

Prof.Dr.iur.Martin Usteri

Die Funktion der Regierung im modernen föderalistischen Staat

Schriftenreihe des Institutes für Föderalismusforschung
Band 5

WILHELM BRAUMÜLLER
Universitäts- Verlagsbuchhandlung Ges.m.b.H.

Die Funktion der Regierung im modernen föderalistischen Staat

von

Prof.Dr.iur.Martin Usteri
Zürich



WILHELM BRAUMÜLLER

Universitäts-Verlagsbuchhandlung Ges.m.b.H.
A-1092 Wien

Alle Rechte, auch das der Übersetzung, des photomechanischen Nachdrucks und der
Speicherung in elektronische Datenanlagen, vorbehalten

© 1977 by Wilhelm Braumüller, Universitäts-Vlagsbuchhandlung Ges.m.b.H., A-1092 Wien
Druck: H. Kowatsch, 6020 Innsbruck, Leipziger Platz 2
ISBN: 3 7003 0156 1

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	7
II. Staatstheoretische Einordnung	9
III. Die Funktion der Regierung im modernen Rechtsstaat	13
IV. Die materiellen rechtsstaatlichen Grundsätze für die Regierungstätigkeit	18
V. Besonderheiten der Regierungsfunktion im modernen föderalistischen Staat	20
VI. Schluß	22

I. Einleitung

1. Wer als Lehrer oder Student des Staatsrechts in unserer Zeit über die Funktion der Regierung nachdenkt, muß sich vor Augen halten, daß die Regierung im modernen Staat einerseits eine rechtstatsächliche Erscheinung von außergewöhnlicher Bedeutung darstellt, daß andererseits aber eine Lehre von der Regierung im modernen Rechtsstaat erst entwickelt werden muß. Wie die Spezialuntersuchungen von Akeret (1942)¹, Scheuner (1952)², Kassimatis (1967)³ und Hug (1971)⁴ nachweisen, handelt es sich beim Ausdruck Regierung um einen Begriff der vorkonstitutionellen Staatslehre⁵. Regierung als Tätigkeit der Herrscher und ihrer Vertreter in den absolutistischen Großstaaten oder des Regiments in den patrizischen Stadtstaaten⁶ umfaßte ursprünglich die gesamte Staatstätigkeit; diese war in gewissen Gebieten lediglich durch Freibriefe oder geschworene Briefe gebunden⁷. Im Rahmen des klassischen Gewaltenteilungsschemas des aufgeklärten und später liberalen, schließlich liberal-demokratischen Verfassungsstaates war für eine Regierungsgewalt kein Raum mehr⁸. Und doch blieb aus innerer Notwendigkeit heraus die rechtstatsächliche Erscheinung der staatsoberleitenden, die Politik bestimmenden Grundentscheidungsgewalt bestehen⁹. Wie zu zeigen sein wird, besteht die vorherrschende Tendenz darin, mit einer modernen Lehre von der Regierung einen wichtigen und wesentlichen Teil staatlicher Tätigkeit den Bindungen und Garantien des Rechtsstaates zu entziehen¹⁰. In gleicher Weise, wie in den 50er und 60er Jahren in unserer Wissenschaft die sog. Privatwirtschaftsverwal-

-
1. AKERET Erwin: Regierung und Regierungsform der schweizerischen Eidgenossenschaft, Diss. Zürich 1942
 2. SCHEUNER Ulrich: Der Bereich der Regierung in: Festgabe Smend 1952 S. 253 ff.
 3. KASSIMATIS Georg: Der Bereich der Regierung, 1967
 4. HUG Klaus: Die Regierungsfunktion als Problem der Entscheidungsgewalt, Diss. Zürich 1971
 5. vgl. statt vieler HUG aaO S. 43 ff.
 6. vgl. dazu z.B. LARGIADÈR: Geschichte von Stadt und Landschaft Zürich, Bd. II, 1945, S. 7 ff.
 7. vgl. LARGIADÈR aaO S. 8 sowie Bd. I, 1945, S. 168 f.
 8. vgl. das berühmt gewordene Zitat von Lorenz von STEIN: Verwaltungslehre, Bd. I, 1865, § 94
 9. vgl. statt vieler: ELLWEIN Thomas: Regierung und Verwaltung, Teil 1, 1970
 10. vgl. unten Ziff. 7

tung rechtsstaatlich gebündelt werden mußte¹¹, stellt sich heute nun die Aufgabe, die Funktion der Regierung im modernen Rechtsstaat f o l g e r i c h t i g zu erfassen: Die Funktion der Regierung ist zunächst in ein modernes staatsrechtliches Konzept einzuordnen.

-
11. vgl. USTERI: Theorie der Verwaltung in Formen des Privatrechts, 1964, und die dort S. 211 ff. dargestellten Arbeiten von KLECATSKY in: JBl 1954 S. 473 ff., 503 ff., 1957 S. 333 ff.

