

Chancen und Tücken der Gesetzgebung – ein Blick auf das Vorverfahren*

Heinrich Koller | *Der Beitrag will auf den Wert des Vorverfahrens (von der Auftragsanalyse über das Projektmanagement und das methodische Vorgehen bei der Erarbeitung von Erlassen bis hin zur Begleitung im parlamentarischen Verfahren) und insbesondere auf jene Rahmenbedingungen hinweisen, die zum Gelingen bzw. Misslingen von Rechtsetzungsprojekten beigetragen haben bzw. beitragen können. Gegenstand sind Gesetzgebungsprojekte, welche die Verwaltung über längere Zeit intensiv beschäftigt haben; es sind mehrheitlich fächerübergreifende Grossprojekte, die der Verfasser zwischen 1989 und 2006 persönlich leiten durfte und die einander auch zeitlich gefolgt sind. Schliesslich wird an einigen Beispielen zu zeigen versucht, wie notwendig der frühzeitige Einbezug der politischen Behörden im Vorverfahren ist.*

Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung
- 2 Flexible und angepasste Reaktion auf äusseren Druck (am Beispiel der europäischen Integration und des EWR)
- 3 Chancen nutzen – den richtigen Zeitpunkt finden (am Beispiel der wirtschaftlichen Erneuerung im Nachgang zum EWR)
- 4 Ein kluges Vorgehenskonzept wählen (am Beispiel der Verfassungsreform)
- 5 Mit den richtigen Fachleuten und Exponenten zusammenarbeiten (am Beispiel der Reform der Justiz und der Bundesrechtspflege)
- 6 Wichtige Entscheidungsträger frühzeitig einbeziehen (am Beispiel des Aktienrechts und der Sterbehilfe)
- 7 In der parlamentarischen Begleitung Kohärenz sicherstellen
- 8 Schlussbemerkungen

1 Einleitung

In einem Zeitungsartikel mit dem Titel «Qualität der Gesetzgebung im Sinkflug» äusserte Alain Griffel Anfang 2013 sein Unbehagen über den schleichenden Qualitätsverlust in der schweizerischen Gesetzgebung (Griffel 2013). Dieser Befund ist nicht neu und das Wehklagen schon alt (vgl. Hinweise bei Müller/Uhlmann 2013, 49 N. 62). Dennoch sprach Griffel damit offenbar vielen Fachkundigen aus dem Herzen. Jedenfalls veranlasste sein Artikel sechzehn renommierte Autoren zur Mitwirkung an der Schrift «Vom Wert einer guten Gesetzgebung» (Griffel, Hrsg., 2014). Darin sind viele Beispiele und treffende Schilderungen übereilter, mangelhafter und verfehlter Regulierung zu finden, «Sündenfälle» der Rechtsetzung aus allen Bereichen des Rechts, aber auch wertvolle Überlegungen zu den Ursachen solcher Schwächen und zu den Schwierigkeiten moderner Gesetzgebung. Es fehlte auch nicht an bedenkenswerten Vorschlägen zur Verbesserung der Qualität der Gesetze.

Viele der im Buch besprochenen und kritisierten Erlasse sind während meiner Amtszeit als Direktor des Bundesamtes für Justiz, also der für die Vorbereitung von Erlassen hauptsächlich zuständigen Verwaltungsstelle, vom Parlament verabschiedet worden. Ich trage also in gewisser Hinsicht eine Mitverantwortung für die angeprangerten Unzulänglichkeiten – zumindest was die Vorbereitung und parlamentarische Begleitung solcher Erlasse anbelangt. Nun ist auffällig, aber auch verständlich, dass sich die Autoren zur Hauptsache mit den Voraussetzungen einer besseren Gesetzgebung sowie mit den Folgen schlechter Gesetze auseinandersetzen, indessen kaum auf die Bedeutung des Vorverfahrens für den Ausgang der Gesetzgebung zu sprechen kommen. Das bleibt offensichtlich dem Insider vorbehalten. Ich betrachte es deshalb als meine Aufgabe, auf den Wert des Vorverfahrens (von der Auftragsanalyse über das Projektmanagement und das methodische Vorgehen bei der Erarbeitung von Erlassen bis hin zur Begleitung im parlamentarischen Verfahren) und insbesondere auf jene Faktoren hinzuweisen, die zum Gelingen bzw. Misslingen von Rechtsetzungsprojekten beigetragen haben bzw. beitragen können.

Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen sind Gesetzgebungsprojekte, die das Bundesamt für Justiz über längere Zeit intensiv beschäftigt haben. Nicht ganz zufällig handelt es sich dabei mehrheitlich um fächerübergreifende Grossprojekte, die ich persönlich leiten durfte und die einander auch zeitlich gefolgt sind. Den Anfang bilden Überlegungen zu den Herausforderungen, Chancen und Tücken bei der Übernahme des Rechtsbestandes der Europäischen Gemeinschaft im Zusammenhang mit dem geplanten Beitritt der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR; 1989–92). Danach wird auf einige begünstigende und hemmende Faktoren hingewiesen, welche die Rechtsetzung beim Nachfolgeprogramm zum EWR (Swisslex, Gattlex usw.) im Rahmen des autonomen Nachvollzugs und der damit anvisierten Reformen im Innern geprägt haben (1992–95). Sodann werden einige mögliche Erfolgsfaktoren der langjährigen Bemühungen um die Totalrevision der Bundesverfassung erwähnt (1994–99). Ferner wird der Frage nachgegangen, weshalb und um welchen Preis die Reform der Bundesrechtspflege und der Prozessordnungen erfolgreich abgeschlossen werden konnte (2000–2006). Schliesslich wird an einigen Beispielen zu zeigen versucht, wie notwendig der frühzeitige Einbezug der politischen Behörden im Vorverfahren ist.

