



ZfR

Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)
Felix Uhlmann (Hrsg.)

Band 1

Rechtsetzung und Verfassungsgebung

Kolloquium zu Ehren von
Professor Kurt Eichenberger



DIKE



K. Edenberger.

Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)

Felix Uhlmann (Hrsg.)

Band 1

Rechtsetzung und Verfassungsgebung

Kolloquium zu Ehren von
Professor Kurt Eichenberger



Bibliografische Information der «Deutschen Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2013
ISBN 978-3-03751-512-9

www.dike.ch

Vorwort

Rechtsetzungslehre und Verfassungsgebung, zwei Themen, mit welchen ein wesentlicher Teil des akademischen Wirkens von Kurt Eichenberger umschrieben werden kann, bildeten Gegenstand des am 15. Juni 2012 in Zürich abgehaltenen Kolloquiums. Kurt Eichenberger wäre einen Tag später 90 Jahre alt geworden.

Ziel des Kolloquiums war einerseits ein Rückblick auf das Wirken von Kurt Eichenberger. Die Erkenntnisse von Kurt Eichenberger sollten aber auch einen kritischen Blick auf die Gegenwart erlauben. Aus diesem Grund wurden bewusst zwei Referenten ausgewählt, die zu Kurt Eichenberger keine direkte akademische Beziehung haben. Herrn Prof. Dr. Benjamin Schindler sowie Herrn PD Dr. Stefan Vogel sei für die gehaltvolle Aufarbeitung der beiden Themen bestens gedankt. Ihre Beiträge bilden den Hauptinhalt dieses Tagungsbandes.

Die Themen des Kolloquiums haben Anlass zu angeregten Diskussionen gegeben, deren Ergebnisse ebenfalls in den vorliegenden Band aufgenommen wurden. Teilweise wurden die Diskussionsbeiträge für die Publikation angepasst. Allen Votantinnen und Votanten sei für ihre Beiträge gedankt, ebenso Herrn lic. iur. David Hofstetter für die umsichtige Redaktion einer ersten Fassung der Voten und für die weitere Betreuung des Tagungsbandes.

Ein grosser Dank geht schliesslich an die Mitglieder des sog. «Eichenberger-Kränzleins», allen voran an Georg Müller. Sie haben mit Elan und finanziellen Mitteln die Durchführung des Anlasses in einem würdigen Rahmen erst ermöglicht.

FELIX UHLMANN

Inhaltsübersicht

Begrüssung und Einführung 9

Felix Uhlmann

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht sowie
Rechtsetzungslehre an der Universität Zürich

Verfassungsgebung: Eine Standortbestimmung aus schweizerischer Sicht 11

Stefan Vogel

PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Fällanden

Diskussion zum Referat von Stefan Vogel 45

Rechtssetzungslehre: Der Beitrag von Kurt Eichenberger aus heutiger Sicht 65

Benjamin Schindler

Prof. Dr. iur., Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen

Diskussion zum Referat von Benjamin Schindler 83

Begrüssung und Einführung

Felix Uhlmann

Ich bin sehr erfreut, dass das Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR) heute diese Tagung durchführen kann und ich begrüsse Sie hierzu ganz herzlich. Das ZfR führt bereits seit mehreren Jahren Tagungen durch, die sich aber mehrheitlich an der Praxis orientieren mit dem Ziel des Gedankenaustausches, vereinzelt aber auch mit einer rein wissenschaftlichen Ausrichtung. Heute stehen wissenschaftliche Fragen im Vordergrund, Rechtsetzung und Verfassungsgebung mit dem Anknüpfungspunkt an einen grossen Vordenker, nämlich Kurt Eichenberger (K.E.).

Wir freuen uns, dass wir für die Aufarbeitung des Wirkens von K.E. die Referenten PD Dr. Stefan Vogel, Leiter des Rechtsdienstes der Flughafen Zürich AG, sowie Prof. Dr. Benjamin Schindler, Professor an der Universität St. Gallen, gewinnen konnten. An dieser Stelle besten Dank an die Referenten für die Mühe der Aufarbeitung des Wirkens von K.E.

Zum Ablauf: Wir haben zwei Referate zu jeweils 30–45 Minuten auf dem Programm, anschliessend besteht die Möglichkeit zu ausführlicher Diskussion. Wir haben die Diskussionszeit absichtlich grosszügig ausgestaltet. Sie sollen die Möglichkeit haben, sich vertieft zu äussern und zu diskutieren.

Zu den Referaten selbst: Ich beschränke mich auf einige wenige Worte. Zur Verfassungsgebung: «Tagespolitische Entscheidungen und modische Inhalte gehören nicht in die Verfassung», so eine Aussage von K.E. Betrachtet man die Tagespresse, erscheint das Verfassungsrecht eher als politische Kampfzone. War das schon immer so? Was sind und sollten die Antworten der Wissenschaft auf solche Tendenzen sein? Ich bin auf jeden Fall zuversichtlich, dass ich in zwei Stunden mehr weiss.

Rechtsetzung: Hier ist mir aufgefallen, wie richtig und wichtig die Aussagen von K.E. heute noch immer sind. Die Aussagen sind aber nicht mehr im juristischen Bewusstsein. Die Aktualität der doch über dreissigjährigen Aussagen von K.E. deutet vielleicht auf eine gewisse Trägheit im Bereich der Rechtsetzungslehre hin, was mich beunruhigt.

Ich selber durfte K.E. nur noch kurz an der Universität Basel als Dozent erleben, im Bereich des Staatsrechts. Wenn ich zurückblicke, sehe ich bei ihm vor allem eine grosse Begeisterung für wissenschaftliche Fragestellungen ohne jede dogmatische Verbissenheit. Eine solche Haltung ist vorbildlich.

Verfassungsgebung: Eine Standortbestimmung aus schweizerischer Sicht

Zugleich eine Würdigung des Wirkens von Kurt Eichenberger und seiner Einflüsse auf die Verfassungswerkstatt Schweiz

Stefan Vogel

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	12
II.	Verfassungsbegriff	13
III.	Wesen/Kernelemente einer Verfassung	15
	A. Besondere Qualität	15
	B. Ausschliesslichkeitsanspruch	16
	C. Verbindlichkeit	18
	D. Rahmenordnung	18
	E. Beständigkeit	19
IV.	Verfassungsfunktionen	19
	A. Allgemeines	19
	B. Ordnungsfunktion	20
	C. Organisationsfunktion	20
	D. Aufgaben- und Machtkontrollfunktion	21
	E. Gestaltungs- und Steuerungsfunktion	21
	F. Integrationsfunktion	22
	G. Orientierungsfunktion	23
	H. Internationale und innerstaatliche Vernetzungsfunktion	24
V.	Grundlagen der Verfassungsgebung	24
	A. Unterscheidung in verfassungsgebende und -ändernde Gewalt?	24
	B. Revisionstypen	26
	C. Rechtliche Vorgaben/Schranken	27
	D. Faktische Bindungen	28
	E. Gestaltungsgebote	30
	F. Verfassung und Politik	32
VI.	Kurt Eichenberger und die Verfassungswerkstatt Schweiz	33
	A. Prägende Einflüsse von Kurt Eichenberger	33
	B. Realitätsgebundener Reformansatz	34
	C. Gegenwartsbezogener Fokus	36
	D. Austariertes Rollenverständnis	37
	E. Grenzen der Machbarkeit	38
	F. Veränderte Rolle der Kantonsverfassungen	39

VII. Abschliessende Thesen	40
A. Voraussetzungsvolle Verfassungsgebung	40
B. Das Staats-Dilemma der (nationalen) Verfassung	40
C. Verfassungsgebung als Instrument des Dialogs	41
D. Die Verfassung als (Ver-)Mittlerin	42
E. Die Verfassung als permanente Baustelle	42

I. Einleitung

Das Thema der Verfassungsgebung hat die schweizerische Staatsrechtslehre während der letzten 50 Jahre nachhaltig beschäftigt und geprägt. Im Zentrum der Aufmerksamkeit stand dabei die Frage nach der Wünschbarkeit, Machbarkeit und adäquaten Ausgestaltung einer umfassenderen Verfassungsreform. Oder anders ausgedrückt: Was kann und soll Verfassungsgebung heute (noch) bewirken? Ist sie das Leuchttfeuer, das der Gesellschaft ihren Weg in die Zukunft weist, oder vielmehr die Laterne am Schluss des politischen Umzugs, welche einmal gefundene Kompromisse aufzeigt und dokumentiert? Eine wesentliche Erkenntnis sei vorweggenommen: Die Antwort auf die eben gestellte Frage muss je nach Ort und Zeit verschieden ausfallen. Aussagen über den Stellenwert der Verfassungsgebung sind – wie die Verfassung selbst – untrennbar verwoben mit der Identität und der Verortung einer staatlichen Gemeinschaft.

Nachdem sich der Bund und fast sämtliche Kantone¹ eine neue Verfassung gegeben haben, erscheint die Zeit für eine Standortbestimmung geeignet. Aufgrund der föderalistischen Vielfalt verfassungsrechtlicher Reformprojekte, an welchen in den letzten Jahren gearbeitet wurde, hat man die Schweiz bisweilen als Verfassungs-«Werkstatt»² oder -«Experimentierlabor»³ bezeichnet. Was die

¹ Vgl. die Übersicht bei *Denise Buser*, *Kantonales Staatsrecht*, 2. Aufl., Basel 2011, Rz. 36.

² *Urs Bolz/Walter Kälin*, *Die neue Verfassung des Kantons Bern*, in: dies. (Hrsg.), *Handbuch des bernischen Verfassungsrechts*, Bern/Stuttgart/Wien 1995, S. 6; *Denise Buser*, *Moderne Akzente in der baselstädtischen Kantonsverfassung – im Vergleich mit anderen Kantonen*, in: dies. (Hrsg.), *Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt*, Basel 2008, S. 3; *dies.*, *Staatsrecht* (Anm. 1), Rz. 37; *Bernhard Ehrenzeller*, *Reformprozesse im Verfassungsrecht von Bund und Kantonen*, in: Daniel Thürer u.a. (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, § 12 Rz. 11; *Peter Häberle*, *Die Kunst der kantonalen Verfassungsgebung – das Beispiel einer Totalrevision in St. Gallen* (1996), in: *ZBl* 1997, S. 106.

³ *Giovanni Biaggini*, *Erste Erfahrungen mit der Kantonsverfassung des Kantons Basel-Landschaft von 1984*, in: Kurt Jenny u.a. (Hrsg.), *Staats- und Verwaltungsrecht des*

Anzahl erfolgter Totalrevisionen anbelangt, dürfte die Schweiz weltweit einen Spitzenplatz einnehmen. Insofern verfügt derzeit kaum ein anderes Land über einen derart reichen Erfahrungsschatz zum Thema der Verfassungsgebung. Erkenntnisse lassen sich dabei aber wohl nicht ohne weiteres verallgemeinern und auf andere Länder übertragen, da sich das besondere politische System der Schweiz prägend auf die Verfassungsfunktionen auswirkt.

Untrennbar verknüpft mit der jüngeren schweizerischen Verfassungsgeschichte ist der Name von *Kurt Eichenberger*, der sich intensiv mit dem Thema der Verfassungsgebung beschäftigte und mit seinen Arbeiten die heutige Verfassungslandschaft nachhaltig beeinflusste.⁴ Ihm sind die folgenden Überlegungen im Besonderen gewidmet, indem vor allem geprüft werden soll, inwieweit die Praxis zentralen Postulaten von Kurt Eichenberger folgte und wie seine Thesen aus heutiger Sicht zu beurteilen sind.

Zunächst gilt es jedoch einige Überlegungen zu den *Grundlagen* der Verfassung und der Verfassungsgebung anzustellen. Kurt Eichenberger wird uns auch hier allgegenwärtig begleiten, denn kaum eine Abhandlung zu diesem Thema kommt an seinem Namen vorbei.

II. Verfassungsbegriff

Letztlich verfügt jedes politisch-herrschaftliche Gebilde über eine empirische Organisationsordnung und damit eine «Verfassung» im weiteren Sinn.⁵ Das moderne Verfassungsverständnis ist enger und wurde Ende des 18. Jahrhunderts namentlich geprägt durch die Gründung der Vereinigten Staaten von Amerika und die französische Revolution.⁶ Danach handelt es sich beim Verfas-

Kantons Basel-Landschaft, Liestal 1998, S. 75; *Bernhard Ehrenzeller/Roger Nobs*, Gemeinsamkeiten und Unterschiede der totalrevidierten Kantonsverfassungen, in: ZBl 2009, S. 30.

⁴ Dazu nachfolgend Ziff. VI.A.

⁵ *Kurt Eichenberger*, Sinn und Bedeutung einer Verfassung, in: ZSR 1991/II, S. 165; *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Bad Homburg v.d. Höhe/Berlin/Zürich 1966, S. 505; *Anne Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Habil., Berlin 2001, S. 42.

⁶ *Giovanni Biaggini*, in: ders. u.a. (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, § 7 Rz. 12; *Kurt Eichenberger*, Der Verfassungsbegriff auf Bundes- und Kantonsebene, in: *Georg Müller u.a.* (Hrsg.), Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel/Genf/München 2002, S. 89.

sungserlass um einen *Rechtsakt mit Fundamentalcharakter*, welcher einem Gemeinwesen seine (Rechts-)Staatlichkeit in weiten Teilen erst vermittelt, indem er es von anderen gesellschaftlichen Gebilden abhebt, als identitäts- sowie einheitsstiftender Faktor wirkt und eine Reihe elementarer Festlegungen trifft.⁷ Die Verfassung regelt *Staatsaufbau* sowie *-organisation*, bestimmt die *staatsleitenden Organe* und nennt *Aufgaben* und *Ziele* der Gemeinschaft.⁸ Geordnet werden zudem die *grundlegenden Beziehungen zwischen Staat und Gesellschaft* (mit Einschluss der Position des Individuums zum Staat und im Staat). Staatliches Handeln hat sich grundsätzlich in all seinen Formen an den vorgegebenen verfassungsrechtlichen Rahmen zu halten. Damit macht die Verfassung ein Menschenkonglomerat auf einem Stück Land zu einer staatlichen Gemeinschaft im Rechtssinn.

Die *verfassungswürdigen* Materien lassen sich nicht abschliessend und allgemeingültig festlegen. Umfang und Dichte einer Verfassung hängen vom Konzept, den zugedachten Funktionen, vom Normierungsstil und den politischen Gegebenheiten ab. Letztlich stehen hinter diesen Fragen Abwägungen, welche nur der Verfassungsgeber selbst vornehmen kann.⁹ Somit kann nach Ort und Zeit durchaus variieren, was als grundlegend und wesentlich genug angesehen wird, um Aufnahme in die Verfassung zu finden.¹⁰ Dabei haben sich die potentiellen Verfassungsthemen in jüngster Zeit tendenziell ausgedehnt.¹¹

Aufgrund der fortschreitenden *Internationalisierung* des Rechts «diffundieren» Verfassungsinhalte zunehmend in überstaatliche Erlasse.¹² Dies führt zu einer gestuften Verfassungsordnung, bei welcher nationalstaatliche Grundgesetze keine Totalverfassungen mehr darstellen, sondern durch komplementäre völkerrechtliche Regelungen ergänzt werden. Im Falle der Europäischen Union hat sich das überstaatliche Verfassungsrecht in einer Weise verdichtet und von

⁷ Biaggini, Staatsrecht (Anm. 6), § 7 Rz. 15; Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 251; ders., Verfassungsbegriff (Anm. 6), S. 92.

⁸ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 158; ders., Verfassung und Verfassungsreform, in: Ausgewählte Schriften 2002 (Anm. 6), S. 112; ders., Verfassungsbegriff (Anm. 6), S. 92.

⁹ Heinrich Koller, Die Nachführung der Bundesverfassung, in: AJP 1995, S. 983.

¹⁰ Jean-François Aubert, La Constitution, son contenu, son usage, in: ZSR 1991/II, S. 68; Kurt Eichenberger, Verfassung des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kommentar, Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1986, Einl. Rz. 35.

¹¹ Häberle, Kunst (Anm. 2), S. 100.

¹² Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse Vol. I, 2. Ed., Berne 2006, Rz. 1363 ff.; Giovanni Biaggini, Die Idee der Verfassung – Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung?, in: ZSR 2000/I, S. 448, 452 ff.

der staatlichen Ebene emanzipiert, dass sich die Frage stellt, ob der Verfassungsbegriff nicht als solcher von seinem traditionellen staatlichen Bezugspunkt zu lösen ist.¹³ Für die vorliegende, primär auf die Schweiz gerichtete Betrachtung erscheint eine solche inhaltliche Reduzierung jedoch weder notwendig noch zielführend, sodass der etablierte staatsbezogene Verfassungsbegriff als Ausgangsbasis dienen soll.¹⁴

III. Wesen/Kernelemente einer Verfassung

A. Besondere Qualität

Die Verfassung bildet einen Erlass von besonderer Qualität.¹⁵ In *materieller* Hinsicht bezieht die Verfassung ihren herausragenden Wert aus der Sinnhaftigkeit ihrer Ziele. Entsprechend hoch sind die Ansprüche an Verfassungsgeber und Verfassungsinterpreten.¹⁶ Als höchstes Recht hebt sich die Verfassung von anderen Normierungen auch *formell* ab.¹⁷ Sie bildet den Rechtsgrund allen weiteren Rechts. Gegenüber anderen Rechts- bzw. Staatsakten kommt der Verfassung eine erhöhte Geltungskraft zu. Sie bestimmt, wer die nachgeordnete Rechtsordnung zu schaffen hat und durch wen und wie sie zu vollziehen ist. Daneben trifft sie gewisse inhaltliche Vorgaben, denen die entsprechenden Erlasse zu genügen haben. Aufgrund der zum Teil beschränkten Sanktionierbarkeit von Verstössen wird die Verfassung auch durch Vertrauen, Selbstkontrolle, Eigenverantwortlichkeit, Loyalität und Staatsverbundenheit getragen.¹⁸ Als problematisch, weil letztlich irrational, erweist sich dagegen eine Überhöhung der Verfassung zum «sakralen Objekt».¹⁹

¹³ So *Peters* (Anm. 5), S. 163 ff.; ablehnend dagegen *Eichenberger*, Verfassungsbegriff (Anm. 6), S. 92.

¹⁴ Vgl. auch *Biaggini*, Idee (Anm. 12), S. 463 ff.

¹⁵ *Eichenberger*, Sinn (Anm. 5), S. 173.

¹⁶ *Eichenberger*, Sinn (Anm. 5), S. 188.

¹⁷ *Kurt Eichenberger*, in: Jean-François Aubert u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987 ff., Einl. Rz. 26 ff.

¹⁸ *Eichenberger*, Kommentar KV (Anm. 10), Einl. Rz. 33.

¹⁹ *Eichenberger*, Kommentar KV (Anm. 10), Einl. Rz. 10; *Michael Leupold/Michel Besson*, Gefährden Volksinitiativen die «gute Ordnung» der Verfassung?, in: *LeGes* 2011/3, S. 393.

B. Ausschliesslichkeitsanspruch

Zur Gewährleistung ihrer Suprematie hat jede Verfassung einen Ausschliesslichkeitsanspruch. Für ein bestimmtes Gemeinwesen kann es nur eine (materielle) Verfassung geben.²⁰ Entsprechend ist die Verfassung als Einheit zu begreifen.²¹ Typisch, wenn auch nicht zwingend, ist die Bündelung des Verfassungsrechts in einer *Kodifikation*. In einem Bundesstaat kommt es notgedrungen zu einem Nebeneinander bzw. Ineinandergreifen von Bundes- und Gliedstaatenordnung. Den Kantonen ist es erlaubt, sich ebenfalls eine vollständige Verfassung zu geben²², allerdings hat diese auf das föderalistische Umfeld Rücksicht zu nehmen.²³ Ergänzende Erlasse mit formellem Verfassungsrang bilden in der Schweiz dagegen die Ausnahme. Keine direkte Verankerung in der Verfassungsurkunde besitzen insbesondere die verfassungsändernden dringlichen Bundesgesetze.²⁴ Darüber hinaus ist es möglich, dass sich materielles Verfassungsrecht (erst) auf Gesetzesstufe findet; dieses darf formellen Verfassungsvorschriften indessen nicht widersprechen.²⁵ In einem solchen Fall weist die Verfassung eine inhaltliche Lücke auf, welche durch den Gesetzgeber gefüllt wird.

Überwölbt und durchdrungen wird das Verfassungsrecht heute zunehmend durch die *völkerrechtliche* Ordnung.²⁶ Neben möglichen Schranken der Verfassungsrevision umfasst das Völkerrecht auch Normen mit materiellem Verfas-

²⁰ *Eichenberger*, Verfassungsbegriff (Anm. 6), S. 95 f.; *ders.*, Kommentar KV (Anm. 10), Einl. Rz. 7.

²¹ *Ulrich Häfelin*, Verfassungsgebung, in: ZSR 1974/II, S. 88.

²² *Bernhard Ehrenzeller*, 10 Jahre solothurnische Kantonsverfassung – Was hat sie uns gebracht? Ein Rück- und Ausblick, in: ZBl 1999, S. 555; *ders.*, Reformprozesse (Anm. 2), Rz. 10; *Kurt Nuspliger*, Wechselwirkungen zwischen neueren Kantonsverfassungen und der Bundesverfassung, in: *Ulrich Zimmerli* (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung (BTJP 1999), Bern 2000, S. 79.

²³ *Eichenberger*, Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 20; *ders.*, Kommentar KV (Anm. 17), Einl. Rz. 1.

²⁴ Art. 140 Abs. 1 lit. c, Art. 165 Abs. 3 BV. Dazu *Eichenberger*, Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 12; *René Rhinow/Markus Schefer*, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 21 ff.

²⁵ *Biaggini*, Staatsrecht (Anm. 6), § 7 Rz. 4; *Eichenberger*, Kommentar KV (Anm. 10), Einl. Rz. 34 ff.

²⁶ *Biaggini*, Staatsrecht (Anm. 6), § 8 Rz. 34; *Eichenberger*, Sinn (Anm. 5), S. 184 f.; *Yvo Hängartner*, in: *Bernhard Ehrenzeller* u.a. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2008, Vorbem. zu Art. 192–195 Rz. 4; *Hans Huber*, Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für die Auslegung, in: ZBJV 1971, S. 180; *Rhinow/Schefer* (Anm. 24), Rz. 6.

sungscharakter, welche – bei direkter Anwendbarkeit – die (nationale) Verfassungsordnung entsprechend ergänzen.²⁷

Nicht auszuschliessen ist ferner, dass neben dem geschriebenen Recht *ungeschriebenes* Verfassungsrecht existiert. Solches kann im Rahmen der Rechtsfindung auftreten, wenn staatliche Stellen eine Frage von Verfassungsrang notgedrungen entscheiden müssen, darauf im geschriebenen Recht jedoch keine Antwort erhalten.²⁸ Möglicherweise verdichten sich grundlegende Prinzipien der Rechtsanwendung in der Praxis mit der Zeit auch derart, dass ihnen Verfassungsrang zuzuerkennen ist.²⁹ Verfassungsgewohnheitsrecht kommt in der Schweiz dagegen keine grosse Bedeutung zu.³⁰ Ebenfalls nur mehr als bedingt relevant erweisen sich heute die stillschweigenden Kompetenzen des Bundes.³¹

Innerhalb der Verfassung gibt es keine Normenhierarchie; alle Bestimmungen haben formell den gleichen Rang.³² Widersprüchlichkeiten sind im Sinne der *praktischen Konkordanz* anzugehen.³³ Änderungen haben allerdings die in den Revisionsvorschriften vorgesehenen Vorgaben und Schranken zu beachten.³⁴

²⁷ Peters (Anm. 5), S. 55.

²⁸ Eichenberger, Kommentar KV (Anm. 10), Einl. Rz. 44; ders., Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 13.

²⁹ Eichenberger, Kommentar KV (Anm. 10), Einl. Rz. 46; ders., Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 13.

³⁰ Eichenberger, Kommentar KV (Anm. 10), Einl. Rz. 45; ders., Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 13; Hangartner, St. Galler Kommentar (Anm. 26), Vorbem. zu Art. 192–195 Rz. 9; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, § 1 Rz. 54.

³¹ Eichenberger, Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 13; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1068; Rhinow/Schefer (Anm. 24), Rz. 16.

³² Eichenberger, Kommentar KV (Anm. 10), Einl. Rz. 51; ders., Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 9.

³³ Eichenberger, Verfassungsbegriff (Anm. 6), S. 93; Rhinow/Schefer (Anm. 24), Rz. 66, 524; vgl. ferner Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck 20. Aufl., Heidelberg 1999, Rz. 72.

³⁴ Vgl. nachfolgend Ziff. V.C.

C. Verbindlichkeit

Die Verfassung hat normativen Charakter; ihre Vorgaben sind für die Rechtsanwender verbindlich.³⁵ Ob Verletzungen sanktioniert werden können, spielt dabei keine Rolle. Zwar verfügen mittlerweile fast alle Staaten der Welt über eine geschriebene Verfassung.³⁶ Nicht alle diese Regelwerke werden aber effektiv auch gelebt. Man verwendet in diesem Zusammenhang gerne einen Ausdruck von Karl Loewenstein³⁷ und spricht von einer *semantischen* Verfassung, wenn diese letztlich leere Versprechung bleibt.³⁸ Auch entwickelte Verfassungen sind nicht davor gefeit, schöne Worte ohne jede Aussicht auf Verwirklichung zu enthalten. In der Schweiz flüchtet sich der Verfassungsgeber zum Teil in die Unverbindlichkeit, weil sich nur so ein Kompromiss erzielen lässt. Für praxisfremde, abgehobene Inhalte dürften sich dagegen selten die nötigen politischen Mehrheiten finden lassen.

D. Rahmenordnung

Verfassungsnormen weisen in der Regel eine geringe Dichte und einen tiefen Detaillierungsgrad auf, richten sich also auf das Grundsätzliche.³⁹ Sie nehmen einen ganzheitlichen Blick ein, beschränken sich auf die Regelung von Grundsatzfragen und lassen zukünftige Entwicklungen in gewissem Rahmen zu. Dabei soll die Verfassung trotzdem so bestimmt wie möglich sein und sich nicht mit leeren Worten begnügen.⁴⁰ Die Ausführlichkeit der Bestimmungen korrespondiert mit dem angepeilten Steuerungsanspruch, welcher jedoch bereits von der Idee her ein beschränkter ist. Die Verfassung kann den politischen Prozess auf Stufe Gesetzgebung nicht vorwegnehmen.⁴¹ Volksinitiativen weichen von diesem Ansatz mitunter ab, weil man gewisse Fragen ganz bewusst nicht dem Gesetzgeber zur Entscheidung überlassen will. Solche Eingriffe bleiben aller-

³⁵ Häfelin (Anm. 21), S. 100 ff.

³⁶ Biaggini, Idee (Anm. 12), S. 447.

³⁷ Karl Loewenstein, Verfassungslehre, 4. Aufl., Tübingen 2000, S. 153 ff.

³⁸ Biaggini, Staatsrecht (Anm. 6), § 7 Rz. 16; Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 159; ders., Verfassungsreform (Anm. 8), S. 112.

³⁹ Eichenberger, Verfassungsreform (Anm. 8), S. 112; Häfelin (Anm. 21), S. 108 ff.

⁴⁰ Kurt Eichenberger, Zur Gestaltung der Verfassung des Kantons Aargau, in: Der Staat der Gegenwart, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel 1980, S. 218; Häfelin (Anm. 21), S. 105 ff.

⁴¹ Häfelin (Anm. 21), S. 118 ff.

dings partiell. Die Verfassung definiert als Rahmenerlass eine Grund-, nicht eine Gesamtordnung, indem sie auf nachgelagerte Rechtskomplexe einwirkt, deren Regelungen aber nicht im Detail präjudiziert.⁴²

E. Beständigkeit

Eine zentrale Aufgabe des Rechts ist die Stabilisierung der Sozialordnung. Das gilt in besonderem Mass für die Verfassung.⁴³ Sie bildet Basis und Fundament des Staats- und Rechtsgefüges. Diese tragende Funktion erfordert ein Minimum an Stabilität und Beständigkeit.⁴⁴ Die Aufnahme kurzlebiger oder gar zeitlich befristeter Normen sollte die Ausnahme bleiben.

Obwohl die Verfassung grundsätzlich zur bewahrenden Konstanz neigt, soll sie nicht stagnieren, sondern sich im Gleichschritt mit Staat und Gesellschaft weiterentwickeln sowie auf aktuelle Geschehnisse und Bedürfnisse reagieren.⁴⁵ Der Verfassungsinhalt muss somit in gewissem Umfang wandelbar und anpassungsfähig bleiben. Insofern «vergeht» auch Verfassungsrecht.⁴⁶

IV. Verfassungsfunktionen

A. Allgemeines

Während über Art und Umfang der (möglichen) Verfassungsfunktionen als solche kaum grössere Differenzen bestehen, folgt die Gliederung in der Verfassungslehre keiner einheitlichen Linie.⁴⁷ Die einzelnen Funktionen überschneiden sich teilweise. Ob ein Element konkret zum Einsatz gelangt oder nicht, hängt zudem vom Verständnis ab, welches dem Verfassungserlass zugrunde liegt.⁴⁸ Zu den traditionellen Funktionen gesellen sich dabei stetig neue Herausforderungen, die sich in einem modernen Staatswesen stellen. Die nachfolgende Einteil-

⁴² *Eichenberger*, Verfassungsbegriff (Anm. 6), S. 92.

⁴³ *Häfelin* (Anm. 21), S. 111 ff.

⁴⁴ *Peters* (Anm. 5), S. 60.

⁴⁵ *Eichenberger*, Sinn (Anm. 5), S. 176 ff.; *Häberle*, Kunst (Anm. 2), S. 102.

⁴⁶ *Eichenberger*, Sinn (Anm. 5), S. 163.

⁴⁷ *Rhinow/Schefer* (Anm. 24), Rz. 46 f.

⁴⁸ *Eichenberger*, Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 79.

lung orientiert sich am von Kurt Eichenberger⁴⁹ verwendeten Ansatz, welcher im Wesentlichen auch Grundlage der Botschaft des Bundesrates zur neuen Bundesverfassung⁵⁰ bildete.

