

Gesetzgebungsstrategie bei Unsicherheit: Umgang mit unbestimmten Zielen und Wirkungen*

PHILIPPE MASTRONARDI

1. Handeln in Unsicherheit

Die moderne Gesellschaft kennzeichnet sich durch zunehmende Differenzierung ihrer Teile. Aus der allgemeinen Lebenswelt bilden sich zahlreiche Subsysteme aus; dazu gehören etwa das Wirtschaftssystem, das politische System, das Rechtssystem, die Wissenschaft, die Bildung etc. Mit steigender Differenzierung nimmt auch die Komplexität der gesellschaftlichen Probleme zu. Soweit die Lösung dieser Probleme dem politischen System übertragen wird, ist dieses in hohem Masse gefordert und z.T. überfordert.

Für die Gesetzgebung schafft dies besondere Rahmenbedingungen. Gesetzgebung ist geprägt durch Unwissenheit oder Unsicherheit über die Folgen ihres Tuns (Bussmann). Von *Unwissenheit* geht aus, wer einem Weltbild des Determinismus folgt, also annimmt, dass die Wirklichkeit nach klaren Kausalitäten abläuft, aber zugibt, dass der Mensch diese Kausalitäten nicht voll erfassen kann. Von *Unsicherheit* spricht, wer einem Weltbild der Kontingenz folgt, d.h. davon ausgeht, dass historische Prozesse und damit alles menschliche Handeln nicht objektiv bestimmt sind, sondern ins Reich der Möglichkeiten fallen, d.h. immer auch anders ausfallen können als im konkreten Fall. Es ist ratsam, bei allem politischen Handeln sowohl von Unsicherheit als auch von Unwissenheit auszugehen: Weder kennen wir alle kausalen Abläufe noch besteht die Wirklichkeit in allen Teilen aus solchen Kausalitäten.

* Referat gehalten am 2. April 1998 am Murtener Gesetzgebungsseminar III: Gesetzes-evaluation.

Wenn wir uns daran schicken, Gesetzgebung unter solchen Rahmenbedingungen zu analysieren, müssen wir einige methodische Vorüberlegungen anstellen: Wie beurteilen wir Gesetzgebung als staatliches Handeln? Welches sind die Kriterien, nach denen wir solches staatliches Handeln beschreiben und bewerten?

Wir können dabei entweder normativ oder funktional vorgehen. Bei normativer Betrachtungsweise bedeutet Gesetzgebung den Versuch einer kollektiven Handlungsorientierung; Richtpunkt dieser Orientierung ist die Gerechtigkeit. Bei funktionaler Betrachtungsweise ist Gesetzgebung der Versuch der Stabilisierung von Handlungserwartungen; Richtpunkt dieser gesetzgeberischen Funktion ist die Reduktion von Unsicherheit.

Wir haben Gesetzgebung somit immer unter einem doppelten Kriterienraster zu betrachten. Einmal unter jenem der Gerechtigkeit, ein andermal unter jenem der Reduktion von Unsicherheit. Unter beiden Gesichtspunkten besteht heute ein steigender Gesetzgebungsbedarf und zugleich eine sinkende Steuerungskapazität des Gesetzes. Mit zunehmender Komplexität der gesellschaftlichen Verhältnisse soll Gesetzgebung sowohl mehr Gerechtigkeit als auch mehr Sicherheit schaffen, ist dazu jedoch faktisch immer weniger in der Lage.

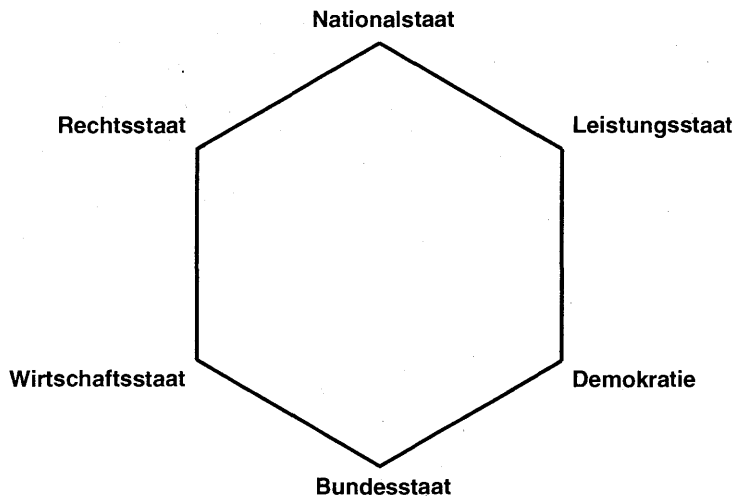


Abbildung 1

Die Gründe dafür liegen in der wachsenden Unsicherheit. Normative Unsicherheit entsteht durch die Pluralisierung der Kriterien des „Richtigen“. Funktionale Unsicherheit entsteht durch die Differenzierung der Ziele und der Wirkungszusammenhänge (divergierende Zielsysteme führen zu Zielkonflikten, Autonomie der einzelnen Teilsysteme der Gesellschaft führt zu netzwerkförmigen Kausalitäten innerhalb des staatlichen Handelns). Die Gesetzgebungslehre steht somit sowohl normativ wie funktional vor dem Problem einer wachsenden Pluralisierung.

Der normative Pluralismus lässt sich als Netzwerk von staatsleitenden Grundsätzen (vgl. Abbildung 1) und von Prinzipien des öffentlichen Handelns (vgl. Abbildung 2) erfassen.

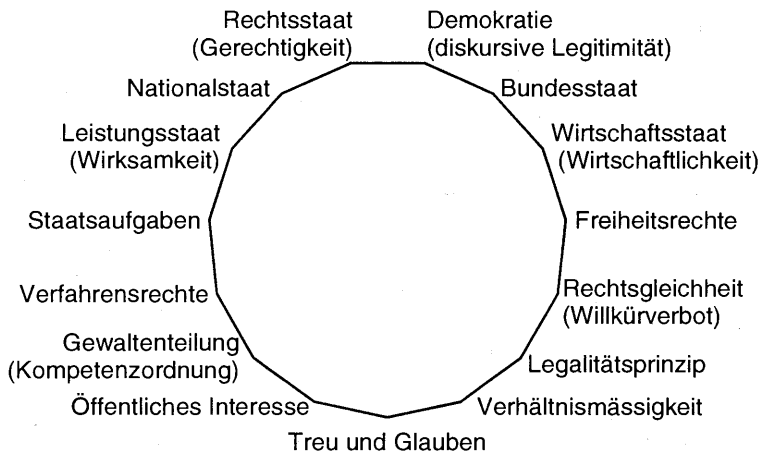


Abbildung 2

Damit sind zwar die Konflikte nicht behoben, aber doch sichtbar gemacht. Die rechtliche Entscheidung kann argumentativ transparent gestaltet werden. Gesetzgebung wird zur Abwägung zwischen den verschiedenen Prinzipien.

