen erschweren oder gar vereiteln. Wo solche Antinomien zwischen Demokratie und dem rechtsstaatlichen Postulat nach richtigem Recht aufbrechen, wäre letzterem der Vorrang einzuräumen. Allein, angesichts der unvollkommenen Erkenntnismöglichkeiten richtigen Rechts hält es schwer, Grenzen einzuhalten, das heißt nicht auch dort das demokratische Prinzip auszuschließen, wo es dem richtigen Recht nicht Abbruch täte. Das war die Situation im Notrecht der letzten 20 Jahre, sie ist es mentalitätsmäßig auch heute noch.

mal erwiesen werden muß¹²⁵. Auf der anderen Seite nehmen die angegangenen Behörden die Aufgabe zuweilen wenig ernst: der Entwurf wird nicht eindringlich behandelt oder ungeschaut akzeptiert oder leichtfertig kritisiert. Die behördlichen Vernehmlassungen degradieren sich jedoch am meisten entweder da, wo sie partikuläre Anliegen des Kantons bzw. der Gemeinde, namentlich finanzielle Beitragsleistungen des oberen Gemeinwesens, ohne Rücksicht auf das Ganze mit der Vehemenz einseitiger Gruppeninteressenten verfechten, oder aber da, wo sie kurzerhand die Ansicht von Interessenorganisationen übernehmen und anbringen.

b) Was die Anhörung der «beteiligten Kreise» betrifft, ist schon bei der Behandlung der Expertenkommissionen (oben II, S. 54a ff.) auf die Eigenarten hingewiesen worden. Ihre Mitwirkung im Vorverfahren setzt voraus, daß sie organisiert sind. Die Organe treten auf. Die Wirtschaft im weitesten Sinne ist in der Schweiz durchorganisiert¹²⁶. Kantonale und interkantonale Dachorganisationen sammeln Untergruppierungen, und einige Spitzenverbände erfassen mittelbar oder unmittelbar den Großteil aller schweizerischen Organisationen von wirtschaftlicher Natur im engeren Sinne. Daneben werden soziale Anliegen durch Organisationen wirksam gemacht, die von Berufsverbänden bis zu ideellen Zusammenschlüssen mit sozialpolitischen oder wirtschaftlichen Nebenzwecken reichen¹²⁷. Die Handels- und Gewerbefreiheit hat

¹²⁵ Höchst bedenklich ist die aufkommende Praxis, Vernehmlassungsfristen ganz kurz anzusetzen. Das verhindert oft schon minimale Erwägungen in den Kantonen, namentlich im Schoße der Regierung. Der Bund erhält dergestalt leicht zustimmende Antworten und beruft sich darauf. Abgesehen davon, daß die Ansetzungen kurzer Fristen die Vernehmlassungen entwerten, liegen darin unhöfliche Akte gegenüber dem unteren Gemeinwesen.

¹²⁶ Dazu Giger, Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, S. 32 ff.; Feißt, Das Organisationsprinzip in der schweizerischen Wirtschaft als Mittel der gegenseitigen Verständigung, S. 10 ff.

¹²⁷ Erich Gruner, Wirtschaftsverbände und Staat, Schwei-

jene wirtschaftlichen Verbände im engeren Sinn erzeugt, der Staatsinterventionismus ist ihr Produkt und ihre Begründung¹²⁸. Ihre Erfolge machen Schule und regen vielfältige Zusammenschlüsse an.

Derartige Organisationen werden regelmäßig auf den Plan gerufen, wenn der von ihnen anvisierte Ausschnitt aus dem Sozialgeschehen von der geplanten Gesetzgebung berührt wird¹²⁹. Wesentlich ist, daß es sich wirklich nur um Ausschnitte handelt: die einzelne Organisation erfaßt eine abgegrenzte Gruppe aus der Sozietät oder eine einzelne Tätigkeit aus dem Wirtschafts- und Sozialgeschehen. Ihre Aktivität entfaltet und bezieht sich auf die Bedürfnisse, den Nutzen, die Vorteile, die Erhaltung und die Gefahrenabwehr ebendieser Gruppe. Sowohl der Kreis der Organisierten als der Richtpunkt der organisierten Tätigkeit sind also begrenzt. Es sind Organisationen für die Verfechtung von Gruppeninteressen, wofür ihnen vielseitige, energisch eingesetzte Mittel zur Verfügung stehen. Sie können zwar unter anderem dadurch, daß sie in ihrem Schoße soziale Aufsplitterungen sammeln und Ausgleiche herstellen, die Rechtssetzung sowie die Durchsetzung des Rechts erleichtern¹³⁰. Die Ausrichtung auf das Allgemein-

zerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, 90 (1954), S. 1 ff., scheidet die Spitzenverbände als staatsrechtlich aktivierte Sammelorganisationen von den Einzelverbänden als halböffentlichen Verwaltungskörpern mit privatrechtlich-gesellschaftlicher Blickrichtung (S. 6 f.). Für unsere Darstellung kommen im Bund die eigentlichen «Spitzenverbände» in Betracht; indessen sind auch Einzelverbände staatspolitisch tätig, namentlich in den Kantonen, wo im übrigen kantonale Gruppen der Spitzenverbände auftreten.

¹²⁸ Vgl. die interessanten Untersuchungen von Gruner, Wirtschaftsverbände und Staat, S. 7 ff., über die Anfänge des Verbandswesens auf dem Boden des Bundes.

¹²⁹ Vgl. dazu Giger, Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, S. 143 ff.

¹³⁰ Hans Huber, Recht, Staat und Gesellschaft, S. 43, stellt fest: «... es gibt Verbände, die sich zum Beispiel insofern den echten Parteien nähern, als sie bedeutende Interessengegensätze schon in ihrem Innern ausgleichen und in ihren Programmen und Tätig-

wohl ist aber nicht ihre Wesensbestimmung, die vielmehr auf die Realisation ihres partikulären Interesses geht.

Die Interessenorganisationen nehmen an der staatlichen Rechtssetzung gewichtigen Anteil, so daß Hans Georg Giger¹³¹ wohlbegründet zusammenfaßt: «...die Vorlage selbst stellt regelmäßig einen Kompromiß dar, der sich redlich bemüht, jedem das Seine zu geben, wobei den Wünschen der einzelnen Interessengruppen nach deren tatsächlichen Bedeutung Rechnung getragen wird, eine Erscheinung, die wir als Gesetzgebungsproporz bezeichnen möchten.» In praxi hält es außerordentlich schwer, die «tatsächliche Bedeutung» einer Interessengruppe zu ermessen. Bildet die Zahl der erfaßten Mitglieder oder die wirtschaftlich-soziale Macht Maßstab? Wie ist diese Macht, das heißt die Einflußmöglichkeit, erfaßbar? Und was soll gelten, wenn eine Organisation überlaut auftritt, eine andere stille sitzt?¹³² Viel bedrängender aber ist der Umstand, daß sich die Schlüssigkeit eines Argumentes, die Begründung eines Begehrens, die Verfassungsmäßigkeit und die Richtigkeit einer gesetzgeberischen Lösung nicht nach der machtmäßigen Bedeutung, nach der Zahl der an ihr interessierten Personen und Organisationen beurteilen läßt. Ein «Proporz», wie das treffende Bild Gigers lautet, mag tauglich sein für eine der Zahl zugängliche Auslese; für ein durch Ethik und Logik getragenes Werk ist er es grundsätzlich nicht; er versagt aber auch bei zweckgerichteten «Plangesetzen» (vgl. oben § 2, III, S. 34a). Bei der Gestaltung des Gesetzesinhalts wird das aber eben kaum beachtet. Es geht hier weniger um die Richtigkeit des Inhalts als um den Einbau von Begehren, um die Zustimmung der Organisationsleitungen. Es wird wohl versucht, «jedem das Seine»

keiten wenigstens teilweise auf das öffentliche Wohl ausgerichtet sind, wenn auch nach wie vor der Gruppenegoismus daneben einhergeht.» Vgl. auch Giger, Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, S. 216 ff.

¹³¹ Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, S. 144. Vgl. auch S. 197 f.

¹³² Über die Auslese vgl. Giger, a. a. O., S. 136 ff.

zu geben, nämlich jedem, der zum Mitreden zugelassen wird, das, was er begehrt. Das aber ist nicht das *Suum cuique* einer austeilenden Gerechtigkeit, sondern die Fügbarkeit gegenüber wirklichen oder vermeintlichen soziologischen Mächtigkeiten. Darin liegt auch eine Bevorzugung derjenigen Interessen, die organisiert sind. Wer zwar betroffen, aber nicht organisiert ist, kann sich nicht verlauten lassen. Daraus erwachsen sowohl gravierende Benachteiligungen als auch ein Zwang, das Organisationssystem immer weiter auszubauen, es zu verfeinern, sich für alle möglichen sozialen und wirtschaftlichen Anliegen zusammenzuschließen¹³³. Darob aber gehen Proportionen für richtiges Recht erst recht verloren.

c) Die öffentliche Meinung ist im wichtigsten Stadium der Gesetzgebung, im Vorverfahren, wenig oder nicht wirksam. Nun wären aber die politischen Parteien als diejenigen Sammlungen der Bürgerschaft, die grundsätzlich den ganzen Bereich staatlicher Wirksamkeit in ihre Tätigkeit einbeziehen und sich im Gegensatz zu den Interessenorganisationen nicht auf Ausschnitte beschränken sollen, bestimmt und geeignet, eine verbreitete öffentliche Meinung zu erfassen und ihr Ausdruck zu geben¹³⁴. Während des

¹³³ Der Bürger verfällt dem Glauben, «sein» Anliegen, «seine» Sorgen, «sein» Recht könne nur durch Organisationen gewahrt werden (und er geht darin nicht fehl). Das setzt dem Repräsentationscharakter des Parlaments ungemein zu.

¹³⁴ Mit dem Wesen der modernen politischen Parteien und deren Bedeutung für den demokratischen Staat befaßt sich die neue deutsche Staatslehre sehr einläßlich, und ihre Feststellungen sind zum Teil für die Schweiz zutreffend; vgl. unter anderen Richard Thoma, *Wesen und Erscheinungsformen der modernen Demokratie*, in «Recht, Staat, Wirtschaft», I, Stuttgart und Köln, 1949, S. 1 ff., insbesondere S. 11 ff.; Gerhard Leibholz, *Der Strukturwandel der modernen Demokratie*, Karlsruhe 1952; *Der Parteienstaat des Bonner Grundgesetzes* in «Recht, Staat und Wirtschaft», III, Düsseldorf 1951, S. 99 ff., insbesondere S. 106 ff.; Scheuner, *Grundfragen des modernen Staates*, S. 141 ff.; Otto Kirchheimer, *Parteistruktur und Massendemokratie in Europa*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 79 (1954), S. 301 ff.; Fritz Morstein

Vorverfahrens treten sie jedoch selten auf. Gerade wenn und weil sie breit angelegt sind, vertreten sie nicht «beteiligte Kreise», sondern ein Allgemeineres. Sie erhalten deshalb erst Zutritt im parlamentarischen Verfahren. Wie die früheren Ausführungen gezeigt haben, ist eine Entfaltung hier jedoch gehemmt. Durch die vielseitigen Rücksichtnahmen und takische Überlegungen gebunden, in Interessentenkreise einbezogen, durch das Koalitionsregime auf die Regierungsvorlage verpflichtet, bleibt ihnen wenig Freiheit. Sachliche Momente müssen sie außer acht lassen, die öffentliche Meinung vernachlässigen. In der Gestaltung des Gesetzesinhalts werden sie so durch die Interessenorganisationen konkurrenziert, im Stadium des öffentlichen Entscheides aber häufig als Vorspann eingesetzt: sie treten im Parlamentsplenum und in der öffentlichen Diskussion auf; sie sollen die Vorlage verfechten, die nicht sie geschaffen haben. Widerstrebt diese der öffentlichen Meinung, werden die Parteien mit der Verantwortung belastet, haben sie die Sanktionen bei Wahlen zu gewärtigen, müssen sie einen allgemeinen, recht bedenklichen Rückgang an Ansehen und Geltung tragen.