B. Ordnungsfunktion

Zunächst hat die Verfassung einen Ordnungsauftrag.⁵¹ Sie ist Angelpunkt und Basis allen (nationalen) Rechts, wirkt als Garantin unverbrüchlicher Rechtspositionen und gewährleistet zentrale Rechtsprinzipien wie die Rechtsgleichheit, das Legalitätsprinzip, das Willkürverbot, den Verhältnismässigkeitsgrundsatz oder das Gebot von Treu und Glauben.⁵² Auf diese Weise wird eine Ordnung in Rechtswerten garantiert.⁵³ Schliesslich enthält eine Verfassung nicht selten Bestimmungen zum eigenen Schutz.⁵⁴

C. Organisationsfunktion

Die Verfassung gibt dem Staat Gestalt und Gesicht, indem sie dessen Strukturen (Aufbau) und Funktionen (Tätigkeiten) bestimmt.⁵⁵ Hierzu gehören die Umschreibung der Staatsaufgaben, die Definition der Organe und ihrer Kompetenzen, die Festlegung der Abläufe und Verfahren zur Willensbildung, die Regelung der Binnengliederung und des Verhältnisses zu anderen Gemeinwesen sowie staatsnahen Organisationen.⁵⁶ Während im 19. Jahrhundert strukturelle Fragestellungen noch breiten Raum einnahmen, verschob sich der Fokus im 20. Jahrhundert zur Aufgabenpolitik hin.⁵⁷ In jüngerer Zeit haben organisationsrechtliche Themen wieder an Bedeutung gewonnen. Namentlich die Idee des New Public Management gab Anlass, das Verhältnis von Parlament, Regierung und

⁴⁹ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 178 ff.

⁵⁰ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 12 f.

⁵¹ Eichenberger, Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 83.

⁵² Eichenberger, Verfassungsbegriff (Anm. 6), S. 94.

⁵³ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 187.

⁵⁴ Eichenberger, Verfassungsreform (Anm. 8), S. 112.

⁵⁵ Eichenberger, Kommentar KV (Anm. 10), Einl. Rz. 18; Häfelin (Anm. 21), S. 81 f.

⁵⁶ Vgl. dazu auch nachfolgend Ziff. IV.H.

⁵⁷ Kurt Eichenberger, Strukturen von heute für Aufgaben von morgen, in: Ausgewählte Schriften 2002 (Anm. 6), S. 12 f.

Verwaltung, die Struktur der Verwaltung sowie deren Steuerung und Kontrolle zu überdenken.

D. Aufgaben- und Machtkontrollfunktion

Die Verfassung soll staatliche Aufgaben definieren, aber auch das Wirkungsfeld des Staates kontrollieren und beschränken.⁵⁸ Auf diese Weise werden einerseits staatliche Zuständigkeiten legitimiert, andererseits illegitime Staatstätigkeiten verhindert und die Freiheit der Individuen geschützt. Ein Kernelement bilden die Grundrechte, welche nach heutiger Auffassung neben ihrer defensiven Funktion auch einen positiven Gehalt umfassen. Die Kompetenzabgrenzungsregel der Bundesverfassung (Art. 3 BV) bewahrt die Kantone vor ungerechtfertigten Eingriffen in ihre Autonomie. Auf Kantonebene sind erst neuere Verfassungen dazu übergegangen, eigentliche Aufgabenkataloge vorzusehen.⁵⁹ Eine Abgrenzung findet hier vor allem gegenüber den Gemeinden statt. Die primär staatsgerichtete Machtkontrolle erweist sich heute als lückenhaft, weil sich neben dem Staat weitere Machtquellen etablieren.⁶⁰

Aufgabennormen sind nicht selten als Aufträge formuliert. Die Verfassung gibt damit einer bestimmten Erwartungshaltung gegenüber dem Staat Ausdruck. Sie reflektiert dabei zunehmend auch die gehobenen Ansprüche der Gesellschaft an die staatliche Leistungsfähigkeit. Angesichts stetig wachsender Aufgaben, knapper werdender Ressourcen und einem sich verschärfenden internationalen Standortwettbewerb soll der Staatsapparat seine Tätigkeiten möglichst effektiv und effizient erfüllen.⁶¹

E. Gestaltungs- und Steuerungsfunktion

Ein modernes Grundgesetz bestimmt im Ansatz auch die inhaltliche Ausrichtung der Staatstätigkeit, indem es dem Staat seine übergeordneten Ziele und

⁵⁸ *Eichenberger*, Verfassungsbegriff (Anm. 6), S. 94; *ders.*, Kommentar KV (Anm. 10), Einl. Rz. 20 f.; *Häfelin* (Anm. 21), S. 82; *Rhinow/Schefer* (Anm. 24), Rz. 49.

⁵⁹ *Buser*, Staatsrecht (Anm. 1), Rz. 61 f.

⁶⁰ *Eichenberger*, Sinn (Anm. 5), S. 190 f.

⁶¹ *Botschaft* (Anm. 50), S. 12 f.; *Eichenberger*, Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 85.

Werte vorgibt.⁶² Man kann insofern von einer programmatischen Funktion sprechen.⁶³ Ein Verfassungsstaat kennzeichnet sich dadurch, dass er in allen Bereichen an ein materiell hochwertiges Verfassungsrecht gebunden ist.⁶⁴ Freilich ist die Steuerungskraft der Verfassung naturgemäss eine beschränkte.⁶⁵ Demokratische Verfassungsgebung neigt zum ausgleichenden Kompromiss. Hinzu kommen der meist hohe Abstraktionsgrad von Verfassungsnormen und die gegenüber obersten Behörden zum Teil fehlenden Durchsetzungsmöglichkeiten.

Die Verfassung steuert den Staat nicht nur progressiv. Vor allem über Grundrechte und Verfahrensbestimmungen gibt sie auch «Gegensteuer», kontrolliert, hinterfragt, zwingt zur Reflexion und blockiert allenfalls Vorhaben. In diesem Sinn soll die Verfassung staatliche sowie gesellschaftliche Werte bewahren und gegen Angriffe verteidigen. Schnelllebigen politischen Zielen sowie der bei Reformvorhaben verbreitet aufkommenden Euphorie, wonach alles Neue per se besser ist als das Bestehende, begegnet die Verfassung mit Skepsis und Nüchternheit.⁶⁶ Indem sie sich so Tagespolitik und Zeitströmungen entgegenstellt, erweist sie sich mitunter als unbequem, ja «unzeitgemäss».⁶⁷ In gewissem Mass muss freilich auch die Verfassung auf neue Herausforderungen reagieren. Die erschwerte Abänderbarkeit dient dabei der Verstetigung gesellschaftlichen Wandels, indem sie diesen in geordnete, konsensfähige Bahnen lenkt.⁶⁸

F. Integrationsfunktion

Ein Verfassungsfundament ist einesteils das Resultat von Integration in Form erreichter Staatlichkeit; andererseits nimmt die Verfassung in einem Staatswe-

⁶² Biaggini, Staatsrecht (Anm. 6), § 7 Rz. 7; Peter Häberle, Artenreichtum und Vielschichtigkeit von Verfassungstexten, eine vergleichende Typologie, in: Walter Haller u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Häfelin, Zürich 1989, S. 232; Häfelin (Anm. 21), S. 83 f.; Tschannen (Anm. 30), § 3 Rz. 28 ff.

⁶³ Rhinow/Schefer (Anm. 24), Rz. 55 f.

⁶⁴ Biaggini, Staatsrecht (Anm. 6), § 7 Rz. 1; Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 166.

⁶⁵ Ehrenzeller, 10 Jahre (Anm. 22), S. 570; Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 189; ders., Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 28; Georg Müller, Zur Bedeutung der Nachführung im Rahmen der Reform der Bundesverfassung, in: ZSR 1997/I, S. 41.

⁶⁶ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 249 f.

⁶⁷ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 254.

⁶⁸ Tschannen (Anm. 30), § 3 Rz. 27.

sen eine fortwährende Integrationsfunktion wahr.⁶⁹ Die Formulierung verfassungsrechtlicher Bestimmungen ermöglicht in einer pluralistischen Gesellschaft Kompromisse und verhindert die einseitige Maximierung gruppenegoistischer oder privater Interessen.⁷⁰ Der Prozess der Verfassungsgebung bildet mit anderen Worten eine Plattform, um Herausforderungen der Zukunft zu diskutieren und auf diese Weise den in einem föderalistischen Staatswesen immer wieder erforderlichen Konsens für die Eröffnung neuer Perspektiven zu erzielen. Dem Ergebnis kommt zumindest faktisch auch eine gewisse Vereinbarungsnatur zu, indem dieses die übereinstimmende Haltung verschiedener gesellschaftlicher Kräfte reflektiert.⁷¹ Das soll nicht zu dem Missverständnis verleiten, es handle sich um eine Art (Staats-)Vertrag. Verfassungsnormen ergehen einseitig als gesetztes Recht; vorgeschaltet ist aber ein komplexer Prozess der Konsenssuche.⁷²

G. Orientierungsfunktion

Die Verfassung dient der (Er-)Fassbarkeit des Staates.⁷³ Sie soll den Mechanismus Staat in seiner Gesamtheit verständlich und durchschaubar machen. Es wird eine politisch-rechtliche Lagebeurteilung in Bezug auf Mensch, Gesellschaft und Staat vorgenommen, welche Grundhaltungen, Institutionen, Aufgaben und Ziele des Staates aufzeigt. Adressaten sind die eigenen Organe und Organwalter, die Bürger und Einwohner sowie andere Staaten und Organisationen.⁷⁴ Damit wird der Verfassungserlass auch faktisch zum Angelpunkt der Rechtsordnung. Nach Ansicht des Bundesrates steht diese Funktion heute im Vordergrund.⁷⁵

⁶⁹ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 207 ff.

⁷⁰ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 211.

⁷¹ Botschaft (Anm. 50), S. 11; Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 160 f.

⁷² Eichenberger, Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 21, 24.

⁷³ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 218 ff.; ders., Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 84.

⁷⁴ Eichenberger, Verfassungsbegriff (Anm. 6), S. 95; ders., Kommentar KV (Anm. 10), Einl. Rz. 14.

⁷⁵ Botschaft (Anm. 50), S. 12.

H. Internationale und innerstaatliche Vernetzungsfunktion

Die fortschreitende rechtliche wie politische Überwindung isolierten staatlichen Daseins verlangt von der Verfassung vermehrt Aussagen zu Prozessen aussenpolitischer Entscheidungsfindung, zur Gestaltung der Beziehung zu anderen Staaten, zum Beitritt und zur Mitwirkung bei internationalen Organisationen oder zum Verhältnis des nationalen Rechts gegenüber dem Völkerrecht.⁷⁶ Die Verfassung wird damit zu einer Hauptschnittstelle für die Regelung der *internationalen* Vernetzung des Gemeinwesens.

Namentlich in Bundesstaaten kommt der Verfassung auch *innerstaatlich* eine zentrale Vernetzungsfunktion zu, indem es die Beziehungen der föderalen Glieder untereinander zu ordnen gilt.

V. Grundlagen der Verfassungsgebung

A. Unterscheidung in verfassungsgebende und -ändernde Gewalt?

Wird die erste originäre Verfassung eines entstehenden oder in Umwälzung begriffenen Staatsgebildes geschaffen, ist die dahinter stehende «*verfassungsgebende*» Gewalt (*Pouvoir constituant*) im Prinzip an keinerlei organisatorische, verfahrensmässige und inhaltliche Schranken gebunden.⁷⁷ Es handelt sich um einen revolutionären Akt, der sich verfassungsrechtlich nur schwer fassen lässt und darum auch nicht unproblematisch erscheint.

Um die originär getroffenen Regelungen in einem geordneten Rahmen anpassen zu können, setzt die Verfassung eine «*verfassungsändernde*» Gewalt

⁷⁶ Biaggini, Staatsrecht (Anm. 6), § 7 Rz. 9; Botschaft (Anm. 50), S. 12; Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 186; ders., Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 86; Rhinow/Schefer (Anm. 24), Rz. 60; Astrid Epiney, Die Einbettung des Verfassungsstaates in europäische und internationale Verfassungsstrukturen, in: Georg Kreis (Hrsg.), Erprobt und entwicklungsfähig, Zehn Jahre neue Bundesverfassung, Zürich 2009, S. 187 ff.; Klaus Stern, Die neue Schweizerische Bundesverfassung, in: Peter Gauch/Daniel Thürer (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 15.

⁷⁷ Biaggini, Staatsrecht (Anm. 6), § 7 Rz. 31; Eichenberger, Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 61 ff.; Martin Kayser, Grundrechte als Schranke der schweizerischen Verfassungsgebung, Diss., Zürich 2001, S. 74.

(*Pouvoir constitué*) ein.⁷⁸ Deren Macht unterliegt den Vorgaben und Schranken des bestehenden Verfassungsrechts. Diese Vorschriften sind einerseits formeller Art und betreffen das einzuhaltende Verfahren der Verfassungsrevision. Andererseits haben Änderungsvorlagen gewissen inhaltlichen Anforderungen zu genügen.

Im Schweizer Verfassungsrecht sind die beiden Gewalten einander insofern angenähert, als es im Rahmen einer Totalrevision theoretisch erlaubt ist, sich vom bisherigen Verfassungsinhalt radikal zu entfernen.⁷⁹ Entsprechend werden in der Schweiz die beiden Begriffe der Verfassungsgebung und Verfassungsänderung⁸⁰ weitgehend synonym verwendet.⁸¹ Hinsichtlich der zu beachtenden Schranken lässt sich aus diesem Umstand freilich kaum etwas ableiten.⁸² Auch eine totalrevidierte Verfassung leitet ihren Geltungsanspruch in wesentlichem Umfang aus dem bisherigen Verfassungsrecht ab.⁸³

Aus heutiger Sicht muss man sich fragen, ob die Lehre des *pouvoir constituant* effektiv noch zeitgemäss ist. Zumindest in seiner reinen Form erscheint das Konzept wirklichkeitsfremd.⁸⁴ Die staatsrechtliche Erwartungshaltung an den Inhalt einer modernen Verfassung wird in keiner Weise reflektiert. Das in Europa vorherrschende materielle Verfassungsverständnis geht implizit von der Erfüllung gewisser qualitativer Grundvoraussetzungen aus.⁸⁵

⁷⁸ Biaggini, Staatsrecht (Anm. 6), § 7 Rz. 35; Eichenberger, Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 61 ff.

⁷⁹ Eichenberger, Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 66; Christian Winterhoff, Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung, Habil., Tübingen 2007, S. 309 ff., 330 ff.

⁸⁰ Dazu Winterhoff (Anm. 79), S. 123.

⁸¹ Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 701; Kayser (Anm. 77), S. 50 f.; Rhinow/Schefer (Anm. 24), Rz. 443.

⁸² Fleiner/Giacometti (Anm. 81), S. 701 f.; anders Eichenberger, Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 71.

⁸³ Eine gewisse *originäre* Legitimation entsteht immerhin durch das direkt-demokratische Annahmeverfahren (Eichenberger, Kommentar KV [Anm. 10], Vorbem. 9. Absch. Rz. 1).

⁸⁴ Peters (Anm. 5), S. 371 f.

⁸⁵ Biaggini, Staatsrecht (Anm. 6), § 7 Rz. 6; ders., Idee (Anm. 12), S. 447 f.; Peters (Anm. 5), S. 63 ff.

B. Revisionstypen

Verfassungsgebung erweist sich als qualifizierte Form der Rechtsetzung.⁸⁶ Vorgehen ist dafür ein besonderes, von der Gesetzgebung mehr oder weniger abweichendes Verfahren.⁸⁷ In der Schweiz wird in diesem Zusammenhang zwischen Total- und Teilrevision unterschieden, wobei die Lehre die Abgrenzung nach formellen und materiellen Kriterien vornimmt. Im Wesentlichen lassen sich folgende Revisionstypen anführen:

Die *Totalrevision im absoluten Sinn* stellt die gesamte Verfassung inhaltlich zur Diskussion und erweist sich damit hinsichtlich Umfang wie Wirkungen als intensivste Revisionsform.⁸⁸ Demgegenüber begnügt sich die *totale Formalrevision* damit, den bisherigen Verfassungsinhalt sprachlich und systematisch neu zu fassen.⁸⁹ Die Erfahrungen mit der Revision der Bundesverfassung haben allerdings gezeigt, dass auch eine Neufassung, welche sich am bisherigen Recht orientiert, kaum ohne inhaltliche Festlegungen/Korrekturen und politische Wertungen auskommt.⁹⁰ Häufiger vorkommen dürfte daher die Mischform der «nachführenden» bzw. «aktualisierenden» *Totalrevision mit punktuellen Neuschöpfungen*. Ebenfalls unter die Regeln der Totalrevision fällt – mangels Alternativen – die *Bereichsrevision*, bei der grössere Abschnitte einer Verfassung überarbeitet werden, welche den Grundsatz der Einheit der Materie sprengen.⁹¹

Teil- bzw. Partialrevisionen beschäftigen sich mit einzelnen ausgewählten Punkten. Das massgebliche Abgrenzungskriterium – namentlich zur Bereichsrevision – bildet der Grundsatz der Einheit der Materie.⁹² Betrifft eine Partialrevision einen Grundpfeiler der Verfassung, stellt sich die Frage, ob nicht auf-

⁸⁶ Häfelin (Anm. 21), S. 75.

⁸⁷ Art. 192 ff. BV. Für die Kantone vgl. die Übersicht bei Buser, Staatsrecht (Anm. 1), Rz. 50 f.

⁸⁸ Kurt Eichenberger, Richtpunkte einer Verfassungsrevision, in: Ausgewählte Schriften 1980 (Anm. 40), S. 184.

⁸⁹ Eichenberger, Richtpunkte (Anm. 88), S. 184.

⁹⁰ Botschaft (Anm. 50), S. 30; Heinrich Koller, Verfassungsreform: Was bleibt zu tun?, in: Die neue Bundesverfassung (Anm. 76), S. 151 f.; René Rhinow, Die Bundesverfassung 2000, Basel/Genf/München 2000, S. 18; Rhinow/Schefer (Anm. 24), Rz. 122; Rainer J. Schweizer, Zum Entwurf der nachgeführten Bundesverfassung, in: ZBl 1997, S. 486.

⁹¹ Häfelin/Haller/Keller (Anm. 31), Rz. 1768; Hangartner, St. Galler Kommentar (Anm. 26), Vorbem. zu Art. 192–195 Rz. 20 ff.; Rhinow (Anm. 90), S. 9.

⁹² Thomas Gächter, in: Staatsrecht (Anm. 6), § 23 Rz. 85; Häfelin/Haller/Keller (Anm. 31), Rz. 1767; Rhinow (Anm. 90), S. 6.

grund einer *materiellen* Betrachtung trotzdem das qualifizierte Verfahren der Totalrevision zur Anwendung gelangen soll.⁹³ In der Praxis hat dieser Ansatz bisher keine grosse Bedeutung zu entfalten vermocht.⁹⁴ Gelangen verschiedene Einzelvorlagen zu mehr oder weniger verwandten Themen in einer geplanten Abfolge zur Beurteilung, spricht man von einer *Partialrevisionskette*. Dieses Vorgehen eröffnet der Stimmbürgerschaft ein Maximum an Mitwirkungsmöglichkeiten⁹⁵, erschwert gleichzeitig aber die allenfalls notwendige Gesamtschau.⁹⁶

Eine Totalrevision, welche zu relativ umfassenden inhaltlichen Änderungen führt, trägt durchaus gewisse revolutionäre Züge.⁹⁷ Zumal sich in der Schweiz politische Entwicklungen über die Partialrevision permanent artikulieren können, dürfte der Druck bzw. das Bedürfnis für einen derart folgenreichen Eingriff jedoch selten stark genug anwachsen.⁹⁸

C. Rechtliche Vorgaben/Schranken

Ein Verfassungsgeber, welcher seine Befugnisse aus der geltenden Verfassungsordnung ableitet, ist systembedingt an den Rechtsrahmen gebunden, welcher ihm auf diesem Weg eingeräumt wird. Hinzu kommen Vorgaben des übergeordneten Rechts. In formeller Hinsicht gilt es die *Vorschriften zum Verfahrensablauf* zu beachten. Vorlagen für Partialrevisionen haben die *Einheit der Materie*⁹⁹ und Volksinitiativen die *Einheit der Form* zu wahren.¹⁰⁰ Art. 51 Abs. 1 BV enthält für *Kantonsverfassungen* gewisse inhaltliche und verfahrensmässige Mindestanforderungen. Als Voraussetzung der Gewährleistung verlangt Abs. 2 der genannten Bestimmung überdies, dass die kantonalen Erlasse Bundesrecht nicht widersprechen. Auch für den Bundesverfassungsgeber verbindlich sind nach

⁹³ Häfelin/Haller/Keller (Anm. 31), Rz. 1765; Hangartner, St. Galler Kommentar (Anm. 26), Vorbem. zu Art. 192–195 Rz. 19; Müller, Nachführung (Anm. 65), S. 36.

⁹⁴ Tschannen (Anm. 30), § 44 Rz. 5 f.

⁹⁵ Eichenberger, Richtpunkte (Anm. 88), S. 186.

⁹⁶ Botschaft (Anm. 50), S. 25.

⁹⁷ Eichenberger, Richtpunkte (Anm. 88), S. 187; ders., Systemwahrende Kontinuität in Verfassungsänderungen, in: Ausgewählte Schriften 1980 (Anm. 40), S. 212.

⁹⁸ Müller, Nachführung (Anm. 65), S. 39.

⁹⁹ Art. 194 Abs. 2 BV. Kantonale Verfassungen kennen z.T. vergleichbare Vorschriften, wobei sich der Grundsatz unabhängig davon auch aus Art. 34 Abs. 2 BV ergibt (Häfelin/Haller/Keller [Anm. 31], Rz. 1388).

¹⁰⁰ Art. 194 Abs. 3 BV. Allgemein ferner Pierre Tschannen, Die Formen der Volksinitiative und die Einheit der Form, in: ZBI 2002, S. 3.

ausdrücklicher Vorschrift die *zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts*.¹⁰¹ In der Lehre ist umstritten, inwiefern darüber hinaus *weitere verfassungsimmanente materielle Schranken* der Verfassungsrevision zu bejahen sind.¹⁰² Viele Verfassungsinhalte sind Ausdruck einer Wertordnung, die nach verbreiteter Überzeugung nicht zur Disposition steht. Der Streit wird dadurch relativiert, dass eine grosse Zahl zentraler Errungenschaften bereits durch das Völkerrecht geschützt wird¹⁰³ und das Verantwortungsbewusstsein des Schweizer Stimmvolks im Umgang mit der Verfassung im Allgemeinen als hoch einzustufen ist.¹⁰⁴ *De lege ferenda* wird auf Bundesebene vorgeschlagen, den Schutz auf den *Kerngehalt* der Grundrechte auszudehnen.¹⁰⁵

Ganz generell stösst Verfassungsgebung an die *Grenze des effektiv Machbaren*. Bezüglich undurchführbaren Vorlagen anerkennen Lehre und Praxis eine ungeschriebene Schranke.¹⁰⁶

D. Faktische Bindungen

Unabhängig von der Schrankenproblematik unterliegt der Verfassungsgeber mannigfachen faktischen Bindungen. Kurt Eichenberger war sich dieses Umstandes wohl wie kein anderer bewusst.¹⁰⁷ Wie die Rechtsetzung im Generellen

¹⁰¹ Art. 139 Abs. 3, Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV.

¹⁰² *Gächter*, Staatsrecht (Anm. 6), § 23 Rz. 77; Kurt Eichenberger, Fragen des Ausmasses und der Methoden von Partialrevisionen der Bundesverfassung im Vorfeld einer Totalrevision, in: *Ausgewählte Schriften 1980* (Anm. 40), S. 224; *ders.*, Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 70; *Häfelin/Haller/Keller* (Anm. 31), Rz. 28.

¹⁰³ *Hangartner*, St. Galler Kommentar (Anm. 26), Vorbem. zu Art. 192–195 Rz. 16; *Tschannen* (Anm. 30), § 44 Rz. 29.

¹⁰⁴ *Leupold/Besson* (Anm. 19), S. 392 f.

¹⁰⁵ Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 30. März 2011, BBl 2011, S. 3642 ff. – Dazu *Leupold/Besson* (Anm. 19), S. 397 ff.; *Markus Schefer/Alexandra Zimmermann*, Materielle Schranken der Verfassungsgebung, in: *LeGes 2011/3*, S. 349 ff.; *Claudia Schoch*, Der Kerngehalt der Grundrechte wirkt als Signal, in: *NZZ* vom 19. März 2012, S. 7.

¹⁰⁶ *Eichenberger*, Kommentar KV (Anm. 10), § 121 Rz. 5; *Häfelin/Haller/Keller* (Anm. 31), Rz. 1758; *Hangartner*, St. Galler Kommentar (Anm. 26), Vorbem. zu Art. 192–195 Rz. 11.

¹⁰⁷ Vgl. nachfolgend Ziff. VI.B.

hat (auch) Verfassungsgebung die tatsächlichen Vorgegebenheiten (die sog. *Realien*) zu berücksichtigen.¹⁰⁸

Verfassungsgebung erfolgt nicht (mehr) auf der «grünen Wiese», sondern ist darauf angewiesen, den Anschluss an die *vorbestehende Rechts- und Gesellschaftsordnung* zu suchen. Moderne Verfassungen sind darum in weiten Teilen keine originären Schöpfungen. Sie stützen sich auf bestehende (z.B. bundesstaatliche) Strukturen, geschichtliches Gedankengut, naturrechtliche Ideen, moralische Überzeugungen sowie etablierte rechtstheoretische Erkenntnisse.¹⁰⁹

Die Beachtung neuer Normen setzt sodann ein Minimum an *Akzeptanz* voraus. Mit anderen Worten hat der Verfassungsgeber zu berücksichtigen, dass die staatliche Steuerungsmacht begrenzt ist und er an reale Entwicklungschancen anknüpfen muss.¹¹⁰

Schliesslich erweist sich Verfassungsgebung *nicht als autarker*, sondern *als hochgradig vernetzter* Prozess, der eine grosse Zahl von Schnittstellen zu anderen gesellschaftlichen Vorgängen aufweist. Eine vorrangige Rolle spielen insbesondere die Politik¹¹¹, die Medien und die Wissenschaft (Verfassungslehre). Die Einflüsse aus den genannten Kreisen beschränken sich dabei keineswegs auf das Inland. Als Inspirationsquelle werden nicht selten Verfassungstexte anderer Staaten herangezogen.¹¹² Umgekehrt stossen Neuerungen auch im Ausland auf Beachtung und werden analysiert, kommentiert, kopiert oder kritisiert. Fehlritte können internationale Verwicklungen nach sich ziehen, insbesondere wenn eine Vorlage (auch) eine aussenpolitische Dimension aufweist.

¹⁰⁸ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 163; Häberle, Kunst (Anm. 2), S. 101; Häfelin (Anm. 21), S. 128 f.; Georg Müller, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 82 f.

¹⁰⁹ Eichenberger, Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 60, 70; ders., Sinn (Anm. 5), S. 158.

¹¹⁰ Peters (Anm. 5), S. 49.

¹¹¹ Vgl. nachfolgend Ziff. V.F.

¹¹² Häberle, Kunst (Anm. 2), S. 105 f.; Markus Nussbaumer, «verständlich und zeitgemäss»? – Anmerkungen zur (deutschen) Sprache des Verfassungsentwurfs 1996, in: *LeGes* 1997/1, S. 15.

E. Gestaltungsgebote

Eine Verfassung kann und muss nicht perfekt sein. Sie ist Menschenwerk und damit notgedrungen mit gewissen Fehlern behaftet.¹¹³ Das mindert die Anforderungen an die Verfassungsgebung als solche jedoch in keiner Weise. Die Aufgabe, Verfassungsrecht zu formulieren, bedeutet vielmehr die Übernahme einer hohen Verantwortung und verlangt von den damit befassten staatlichen und politischen Organen Höchstleistungen.¹¹⁴ In diesem Sinn lassen sich gemäss Eichenberger gewisse Gestaltungsgebote formulieren, denen Inhalt und Abfassung einer Verfassung genügen sollten.¹¹⁵ Missachtung dieser Vorgaben führt nicht zur Ungültigkeit, sondern zur *Mangelhaftigkeit* eines Erlasses bzw. einer Norm.

Abgesehen von den Bestimmungen, welche den Gesetzgeber einsetzen und daher bereits systembedingt einer Regelung durch den Verfassungsgeber bedürfen, entscheidet dieser selbst, welche Gegenstände er auf Verfassungsstufe ordnen möchte, sodass verfassungswürdige Fragen allenfalls erst in einem Gesetz angegangen werden.¹¹⁶ Vor allem aus rechtsstaatlichen Gründen sollte die Verfassung eines Gemeinwesens jedoch einen gewissen *Minimalinhalt* aufweisen. Hierzu gehören insbesondere Normen zum Verfahren der Verfassungsrevision und der Rechtsetzung unterhalb der Verfassungsstufe, zur Gewaltenteilung sowie zu den Grundrechten.¹¹⁷ Äussert sich eine Verfassung nicht zu diesen Punkten, müsste die Lücke durch nachgelagerte Normen oder die Praxis bzw. Rechtsprechung geschlossen werden. Kürzer halten können sich die Kantone, indem sie Regelungen, welche bereits von Bundesrechts wegen gelten, nicht zu wiederholen brauchen. Verzichtet werden kann auf dieser Ebene insbesondere auf die Wiedergabe eines ausführlichen Grundrechtskatalogs.

In einem Bundesstaat ist eine *stufengerechte* Regelung verfassungsrechtlicher Fragen anzupeilen. Bei der Ausgestaltung der föderalen Kompetenzordnung gilt

¹¹³ Eichenberger, Kommentar KV (Anm. 10), Einl. Rz. 10; ders., Schlussvotum im Verfassungsrat des Kantons Aargau vom 13. Dezember 1978, in: *Ausgewählte Schriften* 1980 (Anm. 40), S. 248. Vgl. auch Giovanni Biaggini, *Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht*, in: ZBI 2010, S. 6 ff.

¹¹⁴ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 162 f.

¹¹⁵ Eichenberger, Fragen (Anm. 102), S. 226.

¹¹⁶ Eichenberger, Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 15 f., 78.