Man kann sich zu Recht fragen, ob und inwiefern der erfolgreiche Abschluss dieser Gesetzesprojekte bereits als Ausdruck einer «guten Gesetzgebung» gedeutet werden darf. Die Beiträge in der eingangs erwähnten Schrift «Vom Wert einer guten Gesetzgebung» (Griffel, Hrsg., 2014) belegen, dass dem bei Weitem nicht so ist. Ob ein Gesetz als gut (und gerecht) empfunden wird, hängt nicht vom Zustandekommen ab, sondern einerseits von der Beachtung der funktionalen Grenzen

dieses Steuerungsinstrumentes (Rechtmässigkeit, Notwendigkeit, Eignung, Wirksamkeit, Akzeptanz, Zielkonformität, Dauerhaftigkeit und Verlässlichkeit), andererseits vom politischen Standort des Betrachters.

Das hier aufzuzeigen, ist nicht mein Anliegen. Ebenso müssig wäre es, die oben aufgeführten und im erwähnten Buch kritisierten Erlasse auf die Einhaltung fachlich-methodischer Grundsätze der Legistik zu prüfen (verständliche Sprache, klarer Aufbau, Eindeutigkeit, Widerspruchsfreiheit, Wesentlichkeit, Praktikabilität, Vollzugstauglichkeit). Diese werden – obwohl immer wieder verletzt – als selbstverständlich vorausgesetzt. Deshalb sind hier auch keine «Daumenregeln» oder zusätzlichen Elemente einer Rechtssetzungslehre zu erwarten. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich im Wesentlichen auf das Hervorheben einiger die Rechtssetzung begünstigender Rahmenbedingungen, namentlich im gesetzgeberischen Vorverfahren: Jedes Gesetz ist letztlich ein Abbild seiner Entstehungsgeschichte!

2 Flexible und angepasste Reaktion auf äusseren Druck (am Beispiel der europäischen Integration und des EWR; vgl. hierzu Koller 1992 und 1994)

Die Bestrebungen zur Schaffung eines gemeinsamen Wirtschaftsraumes nahmen Mitte der 1980er-Jahre ihren Anfang, insbesondere 1984 mit der gemeinsamen Erklärung von Luxemburg und dann 1986 mit der Einheitlichen Europäischen Akte. 1989 regte der damalige Kommissionspräsident Delors im Hinblick auf die Schaffung eines einheitlichen Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) Verhandlungen der zwölf EG-Staaten mit den sechs EFTA-Staaten an. Noch im Jahre 1989 begannen die Sondierungsgespräche, von Juni 1990 bis Februar 1992 wurde verhandelt, das Abkommen am 2. Mai 1992 in Porto abgeschlossen.

Die Schaffung des EWR setzte zwingend voraus, dass in allen Partnerstaaten gleiche Wettbewerbsbedingungen und gleiche Rechtsregeln gelten. Die EG hat deshalb von allem Anfang an darauf bestanden, dass das für die Mitgliedstaaten verbindliche Gemeinschaftsrecht (der sog. «Acquis communautaire»), soweit es der Verwirklichung der vier Binnenmarktfreiheiten dient, auch von den EFTA-Staaten übernommen wird. Dieser als EWR-Recht definierte Rechtsbestand umfasste das EWR-Abkommen selbst, 49 Protokolle sowie zahlreiche Erklärungen der Vertragsparteien. In 22 Anhängen zum EWR-Abkommen wurden (nach Politikbereichen getrennt) die Titel der EG-Rechtsakte aufgeführt, die den von den EFTA-Staaten zu übernehmenden «Acquis communautaire» ausmachten. Das waren 1500 EG-Rechtsakte aus allen einschlägigen Rechtsgebieten (rund 15 000 Seiten), zum überwiegenden Teil EG-Richtlinien und nur zu einem geringen Teil EG-Verordnungen.

Die Einführung des EWR-Rechts in das schweizerische Recht war eine in zeitlicher, quantitativer und qualitativer Hinsicht ausserordentliche Herausforderung, deren Bewältigung – wie rasch klar wurde – auch ein aussergewöhnliches Vorgehen forderte. Ausgangspunkt war ein 1989 und 1990 (erstmalig) angestellter systematischer Vergleich zwischen dem EG-Recht und dem schweizerischen Recht. Dabei zeigte sich, dass auch die Kantone in den verschiedensten Politikbereichen betroffen waren, und zwar sowohl in ihrem originären Zuständigkeitsbereich als auch als Mitwirkungs- und Vollzugsorgane des Bundes. Das vorbestehende «Kontaktgremium der Kantone» wurde 1989 kurzerhand umfunktioniert, setzte 1990 verschiedene Arbeitsgruppen ein und koordinierte das gesetzgeberische Vorgehen auf Kantonsebene. Die Rechtsetzung wurde in diesem Moment richtigerweise als Verbundaufgabe verstanden. Auf Bundesebene wurden diese Arbeiten im Rahmen des «Eurolex-Programms» vom Bundesamt für Justiz koordiniert. So galt es 1991 und 1992 nicht nur, die erforderlichen Gesetzesänderungen mit den entsprechenden Botschaften vorzubereiten,¹ sondern auch, den Genehmigungsbeschluss des EWR-Abkommens zu entwerfen und das gesetzgeberische Vorgehen festzulegen.

