

nach eine 2,3 m hohe Lärmschutzwand aufgestellt wird? Ihm verbleibt nur noch das nackte Eigentum, das vermutlich kaum mehr einen grossen Wert aufweisen dürfte – jedenfalls dann nicht, wenn die Flächen nicht einmal mehr bei den Nutzungsziffern angerechnet werden können.

Auch wenn also das bundesgerichtliche Urteil sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung überzeugt, so scheinen uns der vom Kanton erworbene Rechtstitel (Dienstbarkeit) sowie auch die abschliessenden Überlegungen des Bundesgerichts zur mutmasslichen Höhe der Entschädigung, die von der ersten Instanz (SEK) noch festzulegen ist, zweifelhaft.

## Besprechung

Alexandre Flückiger, Prof. Dr. iur.: *(Re)faire la loi. Traité de légistique à l'ère du droit souple*, XIV + 761 Seiten. Preis CHF 124.–. Stämpfli Editions SA, Bern 2019. ISBN 978-3-7272-1040-2.

Alexandre Flückiger, Professor für Öffentliches Recht und Mitglied der Direktion des Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL) an der Universität Genf, lehrt und forscht auch auf dem Gebiet der Legistik, die wir in der Deutschschweiz meist Gesetzgebungs- oder Rechtssetzungslehre nennen. Das zu besprechende Buch ist das Ergebnis seiner bisherigen Arbeiten auf diesem Gebiet. Es handelt sich um ein «*Opus Magnum*»: nicht nur was den Umfang betrifft (775 Seiten), sondern vor allem bezüglich der Breite des Ansatzes und der Intensität der wissenschaftlichen Durchdringung des Stoffes (als äussere Anzeichen: 3892 Fussnoten, 50 Seiten Bibliografie). Die Fülle der verarbeiteten Quellen, Entscheidungen und Literatur ist beeindruckend, ja manchmal fast überwältigend. Der Autor ist ein profunder Kenner sowohl

verschiedener Rechtsordnungen (neben der schweizerischen insbesondere der europäischen und französischen) als auch der Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte. Er kann seine Darlegungen deshalb immer wieder mit Rechtsvergleichungen veranschaulichen und Probleme in einen interdisziplinären Zusammenhang einordnen.

Der *Titel des Werkes* mag auf den ersten Blick unklar sein: Geht es darum, dass Gesetze nur noch oder jedenfalls zu oft geändert werden? Sollten sie im Gegenteil immer wieder überprüft, angepasst und verbessert werden? Soll gar der Gesetzgebungsprozess als Ganzes neu gestaltet werden? Dem Vorwort lässt sich entnehmen, dass der Verfasser aufzeigen möchte, wie die Methoden, Strategien und Instrumente der Gesetzgebung den neuesten Entwicklungen – vor allem der Zunahme des *droit souple* (*soft law*) – angepasst werden müssen, damit sie ihre Wirkungen erzielen (S. IX ff.).

Das Werk ist in *sieben Kapiteln* gegliedert. Das *erste* handelt von der *Vernunft im Recht* (*La loi raisonnée*). Schon 1858 hat *Gustave Rous-*

set, Richter und Mitglied der Académie de Marseille, ein Werk mit dem Titel «De la rédaction et de la codification rationnelles des lois ou méthodes et formules suivant lesquelles les lois doivent être rédigées et codifiées» veröffentlicht (S. 3). Die Forderung nach Rationalität des Gesetzes ist also alt. Sie kann in Widerspruch geraten zur Entscheidungsfreiheit des demokratischen Gesetzgebers, der oft durch Emotionen beeinflusst wird. Flückiger kommt nach weit ausholenden Darlegungen zur Bedeutung der Rationalität in der Gesetzgebung zum Schluss, dass die Legistik dazu beitragen kann und muss, die Kenntnisse des Gesetzgebers zu verbessern, Entscheidungshilfen bereitzustellen, Anleitungen für die Lösung sozialer Probleme zu entwickeln, die Wirkungen der verschiedenen Massnahmen zu beurteilen und dafür zu sorgen, dass die Anordnungen des Gesetzgebers wirkungsvoll kommuniziert werden (S. 109).

Das *zweite Kapitel* trägt den Titel «La loi pertinente». Es geht um die Frage, was vorzuziehen ist, damit ein Gesetz *zielführend* ist, also das gesellschaftliche Problem löst, ohne übermässige unerwünschte Nebenwirkungen zu verursachen. Als Mittel zur Prüfung, ob ein Gesetz geeignet ist, um seine Ziele zu erreichen, werden die Gesetzesplanung und die Abschätzung der Gesetzesfolgen empfohlen (S. 159 ff.). Die Bedeutung der Ex-ante-Evaluation schätzt der Autor zu Recht hoch ein; er zeigt deshalb sehr detailliert die einzelnen Phasen dieser anspruchsvollen Untersuchung auf (S. 181–238).