II. Staatstheoretische Einordnung

2. Seit der Zeit der griechischen Polis ist im Abendland immer wieder neu und intensiv darüber nachgedacht worden, wie der Staat zu gestalten sei, damit er möglichst allen seinen Bürgern gleichmäßig die Entfaltung ihres eigenen unverwechselbaren Wesens garantiere. In der Sprache der modernen medizinischen und philosophischen Psychologie heißt dies: Wie sieht die Gestalt des Staates aus, damit möglichst allen Bürgern die Individuation gewährleistet ist¹²? In der Sprache der christlichen Anthropologie ist zu fragen: Wie wird durch die staatlichen Ordnungen jedem Einzelnen die Möglichkeit der Heilsfindung garantiert¹³? Notgedrungen scheidet bei dieser Fragestellung die totalitäre Welt aus. Die Frage muß aber heute erneut für die freie Welt gestellt werden. Die Umschreibung, der Rechtsstaat sei die freie Gemeinschaft freier Menschen¹⁴, genügt 30 Jahre nach der Überwindung einer 15-jährigen nationalsozialistischen Herrschaft auch dem Staatsrechtslehrer, der dem Ideal der Freiheit verpflichtet ist, nicht mehr. Wonach wird denn allgemein gestrebt¹⁵? Die einen rufen nach dem Wohlfahrtsstaat, nach der gemeinsamen Lebensbewältigung durch den sozialen Leistungsstaat; der Staat ist danach eine pluralistische Funktionseinheit. Andere setzen sich für den Staat als feste Rahmenordnung für die sozialen und wirtschaftlichen Beziehungen ein; nach ihnen sind alle zur Leistung verpflichtet, die sozial Schwächeren werden mit Sozialversicherungsleistungen und sozialen Beihilfen aller Art gefördert; die soziale Marktwirtschaft ergänzt durch staatlichen Interventionismus und Planifikation aller Art soll Stabilität, also eine Entwicklung ohne Überhitzung und ohne Krisen gewährleisten; die natürliche Umwelt soll durch Begrenzung des Wachstums geschützt werden. Die Dritten, zwar eine kleine, dafür lautstarke Schar, rufen nach dem autoritären, auf mächtiger Hierarchie und Gehorsam aufgebauten Staat. Schließlich hat die Zweite Republik Österreich einen – soweit ich sehe – eigenartigen Staatstypus entwickelt¹⁶: Im Kammerstaat wird der Ständestaat mit

12. vgl. statt vieler Marti: Urbild und Verfassung, o.J., S. 26/27, 73 ff., insbes. S. 78 ff.

13. vgl. LANG Kaspar: Die Philosophie des Föderalismus, Diss. Zürich 1971 S. 100 ff., 141 ff.

14. vgl. die berühmt gewordene Formel von KÄGI: Das Massenproblem in der direkten Demokratie in: Masse und Demokratie, 1957, S. 88

15. vgl. die Übersicht bei USTERI: Voraussetzungen einer Totalrevision der Bundesverfassung, 1968, S. 11 ff.

16. vgl. statt vieler NASSMACHER: Das österreichische Regierungssystem, 1968

wirtschaftlichen Selbstverwaltungskörpern sowie ein eigenartiges Zweiparteiensystem mit sog. Junktim-Problemen und Stellenproporz verwirklicht.

3. Garantiert aber irgendeines dieser politischen Systeme wirklich die Individuation in der hochzivilisierten, technisierten, überstark dem Wirtschaftlichen verhafteten, räumlich mobilen und von Akzelerationen geschüttelten Gesellschaft der großen Zahlen unserer Zeit? Wer die Staatstätigkeit wirklich auf die Heilsfindung ausrichten will, muß sich — so meine ich — sowohl vom Wohlfahrtsstaat sozialistischer, demokratischer oder sozial-demokratischer Observanz als auch von den Staatsmodellen neo-, ordo- oder sozial-liberaler Observanz oder auch von denjenigen volksparteilich, christlich-sozialer oder christlich-demokratischer Observanz und erst recht von der Koalition oder Konkordanz solcher Modelle abgrenzen: Wenn wir auch in der modernen Gesellschaft der großen Organisationen und der großen Zahlen die Unverwechselbarkeit des Individuums und seiner Entfaltung ernst nehmen, müssen wir die öffentlich-rechtlichen Institutionen zu solchen eines menschengerechten Gemeinwesens entwickeln. Die allgemeinen Charakteristika eines solchen menschengerechten Gemeinwesens sind stichwortartig zusammengefaßt die folgenden: Gegenüber der bisherigen Lehre neu ist die Erkenntnis und damit das Postulat, daß der Bereich der privaten Tätigkeiten und Freiheiten aller Art und der Bereich der Staatstätigkeiten aller Organe (Bund sowie Glieder inkl. Gemeinden) zwei gleichgewichtige Bereiche sind. Anders ausgedrückt: Privater und öffentlicher Bereich bilden eine dynamische Gleichwertigkeitsbalance. Der private Bereich gibt die Evolutionsanstöße, der öffentliche Bereich sorgt für Stabilisierung¹⁷. Die Staatstätigkeit ihrerseits läßt sich grundsätzlich in zwei Kategorien einteilen: 1. Schutzrecht im Sinne des klassischen Polizeirechts sowie Koordinationsrecht zur Verhinderung und Behebung schwerwiegender sozialer und wirtschaftlicher Gleichgewichtsstörungen. 2. Der Staat ist gestaltend als Unternehmer aller zur ergänzenden Selbstentfaltungshilfe tätig. Die Rechtsordnung ist ja bei folgerichtiger Betrachtung zunächst materiale wertsystematische Gestaltung des Lebens und erst in zweiter Linie formelle Organisation. Im übrigen gelten im menschengerech-