Der Bundesrat legte die Grundzüge des gesetzgeberischen Verfahrens im Juni 1991 im Einvernehmen mit der parlamentarischen Arbeitsgruppe «Umsetzung des EWR-Rechts» fest. Er unterstellte in seiner Botschaft den Genehmigungsbeschluss dem Verfassungsreferendum (also der Genehmigung durch Volk und Stände), unter anderem, weil er die Gesetze dem fakultativen Referendum entziehen und den Kantonen zusätzliche Informations- und Mitwirkungsrechte in der Aussenpolitik einräumen wollte. Das Parlament nahm die Beratung der im Mai und Juni 1992 vom Bundesrat verabschiedeten Texte (EWR-Abkommen, 1. und 2. Eurolex-Paket) umgehend auf, sah ebenfalls die Inkraftsetzung der Gesetzesänderung auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des EWR-Abkommens vor, führte aber mit dem Genehmigungsbeschluss auf Verfassungsstufe neu auch ein sogenanntes «nachträgliches Referendum» ein. Für das ganze gesetzgeberische Verfahren von zentraler Bedeutung war schliesslich der Umstand, dass sich Bundesrat und Parlament auf den Grundsatz einigten, sich bei den betroffenen Erlassen auf jene Änderungen zu beschränken, die sich *zwingend* aus dem «Acquis» ergaben und notwendigerweise zusammen mit dem EWR-Abkommen in Kraft treten mussten. Eine Art «Self-restraint», die sich später auch bei der Nachführung der Bundesverfassung im Rahmen der Totalrevision bewähren sollte.

Ich erwähne diese Einzelheiten, weil sie uns heute kaum mehr vertraut sind, aber doch in vielerlei Hinsicht eine Trendwende darstellten und gesetzgeberisch interessante Schlüsse zulassen. Ich versuche hier einige aufzuführen – ohne Anspruch auf Vollständigkeit:

- Die Konfrontation des schweizerischen Gesetzgebers mit dem internationalen Recht, insbesondere dem europäischen Gemeinschaftsrecht, hat innerhalb und ausserhalb der Verwaltung zu einem heilsamen Schock geführt. Die intensive Beschäftigung mit dem Gemeinschaftsrecht hat auf allen Stufen dazu beigetragen, Ängste und Vorbehalte gegenüber diesem «fremden» Recht abzubauen, und eine Vertrautheit geschaffen mit einem Recht, das grundsätzlich in der Zielrichtung eine grosse Wesensverwandtschaft aufweist mit unserem, noch mehrheitlich als liberal und sozial verträglich erachteten Wirtschaftsrecht. Das Eurolex-Paket hat so die Grundlage geschaffen für die später vom Volk mehrfach als richtig und angemessen erachteten bilateralen Verträge.
- Zu hinterfragen ist allerdings, ob die politischen Behörden damals die internationalen Entwicklungen rechtzeitig genug zur Kenntnis genommen haben. Der Gesetzgeber kann zwar in bestimmter Weise und in beschränkter Masse auf die gesellschaftlichen Entwicklungen Einfluss nehmen, aber er kann dies nicht ohne *Rücksichtnahme auf das wirtschaftliche und politische Umfeld* und die vorherrschenden Überzeugungen. Die Bevölkerung war damals offenbar von dieser Form der Annäherung an die Europäische Gemeinschaft nicht zu überzeugen.
- Mit Gewissheit kann jedoch gesagt werden, dass der EWR in den 1990er-Jahren in der Schweiz Reformen ausgelöst hat, die diese aus eigener Kraft nicht oder nur mühsam zustande gebracht hätte. Das Scheitern des EWR machte den Weg frei für Reformen im Bereich des Wirtschaftsrechts (unlauterer Wettbewerb, Konsumkredit, Produkthaftungspflicht) und des Arbeitsrechts, führte zum Abbau technischer, rechtlicher und finanzieller Handelshemmnisse, zur Privatisierung der öffentlichen Dienste (SBB, PTT etc.) und ganz allgemein zur Ermöglichung des sogenannten Programms der wirtschaftlichen Erneuerung.
- Aus gesetzgeberischer Sicht zu bemerken ist, dass einerseits die quantitativen, qualitativen und zeitlichen Dimensionen dieses Grossprojektes die Institutionen der direkten Demokratie an ihre Leistungsgrenze brachten, dass aber andererseits unsere Verfassungsordnung flexibel genug war, im Ausnahmefall taugliche Lösungen zuzulassen. Das System hat Anpassungs- und Innovationsfähigkeit bewiesen, im Bereich der politischen Entscheidungsverfahren aber auch Reformbedarf aufgezeigt.
- Mit dem EWR hat sich nicht nur die Tendenz zur Europäisierung und Internationalisierung des Rechts verfestigt, sondern auch ein Trend zu umfassenden multilateralen (Kompromiss-)Lösungen und zu Programm- und Paketvorlagen, die ein Rosinenpicken verhindern sollen. Das hat sich auf internationa-

- ler Ebene im Bereich des GATT gezeigt (die landesrechtliche Anpassung an die Ergebnisse der Uruguay-Runde) sowie bei den Bilateralen I und II.²
- Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich die strikte Beschränkung der Gesetzesanpassungen «auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des EWR-Abkommens notwendigen Rechtsänderungen» zwar heilsam und beschleunigend auf die Behandlung im Parlament ausgewirkt, aber auch dazu geführt hat, dass die Herstellung der notwendigen Kohärenz, die Ausräumung von Widersprüchen, die Angleichung von Instituten und der Sprache (nicht nur aus Zeitgründen) unterblieben sind. Es ist bedauerlich, dass diese Mängel auch im Rahmen des Swisslex-Pakets nicht ausgeräumt wurden.

