

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	93 (1974)
Artikel:	Zur Einleitung : von der Rechtssetzungsfunktion im heutigen Staat
Autor:	Eichenberger, Kurt
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896369

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: 21.02.2026

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

KURT EICHENBERGER

Zur Einleitung: Von der Rechtssetzungsfunktion im heutigen Staat

I. Aktuelle Verfassungsprobleme als Rechtssetzungsprobleme

Gesetzgebung galt als zentrale und vorherrschende Funktion des Staates, als die Bundesverfassung von 1874 geschaffen wurde. Es war Blütezeit des sogenannten Gesetzgebungsstaats, der Staat, Staatlichkeit und staatliche Aktivität in der Gesetzgebungsfunktion sich erfüllen sah. Die Verfassung selbst war auch Gesetzgebung: qualifizierte zwar, indem für den Endentscheid besondere Organe (Gesamtvolk und Stände) gerufen werden mußten und die Verfassungsurkunde eine distanzierende Abhebung des Verfassungsinhalts vom übrigen Recht auszudrücken versuchte. Aber sie war ihrerseits wie jede Rechtssetzung der neueren Zeit Ausdruck des menschlichen Willens, staatliche Gemeinschaft als Organisation und Verhaltensordnung selbst zu bestimmen, nach eigenen Vorstellungen und im Vertrauen auf eine rational geprägte Schöpfungsfähigkeit des menschlichen Geistes. Und sie kam zustande auf jenem eigenartigen Weg, auf dem den rechtsschöpfenden Organen Auftrag und Legitimation zugeschieden war, in begrifflich und typisiert scharfer Unterscheidung vom Vertragsschluß die Normen in hoheitlich-einseitiger Entscheidung und Verantwortung aufzustellen¹.

¹ 1874 wurde die Verfassungsgebung eindeutig als Akt der hoheitlich-einseitigen Rechtssetzung aufgefaßt, während sie 1847/48 doch weithin noch stark mit vertraglich-bündischen Vorstellungen verknüpft war. Diese Verschiedenheit hängt nicht nur mit dem Verständnis des normativen Geltungsgrundes einer Verfassung zusammen, sondern auch und vor allem mit der Veränderung des gesamten

Die geschriebene Verfassung steht repräsentativ für das gesetzte Recht überhaupt. Die Problematik ihrer normativen Lenkungskraft, ihre strukturellen und funktionellen Nöte, ihre inneren und äußeren Erneuerungsmöglichkeiten sind weitgehend gleich oder doch ähnlich denjenigen, die heute jedem gesetzten Rechte eigen sind². Die Verknüpfung reicht aber noch weiter: Die Gestalt und Wirksamkeit der Verfassung ist in hohem Maß bedingt von der Qualität und Effektivität der übrigen Rechtssetzung; denn sie ist eingebettet – nicht einfach überdachend aufgesetzt – der Gesamt-rechtsordnung, die in zunehmendem Umfang wechselseitige Abhängigkeiten allen gesetzten Rechts sichtbar macht³. Wenn jetzt im Jubiläumsjahr der Bundesverfassung von 1874 deren Totalrevision in Diskussion steht, so tritt der größere Zusammenhang sehr deutlich zutage: die aktuellen und bedrängenden Probleme der Bundesverfassung sind zugleich Probleme der Rechtssetzung schlechthin, und die Aufgabe einer wie auch immer gearteten Erneuerung der Bundesverfassung kann nur bewältigt werden, wenn begleitend und fundierend Klarheit und Einsicht in Möglichkeiten und Grenzen der Rechtssetzung vorangetrieben werden.

Die hundertjährige Verfassung wird nicht gefeiert um des Feierns willen, sondern weil die volle Zahl des Centenarums zur Besinnung Anlaß bietet, und Besinnung heißt hier Hinlenkung auf die Lage der geltenden Verfassung und auf die Möglichkeiten der Fortführung. Ob die Bundesverfassung von 1874 beizubehalten und lediglich mit Verfassungswandlungen und punktuellen Partialrevisionsen einem gedämpften Erneuerungsrhythmus folgen, ob sie mit Schüben kohärenter Institutionsrevisionen einen neuartigen Modus von Erneuerungen ergreifen oder ob sie sich einer Gesamt-

Vorgangs einer Verfassungsgebung. Vgl. auch einerseits FRITZ FLEINER, Die Gründung des Schweizerischen Bundesstaates im Jahre 1848, in: Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, S. 53ff.; andererseits DERSELBE, Zum Jubiläum der Bundesverfassung von 1874, ebenda, S. 219ff.

² HANS HUBER, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, jetzt in: Ausgewählte Aufsätze 1950–1970, Bern 1971, S. 27ff.; DERSELBE, Betrachtungen über die Gesamtsituation des Rechts, ebenda, S. 11ff.; HERMANN JAHRREISS, Größe und Not der Gesetzgebung, jetzt in: «Mensch und Staat», Köln/Berlin 1957, S. 17ff.

³ Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Band VI: Schlußbericht, Bern 1973, S. 22f.

revision unterwerfen soll, ob es beim Typus von «einerlei Verfassungsrecht» bleiben oder ob eine Unterteilung in stabilisierte Elementarprinzipien der Staats- und Rechtsordnung von erschwerter Änderbarkeit einerseits und in periodisch zu überholende Programmentscheidungen für die mittelfristige Staatsgestaltung anderseits kommen soll, sind alles Fragen, in denen materielle und formelle Gesichtspunkte verwoben sind, die aber doch immer wieder zusammenlaufen im allgemeinen Problemkreis der Rechtssetzung. Bekräftigend und wiederholend darf festgehalten werden: Die Bundesverfassung ist gesetztes Recht⁴, und sie kann nicht anders denn unter den Gesetzlichkeiten solchen Rechts entstehen, gelten, wirken und sich verlieren. Nicht mehr, aber auch nicht weniger.

