

# Konzeptionelle Vorarbeiten der Rechtsetzung

**Christian Schuhmacher** | *In der konzeptionellen Phase der Rechtsetzung wird der Inhalt des geplanten Erlasses erarbeitet. Das geschieht sinnvollerweise unter Verwendung eines Rasters mit verschiedenen Themenfeldern, in welches die Informationen und Erkenntnisse schriftlich abgelegt werden (Arbeitspapier). Innerhalb der Themenfelder kann und soll man sich frei bewegen. Auftragserteilungen, Normkonzepte und andere formale Ableitungen aus dem Arbeitspapier sind nur so weit zu erstellen, als die Umstände des konkreten Rechtsetzungsprojekts dies erfordern.*

## Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung
- 2 Rechtsetzungsmethodische Vorgaben im Bund und im Kanton Aargau
- 3 Themenfelder der konzeptionellen Phase der Rechtsetzung
  - 3.1 Einleitung
  - 3.2 Impuls
  - 3.3 Probleme
  - 3.4 Ist-Stand
  - 3.5 Ziele
  - 3.6 Lösungen
  - 3.7 Formalgesetzliche Festlegungen zum Erlass
  - 3.8 Festlegungen zum Rechtsetzungsprojekt
- 4 Freies Bearbeiten der Themenfelder
- 5 Normkonzept und andere Zwischenprodukte
- 6 Wesen und Nutzen des konzeptionellen Vorgehens

## 1 Einleitung

Bevor man sich ans Formulieren eines Erlasses macht, sollte man seinen Inhalt kennen. Doch wie geht man vor, um die Regelungsinhalte zu entwickeln? Eine Antwort lässt sich möglicherweise in den Rechtsetzungsrichtlinien jenes Gemeinwesens finden, für das man tätig ist. Der Bund und fast alle Kantone verfügen über solche Richtlinien.<sup>1</sup> Ein Blick in die Leitfäden ergibt Folgendes:

- Sämtliche Richtlinien enthalten *formale rechtsetzungstechnische Vorgaben* über Erlasse (z. B. betreffend die Titelgebung, den Ingress oder den Aufbau eines Erlasses oder Artikels).
- Einige Richtlinien machen auch *materielle Vorgaben* zu den Normen (z. B. zur Frage der Normadressaten oder zu der die Regelungsstufe bestimmenden Wichtigkeit einer Norm).
- In einigen Richtlinien finden sich sodann Angaben über das *Rechtsetzungsverfahren*, also über den Ablauf eines Rechtsetzungsprojekts.

Kaum behandelt wird in den Rechtsetzungsrichtlinien jedoch die *Rechtsetzungsmethodik*, also Fragen über das Vorgehen, um zu einer passenden Gesetzesbestimmung oder zu einem guten Gesetz zu kommen. Die grosse Ausnahme bilden hier der Bund und der Kanton Aargau; darauf geht das nächste Kapitel näher ein. Die methodischen Hilfestellungen der andern Kantone beschränken sich auf ein kaum brauchbares Minimum, sofern sie sich überhaupt zum Thema äussern (vgl. GR, 5–7, 31 und 32; OW, 6–8; SZ, 2; TG, 4; VS, 1–2).

## **2 Rechtsetzungsmethodische Vorgaben im Bund und im Kanton Aargau**

Der «grosse» Leitfaden des Bundes widmet der Rechtsetzungsmethodik ein eigenes Kapitel (BJ 2007, Rz. 287–446). Er stellt auf den Problemlösungszyklus ab und unterscheidet folgende Schritte: (1) Analyse der Ausgangslage, (2) Soll-Zustand abgrenzen, (3) Lösungssuche und (4) Auswahl der Lösung. Der Zyklus könne – so der Leitfaden – in jeder Ablaufphase eines Rechtsetzungsprojekts angewendet werden, insbesondere in den Phasen bis zur Erstellung des Vorentwurfs. Vorhandene Informations- und Wissenslücken könnten so Schritt für Schritt geschlossen werden (Rz. 290 f.). Bei der detaillierten Erläuterung des Zyklus wird dann (aus nicht nachvollziehbaren Gründen) eine leicht abweichende Gliederung gewählt, nämlich (1) Problemanalyse, (2) Zielbestimmung und (3) zielbezogene Mittel und Evaluation. In den einzelnen Kapiteln wird dargelegt, was beim betreffenden Schritt zu tun ist und welche Fragen zu beantworten sind (BJ 2007, Rz. 292 ff., 299 ff. und 308 ff.).<sup>2</sup>

Auch der «kleine» Leitfaden des Bundes (BJ 2013, Rz. 7, 53 und 96–158) und die Rechtsetzungsrichtlinien des Kantons Aargau (AG, 11 f.) stellen in methodischer Hinsicht auf den Problemlösungszyklus ab. Beim Bund sind die methodischen Vorgaben in die dem Rechtsetzungsverfahren entsprechenden Kapitel «eingewoben» und werden am ausführlichsten im Kapitel über das Normkonzept dargestellt (BJ 2013, Rz. 96–158). Dieses Kapitel ist in folgende Unterkapitel aufgeteilt: (1) Problem definieren, (2) Ziel formulieren, (3) rechtliche Rahmenbedingungen ermitteln, (4) geeignete Lösungen suchen sowie (5) Lösungsvariante bewerten und Auswahl treffen. Im Kanton Aargau werden im Kapitel über die Impulsphase die Problemwahrnehmung und im Kapitel über die Konzeptphase folgende Schritte dargestellt: (1) Analyse des Projektauftrags, (2) Feststellung des Ist-Zustandes, (3) Konkretisierung und Bereinigung der Zielvorstellungen, (4) Variantensuche und (5) Variantenauswahl (AG, 15 f. und 20 ff.).