4. Die Ausübung der Volksrechte

Die «beteiligten Kreise», vornehmlich die Wirtschaftsverbände, im Vorverfahren anzuhören, stellt einen Versuch volksadäquater Gesetzgebung dar. Die Einrichtung stört aber das herkömmliche Gesetzgebungsverfahren. Sie entleert nicht nur das parlamentarische Verfahren, sondern beschneidet die Volksrepräsentation in ihrer Sinn-erfüllung, einmal nämlich die öffentliche Meinung bei der Inhaltsgestaltung Einfluß nehmen und durch die Kraft der Argumente für die Vorlage gewinnen zu lassen. Zugleich entzieht die neuartige Einrichtung dem Parlament auch die Möglichkeit, als Repräsentation die Einheit des Staates darzustellen, das Partikuläre in das Ganze zu transponieren.

Marx, Betrachtungen zum amerikanischen Parteiwesen, ebenda, S. 269 ff.

Die öffentliche Meinung findet sich mit ihrer Ausschaltung nicht immer ab. Will sie sich mit der Vorlage nicht zufrieden geben, bleibt ihr freilich zunächst nur die Ablehnung, sofern in concreto der Volksentscheid überhaupt möglich ist. Sie kann sich auch mit dem Initiativrecht Luft machen. Verfassungsinitiativen und anregende Gesetzesinitiativen durchlaufen allerdings bei ihrer Konkretisierung das gleiche Verfahren wie die aus parlamentarischer oder anderer Initiative entsprungenen Gesetze. Eine sorgfältigere Berücksichtigung der öffentlichen Meinung während der Inhaltsgestaltung ist nicht zu erkennen. Deshalb ziehen die Initianten es in zunehmendem Maße vor, entweder formulierte Initiativen einzureichen oder Verfassungsinitiativen und anregende Gesetzesinitiativen so ausführlich zu halten, daß ihren Absichten in der Ausführungsgesetzgebung unausweichlich Nachachtung geschaffen werden muß. Daß darunter die Systematik und verfassungsbegrifflichen Grundlagen insbesondere der Bundesverfassung leiden und daß die formulierten Gesetzesinitiativen Fehlkonstruktionen mit ausgedehnten juristischen Schwierigkeiten bringen, ist hinlänglich bekannt. Trotzdem darf festgestellt werden, daß die ausgebauten Volksrechte ein wohltuendes Korrektiv gegenüber einer exklusiven Gesetzgebung darstellen. Sie zwingen, wenn auch spät, die inhaltgebenden Organe, auf die öffentliche Meinung Bedacht zu nehmen oder diese — bei formulierten Initiativen — selbsttätigen Lauf nehmen zu lassen. Deshalb schrecken ja auch die Interessenorganisationen vor Rechtsformen, welche referendumspflichtige Verfahren voraussetzen, so sehr zurück: Wenn Verwaltung und Regierung für ihre Begehren gewonnen sind, müssen sie auch noch die — allerdings wenig gefährlichen, aber immerhin vorhandenen — Klippen des Parlaments umfahren, die Parteien an sich ziehen und die Bemühungen um die öffentliche Meinung aufnehmen. Das bringt nicht nur eine Verlängerung und Komplizierung des Rechtssetzungsweges, sondern auch das Risiko, daß die öffentliche Meinung nicht

nachfolgt. Umgekehrt eignen sich parlamentarisches Verfahren und Volksentscheid dazu, allfällige Benachteiligungen zu beseitigen, unter Umständen durch die Ablehnung des Ganzen. Initiativrechte aber erlauben, Interessen, die in Verwaltung, Regierung oder Parlament zurückgesetzt worden sind, unter dem Druck großzahliger Unterschriftenbogen als beachtliche Größen hinzustellen und schließlich durchzusetzen.

Darin liegt denn eine zunehmende Problematik der Volksrechte und der öffentlichen Meinung in der Gesetzgebung: Die öffentliche Meinung ist eine reale Größe, die zwar nicht übersehen wird. Sie kann dank verfahrensrechtlicher Institutionen unmittelbar den Entscheid bestimmen; sie ist durch Tradition, Verfassungsrecht und Rücksicht auf die Durchsetzbarkeit des Rechts beachtlich. Aber sie ist eine unbequeme Größe, gerade für die modernen Gesetzgebungsgegenstände (vgl. oben § 2, III, S. 32a). Wenn es nicht gelingt, ihr auszuweichen, sie wenigstens von der Entscheidung fernzuhalten, wird sie in den Interessenkampf einbezogen, ohne daß ihr jedoch dessen Hintergründe und Motive aufgedeckt würden. Es wird versucht, sie durch wirksame Propagandamittel, durch Simplifikationen, zündende Schlagworte, Gefühlsappelle und halb wahre Darstellungen von einer sachlichen Diskussion abzuhalten. Dadurch wird allmählich die Zugänglichkeit gegenüber rationalen Argumenten verschüttet, der Sinn für Proportionen geschwächt, die Urteilskraft ausgehöhlt. Die öffentliche Meinung wird mißbraucht; auf eine in der Wahrheit ruhende Überzeugung wird wenig Wert gelegt, dafür die Masse bewegt und ausgenutzt. Das ist nicht das Volk und die öffentliche Meinung, mit denen Rechtsstaat und echte Demokratie gerechnet haben¹³⁵.

¹³⁵ Über die sachgegebenen Schwierigkeiten, denen sich das Volk in der modernen Gesetzgebung gegenübergestellt sieht, vgl. Werner Kägi, An den Grenzen der direkten Demokratie?, in Jahrbuch «Die Schweiz» 1951, insbesondere S. 6 ff. (S. A.).

IV. Zwangslagen im Gesetzgebungsverfahren

Die heutige Rechtssetzungs-, insbesondere Gesetzgebungspraxis wird vielfach bemängelt. Soweit sich die Kritik im Drang der Geschäfte oder in Gewöhnung nicht verläuft, zeichnet sie sich dadurch aus, daß sie weniger nach Auswegen und Weiterentwicklungen als nach schuldhaftem Verhalten bei den Rechtssetzungsorganen forscht. Sie übersieht leicht, daß sich diese in Schwierigkeiten befinden, die fast zu Zwangsläufigkeiten und Zwangslagen geworden sind. Solche sind in den vorstehenden Bemerkungen zum Ausdruck gekommen, so daß hier im wesentlichen zusammenzufassen ist:

1. Der Parlamentarier

Die Parlamentarier des Bundes, aber auch die der meisten Kantone sind überlastet¹³⁶. Erst auf die Wahllisten gesetzt, nachdem sie in der Öffentlichkeit, namentlich in öffentlichen Diensten, hervorgetreten sind, können sie mit dem Eintritt in das Parlament bisherige Ämter und Aufgaben nicht abstreifen. Im Gegenteil, ihre durch den Einsitz im Parlament dokumentierte Prominenz führt ihnen fortwährend neue, unentziehbare Obliegenheiten zu. Selbst wenn sie selbständig oder unselbständig im privaten Erwerbsleben stehen, wachsen sie — das gilt selbstverständlich in erster Linie für die Bundesparlamentarier, zu-

¹³⁶ Eine Ausnahme bilden gewisse Verbandsfunktionäre als Abgeordnete, die der Zahl — nicht aber dem Einfluß — nach nicht sehr stark hervortreten. Giacometti, BStR, S. 576, unterscheidet denn in Fortführung der Feststellungen Fleiners (BStR, S. 185) zweierlei Abgeordnete: solche, die über die kommunale und kantonale politische Laufbahn in den Bundesdienst hineinwachsen, und solche, die dank ihrer Stellung als Verbandsfunktionäre unmittelbar in die Bundesversammlung gewählt werden und sich zu Berufspolitikern entwickeln. In bezug auf die Beanspruchung heißt das: Der Verbandsfunktionär kann sich Zeit lassen; der auf der «politischen Bahn» Emporgestiegene ist jedoch durch andere Obliegenheiten eingengt. Das verschafft jenem einen Vorsprung.

nehmend aber auch für die kantonalen — derart in öffentliche und halböffentliche Funktionen hinein, daß die parlamentarische Verpflichtung eine von vielen und meistens nicht die wichtigste darstellt. Dazu kommt, daß sich der schweizerische Parlamentarier Ansehen und Wiederwahl weniger durch Tüchtigkeit im Ratssaale als durch Präsenz, Mitarbeit und Äußerungen in den «richtigen» Gremien zur «richtigen» Zeit sichern muß¹³⁷. Darin sieht zwar eine verbreitete Auffassung die vielgewünschte Verwurzelung im Volk, übersieht aber leicht, daß solche Aktivitäten unliebsame Folgen haben: sie bringen den Abgeordneten weniger ins Volk als in Komitees; sie bedeuten ihm eine fast unerträgliche Last, zwingen ihn zu Oberflächlichkeiten und zeitlicher Hetze, ohne daß er dabei Anregungen, Kenntnisse und Einblicke erhielte, die seine legislatorischen Fähigkeiten mehrten, seine Sendung als Repräsentant der Nation erleichterten. — Fraktions- und Kommissionssitzungen, Sessionen oder periodische Einzelsitzungen des Plenums belegen den Abgeordneten jährlich von etwa 3 und 4 Wochen in kleinen Kantonen, bis zu 15, 20 und mehr Wochen im Bund. Oft sind Parlamentsmandate gehäuft, indem der Bundesparlamentarier auch im Kanton und in den Gemeinden der Volksrepräsentation angehört. Die Natur der Beratungen, die vor allem im Bund auf Kürze, Speditivität, Vereinfachungen ausgerichtet sind, verunmöglicht es dem Abgeordneten, sich erst während der Plenumsverhandlungen mit einer Vorlage vertraut zu machen. Entweder tut er es vorher, oder er kommt nicht ins Bild oder gar zu einer selbständigen Beurteilung. Die vorgängige Unterrichtung in schriftlichen Berichten und Botschaften wächst nun aber allmählich zu einer Flut an; die bloße Lektüre erfordert einen großen Zeitaufwand. Die

¹³⁷ Er muß sich an Partei- und Verbandsversammlungen, an öffentlichen Kundgebungen zeigen, in den Komitees von Parteien und Verbänden, von Sozialinstitutionen, von Aktionen für Initiativen, Referenden und Abstimmungen mitwirken und in den geeigneten Publikationsorganen sich vernehmen lassen.

Vertiefung ist beinahe ausgeschlossen. Der Abgeordnete strebt sie an, wenn er sich in der Materie ohnehin auskennt, wenn er sich ihr auftragsgemäß anzunehmen hat oder wenn er der parlamentarischen Kommission angehört. Andere gesetzgeberische Gegenstände muß er notgedrungenenerweise vernachlässigen.

Die heutige Gesetzgebung ist komplex und kompliziert. Ihren Gegenstand in bezug auf die tatsächlichen, rechtspolitischen und juristischen Aspekte zu kennen oder gar zu gestalten, setzt Kenntnisse und Fähigkeiten in einem Maß voraus, das der Abgeordnete unmöglich mitbringen kann¹³⁸. In einzelnen Gebieten mag er bewandert sein und aus Vorlagen daraus Fragwürdigkeiten entdecken, kritische Feststellungen begründen, Änderungen aufzeigen können. Allein, selbst hier, erst recht aber in den unvertrauten Gebieten ist er auf Hinweise, Auskünfte, Belege, Unterstützungen tatsächlicher, statistischer, finanzieller, juristischer Natur angewiesen, die zu liefern meist einzig die Verwaltung in der Lage ist.

Der Parlamentarier verdankt seinen Sitz der Partei, besser: der weiteren Parteileitung, die ihn vorschlägt und im Wahlkampf trägt. Das gilt auch für die Wiederwahl. Viele Parteien bedürfen in den Wahlen aber auch der Mithilfe von Interessenorganisationen, insbesondere von den großzahligen Wirtschaftsverbänden, die ihnen zuteil wird, wenn sie verbandsgenehme Nominationen machen. Der Parlamentarier ist deshalb nicht nur seiner Partei, sondern auch den alliierten Verbänden insofern verpflichtet, als sie seiner Nomination und Wahl nicht Widerstand entgegensetzen. Die daraus entspringenden Abhängigkeiten treten in zwei Graden auf: Der einen Gruppe sind diejenigen Abgeordneten zuzurechnen, die in erster Linie als Vertreter von Verbänden zählen dürfen, weil sie der Parteileitung von solchen vorgeschlagen worden sind oder gar in ihrem

¹³⁸ Die Verwaltung benutzt einen ausgebauten Apparat, um die Entwürfe auszuarbeiten. Der Abgeordnete wird allein gelassen.

Dienste stehen; der anderen, größeren Gruppe gehören diejenigen Abgeordneten an, die wegen der Verbindung ihrer Partei mit den Verbänden zumindest deren Begehren nicht entgegentreten dürfen.