Der vorliegende Band bringt Beiträge zum Stand und zur allmählichen Klärung von Problemen der heutigen Rechtssetzung, womit mittelbar, aber doch praktisch wirksam Anteil genommen werden soll an jener Centenarius-Besinnung auf Lage und Fortführung der Bundesverfassung als gesetzten Rechts. Es ist keine Rechtssetzungslehre, schon gar nicht eine geschlossene, sondern es sind Ansätze dafür, die freilich in einem gewissen inneren Zusammenhang stehen und die teils ergänzend, teils bestätigend in das Thema eindringen, dem soeben PETER NOLL unter dem Titel der «Gesetzgebungslehre» eine umfassende Darstellung gewidmet

⁴ Wenn die Verfassung im umfassenden Sinne auch ungeschriebenes Recht enthält und fortgebildet wird in der behördlichen Verfassungspraxis (vgl. HANS HUBER, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, jetzt in: Ausgewählte Aufsätze 1950–1970, Bern 1971, S. 329ff.; DERSELBE, Die Gesamtänderung der Verfassung. Ansätze für einen Vergleich zwischen Österreich, der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, in: Festschrift für Ulrich Scheuner, Berlin 1973, S. 183ff.), so sind alle diese Verfahren und Ergebnisse in einem Verfassungssystem wie dem schweizerischen ausgerichtet auf die geschriebene Verfassung, die sie begleiten, deuten, ergänzen, wandeln und gar durchbrechen, ohne ihren Bezugspunkt darob aus dem Gesichtsfeld verbannen zu können. Verfassungsinterpretation, verfassungsrichterliche Rechtsfortbildung, Verfassungswandel, Verfassungsumgehung, Verfassungsdurchbrechung, Verfassungskonventionalregeln, ja selbst höchste Verfassungsprinzipien sind insoweit Institute und Rechts handlungen ohne selbständige Bedeutung: Sie bleiben dauernd an die geschriebene Verfassung gebunden.

hat⁵. Die Schweiz war freilich der methodisch-wissenschaftlichen Deutung dessen, was in der Rechtssetzungsfunktion geschieht, nie so abgewandt, wie es für ausländische Rechtsordnungen mitunter festgestellt wird⁶, und Namen wie EUGEN HUBER und WALTHER BURCKHARDT bezeugen mit Werk und Wort⁷ Höhepunkte in der klärenden Durchdringung der Rechtssetzung.

II. Die beengende Verknüpfung der Rechtssetzungsfunktion mit dem Gewaltenteilungsdogma

1. Die Wissenschaft von der Funktion der Rechtssetzung steht, wie die ganze Funktionenlehre des Staates überhaupt, im 19. und 20. Jahrhundert im Banne des Gewaltenteilungsdogmas und dessen Entwicklung⁸. Die unterscheidbaren staatlichen Funktionen, verstanden als typisierte Tätigkeiten zur Wahrnehmung der staatlichen Sachaufgaben, gelten als logische und sachliche Voraussetzungen der strukturellen Organisation. Sie sind nicht nur das sachliche, sondern auch das gedankliche Prius. An sie anknüpfend und sie schließlich realisierend, werden die Organgruppen oder Gewalten gebildet und funktionsfähig gemacht. Die strukturelle Organisation ist Folge der dem Staat zufallenden Funktionen. Um der Funktionen willen ist die strukturelle Organisation vorhanden. Und da die Funktionen kraft inneren Wesens unter sich differenzierbar sind, liegt es nahe, auch verschiedene Organgruppen zu formen und voneinander abzuheben. Das ist freilich keine zwingende Konsequenz, da auch ein einziges Organ die Vielzahl von Funktionen wahrzunehmen vermöchte. Arbeitsteilung, operable Rationalität, optimierte Effizienz rufen indessen im modernen

⁵ PETER NOLL, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg 1973.

⁶ ULRICH SCHEUNER, Gesetzgebung und Politik, in: Gedächtnisschrift für René Marcic, Berlin 1974, S. 889 ff.

⁷ Bei beiden Gelehrten durch ihr gesetzgeberisches *und* literarisches Werk; vgl. zusammenfassend je in: EUGEN HUBER, Recht und Rechtsverwirklichung, 2. Aufl., Basel 1925, S. 242 ff.; WALTHER BURCKHARDT, Methode und System des Rechts, Zürich 1936, S. 121 ff.

⁸ WERNER KÄGI, Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzipes, Zürich 1937, S. 157 ff.; NOLL (oben Anm. 5), S. 47 f.

Staat einer Pluralität von Organen, die sich als *Organgruppen* in großen organisatorischen Blöcken sammeln lassen und sich dabei an die Funktionenunterscheidung heften.

Im Gewaltenteilungsdogma, so vielgestaltig es sich begründet, ausformt und darbietet⁹, schwingt ein funktionaler Zusammenhang regelmäßig mit. Aber seine strukturelle Komponente erlangt eine hohe Eigenständigkeit. Wenn der Leitsatz lautet: Der Staat solle differente Organgruppen bilden, sie auseinanderhalten und lediglich zum Zwecke von checks and balances in Kontrollvorgängen verknüpfen, so ist das Postulat der Differenzierung nicht in der Unterscheidbarkeit von Funktionen gelegen, sondern in der Forderung, die Kompetenzträger objektiv und subjektiv in einen machthemmenden Raster zu setzen. Was die separierten Organgruppen tun, welche Funktionen sie erfüllen und wie sie tätig sind, ist nicht gleichgültig, aber unter dem organisationspolitischen und institutionellen Aspekt zweitrangig. Wesentlicher ist, daß eine Vielheit an Organgruppen und ihre Trennung bestehen. Daß sie dann auch Unterschiedliches tun und daß sich jede Organgruppe monopolistisch nur in einem Funktionsbereich betätige, ist eher eine begleitende denn eine vorausgegebene Maxime für den Aufbau der staatlichen Ordnung. Das Blickfeld ist verengt und konzentriert auf die vereinfachte Forderung, in der strukturellen Organisation Trennungen zustandezubringen. Dafür werden freilich sinnvolle Differenzierungskriterien gesucht, denen möglichst kein Anstrich des Zufälligen und der simplen institutionellen Dezision anhaften soll. Die Funktionen scheinen sie in der Tat zu bieten.

Doch die ideale Übereinstimmung von abgegrenzten materiellen Funktionen und struktureller Organisation bleibt eine Konstruktion von begrenzter Tragkraft, und zwar eine aposteriorische Konstruktion, indem in Wahrheit im Nachgang Funktionen in die vorausgesetzte und dann als Dogma gefaßte organisatorische Trennungsvorstellung hereingeholt werden. Die behauptete ideale Kongruenz legt ihre Realitätsferne immer dann bloß, wenn die Funktionen nach ihrem substantiellen Wesen befragt und ihre gegen-

⁹ HEINZ RAUSCH (Herausgeber), Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, Darmstadt 1969.

seitigen Abgrenzungen abgetastet werden. Namentlich die Dreiheit der Organgruppen, die in vermeintlich unverletzlicher Festigkeit die Organisation des modernen Staats prägen, hat größte Mühe, eine entsprechende funktionale Dreiheit in materieller Reinheit ausfindig und evident zu machen. Eine wirklichkeitsadäquate Funktionenunterscheidung lässt sich offenbar nicht in das Prokrustesbett der magischen Dreizahl¹⁰ pressen: Entweder sind es nur zwei oder dann meist mehr als drei Hauptfunktionen, in denen das zeitgemäße Gemeinwesen seine Sachaufgaben versehen muß.