3 Chancen nutzen – den richtigen Zeitpunkt finden (am Beispiel der wirtschaftlichen Erneuerung im Nachgang zum EWR)

Das sogenannte «Folgeprogramm» nach der Ablehnung des EWR (Programm der wirtschaftlichen Erneuerung) vom Februar 1993 und das dabei gewählte gesetzgeberische Vorgehen beim «Swisslex»-Paket, ebenso wie das 1994 (endlich) wieder aufgegriffene Projekt der Totalrevision der Bundesverfassung sind Beispiele für die entscheidende Bedeutung der Wahl des richtigen Zeitpunktes für die Lancierung «neuer» Reformvorhaben. Beide Projekte entsprangen dem Wunsch, den Schwung der Eurolex-Beratungen aufrechtzuerhalten und neben der (noch) nicht ganz geglückten Öffnung nach aussen wenigstens die Reformen im Inneren voranzutreiben.

Mit dem Folgeprogramm legte der Bundesrat nach dem Scheitern des EWR die integrationspolitischen Optionen dar und formulierte Vorschläge zur marktwirtschaftlichen Erneuerung im Innern. Durch den Abbau von staatlichen und privaten Wettbewerbsbehinderungen sollten die Märkte aus eigener Kraft geöffnet und die Wettbewerbsfähigkeit unserer Wirtschaft gestärkt werden. Es wurden verschiedene Gesetzgebungsvorhaben im Bereich des Kartellrechts, des Gesellschaftsrechts, des Beschaffungswesens, der Bewilligungsverfahren, der Diplomanerkennung, der Fachhochschulen, der Liberalisierung im Arbeitsmarkt usw. in Aussicht gestellt und Fristen festgelegt. Schliesslich wurde dem Parlament die rasche Wiederaufnahme von 27 Gesetzesvorlagen empfohlen, die bereits im Rahmen von «Eurolex» verabschiedet worden waren.

Die sofortige Wiederaufnahme eines grossen Teils der Eurolex-Vorlagen und die erneute Behandlung der überarbeiteten Erlasse im Rahmen eines nun «Swisslex» genannten Gesamtpakets ist ein aussergewöhnliches Vorgehen. Es war nur durch den Umstand zu rechtfertigen, dass die Herstellung der Europakompatibilität des schweizerischen Rechts eine unabdingbare Voraussetzung aller europapolitischen Optionen darstellte und nun als Dauerauftrag auf der

Agenda figurierte. Zudem gestattete die erneute Beschränkung auf das EWR-Recht und damit auf die schon einmal verabschiedeten Vorlagen eine nützliche, rasche und ökonomische «Wiederverwertung».³ Diese Wiederaufnahme brachte zwar in manchen Bereichen gesellschafts- und wirtschaftspolitisch erwünschte Neuerungen, auf die man sich schon einmal geeinigt hatte, konnte aber als Minimallösung letztlich weder die Fortschrittlichen noch die Beharrenden ganz befriedigen, zumal die oben erwähnten Mängel bei diesem sonst regelkonform durchgeführten Gesetzgebungsverfahren nicht ausgemerzt wurden.

Ich erwähne dieses Programm der wirtschaftlichen Erneuerung nur deshalb, weil es sich als Beispiel eignet für die These, dass ein Gesetzesvorhaben vor allem dann Erfolg haben kann, wenn eine positive Grundstimmung vorhanden ist, Einigkeit über den Nutzen besteht und das Vorhaben im richtigen Zeitpunkt auf die Agenda kommt. Tatsächlich sind im Nachgang zum gescheiterten EWR im Bereich der wirtschaftlichen Liberalisierung (Abbau von Hindernissen aller Art), der Revitalisierung (Landwirtschaft, Binnenmarkt) und der Privatisierung (Post, Bahn, Telekommunikation) sowie der sozialen Absicherung (Arbeitsrecht) Fortschritte erzielt worden, die ohne den Misserfolg beim EWR und bei den Erfordernissen der Europäisierung nicht möglich gewesen wären. Sie haben den sozialen Frieden und den wirtschaftlichen Erfolg der Schweiz in den letzten zwei Jahrzehnten garantieren helfen. Sind sie deshalb – trotz vieler gesetzestechnischer Mängel – als «gute Gesetze» zu bezeichnen?

4 Ein kluges Vorgehenskonzept wählen (am Beispiel der Verfassungsreform)

Die Totalrevision der Bundesverfassung, die 1994 neu eingeleitet wurde und 1999 mit der Volksabstimmung über die nachgeführte Verfassung erfolgreich beendet werden konnte, bietet reiches Anschauungsmaterial für die Erfolgsfaktoren von solchen Grossprojekten. Ich habe mich dazu in einer Schrift der NZZ zum 10-Jahr-Jubiläum der neuen Bundesverfassung unter dem ambitionierten Titel «Die schöpferische Kraft der Verwaltung – Einblicke in die Werkstatt der Verfassungsreform» ausführlich geäußert (Koller 2009) und kann mich deshalb hier kurz fassen.

Nachdem entsprechende Bemühungen für eine Totalrevision der Bundesverfassung in den 60er-, 70er- und 80er-Jahren des letzten Jahrhunderts gescheitert waren, gelang in den 1990er-Jahren mit einem klugen Konzept der nötige Durchbruch. Der Bundesrat entschloss sich, die «Verfassungsreform als einen nach vorne offenen Prozess» anzugehen. Die «nachgeführte» Verfassung sollte dabei die Grundlage und das neue Gefäss für weitere materielle Reformpakete bilden, die gleichzeitig oder etappenweise im sogenannten «Baukastensystem» zu erarbeiten seien. Im Vordergrund standen dabei die bereits vorangeschrittene Justiz-

reform und die Volksrechtsreform, allenfalls punktuelle Neuerungen in Form von Varianten. Der Bundesrat versprach sich von diesem Vorgehen eine grössere Entscheidungsfreiheit von Parlament und Volk und damit bessere Chancen der politischen Realisierung. Das Konzept fand gesamthaft bei den Kantonen, Parteien und Verbänden gute Aufnahme; das Parlament schloss sich später diesem Reformkonzept an.

