

Social Strategies

Monographien zur Soziologie und Gesellschaftspolitik
Monographs on Sociology and Social Policy

Vol. 11

Editor: Prof. Dr. Paul Trappe

Kurt Eichenberger Walter Buser
Alexandre Métraux Paul Trappe

Herausgeber

Grundfragen der Rechtssetzung

Inhaltsverzeichnis

EINLEITUNG	1
KURT EICHENBERGER	
ZUR LAGE DER RECHTSSETZUNG	3
1. Begegnung von Staatspraxis und Wissenschaft in der Rechtssetzung	3
1.1. Rechtssetzen als "ewiges Thema" für die Wissenschaft	3
1.2. Erschwerungen bei den Begegnungen	4
1.3. Die wissenschaftlichen Beteiligungen als multidiszipli- näres und interdisziplinäres Bemühen	5
2. Zur Entstehung und Begründung des vorliegende Bandes	6
2.1. Von der notwendigen Geduld in der gegenwärtigen Phase einer Rechtssetzungslehre	6
2.2. Die Heranbildung zu interdisziplinärem Arbeiten	7
3. Grundfragen der Rechtssetzung	8
3.1. Die "Anmassung" der Rechtssetzung	8
3.2. Die normative Festlegung des Staates	10
3.3. Die Funktionsvielfalt in der Rechtssetzung	10
3.4. Beengungen der Rechtssetzung	11
3.5. Die organisierte Rechtssetzung	12
4. Standortumschreibung	12
Anmerkungen	13
TEIL I: BEGRUENDUNG DER RECHTSSETZUNG	15
E i n f ü h r u n g	17
RAINER J. SCHWEIZER:	
MOTIVE DER RECHTSSETZUNG	19
1. Fragestellung	19
2. Zum Begriff	19
3. Arten der Motive	20
4. Die Erkenntnis der Motive	23
5. Bedeutung der Motive für die Rechtssetzungslehre und die Rechtssetzung	25
6. Schlussfolgerungen	28
Anmerkungen	29

PETER KOCH, EDDY WALPEN, ANNE-MARIE LUETHY,
ANDREAS BRUNNER:

DIE MOTIVIERENDEN IDEEN DER KODIFIKATIONEN	39
1. Das Gesetzgebungswerk Justinians	39
1.1. Das Verhältnis der Römer zur Gesetzgebung	39
1.2. Erste Kodifikationsversuche	41
1.3. Die Gesetzgebung Justinians	41
2. Die Kodifikationen der Aufklärung	43
2.1. Der geistige Hintergrund	43
2.2. Der politische Hintergrund	44
2.3. Die drei Kodifikationen	45
3. Die Einführung der französischen Gesetzbücher in den von Napoleon annektierten Gebieten	47
3.1. Uebersicht	47
3.2. Die Auseinandersetzung zwischen Thibaut, Savigny und Feuerbach	49
3.3. Die ersten Reichsgesetze in Deutschland	50
3.4. Entwicklung des Zivil- und Strafrechts in der Schweiz	51
4. Motive heutiger Kodifikationen	53
4.1. Die Abhängigkeit gewisser Motive von zeitlichen Ein- flüssen	53
4.2. Motive mit einer gewissen Allgemeingültigkeit	55
Anmerkungen	56

HANS RYFFEL:

ZUR POLITISCH-PHILOSOPHISCHEN AUFKLAERUNG DER RECHTSSETZUNG, INSBESONDERE IN NORMATIVER HINSICHT	59
1. Wissenschaft, normativer Pluralismus und Philosophie	59
2. Philosophische Aspekte wissenschaftlicher Fundierung und normativer Orientierung von Rechtssetzung	61
3. Konzepte der beteiligten Wissenschaften	63
4. Normative Klärung	67
5. Ausblick auf politisch-pädagogische Aufgaben	71
Anmerkungen	72

ALEXANDRE METRAUX:

RECHTSSETZUNG UND RECHTSANWENDUNG AUS ARGUMENTATIONSTHEORETISCHER SICHT	75
1. Problemstellung	75
2. Die Frage der Abgrenzung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung	76
3. Die topische Methode	78
3.1. Historisches zur Topik	78
3.2. Topik und Argumentation	80
4. Topische Elemente in der Rechtssetzung	83
4.1. Eine historische Fallstudie: Der Tenure of Office Act	83
4.2. Folgerung	86
5. Schluss	87
Anmerkungen	88

RENE A. RHINOW:

ZUM VERHAELTNIS VON RECHTSSETZUNG UND RECHTS- ANWENDUNG	91
1. Die Komplexität der Unterscheidung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung	91
1.1. Die Verknüpfung mit zentralen Problemen von Rechts- philosophie, Rechtstheorie und Staatslehre	91
1.2. Die Begriffe der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung in der Schweiz	92
1.3. Die dreifache Problematik	93
2. Das Verhältnis von allgemeiner Norm und Einzelakt	95
2.1. Der Begriff der Allgemeinheit	95
2.2. Zur positivrechtlichen Relevanz des Rechtssatzbegriffs	97
2.3. Abgrenzungsprobleme	99
3. Der umfassende Normbegriff	103
4. Norm und Rechtsgleichheit	104
4.1. Aufwertung des Gesetzes zum Gleichheitsfaktor	104
4.2. Allgemeinheit und Gleichheit	104
4.3. Einzelanordnungen und Gleichheit	105
Anmerkungen	106

VI

TEIL II: DIE WECHSELBEZIEHUNGEN ZWISCHEN SOZIALORDNUNG UND RECHTSORDNUNG	109
E i n f ü h r u n g	111
BERNARD IMBACH, JUERG SPREYERMANN: NORMATIVITAET UND NORMALITAET	113
1. Einleitung	113
1.1. Der juristische Begriff des Rechts	113
1.2. Der soziologische Begriff des Rechts	113
2. Zur Aktualität des Zusammenhangs zwischen Norma- tivität und Normalität	114
2.1. Der Begriff der Ideologie bei Theodor Geiger	115
2.2. Der Begriff der Ideologie bei Karl Mannheim	115
2.3. Recht und Ideologie	116
3. Normativität	117
3.1. Rechtspositivismus	117
3.2. Kelsens "Reine Rechtslehre"	118
3.3. Reaktionen auf den Rechtspositivismus	119
4. Normalität	122
4.1. Statistische Normalität	123
4.2. Sozialethische oder ideale Normalität	124
4.3. Funktionale Normalität	125
4.4. Zusammenhänge zwischen den Begriffen der Normalität	126
4.5. Relativität der sozialen Normen	126
5. Sozialpathologie Emile Durkheims	127
6. Das Spannungsverhältnis zwischen Normativität und Normalität	130
6.1. Determinanten normalen sozialen Verhaltens	130
6.2. Sozialer Wandel	132
Anmerkungen	133
 ANDRE DUBOIS: AUSSERRECHTLICHE NORMSYSTEME UND ABWEICHENDES VERHALTEN	135
1. Einleitung	135
2. Ausserrechtliche Normsysteme aus historischer Sicht	138

2.1.	Fallstudie "Verlöbnis"	138
2.2.	Zusammenfassung	141
3.	Abweichendes Verhalten	142
4.	Schluss	145
	Anmerkungen	146
PAUL TRAPPE:		
	AUSSERRECHTLICHE NORMSYSTEME	149
1.	Einleitung	149
2.	Abgrenzung des Themas	150
2.1.	Nicht mehr zu behandelnde Annahmen	150
2.2.	Latente Normen	151
3.	Angedeutete ausserrechtliche Normsysteme	153
3.1.	"Sittenkodex"	153
3.2.	Normierende Funktion von Alltagsverhalten	155
3.3.	"Spielregeln"	156
3.4.	Normumkehr	157
4.	Rechtssoziologische und rechtspolitische Perspektiven	160
4.1.	Ausserrechtliche Normsysteme und kodifiziertes Recht	160
4.2.	Normierung der Freiräume	163
5.	Schluss	165
	Anmerkungen	166
DORRIT FREUND:		
	RECHTSSETZUNG UND RECHTSWIRKSAMKEIT	173
1.	Einleitung und Problemstellung	173
2.	Die Erzielung der Rechtswirksamkeit	174
2.1.	Inkrafttreten und Publikation als formelle Bedingung der Rechtswirksamkeit	174
2.2.	Vor- und Rückwirkung von Normen	175
2.3.	Die materielle Verwirklichung der Norm	175
3.	Neben- und Spätfolgen der Rechtssetzung	179