Die funktionale Differenzierung lässt sich als Matrix der Ziel- und Wirkungs-Unsicherheit darstellen (BUSSMANN, vgl. Abbildung 3):

Matrix der Ziel- und Wirkungsunsicherheit

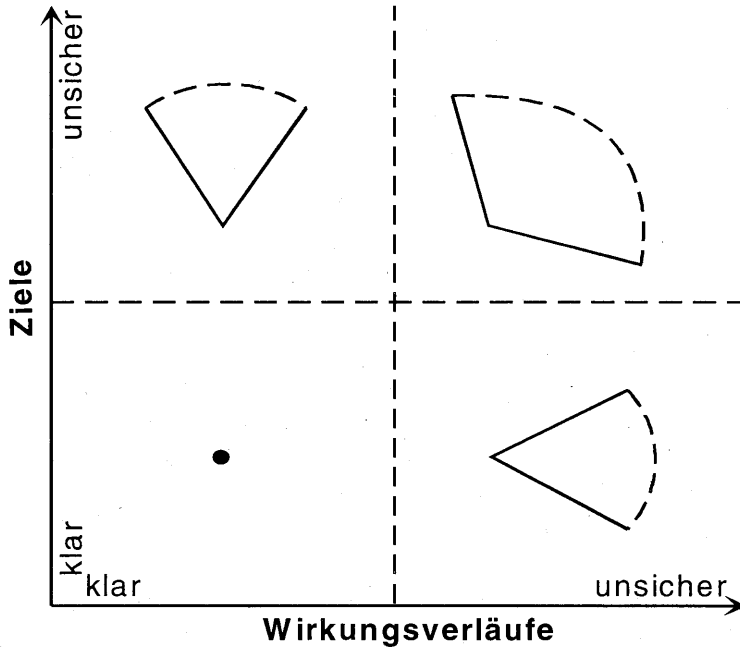


Abbildung 3

Damit sind sowohl die normative als auch die funktionale Betrachtungsweise in ihre Elemente aufgegliedert. Die Arbeit des Juristen besteht darin, diese beiden Entscheidungselemente in einem Konkretisierungsprozess zusammenzuführen. Im Unterschied zur Rechtsanwendung ist die Rechtsetzung freilich nicht vollständig in der Hand des Juristen; er ist hier nur Berater des politischen Prozesses. Trotzdem lässt sich die Arbeit des Juristen ähnlich darstellen. Die normative Betrachtung liefert die Normprogramme, die funktionale Betrachtung die Normbereiche, aus deren gegenseitiger Vermittlung die Entscheidungsnorm bzw. das Gesetz argumentativ herzustellen ist (vgl. die Abbildungen 4 und 5).

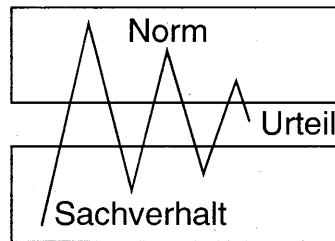


Abbildung 4

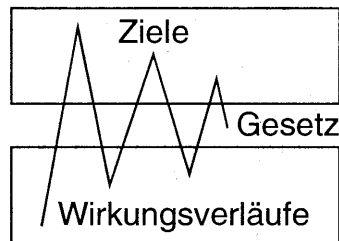


Abbildung 5

2. Arten von Unsicherheit

Mit WERNER BUSSMANN lassen sich zwei Arten von Unsicherheit unterscheiden:

- Unsicherheit über die Ziele
- Unsicherheit über die Wirkungen

Entsprechend der Matrix der Ziel- und Wirkungsunsicherheit ergeben sich vier Kombinationsmöglichkeiten zum Gewissheitsgrad bei der Rechtsetzung.

1. **Der Fall der doppelten Klarheit:** Sind sowohl die Ziele wie die Wirkungen gewiss, so lässt sich Rechtsetzung nach dem Muster des klassischen, generell abstrakten Rechtssatzes betreiben. Doppelte Klarheit ist Voraussetzung der sog. konditionalen Programmierung.

2. **Der Fall unklarer Ziele, aber klarer Wirkungsverläufe:** Ist zwar klar, was mit der Rechtsetzung bewirkt wird, jedoch unklar, welche Ziele damit verfolgt werden sollen, dann entsteht ein Rechtsetzungskompromiss. Es ist der typische Fall einer Konkordanzlösung, wie sie durch das Diagramm des „Rechtsetzungstrichters“ charakterisiert wird (vgl. Abbildung 6).

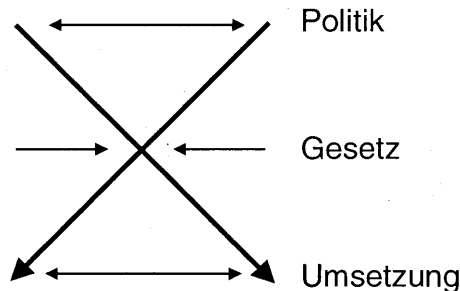


Abbildung 6

3. **Der Fall klarer Ziele, aber unklarer Wirkungsverläufe:** Hier wird Rechtsetzung als Lernprozess aufgefasst. Dies entspricht der Zielsetzung des modernen Staates, rationale Problemlösung anzubieten. Das Gesetz soll zweckrationale Handlungsanweisung sein (instrumentelle Gesetzgebung). Neben die rechtsstaatlichen und demokratischen Anliegen des Gesetzes tritt die Wirkungsorientierung als zusätzliche Legitimationsquelle. Hier liegt der Anwendungsbereich der Gesetzes-evaluation und der experimentellen Rechtsetzung.
4. **Der Fall der doppelten Unsicherheit:** Hier liegt sowohl normative als auch funktionale Unsicherheit vor. Der Pluralismus von Normen ergibt sich aus einem multikulturellen Dissens. Die Autonomie der Subsysteme nach dem Modell der Autopoiese führt zu unbestimmbaren Wirkungsverläufen. Damit sind sowohl die Ziele unverbindlich als auch die Kausalität unbestimmbar. Dies erzwingt den Rückzug des Rechts auf eine Rahmenordnung für selbststeuernde Subsysteme.