Das Modell des Problemlösungszyklus zeichnet sich durch zwei Elemente aus. Erstens wird der Weg zur Lösung eines Problems in mehrere Abschnitte zerlegt. Und zweitens wird – hier zeigt sich das Zyklische – nach Erreichung des gesteckten Ziels erneut gefragt, ob der erreichte Zustand dem Soll entspricht bzw. ob

ein weiteres Problem vorliegt. So betrachtet ist der Problemlösungszyklus ein universeller und basaler Ansatz, der auch für die Rechtsetzung gilt, aber in dieser Grundsätzlichkeit nicht viel bringt. Der Nutzen des Modells steht und fällt mit der Definition geeigneter, auf die Rechtsetzung zugeschnittener Schritte und Themenfelder.

### **3 Themenfelder der konzeptionellen Phase der Rechtsetzung**

#### **3.1 Einleitung**

Die Bezeichnung sinnvoller Themenfelder ist von grosser Bedeutung, denn damit sollen die für die zielführende Bearbeitung des Projekts erforderlichen Fragen hervorgerufen werden. Auch sollen die Themenfelder ein *umfassendes*, aber doch *überschaubares Raster* bilden, um alle Gedanken und zweckdienlichen Informationen zum Projekt so abzulegen, dass sie für die weiteren Arbeitsschritte greifbar bleiben. Die Benennung eines Themenfeldes bewirkt sodann eine gewisse *Fokussierung*: Durch die Definition eines Themenfeldes können die Untersuchungen und Gedanken auf eine Frage konzentriert werden. Würden beispielsweise die Zielfindung und die Suche von Lösungswegen im gleichen Themenfeld behandelt, würde das freie Nachdenken über die Ziele durch die Schwierigkeiten der Suche geeigneter Lösungen behindert.

Die nachfolgend vorgestellten Themenfelder sind keine geistigen Neuschöpfungen; sie finden sich in dieser oder leicht abweichender Benennung auch in den Gesetzgebungsleitfäden des Bundes und der Kantone. Neu ist möglicherweise die hier präsentierte Kombination und die verdichtete Darstellung samt konkretisierender Leitfragen.

#### **3.2 Impuls**

In diesem Themenfeld sollen Antworten auf die Frage nach dem *Auslöser* des Rechtsetzungsvorhabens erfasst werden: seinem Inhalt, dem Urheber, den Hintergründen usw.

Wer an der Vorbereitung eines Erlasses arbeitet, handelt in der Regel nicht unmittelbar aufgrund des Impulses, sondern wegen eines *Auftrags*, den ihm seine Vorgesetzte oder sein Vorgesetzter erteilt hat. Die mit dem Projekt Befassten müssen den Auftrag richtig verstehen und genau wissen, was die beauftragende Stelle von ihnen verlangt. Sie müssen Klarheit über den Inhalt des Auftrags erlangen und dabei den Auftrag vom Impuls des Rechtsetzungsvorhabens unterscheiden. Der Impuls für ein Rechtsetzungsvorhaben kann beispielsweise durch eine parlamentarische Motion gesetzt worden sein. Der darauf Bezug nehmende Auftrag des Departementsvorstehers kann lauten, eine Vorlage auszuarbeiten, die neben der Forderung der Motion noch weitere Anliegen erfüllt.

Wie bei der Rechtsanwendung geht man auch bei der Analyse des Impulses und des Auftrags vom Wortlaut aus. Weitere Anhaltspunkte ergeben sich aus dem Sinn und Zweck der Texte und aus ergänzenden Dokumenten, die auf den Willen des Urhebers schliessen lassen, so etwa aus der Begründung einer Motion.

Leitfragen zum Themenfeld «Impuls» können sein:

- Wer oder was gab den Anstoss (Impuls) für das Rechtsetzungsvorhaben?
- Weshalb kam der Impuls zum jetzigen Zeitpunkt auf die politische Agenda?
- Was soll gemäss politischem Impuls mit dem Rechtsetzungsvorhaben erreicht werden?
- Welche Interessen und politischen Kräfte stehen hinter dem Impuls?
- Wie wichtig und wie dringlich ist das politische Anliegen?
- Was soll gemäss Auftrag mit dem Rechtsetzungsvorhaben erreicht werden?

### **3.3 Probleme**

In diesem Themenfeld werden gesellschaftliche, wirtschaftliche, ökologische oder ökonomische Probleme erfasst, die den Impuls ausgelöst haben. Probleme und Impuls sind nicht das Gleiche: Der Impuls greift möglicherweise nur einen Teil des Problems auf, vielleicht auch nur ein kurzfristig auftretendes Symptom. Im vorliegenden Themenfeld wird der Impuls in einen grösseren Zusammenhang gestellt und werden seine Hintergründe ausgeleuchtet.