17. vgl. den Zusammenhang mit der philosophischen Anthropologie bei JANTSCH: Evolution und Weltbild in: NZZ Nr.511 vom 7./8.12.1974, S. 67/68

ten Gemeinwesen die Institutionen des überkommenen materiellen Rechtsstaates¹⁸: Freiheitsrechte, umfassende Gewaltenteilung, insbesondere auch innerfunktionelle Gewaltenteilung innerhalb der Verwaltungsapparate, Unabhängigkeit der Justiz, direkte und repräsentative Demokratie, Gemeindefreiheit. Zum menschengerechten Gemeinwesen gehören sodann vornehmlich die neuen Institutionen des Rechtsstaates, welche gerade die menschengerechte Gestaltung des Staates garantieren: Verfassungstreue; Ergänzung des Gesetzmäßigkeitsprinzips durch das Prinzip der unmittelbaren Anwendbarkeit der Verfassung, wo Gesetze fehlen; Machtkontrolle durch checks and balances, Sicherung der Privaten und ihrer Organisationen vor Übergriffen durch staatliche Organe, also die Institute betreffend den *excès de pouvoir*, das *régime judiciaire*, die volle Entschädigung bei Enteignung und enteignungsähnlichen Tatbeständen.

4. Zu einem menschengerechten Gemeinwesen gehört aber auch eine moderne Gestaltung des Föderalismus¹⁹. Denn man kann ja zeigen, daß richtig verstandene Demokratie und echter Föderalismus größere Entfaltungsmöglichkeiten für den Einzelnen garantieren als die Demokratie im Einheitsstaat. Die demokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten der Bürger sind im Bundesstaat bedeutender als im Einheitsstaat: In den engeren Rechtsgemeinschaften der Glieder kann das ihnen angepaßte besondere Recht verwirklicht werden. Mit dem Erfordernis doppelter Mehrheiten, nämlich demokratischer und föderativer, beim Erlaß von Bundesrecht entsteht im Bunde gleichzeitig die größere Mitwirkungsmöglichkeit des Bürgers.

Dazu kommt eine weitere neue Erkenntnis: Der moderne föderalistische Staat charakterisiert sich nicht mehr nur durch Verteilung

18. vgl. GIACOMETTI: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1960, S. 1 ff. sowie GASSER: Von den Grundlagen des Staates, 1950, und KÄGI: Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848 in: Jubiläumsgabe Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1952, S. 173 ff., 208 ff.

19. vgl. zum Folgenden USTERI: Theorie des Bundesstaates, 1954, insb. S.341 ff., Grundsätzliche Anmerkungen zur Diskussion über den schweizerischen Föderalismus in: Politische Rundschau 1975 S. 150 ff., PERNTHALER: Der österreichische Bundesstaat im Spannungsfeld von Föderalismus und formalem Rechtspositivismus in: öZöR, 1969, S. 361 ff., KOJA: Die Vertretung der Länderinteressen im Bund in: Bundesstaat auf der Waage, 1969, S. 9 ff., ERMACORA: Vorstellungen und Wirklichkeit im österreichischen Föderalismus in: Föderalismus in Österreich, 1970, S. 9 ff. sowie das dort S. 94 ff. zitierte Forderungsprogramm der Bundesländer

der Rechtsetzungskompetenzen zwischen Bund und Gliedern. Vielmehr muß im echten föderalistischen Staat der Moderne eine koordinierte, und zwar durchgehend koordinierte Kompetenz-Teilung institutionell bestehen. Das heißt praktisch, daß den Gliedstaaten auf bestimmten Sachgebieten Grundentscheidungsgewalt mit den dazugehörigen finanziellen und organisatorischen Mitteln zukommt. So denkt man beispielsweise bei der allfälligen Totalrevision der Schweizerischen Bundesverfassung daran, die Aufgaben zwischen Bund und Kantonen nach sog. Hauptverantwortungsbereichen zu teilen. Der moderne föderalistische Staat charakterisiert sich ferner durch verstärkte Mitwirkungskompetenzen der Glieder, im Bund: Nicht nur steht und fällt der Föderalismus mit der Mitwirkung der Glieder bei der Bundesverfassungsgesetzgebung. Die Glieder müssen auch auf die einfache Gesetzgebung des Bundes einen maßgeblichen, ja bindenden Einfluß nehmen können²⁰. Die Aufgabe der Glieder ist es in zunehmendem Maße, neben der Bewältigung der ihnen gebliebenen Materien den Vollzug der Bundesaufgaben gemäß den gliedstaatlichen Besonderheiten zu gestalten. Darüber hinaus müssen die Glieder ihre spezifischen Gliederinteressen, welche besonderen sozio-kulturellen und demographisch-wirtschaftlichen Gegebenheiten entsprechen, im Bund zur Geltung bringen. Kommen die bestehenden Institute, wie der Ständerat in der Schweiz oder der Bundesrat in Österreich, dieser wesentlichen Aufgabe nicht nach, weil ihre Tätigkeit mehr parteipolitisch beherrscht wird, so sind neue Institutionen einzurichten, zum Beispiel bindende Vernehmlassungen der Kantonsregierungen in der Schweiz oder Einführung des doppelten Mehrs für die Bundesverfassungsgesetzgebung in Österreich.