Versucht man es etwa mit der Reduktion aller Staatsfunktionen auf Rechtsfunktionen, die im Rechtsverwirklichungsprozeß durchlaufen werden, so verstrickt man sich in der Unmöglichkeit, die Rechtsanwendung materiell zwingend nach Verwaltung und Rechtsprechung zu differenzieren. Und öffnet man den Fächer der Funktionen auf die anschaulichen Betätigungsweisen des Staats, z. B. neben den Rechtsverwirklichungsvorgängen auf Regierung und Finanzgebaren, so stört man den funktionalen Dreiklang und versetzt die organisatorische Trias in Verlegenheiten. Angesichts solcher Schwierigkeiten lässt die praktische und die dogmatische Staatsgestaltung grüblerische Ergründungen gerne liegen, bleibt formelhaft bei der schematischen Gewaltenteilung und röhrt die Fragen nur am Rande an, was es wohl mit den Staatsfunktionen, ihrer Typisierung, ihren Abgrenzungen, ihren Bedeutungen und ihren interdependenten Bezügen zur strukturellen Organisation alles auf sich haben könnte.

2. Die Koppelung der Funktionenlehre mit dem Gewaltenteilungsdogma hat sich auf die Klärung und Fortbildung der Rechtssetzung vorteilhaft und zugleich nachteilig ausgewirkt. Einerseits wurde die Rechtssetzung, anders als etwa die Regierungsfunktion oder die nicht-rechtsanwendende Verwaltung, nie in Zweifel gesetzt; sie behauptete Stellung und Aufgabe wie selbstverständlich. Da, wo die Funktionen neuartig dreigeteilt werden in Grundentscheidungen, in deren Ausführung und in politische Kontrollen oder wo sie zweigeteilt werden in Akte des Herrschens als Norm-

¹⁰ Zur Dreiheit der Gewaltengliederung: MAX IMBODEN, *Die Staatsformen* (1959), Neudruck Basel/Stuttgart 1974, S. 168ff., 174f., 185f., 202; HANS MARTI, *Urbild und Verfassung*, Bern/Stuttgart, o.J., S. 66f., 83f.

setzung und als Einzelfallentscheidung¹¹, aber auch da, wo die Funktionen mit dem Regieren, dem Planen, der Finanzgestaltung oder dem Darbringen von realen Leistungen mehrdimensionalen Pluralgliederungen geöffnet werden, behält die Rechtssetzung die Aufgabe einer dominanten, auf andere Funktionen einwirkenden Primärtätigkeit. Sie ist, sobald man objektives Recht und seine Setzung anerkennt, denknotwendig und im effektiven staatlichen Handlungskonnex unentbehrlich.

Andrerseits ist ihr seit dem Abschluß der Zivil- und Strafrechtskodifikationen wegen der unbestrittenen Geltung die Ruhe der unbeachteten Größe zugefallen. Im Grunde wurde sie wissenschaftlich und in praktischer Durchhellung nur soweit gefördert, als sie auf die Kampfplätze der Gewaltenteilung geriet und in deren Gefolge teils anregende, teils ermattende Auseinandersetzungen zu bestehen hatte. So sind klarend *und* überschattend Beiträge erbracht worden bei den langwierigen Erörterungen um den Gesetzesbegriff, um die Gesetzesdelegation und um die Mitwirkung nicht-staatlicher Potenzen (Parteien, Verbände, Kirchen) in den Rechtssetzungsverfahren. Dabei darf man nicht sagen, diese Themen seien mittlerweile abgeschlossen worden. Sie stehen nach wie vor auf der Traktandenliste von Praxis und Wissenschaft, jedoch erweitert und verschoben, indem sie nicht mehr allein vom Gewaltenteilungsdogma her, sondern auch und vor allem von der Rechtssetzungsfunktion aus angegangen werden müssen.

3. So ist für die Funktion der Rechtssetzung angedeutet, was für die Funktionenlehre ganz allgemein gilt: Der moderne Staat verlangt die ebenso einläßliche wie verbreitete Einsicht in die Funktionen und deren Optimierung, über die Zusammenhänge mit dem Gewaltenteilungsdogma weit hinausgreifend¹².

¹¹ KARL LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, 2. Aufl., Tübingen 1969, S. 34ff., ohne Berücksichtigung der Möglichkeiten, den herkömmlichen Organisationsstrukturen die funktionale Voraussetzung zu bieten; HERMANN JAHRREISS (oben Anm. 2), S. 173ff.

¹² Die Anstöße kommen sowohl aus der Staatspraxis, die bei den Reformbestrebungen des letzten Jahrzehnts auf unbeackerte Flächen der Staatsfunktionen gestoßen ist, als auch aus der Staats- und Rechtsssoziologie. Alarmierend hätte wirken können: NIKLAS LUHMANN, Funktionen und Folgen formaler Organisation, Berlin 1964.

Die Funktionen müssen diesfalls der erstarrenden Verbindung mit der Gewaltenteilung vorerst entzogen werden. Es geht jedoch nicht um eine beziehungslose Ablösung und Isolierung, vielmehr um die Gewinnung einer relativen Eigenständigkeit der Funktionen, um diesen die jetzt erforderliche Beachtung und Durchdringung zu sichern. Damit tut man der Gewaltenteilung nicht Abbruch, ordnet sie aber da wieder ein, wo ihre wirkliche Sendung liegt: in der Mäßigung der Macht¹³. Man befreit sie zugleich von der Forcierung, in die sie im letzten Vierteljahrhundert getrieben wurde und die ihre Wirkungskraft abnutzte, als man sie zum kardinalen Organisationsprinzip des Staates stempelte und glaubte, an ihr Wesen und Ziel des Staats als Organisation erfahren und einsichtig machen zu können¹⁴. Die staatliche Organisation lässt sich nicht monistisch aus einem anlagegemäß defensiven Dogma aufbauen und erklären, sondern dialektisch aus dem Vieleck von Bestimmungsfaktoren, die in Interdependenzen und wechselweisen Rückbindungen zueinander stehen. Sie konstituiert sich in der gegenwärtigen Sicht sinnvoller durch die gleichzeitige Beachtung von Sachaufgaben, Kompetenzen, Strukturen und Funktionen in einem hochkomplexen Vorgang, der den handelnden Staat ausmacht.

Die Funktion der Rechtssetzung ist mithin in einer relativen Eigenständigkeit und am Gegenstück der Rechtsanwendung im Zuge des kohärenten Rechtsverwirklichungsprozesses zu verstehen. Zugleich waltet aber eben die erweiterte, die Gewaltenteilungsproblematik überschreitende Interdependenz mit der umfassenden staatlichen Organisationsaufgabe, welche strukturelle, kompetentielle und funktionelle Elemente verknüpft. Die Rechtssetzung

¹³ HEINZ RAUSCH (oben Anm. 9), S. XV.

