



Die Qualität der Gesetzgebung (Podiumsdiskussion) La qualité de la législation (podium)

Carlo Schmid / Michael Leupold / Gilles Petitpierre | *Bevor einzelne Aspekte des Tagungsthemas in Referaten behandelt wurden, diskutierten Carlo Schmid, Michael Leupold und Gilles Petitpierre an einer Podiumsdiskussion über die Qualität der Gesetzgebung. Die drei folgenden Beiträge geben die wichtigsten Diskussionspunkte und die Meinung der Podiumsteilnehmer zusammengefasst wieder. Der Duktus der gesprochenen Sprache wurde beibehalten.*

Carlo Schmid / Michael Leupold / Gilles Petitpierre | *Avant d'écouter les exposés traitant des différents aspects du thème du jour, Messieurs Carlo Schmid, Michael Leupold et Gilles Petitpierre ont échangés quelques propos sur la question de la qualité de la législation. Leurs contributions, reproduites ci-dessous avec le ton original de la discussion, résument les points de vue émis au cours de cette discussion.*

Carlo Schmid

Die Frage nach der materiellen und der formellen Überprüfung der Bundesgesetzgebung, welche die Grundlage der heutigen Tagung ist, fokussiert auf die Frage: Was ist qualitativ gute Gesetzgebung. Das Hauptproblem ist, ob man materielle und formelle Überprüfung auseinanderhalten kann. Ich versuche es trotzdem.

Die materielle Beurteilung eines Gesetzes ist eine politische Frage. Ein Gesetz ist gut, wenn es meinem Staatsbild entspricht. Eine Diskussion in diesem Kreis erübrigt sich somit; diese Frage ist vom Volk zu beantworten.

Ein gutes Gesetz ist ein Gesetz, das tauglich ist, um meine Absichten zielgenau umzusetzen. Es sollte ohne überflüssigen Aufwand für die Rechtsbetroffenen und die Rechtsanwender und ohne unerwünschte Kollateralschäden umsetzbar sein.

Eine formelle Definition zu geben ist schwieriger. Frau Bundeskanzlerin Annemarie Huber-Hotz hat einige wichtige Elemente erwähnt. Zweifellos sollte ein Gesetz sowohl für die Rechtsunterworfenen als auch für die Rechtsanwender verständlich sein. Ein Landwirtschaftsgesetz ist anders zu formulieren als das Kernenergiehaftpflichtgesetz. Ein Gesetz sollte vor allem für die unmittelbar Betroffenen verständlich geschrieben sein. Dagegen sind Gesetze wie das Strafgesetzbuch allgemein verständlich zu formulieren. Ein weiteres Element ist die Übersichtlichkeit. Die Systematische Sammlung des Bundesrechts ist hier eine grosse Errungenschaft. Als Anwalt in Kantonen ohne systematische Rechtssammlung tätig zu sein, ist eine unerträgliche Veranstaltung. Das führt zu langwierigen Nachforschungen.



Eine solche Situation haben wir flächendeckend mit der EU. Es ist schwierig, festzustellen, was geltendes EU-Recht ist. Diesem Problem müssen wir unsere ganze Aufmerksamkeit und Sorge widmen. Die Staatspolitische Kommission des Ständerats hat hierzu einmal ein zweitägiges Seminar an der Universität durchgeführt. Es hat sich gezeigt, dass dieses Seminar äusserst notwendig war. Hier haben wir etwas zu lernen.

Dass die Gesetze untereinander kohärent und koordiniert sein müssen, ist klar. Das Strafgesetzbuch lässt hier grüssen. Wir haben Huckepack-Gesetzgebungen, welche dann das Auffinden der Gesetze auch nicht gerade einfach macht.

Und noch ein Wort zur Normendichte: Frau Bundeskanzlerin Annemarie Huber-Hotz hat gesagt, dass die Phase 2 die materielle Deregulierung darstelle. Je veux bien. Aber ich bin der Auffassung, dass die Frage der schlanken Gesetzgebung auch eine Kehrseite hat. Denn je schlanker ein Gesetz, desto dichter die Verordnungen. Gesetzgebungsverschlinkung ist eine Gewichtsverlagerung von der Legislative hin zur Exekutive. Und in der Summe keine Verbesserung. Die Gesetzesflut wird eingedämmt, aber nicht die Normenflut. Das ist eine reine Frage der Erlasshöhe und eine Frage der demokratischen Legitimation.