Überlastung, sachliche Schwierigkeiten und personelle Abhängigkeiten lassen denn dem Abgeordneten grundsätzlich nur zwei Handlungsweisen: er baut entweder auf das, was Verwaltung und Regierung, parlamentarische Kommission und Fraktion vortragen, oder aber er verlegt sich auf die Verfechtung dessen, was er kennt, nämlich das begrenzte Interesse seiner Gruppe. Diese Situation versetzt ihn in eine unbefriedigende Lage, lähmt den unerläßlichen Schwung und den idealistischen Einsatz. Die Abgeordneten werden selten — am ehesten noch in den Kantonen mit vertieften parteipolitischen Gegensätzen — vom Feuer der Berufung getrieben; das Mandat ist Ehrung, Belohnung, zugleich aber auch häufig Beruf, Geschäft oder belastende Aufgabe.

2. Das Parlament

Die Zwangslage des einzelnen Abgeordneten ist auch eine des Parlamentes. Sie beraubt es der echten Diskussion und der Repräsentationsnatur im konstitutionellen Sinne. Zudem lassen seine beschränkten Tagungsmöglichkeiten und die Weite seines Kompetenzbereiches, der tief in die Verwaltungs- und Regierungsfunktionen hineinreicht, für den großen Anfall an schwierigen Rechtssetzungsaufgaben verhältnismäßig wenig Zeit und Raum. Das Plenum — und mit ihm parlamentarische Kommissionen und Fraktionen — steht fortgesetzt unter dem Druck einer großen Geschäftslast und der Eile. Begehren nach schriftlichen Berichten, Vorbehandlung in den parlamentarischen Kommissionen, rigorose Kürzungen der Redezeiten, Ersatz der Aussprache durch Fraktionserklärungen, Ermahnungen zu Kürze und Konzentration — diese und weitere neuartige Mittel sollen die Verhandlungen abkürzen, Zeit einsparen. Aber das Parlament begibt sich durch die Beschreitung solcher Aus-

wege wesentlicher Grundlagen seiner Existenz; es sperrt die gründliche Erwägung und die der Gesetzgebung zuträgliche Atmosphäre aus dem Plenum aus. Trotzdem bleiben jene Mittel letztlich untauglich. Die Geschäfte nehmen nämlich nicht ab. Die Eile wächst zur Hast und Hetze aus. Fragen, Vorschläge, Widerstände werden als lästige oder gar mutwillige Verzögerungen eines festgelegten Zeitplanes empfunden. Verwaltung, Regierung, Interessenten, Öffentlichkeit erwarten die kurzfristige Verabschiedung eines Geschäftes, das aus rechtlichen Gründen allerdings ein parlamentarisches Verfahren durchlaufen muß, dabei aber tunlichst nicht behelligt werden soll. In diesem unerbaulichen Spiel ist das Parlament als Ganzes weitgehend Objekt; eine aktive Regie — meist ausgeübt mit Hilfe der Regierung, Präsidenten, Büros, Fraktionschefs — treibt voran.

Die Wandlung des Parlamentes von der die Rechtsordnung schaffenden Behörde zur eingeengten und durch andere Rechtssetzer konkurrenzierten Genehmigungsinstanz, ferner der seiner Tätigkeit mangelnde politische Gehalt und die abnehmende Repräsentationsnatur werden nach und nach allgemein bewußt. Das regt publizistische Kritik an. Ferner erblicken viele Interessenorganisationen im Parlament eine unerwünschte Einrichtung, welche ihnen die Wahrung ihrer Begehren erschweren kann. Sie greifen — als wirksames Mittel im Kampfe um die Interessenwahrung — mit Vorliebe Arbeit und Arbeitsweise des Parlamentes an. Jene und diese Kritik, zuweilen vereint, verschaffen dem Parlament eine ausgesprochen schlechte Presse. Es grenzt nicht selten an Verantwortungslose, was selbst einflußreiche Publikationsorgane an Beanstandungen, simplifizierenden Darstellungen und leichtfertigen Vorwürfen vorbringen. Die Kritik übersieht oft, daß die Ursachen der gerügten Verhältnisse zum geringsten Teil im Parlament selbst liegen, sondern in der Zunahme und Komplikation der Rechtssetzungsaufgaben, in der Invasion soziologischer Kräfte in die Rechtssetzung,

in der Pluralisierung der Gesellschaft. Es führt zu einer vielleicht wenig bemerkten, aber sehr nachhaltigen Abwertung des Parlamentes. Eine weitverbreitete öffentliche Meinung sieht denn seine Funktionen nicht mehr; sie sieht in ihm nicht einmal mehr eine Versammlung achtenswerter Männer. Das entzieht dem Parlament den Rückhalt im Volk und insbesondere seine Führungsaufgabe in bezug auf die öffentliche Meinung. Das Gesetz findet in der öffentlichen Meinung nicht deswegen günstige Aufnahme, weil es vom Parlamente kommt; im Gegenteil, eine langwierige und relativ selbständige Bearbeitung macht die Vorlage verdächtig — «sonst wäre sie ja ohne weiteres angenommen worden». Es endet in einem unerfreulichen Zirkel: Der Strukturwandel des Parlamentes ruft der Kritik, diese aber überbordnet so, daß jener Wandel beschleunigt wird.

3. Regierung und Verwaltung

Es wäre falsch, die Regierung oder die Verwaltung des Machttriebes und des Verfassungsmißbrauches anzuklagen, weil durch ihre umfassende Vorbereitung und maßgebende Lenkung der Gesetzgebung die Gewaltenteilung und die Unterschiede zwischen Gesetz und Verordnung materiell weitgehend aufgehoben werden. Sie können sich der ihnen zugeschienenen Aufgabe nicht entziehen; diese wird ihnen durch das zum Motionsrecht abgesunkene Initiativbegehrensrecht des Parlaments und das verwaltungsinterne Organisationsrecht auferlegt. Niemand vermöchte sie in der geltenden Verfahrensordnung zu ersetzen.

Die Regierung ist — im Gegensatz zur Verwaltung — Behörde, ein politisches Organ. Durch die Volkswahl in den Kantonen hat sie eine auch rechtlich ausgebaute Selbständigkeit gegenüber dem Parlament und unmittelbare Fundierung im Volk erworben. Hier, aber auch im Bund, trägt sie mit an der politischen Verantwortung, das heißt an der Sorge für die umfassende Existenz des Staates. Sie darf denn, gestützt auf Verfassungsrecht und auch auf

Tradition und praktische Bewährung, in der bedeutungsvollsten politischen Angelegenheit, in der Gesetzgebung, mit Grund mitwirken. Deswegen wird die rechtlich konstituierte Staatsstruktur nicht gewandelt. Allerdings wächst sich diese Mitwirkung nicht nur zur Lenkung der Gesetzgebung aus, sondern fällt auch an die Verwaltung zurück. Die Regierung kann sich dessen nicht erwehren. Das Kollegialsystem vermag, trotz vereinzeltem Abbau, die Vielfalt an Aufgaben schlechthin nicht zu bewältigen. Die Regierungsmitglieder, in einzelnen Kantonen nur nebenamtlich tätig, sind durch verwaltungsmäßiges «Hausgut» ihrer Departemente so stark beansprucht, daß sie sich der Geschäfte des Kollegiums wenig annehmen können. Und diese sind nun so zahlreich, daß, auch wenn es bei einem Großteil bei der formellen Beschlußfassung sein Bewenden haben kann, für eine einläßliche Behandlung gesetzgeberischer Aufgaben einfach keine Zeit bleibt, es sei denn, eine augenfällige Problematik zwingt in concreto dazu. Wo aber eine Einlassung geboten ist, müssen einzelne Mitglieder führen.

Die Verwaltung ist bei der Vorbereitung der Gesetze auf sich selbst gestellt. Sie muß den gangbaren Weg suchen und kann währenddessen für Zwischenentscheide und Richtungsweisung vielleicht an die Regierung, nicht aber an das Parlament gelangen. Sie muß den Entwurf bereinigt haben, wenn sie ihn an Regierung und Parlament weiterleitet. Und zwar gilt der Auftrag vor Regierung, Fraktionen, Kommissionen, Parlament und Öffentlichkeit dann als am besten ausgeführt, wenn an ihrem Entwurf nichts mehr zu beanstanden bleibt. Sie wird deshalb geradezu gezwungen, eine nicht nur nach sachlichen, sondern auch nach politischen Gesichtspunkten ausgerichtete Vorlage auszuarbeiten¹³⁹. Sie kann sich der Beachtung soziologischer Legislativkräfte und der Verteidigung ihrer Vorlage nicht

¹³⁹ Politik läßt sich, namentlich in der Wirtschafts- und Sozialgesetzgebung, auch nicht von sachlichen Fragen trennen. Jede sachliche Frage hat ihren politischen Aspekt.

entschlagen. Die Verwaltung, welche die Gesetzgebung umfassend vorbereitet, befindet sich ja denn unter anderem in der eigenartigen Situation, daß sie gegenüber den Interessenorganisationen dominierend, bestimmend, selbstsicher, gegenüber der Regierung und dem Parlament aber dienend, gehorsam, abhängig auftreten sollte. Dabei erfährt sie genau und detailliert, was die Begehren und Anliegen der Interessenorganisationen sind, während sie noch nicht weiß, was die Meinung der Regierung, des Parlamentes und schließlich der Öffentlichkeit ist. Deshalb schlägt jenes Verhältnis leicht in das Gegenteil um: die Verwaltung ist den Interessenorganisationen gegenüber willig und zugänglich — denn es ist etwas da, an das sie sich halten kann, das ihr eindrücklich vorgetragen wird —, den staatlichen Organen gegenüber jedoch verteidigt sie ihr Produkt — denn sie hat es mit Mühen erschaffen.

4. Schwindende Verantwortung

Die Eigenarten des praktizierten Gesetzgebungsverfahrens, aber selbst auch des Verordnungsverfahrens, führen zu einem Schwund der Verantwortung. Die im Vorverfahren aktive Verwaltung ist immerhin nur vorbereitende Instanz, und gerade ihre Loyalität gegenüber den nachfolgenden Gesetzgebungsfaktoren entspringt aus diesem Bewußtsein. Sie darf deshalb zum Beispiel mit einem gewissen Grund die Anbringen der Interessenten kritiklos übernehmen, indem sie auf die Korrekturmöglichkeiten von Regierung und Parlament vertraut. Diese Instanzen aber vertrauen ihrerseits auf die Verwaltung. Keines der an der Gesetzgebung beteiligten Organe fühlt sich voll verantwortlich; keines aber ist sich ganz bewußt, wie weit das andere materiell die Verantwortung zu tragen vermag; jedes «hofft» auf das andere.

Daraus erwachsen Lücken. Es gleiten, gleichsam unbemerkt, einzelne Bestimmungen, Rechtsfiguren und schließlich ganze Erlasse durch den Rechtssetzungsweg, für die (materiell) keine Verantwortungen getragen werden.

Das zeigt sich eindrücklich schon bei den Initiativen zur Rechtssetzung. Die Abgeordneten sind außergewöhnlich aktiv in der Einreichung von Initiativbegehren. Es gibt relativ wenig Erlasse, die nicht auf entsprechende parlamentarische Vorstöße zurückgeführt werden könnten. Das Parlament aber — im Bund wie in den Kantonen — gibt den Anregungen in der Regel fast unbesehen und mit leichter Hand Folge, indem es sie erheblich erklärt. Es glaubt, bei der Vorlegung des Entwurfs noch die Freiheit zu haben, sich über die Notwendigkeit und Begründung der angeregten Rechtssetzung klar werden zu können. Die Regierung aber fügt sich meistens, wie es sich rechtlich gehört. Ist eine Vorlage dann einmal erstellt, hält es schwer, sie fallen zu lassen, und die Erwartung des Parlamentes erfüllt sich nicht¹⁴⁰.