An dieser Stelle scheint ein Hinweis auf den Steuerungsanspruch der Rechtsetzung angebracht. Die Rechtsetzung erhebt stets einen Steuerungsanspruch gegenüber der zu regelnden Wirklichkeit. Sie tut dies zwangsläufig nach einem bestimmten Wirkungsmodell¹. Unter dem

¹ Vgl. BUSSMANN/KLÖTI/KNÖPFEL, S. 78 ff.

Wirkungsmodell ist die Hypothese darüber zu verstehen, wie die Wirklichkeit zusammenhängt. Diese Vorstellung lässt sich in zwei Aspekte aufteilen. Die Kausalhypothese antwortet auf die Frage: Welche Wirkungszusammenhänge konstituieren das Problem? Die Interventionshypothese antwortet auf die Frage: Wie kann der Staat auf den Kausalzusammenhang einwirken?

Die Unsicherheit auf der Wirkungsebene fächert sich entsprechend auf in zweifache Unklarheit über die „Wirklichkeit“ (ex ante) und die „Nützlichkeit“ (Wirksamkeit staatlichen Handelns). Fehlt Klarheit über die Wirklichkeit, ist staatliches Handeln ein Tappen im Dunkeln. Aber auch wenn die Wirkungszusammenhänge klar sind, kann das Zielsystem sich autonom, d.h. steuerungsresistent verhalten; man spricht dann von Steuerungsversagen. Diese Aufteilung des Wirkungsmodells in zwei Hypothesen wird vor allem bei der Frage bedeutend, ob im Fall doppelter Unsicherheit überhaupt noch sinnvolle Rechtsetzungsformen gefunden werden können (vgl. unten, Ziffer 3.4).

3. Strategien der Gesetzgebung

Im Folgenden sollen für die vier Fälle unterschiedlicher Bestimmtheitsgrade die jeweils angemessenen Strategien der Gesetzgebung skizziert werden.

3.1 Klarheit über Ziele und Wirkungsverläufe

In diesem Idealfall der Gesetzgebung wird Sicherheit in allen Beziehungen vorausgesetzt oder zumindest nicht hinterfragt.

Entweder wird Gesetzgebung dabei als rein normativer Vorgang verstanden: als Konsensfindung über Normprogramme, wobei die Rechtsnorm als reiner Rechtsbefehl verstanden wird und die Wirksamkeit sich aus dem Rechtsgehorsam ergibt. Das Modell dafür ist der klassische Rechtsatz, die konditionale Programmierung und das zweckfreie Recht. Dies ist der Fall einer nicht wirkungsorientierten Rechtsetzung.

Oder die Rechtsetzung wird zwar als wirkungsorientiert verstanden, doch wird eine klare, einfache und lineare Kausalität zwischen Rechtsbefehl und Verhalten vorausgesetzt. Hierauf beruht z.B. das Strafrecht (obwohl die Voraussetzungen dafür zweifelhaft geworden sind) oder das Strassenverkehrsrecht. Beispielsweise lässt sich für das Sicherheitsgurtenobligatorium eine klare, statistisch ausgewiesene Wirksamkeit angeben (Kausalhypothese). Nicht ganz so klar ist die Interventionshypothese, d.h. die Frage, ob es genügt, das Tragen von Sicherheitsgurten im Gesetz als obligatorisch zu erklären, um das Verhalten der Autofahrerinnen und Autofahrer zielkonform zu verändern.

Bei kritischer Analyse erweist sich der Fall der doppelten Klarheit als Grenzfall, der überwiegend einer Ideologie des Rechtsstaates entspricht (Rechtsgläubigkeit).

3.2 Unbestimmte Ziele, aber klare Wirkungsverläufe

Bei diesem Typus bestehen entweder Antinomien zwischen den gesetzgeberischen Zielen oder es droht doch die Gefahr wechselnder Ziele im Zeitablauf. Ein Beispiel dafür ist die Wirtschaftspolitik, wo sich das Ziel der marktwirtschaftlichen Erneuerung und Strukturanpassung mit gegenläufigen Forderungen nach sozialer Stützung - etwa im Rahmen eines Impulsprogramms - konfrontiert sieht.

Hier äussert sich das typische Dilemma der Konkordanzpolitik: Es müssen Kompromisse auf der Zielebene geschlossen werden. Dies führt unweigerlich zur Delegation des „Wichtigen“ an den Vollzug, mit der Folge, dass die Verwaltung und die am Vollzug beteiligten privaten Organisationen politische Entscheidungen zu treffen haben (vgl. den „Rechtsetzungsstrichter“, Abbildung 6).

Bei dieser Konstellation bieten sich vor allem zwei Gesetzgebungsstrategien an: die Normierung mittels unbestimmter Rechtsbegriffe und das Rahmengesetz.

3.2.1 Unbestimmte Rechtsbegriffe

Mit dem unbestimmten Rechtsbegriff wird versucht, Unterschiede, die nicht mit einem quantitativen Massstab gemessen werden können, qualitativ zu erfassen. Der unbestimmte Rechtsbegriff arbeitet mit der Methode des typisierenden Denkens. Er verwendet Erfahrungssätze oder normative Typen als Topoi. Er generalisiert partikuläre Interessen zu rechtlich schützenswerten Rechtsgütern. Der unbestimmte Rechtsbegriff hat einen Begriffskern und einen Begriffshof. Während der Begriffshof unbestimmt bleibt, sollte der Begriffskern möglichst geklärt werden. Es sollte gesetzgeberisch angegeben werden, was mit dem Typus idealerweise erfasst werden soll.

Beispiel: Unbestimmte Regelung eines Numerus clausus durch das Universitätsgesetz des Kantons St. Gallen

Art. 30bis b) Beschränkung

Die Studentenzahl kann beschränkt werden, wenn die Gesamtzahl der Studienplätze an Universitäten in der Schweiz nicht genügt und die Träger anderer Universitäten in der Schweiz in den an der Universität St. Gallen gelehrten Studienrichtungen die Studentenzahl beschränken.