Für den letztlich erfolgreichen Abschluss dieses Vorhabens können mehrere Gründe aufgeführt werden:

- eine ausgeklügelte Projektorganisation mit verschiedenen, aufeinander bezogenen Untergruppen;
- eine straffe Führung mit engen zeitlichen Vorgaben;
- der unermüdliche und monatelange Einsatz aller verfügbaren Kräfte im Bundesamt für Justiz;
- der frühe und wiederholte Einbezug aller wichtigen Entscheidungsträger (Bundesrat, Parteien, Kantone und im Rahmen einer Volksbefragung das Volk);
- die Ausrichtung der Verfassungsreform auf das Jubiläumsjahr (Befristung und Beschleunigung);
- die strikte Einhaltung der Nachführungs idee (mit der «gelebten Verfassungswirklichkeit» als massgeblichem Kriterium);
- die gezielte Sensibilisierung der Öffentlichkeit;
- das überzeugte und überzeugende Engagement des Departementvorstehers in den Leitungsorganen, im Bundesrat, in den parlamentarischen Kommissionen, im Plenum und in der Öffentlichkeit.

Gewiss haben alle diese Faktoren zum Erfolg der Verfassungsreform beigetragen. Von ganz entscheidender Bedeutung aber war das Vorgehenskonzept. Die «Nachführung» des Verfassungsrechts im Sinne einer gegenwartsnahen Neufassung des geltenden Verfassungsrechts als Grundlage künftiger Reformen vermochte zwar – für sich allein genommen – kaum jemanden zufriedenzustellen. Zu gross waren die Erwartungen, die viele an die «Totalrevision» knüpften, zu offensichtlich der inhaltliche und institutionelle Reformbedarf. Die Verknüpfung mit ganzen Reformpaketen (neben der erfolgreichen Justizreform und der Volksrechtsreform, die später scheiterte, wurden auch eine Parlaments- und Regierungsreform sowie eine Föderalismusreform ins Auge gefasst) und die angedachte, dann verworfene Möglichkeit, die nachgeführte Verfassung mit punktuellen Neuerungen anzureichern, erwiesen sich als erfolgversprechend. Wenn auch vorerst nur ein Reformpaket, nämlich die Justizreform, von Erfolg gekrönt war, so fand die Idee

der «Verfassungsreform als offener Prozess» doch später mit der Neuordnung des Finanzausgleichs und der Bildungsverfassung ihren Fortgang.

Aus legistischer Sicht ist die erfolgreich verlaufene Gesamtrevision der Bundesverfassung eine Bestätigung vieler in der Gesetzgebungslehre als wichtig anerkannter Grundsätze: klare Zielvorgaben, gestützt auf eine seriöse Abklärung der Notwendigkeit und des Nutzens des Vorhabens, eine saubere Analyse des Ist-Zustandes, die Prüfung alternativer Handlungsmöglichkeiten, ein überzeugendes Vorgehenskonzept, Sorgfalt bei der Formulierung u. a. m. (vgl. dazu u. a. Müller/Uhlmann 2013, 72 ff.; Gesetzgebungsleitfaden des Bundes 2007, passim).

Schliesslich doch noch ein Wort zur Arbeit im Parlament: Ohne das engagierte Mitwirken eminenten Persönlichkeiten in den Beratungen, die sich mit grossem staatspolitischen und staatsrechtlichen Sachverstand an die Arbeit machten und die Entwürfe letztlich referendumstauglich machten, wäre auch dieses Projekt nicht zu retten gewesen.

5 Mit den richtigen Fachleuten und Exponenten zusammenarbeiten (am Beispiel der Reform der Justiz und der Bundesrechtspflege)

Natürlich hätte man den Aspekt der Zusammenarbeit mit den meinungsbildenden Expertinnen und Experten und politischen Exponenten auch schon bei der Verfassungsreform als Erfolgskriterium hervorheben können. Es ist in der Tat verwunderlich, dass Gesetzesprojekte, die von exzellenten Arbeitsgruppen, Studien- und Expertenkommissionen begleitet wurden, im politischen Prozess vorerst auf- laufen, dann aber gelingen. Hat sich in der Zwischenzeit die Problemsituation verschärft oder der Zeitgeist geändert? Kommt das Paket ausgewogener daher oder sind inzwischen die Kritiker verstummt?

Die Reform der Justiz auf Verfassungsebene, die im Jahre 2000 als erstes Paket erfolgreich war, und die Reorganisation der Bundesrechtspflege, die mit dem Ausbau der richterlichen Vorinstanzen 2004 begann, mit der Neuorganisation des Bundesgerichts 2007 ihren Fortgang nahm und mit der Vereinheitlichung der Strafprozess- und der Zivilprozessordnung 2011 ihren Abschluss fand, eignen sich sehr gut als Anschauungsobjekt für diese Fragen. Warum ist es plötzlich möglich geworden, die Bundesgerichtsbarkeit statt mit zusätzlichen Richterinnen und Richtern mit dem Aufbau zweier neuer teurer Gerichtsapparate als Vorinstanzen zu stärken oder das Prozessrecht, wofür man fast 100 Jahre gekämpft hatte, zu vereinheitlichen? Fragen über Fragen.