5. In dieses Institutionen-Gebäude ist nun die Funktion der Regierung einzuordnen. Zunächst ist das Wesen der Regierungstätigkeit zu erkennen, und anschließend sind die materiellen rechtsstaatlichen Grundsätze, welche im modernen Staat diese Regierungstätigkeit beherrschen müssen, darzustellen. (Wir verwenden dabei die termini menschengerechtes Gemeinwesen und moderner Rechtsstaat synonym.)

20. vgl. die Studie "Die Stellung der Kantone im Vorverfahren der Gesetzgebung im Bund" z.Hd. der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung von Jean-Pierre HOBY, 1975

III. Die Funktion der Regierung im modernen Rechtsstaat

6. Es ist wesentlich mehr als eine Reverenz an den *genius loci*, wenn wir zunächst Wesen und Begriff der Regierung im modernen Staat möglichst scharf zu erkennen suchen. In der modernen Staatslehre ist allgemein anerkannt, daß die Funktion der Regierung eine *b e s o n d e r e* Staatsfunktion darstellt²¹. Man unterscheidet in wenig glücklicher Weise zwischen Regierung in einem weiteren und in einem engeren Sinne. Unter Regierung im weiteren Sinne wird die staatsoberleitende, richtungsgebende, die Politik bestimmende Grundentscheidungsgewalt verstanden. Dazu gehört institutionell die Verfassungsgesetzgebung, die einfache Gesetzgebung und die Regierung im engeren Sinne. Unter Verwendung des Begriffs in diesem weiteren Sinne wird von verschiedenen Regierungssystemen gesprochen, z.B. vom parlamentarischen System, vom Kollegialsystem, vom Direktorialsystem, vom Zweiparteien- oder Vielparteiensystem. Besser wäre es, hiefür den Ausdruck "System der organisatorischen Verfassung" zu verwenden. Wir befassen uns im folgenden nur mit der besonderen Funktion der Regierung im engeren Sinne. Dieselbe wird in der modernen Staats- und Verwaltungsrechtslehre ziemlich übereinstimmend etwa wie folgt umschrieben: Die Regierungsfunktion wird dadurch gekennzeichnet, daß situationsbezogen im Einzelfall grundlegende Entscheidungen der Staatsführung in einem relativ freien Ermessensraum gefällt werden, die einer Rechtsnormsetzung unzugänglich sind²². Zu diesen Regierungsakten werden konkret als wichtigste gezählt: Festlegung der Richtlinien der Regierungspolitik, Maßnahmen zur Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung im Inneren, Kriegserklärung und Friedensschluß, Anerkennung von Staaten und Regierungen, Aufnahme und Abbruch diplomatischer Beziehungen, außenwirtschaftliche Maßnahmen; in den neutralen Staaten: Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Neutralität.

7. Zunächst ist kritisch darauf hinzuweisen, daß der ganze Aufwand der Theorie im Grunde dazu dient, dem als Regierung bezeichneten

21. vgl. dazu und zum Folgenden: HUG aaO S. 150 ff., ERMACORA: Allgemeine Staatslehre, 1970, S. 558 ff., WOLFF VR I, 7. Aufl., 1968, S. 72 ff.

22. vgl. HUG aaO S. 193, ERMACORA aaO § 89

Organ einen angeblich rechtsfreien Raum des Leitens, des Führens, der grundlegenden Entscheidungen mit möglichst freiem Ermessen zu verschaffen. Die augenfälligste Auswirkung dieser Theorie besteht darin, daß für Regierungsakte nach französischer und deutscher und einem Teil der schweizerischen Lehre keine Gerichtskontrolle bestehe²³. Die österreichische Theorie und Praxis²⁴ lehnt diese These prinzipiell ab; der Österreichische Verfassungsgerichtshof anerkennt für Regierungsakte dann aber seinerseits ein ungebundenes "politisches" Ermessen. (Ist das Ergebnis dann nicht dasselbe, wie wenn keine Gerichtskontrolle besteht?)