Werden für die Aufnahme von Studienbewerbern nicht in allen Universitäten der Schweiz einheitliche Kriterien angewendet, wird in erster Linie auf die Eignung für das vorgesehene Studium abgestellt.

Lösungsvorschlag: Musterartikel Numerus clausus

- 1 Haben sich andere Massnahmen als erfolglos erwiesen, kann der Regierungsrat, wenn sonst ein ordnungsgemässes Studium nicht mehr sichergestellt werden kann, auf Antrag der betroffenen Fakultät und des Rektorats sowie nach Anhörung der Studentenschaft die Zulassung zum Studienbeginn und zu bestimmten Studienabschnitten sowie die Studiendauer beschränken.*
- 2 Massnahmen, die der Beschränkung voranzugehen haben, sind insbesondere die Information der Studierenden über das Studium und die Berufsaussichten, organisatorische Massnahmen im Studienbetrieb, die Teilnahme an Umverteilungsaktionen unter den schweizerischen*

Universitäten und der Versuch, die Aufnahmekapazität im Rahmen der finanziellen Möglichkeiten des Kantons zu erhöhen.

- 3 *Das ordnungsgemässe Studium gilt nicht mehr als sichergestellt, wenn für die aufgenommenen Studierenden Studienziel und Studienqualität ernsthaft gefährdet sind.*
- 4 *Die Beschränkung gilt nur für das Lehrgebiet, in dem der Kapazitätsmangel besteht, und nur so weit und so lange, als die vorhandenen Kapazitäten sie erfordern.*
- 5 *Im Beschränkungsfall richtet sich die Zulassung nach der Eignung für das betreffende Studium und für die nachfolgende Berufsausübung. Die Eignung wird durch selektive Prüfungen nach einem Jahr Einführungsstudium, durch Zulassungsprüfungen oder durch Eignungstests ermittelt.*

3.2.2 Rahmengesetze

Der Begriff des Rahmengesetzes wird sowohl im Verhältnis

- zwischen Bund und Kantonen,
- zwischen Parlament und Verwaltung als auch
- zwischen Staat und Privaten

verwendet. Das Rahmengesetz lässt sich definieren als ein Gesetz, das noch durch eine generell-abstrakte Ordnung ausgefüllt werden muss. Es zeichnet sich somit aus durch eine geringe Regelungsdichte und enthält nur Grundsatznormen.

Beispiel: Raumplanungsgesetz Art. 1

Art. 1 *Ziele*

1 Bund, Kantone und Gemeinden sorgen dafür, dass der Boden haushälterisch genützt wird. Sie stimmen ihre raumwirksamen Tätigkeiten aufeinander ab und verwirklichen eine auf die erwünschte Entwicklung des Landes ausgerichtete Ordnung der Besiedlung. Sie achten dabei auf die

natürlichen Gegebenheiten sowie auf die Bedürfnisse von Bevölkerung und Wirtschaft.

2 Sie unterstützen mit Massnahmen der Raumplanung insbesondere die Bestrebungen,

- a. die natürlichen Lebensgrundlagen wie Boden, Luft, Wasser, Wald und die Landschaft zu schützen;*
- b. wohnliche Siedlungen und die räumlichen Voraussetzungen für die Wirtschaft zu schaffen und zu erhalten;*
- c. das soziale, wirtschaftliche und kulturelle Leben in den einzelnen Landesteilen zu fördern und auf eine angemessene Dezentralisation der Besiedlung und der Wirtschaft hinzuwirken;*
- d. die ausreichende Versorgungsbasis des Landes zu sichern;*
- e. die Gesamtverteidigung zu gewährleisten.*

Das Hauptinteresse gilt im vorliegenden Zusammenhang der Frage des Verhältnisses von staatlicher und privater Regulierung. Das Rahmengesetz als Rahmen privater Selbstregulierung enthält folgende Elemente:

- Es besteht ein staatliches Regelungsbedürfnis.
- Es gilt ein öffentliches Interesse zu schützen.

Aber: Der Grundsatz der Subsidiarität führt in einem bestimmten Rechtsbereich zum Ersatz staatlicher Regulierung durch private Selbstregulierung. Einem gesellschaftlichen Subsystem wird gestattet, eine gesetzesvertretende Ordnung mit generell abstrakter Wirkung zu erstellen.

Als Steuerungsmittel bieten sich an:

- Förderung durch Anreize zur Selbstregulierung
- Verpflichtung unter Androhung der Ersatzvornahme
- Übertragung (hoheitlicher) Befugnisse unter Auflage von staatlichen Kontrollen oder von Rechtsmitteln.

Voraussetzungen der Delegation von staatlicher Normierung an Private sind:

- repräsentative Organisationen der Selbstregulierung im betreffenden Gesellschaftsbereich

- staatlich definierte Kriterien des Interessenausgleichs
- Publizität der getroffenen Selbstregulierung
- Bindung der privaten Rechtsetzer an Verfassung und Gesetz
- staatliche Kontrolle
- subsidiäre Androhung staatlicher Regelung.

Beispiel: Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen

Art. 34ter Abs. 1 litera c und Abs. 2 BV

1 Der Bund ist befugt, Vorschriften aufzustellen:

[...]

- c. über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen und von andern gemeinsamen Vorkehren von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden zur Förderung des Arbeitsfriedens;*

[...]

2 Die Allgemeinverbindlicherklärung gemäss Buchstabe c ist nur für Sachgebiete, welche das Arbeitsverhältnis betreffen, und nur dann zulässig, wenn die Regelung begründeten Minderheitsinteressen und regionalen Verschiedenheiten angemessen Rechnung trägt und die Rechtsgleichheit sowie die Verbandsfreiheit nicht beeinträchtigt.

BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen

Art. 2 *Allgemeine Voraussetzungen*

Die Allgemeinverbindlichkeit darf nur unter folgenden Voraussetzungen angeordnet werden:

- 1. Die Allgemeinverbindlichkeit muss sich wegen der für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer andernfalls zu erwartenden erheblichen Nachteile als notwendig erweisen.*
- 2. Die Allgemeinverbindlichkeit darf dem Gesamtinteresse nicht zuwiderlaufen und die berechtigten Interessen anderer Wirtschaftsgruppen und Bevölkerungskreise nicht beeinträchtigen. Sie muss ferner den auf regionalen oder betrieblichen Verschiedenheiten beruhenden*

Minderheitsinteressen innerhalb des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes angemessen Rechnung tragen.