¹¹⁷ Eichenberger, Kommentar BV (Anm. 17), Einl. Rz. 78; Müller, *Elemente* (Anm. 108), Rz. 192.

es insbesondere das *Subsidiaritätsprinzip*¹¹⁸ zu berücksichtigen, dem nach heute wohl herrschender Auffassung jedenfalls der Stellenwert einer «Klugheitsregel» zukommt.¹¹⁹

Der *Konkretisierungsgrad* von Verfassungsvorschriften variiert sehr stark. Namentlich Grundrechtsgarantien beeindrucken durch ihre zum Teil fast schon lapidar anmutende Kürze.¹²⁰ In diesem Zusammenhang fungiert eine Norm eigentlich mehr als Platzhalter für eine komplexe, sich stetig entwickelnde Lehre und Praxis.¹²¹ Verfassungsgebung hat also zu antizipieren, dass neben ihr auch Verfassungslehre und -rechtsprechung¹²² den konkreten Gehalt gewisser Verfassungsbestimmungen mitformen, und hat dafür genügend Raum zu belassen. Neben abstrakt gehaltenen Vorgaben sind z.B. im Bereich der Organisation auch sehr konkrete Festlegungen zu finden.¹²³ Zwischen der angestrebten Dauerhaftigkeit von Verfassungsnormen und der gewünschten inhaltlichen Bestimmtheit derselben besteht ein Spannungsverhältnis.¹²⁴ In Bereichen, welche stetem Wandel unterworfen sind, bedarf die Verfassung umso rascher der Anpassung, je konkreter und klarer sie gefasst ist. Entsprechend gilt es, das Detaillierungsmass sorgfältig abzuwägen und den Handlungsspielraum des Gesetzgebers nicht unnötig zu beschneiden. Tagespolitische Entscheidungen oder modische Inhalte gehören nicht in eine Verfassung.¹²⁵ Auch die Regelung umfangreicherer Probleme stösst an Grenzen. Gewisse Materien erweisen sich schlicht als zu komplex, um in dem (beschränkten) Rahmen, welchen eine Verfassung bietet, in befriedigender Weise geregelt zu werden.¹²⁶

¹¹⁸ Art. 5a, Art. 43a Abs. 1 BV.

¹¹⁹ Tobias Jaag, in: Staatsrecht (Anm. 6), § 12 Rz. 10. – Paul Richli, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, in: ZSR 2007/1, S. 59, 80 f., will dem Prinzip gar den Stellenwert einer Schranke zusprechen. Kritisch dazu Rainer J. Schweizer/Lucien Müller, in: St. Galler Kommentar (Anm. 26), Art. 5a Rz. 19.

¹²⁰ Huber (Anm. 26), S. 184; Nussbaumer (Anm. 112), S. 37 f.

¹²¹ Eichenberger, Kommentar KV (Anm. 10), Einl. Rz. 65; Huber (Anm. 26), S. 192 f.; Luzius Mader, Grundrechte und Sozialziele – ein Brennpunkt der Verfassungsreform, in: LeGes 1996/3, S. 16.

¹²² Vgl. Elisabeth Chiariello, Der Richter als Verfassungsgeber?, Habil., Zürich/St. Gallen 2009.

¹²³ Eichenberger, Kommentar KV (Anm. 10), Einl. Rz. 66.

¹²⁴ Häfelin (Anm. 21), S. 112.

¹²⁵ Eichenberger, Verfassungsbegriff (Anm. 6), S. 91.

¹²⁶ Häfelin (Anm. 21), S. 116 f.; Rhinow (Anm. 90), S. 14 f.; Rhinow/Schefer (Anm. 24), Rz. 119.

Sprachlich soll die Verfassung einfach und verständlich gehalten, dabei jedoch sorgsam redigiert sein.¹²⁷ Anzustreben ist zudem ein möglichst *systematischer Aufbau* sowie *innere Kohärenz*; dies gilt im Besonderen für Partialrevisionen.¹²⁸

F. Verfassung und Politik

Verfassung und Politik stehen in einer komplexen Wechselbeziehung. Für das Rollenverständnis und die Funktionen einer Verfassung ist dieser Konnex von zentraler Bedeutung.

Politik neigt zur Dynamik, Verfassung dagegen zur Stabilität.¹²⁹ Entsprechend bremst und lenkt die Verfassung die Politik¹³⁰, während die Politik Einfluss auf das Verfassungsrecht ausübt. Entscheidend ist dabei das richtige Verhältnis¹³¹: Weder soll die Verfassung der Politik ihre Handlungsfähigkeit rauben, noch darf die Verfassung zum Spielball der Politik werden. Die Verfassung kann sich darauf beschränken, als formale Rahmenordnung der Politik ihr Handlungsfeld vorzugeben, oder sie kann sich mit der Politik auch materiell vernetzen.¹³² Letzteres verschafft dem Grundgesetz vermehrte Aufmerksamkeit und erhöht dessen Steuerungskraft, erfordert aber häufigere bzw. schnellere Anpassungen, was sich – jedenfalls ab einem bestimmten Grad – nachteilig auf den Stellenwert des Verfassungsrechts auswirken kann. In der Schweizer Verfassungslandschaft fällt das Ausmass der Vernetzung mit der Politik unterschiedlich aus. Während Bundesverfassungsvorlagen auf intensives Interesse der Politik stossen, steht auf kantonaler Stufe eher die Gesetzgebung im Vordergrund.¹³³

Die Verfassung vermag ihre hervorgehobene Rolle nur auszufüllen, wenn ihr Inhalt den Anforderungen auch gerecht wird. Verfassungsgebung fordert dem Politikprozess darum ausserordentliche Leistungen ab.¹³⁴ Verlangt ist nicht nur

¹²⁷ Eichenberger, Verfassungsbegriff (Anm. 6), S. 95; ders., Gestaltung (Anm. 40), S. 217.

¹²⁸ Eichenberger, Fragen (Anm. 102), S. 228 ff.

¹²⁹ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 228.

¹³⁰ Dies geschieht namentlich durch Aufträge, Verfahrensanweisungen und Schranken (Eichenberger, Sinn [Anm. 5], S. 234 f.).

¹³¹ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 231.

¹³² Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 232 ff.

¹³³ Biaggini, Erfahrungen (Anm. 3), S. 74.

¹³⁴ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 237 f.

eine besondere *Entscheidungsqualität*, sondern ebenso eine *überlegte Führung* aus einer gesamtheitlichen, längerfristig angelegten Sicht.¹³⁵

VI. Kurt Eichenberger und die Verfassungswerkstatt Schweiz

A. Prägende Einflüsse von Kurt Eichenberger

Kurt Eichenberger widmete einen grossen Teil seines Schaffens der Institution Verfassung und ihrer Reform. Das Projekt zur Totalrevision der Bundesverfassung begleitete er über lange Jahre intensiv, unter anderem durch sein Engagement in verschiedenen Kommissionen.¹³⁶ Daneben unterstützte er namentlich den Kanton Aargau tatkräftig bei der Ausarbeitung einer neuen Verfassung¹³⁷, der innerhalb der Schweiz eine wichtige Vorreiterrolle zukam.¹³⁸ In einer Vielzahl von wissenschaftlichen Publikationen hat er sich mit verfassungsrechtlichen Problemen beschäftigt. Besondere Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang das Referat zu «Sinn und Bedeutung einer Verfassung» am Schweizerischen Juristentag im Jubiläumsjahr 1991.

Im Gegensatz zu vielen seiner Kollegen war das Verhältnis von Kurt Eichenberger zur Institution Verfassung durchaus von einer gewissen Nüchternheit geprägt. Diese Haltung gründete freilich nicht in mangelnder Begeisterung für die Idee der Verfassungsreform. Ausschlaggebend waren vielmehr funktionale Überlegungen sowie ein ausgeprägtes politisches Gespür. Gerade darum vermochte Kurt Eichenberger über die verschiedenen Interessenpositionen hinweg wie kein anderer als Integrations- und Leitfigur zu wirken und in kritischen Phasen zielführende Wege aufzuzeigen. Mit seinem vielbeachteten Aufsatz in der NZZ vom 12. Mai 1986 fand er eine taugliche Kompromissformel für die weitere Arbeit in Richtung einer Totalrevision der Bundesverfassung, indem er

¹³⁵ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 238 f.

¹³⁶ Vgl. Andreas Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2011, S. 269 ff. – Raimund E. Germann, Politische Innovation und Verfassungsreform, Bern/Stuttgart 1975, S. 83 f., spricht gar von einer «Rekordzahl der Beteiligungen».

¹³⁷ Marcel Bolz, Die Verfassung des Kantons Aargau – Was hat sich bewährt? Wo besteht Handlungsbedarf?, in: ZBl 1999, S. 572; Vorwort zu Ausgewählte Schriften 1980 (Anm. 40), S. 5.

¹³⁸ Bolz/Kälin (Anm. 2), S. 5; Ehrenzeller/Nobs (Anm. 3), S. 3; Nuspliger, (Anm. 22), S. 66.

den Begriff der *Nachführung* ins Spiel brachte.¹³⁹ Später war er auch eine entscheidende Inspirationsquelle für das (erweiterte) Konzept der «Verfassungsreform als Prozess» im Sinne einer gegliederten, sukzessiven Erneuerung der Verfassung.¹⁴⁰ Nicht zu vergessen ist schliesslich, dass einige seiner Schüler massgeblich dazu beitrugen, das Projekt einer neuen Bundesverfassung über die Ziellinie zu führen.

B. Realitätsgebundener Reformansatz

Kurt Eichenberger war der Realität des politisch (noch) Machbaren genauso verbunden wie der Idee einer zeitgemässen, wirkungsvollen Verfassung. Darum warnte er eindringlich vor überladenen, wirklichkeitsfernen Reformvorlagen.¹⁴¹ In einem funktionsfähigen, integrierten Staat ist der für eine Totalrevision im absoluten Sinn erforderliche, umfassende Wille zur Veränderung nur selten aufzubringen. Grosse Schritte werden einer Verfassung vor allem in oder nach einer Krise zugetraut.¹⁴² Ebenso erweisen sich spekulativ-spontane Verfassungskreationen in heutiger Zeit – jedenfalls in grösserem Umfang – höchstens noch in Ausnahmesituationen als valable Option.¹⁴³ Ansonsten kann sich ein entwickelter Staat mit seinen überaus komplexen Problemstellungen solche Experimente schlicht nicht (mehr) leisten. Selbst wenn sich für eine Vorlage, welcher es an der notwendigen Realitätsverbundenheit fehlt, eine politische Mehrheit finden sollte, bleibt der Ansatz problematisch, weil die Wirkung der Verfassung insgesamt in Gefahr gerät. Je mehr verfassungsrechtliche Normen die Gesell-

¹³⁹ Kurt Eichenberger, Realitätsgebundene Verfassungsrevision, in: NZZ vom 12. Mai 1986, Nr. 107, S. 19, bzw. *Ausgewählte Schriften* 2002 (Anm. 6), S. 37 f. – Vgl. daneben *ders.*, Sinn (Anm. 5), S. 272 f.; *ders.*, Wiederbelebte Totalrevision der Bundesverfassung, in: *Ausgewählte Schriften* 2002 (Anm. 6), S. 47. – Dazu auch Biaggini, Staatsrecht (Anm. 6), § 8 Rz. 23; Botschaft (Anm. 50), S. 38; Bernhard Ehrenzeller, Konzept und Gründe der Verfassungsreform, in: AJP 1999, S. 648 Fn. 13; *ders.*, Konzeption der Verfassungsreform, in: AJP 1995, S. 974; *ders.*, Reformprozesse (Anm. 2), Rz. 13; Häberle, Kunst (Anm. 2), S. 104; Andreas Kley, in: St. Galler Kommentar (Anm. 26), Geschichtl. Einl. Rz. 33; Koller, Nachführung (Anm. 9), S. 980 f.; Müller, Nachführung (Anm. 65), S. 22.

¹⁴⁰ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 273. – Dazu Ehrenzeller, Konzept und Gründe (Anm. 139), S. 650 Fn. 26; *ders.*, Reformprozesse (Anm. 139), Rz. 14 f.

¹⁴¹ Eichenberger, Totalrevision (Anm. 139), S. 40 f.; *ders.*, Sinn (Anm. 5), S. 164 f., 188 f.; *ders.*, Kommentar KV (Anm. 10), Einl. Rz. 16.

¹⁴² Eichenberger, Totalrevision (Anm. 139), S. 43; *ders.*, Verfassungsreform (Anm. 8), S. 119.

¹⁴³ Eichenberger, Richtpunkte (Anm. 88), S. 186 f.

schaft überfordern und in Idealismus und Utopie verfallen, desto weniger Beachtung dürften diese im Rechtsalltag finden, weil sie sich von der Realität ohnehin bereits weit entfernt haben.

Entsprechend stand Eichenberger der Realisierbarkeit einer Totalrevision im absoluten Sinn skeptisch gegenüber. Vielmehr war er Verfechter und Wegbereiter des «Nachführungs»- bzw. «Aktualisierungs»-Konzepts, wie es schliesslich im Bund¹⁴⁴ und vielen Kantonen¹⁴⁵ Verwendung gefunden hat. Die Herausforderung einer Totalrevision besteht danach zu einem wesentlichen Teil in der Komplexitätsbewältigung. Es gilt, das Bewährte aufzunehmen, zu ordnen, zeitgemäss anzupassen und, wo dies erforderlich bzw. sinnvoll erscheint, mit gezielten Neuerungen zu ergänzen. Dabei handelt es sich im Grunde genommen um eine Wiederbelebung der Kodifikationsidee.¹⁴⁶ Die klare und übersichtliche Kodifizierung stärkt unmittelbar die Steuerungskraft und Massgeblichkeit einer Verfassung.¹⁴⁷

Die Revisionen der letzten Jahre gaben Kurt Eichenberger mehrheitlich recht. Zweifellos haben sich die verschiedenen Projekte dabei gegenseitig stark beeinflusst. Unabhängig davon wird das Konzept des sanften Erneuerns dem Wesen und den Funktionen der Verfassung¹⁴⁸ aber auch am besten gerecht, während eine Totalrevision im absoluten Sinn zu einem destabilisierend und desorientierend wirkenden Bruch bzw. einer inhaltlichen Überforderung der Gestaltungs- und Steuerungsfunktion führt. Dass im Rahmen einiger kantonaler Projekte durchaus auch innovative Schritte gelungen sind, dürfte vor allem mit dem geringeren Mass an politischer Aufladung der Verfassungsgebung auf dieser Stufe zusammenhängen. Der revolutionäre Gehalt solcher Neuerungen ist zudem insofern zu relativieren, als nicht alle Massnahmen in der Praxis auf

¹⁴⁴ Vgl. die Hinweise in Anm. 139.

¹⁴⁵ Bolz (Anm. 137), S. 584; Bernhard Ehrenzeller, Der Einfluss auf die Erneuerung der Kantonsverfassungen, in: Erprobt und entwicklungsfähig (Anm. 76), S. 151; ders., Reformprozesse (Anm. 2), Rz. 11; Ehrenzeller/Nobs (Anm. 3), S. 5; Jörg N. Rappold, Für eine Reform der Kantonsverfassung ohne Revolution!, in: Thomas Dähler u.a. (Hrsg.), Wozu eine neue Kantonsverfassung?, Materialien zur Zürcher Verfassungsreform, Band 2, Zürich 2000, S. 65 f.

¹⁴⁶ Rhinow (Anm. 90), S. 12; Rhinow/Schefer (Anm. 24), Rz. 114.

¹⁴⁷ Peters (Anm. 5), S. 53.

¹⁴⁸ Dazu vorne Ziff. III. und IV.

grosse Beachtung stossen¹⁴⁹ und sich in der Umsetzung auch nicht alles bewährt.¹⁵⁰ Deshalb ist man weiterhin gut beraten, eine Totalrevision materiell nicht zu überladen.

C. Gegenwartsbezogener Fokus

Eine Verfassung entfaltet ihre primäre Wirkung in der Gegenwart.¹⁵¹ Dabei baut sie Brücken sowohl in die Vergangenheit wie auch in die Zukunft, indem sie einerseits tradiertes, bewährtes Gedankengut überliefert und andererseits – namentlich über Zielnormen – einen Blick in die Zukunft wirft, in welche sie Staat und Gesellschaft steuern möchte. Auch hier mahnte Eichenberger jedoch zu Vorsicht und Zurückhaltung. Die prospektiven Festlegungen sollen nicht weiter gehen, als eine Umsetzung effektiv plausibel erscheint.¹⁵² Eine Generation darf sich nicht das Recht herausnehmen, über das morgen Richtige auf dem heutigen Erkenntnisstand abschliessend entscheiden zu wollen.¹⁵³

Die Totalrevision einer Verfassung vermag den Druck zu steter Veränderung denn auch nicht aufzufangen. Die Praxis bestätigt diesen Umstand. An totalrevidierten Erlassen wird ohne grosse Pause fleissig weitergebaut.¹⁵⁴ Verfassungsgebung funktioniert als *zeitlich offener (Lern-)Prozess*, bei dem Bisheriges laufend hinterfragt wird und es in bestimmten Punkten mitunter zu einem Umdenken kommt.¹⁵⁵ Als illustrativ erweist sich in diesem Zusammenhang der Ansatz des Kantons Wallis, welcher für die Überarbeitung seiner Verfassung von Beginn weg ein etappenweises Vorgehen wählte.¹⁵⁶

¹⁴⁹ Dies gilt insbesondere für kantonale Grundrechte, vgl. *Giovanni Biaggini*, Verfassungsvergleichung im Dienst der Verfassungserneuerung, in: Zürcher Materialien 2 (Anm. 145), S. 107.

¹⁵⁰ Im Kanton Zürich wurde etwa das mit der Totalrevision eingeführte konstruktive Referendum wieder abgeschafft.

¹⁵¹ *Eichenberger*, Sinn (Anm. 5), S. 220; *ders.*, Verfassungsreform (Anm. 8), S. 112.

¹⁵² *Eichenberger*, Verfassungsbegriff (Anm. 6), S. 93.

¹⁵³ *Eichenberger*, Sinn (Anm. 5), S. 223; *ders.*, Verfassungsreform (Anm. 8), S. 112 f.; *ders.*, Kommentar KV (Anm. 10), Einl. Rz. 16.

¹⁵⁴ *Biaggini*, Erfahrungen (Anm. 3), S. 73; *Ehrenzeller*, 10 Jahre (Anm. 22), S. 559.

¹⁵⁵ *Biaggini*, Erfahrungen (Anm. 3), S. 72 ff.; *Ehrenzeller*, 10 Jahre (Anm. 22), S. 559; *Nuspliger* (Anm. 22), S. 65, 81, 85 ff.

¹⁵⁶ *Buser*, Akzente (Anm. 2), S. 3; *dies.*, Staatsrecht (Anm. 1), Rz. 36; *Ehrenzeller/Nobs* (Anm. 3), S. 4.

D. Austariertes Rollenverständnis

Einzig mit dem Mittel der Verfassungsgebung lassen sich die drängenden Probleme der heutigen Zeit nicht in den Griff bekommen und eine irgendwie geartete «Malaise» nicht bekämpfen. Eine zeitgemässe Verfassung nimmt nicht für sich in Anspruch, die grossen Herausforderungen, denen der neuzeitliche Staat gegenübersteht, quasi im Alleingang zu lösen.¹⁵⁷ Sie hat nicht die Aufgabe, am Anfang gesellschaftlicher Entwicklungen zu stehen, solche zu initiieren sowie zu steuern und die Gesellschaft auf diese Weise in eine vermeintlich bessere Zukunft zu führen. Die Verfassung ist vielmehr Wegbereiter und Orientierungswerkzeug¹⁵⁸ bzw. – mit den Worten von Eichenberger – Stütze und Hilfsvorkehr.¹⁵⁹ Sie liefert nur, aber immerhin, wesentliche Grundlagen, um Sachprobleme zu bewältigen, indem Aufgaben definiert, inhaltliche Weichenstellungen vorgenommen und Zuständigkeiten, Strukturen sowie Verfahren geordnet werden.¹⁶⁰ Auch wirkt die Verfassung als Problem-Katalysator. Sie geht auf ihre Umwelt ein, nimmt (politische) Entwicklungen auf, reflektiert und strukturiert sie, zeigt Wege und Grenzen auf, ermöglicht die Konsenserzielung und dient einer rationalen, geordneten Problemdurchdringung.¹⁶¹ Verfassungsgebung erweist sich so – vor allem auf Bundesebene – als wesentlicher Bestandteil grundlegender politischer Prozesse. Hinsichtlich der Leistungsmöglichkeiten der Verfassungsgebung ist damit eine gewisse Bescheidenheit angebracht. Will eine Verfassung bewegen, so muss sie dies mit dem notwendigen Augenmass tun. Der Verfassungsgeber kann nicht mehr oder anderes erreichen, als Recht auf einer relativ hohen Abstraktionsstufe zu leisten vermag.¹⁶² Die bisherigen Erfahrungen zeigen denn auch, dass der Verfassungssouverän diesbezüglich keinen falschen Vorstellungen unterliegt und Totalrevisionen regelmässig ohne grosse «Begeisterungswelle» erfolgen.¹⁶³ Die Anstösse, die Kurt Eichenberger der Reformbewegung der letzten Jahre vermittelte, haben sicher einiges dazu beigetragen, besser zu verstehen, welche Rolle der Verfassungsgeber heute ausfüllen kann und soll.

¹⁵⁷ Botschaft (Anm. 50), S. 14.

¹⁵⁸ Aubert (Anm. 10), S. 134; Ehrenzeller, Konzept und Gründe (Anm. 139), S. 654.

¹⁵⁹ Eichenberger, Totalrevision (Anm. 139), S. 43.

¹⁶⁰ Eichenberger, Totalrevision (Anm. 139), S. 42.

¹⁶¹ Tschannen (Anm. 30), § 3 Rz. 26.

¹⁶² Vgl. die Hinweise in Anm. 65.

¹⁶³ Buser, Akzente (Anm. 2), S. 3; dies., Staatsrecht (Anm. 1), Rz. 37; Ehrenzeller, Konzept und Gründe (Anm. 139), S. 648, 654; Ehrenzeller/Nobs (Anm. 3), S. 5 f.

E. Grenzen der Machbarkeit

Aufgrund des Umstandes, dass die Verfassung am Anfang allen staatlichen Rechts steht, stellt sich notgedrungen die Frage nach dem Handlungsspielraum des Verfassungsgebers. Eichenberger betonte die grundsätzliche Machbarkeit der Verfassung und lehnte (autonome) materielle Schranken der Verfassungsgebung ab.¹⁶⁴ In der Lehre stösst diese Haltung zunehmend auf Skepsis, was sich nicht zuletzt in der aktuellen Schrankendiskussion zeigt.¹⁶⁵ In der Konkretisierungskette des Rechts sind die Möglichkeiten des Verfassungsgebers, mit bisherigen Prinzipien zu brechen und rechtliches Neuland zu betreten, zwar um einiges grösser als beim Gesetz- oder Ordnungsgeber. Insofern erweist sich die Verfassung als etwas Machbares. Der Verfassungsgeber ist jedoch keineswegs ungebunden, sondern unterliegt einer Reihe von Vorgaben, Schranken, Bindungen und Regeln.¹⁶⁶ Zumindest implizit ging auch Eichenberger von einer gewichtigen materiellen Schranke aus, indem er die demokratische Legitimation stets voraussetzte.¹⁶⁷ Daneben strich er vor allem die faktischen Bindungen heraus.¹⁶⁸ Genauso wenig darf der Verfassungsgeber jedoch die Augen vor rechtlichen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen verschliessen. Die Zurückhaltung von Eichenberger in dieser Hinsicht lässt darauf schliessen, dass er den nationalen Verfassungsgeber noch als vollkommen souverän betrachtete. Dieses Bild gerät heute immer mehr ins Wanken. Das Verhältnis zwischen Verfassung und Völkerrecht gestaltet sich dabei zunehmend komplex und unübersichtlich. Eine kohärente nationale Schrankenordnung, welche sich zu zentralen Grundwerten bekennt, würde insofern auch der Rechtssicherheit dienen und die Orientierung erleichtern. Mit der Anerkennung gewisser Schranken wird die demokratische Machbarkeit der Verfassung nicht grundsätzlich in Frage gestellt, sondern vielmehr der Blick für das effektiv zur Verfügung stehende Wirkungsfeld geschärft.

¹⁶⁴ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 162; ders., Kommentar KV (Anm. 10), Einl. Rz. 10, Vorbem. 9. Abschn. Rz. 1 f., § 121 Rz. 4; ders., Kontinuität (Anm. 97), S. 202; ders., Fragen (Anm. 102), S. 224.

¹⁶⁵ Vgl. Hangartner, St. Galler Kommentar (Anm. 26), Vorbem. zu Art. 192–195 Rz. 10 ff.; Rhinow/Schefer (Anm. 24), Rz. 471 f., 3605 f.; Schefer/Zimmermann (Anm. 105), S. 348.

¹⁶⁶ Dazu vorne Ziff. V.C. ff.

¹⁶⁷ Hans Nef, Materielle Schranken der Verfassungsrevision, in: ZSR 1942/I, S. 136, sah eine materielle Schranke denn auch im Verbot, dem Volk die verfassungsgebende Gewalt zu entziehen.

¹⁶⁸ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 163.

F. Veränderte Rolle der Kantonsverfassungen

Eichenberger beklagte das «stille Dasein» der Kantonsverfassungen.¹⁶⁹ Im Rechtsalltag würden sie kaum zur Kenntnis genommen. Mittlerweile haben sich fast alle Kantone eine neue Verfassung gegeben, was zweifellos zu einer Belebung der Rechtsdomäne geführt hat.¹⁷⁰ Innerhalb der Verfassungswerkstatt Schweiz befruchteten sich die verschiedenen Projekte gegenseitig und es gab einen regen inhaltlichen Austausch.¹⁷¹ Die Kantone folgten grossmehrheitlich ebenfalls dem erweiterten Nachführungskonzept. Innovationen, wie sie vor allem Bern wagte, stiessen bei anderen Kantonen sowie im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung auf vergleichsweise grosse Aufmerksamkeit.¹⁷² Reformen betrafen etwa die Volksrechte oder die Justizverfassung.¹⁷³ Vermehrte Beachtung schenkte den revidierten Kantonsverfassungen auch die Lehre, indem in verschiedenen Kantonen relativ umfangreiche Kommentare erschienen. Eines der ersten dieser Werke stammt aus der Feder von Kurt Eichenberger. Dies alles führt(e) in Ansätzen zu einer inhaltlichen Angleichung und zur Herausbildung eines gemeineidgenössischen Verfassungsrechts.¹⁷⁴ Selbst wenn von den Kantonen damit ein Stück Selbstständigkeit preisgegeben wurde, dürfte sich der verfassungsrechtliche Konturgewinn insgesamt stärkend auf die Stellung der Kantone ausgewirkt haben. Die höhere Gewichtung der Orientierungs- und der Vernetzungsfunktion in den totalrevidierten Erlassen ist zudem geeignet, für ein neues Selbstverständnis und einen nachhaltigen Bedeutungszuwachs der kantonalen Verfassungen zu sorgen.

¹⁶⁹ Eichenberger, Verfassungsbegriff (Anm. 6), S. 101 f.; ders., Von der Bedeutung und von den Hauptfunktionen der Kantonsverfassung, in: *Ausgewählte Schriften 2002* (Anm. 6), S. 21 f. – Vgl. auch Biaggini, Erfahrungen (Anm. 3), S. 16, 74; Nuspliger (Anm. 22), S. 64.

¹⁷⁰ Buser, Staatsrecht (Anm. 1), Rz. 43.

¹⁷¹ Ehrenzeller, Einfluss (Anm. 145), S. 149, 160 f.; Nuspliger (Anm. 22), S. 65, 86 ff.

¹⁷² Bolz/Kälin (Anm. 2), S. 6 ff.; Ehrenzeller, Einfluss (Anm. 145), S. 161.

¹⁷³ Biaggini, Erfahrungen (Anm. 3), S. 11 f.; Ehrenzeller, Einfluss (Anm. 145), S. 157 f., 159; ders., Reformprozesse (Anm. 2), Rz. 11; Müller, Nachführung (Anm. 65), S. 38.

¹⁷⁴ Ehrenzeller, Einfluss (Anm. 145), S. 153, 161; ders., Reformprozesse (Anm. 2), Rz. 12; Nuspliger (Anm. 22), S. 81 ff.; kritisch Biaggini, Erfahrungen (Anm. 3), S. 60, 72.

VII. Abschliessende Thesen

A. Voraussetzungsvolle Verfassungsgebung

Eine Verfassung erweist sich in vielerlei Hinsicht als *Spiegel ihrer Umwelt*. Sie ist untrennbar verbunden mit dem Staat und der Gesellschaft, welche sie ordnet und denen sie dient. Den richtigen Ausgleich zwischen Bewahrung und Entwicklung findet die Verfassung – sieht man von Ausnahmesituationen ab – im steten Fluss, weil sie sich nur so im notwendigen Gleichschritt mit Staat und Gesellschaft bewegt. Inhaltlicher Übermut birgt demgegenüber die Gefahr dauerhafter Entfremdung von der Rechtsgemeinschaft. Der Verfassungsgeber vermag sich seinem rechtlichen und tatsächlichen Umfeld nicht zu entziehen, sondern er hat dieses als Ausgangslage jeder Entwicklung zu anerkennen. Dabei dürften die Bindungen in Zukunft sogar noch weiter zunehmen. Verfassungsgebung bildet somit einen überaus *voraussetzungsvollen* Prozess, weshalb der Ansatz, materielle Verfassungsreformen in verträglichen Dosen anzugehen, nicht nur politisch klug, sondern auch *sachlich richtig* ist.

B. Das Staats-Dilemma der (nationalen) Verfassung

Wer sich vertiefte Gedanken zu den Schranken und Bindungen des Verfassungsgebers macht, erkennt rasch, dass dabei durchaus Parallelen zu den zunehmenden Souveränitätsdefiziten bestehen, mit denen sich der moderne Staat konfrontiert sieht.¹⁷⁵ Handlungsfelder, welche sich seinem Einflussbereich entziehen, verlieren gleichzeitig weitgehend ihre Eignung als potentielle Verfassungsthemen. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass sich Verfassungsinhalte heute vermehrt auf völkerrechtlicher Ebene vorfinden. Nationale Verfassungsgeber müssen deswegen nicht um die Substanz ihrer Grundgesetze fürchten. Sie tun indessen gut daran, ihr Rollenverständnis ausreichend zu schärfen. Soll die staatliche Verfassung ihre Funktionen zuverlässig erfüllen können, darf man sich hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Regelungsspielräume keinen Trugschlüssen hingeben. Als Wegweiser und Orientierungshilfe kann dem Verfassungsgeber dabei eine Schrankenordnung dienen. Soweit eine solche Rege-

¹⁷⁵ Biaggini, Idee (Anm. 12), S. 453; Peters (Anm. 5), S. 130 ff.; Peter Saladin, Wozu noch Staaten?, Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt, Bern/München/Wien 1995, S. 28 ff.

lung in erster Linie versucht, Grenzen transparent aufzuzeigen, und sich nicht voreilig bevormundender Mittel bedient, erweist sie sich auch nicht als demokratiefeindlich, sondern verhindert vielmehr eine unehrliche Scheindemokratie, bei der Fehlritte nachträglich auf Stufe Auslegung korrigiert werden. Da das Wissen um massgebliche Schranken an der politischen Basis nicht ohne Weiteres vorausgesetzt werden kann, drängen sich verfahrensrechtliche Vorkehren auf, welche für die notwendige Aufklärung sorgen. Der aktuell diskutierte Vorschlag, das Vorprüfungsverfahren bei Initiativen entsprechend auszubauen¹⁷⁶, erscheint von daher folgerichtig. Auch bei fehlender Bindungswirkung ermöglicht eine solche Prüfung, die Schrankenproblematik im Initiativverfahren bewusster zu machen und Umsetzungsschwierigkeiten frühzeitig aufzuzeigen. Auf diese Weise werden Frustrationen vorgebeugt und die Bürger/-innen in die Lage versetzt, mündige politische Entscheide zu fällen.