8. Alle diese Theorien sind im modernen menschengerechten Gemeinwesen unhaltbar.

- a) Zunächst sind wir uns zwar einig: Auch in der Demokratie ist Führung nötig. Und zwar muß zu den direkt- und repräsentativ-demokratischen Elementen ein autoritatives Gegengewicht treten²⁵. Ein oligarchisches Organ, das eine angemessene Kontinuität garantiert, muß den Überblick über die Grundentscheidungen behalten: Der Staat muß regierbar bleiben²⁶. Er darf im Grundsätzlichen nicht zentrifugalen Partikularinteressen ausgeliefert sein. Die Anerkennung der Bedeutung der Autorität der Führung heißt aber nicht, dieser Führung die Rechtsungebundenheit, die Willkür zu überlassen. Auch bei der Ausübung der Autorität zur Gestaltung der Politik, zur Ausübung der Macht durch Ergreifung von Initiativen besteht im menschengerechten Staat kein Freipaß, sondern es sind die m a t e r i e l l e n G r u n d s ä t z e für die Regierung festzustellen.

23. vgl. SCHILLING Margrit: Die Unterstellung von Regierungsentscheiden unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Diss. Zürich 1973, insb. S. 91 ff.

24. vgl. statt vieler ADAMOVICH/SPANNER/ADAMOVICH jun.: Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 6. A., 1971, S. 359 sowie Verf.GH Erk.Slg. 4126/61, 5676/68

25. vgl. IMBODEN: Die Staatsformen, 1959, S. 34 ff.

26. vgl. die Diskussion in der Schweiz:

SCHLUMPF: Ist unser Staat noch regierbar? in: NZZ Nr. 100 vom 30.4.1976 S. 35, FURLER: Führung im schweizerischen Staat in: NZZ Nr. 45 vom 24.2.1976 S. 27

Hier kann die Frage über die Ursachen der mangelnden Regierbarkeit in der Eidgenossenschaft nicht weiter verfolgt werden. Denkbar ist auch die mangelnde Volksnähe der Regierung!

- b) Als zweites ist die E r k e n n t n i s zu unterstreichen, daß auch die sog. Regierungsakte R e c h t s a k t e sind²⁷. Damit aber unterstehen sie von vornherein den rechtsstaatlichen Postulaten. Verwirrung stiftet hier weitherum der Umstand, daß es insbesondere vom Gesetzmäßigkeitsprinzip Ausnahmen gibt²⁸. In verschiedenen Bereichen muß ohne einfache Gesetze gehandelt d.h. vollzogen werden. Dieser Umstand darf aber nicht vergessen lassen, daß es sich deswegen nicht um rechtsfreie Bereiche handelt, vielmehr muß hier die Exekutive als vollziehende Gewalt u n m i t t e l b a r die Verfassung anwenden. Es gelten also die materiellen Verfassungsprinzipien unmittelbar. Die meisten der angeführten sog. Regierungsbereiche, insbesondere Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung im Inneren und Handhabung der Außenpolitik, erweisen sich somit als Notverordnungs Kompetenzen sowie als allgemeine Ermächtigungen zu polizeilichen Verfügungen usw. Für diese Bereiche gilt das allgemeine Verwaltungsrecht des Rechtsstaates in gleicher Weise wie für die gesetzlich geregelten Materien.
- c) Bleibt als eigentliche Funktion der Regierung die Festlegung der Richtlinien der Politik und die Ergreifung der Initiativen zu deren Verwirklichung. Damit sind unausweichlich entsprechende Finanzpläne verbunden. In der Schweiz wurden beispielsweise erstmals für die Legislaturperiode 1975-1979 von der Regierung, dem Bundesrat, Richtlinien der Regierungspolitik zusammen mit einem Finanzplan 1977 bis 1979 vorgelegt²⁹. Ebenso erstmals wurden für die neue Amtsperiode Schwerpunkte der Regierungspolitik dargestellt, welche die wichtigsten und vordringlichsten Vorhaben in einem Gesamtzusammenhang zeigen³⁰.

27. Instrukтив ist die Anmerkung von GIACOMETTI: Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, 1940, S. 418 Anm. 9 gegenüber der Auffassung von MERKL.

28. vgl. GIACOMETTI: Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 283 ff.

29. vgl. "Richtlinien der Regierungspolitik 1975-1979", Illustrierte Ausgabe des Berichtes des Bundesrates vom 28. Januar 1976 an die Bundesversammlung über die Richtlinien der Regierungspolitik in der Legislaturperiode 1975-1979, 1976 (ursprünglich BBl 1976 I S. 442 ff.); Finanzplan 1977-1979 vom 28. Januar 1976 (BBl 1976 I S. 487 ff.); dieser mußte ersetzt werden durch den Finanzplan 1978-1980 mit Perspektiven für den Bundeshaushalt 1981 vom 9. Februar 1977 (BBl 1977 I S. 890 ff.)

30. vgl. Richtlinien aaO S. 46 ff.