3. *Am Gesamtarbeitsvertrag müssen mehr als die Hälfte aller Arbeitgeber und mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer, auf die der Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages ausgedehnt werden soll, beteiligt sein. Die beteiligten Arbeitgeber müssen überdies mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer beschäftigen. Ausnahmsweise kann bei besonderen Verhältnissen vom Erfordernis der Mehrheit der beteiligten Arbeitnehmer abgesehen werden.*
4. *Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und, unter Vorbehalt von Artikel 323quater des Obligationenrechts, dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen.*
5. *Der Gesamtarbeitsvertrag darf die Verbandsfreiheit nicht beeinträchtigen, insbesondere nicht die Freiheit, sich einem Verband anzuschliessen oder ihm fernzubleiben.*
6. *Nicht beteiligten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden muss der Beitritt zum Gesamtarbeitsvertrag zu gleichen Rechten und Pflichten offen stehen, wenn sie ein berechtigtes Interesse nachweisen und ausreichende Gewähr für die Einhaltung des Vertrages bieten.*
7. *Einzelnen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die am Gesamtarbeitsvertrag nicht beteiligt sind, muss der Beitritt zum vertragschliessenden Verband oder der Anschluss an den Gesamtarbeitsvertrag offen stehen.*

Ein weiteres Beispiel liefert das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel.²

3.3 Bestimmte Ziele, unklare Wirkungsabläufe

Hier geht es um den Fall normativer Klarheit bei Unsicherheiten im Wirkungsmodell. Diese können entweder die Kausalität betreffen oder die

² Vgl. die Darstellung bei ALBRECHT LANGHART, Rahmengesetz und Selbstregulierung, Zürich 1993.

Intervention des Staates. In allen Fällen wird Gesetzgebung als Lernprozess konzipiert. Hier sind verschiedene Varianten gesetzgeberischer Strategie denkbar, insbesondere die Versuchserlasse, die Befristung von Erlassen, das Finalprogramm und das Kontraktmanagement.

3.3.1 Versuchserlasse

Im Vorfeld des eigentlichen experimentellen Gesetzes sind verschiedene Formen denkbar, in denen der Gedanke des Experimentes in die Rechtsetzung einfließen kann. So wird beim Gedankenexperiment, bei der Modellsimulation und beim Planspiel noch gar kein Gesetz erlassen. Es werden bloss gesetzesähnliche Spielregeln aufgestellt, nach denen gedanklich im Modell oder bei einem Test hypothetische Erfahrungen gesammelt werden sollen. Beim Praxistest wird eine Rechtsvorschrift anhand von echten Fällen in der Verwaltung so vollzogen, als ob das Gesetz schon in Kraft sei - die echte Verfügung ergeht dabei noch nach geltendem Recht.

Das experimentelle Gesetz ist ein Instrument rationaler Sozialsteuerung durch das Recht; es ist zweckgerichtet auf ein Versuchsziel und wird primär durch die Wirksamkeit der Versuchsanlage gerechtfertigt. Experimentelle Gesetze lassen sich definieren als Erlasse, die:

- aus Unsicherheit über die Wirkungen eines künftigen Gesetzes bessere Grundlagen für einen späteren, dauerhaften Entscheid des Gesetzgebers beschaffen sollen,
- zu diesem Zweck verbindliches Recht von befristeter Dauer setzen sowie
- mittels systematischer Erhebung und Auswertung der Vollzugerfahrung einen geplanten Lernprozess auslösen.

Das experimentelle Gesetz ist die verfassungsrechtlich heikelste Strategie der Gesetzgebung bei Unsicherheit. Es soll deshalb im Folgenden etwas näher analysiert werden.

Die verfassungsrechtliche Beurteilung des experimentellen Gesetzes lässt sich nach drei staatsleitenden Prinzipien aufteilen:

- nach dem Leistungsstaatsprinzip,
- nach dem Rechtsstaatsprinzip und
- nach der Demokratie.

Unter dem Gesichtspunkt der *Leistungsstaatlichkeit* ist das experimentelle Gesetz zweckmässig. Es ist geeignet, Schwächen des Gesetzes als Steuerungsmittel im Leistungsstaat zu kompensieren. Es legitimiert sich durch den Auftrag des Leistungsstaates zur wirksamen Sozialgestaltung. Aus der Wirkungsverantwortung des Leistungsstaates folgt eine Folgenverantwortung des Gesetzgebers, die oft nur mit Hilfe von experimentellen Gesetzen wahrgenommen werden kann.

Unter dem Gesichtspunkt des *Rechtsstaates* sprechen allerdings zahlreiche Argumente gegen eine uneingeschränkte Zulassung von Experimenten mit dem Gesetz.

Betroffen ist zunächst die *Rechtssicherheit*. Unter dem Versuchserlass müssen die Bürgerinnen und Bürger damit rechnen, dass sich die Rechtslage nach Ablauf der Versuchsfrist zu ihren Lasten ändert. Die Voraussehbarkeit und der Vertrauensschutz, die das gesetzte Recht normalerweise gewährleisten soll, sind auf die meist kurze Experimentierphase beschränkt. Das Experiment darf daher nur durchgeführt werden, wenn es notwendig ist, um auf längere Frist die Rechtssicherheit gegenüber dem unregulierten Zustand zu erhöhen. Die Rechtssicherheit darf während des Versuchs nur so weit als unbedingt nötig beeinträchtigt werden. Insbesondere muss das Vertrauen der Betroffenen in die Bedingungen des Experimentes selber während seiner ganzen Dauer geschützt bleiben.

An den *Grundrechtsschutz* sind im Experimentiergesetz die gleichen Anforderungen zu stellen wie in Dauerregelungen. Die besondere Gefährdung der Grundrechte im Experiment liegt darin, dass der Massstab für geringfügigere Dauerbelastungen zu Ungunsten der Betroffenen verschoben wird. Die Schwere von Grundrechtseingriffen ist nicht für den Versuch insgesamt, sondern für jeden einzelnen Fall individuell zu bestimmen. Daher darf insbesondere der Rechtsschutz im geplanten Experiment nicht schwächer sein als in der geplanten Dauerregelung.