Aus der lückenhaften Verantwortung ergibt sich denn auch, daß gelegentlich Interessenorganisationen und in den Kantonen manchmal Parteien Träger der ganzen Rechtssetzung sind. Sie bringen ein Initiativbegehren entweder — rechtlich beachtlich — durch Anregungen ihrer Abgeordneten an das Parlament, oder — faktisch — durch ihre Vertrauensleute an die Verwaltung heran. Sie finden hier und dort leicht Gehör und haben sich gleichzeitig als «beteiligte Kreise» ausgewiesen, was sich dahin auswirkt, daß sie in der Inhaltsgestaltung wiederum aktiv auftreten¹⁴¹. Setzen sie sich im Vorverfahren durch, haben sie

¹⁴⁰ Die geschwächte Verantwortung kommt auch bei den Genehmigungsverordnungen zum Ausdruck, wo selbst rechtlich die Verantwortlichkeit zweifelhaft ist. Schon Burckhardt, Kommentar, S. 667, hat deshalb die Figur abgelehnt. Neuerdings stellt sich Peter Schneider, Die Übertragung der rechtsetzenden Gewalt in der Schweiz, in «Die Übertragung der rechtsetzenden Gewalt im Rechtsstaat», Frankfurt a.M., 1952, S. 407, positiv dazu ein. Er erblickt in ihr eine erwünschte Kontrollmöglichkeit der Exekutive durch das Parlament. In der Praxis wird diese Möglichkeit aber eben nicht ausgeschöpft.

¹⁴¹ Daraus erklärt sich auch, daß trotz der anwachsenden Rechtssetzungstätigkeit die Institute der Volksinitiativen verhältnis-

die ihnen erwünschte Rechtssetzung erreicht. Die materielle Verantwortung dafür aber kann in keinem Staatsorgan lokalisiert werden.

§ 4. Hinweise auf Reformmöglichkeiten

I. Grundlagen

Die Kompetenzordnung des Staates — des Bundes und der Kantone — hat sich quantitativ und qualitativ grundlegend geändert. Behördenorganisation und Verfahrensordnung sind jedoch zugeschnitten geblieben auf den gesellschaftsneutralen, nichtinterventionistischen, liberaldemokratischen Verfassungsstaat. Der überkommene verfahrensrechtliche Normenkomplex mitsamt dem liberaldemokratischen Gesetzesbegriff und -vorbehalt müht sich damit ab, der neuartigen Aufgaben Herr zu werden. Das will nicht mehr recht gelingen. Kompetenzordnung, Behördenorganisation und Verfahrensordnung im engeren Sinne bilden keine harmonische Einheit mehr. Behördenorganisation und Verfahrensordnung haben indessen außerrechtliche Ergänzungen erfahren. Diese stehen teils im Begriffe, sich ihrerseits in Verfahrensnormen niederzuschlagen, die zunächst konventioneller Natur bleiben, allmählich aber in eine rechtliche Anerkennung hineinwachsen. Teils verharren sie im Tatsächlichen und bilden weiterhin eine *Ambiance* im Sinne Schindlers zur Normordnung. Sie setzen der Normordnung jedoch derart zu, daß sich diese anders verwirklicht, als es ihrem Sinn und Wesen entspräche. Recht und *Ambiance* sind nicht mehr aufeinander eingespielt.

mäßig wenig verwendet werden müssen: die Organisationen haben auf Parlament und Verwaltung Einfluß und können auf leichtem Weg den Rechtssetzungsapparat in ihrem Sinne in Bewegung setzen. Die Volksinitiative wird meist nur noch da notwendig, wo relativ extremen Begehren größeres Gewicht verliehen werden will.

Es ist offensichtlich — die Betrachtung der Gesetzgebungspraxis bestätigt es —, daß die heutigen Rechtserzeugungsverfahren wesentlichen Grundlagen der überkommenen Staatsstruktur zuwiderlaufen. Das Prinzip der Gewaltenteilung im Sinne objektiver und subjektiver Trennung von Rechtssetzung und Verwaltung ist weitgehend aufgehoben, wenn in der Verwaltung und in der Regierung die wirksamsten Gesetzgebungsfaktoren erblickt werden müssen. Vom Prinzip der Volkssouveränität repräsentativer und direkt-demokratischer Prägung wird abgerückt, wenn die rechtsschöpferische Tätigkeit auf eine dominierende Bürokratie von Verbands-, Partei- und Verwaltungsstellen übergeht. Rechtssicherheit und Klarheit der Rechtsordnung leiden darunter, wenn eine Vielfalt von Rechtsquellen tätig ist und mit Leichtigkeit in vielen Formen und Zwischenformen Recht positiviert. Die Verfassungsmäßigkeit sowie die Qualität des Rechts in ethischer und logischer Hinsicht werden herabgesetzt, wenn Vorteile einzelner Gruppen im Vordergrund der Inhaltsgestaltung stehen, dem Parlament die ruhige Abwägung entzogen und auf gesetzgeberische Eigenschaften des Parlamentariers nicht geachtet wird. Mit allen diesen Wirkungen aber droht die schwerwiegende Folge, daß schließlich politische und individuelle Freiheit vom Rechtssetzungsverfahren her bedrängt werden.

Die großen Schwierigkeiten, in denen sich das Recht und die Rechtsordnung heute befinden (vgl. oben § 2, III, S. 27a ff.), sind auch solche der Rechtssetzung. Die Problematik ist komplex, und durchschlagende Konzeptionen zu deren Überwindung fehlen. Es wäre müßig, von rechtlichen Vorkehren eine durchgreifende Regeneration zu erwarten. Diese wäre tiefer, in der geistigen Haltung des einzelnen Menschen und der Gemeinschaften, zu fundieren. Der Jurist kann jedoch mithelfen, indem er bestehende Institutionen auf ihre Tauglichkeit überprüft und allenfalls Revisionen erwägt, die geeignet erscheinen, den Wertzerfall zu hemmen, die Wertverwirklichung zu fördern..

Dazu gehört auch das Verfahrensrecht im weiteren Sinne. Unerfreuliche Entwicklungen unserer Rechtssetzungspraxis können offenbar in gesunde Bahnen gelenkt werden. Es kommt lediglich darauf an, im Kleineren, im Nahen und Konkreten praktisch anzusetzen zu wagen. Es wäre allerdings auch verfehlt, der Ungeduld und dem Drängen unserer Zeit zu verfallen und Neuerungen die Frist des Keimens zu beschneiden.

Erwägungen für Regenerationen und Neuerungen im Rechtssetzungsverfahren bedürfen der Diskussion zwischen Praxis und Wissenschaft. Zudem muß sich die öffentliche Meinung damit befassen können; denn sie ist nicht nur vom Rechtssetzungsverfahren umfassend betroffen, sondern dieses trägt auch wesentlich dazu bei, der Rechtsordnung die Legitimitätsgrundlagen zu verschaffen und zu erhalten. Die künftige Gestalt des Rechtssetzungsverfahrens — und wäre es letztlich nur die Stabilisierung der heutigen Praxis — muß in einer tieferen öffentlichen Meinung anerkannt werden. Nachstehend sollen einige Anregungen für die Diskussion gegeben werden, wobei von folgendem auszugehen ist:

Die heutige Kompetenzordnung des Staates, welche die ausgedehnte Rechtssetzung erlaubt und verlangt, könnte nicht grundsätzlich eingeschränkt werden. Ebenso wenig würde es gelingen, die Staatsintervention im Wirtschaftsablauf grundsätzlich einzudämmen oder gar zu beseitigen. Die damit verbundenen Schwierigkeiten für die Normsetzung lassen sich nicht umgehen. Damit hat man sich abzufinden. Der Interventions- und Sozialstaat und der dadurch notwendige regsame Rechtssetzungsapparat sind unumstößliche Tatsachen.

Dagegen stellt sich in praxi die Frage des Maßes. Die für den Juristen mit unerfreulichen Aspekten verbundene Rechtssetzungspraxis würde von ihrer Bedenklichkeit verlieren, wenn die Einrichtungen der Rechtserzeugung nicht übermäßig und, wenn schon, mit weiser Sorgfalt beansprucht würden. Auch der die Elemente des Rechts-

staates¹⁴² beachtende Sozialstaat mit seiner Aufgabe, dem Menschen Sicherheiten zu geben und ihn in seiner Menschenwürde zu schützen, braucht nicht ein Maximum, sondern nur ein Optimum an Rechtssätzen. Er bedarf der gründlich erwogenen, der ausgereiften Rechtserlasse. Er ist auch auf eine möglichst übersichtliche, allgemeinverständliche Ordnung angewiesen, in welcher sich der Rechtsunterworfenen zurechtfindet. Eine Disziplin der Rechtsetzungsorgane ist unumgänglich. Sie ist Grundlage und Voraussetzung für alle Bemühungen, im Rechtssetzungsverfahren gesündere Verhältnisse herzustellen¹⁴³.

II. Regeneration des Parlamentes

Die Idee der Volksrepräsentation durch das Parlament ist, als Ganzes gesehen, nicht falsch oder unerfüllbar. Sie muß sich Abstriche gefallen lassen, die sich vorweg darin begründen, daß die Nation keine gegebene, ohne weiteres darstellungsfähige Einheit ist, daß die Auslese der Repräsentanten an technischen Möglichkeiten Schranken findet, daß die Gesellschaftsordnung nicht mehr vorgefunden, sondern weitgehend vom Recht gestaltet wird. Gerade aber auch die Referendumsdemokratie ist mit der Einrichtung einer parlamentarischen Volksrepräsentation verkoppelt, denn sinnvollerweise muß der Volksentscheid auf einer volksadäquaten Inhaltsgestaltung aufrufen können, die Aufgabe eines vom Volke kontrollierbaren, ihm letztlich verantwortlichen Staatsorgans ist.

¹⁴² Vgl. Kägi, Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848, ZSR 71 (1952), S. 173 ff.; Der Rechtsstaat als Bollwerk der Freiheit, S. A. aus der Schweizerischen Lehrerzeitung 1951; Zwischen Staatsvergötzung und Staatsverketzerung, im Jahrbuch «Die Schweiz» 1953; Garzoni, Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen Staatsdenken des 19. Jahrhunderts, S. 12 ff.; «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht», Zürich 1948, insbesondere die Beiträge von du Pasquier, Kägi, Ruck, Bridel, Huber, Giacometti, Nef.

¹⁴³ Vgl. dazu Jahrreiß, Größe und Not der Gesetzgebung, S. 49 ff.

Es drängt sich der Gedanke auf, zu versuchen, neben einer wesentlichen Entlastung des Gesetzes und des Gesetzgebungsweges (§ 2, III, S. 35a ff.) das Parlament wieder in den Mittelpunkt der Gesetzgebung zu rücken. Unter Verweis auf die in §§ 2 und 3 gemachten Feststellungen sei hiezu folgendes erwähnt:

1. Vorkehren im Bund

Die Frage stellt sich vorerst für den Bund. Wenn sie mit Aussicht auf Erfolg gelöst werden soll, müssen dem Parlament als Grundlagen verschafft werden einmal bestmögliche Selbständigkeit sowohl gegenüber der Exekutivgewalt als auch gegenüber soziologischen Legislativkräften, sodann ausreichende Sachkenntnis und schließlich Zeit. Streckenweit können rechtliche Vorkehren solche Grundlagen beibringen. Zu einem guten Teil sind sie jedoch wiederum von außerrechtlichen Tatsachen abhängig.

a) Radikale, aber bei ausgewogenen Ergänzungen zweifellos wirkungsvolle Voraussetzung könnte die Bejahung des Berufsparlamentes für den Bund bilden. Von einer breiten öffentlichen Meinung bislang eindeutig abgelehnt, sollte der Gedanke heute doch nicht mehr als unvollziehbar hingestellt werden. Er würde mit alten Auffassungen brechen, andererseits aber nicht viel mehr als die Anerkennung eines bereits bestehenden Zustandes bedeuten. Der Bundesparlamentarier ist nicht mehr der in einer zivilen Tätigkeit stehende, zum öffentlichen Dienst beschränkten Umfangs herbeigerufene Bürger aus dem Volk, sondern zum überwiegenden Teil durch öffentliche und halböffentliche, jedenfalls aber politische Dienste voll oder doch überwiegend beansprucht. Er ist heute schon — von bemerkenswerten Ausnahmen abgesehen — «Berufspolitiker». Nur ist er es zum geringen Teil für den Bund. Er ist es für vieles andere auch noch — bestenfalls für Kantone und Gemeinden, häufig aber für Parteien, Verbände, andere Organisationen. Daß daraus wesentliche Kraft aus dem Boden des Volks zuströme, wäre schwer nachzuweisen. Warum aber

sollte seine Tätigkeit und Tüchtigkeit nicht dem Bunde zugehalten, dort, weil unzersplittert, fruchtbar gemacht werden?