¹⁴ Die Kantonsverfassungen von Nidwalden vom 10. Oktober 1965, von Obwalden vom 19. Mai 1968 und der Entwurf für eine Verfassung des Kantons Basel vom 6. September 1968 stellen die Gewaltentrennung als vorherrschendes Organisationsprinzip hin, womit sie offensichtlich ein Organisationsverständnis aufnehmen von Z. GIACOMETTI, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941, S. 271ff., und Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 470ff., dem streckenweit MAX IMBODEN folgt (am deutlichsten: Gewaltentrennung als Grundproblem unserer Zeit, in: Gedanke und Gestalt des demokratischen Rechtsstaates, Wien 1965, S. 37ff.).

strahlt bestimmd aus auf die Struktur der Rechtssetzungsorgane und deren Verfahrensweise, auf den Inhalt der materiellen Kompetenzen der rechtssetzenden Organe, auf die Art und Fülle dessen, was der Staat als Aufgabe aufzunehmen und zu bewältigen vermag. Die Funktion der Rechtssetzung ist umgekehrt abhängig und bedingt von der Struktur samt Leistungsfähigkeit und Verfahrensmöglichkeiten der rechtssetzenden Organe, von den materiellen Kompetenzen, die ausgegeben werden, von den Sachaufgaben, die im Gemeinwesen zu lösen sind. Rechtssetzung als Funktion ist nicht in abstracto und a priori durchgeformt, sondern steht als teils stabilisierte, teils variable Tätigkeit im Gesamtzusammenhang der organisierten Staatswirklichkeit.

III. Akzentverschiebungen im Verständnis der Rechtssetzungsfunktion

Seit der hohen Zeit des Gesetzgebungsstaats haben sich in der Rechtssetzungsfunktion Wandlungen eingestellt. Insbesondere faktische und politische Voraussetzungen haben sich geändert und drängen dazu, den heutigen Standort der Rechtssetzung inmitten des staatlichen Gesamtzusammenhangs zu erörtern und für die wissenschaftliche Deutung, für die politische Wertung und für die normative Ordnung angleichende Folgerungen daraus zu ziehen. Es werden nicht radikale Neuorientierungen sein, sondern eher das Nachvollziehen und Anerkennen von Verlagerungen, die längst im Gange, vielfach angezeigt, jedoch zur Oberfläche des Alltags im Staats- und Rechtsleben nur punktuell vorgestoßen oder dann wieder verschleiert in den Hintergrund getreten sind. Es handelt sich um Akzentverschiebungen im Verständnis der Rechtssetzungsfunktionen, von denen alle Beiträge dieses Bandes irgendwie Mitteilung machen. Vorweg ist aber auf einige Erscheinungen hinzuweisen, die jene Akzentverschiebung für das Funktionsverständnis allgemein zu kennzeichnen in der Lage sein dürften.

1. Die Rechtssetzung muß ihren wichtigen Auftrag für die Gestaltung und Leitung des Staates nicht preisgeben, jedoch dulden, daß die Bedeutung anderer Funktionen im staatlichen Gestaltungs-

prozeß ansteigt und einzelne davon sich an ihre Seite gesellen. Dieser Aufstieg ist offensichtlich nicht nur politische Laune eines historischen Augenblicks, sondern Folge der sich verändernden Beziehungen von Recht, Staat und Gesellschaft mit dem Zwang zur Staatsorganisation von hoher Effizienz, und er hat durchaus normative Auswirkungen, sofern man die normative Ordnung mit der Staatswirklichkeit verifizierend und rektifizierend verbindet. Die konkurrenzierende Stellung der Rechtssetzung für die Steuerung des Staates läßt sich beispielsweise daran ablesen, daß die «Richtlinien für die Regierungspolitik», Regierungsprogramme überhaupt, Finanzpläne, Budget und Staatsverträge die staatliche Gemeinschaft in großem Maß und intensiv bestimmen. Der Staat ist nicht allein, wie der Gesetzgebungsstaat es sich vorstellte, durch die vorausgegebene Setzung generell-abstrakter Rechtsnormen determiniert. Wenn man derartige Aktivitäten der staatsleitenden Organe äußerlich in Rechtssetzungsformen kleidet und hiezu die auf die Rechtssetzung zugeschnittenen Kreationsverfahren verwendet oder wenn man den Begriff der Rechtsnorm so dehnt, daß er beliebig Programme, Realakte und Vertragsinstrumente auch deckt, so sind das doch nur scheinbare Bereicherungen der Rechtssetzungsfunktion; denn das Wesentliche der Rechtssetzung, objektives Recht hervorzubringen, ereignet sich dabei nicht. WILFRIED SCHAUMANN¹⁵ hat sich nachdrücklich dafür eingesetzt, im Gesetz wieder voll ein Instrument der Staatsführung zu sehen und es auch da zu benutzen, wo nicht unmittelbar Verhaltens- und Organisationsrecht nach Herkommen zu geben ist, vielmehr das Anliegen im Vordergrund steht, Parlament und Volk an wesentlichen Staatsentscheidungen zu beteiligen. Dieses politische Anliegen zielt nicht auf die Ausuferung der Rechtssetzungsfunktion ab, sondern auf die Kompetenzverbreiterung für demokratisch legitimierte Organe; die Rechtssetzungsfunktion als solche ist nicht im Spiel: Sie

¹⁵ WILFRIED SCHAUMANN, Staatsführung und Gesetzgebung in der Demokratie, in: «Der Staat als Aufgabe», Gedenkschrift für Max Imboden, Basel/Stuttgart 1972, S. 313ff. Zum Planungsgesetz: ROMAN HERZOG, Allgemeine Staatslehre, Frankfurt a.M. 1971, S. 328ff. Zum Verhältnis der Rechtsnorm zum Finanzentscheid: HEINRICH KOLLER, Budget und Norm, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1973, Basel/Stuttgart 1973, S. 95ff.

wird lediglich instrumental benutzt, um den Kreis der Teilhaber an neuartigen, nicht-rechtssetzenden Akten zu erweitern und für diese die gleiche Legitimierungsbasis herzustellen, wie die «klassischen» Gestaltungsakte, eben die Gesetze, sie aufweisen. Damit ist nicht zu verwerfen, daß sich eine Rechtssetzungsfunktion aufschließt auch gegenüber dem «Nur-formellen-Gesetz» und gegenüber dem Plan- und dem Maßnahmengesetz, aber sie hat dafür mehr nur die Grenzen und Differenzen gegenüber dem Rechtssatz auszubilden als eine substantielle Methodik jener Akte, die ihr Wesen vorwiegend aus der Regierungsfunktion, der Verwaltungsfunktion und der Planung entnehmen.