Leitfragen zum Themenfeld «Probleme» können sein:

- Welches gesellschaftliche, wirtschaftliche, ökologische, ... Problem hat zum Impuls geführt?
- Worin zeigt sich das Problem (Symptome)? Welches sind seine Ursachen?
- Wer ist wie stark vom Problem betroffen?
- Wie hat sich das Problem bisher entwickelt, wie wird es sich fortan entwickeln?
- Geht das Problem über den politischen Impuls und den Auftrag hinaus?

### **3.4 Ist-Stand**

In einem weiteren Themenfeld wird der Ist-Stand erfasst. Zu klären sind hier die gesellschaftlichen, ökonomischen, ökologischen, politischen und rechtlichen Fakten, die für das Verständnis des Problems und das Finden geeigneter Lösungen erforderlich sind (vgl. TG, 4).

Leitfragen zum Themenfeld «Ist-Stand» können sein (vgl. Müller/Uhlmann 2013, 94):

- Tatsächliche Grundlagen
  - Welches ist das gesellschaftliche, wirtschaftliche, ökologische, ... Umfeld des Problems?
  
- Rechtliche Grundlagen
  - Welche Erlasse des Bundes oder des Kantons werden durch das Rechtsetzungsvorhaben berührt (TG, 4)? Welches übergeordnete Recht ist zu beachten?
  - Wie haben andere Staaten oder Kantone auf das Problem reagiert?
  - Ist der Bund oder Kanton zur Rechtsetzung befugt?
  
- Politische Grundlagen
  - Wie ist das allgemeine politische Stimmungsbild im Problembereich?
  - Welche planerischen Festlegungen (z. B. Legislaturplanung) liegen für den Problembereich vor?
  - Welche Massnahmen hat der Bund oder Kanton im betreffenden Problembereich bereits ergriffen?

### 3.5 Ziele

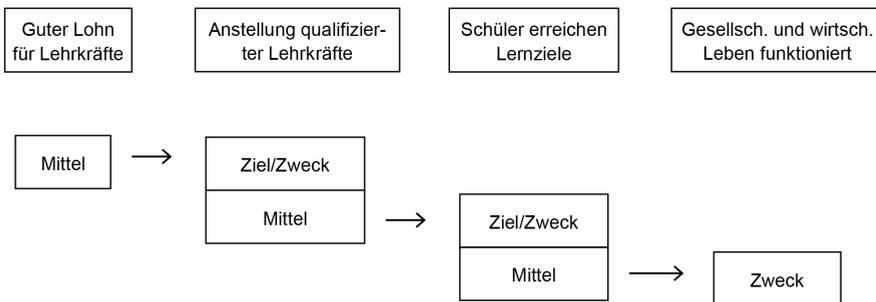
Im Themenfeld «Ziele» ist zu erarbeiten, was mit dem Rechtsetzungsvorhaben erreicht werden soll. Die Ziele sind auf der Grundlage des Projektauftrags zu entwickeln und entsprechen deshalb nicht zwingend den Zielen des politischen Impulses.

Nach den Richtlinien des Kantons Wallis muss sich der Verfasser einer Norm über die «tatsächlichen Ziele, die mit dem Erlass erreicht werden sollen», im Klaren sein, aber auch über «den Zweck der gesetzgeberischen Arbeit» (VS, 1). Wo liegt der Unterschied? Ziel und Zweck beschreiben den angestrebten Zustand, doch beim Zweck werden die Mittel mitgedacht: Der Zweck ist das, was durch geplanten Einsatz von Mitteln erreicht werden soll (Brockhaus 2006, 747). Der Zweck wird aber auch im Sinne des Beweggrundes oder des «eigentlichen» Motivs einer zielgerichteten Tätigkeit verstanden. So gesehen ist das Ziel die Antwort auf die Frage «wohin?» und der Zweck auf die Frage «weshalb?»

Manchmal genügt bereits die Nennung des unmittelbaren Ziels, um den Mitteleinsatz genügend zu begründen; Ziel und Zweck decken sich. In andern Fällen muss der hinter dem unmittelbaren Ziel liegende Beweggrund als Zweck herausgearbeitet werden. Die Erreichung des unmittelbaren Ziels ist dann das Mittel

zur Erreichung des Zwecks. In diesem Sinne lassen sich «Mittel-Zweck-Bäume» bilden und diese soweit vorantreiben, bis der letztgenannte Zweck als «eigentlicher» Beweggrund feststeht (vgl. AG, 22; BJ 2007, Rz. 299; BJ 2013, Rz. 122).

Schreibt beispielsweise ein Gesetz vor, dass Lehrkräfte gut zu entlohnen sind, so ist das ein Mittel zur Erreichung des Ziels, nur gut qualifiziertes Personal als Lehrkräfte im Dienst zu haben. Möglicherweise überzeugt bereits dieses Ziel als Zweck der Vorschrift. Es kann aber auch sein, dass nach dem «Zweck des Ziels» gefragt wird. Die Antwort könnte lauten: Der Zweck der Anstellung gut qualifizierter Lehrkräfte liegt in der Sicherstellung eines guten Unterrichts, sodass die Schülerinnen und Schüler die Lernziele erreichen. Letzteres wiederum ist ein Mittel zur Sicherstellung des Zwecks eines gut funktionierenden gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Lebens.