Der Aufgabenkreis wäre reichlich¹⁴⁴. Befürchtungen, daß der hauptamtliche Parlamentarier zu wenig beschäftigt wäre, daß er dem Staate neue Betätigungsfelder suchte, daß er fernab vom Leben wirkte, sind kaum noch stichhaltige Einwände. Großer Widerstand würde einem Berufsparlament wegen der finanziellen Auswirkungen erwachsen, die zweifellos erheblich wären (vgl. auch unten lit. b und c). Sachlich dürften sie aber nicht ins Gewicht fallen, da sich der Staat die wichtigste seiner Institutionen, die Organisation der Gesetzgebung und die Obergerichtsinstanz, durchaus etwas kosten lassen darf.

Die Einsetzung eines Berufsparlamentes bietet organisationsrechtlich keine besonderen Schwierigkeiten. Es bedarf jedoch, wie erwähnt, institutioneller Ergänzungen (vgl. lit. b und c), ohne die das Parlament kaum aufgewertet werden kann. Derartige Ergänzungen könnten auch dann als zweckmäßige Vorkehren erwogen werden, wenn auf ein Berufsparlament verzichtet wird.

Vermöchte sich der Gedanke des Berufsparlamentes nicht allmählich durchzusetzen, so wird sich zumindest die Verlängerung der Sessionen nicht vermeiden lassen, sofern das Parlament auf eine irgendwie wirksame Arbeit noch Wert legt. Eine derartige «kleine Revision» hätte den Vorteil, daß sie als offensichtliche Notwendigkeit erschiene und von der öffentlichen Meinung, weil kaum bemerkt, ohne weiteres hingenommen würde; sie hätte aber den Nachteil, daß sie keine neue Atmosphäre brächte und die heutigen Mängel zu beheben kaum geeignet wäre.

¹⁴⁴ Es ist vor allem auch zu bedenken, daß die Regierungs- und Verwaltungsfunktionen des Bundesparlamentes an gleichen Erscheinungen krankten wie die Gesetzgebung. Die Regeneration des Parlamentes wäre hier ebenfalls erwünscht, wenn Regierung und Verwaltung nicht vollends freigesetzt werden sollen. Vgl. Eichenberger, Die oberste Gewalt im Bunde, S. 275 ff.

b) Dem Abgeordneten und dem Parlamente sollte die Unabhängigkeit in einem Maß verschafft werden, das ihnen die ungehinderte Ausübung der Funktion gestattete. Die traditionelle, aus dem Kampf gegen die monarchische Gewalt herausgewachsene Immunität, die für die Schweiz nie besonders wichtig gewesen ist, genügt hierfür nicht. Rechtliche Verantwortlichkeiten für die Voten und strafprozessuale Verfolgungen bedrohen den Abgeordneten eben nicht. Ebensowenig muß die Freiheit der Willensbildung gegen direkte geistliche Einflüsse geschirmt werden, so daß zum Beispiel die Einschränkung des Art. 75 BV zu einer Norm ohne Notwendigkeit geworden ist. Bedeutungsvoll ist heute die Tatsache, daß der Parlamentarier durch Rücksichtnahmen auf soziologische Mächtigkeiten gebunden ist. Dagegen Schranken aufzurichten, hält schwer.

aa) Vom Proporzwahlverfahren, das mit einem System politischer Parteien rechnet, abzurücken, wäre undenkbar. Ebensowenig kann die Demokratie (vgl. Anm. 134) und gar die Referendumsdemokratie auf die Mitwirkung der Parteien als Instrumente der Kommunikation zwischen Gesetzgeber und öffentlicher Meinung, zwischen Staatsgewalt und Volk verzichten. Dementsprechend bleibt auch der Parlamentarier an Fraktion und Partei gebunden. Das sollte indessen soweit als immer möglich die einzige Bindung bleiben, die übrigens dadurch etwas gelockert werden könnte¹⁴⁵, daß rechtssatzmäßig die Verpflichtung auf Fraktionsbeschlüsse ausdrücklich untersagt und daß im

¹⁴⁵ Eine gewisse Unabhängigkeit der Fraktion gegenüber der Partei könnte dadurch zu erreichen versucht werden, daß den Fraktionsmitgliedern die Mitwirkung in den Parteileitungen untersagt würde. Wenn äußerlich vielleicht auch durchsetzbar, könnte sie doch eine Kontaktnahme nicht ausschließen, würde diese aber in eine verbotene Zone verschieben. Zudem ist die (gesunde) Verbindung durchaus erwünscht. Ihre Unterbindung hätte unter anderem zur Folge, daß Abgeordnete ins Kielwasser starker Parteileitungen gerieten, während heute Fraktionsmitglieder möglicherweise die Parteileitung lenken können. Die Fraktion kann, vielleicht manchmal zum Vorteil für das Ganze, stärker sein als die Partei.

Parlament durchgängig die geheime Abstimmung eingeführt würde.

Im weiteren müßte mit der Zeit vielleicht doch eine — sehr zurückhaltende — Gesetzgebung über das Parteiwesen ins Auge gefaßt werden, worin neben allfälligen finanziellen Kontrollen unter anderem die Designation von Kandidaten und die Ausgabe von Parteiparolen zu Sachabstimmungen in einem demokratischen Verfahren gefordert würde. Das könnte die bürokratisierte Leitung mildern, das daraus hervorgegangene Mißtrauen gegenüber den Parteien allmählich beseitigen und diesen wieder Ansehen verschaffen. Es würde auch den Abgeordneten veranlassen, seine Wählerschaft aufzusuchen, Rechenschaft abzulegen und eine echte Verwurzelung im Volke anzustreben. Gleichzeitig würde es ihm erlauben, sich unmittelbar auf die Wählerschaft zu stützen und damit von Partei- und Fraktionsleitung unabhängiger zu werden.

bb) Der Abgeordnete sollte neuartigen Inkompabilitäten unterworfen werden. Es wäre zu erwägen, die Ausübung einer offenen oder verdeckten Funktion in Interessenorganisationen als mit dem Parlamentsmandat unvereinbar zu erklären. Die einen Großteil der Gesetzgebung stark beeinflussenden «beteiligten Kreise» sind immer noch eine Art von «Parteien» im prozessualen Sinne, nämlich Träger von Interessen, die sie unter kräftigem Einsatz der allein ihren Standpunkt stützenden Mittel im Entscheid durchzusetzen suchen. Solange sie diese Natur nicht abgestreift haben, muß notwendigerweise das staatliche Gesetzgebungsorgan als «unparteiischer Dritter» über die Begehren dieser buchstäblich Beteiligten befinden können. Das vermag es nicht befriedigend, wenn unter seinen Mitgliedern selbst deren Vertreter sind. Die Aufgabe, festzulegen, was für Organisationen einzubeziehen wären, fiel nicht wesentlich schwerer als die heutige Bestimmung, wer gemäß Art. 32 BV zur Wirtschaftsgesetzgebung anzuhören sei. — Im Falle der Einführung eines Berufsparlamentes könnte die angestrebte Unabhängigkeit durch das Verbot

einer wirtschaftenden Tätigkeit, etwa in Anlehnung an Art. 97, Schlußpassus, BV, wirksam gestärkt werden. Wie weit daneben öffentliche Funktionen in Kanton oder Gemeinde zuzulassen wären, hängt von verschiedenen Umständen ab, die hier übergangen werden dürfen.

Es ist zu erwarten, daß die Unvereinbarkeit in bezug auf die Interessenorganisationen besondere, problematische Auswirkungen nach sich zöge: Jene, der unmittelbaren Vertrauensleute im Parlament beraubt, würden sich vermehrt noch an die Parteien halten müssen, um sich auf diesem Weg die Geltung und die Möglichkeiten zu sichern, auf Initiative, Inhalt und Entscheid bestimmenden Einfluß auszuüben. Die Gefahr ist groß, daß die Einflußnahme der Interessenorganisationen auf das Parlament, die heute allmählich ans Licht der Öffentlichkeit rückt, wieder in das unkontrollierbare Halbdunkel persönlicher Verbindungen zurücksinken würde. Vor allem aber könnte sie die weitere Vermischung von Verbänden und Parteien fördern, diese von ihrer ganzheitlichen Blickrichtung noch mehr abziehen und so die erstrebte Unabhängigkeit von anderer Seite her in Frage stellen. Die Möglichkeit besteht. Ob sie sich verwirklicht, hängt wesentlich vom Verhalten der Parteien und der öffentlichen Meinung ab. Vom Rechtlichen her würde die erwähnte Gesetzgebung über das Parteiwesen die Stellung der Parteien in einer solchen Auseinandersetzung zu stärken geeignet sein.

cc) Ausbau der Inkomptabilitäten oder Einführung des Berufsparlamentes erfordern großzügige Entschädigungen an den Abgeordneten, die finanzielle Bindungen überflüssig bzw. deren Abbruch zumutbar machen. Es wäre auch zu erwägen, ob nach einer gewissen Amtszeit Ruhegehälter ausgerichtet werden sollten.

c) Alle Bemühungen um das Parlament hängen letztlich davon ab, daß ihm die für die Gesetzgebung erforderliche und nutzbare Sachkenntnis gegeben wird. Ihm ausreichend Zeit und Unabhängigkeiten zu verschaffen, wäre unergiebig, wenn es sich wegen mangelnder legislatorischer

Kenntnisse und Fähigkeiten weiterhin auf die Ratifikation von Regierungsvorlagen beschränken müßte. Erstes Gebot, das kein Rechtssatz sicherstellen kann, sondern die nominierten Parteien im Bewußtsein ihrer Verantwortung von sich aus erfüllen müssen, ist, Parlamentarier von persönlich hoher Qualität und Eignung für die Rechtssetzung zur Wahl zu bringen. Dann aber muß die qualifizierte Persönlichkeit instand gesetzt werden, ohne Umständlichkeiten in den Besitz derjenigen Unterlagen zu gelangen, die eine selbständige Beurteilung der Regierungsvorlagen und — vorher schon — der Anregungen für gesetzgeberische Vorlagen ermöglichen. Sie müssen ihm im Parlamentsbereich gegeben werden, und zwar von einer Stelle, die an der Regierungsvorlage nicht so beteiligt ist, daß sie nur das produziert, was diese stützt.

Die gründlichste Abwendung von der gegenwärtigen Gesetzgebungspraxis mit guter Aussicht, dem Parlament Selbständigkeit, Selbstvertrauen und soziologische Wirksamkeit zu verleihen, würde es bedeuten, wenn die Parlamentarier wenigstens für einen Teil der Gesetzgebung die Entwürfe erstellten, das Initiativrecht ausübten. Hierdurch würden unter anderem Regierung und Verwaltung ihrer zentralen Position in der Gesetzgebung eo ipso enthoben. Das Berufsparlament zum Beispiel könnte letztlich nur gerechtfertigt werden, wenn auch die Parlamentarier Vorlagen ausarbeiteten, den Inhalt der Gesetze schafften. Ein solches Ansinnen an die Abgeordneten zu stellen, ist indessen nur dann begründet, wenn ihnen auch hiefür die erforderlichen tatsächlichen und wissenschaftlichen Unterlagen und Grundlagen mühelos zugänglich gemacht werden.

Die Vereinigten Staaten — sowohl die Union als die Einzelstaaten — haben beachtenswerte parlamentarische Hilfsinstitutionen entwickelt¹⁴⁶. Ein Gesetz-

¹⁴⁶ Vgl. dazu Kurt Kleinrahm, Gesetzgebungshilfsdienst für deutsche Parlamente? Zur Ontologie der gesetzgeberischen Willensbildung, Archiv des öffentlichen Rechts, 79 (1953), S. 145 ff.; ferner: George B. Galloway, Congress at the Crossroads, New

gebungshilfsdienst (Legislative Reference Service¹⁴⁷) verschafft dem Abgeordneten und dem Parlament Material im weitesten Sinne; er erstattet ihnen Gutachten aus allen zweckdienlichen Gebieten. In der Union sind 160 Angestellte in diesem Dienste tätig, in den Gliedstaaten weniger, zum Beispiel in zwei Staaten nur zwei Angestellte. Zur Formulierung der Gesetze wird in einzelnen Staaten der Reference Service, in anderen ein besonderer Dienst (Drafting Service) zur Verfügung gestellt, dem Personen angehören, die das geltende Recht gründlich kennen und sich auf die Kunst der Formulierung verstehen. Schließlich bleibt zu erwähnen, daß dank staatlicher Beiträge die Abgeordneten des Bundeskongresses in die Lage versetzt werden, ein Büro mit 3 bis 8 Hilfskräften zu unterhalten¹⁴⁸.