9. Eine moderne rechtsstaatliche Erfassung der Regierungsfunktion muß nun an der Erkenntnis anknüpfen, daß die als Regierung bezeichneten Organe **v o r** Einleitung des verfassungsmäßig und gesetzlich geregelten Rechtssetzungs- resp. Verwaltungsverfahrens, also **v o r** Ergreifung der Initiative zum Erlaß, der Änderung oder Aufhebung eines Rechtsaktes, tätig sind. Entgegen der herrschenden Lehre befinden wir uns also bei den wichtigsten Regierungsakten **n i c h t** im Bereich der **V o l l z i e h u n g**, also der Executive. Vielmehr erweist sich gerade die führende Tätigkeit als **v o r b e r e i t e n d e** Tätigkeit. Bei diesen **V o r b e r e i t u n g e n** fallen wesentliche politische Entscheide. Rechtsvorbereitung ist zunächst Vorbereitung der Gestaltung der Lebensverhältnisse durch materiale Verhaltensnormen. In der Schweiz sind verschiedene Beobachter geradezu der Meinung, die wesentlichen politischen Entscheide würden überhaupt in der Vorbereitungsphase gefällt³¹. Es hat sich denn auch recht eigentlich ein im sog. rechtsfreien Raum schwebendes Vorbereitungsverfahren entwickelt. Die wichtigsten Faktoren desselben sind: das federführende Departement des Bundes, der Bundesrat selbst, die sog. Expertenkommissionen und die zu sog. Vernehmlassungen eingeladenen Kantone, Parteien und Organisationen der Wirtschaft und weiteren interessierten Organisationen.

Insbesondere um die Einsitznahme in den Expertenkommissionen, in welchen die Wissenschaft, die Sozialpartner, die Spitzenverbände der Wirtschaft und interessierte Organisationen vertreten sein sollen, herrscht ein ständiges politisches Gerangel. In diesem Vorverfahren werden denn auch viele wichtige Entscheide über die politischen Alternativen, also über den späteren Rechtsinhalt, gefällt.

Regierung kann also als Vorbereitung der grundsätzlichen Gestaltung von Lebensverhältnissen in Rechtsformen umschrieben werden. Im Rechtsstaat bedeutet die Regierungstätigkeit somit nicht Vollziehung, sondern **R e c h t s v o r b e r e i t u n g**.

10. Interessant ist denn auch die Feststellung, daß im Staatsrecht der direkten Demokratie der Schweiz die **V o l k s i n i t i a t i v e** als demokratisch **organisierte** Rechtsvorbereitungstätigkeit als erstes Stadium des **Rechtssetzungs-** und **Verwaltungsverfahrens** erfaßt

31. vgl. die Zusammenstellungen bei FLÜCKIGER; Die Anhörung der Kantone und der Verbände im Gesetzgebungsverfahren, 1968

wird. Die Volksinitiative kann Materien der Verfassungsstufe, der Stufe der einfachen Gesetze und der Stufe der Verwaltungsakte beschlagen. Seit Giacometti³² ist die Rechtsvorbereitung der Volksinitiative in allen ihren Stadien staatsrechtlich durchdrungen. Um die moderne Planungstätigkeit des Staates in den Griff zu bekommen, wurde in unserer Generation das Institut der direkt-demokratischen *G r u n d s a t z e n t s c h e i d e* in einem zweistufigen Beschlussesverfahren durch das Volk entwickelt³³. In diesen Zusammenhang gehört die weitere Beobachtung aus dem modernen schweizerischen Staatsleben: Je mehr sich die politische Macht auf die oligarchisch organisierte Regierung (den Bundesrat) verschoben hat, desto zahlreicher werden als demokratisches Gegengewicht in Bezug auf die Regierung als staatsleitende Rechtsvorbereitung die Volksinitiativen³⁴. Es ist wie ein Zug zur Gleichwertigkeits-Balance zwischen oligarchischer und demokratischer Regierung festzustellen.

11. Die so als Rechtsvorbereitung erfaßte Funktion der Regierung muß nun auch in eine moderne *Gewaltenteilungslehre* eingefügt werden. Wir werden in Zukunft nicht nur die Rechtsetzung in Verfassungsgesetzgebung und einfache Gesetzgebung aufteilen und als getrennte Gewalten erkennen müssen. Neben die Rechtsprechung im Sinne der Streitentscheidung und die materiell definierte Verwaltung der direkten Wahrnehmung öffentlicher Interessen wird die Regierung als getrennte Gewalt treten.

32. Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, 1940, S. 419 ff.

33. vgl. USTERI: Freiheitsstaatliche Anforderungen in der Stadt Zürich in: NZZ Nr. 767 vom 28.2.1962, BRINER: Grundsatzentscheide, Diss. Zürich 1974

34. vgl. die Zusammenstellung der am 1. Februar 1976 hängigen Volksbegehren in Richtlinien aaO S. 48