Die *Rechtsgleichheit* gilt für Versuche in zweifachem Sinne: Der Versuch darf nicht auf eine Dauerregelung ausgerichtet sein, die voraus-

sichtlich die Rechtsgleichheit verletzen würde; er muss aber jene Abweichungen von einer rechtsgleichen Dauerregelung vorsehen dürfen, die für einen aussagefähigen Test erforderlich sind. Dass ein Versuch örtlich beschränkt durchgeführt wird und damit Unterschiede schafft, kann z.B. sowohl der Verhältnismässigkeit des Aufwandes wie jener der Eingriffe in geltendes Recht dienen und dadurch einen sachlichen Differenzierungsgrund bilden.

Der Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* muss sowohl bei der Begründung des Experimentiergesetzes als auch bei jeder Beeinträchtigung schützenswerter Rechtsgüter innerhalb der konkreten Versuchsregelung beachtet werden. Die genaue Umschreibung des Versuchszwecks, der Versuchsanordnung und der zu überprüfenden Fragen müssen geeignet sein, die bestehende Unsicherheit des Gesetzgebers zumindest wesentlich abzubauen. Der so definierte Versuch muss zudem erforderlich sein, d.h. Gesetzgebungsmethoden ohne Rechtszwang dürfen nicht ebenso viel Erfolg versprechen. Die Folgen des Versuchs für die Betroffenen müssen schliesslich zumutbar sein, d.h. das Interesse, die unvermeidliche Beeinträchtigung schützenswerter Rechtsgüter abzuwehren, darf bei der konkreten Abwägung gegenüber dem öffentlichen Interesse am Versuch nicht überwiegen.

Der Versuch muss in doppelter Weise dem *öffentlichen Interesse* entsprechen: Sowohl der Erlass, der angestrebt wird, wie die Durchführung des Versuchs müssen einem politisch umschriebenen Allgemeininteresse dienen. Der Versuch darf kein Spielraum für Partikularinteressen sein. Für den Fall, dass er gelingt, muss er die gleiche politische Legitimation beanspruchen können wie die definitive Regelung. Das öffentliche Interesse am Versuch muss daher auf der gleichen Stufe der Staatsorganisation bestimmt werden wie das Interesse an der Dauerregelung. Das heisst, für eine Bundesregelung muss der Versuch vom Bund durchgeführt werden, für eine Regelung in einem formellen Gesetz muss der Versuch auch eine formelle gesetzliche Grundlage haben.

Aus der Sicht des *Demokratieprinzips* stellt sich vor allem die Frage nach der formellen gesetzlichen Grundlage. Die gesetzliche Grundlage bildet wohl den hauptsächlichsten Streitpunkt bei der staatsrechtlichen Beurteilung von experimentellen Gesetzen: Nach Auffassung des Bundesamtes für Justiz profitiert das Experiment von einem „Versuchs-Bo-

nus“. Die Bundesverwaltung begnügt sich für Regelungen, welche als Versuche konzipiert und zeitlich begrenzt sind, oft mit einem Erlass auf Verordnungsstufe, auch wenn die definitiv gedachte Regelung auf Gesetzesstufe einzuführen ist. Das Bundesamt geht offenbar davon aus, dass die Zuständigkeit der Verwaltung zu Versuchserlassen im allgemeinen Vollzugsauftrag enthalten sei. Versuchsverordnungen des Bundesrates nehmen denn auch etwa Bezug auf die Kompetenz zum Erlass von Vollziehungsverordnungen³. Mit dieser Begründung konkurriert allerdings eine andere, die sich darauf beruft, dass Versuchserlasse Entscheidungsgrundlagen für spätere definitiv gedachte Erlasse beschaffen sollen. Damit stützen sich Versuchserlasse nicht auf die Vollzugs-, sondern auf die Gesetzesvorbereitungskompetenz des Bundesrates. Zu Gunsten dieser These lässt sich argumentieren, dass damit die Funktionenverteilung im Gesetzgebungsprozess leistungsstaatlich adäquat umschrieben wird. Allerdings bedarf diese Konzeption einer gesetzlichen Regelung des Vorverfahrens der Gesetzgebung. Bis dahin benötigen Versuchserlasse die gleiche gesetzliche Grundlage wie Dauererlasse über die betreffende Materie. Ist nach der Verfassung der Bundesgesetzgeber zuständig, so hat er mindestens die Durchführung eines Versuches, dessen Ziel und Gegenstand zu umschreiben. Aus demokratischer Sicht ist schliesslich auch eine besondere Kontrolle des Versuchsbetriebes notwendig; es braucht eine Begleituntersuchung und eine Nachevaluation durch Fachleute auf der einen Seite, auf der anderen Seite ein besonderes Augenmerk der Dienstaufsicht und der parlamentarischen Oberaufsicht über den Versuch.

Sowohl aus rechtsstaatlicher wie aus demokratischer Sicht ist die mögliche Irreversibilität des Versuches ein grundsätzliches Problem. Abzuwägen ist zwischen der erwarteten Erhöhung der Prognosesicherheit und der Beeinträchtigung von Rechtsgütern. Die rechtserheblichen Nachteile dürfen nicht dauerhaft sein. Ein Verzicht auf die Regelung und die Auswahl unter Varianten des Versuches müssen möglich und zumutbar bleiben.

Bei der verfassungsrechtlichen Kontrolle der Versuchserlasse ist jedoch Zurückhaltung geboten. Dem Gesetzgeber ist ein funktionell-rechtlicher Vorrang zuzubilligen. Es handelt sich bei der experimentellen Rechtset-

³ Vgl. LUZIUS MADER, S. 214 f.

zung um einen stark politisch geprägten Prozess. Das Experiment lässt sich als Methode der demokratischen Willensbildung im Leistungsstaat legitimieren; es ist ein Instrument rationaler demokratischer Entscheidung. Allerdings ist diese Begründung nur bei entsprechender demokratischer Kontrolle des Versuchs stichhaltig. Wenn experimentelle Gesetze als leistungsstaatliche Methode der Rechtsetzung einen breiteren Raum gewinnen sollen, muss die Rollenteilung zwischen Exekutive und Legislative in Bezug auf Versuche formell-gesetzlich geregelt werden.

3.3.2 Befristete Erlasse

Befristete Erlasse gleichen der experimentellen Gesetzgebung, sind aber einfacher gestaltet. Für sie gelten alle verfassungsrechtlichen Anforderungen uneingeschränkt. Es handelt sich hier um blosse Gesetze auf Zeit.