Ein parlamentseigener Dokumentations- und Rechtsdienst wird im Bund unumgänglich sein, wenn mit einer Regeneration des Parlamentes Ernst gemacht werden will. Die Ausgestaltung braucht sich keineswegs an die Beispiele der Vereinigten Staaten anzulehnen; sie wird spezifisch schweizerisch gehalten werden können und

York 1946, insbesondere S. 323 ff.; Wilfried C. Gilbert, *The Legislative Reference Service*, Washington 1952; Scheuner, *Ausländische Erfahrungen zum Problem der Übertragung rechtssetzender Gewalt*, S. 147.

¹⁴⁷ Diesen ergänzt in etlichen Staaten eine vorausgehende Gesetzgebungsplanung: ständige Parlamentsausschüsse (Legislative Councils) entwerfen in der Zeit zwischen den Sessionen ein Gesetzgebungsprogramm, wägen den möglichen Erfolg legislativer Maßnahmen ab und befassen sich mit Verwaltungsreorganisationen. Im Zusammenwirken mit der Exekutive wird dem Parlament Bericht erstattet.

¹⁴⁸ Kleinrahm (vgl. Anm. 146) sieht im amerikanischen Gesetzgebungshilfsdienst das Bestreben, «das Parlament zu stärken, seine Funktion wirksam werden zu lassen und die Selbständigkeit der Abgeordneten zu heben» (S. 151). Er erwartet daraus auch eine Eindämmung der Verordnungsgewalt in den USA (S. 156). Kleinrahm empfiehlt angelegentlich und sehr eindrucksvoll die Einführung einer ähnlichen Institution in der deutschen Bundesrepublik, nachdem sie anfänglich auf Ablehnung gestoßen war.

organisationstechnisch keine unüberwindlichen Schwierigkeiten bieten¹⁴⁹. Wesentlich ist einzig, daß der Dienst erstens von tüchtigen, optimal unabhängigen Persönlichkeiten versehen wird¹⁵⁰, zweitens einzig und direkt dem Parlamente unterstellt ist, drittens nicht vorerst zu knapp ausgestattet wird. Der Dienst hätte die mehrfach erwähnten sachlichen Grundlagen im weitesten Sinne zu liefern, vor allem aber auch für die Formulierung des Gesetzes sowie die Fragen der Verfassungsmäßigkeit und der Einordnung in die übrige Rechtsordnung dem einzelnen Abgeordneten, den Kommissionen¹⁵¹ und dem Plenum zur Verfügung zu stehen.

2. Aufschub in den Kantonen

In den Kantonen fallen Versuche, wie sie für den Bund zur Diskussion gestellt worden sind, außer Betracht. Die Stellung ihrer Parlamente ist zwar, allgemein gesehen, nicht stärker als diejenige der Bundesversammlung. Im Gegenteil, sie kann weitaus prekärer sein und sich mitunter zu einer Art Hilflosigkeit in der Gesetzgebung auswachsen. Indessen hat die kantonale Gesetzgebungsfunktion an Bedeutung verloren, und auch eine Stärkung föderalistischer Tendenzen wird das nicht wesentlich ändern. Das Schwergewicht staatlicher Betätigung liegt bei ihnen denn auch nicht mehr in der Rechtssetzung, sondern in der

¹⁴⁹ Es könnte zum Beispiel damit begonnen werden, das Sekretariat der Bundesversammlung auszubauen, die Departementssekretariate, das Statistische Amt und eventuell Kantone und Gemeinden zur uneingeschränkten Akten- und Materialeröffnung zu verpflichten, geeignete Juristen und Volkswirtschaftler beizuziehen. Die Weiterentwicklung, die unumgänglich wäre, um schließlich eine völlige Unabhängigkeit von der Verwaltung zu erreichen, wäre nach den Erfahrungen zu richten.

¹⁵⁰ Solche sollten auch ad hoc zugezogen werden können.

¹⁵¹ Die Aktivierung des Parlamentes brächte auch einen Ausbau der parlamentarischen Kommissionen, die sich zu beachtlichen Hilfsorganen entwickeln ließen. Diese Seite muß hier übergangen werden.

Rechtsanwendung und in Funktionen als «Leistungsträger»^{152, 153}. Was an ansehnlichen Rechtssetzungsaufgaben verbleibt, sind häufig Ausführungsvorschriften zu Bundeserlassen¹⁵⁴ oder doch Ergänzungen der Rechtsordnung des Bundes. Die eigenständige kantonale Gesetzgebung nimmt, selbst im Gebiete der Polizei und des Anstaltswesens, an Bedeutung offensichtlich ab.

Die heutige Situation im Parlamentsbetrieb mag denn vorderhand noch hingenommen werden. Verbesserungen können sich einmal an den Erfahrungen des Bundes ausrichten¹⁵⁵. Dabei dürfte ein parlamentseigener Informations- und Rechtsdienst am ehesten in Frage kommen. Bis dahin wären die Bemühungen um Reformen in den Kantonen auf Korrekturen im Vorverfahren auszurichten.

III. Korrekturen in der Vorbereitung der Rechtssetzung, insbesondere der Gesetzgebung

Das Verfahrensrecht ignoriert das heutige Vorverfahren der Gesetzgebung¹⁵⁶ fast vollständig. Dieses ist wohl äußerst wirksam und sehr bedeutungsvoll; aber es fehlt ihm vorderhand die normative Anerkennung. Das dürfte mit eine Ursache dafür sein, daß es sich so fernab von der Öffentlichkeit abwickelt, daß Existenz und Ablauf verhüllt,

¹⁵² Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I, S. 278 ff.

¹⁵³ Demzufolge sollte die kantonale Rechtspolitik auf den Ausbau des Rechtsschutzes, auf die Verwaltungskontrolle und auf die gesunde Finanzgebarung ausgerichtet sein.

¹⁵⁴ Dafür reichen sekundäre Rechtssätze der Verordnungsstufe oft aus.

¹⁵⁵ Die berühmte Feststellung Fleiners, die Kantone seien die politischen Versuchsfelder für die Eidgenossenschaft (vgl. Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 24), wandelt sich allmählich in ihr Gegenteil. Das gilt nicht nur für das Organisationsrecht, aber für dieses vornehmlich.

¹⁵⁶ Und erst recht das der Verordnungsrechtssetzung der Exekutive. Was im folgenden zur Gesetzgebung ausgeführt wird, gilt auch für das Verordnungsrecht der Legislative und der Exekutive.

Bedeutungen nicht gezeigt, Verantwortungen nicht bewußt werden. Es wäre jedoch nicht empfehlenswert, das Verfahren durchgängig zu normieren, da daraus eher eine Stärkung im allgemeinen als eine Kanalisierung zu erwarten wäre. Zudem wäre es schwierig, für das richtige Vorgehen im einzelnen Fall genügend Spielraum zu lassen. Dagegen wäre zu erwägen, einige Ausschnitte und Grundsätze des Vorverfahrens normativ festzulegen.

Wenn im Bund ein Berufsparlament entstände und die Abgeordneten für einen Teil der Gesetzgebung die Entwurfserstellung übernähmen, so würde das Vorverfahren an Ausmaß und Bedeutung ohnehin eingeschränkt¹⁵⁷. Daneben und erst recht für den Fall, daß die Arbeitsverteilung zwischen Verwaltung und Regierung einerseits, Parlament andererseits überhaupt nicht geändert würde, drängen sich aber gewisse Korrekturen auf. Diese gelten sinngemäß auch für die wesentliche Verordnungsrechtssetzung. Sie sind für den Bund und die Kantone angezeigt. Sie liegen freilich wiederum zur Hauptsache in einem persönlichen — soziologischen Gebiet, in das Rechtsnormen nur schwer Zugang erhalten.

Es müssen Grundlagen geschaffen werden, die sich zusammenfassen lassen in den Postulaten: Selbständigkeit der Regierung gegenüber Verwaltung und der Verwaltung gegenüber soziologischen Legislativkräften, Sicherstellung der sachrichtigen Bearbeitung und angemessene Öffentlichkeit der Vorarbeiten. Ausgangspunkt muß das Bewußtsein aller beteiligten Staatsorgane bilden, daß die Rechtssetzung höchst bedeutsam ist und daß ihnen eine große Verantwortung für deren Gestaltung zufällt.

1. Aktivierung der Regierung

Es ist wichtig, die Regierung vermehrt an den Vorlagen zu beteiligen. Sie, als politisch verantwortliche Behörde, nicht die Verwaltung, sollte Mittelpunkt der gesetzgeberi-

¹⁵⁷ Zum Teil würde es in den parlamentarischen Bereich verlegt, so die Anhörung der Interessenorganisationen.

schen Vorarbeiten sein, was voraussetzt, daß sie sich viel intensiver als gegenwärtig damit abgibt. Die Fäden gehörten in ihre Hand, und sie sollte materiell mitarbeiten. Das Maß der Mitarbeit kann freilich nicht allgemeingültig umschrieben werden. Jedenfalls hat es zu ermöglichen, daß die Regierung die Verantwortung für ihre Vorlage uneingeschränkt übernehmen kann, was sich von der Frage, ob die Ausübung des Initiativrechts gerechtfertigt sei, bis zur Inhaltsgestaltung des Entwurfs erstreckt. Die Übernahme dieser Verantwortung ist für die Regierung weniger eine Frage der Verschaffung von Sachkenntnissen als der Zeit und des Willens, sich in der Rechtssetzung zu aktivieren. Das Kollegium muß dafür mehr als bisher von Kompetenzen entlastet werden, die untergeordnete Materien beschlagen, sowie von solchen, die durch andere Organe erfüllt werden können. Unter anderem hat der bisherige Ausbau der Verwaltungsrechtspflege im Bund und in einigen Kantonen hierin den Weg vorbereitet; die Möglichkeiten sind aber noch nicht ausgeschöpft. Dies gilt auch für weitere Verwaltungsobliegenheiten, die ohne Schaden für die Sache und die Betroffenen in die Departemente delegiert werden könnten. Solche Delegationen neigen natürlicherweise dazu, das einzelne Regierungsmitglied zwar im Kollegium, nicht aber als Departementsvorsteher zu entlasten. Das wiederum erleichtert es, daß wichtige Funktionen von der Departementsspitze auf untergeordnete Ämter übergehen und dort durch die Bürokratisierung erfaßt werden. Es wird deshalb vorab im Bund zu erwägen sein, den Departementsvorstehern Staatssekretäre beizugeben, welche unter politischer Verantwortlichkeit die Verwaltungsobliegenheiten der Departemente koordinierend leiten, um dadurch die Departementsvorsteher vermehrt für Regierungs- und Rechtssetzungsaufgaben freizumachen¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Staatssekretariate mit magistralem Einschlag wurden bisher immer wieder abgelehnt. Die Befürchtungen, die Selbständigkeit der Verwaltung würde gestärkt und die Verantwortlichkeit der Regierung geschwächt, sind nicht unbegründet. Allein, der

2. Klärungen im Vorverfahren

Die große Selbständigkeit, welche der Verwaltung gegenüber der Regierung heute zukommt, würde sich auf ein der politischen Stellung der Regierung angemessenes Maß reduzieren, wenn diese sich der Rechtssetzungsaufgaben führend annähme. Indessen liegen die praktisch größten Fragwürdigkeiten erstens im Verhältnis zwischen Verwaltung und Interessenorganisationen und zweitens in der Sicherstellung einer qualifizierten Vorbereitung der Rechtssetzung. Auf die tatsächliche Situation ist wiederholt eingegangen worden.

Hier ist lediglich nochmals zu betonen, daß die Anhörung der «beteiligten Kreise» wertvoll, praktisch und teilweise auch verfassungsrechtlich geboten ist¹⁵⁹. Es kann und soll davon nicht abgegangen werden. Das würde auch gelten, wenn die Entwurfserstellung an Parlamentarier überginge. Indessen ist es unerläßlich, daß es wirklich bei der Anhörung bleibt, nämlich bei der Feststellung von tatsächlichen Verhältnissen, von Wünschen und Anregungen. Von grundlegender Bedeutung ist, daß diese Anbringen bewertet werden. Die Bewertung kann richtigerweise auch nicht den Beteiligten selbst überlassen werden, sondern gehört in die Hand eines «Dritten», das heißt von Staatsorganen als den verantwortlichen, durch die Organisation der Rechtsgemeinschaft bezeichneten Willensträgern. Und die Bewertung muß hoheitlich, gemessen an den Konstitutionsprinzipien richtigen Rechts, vorgenommen werden. Die Gedanken der Verhandlung (im privatrechtlichen Sinne

heutige Zustand hat mehr Nachteile als jene Institution. Im übrigen wäre ein Berufsparlament in der Lage, durch Kontrollausschüsse die Departemente wirksam zu kontrollieren, was heute schlechtweg ausgeschlossen ist. Der Umfang der Verwaltung legt es ohnehin nahe, die Kontrolle und Leitung zwischen Parlament und Regierung streckenweit zu teilen.