C. Verfassungsgebung als Instrument des Dialogs

Verfassungsgebung bildet vor allem auf Bundesebene in beträchtlichem Mass *Gegenstand der Alltagspolitik*.¹⁷⁷ Entsprechend wird die Bundesverfassung als «Kristallisationspunkt grundlegender politischer Anliegen»¹⁷⁸ oder als «Fechtboden»¹⁷⁹ der Politik bezeichnet. Eine Abkoppelung von der Politik erscheint nicht sinnvoll, selbst wenn dies die Aufgabe der Verfassungsgebung vor besondere Herausforderungen stellt. Diskutabel ist allenfalls das Mass der Vereinnahmung durch die Politik, wobei ein massgeblicher Faktor in der für eine Initiative auf Partialrevision erforderlichen Unterschriftenzahl zu erblicken ist.

Die Verfassung dient in der Schweiz einerseits als *Medium*, über das sich Volk, Exponenten der Politik und staatliche Organe austauschen können. Die ausgebauten Mitwirkungsrechte ermöglichen es auch relativ unorganisierten Kreisen, sich in den Politikprozess einzubringen. Andererseits schafft die Verfassung eine *Plattform*, wo sich die gesellschaftlichen Kräfte mit ihren unterschiedlichen Interessen immer wieder von neuem zu staatlicher Gemeinsamkeit zusammenrau-

¹⁷⁶ Zusatzbericht (Anm. 105), S. 3632 ff.

¹⁷⁷ Biaggini, *Entwicklungen* (Anm. 113), S. 6; *ders.*, *Staatsrecht* (Anm. 6), § 8 Rz. 42.

¹⁷⁸ *Botschaft* (Anm. 50), S. 11.

¹⁷⁹ Biaggini, *Erfahrungen* (Anm. 3), S. 74; Koller, *Verfassungsreform* (Anm. 90), S. 151; Rhinow (Anm. 90), S. 7.

fen. Das Ringen um verfassungsrechtliche Inhalte wird damit zu einem zentralen *Instrument des politischen und gesellschaftlichen Dialogs*.

D. Die Verfassung als (Ver-)Mittlerin

Eine zeitgemässe Verfassung muss das veränderte Staatsverständnis und die *Mittler-* bzw. *Vermittlerfunktion* reflektieren, welche dem modernen Staat zukommt.¹⁸⁰ Verfassungsgebung lässt sich nicht (mehr) als autarker, in sich geschlossener Vorgang begreifen. Vielmehr gilt es andere gesellschaftliche Kräfte, welche die Ordnung der staatlichen Gemeinschaft massgeblich mitgestalten, ebenfalls zu berücksichtigen, Brücken zu diesen zu bauen und Möglichkeiten bzw. Plattformen des Austausches und der Zusammenarbeit zu schaffen. Besondere Bedeutung kommt diesem Anliegen in einem Bundesstaat zu. Insofern kann von einer *vernetzten* Verfassungsgebung gesprochen werden. Im Sinn einer systemtheoretischen «Grenzgängerin»¹⁸¹ fungiert die Verfassung als Schnittstelle des (Rechts-)Staats zu anderen gesellschaftlichen Systemen und Institutionen.

E. Die Verfassung als permanente Baustelle

Das Umfeld des schweizerischen Verfassungsrechts hat sich seit 1848 drastisch gewandelt.¹⁸² Die Welt und mit ihr die Rechtsordnung, deren Basis die Verfassung bildet, sind komplexer geworden. Verfassungsgebung hat sich dieser staatspolitischen Realität zu stellen. Gerade weil eine gelebte Verfassung tief in Staat und Gesellschaft verankert ist, lässt sie sich nicht von heute auf morgen völlig umkrepeln. In einem modernen, konsensorientierten demokratischen Gemeinwesen ist wenig Platz für grosse revolutionäre Veränderungen, sondern es besteht Bedarf für massvolle *evolutionäre Anpassungen*.¹⁸³

Die Schweiz ist nicht nur eine Verfassungswerkstatt; sie ist eine permanente Verfassungsbaustelle. Schweizer Verfassungsrecht ist lebendig, es ist nicht zu

¹⁸⁰ *Saladin* (Anm. 175), S. 237 ff.

¹⁸¹ *Nussbaumer* (Anm. 112), S. 18.

¹⁸² *Biaggini*, *Idee* (Anm. 12), S. 445 f.

¹⁸³ *Ehrenzeller*, *10 Jahre* (Anm. 22), S. 559; *ders.*, *Reformprozesse* (Anm. 2), Rz. 15; *Ehrenzeller/Nobs* (Anm. 3), S. 5; *Häberle*, *Kunst* (Anm. 2), S. 102; *Peters* (Anm. 5), S. 372 ff.

einem «in Stein gehauenen Monument» oder zum «Mythos» erstarrt.¹⁸⁴ Die Sorge um die Verfassung erweist sich damit als *Daueraufgabe*.

Auch Irrläufe gehören zu einer gelebten Verfassung, wobei sich die Erkenntnis, dass eine Verfassung nicht vollkommen ist, freilich nicht in einer verminderten Bindungswirkung niederschlagen darf.¹⁸⁵ Allenfalls zeigt erst die Diskussion im Nachgang zu einer Abstimmung, dass sich die Entscheidung als falsch erwiesen hat. Dann ist die Frage von der Politik erneut aufzugreifen und einer tragfähigen Lösung zuzuführen. Verfassungsgebung gestaltet sich in dieser Weise als anhaltender *Lernprozess*.

Vor allem der Realitätsbezug, welcher letztlich Gewähr bietet für eine genügende Verankerung der Verfassung in der Rechtsgemeinschaft, ist immer wieder von Neuem zu suchen. Mit anderen Worten hat man «sich periodisch Rechenschaft zu geben, wo man mit der Verfassung steht».¹⁸⁶ «Sinn und Bedeutung bleiben ihr durch solche Aufmerksamkeit und Anstrengung gesichert.»¹⁸⁷

¹⁸⁴ Botschaft (Anm. 50), S. 11; Koller, Verfassungsreform (Anm. 90), S. 150.

¹⁸⁵ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 247, 264.

¹⁸⁶ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 269.

¹⁸⁷ Eichenberger, Sinn (Anm. 5), S. 273.

Diskussion zum Referat von Stefan Vogel

Bernhard Ehrenzeller

Liebe Kolleginnen und Kollegen, K.E. war ja ohne Zweifel eine Person von Autorität und Einfluss. Die eben vorgetragene Standortbestimmung zum schweizerischen Verfassungsverständnis macht seine herausragende Stellung als Staatsrechtler sichtbar. Für unsere Diskussion interessant erscheint mir die Frage, was sich verändert, was sich weiterentwickelt hat seit der Zeit, als K.E. die schweizerische Verfassungsdiskussion massgeblich beeinflusst hat, z.B. seit der Zeit seines Referates im Rahmen des Genfer Juristentags im Jahre 1991. Mir sind drei Punkte besonders aufgefallen.

Erstens: Die Verfassung soll den Staat «verfassen». Staat und Verfassung stehen in engstem Zusammenhang. Meine erste Frage ist daher, ob sich in unserem Staatsverständnis etwas verändert hat in den letzten Jahren. Für K.E. war der Staat die Heimat des Bürgers, er sprach gar von der «neuen Geborgenheit» des Bürgers. Dies im Gegensatz zu den Völkerrechtlern, die in einem gewissen Sinne heimatlos seien. K.E. hat nicht viel geschrieben zum Verhältnis des Staates zur internationalen Gemeinschaft, wenngleich er erkannt hat, dass der einzelne Staat immer dichter eingebunden ist in die internationale Rechtsordnung, deshalb auch mehr und mehr abhängig wird und sich diese Entwicklung bis in die heutige Zeit immer stärker fortsetzt. Wir können uns aber fragen, ob wir heute nicht bereits wieder eine gegenteilige Entwicklung sehen, eine Art «Wiedergeburt» des Staates, über die sich K.E. freuen würde. Nicht nur in Zeiten von Krieg, sondern auch zur Bewältigung anderer, vor allem wirtschaftlicher und sozialer Krisenlagen, wie sie heute gehäuft vorkommen, findet eine verstärkte Rückbesinnung auf den Einzelstaat als Schicksals- und Solidargemeinschaft statt. Welche Folgen hat das für die Verfassung des einzelnen Staates?

Zweitens: Der Verlust an Steuerungskraft der Verfassung. Die Verfassung bildet Rahmenordnung des Staates, sie ist aber auch und immer stärker ein «living instrument of government». Aus diesem Verständnis heraus sind in jüngerer Zeit immer mehr Verfassungsprinzipien, Programme und Zielnormen in die Verfassung aufgenommen worden. Diese sind durchaus ernst gemeint, z.B. das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a BV) oder die Grundsätze über die Aufga-

benzuweisung im Zusammenhang mit dem NFA (Art. 43a BV). Im politischen Seilziehen bei der Ausgestaltung und Wahrnehmung der Bundeskompetenzen aber spielen diese Grundsätze kaum mehr als eine deklaratorische Rolle, was die Verfassung abwertet, denn sie verliert dadurch ihre Vorrangfunktion, die im Vergleich zu den Gesetzen ja hervorgehoben worden ist. Dass die Verfassung ein von der jeweiligen politischen Opportunität abhängiges Instrument werden kann, ist eine nicht leicht zu nehmende Gefahr. Dies zeigte sich mehrfach in jüngerer Zeit, beispielsweise bei der parlamentarischen Behandlung der Ausschaffungsinitiative, die aus meiner Sicht für ungültig hätte erklärt werden müssen, was aber aus primär politischen Gründen nicht geschehen ist.

Drittens: Die Kohärenz und Einheit der Verfassung. K.E. ist vom Dogma der Gleichrangigkeit aller Verfassungsbestimmungen ausgegangen, wie dies auch heute noch der überwiegenden Meinung in der Staatsrechtslehre entspricht. Dass nicht jede in die Verfassung aufgenommene Norm den grossen Verfassungsfunktionen gleichermaßen entspricht, wie wir im Referat gehört haben, war natürlich auch K.E. bewusst. Er dachte aber, damit leben zu können, weil die Verfassung insgesamt diese Funktionen erfüllt. Aber stimmt dies noch nach den Volksinitiativen der jüngsten Zeit, beispielsweise nach dem Minarettverbot (Art. 72 Abs. 3 BV) oder der Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3–6 BV)? Können wir an diesem Prinzip der Gleichrangigkeit festhalten, ungeachtet tiefgreifender Veränderungen? Genauer betrachtet: Stimmt es überhaupt, dass jeder einzelnen Verfassungsbestimmung die gleiche rechtliche Wirkung zukommt wie den fundamentalen Rechtsgrundsätzen im allgemeinen Teil der Verfassung oder den Grundrechten, beispielsweise dem Willkürverbot oder dem Verhältnismässigkeitsprinzip? Wenn doch alle Verfassungsbestimmungen gleiche Geltung beanspruchen, kann es doch letztlich nicht sein, mit der Einfügung eines Artikels oder gar eines Absatzes bestehende grundlegende Verfassungsgarantien einfach leerlaufen zu lassen. Ich bin mir nicht mehr sicher, ob wir diese Konfliktlage noch mit der üblichen Antwort der praktischen Konkordanz (die auch von K.E. vertreten wurde) lösen können. Die Initianten der angesprochenen Initiativen wollen keine praktische Konkordanz, sie wollen vorrangige, ja ausschliessliche Geltung der neuen Bestimmungen. In anderen Rechtsgebieten, beispielsweise dem Obligationenrecht, würde eine solche Art der Änderung und Auslegung geltenden Rechts nie in Betracht gezogen. Man wird sich dort doch immer die Frage stellen müssen, wie sich eine Änderung beispielsweise im Arbeits- oder Auftragsrecht zu den Allgemeinen Bestimmungen des OR verhält. Ist ein solcher Interpretationsansatz dem Verfassungsrecht wirklich

fremd? Ich denke, dass hier einiges – nolens volens – in Bewegung geraten ist und dieser Punkt eine weitere Reflexion wert wäre. Besten Dank.

Giovanni Biaggini

Dass «tagespolitische Entscheidungen» und «modische Inhalte» nicht in die Verfassung gehören, ist in der heutigen Veranstaltung fast schon zu einem geflügelten Wort geworden. Prima vista könnten die Verfassungsfunktionen, wie sie K.E. modellhaft herausgearbeitet hat – etwa im Kommentar zur Aargauer Kantonsverfassung und im Juristentags-Referat von 1991 –, ein probates Mittel sein, um «unpassende» Dinge aus der Verfassungsurkunde fernzuhalten. In diesem Sinne hat die Verfassungs-Totalrevision im Bund – ähnlich wie in zahlreichen Kantonen – einen substantiellen Beitrag zur (Verfassungs-)Rechtsbereinigung geleistet. Leider nur zeigt die Praxis heute, dass es nicht immer so funktioniert, wie man es sich wünschen würde. Bernhard Ehrenzeller hat es bereits angesprochen: In letzter Zeit ist in der Bundesverfassung aufgrund von Teilrevisionen einiges in Unordnung geraten, mit allen Schwierigkeiten, die sich daran anschliessen. Da das Instrument der Totalrevision nicht jedes Jahr zur Verfügung steht, muss man Mittel und Wege finden, um anderweitig dafür zu sorgen, dass die Weiterentwicklung des Verfassungsrechts in guten Bahnen verläuft. Das ist nicht immer einfach, denn die Verfassung ist nicht nur Ausdruck eines Grundkonsenses und des Dialogs, sie ist heute auch ein Instrument der tagespolitischen Auseinandersetzung und dient allerlei Zielsetzungen, nicht zuletzt auch parteipolitischen. Dies kann man einerseits positiv sehen, denn darin drückt sich ein gewisser «Glaube an die Verfassung» aus («mit der Verfassung kann man etwas bewirken»). Man kann es aber auch negativ sehen, und die Ereignisse der jüngsten Zeit zwingen uns leider dazu, uns mit solchen negativen Aspekten näher zu beschäftigen.

Nehmen wir das Beispiel der Zweitwohnungsinitiative, die am 11. März dieses Jahres von Volk und Ständen angenommen wurde (Art. 75b BV): Der Gestaltungswille ist greifbar, man will etwas verändern; die Steuerungs- und Gestaltungsfunktion kommt zum Tragen. Aus der Ordnungsfunktion der Verfassung ist jedoch hier eher eine Unordnungsfunktion geworden, aus der Orientierungsfunktion eine Desorientierungsfunktion, aus der Integrationsfunktion eine Desintegrationsfunktion, denn die Berggebiete und die übrigen Landes-

teile ziehen nicht am selben Strick. Die Verfassungsfunktionen stossen hier offensichtlich an Grenzen.

Wo aber sonst könnte man ansetzen, wenn man das Verfassungsgefüge einigermaßen im Lot halten möchte? Bernhard Ehrenzeller hat soeben die Frage angesprochen, wie sich die Verfassung mittels Auslegung ins Lot bringen lässt. Ich selber bin da eher skeptisch – und glaube, in dieser Hinsicht K.E. nahe zu sein. Ich bezweifle, ob es gut ist, wenn man die Auslegungsmethodik einsetzt (oder strapaziert), um Ecken und Kanten eines Initiativtextes abzuschleifen, der Gegenstand einer Volksabstimmung war und erfolgreich aus dem direktdemokratischen Entscheidungsprozess hervorgegangen ist. Es gibt Grenzen der Auslegung. Ich halte es für problematisch, allgemeine Prinzipien – etwa den Verhältnismässigkeitsgrundsatz – zu instrumentalisieren, um das Beschlossene am Ende doch noch (womöglich weniger aus juristischen denn aus politischen Gründen) irgendwie in eine andere Richtung zu lenken. Erwägenswert scheint mir der Weg über eine solche «korrigierende» Auslegung allenfalls in ausserordentlichen Fällen, im Sinne einer echten Notlösung.

Mir scheint, dass man vermehrt präventiv ansetzen sollte. Manche mögen jetzt an die «Schrankenthematik» denken, d.h. an die vielfach diskutierten – teils positivierten, teils nur postulierten – Schranken der Verfassungsänderung. Ich bin aber auch hier skeptisch. Meines Erachtens sollte man bei der Prävention den Akzent eher auf die Qualitätssicherung setzen und auf das Verfahren der Ausarbeitung von Verfassungsnormen. In dieser Hinsicht bestehen bei Volksinitiativen echte Probleme. Ich will es hier bewusst zugespitzt formulieren: Es ist ein Problem, wenn (vordergründig) «attraktive», somit mehrheitsträchtige Anliegen in «Hinterzimmern» in die Form von Verfassungstexten gebracht werden, an denen im weiteren Verlauf des Verfahrens kein Komma mehr geändert werden kann (Art. 99 ParlG).

Mir ist bewusst, dass eine präventiv ansetzende Qualitätssicherungsstrategie nicht einfach umzusetzen ist. Ich meine aber, dass noch nicht alle Möglichkeiten ausgeschöpft sind. So könnte und sollte man vielleicht an eine Art von «Pakt für Qualitätssicherung» denken. Hier trifft uns Staatsrechtslehrer wohl sogar eine gewisse Bringschuld. Im Kanton Zürich werden Initiativkomitees im Rahmen der Vorprüfung von Volksinitiativen durch den Gesetzgebungsdienst auch auf materielle und rechtsetzungstechnische Mängel hingewiesen – in anderen Kantonen wird möglicherweise die Staatskanzlei Ähnliches tun. Wie intensiv solche Angebote genutzt werden, weiss ich nicht. Ein gewisses Hindernis

könnte sein, dass es sich um Arbeitsstellen handelt. Vielleicht wäre eine mehr oder weniger neutrale Stelle wie die Universität eher prädestiniert, solche Hilfestellungen anzubieten. Dabei könnte auch eine Institution wie das «ZfR» eine Rolle spielen. Man könnte beispielsweise Workshops anbieten, in denen künftigen Initianten gezeigt wird, wie man Normtexte verfasst, die sich einigermaßen in das Verfassungsganze einfügen, ohne unnötige beziehungsweise ungewollte Probleme zu verursachen. Ich meine, dass wir über diesen präventiven Weg mindestens so intensiv nachdenken sollten wie über eine nachträgliche Umdeutung von Volksinitiativen mittels kühner bis gewagter Verfassungsinterpretation. Besten Dank.

Felix Uhlmann

Besten Dank auch für diesen Beitrag. Eine Bemerkung meinerseits: Ich sehe eher mangelnden politischen Willen denn Sachkenntnis als Problem dieser sog. Laienrechtsetzung. Allenfalls kann uns Christian Schuhmacher als Leiter des Gesetzgebungsdienstes des Kantons Zürich noch einige Angaben dazu machen, inwiefern Laien auch Anfragen zur Unterstützung ihrer Projekte stellen.

Rainer J. Schweizer

Liebe Kolleginnen und Kollegen. Das Referat von Stefan Vogel hat die Gedankengänge von K.E. meines Erachtens schön aufgezeigt. Es ist aufschlussreich, dass sich K.E. bis zum Ende seines Wirkens mit diesen Fragen beschäftigt hat. Eine Frage hat mich immer wieder beschäftigt, welche hier unter den Stichworten Ausschliesslichkeitsanspruch und Rahmenordnung angesprochen wurde. Das ist tatsächlich die Auffassung von K.E. von der Staatsverfassung; damit steht er ganz in der deutschen Staatsrechtslehrtradition. Selbst bei Kelsens Verfassungslehre kam dies bereits zum Ausdruck. Ich frage mich nun, welche die Gründe sind, dass wir in der Schweiz bestimmte Dinge in der Verfassungsgebung ausklammern. Wir haben zum Beispiel keinen Bedarf, ein ekstrakonstitutionelles Staatsnotrecht, eine Notstandsverfassung für unser Land zu skizzieren. Wir akzeptieren auch ekstrakonstitutionelle dringliche Bundesbeschlüsse gleichsam als Verfassungstexte auf Zeit neben dem Korpus der geschriebenen Bundesverfassung. Wenn Sie aber an die Totalrevision denken, an deren Ausarbei-

tung prominente Mitglieder, die heute hier sitzen, beteiligt waren, wie a. Bundesrat Arnold Koller sowie Heinrich Koller, Yvo Hangartner etc., die auch intensiv mit K.E. diskutiert haben, so wissen wir alle, dass wichtige Fragen in dieser Revision ausgeklammert wurden. Das gilt etwa für die Sicherheitsverfassung, d.h. die Aufgabenteilung in der öffentlichen Sicherheit zwischen Bund und Kantonen (Art. 57 BV), welche uns heute grosse Interpretationsschwierigkeiten bereitet, sowie für die Europaverfassung, welche aus abstimmungspolitischen Gründen ausgeklammert wurde. Lange habe ich auch geglaubt, dass allein politische Gründe den Ausschlag für die mangelnde Aufarbeitung gewisser Verfassungsfragen gegeben haben. Ich komme aber inzwischen zu der Auffassung, dass vielleicht viel tiefere Gründe dahinter stehen, warum unsere Verfassungsordnung heute im Vergleich noch zu den neunziger Jahren keine Ausschliesslichkeit mehr genießt. Ich gebe Ihnen hierzu drei Beispiele aus der Sicherheitsverfassung:

Wenn Sie die aktuelle kantonale Polizeiarbeit betrachten, dann besteht diese zu 60% aus Schengen-relevanten Tätigkeiten. Dabei handelt es sich um spezielles europäisches Verwaltungsrecht, welches die kantonalen Polizeieinheiten vollziehen. Die Verfassung hat hier selbst beim Rechtsschutz keine Aussagen gemacht. Welche Bereiche aber hier oder aber etwa auch im Luftfahrtrecht an die europäischen Justizinstanzen gewissermassen ausgelagert werden, ist eine Frage, die typischerweise die Verfassung beantworten muss, was sie aber nicht tut. Ähnlich verhält es sich mit der aktuell diskutierten Frage der Überwachungsmechanismen bei der Anwendung von EU-Recht, wo eine Aufsichtsinstanz diskutiert wird, die selbst Entscheide des Bundesrates und der Bundesversammlung aufheben können soll. Ganz anders werden europäische Sonderregelungen in der Verfassung von Frankreich behandelt, welche sich dieser Fragen explizit angenommen hat.

Ein anderes Beispiel kann auch aus den Verhältnissen im Inland angeführt werden. Der Bund ist zurzeit dabei, drei Bataillone Militärpolizei aufzubauen, und er hat etwa 2'500 Grenzsoldaten, die Polizeiaufgaben in den Kantonen und Vollzugsaufgaben des Bundes wahrnehmen. Das Grenzwachtkorps ist heute im Grunde die Bundespolizei, entsprechend der Bundessicherheitspolizei, wie sie in den siebziger Jahren geplant war. Das Schweigen der Verfassung in diesem Bereich kann wohl nicht allein mit der Angst vor einer heiklen politischen Debatte erklärt werden. Ich glaube, das hängt viel mehr damit zusammen, dass wir heute doch anerkennen müssen, dass unsere Verfassungsordnung mehr als nur in sich selbst ruht und demokratisch legitimiert ist, sondern dass sie auch in der

Völkerrechtsordnung steht. So dämmt z.B. die EMRK grundrechtliche Verfassungsverstöße des Bundesgesetzgebers ein. Wir wissen gerade auch nach dem arabischen Frühling, dass die Legitimationsfrage der Verfassungsorgane immer auch eine völkerrechtliche ist, denn die Friedensordnung, die Menschenrechte, die responsibility to protect, das sind Elemente, die entscheidend die Legitimität der Staats- und Verfassungsordnung mitprägen. Hier ist doch ein Wandel geschehen, den wir in der Schweiz und insbesondere auch die Staatsrechtslehre anerkennen müssen. Wir müssen uns eingestehen, dass die Bundesverfassung an diese Grundlagen der Völkerrechtsordnung anschliesst. Das rechtfertigt aber selbstverständlich nicht, dass der Bund exekutive Sicherheitsorgane ohne Entscheidung von Volk und Ständen aufbaut und einsetzt. Besten Dank.

Felix Uhlmann

Besten Dank. Nur eine kleine Fussnote an dieser Stelle. Ich habe letzte Woche mit Stefan Vogel ein Seminar zum Thema Luftfahrtrecht durchgeführt und würde an dieser Stelle gerne die Frage aufwerfen, wer in diesem Kreise hier gewusst hat, dass im Bereich des Luftfahrtrechts in der Schweiz europäisches Recht durch europäische Verwaltungsstellen vollzogen wird. Mir zumindest war das so nicht bewusst.

René Rhinow

Ich mag mich als (erster) Assistent K.E.s noch gut daran erinnern, wie er seine Einstellung zur Verfassungsgebung und Verfassungsreform auch in der Auseinandersetzung mit Max Imboden entwickelt hat. Er gab damals, in der zweiten Hälfte der sechziger Jahre des letzten Jahrhunderts, und später eine Art «Gegensteuer» zur visionären Haltung Imbodens, wie sie etwa im Titel (und Inhalt) seines St. Galler Vortrages vom 14. Mai 1966 über «Verfassungsrevision als Weg in die Zukunft» ihren plastischen Ausdruck gefunden hat (abgedruckt als erstes Heft in der Reihe «Staat und Politik», Bern 1966). Ohne die motivierende Begeisterung und den Antrieb von Imboden wäre es zwar kaum zu einer Totalrevision der Bundesverfassung gekommen – doch als Wegbereiter brauchte es die skeptisch-positiven, analytisch-differenzierten und oft von einer gewissen Ambivalenz geprägten Reformvorstellungen Eichenbergers. Man kann seine Ein-

stellung vielleicht mit einem «Ja, aber» kennzeichnen, wobei manchmal mehr das *Ja*, zuweilen aber auch das *Aber* voranstand. Dies entspricht auch einer allgemeinen Grundhaltung Eichenbergers, wie sie nicht nur diejenigen erleben durften, die ihm nahestanden oder damals eng mit ihm in Kontakt standen, sondern wie sie auch in seinen Schriften immer wieder anzutreffen ist.

Als Beispiele seien zwei Passagen zitiert – eine aus einem kaum bekannten Vortrag, den er an der Jubiläumsfeier «150 Jahre Schützengesellschaft Liestal» am 10. November 1974 gehalten hat (bitte sehen Sie mir diesen lokalpatriotischen Exkurs nach!). «Es gibt nicht nur das Fortschreiten zum Besseren, so wenig wie es ein Beharren im «Nur-Guten» geben kann. Soweit dem einzelnen Menschen, der Gesellschaft oder dem Staat jedoch Mittel zum Eingreifen, zum Handeln gegeben sind, tragen sie auch die Verpflichtung in sich, zu versuchen, dem Lauf der Dinge immer wieder die Wendung zum Werterfüllten, zum Sinnvollen, zum Vernünftigen zu geben, auch wenn in der harten Realität dutzendfach nur stümperhafte Zugriffe zustandekommen und hundertfach Fehlschläge unser warten. Der wohl berühmteste Liestaler, der Dichter und Nobelpreisträger Carl Spitteler, hat angesichts dessen in seinem «Olympischen Frühling» den Wahlspruch formuliert: «Mein Herz heisst dennoch». Dennoch, dieser Mut zu einem Vorwärts ist nicht der Trotz des Verzweifelten, sondern die Zuversicht des Handlungsfähigen ... Jede Handlung treibt Mängel hervor, aber nicht bloss Falsches tun wir, vielfach auch Richtiges. Auf dieser Hoffnung ruht jenes «Dennoch.»» In einer anderen Passage findet sich eine für Eichenberger typische Wendung: «Die Kunst der Lebensführung so gut wie die der Staatsgestaltung liegt darin, Balance zu halten und das labile Gleichgewicht immer wieder herzustellen ... Wir haben Anlass, das Sichere zu festigen, es zu pflegen, es nicht leichtfertig auch noch in den reissenden Strom der Ungewissheiten und Unbestimmtheiten zu werfen.»

An der Abdankungsfeier in Arlesheim am 7. Januar 2005 zitierte Pfarrer Matthias Grüninger nicht nur den Konfirmationsspruch Eichenbergers von 1938, einen Vers aus dem Korintherbrief im Neuen Testament («Ich vergesse, was hinter mir liegt, und strecke mich aus nach dem, was vor mir liegt»; Phil 3,13), sondern auch einige Gedanken, die Eichenberger offenbar zuhanden der Abdankung niedergeschrieben hat: «Paulus liegt mir an sich nicht, aber dieser Satz sagte mir zu. Er enthält eine Aufforderung, sich dem Aufgetragenen zuzuwenden und nicht der Rückschau, die für Kontemplation steht, zu verharren. Er war mit freilich auch zu schroff, weil er das Gewesene, das was passiert werden musste, das, was einen geformt hatte, zu sehr beiseite zu schieben scheint. Er

half aber, einen Hang zur wehmutsvollen Erinnerung immer wieder zu überwinden. Er unterstützte meine Ausrichtung: Das Leben als Auftrag zu prästieren.»

Das scheinen mir Schlüsselkategorien von K.E. zu sein: «Dennoch» als Ausdruck des Weiterschreitens – allen Unebenheiten zum Trotz, «prästieren» als Dienst am Leben und an der Gemeinschaft, «Mass» und Balance als das immer und überall anzustrebende Gleichgewicht. Diese Leitwerte spiegeln sich auch in seiner wissenschaftlichen Haltung und insbesondere in der Verfassungsgebung und Rechtssetzungslehre wider. (Zu K.E. als Mensch und Wissenschaftler vgl. auch meine Würdigung anlässlich der Gedenkfeier vom 21. Januar 2005 in der Martinskirche Basel. Das Zitat sowie mein Text finden sich in einer Broschüre, die von der Juristischen Fakultät der Universität Basel im April 2005 herausgegeben worden ist.)

Riccardo Jagmetti

Besten Dank auch für die vorigen Voten und die Organisation der Veranstaltung im Allgemeinen. Ich möchte mit einer Feststellung beginnen. Sie haben auf die Dynamik der schweizerischen Verfassung hingewiesen. Als ich dies in Österreich in einem Referat erwähnt habe, wurde mir heftig widersprochen unter dem Hinweis, dass Österreich seine Verfassungstexte noch häufiger ändere als die Schweiz. Wenn ich mir die Verfassung Frankreichs ansehe, dann sind schon in den ersten sieben Artikeln durchwegs Modifizierungsklauseln eingefügt. Es herrscht also allgemein eine gewisse Dynamik; sie mag in der Schweiz allerdings besonders ausgeprägt sein. Erlauben Sie mir eine zustimmende und eine skeptische Bemerkung. Zunächst zur zustimmenden.