Das zentrale *dritte Kapitel* trägt den Titel «La loi stratégique». Es hat die *Instrumente* zum Gegenstand, die der Gesetzgeber einsetzen kann, um seine Ziele zu erreichen. Zur Auswahl stehen rechtsverbindliche und nicht rechtsverbindliche Instrumente (Soft Law),

Instrumente der Kooperation zwischen Staat und Privaten (insbesondere gesteuerte Selbstregulierung), Instrumente zur Koordination (politische Planung, Raumplanung) und Instrumente zur Umsetzung der Rechtsnormen.

Das *vierte Kapitel* ist mit «La loi efficace» überschrieben. Die *Wirksamkeit des Gesetzes* hängt wesentlich von der richtigen Kombination der Instrumente ab. Als Entscheidungshilfe kann dem Gesetzgeber wiederum eine Evaluation der Wirkungen der verschiedenen Instrumente dienen, die für die Erreichung der Ziele infrage kommen. Dabei wird nicht verschwiegen, dass die Prognose dieser Wirkungen schwierig ist (S. 500 ff.). Der Gesetzgeber muss schliesslich aufgrund einer Interessenabwägung – auch unter politischen Gesichtspunkten – über die einzusetzenden Instrumente entscheiden.

Im *fünften Kapitel* (La loi claire) kommen Probleme der richtigen *Kommunikation des Norminhaltes* zur Sprache («formelle Legistik» im Gegensatz zur «materiellen Legistik», welche die in den Kapiteln 2–4 erörterten Probleme der Eignung von Gesetzen zur Problemlösung, der Wahl der Instrumente und der Wirksamkeit umfasst). Die Ausarbeitung der «Loi claire» beginnt mit dem *Normkonzept* (S. 532 ff.). Es zeigt namentlich die Erlassform (Verfassung/Gesetz/Verordnung), die Dichte und Bestimmtheit der Normen, den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich sowie die Gliederung des Erlasses auf, wobei dem Gesetzgeber verschiedene Varianten unterbreitet werden sollen (S. 532 ff.). Die Bedeutung des Normkonzepts für die Qualitätssicherung des Gesetzes kann nach meiner Ansicht gar nicht überschätzt werden. Es sollte allerdings nicht nur Fragen der Ausgestaltung des Gesetzes (formelle Legistik), sondern auch

Grundsatzentscheide bezüglich des Inhalts, insbesondere der Wahl der Instrumente, enthalten. Zwischen Inhalt und Form des Gesetzes bestehen enge Zusammenhänge. Das muss m.E. auch im Normkonzept zum Ausdruck kommen, das deshalb Problemlösungsmöglichkeiten zu inhaltlichen und formellen Fragen in Varianten vorschlagen sollte. Auf diese Weise werden dem Gesetzgeber Grundlagen für eine rationalitätsorientierte Entscheidungsfindung zur Verfügung gestellt. – In einem weiteren Abschnitt des fünften Kapitels erörtert Flückiger die Begriffe der normativen und der sprachlichen Klarheit. Er beschreibt die in diesem Zusammenhang massgebenden *Kriterien der Klarheit* wie Lesbarkeit, Kohäsion, Widerspruchsfreiheit und Verständlichkeit des Textes (S. 559 ff.). Die umstrittene Frage, ob Gesetze für jedermann, für die Adressaten oder nur für die Organe der Rechtsanwendung verständlich sein müssen, beantwortet er überzeugend mit dem Hinweis, dass die Normen sich in erster Linie an die Personen und Institutionen richten, die mit der Konkretisierung oder Vermittlung ihres Inhaltes beauftragt sind. Die Gesetzessprache sei eine *Fachsprache*, doch müsse sie *so verständlich als möglich* sein (S. 568 f.). – Ein längerer Abschnitt ist der geschlechtsneutralen Formulierung der Gesetze gewidmet, ein kürzerer der Verwendung der «leichten Sprache» in der Gesetzgebung.