IV. Die materiellen rechtsstaatlichen Grundsätze für die Regierungstätigkeit

12. Nun haben wir uns also ferner den materiellen rechtsstaatlichen Grundsätzen für die Regierungstätigkeit zuzuwenden. Denn für die Rechtsvorbereitung gelten im menschengerechten Staat selbstverständlich wie für alle anderen Staatsfunktionen **R e c h t s p r i n z i p i e n**. Im Unterschied zur heutigen Regierungspraxis der Einzelfall-Entscheidung möchten wir die rechtsstaatliche, die **s y s t e m a t i s c h e** Rechtsvorbereitung nennen. Und dies ist nun beileibe nicht eine Tätigkeit im rechtsfreien Ermessensraum, auch von situationsbezogener Einzelfallentscheidung darf im Rechtsstaat nicht die Rede sein. Die systematische **R e c h t s v o r b e r e i t u n g** schon ist an die materiellen Verfassungsgrundsätze gebunden. Sie muß den rechtsstaatlichen Postulaten der **f e h l e r f r e i e n S a c h v e r h a l t s f e s t s t e l l u n g**, der **O b j e k t i v i t ä t** und der **U n p a r t e i l i c h k e i t** verpflichtet sein. Auch ihre **T r a n s p a r e n z** muß gewährleistet sein. Ebenso sind die **V e r f a s s u n g s g r u n d s ä t z e** über die **F i n a n z p o l i t i k** einzuhalten. Und wo die Richtlinien der Politik Verfassungsänderungen vorsehen, sind die **u n a b ä n d e r l i c h e n t r a g e n d e n m a t e r i e l l e n V e r f a s s u n g s p r i n z i p i e n** und vor allem das rechtsstaatliche Prinzip der **m a t e r i e l l e n F o l g e r i c h t i g k e i t** des Rechts, d.h. der **w e r t m ä ß i g e n W i d e r s p r u c h s l o s i g k e i t** zu berücksichtigen^{35, 36}. So wäre beispielsweise mit einer föderalistischen Verfassung der Ersatz der Länderkammer (Ständerat) durch einen Wirtschaftsrat unvereinbar. Regierungstätigkeit bedeutet in unserer Zeit rechtsstaatlich betrachtet somit in erster Linie Setzung von sachlichen, finanziellen und zeitlichen Prioritäten. Diese müssen sich aber am Sinn und damit am Wertsystem der Verfassung orientieren. Dies gehört zur Systematik der Rechtsvorbereitung.
13. Zu den Prinzipien rechtsstaatlicher Regierung gehört auch die Anhörung der interessierten Organisationen nach den Grundsätzen des rechtlichen Gehörs³⁷: Wenn beispielsweise bei der Vorberei-

35. vgl. die Auseinandersetzung am Schweizerischen Juristentag 1956 in ZSR 1956 II S. 910a ff.

36. Das ist selbstredend nicht "blankes Naturrecht", sondern es werden materielle Schranken der Verfassungsrevision erkannt.

37. Diese Grundsätze werden bisher nur in der Rechtsanwendung angewandt.

tung einer neuen Gesetzgebung über die Brotgetreide-Versorgung in der Schweiz zuerst nur die Vernehmlassung der amtlichen Kartellkommission eingeholt wird, so daß die weitere Rechtsvorbereitung davon ausgeht, die Organisationen der Müller seien nicht zu berücksichtigen, so verletzt dies das Prinzip der Unparteilichkeit der Regierung. Oder ein Beispiel aus dem Kanton Zürich: Bei der Vorbereitung einer Vorlage an Parlament und Stimmberechtigte über den weiteren Ausbau des Flughafens Zürich-Kloten und damit verbunden eines Fluglärmschutzgesetzes sollte nur die nationale schweizerische Luftverkehrsgesellschaft, nicht aber die im Bereich des Flughafens gelegenen Gemeinden, angehört werden. Vor allem aber auch wurden Lärmmessungen über den Fluglärm im Flughafenbereich nicht bekanntgegeben. Die Prinzipien der Unparteilichkeit und fehlerfreien Sachverhaltsfeststellung waren verletzt.

V. Besonderheiten der Regierungsfunktion im modernen föderalistischen Staat

14. In einem letzten Teil seien noch in der gebotenen Kürze einige wenige Besonderheiten der derart als systematische Rechtsvorbereitung verstandenen Regierung im modernen föderalistischen Staat behandelt. Zunächst fällt auf, daß die Theorie über die Funktion der Regierung praktisch auch in den Bundesstaaten nur die Regierung des Gesamtstaates betrachtet. Überhaupt stellen wir in den Theorien über die Staatsleitung, die Staatsführung ein stark einheits-staatlich-zentralistisches Denken fest. Demgegenüber ist zu betonen, daß im modernen Bundesstaat die Funktion der Regierung in den Gliedstaaten (Ländern, Kantonen) ebenso wichtig ist wie diejenige im Bund. Alle Gliedstaaten sollten am Beginn einer Legislaturperiode Richtlinien für die Regierungspolitik aufstellen. Diese sollten die Prioritäten für die gesamte Staats-tätigkeit des betreffenden Landes (Kantons) feststellen. Auch hier gehören gliedstaatliche Finanzpläne dazu. In den schweizerischen Kantonen finden sich erst vereinzelt sog. Standortbestimmungen oder eigentliche Regierungsprogramme mit Finanzplänen³⁸.
15. Eine Besonderheit der Regierungsfunktion im modernen föderalistischen Staat besteht nun ferner darin, daß die Regierungen der Gliedstaaten bereits bei der Rechtsvorbereitung des Bundes teilnehmen können müssen³⁹. Und zwar dürfen die Glieder-Regierungen nicht einfach zur Stellungnahme eingeladen werden wie andere Organisationen. Vielmehr sind Verfahren zu entwickeln, die den Kantonen bindende Mitwirkungsmöglichkeiten bei der Rechtsvorbereitung gewährleisten. Am einschneidendsten, aber föderalistisch betrachtet wichtigsten wird es sein, wenn die Kantone bei der Erarbeitung der Richtlinien für die Regierungspolitik des Bundesrates mitwirken können.
16. In diesem Zusammenhang ist ferner ein altes bundesstaatliches Rechtsinstitut, das beinahe in Vergessenheit zu geraten drohte, neu zu beachten⁴⁰: die Pflicht der Glieder zur Bundestreue. Was auf