¹⁵⁹ Vgl. zusammenfassend Giger, Die Mitwirkung der Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, S. 226 ff.

des «do ut des»), der kompromißmäßigen Zusammenfügung, der bloß schiedsrichterlichen Funktion der Staatsorgane¹⁶⁰ gehören nicht in die Gesetzgebung oder andere staatliche Rechtssetzung.

Um zu erzwingen, daß überhaupt bewertet und nicht einfach übernommen wird, ferner, daß richtig bewertet wird, müssen Modifikationen im heutigen Vorverfahren erwogen werden. Dann aber ist auch allgemein eine hochwertige Rechtssetzung anzustreben, was Umsicht und Sorgfalt in den Vorbereitungen voraussetzt.

a) Die Expertenkommissionen sollten ausschließlich mit echten Experten, das heißt Sachverständigen ohne Interessenzugehörigkeit besetzt werden. Für die Regel sollte auch der Vorsteher des vornehmlich betroffenen Departementes an den Arbeiten teilnehmen, was ihn mitten in den Fragenkreis der Vorlage hineinzuführen geeignet ist. Dafür braucht es keine Rechtsänderungen, da bis heute Vorschriften ohnehin gefehlt haben; es könnte sich höchstens empfehlen, den postulierten Grundsatz zu normieren, um Abweichungen auszuschließen.

Dergestalt könnte der Verwaltung und damit der ganzen folgenden Rechtssetzung eine qualitativ hochstehende Beratung zuteil werden, wobei der Zeitpunkt des Einsatzes offen bleiben sollte: die Experten würden manchmal vor, manchmal nach der Anhörung der Interessenorganisationen zu konsultieren sein; gelegentlich werden sie mehrfach angegangen werden müssen.

Es würde nicht immer leicht fallen, geeignete Fachleute zu gewinnen, die den Interessenten fernstehen. Solche Ausnahmefälle dürften jedoch nicht Anlaß bieten, um den heutigen Zustand andauern zu lassen. Vor allem sind die Expertenkommissionen nicht unbedingt auf das Dokumentationsmaterial anwesender Interessenvertreter angewiesen. Dieses könnte ihnen durch die Organisationen zur Ver-

¹⁶⁰ Dieser Gedanke ist verbreitet: Wenn sich die Interessenten gefunden haben, sei ein selbständiger Weg der Verwaltung überflüssig, ja geradezu ungehörig.

fügung gestellt werden, ohne daß diese an der Kommission teilnähmen. Abgesehen davon, wird es nicht zu umgehen sein, daß Bund und Kantone allmählich vermehrt eigene Erhebungen über tatsächliche Verhältnisse statistischer, ökonomischer und soziologischer Natur anstellen, um sie von einseitigen Fragestellungen und vorweggenommenen Bewertungen durch Interessenten freizuhalten.

b) Die Anhörung der unteren Gemeinwesen und der Interessenorganisationen sollte in einem Verfahren erfolgen, das zweckmäßigerweise in den Grundzügen zu normieren wäre. Neben den schriftlichen Vernehmlassungen könnten auch mündliche Referate in Aussicht genommen werden. Die letzteren bildeten für die Interessenorganisationen einen gewissen Ersatz für den Ausschluß aus den Expertenkommissionen und würden einen durchaus erwünschten persönlichen Kontakt mit den die Vorbereitung leitenden Staatsorganen herstellen. Die Anhörung sollte für die Regel öffentlich sein (vgl. unten 3, S. 111a). Zu verlangen, daß die Anbringen der Interessenorganisationen in einer demokratischen Meinungsbildung von unten herauf zustande gebracht werden, ließe sich angesichts der Natur der Organisationen, die auf Straffung und Leitung ausgerichtet sein müssen, nicht realisieren. Demzufolge wäre es aber erwünscht, die Anbringen deutlich als solche der Organisationsleitungen anzuschreiben. — Die Anhörung der Exekutiven unterer Gemeinwesen in mündlichen Referaten wäre zu trennen von derjenigen der Interessenorganisationen. Denn einerseits muß den leitenden Staatsorganen deutlich vor Augen geführt werden, daß diese Exekutiven nicht Interessenorganisationen leiten; andererseits muß alles daran gesetzt werden, um zu verhindern, daß diese Exekutiven, durch das Beispiel der Interessenorganisationen verleitet, zu Wortführern begrenzter Interessen werden und ihre Funktion in einer solchen Verfechtung erblicken. Schließlich ist zu fordern, daß namentlich die Kantonsregierungen die Vernehmlassungen zur Bundesgesetzgebung sehr sorgfältig erwägen.

c) Was die Bewertung der Anhörungen betrifft, dürfte sie nicht Abteilungen, Ämtern, Sektionen überlassen werden; sie gehört zumindest in die Departementspitze, die Fachbearbeiter der unteren Verwaltungsstufen als Referenten beiziehen könnte. Mit einer solchen Verlagerung wäre gegenüber dem heutigen Zustand bereits viel gewonnen, weil in sachlicher, juristischer und politischer Hinsicht die größere Perspektive garantiert wäre. Das Postulat, die Regierung in der Rechtssetzung zu aktivieren, würde indessen einschließen, daß auch sie sich der Bewertung der Anhörungen materiell und einläßlich annähme. Wenn die Entwurfserstellung durch Parlamentarier übernommen würde, könnte die Bewertung parlamentarischen Kommissionen anvertraut werden. Einzelheiten sind hier nicht zu erörtern.

d) Wenn im Bund das Parlament die Vorbereitung der Gesetze durch eigene Kräfte nicht auf sich nehmen wollte, ferner in den Kantonen mit einem relativ großen Anfall von Rechtssetzungsaufgaben dürfte es sich rechtfertigen, eigentliche Büros für die Rechtssetzung einzusetzen. Die Arbeit ließe sich zum Beispiel so gestalten, daß das Büro die Vorentwürfe erstellte, die Anhörung durchführte (Einholung der Vernehmlassungen, Entgegennahme der mündlichen Referate, Vornahme einer ersten Sichtung), die Experten zusammen mit Fachbearbeitern der betroffenen Departemente einberiefe und Entwürfe zuhanden der Regierung ausarbeitete. Das Büro hätte zugleich als ausdrückliche Funktion die Verfassungsmäßigkeit sorgfältig zu prüfen¹⁶¹ und ihr vor allem in der praktischen Arbeit Rechnung zu tragen. Es wären ihm so die Vorarbei-

¹⁶¹ Es ist damit keine Konkurrenzierung ausgesprochen zu den Institutionen, welche 1950 (ZSR 71, S. 1 a ff.) die Referenten Bundesrichter Panchaud und Professor Nef als präventive Verfassungsgarantien (Einsetzung eines beratenden Verfassungshofes, eines Verfassungsausschusses der Bundesversammlung, Ausbau der Justizabteilung) vorgeschlagen haben. Ein Amt für die Gesetzgebung könnte lediglich die der Justizabteilung zugedachten Funktionen übernehmen.

ten für Gesetze und Verordnungen des Parlaments zu übertragen, ferner die selbständigen und unselbständigen Allgemeinverordnungen der Regierung. Dagegen könnten die Vorbereitungen für die Verwaltungsverordnungen, einschließlich die Vollziehungsverordnungen im engeren Sinne, ferner für die hochspezialisierten Allgemeinverordnungen den Departementen überlassen bleiben. Das gleiche gilt auch — selbstverständlich — für die Verfügungen der Departemente. In der departementseigenen Rechtssetzung könnten die Büros indessen als wertvolle Beratungsstellen dienen.

Das Amt für die Rechtssetzung sollte unmittelbar der Regierung unterstellt werden. In den Kantonen, aber unter Umständen auch im Bund, ließe sich an einen entsprechenden Ausbau der Staatskanzleien denken; der Bundeskanzler bzw. die Staatsschreiber, die heute weitgehend auf eine redaktionelle Mitwirkung an der Rechtssetzung beschränkt sind, würden als Vorsteher derartiger Ämter eine ihrer verfassungsrechtlich eingeräumten Stellung angemessene materielle Bedeutung erlangen. Mit der direkten Unterstellung unter die Regierung würde eine erfreuliche Unabhängigkeit gegenüber der eigentlichen Administration mit allen Vorteilen einer internen Gewaltenteilung erreicht. Der Regierung aber würde ein Organ zugeordnet, das ihr ermöglichte, ihre Funktion als politische Behörde vollwertig zu erfüllen.

In bezug auf die Qualität der Rechtssetzung im weitesten Sinne, die von der sachlichen Richtigkeit über die Verfassungsmäßigkeit und Koordination bis zum Stil des Erlasses reicht, könnte der heutige Zustand zweifellos wesentlich verbessert werden. Insbesondere wäre auch eine gleichmäßigere und objektivere Bewertung der Anhörungen ermöglicht. Es setzt allerdings voraus, daß mit der Berufung bester Kräfte nicht gekargt, der Nachwuchs sichergestellt, die Möglichkeiten reicher Erfahrungen ausgeschöpft würden. Zudem wäre es unerläßlich, daß Fachbearbeiter der Departemente beigezogen würden. Die Einwände, daß zum Beispiel im Bund ein Büro für Rechtssetzung zu einem

Amt mit der Gefahr bürokratisierter Spezialisierung auswüchse, oder daß wegen der Sachkenntnisse doch die Departemente führend blieben, dürften kaum durchschlagen, sofern auf die Zusammensetzung und auf eine angemessene Zusammenarbeit mit den Departementen Sorgfalt verwendet wird.

3. Sicherstellung der Publizität

Schließlich stellt sich die Frage, ob und inwiefern die Vorbereitung der Rechtssetzung öffentlich zu geschehen habe. Von den seltenen Fällen, wo der Erlaß seiner Natur nach bis zur Inkraftsetzung geheim bleiben muß, abgesehen, ist davon auszugehen, daß die staatliche Rechtssetzung, ungeachtet ihrer Form, eine öffentliche Funktion ist. Und die tatsächlich große Bedeutung des Vorverfahrens, das politischen Charakter hat und einen wesentlichen Teil der Gesetzgebung darstellt, erheischt seine Öffentlichkeit. Das gilt auch — und in erster Linie — für die Verordnungsrechtssetzung, zumal dann, wenn ihre große Ausdehnung anerkannt und die Gesetzgebung eingeschränkt werden sollte (vgl. § 2, III, S. 32a ff.). Auch das «Plangesetz» bedarf der Möglichkeit öffentlicher Diskussion.

Selbstverständlich wird, weil unnötig und völlig unpraktisch, niemand diesen Grundsatz für die gesamte Vorbereitung anwenden wollen. Es sind Stationen zu bezeichnen, bei denen der Öffentlichkeit Einblick und Gelegenheit zur Diskussion geboten werden soll. Einmal sollte für die Regel der Vorentwurf, der zur Erstattung der Vernehmlassungen und zu weiteren Anhörungen ausgegeben wird, zumindest inoffiziell publiziert werden, indem er vor allem der Presse, den Parteien und der Wissenschaft mit der Autorisation zur freien Verwendung zugänglich gemacht würde¹⁶². Sodann sollten die Vernehmlassungen

¹⁶² Das wird heute manchmal auch so gehalten. Allein, es ist vom Zufall bestimmt. Je nach der Einstellung der bearbeitenden Departemente unterbleibt die Verbreitung. Zuweilen werden die Vorentwürfe als vertraulich bezeichnet, und es wird auf die

zumindest in den Grundzügen und wesentlichen Einzelheiten veröffentlicht werden. Ob vor der Schlußnahme der Regierung nochmals eine Publikation des Entwurfs stattzufinden hätte, müßte sich darnach entscheiden, ob es in concreto für die öffentliche Meinung von Belang sein kann, sich nochmals bilden und aussprechen zu können¹⁶³. Gewiß, die beschränkte Publizität des Vorverfahrens hätte Bedenken. Die öffentliche Meinung würde mitunter Mühe haben, sich in der Wirrnis aufeinanderprallender Ansichten und Begehren zurechtzufinden, Übersicht und Urteil zu gewinnen. Die sachliche Diskussion könnte in Massenauseinandersetzungen abgleiten. Die Stellungnahme der Organisationsleitungen könnte sich aus Prestigegründen vorzeitig verfestigen. Die Vorarbeiten können sehr erschwert werden. Allein, solche Nachteile würden die Vorteile doch wohl nicht aufwiegen. Diese lägen vornehmlich darin, daß das Volk die Entstehung des Rechts miterlebte, daß eine öffentliche Meinung frühzeitig erwirkt und berücksichtigt werden könnte, daß die Entwürfe und namentlich die Anbringen dazu verantwortet, einseitige Begehren zurückgehalten, Leichtfertigkeiten in Planungen zur Rechtssetzung zurückgedämmt werden müßten.