Leitfragen zum Themenfeld «Ziele» können sein (vgl. auch BJ 2007, Rz. 305):

- Welcher gesellschaftliche, wirtschaftliche, ökologische, ... Zustand wird angestrebt?
- Ist der Bund bzw. der Kanton für die Erreichung dieses Zustandes zuständig?
- Wenn ja: Soll der angestrebte Zustand mit den Mitteln des Rechts erreicht werden?
- Welche Ziele müssen zwingend erreicht werden, bei welchen ist das nur wünschenswert (Muss-Ziele und Wunsch-Ziele)?

### 3.6 Lösungen

#### 3.6.1 Lösungswege

Steht fest, was der Bund oder der Kanton mit einer Rechtsänderung erreichen möchte, sind Wege zur Verwirklichung der Ziele zu suchen. Wenn möglich sollen verschiedene Lösungswege aufgezeigt werden (Varianten). Abstrakt betrachtet, kann die Lösung liegen in:

- einer Änderung des menschlichen Verhaltens
- einer Änderung bei der Beschaffung oder Verteilung von Mitteln
- der Erweiterung oder Beschränkung von Rechtspositionen (Rechtsansprüchen)
- einer Änderung staatlicher Organisationen und Strukturen.

Soll das menschliche Verhalten beeinflusst werden, stehen u. a. folgende *Steuerungsinstrumente* zur Verfügung (vgl. AG, 23 f.; BJ 2007, Rz. 660 ff.; Müller/Uhlmann 2013, 90):

- Gebote oder Verbote, allenfalls ergänzt mit Strafbestimmungen
- Bewilligungspflichten (= Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)
- positive oder negative Anreize (z. B. Subventionen oder Lenkungsabgaben)
- Bereitstellung von Leistungen oder Verfahren
- Überzeugung (z. B. Aufklärungskampagne).

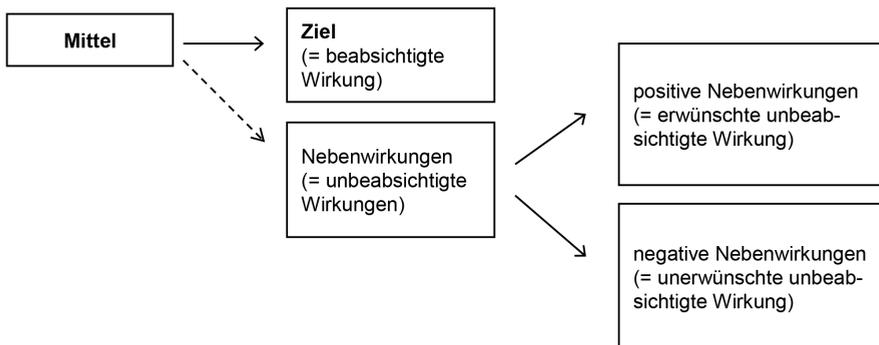
Im Themenfeld «Lösungswege» sollen ferner folgende Punkte behandelt werden (siehe auch AG, 23 f.; BJ 2007, Rz. 312 ff.; BJ 2013, Rz. 144):

- *Regelungsebene*: Soll die Regelung durch den Bund, die Kantone oder die Gemeinden erfolgen? Sollen internationale oder interkantonale Regelungen angestrebt werden?
- *Detaillierungsgrad*: Soll mit hohem Detaillierungsgrad geregelt werden oder sollen nur die Grundzüge einer Regelung festgelegt werden (vgl. Müller/Uhlmann 2013, 165 ff.)?
- *Steuerungsmodus*: Soll das geforderte Verhalten präzise vorgeschrieben werden (konditionale Steuerung)? Oder soll das Gesetz lediglich die Ziele vorgeben und das Weitere den Vollzugsinstanzen überlassen (finale Steuerung)? Oder soll der Staat private Organisationen aus dem Kreis der Normadressaten zur selbstständigen Regelung des Sachbereichs veranlassen und sie dabei unterstützen und überwachen (gesteuerte Selbstregulierung) (vgl. Müller/Uhlmann 2013, 182)?
- *Zentralisierungsgrad*: Soll das rechtsetzende Gemeinwesen einen Sachbereich abschliessend regeln (zentrale Regelung) oder soll es den Kantonen, Gemeinden, anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Privaten usw. gewisse Fragen zur selbstständigen Regelung übertragen (dezentrale Regelung) (vgl. Müller/Uhlmann 2013, 181 f.)?
- *Befristung*: Soll der Erlass dauernd oder nur für eine befristete Zeit gelten?

### 3.6.2 Bewertung und Auswahl

Die Lösungswege sind unter bestimmten Kriterien zu beurteilen (vgl. BJ 2007, Rz. 329; BJ 2013, Rz. 152; AG, 26 f.). Im Vordergrund steht die Frage, inwieweit ein Lösungsweg geeignet ist, das Ziel zu erreichen (*Wirksamkeit oder Effektivität*). Wird die Wirksamkeit in Relation zu den erforderlichen Ressourcen gesetzt, prüft man die *Effizienz*. Weitere Kriterien sind: *politische Realisierbarkeit*; *Praktikabilität*, also die Frage, ob sich ein Lösungsweg im Bund, in den Kantonen oder in den Gemeinden einfach umsetzen lässt (Müller/Uhlmann 2013, 188 ff.); *Frist*, innert der die Lösung verwirklicht und das Ziel erreicht werden kann.