Sie haben darauf hingewiesen, dass neuere Verfassungen wenig originäre Schöpfungen sind. Damit komme ich auf die Diskussion Imboden–Eichenberger zu sprechen. Imboden wollte eine Neubesinnung. Er wollte eine Verfassungsdiskussion mit Überlegungen zum schweizerischen Staat und wies darauf hin, dass sich im 19. Jahrhundert jede Generation eine neue Verfassung gegeben hat. Wir haben eine ganze Generation benötigt, um die bestehende Verfassung nachzuführen. Das ist kein Zufall. Denn das 19. Jahrhundert war eine Zeit, in der sich die Gesellschaft suchte und die Schweiz ihren Weg erst finden musste. Sie hat ihn dann auch gestaltet. Als es um die Totalrevision der Bundesverfassung ging, lebten wir in einem gestalteten Staat, den man nicht einfach von

heute auf morgen neu erfinden, sondern den man im Sinne von K.E. nur im Rahmen einer Nachführung weiterentwickeln kann. Ich muss Ihnen gestehen, dass ich zu Beginn enttäuscht war. Ich hätte gerne eine Diskussion über neue Staatsgrundlagen gehabt. Ich hatte deshalb auch einmal eine Auseinandersetzung mit der damaligen Bundesrätin Elisabeth Kopp anlässlich einer Besprechung, in der ich mich zusammen mit Jean-François Aubert dafür eingesetzt habe, dass eben mehr zustande kommt als nur eine Nachführung. Die Realität war aber anders, und dies liegt nicht einfach an der momentanen Art der politischen Diskussion, sondern an der Tatsache, dass wir in einer gestalteten Gesellschaft leben.

Nun zur skeptischen Bemerkung: Sie [Herr PD Dr. Vogel] haben gesagt, eine Verfassung müsse Raum lassen. Da bin ich völlig einverstanden. Sie haben aber weiter erklärt, der Raum müsse für die Rechtsprechung da sein, und da melde ich mich nun mit Widerspruch. Denn die Weiterentwicklung unserer Rechtsordnung ist nicht einfach eine Aufgabe der Rechtsprechung, sondern primär eine solche der Gesetzgebung und damit des Parlamentes mit der demokratischen Entscheidungsfindung. Das halte ich für sehr wichtig, weil unsere demokratische Ordnung darauf beruht, dass nicht nur über die Verfassung abgestimmt wird, sondern wir auch noch die Gesetzgebung in einem demokratischen Prozess entwickeln. Unsere Gesellschaft sollte daher die Kraft und die Fähigkeit besitzen, diese Weiter- bzw. Ausgestaltung der Rechtsordnung auf der Gesetzesstufe durchführen zu können und sie nicht einfach der Rechtsprechung zu überlassen. Das Parlament und die Regierung als Antrag stellende Behörde haben eine gestaltende Aufgabe, und daran sollte man immer wieder erinnern. Ich gebe zu: K.E. war kein besonderer Freund des Parlaments, er war ein Mann der Regierung. Aber in diesem Punkt hätte er wahrscheinlich zugestimmt, dass nämlich die Verfassung nicht schon alles enthält und es nur darum geht, durch richtige Interpretation die Folgerungen daraus zu ziehen. Die Verfassung stellt einen Rahmen dar, innerhalb dessen die Gesetzgebung unsere Rechtsordnung weiter auszugestalten hat. Das ist jedenfalls die Sicht des ehemaligen Parlamentariers, der die Gesetzgebung für Rechtsgestaltung hält und darin nicht nur Vollzug einer vorgegebenen Ordnung erblickt.

Felix Uhlmann

Herr Jagmetti, besten Dank. Wollen Sie etwas entgegnen, Herr Vogel?

Stefan Vogel

Ich habe vor allem an die Grundrechte gedacht. Dies darf man aber nicht verallgemeinern. Ausserhalb der Grundrechte haben Sie vollkommen recht, dort liegt die Konkretisierungsfunktion tatsächlich eher beim Parlament denn bei den Gerichten.

Luzius Wildhaber

Ich möchte einige wenige Worte weniger aus dem Fokus der Wissenschaft als vielmehr aus einer persönlichen Warte an Sie richten. Ich bin sehr dankbar, dass ich K.E. als Kollegen kennenlernen durfte, der einem stets den nötigen Freiraum belies und einen respektierte. Ich persönlich war von Max Imboden geprägt, dem unruhigen Geist, in dem es ständig brodelte. K.E. war daher ob mir zunächst nicht begeistert, da er glaubte, einen zweiten Imboden vor sich zu haben. K.E. hingegen sah das Leben und die Verfassung als Aufgabe, wobei stets nüchtern vorzugehen ist, insofern ist er im Referat von Herrn Vogel sehr treffend dargestellt worden. Mit dem Begriff der Nachführung als Ausfluss aus diesem Naturell hat er das Projekt der Verfassungsrevision wahrscheinlich gerettet.

Leonhard Neidhart

Sie, Herr Vogel, haben die Geschichte der Totalrevision der Bundesverfassung erwähnt. Ich erlaube mir die Bemerkung, dass heute mit a. Bundesrat Arnold Koller ein Gast unter uns weilt, der dafür gesorgt hat, dass dieser (Luxus-) Dampfer letzten Endes sicher in den Hafen eingelaufen ist.

Arnold Koller

Auch wenn ich heute kein offizielles Mandat habe, möchte ich K.E. im Namen des Bundesrates doch sehr danken. Was K.E. als Berater für den Bundesrat geleistet hat, war meines Wissens einmalig. Es war ja nicht nur, wie soeben gesagt worden ist, dass er mit diesem Artikel in der NZZ die Verfassungsrevision überhaupt gerettet hat – man könnte auch sagen, dass noch nie ein Artikel in der

NZZ so viel bewirkt hat –, er hat vor allem auch in der Frage der Staatsleitungs- und der Regierungsreform unermüdlich beraten und alle möglichen Modelle ausgearbeitet. Das war denn auch ein Wesenszug von ihm, am Anfang alles durchzudenken und sich dann auf das Wesentliche zu konzentrieren und das Mögliche zu realisieren. Dies habe ich bei ihm vor allem bei der Regierungsreform erlebt und möchte ihm auch danken, dass ihm die Geduld niemals ausgegangen ist, weil leider bekannt ist, dass der Bundesrat diese Reform nie richtig angepackt hat. Der Funke sprang nicht über. Ich habe jüngst wieder Max Webers Werk vom Politiker als Beruf gelesen. In diesem beschreibt er eine Eigenschaft, die sich exemplarisch im Rahmen der Regierungsreform gezeigt hat und die Max Weber mit den Worten beschreibt, man brauche auch jene Festigkeit des Herzens, die dem Scheitern aller Hoffnungen gewachsen sei. Nur wenn man diese Festigkeit des Herzens besitze, dann könne man das heute Mögliche tatsächlich realisieren, und das hat K.E. bei der Verfassungsreform auch gemacht. Besten Dank.

Peter Hettich

Ich möchte gerne eine Frage zur praktischen Umsetzung der Schranken stellen. Stellen wir uns vor, wir hätten solche Schranken der Verfassungsgebung verankert. Was sollte Initianten daran hindern, mit ihrem Begehren auch diese Schranken wieder aufzuheben? Eine eher staatspolitische, weitere Frage scheint mir, inwieweit die Verfassung nicht auch tatsächlich vom Volk getragen werden muss. Wenn die Verfassung und ihre Kernelemente (z.B. die Grundrechte) nicht vom Volk verteidigt und getragen werden, so schmälert dies die Legitimation der Verfassung als Grundordnung. In diesem Sinn schmälern Schranken der Verfassungsgebung wohl die Identifikation mit der Grundordnung. Schon Giacometti hat ja das Volk als «Hüter der Menschenrechte» betrachtet. Das Volk dürfte mit anderen Worten verantwortungsvoller mit der Verfassung umgehen, wenn es für den Inhalt der Verfassung auch die Verantwortung trägt.

Stefan Vogel

Der Schweizer Rechtsüberzeugung sind inhaltliche Schranken der Verfassungsgebung nicht völlig fremd, ich verweise hierzu auf die Erläuterungen des Bun-

desrates in seinem Bericht, der die Kerngehalte der Grundrechte als mögliche Schranke zur Diskussion stellt. Diese Schranken können aber natürlich wieder abgeändert werden. Ich bin der Meinung, dass nach der Schweizer Philosophie die Schranken nicht zu einer Versteinerung führen sollten, sondern eine andere Funktion haben. Sie sollen aufzeigen, wo es gefährlich wird. Giovanni Biaggini hat es ebenfalls angesprochen. Böser Wille ist wahrscheinlich nur in den wenigsten Fällen dabei, wenn Initianten und Stimmbürger ins rechtliche Abseits geraten. Viele Leute sind sich wohl einfach nicht bewusst, auf welch brüchigem Eis sie sich bewegen, und Schranken können hier Gefahrenstellen aufzeigen. Wenn der Souverän eine bestimmte Richtung dann trotzdem einschlagen will, dann ist es halt so. Aber ich halte es für gefährlich, wenn man das einfach geschehen lässt, ohne etwas vorzukehren, um dann bei der Umsetzung irgendwelche Schlenker zu machen. Das ist nicht sehr demokratisch, sondern eher eine Veräppelung des Bürgers, der denkt, er könne etwas in der Verfassung bewirken, und am Ende macht das Parlament etwas ganz anderes. Der Gestaltungsspielraum, der dem Parlament zusteht, wird dann allzu extensiv genutzt. Ich meine daher, dass inhaltliche Schranken in der schweizerischen Verfassungsrechtsordnung – sofern es gelingt, solche zu implementieren – im Sinne einer transparenten Ordnung, als Wegweiser für Initianten und Stimmbürger eine sinnvolle Sache sind. So ausgestaltet, stellen sie keine Aushebelung der Demokratie dar.

Michael Leupold

Vielen Dank für diese Ausführungen, das bestätigt die bundesrätliche Intention, dass es sich bei den Schranken nicht um eigentliche Schranken handelt, sondern dass diese vielmehr einen Warnzweck verfolgen, indem man gewissermassen zweistufig zunächst die Schranke beseitigen muss, bevor man am Kerngehalt sich zu schaffen macht. Das führt dann in eine Richtung, dass nicht alle Verfassungsgehalte derselben Art sind, sondern gewisse nur schwer abänderbar sind. Die Gefahr der Versteinerung existiert, es wäre auch seltsam, wenn am Kerngehalt nur noch die Rechtsprechung «arbeiten» könnte und der Verfassungsgeber selber den Kerngehalt nicht mehr anrühren darf. Das wäre eine Vorstellung, die nicht ganz aufgeht. Entzieht man gewisse Bestimmungen der Abänderbarkeit, verlieren sie an Legitimation, weil dem Umstand, dass eine Bestimmung in der Verfassung steht, obwohl sie jederzeit geändert werden könnte, Legitimationsfunktion zukommt. Ich bin auch überzeugt, dass letztlich Werte nur dann wirk-

lich tragfähig sind, wenn sie der Diskussion nicht entzogen sind, sondern diskutiert werden können, müssen und in dieser Diskussion bestätigt werden.

Walter Haller

Ich möchte ebenfalls hier anknüpfen. Wenn ich richtig verstanden habe, hat Herr Vogel gesagt, ein Vorprüfungsverfahren bei Volksinitiativen sei folgerichtig. Mich interessiert nun, wie dieses Verfahren grosso modo aussehen würde. Es stellen sich ja im Wesentlichen vier Fragen: In welchem Stadium findet diese Prüfung statt? Durch wen wird sie durchgeführt? Der Bundesrat hat die Direktion für Völkerrecht und das Bundesamt für Justiz ins Spiel gebracht, allenfalls kann auch das Bundesgericht diese Aufgabe übernehmen. Die weitere Frage ist diejenige des Prüfungsmassstabes: nur Völkerrecht unterhalb der Stufe des zwingenden Rechts oder auch Grundprinzipien der Bundesverfassung, d.h. verfassungsunmittelbare Schranken? Die letzte und auch entscheidende Frage ist diejenige nach der Rechtswirkung einer solchen Prüfung: Handelt es sich dabei um einen Rat, einen Hinweis an die Initianten, dass sie aufpassen müssen mit ihrem Begehren, und dass sie dieses zwar einreichen können, es aber Probleme geben wird mit der Umsetzung? Wie sehen Sie das, Herr Vogel?

Stefan Vogel

Ich knüpfe hier an die Vorlage des Bundesrates an. Eine Vorprüfung sollte möglichst frühzeitig ansetzen im Sinne einer Dienstleistung zuhanden der Initianten. Ausserdem sollte diese nicht verbindlich sein, sondern Transparenz herstellen und so bereits vor der Sammlung der Unterschriften für den Stimmbürger ersichtlich machen, was er unterschreibt. Was ich mir davon verspreche – ich weiss nicht, ob ich diesbezüglich allenfalls etwas blauäugig bin – ist, dass früher und auch intensiver eine Diskussion stattfindet. Heute findet die Diskussion leider häufig erst nach Annahme einer Vorlage statt, ich verweise etwa auf das Beispiel der Minarettinitiative. Der Bürger wäre aber darauf angewiesen, dass die Auseinandersetzung mit einer Initiative vor der Abstimmung stattfindet und er sich vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Meinungen seine eigene Meinung bilden kann. Diese Diskussion müsste man nach vorne verschieben können. Allenfalls kann Herr Leupold hierzu noch weitere Ausführungen machen.

Michael Leupold

Prüfungsmassstab wäre einerseits das Völkerrecht; wenn sich die materielle Schranke der Kerngehalte durchsetzen könnte, wären auch diese Prüfungsmassstab. Letztlich resultiert aus dieser Prüfung ein Aufdruck auf dem Unterschriftenbogen wie ein Warnhinweis auf der Zigarettenschachtel, dass die Initiative das Völkerrecht «gefährden» kann. Ob das wirkt, weiss ich nicht, es kann natürlich auch der gegenteilige Effekt einer eigentlichen Werbung für das Begehren eintreten. Ein Rechtsschutz resultiert daraus aber nicht, im Parlament ist danach natürlich immer noch alles offen.

Alexandre Flückiger

Ce séminaire permet de mettre en perspective le rôle de la doctrine dans la «Verfassungsgebung» en montrant les rôles respectifs et complémentaires de Max Imboden et de K.E. dans la révision de la Constitution fédérale. Si le premier a eu pour fonction d'aiguillonner par son idéalisme un processus long et complexe, le second a rempli un rôle de régulateur afin de faire aboutir pragmatiquement la procédure. Tout comme la politique, la doctrine vit de la nécessité du débat.

Stefan Vogel

Ich finde es sehr wichtig, was Sie gesagt haben. Die Bedeutung von Max Imboden kommt an dieser Veranstaltung wohl etwas zu kurz. Er war natürlich der Impulsgeber und K.E. war derjenige, der später mit Realismus an die bereits angestossene Sache herangegangen ist. Sie haben die Dogmatik erwähnt. Ich denke, gefordert ist auch die Politik. Ich weiss nicht, ob Politik im Bereich der Verfassung per se etwas Schlechtes ist. Sie kann sicherlich etwas Schlechtes sein, vor allem, wenn Politik mit der Verfassung gemacht wird. Es braucht aber auch bei der Verfassung die politische Auseinandersetzung. Und es braucht Idealismus, welcher die politische Diskussion anstösst und mitgestaltet. Aber – und damit zum Stichwort Qualitätskontrolle – ich denke, man benötigt zusätzlich jemanden im Hintergrund, der versucht, das Ganze etwas zu koordinieren.

Schlussendlich war es ja die Person von Herrn Koller, den wir heute hier bei uns haben, der sich dieser Sache angenommen und überlegt hat, was realistisch ist von all den Vorschlägen, die im Raum standen. Die Rolle des Impulsgebers, der immer wieder mit neuen Ideen kommt, sollte nicht gering geschätzt werden, die braucht es. Die Verfassung soll sich ja bewegen, sie soll nicht stagnieren. Wir müssen stetig daran denken, was morgen kommt, und uns mit neuen Gedanken auseinandersetzen. Aber bevor etwas Neues in die Verfassung reinkommt, müssen wir uns das Für und Wider sehr gut überlegen. Es soll nicht sein, dass jemand eine schnell zündende Idee hat und diese dann sogleich ohne vertiefte Prüfung und Diskussion Verfassungsrecht wird. Die Idee muss zuerst die Klippe des politischen Prozesses überwinden.

Felix Uhlmann

Besten Dank. Ich kann mit einem gewissen Insiderwissen vorwegnehmen, dass Max Imboden auch im Referat von Benjamin Schindler noch eine Rolle spielen wird. Dieses Thema geht uns also nicht verloren.

Bernhard Waldmann

Ich möchte zurückkommen auf die Gleichrangigkeit der Verfassungsbestimmungen. Das Problem, das man sehr oft hat, wenn solche Volksinitiativen angenommen worden sind, ist dasjenige, dass man sich im Nachhinein die Frage stellt, ob der Verfassungsgeber beispielsweise das Verhältnismässigkeitsprinzip oder die Besitzstandsgarantie durchbrechen wollte oder andere Verfassungsprinzipien oder auch Grundrechte. Ich bin hier hin- und hergerissen, ob dieser Vorschlag der Warnung bzw. des Hinweises nicht kontraproduktiv in dem Sinne ist, dass man sagt, wenn das Begehren trotz Warnung angenommen worden ist, wollte der Verfassungsgeber das entsprechende Prinzip eben gerade durchbrechen. Damit entzieht man dem ausführenden Gesetzgeber und auch der Rechtsprechung im Nachhinein die Möglichkeit, dieses Spannungsverhältnis allenfalls wieder auszubalancieren. Ich bin nicht so unglücklich darüber, dass es dieses Spannungsfeld vorher und nachher gibt, es darf nicht statisch bleiben, auch nach dem Abstimmungssonntag nicht, da es zwei oder drei Monate später auch wieder anders aussehen kann. Diese Idee sollte man so belassen, sonst müsste

man im Nachhinein sagen, dass der Verfassungsgeber diese Prinzipien durchbrechen wollte. Das ist das grössere Problem, als wenn man im Nachhinein auch gegen die Ausführungsgesetzgebung wiederum das Referendum ergreifen kann. Man muss dort eine gewisse Flexibilität bewahren in der Auslegung und Konkretisierung, um damit die Bewältigung der Spannungslagen innerhalb der Verfassung in den Griff zu bekommen.

Gerhard Schmid

Ich kann hieran anschliessen. Ich halte die von Herrn Leupold angesprochenen Warnhinweise für ähnlich wirksam wie diejenigen auf der Zigarettenpackung. Ich glaube, das funktioniert überhaupt nicht. Es wurde auch bereits angetönt, dass sich das Umfeld geändert hat seit dem Referat anlässlich des Juristentages 1991. Wir haben in viel rascherer Kadenz erratische Verfassungseinbrüche aufgrund von Volksinitiativen. Früher hatte man diese im Abstand von vielleicht dreissig Jahren, einmal 1930, dann wiederum 1957, und das war's dann. Jetzt haben wir die Minarett-, die Zweitwohnungsinitiative etc.; das heisst, wir haben einiges mehr an solchen Einbrüchen. Dadurch ergibt sich im Ergebnis zweierlei Verfassungsrecht. Wenn wir über Verfassungsgebung sprechen, meinen wir ja eigentlich diese erratischen Einbrüche nicht und konnten sie auch ausblenden, solange diese nur selten vorkamen. Vielleicht brauchen wir eine neue Verfassungsdiskussion, die versucht, das analytisch einzubetten. Ich glaube nicht, dass man dadurch das Problem des verfassungswidrigen Verfassungsrechts auf verschiedenen Stufen lösen kann. Das Phänomen ist aber relativ neu und dagegen ist kein Kraut gewachsen, es ist eine Art Normsetzung ohne Rücksicht auf rechtliche Verluste und diese ist auch so gewollt. In politischen Auseinandersetzungen ist ja der Vorwurf, etwas sei rechtlich nicht haltbar, kleine Münze. Leider ist das so. Wenn man darauf aufmerksam macht, dass eine Vorlage zu ernsthaften Nachteilen führen kann, steht man damit ziemlich alleine da. Möglicherweise sollte man einmal darüber nachdenken, was mit der Verfassung geschieht, wenn wir solche Zustände dauernd wieder haben und nicht als Einzelereignisse. Man könnte dem Ganzen ausweichen und fragen, weshalb wir nicht die Gesetzesinitiative einführen, dann haben wir die Probleme in Anführungs- und Schlusszeichen «wenigstens» nur im Gesetz und nicht auch in der Verfassung.

Felix Uhlmann

Besten Dank. Ich war vorhin schon versucht zu sagen, dass auch die direkten Gegenvorschläge einer Qualitätskontrolle zu unterziehen sind.

Stefan Vogel

Nur ganz kurz. Ich sehe das von Herrn Waldmann genannte Argument natürlich schon, nur nimmt man den Stimmbürger damit nicht wirklich ernst, sondern unterstellt ihm, dass er nicht genau weiss, was er tut. Ich finde es zudem gefährlich, wenn man dem Stimmbürger Verantwortungslosigkeit durchgehen lässt. Der Umstand, dass es zu solchen Entscheidungen kommt, hängt auch damit zusammen, dass der Bürger mitunter leichtfertig und pflichtvergessen in Abstimmungen hineingeht. Es erstaunt umgekehrt ja aber auch immer wieder, dass unsere direkte Demokratie durchaus zu sehr verantwortungsvollen Entscheidungen fähig ist, dass z.B. der Bürger bereit ist, neue Steuern an der Urne gutzuheissen. Wenn das Parlament nachträglich auf der Auslegungsebene korrigiert, frage ich mich daher, ob dieses Vorgehen effektiv einen Lerneffekt zeitigt, oder ob man nicht die Eskalation auch einmal wagen sollte. Wenn der Bürger die Faust im Sack macht und dies an der Urne zum Ausdruck bringt, muss er nachher sehen, was dabei herauskommt, und es vielleicht beim nächsten Mal besser machen.

Jörg Paul Müller

Besten Dank an Herrn Vogel für das Referat, das wirklich ein grosses Spektrum von K.E.s Wirken in der Verfassungsgebung abgedeckt und viele Probleme aufgedeckt hat. Ich möchte zwei kleine Bemerkungen zur Fragestellung anbringen. Erstens: Wenn wir über den Standort der Verfassungsgebung diskutieren, drängt sich zunächst die Frage auf, was Verfassung überhaupt ist. In den USA ist Verfassung etwas ganz anderes als hier bei uns. Dort ist die Verfassung sozusagen das heilige Buch, ein nationales Denkmal, an dem man nicht rütteln darf (die Revision ist bekanntlich sehr schwierig). Grossbritannien hat keine geschriebene Verfassung, es gibt diese krönende Normebene nicht als kompaktes

Dokument. Die Krone liegt anderswo. Dennoch hat Grossbritannien eine Verfassung. Wenn wir von Verfassung reden, müssen wir vielleicht doch immer an beides denken: die wirkliche Verfasstheit eines Staates und das Verfassungsdokument. Ich erinnere nur ganz kurz an die Festschrift für Hans Huber «Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit». Es treten hier zwei sehr unterschiedliche Verfassungsbegriffe auf, die K.E. beide sehr ernst genommen hat.

Nun die zweite Bemerkung: Verfassung ist heute nicht mehr ein rein nationales Problem. Man muss nur die Schriften von Daniel Thürer oder von Thomas Cottier lesen; für diese Autoren ist Verfassung eine «multi-level-constitution». Verfassung spielt sich heute auf ganz verschiedenen Ebenen ab, im Nationalstaat, in Europa, in der Welt, bei Thomas Cottier wesentlich auch innerhalb der WTO und anderer globaler Strukturen. Viele – so auch das deutsche Verfassungsgericht – sprechen von einem Verfassungsverbund in Europa. Gemeint ist damit eine Ordnung, in der die Mitgliedstaaten zwar grundsätzlich souverän sind, aber doch bestimmte Hoheitsrechte an supranationale Instanzen abgetreten haben. Andere sprechen von den sich überschneidenden Verfassungen Europas (nationale, supranationale, völkerrechtliche Verfassungen). Diesen Verfassungsbegriffen müsste man wohl heute ebenfalls nachgehen. Zu relativieren ist auch die Vorstellung, dass die Verfassung der Schweiz Ausdruck einer noch ungebrochenen Souveränität sei. Abgesehen von faktischen internationalen Abhängigkeiten, aber auch vertraglichen supranationalen Bindungen der Schweiz (wie die Unterwerfung unter die Gerichtsbarkeit des IGH oder des EGMR oder der Entscheidungsbefugnisse des UNO-Sicherheitsrats) kann sich die Schweiz einem Wandel des völkerrechtlichen Souveränitätsbegriffs nicht entziehen: Die nationale Souveränität lässt sich nicht unabhängig von diesem internationalen Souveränitätsverständnis verstehen. Wir unterstehen auch dem Recht der UNO, in deren Charta sowohl der Schutz der Menschenrechte wie der gleichen Souveränität der Staaten garantiert ist. Die beiden Garantien können nicht losgelöst voneinander verstanden, interpretiert und konkretisiert werden. Mit anderen Worten: Die vom internationalen Recht heute definierte Souveränität schliesst die Verpflichtung der Staaten zum Schutz der Menschenrechte immer schon ein (auch wenn diese Verpflichtung immer wieder verletzt wird). In der neuesten Dogmatik des Völkerrechts kommt dies im Konzept der *responsibility to protect* sehr deutlich zum Ausdruck. Man kann es auch so formulieren: Jeder Staat lebt nach aussen von der Anerkennung durch die Weltgemeinschaft. Diese Anerkennung schliesst heute die Verpflichtung zum Schutz der Menschenrechte mit ein, wie sie in der Charta und den Konventionen fest-

gehalten sind. Die Achtung von Grund- und Menschenrechten als konstitutives Merkmal eines souveränen Verfassungsstaates kommt übrigens bereits in der französischen Menschenrechtserklärung von 1789 zum Ausdruck. Art. 16 bestimmt: «Eine Gesellschaft, in der die Verbürgung der Rechte nicht gesichert und die Gewaltenteilung nicht festgelegt ist, hat keine Verfassung.» Das ist eine für die europäische Tradition des Verfassungsstaates, an der auch wir teilhaben, nach wie vor zentrale Bestimmung. Keine Reflexion über die Verfassung im demokratisch-rechtsstaatlichen Sinn kann daran vorbeisehen.

Felix Uhlmann

Besten Dank. Gibt es von der Seite des Referenten noch ein Schlusswort?

Stefan Vogel

Ich habe im Anschluss an das Votum von Herrn Müller noch zwei Punkte. Dass diese nüchterne Verfassungsbetrachtung eine spezifisch schweizerische Haltung ist, entspricht auch meiner Auffassung. Wenn das in meinem Referat zu wenig zum Ausdruck gekommen sein sollte, möchte ich das an dieser Stelle nochmals herausstreichen. Zu den verschiedenen Levels: Ich habe K.E. über seine Schriften kennen gelernt. Was ich dabei spannend fand, war, dass er die faktischen Bindungen so klar sah und dagegen die rechtlichen Konsequenzen aus dieser angesprochenen «multi-level-constitution» völlig ausgeblendet hat, diese für ihn lediglich eine Nebensache waren. Dies muss man heute sicherlich differenziert betrachten. Das ist für die Idee der staatlichen Verfassung aber keine Bankrotterklärung, sondern die nationalen Verfassungen sind heute Andockstellen an das internationale Rechtsgefüge und die übergeordneten Werte, die man nicht wegdiskutieren kann.

Rechtssetzungslehre: Der Beitrag von Kurt Eichenberger aus heutiger Sicht

Benjamin Schindler¹

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	65
II.	Kurt Eichenberger als Pionier und Wegbereiter einer Disziplin	67
III.	Akzente Eichenbergers in der Rechtssetzungslehre	70
	A. Überforderung des Parlaments als Ausgangsdiagnose	70
	B. Rechtssetzung als arbeitsteilig organisiertes Verfahren	72
	C. Schlüsselrolle der Regierung	75
IV.	Spannungsfeld von Praxis und Wissenschaft	76
V.	Spannungsverhältnis von nüchterner Skepsis und bejahender Grundhaltung	79

I. Einleitung

Warum sollen wir uns heute mit den Schriften Kurt Eichenbergers befassen? Abgesehen vom Umstand, dass sich sein Geburtstag am 16. Juni 2012 zum neunzigsten Mal jährt, gibt uns Kurt Eichenberger selber eine Antwort auf diese Frage:

«Wer heute Bemerkungen zum Stand der Rechtssetzung und des gesetzten Rechts aus den zwanziger, dreissiger oder vierziger Jahren wieder liest, [...] ist erstaunt, wie oft Feststellungen, Befürchtungen, Ermahnungen, Hoffnungen dem Worte nach auf unsere siebziger Jahre zutreffen. So, als ob man damals übertrieben und zu starke Worte gebraucht hätte, die erst jetzt angebracht wären; oder so, als ob sich die Situation unverändert fortgesetzt hätte; jedenfalls so, dass jene Äusserungen in der Gegenwart immer noch aktuell erscheinen.»²

¹ Der Stil des mündlichen Vortrags wurde weitgehend beibehalten.

² Kurt Eichenberger, Zur Lage der Rechtssetzung (1978), in: Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau (Hrsg.), Der Staat der Gegenwart: Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1980, S. 349–359, 349.

Eichenberger war die Beschäftigung und Auseinandersetzung mit der Vergangenheit wichtig; dies zeigt sich auch daran, dass er nicht nur Rechts-, sondern auch Geschichtswissenschaften studierte.³

Das Hervorheben früherer Autoren ins gegenwärtige Bewusstsein ist auch heute eine wichtige Aufgabe für jeden, der fundiert Wissenschaft betreiben will. Die Beschäftigung mit der eigenen disziplinären Vergangenheit ist Voraussetzung für echte Innovation; das Wissen um frühere wissenschaftliche Erkenntnis bewirkt Verblüffungsresistenz und bewahrt die wissenschaftliche Forschung vor Wiederholungszwängen.⁴ Dies gilt erst recht in einer Zeit, welche die möglichst umfassende Einarbeitung der neuen und neuesten Literatur zum höchsten Qualitätsstandard in der Wissenschaft erhebt und damit das Vergessen der disziplinären Vergangenheit gleichsam institutionalisiert.⁵ Dennoch entbindet die Beschäftigung mit der Vergangenheit – wie Eichenberger feststellte – nicht davon, dass jede Generation von Wissenschaftern «ewige Themata periodisch aufnimmt und redend und schreibend [von neuem] durchschreitet.»⁶

Dieses Referat rückt – ergänzend zum Referat von Stefan Vogel – Eichenbergers Beitrag zur Rechtssetzungslehre ins Zentrum. Im Gegensatz zum Begriff der Verfassungsgebung ist der Begriff der Rechtssetzungslehre weniger greifbar. Zur thematischen Eingrenzung möchte ich daher auf eine Definition Eichenbergers zurückgreifen:

«Rechtssetzungslehre oder – was meist dasselbe meint – Gesetzgebungslehre stellt einen Wissenschaftsbereich dar. Sie gibt sich die Aufgabe, als ‹Lehre› für die geord-

³ Matthias Grüniger, Abданkungsfeier in der reformierten Kirche Arlesheim, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Kurt Eichenberger zum Gedenken, Basel 2005, S. 7–11, 8.