Die Bundesrechtspflege wurde stets von hervorragenden Experten vorbereitet und begleitet. Erste Reformversuche gab es bereits kurz nach der Inkraftsetzung des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bun-

desrechtspflege (OG); und es dauerte fast 20 Jahre, bis 1969 nach Vorarbeiten und einer Expertenkommission unter der Leitung von Prof. Max Imboden eine Teilrevision der Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt werden konnte. Weitere Expertenkommissionen unter der Leitung von Prof. Hans Marti (1969) sowie der Bundesrichter Pierre Cavin (1975–77) und Hans Dubs (1978–82) bemühten sich (vergeblich?) um taugliche Entwürfe. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement versuchte das Bundesgericht 1985 im Rahmen einer Teilrevision mit Zugangsschranken zu entlasten und scheiterte 1990 in der Volksabstimmung. 1991 griff der Bundesrat die unumstrittenen Teile wieder auf, stellte aber gleichzeitig eine Totalrevision in Aussicht und hatte im Parlament Erfolg.

Mit diesem Wissen im Hinterkopf übernahm ich im Juni 1993 im Auftrag von Bundesrat Arnold Koller die Leitung einer Expertenkommission. Sie musste – wen wird es wundern – alle Ansprechgruppen berücksichtigen und durfte nicht mehr als 12–15 Personen umfassen: Bundesrichter, kantonale Richter, Prozessrechtsgelahrte, Strafverfolger, Verwaltungsfachleute, Deutschschweizer, Westschweizer und Tessiner, Frauen und Männer, Linke und Rechte – und natürlich Genehme. Welche Bundesrichter, welcher Couleur, drei oder mehr? Welche Prozessrechtsspezialisten, welcher Universität, welcher Sprache? Ein wahres Puzzle. Das Experiment gelang, wie sich bald zeigen sollte: offene und konstruktive Haltungen, kontroverse Diskussionen, aber stets lösungsorientiert.

Es zeigte sich allerdings schon bald, dass für eine echte Reform eine Änderung der Verfassungsgrundlage unumgänglich war (für Vorinstanzen auf kantonaler und eidgenössischer Ebene, für Rechtsweggarantie und Zugangsschranken, für die Vereinheitlichung des Prozessrechts). Der gleichzeitig anlaufende Prozess der Verfassungsreform und das «Baukastensystem» kamen dem entgegen, weshalb sich die Justizreform als eines der Pakete in der Verfassungsreform aufdrängte. Die vom Departementsvorsteher eingesetzte Arbeitsgruppe «Justizreform auf der Verfassungsstufe» setzte sich aus Mitgliedern der Expertenkommission zusammen. Damit war nicht nur die «*unité de doctrine*» auf beiden Normstufen (Verfassung und Gesetz), sondern auch der Informationsfluss sichergestellt.

Der Zwischenbericht der Expertenkommission diente der «Arbeitsgruppe Justizreform» als Grundlage und umgekehrt. So konnte die Arbeitsgruppe bereits nach vier Sitzungen selbst einen Zwischenbericht und eine erste Normskizze abliefern (November 1994) und einige Monate später (März 1995) ihren Schlussbericht mit dem Vorentwurf, rechtzeitig im Hinblick auf die Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur neuen Bundesverfassung im Jahre 1996 (vgl. Koller 2009). Die Expertenkommission wiederum konnte die Ergebnisse der «Volksbefragung» verwerten und ihren Schlussbericht mit einem Entwurf zum Bundesgerichtsgesetz im Juni 1997 fertigstellen. Die Botschaft dazu konnte dem Bundesrat nach

der erfolgreichen Abstimmung über die Justizreform auf Verfassungsebene am 12. März 2000 ohne wesentliche Änderungen Anfang 2001 übergeben werden. Die parlamentarischen Debatten zu den einschlägigen Gesetzesentwürfen (Standort der Gerichte, Strafgerichtsgesetz, Bundesgerichtsgesetz, Verwaltungsgerichtsgesetz) war dank den guten und zügigen Vorarbeiten in den zuständigen Kommissionen (Rechtskommissionen und Justizkommission) sachlich und fundiert. Ein Referendum wurde (anders als 1990) nicht ergriffen.

Was ist daraus abzuleiten. Das parallele Vorgehen auf der Verfassungs- und auf der Gesetzesstufe, in gezielter Abfolge, hat sich sehr bewährt. Der Einsatz der gleichen Expertinnen und Experten auf beiden Normstufen war nutzbringend und zielführend. Die Zusammensetzung der Expertenkommission erwies sich als richtig. Die Zusammenarbeit mit einzelnen Experten setzte sich, in unterschiedlicher Zusammensetzung, bis in das parlamentarische Verfahren hinein fort. Schliesslich darf nicht unerwähnt bleiben, dass die Bundesgerichte wegen ihrer Uneinigkeit in wichtigen Fragen im politischen Prozess an Gewicht einbüssten, was vom damaligen Departementsvorsteher in der Endphase geschickt genutzt wurde.