Die Einbusse an Rechtssicherheit, welche durch die zeitliche Beschränkung erwächst, muss sachlich gerechtfertigt sein.

Befristete Erlasse sind durch eine politische Wirkungskontrolle beim Entscheid über die Verlängerung zu kennzeichnen. Diesem Erfordernis entspricht an sich jeder allgemein verbindliche Bundesbeschluss (z.B. auch der Bundesbeschluss über das Asylverfahren). Dies, obwohl kein ausdrückliches Kontrollverfahren vorgesehen ist. Jeder Verlängerungsbeschluss enthält eine politische Überprüfung der Wirksamkeit der bisherigen Regelung.

Leistungsstaatliche Legitimität erlangen befristete Erlasse jedoch erst, wenn sie mit einer methodischen Wirkungskontrolle, d.h. einer Evaluation ihrer Wirksamkeit, versehen werden (sunset legislation). Ihr Zweck liegt darin, eine Verbesserung der Rechtstatsachenkenntnis für den Erneuerungsbeschluss zu beschaffen.

Beispiele sind allenfalls die ETH-Übergangsregelung sowie das Bundesgesetz über die berufliche Vorsorge. Der Bund hat sich jedoch noch nie ein echtes Zeitgesetz gegeben.

3.3.3 Finalprogramme

Die Abkehr von der konditionalen Programmierung bedeutet, dass Rechtsfolgen nicht mehr an bestimmte tatbeständliche Voraussetzungen gebunden werden. An deren Stelle tritt eine Zielvorgabe, verbunden mit einer Auswahl möglicher Massnahmen.

Finalprogramme bedeuten eine Lockerung des Legalitätsprinzips durch Auswahlermassen.

Die Normierung von Zielen ist in aller Regel in unserer Gesetzgebung diffus und lässt keine Erfolgsmessung zu (vgl. das Raumplanungsgesetz). Finale Programmierung erfordert daher eine Operationalisierung von Zielvorgaben. Dies bedingt eine klare Zielhierarchie staatlicher Planungen:

- Legislaturplanung
- gesetzliche Ziele
- Jahresziele
- konkrete Leistungsvorgaben (befristete Meilensteine und Indikatoren).

Wenn finale Programmierung nicht bloss einen Abbau der Regelungsdichte bezweckt, sondern einen Umbau der staatlichen Steuerungsphilosophie einleiten soll, dann ist sie zwangsläufig mit der Vorstellung des Kontraktmanagements verbunden.

3.3.4 Kontraktmanagement

An sich verlangt das Kontraktmanagement sowohl bestimmte Ziele wie klare Wirkungsabläufe. Doch kann mit dem Kontraktmanagement auch getestet werden, ob ein hypothetisch aufgestelltes Wirkungsmodell tatsächlich zutrifft.

Finale Programmierung und Kontraktmanagement sehen eine Rücknahme des Legalitätsprinzips auf Wirkungsziele vor. Das Gesetz kann höchstens noch qualitative Standards vorsehen.

Die Umschreibung von Leistungszielen und Indikatoren der Zielerreichung (also jene Konditionierung der Verwaltung, welche traditionell mit dem wenn-dann-Satz versucht worden ist) wird neu durch verwaltungsinterne Kontrakte hergestellt.

Kontraktmanagement ist Konkretisierung der Gesetzgebung ohne allgemeine und abstrakte Rechtssätze: Der Vertrag ersetzt die Regeln.

Der Budgetprozess erhält auf diesem Weg normative Bedeutung: im Budget werden auf der Leistungsseite inhaltliche Verpflichtungen der Verwaltung geschaffen.

Vorteile des Kontraktmanagements sind:

- die hohe Flexibilität der Verwaltungsführung,
- die Möglichkeit eines „parlamentarischen Managements“ mittels Globalbudgets und wirkungsorientierten Leistungszielen,
- die durchgreifende Realisierung der Wirkungsorientierung der normativen und politischen Steuerung der Verwaltung.

Nachteile des Kontraktmanagements sind:

- Schwächung des Rechtsschutzes: Kontrakte erlangen die Stellung einer Verwaltungsverordnung mit Aussenwirkung. Die Inhalte von verwaltungsinternen Kontrakten sind wenig geeignet, den Gerichten eine justiziable Entscheidungshilfe für den Einzelfall zu verschaffen (Problem der statistischen Zielgrößen).
- Gewaltenteilung: Das Kontraktmanagement erfordert eine neue Aufgabenteilung zwischen Parlament und Regierung.
- Legalität und öffentliches Interesse: Das Kontraktmanagement stösst sich am Bestimmtheitsgebot des Legalitätsprinzips; seine Bestimmtheitsgrade haben eine andere Qualität als jene, welche vom Legalitätsprinzip gefordert werden.
- Unklares Verhältnis von Kunde und Bürger: Soll die Kundenzufriedenheit eine neue Legitimationsgrundlage der Verwaltung schaffen?

Meist bildet das Kontraktmanagement im materiellen Verwaltungsrecht keinen Ersatz für die konditionale Programmierung, sondern nur deren Ergänzung.

3.4 Unbestimmte Ziele und unklare Wirkungsabläufe

Wo sowohl Ziele als auch Wirkungsabläufe unklar scheinen, liegt es nahe, auf eine gesetzliche Regelung überhaupt zu verzichten. Dies darf aber nicht vorschnell geschehen, weil sonst Demokratie und Rechtsstaat von der „normativen Kraft des Faktischen“ verdrängt werden.

Der moderne Staat sieht sich einer wachsenden Problematik gegenüber. Der Pluralismus der Normen und die Autonomie der Subsysteme (insbesondere in Form der Unsicherheit der Interventionshypothese) zwingen den Staat zum Rückzug auf Rahmenordnungen für selbststeuernde Systeme. Der Staat kann unter diesen Bedingungen nicht mehr direkt in die einzelnen Subsysteme der Gesellschaft eingreifen. Er muss neue partizipative Methoden entwickeln, mit denen innerhalb und zwischen autonomen Subsystemen über die Pluralität der Normen verhandelt werden kann.