⁴ Ottfried Höffe, Herkunftsbewusstsein, Verblüffungsresistenz und Aufklärung, in: Neue Zürcher Zeitung vom 25. November 2002, S. 27.

⁵ In verschiedenen Leitfäden für Gesuchstellende hält der Schweizerische Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung fest, dass Gesuchstellende in ihren Publikationslisten «ausschliesslich die Publikationen der letzten fünf Jahre» angeben dürfen. Wissenschaftler, welche verhindern wollen, dass ihre Aussagen dem institutionalisierten Vergessen zum Opfer fallen, sind damit gezwungen, die ihnen zentral scheinenden Forschungserkenntnisse (etwa aus der Habilitationsschrift) immer wieder in neue Publikationen zu «verpacken».

⁶ Eichenberger, Zur Lage der Rechtssetzung (Anm. 2), S. 349.

nete Funktion der Rechtssetzung Wissen und Können zu ermitteln und theoretisierend der Praxis bereit zu stellen.»⁷

Zwei Charakteristika im Werk von Kurt Eichenberger werden bereits in dieser Umschreibung deutlich: Einerseits spricht Eichenberger bewusst von Rechtssetzungslehre und nicht von Gesetzgebungslehre: Das Verfassen generell-abstrakter Normen ist somit nicht an eine bestimmte Form (das formelle Gesetz) oder ein bestimmtes Staatsorgan (den Gesetzgeber) gebunden, sondern wird bewusst weit verstanden. Andererseits wird deutlich, dass die Wissenschaft für Eichenberger keinen Selbstzweck erfüllt; sie hat sich nicht nur im «esoterischen Kreis der Wissenschaftler»⁸ zu behaupten, sondern muss auf brennende Fragen der Praxis Antworten liefern, ist also eine anwendungsorientierte Wissenschaft.

Im Rahmen dieses Referats soll aber nicht alleine das wissenschaftliche Werk Eichenbergers im Zentrum stehen. Auch das biographische Umfeld, in dem das wissenschaftliche Werk entstanden ist, soll kurz beleuchtet werden. Zudem möchte ich Kurt Eichenberger so oft als möglich selber zu Wort kommen lassen. Denn der bewusste und gezielte Einsatz des geschriebenen und gesprochenen Worts sind ein Charakteristikum in Eichenbergers Schaffen. Der erhabenen-getragene Sprachstil, durchsetzt mit eigenen Wortschöpfungen, sind «Sonderheiten», welche Eichenberger von vielen Zeitgenossen unterscheiden.⁹

II. Kurt Eichenberger als Pionier und Wegbereiter einer Disziplin

Kurt Eichenberger hat – im Gegensatz etwa zu Peter Noll¹⁰ – keine Monographie oder ein Lehrbuch zur Rechtssetzungslehre verfasst. Bereits meiner eige-

⁷ Kurt Eichenberger, Rechtspolitik (2000), in: Georg Müller/René Rhinow/Gerhard Schmid (Hrsg.), Vom Schweizerischen Weg zum modernen Staat: Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel/Genf/München 2002, S. 467–477, 467.

⁸ Kurt Eichenberger, Die Gesetzgebungslehre in der Staatspraxis (1984), in: Vom Schweizerischen Weg zum modernen Staat (Anm. 7), S. 235–244, 236.

⁹ Zur «Sprachmächtigkeit» Eichenbergers und zu seinen «Klassikertexten» vgl. das Votum des deutschen Staatsrechtlers Klaus Stern, in: Georg Müller et al. (Hrsg.), Zur Funktion des Rechts für die Reform staatlicher Institutionen: Symposium zum 70. Geburtstag von Kurt Eichenberger, Basel 1993, S. 99.

¹⁰ Vgl. Peter Noll, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg 1973.

nen Generation ist daher nicht mehr unbedingt bewusst, welch massgeblichen Beitrag Eichenberger zur Etablierung und Fortentwicklung der Rechtssetzungslehre als eigener Wissenschaftsdisziplin geleistet hat. Die Zahl und das Gewicht seiner einschlägigen Publikationen zur Rechtssetzungslehre rechtfertigen es aber durchaus, ihn als *den* Pionier der Schweizer Rechtssetzungslehre zu bezeichnen.

Das Interesse am Thema Rechtssetzung ist schon in seiner 1949 erschienenen und von Hans Huber betreuten Dissertation erkennbar, welche den Titel «Die oberste Gewalt im Bunde» trägt.¹¹ Die Dissertation beginnt mit einem umfangreichen Paragraphen, der die Überschrift «Die Rechtssetzung» trägt.¹² Aus den späteren Publikationen Eichenbergers zum Thema Rechtssetzung stechen zwei Referate besonders hervor: Das Juristentagsreferat von 1954¹³ und – knapp 30 Jahre später – der Bericht für die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer.¹⁴

Eichenberger setzte sich aber nicht nur im Rahmen wissenschaftlicher Publikationen für die Etablierung und Fortentwicklung der Rechtssetzungslehre ein; er tat dies auch als Wissenschaftspolitiker. Am Juristentag von 1971 äusserte er sich als Präsident des schweizerischen Juristenvereins so:

*«Von der Rechtswissenschaft ist mit aller Deutlichkeit zu fordern, dass sie eine Rechtssetzungslehre ausbildet. Die Sorgfalt, die sie der Auslegung hat angedeihen lassen, ist ebenso nötig für die rechtssetzende Tätigkeit.»*¹⁵

Wie Sie dem Zitat zu Beginn meiner Ausführungen entnehmen konnten, war Eichenberger freilich nicht der erste Rechtswissenschaftler, der sich in der Schweiz dem Thema Rechtssetzung annahm. Zu den verschiedenen Autoren,

¹¹ Kurt Eichenberger, *Die oberste Gewalt im Bunde: Über die verfassungsrechtliche Verteilung und die tatsächliche Ausübung der Rechtssetzungs- und Regierungsfunktionen im schweizerischen Bundesstaat*, Berner Dissertation, Zürich 1949.

¹² Eichenberger, *Die oberste Gewalt im Bunde* (Anm. 11), S. 38–106.

¹³ Kurt Eichenberger, *Rechtssetzungsverfahren und Rechtssetzungsformen in der Schweiz: Bemerkungen zur Praxis der Rechtssetzung, insbesondere der Gesetzgebung*, Referat für den Schweizerischen Juristentag in Schwyz 1954, in: *Der Staat der Gegenwart* (Fn. 2), S. 251–331.

¹⁴ Kurt Eichenberger, *Gesetzgebung und Rechtsstaat*, Bericht für die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1981, in: *Vom Schweizerischen Weg zum modernen Staat* (Anm. 7), S. 212–234.

¹⁵ Kurt Eichenberger, *Bericht des Präsidenten über das Vereinsjahr 1970–1971*, in: *ZSR NF 90* (1971) II, S. 369–385, 283 f.

die sich bereits früher mit dem Thema befassten, gehören etwa der Schöpfer des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, Eugen Huber (1849–1923) und Walther Burckhardt (1871–1939), der nicht nur ein bedeutender Rechtstheoretiker war, sondern auch Vorsteher der Abteilung für Gesetzgebung und Rechtspflege, dem heutigen Bundesamt für Justiz.¹⁶ Dass Eichenberger wesentliche Impulse von Burckhardt erhielt, belegen die zahlreichen Zitate in Eichenbergers Schriften.¹⁷ Im bereits erwähnten Votum am Juristentag von 1971 klingt zudem ein Zitat nach, das sich bereits 1936 bei Walther Burckhardt findet und deutlich macht, dass Eichenberger und Burckhardt wissenschaftspolitisch dieselben Ziele verfolgten:

«Es wäre erbärmlich, wenn die Rechtswissenschaft nur vermöchte anzugeben, wie ein (unvollständiges, unklares, also mangelhaftes) Gesetz auszulegen und anzuwenden sei, nicht aber, wie ein Gesetz (mängelfrei) zu machen sei; denn die entscheidende Aufgabe der Praxis ist, das Recht zu setzen, nicht es anzuwenden [...]»¹⁸

Auch wenn Eichenberger offensichtlich von Burckhardt mitgeprägt wurde, hat er ihn kaum mehr persönlich gekannt und auch nicht bei ihm studiert. Kurt Eichenberger schloss die Kantonsschule in Aarau 1942 ab;¹⁹ Walter Burckhardt schied 1939 freiwillig aus dem Leben.²⁰

Der Beitrag Eichenbergers zur Rechtssetzungslehre erstreckte sich nicht zuletzt auf die gezielte Förderung von Nachwuchswissenschaftlern, denen er die Begeisterung für die Rechtssetzungslehre weiter gab.²¹ Dieser personellen Kontinuität ist es zu verdanken, dass der heutige Anlass überhaupt stattfinden kann.

¹⁶ Andreas Kley, *Geschichte des öffentlichen Rechts in der Schweiz*, Zürich/St. Gallen 2011, S. 113.

¹⁷ Vgl. exemplarisch Kurt Eichenberger, *Staatsreformen und Regierungsbild in der Schweiz* (Basler Antrittsvorlesung von 1965), in: *Der Staat der Gegenwart* (Fn. 2), S. 398–414, 402.

¹⁸ Walter Burckhardt, *Methode und System des Rechts*, Zürich 1936, S. 17.

¹⁹ Grüniger, *Abdankungsfeier* (Anm. 3), S. 8.

²⁰ Alfred Kölz, Walther Burckhardt, in: *Historisches Lexikon der Schweiz*, Band 3, Basel 2004, S. 67.

²¹ Vgl. insbesondere Georg Müller, *Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung*, Basler Habilitationsschrift, Basel/Stuttgart 1979; ders., *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2006; René A. Rhinow, *Rechtsetzung und Methodik: Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Basler Habilitationsschrift, Basel/Stuttgart 1979.

III. Akzente Eichenbergers in der Rechtssetzungslehre

A. Überforderung des Parlaments als Ausgangsdiagnose

Basis und Ausgangspunkt im wissenschaftlichen Werk Kurt Eichenbergers ist seine Dissertation zur obersten Gewalt im Bunde. Die Arbeit trägt den Untertitel «Über die verfassungsrechtliche Verteilung und die tatsächliche Ausübung der Rechtssetzungs- und Regierungsfunktionen im schweizerischen Bundesstaat.» Der präzisierende Untertitel ist typisch für das Forschungsinteresse Eichenbergers: Eichenberger beleuchtete nicht nur die normative Seite der Thematik, sondern auch die tatsächliche, faktische Seite – die «soziologische Staatsstruktur»²², wie er es nannte. Ihn beschäftigte damit nicht nur die Frage, wem die oberste Gewalt im Bund gemäss Verfassung zukommen soll, sondern wer sie tatsächlich ausübt. Die zentrale Diagnose, die Eichenberger in seiner Dissertation vornahm, und die sich wie ein roter Faden durch die späteren Schriften hindurchzieht, ist die Überforderung des nach dem Milizgedanken organisierten Parlaments und die dadurch bewirkte Gewichtsverlagerung zu Regierung und Verwaltung:

*«Das Parlament ist überlastet, es muss wesentliche Obliegenheiten vernachlässigen und sie der Exekutivgewalt überlassen.»*²³

In einem Aufsatz von 1965 griff Eichenberger das Thema erneut auf und formulierte in sprachlich eingängiger Form die «drei Nöte» des Parlaments: die Zeitnot, die Sachkundenot und die Bewertungsnot.²⁴ 1968 äusserte er sich in einer Radiosendung auch gegenüber einer breiteren Öffentlichkeit zur Überforderung des Parlaments:

«Dem Milizparlament liegt ein ganz bestimmtes Staatsbild zugrunde: Das des Minimalstaats mit wenigen und überblickbaren Aufgaben, das des einfachen Gesetzgebungs- und Leitungspensums, das allein schon mit gesundem Menschenverstand sachgerecht bewältigt werden kann. Es wird eine so begrenzte zeitliche Beanspruchung vorausgesetzt, dass auch der gewissenhafte Abgeordnete wirklich nur nebenher belegt ist. Die Realität hat uns indessen einen Staat gebracht, der sich mit einer ungeheuren Aufgabenfülle abmühen muss, der ununterbrochen Gesetze und

²² Eichenberger, Die oberste Gewalt im Bunde (Anm. 11), S. 321.

²³ Eichenberger, Die oberste Gewalt im Bunde (Anm. 11), S. 333.

²⁴ Kurt Eichenberger, Die Problematik der parlamentarischen Kontrolle im Verwaltungsstaat (1965), in: Der Staat der Gegenwart (Fn. 2), S. 415–433, 422.

staatsleitende Entscheide austossenden, der ein sehr kompliziertes Sachgefüge meistern muss. Ob erwünscht oder nicht, dieser Staat ist nun einmal da. Und ob das Parlament in ihm künftig noch eine Rolle zu spielen vermag, hängt wesentlich von der Leistungsfähigkeit der Ratsmitglieder ab. Der Mensch bestimmt letztlich die Kraft der Institution.

Der heutige Parlamentarier jedoch ist sachlich und zeitlich überfordert. Nimmt er sein Amt und die unentziehbaren Begleitpflichten in Partei und Öffentlichkeit ernst, so ist er dauernd unter Zeitdruck und in abnützender Anspannung. Er ist zumindest mit der Hälfte seiner Zeit und seiner Kraft voll im öffentlichen Dienst, ohne dass er sagen könnte, er sei damit überlegener Meister in den Sachgeschäften.»²⁵

An die Feststellung der Überforderung des Parlaments schliesst sich eine juristische Einordnung Eichenbergers an: Nämlich diejenige, dass zwischen Verfassungsnormen und Verfassungsrealität eine Diskrepanz bestehe.²⁶ Während die Verfassungsnormen das Ideal des vom Parlament dominierten Gesetzgebungsstaats im 19. Jahrhundert reflektierten, spiegle die Verfassungsrealität einen gemässigten Exekutivstaat.²⁷ Nun kann man aus dieser Einordnung verschiedene Schlüsse ziehen: Man könnte darin – mit Hans Huber – den «Niedergang des Rechts und [die] Krise des Rechtsstaates»²⁸ erblicken oder – mit Max Imboden – ein «helvetisches Malaise»²⁹ diagnostizieren. Eichenberger tat beides nicht. Vielmehr stellte er die Überforderung des Parlaments nüchtern fest und zog daraus seine Schlüsse. Er verwarf die Krisendiagnose sogar ausdrücklich: Sie könne zwar aufrütteln, doch ebenso gross sei die Gefahr von Lähmung und Resignation.³⁰ Vielmehr entwickelte Eichenberger ein alternatives Modell, welches den realen Gegebenheiten besser Rechnung tragen sollte.

²⁵ Kurt Eichenberger, Ausschnitt aus einer Sendung von Radio DRS (1968): Ist unser Parlament überfordert? Die Sendung wurde anlässlich des Referats abgespielt; sie ist als Tondokument dieser Publikation angehängt.

²⁶ Eichenberger, Die oberste Gewalt im Bunde (Anm. 11), S. 322.

²⁷ Eichenberger, Die oberste Gewalt im Bunde (Anm. 11), S. 321.

²⁸ Hans Huber, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Max Imboden et al. (Hrsg.), Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 59–88.

²⁹ Max Imboden, Helvetisches Malaise, Polis, Evangelische Zeitbuchreihe, Band 20, Zürich 1964. Das Werk wurde inzwischen von Georg Kreis kommentiert und neu herausgegeben (Zürich 2011).

³⁰ Eichenberger, Zur Lage der Rechtssetzung (Anm. 2), S. 354.

B. Rechtssetzung als arbeitsteilig organisiertes Verfahren

Ein Kerngedanke dieses alternativen Modells ist die Vorstellung der Rechtssetzung als arbeitsteilig organisiertes Verfahren. Abgelöst wird dadurch die tradierte Vorstellung der Rechtssetzung als einseitige Willenskundgabe des parlamentarischen Gesetzgebers:

«Die tatsächliche Regelungslast kann der singuläre Gesetzgeber nicht allein tragen; sie muss verteilt werden. Rechtssetzung im sozialgestaltenden Staat ist nur noch dezentriert und dezentralisiert zustandezubringen. [...] Ob in der heutigen Rechtssetzungspluralität, die sich ohne Methode und ohne Überblick entfaltet, jedoch eine harmonisierende Symmetrie und Kohärenz der Rechtsregelungen tatsächlich noch zustandekommen – Gleichgewichtiges in gleichen Formen und gleicher Dichte, Ausgewogenheit der Regelungsbereiche untereinander, Wertkonkordanz, rechtslogischer Zusammenhang – ist zweifelhaft, und die «Einheit der Rechtsordnung» ist formal und material angegriffen.»³¹

Dekonzentration und Dezentralisation bedeuteten für Eichenberger, dass es zahlreiche Akteure der Rechtssetzung gibt: Neben dem Parlament vor allem und in erster Linie die Regierung und Verwaltung, neben dem Bund die Kantone und Gemeinden und neben den staatlichen Akteuren die Parteien, Verbände, Interessengruppen und Private. Die Rechtssetzung sei somit auf verschiedene «Entscheidungskörbe» zu verteilen.³²

Mit diesem Verständnis der Rechtssetzung als arbeitsteiligem Prozess war auch die klare Absage an ein überkommenes Gewaltenteilungsdogma verbunden: Ein Dogma, welches die Funktionen Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Rechtsprechung schematisch auf die drei Organe Parlament, Exekutive und Justiz verteilt. Ein Dogma, das in der Vorstellung sogenannter «Stammfunktionen» der Staatsorgane bis heute nachwirkt. Oder in den Worten Eichenbergers:

«Der Jurist, der mit historischer Interpretation an das geschriebene Verfassungsrecht herangeht und an das Dogma der Gewaltentrennung glaubt, verzweifelt ob der Tatsache, dass in der Schweiz die Regierung unentbehrliches und mitunter gar stärkstes Organ der Rechtssetzung geworden ist.»³³

³¹ Eichenberger, Gesetzgebung und Rechtsstaat (Anm. 14), S. 226.

³² Eichenberger, Gesetzgebung und Rechtsstaat (Anm. 14), S. 226.

³³ Eichenberger, Staatsreformen und Regierungsbild (Anm. 17), S. 408.

Die Gefahr dieser Rechtssetzungsp pluralität bestand nach Ansicht Eichenbergers darin, dass sich diese unkoordiniert und unorganisiert entwickle:

«Ein zweiter Gesichtspunkt im Thema der Entscheidungsprozesse liegt in der Hervorhebung des prozesshaften Charakters der staatsleitenden Entscheidungen. Obwohl Begriff und Vorstellung des Prozesses gerade in der Rechtswissenschaft heimisch sind, richtet sie wie ein grösserer Teil der Sozialwissenschaften in bezug auf die Staatsleitung im allgemeinen den Blick auf den Endpunkt des Vorgangs. Man redet von Meinungs- und Willensbildungsprozess, konzentriert sich aber im wissenschaftlichen Bemühen eher punktuell auf das abschliessende Stadium und das Ergebnis des Entscheides, zum Beispiel das Gesetz oder den Staatsvertrag.»³⁴

Für Eichenberger war somit entscheidend, dass die Rechtssetzung in vorhersehbare und klar geregelte Verfahren gelenkt wird und organisiert ist. Mit dem Hinweis auf die grosse Bedeutung von Verfahren griff Eichenberger einen grundlegenden Punkt auf, der immer noch von grösster Aktualität ist: Allzu oft ist das Denken in der Rechtswissenschaft ergebnisorientiert – das Verfahren wird leichthin als Mittel zum Zweck oder als Magd des materiellen Rechts abgetan. Was für die Verfahren der Rechtsanwendung gilt, gilt ebenso für das Verfahren der Rechtssetzung: Verfahren haben entscheidenden Einfluss auf den Willensbildungsprozess und gestalten diesen wesentlich mit. Während das Verfahren der parlamentarischen Gesetzgebung und das Vorverfahren der Gesetzgebung heute ebenso geregelt sind wie der Erlass individuell-konkreter Verfügungen, ist das Verfahren der Rechtssetzung durch Regierung und Verwaltung bis heute in grossen Teilen auf Gesetzesstufe ungeregelt.

Doch Eichenberger war nicht nur wichtig, dass die Rechtssetzung in verfahrensrechtlich vorhersehbare Bahnen gelenkt wird, sondern wie dieses organisiert ist: Wer hat in diesem Verfahren welche Aufgaben und Kompetenzen, wer übernimmt welche Rolle?

«Behördenorganisation, Kompetenzordnung und Verfahrensregelung ordnen die Rechtssetzung als Rechtserzeugung; sie sollen in einer gesamtheitlichen Ordnung aufeinander sinnbezogen sein.»³⁵

³⁴ Kurt Eichenberger, Sachkunde und Entscheidungskompetenz in der Staatsleitung (1973), in: Der Staat der Gegenwart (Fn. 2), S. 467–484, 473.

³⁵ Eichenberger, Rechtssetzungsverfahren und Rechtssetzungsformen (Anm. 13), S. 328 (These 1).

«Rechtssetzen ist organisiertes Handeln, und alle Hilfen und Tücken bewusster Organisation umgeben es.»³⁶

Die Sensibilität für und die Freude am Organisieren schlugen sich bei Eichenberger nicht nur in seinen Publikationen, sondern auch in zahlreichen Engagements für die Gemeinschaft nieder. Verwiesen sei beispielhaft auf seine Tätigkeit als Direktionssekretär in der aargauischen Direktion des Innern und des Gesundheitswesens von 1952 bis 1959.³⁷ Eichenberger präsierte sodann von 1970 bis 1973 den Schweizerischen Juristenverein und von 1972 bis 1975 kommandierte er eine Grenzbrigade.³⁸ Explizite Hinweise auf militärische Schulung und Erfahrung finden sich in den juristischen Schriften Eichenbergers kaum.³⁹ Die Ansicht, wonach die schweizerische Regierungslehre «Wesentliches von den Erkenntnissen bei der militärischen Führung übernehmen» könne, äusserte Eichenberger lediglich in einer Fussnote.⁴⁰ Indirekt zeigte sich der hohe Offizier bei der intensiven Auseinandersetzung, ob und inwiefern die Regierung eine Stabsstelle benötige; gerade mit Blick auf ihre Aufgaben in der Rechtssetzung. Die Idee einer Art «zivilen Generalstabs» entwickelte Kurt Eichenberger zudem schon in seinem Juristentagsreferat von 1954;⁴¹ zehn Jahre vor Max Imboden, welcher diese Idee in seinem «Helvetischen Malaise» wieder aufgriff.⁴²

Vor dem biographischen Hintergrund Eichenbergers erstaunt es nicht, dass sich für ihn die Frage nach der Führungsverantwortung in diesem arbeitsteilig organisierten Rechtssetzungsverfahren stellte. Damit wird ein weiterer Akzent in Eichenbergers Rechtssetzungslehre deutlich. Nämlich die Schlüsselrolle, die er der Regierung zumass.

³⁶ Eichenberger, Zur Lage der Rechtssetzung (Anm. 2), S. 358.

³⁷ Grüninger, Abdankungsfeier (Anm. 3), S. 8.

³⁸ Vgl. Fritz Knüsel, Brigadier Kurt Eichenberger, Kdt Gz Br 5 1972 bis 1975, in: Hans Jörg Huber (Hrsg.), 50 Jahre Grenzbrigade 5, 1938–1988, Baden 1989, S. 277 f.

³⁹ Nicht in einer juristischen Fachzeitschrift erschienen, sondern in der Zeitschrift des Schweizerischen Studentenvereins, ist Kurt Eichenberger, Militär und Demokratie, Civitas 25, Luzern 1969, S. 148–154.

⁴⁰ Eichenberger, Staatsreformen und Regierungsbild (Anm. 17), S. 414, Fussnote 31.

⁴¹ Eichenberger, Rechtssetzungsverfahren und Rechtssetzungsformen (Anm. 13), S. 326.

⁴² Imboden, Helvetisches Malaise (zitiert nach der Ausgabe von 2011: Anm. 29), S. 147.

C. Schlüsselrolle der Regierung

Die zentrale Rolle, welche Eichenberger der Regierung in der Rechtssetzung beimass, wird besonders deutlich in einem Zitat aus seiner Basler Antrittsvorlesung:

«Ihre [= der Regierung] leitende Mitwirkung rechtfertigt sich darin, dass sie auf einfache Weise die gehobene Sachkunde in bezug auf den Gesetzgebungsgegenstand in das Verfahren einbringt, dass sie die grösste sachliche Unabhängigkeit aller an der Gesetzgebung beteiligten Mächtigkeiten geniesst und dass sie schliesslich dank ihrer Stellung, Arbeitsfähigkeit und Erfahrungsbreite am besten geeignet ist, für Recht und Rechtliches in der Gesetzgebung die Sorge zu übernehmen.»⁴³

«Erfüllt sie sich in den Personen, die in das Amt gerufen werden, wird der Regierung das zukommen, was ihr zuge gedacht ist: Die zentrale Gewalt im Staate zu sein, [...]»⁴⁴

Die Regierung nimmt damit eine Schlüsselrolle wahr: Sie ist einerseits Bindeglied zwischen demokratisch legitimiertem Parlament und sachkundiger Verwaltung; andererseits Vermittlerin zwischen Interessengruppen, denn sie steht im Gegensatz zu den Mitgliedern des Parlaments über diesen Interessengruppen.⁴⁵ Kurz: Die Regierung funktioniert als Integrator und Moderator im pluralistischen Staat. Man könnte auch von einer Spinne im Netz sprechen; wobei Kurt Eichenberger diese Metapher kaum verwendet hätte – sie wäre ihm zu negativ gefärbt gewesen. Damit möchte ich Ihre Aufmerksamkeit auf die subtile Sprach- und Wortwahl Eichenbergers lenken, die klare Vorlieben erkennen lässt. Während das Parlament nach Ansicht Eichenbergers «überfordert» ist,⁴⁶ ist die Regierung bestenfalls «überbeansprucht».⁴⁷ Das Grundvertrauen, das Eichenberger der Regierung entgegenbrachte, war gepaart mit einer Grundskepsis gegenüber dem Parlament, wie sie bereits in seiner Dissertation⁴⁸ und später im Bericht vor den Deutschen Staatsrechtslehrern zum Ausdruck kam:

⁴³ Eichenberger, Staatsreformen und Regierungsbild (Anm. 17), S. 414, S. 409 f.

⁴⁴ Eichenberger, Staatsreformen und Regierungsbild (Anm. 17), S. 414.

⁴⁵ Vgl. Eichenberger, Staatsreformen und Regierungsbild (Anm. 17), S. 408–414.

⁴⁶ Vgl. etwa die Hinweise in Anm. 25.

⁴⁷ Eichenberger, Staatsreformen und Regierungsbild (Anm. 17), S. 405.

⁴⁸ In der Dissertation werden bezüglich Parlamentsskepsis auch Einflüsse der Schriften Carl Schmitts deutlich. Vgl. etwa Eichenberger, Die oberste Gewalt im Bunde (Anm. 11), S. 187.

«Es gibt in bezug auf Gesetzgebung Sachverhalte, die hochgradig resistent gegen korrigierende Normierungen sind, z.B. das Faktum, dass Parlamente genuin schwerfällig, dilettantisch und taktisch-opportunistischen Zufälligkeiten ausgesetzt sind.»⁴⁹

Die Haltung Eichenbergers kann man als allzu exekutiv-staatlich und einseitig kritisieren. Sicher haben Eichenbergers Tätigkeit in der Verwaltung und die zahlreichen Beratungsmandate für den Bundesrat und verschiedene Regierungen in Kantonen und Gemeinden Eichenbergers Einstellung beeinflusst. In der unkritisch-positiven Haltung, welche Eichenberger der Regierung und Verwaltung entgegenbrachte, kann man aber auch eine Gegenreaktion auf eine nahezu exekutiv-feindliche Haltung sehen, wie sie im 20. Jahrhundert von prominenten Schweizer Staatsrechtlern vertreten und verbreitet wurde, etwa von Fritz Fleiner⁵⁰ oder Zaccaria Giacometti.⁵¹ Eichenberger stellte dem Bild einer machthungrigen und autoritären Bürokratie das Bild einer vorausschauenden, sachkundigen und unparteiischen Exekutive gegenüber. Eichenbergers Einseitigkeit war daher – auch wenn dies vielleicht paradox erscheinen mag – Ausdruck einer Haltung, welche letztlich nach korrigierendem Ausgleich strebte.

IV. Spannungsfeld von Praxis und Wissenschaft

«Die Fragwürdigkeiten liegen heute in erster Linie in der Praxis, das heisst in der Handhabung des Rechtssetzungsrechts und in der Entwicklung der kompensatorischen Ambiance [...]»⁵²

Die genaue Analyse der Praxis als Ausgangspunkt jeder wissenschaftlichen Arbeit war für Kurt Eichenberger von eminenter Bedeutung. Dies zeigt sich in seiner Dissertation und allen späteren Schriften: Eichenberger knüpfte dabei

⁴⁹ Eichenberger, Gesetzgebung und Rechtsstaat (Anm. 14), S. 222.

⁵⁰ In seinem Bundesstaatsrecht prangerte Fleiner den «Absolutismus der Bundesverwaltung» an: Fritz Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 222, Fussnote 30.

⁵¹ Giacometti kritisierte die Entwicklung hin zu einem «gewaltenmonistischen totalitären Exekutivstaat»: Zaccaria Giacometti, Die gegenwärtige Verfassungslage, in: Schweizerische Hochschulzeitung 1942, S. 139–154, S. 148 (zitiert nach Kley [Anm. 16], S. 197).

⁵² Eichenberger, Rechtssetzungsverfahren und Rechtssetzungsformen (Anm. 13), S. 251.

bewusst an Eugen Hubers Ausführungen zu den «Realien» der Gesetzgebung⁵³ an.⁵⁴ Bei der Feststellung und Analyse dieser «Realien» dominierte bei Eichenberger eine individuelle Erfahrungsanalyse, welche auf seinen reichen Schatz an persönlicher Erfahrung in Bund, Kantonen und Gemeinden zurückgreifen konnte; es ist keine empirische Analyse im Sinne der modernen Sozialwissenschaften.