Das Umweltschutzgesetz in der Schweiz wird immer gelobt als ein schlankes Gesetz. Zusammen mit den Verordnungen des Bundes und den Ausführungserlassen der Kantone ist es eines der grössten Erlasskompendien, die es überhaupt gibt.

Wir müssen auch feststellen: Je schlanker ein Gesetz, desto dichter die Rechtsprechung. Es gibt dann eine Gewichtsverschiebung von der Legislative zur Judikative, und es gilt dann mutatis mutandis das Gleiche wie beim vorher Gesagten.

Eine Entschlackung ist also nur dann sinnvoll, wenn in der Tat eine Erledigung der entsprechenden Normen vor sich geht, dass Bürgerinnen und Bürger, Private und Unternehmungen tatsächlich wieder mehr Freiheit erhalten, und es nicht einfach darum geht, weniger Gesetze, dafür aber mehr Verordnungen und Rechtsprechungen zu haben.

Carlo Schmid, Rechtsanwalt, Ständerat, Oberegg AI





Michael Leupold

Die Ausgangslage für die heutige Fragestellung ist eine rechtspolitische. Man kann nicht in Abrede stellen, dass die Quantität und die Kadenz der Rechtsetzung ganz klare Auswirkungen haben auf die Qualität. Das beginnt bei banalen technischen Zusammenhängen: Je mehr und je rascher legifert wird, desto eher geraten die Qualitätssicherungsinstrumente im Rechtsetzungsprozess unter Druck. Das sind Kapazitäts- und Fristenfragen, Fragen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die zur Verfügung stehen.

Je nach Gebiet, auf dem legifert wird, sind die Anforderungen an gute Gesetzgebung ganz andere. Es geht um die Grundfrage: Was muten wir dem System insgesamt zu, oder anders gefragt: Wo sind die Grenzen der Systemkomplexität des gesetzten Rechts, die man nicht ohne qualitative Einbussen überschreiten kann? Diese Frage ist ganz zentral, um die kommt man nicht herum, und man kann nicht so tun, als ob das eine politische Frage sei, zu der wir uns keine Gedanken machen müssen.

Diese Tagung ist Anlass für ein grundsätzliches Nachdenken darüber, welche Gründe diese Systemkomplexität hat und weshalb sie stetig vergrößert wird. Viele Ursachen sind banal: Zunahme der Staatsaufgaben, internationale Verflechtungen usw. Wie das Herr Ständerat Schmid angetönt hat, muss man sich aber auch Gedanken darüber machen, ob es nicht auch Räume gibt, wo wir die Regulierungsfreiheit mit allen ihren Risiken, aber auch ihren Chancen aushalten können.

Man muss sicher auch über die philosophische Grundfrage nachdenken, was eigentlich der Wert der Freiheit per se, der Handlungsfreiheit der Individuen ist und was die Voraussetzungen sind, unter denen man die Handlungsfreiheit überhaupt einschränken soll.

Die Hemmschwelle, in regulierungsfreie Bereiche einzudringen, ist in den letzten Jahren gesunken. Ich bin der Überzeugung, dass hier Bereiche durchreguliert worden sind, in einer Art und Weise, wie das bei Lichte betrachtet nicht nötig wäre. Das führt wieder zur Ausgangsfrage.

Ein zweiter Komplex betrifft die Frage, was formelle oder technische Anforderungen an gute Gesetzgebung sind. Hier hat die Wissenschaft detaillierte Kriterien entwickelt und Möglichkeiten aufgezeigt, wie man technisch und systematisch kohärent legifertieren kann. Diese Regeln sind aber natürlich nur Optionen, und es ist die hohe Kunst derjenigen, die Recht setzen, aus dieser Palette an technischen Mitteln das adäquate Mittel auszuwählen, um zu einem Regelungserfolg zu kommen. Dass die Wahl des adäquaten Wegs mit zunehmender Systemkomplexität nicht einfacher wird, liegt auf der Hand. Das Fehlerrisiko – ganz banale Interdependenzen, die nicht rechtzei-





tig gesehen werden oder die erst in der praktischen Anwendung eines Gesetzes ans Licht kommen – nimmt zu, weil die geregelte Materie derart umfangreich und unübersichtlich ist, dass die Juristin oder der Jurist, der mit einem Rechtsetzungsgeschäft beschäftigt ist, hier an Grenzen kommt.