2. Selbst wo nur die staatlichen Rechtsfunktionen im Blickfeld stehen, hat die *Rechtssetzung* ihren beherrschenden Anspruch auf Determination aller ihr folgenden Staatstätigkeiten in einer ursprünglichen und umfassenden Kreativität seit der Freirechtschule und spätestens mit der weltweiten Huldigung, die Artikel 1 des Zivilgesetzbuches gefunden hat, verringern müssen. Bis auf dem Kontinent Praxis und Rechtslehre die relative Eigenständigkeit und die rechtsbildenden Kräfte der rechtsanwendenden Funktionen indessen auch eingestanden haben, bedurfte es des Ausbaus und der Bewährung der Verfassungs- und der Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie der Bewußtmachung der schöpferischen Komponenten der Verwaltungstätigkeiten. Weder Zivil- noch Strafgerichtsbarkeit hatten, aufs Ganze gesehen, in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts den rechtsanwendenden Funktionen den Rang zu verschaffen vermocht, den sie heute neben der Rechtssetzung einnehmen. Die Rechtssetzung hat kein Monopol auf rechtsschöpferisches Handeln, obwohl richtig ist, daß ihre Kreativität wesensgemäß doch eine andere ist als die der weiteren Staatsfunktionen.

Im übrigen ist der Begriff des Schöpferischen vielschichtig. Die Rechtssetzung kann sich durchaus beschränken und trotzdem ihren Sinn erfüllen, wenn sie bloß nachschaffend und ordnend aufzeichnet, was in Einzelentscheiden, Übung, Brauch und Sozialnormen für die Gemeinschaft schon maßgeblich ist. Und wo Rechtssetzung originär Inhalte schafft, ist sie mit Elementen historischer Vorzeichnung immer auch schon mitbestimmt. Darin

tritt eine erhebliche Distanz zu den idealisierten Vorstellungen des Gesetzgebungsstaates hervor. Dieser war, merklich oder unmerklich, geleitet von der Vorstellung, der Rechtssetzer finde ein weites und offenes Feld der freien Gestaltung vor. Seine Schöpfungskraft könne sich, wenig gehemmt, frei ergehen und auf das Richtige aus eigener Einsicht und eigenem Vermögen zusteuern. Wie weit derartige Freiheiten jemals gewährt waren¹⁶, mag dahingestellt bleiben. Dem heutigen Rechtssetzer jedenfalls fehlen sie fast ganz. Unbestreitbar ist seine Rechtssetzung vorwiegend Änderung schon bestehender Rechtsregelung¹⁷; sie ist von einer «Disziplin der Vorsicht»¹⁸ geleitet und öfter darauf ausgerichtet, sozial-schädigende Mißbräuche abzustellen, als ursprüngliche Neugestaltungen in unbeeinflußtem Schaffen hervorzubringen. Die Kunst der heutigen Rechtssetzung ist vorwiegend Einpassung. Die neue Norm ist z. B. einzufügen in das System der schon und weiter bestehenden Gesamtrechtsordnung staatlicher und internationaler Dimension, in das Subsystem des angesprochenen Regelungsreichs, in die begleitenden Sozialnormen. Und die beachtlichen Realien und Fakten sind weit schwerer zu erfassen und nehmen sich komplizierter aus, als EUGEN HUBER¹⁹ sie noch darstellen konnte, weil sie einerseits mit dem sozialen Wandel tatsächlich komplexer geworden sind und weil andererseits mit der Verwissenschaftlichung und dem ungeordneten Informationsüberfluß die geistige Behändigung heikler, die verbleibende Entscheidungsmöglichkeit kritischer, die Entschlußkraft schwächer wird.

Der Raum schöpferischer Gestaltung wird sodann dadurch noch verengt, daß die politischen Kräfte, die die Entscheidung beeinflussen und tragen, zahlreich, aktiv und partikularistisch-interessengerichtet sind. Rechtssetzung ist politische Funktion und unter-

¹⁶ Die ablehnende Haltung SAVIGNYS gegen die Kodifikation des Privatrechts beruht in der Verneinung derartiger Freiheit, womit er zugleich die Rechtssetzung verworfen hatte. THIBAUT ging von einer Begrenzung der legislatorischen Freiheit aus, erwartete aber doch ausgreifende Gestaltungsmöglichkeiten. HANS HATTENHAUER (Herausgeber), Thibaut und Savigny, ihre programmatischen Schriften, München 1973, S. 40ff., 73ff., 106ff.

¹⁷ Worauf NOLL (oben Anm. 5), S. 98ff., nachdrücklich hinweist.

¹⁸ J. ORTEGA Y GASSET, Buch des Betrachters, Stuttgart 1952, S. 151f.

¹⁹ (oben Anm. 7) S. 281ff.

steht deswegen *auch* den Regeln und Willkürlichkeiten des politischen Handelns. Methodische und in die Objektivität gehobene Steuerungen des Rechtssetzungsvorgangs haben demzufolge eine unübersteigbare Schranke an den offenen politischen Verhaltensweisen der Teilhaber an der Rechtssetzung.

Wie auch immer das Schöpferische in einem Rechtssetzungsakt sich ausnimmt, so ist dieses darauf angelegt, in die Zukunft hinein zu wirken, also pro futuro Realität zu erlangen und zumeist immer wieder verlässlich zu reproduzieren. Dieses Ausgreifen in die Zukunft versetzt die Rechtssetzung in die Nähe der Planung, und die beiden können sich sogar identifizieren (Planung durch Gesetzgebung; Plan im Gesetz).

Die Steuerung künftigen Verhaltens und dessen Hinlenkung auf vorgestellte Ordnungsbilder erheischt auch weiterhin einen Vorrang für die Rechtssetzung: Funktionen, die zeitlich nach ihr kommen und in funktionsbedingter Abhängigkeit den Realisationsvorgang durchführen, haben sich ihr denknotwendig zu fügen. Doch ist dieser Weg nicht nur eingleisig. Die Rechtssetzung hat Bedacht zu nehmen darauf, ob und wie sich das Gewollte tatsächlich verwirklichen lasse, und scheitert die Realisation, so ist die Rechtssetzung zum Nachgeben gezwungen: Entweder sucht sie mit neuen Änderungen die erforderliche Vollzugstauglichkeit, oder sie findet sich mit dem Fehlschlag ab. Die Rechtssetzung kann also nicht einseitige Anordnung aus olympischer Höhe sein, sondern ist richtigerweise von den Vollzugsmöglichkeiten²⁰ mitgeprägt, die aus den Niederungen des richterlichen und verwaltenden Alltags voraus- und zurückwirken auf die Rechtssetzung. Auch das ist alte Einsicht und junge Erfahrung: Es scheint, als ob erst die dichte und realisationsgefährdete Verwaltungsgesetzgebung der neusten Zeit diese Abhängigkeiten in die Praxis brächte²¹.

²⁰ Hier hat das philosophische Verhältnis der Rechtssetzer zur Wirklichkeit praktische Auswirkungen, weil es je nachdem die Steuerungsmöglichkeiten und darin eingeschlossen die Vollzugsweisen berücksichtigt. ALOIS TROLLER, Die Begegnung von Philosophie, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft, Darmstadt 1971, S. 145ff.