6 Wichtige Entscheidungsträger frühzeitig einbeziehen (am Beispiel des Aktienrechts und der Sterbehilfe)

Ein zügiges Vorgehen, möglichst innerhalb von einer bis maximal zwei Legislaturperioden, hat sich als erfolgversprechend erwiesen, weil dann die Ansprechpartner und Meinungsbildner noch die gleichen sind und die Antriebskräfte bzw. der Schwung für ein bestimmtes Projekt aufrechterhalten bleiben. Von grosser Wichtigkeit sind auch die Stetigkeit des Informationsflusses und die dauernde Gesprächsbereitschaft mit den Exponenten der jeweiligen Lager sowie das persönliche Engagement der Vorsteherin oder des Vorstehers des Departements. Vom Departementsvorsteher «wider Willen» von Vorgängern übernommene Projekte haben sichtlich weniger Chancen auf Erfolg. Das zeigte sich beispielsweise bei der Aktienrechtsreform, die sich über Jahrzehnte hinweg zog. Es wurde auch deutlich bei der Reform des Rechnungslegungs- und Revisionsrechts, wo man sich zuerst fast ausschliesslich auf die Meinung der Fachleute grosser Revisionsgesellschaften abstützte und erst später das Augenmerk auch auf die kleinen und mittleren Unternehmen richtete. Erwähnen könnte man schliesslich auch die umstrittene Frage des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich der Sterbehilfe, wo es dank intensiven Gesprächen mit den Exponenten aller Ebenen und Schattierungen gelang, einen akzeptablen Kompromiss über das weitere Vorgehen zu erringen.

Verwaltungsintern von höchster Bedeutung sind die formalisierten Verfahren (Ämterkonsultation, Mitberichtsverfahren). Sie sind der Gradmesser für politische Empfindlichkeiten und sensible Themen. Verwaltungsextern sind die politischen Meinungen (ausser über die direkten Kontakte) insbesondere mit dem Vernehmlassungsverfahren zu «erspüren». Die Geringschätzung, die in den letzten Jahren Platz gegriffen hat, ist nicht berechtigt. Richtig durchgeführt, publizistisch begleitet und korrekt ausgewertet, sind diese Verfahren für den Gesetzgeber von unschätzbarem Wert – einmalig im Vergleich zum Ausland und kennzeichnend für unser politisches System.

7 In der parlamentarischen Begleitung Kohärenz sicherstellen

Die bisherigen Ausführungen bezogen sich schwergewichtig auf das verwaltungsinterne Vorverfahren. Nicht unwesentlich für die Entstehung eines «guten» Gesetzes ist indessen auch die Begleitung der Gesetzesprojekte durch die Verwaltung im parlamentarischen Verfahren, insbesondere in den Rechtsetzungskommissionen. Im politischen Prozess spielen zwar ganz andere Faktoren eine Rolle als in Expertenrunden und internen Arbeitsgruppen. Bei der multilateralen und multipolaren Entscheidungsfindung, wie sie für das parlamentarische Verfahren typisch ist, hat nur Chancen, wer koalitionsfähig ist. Um Mehrheiten zu erringen, muss man Kompromisse eingehen können, in einem Punkt nachgeben, um in einem anderen (Geschäft oder Gesetzesartikel) auf den Partner zählen zu können. Das ist für die Exponenten der Verwaltung, die von der Richtigkeit «ihres» Projektes und der Bedeutung jeder einzelnen Bestimmung überzeugt sind, manchmal schwierig. Zwei Gesichtspunkte scheinen mir diesbezüglich erwähnenswert:

Die Verwaltung hat sich zu bescheiden. Ihre Aufgabe besteht nicht im politischen Verkauf eines «Produktes». Bei der Begleitung von Gesetzesprojekten in den Rechtsetzungskommissionen stehen sachliche Orientierung und Begründungen im Vordergrund. Die Verwaltung trägt aber auch Mitverantwortung für die Kohärenz von Gesetzesprojekten, indem sie bei Abänderungsanträgen deutlich auf Querbezüge, Widersprüche und rechtliche Unvereinbarkeiten hinzuweisen hat. Das erfordert ein hohes Mass an Aufmerksamkeit, Sachkenntnis und Hartnäckigkeit.

Ein Zweites scheint mir diesbezüglich bemerkenswert. Die Bediensteten der Verwaltung zeichnen sich nach meiner Erfahrung durch eine hohe Loyalität und grosse Dienstfreude aus. Sie dienen jedoch grundsätzlich einer Sache und nicht einer Person. Willfähigkeit hat deshalb im Gesetzgebungsprozess ihre Grenzen, auch wenn man sich durch Hartnäckigkeit nicht nur beliebt macht. Es gilt auch hier den Mittelweg, vor allem aber den richtigen Ton zu finden.