Eine weitere Frage, die sich uns insbesondere stellt, ist: Wie stelle ich sicher, dass die technischen Regeln im Ablauf des Gesetzgebungsvorgangs beachtet werden? Hier läuft ein Optimierungsprozess, der nie abgeschlossen ist, weil man auf wechselnde Bedürfnisse eingehen muss.

Und eine weitere Frage lautet: Was machen wir, um die bestehende normative Landschaft zu verbessern? Hier ist ein grosses Projekt, die formelle Überprüfung, sicher nötig, weil schon eine formelle Durchsicht Erlasse zu Tage fördert, auf die man mit Fug verzichten und aus der Systematischen Sammlung des Bundesrechts entfernen kann.

Man muss dann einen Schritt weiter gehen und versuchen, die Rechtsordnung materiell zu überprüfen, zu verbessern und auch überall dort, wo das angezeigt ist, ausdünnen. Ich glaube nicht, dass eine solche Übung flächendeckend eine Chance auf Gelingen hat, sondern ich denke, dass man hier pragmatisch vorgehen und einzelne Bereiche herausgreifen muss. Dabei denke ich, um Ihnen ein Beispiel zu nennen, an den besonderen Teil des Strafgesetzbuches und das Nebenstrafrecht, wo gewisse Inkohärenzen bestehen. Ich denke an wichtige Regeln wie das Bestimmtheitsgebot, denen man hier zum Durchbruch verhelfen könnte.

Ich mache mir aber keine Illusionen, dass sich ungeachtet der Norm, die man angeht, sofort Widerstand regt von den Leuten, die diese Norm brauchen, um die Verwaltungsaufgabe, die sie erfüllen müssen, zu sichern oder ihren Verwaltungszwang durchzusetzen oder sonst diese Norm anwenden und Angst haben, dass dann ihre Aufgabe weniger wichtig ist usw. Der Weg ist dornenvoll, aber man muss ihn trotzdem gehen mit dem notwendigen Pragmatismus.

Noch ein letzter Punkt: Insgesamt muss sich jeder Rechtsetzende auch Überlegungen machen zum Verhältnis «Rechtsetzung – Rechtsanwendung», mit allen Rückschlüssen auf Normdichte, Technizität oder Abstraktionsgrade von Erlassen. Gerade dort, wo Erlasse von einer hohen Technizität geprägt sind und die Regelungsdichte hoch ist, entsteht aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber dem Gesetzesanwender grundsätzlich lieber weniger als mehr zutraut und deshalb seine Handlungsspielräume lieber einschränkt als erweitert, ein Druck auf dauernde Revision des gesetzten Rechtes.

Michael Leupold, Dr. iur. Direktor des Bundesamts für Justiz, Bern





Gilles Petitpierre

Le problème pour moi est de savoir garantir la qualité dans une perspective qui place la loi dans les instruments d'action de l'Etat. Il me semble que la problématique est la suivante: la loi, dans la situation actuelle, est-elle un instrument positif, favorable, aisément utilisable pour l'action de l'Etat? C'est comme instrument de l'action de l'Etat que la loi doit être abordée, pour sortir de la réflexion classique.

On a légiféré sur des valeurs, au 19^{ème} siècle en particulier, dans un contexte qui était relativement facile. Le consensus social était relativement répandu, la règle était que l'on n'intervenait que là où c'était vraiment nécessaire ; la liberté ouvrait toutes les voies non fermées par la législation. On avait au fond une législation en complément d'une sorte d'éthique sociale générale minimale. Peu à peu, imperceptiblement, on a passé dans un système où la loi est devenue l'instrument d'une politique : politique sociale, politique économique, politique de l'environnement, etc. On ne s'en est pas aperçu assez tôt, et on est maintenant dans un autre monde.

L'ambiance a complètement changé de ce fait, et je pense que l'on ne s'en est pas encore vraiment aperçu.

Je prends par exemple la loi sur les denrées alimentaires : cela n'a plus rien à voir avec une organisation minimale de la société. Cela a à voir avec une organisation affectant la sécurité des consommateurs, la concurrence entre les producteurs, la concurrence avec les pays étrangers. Peut-on encore dire en matière de denrées alimentaires : tout ce qui n'est pas interdit est permis ? Quand on mangeait des poireaux, des radis en hiver, une poule et des frites le dimanche, tout allait bien. Mais aujourd'hui, comme on mange des produits chimiques du soir au matin, du 1er janvier au 31 décembre, on ne peut plus poser le principe, facile, que la liberté est la règle. Le principe devrait être que l'introduction de tout nouveau produit alimentaire sur le marché devrait être soumise à une autorisation préalable. Comment allons-nous nous débrouiller avec cette situation nouvelle?