VIII

4.	Schlussbemerkungen	180
	Anmerkungen	180
Teil III:	DETERMINANTEN DER RECHTSSETZUNG	185
	E i n f ü h r u n g	187
	PRISCA JERMANN:	
	DIE VORGEGEBENHEITEN UND RANDBEDINGUNGEN DER RECHTSSETZUNG	189
1.	Rechtsphilosophische Aspekte	189
1.1.	Einleitung	189
1.2.	Die Realien	192
2.	Die für die Rechtssetzung bedeutenden Realien	195
2.1.	Die Arten von Realien	195
	Anmerkungen	203
	ALEXANDER RUCH:	
	SACHKUNDE UND ENTSCHEIDUNGSKOMPETENZ IN DER RECHTSSETZUNG	205
	Vorbemerkung	205
1.	Rechtssetzung als politische Entscheidungsfunktion	205
2.	Sachkunde als Grundbedingung moderner Rechtssetzung	207
2.1.	Die Absage an den "gesunden Menschenverstand"	207
2.2.	Forderung nach optimaler Sachkunde?	208
2.3.	Nöte optimaler Sachkunde	209
2.4.	Folgen der formalen Organisation des Rechtssetzungsprozesses	209
2.5.	Zu den Begriffen der Sachkunde in der Rechtssetzung	211
3.	Entscheidungsverfahren und Entscheidungskompetenz in der Rechtssetzung	214
3.1.	Abgrenzungen	214
3.2.	Methodologische Ansätze für Entscheidungshilfen	217
3.3.	Formelle und materielle Tragweite des Rechtssetzungsprozesses	224
3.4.	Folgerung für die Entscheidungskompetenz	226
4.	Ergebnisse	227
	Anmerkungen	227

JUERG BALLY, HANS-ULRICH GERSBACH,
 PETER HAGEMANN, NIKLAUS OBERHOLZER,
 MARK PIETH, ANDREAS SCHUPPLI, RUEDI SPOENDLIN,
 NIKOLAUS TAMM:

POLITIK ALS DETERMINANTE IM GESETZGEBUNGS- PROZESS	239
1. Grundlagen	239
1.1. Recht und Politik	239
1.2. Verständnis und Arbeitshypothese	241
1.3. Verbände und Demokratie	243
1.4. Sachwissen und Verbandseinfluss	245
1.5. Partizipation und Zugänglichkeit	247
1.6. Die Oligarchisierung der Verbände	249
1.7. Partei- und Verbandsgesetzgebung	252
1.8. Der Begriff der öffentlichen Meinung	254
2. Untersuchung	257
2.1. Methodische Vorbemerkung	257
2.2. Einleitung	258
2.3. Untersuchung und Wertung der Entscheidungsprozesse in den einzelnen Verfahrensabschnitten	260
2.4. Exkurs über die Möglichkeiten der Verfassungsini- tiative als Zugang zur Gesetzgebung	269
2.5. Exkurs über die Funktion des Referendums im poli- tischen Entscheidungsprozess	274
2.6. Anhang zur Untersuchung der Revision des Kindschafts- rechts	275
3. Wertung	276
Anmerkungen	278

ANTON NELL:

GESETZGEBUNGSPROBLEME IM ALLTAG DES PRAK- TIKERS	285
---	-----

TEIL IV:	STRUKTURELLE MERKMALE DER AKTUELLEN RECHTSSETZUNG	291
	E i n f ü h r u n g	293
	DANIEL BOERLIN, GOTTLIEB ANDREAS KELLER, CHRISTOPHE ZUMSTEIN:	
	DIE NORMENFLUT ALS RECHTSPROBLEM	295
	1. Vorbemerkungen zum Untersuchungsgegenstand	295
	1.1. Das geschriebene Recht des Bundes	295
	1.2. Keine Differenzierung nach Adressaten - bzw. Betroffenen-Kreis	295
	1.3. Quantitative Betrachtung	295
	2. Phänomen und Ursachen der Normenflut	296
	2.1. Der Begriff der Normenflut	296
	2.2. Statistische Angaben (Bund)	296
	2.3. Der Vorgang der Normenflut	298
	2.4. Die Ursachen der Normenflut	298
	2.5 Für die Normenflut nicht ursächliche Momente der Rechtssetzung	302
	3. Die Folgen der Normenflut	303
	3.1. Die Normenflut als negativer Aspekt des Rechtslebens	303
	3.2. Die Folgen der Normenflut im einzelnen	304
	4. Möglichkeiten der Einschränkung der Normenflut	307
	4.1. Planung als Mittel zur Einschränkung der Normenflut	307
	4.2. Verbesserungen beim Rechtssetzungsverfahren	309
	4.3. Verbesserungen der Rechtsinformation	311
	4.4. Beschränkung der Normenflut durch die Politik	311
	Anmerkungen	311
	GERHARD SCHMID:	
	OFFENHEIT UND DICHTHE IN DER VERFASSUNGS- GEBUNG	315
	1. Aufgabe und Funktion der Verfassung	315
	2. Verfassungskonkretisierung und und Verfassungsinter- pretation - Zum Problem der Steuerungskraft von Verfassungsrecht	316

3.	Fragen der Normierungsdichte	317
4.	Offene und dichte Normierung in der geltenden Bundesverfassung	318
5.	Die Normierungsdichte im Entwurf einer neuen Bundesverfassung	320
6.	Zusammenfassung	323
	Anmerkungen	324

HANS-ULRICH GERSBACH:

	DIE MOEGlichkeiten DER SOZIOLOGIE IN DER RECHTSSETZUNG	329
1.	Die Problemkreise	330
1.1.	Das Massnahmenproblem	330
1.2.	Das Deskriptionsproblem	333
1.3.	Das Prognosenproblem	334
2.1.	Die Alltagstheorie und die Theorie der Sozialwissenschaften	335
2.2.	Die Struktur und die Eigenschaften von sozialwissenschaftlichen Theorien	336
3.	Zum Problem der Zusammenarbeit von Juristen und Soziologen im Rechtssetzungsprozess	341
4.	Die Methoden der empirischen Sozialforschung	344
4.1.	Vom Problem zum Forschungsprozess	344
4.2.	Die Beobachtung	353
4.3.	Das Interview	356
4.4.	Die Aktenanalyse	358
	Anmerkungen	360

GEORG MUELLER:

	DIE EINFUEHRUNG NEUER RECHTSNORMEN IN DIE BESTEHENDE RECHTSORDNUNG	369
1.	Einleitung	369
2.	Die Rechtsordnung als Reale	370
3.	Die Harmonie der Rechtsordnung	370
3.1.	Widerspruchsfreiheit von geltendem und neuem Recht	371

3.2.	Zielkonformität von geltendem und neuem Recht	372
4.	Mittel und Methoden der Harmonisierung	372
4.1.	Feststellung der Schnittstellen	372
4.2.	Allgemeine Kollisionsregeln	373
4.3.	Uebergangsrecht	375
5.	Schlussbemerkungen	380
	Anmerkungen	380
TEIL V: AKTUELLE PROBLEME DER SOGENANTEN RECHTS- SETZUNGSTECHNIK		385
	E i n f ü h r u n g	387
ELISABETH ROSEWALL-FREIVOGEL, ANNEGRET DUERIG: RECHTSVERGLEICHUNG IN DER GESETZGEBUNG		391
1.	Einleitung	391
2.	Ziele der Rechtsvergleichung	391
3.	Ziele und Methoden der Rechtsvergleichung in der schweizerischen Gesetzgebung	391
3.1.	Adoptionsrecht	392
3.2.	Aktienrecht	394
3.3.	Hinweise zur Rechtsvergleichung bei der Gesetzge- bung in den Kantonen	397
4.	Zur Methode der Rechtsvergleichung in der Gesetz- gebung	397
4.1.	Allgemeines	397
4.2.	Zeitpunkt der Rechtsvergleichung im Gesetzgebungs- verfahren	398
4.3.	Bestimmung der zu berücksichtigenden Rechtsord- nungen	398
4.4.	Eigentliche Rechtsvergleichung	399
	Anmerkungen	401