Die genaue Analyse der Praxis und das Antwortgeben auf Fragen aus der Praxis waren für Kurt Eichenberger aber auch ein zentrales Anliegen, um von der Praxis überhaupt gehört und ernstgenommen zu werden. Das Bedürfnis, auf die Praxis einzugehen und die sie beschäftigenden Fragen zu behandeln, musste sich für Eichenberger auch in der Organisation der Wissensvermittlung niederschlagen. Wissen sollte nicht nur im Rahmen des universitären Unterrichts an Studierende weitergegeben werden, sondern auch in besonderen Institutionen den Praktikerinnen und Praktikern nähergebracht werden:

«Die unmittelbar für die Staatspraxis relevante wissenschaftliche Tätigkeit dürfte dann ihre Pflege in juristischen Akademien oder Zentren oder verselbständigten Instituten suchen.»⁵⁵

Das Zentrum für Rechtssetzungslehre, in dessen Rahmen die heutige Veranstaltung stattfindet, dürfte daher auch ein Vermächtnis Eichenbergers sein.⁵⁶

Einer in sich gekehrten Wissenschaft, welche sich vor allem mit sich selber beschäftigt, erteilte Kurt Eichenberger eine klare Absage:

«Die aus dem deutschen Idealismus ererbte Überheblichkeit, wonach sich die Praxis schon irgendeinmal zur Beachtung und Gefolgschaft bequemen müsse, erneuert sich zwar im esoterischen Kreis der Wissenschaftler mühelos und fortgesetzt, bleibt aber nichtsdestoweniger irrig.»⁵⁷

Dieses Zitat bringt ein weiteres Spannungsfeld zum Ausdruck, welches eng mit dem Verhältnis zwischen Praxis und Wissenschaft zusammenhängt: Das Spannungsverhältnis zwischen Realität und Norm oder zwischen Sein und

⁵³ Eugen Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung: Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. Basel 1925, S. 281–346.

⁵⁴ Eichenberger, *Rechtssetzungsverfahren und Rechtssetzungsformen* (Anm. 13), S. 255.

⁵⁵ Eichenberger, *Die Gesetzgebungslehre in der Staatspraxis* (Anm. 8), S. 243.

⁵⁶ Das Zentrum für Rechtssetzungslehre am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich wurde 1999 auf Initiative des Eichenberger-Schülers Georg Müller gegründet.

⁵⁷ Eichenberger, *Die Gesetzgebungslehre in der Staatspraxis* (Anm. 8), S. 236.

Sollen. Eichenberger wurde schon vorgeworfen, er verwechsle oder vermische diese beiden Dimensionen. Zwischen Deskription der sozialen Wirklichkeit und normativer Beurteilung dieser Wirklichkeit werde zu wenig klar geschieden.⁵⁸ Diese Kritik scheint mir in dieser Form überspitzt. Doch trifft es zu, dass Eichenberger dazu neigte, das in der Realität Festgestellte rechtlich zu legitimieren. Die festgestellte Übermacht der Regierung und Verwaltung war für ihn nicht Anlass, die Rückkehr zu einem bestimmten Modell von Gewaltenteilung zu fordern, wie dies etwa Zaccaria Giacometti mit Vehemenz tat.⁵⁹ Eichenberger versuchte die Diskrepanz zwischen Verfassungsnorm und Verfassungsrealität vielmehr dadurch auszugleichen, dass er der Verfassungsnorm einen neuen Sinn gab und den gemässigten Exekutivstaat auf eine verfassungsrechtliche Grundlage stellte. Dem lag die Überzeugung zu Grunde, dass das «Normative sich fügen»⁶⁰ müsse, zumindest dann, wenn die Faktenlage übermächtig und einer Reform unzugänglich sei.

Tatsache ist, dass Kurt Eichenberger dank seines Bezugs zu Praxis und Realität zu dem wohl «einflussreichsten Staatsrechtler»⁶¹ in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurde. Gerade weil sein Ratschlag auf die Fragen der Praxis konkrete und umsetzbare Antworten lieferte, konnte er sich im Rechtsalltag Gehör verschaffen.

Es passt in dieses Bild, dass die traditionell auf eine praxisorientierte Ausbildung ausgerichtete Hochschule St. Gallen Kurt Eichenberger 1982 die Ehrendoktorwürde in Staatswissenschaften verlieh. In seiner Laudatio wies Rektor Alois Riklin darauf hin, dass die Hochschule «*durch diese Verleihung einen bedeutenden Staatsrechtslehrer [ehren wolle], der durch sein wissenschaftliches Wirken in hervorragender Weise zur Klärung und Lösung grundsätzlicher staatspolitischer Probleme beigetragen [habe].*»⁶²

⁵⁸ Hansjörg Seiler, *Gewaltenteilung: Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung*, Berner Habilitationsschrift, Bern 1994, S. 498.

⁵⁹ Vgl. etwa Zaccaria Giacometti, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts (Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates)*, 1. Band, Zürich 1960, insb. S. 9–23.

⁶⁰ Eichenberger, *Gesetzgebung und Rechtsstaat* (Anm. 14), S. 222.

⁶¹ Seiler (Anm. 58), S. 495.

⁶² Alois Riklin, Laudatio vom 12. Juni 1982 (Archiv der Universität St. Gallen HSG).

V. Spannungsverhältnis von nüchterner Skepsis und bejahender Grundhaltung

Die Haltung von Wissenschaftlern gegenüber ihrem Forschungsgegenstand und die Art und Weise, wie sie sich als Wissenschaftler verhalten, ist von vielen Umständen geprägt: von ihrer Erziehung, ihrem sozialen Umfeld, ihren beruflichen und ausserberuflichen Erfahrungen und nicht zuletzt von ihrem Charakter. Verglichen mit zwei anderen Wissenschaftlern, die Eichenberger beide sehr nahe standen, scheint mir für Eichenberger sein Schwanken zwischen nüchterner Skepsis und bejahender Grundhaltung besonders charakteristisch. Alle drei, Hans Huber, Max Imboden und Kurt Eichenberger lagen in der Analyse des Ist-Zustandes, der «Realien», nicht weit auseinander; die Art und Weise, wie sie darauf reagierten, war aber sehr unterschiedlich. Für Hans Huber stand der «Niedergang des Rechts und [die] Krise des Rechtsstaates»⁶³ im Vordergrund; aus seinen Schriften spricht Resignation vor einer unaufhaltsamen Entwicklung hin zum Schlechteren. Max Imboden diagnostizierte zwar ein «Helvetisches Malaise», forderte aber dezidiert eine Totalrevision der Bundesverfassung im Sinne eines «bewussten Neubaus»⁶⁴; im älteren Kollegen Hans Huber, mit dem er sich regelmässig austauschte und dem er freundschaftlich verbunden war, sah Imboden hingegen einen Pessimisten. In sein Tagebuch notierte Imboden am 31. Dezember 1961:

*«Ein gutes Gespräch mit Hans Huber. Es ist freilich ein grosser Pessimismus, der bei ihm immer wieder durchblickt, Pessimismus gegenüber der Zeit und gegenüber dem Beruf des Verfassungsjuristen.»*⁶⁵

Kurt Eichenberger nahm mit seiner Haltung eine Mittelposition ein: Er war im Gegensatz zu seinem akademischen Lehrer Hans Huber kein Pessimist; im Gegensatz zu seinem älteren Kollegen Imboden war er aber gegenüber grundlegenden Reformen und «Neubauten» skeptisch. Viel eher versuchte er die Faktenlage verfassungsrechtlich zu legitimieren und sprach von «Sanierungs-

⁶³ Vgl. Anm. 28.

⁶⁴ Imboden, Helvetisches Malaise (zitiert nach der Ausgabe von 2011: Anm. 29), S. 141–143.

⁶⁵ Archiv für Zeitgeschichte, ETH Zürich: Nachlass Max Imboden, Tagebuch 1, S. 76.

räumen»⁶⁶, in denen das Bestehende und Bewährte sanft zu erneuern sei.⁶⁷ Eichenbergers Mittelposition zwischen Skepsis und bejahender Grundhaltung wird besonders deutlich in seiner Schlussvorlesung. Eine Schlussvorlesung, die sich wie eine subtile Fortführung oder Antwort auf die Abschiedsvorlesung seines «verehrten Lehrers»⁶⁸ Hans Huber liest. Huber schloss seine Abschiedsvorlesung über die «Gesamtsituation des Rechts» aus dem Jahr 1970 mit folgenden Worten:

«Stellenweise gleicht das Recht unserer Zeit dem fruchtbaren Land an der Küste, das tiefer liegt als das Meer. In finsterner Nacht, wenn die Brandung im Sturm die Deiche zu brechen droht, eilen die Männer hinaus und suchen die Dämme zu halten. Einige von Euch werden es diesen Männern gleichtun.»⁶⁹

Gut zwanzig Jahre später nahm Kurt Eichenberger in seiner Schlussvorlesung «Zur Lage von Staat und Recht und zur Aufgabe des Juristen im auslaufenden 20. Jahrhundert» die Metapher des Dammbrochs auf:

«Ein vierter Bereich bereitet der Gegenwart gleichsam erst stille Mühe, weil die Problematik meist noch in Schweigen gehüllt wird. Aber die Dammbüche sind da. Wir gehen nämlich auf methodisch eindringliche Wandlungen der Rechtsgestaltung und der Rechtsgeltung zu.»⁷⁰

«Den Schwierigkeiten oder eben den nie abbrechenden Krisen, die uns in der Gegenwart und morgen bedrängen, wollen wir nicht ausweichen. Wir wollen sie aber auch nicht dramatisieren, wie wir überhaupt dem heutigen Hang zum Superlativ, zur Übertreibung, zur sensationellen Spannung und zum aufpeitschenden Skandal

⁶⁶ Eichenberger, Gesetzgebung und Rechtsstaat (Anm. 14), S. 222.

⁶⁷ Eine in diesem Punkt ähnliche vermittelnde Haltung nahm Hans Peter (auch «Mani») Matter ein, auch er ein Doktorand Hans Hubers. Hierzu Benjamin Schindler, Einführung, in: Hans Peter Matter, Die pluralistische Staatstheorie, oder Der Konsens zur Uneinigkeit (1967/68), Oberhofen 2012, S. 22.

⁶⁸ So der Dank im Vorwort der Dissertation: Eichenberger, Die oberste Gewalt im Bunde (Anm. 11), S. 5.

⁶⁹ Hans Huber, Betrachtungen über die Gesamtsituation des Rechts, Abschiedsvorlesung vom 23. Juni 1970 an der Universität Bern, in: Kurt Eichenberger/Richard Bäumlin/Jörg P. Müller (Hrsg.), Hans Huber, Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht: Ausgewählte Aufsätze 1950–1970, Bern 1971, S. 11–26, 26.

⁷⁰ Kurt Eichenberger, Zur Lage von Staat und Recht und zur Aufgabe des Juristen im auslaufenden 20. Jahrhundert, Schlussvorlesung vom 3. März 1994 an der Universität Basel, in: Vom Schweizerischen Weg zum modernen Staat (Anm. 7), S. 412–418, 416.

entgegenwirken sollten. Destruktiv-düstere Gesinnung hilft so wenig wie aufgebläht-euphorische.»⁷¹

«Realitätssinn erst ermöglicht, die Idee des Rechts und des tauglichen Staates in die Tatsächlichkeit zu geleiten. Die Tatsächlichkeit zu ertragen, vor ihr nicht zu fliehen, nicht in Wehklagen zu stagnieren und da, wo Handlungsraum gegeben ist, Wirk-sames zu tun, geleitet vom Recht mit seinem Staat, das ist die Aufgabe des Juristen. Mit Ihrem Studium bekunden Sie die Bereitschaft, diesen Weg zu gehen. Ich bin zuversichtlich, dass Sie ihn finden und tatkräftig begehen.»⁷²

Die Skepsis über die Entwicklung der Zukunft teilte Eichenberger mit Huber. Die Skepsis war es denn auch, die in der von Huber betreuten Dissertation von Eichenberger noch klar überwog. Was bei Eichenberger im Verlauf der Zeit aber zunehmend in den Vordergrund trat und worin er sich von Hans Huber distanzierte, war der grundsätzlich optimistische Blick in die Zukunft und ein Gestaltungswille. Anders als Hans Huber liess Eichenberger die Hörer nicht mit der Diagnose einer Krise oder einer düster-dramatischen Metapher alleine. Er schloss seine Schlussvorlesung mit Zuversicht und dem Aufruf zum tatkräftigen Mitgestalten. Ein Gestaltungswille, der allerdings – und hier liegt eindeutig ein Unterschied zum drängend-reformfreudigen Max Imboden – geprägt war von einem ausgeprägten Sinn fürs Machbare und dem jeder Hang zu Utopie und Euphorie fremd war.

⁷¹ Eichenberger, Zur Lage von Staat und Recht (Anm. 70), S. 417.

⁷² Eichenberger, Zur Lage von Staat und Recht (Anm. 70), S. 418.

Diskussion zum Referat von Benjamin Schindler

Felix Uhlmann

Auch für dieses Referat ganz herzlichen Dank von meiner Seite. Wir haben auch bei diesem Beitrag Leute im Vorfeld ein wenig einbezogen, um die Diskussion bis zu einem gewissen Grad zu lenken. Im Sinne der Transparenz wollen wir das hier offenlegen zusammen mit dem Aufruf, dass wenn Sie für diese Tagung etwas zu Papier gebracht haben, was Sie heute vortragen oder bereits vorgetragen haben, uns dies für die Einarbeitung in den Tagungsband bitte zukommen lassen.

Jörg Paul Müller

Vielen Dank auch für dieses Referat. Ich bin selber auch noch zu K.E. in die Schule gegangen, er kommt ja ursprünglich aus Bern und hat dort doziert. Ein Problem scheint mir, dass man heute Rechtsetzung und Rechtsanwendung nicht mehr so strikte trennen kann. Ich möchte hier auf Georg Müller verweisen, der dies in seinem Werk «Rechtssetzungslehre» sehr gut hervorhebt. Auch Rechtsanwendung ist zu einem Stück Rechtsetzung. Illustrieren kann man dies am Bundesgericht, welches das Recht ständig fortbildet, am dramatischsten vielleicht vor der Revision der BV von 1999 im Bereich der ungeschriebenen Grundrechte; aber auch im Bereich von spezialisierten Rechtsgebieten wie dem IV-Recht oder dem Strassenverkehrsrecht kann man dies doch sehen. Eigenartig ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Medien und die Bürger oftmals nur wahrnehmen, was das Bundesgericht gesagt hat, und es wird gar nicht rapportiert, dass allenfalls die gesetzliche Grundlage geändert hat. Zurück zu K.E.: Wenn man die beiden Organe Parlament und Regierung in den Vordergrund stellt, darf man das grosse Vertrauen nicht vergessen, welches K.E. der Justiz hat zukommen lassen. Hier ist namentlich seine Berner Habilitationsschrift über die Unabhängigkeit des Richters als staatsrechtliches Problem zu nennen, ein wegweisendes Werk. Bereits dort kommt zum Ausdruck, dass die Justiz der letzte integre Ort in unserem Rechtsstaat ist, in den er unerschütterliches Vertrauen hat. Wenig bekannt ist sein Beitrag in der Festschrift für seinen Namensvetter

Kurt Eichenberger, der Oberrichter war. Dort hat K.E. einen Aufsatz geschrieben über die Festigkeit der Justiz inmitten der Staatsveränderungen. Es kommt sehr schön der feste Glaube an die Instanz zum Ausdruck, welche nicht den Interessengruppen oder dem Parteiendruck ausgesetzt ist. Die Konkretisierung des Gesetzes durch das Gericht ist unerlässlich. Es trägt ebenfalls Verantwortung für die Gestaltung der Rechtsordnung. Seine Stärken liegen etwa in der festen Methodengebundenheit und Unabhängigkeit. Methodenbewusstsein und Methodentreue fordert K.E. gerade dort, wo das Gericht tatsächlich nicht nur Rechtsauslegung, sondern Rechtsfortbildung betreibt. Der Gesetzgeber darf in gewissem Masse auf die vernünftige Auslegung bzw. Fortführung seiner Arbeit in der Rechtsprechung hoffen. Man kann darin eine gewisse Abhilfe gegen die Überforderung des Parlaments sehen. Gleichzeitig ist zu bedenken, dass dem Gesetzgeber verwehrt ist, zu offen, zu pauschal zu legiferieren etwa zur Vermeidung heikler politischer Entscheidungen und in der Hoffnung, das Gericht werde das Gesetz dann schon vernünftig konkretisieren. Ich meine, dieses Zusammenspiel von Gesetzgebung und Justiz sei doch auch ein ganz wesentlicher Faktor für das Staatsbild von K.E.

Benjamin Schindler

Besten Dank für diesen interessanten Hinweis. Ich habe mir überlegt, ob ich diese Elemente in das Referat aufnehmen soll. K.E. hat sich ja auch mit dem Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung beschäftigt. Es ist daher kein Zufall, dass gerade René Rhinow dieses Thema in seiner Habilitationsschrift zur Rechtsetzung und Methodik (mit dem Untertitel «Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung») aufgegriffen hat. Es wird auch beim einen Zitat zum Verfahren der Rechtsetzung deutlich, dass K.E. sehr viele Parallelen zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung sah. Soweit ich das beurteilen kann, hielt K.E. aber an der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung fest (vgl. *Kurt Eichenberger*, Wechselbeziehungen zwischen Gesetzgebung und Rechtsanwendung, in: ZBl 85/1984, S. 97–103). Dass er ein grosses Vertrauen in die Justiz hatte, ist offensichtlich, aber auch hier – und das ist typisch – war er sich der Realitäten bewusst, d.h. der begrenzten Macht, die man in der Schweiz der Justiz überantworten kann. Er wies in einem Aufsatz auch auf die Sonderheiten und Schwierigkeiten der richterlichen Unabhängig-

keit in der Schweiz hin, eine späte Ergänzung zu seiner Habilitationsschrift. Darin machte er deutlich, dass das «staatspolitische Urvertrauen» in der Schweiz gerade *nicht* der Justiz gilt (Kurt Eichenberger, *Sonderheiten und Schwierigkeiten der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz*, in: Richard Frank [Hrsg.], *Unabhängigkeit und Bindungen des Richters*, 2. Aufl. Basel/Frankfurt a.M. 1997, S. 69–98, 79).

René Rhinow

Benjamin Schindler hat kurz auf die militärische Vergangenheit K.E.s hingewiesen. Es mag interessieren, dass sich in einem in Vergessenheit geratenen Aufsatz über «Militär und Demokratie», der auf einer Ansprache des Generalstabsoffiziers Eichenberger anlässlich der Verabschiedung von Oberstkorpskommandant Alfred Ernst im Stab des Feldarmeekorps 2 beruht, – aus heutiger Sicht – eher überraschende Äusserungen finden. Vor allem aber legt hier Eichenberger sein Verhältnis zur Kategorie der «Autorität» offen. Er widerlegt zuerst die gängige Vorstellung, dass Militär und Demokratie – bei aller Anerkennung erheblicher Differenzen – durchgängig auf verschiedene Leitprinzipien zurückzuführen seien. «Gemeinschaftsbildung, Anvertrauung der Leitungsfunktionen an ausgelesene und kontrollierte Organwalter, Qualitätsforderungen, durchgreifende und klare Verantwortungen, Initiative, Auffassung, Durchhalten, Prospektive, Selbst-Denken – das sind Beispiele prägender Werte für demokratische wie für militärische Institutionen und Tätigkeiten.» Er plädiert für Reformen (auch) in der Armee, doch sei entscheidend, in welcher Grundhaltung sie aufgenommen würden. «Nüchternheit und Offenheit, umfassen von einer Wahrhaftigkeit, (müssen) sowohl Demokratie als auch Armee tragen...». Dann kommt er auf das «offene Problem der Autorität» zu sprechen. Die heutige Problematik bestehe nicht darin, dass Autorität geleugnet oder an sich verworfen würde. Sie liege vielmehr in ihrer Zielrichtung und in der Art und Weise ihrer Wirksamkeit. Autorität gründe sich zunehmend «auf anerkanntem Sachverständnis, auf Können und auf offener Aufnahmebereitschaft der reifen Persönlichkeit». Autorität sei «legitimiert durch sachliche Meisterschaft und innere Überlegenheit». Sie stütze sich aber auch «auf die ungeteilte Bereitschaft zum Dienst, auf die Unbedingtheit des Dienens für das höhere Ganze, auf das sich alle Gemeinschaftsangehörigen verpflichtet wissen». Autorität sei auch «sublimen Erziehungsauftrag», nicht einfach zur Ordnung schlechthin, sondern

zur «Ordnung, die höhere Werte, insbesondere echte Freiheit ermöglicht» (der Aufsatz befindet sich in *Civitas*, Jg. 1969, S. 148 ff.). «Nüchternheit und Offenheit», ungeteilte Bereitschaft zum Dienst – hier spiegeln sich die in meinem letzten Votum angesprochenen Schlüsselkategorien K.E.s, wie sie sein Reformverständnis geprägt haben.

Riccardo Jagmetti

Darf ich mich zunächst als Schüler von Zaccaria Giacometti outen, auch wenn ich seine grosse Staatsskepsis nicht voll teile. Vergessen wir nicht: Er hat sich in den dreissiger Jahren höchst verdienstvoll gegen die damalige Dringlichkeitspraxis geäussert. Das war absolut notwendig, weil das autoritäre Staatsdenken rund um uns nicht ohne Wirkung auf die Schweiz geblieben ist. Auf Antrag der Regierung entzog das Parlament seine Beschlüsse mit der Dringlicherklärung in den meisten Fällen dem Referendum mit der Begründung, das Volk sei damit überfordert. Entsprechende Äusserungen von Mitgliedern des Bundesrates und von Parlamentariern aus jener Zeit wirken heute befremdlich. Das war aber der Tenor in den dreissiger Jahren. Unter diesen Gesichtspunkten muss man Giacomettis Haltung begrüssen.

Mit K.E. habe ich gut und mit Wertschätzung für sein Wirken zusammengearbeitet. Der Höhepunkt bezog sich auf das Militärische und bestand in einem zweitägigen Seminar, das K.E., Heinrich Koller und ich in Bern durchführten über die Staatsführung in Krisen- und Kriegslagen. Teilnehmer waren die sieben Korpskommandanten der Schweizer Armee. Darin kamen Autorität und Führungsverantwortung zum Ausdruck, die bei K.E. sicherlich ausgeprägt waren. Man suchte nach der Kompetenzabgrenzung zwischen der Regierung und dem Oberkommandierenden und nach der Zusammenarbeit zwischen ihnen. K.E. hat darüber anschliessend einen umfassenden Bericht verfasst.

Nicht ganz zu teilen vermag ich die Skepsis von K.E. gegenüber dem Parlament und der von vielen geäusserten Meinung, die Bundesversammlung sei überfordert. Ich möchte darauf hinweisen, dass in meiner letzten Legislatur im Ständerat fünf ordentliche Professoren sassen, was gut 10% des Rates ausmachte. In unserem Milizsystem bringt jeder dank seiner Ausbildung und seiner Berufserfahrung etwas ein. Das kam etwa zum Ausdruck, als in einer Kommissionssitzung die Juristen des betreffenden Bundesamtes nicht mehr viel sagen

wollten, weil die Diskussion zwischen den Teilnehmern sich sehr kompetent abspielte. Das ist vielleicht ein Spezifikum des Ständerates. Ein zweites Beispiel: Der Chef eines Bundesamtes beklagte sich einmal nach einer Kommissionssitzung bei mir über deren Ablauf – und wiederholte das später an einer Zusammenkunft mit ausländischen Gästen. Er hätte geglaubt, seine Anwaltsprüfung sei die letzte gewesen, der er sich unterzogen habe; diese Kommissionssitzung sei aber anspruchsvoller gewesen. Mit anderen Worten: Das Milizparlament ist keine Versammlung von Dilettanten. Natürlich ist man zeitlich sehr stark belastet. Aber der laufende Übergang zum Berufsparlament hat zur Folge, dass die Erfahrungen aus dem beruflichen Wirken und damit aus verschiedenen Lebensbereichen nicht mehr einfließen. In dieser Beziehung war ich mit K.E. nicht ganz einverstanden, aber das ändert nichts am grossen Respekt und an der Freude an der Zusammenarbeit mit ihm.

(schriftliche Ergänzung)

Auf eine Erfahrung bei der Rechtsetzung möchte ich noch hinweisen, bei der es sich um eine helvetische Besonderheit handeln mag. Die dreisprachige Fassung von Gesetzen zwingt zu klarer Fassung der Erlasse und zur Vermeidung von unbestimmten Formulierungen. Das zeigte sich wiederholt, als die Redaktionskommission der Bundesversammlung (mit Mitgliedern beider Räte), die zunächst nach Sprachen getrennt tagte, am Schluss gemeinsam die drei Texte verglich. Was missverständlich oder gar widersprüchlich war, konnte so eliminiert werden, Unverständliches liess sich schwer in andere Sprachen fassen. Diese Mehrsprachigkeit im Zuge der Rechtsetzung führte zur Klärung, die sich durch nachträgliche Übersetzung nicht erreichen lässt.

Rainer J. Schweizer

Ich möchte Benjamin Schindler danken für dieses einfühlsame Referat, welches mir sehr gut gefallen hat. Ich finde es gut, dass man es wagt, einmal auch von der Persönlichkeit her Wissenschaft zu verstehen. Sie haben alle gemerkt, dass K.E. sehr stark in der Analyse war, ich würde sogar sagen messerscharf. Das hat er verbunden mit einer kräftigen, eigenschöpferischen Sprache, die manchmal überrascht, aber auch gefesselt hat. Er hat genau gewusst, dass die Sprache ein wichtiges Wissenschaftsmittel ist. Eine Frage hat mich immer beschäftigt: Er hat beim Parlament z.B. sehr wohl gesehen, dass wir eine korporatistische Demo-

kratie haben; er hat die Rolle der Medien mehrfach kritisch beschrieben, aber er hat nicht grundsätzliche Reformen vorgeschlagen. Ich denke, das liegt wohl daran, dass er in seiner Arbeit für die Regierungen des Bundes und der Kantone, aber auch als Verwaltungsrichter – was eine wichtige Etappe für ihn war – sehr stark ein Mensch der Pflicht und der Verantwortung war, der den Institutionen vertraute. Er stand nicht in der Kultur etwa der Bäumlinischen demokratiethoretischen Kritik, um einen anderen Namen dieser Generation zu nennen. In seiner Rechtsetzungslehre hat er einen grossen Erfolg gehabt, weil er sehr wohl die politikwissenschaftlichen und soziologischen und methodischen Ansätze kannte und verarbeitete, aber gleichwohl der Auffassung war, dass Rechtsetzung vor allem ein Handwerk sei, und man sich dessen bewusst sein müsse.

Stephan C. Brunner

Ich kann den Ball gleich aufnehmen und aus Sicht der Praxis zwei oder drei Punkte herausgreifen. Es lässt sich zunächst einmal zweifellos feststellen, dass K.E.s Wirken Früchte getragen hat. Die Disziplin Rechtsetzungslehre hat sich an den Universitäten ein Stück weit etabliert. Zu meiner Zeit habe ich im Studium zu diesem Thema nichts gehört. Hier wurde einiges erreicht. Zweiter Punkt: Die Nöte, die K.E. für das Parlament beschrieben hat, die gelten aus meiner Wahrnehmung ganz klar auch für die Exekutive und damit namentlich für das Vorverfahren der Rechtsetzung (und die Verordnungsgebung). Die grösste Not ist die heute herrschende Zeitnot. Wir haben eine sehr hohe Kadenz von Rechtsetzungsvorhaben sowohl auf Verfassungs-, Gesetzes- als auch auf Verordnungsstufe. Das ist ein riesiger Druck. Jetzt stehen wir vor der Herausforderung, die Anforderungen aus der Rechtsetzungslehre auch unter diesen Rahmenbedingungen zu gewährleisten und die bereits angesprochenen Qualitätssicherungsmechanismen durchzusetzen. Bei zeitlicher Dringlichkeit besteht immer die Gefahr, dass Qualitätsaspekte zurücktreten müssen. Ist der Entscheid einmal getroffen, muss halt allenfalls später repariert werden. Das Problem heute stellt sich für die Organe der präventiven Rechtskontrolle so dar: Wie können die umfangreichen formellen und prozeduralen Regeln zur Qualitätssicherung – die Regelwerke zum Gesetzgebungsprozess, zur Gesetzgebungstechnik – so vermittelt werden, dass sie bereits im Vorverfahren, wo oft noch am meisten Zeit zur Verfügung steht, Eingang finden? Diese Frage beschäftigt mich fast täglich. Wir brauchen einfache, benutzerfreundliche Regeln für das Rechtset-

zungsverfahren, wir müssen sie zudem integrieren in elektronisch gesteuerte Prozesse und Abläufe. Und noch ein dritter Punkt: Wir haben zunehmend das Problem, dass es sehr schwierig ist, die Kohärenz des Rechts zu gewährleisten. Hier müssen wir Mechanismen finden, um das besser in den Griff zu bekommen. Vielleicht brauchen wir vermehrt auch inhaltliche Grundsätze auf einer Ebene zwischen Verfassung und Gesetz, die dazu beitragen können, die sich zunehmend ausdifferenzierende Gesetzgebung wieder zu systematisieren (oder zumindest die Auslegung kohärent zu gestalten).

Christian Schuhmacher

Ich kann Stephan Brunner zustimmen in dem Sinne, dass in der Praxis inzwischen viele Richtlinien etc. bestehen. Ich glaube aber nicht, dass in der Rechtssetzungslehre sehr viel geschehen ist. Mich erstaunt, wie aktuell diese Zitate von K.E. sind, obwohl sie zum Teil 50 Jahre alt sind. Wir sind aber noch weit davon entfernt, dass die Rechtsetzung den gleichen Stellenwert erhalten hat wie die Rechtsanwendung. Wenn 5% der Ressourcen in die Rechtssetzungslehre fließen gegenüber 95% in der Rechtsanwendung, dann scheint mir das ein nicht so ideales Verhältnis zu sein. Die Vertreter der juristischen Fakultäten sind ja zahlreich hier anwesend, ich frage deshalb, was die Gründe dafür sind, dass die Rechtssetzungslehre immer noch so ein stiefmütterliches Dasein pflegt. Die Schwierigkeiten, die wir in der Praxis haben, resultieren nicht zuletzt auch aus noch nicht genügend erforschtem Background. Da liesse sich noch einiges erforschen und erfahren, ich hätte wöchentlich ein Dissertationsthema aus dem Bereich Rechtssetzungslehre, und da scheint doch sehr wenig zu laufen. Meine Frage an die Fakultäten ist daher die, wieso in diesem Bereich nicht mehr geschieht.