Im Kanton Wallis sind auch die *unerwünschten Nebenwirkungen* aufzuzeigen (VS, 2). Nebenwirkungen sind unbeabsichtigte Folgen des Mitteleinsatzes, im Gegensatz zu den beabsichtigten Folgen der Zielerreichung. Nebenwirkungen können erwünscht oder unerwünscht sein (positive oder negative Nebenwirkungen). Wenn ich tägliches Joggen ins Auge fasse (Mittel), um fit zu bleiben (Ziel = beabsichtigte Wirkung), sollte ich bei der Bewertung mitbedenken, dass ich auch schöne Naturerlebnisse haben werde (positive Nebenwirkung), mir möglicherweise aber auch mal einen Bänderriss zuziehe (negative Nebenwirkung).



Die Kriterien sind zu gewichten. Das kann quantitativ erfolgen (z. B. «Effektivität 40 %» oder auch in Worten («sehr wichtig», «mittelwichtig», «wenig wichtig»).

Nach Abschluss der Bewertung hat man sich für einen Lösungsweg oder für mehrere Lösungswege (Varianten) zu entscheiden. Oder man verzichtet auf die Auswahl eines Lösungswegs, was einem Verzicht auf das früher gesetzte Ziel gleichkommt. Im Kanton Aargau muss deshalb auch der *Nachweis des Handlungsbedarfs* erbracht werden (AG, 27). Ob man ein Ziel anstreben will, kann erst dann verlässlich beurteilt werden, wenn die Nachteile der Lösungswege bekannt sind. Die Mühsal des Joggens kann die Aussicht auf ein längeres Leben überwiegen. Oder man kommt mit Blick auf mögliche negative Nebenwirkungen zum Schluss,

dass man keinen Sport treiben wird, *weil* man länger leben will, ganz nach der Erkenntnis «Sport und Turnen füllt Gräber und Urnen».

### 3.6.3 Leitsätze

Der Lösungsweg, für den man sich entschieden hat, soll in Leitsätzen verdichtet werden. Leitsätze drücken die wichtigsten inhaltlichen Festlegungen (Grundzüge) des künftigen Erlasses aus (vgl. AG, 27; BJ 2013, Rz. 166; GR, 31; OW, 7; ferner Müller/Uhlmann 2013, 86). Leitsätze könnten beispielsweise lauten: «Die kommunale Wasserversorgung soll weiterhin durch die Gemeinde oder gemeindeeigene Betriebe sichergestellt werden. Keine Privatisierung.» Oder: «Alle Schülerinnen und Schüler erhalten in der Oberstufe Hauswirtschaftsunterricht. Dieser wird als Semesterfach oder als Blockkurs angeboten.» Oder: «Soweit eine Gemeinde die Höhe ihrer Ausgaben nicht beeinflussen kann, unterstehen diese dem Finanzausgleich.»

### 3.7 Formalgesetzliche Festlegungen zum Erlass

Ferner sind formalgesetzliche Fragen zum Rechtsetzungsvorhaben zu behandeln (vgl. AG, 24 f.; BJ 2013, Rz. 166; GR, 31; OW, 7 f.; TG, 4; VS, 2; ferner Müller/Uhlmann 2013, 125 ff.). Diese betreffen beispielsweise:

- Geltungsbereich und Adressaten des Erlasses
- Regelungsstufe: Regelung auf Verfassungs-, Gesetzes- oder Verordnungsstufe? Regelung in verwaltungsinternen Richtlinien?
- Einordnung des Erlasses in die Systematik der Rechtsordnung
- Regelung in einem einzigen Erlass (Kodifikation), in mehrerer Spezialerlassen oder in einem Rahmengesetz mit ergänzenden Spezialerlassen (Müller/Uhlmann 2013, 125)
- Aufbau des Erlasses (formale Struktur)
- Teilrevision, Totalrevision oder Neuerlass.

### 3.8 Festlegungen zum Rechtsetzungsprojekt

Schliesslich sind Festlegungen für die Entwicklung und Bearbeitung des Rechtsetzungsprojektes zu treffen (vgl. AG, 17 ff.; BJ 2013, Rz. 61 ff.; GR, 7 und 31; OW, 8; SZ, 1; TG, 4; VS, 1 f.). Dazu gehören:

- *Projektorganisation*
  - Wer leitet das Projekt?
  - Welche Vorgesetzten oder politisch Verantwortlichen steuern das Projekt?