8 Schlussbemerkungen

1. Man muss sich als Juristin oder Jurist bei allen Bemühungen um «gute Gesetze» stets vor Augen halten, dass das Gesetz letztlich «geronnene Politik» ist: Ausfluss eines politischen Prozesses. Dabei steht der Gesetzgeber meistens unter Zeitdruck und Bewertungsnot. Zudem führen die politischen Strukturen und neue Entwicklungen immer wieder dazu, dass in einem späten Stadium des Verfahrens Sachverhalte in einem Gesetz geregelt werden, die nach dem ursprünglichen Konzept nicht vorgesehen waren (man denke an die sog. «Minderinitiative» [Gegen die Abzockerei], angenommen am 15. Mai 2015, oder an die «Verwahrungsinitiative», angenommen am 28. Febr. 2004). Das führt zu Unstimmigkeiten, Inkohärenzen, Widersprüchen.
2. Ein weiterer Grund für mangelhafte Gesetze ist die zunehmende Komplexität der zu steuernden gesellschaftlichen Wirklichkeit, zu erwähnen etwa die Technisierung, Globalisierung, Internationalisierung u. a. m. Fälschlicherweise glaubt man, diese Wirklichkeit mit noch mehr Normen und noch dichtem Gefüge einfangen und beherrschen zu können. Bei jedem grösseren Ereignis ist der Ruf nach Einschreiten des Staates und nach Regulierung unüberhörbar. Das ist eine Überforderung des Gesetzes, untergräbt das Vertrauen in die Wirksamkeit dieses Handlungsinstruments und in die rechtsstaatlichen Institutionen (Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichte). Je komplexer die Materie und je dichter die Normen, desto rascher sind Berichtigungen und Nachbesserungen aufgrund von Fehlentwicklungen und Nutzlosigkeit nötig, manchmal gar vor der Inkraftsetzung.
3. Damit sind wir beim Thema «Gesetzesflut» angelangt, das in mehreren Beiträgen der eingangs erwähnten Schrift (Griffel, Hrsg., 2014) erörtert wird. Ich habe mich zu den Ursachen bis jetzt bewusst nicht geäußert. Ich beschränke mich auf zwei Aspekte: Wir alle und vor allem alle Politikerinnen und Politiker beklagen die Gesetzesflut. Wenn es aber um individuelle Interessen geht, dann wird sofort (und bis in alle Einzelheiten) eine Normierung, ein Gesetz oder die Ergänzung eines Gesetzes gefordert. Tatsächlich ist es so, dass heute die Rechtsordnung nicht mehr aufgebaut, sondern eher ausgebaut, ergänzt und verändert wird. Fragen der Notwendigkeit, der Wirkungsanalyse, der richtigen Einordnung in das Gefüge des geltenden Rechts erhalten dadurch eine zunehmende Bedeutung (Recht pflegen statt Gesetze machen).
4. Zum Schluss: Vielleicht sollte man bei der Kritik an der Gesetzgebung und an den Gesetzen bzw. bei der Bewertung «guter Gesetze» vermehrt und besser

unterscheiden, welche Massstäbe man ansetzt. Ist es die handwerkliche Qualität (die Verletzung fachmethodischer Grundsätze, die Sprache, die Logik, der Aufbau, die Widersprüchlichkeit, die Praktikabilität), die man bemängelt, oder sind es die politischen Wirkungen, die einem gefallen oder missfallen? Nun weiss man, dass Form und Inhalt sich nicht strikte trennen lassen und aufeinander bezogen sind. Gemessen werden aber kann die Güte eines Gesetzes letztlich ohnehin nur an ihrem Beitrag zur Herstellung sozialer Gerechtigkeit.

*Prof. Dr. iur. et lic. oec. Heinrich Koller, RA, ehem. Direktor Bundesamt für Justiz;
E-Mail: heinrich.koller@staehelin-olano.ch*

- * Überarbeitete Fassung des Referats zur Buchver- nissage «Vom Wert einer guten Gesetzgebung» (Griffel, Hrsg., 2014) am 19. März 2014 in Bern. Der Vortragsstil ist im Wesentlichen beibehalten wor- den.

Anmerkungen

- 1 Insgesamt waren es 50 allgemeinverbindliche Bun- desbeschlüsse, mit denen 61 bestehende Gesetze und 9 neue Erlasse hätten geändert bzw. geschaffen werden sollen, zudem fast doppelt so viele Verord- nungen.
- 2 Innerstaatlich motivierte Programm- und Paketvor- lagen gab es freilich schon vor Eurolex, so etwa bei der Aufgabenteilung Bund-Kantone, beim Gleich- stellungsprogramm und bei der Vereinfachung von Bewilligungsverfahren bei Grossprojekten, dann aber vor allem bei Nachfolgeprogramm zu «Euro- lex» unter der Bezeichnung «Swisslex» und bei der Neuordnung des Finanzausgleichs «NFA».
- 3 Bei 16 Vorlagen wurde auf Änderungen ganz ver- zichtet, in 11 weiteren Fällen ein Reziprozitätsvorbe- halt hinzugefügt.

Literaturverzeichnis

- Gesetzgebungsleitfaden des Bundes, 2007, Bundesamt für Justiz, 3. Aufl. Bern.
- Griffel, Alain, 2013, Gesetzgebung im Sinkflug, *Neue Zürcher Zeitung* vom 8. Februar 2013.
- Griffel, Alain (Hrsg.), 2014, Vom Wert einer guten Ge- setzgebung. Bern.
- Koller, Heinrich, 1992, Die Umsetzung des EWR-Abkom- mens in das schweizerische Recht als Herausforde- rung und Chance, in: Das Abkommen über den EWR, Eine Orientierung, hrsg. von R. Zäch et al., Zürich, 233 ff.
- Koller, Heinrich, 1994, Der Schweizerische Gesetzgeber vor der internationalen Herausforderung: Erfahrungen mit «Eurolex» – «Swisslex» – «Gattlex», ZBl 6/1994, 241 ff.
- Koller, Heinrich, 2009, Die schöpferische Kraft der Ver- waltung – Einblicke in die Werkstatt der Verfas- sungsreform, in: Georg Kreis (Hrsg.), Erprobt und entwicklungsfähig. Zehn Jahre neue Bundesverfas- sung, Zürich.
- Müller, Georg / Uhlmann, Felix, 2013, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 3. Aufl. Zürich.

Résumé

L'auteur met en lumière l'importance de la procédure législative préliminaire (de l'analyse du mandat en passant par la gestion du projet et la méthodologie jusqu'à l'accompagnement pendant la procédure parlementaire) et des conditions générales qui ont déterminé ou peuvent déterminer le succès ou l'échec de projets législatifs. Il analyse des projets qui ont occupés l'administration pendant une longue période, notamment les grands projets interdisciplinaires qu'il a dirigés entre 1989 et 2006. L'auteur montre également par quelques exemples à quel point il est crucial d'intégrer suffisamment tôt les autorités politiques à la procédure préliminaire.