Felix Uhlmann

Auch wenn ich mich mit Christian Schuhmacher nicht abgesprochen habe, kann ich nur alles unterschreiben, was er eben gesagt hat.

Martin Wyss (schriftliche Fassung)

1. Dass sich die Rechtsetzungslehre auf den Stundenplänen vieler Universitäten in der Schweiz als eigenständiges Fach etabliert hat, ist auf das Wirken von K.E. zurückzuführen. Auch wenn das Fach in den Curricula unterschiedlich positioniert und der Stoff unterschiedlich gewichtet wird, so wollen alle Veranstaltungen – wie es Eichenberger formuliert hat – «für die geordnete Funktion der Rechtsetzung Wissen und Können (...) ermitteln und theoretisierend der Praxis bereit (...) stellen.» Je länger ich nun an der Universität Bern Rechtsetzungslehre unterrichten darf, umso deutlicher glaube ich die *didaktisch und rechtspolitisch spezifischen Konturen* erkennen zu können, die dieses Fach kennzeichnen und die uns in Lehre und Praxis als Herausforderung aufgegeben sind.

2. Die Rechtsetzungslehre stellt zuerst eine *didaktische Herausforderung* dar. Ich beobachte nun schon seit einigen Jahren, dass die Masterstudierenden, welche die Rechtsetzungslehre an der Universität Bern besuchen, Startschwierigkeiten haben im Umgang mit legistischen Fragestellungen. Denken und Argumentieren sind geprägt von der Frage, wie ein vergangenes Ereignis juristisch zu bewerten ist; von ihnen wird eine binäre Entscheidung erwartet: Das Verhalten war rechtmässig oder es war rechtswidrig und es zieht diese oder jene Rechtsfolge nach sich. Die wissenschaftliche und praktische Beschäftigung mit der Rechtsetzung basiert auf kategorisch anderen Prämissen.

3. Während im juristischen Unterricht der *ex-post-Blick* auf einen «historischen» Sachverhalt üblich ist und nach der rechtlichen Subsumption der Lebensvorgänge gefragt wird, operiert Rechtsetzung mit dem *ex-ante-Blick*. Gefragt wird danach, wie die rechtliche Grundlage für bestimmte Massnahmen aussehen muss, damit sie vor einer (verfassungs-)gerichtlichen Nachprüfung in einem Normenkontrollverfahren oder im späteren Anwendungsfall Bestand haben kann. Dieser Perspektivenwechsel verlangt nach einem inhaltlich offenen, variantenreichen Denken und nach einer gesunden Skepsis gegenüber der Steuerungskraft der staatlichen Norm (dazu mehr unter 6.). Für Studierende – aber möglicherweise nicht nur für diese – kommt erschwerend hinzu, dass Rechtsetzungsfragen von der Politik entscheidend geformt und konturiert werden. Die rechtliche bzw. rechtswissenschaftliche Befassung mit der Rechtsetzung ist und bleibt aber dennoch eine *rechtliche Arbeit* – trotz Politik und nicht umgekehrt. Oder mit den Worten Eichenbergers: «Realitätssinn erst ermöglicht, die Idee des Rechts und des tauglichen Staates in die Tatsächlichkeit zu geleiten.»

4. Eine gewisse Unbeholfenheit zeigt sich unter den Studierenden auch deshalb, weil es für die Fragen der Rechtssetzungslehre *häufig nicht die einzig richtige Lösung* gibt, sondern in aller Regel mehrere rechtlich gleichermassen *valable*, meistens aber unterschiedlich praktikable oder politisch realisierbare Alternativen. Wie man Alternativen finden kann und bewerten soll, wird im allgemeinen juristischen Unterricht kaum geübt. Konsterniert sind manche Studierende auch, wenn sie realisieren müssen, dass in der Rechtsetzung *nicht ausschliesslich juristische Fragen* zu beantworten sind. Taugliche Antworten auf die Fragen, mit denen die Rechtsetzung konfrontiert ist, können nur unter Beizug ausserjuristischer Erkenntnisse und mit sozialwissenschaftlicher Unterstützung befriedigend untersucht und beantwortet werden. Das setzt zudem ein geschärftes Verständnis für die Eigenheiten des regulierungsbedürftigen Sachgebietes voraus und die Bereitschaft, sich mit den Besonderheiten dieses Gebiets auseinanderzusetzen – Besonderheiten übrigens, über die keineswegs gesellschaftlich oder wissenschaftlich gefestigte Bewertungen und vereinheitlichte Einsichten vorliegen müssen.

5. Rechtssetzungsarbeit ist schliesslich *Arbeit mit und an der Sprache*. Anders als in anderen rechtswissenschaftlichen Disziplinen geht es aber nicht in erster Linie um Schlüssigkeit und Stringenz des juristischen Arguments, sondern darum, Regelungsidee und Regelungsmodus Wort und Satz werden zu lassen. Peter Liver hatte zu Recht daran erinnert, dass gerade der juristische Laie, aber wohl grundsätzlich jeder, der mit einer Norm konfrontiert ist, das Gesetz «beim Wort nehmen» wolle. Normative Entscheidungen und Handlungsanleitung sind nur dann leistungsfähig, wenn sich Inhalt, Anwendungsbereich und Rechtsfolgen, aber auch Gestaltungsspielräume für die rechtsanwendenden Behörden und Entwicklungshorizonte für die Rechtsprechung mit minimalem Aufwand optimal erschliessen lassen. Diese Arbeit mit der Sprache verlangt den Studierenden einiges ab. Man kann sich eben nicht mehr nur damit begnügen, die Mangelhaftigkeit einer Norm zu konstatieren, sondern muss Alternativen formulieren können, die rechtlich befriedigen. Im Übrigen wäre eine Anregung ernsthaft weiter zu verfolgen, die Markus Müller kürzlich ins Spiel gebracht hat, nämlich die qualifizierte Unverständlichkeit einer Norm unter das Willkürverbot zu subsumieren.

6. Die Rechtssetzungslehre muss rechtspolitische Veränderungen rasch identifizieren und auf sie reagieren können. Damit unterscheidet sie sich grundsätzlich von anderen rechtswissenschaftlichen Teildisziplinen. Die besondere Herausforderung für die Rechtssetzungslehre besteht aber darin, die Idee und

Funktionsfähigkeit der staatlichen Normsetzung und Normdurchsetzung stets neu zu befragen. Einerseits erschallt er fast täglich, der spontane, von aktuellen und schwankenden Empörungswellen diktierte Ruf nach staatlicher Rechtsetzung, mit der das Leben sicherer, schöner, gesünder, risikoärmer werden soll. Andererseits büßen staatliche Normen Durchschlagskraft und normative «Alleinherrschaft» ein. Die Verzahnung der staatlichen Norm mit nicht staatlichen Normativordnungen – seien es Selbstregulierungen von Wirtschaftsbranchen, verbandsinterne Regulative oder auch nur ethisch-moralische Handlungsimperative – ist komplex. Es ist das Huhn-Ei-Dilemma, mit dem die Rechtsetzungslehre heute mehr denn je konfrontiert ist: Soll zuerst die staatliche Norm geschaffen werden, die eine politisch erwünschte Haltung und entsprechendes Verhalten heranbildet, oder soll man zuerst auf die gesellschaftlichen Selbststeuerungskräfte vertrauen und dann das vorläufige Ergebnis der Entwicklung im staatlichen Recht abbilden? Gerade demjenigen, der in der wissenschaftlichen und legistischen Alltagsarbeit an solchen Entscheidungen zu verzweifeln droht, bei dem können K.E.s Worte neue Motivationskräfte freisetzen: Im – wie es Benjamin Schindler uns vorgestellt hat – für ihn charakteristische Spannungsverhältnis zwischen nüchterner Skepsis und bejahender Grundhaltung haben letztlich Gestaltungswille und die Überzeugung obsiegt, dass das *umsichtig konzipierte, den verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen verpflichtete, vollzugsoptimierte und wohl und dosiert gesetzte staatliche Recht Gutes zu leisten vermag.*

Georg Müller (schriftliche Fassung)

K.E. hatte immer gute Beziehungen zu vielen Mitgliedern der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Einige von ihnen haben Beiträge zur Festschrift «Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel» verfasst, die zu seinem 60. Geburtstag erschienen ist. Auch am Symposium zu seinem 70. Geburtstag haben Kollegen aus Deutschland teilgenommen. Wir haben deshalb auch mehrere deutsche Kollegen zum heutigen Anlass eingeladen; leider konnte keiner von ihnen der Einladung Folge leisten. *Gunnar Folke Schuppert* haben wir als Verfasser des Werkes «Governance und Rechtsetzung» (Baden-Baden 2011) gebeten, im Rahmen der Diskussion zur Rechtsetzungslehre ein Kurzreferat zum Stand der Diskussion in Deutschland zu halten. Zu unserem Bedauern ist auch er an einer Teilnahme verhindert.

Ich möchte deshalb versuchen, Ihnen kurz aufzuzeigen, wie *Gunnar Folke Schuppert* in seinem schon genannten Werk zur Rechtsetzungslehre Stellung nimmt, und auf die Unterschiede zur schweizerischen Rechtsetzungslehre hinweisen, wie sie von *K.E.*, den Benjamin Schindler in seinem Referat als Pionier auf diesem Gebiet bezeichnet hat, begründet worden ist.

Schuppert befasst sich zuerst mit Stand und Entwicklungslinien der klassischen Gesetzgebungslehre. Er stellt dabei die (verfassungsrechtliche) Pflicht zum guten Gesetz in den Vordergrund, die vom Bundesverfassungsgericht in einzelnen Urteilen näher umschrieben worden ist. Das ist eine aus schweizerischer Sicht eher ungewohnte Perspektive: Das Bundesgericht prüft kantonale Gesetze (Bundesgesetze sind nach Art. 190 BV für das Bundesgericht massgebend) nicht daraufhin, ob die Prognosen des Gesetzgebers und die Methodik der Gesetzgebung überzeugen, sondern nur auf die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Schranken. In Übereinstimmung mit *K.E.* bezeichnet *Schuppert* die Gesetzgebung als eine netzwerkartige Entscheidungsstruktur. Die Feststellung, dass sich die Gesetzgebung zunehmend europäisiert, trifft auch für die Schweiz zu, und die kooperative Rechtserzeugung gewinnt in der Schweiz ebenso an Bedeutung wie in Deutschland. Mit einem gewissen Erstaunen nimmt man zur Kenntnis, dass *Schuppert* die Bemühungen um die Verbesserung der Gesetzgebung als «Holzwege» bezeichnet.

Im zweiten Teil wird der Weg zur Rechtswissenschaft als Regelungswissenschaft geschildert, der zum Ausbruch aus dem Ghetto der Gesetzgebungslehre führen soll. Unter Berufung auf die «neue Verwaltungsrechtswissenschaft» wird eine Verlagerung von einer anwendungsorientierten Interpretationswissenschaft hin zu einer rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft postuliert. Der Begriff der Regelungsstruktur soll den gesamten Steuerungszusammenhang einer Aufgabenerfüllung als Zusammenwirken von staatlichen und privaten Akteuren in den Blick bringen. Der zu enge Steuerungs-begriff wird durch den umfassenderen Begriff der «Regelung» (Governance) ersetzt. Die schweizerische Rechtsetzungslehre hat den Wandel von der reinen Interpretations- zur umfassenden Regelungswissenschaft längst vollzogen (vgl. z.B. *René Rhinow*, *Rechtsetzung und Methodik*, Basel u.a. 1979). Die Diskussion über Zusammenhänge und Unterschiede zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung, insbesondere die Aufteilung der Regelungsbefugnisse zwischen normsetzenden und normkonkretisierenden Organen, wurde schon von *K.E.* angestossen. Sie wird seither intensiv weitergeführt (vgl. z.B. *René Rhinow*, *Politische Funktionen des Rechts*, in: ZSR 2008/1, S. 194 ff.; *Christoph Errass*, *Koope-*

orative Rechtssetzung, St. Galler Habil., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 207; Georg Müller, Recht setzen – Recht anwenden, in: Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich u.a. 2011, S. 754 ff.). Auch Fragen der Wahl der Regelungsformen und -instrumente sind seit langem Gegenstand der Rechtsetzungslehre, allerdings nicht unter dem modernen Begriff der «Regulatory Choice». Das Thema der sachgerechten Verteilung der Regelungslast des Gemeinwesens erörtert Schuppert unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Jörg Paul Müller (Grundrechtliche Anforderung an Entscheidungsstrukturen, in: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel u.a. 1982, S. 169 ff.) und René Rhinow (Rechtsetzung und Methodik, Basel u.a. 1979, S. 249 f.).

In weiteren Kapiteln befasst sich Schuppert mit der Erzeugung von Normen, welche staatliche Regulierungen ergänzen oder ersetzen (Standards und «Codes of Conduct»), mit «Rule-Making» als Regulierung, insbesondere mit dem Konzept der regulierten Selbstregulierung, mit der Regelsetzung in Mehrebenensystemen und im sechsten Teil unter dem Titel «Zur graduellen Entkoppelung von Staat und Recht» mit den transnationalen Regulierungen.

Das Buch von Schuppert über «Governance und Rechtsetzung» zeigt meines Erachtens gerade, dass die Rechtsetzungslehre jedenfalls so, wie wir sie in der Schweiz verstehen und betreiben, weder ein Holzweg noch eine Sackgasse oder ein Ghetto ist. Gerade die innovativen interdisziplinären Ansätze von Schuppert belegen meines Erachtens, wie wichtig und entwicklungsfähig die Disziplin ist, die sich mit Problemen der staatlich oder staatlich gesteuerten nationalen oder transnationalen Regulierung beschäftigt. Weniger wichtig ist, wie man sie nennt: Rechtsetzungslehre, Regulierungswissenschaft oder Governance durch Regelungsstrukturen. In der Schweiz bauen wir die Rechtsetzungslehre nicht auf einer «neuen Verwaltungsrechtswissenschaft» auf, sondern betrachten sie als selbstständiges Grundlagen- oder Querschnittsfach, das auch die Normerzeugung auf dem Gebiet des Zivil- und Strafrechts erfasst. Möglicherweise wird in Deutschland die Rechtsetzungslehre auch deswegen im Zusammenhang mit der «neuen Verwaltungsrechtswissenschaft» gepflegt, weil sie sonst nicht den ihr zukommenden Platz in der Lehre und Wissenschaft finden würde. Dieses Problem existiert in der Schweiz ebenfalls: Rechtsetzungslehre ist trotz ihrer praktischen und wissenschaftlichen Bedeutung noch immer «Orchideenfach». Schade, dass wir nicht mit Gunnar Folke Schuppert über Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Rechtsetzungslehre in Deutschland und der Schweiz diskutieren können. Der wissenschaftliche Austausch über die Grenze hinweg, wie ihn K.E. intensiv gepflegt hat, wäre zweifellos auch auf diesem Gebiet fruchtbar.

Alexandre Flückiger

Vous avez esquissé une très bonne présentation des trois personnalités d'Hans Huber, de Max Imboden et de Kurt Eichenberger par rapport à leur psychologie en les qualifiant dans l'ordre de pessimiste, d'optimiste et de confiant. Comme toute personne autour de cette table qui enseigne ou qui a enseigné une fois dans sa vie la légistique, je pense relever par phase de chacun de ces états d'âme. La remarque vaut surtout pour l'aspect «matériel» de la légistique orienté autour de la bonne gouvernance.

Comment en effet ne pas ressentir une certaine résignation lorsque, dans un colloque de légistique, un vice-président du Conseil des Etats – qui deviendra par la suite conseiller fédéral – invité à s'exprimer sur l'utilisation en pratique des guides de légistique par les parlementaires, débute son intervention en disant que «c'est la première fois que je me retrouve ainsi devant une assemblée composée intégralement de rédactrices et rédacteurs de lois. C'est une rencontre qu'en principe les parlementaires ne font pas, ou très rarement [...]. Pour un parlementaire, ce qui se passe avant le travail au Parlement est méconnu et peu familier.» (Alain Berset, in: *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer – Le rôle des guides de légistique*, Zurich 2008, p. 137).

C'est un fait: les parlementaires ne s'intéressent tout simplement pas à cette discipline; seuls certains fonctionnaires des administrations publiques y consacrent parfois quelque intérêt. Est-ce dès lors à dire que la légistique n'aurait rien à apporter aux élus? Est-ce à dire que la conception et la rédaction des lois serait d'abord une affaire administrative avant d'être celle des législateurs?

Il faut bien reconnaître que sous l'effet conjugué de l'internationalisation et de l'«informalisation» du droit, l'influence réelle d'un parlementaire national sur de nombreuses politiques publiques n'est plus vraiment perceptible. L'autorité matérielle, celle qui est capable de dessiner effectivement les lignes directrices d'une réglementation, s'est en ce sens déplacée. Elle ne réside aujourd'hui plus ni au niveau cantonal, ni au niveau fédéral; elle est ailleurs, là où se recomposent les souverainetés contemporaines. Et ces dernières ne sont pas seulement de nature publique comme l'Union européenne ou les institutions du Conseil de l'Europe, mais aussi de nature privée – à l'instar de la réglementation coopérative – et de nature informelle, comme la montée en puissance de la soft law le montre.

Le rôle désormais de la légistique est d'analyser ces développements pour mieux les appréhender dans une perspective de légitimation démocratique. Si celle-ci devait permettre d'éclairer effectivement les choix normatifs et de contribuer à mieux les fonder démocratiquement, il y a alors lieu d'être optimiste.

Felix Uhlmann

Herzlichen Dank. Das Buch «Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer» kann ich nur empfehlen, nicht nur des provokativen Titels wegen. Eine Bemerkung möchte ich noch anbringen: Die Vorstellung, dass die Verwaltung sich an die eigenen Richtlinien der Rechtsetzung hält, ist vor einigen Jahren von Soziologen in einer Studie widerlegt worden, was allenfalls auf ein Problem hindeutet, das über die bloße Nichtkenntnisnahme hinausgeht. Ich will Herrn Schuppert an dieser Stelle nicht in Schutz nehmen, ich habe ebenfalls Mühe mit Begriffen wie «multi-level regulatory governance», welche besser sein sollen, nur weil sie in Englisch formuliert werden. Er legt aber den Finger auf gewisse Probleme der Rechtsetzungslehre, beispielsweise die Fixierung auf das Gesetz, welche – zugegebenermassen – auch ein deutsches Problem ist und erst langsam korrigiert wird. Schaut man zurück, wie viele dieser Richtlinien nur das Gesetz ins Zentrum gestellt haben, ohne die ganze sekundäre Rechtsetzung im Blick zu behalten, meine ich, ist zumindest ein Teil der Kritik nicht ganz unberechtigt. Auch die Stellung des internationalen Rechts müsste man allenfalls vermehrt berücksichtigen.

Christoph Errass (schriftliche Fassung)

In Bezug auf den bereits erwähnten *Gunnar Folke Schuppert* ist noch darauf hinzuweisen, dass er bereits in seiner 2003 erschienenen Staatswissenschaft die Grundzüge einer Rechtsetzungslehre formuliert hat (S. 499 ff.) sowie dabei auf die schweizerische Rechtsetzungslehre (*Georg Müller*, *Elemente einer Rechtsetzungslehre*, 1. Aufl. [S. 499, 605, 607, 618, 623 f., 626 f.]; *ders.*, *Festschriftbeitrag Rechtssetzung im Gewährleistungsstaat* [S. 530 FN 122]; *ders.*, *Funktionen der Rechtssetzung im modernen Staat*, ZBl 1996, S. 97 ff. [S. 561]; *Albrecht*

Langhart, Rahmengesetz und Selbstregulierung [S. 532 FN 127]; *Morand* [S. 567 ff.]; *Jörg Paul Müller* [S. 603]; *Noll* [S. 499]; *René Rhinow*, Rechtsetzung und Methodik [S. 604], *Kettiger* [S. 619], *Luzius Mader* [S. 619]) und insbesondere auf *K.E.* (S. 499, 551, 563) Bezug genommen hat.

Im Hinblick auf das heutige Thema ist zu beachten, dass in Deutschland die neue Verwaltungsrechtswissenschaft mit ihrer Berücksichtigung vor allem soziologischer Aspekte, also der Wirkung der Gesetze, einen anderen Platz einnimmt als in der Schweiz. Damit spannt man einen Bogen von der Rechtsetzung zur Rechtsanwendung; dabei scheinen immer wieder die Ideen und Gedanken von *K.E.* auf und seine Arbeiten spielen eine wichtige Rolle.

Während *K.E.* darauf hingewiesen und es auch begrüsst hat, dass die Gesetzgebungsarbeit vor allem bei der Verwaltung erfolgt, muss heute konstatiert werden, dass eine beträchtliche Menge an Gesetzgebungsarbeiten nicht nur am Parlament, sondern auch an der Verwaltung inhaltlich «vorbeigeht», weil internationales Recht vermehrt die nationale Gesetzgebung bestimmt. Das sieht man zum Beispiel beim Kommentar zum Doppelbesteuerungsabkommen von der OECD oder beim *codex alimentarius*. Damit werden verfassungsrechtliche Anforderungen für die Rechtsetzung teilweise unterlaufen; wie dem zu begegnen ist, ist eine interessante, allerdings noch zu lösende Aufgabe.

Riccardo Jagmetti

Vergessen wir die Adressaten nicht! Dies in dreifacher Richtung. Wir brauchen Normen, die vom Bürger verstanden werden, sie müssen so formuliert sein, dass man sie aufnehmen kann. Wir sollten uns an diese schweizerische Tradition halten und sie weiter bewahren. Zweitens darf man mit den Normen nicht überborden, sonst sind diese dem Bürger nicht mehr zugänglich. Es gibt eineinhalb Bände der SR-Sammlung über die Lebensmittelpolizei. Stellen Sie sich den Wirt vor, der das auswendig kennen muss. Und ein Drittes: Es kam vor, dass die Verkehrsregelverordnung viermal im gleichen Jahr geändert wurde, dies bei 6 Millionen Verkehrsteilnehmern, das ist Unsinn! Wir müssen also bei allen Abläufen an die Adressaten denken, sonst endet es so, wie es Alexis de Tocqueville in anderem Zusammenhang (nämlich bei der Beschränkung der Gemeindeautonomie) festgestellt hat: *Vous n'y trouverez jamais que des administrés et point de citoyens.*

Felix Uhlmann

Noch zwei kleine Bemerkungen. Georg Müllers geflügeltem Wort «Laien lesen keine Gesetze» ist doch bis zu einem gewissen Grad entgegenzutreten. Dass gerade im Bereich des Lebensmittelrechts, was – so meine ich – sogar als Beispiel im Lehrbuch genannt wird, es ausreicht, wenn der Wirtverband die entsprechenden Bestimmungen verstehe und dieser sie dann seinen Mitgliedern erklären könne, halte ich für nicht völlig zutreffend. Den Begriff des Adressatenkreises könnten wir aber zumindest abendfüllend diskutieren.

Wenn man sich mit Rechtsetzungslehre beschäftigt, muss man sich bewusst sein, dass man ein Krisengebiet betritt. Würde man alle Aufsätze, die sich über die Qualität der Rechtsetzung beklagen, zusammenzählen, dann muss man eine gewisse Standfestigkeit aufweisen, um nicht in Depressionen oder Pessimismus zu verfallen. Die Begriffe der Regelungsflut bzw. des Regelungstsunami häufen sich in diesem Bereich. So wichtig die Kritik auch ist, ist es doch eine Aufgabe der Wissenschaft, kritisch zu hinterfragen, wo die Kritik zutreffend ist und wo diese etwas ins Allgemeine abdriftet.

Jörg Paul Müller

Ich möchte gerne noch etwas beitragen, was auf einer etwas anderen Ebene liegt als die eigentliche Methodik der Gesetzgebung. Als Peter Noll seine Gesetzgebungslehre ankündigte, habe ich gehofft, dass jetzt endlich einmal ein Werk erscheint, welches sich dazu äussert, wie man gerechte Gesetze schafft. Die Rechtsetzungslehre hat sich immer mehr hin zu einem rein formalen Geschäft entwickelt. Wenn ich nun bei K.E. lese, dass es erst durch Realitätssinn möglich ist, die Idee des Rechts zu verwirklichen, vermisse ich genau diesen Ansatzpunkt bei der Rechtsetzungslehre. Wer redet denn noch von der Idee des Rechts? Der Begriff ist immer noch viel zu sehr mit der Vorstellung einer metaphysisch begründeten Überordnung etwa im Sinne des früheren Naturrechts verbunden, und die heutige Rechtsetzungslehre nimmt m.E. zu wenig Kenntnis davon, dass ein sehr starker Strang staats- und rechtsphilosophischen Denkens von Rawls bis Habermas und bis zu den Berner Vertretern einer Diskurstheorie des Rechts von einem prozeduralen Ansatz ausgeht. Er stellt das Verfahren zwischenmenschlicher Auseinandersetzung (auch in und zwischen den staatlichen Institutionen) in den Vordergrund der Frage nach dem richtigen Recht.

Damit konvergiert die Rechts- und Staatstheorie sehr deutlich zum Anliegen der Rechtsetzungslehre, beide suchen in differenzierten Verfahren den Weg zu richtigen Normen und stützen sich nicht auf Wertehierarchien, die von aussen, von religiösen oder ideologischen Autoritäten an die Rechtsordnung herangebracht werden.

Benjamin Schindler

K.E. hat in der Gedenkschrift für Peter Noll genau auf diese Fragen geantwortet. Noll hat in seinem eigenen Lebenslauf, den er kurz vor seinem Tod verfasst hat, die Frage aufgeworfen, was er heute anders machen würde. Unter anderem hat er genau auf diesen Punkt hingewiesen: Wie macht man gerechte Gesetze? Dies war eine Forderung, die er nicht mehr einlösen konnte. K.E. greift dies auf und verwirft es zumindest für sich. Er sagt, dass dies den Bogen der Rechtsetzungslehre überspanne und diese nicht in der Lage sei, eine solche allgemeine Theorie der Gerechtigkeit zu liefern (*Kurt Eichenberger, Die Gesetzgebungslehre in der Staatspraxis, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, S. 37–47*). Dies entspricht seinem realitätsbezogenen Sinn und stellt einen Punkt dar, in dem er sich sehr stark von Peter Noll unterschieden hat.

Peter Hettich

Ich möchte an die Aussagen zur materiellen Qualität von Normen anknüpfen, mit der sich die Rechtsetzungslehre auch befasst oder befassen sollte. Auf die Steuerungsdefizite des modernen Staates haben zwar namhafte Schweizer Staatsrechtslehrer, prominent unter Ihnen K.E., schon früh aufmerksam gemacht. Die Situation hat sich aus meiner Sicht noch einmal verschärft, da die Steuerungstiefe in den letzten Jahrzehnten drastisch zugenommen hat. Für den Erlass und die Auslegung von Normen ist der Rekurs auf ausserrechtliches Wissen, etwa der Ökonomie oder Naturwissenschaften, unabdingbar. Ich muss aber feststellen, dass die Bereitschaft der Juristen, sich für dieses Wissen zu öffnen, eher gering ist. Wir verstehen dieses ausserrechtliche Wissen nicht nur nicht, sondern wir interessieren uns auch nicht sonderlich dafür. Die Rechtswissenschaften gehören zu den wenigen Sozialwissenschaften ohne empirischen Zweig. So wird auch einer funktionalen Betrachtung von Normen seitens der

Juristen mit grossem Misstrauen begegnet, was beispielsweise dann zu Tage tritt, wenn es Ökonomen wagen, sich zur Auslegung und Sinnhaftigkeit des Kartellgesetzes zu äussern. Öffnet sich die juristische Dogmatik nicht für ausserrechtliche Wissensbestände, so ist das Ziel der Schaffung qualitativ guter Normen nicht erreichbar. Bestenfalls werden wir Juristen dann zu Erfüllungsgehilfen von rein technisch-rationalistischen und szientistischen Normansätzen degradiert, ohne mit unseren Wertungsmustern zur Qualität von Normprogrammen noch einen eigenen Beitrag zu leisten. Das Ganze lässt sich an einem Beispiel illustrieren, welches mir an einem Vortrag von Andreas Kley an einer Veranstaltung zu Ehren von Max Imboden zur Kenntnis gebracht wurde. Früher wurden offenbar Abschiedsvorlesungen von Professoren noch am Radio übertragen. Dies ist seit längerem nicht mehr der Fall, und wir könnten uns fragen, weshalb das so ist.

Felix Uhlmann

Erlauben Sie mir eine stellvertretende Bemerkung für einen Abwesenden, der sich kurzfristig abgemeldet hat und der Jörg Paul Müller sicher widersprochen hätte. Es handelt sich um Paul Richli, der mit seinem Werk «Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung» versucht hat, das einzulösen, was hier gefordert worden ist. Ich persönlich bin einer materiellen Gesetzgebungslehre gegenüber etwas skeptisch eingestellt. Die Behauptung, es gebe eine formelle Gesetzgebungslehre verschleiert die Fragen, die sich uns in der Gesetzgebungslehre stellen und die hochgradig normativer Natur sind und daher auch materielle Aspekte darstellen. Das Verhältnis zwischen Parlament und Regierung ist eine normative Frage. Dasselbe, wenn wir uns entscheiden, wem wir Referendumsbefugnisse zuweisen. Wir haben genügend Fragen in diesem Bereich, bei denen ich bereits sehr zufrieden wäre, wenn wir Antworten hätten. Gibt es aus Ihren Reihen weitere Bemerkungen? Dann schliesse ich an dieser Stelle und danke Ihnen allen für Ihre Beiträge und Ihre Bereitschaft, die Diskussion dadurch zu bereichern.

Am 15. Juni 2012 fand in Zürich ein wissenschaftliches Kolloquium zu Ehren von Prof. Kurt Eichenberger statt, der am nächsten Tag 90 Jahre alt geworden wäre. Im Zentrum standen die Themen Rechtsetzung und Verfassungsgebung, mit welchen ein wesentlicher Teil des akademischen Wirkens von Kurt Eichenberger umschrieben werden kann.

Ziel des Kolloquiums war einerseits ein Rückblick auf das Wirken Eichenbergers. Andererseits sollten seine Erkenntnisse aber auch einen kritischen Blick auf die Gegenwart erlauben. Hauptinhalt des Tagungsbandes bilden die Beiträge von Prof. Dr. Benjamin Schindler sowie PD Dr. Stefan Vogel. Ihre Referate haben Anlass zu angeregten Diskussionen gegeben, deren Ergebnisse ebenfalls Eingang in den Tagungsband gefunden haben. Weiter liegt dem Band eine CD mit einer Rede Eichenbergers zur Frage der Überforderung des Parlaments bei.