- Wer bearbeitet das Projekt (verwaltungsinterne Arbeitsgruppe, Arbeitsgruppe mit Beizug Externer oder Auftrag an Externe)?
  - Wie werden weitere Interessierte und Betroffene ins Projekt einbezogen?
- *Projektplanung*
- Welche Zwischenschritte sollen innerhalb der konzeptionellen Phase gemacht werden?
  - Welche weiteren Phasen des Rechtsetzungsprojektes sollen bis wann erledigt sein?
  - Wann soll der Erlass in Kraft treten?
- *Ressourcen*
- Mit welchem Personal- und Sachaufwand ist für das Projekt zu rechnen?
- *Information (vgl. BJ 2013, Rz. 38 ff.)*
- Auf welchem Weg sollen interne Stellen und Externe über welche Punkte des Projekts informiert werden?

#### **4 Freies Bearbeiten der Themenfelder**

Die vorstehend beschriebenen Themenfelder sind in einer logischen Reihenfolge dargestellt. Diese entspricht dem Weg, um von einem Problem zu seiner Lösung zu kommen. Man könnte deshalb versucht sein anzunehmen, stets mit dem ersten Themenfeld (Impuls) beginnen und seine Bearbeitung abschliessen zu müssen, bevor man das zweite Themenfeld in Angriff nehmen kann usw. Die Leitfäden des Bundes und des Kantons Aargau verstärken diesen Eindruck, indem sie den Begriff des Problemlösungszyklus verwenden (BJ 2007, Rz. 290; BJ 2013, Rz. 7 und 53; AG, 11 f.). Nach diesen Leitfäden kann oder soll der Problemlösungszyklus in jeder Phase des Rechtsetzungsprozesses durchlaufen werden (BJ 2007, Rz. 291; BJ 2013, Rz. 7 und 98; AG, 11 f.). Das ist in zweifacher Hinsicht problematisch. Erstens ist nicht klar, ob sich der Zyklus (a) auf das gesellschaftliche Problem bezieht, das mit dem Rechtsetzungsprojekt gelöst werden soll, oder (b) auf die in der aktuellen Phase zu lösende Aufgabe (z. B. Erstellung eines Projektauftrags oder eines Normkonzepts). Die Leitfäden des Bundes sind eher im ersten Sinn zu verstehen (vgl. BJ 2007, Rz. 291; BJ 2013, Rz. 7 und 98), die Richtlinien von Aargau eher im zweiten Sinn (vgl. AG, 12: «... ist zu Beginn jeder Phase die Frage zu stellen, worin die Aufgabe *der jeweiligen Phase* genau besteht (Auftragsanalyse). ...» [Hervorh. nicht im Original]). Wird der Zyklus im ersten Sinn verstanden (Bezugnahme auf das gesellschaftliche Problem), so ist zweifelhaft, ob er in jeder Phase vollständig zu durchlaufen ist: In den «späteren» Verfahrensphasen

(Vernehmlassungsverfahren, Botschaft, parlamentarische Beratung) macht es keinen Sinn, ohne äusseren Anlass nochmals die gesellschaftliche Problematik zu erörtern, den Ist-Stand zu untersuchen oder die Ziele zu überdenken. Umgekehrt wird man in den ersten Phasen (Impulsphase, Planung, Auftragsanalyse) kaum schon viel zu den Lösungsvarianten und ihrer Bewertung sagen können. Passender als das Modell des Problemlösungszyklus scheint mir deshalb das Bild der *punktuellen, situationsbezogenen Vertiefung der Themenfelder* zu sein: Je nach dem Stand des Rechtsetzungsprojektes und den aktuell sich stellenden Fragen wird dieses oder jenes Themenfeld bearbeitet und weiter vertieft.

Ein Zyklus wird durchschritten, von A nach B, von B nach C und von C wieder nach A. Streng nach der Reihenfolge vorzugehen, ist nicht falsch, aber in der Regel auch nicht optimal. Vorteilhafter ist es, sich *frei in dem durch die genannten Themenfelder abgesteckten Raum zu bewegen* und mal hier ein Thema zu vertiefen, um dann die Entwicklung eines anderen Feldes voranzutreiben. Die vorstehend genannten Themenfelder sind deshalb als *Raster* zu verstehen, als Überschriften in einem zunächst leeren Buch (bzw. Word-Dokument), in dessen Kapitel man sich frei bewegen kann.

Denn Rechtsetzung ist auch ein kreativer Vorgang (BJ 2007, Rz. 309). Dies gilt ganz besonders für die konzeptionelle Phase, in der die Norminhalte entwickelt werden. Bei einem zu strukturierten Vorgehen besteht die Gefahr, die assoziative *Gedankenentwicklung* zu unterbinden. Umgekehrt müssen die Gedanken irgendwo festgemacht werden, wenn sie später zwecks Prüfung, Diskussion und Weiterentwicklung zur Verfügung stehen sollen. Gefordert ist mithin ein Pendeln zwischen dem freien, Kreativität zulassenden Lauf der Gedanken und dem Festmachen der Einfälle und neu gewonnenen Erkenntnisse im Raster der vorstehend beschriebenen Themenfelder.

Zur Arbeit in der konzeptionellen Phase gehört auch, *Informationen* zum Thema zu sammeln, indem man Fachliteratur liest, mit Kollegen spricht, Arbeitsgruppensitzungen durchführt, beim Chef nachfragt usw. Auch so erlangte Informationen müssen greifbar bleiben. Und auch hier bilden die Themenfelder ein geeignetes Raster für eine nützliche Ablage. Auf diese Weise lässt sich Ordnung ins anfängliche Chaos von Informationen, Gedankenfragmenten, Lösungsansätzen, Hinweisen und allem anderen bringen, was einen Rechtsetzungsprojekte als so komplex erscheinen lassen. Die Themenfelder werden kontinuierlich angereichert und entwickelt. Ihre Inhalte werden im Laufe der Zeit ergänzt, differenziert, umgestaltet und korrigiert.