ANDRE GRAENI, BARBARA HESS, BARBARA UMIKER,
SILVIA FARDEL-ZIMMERMANN:

EINE BETRACHTUNG DER CHECKLISTE DER EIDGENÖSSISCHEN JUSTIZABTEILUNG	405
1. Grundsätzliche Bemerkungen	405
2. Aufbau und Darstellung der Checkliste	407
3. Die einzelnen Fragen	418
3.1. Uebereinstimmung mit höherstufigem Recht	418
3.2. Inhaltliche Richtigkeit	425
Anmerkungen	442

CLARA ENDERLE, MARTIN WICKI:

TAUGLICHKEIT UND GRENZEN EINER RECHTSSETZUNGSTECHNIK, UNTERSUCHT AN DEN RICHTLINIEN DES BUNDES UND DER NORDWESTSCHWEIZERISCHEN KANTONE	445
1. Eine Diagnose	445
1.1. Gefährdete Rechtssicherheit	445
1.2. Gründe	445
2. Notwendigkeit einer Theorie	446
2.1. Rechtssetzungstechnik als Instrument	446
2.2. Begriff der Rechtssetzungstechnik	446
2.3. Mögliche Anwendungsbereiche	447
3. Die Richtlinien des Bundes	447
3.1. Inhaltsüberblick	448
3.2. Kritik einzelner Bestimmungen	448
3.3. Abschliessende Bemerkungen	453
4. Zentraler Rechtsdienst	454
4.1. Idee und Prinzip	454
4.2. Praxis	454
4.3. Kontrollinstanz	454
4.4. Gewaltenteilung	454
4.5. Rechtsnatur von Richtlinien	456

5.	Die Weisungen zur Gesetzestechnik der nordwestschweizerischen Kantone	456
5.1.	Inhalt, Inkraftsetzung, Ziel	456
5.2.	Erster Teil der Weisungen zur Gesetzestechnik	456
5.3.	Zweiter Teil der Weisungen	457
5.4.	Ergänzungen der Richtlinien und weitere Projekte	457
5.5.	Durchsetzbarkeit der Weisungen	458
6.	Hinweise auf ausländische Staaten	459
6.1.	England	459
6.2.	Schweden	460
6.3.	Oesterreich	460
	Anmerkungen	462
WALTER BUSER:		
DIE BEKANNTMACHUNG DES RECHTS UNTER BESONDERER BERUECKSICHTIGUNG DER RECHTSSETZUNG DES BUNDES		469
1.	Vom Verlesen zum Druck der Gesetze	469
2.	Neue Revisionsbestrebungen auf eidgenössischer und kantonaler Ebene	470
3.	Bekanntmachung, Veröffentlichung und Publikation	471
4.	Bekanntmachung als Abschluss des Rechtssetzungsverfahrens	472
5.	Anordnung der Bekanntmachung	473
6.	Die der Pflicht zur Bekanntmachung unterliegenden Erlasse	474
7.	Typen und Mittel der Bekanntmachung	476
8.	Der Zeitpunkt der Bekanntmachung	478
9.	Rechtsfolgen der Bekanntmachung	479
10.	Mängel in der Bekanntmachung	480
	Anmerkungen	482
ANHANG		487
NAMENSINDEX		489

SACHINDEX	501
ABKUEZUNGSVERZEICHNIS	515
AUTORENVERZEICHNIS	519