²¹ Zu den vom Rechtssetzer zu ermittelnden Vollzugstauglichkeiten gehört nur teilweise die organisatorische Kapazität, die bei den jüngsten Klagen über eine

3. Zur Zeit am einschneidensten für das Verständnis der Rechtssetzungsfunktion ist die Anerkennung, daß sie einen langwierigen Prozeß von spezifischer Art darstellt. Das herkömmliche Bild, daß Rechtssetzung «eigentlich» nur Gesetzgebung im formellen Sinne sei und in konzentriertem Entscheidungsverfahren der Hand des Parlaments entspringe, ist ein stark «reduziertes Modell», das sich unter dem Schutz des Gewaltenteilungsdogmas entgegen aller Realität hartnäckig hielt und alle entgegenstehenden Phänomene als Irregularitäten und Deformationen hinzustellen vermochte. Heutige Versuche zu Parlamentsreformen oder zu Verfassungsrevisionsen, die die Gewaltenbezüge offen und wirklichkeitsgemäß darlegen wollen, bleiben immer wieder stecken, weil öffentliche und behördliche Meinungen jenem Bilde anhangen und sich nicht damit abzufinden vermögen, daß die normative Vorstellung in diesem Bereich immer schwächer ist als die effektiven Abläufe, die durch die Eigenarten der Rechtssetzungsfunktion diktiert werden. Die illusionäre Grundhaltung, die sich um die Rechtssetzungsfunktion legt, verschließt sich wahrscheinlich dem elementaren Satz, daß die Rechtssetzung nicht Selbstzweck oder wertunabhängiger Verlauf ist. Sie ist darauf ausgerichtet, optimiertes Recht zustandezubringen. Die Erzeugung richtigen Rechts ist ihr Ziel. Und wo sie Einfluß hat auf die strukturelle Organisation, auf die Verfahrensordnungen, auf die Kompetenzzuweisungen und auf die Aufgabenselektion, strebt sie danach, aus dem organisatorischen Vieleck eh und je die zureichende Gesamtrechtsordnung herauszubringen.

Vollzugskrise in den Kantonen, welche Bundesverwaltungsrecht vollziehen sollten und es nicht zulänglich zustandebringen, voranzustehen scheint. Zu betrachten ist der Vollzug schlechtweg, der sich im Rahmen von allgemeinen Vollzugsregeln von Gegenstand zu Gegenstand verschieden darbieten kann. Ob Gemeindeverwaltungen, hochtechnisierte kantonale Baudepartemente, juristisch ausgerüstete Gerichte, Anwälte, Kaufleute oder unbeholfene Bürger primär Adressaten eines Erlasses sind, kann Unterschiede für die Ausgestaltung der Rechtsnorm begründen. Der Rechtssetzer darf sich des Stilwechsels bedienen, und die bewährten Regeln des Zivilgesetzbuches (HELEN OPLATKA-STEINLIN, Untersuchungen zur neu hochdeutschen Gesetzesssprache. Befehlsintensität und Satzstruktur im Schweizerischen Zivilgesetzbuch und im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Zürich 1971, S. 5ff.) brauchen nicht Maßstab in Totalität zu sein.

Die tradierten Auffassungen scheuern sich vor allem an fünf Erscheinungen wund, die indessen eine zeitgemäße Rechtssetzungsfunktion nicht ignorieren kann:

a) Die Fülle der Rechtssetzungsaufgaben im heutigen Staat ist derart, daß ein einziges Organ in einem einzigen Verfahren sie nicht zu bewältigen vermag. Die *Rechtssetzungsfunktion* erfordert die Vereinigung aller Rechtssetzung beim Gesetzgeber nicht. Für sie ist maßgebend, ob das jeweilige Rechtssetzungsorgan den qualitativen Anforderungen zureichender Rechtssetzung zu genügen vermag. Wer es tut und wie es getan wird, ist für die Funktion nur so weit von Belang, als damit die Anerkennung des Rechts, die die Voraussetzung für seine Befolgung und Durchsetzung ist, gesichert wird. So kann von der Rechtssetzungsfunktion aus betrachtet die Stufenordnung der Rechtsordnung durchaus erwünscht sein, und nichts steht entgegen, etwa nach Maßgabe der Wichtigkeit oder der sachlichen Eigenart der Erlasse²² verschiedene Rechtssetzer und -verfahren zu institutionalisieren.

b) Die sachliche Komplexität der Rechtssetzungsaufgabe erheischt die Beteiligung vieler Personen an der Rechtssetzungsfunktion. Diese Vielzahl ist jedoch nicht die Vielzahl der Abgeordneten im Parlament, sondern die Pluralität der Sachkundigen. Rechtssetzung ist dergestalt nicht mehr allein das politische Geschäft des verbreiteten «gesunden Menschenverstandes» oder eines

²² Es ist ein altes Vorurteil der Rechtswissenschaft, man könne die Einweisung der Regelungsmaterien in die geeigneten Rechtssetzungsverfahren und -formen nicht nach dem Kriterium der Wichtigkeit vornehmen, da dieses zu unbestimmt sei. In der Staatspraxis wird aber mit wenig Bedenken danach etwa die Delegation bestimmt oder die Unterscheidung zwischen Verfassungs- und Gesetzesbedürftigkeit vorgenommen, freilich nicht konsequent, weil man sich um den Begriff der Wichtigkeit nicht bemüht. WALTHER BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Bern 1931, S. 666, hat die Zulässigkeit und den Umfang der Delegation nach der Wichtigkeit bemessen, und mir scheint, die seitherigen Bemühungen in Lehrbüchern und Monographien führten entweder nicht weiter oder rekurrierten bewußt oder unbewußt ihrerseits auf das Kriterium der Wichtigkeit. Die «Wichtigkeit» eines Rechtssatzes oder Rechts-erlasses bemäßt sich vor allem an folgenden Faktoren:

a) sachliche Wichtigkeit nach einem objektiven Maßstab, ermittelt durch Vergleiche, bezogen auf die Gesamtrechtsordnung sowie den konkreten Regelungsbereich;

spezialisierten juristischen Wissens. Aktiviert ist auch Fachwissen in multidisziplinären Begegnungen vieler Wissenszweige. Rechtssetzung wird zu einem pluralen Schöpfungsakt.