Die moderne Systemtheorie der Gesellschaft spricht hier von dezentraler Kontextsteuerung. Diese ist dort angebracht, wo direkte hierarchische Steuerung (d.h. Intervention des Rechtssystems in andere Systeme) unmöglich wird, aber spontane Selbststeuerung (d.h. zufällige Evolution oder „Durchwursteln“ der Subsysteme nach ihren je eigenen Präferenzen) den gesellschaftlichen Gesamtinteressen nicht genügt.

Dezentrale Kontextsteuerung ist eine reflexive Steuerung in dem Sinne, dass nicht die Handlungsweise im betreffenden Subsystem direkt geregelt wird, sondern dass dem Subsystem eine Selbststeuerung zugebilligt wird, dieses aber mit anderen Subsystemen - insbesondere dem politischen System - jene Kontextbedingungen seines Funktionierens aushandelt, welche für alle tragbar sind. Reflexiv heisst, dass die Kontextbedingungen in einem Diskurs der autonomen Teile definiert werden. Damit wird zweierlei ausgesagt. Repräsentanten der Subsysteme sind an der Formulierung der Ziele der Kontextsteuerung mitbeteiligt. Die Steuerung erfolgt durch Verhandlung über Ziele (Beispiele dafür sind etwa das

Mitwirkungsverfahren in der Raumplanung, die Bildung gemischter Kommissionen oder die Durchführung von Vernehmlassungsverfahren).

Die Regelung bleibt sodann indirekt. Es werden Anreizsysteme für zielkonformes Verhalten der Subsysteme geschaffen. Ziel ist die Befähigung der Teilsysteme zur Selbstregulierung, unter Führung durch selbstgewählte und vereinbarte Ziele.

Unter den Schwierigkeiten der doppelten Unsicherheit verbleibt dem Staat somit nur noch die Organisation einer diskursiven Selbststeuerung durch die Subsysteme, d.h. die Öffnung der Subsysteme durch diskursive Prozesse auf gesamtgesellschaftliche Belange hin (in der Sprache von Helmut Willke: relationale Programmierung).

Als Beispiel kann der diskursive Willensbildungsprozess nach ORTWIN RENN gelten. Das Recht zieht sich somit bei doppelter Unsicherheit zurück auf Verfahrensregelung und Verhandlungslösungen. Der Staat schliesst Verträge mit Subsystemen, in denen auch Abänderungsklauseln enthalten sein können, welche die Revision der Regelung von Verfahren auf Grund von Erfahrungen im gegenseitigen Einvernehmen gestatten. An die Stelle des Gesetzes können daher vertragliche Experimente im Bereiche neuer, ungestalteter Staatsaufgaben treten.

Die hier skizzierte Steuerungsform ruft nach einem neuen staatspolitischen Konzept. Sie entspricht weder dem liberalen Rechtsstaat, der sich mit einer dauerhaften, konditional gefassten Rahmenordnung für die privat gedachte Gesellschaft begnügt, noch dem Sozialstaat, der mit direkter Intervention kollektive Interessen in sozialen Verhältnissen durchsetzen will, sondern eher einem dazwischenliegenden Modell des Gewährleistungsstaates:⁴ Danach kann dem Staat zwar in unterschiedlichem Ausmass Verantwortung für soziale Verhältnisse übertragen werden, doch bedeutet Staatsverantwortung nicht zugleich auch Staatsverwaltung. Der Staat hat bloss dafür zu sorgen, dass gesellschaftliche Prozesse von öffentlicher Bedeutung unter Wahrung öffentlicher Interessen stattfinden. Er nutzt privates und privatwirtschaftliches Handeln zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Beispiele dafür sind etwa das Modell der Managed competition (vgl. das Beispiel der liberalisierten Telekommuni-

⁴ Vgl. MASTRONARDI/SCHEDLER, S. 4 ff.

nikation unter der Ägide eines staatlichen Rahmengesetzes) oder die vielfältigen Formen der privaten Erfüllung öffentlicher Aufgaben (vgl. die Subventionierung kultureller Institutionen).

4. Literaturhinweise

BÖHRET Carl, Zuerst testen – dann verabschieden: Erfahrungen mit der Prüfung von Gesetzesentwürfen, *Zeitschrift für Gesetzgebung* (1992), S. 193 ff.

BÖHRET Carl, Gesetzesfolgenabschätzung (GFA). Einordnung, Absichten, Methodik: ein Überblick mit Beispielen, Speyerer Arbeitshefte 110, Speyer 1997.

BUSSMANN Werner, Rechtsetzung unter Unsicherheit, *Gesetzgebung heute*, 1992/2, S. 39 ff.

BUSSMANN Werner, KLÖTI Ulrich, KNÖPFEL Peter, Einführung in die Politikevaluation, Basel/Frankfurt a. M. 1997.

HORN Hans-Detlef, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, Berlin 1989.

LANGHART Albrecht, Rahmengesetz und Selbstregulierung, Kritische Betrachtungen zur vorgeschlagenen Struktur eines Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel unter Berücksichtigung des amerikanischen und englischen Börsenrechts, Diss. Zürich, Zürich 1993.

MADER Luzius, Experimentelle Gesetzgebung, in: *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Dieter Grimm und Werner Maihofer (Hgg.), Opladen 1988, S. 211 ff.

MASTRONARDI Philippe, Experimentelle Rechtsetzung im Bund, *ZSR NF* Band 110, 1991, S. 449 ff.

MASTRONARDI Philippe, SCHEDLER Kuno, *New Public Management in Staat und Recht*, Bern 1998.

MÜLLER Thomas P., *Verwaltungsverträge im Spannungsfeld von Recht, Politik und Wirtschaft. Eine systemtheoretische Analyse von Verträgen zwischen Gemeinwesen und Privaten mit Hinweisen auf die rechtsdogmatischen Konsequenzen*, Basel/Frankfurt a. M. 1997.

- PHILIPPS Lothar, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Fuzzy Logic, in: Fritjof Haft (Hg.) *Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, S. 265 ff.
- RENN Ortwin, WEBLER Thomas, Der kooperative Diskurs: Theorie und praktische Erfahrungen mit einem Deponieprojekt im Kanton Aargau, in: Peter Knoepfel (Hg.), *Lösung von Umweltkonflikten durch Verhandlung*, Basel 1995, S. 191 ff.
- WILLKE Helmut, Three Types of Legal Structure: The Conditional, the Purposive and the Relational Program, in: Gunther Teubner (Hg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin/New York 1986, p. 280 ff.