Öffentlichkeit in der Vorbereitung der Rechtssetzung heißt nicht, daß sich die staatlichen Organe ihrer Obliegenheiten, den Weg zu weisen, das Volk zu führen und die politische Existenz des Staates sicherzustellen, begeben würden. Sie würde gegenteils ermöglichen, diese Funktionen besser als heute zu erfüllen. Denn die Referendumsdemokratie lebt vom Glauben an die rationale Kraft des Volkes, an das integrierende Vertrauensverhältnis zwischen Volk und Behörden und an die Möglichkeiten staatsbürgerlicher Erziehung. Alle wesentlichen Stadien der Rechts-

Loyalität vor allem der Presse abgestellt, daß sie die Diskussion nicht eröffnet.

¹⁶³ Die Grundsätze der Publikation wären, wenn sie sich durchsetzen sollten, normativ festzulegen mit der Ermächtigung der Regierung, im einzelnen Fall Abweichungen anzuordnen.

setzung vor der Öffentlichkeit und damit in einer Atmosphäre der Offenheit ablaufen zu lassen, erlaubt, diesen Glauben zu erhalten und zu verwirklichen.

Zusammenfassung

1. Behördenorganisation, Kompetenzordnung und Verfahrensregelung ordnen die Rechtssetzung als Rechtserzeugung; sie sollen in einer gesamtheitlichen Ordnung aufeinander sinnbezogen sein. Sie zielen darauf ab, richtiges Recht in faßbare Rechtsformen (Rechtssetzungsformen) zu bringen, wobei sich die Gestaltung des Rechtssetzungsverfahrens im weiteren Sinne (Behördenorganisation und Verfahrensordnung) ihrerseits nach der Bedeutung der zu schaffenden Rechtsformen richten kann. (S. 3a—7a.)

2. Das Verfahrensrecht kann die Richtigkeit des erzeugten Rechts nur ermöglichen, nicht aber garantieren. Das Rechtssetzungsverfahren verschafft den Rechtsformen jedoch regelmäßig normative und mittelbar auch soziologische Geltung. (S. 7a—9a.)

3. Die verschiedenen Rechtsformen (Rechtssetzungsformen) bestimmen sich formell nach dem Gang ihrer Erzeugung, das heißt ihrem Rechtssetzungsverfahren im weiteren Sinn, und sie sollen sich richtigerweise zugleich materiell durch Unterschiede in inhaltlichen Eigenschaften auseinanderhalten lassen. (S. 21a—23a.)

4. Das dem Konstitutionalismus und der Demokratie verhaftete schweizerische Verfahrensrecht rückt das Parlament in den Mittelpunkt der Rechtssetzung, wobei der Aktivbürgerschaft verschiedengestaltige Initiativ- und Entscheidungsrechte eingeräumt werden (S. 10a ff.). Das parlamen-

tarische Verfahren hat darnach die rechtsschöpferische Diskussion freier und qualifizierter Persönlichkeiten (S. 13a ff.), die umfassende und sorgfältige Erwägung (S. 16a f.) sowie die Stützung des Rechts in Willen und Geist des Volks (S. 17a ff.) zu ermöglichen. Die Mitwirkungsrechte der Aktivbürgerschaft, der bedeutende politische Reife zugeschrieben wird, sollen Unzulänglichkeiten des parlamentarischen Verfahrens beheben und die Demokratie vervollkommen (S. 20a).

5. Das obligatorisch oder fakultativ referendumspflichtige, parlamentsbeschlossene Gesetz beansprucht unter den Rechtsformen Vorrang und Allgemeinvorbehalt, während Verordnungsformen der Legislativen und Exekutiven für abgegrenzte Rechtssetzungsaufgaben ausersehen bleiben. Der Gesetzesbegriff deckt sich fast vollständig mit dem Begriff des Rechtssatzes. (S. 23a—27a.)

6. Die Wandlung vom Staat als begrenzte Ordnung zum Interventions- und Sozialstaat forciert die Verordnungsform und fördert die Ausbildung von Zwischenformen, während das Verfassungsrecht am liberal-demokratischen Gesetzesbegriff mit seinem Allgemeinvorbehalt grundsätzlich festhält. Das führt zu Diskrepanzen zwischen Rechtssetzungsrecht und Rechtssetzungspraxis. (S. 27a—30a.)

7. Es drängt sich auf, den Gesetzesbegriff in bezug auf seine inhaltlichen Eigenschaften zu modifizieren, indem er wieder auf die Regelung des Grundlegenden, Wichtigen, Dauernden begrenzt wird, was beim umfassenden Ausbau rechtsstaatlicher Sicherungen die mit der Gewaltenteilung und der Referendumsdemokratie angestrebten Ziele nicht gefährdet. (S. 30a—37a.)

8. Dem normierten Gesetzgebungsverfahren wird regelmäßig ein nichtöffentliches außerparlamentarisches Vorverfahren vorangestellt. Daran schließen sich nichtöffentliche innerparlamentarische Beratungen an. Sie rauben dem parlamentarischen Verfahren Gehalt. (S. 37a—91a.)

9. Der Inhalt des Gesetzes kommt effektiv fast vollständig im politisch bedeutsamen Vorverfahren zustande, das von der Verwaltung geleitet wird (S. 37a ff.). Die Regierung nimmt materiell verhältnismäßig geringen Anteil und beschränkt sich meist auf eine Zensurtätigkeit, während sich das Plenum des Parlaments weitgehend mit der Genehmigung vorgelegter Entwürfe begnügt (S. 40a—53a).

10. In den im Vorverfahren eingesetzten Expertenkommissionen dominieren die Vertreter der Interessenorganisationen, denen die Verwaltung oft willfährig ist (S. 54a ff.). In den straff geleiteten Fraktionen und in den parlamentarischen Kommissionen werden durch mannigfaltige Bindungen die Zustimmungen zu den vorgelegten Entwürfen erwirkt (S. 61a—68a).

11. Die schwer erfaßbare öffentliche Meinung wird während des Rechtssetzungsverfahrens vernachlässigt. Die ausgiebige Anhörung von Interessenorganisationen und von Behörden unterer Gemeinwesen bildet keinen vollwertigen Ersatz; sie sichert namentlich nicht den richtigen Gesetzesinhalt. Die Volksrechte erlauben, Korrekturen anzubringen; sie stehen aber in Gefahr, für Gruppeninteressen ausgenutzt zu werden. (S. 68a—81a.)

12. Parlamentarier und Parlament sind stark überlastet, mit Sachkenntnissen nicht ausreichend ausgestattet und in ihrer Selbständigkeit durch Bindungen an Parteien, Interessenorganisationen, Regierung und Verwaltung eingeschränkt. Ansehen und politische Wirksamkeit des Parlamentes sind begrenzt. (S. 82a—89a.)

13. Die praktizierten Rechtssetzungsverfahren schwächen die Verantwortung und beeinträchtigen wesentliche Grundlagen der schweizerischen Staatsauffassung. (S. 89a bis 92a.)

Vorschläge

1. Jegliche Revisionsbemühung hat davon auszugehen, daß im Grundsatz der moderne Sozialstaat unvermeidlich ist und mit einer umfangreichen, komplizierten Rechtssetzung zur Regelung der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung rechnen muß. Rechtssetzung und Rechtssetzungsverfahren müssen sich aber an den praktikablen Grundlagen des Rechtsstaates ausrichten. (S. 93a—94a.)

2. Es sollte versucht werden, durch eine Regeneration das Parlament wieder in den Mittelpunkt der Gesetzgebung zu stellen, was mittels organisatorischen, insbesondere verfahrensmäßigen Vorkehren jedoch vorderhand allein für den Bund in Frage kommen dürfte. Dem Parlament sind Selbständigkeit, Sachkenntnis und Zeit zu verschaffen. (S. 94a f.)

3. Das radikalste Mittel wäre die Bejahung des «Berufsparlamentes» im Bund, das freilich auf tradierten Widerstand stieße und verschiedener institutioneller Ergänzungen bedürfte (S. 95a f.). Diese wären teilweise auch dann empfehlenswert, wenn das Berufsparlament außer Betracht fiel (namentlich unten c):

a) Während die enge Bindung des Abgeordneten an Partei und Fraktion grundsätzlich nicht behoben, sondern nur durch vereinzelte Vorkehren etwas gelockert werden könnte (ausdrückliches Verbot verpflichtender Fraktionsparolen, geheime Abstimmungen, Demokratisierung des Parteibetriebes), wäre die Festlegung von Unvereinbarkeiten des parlamentarischen Mandates mit Funktionen in Interessenorganisationen und allenfalls mit einzelnen Erwerbstätigkeiten zu erwägen. Das könnte immerhin die unerwünschte Vermischung von Parteien und Interessenorganisationen weiter fördern. (S. 97a—99a.)

b) Die Abgeordneten wären großzügig zu entschädigen. (S. 99a.)

c) Den Abgeordneten, deren Eignung für die Gesetzgebung durch verantwortungsbewußte Nominationen vorauszusetzen ist, müßte für die umfassende Beurteilung der Regierungsvorlagen und vor allem für die Erstellung eigener Entwürfe ein parlamentarischer Dokumentations- und Rechtsdienst zur Verfügung gestellt werden. Dieser Dienst hätte — außer dem einzelnen Abgeordneten — den Kommissionen und dem Plenum sachliche Unterlagen zu liefern sowie bei der Formgebung, insbesondere bei rechtlichen Fragen behilflich zu sein. (S. 99a—102a.)

4. In den Rechtssetzungsverfahren wäre in Bund und Kanton die Regierung insofern zu aktivieren, als sie sich als Kollegium der Rechtssetzungsaufgaben materiell annähme, was eine weitgehende Entlastung von Verwaltungsaufgaben voraussetzt. (S. 104a—105a.)

5. Das Vorverfahren der Gesetzgebung bzw. die diesem entsprechende Vorbereitung der Verordnungsrechtssetzung sind in Bund und Kanton im Grundsatz beizubehalten. Die beteiligten Verwaltungsstellen sollten vor allem — im Bewußtsein ihrer Stellung als berufene und verantwortliche Organe der Rechtsgemeinschaft — die Anbringen der Interessenorganisationen frei bewerten und auf eine umsichtige Arbeit bedacht sein. (S. 106a.) Diese Aufgaben sollten institutionell erleichtert werden:

a) Die Expertenkommissionen sollten ausschließlich aus unabhängigen Sachverständigen zusammengesetzt sein. (S. 107a.)

b) Die Anhörungen der Interessenorganisationen und auch der untergeordneten Gemeinwesen in schriftlichen Vernehmlassungen und mündlichen Referaten sind zumindest durch die Departementsspitzen und durch die Regierung zu bewerten; im Falle der Entwurfserstellung durch Abgeordnete könnte diese Aufgabe parlamentarischen Kommissionen übertragen werden. (S. 108a f.)

c) Im Bund und in den größeren Kantonen würde es sich rechtfertigen, Büros für die Rechtssetzung vorzusehen,

welche die Gesetzgebung und die wichtigere Verordnungsrechtssetzung zentral vorbereiteten. Sie wären unmittelbar der Regierung zu unterstellen, zum Beispiel durch Ausbau der Staatskanzleien. Sie würden bei vollwertiger Ausstattung und angemessener Koordination mit den Departementen eine hohe Qualität der Rechtssetzung sicherzustellen vermögen. (S. 109a—111a.)

6. Die Vorbereitung der Rechtssetzung, einschließlich die Anbringen der Interessenorganisationen, sollte grundsätzlich publik sein, indem in bestimmbaren Stadien die Öffentlichkeit über den Stand einläßlich orientiert würde. (S. 111a—113a.)