Die Schweiz ist diesem Erfordernis gegenüber ambivalent. Einerseits ist sie geleitet von der Vorstellung der individuellen Schöpfung, die der Rechtserlaß «richtigerweise» wäre; sowohl EUGEN HUBER als auch die Väter der kantonalen Kodifikationen sind in der Erinnerung Sinnbild «des» Gesetzgebers geblieben. Andererseits findet die multidisziplinäre Arbeitsweise im Kollegialsystem, das weit über die Regierungskollegien hinaus legitimierendes Institut darstellt, Ansatz und Erprobungen. Nur wurzeln diese Kollegialgebilde mehr in politischen Überlegungen der Proporzdemokratie als in Einsichten der multidisziplinären Aktivierung des bestmöglichen Wissens und Könnens; doch ist daraus plausiblen sachlichen Kooperationen der Boden bereitet.

c) Die sachliche Komplexität trifft sich mit den Gegebenheiten eines Staates, der seine Organisation in eine stark gegliederte, pluralistische Gesellschaft hinaus offen hält: Es sind nicht allein die gewählten staatlichen Organe, die an der Rechtssetzungsfunktion materiell teilhaben, da gesellschaftliche Potenzen vornehmlich als intermediäre Gewalten sich einschalten und dafür formelle oder

- b) Intensität der Regelung für den berührten Privaten, namentlich die Betroffenheit in Grundrechtspositionen (alt: «Freiheit und Eigentum»);
- c) Umfang des Kreises betroffener Personen;
- d) politische Bedeutung der Regelung, insbesondere unter dem Aspekt des demokratischen Willensbildungsprozesses und der legitimierenden Akzeptation durch die Rechtsgenossen, und zwar abgestellt auf:
 - den augenblicklichen Stand der politischen «Aktualität»
 - einen möglichst objektivierten Stand auf Dauer;
- e) spezifische politische Bedeutung unter föderativem Aspekt;
- f) finanzielle Bedeutung für das Gemeinwesen und den Privaten;
- g) organisatorisch-administrative Bedeutung, insbesondere ein schützenswertes Verwaltungsinteresse im Realisationsprozeß.

Diese Faktoren stehen in gewissen Spannungsmöglichkeiten zueinander (Zielkonflikte), so daß nicht einfach eine Aneinanderreihung möglich ist; es müssen Werturteile in zumeist topischen Verfahren die konkrete Entscheidung ermöglichen. Von der sachlichen Eigenart aus läge eine Einteilung am nächsten, die darauf abstellte, welches Staatsorgan die sachlich richtigste Entscheidung zu standezubringen verspräche; allein, dieser Maßstab ist zu eng.

informelle Wege beschreiten. Daß dabei Mißbräuche und unerträgliche Verunklärungen der Verantwortlichkeiten zustandekommen und daß heute wirksame Kontrolle der gesellschaftlichen Kräfte gefordert werden muß, ist im wissenschaftlichen Bereich unbestritten; aber illusionär wäre es, jene Beteiligungen abschneiden zu wollen, wenn die Beziehungen von Staat und Gesellschaft so sind, wie sie sich heute darbieten, d. h. weder eine Identifikation noch eine schroffe Trennung vorhanden ist oder angestrebt wird. Staatliches Recht, das im Sinne von HANS MERZ²³ soziale Ordnungsmacht sein will und die gesellschaftlichen Prozesse gleichwohl nicht total zu steuern sich anheischig macht, wird um die genannte Öffnung der Rechtssetzungsfunktion nicht herumkommen.

d) Die Rechtssetzungsfunktion zeigt in der Staatspraxis eindrücklich, wie ein Entscheidungsprozeß notwendigerweise durchsetzt ist von Präparationen und Dezisionen. Im Rechtssetzungsverfahren werden gern Verfahrensabschnitte präparativer und dezidierender Art auseinandergehalten. Die präparativen Stadien, z. B. das sog. Vorverfahren der Gesetzgebung, sind dabei aber nicht einfach Zwischenspiele, in denen Informationen zusammengetragen würden, während die formell-dezidierenden Stadien, z. B. die Plenarverhandlungen des Parlaments oder der Regierung, die oben erwähnte kreative Phase darstellten. Es sind beidseits Vermischungen vorhanden, wobei am bedeutsamsten ist, daß die präparativen Verfahrensausschnitte immer auch (Vor-)Entscheidungen enthalten, die nach der heutigen Praxis dem Präparator selbst obliegen. Das präparierende Organ muß ferner Bedacht nehmen auf die endentscheidenden Organe, wie diese umgekehrt ohne die Vorbereitungen keine Entscheidungsgegenstände und -grundlagen erhalten. Deswegen ist die zunächst einmal stark von der Wissenschaft bestimmte Präparation regelmäßig begleitet von staatspolitischen²⁴ und – in Ausrichtung auf die Mentalität und die Reaktions-

²³ HANS MERZ, Das Recht als soziale Ordnungsmacht, Rektoratsrede, Bern 1963.

²⁴ HANS MERZ, Dauer und Wandel des Rechts, ZSR 92 I, 1973, S. 326 ff., anknüpfend an die Feststellung: «Ich bin der Meinung, daß sich die beiden Komponenten gesetzgeberischer Arbeit, die politische und die wissenschaftliche, gar nicht reinlich voneinander trennen lassen. Das gilt für die einzelnen Etappen der Vorbereitung und Vollendung, obwohl sich hier deutliche Schwerpunkte,

möglichkeiten der endentscheidenden Organe – auch taktischen Überlegungen. Präparator und endentscheidende Organe sind aneinander gekettet; keines kann ohne den andern etwas erreichen²⁵. Die überkommene strukturelle Organisation indessen hat fast ausschließlich die dezidierenden Organe im Auge und mimt die vereinfachten Schemata des Gesetzgebungsstaates weiter.

Mit der etwas modischen Forderung nach Alternativvorschlägen, die die Präparatoren den endentscheidenden Organen vorlegen sollten, ist zunächst die richtige Beobachtung verbunden, daß die Rechtssetzungsarbeit in weitem Umfang dauerndes Vergleichen ist, nämlich Vergleichen bisheriger Zustände mit vorgestellten neuen, Vergleichen von verschiedenen neuen Lösungsmöglichkeiten unter sich, Vergleichen von Regelungsvorschlägen mit Schemen in verwandten Rechtsgebieten²⁶. Und dann liegt es nahe, dieses Vergleichen in die Ratssäle endentscheidender Organe oder gar vor die Aktivbürgerschaft zu tragen. Doch kann in der Forderung nach Alternativvorschlägen auch ein Restaurationsversuch in dem Sinne stecken, daß die Fiktion aufrechterhalten bleiben soll, die Präparationen seien politikferne, zudienende Hilfstätigkeiten, verrichtet von willenlosen Informanten und sachdistanzierten Redaktoren, während das substantiell Wesentliche allein beim Politiker geschehe. Hier soll mit den Alternativvorschlägen verhindert

ein deutliches Überwiegen der einen oder anderen Komponente erweisen werden».

²⁵ Von grundsätzlich und praktisch höchster Bedeutung ist es z. B., daß Regierung und Parlament dergestalt miteinander verbunden sind. Für die britische Staatsrechtslehre war es immer offenbar; auf dem Kontinent hat es wohl als erster ERNST FRIESENHAHN (Parlament und Regierung im modernen Staat, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 16, Berlin 1958, S. 36f.) präzis dargelegt. Einläßlich, gerade auch zum Zusammenwirken in der Gesetzgebung: RICHARD BÄUMLIN, Die Kontrolle des Parlaments über Regierung und Verwaltung, ZSR 85 II, 1966, S. 259 ff.