Das *sechste Kapitel* ist der «Loi réflexive» gewidmet. Der Autor versteht darunter die letzte Phase des Rechtssetzungsprozesses, nämlich die *Untersuchung der Wirkungen des Gesetzes nach seiner Umsetzung* («Ex-post-Evaluation», S. 619–642). Geprüft wird, ob und inwieweit das Gesetz in der Realität seine Ziele erreicht und ob es allenfalls unerwünschte Nebenwirkungen verursacht hat. Im Zentrum steht also die «mise en

oeuvre» des Gesetzes, die über die Anwendung oder den Vollzug im Einzelfall hinausgeht und den Erlass von konkretisierenden Bestimmungen (vor allem Verordnungen) sowie Realakte aller Art einschliesst. Anschliessend befasst sich Flückiger mit der systematischen Überprüfung der gesamten Gesetzgebung eines Gemeinwesens oder von Teilen davon (S. 643–653), mit der «Sunset Legislation», d.h. der Befristung von Gesetzen mit dem Ziel, über die Weitergeltung vor Ablauf der Frist aufgrund einer Evaluation ihrer Wirkungen zu entscheiden (S. 654–660), und mit der Versuchsgesetzgebung (*Législation expérimentale*, S. 660–673). Flückiger zieht bezüglich der Ex-post-Evaluation eine ähnliche Bilanz wie bei der Ex-ante-Evaluation: Sie werde zu wenig systematisch durchgeführt; es fehlten oft die Ressourcen und/oder die Zeit. Bei der Ex-post-Evaluation komme dazu, dass die Politiker nicht gerne riskieren würden, mit einem Misserfolg der von ihnen beschlossenen Gesetze konfrontiert zu werden (S. 675 ff.).

Im ganz kurzen *siebten Kapitel* (S. 679–681) präsentiert der Verfasser seine *Schlussfolgerungen*. Er stellt fest, dass die Legistik in den letzten Jahrzehnten von den staatlichen Institutionen zunehmend beachtet wird. Sie wolle nur Informationen und Ratschläge in den demokratischen Prozess der Gesetzgebung einbringen, die Politik also nicht dirigieren, sondern überzeugen. Die Legistik müsse ein Gegengewicht bilden zu den emotionalen, demagogischen oder populistischen Tendenzen in der Politik. Sie sei im Zusammenhang mit dem sich ausbreitenden «Soft Law» und der Internationalisierung des Rechts zu überdenken und neu zu positionieren. Der Beitrag der Legistik zur Verstärkung der Rationalität in der Gesetzgebung sei beschränkt, weil andere Fakto-

ren ebenso stark, manchmal sogar stärker auf die Politikerinnen und Politiker einwirkten.

Eine *Gesamtwürdigung* des Werks von *Alexandre Flückiger* fällt nicht leicht. Die Lektüre stellt relativ hohe Anforderungen an einen Deutschschweizer, der zwar die französische Alltags- und Fachsprache einigermaßen versteht, aber mit den zum Teil doch ziemlich ungewöhnlichen Formulierungen und dem gehobenen, eleganten Sprachstil seine Mühe hat. Zur Steigerung der Leserfreundlichkeit könnte der Text an gewissen Stellen wohl auch etwas gestrafft werden. – Das Buch vermittelt einen Einblick in die französische Literatur der verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen, von der ich bisher offen gestanden kaum eine Ahnung hatte. Dagegen kenne ich Flückiger schon seit vielen Jahren als ausgesprochen originellen Denker und Schriftsteller. So präsentiert er sich auch in seinem vorliegenden «Opus Magnum»: Es enthält eingehende Auseinandersetzungen mit Grundsatzfragen wie der Rolle und Bedeutung der Rationalität in der Gesetzgebung (vor allem im ersten Kapitel) und sorgfältige Analysen der Prozesse zur Prüfung der Relevanz der gesetzgeberischen Problemlösungen, zur Wahl der Instrumente der Gesetzgebung, zur Evaluation der Wirkungen der Gesetze

ex ante und ex post sowie zur Kommunikation des Gesetzesinhaltes in der Form von Normtexten. Besonders innovativ sind die Ausführungen zur Bedeutung des «Soft Law» für die Legistik und der Einbezug der Instrumente für die Umsetzung der Gesetze. Der «Traité de légistique» ist wohl als Lehrbuch für Studierende eher zu umfangreich und zu anspruchsvoll. Den in der Praxis mit Gesetzgebungsarbeiten betrauten Personen wird das Werk viele Anregungen bieten, Zusammenhänge aufzeigen und wertvolle Quellen erschliessen. Sie werden sich auch über die Tabellen und Diagramme freuen, die der Erläuterung von Begriffen, Methoden und Verfahren der Rechtssetzung dienen. Nach meinem Dafürhalten leistet das Buch vor allem einen ganz wesentlichen Beitrag zur Weiterentwicklung der Legistik oder Gesetzgebungslehre, und zwar nicht nur in der Schweiz, sondern auch in Frankreich und auf europäischer Ebene, bezieht sich Flückiger doch sehr häufig auf die Gesetzgebung in der EU, auf Empfehlungen der OECD und auf Entwicklungen in Frankreich. Wir können stolz darauf sein, dass ein Schweizer Rechtswissenschaftler eine solche Leistung erbracht hat.

Prof. em. Dr. iur. *Georg Müller*, Erlinsbach