Von zentraler Bedeutung ist, die Gedanken und Informationen *schriftlich* festzuhalten. Am besten wird hierzu ein *Arbeitspapier* mit je einem Kapitel pro The-

menfeld (und den erforderlichen Unterkapiteln) erstellt. Denn Folgendes gilt es zu bedenken:

- Erst beim schriftlichen Formulieren zeigt sich, ob einem ein Gedanke wirklich klar ist. Die Schriftform macht Halbbewusstes bewusst, zieht Verschwommenes aus dem Nebel. Oft erweist es sich erst beim schriftlichen Formulieren, dass etwas, was man für selbstverständlich hielt, nicht so selbstverständlich ist.
- Nur ein in klare Sprache gefasster Gedanke kann weiterentwickelt und vertieft werden. Auch die Herstellung von Ordnung dient diesem Zweck: Können Informationen und Gedanken in einer zuverlässigen Struktur abgelegt werden, kann man sich besser auf das gerade behandelte Thema konzentrieren.
- Gedanken in Sprache zu fassen, ermöglicht es, über sie zu kommunizieren. Andere Personen können mitdenken, kritisieren und das Projekt weiterentwickeln. Der schriftliche Ausdruck lässt Missverständnisse unter den Beteiligten zutage treten.

## 5 Normkonzept und andere Zwischenprodukte

Die Arbeit in und an den Themenfeldern (bzw. die Erstellung eines entsprechenden Arbeitspapiers) ist von den Zwischenprodukten zu unterscheiden, die sich daraus ableiten lassen. Wie dargelegt, folgen die Leitfäden des Bundes und des Kantons Aargau in ihrer Gliederung dem Rechtsetzungsprozess und unterscheiden Phasen, die je mit einem bestimmten Zwischenprodukt abzuschliessen sind. Gemäss dem «grossen» Leitfaden des Bundes ist die erste Phase, bezeichnet mit «Auslösung des Projekts», mit einem *Auftrag* abzuschliessen. Die daran anschliessende Auftragsanalyse mündet in eine *Projektskizze*. Es folgen die Abfassung eines *Berichts* und die Formulierung des *Vorentwurf* (BJ 2007, 6 ff.). Der «kleine» Leitfaden unterscheidet die Phasen Auslösung (mit Auftragserteilung) und Konzept (mit *Normkonzept*) usw. (BJ 2013, Rz. 44 ff.). Und im Kanton Aargau ist am Ende der Impulsphase ein *Projektauftrag* («Startschuss») zu verfassen, gefolgt von der Konzeptphase mit einem *Normkonzept* (AG, 14 ff.). Andere Zwischenprodukte können beispielsweise ein *Detailkonzept*, ein *Diskussions-* oder *Aussprachepapier* (vgl. BJ 2007, Rz. 71 f.), eine *Medienmitteilung* oder *Abstimmungserläuterungen* sein.

Die Erstellung solcher Zwischenprodukte kann sinnvoll sein. Zwingend ist das aber nicht. Denn man kann einen Vorentwurf auch direkt aus den Themenfeldern (bzw. dem Arbeitspapier) ableiten, sofern diese genügend intensiv bearbeitet worden sind. Die Umstände der einzelnen Rechtsetzungsprojekte können stark voneinander abweichen, sodass es nicht sinnvoll ist, sie in das gleiche formale

Korsett zu stecken. Aus diesem Grund ist es m. E. auch nicht sinnvoll, die konzeptionelle Phase der Rechtsetzung in weitere Phasen zu unterteilen, wie dies die Leitfäden des Bundes und des Kantons Aargau vorsehen.

Wann aber soll ein Normkonzept oder ein anderes Zwischenprodukt verfasst werden? Es kommt auf die *Erfordernisse des einzelnen Rechtsetzungsprojektes* an: Besteht Unklarheit, worin der Auftrag des Vorgesetzten besteht und welche Rahmenbedingungen einzuhalten sind, ist ein förmlicher Projektauftrag sinnvoll. Will man sich beim Vorgesetzten Gewissheit über die Zweckmässigkeit des bisherigen und des geplanten Vorgehens verschaffen, ist die Erstellung eines Normkonzepts angezeigt. Gehen die Mitglieder einer Arbeitsgruppe offensichtlich von unterschiedlichen Voraussetzungen aus, hilft möglicherweise ein Status-Papier über die bisherigen Arbeiten und Erkenntnisse weiter. Soll ein Rechtsetzungsprojekt mit andern Amtsstellen oder Organisationen diskutiert werden, ist ein Diskussionspapier sinnvoll usw.