J'aimerais dire en premier lieu mon admiration pour le travail législatif qui se fait, car il est devenu d'une difficulté, d'une complexité invraisemblable. Je suis d'accord avec M. Schmid pour dire que, notamment au Conseil des Etats, le travail législatif est de bonne qualité : le parlement ne se contente pas d'avaloir les projets que lui soumet l'administration. Toutefois, vous serez d'accord avec moi pour dire que le parlement est trop chargé, et qu'avec plus de temps et une aide technique plus solide, les parlementaires pourraient mieux travailler. J'ai constaté personnellement, à quelques occasions, que nous réalisons que nous faisons une erreur, mais que l'on nous répondait





qu'il était trop tard pour la corriger, par exemple au niveau de la Commission de rédaction. On devrait pourtant pouvoir remédier à ce genre de cas. Ce sont souvent de petites choses, sans gravité. Dans un cas pourtant, il était trop tard, mais j'étais tellement mécontent comme rapporteur que je suis allé à la tribune du Conseil des Etats pour relever que le texte ne devait pas être appliqué tel que le parlement l'avait adopté, car nous avions voulu autre chose! Et j'ai eu de la chance, le Tribunal fédéral a lu mon intervention, et il a été d'accord avec moi ! Je referme la parenthèse.

Le changement d'objet de la législation fait que l'on change de méthode et implique une évolution de la procédure législative. La consultation permanente et le fait qu'il faille concilier des intérêts divergents déjà lors de l'élaboration de la législation compliquent la formation de l'expression de la volonté du législateur. Il faut tenir compte de tout le monde, il faut voir les intérêts divergents, il faut se prémunir contre les risques d'un référendum, et de nouveau, l'évolution de l'objet implique une évolution de la préparation de la législation. Il en résulte une certaine obscurité de la législation. Ceci est inévitable. Pas de perfection dans ce domaine, cela me paraît exclu. Mais alors se pose la question de la prévisibilité: plus la législation est précise et détaillée, que ce soit au niveau de la loi ou de l'ordonnance – je préfère à vrai dire que ce soit au niveau de la loi pour les motifs évoqués par M. Schmid, moins elle est prévisible, moins elle est évidente.

Je pars de l'idée que dans un système qui semble reposer sur la liberté personnelle, l'imprévisibilité doit être réduite au minimum. On n'est pas libre si l'on apprend après coup que quelque chose est interdit, ou que l'on apprend après coup que l'on peut être tenu responsable de ses actes. La prévisibilité d'une loi est une condition sine qua non dans un système philosophique qui repose sur la liberté et la responsabilité personnelles. C'est une première remarque.

Comme seconde remarque, il faut se demander, mais c'est un immense travail, si nos techniques législatives sont vraiment les bonnes et s'il ne faudrait pas, au niveau de l'expression de la volonté de l'Etat d'une part, et au niveau de la solution des conflits qui résultent de l'application du droit d'autre part, changer radicalement un certain nombre de choses.

Pour tous ces domaines complexes, variables, sujets à une évolution technique permanente, je me demande s'il ne faudrait pas étudier, dans un cadre légal tout-à-fait général, des techniques de concertation, de responsabilisation, d'autocontrôle (on connaît déjà cela dans certains domaines), en veillant à leur efficacité. Pour la solution des conflits, il faudrait essayer d'éviter notre traditionnelle méthode binaire, même d'ailleurs dans le cadre





de la juridiction gracieuse: on échange des mémoires, cela dure long-temps, et puis il y ensuite des recours, et tout cela prend un temps énorme et a un coût énorme. Là aussi, on devrait faire preuve d'imagination.

Je conclus en disant que tout est possible, et qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre le formel et le matériel pour les raisons qui découlent de ce que je viens de dire. Au fond, les deux aspects de la législation sont tellement liés qu'il est difficile de faire cette distinction. Le travail qui se fait actuellement est bien fait, mais il peut encore être amélioré. Mais si l'on veut vraiment aboutir à de véritables réformes en profondeur, il faut réfléchir sur les limites de l'adéquation de la loi ou de la réglementation comme instrument principal de l'action de l'Etat, et se demander s'il ne faut pas lui associer d'autres techniques.

Gilles Petitpierre, Prof., Université de Genève, a. Conseiller aux Etats, Genève