38. vgl. die Übersicht bei ROHR: Wirtschaftspolitische Programme auf Bundes- und Kantonsebene in: WuR 1975 S. 375/76

39. vgl. die in Anm. 20 zitierte Studie von HOBY. Die nachstehenden Postulate werden dort jedoch nicht behandelt.

40. vgl. USTERI: Theorie des Bundesstaates, S. 232/33

Bundesebene der Grundsatz der Garantie der Glieder, d.h. in unserem Zusammenhang die Pflicht der Bundesregierung zur Respektierung der Regierungstätigkeit der Gliedstaaten, ist auf Ebene der Gliedstaaten die Pflicht zur Bundestreue: Die systematische Rechtsvorbereitung der Glieder muß also auf die Rechtsvorbereitung des Bundes Rücksicht nehmen. Dies soll noch an einem aktuellen Beispiel aus dem schweizerischen Staatsleben illustriert werden: Die Schweizerische Bundesverfassung weist auf dem Gebiete der Raumplanungstätigkeit des Staates, welche die Eigentumsfreiheit zu respektieren hat, dem Bunde die Grundsatzgesetzgebung zu⁴¹. Die eigentliche Raumplanungsgesetzgebung, insbesondere die wichtige Einteilung des Kantonsgebietes in Baugebiet und Landwirtschaftsgebiet sowie die Gesamt- und Sachpläne mit dazugehöriger Zonenordnung, sind Sache der Kantone. Soll dieses föderalistische Konzept der Raumplanung wirklich funktionieren⁴², so muß zweierlei gewährleistet sein: Die Bundesregierung muß sich wirklich auf koordinierende Tätigkeit und die Vorbereitung von Grundsätzen der Raumplanung beschränken. Die kantonalen Regierungen ihrerseits müssen bei der Erarbeitung der kantonalen raumplanerischen Leitbilder auf die koordinierende Arbeit der Bundesregierung Rücksicht nehmen. Der komplexe Aufbau des föderalistischen Staates äußert sich somit bezüglich der Funktion der Regierung darin, daß nicht mit einseitigen Anordnungen gearbeitet wird, sondern mit gegenseitiger Rücksichtnahme⁴³. Auch hier also gilt es, eine Gleichwertigkeits-Balance herzustellen.

41. Art. 22ter und 22quater BV

42. vgl. WERNER: Probleme der Grundsatzgesetzgebung des Bundes auf dem Gebiet der Raumplanung, Diss. Zürich 1975, LENHERR: Mitwirkungsrechte und Rechtsschutz im Raumplanungswesen, Diss. Zürich 1976

43. vgl. KÄGI: Föderalismus und Freiheit in: Erziehung zur Freiheit, 1959, S. 178, 182; LANG aaO S. 225 ff.

VI. Schluß

Wir fassen zusammen: Die Funktion der Regierung muß im modernen menschengerechten Staat als eigenständige, getrennte Funktion, nämlich als systematische Vorbereitung der grundsätzlichen Gestaltung von Lebensverhältnissen in Rechtsformen, als Rechtsvorbereitung erkannt werden. Es gelten für sie die materiellen rechtsstaatlichen Grundsätze. Im föderalistischen Staat gilt als Besonderheit das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme zwischen Bundes- und Gliederregierungen.

Auch wenn derart die Regierungstätigkeit in moderner Art rechtlich erfaßt wird, gilt letztlich eine überkommene Erkenntnis:
Regierung ist und bleibt eine Kunst !

**SCHRIFTENREIHE DES INSTITUTES FÜR
FÖDERALISMUSFORSCHUNG**

- Bd. 1 **Peter Pernthaler**, Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiete der Verwaltungsorganisation. 1976.
- Bd. 2 **Theo Öhlinger**, Der Bundesstaat zwischen Reiner Rechtslehre und Verfassungsrealität. 1976.
- Bd. 3 **Felix Ermacora**, Österreichischer Föderalismus. Vom patrimonialen zum kooperativen Bundesstaat. 1976
- Bd. 4 **Peter Pernthaler**, Die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag. 1977
- Bd. 5 **Martin Usteri**, Die Funktion der Regierung im modernen föderalistischen Staat. 1977.