Die Funktion eines Zwischenprodukts bestimmt dessen *Form* und *Inhalt*. Das zeigt sich insbesondere beim «klassischen» Zwischenprodukt der konzeptionellen Phase, dem Normkonzept:

- Dient das Normkonzept den Vorgesetzten oder politischen Verantwortlichen als Steuerungsinstrument, muss es möglichst vollständig sein, d. h. alle Themenfelder abhandeln (in diesem Sinn AG, 27–30, GR, 31 f. und VS, 1 f.).
- Soll das Normkonzept helfen, von der konzeptionellen Phase zur Entwurfsphase überzuleiten, sind in erster Linie die formalen und inhaltlichen Festlegungen für den geplanten Erlass darzustellen (in diesem Sinne BJ 2013, Rz. 166, und OW, 7 f.; vgl. auch Müller/Uhlmann 2013, 82 ff.).

## **6 Wesen und Nutzen des konzeptionellen Vorgehens**

Drei Aktivitäten sind wesentlich für das konzeptionelle Arbeiten: (1) Das Rechtsetzungsprojekt wird in Teilprobleme zerlegt, (2) einschlägige Informationen und Gedanken werden in Schriftform gebracht und (3) die Informationen und Gedanken werden geordnet, um sie für die weitere Problembearbeitung zur Verfügung zu haben.

Jedes dieser Elemente ist mit grossen Anstrengungen und viel Aufwand verbunden, doch es lohnt sich:

- Durch die Aufteilung in überschaubare Teilprobleme erlangt man die Herrschaft über ein Rechtsetzungsprojekt. Divide et impera – teile und herrsche.
- Die Schriftform schafft Klarheit und ermöglicht die Vertiefung, Diskussion und Weiterentwicklung des Formulierten.

- Regelungsinhalte in Rechtsnormen zu fassen, ist aufwendig. Dieser Aufwand soll erst betrieben werden, wenn die Regelungsinhalte verlässlich feststehen. Konzeptionelles Vorgehen dient damit auch dem rationellen Einsatz der Mittel.

Die freie schriftliche Erarbeitung der vorstehend erläuterten Themenfelder in einem Arbeitspapier und – je nach Bedarf – die Erstellung von Zwischenprodukten hilft, diese Vorteile nutzbar zu machen.

*Christian Schuhmacher, Dr. iur., Leiter Rechtsabteilung der Gesundheitsdirektion Kanton Zürich, E-Mail: christian.schuhmacher@gd.zh.ch*

#### **Anmerkungen**

- <sup>1</sup> Der Lehrstuhl Prof. Felix Uhlmann an der Universität Zürich hat in verdankenswerter Weise alle Rechtsetzungsrichtlinien der Kantone zusammengetragen. Zugriff über [www.rwi.uzh.ch](http://www.rwi.uzh.ch) > Institute & Forschungsstellen > Zentrum für Rechtsetzungslehre > Richtlinien für die Rechtsetzung der Kantone.
- <sup>2</sup> Das Kapitel Rechtsetzungsmethodik umfasst zwei weitere Unterkapitel, nämlich «Umsetzung und Vollzug» sowie «prospektive Evaluation» (BJ 2007, Rz. 346 ff. und 415 ff.). Diese beiden Kapitel passen nicht recht in den Problemlösungszyklus.

#### **Literatur und Verzeichnis der Rechtsetzungsrichtlinien**

*Fundstelle für die nachstehend genannten kantonalen Richtlinien: siehe Anmerkung 1.*

- AG, Regierungsrat des Kantons Aargau, Richtlinien der Rechtsetzung vom 15. August 2001, in der Fassung vom 14. Dezember 2011.
- BJ, 2007, Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3., nachgeführte Auflage; Zugriff über [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch) > Themen > Staat & Bürger > Legistik > Gesetzgebungsleitfaden.

- BJ, 2013, Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden, Module Gesetz, Verordnung und Parlamentarische Initiative; Zugriff über [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch) > Themen > Staat & Bürger > Legistik > Gesetzgebungsleitfaden.
- Brockhaus, 2006, Enzyklopädie in 30 Bänden, Band 30, 21. Auflage.
- GR, Regierungsrat des Kantons Graubünden, Richtlinien für die Rechtsetzung, von der Regierung genehmigt am 16. November 2010.
- Müller, Georg / Uhlmann, Felix, 2013, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf.
- OW, Regierungsrat des Kantons Obwalden, Richtlinien über die Erarbeitung und Gestaltung kantonalen Erlasses vom 24. Juni 2008.
- SZ, Regierungsrat des Kantons Schwyz, Richtlinien für die Rechtsetzung vom 14. April 2004.
- TG, Staatskanzlei des Kantons Thurgau, Richtlinien des Kantons Thurgau für die Gesetzgebung, Ausgabe 2004.
- VS, Staatsrat des Kantons Wallis, Gesetzestechnische Richtlinien vom 25. Mai 2005.

#### **Résumé**

*Le contenu de l'acte législatif est élaboré au cours de la phase conceptuelle. Idéalement, les informations et les connaissances sont à cette occasion saisies par écrit dans une grille munie de champs destinés aux différents thèmes (document de travail). Il convient de mettre à profit la marge de manœuvre disponible à l'intérieur de ces champs. L'attribution des travaux, l'esquisse d'actes normatifs et tout autre élément formel découlant du document de travail ne doivent être élaborés que dans la mesure où les circonstances du projet législatif en question l'exigent.*