²⁶ Die Methode der Rechtssetzung als Vergleichen hebt hervor WALTHER BURCKHARDT, Methode und System des Rechts, Zürich 1936, S. 248. Der gleiche Gedanke fundiert die Methode, mit der ein «modernes Naturrecht», das den Gesetzgeber lenkt, abstrakt und konkret als «Entwurf zu Künftigem und Werdendem» in sozialkritischer und ideologiekritischer Auseinandersetzung mit der Verhangenheit (dem geltenden Recht) werden kann: WERNER MAIHOFER, Ideologie und Recht, Frankfurt a.M. 1969, S. 131 ff.

werden, daß der Politiker die materielle Bestimmungsgewalt einbüße.

e) Überblickt man die Rechtssetzung in der Wirklichkeit, so erweist sie sich als ein kooperativer Prozeß einer Vielzahl von Staatsorganen und soziologischen Legislativkräften, die in variablen Interdependenzen ein zusammenhängendes Gesamtwerk zu gestalten suchen. Das kooperative Moment ist das auffälligste: viele Organe in vielerlei Weisen, mit vielen Informationen und vielerlei Begehren, mit vielen Möglichkeiten und vielerlei Lösungsmethoden. Solange diese Tätigkeit mit der Spontaneität des 19. Jahrhunderts aufgenommen werden konnte, wickelten sich die Teilschritte in einer aus der Sache entspringenden Logik gleichsam selbstverständlich ab. Die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts erkennt die Komplexität und dauernde Gefährdung des Rechtssetzungsauftrags, und sie weiß um die Schwierigkeiten der Kooperation. Sie legiferiert unter dem Druck eines regelungsbedürftigen Alltags viel, aber ohne die Begeisterung des letzten Jahrhunderts; denn sie hat die Fragwürdigkeiten ihres rechtssetzenden Tuns und die Gebrechlichkeit des Werkes täglich in der Anschauung.

Gerade deswegen wird aber etwas offenbar, was das 19. Jahrhundert dergestalt nicht regelmäßig zu leisten hatte oder von überragenden Gesetzesredaktoren erbracht werden konnte: Die Kooperation, die die Rechtssetzungsfunktion benötigt oder besser: ist, kommt nicht *eo ipso* zustande; sie ist Aufgabe, überantwortet einer die Sache und die Verfahren überschauenden Stelle. Effektive Kooperation im Bereich der Rechtssetzung ist bedingt von einer leitenden Potenz. Darin dürfte denn im pluralistischen Staat die heikelste Gefährdung der Rechtssetzungsfunktion liegen: daß diese Leitung ausbleibt. Und dies würde mit alten Formeln gar noch leicht zu rechtfertigen sein, etwa so, daß die Regierung gemäß dem Gewaltenteilungsdogma bei der Gesetzgebung, die «richtigerweise» alle Rechtssetzung erfasse, «richtigerweise» nichts zu suchen habe und mehr als ein neutraler Ratgeber nicht sein dürfe, daß alle Vorverfahren, alle Verordnungsrechtssetzung, alle Mitwirkungen soziologischer Legislativkräfte «richtig beurteilt» Abirrungen bildeten und auszumerzen seien. Ein Versprechen auf Tilgung der Irrwege wäre am ehesten noch aufzunehmen, wenn

Parlamentsreformen umwälzender Art erwogen würden. Doch daran wagt niemand heranzutreten, so daß es insgesamt bei der realisierbaren Forderung bleibt: für die kooperativen Prozesse der Rechtssetzung ist überdachende Leitung anzuerkennen und zu verwirklichen. Andernfalls müßte die Rechtssetzung Auftrag und Bestimmung im heutigen Staat verlieren.

IV. Die Rechtssetzung im «Viel-Funktionen-Staat»

Rechtssetzung als Tätigkeit (Funktion) ist in einer dualistischen Lage. Mit der Ausweitung des Staates und der Staatlichkeit steigt ihre Bedeutung, und mit der Veränderung der Staatsfunktionen zufolge dieser Wandlung des Staates baut sich ihre (Beinahe-)Einzigkeit als Instrument der Staatssteuerung ab. Doch unter beiden Titeln bleibt das Bedürfnis, Rechtssetzung klarend und orientierend zu erfassen, sie zu verändern, wenn nur der gestalt dem Ansturm von Rechtssetzungsobligationen beizukommen ist.

Rechtssetzung als menschliches Machen ist darauf – und einzig darauf – ausgerichtet, richtiges Recht zustande zu bringen²⁷, zumindest im Rechtsverwirklichungsprozeß den prägenden Anfang zu geben. Ihren Wert empfängt sie von den Rechtswerten, für die sie eingesetzt ist und die ihre ratio ausmachen. Aber der heutige Staat ist trotz der zentralen Stellung der Rechtswerte für seine Rechtfertigung und seine Instrumentierung nicht aus einer einzigen Funktion heraus zu deuten. Er kommt als Handlungs- und Wirkungseinheit²⁸ in mannigfachen Funktionen zustande, die zwar unter sich reiche Interdependenzen, verbunden mit einseitigen Dependenz, aufweisen, aber nicht in einer singulären Hauptfunktion konvergieren oder von hier als der Quelle allen weiteren Tuns ausgingen. Es gibt im heutigen Staat keine strengen und zwingenden werthierarchischen Einstufungen der Vielzahl von Funktionen und ihrer Träger, etwa so, daß das eine Organ wegen seiner Funk-

²⁷ HANS RYFFEL, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie, Philosophische Anthropologie des Politischen, Neuwied/Berlin 1969, S. 235 ff.

²⁸ HERMANN HELLER, Staatslehre, Leiden 1934, S. 88, 133, 231 f.

tionenwahrnehmung alle andern an Kompetenzfülle, politischer Geltung und Sozialwirksamkeit so überragte, wie das 19. Jahrhundert es dem Gesetzgeber zuzuschreiben liebte²⁹.

Die Funktion der Rechtssetzung behauptet ihren Platz, wenn sie zuläglich wahrgenommen wird. Und dies wird sie, sofern ihre Zielsetzung, ihre Eigenarten und ihre Gefährdungen Beachtung finden.

²⁹ FRITZ FLEINER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S.392ff.; RÜTTIMANN, Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz, I, Zürich 1867, S.174ff.; KLAUS SCHUMANN, Das Regierungssystem der Schweiz, Köln/Berlin/Bonn/München 1971, S.41 ff.; DIAN SCHEFOLD, Volkssouveränität und repräsentative Demokratie in der schweizerischen Regeneration 1830–1848, Basel/Stuttgart 1966, S.153 ff.

