

Rechtsetzung(slehre) in der Praxis – ein Blick in die dunklen Winkel der Werkstatt

Mathäus Funk (1697–1783) war ein begnadeter Ebenist mit Werkstatt im «Commerzien-Haus» zu Bern. Seine herausragend gearbeiteten Kommoden verzückten Mitte des 18. Jahrhunderts nicht nur das Berner Patriziat. Sie hatten Ausstrahlung über die Grenzen der Eidgenossenschaft hinaus und wurden zum «Statussymbol der Salons, in welchen sich ein dem bernischen Wesen adäquater Ausdruck des Rokoko[s] manifestierte» (*Hermann von Fischer*, Fonck à Berne, Bern 2001, S. 39). Es dürfte nicht einfach gewesen sein, den hohen Ansprüchen des Meisters gerecht zu werden.

Auch Erlasse des Bundes werden (meist) in Bern gemacht. Und auch daran wird bis zuletzt gefeilt, geschliffen und poliert. Ja, der Jurist gefällt sich bisweilen in der Rolle des Handwerkers. Freilich wünscht man sich bei der Gesetzessprache stilistisch weniger klassisch barocke Elemente als vielmehr einen nüchternen, klaren und gradlinigen Biedermeier. In Bezug auf die Qualität möchte man den Ansprüchen der Funkschen Werkstatt aber in nichts nachstehen. Wenngleich der Begriff «Qualität» in der Rechtsetzung vielschichtig und multidimensional ist, wird über das, was aus *legistischer* Sicht einen «guten» Erlass (als Element einer guten Regulierung) ausmacht, im Groben Konsens herrschen.

Obwohl man vielleicht noch nicht von einer gefestigten Dogmatik der Rechtsetzungslehre ausgehen mag, gibt es von Lehre und Praxis entwickelte Leitlinien und Prinzipien methodischer, formaler und materieller Natur, die zu ebendiesen qualitativ «guten» Erlassen führen sollen. Regelungskompetente Gemeinwesen pflegen diesen Leitlinien üblicherweise Rechnung zu tragen, vor allem normativ und verwaltungsorganisatorisch. Auf diese Weise kann qualitativ einiges erreicht werden – allerdings nicht alles. Ein sehr entscheidender Aspekt bleibt nach wie vor, sicherzustellen, dass diese Leitlinien auch dort zum Tragen kommen, wo sie nicht normativ-justitiabel oder prozedural erfasst sind oder sein können. Und genau hier liegen die dunklen Winkel der Gesetzgebungswerkstatt.

Im verwaltungsinternen Vorverfahren auf Bundesebene ist dies beispielsweise dort der Fall, wo es darum geht, ein Gesetzgebungsprojekt einzuleiten, die erforderlichen organisatorischen Massnahmen zu ergreifen, die nötigen Ressourcen (Zeit und Personal) zur Verfügung zu stellen und die Arbeiten zu überwachen. In der Pflicht stehen hier in erster Linie die Geschäftsleitungen der federführenden Bundesämter. Fehlt es dort aber an den entsprechenden Kompetenzen und der Affinität für juristischen Fragestellungen, kann es schwierig werden. Entsprechende Versäumnisse lassen sich durch die standardisierten Konsultationsverfahren, die Vernehmlassung oder die verwaltungsinterne Rechtsetzungsbegleitung nur teilweise wettmachen. Gerade für Letztere ist es bei komplexen, interdisziplinär geprägten Regelungsgegenständen äusserst anspruchsvoll, die Materie in der nötigen Tiefe zu durchdringen.

Noch dunkler werden die Winkel, wenn das Bundeshaus zur Werkstatt wird: Während die Funkkommode nach ihrer Auslieferung – und zum Teil bis heute –

den Salon ziert, droht dem bundesrätlichen Möbel die Weiterbearbeitung. Mit Axt, Säge und Kleister. Da werden Beine abgehackt, falsche Traversen angeklebt, Geheimschubladen eingebaut und kühne Aufsätze angebracht, sodass aus der gelieferten Kommode durch bisweilen verwegen anmutende Dessins unversehens ein unförmig-windschiefes Deux- wenn nicht Trois-corps wird.

Aus der Optik der Qualitätssicherung muss für Laien verblüffend sein, dass in der (ebenfalls meist von Laien geprägten) parlamentarischen Phase nicht nur die redaktionelle Arbeit an den Erlasstexten (abgesehen von den beschränkten Möglichkeiten der parlamentarischen Redaktionskommission), sondern auch die materiellen Änderungen faktisch weitgehend bar jeder Prüfung ablaufen. Freilich, es verbleibt die demokratische Kontrolle über das Referendum und die nicht zu unterschätzende Rolle der Medien. Allerdings neigen die Mitglieder der Bundesversammlung in Ermangelung eines drohenden richterlichen Hammers (Art. 190 BV) vereinzelt dazu, etwas zu entspannt auf die verfassungsrechtlichen Leitlinien zu blicken. Paradoxerweise erfährt die Qualitätssicherungskette also einen Bruch und zwar genau dort, wo sie am wichtigsten wäre, an ihrem Ende.

Dass dem so ist, liegt freilich am staatsrechtlichen Kontext, namentlich dem in der Schweiz stark gewichteten Primat der Politik, die sich hier gewissermassen selbst kasteien müsste. Die Folge ist, dass ein Grossteil der Last, auf die formalen und materiellen Schranken der Gesetzgebung hinzuweisen, auf den Schultern der Juristin oder des Juristen, die oder der die Beratungen in den Kommissionen begleitet, und der übrigen juristisch gebildeten Sitzungsteilnehmenden liegt. Letztere verfolgen indessen in aller Regel und legitimerweise primär politische Interessen. Die hohe Kadenz und der Zeitdruck machen die Aufgabe zusätzlich äusserst anspruchsvoll, zumal die modernen Kommunikationstechnologien auch Einzug in die Kommissionszimmer gehalten haben.

Kommen tatsächlich einmal Bedenken auf, ist ein weiteres Phänomen zu beobachten. Was vertretbar ist, wird auch gemacht. Schön zeigt dies der Fall der Verknüpfung der Steuerreform mit der AHV-Finanzierung, die das Bundesamt für Justiz in einer publizierten Stellungnahme vom 31. Mai 2018 zu Handen der ständerätlichen Kommission für Wirtschaft und Abgaben als «vertretbar» bezeichnete. Für die Parlamentarier bedeutet Vertretbarkeit schlicht grünes Licht. Auch dies ist menschlich nachvollziehbar. Allerdings muss man sich fragen, ob eine Praxis nachhaltig ist, die sich in heiklen Fragen an Extrempositionen orientiert. Man könnte auf lange Sicht Gefahr laufen, die formalen und materiellen Schranken der Gesetzgebung der Erosion preiszugeben.

Es hat gute Gründe, weshalb die Gesetzgebungswerkstatt – anders als das Funksche Atelier – noch dunkle Winkel aufweist. Dennoch werden wir gut beraten sein, zu versuchen, das Licht auch dorthin zu tragen.

Prof. Dr. *Martin Föhse*,

RA, Assistenzprofessor für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen