Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 123 (2004)

Heft: 1

Artikel: Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung : Anmerkungen aus legistischer Sicht

Autor: Mader, Luzius / Rütsche, Bernhard

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895754

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 14.10.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legistischer Sicht

LUZIUS MADER*

In Zusammenarbeit mit BERNHARD RÜTSCHE**

* Prof. Dr. iur., LL. M. (London), Vizedirektor im Bundesamt für Justiz, Bern, Professor am Institut de hautes études en administration publique (IDHEAP), Lausanne.

** Dr. iur., Fürsprecher, wissenschaftlicher Mitarbeiter im Bundesamt für Justiz, Bern, Oberassistent am Institut für öffentliches Recht, Universität Bern.

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis 7
Gesetzesregister 10
1. Einleitung 15
2. Staat, staatliche Steuerung und Gesellschaft 18
2.1. Staatstheoretische Perspektiven 18
2.2. Werden und Wirkung staatlicher Steuerung 25
2.3. Systemtheoretische Ansätze 29
2.4. Staatliche Steuerung und Gesetzgebung 32
3. Dimensionen staatlicher Regulierung 36
3.1. Begriffe der Regulierung, Deregulierung und Selbstregulierung 36
3.2. Regulierungsstrategien 45
3.3. Regulierungsinstrumente 51
3.4. Regulierungsformen 57
3.5. Regulierungsebenen 60
4. Regulierungsintensität 66
4.1. Regelungsdichte 66
4.2. Interventionsstärke 71
4.3. Zielorientierung 79
5. Verfassungsrechtliche Schranken der Deregulierung und Selbstregulierung 86
5.1. Staatsziele und Staatsaufgaben als Schranke? 86
5.2. Das Demokratieprinzip als Schranke? 90
5.3. Die Grundrechte als Schranke? 92
5.4. Das Gebot der Gleichbehandlung als Schranke? 95
5.5. Das Erfordernis der normativen Bestimmtheit als Schranke? 98
5.6. Das Aufsichtsrecht als Schranke? 100
5.7. Die Rechtsschutzgarantie als Schranke? 102
6. Gegenwärtige Entwicklungstendenzen 105
6.1. Tendenz zu mehr Regulierung 105
6.2. Tendenz zur Deregulierung 112
6.3. Tendenz zur Selbstregulierung 123
7. Kriterien und Massstäbe staatlicher Regulierung 134
7.1. Rechtliche Anforderungen, staatspolitische Maximen und legistische Grundsätze 134
7.2. Legistische Grundsätze guter Regulierung 139
8. Gute Regulierung und Good Governance 150
Literaturverzeichnis 153

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht 5

Gesetzesregister 13

1. Einleitung 15

2. Staat, staatliche Steuerung und Gesellschaft 18
2.1. Staatstheoretische Perspektiven 18
2.1.1. Zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft 18
2.1.2. Entwicklung der Staatsideen und Staatsaufgaben 18
2.1.2.1. Der liberale Staat des 19. Jahrhunderts 19
2.1.2.2. Der Leistungs- und Wohlfahrtsstaat des 20. Jahrhunderts 21
2.1.2.3. Die Krise des Leistungs- und Wohlfahrtsstaats ... 23
2.2. Werden und Wirkung staatlicher Steuerung 25
2.2.1. Die Entstehungsperspektive 25
2.2.2. Die Implementations- und Wirkungsperspektive 26
2.2.3. Staatliche Steuerung als reiterativer Prozess 28
2.3. Systemtheoretische Ansätze 29
2.3.1. Systeme als Adressaten staatlicher Steuerung 29
2.3.2. Kritik an systemtheoretischen Ansätzen 30
2.3.3. Steuerungsmedien 31
2.4. Staatliche Steuerung und Gesetzgebung 32
2.4.1. Funktionen der Gesetzgebung 32
2.4.1.1. Ordnungsfunktion 33
2.4.1.2. Steuerungsfunktion 33
2.4.1.3. Legitimierungsfunktion 34
2.4.1.4. Entscheidfindungsfunktion 35
2.4.2. Staatliche Steuerung ohne Gesetzgebung? 35

3. Dimensionen staatlicher Regulierung 36
3.1. Begriffe der Regulierung, Deregulierung und Selbstregulierung 36
3.1.1. Regulierung 36
3.1.1.1. Regulierung als zielorientiertes Einwirken (Steuerung) 37
3.1.1.2. Der Staat als Regulator 38
3.1.1.3. Regulierung als rechtsförmige Tätigkeit 39
3.1.1.4. Der Wirtschaftsbereich als Regulierungsgegenstand? 39
3.1.1.5. Der Staat als Regulierungsadressat? 40
3.1.1.6. Begriffskern und Begriffshof 40
3.1.2. Deregulierung 41
3.1.2.1. Verschiedene Formen der Deregulierung 41
3.1.2.2. Deregulierung und Re-Regulierung 43
3.1.3. Selbstregulierung 43

3.1.3.1. Freiwillige und staatlich gesteuerte Selbstregulierung 43
3.1.3.2. Formen staatlich gesteuerter Selbstregulierung . . 44
3.2. Regulierungsstrategien 45
3.2.1. Hoheitliche v. kooperative Regulierung 46
3.2.2. Therapeutische v. präventive Regulierung 47
3.2.3. Punktuelle v. umfassende Regulierung 48
3.2.4. Wirkungsorientierte v. lernorientierte Regulierung 48
3.2.5. Konditionale v. finale Regulierung 49
3.2.6. Instrumentelle v. symbolische Regulierung 50
3.3. Regulierungsinstrumente 51
3.3.1. Regulative Instrumente 52
3.3.2. Verfahrensregeln 53
3.3.3. Negative finanzielle Anreize 54
3.3.4. Positive finanzielle Anreize 55
3.3.5. Sach- und Dienstleistungen des Staates 55
3.3.6. Ausbildung 56
3.3.7. Überzeugungsinstrumente 56
3.3.8. Information 57
3.4. Regulierungsformen 57
3.4.1. Regulierungsformen als Rechtsformen staatlicher Steuerung 57
3.4.2. Typen von Regulierungsformen 58
3.5. Regulierungsebenen 60
3.5.1. Staatliche Ebenen 60
3.5.2. Organebenen 61
3.5.3. Dezentrale Ebenen 62
3.5.3.1. Zentrale und dezentrale Verwaltung sowie andere Aufgabenträger 62
3.5.3.2. Stufen der Dezentralisierung 63

4. Regulierungsintensität 66
4.1. Regelungsdichte 66
4.1.1. Ausmass staatlicher Regelungen und Regelungstätigkeit . . 66
4.1.1.1. Quantitative Aspekte 66
4.1.1.2. Kritik der quantitativen Bemessung 68
4.1.2. Inhaltliche Bestimmtheit von Rechtsnormen 69
4.1.3. Finale Struktur von Rechtsnormen 70
4.2. Interventionsstärke 71
4.2.1. Intervention und Regulierungsintensität 71
4.2.2. Verstaatlichung gesellschaftlicher Systeme 72
4.2.3. Staatliche Planung von Systemen 73
4.2.4. Staatliche Kontrolle von Systemen 75
4.2.4.1. Präventive Kontrolle 76
4.2.4.2. Nachträgliche Kontrolle 77
4.2.5. Staatliche Verstärkung von Systemen 78
4.3. Zielorientierung 79

4.3.1. Zielorientierung und Regulierungsintensität 79
4.3.2. Behörden als Regulierungsadressaten, insbesondere Eignerstrategien 80
4.3.2.1. Behörden als Regulierungsadressaten 80
4.3.2.2. Eignerstrategien 81
4.3.3. Anpassungsbereitschaft der Privaten 83
4.3.4. Bestimmtheit des verfolgten Regulierungsziels 84

5. Verfassungsrechtliche Schranken der Deregulierung und Selbstregulierung 86
5.1. Staatsziele und Staatsaufgaben als Schranke? 86
5.1.1. Realisierung von Staatszielen durch Staat und Gesellschaft . 86
5.1.2. Staatsaufgaben als Handlungspflichten des Staates 88
5.1.2.1. Staatsaufgaben und Dezentralisierung 88
5.1.2.2. Staatsaufgaben und Aufgabenverzicht 89
5.2. Das Demokratieprinzip als Schranke? 90
5.3. Die Grundrechte als Schranke? 92
5.3.1. Grundrechte und Aufgabenverzicht bzw. Reduktion der Regulierungsintensität 92
5.3.2. Grundrechte und Dezentralisierung von Staatsaufgaben ... 93
5.4. Das Gebot der Gleichbehandlung als Schranke? 95
5.4.1. Wettbewerbsneutralität von Dezentralisierungen 95
5.4.2. Gleichbehandlung im Bereich der Grundversorgung 96
5.5. Das Erfordernis der normativen Bestimmtheit als Schranke? .. 98
5.6. Das Aufsichtsrecht als Schranke? 100
5.6.1. Oberaufsicht durch die Bundesversammlung 100
5.6.2. Aufsicht durch den Bundesrat 101
5.7. Die Rechtsschutzgarantie als Schranke? 102
5.7.1. Rechtsschutz als staatliche Kernaufgabe 102
5.7.2 Rechtsschutz bei dezentraler Aufgabenerfüllung 103

6. Gegenwärtige Entwicklungstendenzen 105
6.1. Tendenz zu mehr Regulierung 105
6.1.1. Beispiel 1: Polizeilicher Vollzug 105
6.1.1.1. Beschreibung der Entwicklungstendenz 105
6.1.1.2. Motive und Erwartungen 106
6.1.1.3. Erfahrungen und Auswirkungen 107
6.1.1.4. Beurteilung aus legistischer Sicht 108
6.1.2. Beispiel 2: Datenschutz 109
6.1.2.1. Beschreibung der Entwicklungstendenz 109
6.1.2.2. Motive und Erwartungen 109
6.1.2.3. Erfahrungen und Auswirkungen 110
6.1.2.4. Beurteilung aus legistischer Sicht 111
6.2. Tendenz zur Deregulierung 112
6.2.1. Beispiel 3: Aufhebung der Ausverkaufsordnung 112
6.2.1.1. Beschreibung der Entwicklungstendenz 112
6.2.1.2. Motive und Erwartungen 113
6.2.1.3. Erfahrungen und Auswirkungen 114

6.2.1.4. Beurteilung aus legistischer Sicht 115
6.2.2. Beispiel 4: Liberalisierung von Post und Telekommunikation 115
6.2.2.1. Beschreibung der Entwicklungstendenz 115
6.2.2.2. Motive und Erwartungen 117
6.2.2.3. Erfahrungen und Auswirkungen 118
6.2.2.4. Beurteilung aus legistischer Sicht 119
6.2.3. Beispiel 5: Subventionspolitik im Rahmen des Waldgesetzes 119
6.2.3.1. Beschreibung der Entwicklungstendenz 119
6.2.3.2. Motive und Erwartungen 121
6.2.3.3. Erfahrungen und Auswirkungen 122
6.2.3.4. Beurteilung aus legistischer Sicht 122
6.3. Tendenz zur Selbstregulierung 123
6.3.1. Beispiel 6: Börsengesetz und Corporate Governance 123
6.3.1.1. Beschreibung der Entwicklungstendenz 123
6.3.1.2. Motive und Erwartungen 124
6.3.1.3. Erfahrungen und Auswirkungen 124
6.3.1.4. Beurteilung aus legistischer Sicht 126
6.3.2. Beispiel 7: CO2-Gesetz und Klimarappen 126
6.3.2.1. Beschreibung der Entwicklungstendenz 126
6.3.2.2. Motive und Erwartungen 129
6.3.2.3. Erfahrungen und Auswirkungen 129
6.3.2.4. Beurteilung aus legistischer Sicht 130
6.3.3. Beispiel 8: Selbsthilfe in der Landwirtschaft 130
6.3.3.1. Beschreibung der Entwicklungstendenz 130
6.3.3.2. Motive und Erwartungen 132
6.3.3.3. Erfahrungen und Auswirkungen 132
6.3.3.4. Beurteilung aus legistischer Sicht 133

7. Kriterien und Massstäbe staatlicher Regulierung 134
7.1. Rechtliche Anforderungen, staatspolitische Maximen und legistische Grundsätze 134
7.1.1. Rechtliche Anforderungen 134
7.1.1.1. Allgemeine rechtliche Anforderungen 134
7.1.1.2. Insbesondere die drei Dimensionen der Wirtschaftsfreiheit 135
7.1.2. Staatspolitische Maximen 136
7.1.3. Legistische Grundsätze 137
7.2. Legistische Grundsätze guter Regulierung 139
7.2.1. Der Grundsatz der Notwendigkeit 139
7.2.2. Der Grundsatz der Subsidiarität 140
7.2.3. Der Grundsatz der Adäquanz 141
7.2.4. Der Grundsatz der Praktikabilität 141
7.2.5. Der Grundsatz der Akzeptanz 142
7.2.6. Der Grundsatz der Responsivität 143
7.2.7. Der Grundsatz der Kontinuität 144
7.2.8. Der Grundsatz der Kohärenz 145

7.2.9. Der Grundsatz der Konzentration 146
7.2.10. Der Grundsatz des Vertrauens 147
7.2.11. Der Grundsatz der Kommunikation 148
7.2.12. Der Grundsatz der Kostengünstigkeit 149

8. Gute Regulierung und Good Governance 150

Literaturverzeichnis 153

Gesetzesregister

AHVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
BEHG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, SR 954.1)
BoeB	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
BÜPF	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (SR 780.1)
BWIS	Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (SR 120)
CO_2-Gesetz	Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die Reduktion der CO_2-Emissionen (SR 641.71)
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1)
EnG	Energiegesetz vom 26. Juni 1998 (SR 730.0)
EntG	Bundesgesetz vom 20. Juni 1930 über die Enteignung (SR 711)
FMedG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz, SR 814.90)
FMG	Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (SR 784.10)
GSchG	Bundesgesestz vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, SR 814.20)
GwG	Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, SR 955.0)
HMG	Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, SR 812.21)
IVöB	Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (172.056.5)
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, SR 251)
LwG	Bundesgesetz vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, SR 910.1)
NHG	Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (SR 451)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
ParlG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz; SR 171.10)
PG	Postgesetz vom 30. April 1997 (SR 783.0)
POG	Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (Postorganisationsgesetz, SR 783.1)
RTVG	Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (SR 784.40)
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010)
RVOV	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (SR 172.010.1)

SBBG	Bundesgesetz vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen (SR 742.31)
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
TUG	Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmensgesetz, SR 784.11)
USG	Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, SR 814.01)
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
VPG	Postverordnung vom 26. November 2003 (SR 783.01)
WaG	Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über den Wald (Waldgesetz; SR 921.0)
WaV	Verordnung vom 30. November 1992 über den Wald (Waldverordnung, SR 921.01)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

1. Einleitung

Regulierung, Deregulierung und Selbstregulierung sind seit bald zwei Jahrzehnten gängige politische Schlagworte. Aber sie sind nicht nur dies. Sie sind auch rechtspolitische Postulate und Programme sowie Gegenstand wissenschaftlicher Analysen und beinhalten – verkürzte – Aussagen zum Verhältnis von Staat, Recht und Gesellschaft. Als politische Schlagworte und Themen wissenschaftlicher Auseinandersetzungen haben sie früher gebräuchlichere Begriffe zum Teil verdrängt, zum Teil überlagert und zum Teil mit besonderen Akzenten versehen. So ist etwa die heutige Regulierungskritik weitgehend eine vor allem auf den Wirtschaftsbereich ausgerichtete Kritik überbordender oder vermeintlich überbordender staatlicher Tätigkeiten, Eingriffe und Vorschriften. Sie ist mit andern Worten eine Wiederaufnahme und Weiterführung der zuvor mit Begriffen wie «Gesetzesflut» und «Gesetzesinflation» geführten politischen und wissenschaftlichen Debatten und thematisiert Anliegen, die zuvor etwa auch unter dem Slogan «Weniger Staat – mehr Freiheit und Verantwortung» artikuliert worden sind.

In diesem Beitrag kann es nicht darum gehen, die politische Dimension des Themas aufzuarbeiten. Es geht auch nicht primär darum, aus spezifisch rechtsdogmatischer Perspektive auf Fragen der staatlichen Regulierung und Deregulierung sowie der Selbstregulierung einzugehen. Vielmehr sollen diese besonderen Aspekte des Zusammenwirkens von Staat und Gesellschaft oder besser des Einwirkens des Staates auf die Gesellschaft aus legistischer Sicht ausgeleuchtet und damit gewissermassen legistische Stichworte zu politischen Schlagworten geliefert werden.

Worin besteht diese legistische Sicht? Wofür interessiert sich die Gesetzgebungslehre oder, um eine noch weniger vertraute Benennung zu verwenden, die Legisprudenz[1] in diesem Zusammenhang? Gegenstand der Legisprudenz ist die Gesetzgebung, die hier in einem doppelten Sinn zu verstehen ist: als politischer Entscheidungsprozess einerseits (dynamische Dimension, Gesetzgebungsverfahren) und als Produkt dieses Prozesses bzw. als Form oder Instrument staatlichen Handelns anderseits (statische Dimension). Besondere Aufmerksamkeit gilt dabei der methodischen Erarbeitung von Gesetzgebungsinhalten (Gesetzgebungsmethodik), deren gesetzestechnischen und sprachlichen Ausgestaltung (Gesetzgebungstechnik, Legistik oder Gesetzes-

---

1 Zum Begriff Luc J. Wintgens (Hrsg.), Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation, Oxford 2002. Der Begriff erscheint uns zutreffender als die Begriffe «Gesetzgebungswissenschaft», «Gesetzgebungslehre» oder «Legistik». Zur Gesetzgebungslehre in der Schweiz siehe insbesondere G. Müller (1999); Charles-Albert Morand (Hrsg.), Légistique formelle et matérielle, Aix-en-Provence 1999; Paul Richli, Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung, Basel 2000.

redaktion) sowie deren Implementation und praktischen Wirkungen (Gesetzesevaluation).

Direkt oder indirekt beschäftigt sich die Legisprudenz, die sich namentlich rechts- und sozialwissenschaftlicher Konzepte, Ansätze und Theorien bedient, zwangsläufig mit staatlicher Regulierung. Denn zumindest in Rechtsordnungen, in denen dem Legalitätsprinzip Bedeutung zukommt, nimmt staatliche Regulierung entweder die Form der Gesetzgebung an oder sie ist mit gesetzgeberischen Entscheiden eng verknüpft, weil sie einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Staatliche Regulierung ist dabei sehr breit zu verstehen. Gemeint ist damit nicht bloss staatliches Einwirken im Wirtschaftsbereich. Gemeint ist auch nicht lediglich eine bestimmte Form staatlichen Einwirkens auf die Gesellschaft, etwa mittels Verhaltensvorschriften, die an bestimmte Adressaten (Personen, Unternehmen) gerichtet sind und deren Beachtung mittels staatlichen Zwangs durchgesetzt werden kann. Es geht somit nicht bloss um staatliche «Reglementierung», sondern in umfassendem Sinn um Steuerung des gesellschaftlichen Geschehens durch den Staat.

Ausgangspunkt der Überlegungen soll somit der weit gefasste Begriff der staatlichen Steuerung sein. Dieser Begriff bringt ganz allgemein gesprochen die Vorstellung zum Ausdruck, dass der Staat das gesellschaftliche Geschehen bzw. das Handeln von Individuen oder Organisationen (Unternehmen, Institutionen) beeinflussen kann. Ja mehr als das: Er soll sozialem Geschehen oder Handeln eine bestimmte Orientierung geben, es in eine bestimmte Richtung lenken können. Diese Vorstellung ist nicht selbstverständlich oder unumstritten und bedarf zumindest der Nuancierung. Sie ist auch einseitig oder eindimensional insofern als damit primär die Beeinflussung der Gesellschaft durch den Staat angesprochen und die Beeinflussung des Staates durch die Gesellschaft ausgeblendet wird. Und selbstverständlich wird mit der Feststellung, dass der Staat steuert oder steuern kann, die Frage nicht beantwortet, ob und wie weit oder unter welchen Voraussetzungen er überhaupt steuernd tätig werden soll (rechtspolitische Frage) und darf (rechtliche Frage).

Im Folgenden wird zunächst die Bedeutung von Regulierungsfragen für die Staats- und Sozialwissenschaften skizziert, um damit das spezifische Erkenntnisinteresse aus der Sicht der Legisprudenz zu verdeutlichen und gestützt darauf begriffliche Klärungen vorzunehmen. Anschliessend wird versucht, die in den heutigen Rechtsordnungen vorhandene enorme Vielfalt staatlicher Regulierungsstrategien, -instrumente und -formen zu erfassen und in eine Ordnung zu bringen. Nach der Erörterung gewisser rechtlicher Schranken der Deregulierung und Selbstregulierung beschäftigt sich der Beitrag mit den gegenwärtigen Entwicklungstendenzen in der Gesetzgebungspraxis und fragt insbesondere auch, welche Faktoren zu hoher Regulierungsintensität führen. Gestützt auf diese Beschreibung wichtiger «Regulierungsfallen» werden abschlies-

send legistische Grundsätze formuliert, die zu einer Verbesserung der Regulierung durch den Staat beitragen können.

Ziel des Beitrags ist es, begriffliche Klärungen vorzunehmen, Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Steuerung bzw. des Abbaus staatlicher Steuerung aufzuzeigen und damit letztlich – entsprechend der gewählten legistischen Perspektive – zur Qualität der Gesetzgebung beizutragen. «Good Governance» verlangt nach guter Gesetzgebung.

2. Staat, staatliche Steuerung und Gesellschaft

2.1. Staatstheoretische Perspektiven

2.1.1. Zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft

Staatstheorien fragen nach dem Verhältnis von Staat und Gesellschaft und nach den Grundaufgaben des Staates in der Gesellschaft. Die Vorstellung, wonach der Staat steuernd oder regulierend auf die Gesellschaft einwirkt oder einwirken kann, geht davon aus, dass «Staat» und «Gesellschaft» zwei verschiedene Sphären sind, die in einer bestimmten Beziehung zueinander stehen. Der Staat kann dabei im Sinne der klassischen Definition in der Staatsrechtslehre ganz allgemein als eine Einheit von drei konstitutiven Elementen (Bevölkerung, Gebiet und Staatsgewalt) verstanden werden.[2] Staatliche Institutionen unterscheiden sich von andern Organisationsformen menschlichen Zusammenlebens vor allem durch das Gewaltmonopol, das ihnen letztlich zukommt. Der Begriff der Gesellschaft umfasst alle nichtstaatlichen Bereiche und Organisationsformen menschlichen Zusammenlebens.[3]

Diese Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft wird nicht in allen Zivilisationen oder Kulturen gemacht und hat sich auch in der westlich-abendländischen Zivilisation erst im Verlauf der Zeit entwickelt und verdeutlicht. Sie ist jedoch grundlegend für die Diskussion über staatliche Steuerung oder Regulierung. Die Vorstellung vom Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft, das jeweilige Staatsverständnis, hat Auswirkungen auf die Art und Weise staatlicher Steuerung. Staatsideen oder -konzepte und staatliche Regulierung stehen in engem Zusammenhang.

2.1.2. Entwicklung der Staatsideen und Staatsaufgaben

Das Spektrum der Staatsideen ist weit. Es reicht vom Nachtwächterstaat des klassischen Liberalismus über den ausgleichenden und vorsorgenden Leistungs- und Wohlfahrtsstaat bis zum Supervisions- oder Schiedsrichterstaat des 21. Jahrhunderts; hinzu kommen totalitäre Staatsvorstellungen unterschiedlicher Provenienz.[4]

---

2 Namentlich Haller/Kölz (1999), S. 6 ff.; Kokott (2004), S. 11 ff.

3 Haller/Kölz (1999), S. 19; siehe in diesem Zusammenhang ferner den Begriff «Zivilgesellschaft», der seit einigen Jahren auch im deutschsprachigen Raum immer öfter verwendet wird; zu diesem Begriff etwa Habermas (1992), S. 443 ff.: Zivilgesellschaft als Kommunikationsstruktur der Öffentlichkeit bestehend aus nicht-staatlichen und nicht-ökonomischen Zusammenschlüssen und Assoziationen auf freiwilliger Basis.

4 Zur Entwicklung des Staatsverständnisses bzw. der Erwartungen an den Staat und damit der Staatsaufgaben namentlich Morand (1999) und Chevallier (2003). Ferner die Beiträge von Helmut Willke und Wolf Linder, in: Eidgenössisches Personalamt (Hrsg.), Staatsfunktionen neu denken – Repenser les fonctions de l'Etat, Bern 2000, S. 41 ff. und 103 ff.

Der Zusammenhang zwischen Staatsidee und staatlicher Steuerung oder Regulierung hat einerseits eine quantitative Dimension: Je expansiver der Staat gedacht wird, je mehr Aufgaben er selbst wahrnehmen und je stärker er die Gesellschaft, und insbesondere die Wirtschaft, steuern soll, desto dichter, zwingender, interventionistischer und zentralistischer wird sich die staatliche Steuerung ausnehmen. Umgekehrt fordern Vertreter eines schlanken Staates, der sich in das freie Treiben der Gesellschaft nicht einmischt, regulative Mässigung oder gar Abstinenz des Staates, also Deregulierung, Privatisierung und Entrechtlichung.

Der Zusammenhang zwischen Staatsverständnis und staatlicher Steuerung oder Regulierung ist indes zweifellos differenzierter und komplexer, als es bloss quantitative Vorstellungen suggerieren.[5] Im Folgenden soll die Entwicklung seit der Gründung des Bundesstaates kurz nachgezeichnet werden. Dabei lassen sich grob drei Phasen unterscheiden: der liberale Ordnungsstaat des 19. Jahrhunderts, der Leistungs- und Wohlfahrtsstaat des 20. Jahrhunderts und die anschliessende Krise dieses Staatsmodells. Jeder dieser Phasen bzw. jedem jeweils dominierenden Staatsmodell entsprechen bestimmte Steuerungstypen, die durch die verwendeten Strategien und Instrumente geprägt werden.[6]

2.1.2.1. Der liberale Staat des 19. Jahrhunderts

Die liberale Bewegung der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts erkämpfte sich gegen den feudalistisch und ständisch verfassten Staat politische und wirtschaftliche Freiheiten. Damit einher gingen die Forderungen nach Beschränkung der Staatsgewalt, nach politischer Teilnahme und nach Abbau von Handels- und Gewerbeschranken. Die Verwirklichung und Sicherung gesellschaftlicher Freiheit wurde zur primären Aufgabe des liberalen Ordnungsstaates. Zum Kern des liberalen Projekts gehörten entsprechend Verfassungen mit der Anerkennung von Freiheitsrechten, formaler Rechtsgleichheit und politischen Rechten sowie Privat- und Handelsrechtskodifikationen.[7] Die liberale Rechtsdogmatik entwickelt die Figur des subjektiven Rechts, das der (bürgerlichen) Persönlichkeit rechtlich durchsetzbare «Willensherrschaft»[8] vermittelt.

---

5 Kritisch zu rein quantitativen Negativvorstellungen auch SCHLUEP (1993), S. 484 ff.

6 Siehe namentlich MORAND (1999), der zwischen dem «Etat providence» (S. 53 ff.), dem «Etat propulsif» (S. 69 ff.), dem «Etat réflexif» (S. 125 ff.) und dem «Etat incitateur» (S. 157 ff.) unterscheidet und aufzeigt, dass jedem dieser Staatstypen ein bestimmtes rechtliches Instrumentarium bzw. eine bestimmte Art der Gesetzgebung und des Rechts entspricht.

7 Zur Verwirklichung dieser «Kodifikationen der Freiheit» in der Schweiz des 19. Jahrhunderts etwa CARONI (1988), S. 133 ff.; KÖLZ (1992), S. 301 ff., 554 ff.

8 FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Band I, Berlin 1840, S. 335.

Freiheitssicherung bedeutet nicht nur die Gewährleistung von Rechten, sondern gleichzeitig das Setzen rechtlicher Schranken. Zum Selbstverständnis des Liberalismus zählt damit auch der Schutz öffentlicher Polizeigüter wie Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit. Diesem Zweck dienen namentlich zwingende, konditional strukturierte Verbotsnormen, die zum typischen Instrumentarium des liberalen Ordnungsstaates werden. Staatliche Zwangsmittel werden darüber hinaus eingesetzt, um die Sicherheit gegen Aussen (Landesverteidigung) zu garantieren.

Weil gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Fortschritt angewiesen ist auf eine Infrastruktur, die jedermann zur Verfügung steht (öffentliche Werke, Strassen, Eisenbahn, Post, Telekommunikation, Wasser- und Energieversorgung, Forschungsanstalten), ist der Staat im 19. Jahrhundert bald auch in diesem Bereich tätig geworden. Auf Bundesebene ging bereits der Verfassungsgeber von 1848 davon aus, dass der Markt die notwendige Infrastruktur nicht in allen Bereichen würde bereitstellen können. Er errichtete ein Staatsmonopol im Bereich des Postwesens, ermächtigte den Bund zur Errichtung öffentlicher Werke und sah eine eidgenössische polytechnische Hochschule vor.[9] 1874 kamen das Telegrafen- und das Eisenbahnmonopol hinzu. Der Bund übte die errichteten Staatsmonopole mittels eigener öffentlicher Unternehmen (PTT, SBB) grösstenteils auch selber aus.

Freiheit im Sinne des Liberalismus bedeutet nicht nur Abwehr von Eingriffen des Staates, sondern darüber hinaus auch Chancengleichheit. Im liberalen Staat des 19. Jahrhunderts wurde die Bildung konsequenterweise als Voraussetzung politischer und wirtschaftlicher Chancengleichheit erkannt und entsprechend zur Staatsaufgabe gemacht.[10] Die Bundesverfassung von 1874 statuierte den Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Primarschulunterricht. Neben dem Militär, dem Staatsdienst und den Gefängnissen bildeten die Schulen eine Rechtssphäre, in denen der Einzelne der staatlichen Disziplinargewalt unterworfen war und besondere Einschränkungen seiner Freiheit hinzunehmen hatte.[11]

Das skizzierte Gesetzgebungsprogramm des Bundesstaates nach 1848 macht deutlich, dass keineswegs eine Antinomie zwischen dem liberalen Staatsverständnis und staatlicher Steuerung besteht. Nach Möglichkeit übte der liberale Staat zwar Regelungsverzicht und sah von Interventionen in die gesellschaftlich-wirtschaftlichen Prozesse ab. Wenn es jedoch darum ging,

---

9 Zu diesen Institutionen der öffentlichen Wohlfahrt in der Bundesverfassung von 1848 siehe Erwin Bucher, in: Handbuch der Schweizer Geschichte, Band 2, Zürich 1977, S. 1002 ff.

10 Zu den Anstrengungen des Liberalismus und Radikalismus im 19. Jahrhundert für die Verbesserung des Schulwesens Kölz (1992), S. 272, 283.

11 Als Rechtsfigur fand das besondere Rechtsverhältnis in der Schweiz erst im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts Eingang in Lehre und Rechtsprechung; vgl. M. Müller (2003), S. 15 f.

die Sicherheit im Innern und gegen Aussen, den gesellschaftlichen Fortschritt sowie gleiche Bildungschancen zu gewährleisten, schreckte der Staat keineswegs vor Steuerungsinstrumenten mit hoher Regelungsdichte, hohem Verpflichtungsgrad oder hoher Interventionsstärke zurück.

2.1.2.2. Der Leistungs- und Wohlfahrtsstaat des 20. Jahrhunderts

Ab den siebziger Jahren des 19. Jahrhunderts erschüttern verschiedene Ereignisse das Vertrauen in die gesellschaftliche Selbstregulierung: Eisenbahnkrise, Wiener Börsenkrach von 1873, Entstehung der sozialen Frage infolge der Industrialisierung. Der Staat beginnt, auf unerwünschte gesellschaftliche Prozesse korrigierend Einfluss zu nehmen: eidgenössisches Fabrikgesetz von 1877 mit Arbeitszeitregelung, Schutz von Frauen und Jugendlichen sowie Haftung des Fabrikherrn für Betriebsunfälle; Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung von 1911 mit der obligatorischen Unfallversicherung; ab 1884 Subventionierung leidender Erwerbszweige, namentlich der Landwirtschaft und des Gewerbes; in den achtziger Jahren des 19. Jahrhunderts Revision des Zollgesetzes mit der Einführung von Schutzzöllen.[12]

Nach dem Schock der Grossen Depression der dreissiger Jahre des letzten Jahrhunderts und der damit verbundenen Massenarbeitslosigkeit sowie den kriegswirtschaftlichen Massnahmen während des 2. Weltkriegs nimmt die Tendenz zur staatlichen Wirtschaftslenkung weiter zu. In der Schweiz bringt die Annahme der Wirtschaftsartikel im Jahre 1947 zum Ausdruck, dass der Staat Verantwortung für die Konjunktur und die Beschäftigung übernimmt. Gleichzeitig verstärkt sich aber auch die Selbstorganisation der Wirtschaft: Schon gegen Ende des 19. Jahrhunderts schliessen sich verschiedene Wirtschaftsgruppen zu politisch einflussreichen Verbänden zusammen. Durch Kartelle und weitere Absprachen wird der wirtschaftliche Wettbewerb eingeschränkt und durch kollektive Verbandsregulierungen ersetzt. Neben der Marktregulierung produzieren die Wirtschaftsverbände auch Güter und Dienstleistungen, welche der Markt nur ungenügend hervorbringt (Berufsbildung, Pensionskassen, Arbeitslosenkassen u. a.). Der Staat gerät unter Druck, die Wahrnehmung solcher Aufgaben durch die Verbände zu unterstützen. Er

12 Caroni (1988), S. 138 ff. Zum wachsenden sozial- und wirtschaftspolitischen Regelungsbedarf seit dem Ende des 19. Jahrhunderts auch Brigitte Studer, Verfassung, Staat und Nation in der Schweiz seit 1848, in: Brigitte Studer (Hrsg.), Etappen des Bundesstaates, Staats- und Nationsbildung in der Schweiz, 1848–1998, Zürich 1998, S. 15 ff.

tut dies in Form von Anreizen: Subventionierung, steuerliche Massnahmen, staatliche Leistungen mit Auflagen usw.[13]

Darüber hinaus werden die Verbände in verschiedenen Formen vermehrt zur staatlichen Aufgabenerfüllung herangezogen: Absprachen zwischen staatlichen Behörden und Verbänden in der Aussenwirtschaftspolitik, der Konjunkturpolitik oder der kantonalen Wirtschaftsförderung; Vereinbarungen zwischen Staat und Privaten (gentlemen's agreements) im Bereich der Konjunktur- und Währungspolitik); staatlicher Rückgriff auf Verbandsrecht (Allgemeinverbindlichkeitserklärungen von Gesamtarbeitsverträgen, Verweisungen auf private Normen); Übertragung hoheitlicher Kompetenzen im Bereich der Landwirtschaft, der wirtschaftlichen Landesversorgung oder der Sozialversicherung.[14]

Daneben greift der moderne Wohlfahrtsstaat zur Steuerung von Wirtschaft und Gesellschaft auf eine Reihe weiterer neuer Handlungsinstrumente zurück. Erwähnt seien etwa Warnungen und Empfehlungen im Kampf gegen Epidemien und zum Schutz von Konsumenteninteressen, staatliche Planungen mit mehr oder weniger verbindlichem Charakter (Nutzungspläne, Richtpläne, Gesamtkonzepte, politische Sachplanung), die Entwicklung von Eignerstrategien für staatliche Unternehmen oder Unternehmen, an denen der Staat beteiligt ist, finale Gesetzgebung mit offenen Normen etwa im Bereich des Umweltschutzes, vermehrter Einsatz von Verwaltungsverordnungen als flexible, grundsätzlich nur intern verbindliche Steuerungsinstrumente sowie die Handhabung des Budgets als Instrument staatlicher Wirtschaftsplanung.[15]

Die beschriebenen Entwicklungen zeigen, dass das Verhältnis zwischen modernem Leistungs- und Wohlfahrtsstaatstaat und staatlicher Steuerung oder Regulierung von verschiedenen, komplementären Tendenzen geprägt ist. Einerseits führt der Zuwachs von Staatsaufgaben insgesamt zu einem Mehr an staatlicher Regulierung; zudem birgt der Gestaltungsanspruch des Staates eine Tendenz zur Bildung staatlicher Monopole und öffentlicher Unternehmen. Anderseits greifen Gesetzgeber und Verwaltung zur Beeinflussung gesellschaftlicher Entwicklungen vermehrt auf weiche, wenig verbindliche Handlungsinstrumente zurück.

---

13 Zu Wirtschaftsartikel und Neokorporatismus etwa WERDER (1987), S. 252 ff.; JAKOB TANNER, Staat und Wirtschaft in der Schweiz, Interventionistische Massnahmen und Politik als Ritual, in: Brigitte Studer (Hrsg.), Etappen des Bundesstaates, Staats- und Nationsbildung in der Schweiz, 1848–1998, Zürich 1998, S. 249 ff.

14 WERDER (1987), S. 256 f.

15 Zu den Veränderungen des staatlichen Regelungsinstrumentariums beim Übergang vom liberalen Staat zum Wohlfahrtsstaat namentlich, CHARLES-ALBERT MORAND, Les nouveaux instruments d'action de l'Etat et le droit, in: Morand (1991 a), S. 238 ff.

2.1.2.3. Die Krise des Leistungs- und Wohlfahrtsstaats

Mit dem Wirtschaftseinbruch der siebziger Jahre des letzten Jahrhunderts beginnt die Krise des Leistungs- und Wohlfahrtsstaates sich zu manifestieren. Der Ölpreisschock von 1973/74 führt in die längste Rezession seit der Weltwirtschaftskrise in den dreissiger Jahren. Währungsturbulenzen, ein sprunghafter Anstieg der Arbeitslosigkeit, hohe Inflation bei Investitions- und Wachstumsschwäche (Stagflation) sowie steigende Staatsverschuldung zeigen die Grenzen staatlicher Steuerung und Regulierung auf. Die Erwartungen an den Staat und damit die staatlichen Aufgaben wachsen zwar weiter, aber gleichzeitig wird auch deutlich, dass die Leistungsfähigkeit des Staates beschränkt ist.[16] Der Staatsinterventionismus gerät unter scharfe Kritik. Einsetzende Gegenbewegungen in Wissenschaft (HAYEK, FRIEDMANN) und Politik (THATCHER, REAGAN) fordern Flexibilisierung, Deregulierung und Privatisierung.

Die sog. «neoliberale» Kritik bemängelt im Kern, dass der interventionistische Wohlfahrtsstaat den Markt als optimale Organisationsform zur Nutzung gesellschaftlicher und natürlicher Ressourcen beeinträchtigt oder gar zerstört. Sie erneuert die klassische liberale Überzeugung, wonach der Markt in einer komplexen und nicht planbaren Gesellschaft Produktion und Konsum am besten koordinieren kann und mit seinen Anreiz- und Sanktionsmechanismen das effizienteste Wirtschaftssystem darstellt; er erzeugt die spontane Ordnung, die allen anderen Gesellschaftsmodellen überlegen ist.[17] Die List des Marktes – die Verfolgung des Eigeninteresses dient gleichzeitig der Allgemeinheit – sichert das Gemeinwohl am wirkungsvollsten.

Allerdings ist auch bei wirtschaftsliberalen Vordenkern weithin unbestritten, dass ein reibungsloses Marktgeschehen ohne Staat nicht denkbar ist. Der Markt ist auf rechtliche Gültigkeitsgrenzen und Randbedingungen angewiesen.[18] Die Freiheit der Märkte, wirtschaftlicher Wettbewerb, bedarf «einer umfassenden Politik (...), die das Feld der wirtschaftlichen Freiheit wie ein Spielfeld streng absteckt, ihre Bedingungen – sozusagen die Spielregeln – sorgfältig bestimmt und mit unparteiischer Strenge für die Respektierung dieses Rahmens der Marktwirtschaft (...) sorgt».[19] Selbst im klassischen Liberalismus war das Prinzip des Laisser-faire vor allem eine Kampfparole gegen

---

16 Zur beschränkten rechtlichen Steuerbarkeit wohlfahrtsstaatlicher Entwicklungen die Beiträge von KLAUS GÜNTHER und ERNST-HASSO RITTER, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 51 ff. und 69 ff.

17 Die Spontaneität freier wirtschaftlicher und sozialer Prozesse ist eines der zentralen Elemente von HAYEKS Verfassungs- und Sozialtheorie; vgl. HAYEK (1971), S. 42 f., 135, 193 f.

18 ALEXANDER RÜSTOW, Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus, 3. Aufl., Marburg 2001, S. 59, 99.

19 WILHELM RÖPKE, Mass und Mitte, Zürich 1950, S. 142.

Obrigkeit und Bevormundung, mit dem Ziel, den Einfluss des Staates zurückzudrängen und den Freiraum der Individuen auszuweiten.[20] Die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs sei selbst «mit einem ausgedehnten System der Sozialfürsorge vereinbar – solange dieses so organisiert ist, dass es den Wettbewerb nicht lahm legt».[21]

Mit Blick auf die staatliche Steuerung oder Regulierung schlägt sich die neoliberale Kritik am Leistungs- und Wohlfahrtsstaat namentlich in folgenden Forderungen nieder: Abbau von Regelungsdichte und Normenflut, insbesondere Vereinfachung der Steuer- und Sozialversicherungssysteme, etwa in Form einer strikt bedürfnisorientierten Sozialpolitik oder einer negativen Einkommenssteuer; Verzicht auf Staatsmonopole und Einrichtung von staatlich regulierten Wettbewerbssystemen (Liberalisierung); Einrichtung von künstlichen Märkten zum Schutz öffentlicher Güter (z. B. handelbare Rechte auf Umweltverschmutzung); Verzicht auf eigene staatliche Wirtschaftstätigkeit (Privatisierung von Staatsbetrieben); Übertragung von Regulierungsbefugnissen an unabhängige, verwaltungsexterne Institutionen bzw. an private Organisationen (Dezentralisierung) und schliesslich Öffnung der Märkte gegen aussen mittels Abbau von Handelshemmnissen.

In der Schweiz werden solche Forderungen unter anderen in zwei sog. «Weissbüchern» der neunziger Jahre vorgetragen.[22] Parlament und Verwaltung verwirklichen in derselben Zeit eine Reihe von Reformprojekten. Erwähnt seien die Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes und die Teilprivatisierung der PTT (1997),[23] die Einrichtung unabhängiger Regulierungsinstanzen wie der Kommunikationskommission, die Einführung des Systems der Direktzahlungen in der Landwirtschaft, die Reform des Kartell- und des Binnenmarktgesetzes sowie des Gesetzes über die technischen Handelshemmnisse (1995), die Aufhebung von Stempelsteuern (1992, 2000), die Reform der Unternehmensbesteuerung (1997), die Einführung der Mehrwertsteuer (1993), der Beitritt zu IMF/Weltbank (1992) und zur WTO (1993) sowie die bilateralen Verträge mit der EU (2000, evtl. 2004).

Verschiedene Reformprojekte sind allerdings auch gescheitert, wie etwa das Elektrizitätsmarktgesetz in der Volksabstimmung vom 22. September 2002. In der Sozial- und Steuerpolitik besteht nach wie vor eine kaum überblickbare Regulierungsvielfalt. Die Liberalisierung des Binnenmarktes findet ihre Grenze am Widerstand der Kantone und auch an der mangelnden Koo-

---

20 Friedmann (1971), S. 23.

21 Hayek (1976), S. 49.

22 Peter Moser, Schweizerische Wirtschaftspolitik im internationalen Wettbewerb, Zürich 1991; David de Pury/Heinz Hauser/Beat Schmid, Mut zum Aufbruch. Eine wirtschaftspolitische Agenda für die Schweiz, Zürich 1995.

23 Dazu eingehend unten 6.2.2.

perationsbereitschaft gewisser Teile der Wirtschaft. Die Bilanz der Reformbestrebungen ist deshalb bislang ziemlich gemischt geblieben. Für die Schweiz gilt somit ähnlich wie für andere westeuropäische Länder, dass die Schere zwischen den wachsenden Staatsaufgaben einerseits und der sinkenden Steuerungsfähigkeit des Staates bzw. des Rechts[24] sich vielleicht nicht noch mehr geöffnet, aber jedenfalls auch nicht geschlossen hat. Die Herausforderung an staatliche Steuerung und Regulierung bleibt bestehen.

2.2. Werden und Wirkung staatlicher Steuerung

2.2.1. Die Entstehungsperspektive

Währenddem aus staatstheoretischer Perspektive das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft und – damit verbunden – das die jeweiligen Staatsideen prägende Aufgabenverständnis des Staates im Vordergrund stehen, interessieren sich sozialwissenschaftliche Ansätze mehr für die Entstehung und die Wirkungen staatlicher Steuerung. Dies gilt vor allem für die Rechtssoziologie einerseits sowie für die Politik- und Verwaltungswissenschaften anderseits. Die Rechtssoziologie befasst sich dabei mit den Zusammenhängen zwischen Gesellschaft und Recht, mit der Interdependenz, die zwischen dem Sozialleben und der Rechtsordnung besteht. Die Politik- und Verwaltungswissenschaften untersuchen demgegenüber die staatlichen Institutionen, die politischen Kräfte und Prozesse sowie die materiellen Politiken, die der Staat in den einzelnen gesellschaftlichen Bereichen entwickelt und implementiert.

Beiden, der Rechtssoziologie und den Politik- und Verwaltungswissenschaften, war lange ein im Wesentlichen akteurorientiertes Handlungsmodell gemeinsam, d. h. ein Handlungsmodell, das letztlich auf einer individualistischen Handlungstheorie beruht und davon ausgeht, dass das handelnde Individuum – oder eine Gruppe von Individuen – sowohl primärer Akteur in der Gesellschaft (Individuum, politische Partei, Verband u. a.) als auch primärer Adressat staatlicher Steuerung oder Regulierung (Individuum, Unternehmen u. a.) ist.

Beiden ist im Weiteren gemeinsam, dass sie sich zunächst vor allem für die Entstehung staatlicher Steuerung bzw. des Rechts interessiert haben. Dies gilt insbesondere für die Rechtssoziologie. So haben etwa Eugen Ehrlich und Max Weber, die zu den Begründern dieser Disziplin zählen, sich schwergewichtig mit der Entstehung des Rechts aus dem Sozialleben befasst und auf-

24 So der Titel des von Dieter Grimm herausgegebenen Sammelbandes: Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990.

gezeigt, dass Recht ein Ergebnis gesellschaftlicher Prozesse ist.[25] Aber auch die Politik- und Verwaltungswissenschaften konzentrierten sich anfänglich auf die Analyse der den politischen Entscheiden vorausgehenden Prozesse. Dies gilt nicht nur für die Schweiz, sondern auch für die meisten andern Länder, in denen solche sozialwissenschaftlichen Studien gemacht wurden. In der Schweiz sind namentlich die diversen Studien über die Volksrechte und den Einfluss der Parteien und Verbände im Vorfeld politischer Entscheide Ausdruck dieser Orientierung.[26]

2.2.2. Die Implementations- und Wirkungsperspektive

In den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts fand dann ein eigentlicher Perspektivenwechsel statt. Sowohl in der Rechtssoziologie als auch in den Politik- und Verwaltungswissenschaften rückten vermehrt die Wirkungen des Rechts bzw. staatlichen Handelns in den Vordergrund. Recht und Gesetzgebung erschienen als Instrumente, als Sozialtechniken («social engineering»), die eingesetzt werden konnten, um individuelles Verhalten und damit gesellschaftliches Geschehen zu beeinflussen oder gar zu steuern.

Voraussetzung für die Steuerungs- oder Gestaltungswirkung ist, dass rechtliche Normen befolgt und gesetzgeberische Entscheide umgesetzt werden. Die Rechtssoziologie interessierte sich deshalb zunächst vor allem für die Frage der Rechtsbefolgung. Sie erforschte namentlich die psychischen Faktoren oder Gegebenheiten, die in diesem Zusammenhang für die einzelnen Normadressaten eine Rolle spielen.[27] Sie war – und ist weiterhin – akteurzentriert. Ausgehend vom utilitaristisch geprägten Menschenbild, das vielen rechtssoziologischen Ansätzen dieser Art zu Grunde liegt, werden die Erklärungsfaktoren der Normbefolgung in erster Linie in individuellen Kosten-Nutzen-Abwägungen gesucht, d. h. in einem Vergleich der Kosten einer Normabweichung mit dem entsprechenden Nutzen. Für diese Abwägung sind somit die Sanktionen der Nichtbefolgung des Rechts von entscheidender Bedeutung, wobei nicht bloss die Sanktionsschwere, sondern auch die Sanktionswahrscheinlichkeit zu berücksichtigen sind; daneben spielen aber noch zahlreiche andere Faktoren wie die Bekanntheit und Verständlichkeit des

---

25 Rehbinder (2003), Rz. 2.

26 Namentlich Leonhard Neidhart, Plebiszit und pluralitäre Demokratie: eine Analyse der Funktion des schweizerischen Gesetzesreferendums, Bern 1970; Raimund E. Germann, Politische Innovation und Verfassungsreform: ein Betrag zur schweizerischen Diskussion über die Totalrevision der Bundesverfassung, Bern/Stuttgart 1975; Hans Werder, Die Bedeutung der Volksinitiative in der Nachkriegszeit, Bern 1978; Jean-Daniel Delley, L'initiative populaire en Suisse, Lausanne 1978.

27 Dazu etwa Rehbinder (2003), Rz. 115 ff.

Rechts, der Grad der sozialen Ablehnung einer Übertretung (Stigmatisierung) und die Sichtbarkeit einer solchen Übertretung oder Nichtbefolgung mit.[28] Diese Faktoren können je nach Rechtsgebiet und Situation der Normbefolgung stark variieren oder zumindest unterschiedliches Gewicht haben.

Neben den utilitaristisch geprägten Handlungstheorien sind in der Rechtssoziologie auch Theorien der moralischen Rechtsorientierung und damit etwas andere Erklärungsansätze für die Rechtsbefolgung entwickelt worden. Sie rücken die Bedeutung der freiwilligen Normbefolgung für die Wirkungsweise und die Wirkungen des Rechts in den Vordergrund: Normen werden befolgt, weil die Legitimität (oder Richtigkeit, Vertretbarkeit) ihres Inhalts innerlich akzeptiert und bejaht wird.[29] Die Rechtsbefolgung hängt somit nicht bloss von einem sanktionenorientierten Kalkül ab, sondern namentlich auch von der demokratischen Legitimation und der moralischen Autorität der staatlichen Institutionen, insbesondere des Gesetzgebers, von der Existenz einer öffentlichen Moral, von der kollektiven Identität der Rechtsgemeinschaft und von der Übereinstimmung der Norminhalte mit intuitiven Gerechtigkeitsvorstellungen.

Etwa im gleichen Zeitraum und in ähnlicher Weise haben auch die Politik- und die Verwaltungswissenschaften ihren Fokus vermehrt auf die Umsetzung und die Wirkungen staatlicher Entscheide gerichtet. Ab Mitte der siebziger Jahre entwickelte sich in diesen Disziplinen sowohl in Amerika als auch in Europa zunächst die Implementations- und dann sehr rasch auch die Wirkungsforschung.[30] Sie zeigen insbesondere, dass staatliche Steuerung oder Regulierung nur wirkungsvoll sein kann, wenn sie der Interaktionsstruktur

---

28 Zu diesen und weiteren Faktoren etwa das sog. «Opp-Modell» zur Befolgung von Rechtsnormen; vgl. Karl-Dieter Opp, Soziologie im Recht, Reinbeck 1973, S. 190 ff. und die Weiterentwicklung dieses Modells durch Andreas Diekmann, Die Befolgung von Gesetzen. Empirische Untersuchungen zu einer rechtssoziologischen Theorie, Berlin 1980, S. 32 ff., 122 ff., sowie Hubert Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, Darmstadt 1987, S. 54 ff. Sodann die übersichtlichen Schemata bei Rottleuthner (1992), S. 126 f.

29 Rehbinder (2003), Rz. 116.

30 Zur Implementationsforschung siehe für die Schweiz insbesondere Peter Knoepfel, Öffentliches Recht und Vollzugsforschung: Beiträge der sogenannten Implementationsforschung zur staats- und verwaltungsrechtlichen Parlamentsdiskussion, Bern 1979; siehe auch die Beiträge in Mayntz (1980). Zur Wirkungsforschung etwa Renate Mayntz, Durchsetzung und Wirksamkeit des Rechts in der Sicht der Soziologie, Mannheim/Zürich 1984; Gerd-Michael Hellstern/Hellmut Wollmann (Hrsg.), Handbuch zur Evaluierungsforschung, Opladen 1985; Luzius Mader, L'évaluation législative – pour une analyse empirique des effets de la législation, Lausanne 1985; Armin Höland, Vom Machen und Messen von Gesetzen, in: Zeitschrift für Rechtssoziolgie 10 (1989), Heft 2, S. 202 ff.; Werner Bussmann/Ulrich Klöti/Peter Knoepfel (Hrsg.), Einführung in die Politikevaluation, Basel 1997; Hagen Hof/Gertrude Lübbe-Wolff (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I – Wirkungen und Erfolgsbedingungen von Gesetzen, Baden-Baden 1999; neuerdings die Beiträge in Ulrich Karpen/Hagen Hof (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht IV – Möglichkeiten einer Institutionalisierung der Wirkungskontrolle von Gesetzen, Baden-Baden 2003.

zwischen den Akteuren Rechnung tragen und diese beeinflussen kann. Diese Möglichkeit ist beispielsweise bei wirtschaftlichen Akteuren, die nicht bloss auf nationaler, sondern auf internationaler Ebene oder global tätig sind, beschränkt und erlaubt diesen, sich nationalen Steuerungsversuchen weitgehend zu entziehen.[31] Sie ist im Weiteren auch beschränkt bei Akteuren, die sich durch eine gute innere Organisation und durch Vernetzung mit andern Akteuren auszeichnen, so dass sie zwar einerseits ein hohes Mass an eigener Handlungsfähigkeit aufweisen und damit den Staat unter Umständen von Steuerungsaufgaben entlasten können, anderseits es aber dem Staat auch erschweren, sich gegen ihre vom Gemeinwohl abweichenden Eigeninteressen durchzusetzen.[32]

2.2.3. Staatliche Steuerung als reiterativer Prozess

Beide Perspektiven, die auf das Werden staatlicher Steuerung und die auf deren Wirkungen ausgerichtete, sind einseitig und partiell und tragen dem reiterativen Charakter des Prozesses staatlicher Steuerung zu wenig Rechnung. Implementations- und Wirkungsaspekte können nur richtig erfasst und verstanden werden, wenn auch die in der Entstehungsphase des Rechts oder öffentlicher Politiken wirksamen Kräfte oder Faktoren ausreichend bekannt sind. Die Rechtsbefolgung hängt auch von der Akzeptanz der Normen und damit von der Legitimierung ihrer Entstehung ab. Gleichermassen sind Auseinandersetzungen im Vollzug, in der Implementationsphase, und Wirkungsdefizite öffentlicher Politiken häufig mindestens zum Teil ein Abbild der politischen Prozesse, die im Vorfeld der Entscheide stattgefunden haben. Der Vollzug ist in gewisser Weise die Fortsetzung dieser politischen Prozesse unter mehr oder weniger veränderten Rahmenbedingungen. Politische Kräfte, die sich in der Entstehungsphase nicht oder nur ungenügend durchsetzen konnten, werden versuchen, sich in der Implementationsphase durchzusetzen.

Umgekehrt führen Probleme der Rechtsbefolgung oder -durchsetzung und Vollzugsdefizite zu neuem rechtlichem oder gesetzgeberischem Handlungsbedarf. Sowohl in der Rechtssoziologie als auch in den Politik- und Verwaltungswissenschaften ist deshalb heute unbestritten, dass stets beide Dimensionen oder Perspektiven, die entstehungsorientierte und die wirkungsorientierte, einbezogen werden müssen, um Phänomene staatlicher Steuerung oder Regulierung der Gesellschaft zuverlässig zu erfassen und beurteilen zu können. Obwohl die Diskussion über staatliche Regulierung, Deregulierung und Selbstregulierung in erster Linie mit Blick auf Wirkungsaspekte geführt wird, wird sie deshalb stets auch die Entstehungsperspektive berücksichtigen müssen.

---

31 Scharpf (1989), S. 17.

32 Scharpf (1989), S. 17.

2.3. Systemtheoretische Ansätze

2.3.1. Systeme als Adressaten staatlicher Steuerung

Anders als die eben beschriebenen, «klassischen» rechtssoziologischen und politologischen Ansätze, die auf akteurbezogenen, individualistischen Handlungstheorien beruhen, geht die von NIKLAS LUHMANN geprägte Systemtheorie davon aus, dass staatliche Steuerung, wenn überhaupt zwischen sozialen Systemen erfolgt.[33] Moderne Gesellschaften sind hochkomplex und polyzentrisch in einzelne Teil- oder Subsysteme wie Staat, Wirtschaft, Kultur, Religion, Wissenschaft, Familie, Bildung usw. ausdifferenziert. Diese Teilsysteme erfüllen je bestimmte Funktionen und operieren nach ihren eigenen, binären Codes (effizient/ineffizient, schön/hässlich, wahr/falsch, Recht/Unrecht usw.). Sie reproduzieren ihre elementaren Einheiten (z. B. Rechtshandlungen) selber und sind mithin charakterisiert durch Selbstreferenz und Autopoiese.[34] Autonomie kommt nicht dem einzelnen Individuum, sondern den Systemen zu.[35] Handelnde Grundeinheiten der Gesellschaft und damit Adressaten staatlicher Steuerung sind folglich die Teilsysteme.

Diese Teilsysteme der Gesellschaft sind auf Grund ihrer je eigenen Rationalität (Diskurse, Programme, Wirklichkeitskonstruktionen, Codes, Identität) in sich geschlossen und gegenüber rechtlichen Steuerungsversuchen weitgehend immun.[36] Sie können zwar Informationen austauschen, einander beobachten und aufeinander strategisch reagieren, verfügen jedoch nicht über einen gemeinsamen Code oder eine gemeinsame Sprache. So werden etwa Rechtsnormen in andern Teilsystemen nicht unter dem Aspekt legal/illegal gelesen, sondern nach dem jeweiligen Systemcode rekonstruiert. Im Wirtschaftssystem z. B. wird die Rechtsbefolgung nach ihren Auswirkungen auf die Gewinnmaximierung oder die Reputation eines Unternehmens befragt.[37] Aus diesem Grund können auf Recht oder Gesetzgebung basierende Steuerungsbestrebungen ihre Ziele nur beschränkt erreichen.

Andere soziale Teilsysteme sind gegenüber staatlichen Steuerungsversuchen teilweise resistent. Hinzu kommt die Unberechenbarkeit der Auswirkungen solcher Versuche: nichtlineare, rekursive Vernetzungen verunmöglichen eine verlässliche Vorhersage der Reaktionsweise eines Systems. Zwar sind rechtliche Interventionen des Staates in den verschiedenen sozialen Teil-

---

33 LUHMANN (1999), S. 241 ff.

34 LUHMANN (1993), S. 42 ff.

35 Nach LEPSIUS (1999), S. 52 ff., verstossen die Modellannahmen der Systemtheorie gegen die Menschenwürde.

36 Dazu illustrativ die systemtheoretische Analyse von Gabriel Garcia Marquez› «Chronik eines angekündigten Todes» bei TEUBNER (1992), insbesondere S. 144 ff.

37 TEUBNER (1989), S. 157.

systemen möglich und letztlich auch mit staatlichem Zwang durchsetzbar, aber die Wahrscheinlichkeit ist gross, dass sie Funktionsstörungen (Dysfunktionalitäten) zur Folge haben. Der jeweilige Systemcode wird in solchen Situationen durch den Machtcode ersetzt, wodurch die Ausdifferenzierung des jeweiligen Teilsystems und seine Selbstreferenz durch eine gegenläufige hierarchische Tendenz unterminiert werden.[38]

2.3.2. Kritik an systemtheoretischen Ansätzen

Die systemtheoretischen Ansätze sind nicht unwidersprochen geblieben. So hält etwa JÜRGEN HABERMAS der Annahme fehlender Kommunikationsfähigkeit zwischen den gesellschaftlichen Subsystemen sein Konzept der Lebenswelt entgegen. Die Lebenswelt ist die den Teilsystemen vorgelagerte Sphäre und als solche der Boden für gesamtgesellschaftliche Kommunikation und Integration. Das Recht funktioniere als eine Art Transformator zwischen der Lebenswelt und den gesellschaftlichen Teilsystemen, indem es von der Alltagssprache in die Funktionssprachen übersetze.[39] Akteurbezogene Theorien halten der Systemtheorie entgegen, dass Einzelne und vor allem Organisationen mehrere Funktionssprachen sprechen und zwischen Funktionslogiken wechseln können.[40]

Es kann hier nicht darum gehen, vertieft auf die systemtheoretischen Ansätze und deren Kritik einzugehen. Aus legistischer Sicht interessieren vielmehr die Anregungen und Konsequenzen, die sich aus der systemtheoretischen Gesellschaftskonstruktion für die Beurteilung von Recht und Gesetzgebung im Kontext staatlicher Steuerung der Gesellschaft ergeben. Die Aussage, dass Recht und Gesetzgebung nicht zur Steuerung gesellschaftlicher Teilsysteme eingesetzt werden können, ist in dieser Allgemeinheit empirisch gewiss nicht haltbar und für die Gesetzgebungspraxis unbrauchbar. Hingegen erscheint es durchaus plausibel, dass das Recht nicht die spezifischen Funktionen gesellschaftlicher Teilsysteme übernehmen kann oder soll. Systemtheoretische Ansätze sind deshalb vor allem auch als Antwort auf die Steuerungs- und Verrechtlichungskrisen des interventionistischen Wohlfahrtsstaates zu verstehen und zu berücksichtigen.

Die systemtheoretische Rechtskritik zielt nicht auf das formale Recht, das in der Form von Verboten, Geboten oder subjektiven Rechten und Pflichten Handlungssphären für die Verfolgung privater Interessen garantiert. Hinterfragt wird vielmehr materielles Recht, das soziales Verhalten direkt und er-

38 TEUBNER (1989), S. 156; LEPSIUS (1999), S. 37.
39 HABERMAS (1992), S. 77 f.
40 So etwa SCHARPF (1989), S. 15.

gebnisorientiert steuern und damit Verantwortung für gesellschaftliche Prozesse und für deren Resultate übernehmen will.[41] Als angezeigt erscheint stattdessen Recht, welches das Funktionieren der Teilsysteme aktiv fördert. Funktionsstörungen sollen mittels kompensatorischer Intervention behoben werden.[42] Solches Recht wird als «reflexives» oder «prozedurales» Recht bezeichnet; zum Teil wird in diesem Zusammenhang auch von «Kontextsteuerung» gesprochen.[43] Klassisches Beispiel dafür ist die Wirtschaftsverfassung, die den Sozialpartnern das Instrument des Gesamtarbeitsvertrags sowie formell gleiche Verhandlungsmacht zuteilt, das Verhandlungsergebnis aber offen lässt.

2.3.3. Steuerungsmedien

Im Rahmen der systemtheoretischen Ansätze sind wichtige konzeptionelle Vorstellungen zur Frage entwickelt worden, in welcher Weise oder mit welchen Mitteln die verschiedenen Teilsysteme interagieren, sich beeinflussen und sich koordinieren.[44] HELMUT WILLKE, einer der wichtigsten zeitgenössischen Vertreter der Systemtheorie, unterscheidet beispielsweise zwischen verschiedenen Formen oder Modellen der Koordination (Demokratie, Markt, Hierarchie) und zwischen verschiedenen Medien der Steuerung (Macht, Geld, Wissen).[45]

Interessant erscheint uns im vorliegenden Zusammenhang auch die Darstellung von DIETER FREIBURGHAUS. In einem Beitrag über die Entwicklung der staatlichen Handlungsinstrumente zeigt dieser auf, welche hauptsächlichen staatlichen Handlungsinstrumente – oder eben Steuerungsmedien im Sinne von WILLKE – die einzelnen historischen Epochen prägen und welche vorherrschenden Institutionen, Prinzipien, Machtgrundlagen und Leitwissenschaften diesen Instrumenten entsprechen.[46] Nach seiner Darstellung zeigt die historische Entwicklung eine progressive Verlagerung vom Steuerungsmedium Macht oder Gewalt (15. bis 17. Jahrhundert), über die Steuerungsmedien Recht (18./19. Jahrhundert) und Geld oder Markt (19./20. Jahrhundert) zum Steuerungsmedium Information (20./21. Jahrhundert). Dieser Verlagerung entsprechen Gewichtsverschiebungen bei den vorherrschenden Institutionen (Armee und Polizei, Verwaltungen und Anstalten, Unterneh-

---

41 TEUBNER (1982), S. 25.

42 TEUBNER (1982), S. 26.

43 Namentlich WILLKE (1997), S. 72 ff.

44 Für eine Übersicht siehe WILLKE (2001), S. 94.

45 Zum Ganzen WILLKE (2001), S. 151 ff.

46 DIETER FREIBURGHAUS, Le développement des moyens de l'action étatique, in: MORAND (1991 b), S. 49 ff., insbesondere die Übersicht auf S. 63.

men, Netzwerke), bei den dominierenden Prinzipien (Hierarchie, Legalitätsprinzip, Effizienz, Kommunikation) und auch betreffend Stellung des Individuums in der Gesellschaft (Untertan, Bürger, Gesuchsteller, Sender oder Empfänger von Informationen). Verlagerung und Gewichtsverschiebung bedeuten dabei, dass die verschiedenen Steuerungsmedien nicht als Alternativen zu sehen sind. Staatliche Steuerung ist auf alle angewiesen und beruht auf einer Kombination der verfügbaren Möglichkeiten. Die historische Entwicklung macht lediglich die Schwerpunktverlagerungen deutlich, die sich namentlich auch aus dem Wandel des Staatsverständnisses bzw. der gesellschaftlichen Erwartungen an den Staat ergeben.

2.4. Staatliche Steuerung und Gesetzgebung

Staatliche Steuerung, das Einwirken des Staates auf die Gesellschaft, bedient sich des Instruments der Gesetzgebung. Die Gesetzgebung hat in diesem Sinne eine instrumentelle Funktion; sie ist ein wichtiges, ja vielleicht sogar das wichtigste staatliche Steuerungsmittel. Diese instrumentelle Sicht der Gesetzgebung im Kontext staatlicher Steuerung bedarf jedoch der Ergänzung in mehrfacher Hinsicht. Denn einerseits trägt sie nicht allen Funktionen der Gesetzgebung Rechnung und anderseits klammert sie aus, dass staatliche Steuerung auch mit andern Mitteln oder in anderer Art und Weise erfolgen kann.

2.4.1. Funktionen der Gesetzgebung

Gesetzgebung ist nicht bloss Mittel der staatlichen Steuerung, sondern auch Ausdruck, Konkretisierung der Steuerung des Staates durch die Gesellschaft. Gesetzgebung kann zwar auf die Gesellschaft einwirken, entsteht aber auch aus der Gesellschaft. In der rechtssoziologischen und politologischen Literatur, die Eingang gefunden hat in entsprechende Darstellungen aus legistischer Sicht, werden namentlich vier wichtige Funktionen der Gesetzgebung unterschieden: die Ordnungsfunktion, die Steuerungsfunktion, die Legitimierungsfunktion und die Entscheidfindungsfunktion.[47] Selbstverständlich schliessen sich dabei diese Funktionen nicht gegenseitig aus; die Übergänge zwischen ihnen sind fliessend, und Zuordnungen sind mehr eine Frage der Gewichtung als der Abgrenzung, wobei die Gewichtung sich mit der Entwicklung des Staatsverständnisses verschiebt. Das jeweils vorherrschende Aufgabenver-

47 Siehe dazu insbesondere G. Müller (1996), S. 101 ff.; ders. (1999), S. 10 ff.

ständnis des Staates prägt die Funktionen und entsprechend auch die Art oder den Typus der Gesetzgebung. Mit dem Wandel des Staates wandelt sich auch die Gesetzgebung. Dazu kommt, dass diese Funktionen zum Teil auf dem Inhalt (Ordnungsfunktion, Steuerungsfunktion) beruhen, zum Teil aber eher aus dem Verfahren (Legitimierungsfunktion, Entscheidfindungsfunktion) der Gesetzgebung resultieren. Gesetzgebung wird also in einem doppelten Sinn verwendet, nämlich als Prozess oder Verfahren einerseits und als Ergebnis eines Prozesses oder Verfahrens anderseits.

2.4.1.1. Ordnungsfunktion

Private und Behörden bedürfen einer klaren Rahmenordnung, die ihnen ermöglicht, einigermassen gesicherte Erwartungen zum Verhalten der andern gesellschaftlichen oder staatlichen Akteure zu entwickeln, mit denen sie in Interaktion stehen oder treten. Rechtliche Verhaltensregeln können diese Funktion erfüllen. Sie gewährleisten die notwendige Erwartungssicherheit und ermöglichen Stabilität und Vorausschaubarkeit für soziale Interaktionen. Diese Ordnungsfunktion kommt ganz ausgeprägt der Gesetzgebung im Bereich des Privatrechts zu, die das Verhältnis zwischen Personen sowie zwischen Personen und Sachen regelt. Aber auch das Strafrecht, das Verfahrensrecht und das Organisationsrecht der staatlichen Behörden erfüllen in erster Linie eine Ordnungsfunktion.

2.4.1.2. Steuerungsfunktion

Deregulierungspostulate sind nicht zuletzt ein Appell, Gesetzgebung wieder stärker auf ihre Ordnungsfunktion zu fokussieren. In Zusammenhang mit dem Thema der staatlichen Regulierung steht jedoch klar eine andere Funktion der Gesetzgebung im Vordergrund, nämlich die Steuerungsfunktion: Gesetzgebung wird in vielen Fällen und in vielfältiger Weise zur Steuerung individueller Verhaltensweisen und gesellschaftlicher Prozesse in bestimmte Richtungen eingesetzt. Dies gilt insbesondere für die öffentlichrechtliche Gesetzgebung in den verschiedenen Politikbereichen, in denen der Staat in den letzten Jahrzehnten vermehrt Aufgaben übernommen und eigentliche Politiken entwickelt hat (Sozialpolitik, Gesundheitspolitik, Umweltpolitik, Verkehrspolitik, Landwirtschaftspolitik usw.). Wie weit es dem Staat aber tatsächlich gelingt, auf dem Weg der Gesetzgebung gestaltend – und vor allem auch zielkonform – auf die Gesellschaft einzuwirken, ist eine andere Frage. Zahlreiche Beispiele aus den eben genannten Politikbereichen rechtfertigen zumindest Skepsis. In manchen Fällen scheint der Gesetzgeber eher den tat-

sächlichen Entwicklungen hinterher zu rennen als sie zu gestalten, und die Änderungshäufigkeit der Gesetzgebung in diesen Bereichen ist zum Teil das Resultat mangelnder Gestaltungswirkung, d. h. der begrenzten Steuerungsfähigkeit der Gesetzgebung. In diesem Sinne kann die Überschätzung des Steuerungspotentials der Gesetzgebung einer der «regulierungstreibenden» Faktoren sein.

2.4.1.3. Legitimierungsfunktion

Die Gesetzesform stellt demokratische Mitwirkung und damit politische Legitimierung bei staatlichen Entscheiden sicher, die rechtsetzender Natur sind, d. h. die nicht bloss eine bestimmte Person in einer bestimmten Situation, sondern einen allgemein umschriebenen Personenkreis in einer allgemein umschriebenen Situation betreffen und somit generell-abstrakten Charakter haben. Alle wichtigen rechtsetzenden Entscheide bedürfen nach Art. 164 Abs. 1 BV dieser Form. Wenn sie gestützt auf eine Delegation rechtsetzender Befugnisse ergehen, müssen mindestens die Delegationsnorm selbst und die Grundzüge der in einem bestimmten Bereich zu erlassenden Regelung in Gesetzesform ergehen. Und soweit es sich um weniger wichtige rechtsetzende Entscheide handelt, die im Rahmen der Umsetzung oder des Vollzugs von Gesetzen zu treffen sind, legitimiert Art. 182 Abs. 1 BV die Regierung zur Gesetzgebung.

Die verfassungsrechtliche Regelung der Gesetzgebungskompetenzen bzw. des Gesetzgebungsverfahrens garantiert, dass die Gesetzgebung in der Regel über ein hohes Mass an Akzeptanz verfügt, das – je nach Inhalt – die freiwillige Befolgung fördert und damit staatliche Durchsetzung entlastet oder aber die Umsetzung und den Vollzug der Gesetzgebung durch die Behörden erleichtert. Ohne diese Legitimität leidet die Akzeptanz und damit auch die Steuerungsfähigkeit der Gesetzgebung.

Mit der Legitimierungsfunktion kann jedoch auch noch etwas anderes gemeint sein. Gesetzgebung hat nicht immer den Zweck, zukunftsorientiert auf Verhalten oder Entwicklungen einzuwirken. Namentlich dann, wenn die Ordnungsfunktion im Vordergrund steht, geht es dem Gesetzgeber häufig primär darum, Entwicklungen, die bereits eingetreten sind, oder Verhaltensweisen, die bereits geübt werden, nachzuzeichnen und sie damit nachträglich zu legitimieren. Gesetzgebung ist der gesellschaftlichen Entwicklung nicht immer ein Schritt voraus, sie hinkt ihr häufig hinterher, erfüllt aber gerade damit eine absolut unerlässliche Funktion.

2.4.1.4. Entscheidfindungsfunktion

Die politische Entscheidfindung bedarf eines bestimmten Verfahrens und einer Form, in der Entscheide zum Ausdruck gebracht werden können. Die Gesetzgebung ist eigentlich beides. Als Verfahren regelt sie, wie politische Entscheide zu Stande kommen. Sie strukturiert den Entscheidungsprozess und bestimmt, welche Organe in welcher Phase und mit welchen Kompetenzen in diesem Prozess mitwirken können. Als Form dient sie dazu, dem Resultat politischer Entscheidungsprozesse Ausdruck zu geben. Sie ist das wichtigste Gefäss, in das politische Entscheide gegossen werden. Selbst bei politischen Vorgängen oder Auseinandersetzungen, die nicht in eigentliche normative Entscheide ausmünden und deren Resultate somit kaum Ordnungs- oder Gestaltungswirkungen beanspruchen, sondern primär expressiven, symbolischen Charakter haben, kann die Gesetzgebung die geeignete Form sein.

2.4.2. Staatliche Steuerung ohne Gesetzgebung?

Staatliche Steuerung erfolgt nicht ausschliesslich auf dem Weg der Gesetzgebung. Zwar bedarf grundsätzlich jedes staatliche Handeln und damit jede Steuerung der Gesellschaft durch den Staat zumindest einer allgemeinen rechtlichen Grundlage. Aber nur ein Teil der staatlichen Steuerungsinstrumente erfordert einen spezifischen gesetzgeberischen Entscheid.[48] Die Behörden können unter bestimmten Umständen z. B. Verträge oder Vereinbarungen abschliessen, ohne dazu über eine spezifische, auf einen bestimmten Zweck oder auf einen bestimmten Bereich bezogene Ermächtigung rechtsetzender Natur zu verfügen. Oder sie können durch exemplarisches Handeln auf Individuen oder Unternehmen einwirken und sie zu einem bestimmten Verhalten veranlassen. Auch staatliche Empfehlungen und Appelle bedürfen keiner spezifischen Rechtsgrundlage, sind aber in bestimmten Situationen gleichwohl geeignet, gewünschte gesellschaftliche Wirkungen zu entfalten. Es ist jedoch einzuräumen, dass staatliche Steuerung in einer rechtsstaatlichen Demokratie ohne Gesetzgebung nur sehr beschränkt möglich ist. Unmittelbar oder mittelbar ist sie praktisch weitgehend auf die Gesetzgebung angewiesen.

---

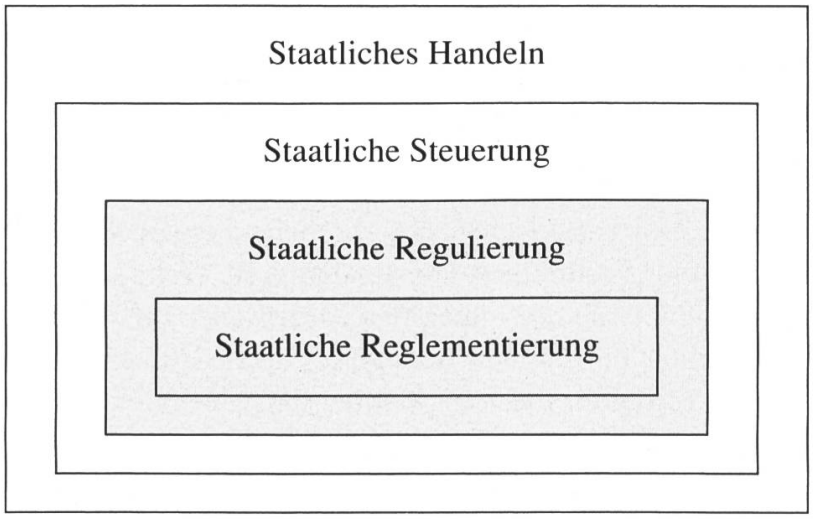
48 Zu den verschiedenen Regulierungsformen unten 3.4.

3. Dimensionen staatlicher Regulierung

3.1. Begriffe der Regulierung, Deregulierung und Selbstregulierung

Wir haben bislang bewusst den umfassenden Begriff der staatlichen Steuerung verwendet. Staatliche Regulierung, Deregulierung und Selbstregulierung sind in diesem Begriff eingeschlossen oder stehen zumindest in einem bestimmten Verhältnis dazu. Die Begriffsinhalte und deren Verhältnis untereinander sind allerdings alles andere als klar. Zwischen staatlicher Steuerung, Regelung, Regulierung, Reglementierung, Intervention usw. wird meistens überhaupt nicht oder nicht klar unterschieden, und es bleibt häufig auch unklar, wieweit das Recht oder die Gesetzgebung eine Rolle spielt bei den verschiedenen Arten staatlichen Einwirkens auf die Gesellschaft.[49] Es erscheint uns deshalb wichtig, zunächst einige begriffliche Klärungen vorzunehmen.

Das Begriffsverständnis, das unseren Ausführungen zu Grunde liegt, kann schematisch wie folgt abgebildet werden:



3.1.1. Regulierung

Staatliche Steuerung und staatliche Regulierung werden häufig als Synonyme verwendet. Manchmal hat staatliche Regulierung jedoch eine sehr begrenzte Bedeutung und meint eine ganz bestimmte Art staatlicher Intervention, nämlich die Intervention mittels sog. «regulativer» oder «regulatorischer» Instrumente, d. h. mittels Rechtsvorschriften, die direkt ein bestimmtes Verhalten vorschreiben oder die, mit andern Worten, autoritative, verbindliche Verhal-

49 In diesem Sinne auch Rottleuthner (1992), S. 123.

tenserwartungen des Staates an die Normadressaten zum Ausdruck bringen.[50] Klassische Beispiele dafür sind rechtliche Gebote und Verbote, deren Nichtbeachtung sanktioniert werden kann.

Der Begriff der staatlichen Regulierung wird hier nicht auf diese sog. regulativen oder regulatorischen Instrumente reduziert. Er wird nicht als Synonym für Reglementierung verwendet, sondern schliesst jede staatliche Steuerung ein, die in mittelbarer oder unmittelbarer Weise rechtlich normiert ist.[51] Staatliche Regulierung umfasst also insbesondere auch finanzielle Anreize negativer (Steuern und Abgaben) und positiver (Subventionen) Art. Es sind drei Elemente, die für unser Verständnis des Begriffs der staatlichen Regulierung konstitutiv sind:

1. Steuerung der Gesellschaft
2. durch den Staat
3. in Rechtsform.[52]

3.1.1.1. Regulierung als zielorientiertes Einwirken (Steuerung)

Staatliche Regulierung ist erstens auf bestimmte Ziele ausgerichtet. Sie erfolgt mit dem Anspruch, auf das gesellschaftliche Geschehen bzw. auf das Handeln von Individuen oder Organisationen (Unternehmen, Institutionen) einzuwirken und es in eine bestimmte Richtung zu lenken, sei es im Sinne einer Veränderung oder, im Gegenteil, einer Stabilisierung. Der Begriff ist in diesem Sinne untrennbar mit einer instrumentellen Sicht verknüpft: Staatliche Regulierung hat instrumentellen Charakter mit Blick auf ein bestimmtes Ziel oder eine bestimmte staatliche Aufgabe.

Dieser instrumentelle Charakter ist zweifellos nicht in allen Fällen gleich ausgeprägt. Vorschriften, die bestimmte öffentliche Interessen verfolgen, wie z. B. das Verbot der Gewässerverunreinigung in Art. 6 GSchG, das dem Gewässerschutz dient, haben einen stark ausgeprägten instrumentellen Charakter. Bei Normen, die rechtliche Rahmenbedingungen für die Regelung des Verhältnisses zwischen Personen (Vertragsrecht, Familienrecht), zwischen Personen und Sachen (Eigentumsordnung) oder – im vorliegenden Zusam-

---

50 ROTTLEUTHNER (1992), S. 123, spricht von «regulativer Politik»; TEUBNER (1992), S. 140, verwendet den Ausdruck «regulatorisches Recht».

51 JEAN-DANIEL DELLEY, Du miroir tendu au miroir tenu. L'administration face à l'obligation d'évaluer, in: Pour un droit pluriel, Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin, Genf 2002, S. 310, spricht in diesem Zusammenhang vom «passage de l'action publique de type réglementaire à une intervention régulatrice».

52 Diese drei Begriffselemente sind auch in der Definition von LIENHARD (1995), S. 106, erkennbar: «Allgemein können darunter (hoheitliche) Massnahmen verstanden werden, die eine Veränderung der (Rechts-) Positionen der Rechtsunterworfenen bewirken.»

menhang vielleicht von besonderer Bedeutung – für die möglichst freie Betätigung wirtschaftlicher Akteure (marktwirtschaftliche Ordnung) bereitstellen, ist dies deutlich weniger der Fall. Ja man kann sich vielleicht sogar fragen, ob es überhaupt Sinn macht, auch bei solchen Normen von staatlicher Regulierung zu sprechen, da ihr Ziel sehr offen und ihr instrumenteller Charakter entsprechend schwer erkennbar ist. Staatliche Information beispielsweise kann ganz gezielt als Instrument mit Blick auf die Erreichung eines bestimmten Ziels eingesetzt werden, wie dies etwa im Bereich der AIDS-Bekämpfung geschieht; sie kann aber auch, in sehr allgemeiner Form, als Erfüllung eines generellen staatlichen Informationsauftrags im Rahmen unseres Verständnisses des Funktionierens eines demokratischen Staates bzw. als Verwirklichung der verfassungsrechtlich verankerten Informationsfreiheit erfolgen. Die Schwierigkeiten, ja die Unmöglichkeit klarer Abgrenzungen lassen es als angezeigt erscheinen, den Begriff der staatlichen Regulierung als «graduelles Konzept»[53] zu verstehen und anzuwenden.

3.1.1.2. Der Staat als Regulator

Der in der politischen und wissenschaftlichen Diskussion verwendete Regulierungsbegriff geht davon aus, dass die Regulierung unmittelbar oder mittelbar durch den Staat erfolgt. Regulator ist der Staat. Regulierungen, die rein privaten Charakter haben, werden somit durch den hier verwendeten Regulierungsbegriff grundsätzlich nicht erfasst. In den Regulierungsbegriff eingeschlossen sind allerdings Regulierungen, die private Organisationen auf Grund einer Gesetzgebungsdelegation erlassen oder die sonstwie staatlich beeinflusst sind.[54]

Ebenso wenig werden Rechtsakte internationaler Organisationen, insbesondere Resolutionen und Empfehlungen von UNO und Europarat, als staatliche Regulierung verstanden. Obwohl die einzelnen Staaten bei der Entstehung dieser Beschlüsse mitwirken, bleiben diese solche der internationalen Organisation und sind damit der direkten Disposition des staatlichen Gesetzgebers entzogen. Dies im Unterschied zu den Staatsverträgen, welche ohne Mitwirkung des gemäss Verfassung zuständigen Staatsorgans nicht in Kraft treten können.

---

53 In Anlehnung an Erhard Blankenburg, Recht als gradualisiertes Konzept – Begriffsdimensionen der Diskussion um Verrechtlichung und Entrechtlichung, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band VI, Opladen 1980, S. 83 ff.

54 Siehe unten 3.1.3.1.

3.1.1.3. Regulierung als rechtsförmige Tätigkeit

Das dritte Element ist die Rechtsform. Staatliche Regulierung erfolgt in der Regel auf dem Weg der Rechtsetzung oder Gesetzgebung oder beruht zumindest auf Grundlagen mit rechtsetzendem Charakter.[55] Grundsätzlich ist sie also unmittelbar oder mittelbar mit der gesetzgeberischen Tätigkeit des Staates verknüpft.[56] Eine unmittelbare Verknüpfung besteht dann, wenn eine spezifische Rechtsgrundlage für ein bestimmtes Regulierungsinstrument besteht. Eine mittelbare Verknüpfung ist dann gegeben, wenn das Tätigwerden des Staates zumindest auf einer allgemeinen Rechtsgrundlage beruht. Das Beispiel der Informationstätigkeit des Staates mag hier erneut zur Verdeutlichung dienen: Wenn Information gezielt als Regulierungsinstrument zur Realisierung bestimmter Ziele eingesetzt wird, ist eine spezifische Rechtsgrundlage notwendig; wenn Information hingegen nicht in einem direkt instrumentellen Sinn erfolgt, ist eine allgemeine Rechtsgrundlage ausreichend.[57]

Regeln mit rechtsetzendem Charakter entfalten ihre Wirkungen meistens nicht direkt. Sie bedürfen der Befolgung durch die Normadressaten, der Umsetzung durch die Verwaltung und letztlich der Durchsetzung durch die Gerichte. Umsetzungs- und Durchsetzungstätigkeiten, etwa der Erlass von Verfügungen oder materielles Verwaltungshandeln, sind deshalb mittelbar im Regulierungsbegriff eingeschlossen. Anwendungsakte der Verwaltung und der Gerichte können aber auch eigenständige Steuerungsfunktionen haben, nämlich dann, wenn bei der Umsetzung und Durchsetzung erhebliche Entscheidungsspielräume bestehen.[58]

3.1.1.4. Der Wirtschaftsbereich als Regulierungsgegenstand?

Man kann sich fragen, ob nicht noch ein viertes Element hinzukommt, nämlich der Bereich, in den der Gesetzgeber steuernd einwirkt. Staatliche Regulierung wird schwergewichtig bei Einwirkungen im Bereich der Wirtschaft thematisiert. Wirtschaftliche Tätigkeiten und Mechanismen sind in diesem Sinne primärer Regulierungsgegenstand.[59] Es scheint uns jedoch verfehlt,

---

55 Zum Begriff der Rechtsetzung siehe die Definition in Art. 22 Abs. 4 ParlG.

56 Neben dem Gesetz bestehen weitere Regulierungsformen wie Beschlüsse oder Staatsverträge; dazu unten 3.4.

57 Siehe dazu insbesondere PIERRE TSCHANNEN, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, in: ZSR 1999, S. 423 ff.

58 Dazu eingehender unten 3.4.1.

59 Vgl. dazu den Beitrag von JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY in diesem Band zu Regulierungsfragen im Banken- und Finanzbereich. Sodann etwa CHRISTINE BREINING-KAUFMANN, Deregulierung und Europaverträglichkeit als Maximen der Gesetzgebung im Wirtschaftsrecht, in: Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, S. 441 ff.

diesen hauptsächlichen Regulierungsgegenstand zu einem konstitutiven Element des Regulierungsbegriffs zu machen. Eine solche Definition wäre zu eng. Sie würde den Umstand ausklammern, dass staatliche Regulierung – und vor allem auch die Kritik an ihr – durchaus auch in andern Bereichen thematisiert werden.[60] Insbesondere die Kritik an einem zu engen normativen Korsett, an übermässiger normativer Dichte, beschränkt sich keineswegs auf den wirtschaftlichen Bereich, sondern erfasst auch andere Bereiche wie etwa den Verkehrsbereich, den Umweltbereich oder den Bereich der Forschung. Der Regulierungsgegenstand oder die Regulierungsmaterie können also offen bleiben.

3.1.1.5. Der Staat als Regulierungsadressat?

Die Frage stellt sich, ob der Regulierungsbegriff auch verwendet werden soll, wenn die staatlichen Behörden Regulierungsgegenstand sind, d. h. wenn im Wesentlichen bloss deren Aufgaben und Funktionsweise bestimmt werden, ohne dass eine direkte Einwirkung auf die Gesellschaft erfolgt. Regulierungen dieser Art haben in den letzten Jahren erheblich zugenommen. Ein Bereich, in dem heute vielleicht ein besonders dichtes Geflecht von solchen internen Regeln besteht, ist z. B. der Militärbereich. Die Situation ist jedoch in andern Bereichen nicht grundlegend verschieden. Soweit diese internen Regeln aber mit Blick auf die Erfüllung der gesellschaftlichen Aufgaben der staatlichen Behörden erlassen werden, scheint es uns nicht angezeigt, sie begrifflich auszuschliessen. Zumindest mittelbar dienen auch sie dem zielorientierten Einwirken des Staates auf die Gesellschaft.[61]

3.1.1.6. Begriffskern und Begriffshof

Die kurze Darstellung der konstitutiven Elemente des Regulierungsbegriffs soll deutlich machen, dass dieser Begriff zwar einerseits einen harten Kern hat, dass aber anderseits um diesen Kern herum ein weiter reichender Begriffshof besteht, dessen Konturen unscharf sind und – zumindest im vorliegenden Zusammenhang – auch so bleiben können. Es erscheint uns in der Tat weder sinnvoll noch notwendig, definitorische Festlegungen zu treffen, die sich

60 Vgl. die Beiträge von Ursula Brunner und Alexander Ruch in diesem Band zu Regulierungsfragen im Umweltbereich sowie in den Bereichen Gentechnologie und Internet. Sodann etwa Rolf H. Weber/Bianka S. Dörr, Revitalisierung der Selbstregulierung im Medienbereich?, in: AJP 2002 312 ff.

61 Zur mittelbaren Regulierung in dieser Form unten 4.3.2.

zu weit von der sehr breiten und offenen tatsächlichen Verwendung des Regulierungsbegriffs in der wissenschaftlichen und politischen Diskussion entfernen. In diesem Sinne ist die von uns gewählte Begriffsumschreibung als praktisches Arbeitsinstrument und nicht als normative Festlegung zu verstehen.

Zum harten Kern des Regulierungsbegriffs gehört das in die Form spezifischer rechtsetzender Bestimmungen gekleidete oder auf spezifischen rechtsetzenden Bestimmungen beruhende staatliche Einwirken auf gesellschaftliches Geschehen und Handeln mit dem Ziel, dieses in eine bestimmte Richtung zu lenken. Staatliches Handeln, das lediglich auf generellen Rechtsgrundlagen beruht oder dessen instrumenteller Charakter wenig ausgeprägt ist, liegt an sich ausserhalb dieses harten Kerns, kann aber sehr wohl auch unter den Regulierungsbegriff subsumiert werden. In ähnlicher Weise werden Regeln miterfasst, die an staatliche Behörden gerichtet sind und in erster Linie deren Aufgaben und Zuständigkeiten sowie verwaltungsinterne Abläufe festlegen oder präzisieren.

3.1.2. Deregulierung

3.1.2.1. Verschiedene Formen der Deregulierung

Der Deregulierungsbegriff wird in der politischen und wissenschaftlichen Diskussion ebenso unscharf verwendet wie der Begriff der Regulierung. Gemeinsam scheint allen Verwendungen, dass mit Deregulierung eine Reduktion des staatlichen Einwirkens auf die Gesellschaft gemeint ist; der Begriff beinhaltet somit eine Entwicklung, einen Übergang von einem Zustand der Regulierung zu einem Zustand ohne oder mit geringerer Regulierung.[62] Diese Entwicklung kann verschiedene Formen annehmen. Für unsere Zwecke lassen sich unterscheiden:

1. Aufgabenverzicht;
2. Verringerung der Regulierungsintensität;
3. Dezentralisierung.[63]

Der Verzicht auf ein regulierendes Einwirken des Staates, d. h. die vollständige Privatisierung einer staatlichen Aufgabe, ist die radikalste Form der De-

62 Vgl. Pfisterer (1994), S. 1: «Abbau staatlicher Normen, mit dem Ziel, den Staat zu beschränken»; Linder (1998), S. 96: «Verringerung der Tiefe und Dichte von Normen».

63 Nach Lienhard (1995), S. 110, bedeutet Deregulierung neben einer mengenmässigen Verringerung von Normen insbesondere auch Gesetzesoptimierung (namentlich qualitativer Abbau von Normen, Normenverbesserung, Verfahrensbeschleunigung), Gesetzesverlagerung, Verzicht auf Neuregulierung und Verwaltungsoptimierung.

regulierung. Mit dem Aufgabenverzicht oder Einwirkungsverzicht gibt der Staat jegliche Verantwortung für eine Aufgabe ab und überantwortet sie der Gesellschaft. Das bedeutet, dass der Staat weder die Aufgabe selber erfüllt, noch deren Erfüllung durch andere Organisationen oder Personen in irgendeiner Weise plant oder kontrolliert.[64] Aufgabenverzicht heisst Verzicht auf staatliche Intervention zu bestimmten Zwecken und bedeutet in der Regel die ersatzlose Aufhebung gesetzlicher Bestimmungen.[65]

Deregulierung ist jedoch nicht mit völligem Einwirkungsverzicht gleichzusetzen. In den meisten Fällen geht es vielmehr um eine Reduktion der Regulierungsintensität.[66] Den verschiedenen Aspekten oder Dimensionen der Regulierungsintensität entsprechend kann diese Reduktion in vielfältiger Weise erfolgen. So kann namentlich die Dichte der Regulierung zurückgenommen oder abgebaut werden, etwa indem sehr detaillierte Normen durch offenere Normen, ersetzt werden. Die Regelungsintensität kann auch reduziert werden, indem z. B. konditionale durch finale Normen abgelöst und den Normadressaten damit nur noch bestimmte Ziele, jedoch nicht mehr bestimmte Handlungsweisen vorgegeben werden. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, harte, einschneidende Regulierungsinstrumente durch weichere, weniger interventionistische Instrumente zu ersetzen, etwa Verbote und Gebote durch finanzielle Anreize oder ein Monopol- durch ein Wettbewerbssystem. Schliesslich kann beim Regulierungsziel selbst angesetzt werden, sei es um es offener zu definieren und damit den ausgeprägt instrumentellen Charakter staatlicher Regulierungen zurückzunehmen, sei es um die Zieldefinition materiell den gesellschaftlichen Kräften zu überlassen und – etwa durch prozedurale Normen – lediglich dafür besorgt zu sein, dass eine Zieldefinition erfolgt.

Eine weitere Form von Deregulierung ist die Dezentralisierung staatlicher Aufgaben. Gemeint ist die Auslagerung gesetzgeberischer oder administrativer Aufgaben an dezentrale Einheiten wie unabhängige Behördenkommissionen und Anstalten oder an private Personen.[67] Soweit Staatsaufgaben an Private ausgelagert werden, haben wir es zugleich mit einer Form staatlich gesteuerter Selbstregulierung zu tun.[68]

---

64 Vgl. auch den Ansatz von Tschannen (1998), S. 215 f., der zwischen Erfüllungs-, Kontroll- und Gewährleistungsverantwortung als den verschiedenen Verantwortungsstufen bezüglich staatlicher Tätigkeiten unterscheidet.

65 Zu einem Beispiel von Aufgabenverzicht unten 6.2.1: Aufhebung der Ausverkaufsordnung.

66 Zu den verschiedenen Aspekten der Regulierungsintensität unten 4.

67 Zu den verschiedenen Stufen der Dezentralisierung unten 3.5.3.2.

68 Vgl. unten 3.1.3.2.

3.1.2.2. Deregulierung und Re-Regulierung

In der Gesetzgebungspraxis ist das Phänomen bekannt, dass Deregulierung nicht zwangsläufig zu weniger staatlichen Normen führt, sondern – im Gegenteil – sogar häufig die Regelungsdichte erhöht. Zwar bringt der vollständige Verzicht auf eine staatliche Aufgabe regelmässig eine Reduktion der Regelungsmenge mit sich, weil dabei Gesetzesbestimmungen aufgehoben werden. Im Unterschied dazu zieht der Abbau staatlicher Intervention oft eine signifikante Vermehrung von Gesetzes- und Verordnungsrecht nach sich. In diesen Fällen geht die (qualitative) Deregulierung mit einer (quantitativen) Regulierung einher. Man spricht in diesem Sinne häufig auch von Re-Regulierung.[69]

Das Phänomen der Re-Regulierung ist, abstrakt formuliert, darauf zurückzuführen, dass pauschale oder absolute Verbote und Gebote grundsätzlich einfachere Regelungen ermöglichen als die Einführung von Rechten, die vielfachen Beschränkungen und Kontrollen unterworfen werden. Re-Regulierungen finden insbesondere dann statt, wenn Leistungen, die zuvor von einem staatlichen Unternehmen mit Monopolstellung erbracht worden sind, neu durch den Markt, d. h. durch mehrere Anbieter, die untereinander im Wettbewerb stehen, erbracht werden sollen.[70] Deregulierung in der Form des Ersatzes staatlicher Monopole durch privatwirtschaftliche Marktmechanismen kommt nicht ohne rechtliche Rahmenordnung aus, die in vielen Fällen relativ detailliert ausgestaltet wird und somit viel Regulierung erfordert.

3.1.3. Selbstregulierung

3.1.3.1. Freiwillige und staatlich gesteuerte Selbstregulierung

Der Begriff der Selbstregulierung suggeriert eigentlich, dass die gesellschaftlichen Kräfte ihre Tätigkeiten und ihr Verhältnis untereinander selbst bestimmen, dass mit andern Worten keine staatliche Einwirkung – sei es in der Form der Gesetzgebung oder in anderer Form – stattfindet. So kann die unsichtbare Hand des Marktes, welche die Einzelinteressen der Produzenten und Konsumenten koordiniert, als Form gesellschaftlicher Selbstregulierung aufgefasst werden.

Solcherart verstandene Selbstregulierung innerhalb der Gesellschaft ist im vorliegenden Zusammenhang nicht gemeint. Hier interessiert die Selbstregu-

---

69 Dazu schon CHEVALLIER (1987), S. 285; sodann etwa ZIMMERLI/LIENHARD (1998), S. 174; LINDER (1998), S. 104; KOLLER (2000), S. 341.

70 Illustrativ das Beispiel der Liberalisierung von Post und Telekommunikation; dazu unten 6.2.2.

lierung nur als besondere Form der staatlichen Regulierung. Es geht somit um Selbstregulierung, die staatlich vorgeschrieben, genutzt, gefördert, legitimiert oder zumindest ausdrücklich gewünscht wird, die also unmittelbar oder mittelbar vom Staat gesteuert wird und mit staatlicher Regulierung untrennbar verknüpft ist. Selbstregulierung in diesem Sinn ist ein Steuerungsmittel des Staates, um bestimmte öffentliche Interessen zu realisieren. An die Stelle von Vorschriften des staatlichen Gesetzgebers treten Regelungen von Privaten («Rechtsetzung Privater»), seien diese hoheitlicher oder privatrechtlicher Natur.[71]

3.1.3.2. Formen staatlich gesteuerter Selbstregulierung

Staatlich gesteuerte Selbstregulierung kann verschiedene Formen annehmen, die sich wie folgt typisieren lassen:

1. Auslagerung von Staatsaufgaben an Private;
2. staatliche Förderung privater Selbstregulierung;
3. staatliche Übernahme privater Normen.[72]

Der Gesetzgeber kann zunächst Privaten unter bestimmten Voraussetzungen[73] die Wahrnehmung von Staatsaufgaben überlassen. Es handelt sich um die Auslagerung von Regulierungsbefugnissen an private Personen oder Organisationen als weitestgehende Form der Dezentralisierung von Staatsaufgaben. Staatsaufgaben können ausgelagert werden, indem Privaten hoheitliche Befugnisse delegiert werden, Private mittels Verfügung oder Verwaltungsvertrag mit der Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe beauftragt werden oder private Selbstregulierungstätigkeit bewilligt oder anerkannt wird.[74] In welcher Form diese Auslagerung von Staatsaufgaben auch erfolgt, stets bleiben die Privaten der Aufsicht durch die staatlichen Behörden unterstellt und verpflichtet, die ihnen übertragene Staatsaufgabe zu erfüllen.[75]

---

71 Siehe zum Begriff der staatlich gesteuerten Selbstregulierung insbesondere Marti (2000), S. 568 und 576, der jedoch die Delegation hoheitlicher Rechtssetzungsbefugnisse an Private nicht als Form staatlich gesteuerter Selbstregulierung betrachtet.

72 Andere Typisierung bei Marti (2000), S. 570 ff.: Freiwillige Selbstregulierung anstelle staatlicher Vorschriften, staatlicher Auftrag zur Selbstregulierung, ausreichende Selbstregulierung als Bewilligungsvoraussetzung, Übertragung der primären Aufsicht an eine Selbstregulierungsorganisation.

73 Dazu insbesondere unten 5.2. betreffend die Anforderungen von Art. 164 Abs. 2 und 178 Abs. 3 BV.

74 Z. B. private Selbstregulierung als Bewilligungsvoraussetzung nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a BEHG; Anerkennung von Selbstregulierungsorganisationen nach Art. 24 GwG.

75 Zur Aufsichtspflicht des Staates in diesen Fällen unten 5.6.; zur Grundrechtsbindung unten 5.3.

Eine andere Art staatlich gesteuerter Selbstregulierung ist die staatliche Förderung privater Selbstregulierung in Form von gezielten Anreizen. Der Gesetzgeber kann etwa vorsehen, dass die Anwendung staatlicher Regulierungen davon abhängig gemacht wird, ob Möglichkeiten der privaten Selbstregulierung ausreichend genutzt werden.[76] Oder er kann noch weiter gehen und Private unter Androhung einer staatlichen Regelung zur Selbstregulierung veranlassen.[77] Ferner kann private Selbstregulierung gefördert und legitimiert werden, indem der Staat sie finanziell unterstützt, ausdrücklich begrüsst oder deren Übernahme ins Verordnungsrecht in Aussicht stellt.[78] In all diesen Fällen hat die Selbstregulierung freiwilligen Charakter, auch wenn sie mit staatlicher Regulierung einhergeht.

Schliesslich kann der Staat – auf unterschiedliche Art und Weise – private Normen als Elemente staatlicher Regulierung anwendbar erklären, namentlich durch deren Anerkennung als beispielhafter Ausdruck des aktuellen Standes der Technik oder der Wissenschaft, durch statische Verweise auf private Regelungen[79] oder durch die Allgemeinverbindlicherklärung privater Normen, insbesondere von Gesamtarbeitsverträgen und Rahmenmietverträgen.

3.2. Regulierungsstrategien

Die Art und Weise wie der Staat zur Erreichung bestimmter Ziele bzw. zur Erfüllung bestimmter Aufgaben regulierend auf die Gesellschaft einwirkt, hängt nicht nur von den Regulierungsinstrumenten ab, die ihm zur Verfügung stehen, sondern auch von den Regulierungsstrategien, deren Auswahl von den Merkmalen und Eigenheiten des politischen Systems entscheidend geprägt wird. Erwähnt seien die folgenden, mehr als idealtypische Handlungsoptionen denn als praktische Alternativen gedachten Strategien:

---

76 Siehe etwa die zumutbaren Selbsthilfemassnahmen der Wirtschaft als Voraussetzung der Strukturpolitik (Art. 103 BV) oder der Landwirtschaftspolitik (Art. 104 BV) des Bundes. Zur Selbsthilfe in der Landwirtschaft unten 6.3.3.

77 Z. B. Art. 6 Abs. 1 CO_2-Gesetz: Einführung einer CO_2-Abgabe, wenn das Reduktionsziel durch freiwillige Massnahmen der Verbraucher nicht erreicht wird.

78 Z. B. Art. 2 Abs. 3 EnG: Vor dem Erlass von Ausführungsvorschriften prüfen Bund und Kantone freiwillige Massnahmen der Wirtschaft und übernehmen soweit möglich und notwendig Vereinbarungen in das Ausführungsrecht.

79 Dynamische Verweise sind hingegen als Delegation rechtsetzender Befugnisse an Private zu betrachten.

3.2.1. Hoheitliche v. kooperative Regulierung

Staat und Gesellschaft sind einander nicht gleichgeordnet. Es gehört zu den Wesensmerkmalen des Staates, dass er hoheitlich, autoritär, handeln kann und legitimiert ist, seine Anordnungen in der Gesellschaft wenn nötig sogar mit Zwang durchzusetzen. In diesem Sinne entspricht die Wahl hoheitlicher Strategien seinem Wesen; sie ist nichts anderes als die Nutzung eines dem Staat eigenen Privilegs. Hoheitliche Regulierungen bedürfen nicht der Zustimmung der Regulierungsadressaten; sie sind nicht auf freiwillige Befolgung angewiesen und können letztlich auch gegen den Willen der Betroffenen durchgesetzt werden. Solche hoheitliche Regulierungsstrategien basieren namentlich auf klassischen regulatorischen Instrumenten wie Gebote oder Verbote.

Anders die kooperativen Regulierungsstrategien; sie setzen Zustimmung und freiwillige Mitwirkung der Regulierungsadressaten voraus.[80] Klassische Beispiele dafür sind Strategien, die sich auf vertragliche Regelungen – sei es im Sinne völkerrechtlicher Verträge oder im Sinne von Verträgen zwischen dem Staat und den Regulierungsadressaten – abstützen. Aber auch Regulierungen, die auf Leistungsangeboten beruhen, welche die Regulierungsadressaten frei sind, in Anspruch zu nehmen oder nicht (Geldleistungen in der Form von Subventionen, Dienstleistungen, Sachleistungen), können dazu gezählt werden, denn auch dabei ist freiwillige Mitwirkung Voraussetzung dafür, dass die Regulierung überhaupt praktische Wirkungen entfaltet.

Kooperative Strategien dürften in der Regel leichter realisierbar sein. Der notwendige politische Konsens für ihren Einsatz kann wohl eher erreicht werden und der Aufwand für ihre Umsetzung ist geringer, da kaum eigentliche Widerstände zu überwinden sind, sondern lediglich durch Information und Motivation die Bereitschaft zur Mitwirkung geschaffen oder gefördert werden muss. Anderseits dürfen wohl die Regulierungsziele nicht zu hoch gesteckt werden. Wichtig scheint uns in diesem Zusammenhang, dass der politische Entscheidungsprozess in der Schweiz allgemein auf Kooperation, auf einen möglichst breiten Konsens ausgerichtet ist, was den grundsätzlichen Unterschied zwischen den beiden Regulierungsstrategien erheblich relativiert. In der Tat bewirken die im schweizerischen Gesetzgebungsprozess stark entwickelten Konsultations- und Mitwirkungsmechanismen, dass auch hoheitliche Regulierung zumindest in ihrer Entstehung kooperative, ja sogar kontraktuelle Züge aufweist, was entscheidend zu ihrer Akzeptanz beiträgt

---

80 Zu den verschiedenen Kooperationsstrategien allgemein siehe etwa Ruch (2002), S. 521 ff.; zur Kooperation zwischen Staat und Wirtschaft etwa Elisabeth Braun, Abfallverminderung durch Kooperation von Staat und Wirtschaft, Basel 1998, insbesondere S. 112 ff., 125 ff.; Tobias Köpp: Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, Berlin 2001.

und damit ihre Befolgung durch die Regulierungsadressaten fördert bzw. ihre Durchsetzung durch die Verwaltung erleichtert.

3.2.2. Therapeutische v. präventive Regulierung

Staatliches Tätigwerden, insbesondere gesetzgeberische Aktivität des Staates, setzt in der Regel das Bestehen eines akuten Problems voraus. Der Entscheid, regulierend auf die Gesellschaft einzuwirken, erfolgt, wenn ein entsprechender politischer Konsens besteht oder wenn zumindest eine politische Mehrheit der Meinung ist, dass ein gesellschaftliches Problem nicht von der Gesellschaft allein gelöst werden kann, sondern staatliche Regulierung erfordert. Ein solches Problem ist dann gegeben, wenn die bestehende Situation gemessen an den Zielen, Wertvorstellungen oder Interessen der politischen Akteure als unbefriedigend betrachtet wird, d. h. wenn gesellschaftliches Sein und gesellschaftliches Sollen nicht übereinstimmen und die Verantwortung für die Lösung des Problems dem Staat zugeschrieben wird.

Diese Situation erklärt, weshalb staatliche Regulierung in den meisten Fällen therapeutischen Charakter hat: Es geht darum, ein Problem, das bereits manifest geworden ist, das gesellschaftlich und politisch wahrgenommen und artikuliert wird, zu bekämpfen oder zu lösen. Dabei werden im Übrigen häufig in erster Linie die Symptome und weniger die Ursachen bekämpft. Therapie ist aber nicht die einzige Regulierungsstrategie. Der Staat kann oder könnte auch bestrebt sein, präventiv tätig zu werden und Probleme gar nicht entstehen zu lassen oder zu handeln, wenn Probleme sich erst abzeichnen oder erst latent vorhanden sind. Solche präventive Regulierungsstrategien kämen wohl in vielen Fällen mit geringerem Aufwand aus; sie wären kostengünstiger. In diesem Zusammenhang ist etwa das Vorsorgeprinzip zu nennen, das in den letzten Jahren namentlich im Umweltbereich und im Bereich der technologischen Entwicklung an Bedeutung gewonnen hat.[81] Der Umstand, dass präventive Regulierungsstrategien weniger häufig verwendet werden, hat auch damit zu tun, dass politischer Konsens oder notwendige politische Mehrheiten wohl leichter geschaffen werden können, wenn ein Problem bereits akut ist oder – mit andern Worten – wenn der Schaden bereits eingetreten ist. Die Neigung des Staates, eher als Reparaturequipe denn als Schadenverhinderer einzugreifen, ist in diesem Sinne systemimmanent. Gerade deshalb ist es wichtig, diesen Aspekt möglicher Regulierungsstrategien zu bedenken.

---

81 Im internationalen Recht siehe Jörg Paul Müller/Luzius Wildhaber, Praxis des Völkerrechts, 3. Aufl., Bern 2001, S. 710; siehe auch Maria Jesús Montoro Chiner, Seguretat jurídica i tècnica legislativa, in: Parlament de Catalunya (Hrsg.), Legislator i tècnica legislativa, Barcelona 2003, S. 240 f.

3.2.3. Punktuelle v. umfassende Regulierung

Staatliche Regulierung kann einerseits darauf ausgerichtet sein, relativ gut abgegrenzte, isolierte Probleme situativ zu lösen; anderseits kann sie aber auch versuchen, Probleme aus einer Gesamtsicht heraus umfassend anzugehen. Als Beispiele für umfassende Regulierungsstrategien sei an die Versuche erinnert, insbesondere in den Bereichen Energie und Verkehr gestützt auf Gesamtkonzeptionen breit angelegte Regulierungen mit einer Vielzahl unterschiedlicher Instrumente zu entwickeln und einzuführen. Solche umfassende Regulierungen haben häufig einen ausgeprägt innovativen Charakter. Dies gilt allerdings nicht für umfassende Kodifizierungen wie die Nachführung der Bundesverfassung oder die Verfahrensvereinheitlichung im Privatrechts- oder im Strafrechtsbereich, die aber ebenfalls dieser Regulierungsstrategie zugerechnet werden können.

Anders als solche umfassende, konzeptionelle Ansätze sind punktuelle Regelungsstrategien auf eng gefasste Wirkungsfelder und konkrete Anliegen oder Bedürfnisse fokussiert. Sie sind häufig inkrementalistischer, additiver Natur: Es geht darum, bestehende Regulierungen zu ergänzen, durch zusätzliche Differenzierungen zu perfektionieren oder zu korrigieren. Beispiele dafür lieferte während Jahren vor allem der Landwirtschaftsbereich. Heute ist es etwa der Bereich der Krankenversicherung. In der Schweiz sind die meisten regulierenden Einwirkungen des Staates wohl solche punktuelle Regulierungen. In einem politischen System, in dem der Konkordanz zwischen den Parteien grosse Bedeutung beigemessen wird und das keine abrupten Wechsel zwischen Regierungsparteien und Oppositionsparteien kennt, ist Wandel in der Kontinuität das dominierende Merkmal. Punktuelle, inkrementalistische Regulierungsstrategien tragen diesem Merkmal Rechnung.

3.2.4. Wirkungsorientierte v. lernorientierte Regulierung

Regulierendes Einwirken des Staates kann sodann dauerhaft gedacht und auf die Realisierung bestimmter Ziele durch Verhaltensänderungen der Regelungsadressaten ausgerichtet sein oder aber im Wesentlichen die Beschaffung von Entscheidungsgrundlagen für spätere gesetzgeberische Entscheide anstreben. Im ersten Fall steht die Wirkung im Sinne der Verhaltensbeeinflussung im Vordergrund, im zweiten Fall der Erkenntnisgewinn, der Lerneffekt.

Wirkungsorientierte Regulierung setzt voraus, dass der Gesetzgeber über ausreichend begründete Wirkungshypothesen verfügt. Er muss mit andern Worten die Wirkungsweise der von ihm getroffenen Massnahmen und die Wirkungszusammenhänge im Regelungsbereich einigermassen kennen. Lernorientierte Regulierung, etwa in der Form experimenteller Gesetzge-

bung,[82] ist hingegen angezeigt, wenn diese Voraussetzungen nicht gegeben sind oder wenn der Regulierungsbereich einem raschen Wandel unterworfen ist. Im letzteren Fall bedarf es nicht unbedingt eigentlicher experimenteller Gesetzgebung. Die Befristung der Regulierung und Berichtspflichten oder Evaluationsklauseln, die eine regelmässige Überprüfung sicherstellen, sind ebenfalls geeignet, die notwendigen Lernprozesse zu ermöglichen. Entscheidend für die Wahl der einen oder der andern Regulierungsstrategie ist grundsätzlich die Beurteilung des Informations- oder Kenntnisstands. Selbstverständlich können aber andere Elemente hinzukommen. Insbesondere zeigt sich, dass lernorientierte Regulierungen häufig leichter den notwendigen Konsens oder die notwendige politische Mehrheit finden.

3.2.5. Konditionale v. finale Regulierung

Diese Unterscheidung knüpft an die von NIKLAS LUHMANN vor bald 40 Jahren entwickelte Unterscheidung zwischen Konditional- und Zweckprogrammen an. Konditional- und Zweckprogramme sind für ihn die beiden Grundformen der Programmierung von Verwaltungsentscheidungen.[83] Konditionalprogramme entsprechen der Struktur klassischer Rechtsnormen: Wenn ein bestimmter Tatbestand gegeben ist, wird eine bestimmte Entscheidung getroffen bzw. tritt eine bestimmte Rechtsfolge ein. Konditionale Regulierung ist in diesem Sinne geprägt von den Informationen zum Tatbestand, die als auslösende Ursache der Regulierung wirken; sie ist somit kausal orientiert. Finale Regulierung ist hingegen durch die zu erreichenden Ziele geprägt; sie ist zielorientiert, macht mehr oder weniger präzise Zielvorgaben, bleibt jedoch relativ offen was die Mittel anbelangt, mit denen diese Ziele erreicht werden können.

Moderne staatliche Regulierungen enthalten häufig beide Elemente.[84] Bei der Auswahl einer bestimmten Regulierungsstrategie[85] kann es deshalb eigentlich nicht darum gehen, einen konditional-kausal oder einen final geprägten Ansatz zu wählen. Die Frage ist vielmehr, wie die beiden Ansätze zu kombinieren und zu gewichten sind. In der Regulierungspraxis der jüngeren Vergangenheit scheint dabei das Gewicht finaler Elemente eher zuzunehmen.

---

82 Zu Begriff und Formen experimenteller Gesetzgebung siehe insbesondere CHARLES-ALBERT MORAND/JEAN-LOUIS BERGEL (Hrsg.), Evaluation législative et lois expérimentales, Aix-en-Provence 1993.

83 Siehe Niklas LUHMANN, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung: eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung, Berlin 1966, S. 36.

84 Siehe dazu SCHNEIDER (2001), S. 42 ff., mit Hinweisen namentlich auf PETER NOLL, WERNER HUGGER und RENÉ RHINOW, die sich aus der Sicht der Gesetzgebungslehre kritisch mit den beiden Kategorien LUHMANNS auseinandergesetzt haben.

85 Zur Konditionalität/Finalität des Rechts als Element der Regulierungsintensität unten 4.1.3.

Erwähnt seien etwa die Zweck- oder Zielbestimmungen, die in fast allen neueren Gesetzen anzutreffen sind, oder auch die Festlegung von Richt- oder Grenzwerten wie etwa nicht zu überschreitende oder innerhalb einer bestimmten Zeit zu erreichende Emissions- oder Immissionswerte im Umweltrecht.[86]

3.2.6. Instrumentelle v. symbolische Regulierung

Staatliche Regulierung ist auf gesellschaftliche Wirkung angelegt. Sie ist nicht einfach die Resultante verschiedener Sachzwänge, die im politischen Prozess zum Tragen kommen oder die praktisch nahe liegende oder gar zwingende Form, in die politische Entscheidungsprozesse ausmünden. Je nach dem, welche Wirkungen erzielt werden sollen, kann jedoch zwischen instrumenteller und symbolischer Regulierung unterschieden werden.

Regulierungen, die mit Blick auf bestimmte Ziele Veränderungen des konkreten Verhaltens der Adressaten oder Betroffenen und damit des gesellschaftlichen Geschehens anstreben, haben instrumentellen Charakter. Symbolische Regulierung hingegen ist vor allem darauf ausgerichtet, gewisse gesellschaftliche Werte und Vorstellungen zu bekräftigen oder umgekehrt gesellschaftliche Missbilligung, ja Stigmatisierung bestimmter Verhaltensweisen zum Ausdruck zu bringen.[87] Sie macht deutlich, dass der Staat ein Anliegen anerkennt und sich des Handlungsbedarfs bewusst ist. Symbolische Regulierung wirkt auf diese Weise nicht unmittelbar, sondern mittelbar und diffus. Indirekt kann sie aber sehr wohl Wirkungen auf der Verhaltensebene entfalten. Weil sie nicht auf strikte Befolgung oder Durchsetzung angewiesen ist, muss sie auch nicht unbedingt mit Sanktionen versehen werden. Sanktionen sind zum Teil gar nicht vorgesehen («lex imperfecta»; nicht justiziable Grundsätze, die als staats- oder rechtspolitische Maximen oder Postulate zu verstehen sind) oder sie werden nicht angewendet. Ein aktuelles Beispiel dazu könnte etwa die Regulierung im Bereich der Drogenpolitik sein.[88] In diesem Bereich wird zur Zeit im Parlament über eine «Liberalisierung» bei den weichen Drogen diskutiert, wobei es eigentlich eher darum geht, einerseits den weitgehend symbolischen Charakter der bestehenden Regulierung anzuerkennen und auf die Pönalisierung gewisser Verhaltensweisen zu ver-

86 Zu finalem Recht im Zusammenhang mit New Public Management SCHNEIDER (2001), S. 61 ff.

87 Zum symbolischen Charakter des Gesetzmässigkeitsprinzips als solchem JACQUES CHEVALLIER, La dimension symbolique du principe de légalité, in: Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger 1990, Nr. 6, S. 1651 ff.

88 Ein weiteres Beispiel ist die Pönalisierung des Schwangerschaftsabbruchs; dazu unten 4.3.3.

zichten, dafür aber anderseits eine verbindliche, nicht bloss symbolische Regulierung für die problematischen Aspekte des Umgangs mit Drogen zu schaffen.[89]

Ob, unter welchen Umständen und in welchem Ausmass symbolische Regulierungen geschaffen werden, hängt sehr stark von den Eigenheiten eines politischen Systems ab. Die Vermutung könnte nahe liegen, dass die Tendenz zu symbolischer Regulierung in einem politischen System, das rasche Wechsel zwischen Regierung und Opposition kennt, stärker ausgeprägt ist. Auf der andern Seite kann die Notwendigkeit, breiten politischen Konsens zu erzielen, auch dazu führen, dass die politischen Kräfte sich gewissermassen auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner einigen, nämlich auf der Bekräftigung relativ allgemeiner Ziele oder Wertvorstellungen, ohne dass eine Regulierung auch wirksam instrumentiert und damit praktisch umsetzbar gemacht wird.

3.3. Regulierungsinstrumente

Staatliche Regulierung kann sich einer Vielzahl unterschiedlicher Instrumente bedienen. Mit andern Worten: Der Werkzeugkasten des Staates ist ausserordentlich vielfältig und reichhaltig. Die Auswahl zwischen den verfügbaren Instrumenten hängt dabei von verschiedenen Elementen ab: Rechtliche Gesichtspunkte (etwa das Bestehen der notwendigen Kompetenzgrundlage in der Bundesverfassung, die Vereinbarkeit mit den Grundrechten oder das Bestehen der notwendigen gesetzlichen Grundlage) können eine Rolle spielen; die Beurteilung der politischen Realisierbarkeit und der Akzeptanz der Instrumente durch die Betroffenen ist von Bedeutung; Wirkungsüberlegungen und die Beurteilung des Zeitbedarfs für die Implementation spielen mit; und auch die Vereinbarkeit mit den in einem bestimmten Bereich bereits eingesetzten Instrumenten (Traditionsanschlüsse, Regulierungsgewohnheiten) oder zumindest die Abstimmung auf das vorbestehende Instrumentarium ist – namentlich aus Gründen der Praktikabilität – ein wichtiger Gesichtspunkt.

Der Werkzeugkasten des Staates kann nach verschiedenen Kriterien geordnet werden. Es gibt in der rechtssoziologischen, politologischen und verwaltungswissenschaftlichen Literatur zahlreiche unterschiedliche Ansätze für Typologien der staatlichen Handlungsinstrumente, die hier einbezogen werden könnten.[90] Diese Ansätze sind Ausdruck disziplinenspezifischer Forschungstraditionen, Konzepte und Erkenntnisinteressen. Sie schliessen ein-

89 In diesem Sinne Kommentar in der NZZ vom 30. April 2004, S. 13.

90 Für einen Überblick siehe etwa Franz-Xaver Kaufmann/Bernd Rosewitz, Typisierung und Klassifikation politischer Massnahmen, in: Renate Mayntz (Hrsg.), Implementation politischer Programme – Ansätze zur Theoriebildung, Opladen 1983, S. 25 ff.

ander nicht aus, decken sich sogar zum Teil und haben in den meisten Fällen gemeinsam, dass sie unvollständig sind und auf Unterscheidungskriterien beruhen, die sich nur beschränkt logisch ordnen lassen.

Wir gehen hier von einer Typologie aus, die sich primär auf eine vor mehr als zwanzig Jahren von RENATE MAYNTZ im Rahmen der Implementations- und Wirkungsforschung entwickelte und seither sehr häufig verwendete, im Wesentlichen deskriptive Klassifizierung abstützt. MAYNTZ hat fünf Kategorien staatlicher Handlungsinstrumente unterschieden: regulative Instrumente, finanzielle Anreize und Transfers, das Erbringen öffentlicher Leistungen (Bereitstellung von Infrastrukturen, Güterangebot, Dienstleistungsangebot), Verfahrensregelungen sowie Informations- und Überzeugungsinstrumente.[91] Nicht alle Instrumente, die von dieser Typologie erfasst werden, sind Regulierungsinstrumente im Sinne einer eng gefassten Definition des Regulierungsbegriffs. Der Überblick macht auch hier die Schwierigkeiten der klaren Abgrenzung deutlich. Dazu kommt, dass einzelne Regulierungsinstrumente oft nicht isoliert, sondern nur in einem bestimmten Kontext, in Verbindung mit andern, sinnvoll eingesetzt werden können.

3.3.1. Regulative Instrumente

Zu den regulativen Instrumenten gehören insbesondere Normen, welche an Private (Individuen, Unternehmen) gerichtet sind und bestimmte Handlungen oder Verhaltensweisen gebieten, ausdrücklich zulassen oder verbieten: Gebote, Bewilligungs-, Zulassungs- oder Konzessionssysteme, Festlegung von verbindlichen Standards oder Preisen, Verbote usw. Im Weiteren gehören dazu Normen, welche Rechte einräumen oder rechtliche Rahmenbedingungen für die Beziehungen zwischen Privaten bzw. zwischen Privaten und Behörden festlegen. Und schliesslich können auch Normen, welche staatliche Behörden oder Unternehmen schaffen und ihnen Aufgaben und Kompetenzen zuweisen, zu den regulativen Instrumenten gezählt werden.

Die an Private gerichteten Gebote und Verbote sowie die ihnen eingeräumten Rechte, die als klassische regulative Instrumente gelten können, sind häufig «selbstvollziehend». Sie entfalten ihre Wirkungen durch ihre Befolgung oder Inanspruchnahme durch die Adressaten und erfordert somit nicht zwingend ein Tätigwerden der Behörden. Allerdings ist gerade die Befolgung von Geboten und Verboten in vielen Fällen nur dann ausreichend gesichert, wenn sie letztlich von den Behörden erzwungen werden kann, d. h. wenn die Behörden sie bei Bedarf mit Sanktionen durchsetzen können, was eine entspre-

91 RENATE MAYNTZ, Die Entwicklung des analytischen Paradigmas der Implementationsforschung, in: MAYNTZ (1980), S. 5 f.

chende nachträgliche Kontrolltätigkeit voraussetzt. Und auch Rechte, die Privaten gegenüber andern Privaten oder gegenüber dem Staat eingeräumt werden, sind letztlich auf die Möglichkeit der Durchsetzung durch die Gerichte angewiesen.

Die regulativen Instrumente des Verwaltungsrechts, welche die Beziehungen zwischen Behörden und Privaten im öffentlichen Interesse regeln, bedürfen hingegen häufig der Umsetzung durch die Verwaltung in Form präventiver Interventionen.[92] Regulative Instrumente, die prinzipiell selbstvollziehend sind und solche, die der Umsetzung durch die Behörden bedürfen, können auch kombiniert werden. Als Beispiel für eine solche Verbindung unterschiedlicher regulativer Instrumente sei die Gurtentragpflicht für Automobilisten erwähnt: Die Gurtentragpflicht richtet sich einerseits direkt an Private und setzt eine entsprechende nachträgliche Kontroll- und Durchsetzungstätigkeit der Behörden voraus. Anderseits kann sie nur eingehalten werden, wenn die Fahrzeuge auch mit Gurten ausgerüstet sind.[93] Es bedarf also auch einer entsprechenden Pflicht der Fahrzeughersteller und der vorgängigen behördlichen Umsetzung im Rahmen der Zulassung der Fahrzeuge.[94]

3.3.2. Verfahrensregeln

Verfahrensregeln wie z. B. die Einräumung von Anhörungs-, Mitwirkungs-, Klage- oder Beschwerderechten könnten allenfalls auch den regulativen Instrumenten zugerechnet werden. Sie weisen jedoch Besonderheiten auf, die es rechtfertigen, sie als eigenen Regulierungstypus zu behandeln. Anders als die klassischen regulativen Instrumente, die ein Verhalten vorschreiben oder erlauben, um auf diese Weise ein bestimmtes, vorgegebenes Ziel zu erreichen (etwa die Reduktion der Verletzungsgefahr bzw. der Schwere der Verletzungen bei Autounfällen durch die Statuierung der Gurtentragpflicht für Automobilisten), überlassen Verfahrensregeln als solche die Initiative für die Definition und die Realisierung öffentlicher Interessen weitgehend Privaten.[95]

Zwei verschiedene Situationen können dabei unterschieden werden. Anhörungs- und Mitwirkungsrechte stellen vor allem sicher, dass alle relevanten Interessen bei der Erarbeitung einer materiellen Regelung einbezogen werden und zum Tragen kommen; der Staat verzichtet auf materielle Vorga-

---

92 Zu präventiven und nachträglichen Kontrollen als unterschiedliche Formen staatlicher Intervention unten 4.2.4.

93 Vgl. Art. 3a Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962 (VRV; SR 741.11).

94 D. h. Überprüfung der Ausrüstung mit Gurten im Rahmen der Typengenehmigung von Strassenfahrzeugen; vgl. Art. 2, 72 und 106 der Verordnung vom 19. Juni 1995 über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge (VTS; SR 741.41).

95 Dazu auch unten 4.3.4.

ben, legt aber fest, in welcher Weise solche Vorgaben definiert werden müssen. Anderseits werden namentlich Klage- und Beschwerderechte von Verbänden als Ergänzung oder Alternative zur staatlichen Überprüfung und Durchsetzung der Normbefolgung eingesetzt. Die Mitwirkung von Arbeitnehmervertretern bei Massenentlassungen[96] ist ein Beispiel für die erste, das Verbandsbeschwerderecht[97] ein Beispiel für die zweite Funktion. In beiden Fällen hält der Staat sich zurück und beschränkt sich im Wesentlichen darauf, den Ausgleich oder die Arbitrage zwischen divergierenden privaten Interessen zu sichern.

3.3.3. Negative finanzielle Anreize

Staatliche Regulierung erfolgt nicht nur über Verhaltensregeln, sondern vor allem auch über finanzielle Anreize, die jedoch wie die regulativen Instrumente oder die Verfahrensregeln ebenfalls rechtlicher Grundlagen mit rechtsetzendem Charakter, d. h. gesetzgeberischer Entscheide bedürfen. In diesem Sinne sind die Steuerungsmedien Recht und Geld nicht als Alternativen zu verstehen: Auch der Einsatz finanzieller Anreize setzt Gesetzgebung voraus, wobei die rechtlichen Anforderungen durchaus variieren können.

Negative finanzielle Anreize sind staatliche Abgaben, die in unterschiedlicher Form und mit unterschiedlicher Begründung erhoben werden können.[98] Als Steuerungsinstrumente stehen dabei die eigentlichen Lenkungsabgaben im Vordergrund, die mit dem Ziel der direkten Beeinflussung des Verhaltens der Abgabepflichtigen erhoben werden und bei denen die finanziellen Einnahmen des Staates lediglich eine willkommene Begleiterscheinung sind. Man kann sich deshalb fragen, ob die Einnahmen aus solchen Abgaben ihrem Lenkungsziel entsprechend nicht einfach zur Mehrung der allgemeinen Einnahmen des Staates, sondern zweckgebunden zur Verstärkung der Lenkungswirkung der Abgabe eingesetzt werden oder an die Bevölkerung zurückfliessen sollten.

Lenkungswirkungen können auch andere als eigentliche Lenkungsabgaben entfalten. Die Palette der verschiedenen Abgabearten ist ausserordentlich breit und relativ verwirrlich, weil je nach Kriterium unterschiedliche Abgrenzungen vorgenommen werden. Selbst die allgemeinen Steuern, die grundsätzlich zu rein fiskalischen Zwecken erhoben werden, können das Verhalten der Steuerzahler, etwa Standort- oder Investitionsentscheide, beeinflussen.

---

96 Siehe Art. 335*f* OR.

97 Siehe Art. 55 USG und Art. 12 NHG.

98 Für eine Übersicht siehe Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden, Bern 2002, S. 283 ff.

Dies ändert nichts an ihrer rechtlichen Qualifizierung. Anderseits ist – auch aus rechtlicher Sicht – nicht vertretbar, Abgaben als Lenkungsabgaben zu qualifizieren, wenn sie z. B. zu tief angesetzt sind, um überhaupt das Verhalten der Abgabepflichtigen zu beeinflussen. Bei solchen Abgaben liegt die Vermutung nahe, dass sie in Wirklichkeit primär fiskalischen Zwecken dienen.

3.3.4. Positive finanzielle Anreize

Auch bei den positiven finanziellen Anreizen ist die Palette der Möglichkeiten sehr breit: Sie reicht von Abgeltungen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben (etwa in der Form von Transferzahlungen an andere staatliche Ebenen oder von Beiträgen an Private, welche – freiwillig oder unfreiwillig – öffentliche Aufgaben wahrnehmen) über Finanzhilfen jeder Art (à fonds perdu oder rückzahlbar, zinsgünstige Darlehen, Bürgschaften, Defizitdeckungsgarantien usw.), und Steuererleichterungen bis zu Prämien oder Anerkennungspreisen für besondere Leistungen. Auch Abnahmegarantien zu einem bestimmten Preis (Vorzugspreis im Vergleich zu den Marktpreisen bestimmter Güter) und Vorzugstarife für Dienstleistungen der Behörden oder öffentlicher Unternehmen sind als finanzielle Anreize zu betrachten. Für alle gilt, was wir bereits bei den negativen finanziellen Anreizen gesagt haben: Sie bedürfen einer rechtlichen Grundlage und kommen somit wie die regulativen Instrumente nicht ohne Gesetzgebung aus.

Positive finanzielle Anreize können in rechtlicher Hinsicht unterschiedlich ausgestaltet werden. So kann die Gesetzgebung Rechtsansprüche vorsehen oder im Gegenteil die Gewährung von Beiträgen – unter Berücksichtigung allgemeiner Rechtsgrundsätze – ins Ermessen der Behörden stellen. Sie kann auch vorsehen, dass die Beiträge von Amtes wegen oder nur auf Gesuch hin ausgerichtet werden. Und was die Höhe der Beiträge anbelangt, können die zuständigen Vollzugsinstanzen über mehr oder weniger Beurteilungsspielraum verfügen. Dies hat zur Folge, dass die Wirkung dieser Anreize zu einem erheblichen Teil von den potenziell Begünstigten und den Vollzugsinstanzen abhängen kann.

3.3.5. Sach- und Dienstleistungen des Staates

Ähnlich wie Geldleistungen kann der Staat auch Sach- oder Dienstleistungen zur gestaltenden Einwirkung auf gesellschaftliches Geschehen einsetzen. Er kann etwa Gebäude und andere Einrichtungen zur Verfügung stellen (z. B. Schulungsräume, Informatik, Sporteinrichtungen, Krippenplätze usw.), Qualitätsausweise ausstellen (Zertifizierung) oder Beratung anbieten. Dabei ist

zu unterscheiden zwischen Sach- und Dienstleistungen, die allein der Staat (staatliches Monopol) oder von ihm beauftragte Unternehmen (Konzessionierung) anbieten, und solchen, die der Staat oder die von ihm beauftragten Unternehmen im Wettbewerb mit andern, privaten oder öffentlichen Anbietern erbringen. Im ersten Fall ist die staatliche Regulierung zwar einschneidend, fällt aber in quantitativer Hinsicht kaum ins Gewicht, d. h. es bedarf dafür mengenmässig nur einer bescheidenen Anzahl von Normen. Im zweiten Fall dürfte die Situation gerade umgekehrt sein, weil der Wettbewerb zwischen den Anbietern auf relativ detaillierte Regeln angewiesen ist.[99]

3.3.6. Ausbildung

Eine Dienstleistung des Staates, die als Handlungsinstrument ganz besondere Erwähnung verdient, ist die Ausbildung.[100] Der Staat kann durch Ausbildung auf das Verhalten von Privaten einwirken und damit gestaltend auf die Gesellschaft einwirken. Gemeint ist hier nicht die Tätigkeit im Rahmen des allgemeinen Bildungsauftrags des Staates, sondern der ganz gezielte Einsatz von Ausbildung mit Blick auf die Realisierung bestimmter Ziele, etwa im Bereich der Unfallprävention oder der Energiesparpolitik.[101] Um dieses letzte Beispiel zu nehmen: Ausbildung kann in Ergänzung oder als Alternative zu andern Instrumenten (namentlich regulative Instrumente oder positive finanzielle Anreize) zur Anwendung kommen, um Personen, deren Verhalten den Energieverbrauch von Gebäuden oder Geräten massgeblich beeinflusst, zu befähigen, ihre beruflichen Kenntnisse und Praktiken rasch im Sinne der angestrebten Ziele anzupassen. Der Einsatz dieses Instruments setzt kaum gesetzgeberische Tätigkeit voraus.

3.3.7. Überzeugungsinstrumente

Der Staat setzt auch Instrumente ein, die keine rechtliche Verbindlichkeit beanspruchen, höchstens einer sehr allgemeinen Rechtsgrundlage bedürfen, aber gleichwohl erhebliche Wirkungen entfalten können. Gemeint sind hier etwa staatliche Appelle, Empfehlungen, exemplarische Projekte (Vorbildcharakter), gemeinsame Absichtserklärungen, freiwillig vereinbarte Verhaltens-

---

99 Dazu etwa das Beispiel der Liberalisierung von Post und Telekommunikation unten 6.2.2.

100 Siehe dazu namentlich JEAN-DANIEL DELLEY, L'action par la formation, in: MORAND (1991 a), S. 89 ff.

101 Zur Bedeutung der Ausbildung als staatliches Handlungsinstrument im Bereich der Energiesparpolitik siehe JEAN-DANIEL DELLEY/LUZIUS MADER, L'Etat face au défi énergétique, Lausanne 1986, S. 28 ff.

kodizes, unverbindliche Zielvereinbarungen, gentlemen's agreements und weitere, oft als «soft law» bezeichnete Instrumente.[102] Der Einsatz dieser Instrumente beruht in der Regel höchstens auf allgemeinen rechtlichen Grundlagen, spezifische Rechtsgrundlagen sind nur ausnahmsweise vorhanden, und die Instrumente selbst sind nicht in eine Form mit rechtsetzendem Charakter gekleidet. In diesem Sinne fallen diese Instrumente nicht unter den eng gefassten Regulierungsbegriff. Da sie aber wichtige «Vorläufer», Begleitmassnahmen oder gar Alternativen zu staatlicher Regulierung sind, ist es angezeigt, sie in dieser Übersicht auch zu nennen.

3.3.8. Information

Das zu den Überzeugungsinstrumenten Gesagte gilt im Wesentlichen auch für die staatliche Information, die ebenfalls zur gezielten Verhaltensbeeinflussung eingesetzt werden kann.[103] Gemeint ist hier nicht die allgemeine Information des Staates über seine Tätigkeiten,[104] sondern spezifische Informationen, mit denen Privaten die Vorteile oder Nachteile bestimmter Verhaltensweisen aufgezeigt werden, um sie in ihrem Verhalten zu bestärken oder, im Gegenteil, um sie davon abzuhalten. Das wohl bekannteste Beispiel dazu ist die AIDS-Kampagne des Bundesamtes für Gesundheit. Für solchen gezielten Einsatz von Information als Regulierungsinstrument bedarf es grundsätzlich einer spezifischen Rechtsgrundlage; der allgemeine Informationsauftrag der Behörden genügt dafür nicht.

3.4. Regulierungsformen

3.4.1. Regulierungsformen als Rechtsformen staatlicher Steuerung

Neben den Strategien und Instrumenten sind die Regulierungsformen ein weiterer Gesichtspunkt, um die vielfältigen Erscheinungsweisen staatlicher Regulierung zu erfassen und in eine Ordnung zu bringen. Der oben entwickelte Begriff staatlicher Regulierung – staatliche Steuerung in den Formen des Rechts[105] – deutet bereits an, was mit Regulierungsformen gemeint ist,

---

102 Siehe dazu namentlich Blaise Knapp, Information et persuasion, in: Morand (1991a), S. 89 ff. sowie den Beitrag von Alexandre Flückiger in diesem Band, insbesondere II.3.

103 Zur Informationstätigkeit des Staates siehe namentlich Pascal Mahon, L'information par les autorités, in: ZSR 1999, 201 ff.; Ruch (2002), S. 524 ff.

104 Aktive Öffentlichkeitsarbeit der Behörden im Sinne von Art. 180 Abs. 2 BV.

105 Siehe oben 3.1.1.

nämlich die verschiedenen Rechtsformen, in denen staatliche Steuerung auftreten kann.

Zu unterscheiden sind Regulierungsformen der Gesetzgebungstätigkeit einerseits, der Regierungs- und Verwaltungstätigkeit anderseits. Zu den ersteren gehören namentlich Gesetz und Verordnung, zu den letzteren Beschlüsse von Parlamenten und Regierungen. Die Rechtsformen des Staatsvertrags, des Konkordats und des interkommunalen Zusammenarbeitsvertrags (koordinationsrechtliche Verwaltungsverträge) können sowohl für legislative als auch exekutive Staatstätigkeit eingesetzt werden. Aus dieser Aufzählung wird ersichtlich, dass die Kategorie der Regulierungsformen abstrakter bzw. formaler ist als die Kategorien der Regulierungsstrategien und Regulierungsinstrumente. Das bedeutet u. a., dass eine Strategie prinzipiell in verschiedenen Rechtsformen umgesetzt werden kann.

Von Regulierungsformen kann nur soweit gesprochen werden, als sie eigene Steuerungsfunktion übernehmen und nicht nur bereits getroffene Steuerungsentscheide vollziehen. Dies ist immer dann der Fall, wenn es sich bei einem Rechtsakt nicht um einen blossen Rechtsanwendungs- oder Vollziehungsakt handelt. Gesetze, gesetzesvertretende Verordnungen, Parlaments- und Regierungsbeschlüsse sowie Verträge zwischen Gemeinwesen sind die Rechtsformen, die typischerweise selbständige Steuerung ermöglichen. Demgegenüber dienen Ausführungsverordnungen, Verfügungen und Gerichtsurteile sowie Verwaltungsverträge zwischen Behörden und Privaten typischerweise der Anwendung und Vollziehung gesetzten Rechts. In bestimmten Situationen räumt aber das massgebende Recht bei der Rechtsanwendung erhebliche Entscheidungsspielräume[106] ein, so dass die Behörden eigene Steuerungsentscheide treffen können. Insofern können auch Ausführungsverordnungen, Verfügungen und Urteile sowie Verwaltungsverträge Regulierungsformen sein.

3.4.2. Typen von Regulierungsformen

Rechtsformen und damit Regulierungsformen lassen sich mehr oder weniger abstrakt fassen. Die fundamentale Unterscheidung zwischen rechtsförmigem und nicht-rechtsförmigem Handeln berührt die umstrittene Frage nach dem Begriff des Rechts selber.[107] Die Legisprudenz kann philosophisches Nachdenken über den Rechtsbegriff vermeiden, indem sie alle von staatlichen Auf-

106 Zur «relativ erheblichen Entscheidungsfreiheit» als Kriterium für das Vorliegen von Gemeindeautonomie statt vieler BGE 129 I 290 E. 2.1 S. 294.

107 Dazu etwa die Darstellung bei Kurt Seelmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 2001, S. 28 ff.

gabenträgern in festgelegten Verfahren und Formen erlassenen Akte als Rechtsakte versteht.[108] Auf Grund dieser positivistischen Definition weisen insbesondere innerdienstliche Anordnungen, amtliche Berichte und Vernehmlassungen sowie Auskünfte, Empfehlungen, Warnungen und andere Realakte der Verwaltung keine Rechtsform auf, da sie die in Verfassung und Gesetzen vorgesehenen Verfahrens- und Formanforderungen nicht erfüllen. Die genannten materiellen Handlungsformen setzt die Verwaltung in der Regel ein, um die Regulierungsinstrumente der Sach- und Dienstleistungen, Ausbildung, Überzeugung und Information umzusetzen. Von staatlicher Steuerung in Rechtsform kann in diesen Fällen nur insoweit die Rede sein, als sich die Realakte auf eine mehr oder weniger spezifische gesetzliche Grundlage stützen.[109]

Eine erste Typologisierung von Rechtsakten erfolgt auf Grund des Kriteriums der Normstruktur. Daraus folgt die Zweiteilung in generell-abstrakte und individuell-konkrete Regulierungsformen. Dabei ergeben sich Zwischenformen (generell-konkrete Allgemeinverfügungen) und Mischformen (Nutzungspläne mit generell-abstrakten und individuell-konkreten Teilen). Für die weitere Gliederung ist der Gesichtspunkt des Verfahrens massgebend, in dem ein Rechtsakt entsteht. Generell-abstrakte Rechtsnormen sind danach Verfassung, Gesetze und Verordnungen, konkrete Rechtsakte sind Beschlüsse, Verfügungen und Verwaltungsverträge. Verträge zwischen Gemeinwesen sind in der Regel generell-abstrakt, können sich aber auch auf Einzelfälle beziehen. Davon ausgehend sind zusätzliche Differenzierungen möglich, etwa in direkt anwendbare und nicht-direkt anwendbare Staatsverträge (je nach Normadressat), in selbständige und unselbständige Verordnungen (je nach Ermächtigungsgrundlage) oder in einfache und referendumspflichtige Beschlüsse der Bundesversammlung (je nach Referendumsfähigkeit).

Hier ist nicht der Platz, die Typologisierung von Rechtsformen weiter zu vertiefen.[110] Zu bedenken ist, dass es der regulierende Staat selbst in der Hand hat, Rechtsformen zu definieren und an deren Vorliegen bestimmte Rechtsfolgen wie Referendumsfähigkeit, prozessuale Anfechtbarkeit oder Vollstreckbarkeit zu knüpfen. Insofern wohnt dem Rechtssystem in der Tat ein selbst-

---

108 Die Logik fordert, dass irgendeinmal eine allererste Festlegung der Rechtsform erfolgt. KELSEN hat dafür das Konzept der hypothetischen Grundnorm als Geltungsgrund einer normativen Ordnung entwickelt; vgl. HANS KELSEN, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 196 ff.

109 Je allgemeiner die gesetzliche Grundlage und je mittelbarer der Bezug zu einer Rechtsgrundlage, desto weiter ist die Massnahme vom Kern des Regulierungsbegriffs entfernt; vgl. oben 3.1.1.6.

110 Zu den Erlassformen der Bundesversammlung etwa LUZIAN ODERMATT, Erlassformen der Bundesversammlung für Rechtsetzungs- und Einzelakte, in: LeGes 2003/2, S. 107 ff.; ANDREAS KLEY/RETO FELLER, Die Erlassformen der Bundesversammlung im Lichte des neuen Parlamentsgesetzes, in: ZBl 2004 229 ff.

bezügliches Moment inne.[111] Die Rechtsform ist damit keine vorbestehende, gewissermassen ontologische Grösse, sondern selbst ein Mittel, um bestimmte Prinzipien und Interessen sicherzustellen. Es sind dies namentlich: demokratische Mitbestimmung, Gewaltenteilung, Transparenz, Rechtsschutz, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz.

3.5. Regulierungsebenen

Schliesslich ist in Erinnerung zu rufen, dass staatliche Regulierung auf verschiedenen Ebenen erfolgen kann. Unterscheidbar sind drei Dimensionen: die staatlichen Ebenen (Föderalismus), die Organebenen (Gewaltenteilung) sowie die verschiedenen Regulierungsebenen ausserhalb der Zentralverwaltung (dezentrale Ebenen).

3.5.1. Staatliche Ebenen

Die staatlichen Ebenen sprechen die Gliederung des Bundesstaates in die Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene an. Zu diesen drei Hauptebenen kommen mit dem internationalen, interkantonalen und interkommunalen Recht drei Zwischenebenen hinzu. Zu erwähnen ist schliesslich auch die supranationale Ebene. Damit die Konsistenz der Gesamtrechtsordnung gewahrt bleibt, verlangt die Aufteilung von Regulierungsaufgaben auf mehrere staatliche Ebenen eine Hierarchisierung der Regulierungsprodukte. Dabei gilt im Wesentlichen der einfache Grundsatz, dass sämtliches Recht der übergeordneten Ebene sämtlichem Recht der untergeordneten Ebene vorgeht. Einzig das Verhältnis zwischen Bundesrecht und internationalem Recht ist nach wie vor nicht restlos geklärt.[112]

Auf den drei Hauptebenen des Bundesstaates stehen dem Regulator grundsätzlich je sämtliche Regulierungsstrategien, Instrumente und Formen zur Verfügung. So jedenfalls auf Bundes- und Kantonsstufe sowie auf Gemeindestufe in Bezug auf die Einwohnergemeinde als Universalgemeinde, der alle

---

111 Zur Selbstreferenz des Rechts TEUBNER (1982), S. 20 f.; LUHMANN (1993), S. 52 f.; DERS. (1999), S. 166 f.; WILLKE (2001), S. 31.

112 Zum Rangverhältnis von Völkerrecht und Landesrecht weiterführend die Beiträge von THOMAS COTTIER/MAYA HERTIG, Das Völkerrecht in der neuen BV: Stellung und Auswirkungen, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Berner Tage für juristische Praxis (BTJP), Bern 2000, S. 1 ff.; ALBERTO ACHERMANN, Der Vorrang des Völkerrechts, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger, Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht: Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, Bern 2001, S. 33 ff.

nicht von Spezialgemeinden wie Kirchgemeinden, Ortsgemeinden oder Schulgemeinden wahrgenommenen kommunalen Aufgaben zufallen. Spezialgemeinden sind in der Regel in ihren Aufgaben und Kompetenzen derart beschränkt, dass sie kaum die ganze Bandbreite von Regulierungswerkzeugen ausschöpfen können.

Auf den Zwischenebenen, die in der Regel keine mit selbständigen Entscheidungskompetenzen ausgestattete Organe kennen, wird im Unterschied zu den Hauptebenen prinzipiell nur Recht gesetzt, nicht aber umgesetzt. Die vorherrschende Regulierungsform der Zwischenebenen ist der koordinationsrechtliche Vertrag (Staatsverträge, Konkordate und kommunale Zusammenarbeitsverträge). Dies führt dazu, dass diverse Regulierungsstrategien und -instrumente kaum eingesetzt werden können, namentlich kooperative und umfassende Regulierungen sowie Sach- und Dienstleistungen, Ausbildung, Überzeugungsinstrumente und Information. Allerdings haben sich in den letzten Jahren auch auf diesen Zwischenebenen, Umsetzungsmechanismen und nicht-vertragliche Formen der Zusammenarbeit herausgebildet. Zu erwähnen sind etwa die Gemischten Ausschüsse zur Umsetzung der bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der EU,[113] die Direktorenkonferenzen auf interkantonaler Ebene[114] und die in kantonalen Gemeindegesetzen vorgesehene interkommunale Zusammenarbeit in Form von Gemeindeverbänden und anderen juristischen Personen.[115] Diese Kooperationsformen verschaffen bei der Regulierung zusätzliche Gestaltungsmöglichkeiten.

3.5.2. Organebenen

Innerhalb eines Gemeinwesens findet staatliche Regulierung auf verschiedenen Organebenen statt. Verfassungen definieren, welchen Organen die Staatsfunktionen der Rechtsetzung und Verwaltung zukommen. Auf Bundesebene sind dies die Bundesversammlung, unter Vorbehalt der Mitwirkungsrechte des Stimmvolks, sowie der Bundesrat und die in Departemente gegliederte Bundesverwaltung. Der Rechtsetzungs- und Verwaltungstätigkeit durch Bun-

113 Z. B. Art. 14 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Abkommen über die Personenfreizügigkeit; SR 0.142.112.681).

114 Form des freiwilligen kooperativen Föderalismus. Vgl. nun aber Art. 7 BWIS, der eine Zusammenarbeit des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes mit den Kantonsregierungen und den interkantonalen Regierungskonferenzen vorsieht.

115 Etwa Art. 7 Gemeindegesetz des Kantons Bern vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11): Die Zusammenarbeit der Gemeinden kann gestaltet werden als Gemeindeverband, Vertragsverhältnis, öffentlichrechtliches Unternehmen (Anstalt) oder juristische Person des Privatrechts.

desrat und Bundesverwaltung kommt wie gesagt in dem Umfang selbständige Steuerungsfunktion zu, in dem diese Organe über erhebliche Entscheidungsspielräume verfügen; gleich verhält es sich mit der Rechtsprechungstätigkeit des Bundesgerichts und anderer Gerichte.[116]

Die Aufteilung der Regulierungstätigkeit auf verschiedene Staatsorgane bedingt wie die Aufteilung auf mehrere Staatsebenen eine Hierarchisierung des gesetzten Rechts. Die Rangordnung folgt dem Kriterium der demokratischen Legitimation der Rechtsnormen (formelles Gesetz bricht Verordnung) und der Position des Normgebers innerhalb der Verwaltungshierarchie (Regierungsverordnung bricht Departementsverordnung usw.). Insgesamt ist der Stufenbau der Rechtsordnung damit direkt auf die Verteilung der Regulierungskompetenzen auf staatliche Ebenen und Organebenen zurückzuführen.

3.5.3. Dezentrale Ebenen

3.5.3.1. Zentrale und dezentrale Verwaltung sowie andere Aufgabenträger

In der horizontalen Dimension richtet sich der Blick auf die verschiedenen Ebenen ausserhalb der zentralen Staatsgewalt bis hin zu privaten Regulatoren. Verfassungen können den zentralen Staatsorganen erlauben, einzelne Rechtsetzungs- und Verwaltungsaufgaben auf dezentrale Verwaltungseinheiten oder Träger ausserhalb der Verwaltung zu übertragen. Die Bundesverfassung tut dies in Art. 164 Abs. 2, wonach Rechtsetzungsbefugnisse durch Bundesgesetz übertragen werden können, sowie in Art. 178 Abs. 3, wonach Verwaltungsaufgaben durch Gesetz öffentlich- oder privatrechtlichen Personen und Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung delegiert werden dürfen.

Auf Bundesebene gehören gemäss Art. 2 RVOG und Art. 6 RVOV die Departemente, die Bundeskanzlei, die Generalsekretariate, die Gruppen und Ämter sowie deren weitere Untergliederungen zur Zentralverwaltung. An der Zugehörigkeit zur Zentralverwaltung ändert sich auch dann nichts, wenn der Bundesrat einer Gruppe oder einem Amt durch Erteilung von Leistungsaufträgen gestützt auf Art. 44 RVOG erhöhte Eigenständigkeit einräumt (FLAG-Einheiten[117]). Demgegenüber sind die Behördenkommissionen sowie die selbständigen Anstalten und Betriebe Teil der dezentralen Bundesverwaltung. Anstalten und Betriebe sind allerdings nur dann Einheiten der Bundesverwaltung, wenn sie administrativ, d. h. hinsichtlich der Verwaltung der Ressourcen, einem Departement oder der Bundeskanzlei zugeordnet sind (Art. 8

116 Vgl. oben 3.4.1.

117 FLAG = Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget.

RVOV). Dies trifft z. B. nicht zu auf die Post oder die SBB, die damit ausserhalb der Bundesverwaltung stehen.[118]

3.5.3.2. Stufen der Dezentralisierung

Eine erste Stufe der Auslagerung von Regulierungsaufgaben ist deren Übertragung auf sog. verwaltungsunabhängige Behördenkommissionen wie die Kommunikationskommission, die Eidgenössische Bankenkommission oder die Wettbewerbskommission. Diese Institutionen verfügen zwar nicht über eigene Rechtspersönlichkeit, sind in ihren Entscheidungen aber an keinerlei Weisungen der Zentralverwaltung gebunden.[119] Dieser Autonomiestatus soll den unabhängigen Behördenkommissionen eine neutrale und objektive Position gegenüber den beteiligten Akteuren und den involvierten Interessen, insbesondere auch gegenüber der Zentralverwaltung verleihen.[120] Diese Eigenschaften, verbunden mit besonderen Kenntnissen des regulierten Sektors und engen Kontakten mit seinen Vertretern, sollen sich günstig auf die Qualität der jeweiligen Regulierungen auswirken. Behördenkommissionen werden hauptsächlich im Einzelfall tätig, etwa indem sie Konzessionen vergeben oder Verfügungen erlassen. Dem Gesetzgeber ist es aber unbenommen, den Regulatoren gewisse Rechtsetzungsaufgaben zu übertragen.[121]

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die vom Gesetzgeber in besonderen Fällen benutzte Möglichkeit, Rechtsetzungsbefugnisse an unabhängige Gerichte zu delegieren. Der Bundesgesetzgeber hat dies in den Bereichen der Schuldbetreibung und der Enteignung getan.[122] Unabhängige Gerichte sind zur Wahrnehmung von Regulierungsaufgaben ausserhalb der Rechtsprechung kaum geeignet, da ihnen die notwendigen administrativen Mittel und institutionellen Voraussetzungen dazu fehlen.

---

118 Vgl. auch den Anhang zur RVOV, in dem die Einheiten der zentralen und die wichtigsten Einheiten der dezentralen Bundesverwaltung aufgelistet sind. Dieser Anhang hat allerdings nicht konstitutiven, sondern lediglich informativen Charakter.

119 Allgemein: Art. 8 Abs. 2 RVOV. Im Fall der Kommunikationskommission: Art. 56 Abs. 2 FMG. Im Fall der Wettbewerbskommission: Art. 19 Abs. 1 KG.

120 Dazu Rolf H. Weber/Giovanni Biaggini, Rechtliche Rahmenbedingungen für verwaltungsunabhängige Behördenkommissionen: Untersuchung am Beispiel der geplanten Fernmelde- und Medienkommission, Zürich 2002, S. 45; Chevallier (2003), S. 78 f.: «caractère méta-institutionnel».

121 Z. B. die Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 17. 11. 1997 betreffend das Fernmeldegesetz (SR 784.101.112), gestützt auf die Ermächtigung in Art. 28 Abs. 4 FMG.

122 Etwa die Verordnung des Bundesgerichts vom 23. April 1920 über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG; SR 281.42) gestützt auf Art. 15 Abs. 2 SchKG, oder die Verordnung für die eidgenössischen Schätzungskommissionen vom 24. April 1972 (SR 711.1), gestützt auf Art. 63 EntG.

Eine weitere Dezentralisierungsform ist die gesetzliche Übertragung bestimmter Staatsaufgaben an autonome öffentliche Anstalten oder Stiftungen. Diesen Organisationsformen steht das Recht zu, die Beziehungen mit den Anstaltsbenützern bzw. Stiftungsdestinatären innerhalb des gesetzlichen Rahmens eigenständig zu regeln und zu verwalten.[123] Insbesondere kann der Gesetzgeber Anstalten und Stiftungen ermächtigen, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dabei sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Anforderungen an die Bestimmtheit der Delegationsnorm in dem Masse herabgesetzt, in dem sich Freiheitsbeschränkungen aus dem Zweck des konkreten Rechtsverhältnisses zwischen Anstalt und Anstaltsbenützer ergeben.[124] Nach M. Müller sollte aus steuerungsspezifischen Gründen sogar sämtlichen öffentlichen Anstalten «ein ihrer Fach- und Vollzugskompetenz adäquater originärer Rechtsetzungsbereich zugestanden werden».[125]

Für die dezentrale Produktion von Gütern oder Dienstleistungen steht ebenfalls die Anstalt als öffentlichrechtliche Organisationsform zur Verfügung. So hat der Gesetzgeber die Postunternehmung des Bundes in die Form der öffentlichen Anstalt gekleidet.[126] Daneben kann der Gesetzgeber mittels Spezialgesetz eigene Unternehmensformen schaffen, wie er dies beispielsweise im Fall der SBB getan hat.[127] Eine dritte Möglichkeit ist die staatliche Beherrschung privatrechtlich konstituierter Unternehmen (gemischtwirtschaftliche Unternehmungen). In all diesen Fällen befindet sich die Unternehmung im Allein- oder Mehrheitsbesitz des Staates.[128]

Die weitestgehende Dezentralisierung ist die Auslagerung von Regulierungsaufgaben an private Personen, an denen der Staat weder als Mitglied noch kapitalmässig beteiligt ist.[129] Als private Träger von Staatsaufgaben kommen vor allem Vereine, Stiftungen, Aktiengesellschaften und Genossenschaften in Betracht.[130] Der Staat setzt Private gelegentlich ein, um Verwaltungsaufgaben wahrzunehmen. Als neueres Beispiel sei die Verwaltung und Zuteilung von Internet Domain-Namen durch die Stiftung Switch erwähnt.[131] Demgegenüber ist eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an Private,

---

123 Z. B. Art. 5 Abs. 2 Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz; SR 414.110).

124 M. Müller (2003), S. 40 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die Bundesgerichtspraxis.

125 M. Müller (2003), S. 286.

126 Art. 2 Abs. 1 POG.

127 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft nach Art. 2 Abs. 1 SBBG.

128 Zu den Eignerstrategien eingehender unten 4.3.2.2.

129 Zu dieser Form staatlich gesteuerter Selbstregulierung auch oben 3.1.3.2.

130 Dazu die Übersicht über private Aufgabenträger im Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 10. November 1989, in: VPB 54 (1990) Nr. 36 S. 230.

131 Verwaltungsrechtlicher Vertrag vom 24. Januar 2003 zwischen dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) und Switch, gestützt auf Art. 13 ff. der Verordnung vom 6. Oktober 1997 über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV; SR 784.104).

abgesehen von statischen Verweisen auf bestehende Regelungen und der Allgemeinverbindlicherklärung privater Regelwerke, namentlich angesichts des Demokratieprinzips nur in engen Grenzen zulässig.[132] Anzumerken bleibt, dass Gerichte bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe hin und wieder auf private Normbestände zurückgreifen und diesen dadurch eine dynamische Funktion verleihen. So beachtete etwa das Bundesgericht zur Bestimmung des Todeszeitpunkts nach Art. 31 ZGB die entsprechenden Richtlinien der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften.[133] Mittlerweile sieht der Bundesgesetzgeber im Entwurf des Transplantationsgesetzes zum Todeskriterium und zur Feststellung des Todes selber Regeln vor.[134]

132 Zu diesen Grenzen unten 5.2.

133 BGE 98 Ia 508 E. 3a S. 512 f.

134 Vgl. Art. 9 Entwurf Transplantationsgesetz, in: BBl 2002 247ff (zur Zeit in den parlamentarischen Beratungen). In Abs. 2 wird der Bundesrat ermächtigt, über die Todesfeststellung nähere Vorschriften zu erlassen. Es wird dabei um den Erlass analoger Regeln gehen, wie sie in den Richtlinien der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften enthalten sind (BBl 2002 140).

4. Regulierungsintensität

Die Intensität staatlicher Regulierung ist im Hinblick auf die Deregulierungsthematik von zentraler Bedeutung. Deregulierung realisiert sich in der Gesetzgebungspraxis vor allem als inhaltliche Reduktion der Regulierungsintensität.[135] Umgekehrt wird mit der Klage der Überregulierung oder Normenflut regelmässig irgendeine Form von zu hoher Regulierungsdichte kritisiert. In welchen Formen manifestiert sich eine hohe bzw. geringe Regulierungsintensität? Es lassen sich drei Gesichtspunkte unterscheiden: Regelungsdichte, Interventionsstärke und Zielorientierung.

4.1. Regelungsdichte

4.1.1. Ausmass staatlicher Regelungen und Regelungstätigkeit

4.1.1.1. Quantitative Aspekte

Das Ausmass der Regulierungsintensität kann zunächst rein quantitativ bestimmt werden. Ausschlaggebend ist dann, welcher Normenbestand zu einem bestimmten Zeitpunkt gegeben ist und wie sich die Anzahl von Erlassen bzw. die Anzahl von Normen innerhalb der Erlasse im Laufe der Zeit verändert. Ein anderer, ebenfalls quantitativ orientierter Ansatz besteht darin, die staatliche Regelungstätigkeit während einer bestimmten Zeit zu messen. Dabei wird gezählt, wie viele Regelungen pro Zeiteinheit neu erlassen oder geändert werden.

Die erstgenannte Messgrösse – Veränderung der Erlass- und Normenmenge – lässt sich methodisch annähernd bestimmen, indem die Seitenzahlen der Systematischen Rechtssammlung (SR) gezählt werden. Für das Bundesrecht ergibt sich dabei die interessante Feststellung, dass die Seitenzahlen der SR seit 1990 deutlich gestiegen sind.[136] Im August 1990 betrug die Gesamtzahl der Seiten zum Landesrecht 19 143, im März 2004 24 924,[137] was eine Zunahme in diesem Zeitraum um gut 30 % bedeutet.

Die zweite Grösse – staatliche Regelungstätigkeit pro Zeiteinheit – kann mittels Zählung der Anzahl Seiten oder Publikationen in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts (AS) approximativ gemessen werden. Verfüg-

---

135 Zu den verschiedenen Formen von Deregulierung oben 3.1.2.1.

136 Zur Entwicklung der Normquantität vor diesem Zeitpunkt siehe etwa Wolf Linder/Stefan Schwager/Fabrizio Comandini, Inflation législative?: une recherche sur l'évolution quantitative du droit suisse, Lausanne 1985.

137 Zählung ohne die Hilfsdokumente (Inhaltsverzeichnisse, etc.). Die Zahl der Seiten zum Staatsvertragsrecht lag im März 2004 mit 28 332 Seiten über derjenigen des Landesrechts.

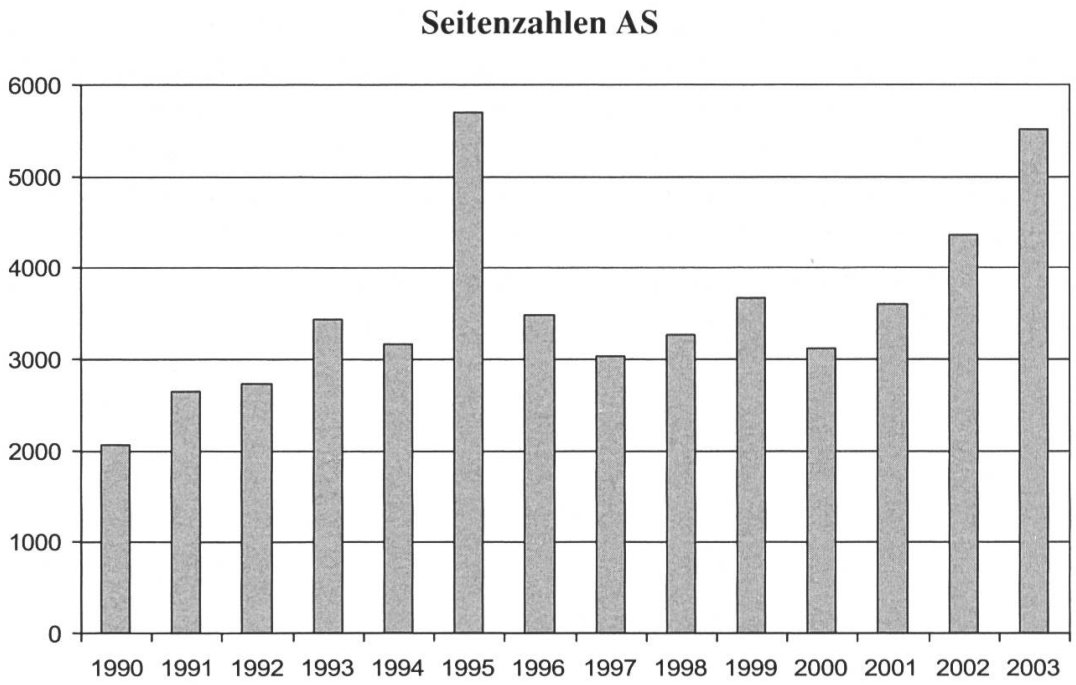
bar sind statistische Daten über die Entwicklung der Seitenzahlen der AS in der Periode von 1990 bis 2003 sowie über die Anzahl der Publikationen (Verfassungsänderungen, Gesetze, Verordnungen und Staatsverträge) in der AS in den Jahren 1999 bis 2003. Aus den nachfolgenden Tabellen wird ersichtlich, dass auch in diesen beiden Fällen eine deutliche Zunahme zu verzeichnen ist.[138]

Publikationen in der Amtlichen Sammlung (AS):[139]

Jahr	**Total**	**davon**									**Seiten**
		Verfassungs-änderungen	Gesetze (inkl. dringliche)	Verordnungen Bundesvers.	Verordnungen Bundesrat	Verordnungen Departemente	Verordnungen Ämter	Verordnungen Anstalten	Staatsverträge bilateral	Staatsverträge multilateral	
1990											**2062**
1991											**2652**
1992											**2730**
1993											**3440**
1994											**3170**
1995											**5690**
1996											**3490**
1997											**3040**
1998											**3271**
1999	536	3	36	0	250	111	58	4	25	12	**3676**
2000	566	0	68	4	251	109	40	0	39	17	**3114**
2001	539	1	31	3	202	97	64	3	70	7	**3599**
2002	713	3	48	5	276	133	48	19	61	26	**4364**
2003	797	1	50	7	251	124	55	11	97	45	**5514**

138 Eine – allerdings weniger signifikante und nicht kontinuierliche – Zunahme ist auch in Bezug auf die im Zeitraum von 1990 bis 2003 jährlich in Kraft getretenen Staatsverträge zu verzeichnen: Diese Entwicklung steigt von 1990 (64 in Kraft getretene Staatsverträge) an bis 1996 (138) und sinkt dann wieder bis 2003 (98).

139 Die beiden folgenden Tabellen verdanken wir dem Kompetenzzentrum Amtliche Veröffentlichungen (KAV) der Bundeskanzlei.



4.1.1.2. Kritik der quantitativen Bemessung

Die Problematik von solchen mechanischen Zählweisen liegt freilich darin, dass sie letztlich nur bedingt etwas über die effektive Präsenz des Staates in Wirtschaft und Gesellschaft aussagen. Zunächst kann eine grosse Menge von Rechtsnormen rein gesetzgebungstechnische Ursachen haben. So etwa, wenn zur Verbesserung der Lesbarkeit legislativer Texte Normen des übergeordneten Rechts auf niedriger Stufe wiederholt oder wenn Wiederholungen anstelle von Verweisen gewählt werden.[140] Oder wenn Hinweise zur Auslegung von Rechtsnormen und Begriffsdefinitionen in den Normtext selber aufgenommen werden, anstatt sie in den Materialien, insbesondere in der bundesrätlichen Botschaft, zu belassen oder ganz auf die Anwendungsbehörden zu vertrauen.[141] Es handelt sich bei solchen legislatorischen Techniken um «illustrative» Gesetzgebung ohne eigentliche normative Bedeutung.

Die Anzahl von Gesetzen und Normen sowie das Ausmass staatlicher Regelungsaktivität lassen noch aus anderen Gründen nicht zwingend darauf schliessen, welche sozialen und wirtschaftlichen Handlungsfreiräume in einem Gemeinwesen tatsächlich vorhanden sind. Es wurde bereits angespro-

140 Etwa Art. 40 Abs. 1 und 41 Satz 1 der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1), welche Art. 11 Abs. 1 des Fernmeldegesetzes (FMG; SR 784.10) wiederholen.

141 Zum mangelnden Vertrauen in die Rechtsanwendungsbehörden als regulierungstreibender Faktor siehe unten 7.2.10.

chen, dass schwächere Formen staatlicher Intervention häufig umfangreichere Normierungen erfordern als scharfe Eingriffe in das Gesellschafts- und Wirtschaftsleben.[142] Ferner ist staatlicher Regelungsaktivismus im Speziellen deshalb kein sicheres Indiz für zunehmenden staatlichen Interventionismus, weil regulatorisches Tätigwerden nicht im Erlass neuer, sondern in der Änderung geltender Gesetze bestehen und den Zweck haben kann, bestehende Freiheitseinschränkungen zurückzunehmen, zusätzliche Rechte zu gewährleisten oder Regulierungen auf verschiedenen Ebenen zu harmonisieren.

4.1.2. Inhaltliche Bestimmtheit von Rechtsnormen

Die inhaltliche Bestimmtheit von Rechtsnormen ist prima vista ein Kriterium, das relativ direkt auf den Grad staatlicher Steuerung schliessen lässt. Der Gesetzgeber nimmt seinen Steuerungsanspruch zurück, wenn er an Stelle detaillierter Verhaltensvorschriften unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln wählt oder Ermessen einräumt. Man denke beispielsweise an das in Art. 2 USG verankerte Verursacherprinzip, wonach die Kosten trägt, wer Massnahmen nach diesem Gesetz verursacht. Soweit diese Generalklausel wie in Art. 32d USG für spezifische Bereiche nicht weiter konkretisiert ist, lässt sie sowohl den Kreis der Verursacher als auch die Rangfolge zwischen mehreren Verursachern offen und eröffnet damit für die Festlegung der Kostentragungspflicht im konkreten Fall grossen Beurteilungsspielraum.[143]

Der gesetzgeberische Verzicht auf Feinsteuerung bedeutet indessen keineswegs, dass der Staat insgesamt auf Feinsteuerung verzichtet. Entweder wird der von der Legislative bereitgestellte Freiraum umgehend durch Ausführungsvorschriften von Exekutive und Verwaltung auf der gleichen staatlichen Ebene oder von den vollziehenden Gemeinwesen (Kantone und Gemeinden) präzisiert. Oder die richterlichen und administrativen Behörden sind gehalten, die offenen Rechtsnormen rechtsfortbildend oder von Fall zu Fall auszufüllen. Offene Normen verschieben insoweit die Steuerungsmacht nicht vom Staat auf die Privaten, sondern von Parlament und Stimmvolk auf Regierung, Verwaltung und Gerichte.

Ein Gewinn privater Handlungsoptionen infolge offener Normen kann sich immerhin aus dem Umstand ergeben, dass die exekutiven und richterlichen Behörden sowie untergeordnete Gemeinwesen in der Regel besser in der Lage sind, rasch auf die aktuellen Bedürfnisse der privaten Normadressaten zu reagieren. Die von einer Regulierung Betroffenen können im Rahmen von

---

142 Zur Deregulierung und Re-Regulierung siehe oben 3.1.2.2.

143 Zur Auslegung von Art. 2 USG siehe namentlich Martin Frick, Das Verursacherprinzip in Verfassung und Gesetz, Bern 2004, S. 131 ff.

Rechtsanwendungsverfahren anlässlich von Instruktionsverhandlungen oder mittels schriftlichen Prozesseingaben auf die Normauslegung Einfluss nehmen. Ausserhalb von Verfahren artikulieren sich gesellschaftliche und wirtschaftliche Anliegen via Konsultationen von Entscheidungsträgern, statistische Erhebungen, gezielte Umfragen oder generell in den Medien. Diese Formen privater Beteiligung an der Rechtsverwirklichung[144] setzen allerdings bürgernahe bzw. kundenorientierte Behörden voraus, die ihre Steuerungsmacht nicht autistisch ohne oder gegen die Bevölkerung wahrnehmen.

4.1.3. Finale Struktur von Rechtsnormen

Die Wahl zwischen konditional und final strukturiertem Recht ist eine regulierungsstrategische Frage.[145] Zugleich besteht, zumindest auf den ersten Blick, ein Zusammenhang zwischen der Finalität von Rechtsnormen und der Intensität staatlicher Regulierung. Zielnormen, die lediglich ein zu schützendes Gut oder ein bestimmtes öffentliches Interesse fixieren, verschaffen den Normadressaten – seien es staatliche Verwaltungen, seien es Private – strategische Handlungsoptionen.[146] Exemplarisch für eine finale Regulierung sind die Ziele zur Reduktion der CO_2-Emissionen aus der Nutzung fossiler Energieträger gemäss Art. 2 CO_2-Gesetz.[147] Als Mittel zur Realisierung der Reduktionsziele dienen namentlich Erklärungen, in denen sich Verbraucher von fossilen Brenn- und Treibstoffen freiwillig verpflichten, die Emissionen zu begrenzen (Art. 4 Abs. 1 CO_2-Gesetz).

Gesetzgeberische Zielvorgaben sind in der Regel weniger steuerungsintensiv als präzise, auf bestimmte Situationen bezogene Verhaltensnormen, weil sie die Wahl der Mittel grundsätzlich den Privaten überlassen. Würden im CO_2-Gesetz über die Reduktionsziele hinaus noch detaillierte Vorschriften zur Emissionsbegrenzung nach dem Modell der Luftreinhalte-Verordnung[148] aufgestellt, wäre die Regulierungsintensität in diesem Bereich zweifellos grösser. Demgegenüber wäre ein Regulierungssystem, das auf die Reduktionsziele verzichten und sich auf Vorschriften zur Emissionsbegrenzung beschränken würde, nicht von vorneherein steuerungsintensiver als das geltende CO_2-Gesetz. Ob finales Recht effektiv weniger steuerungsintensiv ist

144 Siehe zur Mitwirkung Privater beim Vollzug auch Brunner (1982), S. 49 ff.

145 Dazu oben 3.2.5.

146 Zum finalem Recht als Forderung des New Public Management die Übersicht bei Schneider (2001), S. 52 ff.

147 Zu diesem Beispiel eingehender unten 6.3.2. sowie der Beitrag von Ursula Brunner in diesem Band, II. Teil 4.

148 Verordnung vom 16. Dezember 1985 (LRV; SR 814.318.142.1).

als konditionales, hängt vielmehr von Faktoren ab, die nichts mit der strukturellen Unterscheidung final/konditional zu tun haben. Zu diesen Faktoren gehören die Bestimmtheit der Zielvorgabe sowie der Grad, in dem der gewünschte Soll-Zustand vom Ist-Zustand abweicht. Zielvorgaben, die genau quantifiziert sind und von den Normadressaten eine hohe Adaptionsleistung verlangen, regulieren allenfalls stärker als Vorschriften, die situative und verhältnismässige Verhaltensanpassungen verlangen.

Die verschiedenen Aspekte der Regelungsdichte – Quantität staatlicher Regelungen und staatlicher Regelungstätigkeit, inhaltliche Bestimmtheit und Finalität von Rechtsnormen – sind somit mit Vorsicht zu geniessende Indikatoren für eine hohe Regulierungsintensität, d. h. für eine hohe Intensität staatlicher Steuerung in den Formen des Rechts. Normenflut und Regelungsaktivismus sowie detaillierte, konditional aufgebaute Vorschriften begründen allenfalls eine erste Vermutung für intensive staatliche Steuerung. Die Vermutung bedarf aber der Verifizierung anhand qualitativer Kriterien, welche unmittelbar die Beschränkung privater Handlungsfreiheiten (Interventionsstärke) und die Zielgerichtetheit staatlicher Regulierung im Blick haben.

4.2. Interventionsstärke

4.2.1. Intervention und Regulierungsintensität

Dem Begriff der staatlichen Intervention liegt die klassische liberale Vorstellung einer Trennung von Staat und Gesellschaft zugrunde. Der Staat repräsentiert das Allgemeininteresse, in dessen Namen er zwangsweise in die (präexistente) Sphäre der Freiheit bzw. des Marktes eingreift. Von «Interventionismus» begann man zu sprechen, als der Staat Ende des 19. Jahrhunderts zur Korrektur unerwünschter Auswirkungen der gesellschaftlichen Evolutionsprozesse zunehmend sozial- und strukturpolitische Massnahmen ergriff.[149] Zwar bestehen enge Verflechtungen, wechselseitigen Abhängigkeiten und fliessenden Übergänge zwischen Staat und Gesellschaft; trotzdem wird weiterhin von Interventionen des Staates in private Freiheiten als Realität staatlicher Regulierung gesprochen.

Staatliche Intervention meint das Einwirken des Staates in Ordnungen oder Systeme wie Wirtschaft, Familie, Wissenschaft oder Kultur, die sich nach eigenen Gesetzmässigkeiten entwickeln bzw. reproduzieren. Unter die Kategorie der staatlichen Intervention fallen damit Regulierungen, die in das eigengesetzliche Spiel der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Kräfte,

149 Siehe oben 2.1.2.2.

insbesondere in Märkte eingreifen. Zwar sind durch staatliche Interventionen immer auch einzelne Bürgerinnen und Bürger betroffen. Im Vordergrund der Betrachtungen steht aber nicht der Antagonismus zwischen Staat und Individuum, sondern derjenige zwischen Staat und Gesellschaft bzw. Wirtschaft.

Interventionsstärke und Regulierungsintensität korrelieren direkt miteinander. Je stärker der Staat in gesellschaftliche Prozesse interveniert, desto intensiver steuert er die Gesellschaft. Die Bemessung der Interventionsstärke anhand allgemeiner Kriterien bereitet indessen Schwierigkeiten. Massgebend sind grundsätzlich die Auswirkungen einer Regulierung auf das betroffene Gesellschaftssystem. Wie gross diese Auswirkungen sind, lässt sich jedoch, ähnlich wie die Schwere von Grundrechtseingriffen, letztlich nur auf Grund einer genauen Betrachtung der spezifischen Ausgestaltung und Umsetzung einer Regulierung bestimmen. Allgemeine Aussagen zur Interventionsstärke von Regulierungsinstrumenten sind also nur bedingt möglich, sollten aber dennoch als Aufgabe der Legisprudenz versucht werden.

Ausgehend von systemtheoretischen Ansätzen lassen sich vier Stufen abnehmender Interventionsstärke unterscheiden: Verstaatlichung gesellschaftlicher Systeme, staatliche Planung von Gesellschaftssystemen, staatliche Kontrolle von Systemen und staatliche Verstärkung von Systemen.

4.2.2. Verstaatlichung gesellschaftlicher Systeme

Die schärfste Form staatlicher Intervention in gesellschaftliche Systeme ist deren Verstaatlichung. Die Verstaatlichung kann ganze Systeme erfassen, wenn man etwa an die platonische Idee politischer Erziehungsanstalten, an die Staatsreligionen vor der Aufklärung oder an die sozialistischen Staatswirtschaften denkt. Im freiheitlichen Rechtsstaat steht aber nicht die Verstaatlichung ganzer Gesellschaftssysteme, sondern nur von mehr oder weniger eng begrenzten Teilgebieten zur Diskussion. Verstaatlichung kommt dabei in erster Linie als Monopolisierung einzelner Wirtschaftsbereiche wie Post, Eisenbahnen oder bestimmter Versicherungen vor. Aber auch nicht-wirtschaftliche Systeme wie Bildung, Forschung oder Medien können partiell verstaatlicht sein.

Verstaatlichung ist der Gegenbegriff zur Liberalisierung und bedeutet die alleinige Ausübung einer Tätigkeit durch den Staat, unter Ausschluss von Privaten.[150] Von Verstaatlichung lässt sich nur sinnvoll sprechen in Bezug auf

150 Konzessionssysteme bedeuten demnach nicht Verstaatlichung, sondern staatliche Planung oder Kontrolle; vgl. unten 4.2.3. und 4.2.4.1.

Tätigkeiten, die nicht zu den Kernaufgaben des Staates gehören.[151] Die Grenzziehung zwischen Aufgaben, die ursprünglich Sache des Gemeinwesens sind, und Aufgaben, die genuin der Gesellschaft zuzuordnen sind, ist allerdings auch abhängig vom historisch geprägten Staatsverständnis und damit zu einem gewissen Grad wandelbar. Dies wird etwa deutlich, wenn man sich vor Augen hält, dass seit einigen Jahren punktuelle Liberalisierungen der zu den Kernaufgaben des Staates zählenden Polizei diskutiert werden; dennoch gilt die Polizei nach wie vor als staatliche, und nicht als verstaatlichte Institution.[152]

Verstaatlichte Tätigkeiten werden häufig dezentral, namentlich durch öffentliche Anstalten oder vom Staat dominierte Unternehmen ausgeübt. Möglich ist auch die Übertragung des Monopolrechts an ein unabhängiges Privatunternehmen, wie dies etwa Art. 3 Abs. 1 PG erlaubt. Eine Übertragung des Monopolrechts an Private verschiebt lediglich das Monopol, ändert aber nichts an den Auswirkungen der Intervention. Diese bestehen auf der individuellen Ebene darin, dass Privaten als «bourgeois» der Zugang zum verstaatlichten Bereich versperrt ist. Eine Einflussnahme ist nur indirekt als «citoyens» möglich, mittels Wahrnehmung politischer Mitbestimmungsrechte. Auf der Systemebene hat der Ausschluss von Privaten zur Folge, dass Pluralismus, Spontaneität und Unberechenbarkeit – Eigenheiten freier gesellschaftlicher Prozesse – abgelöst werden durch Einheitlichkeit, Kontinuität und Planbarkeit – Eigenheiten hierarchischer Systeme.[153]

4.2.3. Staatliche Planung von Systemen

Mit der Planung gesellschaftlicher Systeme nimmt der Staat Einfluss auf deren Gesetzmässigkeiten und deren Evolution. Im Wirtschaftsbereich heisst

---

151 Entsprechend die Definition staatlicher Monopole bei HÄFELIN/MÜLLER (2003), Rz. 2558, wonach monopolisierte Tätigkeiten von denjenigen Tätigkeiten zu unterscheiden sind, welche nach ihrer Natur nicht von Privaten, sondern nur vom Staat selbst ausgeübt werden können. KOKOTT (2004), S. 24 ff., zählt folgende wesentlichen Staatsaufgaben auf: Garantie von Freiheit und Sicherheit, politische Definition des Gemeinwohls, Daseinsvorsorge und die Schaffung von Wohlfahrt, Identitäts- und Integrationsfunktion sowie die Wahrung des Völkerrechts.

152 Vgl. WINFRIED BRUGGER, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit, in: VVDStRL 63 (2004), S. 128: «Den Staat trifft zwar die originäre Aufgabe zur Ausschaltung von Gewalt und Lebensbedrohungen sowie zu geregelter Streitentscheidung, in Bezug auf die Organisation des Schutzes für weitergehende Staatziele ist die moderne Staatstheorie aber offen für exklusive, kooperative oder auch in gesellschaftliche Selbstorganisation delegierte Verantwortlichkeiten.»

153 Zu den unterschiedlichen Charakteristika von nicht-hierarchischen und hierarchischen Systemen etwa WILLKE (2001), S. 43 f., 68 ff.

dies staatliche (Mit-) Bestimmung der Produktion, im Schulbereich staatliche Steuerung von Bildungsinhalten und Bildungsangeboten oder im Familienbereich staatliche Einflussnahme auf die Kindererziehung. Im Unterschied zur «blossen» Kontrolle zielt der planende Staat nicht (nur) darauf ab, die Entscheidungen der privaten Akteure in Übereinstimmung mit Allgemeininteressen und Interessen Dritter zu bringen. Vielmehr versucht er, gesellschaftliche Entwicklungen zu dirigieren, zu beschleunigen oder zu bremsen. Im Wirtschaftsbereich sind planende Interventionen sog. grundsatz- oder systemwidrige Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit, welche nach Art. 94 Abs. 4 BV einer Grundlage in der Bundesverfassung selber bedürfen oder durch kantonale Regalrechte begründet sein müssen.[154] Dazu zählen Massnahmen zum Schutz der inländischen Wirtschaft (Art. 101 Abs. 2 BV), zur Sicherung der Landesversorgung (Art. 102 BV), zur Unterstützung wirtschaftlich bedrohter Landesgegenden, Branchen oder Berufe (Art. 103 BV), insbesondere der Landwirtschaft (Art. 104 BV).

Instrumente zur Systemplanung sind – abgesehen von der Monopolisierung, die wie erwähnt eine eigene Interventionskategorie bildet – zunächst alle Regulierungen, die den Zugang zu einer privaten Tätigkeit, insbesondere zu Märkten, einer staatlichen Bedarfsprüfung unterwerfen. Dies tun Kontingente und wirtschaftspolitische Bewilligungen, die an Bedürfnisklauseln anknüpfen, sowie grundsätzlich Konzessionen.[155] Letztere haben nur dann einen Planungseffekt auf das betreffende System, wenn der Staat mit ihnen die Angebotsmenge reguliert wie etwa im Fall der Vergabe von Spielbankenkonzessionen.[156] Ist das Angebot infolge der Knappheit eines natürlichen Guts begrenzt und werden in diesem Umfang Konzessionen erteilt, kann man nicht mehr von staatlicher Systemplanung sprechen. Vielmehr wirken Konzessionen in diesem Fall systemverstärkend,[157] indem sie eine koordinierte Ressourcennutzung garantieren.[158] Beispiele sind Sondernutzungskonzessionen

154 Sog. unzulässige «wirtschaftspolitische» Massnahmen; Biaggini (2001), S. 228, spricht von einem merkwürdigen Begriff von «Wirtschaftspolitik». Interessanterweise müssten demgegenüber Polizeimonopole, die nicht wirtschaftspolitische Motive verfolgen, sondern Polizeigüter schützen, trotz ihrer maximalen Interventionsstärke nicht in der Bundesverfassung oder durch kantonale Regalrechte abgestützt sein.

155 Neuestes Beispiel einer mengenmässigen Beschränkung von Anbietern ist die Verordnung des Bundesrates vom 3. Juli 2002 über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Zulassungsverordnung; SR 832.103). Vom Bundesgericht geschützt in BGE 130 I 26.

156 Vgl. BBl 1997 III 156 ff.; die mengenmässige Beschränkung dient neben volkswirtschaftlichen Zielen auch dem Schutz des Spielerpublikums sowie dem Schutz der Gesellschaft vor organisiertem Verbrechen und Geldwäscherei.

157 Dazu unten 4.2.5.

158 Siehe etwa Daniel Kunz, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, Bern 2004, S. 31.

wie Funkkonzessionen nach Art. 24 FMG, die in öffentlichen Ausschreibungen mit Kriterienwettbewerb oder Auktion vergeben werden.[159]

Staatliche Planung des Wirtschaftssystems erfolgt weiter in Form von Höchst- und Mindestpreisvorschriften, Produktionspflichten oder Produktions- und Handelsverboten, die nicht dem Schutz von Polizeigütern, sondern dem Schutz von Anbietern oder bestimmten Versorgungszielen dienen.[160] Neben regulativen Instrumenten kann sich Systemplanung ferner über finanzielle Anreize positiver oder negativer Art realisieren. So versucht der Gesetzgeber etwa mittels Subventionen zur Absatzförderung[161] das Angebot eines Gutes zu erhöhen und damit bestimmte Branchen oder Produzenten zu schützen. Denselben Effekt kann er mittels protektionistischer Zölle, nicht-tarifärer Handelshemmnisse oder Abgabenerleichterungen erzielen. Die spezifische Interventionsstärke liegt dabei stets darin, dass die Regulierung marktverzerrend wirkt und damit die Eigengesetzlichkeit des Wirtschaftssystems selber tangiert.

4.2.4. Staatliche Kontrolle von Systemen

Handlungsbeschränkend, aber grundsätzlich nicht systemverzerrend wirken sich Interventionen aus, die selbstgesteuerter privater Tätigkeit rein äussere Schranken setzen. Es handelt sich um Interventionsinstrumente, die öffentliche Interessen oder Interessen Dritter sicherstellen. Kontrollmassstab ist die Verfassungs- und Gesetzmässigkeit eines privaten Verhaltens. Privater Tätigkeit wird damit ein Rahmen gesetzt, in dem sie sich frei entfalten kann, den sie aber nicht überschreiten darf. Insofern kann von staatlichen Rahmenbedingungen gesprochen werden. In der Gesetzgebungspraxis hat sich in den letzten Jahrzehnten eine grosse Vielfalt von Kontrollinstrumenten entwickelt.[162] Diese Instrumente lassen sich nach zwei grundsätzlich verschiedenen «Kontrollphilosophien» unterteilen, je nachdem ob sie der präventiven oder der nachträglichen Kontrolle privaten Verhaltens dienen.

---

159 Art. 11 FDV.

160 Z. B. die Höchstpreise und Produktionspflichten im Bereich der Grundversorgung mit Fernmeldedienstleistungen gemäss Art. 19 ff. FDV. Zur Produktionssteuerung im Hinblick auf Notzeiten siehe das Bundesgesetz vom 8. Oktober 1982 über die wirtschaftliche Landesversorgung (LVG; SR 531).

161 Z. B. Absatzförderung schweizerischer Landwirtschaftsprodukte mittels Beiträgen gemäss Art. 12 LwG.

162 Zur Kontrolle von dezentralen Trägern staatlicher Aufgaben (Aufsichtsinstrumente) unten 5.6.2.

4.2.4.1. Präventive Kontrolle

Präventive Kontrollinstrumente ermöglichen die Intervention des Staates, bevor Private eine Tätigkeit aufnehmen oder weiterführen. Dadurch kann der Staat von Anfang an verhindern, dass rechtswidrige Handlungen überhaupt geschehen, oder er kann privates Verhalten in eine rechtskonforme Richtung steuern. Hauptsächliches Instrument der präventiven Kontrolle ist die Polizeibewilligung, die im Bundesrecht und im kantonalen Recht auch als Zulassung, Patent oder Genehmigung[163] bezeichnet wird. Eine besondere Form der Polizeibewilligung ist die Ausnahmebewilligung, für die sich auch der Ausdruck Freistellung findet.[164] Eine präventive Kontrolle erfolgt in der Regel aber auch zusammen mit Konzessionen, Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch und wirtschaftspolitischen Bewilligungen, deren Hauptfunktion die Planung bzw. Verstärkung gesellschaftlicher Systeme ist.

Ein weiteres Regulierungsinstrument, das der Verwaltung die präventive Kontrolle privaten Handelns ermöglicht, ist die Pflicht zur Eintragung in einem öffentlichen oder sonstigen Register wie dem Handelsregister, dem Grundbuch, dem Markenregister, dem Register für Internet-Domains usw. Die Hauptfunktion von Registern ist zwar nicht die präventive Kontrolle, sondern in der Regel die Herstellung von Publizität und Verkehrssicherheit. Der Gesetzgeber kann aber die Registerbetreiberin zugleich ermächtigen, die einzutragenden Vorgänge und Inhalte (in der Regel beschränkt) auf ihre Gesetzmässigkeit zu überprüfen. Ähnlich wie Registereintragungspflichten funktionieren alsdann vorgängige Meldepflichten, wonach Private eine geplante Tätigkeit bei einer Behörde zu melden haben.[165] Im Unterschied zu bewilligungspflichtigen Tätigkeiten dürfen meldepflichtige Tätigkeiten ohne den vorgängigen Entscheid einer Behörde ausgeführt werden. Der Behörde kann jedoch – wie in Bewilligungsverfahren – die gemeldeten Informationen auf ihre Rechtskonformität überprüfen und nötigenfalls eingreifen.

Ein mögliches, in der schweizerischen Rechtsordnung noch nicht erprobtes präventives Kontrollinstrument ist ferner die behördliche Genehmigung von Standardangeboten marktbeherrschender Anbieter (sog. «Ex-ante-Regulierung»). Ex-ante-Regulierungen sollen missbräuchliches Verhalten marktbe-

---

163 Der Ausdruck «Genehmigung» sollte jedoch auf Grund seiner Mehrdeutigkeit nicht als Synonym für Polizeibewilligung verwendet werden. Genehmigt werden Reglemente, Rechnungen, Geschäftsbücher und andere Dokumente, nicht aber private Tätigkeiten. Die vorgängige Genehmigung von Reglementen oder Statuten kann Teil eines Bewilligungsverfahrens, aber nicht Gegenstand der Bewilligung selber sein.

164 Z. B. Art. 70 des Übereinkommens vom 20. Mai 1987 über ein gemeinsames Versandverfahren; SR 0.631.242.04.

165 Z. B. Art. 4 Entwurf FMG (Meldepflicht von Fernmeldedienstanbieterinnen), in: BBl 2003 8008.

herrschender Anbieter verhindern. Die marktbeherrschenden Unternehmen werden von der Regulierungsbehörde bezeichnet und dazu verpflichtet, regelmässig Standardangebote zur Genehmigung zu unterbreiten. Die Genehmigung wird erteilt, wenn das Standardangebot nicht missbräuchlich ist, namentlich wenn die angebotenen Preise kostenorientiert sind. Die genehmigten Standardangebote sind dann die Grundlage für Vereinbarungen der marktbeherrschenden Anbieter mit anderen Anbieter. Diskutiert wurde eine solche Ex-ante-Regulierung nach dem Vorbild der Europäischen Union anlässlich der Revision des Fernmeldegesetzes, und zwar insbesondere zur Umsetzung der Entbündelung der letzten Meile.[166] Der Unterschied zur Polizeibewilligung besteht darin, dass der marktbeherrschende Anbieter die genehmigungspflichtige Handlung (Unterbreiten von Standardangeboten) vornehmen muss, während es möglich ist, auf die Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit zu verzichten.

Schliesslich dienen polizeiliche Kontrollen der präventiven Überprüfung privater Tätigkeiten. Neben Befragungen, Durchsuchungen und körperlichen Untersuchungen ist insbesondere an Überwachungsmassnahmen zu denken. Dazu gehören Observationen, Videoüberwachungen und präventive Überwachungen des Post- und Fernmeldeverkehrs. Letztere sind allerdings nach geltendem Recht den Behörden grundsätzlich nicht erlaubt.[167] Polizeiliche Kontrollen haben solange Präventivfunktion, als die kontrollierten Personen noch keine (straf-) rechtswidrigen Handlungen begangen haben. Überprüfungen, die auf Grund des Verdachts einer begangenen rechtswidrigen Handlung erfolgen, haben nur noch nachträgliche Kontrollfunktion.

4.2.4.2. Nachträgliche Kontrolle

Nachträgliche Kontrollen privater Tätigkeit setzen voraus, dass das zu kontrollierende Verhalten bereits stattgefunden hat. Der Staat überprüft das Verhalten und greift ein, falls eine Rechtsverletzung vorliegt. Die Sanktion der Rechtsverletzung erfolgt in Form von Zwangsmassnahmen exekutorischer[168] oder repressiver Art.[169] Im Bereich des Verwaltungsrechts wird die Kombina-

166 BBl 2003 7963 und 8002: Der Bundesrat sah in der Ex-ante-Regulierung die Gefahr eines übertriebenen Interventionismus des Regulators und verzichtete deshalb auf dieses Instrument.

167 Vgl. Art. 3 BÜPF.

168 Namentlich Schuldbetreibung, Ersatzvornahmen, unmittelbarer Polizeizwang.

169 Namentlich Strafen, Disziplinarmassnahmen, Bewilligungsentzug. Zu den verwaltungsrechtlichen Sanktionen Häfelin/Müller (2002), Rz. 1134 ff.; Moor (2002), S. 96 ff. (Unterscheidung zwischen «exécution forcée» und «sanctions», die repressive und präventive Funktion haben können).

tion von nachträglicher Kontrolle und Verwaltungszwang unter der Kategorie des Aufsichtsrechts zusammengefasst.

Der nachträglichen Überprüfung privater Tätigkeit dienen neben den polizeilichen und strafprozessualen Untersuchungsmitteln namentlich folgende regulativen Instrumente: Pflichten zur Erstattung und Genehmigung von Berichten,[170] Inspektionen[171] sowie nachträgliche Melde- bzw. Registrierungspflichten, wonach Tätigkeiten oder Vorgänge gemeldet bzw. registriert werden müssen, wenn Anhaltspunkte für eine Rechtswidrigkeit bestehen oder wenn die fraglichen Informationen irgendwann einmal für eine rechtliche Untersuchung Bedeutung haben könnten.[172] Generell sind Datensammlungen ein Instrument, das dem Staat die nachträgliche und zum Teil auch präventive Kontrolle privaten Verhaltens erleichtert.

4.2.5. Staatliche Verstärkung von Systemen

Mit Blick auf die vorgeschlagenen Abstufungen staatlicher Interventionsstärke greifen jene Regulierungsinstrumente am wenigsten ein, welche gesellschaftliche Systeme erst konstituieren, unterstützen, fördern oder verstärken. Der Gesetzgeber verstärkt Systeme dadurch, dass er das Zusammen- und Gegenspiel gesellschaftlicher Kräfte rechtlich ordnet und so Verkehrssicherheit und Verlässlichkeit schafft.[173] Auf individueller Ebene schützt und begrenzt der Gesetzgeber die Freiheiten und Interessen von Privaten, indem er Rechte und Pflichten festschreibt und prozessuale Durchsetzungsmechanismen zur Verfügung stellt. Zur rechtlichen Ordnung von Systemen sind auch Instrumente zu zählen, welche ein Gleichgewicht der Kräfte anvisieren, das in spontanen Ordnungen infolge von Machtbildungsprozessen häufig gestört ist. Es handelt sich dabei, in systemtheoretischer Terminologie, um sog. «reflexives» oder «prozedurales» Recht.[174]

Zur vorliegenden Kategorie gehören generell Regulierungen, die Systeme subjektiver Rechte einrichten. Also in erster Linie das Vertrags- und Gesell-

---

170 Z. B. Art. 11 FMedG: Personen, die Fortpflanzungsverfahren anwenden, müssen der Bewilligungsbehörde jährlich über ihre Tätigkeit Bericht erstatten.

171 Z. B. Art. 19 Stammzellenforschungsgesetz vom 19. Dezember 2003 (StFG; Referendumsvorlage, in: BBl 2003 8211 ff.): periodische Inspektionen, um zu kontrollieren, ob die Vorschriften des Gesetzes eingehalten werden. Dazu können insbesondere Auskünfte und Unterlagen unentgeltlich verlangt sowie Betriebs- und Lagerräume betreten werden.

172 So etwa die Meldepflicht von Finanzintermediären nach Art. 9 GwG oder die Registrierungspflicht von Fernmeldedienstanbieterinnen betreffend Prepaid-Karten nach Art. 15 Abs. 5bis BÜPF.

173 Zur Ordnungsfunktion der Gesetzgebung oben 2.4.1.1.

174 Siehe oben 2.3.2.

schaftsrecht sowie die wesentlichen Teile des Zivilgesetzbuchs, zusammen mit dem Zivilprozessrecht. Hinzu kommen Spezialerlasse wie jene zum geistigen Eigentum oder das Gesetz über unlauteren Wettbewerb. Der rechtlichen Fundierung unseres Wirtschaftssystems dient sodann die gesamte geld- und währungspolitische Regulierung sowie das Banken-, Börsen- und Kartellrecht. Die letztgenannten Erlasse enthalten freilich auch bedeutende Elemente der präventiven und nachträglichen Kontrolle, insbesondere einschneidende aufsichtsrechtliche Mittel. Dennoch sind sie primär darauf ausgerichtet, ein funktionierendes Wirtschaftssystem zu gewährleisten.

Systemverstärkend bzw. -konstituierend wirken im Übrigen staatliche Regulierungen, welche eine geordnete und koordinierte Nutzung knapper Ressourcen durch Private ermöglichen. Dies tun namentlich Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch und Sondernutzungskonzessionen. Erwähnenswert sind des Weiteren sog. Emissionszertifikate, d. h. handelbare Rechte, in einem bestimmten Zeitraum eine vorher festgelegte Menge eines Schadstoffes an die Umwelt abzugeben.[175] Die Anzahl von Zertifikaten wird durch den Gesetzgeber auf Grund einer definierten Gesamtemissionsmenge festgelegt; danach werden diese Zertifikate an interessierte wirtschaftliche Akteure vergeben.

4.3. Zielorientierung

4.3.1. Zielorientierung und Regulierungsintensität

Neben der Regelungsdichte und der Interventionsstärke soll mit der Zielorientierung ein weiteres mögliches Kriterium für die Intensität staatlicher Regulierung diskutiert werden. Staatliche Regulierung bedeutet zielorientiertes Einwirken auf Gesellschaft und Einzelne.[176] Die Intensität staatlicher Regulierung ist je grösser, desto ausgeprägter sie auf ein Ziel ausgerichtet ist und desto stärker sie Private in die vom Staat gewünschte Richtung lenkt. Der Kern des Regulierungsbegriffs definiert sich gerade auch durch eine hohe Zielgerichtetheit von Rechtsnormen.[177]

Zur Zielorientierung staatlicher Regulierung können wie zur Interventionsstärke allerdings nur bedingt allgemeine Aussagen gemacht werden. Ent-

175 Vgl. den internationalen zwischenstaatlichen Emissionshandel gemäss Art. 17 Kyoto-Protokoll vom 11. Dezember 1997 (von der Schweiz am 2. Juni 2003 ratifiziert, aber noch nicht formell in Kraft); sodann die frei handelbaren Emissionsgutschriften nach § 10 Umweltschutzgesetz Basel-Landschaft vom 27. Februar 1991 (USG BL; SGS 780).

176 Zu diesem Definitionselement siehe oben 3.1.1.1.

177 Zum Begriffskern und Begriffshof siehe oben 3.1.1.6.

scheidend ist letztlich, wie stark ein bestimmtes gesetzgeberisches Konzept und dessen Umsetzung auf ein öffentliches Interesse fokussiert ist. Immerhin lässt sich präzisieren, welche Elemente eine hohe bzw. geringe Zielorientierung ausmachen. Eine Rolle spielen dabei der Adressatenkreis der Regulierung (Private oder Behörden), die Anpassungsbereitschaft der Privaten sowie die Bestimmtheit des verfolgten Regulierungsziels.

4.3.2. Behörden als Regulierungsadressaten, insbesondere Eignerstrategien

4.3.2.1. Behörden als Regulierungsadressaten

Erstes Kriterium für das Ausmass der Zielorientierung staatlicher Regulierung ist deren Adressatenkreis. Gesetze und andere Instrumente, die sich direkt an Private richten, steuern unmittelbarer als Instrumente, die ausschliesslich oder primär den Staat, dessen Institutionen, Behörden und Angestellte ansprechen. Man kann sich sogar fragen, ob rechtliche Instrumente, die einzig Behörden berechtigen und verpflichten, privates Verhalten überhaupt noch steuern. Dies ist grundsätzlich zu bejahen, da sich praktisch jede Steuerung der Behörden in irgendeiner Form auf die Privaten auswirken dürfte, wenn auch der Steuerungseffekt letztlich gering oder anders als beabsichtigt sein kann.

Die Regulierungsinstrumente, die Verhältnisse innerhalb der staatlichen Institutionen erfassen, lassen sich in vier Gruppen einteilen: Dienstanweisungen, Organisations- und Aufgabennormen, nicht direkt anwendbare Staatsverträge sowie Eignerstrategien. Dienstanweisungen, zu denen (generell-abstrakte) Verwaltungsverordnungen sowie (individuell-konkrete) Dienstbefehle zählen, richten sich formell ausschliesslich an staatliche Aufgabenträger und werden deshalb gemeinhin nicht zu den Rechtsquellen gerechnet.[178] Trotz ihrer grundsätzlich fehlenden Rechtsförmigkeit sind Dienstanweisungen insoweit als Regulierungsformen zu betrachten, als sie indirekte Steuerungseffekte auf Private entfalten.[179] Demgegenüber sind staatliche Organisations- und Aufgabennormen Rechtsquellen im eigentlichen Sinn, obwohl sie sich primär ebenfalls an Verwaltungsträger wenden. Zu dieser Gruppe gehören Rechtsnormen, die Staatsaufgaben umschreiben (Art. 164 Abs. 1 Bst. e BV),

178 Häfelin/Müller (2002), Rz. 125; siehe in diesem Zusammenhang auch die Definition des rechtsetzenden Charakters von Bestimmungen in Art. 22 Abs. 4 ParlG.

179 Indirekte Steuerungseffekte auf Private treten auf jeden Fall ein, wenn Verwaltungsverordnungen Aussenwirkung im Sinn der bundesgerichtlichen Praxis haben (zum Begriff der Aussenwirkung etwa BGE 120 Ia 321 E. 3 S. 325 ff.). Darüber hinaus ergeben sich indirekte Steuerungseffekte immer dann, wenn Verwaltungsverordnungen die Praxis von Behörden beeinflussen, welche in Rechtsbeziehungen zu Privaten stehen.

Verpflichtungen der Kantone definieren (Art. 164 Abs. 1 Bst. f BV) oder die Organisation und das Verfahren der Behörden festlegen (Art. 164 Abs. 1 Bst. g BV). Derartige Normen haben insofern Steuerungseffekte auf die Gesellschaft, als die Organisation des Staates und der Umfang der Staatsaufgaben für Qualität und Ausmass staatlicher Regulierung insgesamt von grosser Bedeutung ist. Die steuernde Wirkung nicht direkt anwendbarer Staatsverträge steht und fällt sodann mit der Bereitschaft der Behörden, die völkerrechtlichen Verpflichtungen ins innerstaatliche Recht umzusetzen.

4.3.2.2. Eignerstrategien

Auf die vierte Gruppe von innerinstitutionellen Regulierungsinstrumenten, die sog. «Eignerstrategien», soll etwas näher eingegangen werden. Primärer Regulierungsadressat sind dabei Unternehmen, die der Staat als Eigner oder Miteigentümer strategisch steuert. Dazu muss der Staat selber Unternehmen gründen (öffentliche Unternehmen) oder sich an solchen beteiligen (gemischtwirtschaftliche Unternehmen). Die Steuerung solcher Unternehmen kann über die Ausübung der staatlichen Eigentümerrechte erfolgen. Dazu gehört die Wahl der obersten Unternehmensführung, in der Regel des Verwaltungsrates. Im Fall von Aktiengesellschaften nach Spezialgesetz und Obligationenrecht wird der Verwaltungsrat über die Generalversammlung ernannt,[180] im Fall öffentlicher Anstalten direkt durch die Behörden.[181] Will der Staat unmittelbarer auf die Leitung des Unternehmens Einfluss nehmen, kann er in dessen Führungsgremium eigene – weisungsgebundene – Vertreter wählen.

Darüber hinaus steht es dem staatlichen Eigner offen, seinen Unternehmen strategische Ziele vorzugeben.[182] Dazu bedarf es einer spezialgesetzlichen Ermächtigung, unabhängig davon, ob der Staat an einem Unternehmen als Hauptaktionär beteiligt ist[183] oder ein öffentlich-rechtliches Unternehmen besitzt.[184] Die strategischen Ziele werden in der Regel von der Regierung für eine bestimmte Periode einseitig vorgegeben (Leistungsauftrag). Denkbar ist aber auch eine Festlegung in Zusammenarbeit mit der Unternehmensführung in Form einer Leistungsvereinbarung.[185] Zur Erreichung der strategischen Ziele erstellen die Behörden einen Zahlungsrahmen, der Teil des staatlichen

180 Z. B. SBB, Swisscom; Rüstungsunternehmen des Bundes.
181 Z. B. Post.
182 Dazu auch Lienhard (2002), S. 1171.
183 Vgl. Art. 6 Abs. 3 TUG.
184 Vgl. Art. 6 POG.
185 Art. 8 SBBG: Leistungsvereinbarung unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Bundesversammlung; einseitige Ergänzung oder Konkretisierung dieser Vereinbarung durch den Bundesrat.

Budgets ist (auch «Globalbudget» oder «Globalkredit» genannt). Parlament und Verwaltung beaufsichtigen die Verfolgung der strategischen Ziele mittels Controlling, Entgegennahme von Berichten und Genehmigung des Geschäftsberichts.[186]

Das Instrument der strategischen Zielvorgabe ermöglicht dem Staat, Unternehmen auf bestimmte öffentliche Interessen und Versorgungsaufträge zu verpflichten. Zu den öffentlichen Interessen, deren Realisierung Teil der Unternehmensstrategie sein soll, gehören etwa die Sicherung der Grundversorgung und der Lebensqualität der Bevölkerung, die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft sowie der regionale und soziale Zusammenhalt des Landes. Darüber hinaus können insbesondere Interessen des Umweltschutzes oder der Produktesicherheit in die strategischen Ziele Eingang finden. Zwar kann der Staat auch mittels anderer Interventionsstrategien und -instrumente dafür sorgen, dass Wirtschaftsakteure öffentliche Interessen verfolgen, insbesondere mittels Konzessions- und Bewilligungssystemen oder nachträglichen Kontrollmechanismen. Und konkrete Versorgungsaufträge können auch, gestützt auf gesetzliche Grundlagen, Eingang in Konzessionen finden. Als Eigner kann der Staat jedoch die Unternehmensführung insofern direkter beeinflussen, als diese von Behörden gewählt, diesen rechenschaftspflichtig und unter Umständen vom staatlichen Budget abhängig ist.

Des Weiteren können in den strategischen Zielen personelle, finanzielle und andere betriebliche Vorgaben sowie Marktstrategien aufgenommen werden. Mit solchen Verpflichtungen interveniert der Staat in unternehmensinterne Angelegenheiten, die sonst Gegenstand unternehmerischer Autonomie sind. Kein anderes Regulierungsinstrument vermag in diesem Ausmass in unternehmerische Entscheidungsfreiheit einzugreifen. Die Steuerung unternehmensinterner Angelegenheiten dient in erster Linie dazu, die vorgegebenen öffentlichen Interessen und Versorgungsaufträge, insbesondere den Service public im betreffenden Sektor, sicherzustellen. Darüber hinaus können innerhalb des Unternehmens soziale und andere nicht-wirtschaftliche Standards durchgesetzt werden. So dienen etwa die personalpolitischen Verpflichtungen in den strategischen Zielen des Bundesrates für die SBB 2003–2006 den Interessen der Arbeitnehmer der SBB.

Die staatliche Intervention in Form von Eignerstrategien betrifft zunächst das öffentliche oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen selber. Agiert das Unternehmen in einem monopolisierten Sektor oder spielt es im Markt eine bedeutende Rolle – was regelmässig der Fall ist – sind Eignerstrategien ein effektives Mittel staatlicher Angebotssteuerung. Die mit Eignerstrategien

186 Zur Trias Leistungsauftrag, Globalbudget und Controlling illustrativ etwa Art. 4, 11 und 14 des Gesetzes vom 22. September 2002 über die Spitalverbunde des Kantons St. Gallen (sGS 320.2).

verfolgten Regulierungsziele wie Sicherstellung der Grundversorgung, regionalpolitische Interessen, Umweltschutz und wirtschaftliche Wettbewerbsfähigkeit sind solche der Allgemeinheit und nicht der einzelnen Unternehmen. Die sozialen Standards in den strategischen Zielen dienen zwar in erster Linie den Angestellten des jeweiligen Unternehmens, können aber darüber hinaus Vorbildfunktion für die Gesamtwirtschaft übernehmen. Eignerstrategien sind damit ein Regulierungsinstrument, das zwar nur indirekt, aber unter Umständen mit hoher Zielgerichtetheit und Wirksamkeit steuernd auf Gesellschaft und Wirtschaft einwirkt.

4.3.3. Anpassungsbereitschaft der Privaten

Die Zielorientierung oder Zielgenauigkeit staatlicher Regulierung hängt sodann von der Anpassungsbereitschaft der privaten Adressaten ab. Eine Vorschrift, die im Regelfall befolgt wird, erreicht das gesetzte Regulierungsziel wirksamer als Normen, die kaum beachtet werden. Die Chance einer Rechtsnorm, von den Privaten befolgt zu werden, ist Gegenstand akteurbezogener soziologischer Untersuchungen.[187] Von Bedeutung sind eine Reihe von Aspekten: Stärke der Sanktionsdrohung, Wahrscheinlichkeit des Sanktionseintritts, Ausmass der von den Privaten verlangten Verhaltensänderung, Interesse an der Nichtbefolgung einer Rechtsnorm, gesellschaftliche und ethische Akzeptanz einer Norm oder Verpflichtungsgrad der Regulierung (verbindliches oder nicht-verbindliches Recht).[188]

Sinkt die Anpassungsbereitschaft der Privaten gegen Null, hat die Regulierung vorwiegend symbolischen und nicht mehr unmittelbar steuernden Charakter.[189] Symbolische Rechtsetzung kann allerdings zu einem gewissen Grad das Rechtsbewusstsein in der Gesellschaft beeinflussen und insofern indirekte Steuerungswirkung entfalten. Dies hat das deutsche Bundesverfassungsgericht angesichts der weitgehenden Wirkungslosigkeit der Strafnormen betreffend den Schwangerschaftsabbruch betont: Rechtliche Verhaltensgebote sollen «im Volke lebendige Wertvorstellungen und Anschauungen über Recht und Unrecht stärken und unterstützen und ihrerseits Rechtsbewusstsein bilden, damit auf der Grundlage einer solchen normativen Orientierung des Verhaltens eine Rechtsgutverletzung schon von vornherein nicht in Betracht gezogen wird».[190]

---

187 Dazu oben 2.2.2.

188 Zu den Erscheinungsformen nicht-verbindlichen Rechts Teil II des Beitrags von ALEXANDRE FLÜCKIGER in diesem Band.

189 Zur symbolischen Regulierung oben 3.2.6.

190 BVerfGE 88, 203 (253) – Schwangerschaftsabbruch II. Ähnlich bereits BVerfGE 45, 187 (254, 156) – Lebenslange Freiheitsstrafe.

4.3.4. Bestimmtheit des verfolgten Regulierungsziels

Ein weiterer Faktor, der eine hohe oder geringe Zielorientierung staatlicher Regulierung ausmacht, ist die Bestimmtheit des verfolgten Regulierungsziels. Regulierungen, die auf präzise, relativ konkrete und allenfalls gar quantifizierte[191] Ziele ausgerichtet sind, steuern stärker als solche, die abstrakt umschriebene öffentliche Interessen oder Staatsaufgaben anvisieren, und diese wiederum stärker als solche, die der Erfüllung allgemeiner Staatsfunktionen dienen. Der unterschiedliche Bestimmtheitsgrad staatlicher Regulierungsziele lässt sich mit Beispielen aus dem öffentlichen Abgaberecht veranschaulichen: Lenkungsabgaben verfolgen in der Regel konkrete Ziele, etwa das Ziel, die Menge des Schwefelgehalts von Heizöl «Extraleicht» zu verringern.[192] Weniger zielorientiert als Lenkungsabgaben sind Gebühren und zweckgebundene Steuern, die der Finanzierung einer bestimmten staatlichen Leistung oder öffentlichen Aufgabe dienen. Bei ihnen steht nicht ein bestimmtes Lenkungsziel im Vordergrund, sie können aber durchaus sekundäre Lenkungswirkungen entfalten. Beispiele sind die Radio- und Fernsehempfangsgebühren, die den öffentlichen Programmauftrag (Art. 93 Abs. 2 BV) sicherstellen sollen,[193] oder die Tabaksteuern, die den AHV-Ausgleichsfonds speisen.[194] Den geringsten Steuerungseffekt sollen Abgaben aufweisen, welche generell die Deckung des staatlichen Finanzbedarfs bezwecken (direkte und indirekte Steuern).

Eine Sonderstellung innerhalb des staatlichen Regulierungsinstrumentariums nimmt das Verfahrensrecht ein. Gemeint ist nicht nur das die Rechtsanwendung durch Gerichte und Verwaltungsbehörden regelnde Prozessrecht, sondern auch das die Meinungs- und Willensbildung von Regierungen und Parlamenten normierende Verfahrensrecht, unter Einschluss der politischen Rechte der Stimmbürgerschaft. Dieses staatliche Verfahrensrecht im weiten Sinne ist prinzipiell inhaltsoffen, also nicht an materiellen Regulierungszielen orientiert. Hauptzweck des Verfahrensrechts ist die effiziente und wirksame Rechtserzeugung und Rechtsanwendung.[195] Das Verfahrensrecht soll insbesondere sicherstellen, dass das Verfahrensergebnis nicht in irgendeine

---

191 So im Fall des CO_2-Gesetzes (Art. 2).

192 Siehe die Verordnung vom 12. November 1997 über die Lenkungsabgabe auf «Heizöl Extraleicht» mit einem Schwefelgehalt von mehr als 0,1 Prozent (HELV; SR 814.019), gestützt auf Art. 35*b* und 35*c* USG.

193 Art. 17 RTVG.

194 Art. 104 AHVG.

195 In Bezug auf das öffentliche Prozessrecht namentlich René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a. M. 1996, Rz. 650 ff.; Isabelle Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz. 25 ff.

Richtung inhaltlich präjudiziert wird; es soll aber immerhin die Qualität des Ergebnisses sichern. Allerdings ist einzuräumen, dass das Verfahrensrecht kaum völlig inhaltsneutral sein kann. Verfahrensresultate können sich insbesondere ändern, je nachdem, ob und wieweit bestimmte Personengruppen Zugang zu einem Verfahren haben, etwa je nachdem, ob ausländischen Staatsangehörigen das Stimmrecht gewährt wird oder ob Mieter, Konsumenten oder Bedürftige Prozesskosten zahlen müssen.

5. Verfassungsrechtliche Schranken der Deregulierung und Selbstregulierung

Staatliche Regulierung erfolgt hauptsächlich in rechtsetzender Form, d. h. als Gesetzgebung.[196] Grundsätzlich gilt deshalb für die rechtlichen Voraussetzungen und Grenzen staatlicher Regulierung was allgemein für die gesetzgeberische Tätigkeit des Staates gilt: Regulierungen müssen einerseits auf den erforderlichen Rechtsgrundlagen beruhen (verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlagen für den Bund, gesetzliche Grundlagen) und anderseits müssen sie mit dem übergeordneten Recht, insbesondere mit den Verfassungsgrundsätzen nach Art. 5 BV und den Grundrechten vereinbar sein. Dies gilt auch für Deregulierungs- und Selbstregulierungsmassnahmen, die ja als Modalitäten staatlicher Regulierung betrachtet werden können. Auf diese allgemeinen rechtlichen Anforderungen soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.[197] Vielmehr werden nachfolgend spezifische verfassungsrechtliche Schranken thematisiert, welche der Deregulierung und Selbstregulierung, insbesondere dem Aufgabenverzicht und der Dezentralisierung, entgegenstehen könnten.

5.1. Staatsziele und Staatsaufgaben als Schranke?

5.1.1. Realisierung von Staatszielen durch Staat und Gesellschaft

Staatsziele umschreiben wünschbare Situationen, auf die ein Staatswesen hinsteuern soll.[198] Sie verpflichten den Staat auf ein bestimmtes Resultat bzw. mindestens darauf, ein bestimmtes Resultat anzustreben. Allerdings lassen sie offen, in welcher Weise dies zu geschehen hat. Soweit der Staat und seine Verwaltung selber regulierend tätig werden, müssen sie ihr Handeln an den verfassungsrechtlich gesetzten Staatszielen ausrichten. Der Gesetzgeber kann aber durchaus zum Schluss gelangen, dass ein Staatsziel wirksamer durch privates Handeln erreicht oder gefördert wird. Gesetzgeber und Ver-

196 Vgl. oben 3.1.1.3.

197 Siehe dazu auch unten 7.1.1.

198 Die Verwendung des Staatszielbegriffs und seine Abgrenzung von den Staatsaufgaben variiert stark. Zur Verwendung der Begriffe namentlich Walter Kälin, Öffentliche Aufgaben, in: Walter Kälin/Urs Bolz (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995, S. 60 ff.; Michael W. Hebeisen, Staatszweck, Staatsziele, Staatsaufgaben – Leistungen und Grenzen einer juristischen Behandlung von Leitideen der Staatstätigkeit, Chur 1996, S. 18 ff.; Paul Richli, Staatsaufgaben – Grundlagen, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 54. Ferner die präzise Unterscheidung von Staatszielen und Staatsaufgaben in Art. 9 und 24 der St. Galler Kantonsverfassung vom 10. Juni 2001 (SR 131.225).

waltung kommt ein grosser Beurteilungsspielraum zu bei der Frage, wie weit die staatlichen Institutionen und wie weit die Gesellschaft zur Erreichung der Staatsziele tätig werden sollen.[199] Die Letztverantwortung trifft aber stets die staatlichen Behörden, welche reagieren müssen, wenn ein Staatsziel ungenügend verfolgt oder sogar konterkariert wird.

Auf Bundesebene[200] bringt die neue Bundesverfassung in verschiedenen Bestimmungen und in unterschiedlicher Weise Staatsziele zum Ausdruck. Zu erwähnen ist zunächst Art. 2 BV, der den Zweck der – den Bund und die Kantone umfassenden – Schweizerischen Eidgenossenschaft umschreibt. Die Bestimmung vermittelt nach BERNHARD EHRENZELLER «ein zeitgemässes, verständliches und abgerundetes Bild der modernen Staatsaufgaben»;[201] sie enthält keinen direkten Gesetzgebungsauftrag, sondern eine allgemeine, programmatische Richtlinie an alle staatlichen Behörden, denen eine bestimmte Ausrichtung oder Orientierung vorgegeben wird. Ähnliches gilt wohl auch für die in der Präambel genannten Motive der Verfassungsgebung (etwa die Stärkung von Freiheit und Demokratie sowie von Unabhängigkeit und Frieden).

Zu erwähnen ist sodann die verfassungsrechtliche Verankerung von Sozialzielen in Art. 41 BV. Auch diese Zielbestimmungen enthalten keine direkten Gesetzgebungsaufträge und begründen auch keine Zuständigkeiten des Bundes. Sie enthalten aber die Verpflichtung, die bestehenden Kompetenzgrundlagen so zu nutzen, dass sie auch zur Realisierung der Sozialziele beitragen. Es handelt sich also wie bei Art. 2 BV um Handlungsvorgaben, die staatliches Handeln in eine bestimmte Richtung weisen.

Zahlreiche weitere Verfassungsbestimmungen enthalten Zielformulierungen. Im Grundrechtsbereich gilt dies etwa für Art. 8 Abs. 3 (rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau) und 4 (Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten) BV. Weitere Beispiele finden sich aber vor allem im Bereich der Zuständigkeiten des Bundes. Erwähnt seien in diesem Zusammenhang namentlich die Art. 54 Abs. 2 (aussenpolitische Ziele), Art. 73 (ökologische Dimension der Nachhaltigkeit), Art. 75 Abs. 1 (Ziele der Raumplanung), Art. 89 Abs. 1 (Ziele der Energiepolitik) 92 Abs. 2 (ausreichende und preiswerte Grundversorgung mit Post- und Fernmeldediensten) und 100 Abs. 1 (ausgeglichene konjunkturelle Entwicklung, insbesondere Verhütung und Bekämpfung von Arbeitslosigkeit und Teuerung). Und schliesslich gibt es auch im Behördenteil einzelne Bestimmungen, die – zu-

199 Der Gesetzgeber hat sich dabei an den legistischen Grundsätzen der Notwendigkeit und der Subsidiarität zu orientieren; dazu unten 7.2.1. und 7.2.2.

200 Für die kantonale Ebene siehe in diesem Zusammenhang namentlich P. MÜLLER (1981), Funktionen und Motive einer verfassungsrechtlichen Aufgabennormierung in den Kantonen.

201 BERNHARD EHRENZELLER, St. Galler Kommentar zu Art. 2 BV, Rz. 7.

mindest ihrer Formulierung nach – Staatsziele nennen, so etwa die Art. 173 Abs. 1 Bst. a und b sowie Art. 185 Abs. 1 und 2 (Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit, der Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz).

Allen diesen Verfassungsbestimmungen ist gemeinsam, dass sie den Bund zwar für die Verwirklichung der verankerten Staatsziele verantwortlich machen und präzisieren, auf welche Ziele das staatliche Handeln auszurichten ist bzw. sogar welche Ergebnisse zu realisieren sind. Sie schreiben aber nicht vor, in welcher Weise dies zu geschehen hat. Der Bund bleibt frei, die Instrumente oder Handlungsmodalitäten zu wählen, die ihm – unter Berücksichtigung rechtlicher Anforderungen – am besten geeignet erscheinen, zur Realisierung der Ziele beizutragen. In diesem Sinne stellen Staatsziele keine Schranke für Deregulierungs- oder Selbstregulierungsbestrebungen dar.

5.1.2. Staatsaufgaben als Handlungspflichten des Staates

5.1.2.1. Staatsaufgaben und Dezentralisierung

Verfassungsrechtliche Staatsaufgabennormen haben im Unterschied zu Staatszielen insofern instrumentellen Charakter, als sie dem Gemeinwesen bestimmte Handlungspflichten auferlegen. Staatsaufgaben weisen dem Staat für bestimmte Sachbereiche inhaltlich umschriebene Verantwortung und Obliegenheiten zu.[202] Die Frage stellt sich, ob Staatsaufgaben im diesem Sinne eine Aufgabenerfüllung durch die Staatsorgane selber verlangen und folglich einer Auslagerung von Aufgaben an Organisationen und Personen ausserhalb der Verwaltung, insbesondere an Private, entgegenstehen.

Nach Art. 42 Abs. 1 BV erfüllt der Bund «die Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist». Gemeint sind damit in erster Linie die Aufgaben, für welche die Bundesverfassung in den Art. 54 ff. dem Bund die erforderlichen Kompetenzen zuweist. Dabei handelt es sich in den meisten Fällen um Gesetzgebungszuständigkeiten: Die Gesetzgebung in bestimmten Bereichen wird als Sache des Bundes erklärt[203] oder der Bund wird zum Erlass von Vorschriften ermächtigt[204] oder sogar verpflichtet.[205] Diese Kompetenzgrundlagen überlassen es dem Gesetzgeber, zu entscheiden, ob der Bund eine Aufgabe selbst erfüllen oder ob die Aufgabe durch andere, allenfalls sogar durch Private erfüllt werden soll. Sie sind somit nicht als Schranken für eine dezentrale Aufgabenerfüllung zu verstehen.

---

202 Vgl. PETER SALADIN, Kommentar BV, Art. 3 aBV, Rz. 79.

203 Etwa Art. 90 BV, wonach die Gesetzgebung auf dem Gebiet der Kernenergie Sache des Bundes ist.

204 Etwa Art. 95 Abs. 1 BV, wonach der Bund Vorschriften erlassen kann über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit.

205 Etwa Art. 82 Abs. 1 BV, wonach der Bund Vorschriften erlässt über den Strassenverkehr.

Es gibt jedoch auch Verfassungsbestimmungen, deren Wortlaut zumindest den Anschein erwecken könnte, dass der Bund bestimmte Aufgaben selbst erfüllen muss. Dazu zählen die Bestimmungen, die nicht die Gesetzgebung in einem bestimmten Bereich, sondern den Bereich selbst bzw. eine bestimmte Aufgabe oder Tätigkeit als Sache des Bundes erklären, wie dies beispielsweise in Art. 54 Abs. 1 BV (die auswärtigen Angelegenheiten sind Sache des Bundes), in Art. 92 Abs. 1 BV (das Post- und Fernmeldewesen ist Sache des Bundes) oder in Art. 99 Abs. 1 BV (das Geld- und Währungswesen ist Sache des Bundes) der Fall ist. Vielleicht noch deutlicher kommt dies in andern Bestimmungen, etwa in Art. 58 Abs. 1 und 3 BV (die Schweiz hat eine Armee, deren Einsatz Sache des Bundes ist) oder in Art. 63 Abs. 2 BV (der Bund betreibt technische Hochschulen), zum Ausdruck.

Hinsichtlich solcher Bestimmungen ist die Frage nahe liegend, ob der Staat – hier konkret der Bund – die genannten Aufgaben selbst erfüllen muss, oder ob es verfassungsrechtlich zulässig ist, sie durch Deregulierungs- bzw. Selbstregulierungsmassnahmen auszulagern. Diese Frage ist vor ein paar Jahren insbesondere in Zusammenhang mit der Reorganisation der PTT intensiv und kontrovers diskutiert worden.[206] Entscheidend scheint letztlich auch hier, dass die verfassungsrechtlich verankerte Staatsaufgabe erfüllt wird. Die Art und Weise wie dies geschieht, ob durch den Staat selbst oder – in verschiedenen denkbaren Formen – dezentral durch Private, ist von untergeordneter Bedeutung. Anders müsste die Beurteilung aber dann ausfallen, wenn Wortlaut und Sinn einer Bestimmung klar darauf hinweisen, dass der Verfassungsgeber die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe bewusst der Staatsverwaltung anvertraut.

5.1.2.2. Staatsaufgaben und Aufgabenverzicht

Anders beurteilt sich ein vollständiger Aufgabenverzicht als weitestgehende Form von Deregulierung. Werden verfassungsrechtlich festgelegte Staatsaufgaben als Handlungspflichten und nicht als blosse Kompetenznormen verstanden, stehen sie einem Verzicht auf staatliches Tätigwerden entgegen. Ob

206 Noch auf der Grundlage von Art. 36 Abs. 2 aBV. Siehe dazu Martin Lendi, Kommentar BV, Art. 36 aBV, Rz. 13, der die Auffassung vertritt, dass aus der Formulierung, wonach das Postwesen Bundessache ist und der Ertrag der Postverwaltung in die Bundeskasse fliesst, geschlossen werden muss, dass eine Aufgabenerfüllung in einer privatwirtschaftlichen Unternehmensform verfassungsrechtlich nicht zulässig wäre. Diese Auffassung ist nicht unbestritten geblieben. So hat namentlich das Bundesamt für Justiz in Gutachten vom 11. und 31. Januar 1996 die Meinung vertreten, dass eine Privatisierung der PTT-Betriebe verfassungsrechtlich zulässig wäre, wenn sichergestellt ist, dass ein privater Leistungsanbieter eine ebenso gute Aufgabenerfüllung gewährleistet.

eine Verfassungsnorm das Gemeinwesen nur ermächtigt, tätig zu werden, oder vom Gesetzgeber ein Tätigwerden verlangt, ist eine Frage der Auslegung. Blosse Kompetenznormen, die einem Aufgabenverzicht nicht entgegenstehen, sind insbesondere solche mit «Kann»-Formulierungen.[207] Demgegenüber können Ausdrücke wie «der Bund erlässt Vorschriften» oder «ist Sache des Bundes» darauf hinweisen, dass ein diesbezüglicher Aufgabenverzicht mit der Verfassung nicht vereinbar wäre.

5.2. Das Demokratieprinzip als Schranke?

Das Demokratieprinzip gehört zu den prägenden Merkmalen der schweizerischen Verfassungsordnung.[208] Dieses Prinzip bedeutet, dass die grundlegenden staatlichen Entscheide in einem Verfahren zu treffen sind, das eine demokratische Mitwirkung ermöglicht. Es gehört zu den zentralen Funktionen des in Art. 5 und Art. 164 BV verankerten Legalitätsprinzips, diese Möglichkeit der demokratischen Mitwirkung sicherzustellen. Art. 164 BV verlangt, dass alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes erlassen werden, so dass die Mitwirkung des Parlaments (Art. 163 und 164 BV) und des Volkes (Art. 141 BV) gewährleistet ist. Die Deregulierung von Staatsaufgaben und vor allem die verschiedenen Formen staatlich gesteuerter Selbstregulierung können dazu führen, dass Möglichkeiten der demokratischen Mitwirkung durch das Parlament oder das Volk eingeschränkt oder ausgeschlossen werden.

Im Vordergrund steht hier die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen, die auf verschiedene Arten erfolgen kann, weniger der Beizug Privater im Rahmen des Vollzugs.[209] Was den Vollzug anbelangt, hält Art. 178 Abs. 3 BV nämlich ausdrücklich fest, dass das Gesetz Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts Verwaltungsaufgaben übertragen kann. Für die Übertragung von Verwaltungsaufgaben besteht somit eine klare verfassungsrechtliche Grundlage, die auch deutlich zum Ausdruck bringt, dass eine solche Übertragung eines Entscheids des Gesetzgebers bedarf. Für die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen ist die verfassungsrechtliche Situation hingegen weniger klar. Zwar können gemäss Art. 164 Abs. 2 BV auch sie durch Bundesgesetz übertragen werden, aber einerseits präzisiert diese Bestimmung nicht, ob dies nur für die Übertragung an andere staatliche Or-

---

207 So in Bezug auf die Berner Kantonsverfassung Urs Bolz, Materialien und Kommentare, in: Walter Kälin/Urs Bolz (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995, S. 329.

208 Bernhard Ehrenzeller, St. Galler Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 136–142, Rz. 1.

209 Zur Rechtsetzung durch Private allgemein siehe insbesondere Brunner (1982).

gane (Parlament, Bundesrat, Verwaltung) oder auch für die Übertragung an Private gilt, und anderseits ist die Übertragung nur zulässig, soweit sie nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird.

Wir gehen davon aus, dass die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an Private verfassungsrechtlich nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Sie kann einerseits auf Art. 178 Abs. 3 BV abstellen. Der in Art. 178 Abs. 3 BV verwendete Begriff der Verwaltungsaufgaben kann nämlich in einem weiten Sinn verstanden werden. Er erfasst nicht nur die eigentliche Vollzugstätigkeit, d. h. die Rechtsanwendungsakte der Verwaltung. Auch sekundäre Rechtsetzungstätigkeit, d. h. der Erlass von Ausführungsbestimmungen, kann als Verwaltungsaufgabe gelten. Zumindest solche beschränkten Rechtsetzungsbefugnisse können somit an Private übertragen werden.

Wenn man weiter davon ausgeht, dass Art. 178 Abs. 3 BV die Frage der Übertragung von Aufgaben oder Kompetenzen an Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts nicht abschliessend regelt und dass Art. 164 Abs. 2 BV nicht auf die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an Behörden beschränkt ist, stellt sich die heiklere Frage, ob und wie weit über den Erlass blosser Ausführungsbestimmungen hinausgehende Rechtsetzungsbefugnisse Organisationen oder Personen ausserhalb der Bundesverwaltung übertragen werden können.[210] Klar ist, dass die Delegation solcher Befugnisse den in Rechtsprechung und Lehre entwickelten Anforderungen entsprechen muss.[211] Sie muss sich also insbesondere auf eine relativ präzise umschriebene Materie beschränken, und die Grundzüge der zu erlassenden Regelung müssen im Gesetz selbst festgelegt werden. Die Beachtung dieser Anforderungen erlaubt u. E. mehr als den Erlass blosser Ausführungsbestimmungen.[212] In diesem Sinne bietet Art. 164 Abs. 2 BV eine breitere Grundlage, die nicht nur den Erlass von Sekundärnormen, sondern auch von gesetzesvertretenden Bestimmungen zulässt, und zwar auch durch Organisationen und Personen, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen.[213]

Entscheidend scheint uns, dass solche Delegationen von Rechtsetzungsbefugnissen an Organisationen und Personen des privaten oder des öffentlichen Rechts einerseits punktuellen Charakter haben, d. h. auf eine klar umrissene

---

210 Nach Giovanni Biaggini, St. Galler Kommentar zu Art. 178 BV, Rz. 29, können beide genannten Verfassungsbestimmungen als Grundlagen für die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an Private herangezogen werden.

211 Siehe Häfelin/Müller (2002), S. 85 ff., und dort zitierte Rechtsprechung.

212 Zur kontroversen Beurteilung der Tragweite von Art. 164 Abs. 2 BV siehe Karin Sutter-Somm, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, Rz. 22. Nach Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, Rz. 1890, sollte die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an nichtstaatliche Organisationen auf Fragen untergeordneter, vor allem technischer Natur beschränkt bleiben. Ebenso Marti (2002), S. 1155.

213 Zur staatlichen Genehmigung privater Rechtsetzung unten 5.6.2.

Materie beschränkt sind, und anderseits auch in ihrer Gesamtheit nicht ein Ausmass annehmen, das dem schweizerischen Staatswesen ein dominant korporatistisches Gepräge geben und somit praktisch dessen Identitätsmerkmale verändern würde. Insoweit bildet das Demokratieprinzip eine, wenn auch kaum präzise bestimmbare Schranke für Deregulierungs- und insbesondere für Selbstregulierungsbestrebungen.

5.3. Die Grundrechte als Schranke?

5.3.1. Grundrechte und Aufgabenverzicht bzw. Reduktion der Regulierungsintensität

Art. 35 Abs. 2 BV verpflichtet den Staat, für die Verwirklichung der Grundrechte zu sorgen, d. h. zu garantieren, dass die grundrechtlichen Gehalte auch innerhalb der Gesellschaft respektiert werden.[214] Die Rücknahme staatlicher Einflussnahme auf das gesellschaftliche Geschehen sowie die staatliche Steuerung privater Selbstregulierung befinden sich in einem potenziellen Spannungsverhältnis zu den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates. In einem anderen Verhältnis zu Deregulierung sowie staatlich gesteuerter Selbstregulierung steht demgegenüber die abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte als Freiheitsgarantien der Einzelnen gegenüber der Staatsmacht: Ein Abbau der Regulierungsintensität und der Verzicht auf staatliche Steuerung zugunsten der Gesellschaft laufen in dieselbe Richtung wie die grundrechtlichen Abwehrrechte und können aus deren Sicht sogar gefordert sein.

Der staatliche Auftrag zur Grundrechtsverwirklichung wird missachtet, wenn Grundrechtsgehalte durch Deregulierung nicht mehr oder nicht mehr gleich wirksam geschützt werden. Dies ist dann der Fall, wenn der Staat eine Aufgabe, welche (auch) dem Schutz von Grundrechten dient, vollständig privatisiert oder erst gar nicht wahrnimmt. Beispiele sind Regelungen, die das Verbot der Doppelbesteuerung umsetzen oder die Zwangsmedikation im fürsorgerischen Freiheitsentzug normieren sollten und vom Bund bzw. von den Kantonen nicht erlassen wurden.[215] Der Verfassungsrichter kann den

---

214 Zu den grundrechtlichen Schutzpflichten eingehend René Wiederkehr, Die Kerngehaltsgarantie am Beispiel kantonaler Grundrechte, Bern 2000, S. 156 ff.; Markus Schefer, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001, S. 235 ff.; Patricia Egli, Drittwirkung von Grundrechten, Zürich 2002, S. 283 ff.

215 Zur Konkretisierung des Doppelbesteuerungsverbots durch das Bundesgericht Hans Huber, Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht als Richterrecht, in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Bern 1971, S. 519 ff.; Jacoba Teygeler, Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen, Basel 1993, S. 4 ff. Zur damals fehlenden gesetzlichen Regulierung der Zwangsmedikation im Kanton Bern BGE 126 I 112 E. 3c S. 117.

Aufgabenverzicht durch Gesetzgeber und Verwaltung nur im Nachhinein und nur dann voll kompensieren, wenn er dazu funktionell zuständig ist, insbesondere wenn die fragliche Materie eine geringe Komplexität aufweist.[216] Damit zieht der Verzicht auf eine Aufgabe, die dem Schutz von Grundrechten dient, in der Regel einen grundrechtswidrigen Zustand nach sich. Die Grundrechte setzen insofern staatlichem Aufgabenverzicht Schranken.

Weniger klar ist hingegen, ob die – von den Grundrechten als Abwehrrechten unter Umständen sogar geforderte – Verringerung der Regulierungsintensität die Grundrechtsverwirklichung gefährden kann. Eine Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten fiel beispielsweise in Betracht, als der Gesetzgeber von der strafrechtlichen Indikationenregelung betreffend den Schwangerschaftsabbruch zur sog. Fristenlösung überging.[217] Während das schweizerische Bundesgericht die Grundrechtskonformität dieser Deregulierung nicht überprüfen konnte, erachtete das deutsche Bundesverfassungsgericht entsprechende Strafrechtsrevisionen im Jahre 1975 mit der Menschenwürde und dem Lebensschutz von Embryonen als unvereinbar,[218] im Jahre 1993 dann aber als zulässig, und zwar insbesondere auf Grund der gesetzlich vorgesehenen Beratungspflicht.[219] Denkbar sind weiter Fälle, in denen der Gesetzgeber die präventive Kontrolle einer grundrechtssensiblen privaten Tätigkeit durch eine blosse nachträgliche Kontrolle ersetzt. Durch den Verzicht auf präventive Kontrollen, namentlich durch den Verzicht auf Bewilligungssysteme,[220] können die Behörden Verletzungen grundrechtlich geschützter Güter durch Private nicht mehr zuvorkommen und müssen sich darauf beschränken, solche Verletzungen nur noch nachträglich mittels Strafen oder anderen Mitteln zu sanktionieren. Derartige Deregulierungsmassnahmen können somit die Wirksamkeit des Grundrechtsschutzes tendenziell schmälern.

5.3.2. Grundrechte und Dezentralisierung von Staatsaufgaben

Eine andere Frage ist, ob die Grundrechte durch Deregulierung im Sinn von Dezentralisierung beeinträchtigt oder gefährdet werden können. Dies hängt massgeblich davon ab, ob die dezentralen Aufgabenträger selber an die Grundrechte gebunden sind oder nicht. Art. 35 Abs. 2 BV stellt klar, dass an

---

216 Zu solchen Ersatzregelungen des Richters BERNHARD RÜTSCHE, Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, Bern 2002, S. 232 ff.

217 Revision der Art. 118 ff. StGB vom 23.3.2001.

218 BVerfGE 39, 1 – Schwangerschaftsabbruch I.

219 BVerfGE 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II.

220 Zu den Instrumenten präventiver Kontrollen oben 4.2.4.1.

die Grundrechte gebunden ist, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt. Die Grundrechtsbindung bestimmt sich damit funktionell. Entscheidend ist nicht, ob Behörden oder Private tätig sind, sondern nur, ob eine Staatsaufgabe erfüllt wird.

Staatsaufgaben sind vom Verfassungs- oder Gesetzgeber umschriebene, im öffentlichen Interesse stehende Tätigkeiten, für deren Ausübung Regierung und Verwaltung verantwortlich sind. Regierung und Verwaltung erfüllen die Aufgabe entweder selber (Erfüllungsverantwortung) oder beaufsichtigen dezentrale Einheiten, die zur Erfüllung der Aufgabe verpflichtet worden sind (Aufsichtsverantwortung). Entbinden Verfassungs- oder Gesetzgeber die Exekutive von der Verantwortung für die Erfüllung oder Beaufsichtigung einer Aufgabe, kann nicht mehr von einer Staatsaufgabe die Rede sein. So sind insbesondere freiwillige Selbstregulierungstätigkeiten, die vom Staat gefördert aber nicht beaufsichtigt werden, keine Staatsaufgaben.[221]

Ausgehend von diesem Begriff der Staatsaufgabe sind dezentrale Träger von Staatsaufgaben, und seien es Private, stets unmittelbar an die Grundrechte gebunden.[222] Dies unabhängig davon, ob sie hoheitlich auftreten oder in den Formen des Privatrechts handeln. Umstritten ist indessen, ob auch dann volle Grundrechtsbindung besteht, wenn staatlich beherrschte Unternehmen im freien Wettbewerb mit mehreren Anbietern tätig werden.[223] Wird dies – im Einklang mit der vorgeschlagenen Definition der Staatsaufgabe – verneint, kommt in dieser Konstellation immer noch die beschränkte und mittelbare Grundrechtsverpflichtung von Privaten nach Art. 35 Abs. 3 BV in Betracht. Das System der Grundrechtsverwirklichung in Art. 35 BV ermöglicht damit, Machtungleichgewichten und Abhängigkeiten zwischen regulierenden Institutionen und regulierten Einzelnen hinreichend Rechnung zu tragen.

Soweit Gesetzgebungs- und Verwaltungsaufgaben dezentralisiert werden, ist also die Grundrechtsbindung und folglich auch die Pflicht zur Grundrechtsverwirklichung zumindest formal sichergestellt. Ob dezentrale Einheiten und private Aufgabenträger die Grundrechte auch gleich effektiv wie die Zentralverwaltung realisieren, ist eine andere Frage. Eine Gefährdung der Grundrechte könnte sich dann ergeben, wenn der Rechtsschutz gegenüber de-

---

221 Damit sind etwa Organisationen, die freiwillig Vereinbarungen zur Erreichung der Reduktionsziele gemäss CO_2-Gesetz abschliessen, nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden.

222 So auch BBl 1997 I 193.

223 Für eine volle Grundrechtsbindung in diesen Fällen Hangartner (2000), S. 518 ff.; Schefer (2002), S. 1141 f.; Häner (2002), S. 1148; kritisch gegenüber einer vollen Grundrechtsbindung Rainer J. Schweizer, in: St. Galler Kommentar zu Art. 35 BV, Rz. 17; gegen eine volle Grundrechtsbindung Tschannen (2003), S. 124 ff., sowie neuerdings das Bundesgericht in BGE 129 III 35 E. 5.2 S. 40 und E. 6 S. 42 ff., das zwar die Grundrechtsbindung der Post im Wettbewerbsbereich verneint, dann aber eine privatrechtliche Kontrahierungspflicht aus dem Verbot des Verstosses gegen die guten Sitten ableitet.

zentralisierten und privaten Aufgabenträgern erheblich geschmälert ist,[224] wenn dezentrale Einheiten und vor allem Private die notwendige Sensibilität für Grundrechtsprobleme fehlt oder wenn bei der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe pekuniäre Interessen im Vordergrund stehen. Letzteres könnte etwa der Fall sein, wenn der Staat einer privaten gewinnorientierten Organisation das Führen eines Gefängnisses delegiert.

5.4. Das Gebot der Gleichbehandlung als Schranke?

5.4.1. Wettbewerbsneutralität von Dezentralisierungen

Von den einzelnen Grundrechtsgewährleistungen hat das Gleichbehandlungsgebot als mögliche Schranke von Deregulierungen und Selbstregulierungen besondere Bedeutung. Ein Aspekt der Gleichbehandlung ist die Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns. Das Bundesgericht leitet aus der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 sowie Art. 94 Abs. 1 und 4 BV einen Anspruch der direkten Konkurrenten auf Gleichbehandlung ab. Massnahmen, die den Wettbewerb unter Konkurrenten verzerren, sind verboten.[225] Der Anspruch auf Gleichbehandlung gilt zwar nicht absolut und kann aus überwiegenden Interessen eingeschränkt werden; so kann es etwa zulässig sein, aus Umweltschutzgründen umweltverträgliche Verfahren oder Produkte zu begünstigen; spürbare Wettbewerbsverzerrungen oder ungerechtfertigte Privilegierungen sind aber zu vermeiden.[226]

Das Gebot der Wettbewerbsneutralität richtet sich kraft Art. 35 Abs. 2 BV unmittelbar an alle Träger von Staatsaufgaben, auch an solche des Privatrechts.[227] Der Gesetzgeber kann die Pflicht zur Gleichbehandlung der Konkurrenten anlässlich einer Auslagerung von Staatsaufgaben konkretisieren wie beispielsweise in Art. 7 BEHG. Danach hat die Börse beim Erlass eines Reglements über die Zulassung, die Pflichten und den Ausschluss von Effektenhändlern insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung zu be-

---

224 Siehe zum Rechtsschutz bei Dezentralisierungen GIOVANNI BIAGGINI, Rechtsstaatliche Anforderungen an die Auslagerung und an den ausgelagerten Vollzug staatlicher Aufgaben sowie Rechtsschutz, in: René Schaffhauser/Tomas Poledna (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, St. Gallen 2002, S. 144 ff., sowie unten 5.7.2.

225 Etwa BGE 121 I 129 E. 3b S. 131. Zum Übergang von der Gleichbehandlung der «Gewerbegenossen» zur Gleichbehandlung der Konkurrenten unter der neuen Bundesverfassung BIAGGINI (2001), S. 239 f.

226 BGE 125 II 129 E. 10b S. 150 mit weiteren Hinweisen.

227 Zur Grundrechtsbindung dezentraler Aufgabenträger oben 5.3.2.

achten. Dies ändert nichts daran, dass das Gebot der Wettbewerbsneutralität direkt auf Grund der Verfassung gilt.[228]

Eine wichtige Rolle spielt die Wettbewerbsneutralität bei der staatlichen Vergabe von Aufträgen. Die Submissionsregeln, die eine Gleichbehandlung der Anbieter sicherstellen, kommen zur Anwendung, sofern eine Dezentralisierung auf dem Wege eines Vertrages erfolgt und einen Auftrag im Sinne des Beschaffungsrechts zum Gegenstand hat.[229] So fallen etwa die Postbeförderung, das Fernmeldewesen, das Buchhaltungswesen, Information, Gebäudereinigung oder Hausverwaltung unter die Submissionsregeln.[230] Wollte der Staat beispielsweise seine Buchhaltung auslagern und hierzu eine Vereinbarung mit einem Privatunternehmen abschliessen, hätte er die Submissionsregeln zu beachten. Demgegenüber ist das Submissionsrecht prinzipiell nicht anwendbar auf die Dezentralisierung von Aufgaben, in Bezug auf die kein Wettbewerb und damit keine Konkurrenz besteht. Zu erwähnen ist schliesslich, dass nicht nur alle Träger staatlicher Aufgaben dem Submissionsrecht unterstellt sind, sondern darüber hinaus auch Objekte und Leistungen, die überwiegend mit öffentlichen Geldern subventioniert werden.[231]

5.4.2. Gleichbehandlung im Bereich der Grundversorgung

Als weiterer Aspekt des Gleichbehandlungsgebots soll die Gewährleistung des Zugangs zu Leistungen der Grundversorgung bzw. zu lebenswichtigen Dienstleistungen näher beleuchtet werden.[232] Nach Art. 43*a* Abs. 4 BV in der Fassung des Bundesbeschlusses zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen vom 3. Oktober 2003 (NFA)[233] müssen Leistungen der Grundversorgung allen Personen in vergleichbarer Weise offen stehen. In gewissen sensiblen Bereichen ist eine gleichmässige Versorgung mit Leistungen über das ganze Landesgebiet sicherzustellen.[234]

Als Ausdruck dieses Grundsatzes im geltenden Recht können z. B. der Anspruch auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV), auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht (Art. 19 BV) und auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV) angesehen werden. Im Weiteren ist in diesem Zusammen-

228 Ebenso Marti (2000), S. 581.
229 Vgl. Art. 5 BoeB und Art. 6 Abs. 1 IVöB.
230 Siehe Anhang I der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB; SR 172.056.11)
231 Art. 8 Abs. 2 Bst. b IVöB.
232 Siehe dazu auch A. Müller (1998), S. 79 f.
233 BBl 2003 6591.
234 BBl 2002 2459.

hang vor allem Art. 92 Abs. 2 BV (ausreichende und preiswerte Grundversorgung mit Post- und Fernmeldediensten) zu nennen. Der Gesetzgeber muss dafür sorgen, dass diese verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Leistungen allen Personen unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots erbracht werden. Soweit die Leistungen dezentral in den Formen des Privatrechts erbracht werden, lässt sich die Gleichbehandlung mittels Kontrahierungszwang sicherstellen. So verbindet etwa Art. 14 FMG die Grundversorgungskonzession im Fernmeldebereich mit der Auflage, im Konzessionsgebiet die Dienste der Grundversorgung allen Bevölkerungskreisen anzubieten.[235]

Das Bundesgericht fordert von Gemeinwesen die Gewährung des gleichen Zugangs auch über Leistungen der Grundversorgung hinaus: In einem Urteil von 2001 ging es um die Frage, ob die Verkehrsbetriebe Luzern ihre Fahrzeuge als Werbeträger in rechtsgleicher Weise zur Verfügung stellen müssen.[236] Das oberste Gericht hielt fest, dass der Zugang zu einer institutionalisierten öffentlichen Kommunikationsmöglichkeit keinen diskriminierenden Schranken unterworfen werden darf – selbst wenn das Gemeinwesen kein Monopol besitzt, sondern in Konkurrenz zu anderen vergleichbaren Einrichtungen steht; «privatautonome Willkür» steht dem Staat eben nicht zu.[237] Dies gilt auch, wenn der Staat öffentliche Aufgaben oder Verwaltungsbefugnisse an Private delegiert: Das Gemeinwesen muss durch entsprechende Gestaltung der Delegationsnorm und durch vorbehaltene Interventionsmöglichkeiten sicherstellen, dass der Private den Grundsatz der Gleichbehandlung beachtet. Je mehr ein Interessent auf die Benützung der vom Gemeinwesen betriebenen Einrichtung angewiesen ist, desto höhere Anforderungen stellt das Bundesgericht an die sachliche Begründetheit von potenziell diskriminierenden Zulassungsschranken.[238]

Sodann hat das Bundesgericht in einem neueren Urteil[239] aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Verbots sittenwidrigen Verhaltens eine privatrechtliche Kontrahierungspflicht im Bereich der Wettbewerbsdienste der Post abgeleitet. Die Post wurde verpflichtet, eine Massensendung des Vereins gegen Tierfabriken zu befördern. Nach diesem Entscheid besteht eine Kontrahierungspflicht für ein marktbeherrschendes Unternehmen, das Waren oder Dienstleistungen des Normalbedarfs allgemein und öffentlich anbietet, wenn die Interessenten auf Grund der starken Machtstellung des Anbieters keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben und dieser den Vertragsschluss

235 Siehe dazu auch Häner (2002), S. 1153.
236 BGE 127 I 84.
237 BGE 127 I 84 E. 4c S. 90.
238 BGE 127 I 84 E. 4c S. 90.
239 BGE 129 III 35. Dazu der Kommentar von Madeleine Camprubi, Kontrahierungszwang gemäss BGE 129 III 35: ein Verstoss gegen die Wirtschaftsfreiheit, in: AJP 2004 386 f.

willkürlich verweigert. «Zum Normalbedarf gehören Güter und Dienstleistungen, die heute praktisch von jedermann in Anspruch genommen werden; die Beschränkung auf ‹lebenswichtige› – d. h. für das nackte Überleben notwendige – Güter und Leistungen scheint zu eng.»[240]

5.5. *Das Erfordernis der normativen Bestimmtheit als Schranke?*

Aus dem in Art. 5 BV verankerten Legalitätsprinzip ergibt sich, dass ein Gesetz so präzise formuliert sein muss, dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.[241] Eine gewisse Unbestimmtheit ist zwar Voraussetzung für die Ermöglichung von Einzelfallgerechtigkeit[242] und Effizienz;[243] zu grosse Unbestimmtheit führt jedoch zu Rechtsunsicherheit und Rechtsungleichheit.[244] Wie aber findet man den erforderlichen Grad der Bestimmtheit?

Der Bestimmtheitsgrad einer Norm lässt sich nicht abstrakt festlegen. Das Bundesgericht verlangt deshalb eine den jeweiligen Verhältnissen angemessene optimale Bestimmtheit bzw. eine unter Berücksichtigung aller massgebenden Gesichtspunkte optimale Determinierung. Dazu gehören namentlich die Vorhersehbarkeit der Verhältnisse, die Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, die Komplexität und Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, die Normadressaten, die Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und die erst bei der Konkretisierung im Einzelfall mögliche und sachgerechte Entscheidung.[245]

Eine besondere Bedeutung hat die Forderung der Bestimmtheit bei Verhaltensnormen, die durch Androhung oder Sanktionen unmittelbar ein bestimmtes Verhalten der Bürger bewirken sollen, oder wenn eine Vielzahl von ähnlich gelagerten Entscheiden zu treffen sind. Umgekehrt sind die Anforderungen weniger streng, wenn unterschiedlich gelagerte Sachverhalte zu regeln sind, bei denen im Interesse einer sachgerechten Flexibilität oder der

---

240 BGE 129 III 35 E. 6.3 S. 45.

241 Zur Verankerung des Bestimmtheitsgebots in der BV und der EMRK siehe BGE 123 I 112 E. 7a S. 124 f.

242 Etwa BGE 127 V 431 E. 2b/aa S. 434. Sodann Georg Müller, Rechtsbereinigung – Rechtsverbesserung, in: ZBl 2003 580 f.

243 Pierre Moor (2001), Rz. 27.

244 Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire, Art. 5 BV, Rz. 8; Daniel Kettiger, Die Einführung von New Public Management aus gesetzgeberischer Sicht, in: AJP 2003 644; Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Band I, Bern 2000, Rz. 1748; Häfelin/Müller (2002), Rz. 387.

245 BGE 127 V 431 E. 2b/aa S. 434; 128 I 327 E. 4.2 S. 340.

Einzelfallgerechtigkeit Differenzierungen im Anwendungsfall angebracht sind.[246] Unbestimmte Regelungen können insbesondere dann genügen, wenn ein Rechtsverhältnis von den Betroffenen freiwillig eingegangen wird oder wenn Rechte und Pflichten zwischen Staat und Privaten frei ausgehandelt werden können.[247]

Innerhalb dieser Grenzen haben sich die Deregulierung und Selbstregulierung zu bewegen. So sind in Bereichen, die einem raschen technischen Wandel unterliegen, grundsätzlich offene Normen zulässig – ansonsten wären sie rasch von der Wirklichkeit überholt und könnten die angestrebten Ziele des Gesetzgebers nicht verwirklichen.[248] Haben die Normen aber Eingriffe in Grundrechte zur Folge, so ist der Grad an Bestimmtheit zu erhöhen. Es wird in der Lehre zwar anerkannt, dass es einem legitimen Bedürfnis entspricht, wenn der Gesetzgeber lediglich Zielsetzungen festlegt. Zu Recht fordert sie aber auch, dass die Grundanliegen des Bestimmtheitsgebots, nämlich die Gewährleistung von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit, ausreichend berücksichtigt werden.[249] Die Grenze der zulässigen Unbestimmtheit ist jedenfalls dann überschritten, wenn die betreffende Norm unnötigerweise wesentliche Wertungen der Gesetzesanwendung überlässt und wo sie keinen fassbaren normativen Gehalt mehr aufweist.[250]

Werden unbestimmte Normen geschaffen, so ist die Unbestimmtheit zudem durch verfahrensrechtliche Garantien zu kompensieren.[251] Diese müssen umso stärker sein, je unbestimmter die in Frage stehenden Normen sind.[252] Zu beachten ist, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt ist, wenn die Betroffenen nur in abstrakter, allgemeiner Weise Stellung nehmen können zu einer Massnahme, deren konkrete Begründung sie nicht kennen. Vor der Anwendung einer unbestimmten Norm hat die Behörde deshalb, wenn sie einen Entscheid von grosser Tragweite für die Betroffenen fällt, diesen ihre Rechtsauffassung mitzuteilen und Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.[253]

---

246 BGE 123 I 1 E. 4b S. 5 f.

247 BGE 123 I 1 E. 4b S. 6; 129 I 161 E. 2.2 S. 163.

248 Vgl. Moor (2001), Rz. 27.

249 Häfelin/Müller (2002), Rz. 389.

250 BGE 109 Ia 273 E. 4d S. 283. Sodann Martin Wirthlin, Das Legalitätsprinzip im Bereich des Planungs- und Baurechts, in: AJP 2001 516.

251 BGE 128 I 327 E. 4.2 S. 340. Sodann Moor (2001), Rz. 28; Thomas Cotter, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, 2. Aufl., Chur/Zürich 1991, S. 213.

252 BGE 127 V 431 E. 2b/cc S. 435.

253 Dazu Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 221, 296 f., 303 f.

5.6. Das Aufsichtsrecht als Schranke?

5.6.1. Oberaufsicht durch die Bundesversammlung

Gemäss Art. 169 Abs. 1 BV übt die Bundesversammlung die Oberaufsicht aus über den Bundesrat und die Bundesverwaltung, die eidgenössischen Gerichte und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes. Die parlamentarische Oberaufsicht ist eine Ausgestaltung der Gewaltenteilung und bezweckt eine (minimale) demokratische Kontrolle aller Verwaltungstätigkeit im Gemeinwesen.[254] Nach Art. 26 Abs. 3 ParlG übt die Bundesversammlung die Oberaufsicht nach den Kriterien der Rechtmässigkeit, Ordnungsmässigkeit, Zweckmässigkeit, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit aus.

Das Gebot der parlamentarischen Oberaufsicht ist als verfassungsrechtliche Rahmenbedingung für die Deregulierung von Staatsaufgaben und die Selbstregulierung grundsätzlich von Bedeutung. Unproblematisch ist aus Sicht des Aufsichtsrechts die Deregulierung im Sinn eines vollständigen Aufgabenverzichts oder einer Reduktion der Regulierungsintensität: Im Umfang des Aufgabenverzichts gibt es keine Staatstätigkeit mehr zu beaufsichtigen und die Reduktion der Regulierungsintensität bedeutet als solche keine Einschränkung der Aufsichtsbefugnisse. Demgegenüber fragt sich, ob und allenfalls wieweit das Aufsichtsrecht einer Deregulierung oder Selbstregulierung im Sinn von Dezentralisierung Schranken setzt. Die verfassungsrechtliche Vorgabe zur Oberaufsicht durch die Bundesversammlung könnte tangiert sein, wenn der Gesetzgeber Regulierungsbefugnisse an unabhängige Aufgabenträger innerhalb oder ausserhalb der Bundesverwaltung übertragen würde, ohne gleichzeitig eine effektive Aufsicht sicherzustellen.

Dezentralisierung bedeutet, dass dezentrale Einheiten die ihnen übertragenen Aufgaben autonom, d. h. weisungsungebunden erfüllen. Die Entscheidungsautonomie von dezentralen Aufgabenträgern ist ohne weiteres vereinbar mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der parlamentarischen Oberaufsicht, ja sie schränkt diese gar nicht ein.[255] Denn die Oberaufsicht ist in ihrer Reichweite von vorneherein beschränkt und erfasst nicht die Einflussnahme auf die materielle Aufgabenerfüllung dezentraler Funktionsträger, insbesondere nicht die Aufhebung oder Änderung von Entscheiden.[256] Art. 169 Abs. 1 BV steht damit einer Dezentralisierung von Staatsaufgaben nicht entgegen, verlangt aber, dass die Oberaufsicht der Bundesversammlung über die dezentra-

254 Vgl. BBl 1997 I 396: Oberaufsicht als wesentliches Element der Gewaltenteilung.

255 Philippe Mastronardi, St. Galler Kommentar zu Art. 169 BV, Rz. 19, geht demgegenüber davon aus, dass Dezentralisierungen die Reichweite und Inhalte der Kontrollbefugnis des Parlaments beschränken.

256 Vgl. Art. 26 Abs. 4 ParlG.

len Aufgabenträger sichergestellt ist. Dabei ist dem Gesetzgeber ein Spielraum zuzugestehen, die parlamentarische Oberaufsicht bezüglich bestimmter Aufgabenträger spezifisch auszugestalten.[257]

5.6.2. Aufsicht durch den Bundesrat

Art. 187 Abs. 1 lit. a BV bestimmt, dass der Bundesrat die Bundesverwaltung und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes beaufsichtigt. Die Aufsichtsverantwortung des Bundesrates soll insbesondere Rechtmässigkeit, Wirksamkeit, Effizienz und Kohärenz des Verwaltungshandelns sicherstellen.[258] Zudem begründet sie die politische Verantwortung des Bundesrates für das Verwaltungshandeln der beaufsichtigten Aufgabenträger.

Art. 187 Abs. 1 Bst. a BV verpflichtet den Bundesrat zu einer ständigen und systematischen Aufsicht der gesamten Bundesverwaltung.[259] Im Unterschied zur parlamentarischen Oberaufsicht erfasst die Aufsicht der Regierung auch die konkrete Entscheidungstätigkeit der Träger staatlicher Aufgaben. Die Übertragung eines Aufgabenbereichs an eine unabhängige Verwaltungseinheit oder an einen Träger ausserhalb der Verwaltung, namentlich an private Personen, führt damit zu einer Beschränkung der Aufsicht der Regierung.[260] Dieser ist es verwehrt, dezentralen Organisationen und Personen Weisungen hinsichtlich ihrer Aufgabenerfüllung zu erteilen. Diese mit dem Unabhängigkeitsstatus dezentraler Aufgabenträger verbundene Einschränkung der Regierungsaufsicht ist jedoch in Kauf zu nehmen, ansonsten die auf Grund von Art. 178 Abs. 3 BV gegebene Möglichkeit zur Übertragung von Verwaltungsaufgaben an dezentrale Personen und Organisationen keinen Sinn machen würde. Die Einschränkung der Regierungsaufsicht sollte indessen durch eine nachträgliche Rechtskontrolle von Gerichten kompensiert werden.[261]

Art. 187 Abs. 1 Bst. a BV steht folglich Dezentralisierungen als solchen nicht entgegen. Die Bestimmung verlangt aber, dass auch dezentralen Einheiten von der Regierung beaufsichtigt werden. Das Spezialgesetz kann verschiedene Aufsichts- und Steuerungsmittel einführen, ohne dadurch den Unabhängigkeitsstatus der dezentralen Aufgabenträger zu beeinträchtigen. So

---

257 Siehe ZIMMERLI/LIENHARD (1998), S. 173: die Aufsicht richtet sich nach dem mit der Schaffung einer neuen Organisationsform verbundenen Spezialgesetz.

258 GIOVANNI BIAGGINI, St. Galler Kommentar zu Art. 187 BV, Rz. 10.

259 Siehe Art. 8 Abs. 3 RVOG.

260 Zum aktuellen Beispiel der Flugsicherung siehe GEORG MÜLLER, Wieviel der Bund bei Skyguide tun darf – Zur Verantwortlichkeit bei ausgelagerten Bundesaufgaben, in: Neue Zürcher Zeitung vom 10. Juni 2004, S. 17.

261 Zur Rechtsschutzgarantie als Schranke der Deregulierung sogleich 5.7.

etwa die Genehmigung von Geschäftsberichten, Inspektions- und Auskunftsrechte, Revisionen abgeschlossener Dossiers oder die Vorgabe strategischer Ziele für staatlich beherrschte Unternehmen. Sodann kann der Gesetzgeber für Verordnungen, Reglemente oder Statuten von dezentralen Einheiten die Genehmigung durch Regierung oder Verwaltung vorsehen.[262] Dabei schreibt die Verfassung dem Gesetzgeber nur die Sicherstellung einer wirksamen Aufsicht, nicht aber einzelne Aufsichtsinstrumente vor.[263] So obliegt es etwa der Einschätzung des Gesetzgebers, ob er Verordnungen dezentraler Einheiten der vorgängigen Genehmigung durch die Verwaltung unterstellen oder ob er sie der akzessorischen Überprüfung anlässlich von Beschwerdeverfahren überlassen will.[264]

5.7. Die Rechtsschutzgarantie als Schranke?

5.7.1. Rechtsschutz als staatliche Kernaufgabe

Als besonderer Vorteil der Deregulierung und Selbstregulierung wird deren im Verhältnis zur Gesetzgebung grössere Fähigkeit angesehen, auf Neuerungen zu reagieren. Flexibilität darf aber nicht auf Kosten des Rechtsschutzes gehen. Unter Rechtsschutz versteht man die Möglichkeit, eine Rechtsstreitigkeit einer unbefangenen staatlichen Instanz zur Entscheidung zu unterbreiten. Rechtsschutz wird als Oberbegriff verwendet; kann ein richterlicher Entscheid erwirkt werden, wird von Rechtsweg bzw. Rechtsweggarantie gesprochen.[265]

Rechtsschutz bedeutet nicht nur Möglichkeit der Durchsetzung subjektiver Rechte, sondern auch Schutz vor Rechtsmissbrauch und damit Freiheit der Bürgerinnen und Bürger. Rechtsschutz ist deshalb eine – gegenüber Deregulierungs- und Selbstregulierungsbestrebungen resistente – Kernaufgabe des Rechtsstaates. So bestimmt denn auch Art. 8 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948, die zu weiten Teilen Völkergewohnheitsrecht darstellt, dass jeder Mensch vor den zuständigen innerstaatlichen Gerichten

---

262 Z. B. Art. 17 Abs. 3 ETH-Gesetz: Genehmigung von Verordnungen des ETH-Rates betreffend privatrechtliche Arbeitsverhältnisse von Professoren; Art. 18 Abs. 1 Bst. c GwG: Genehmigung der Reglemente der Selbstregulierungsorganisationen durch die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei; Art. 4 Abs. 2 BEHG: Genehmigung der Reglemente der Börse durch die Aufsichtsbehörde.

263 Eine Rolle spielt dabei, ob gegenüber dezentralen Einheiten ein effizienter Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte gewährleistet ist; vgl. zu diesem Zusammenhang Übersax (2001), S. 411.

264 Für eine ausnahmslose staatliche Genehmigung allgemeinverbindlicher privater Vorschriften Brunner (1982), S. 166; Marti (2002), S. 1155.

265 Vgl. Yvo Hangartner, Recht auf Rechtsschutz, in: AJP 2002 131.

Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz gegen alle Handlungen hat, die seine ihm nach der Verfassung oder nach dem Gesetz zustehenden Grundrechte verletzen. Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass ein Gericht über Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen entscheidet. Eine analoge Garantie enthält Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II;[266] dessen Art. 2 Abs. 3 Bst. b verpflichtet die Signatarstaaten im Übrigen ganz allgemein, den gerichtlichen Rechtsschutz auszubauen.

Innerstaatlich wird die Rechtsweggarantie nach Art. 29*a* BV zu beachten sein.[267] Danach hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde, wobei Bund und Kantone durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen können. Ausnahmen sind nur in einem engen Rahmen für besondere Akte der Regierung und des Parlaments zulässig, insbesondere bezüglich überwiegend politischen Regierungsakten oder referendumsfähigen Parlamentsbeschlüssen.[268] Akte von unteren Verwaltungsbehörden dürfen dagegen nicht von der richterlichen Beurteilung ausgenommen werden.[269] Als Grundrechtsgarantie ist Art. 29*a* BV unmittelbar anwendbar.

5.7.2 Rechtsschutz bei dezentraler Aufgabenerfüllung

Dass der Rechtsschutz sichergestellt sein muss, gilt nicht nur für die Delegation von Geschäften des Bundesrates an die Departemente oder diesen unterstellte Verwaltungseinheiten (Art. 177 Abs. 3 BV), sondern sinngemäss auch für die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben des Bundes an Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts (Art. 178 Abs. 3 BV).[270] Dezentralisierung darf die Rechtsmittel der Bürger nicht beschneiden. Mit anderen Worten: Der Einfluss von Legislative und Exekutive lässt sich zurückbinden, nicht aber derjenige der Judikative.

Werden ausgelagerte öffentliche Aufgaben in den Formen des Privatrechts wahrgenommen, hat dies grundsätzlich zur Folge, dass bei Streitigkeiten das Zivilprozessrecht zur Anwendung gelangt. Dies bedeutet eine im Vergleich

---

266 Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte; SR 0.103.2.

267 Eingefügt durch Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 über die Reform der Justiz (BBl 1999 8633), aber von der hierfür zuständigen Bundesversammlung noch nicht in Kraft gesetzt; die Inkraftsetzung soll zusammen mit der Totalrevision des Bundesrechtspflegegesetzes erfolgen.

268 BBl 1997 I 524. Sodann Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire, Art. 29a BV, Rz. 6.

269 Andreas Kley, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 12.

270 BBl 1997 I 409: «Dies muss nicht explizit gesagt werden, da selbstverständlich».

zum Verwaltungsverfahren risikoreichere und teurere Prozessführung.[271] Der Gesetzgeber kann dem Rechnung tragen, indem er in Form von Spezialvorschriften besondere Rechtsschutzmöglichkeiten einräumt. Dies hat er im Bereich der Börse getan.[272] Nach Art. 9 BEHG muss die Börse eine unabhängige Beschwerdeinstanz bestellen, welche bei Verweigerung der Zulassung eines Effektenhändlers oder der Effektenzulassung sowie bei Ausschluss eines Effektenhändlers oder Widerruf der Effektenzulassung angerufen werden kann. Organisation und Verfahren werden von der Börse geregelt, sind aber – ebenso wie die Ernennung der Mitglieder – durch die Aufsichtsbehörde zu genehmigen. Nach Durchführung des Beschwerdeverfahrens steht zudem die Klage beim Zivilrichter offen.

Der Wichtigkeit von Rechtsschutzmechanismen gegenüber privaten Normierungen trägt auch die EU-Gesetzgebung Rechnung. Als Beispiel kann die Selbstregulierung im Bereich der Produktsicherheit angeführt werden: Die EG-Produktrichtlinie legt die grundlegenden Sicherheitsanforderungen fest, welche die europäischen Normenorganisationen in private technische Normen umsetzen. Die EU-Kommission kann die Richtlinienkonformität der privaten Normen überprüfen. Die Mitgliedstaaten können zudem Schutzklauseln anrufen, worauf die EU-Kommission eine Überprüfung durchführen muss. Die Schutzklauselentscheide schliesslich sind an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) weiterziehbar.[273]

---

271 Übersax (2001), S. 412, macht darauf aufmerksam, dass «mit der Zuständigkeit der Zivilgerichte einzelne Errungenschaften der öffentlichen Rechtspflege wie eine gewisse Kostenfreiheit oder die Geltung des Amtsprinzips und der Untersuchungsmaxime verloren gehen».

272 Dazu auch der Beitrag von Jean-Baptiste Zufferey in diesem Band, Teil V.2.2.

273 Siehe insbesondere die Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Dezember 2001 über die allgemeine Produktsicherheit, in: Amtsblatt Nr. L 011 vom 15. Januar 2002, S. 0004 ff., insbesondere Art. 4. Zum Nachvollzug der Europäischen Produktgesetzgebung in der Schweiz Mitte der neunziger Jahre Astrid Epiney/Hanspeter Pfenninger, Auswirkungen eines Beitritts zur Europäischen Union auf das schweizerische Umweltrecht – Das Problem Umweltnormung, in: Thomas Cottier/Alwin R. Kopse (Hrsg.), Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union, Zürich 1998, S. 975 ff., 982 ff.

6. Gegenwärtige Entwicklungstendenzen

Die Frage nach dem richtigen Regulierungsansatz und nach der richtigen Regulierungsintensität ist nicht eine primär theoretische, sondern eine eminent praktische Frage. Sie wird in der aktuellen Gesetzgebungspraxis häufig gestellt und in manchen Fällen intensiv diskutiert. Dabei ist keine einheitliche Entwicklungslinie auszumachen. Wir erachten es deshalb als sinnvoll, anhand von ein paar praktischen Beispielen aufzuzeigen, welche Tendenzen bestehen, welche Erwartungen und Motive mit bestimmten Regelungsansätzen verbunden sind und, nach Möglichkeit, auch welche Erfahrungen damit gemacht worden sind bzw. welche Lehren daraus gezogen werden können. Wir haben dafür acht Beispiele aus der jüngeren oder jüngsten Gesetzgebungspraxis ausgewählt und diese den drei hauptsächlichen Tendenzen (mehr Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung) zugeordnet. Diese acht Beispiele beanspruchen keine Repräsentativität. Sie scheinen uns aber geeignet, verschiedenartige Facetten der Thematik deutlich zu machen.

6.1. Tendenz zu mehr Regulierung

6.1.1. Beispiel 1: Polizeilicher Vollzug

6.1.1.1. Beschreibung der Entwicklungstendenz

Die Regelung des polizeilichen Vollzugs ist primär eine Domäne der kantonalen Rechtsetzung. Für den Bundesgesetzgeber haben sich Regelungsfragen in diesem Bereich bis anhin etwa bei den Vollzugstätigkeiten des Grenzwachtkorps sowie bei der Aufrechterhaltung der Sicherheit eigener Institutionen gestellt.

Es ist nun festzustellen, dass in den letzten Jahren sowohl auf der Ebene der Kantone als auch auf der Ebene des Bundes vermehrt versucht wird, die Tätigkeit der polizeilichen Vollzugsorgane einer relativ konkreten gesetzlichen Regelung zuzuführen. Zahlreiche Kantone haben in den letzten Jahren neue Polizeigesetze erlassen.[274] Diese regeln die Anwendung von Zwang, sei es in Form von unmittelbarem Zwang wie körperliche Gewalt, Anwendung von Hilfsmitteln wie Fesseln und dergleichen oder Einsatz von Waffen (sog.

274 Siehe etwa Kantone Freiburg, Gesetz vom 15. November 1990 über die Kantonspolizei; Basel-Stadt, Gesetz vom 13. November 1996 betreffend die Kantonspolizei; Basel-Landschaft, Polizeigesetz vom 28. November 1996; Bern, Polizeigesetz vom 8. Juni 1997; Schaffhausen, Polizeiorganisationsgesetz vom 21. Februar 2001; Appenzell A. Rh., Polizeigesetz vom 13. Mai 2002.

polizeilicher Zwang), sei es in Form von Zwangsmassnahmen wie Anhaltung, Festhaltung, Durchsuchung und körperliche Untersuchung (sog. polizeiliche Massnahmen). Der Bund hat vergleichbare Regelungen erstmals im Militärbereich erlassen, indem er die Polizeibefugnisse der Armee relativ eingehend regelte.[275] Entsprechende Regelungsvorschläge finden sich nun auch im Entwurf des Bundesrates zu einem neuen Zollgesetz.[276] Weitere entsprechende Erlasse auf unterschiedlicher Stufe und in unterschiedlichem Ausarbeitungsstadium sind für den Bereich der Transportpolizei und des Sicherheitsdienstes der Bundesverwaltung (Schutz von Liegenschaften, Einrichtungen, Institutionen und Organen des Bundes) in Diskussion. Verwaltungsintern geprüft wird ferner ein Entwurf für ein Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs im Zuständigkeitsbereich des Bundes, das die angesprochenen Fragen generell, d. h. für alle Bundesorgane in gleicher Weise, normieren soll.

6.1.1.2. Motive und Erwartungen

Die dargestellte Zunahme von gesetzlichen Regelungen zum polizeilichen Vollzug ist einerseits auf Veränderungen in Verwaltungsrechtslehre und Rechtsprechung, anderseits auf faktische Umstände zurückzuführen.

Die Verwaltungsrechtslehre ist bis vor einigen Jahren davon ausgegangen, dass die Art und Weise der Vollstreckung rechtskräftiger Verfügungen und die unmittelbare Gefahrenabwehr keiner besonderen gesetzlichen Regelung bedürfen, sondern dass die vollstreckenden Organe im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens und der Verhältnismässigkeit für die Schaffung oder Aufrechterhaltung des – gesetzlich festgelegten – rechtmässigen Zustandes die geeigneten Mittel und Vorgehensmodalitäten selbst bestimmen können.[277] Diese Auffassung ist insbesondere im Bereich des Zwangs gegen Personen vereinzelt seit langem bestritten worden.[278] In den letzten Jahren hat sich in der Lehre zunehmend die Einsicht durchgesetzt, dass insbesondere die An-

275 Art. 92 Bundesgesetz vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung (Militärgesetzes, MG; SR 510.10) sowie Verordnung vom 26. Oktober 1994 über die Polizeibefugnisse der Armee (VPA; SR 510.32).

276 Siehe Art. 100 ff. des Entwurfs, in: BBl 2004 681 ff.

277 Vgl. etwa die Darstellungen bei Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. und 3. Aufl., Zürich 1993 und 1998, je Rz. 939 ff. sowie in der 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 1144; Marcel Ogg, Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen und ihre Rechtsgrundlagen, Zürich 2002, S. 139 ff.

278 Z. B. Hans Huber, Grundrechte und Polizeigewalt, in: ZBl 1952 233 ff.; Heinrich Andreas Müller, Der Verwaltungszwang, Zürich 1975, S. 19 und 26; André Grisel, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, Volume II, S. 643 f.

wendung von polizeilichem Zwang, d. h. die unmittelbare Gewaltanwendung der vollstreckenden Organe gegen Personen und Sachen, im Wesentlichen einer Regelung auf formellgesetzlicher Ebene bedürfe.[279]

Die Ansprüche der Rechtslehre und der Rechtsprechung an die Rechtsgrundlagen für das staatliche Handeln sind in den letzten Jahrzehnten deutlich gestiegen. Gerade im Bereich des polizeilichen Zwangs muss zum Teil in schwerwiegender Weise in grundrechtlich geschützte Positionen eingegriffen werden. Die Diskrepanz der oft rudimentären oder nicht stufengerechten Regelungen – etwa die Regelung des polizeilichen Einsatzes von Waffen ausschliesslich durch Verwaltungsverordnungen – beispielsweise zur hohen Regelungsdichte bei der Durchsetzung und Vollstreckung ausschliesslich finanzieller Ansprüche des Gemeinwesens erscheint kaum begründbar.

Im Hintergrund der Regelungszunahme im Polizeibereich steht sodann ein Wandel in den tatsächlichen Verhältnissen. Die technischen Möglichkeiten der Anwendung von Zwang gegen Personen unterliegen einer raschen technischen Entwicklung. Das Auftauchen neuer Möglichkeiten und Mittel bringt Rechtsunsicherheit bzw. einen Bedarf an Mindestregelungen für die Zulassungsmodalitäten neuer Mittel mit sich. Ferner haben verschiedene Todesfälle im Zusammenhang mit der Anwendung polizeilichen Zwangs Verunsicherungen und Zweifel über die Zulässigkeit gewisser Vorgehensweisen bewirkt und einen vermehrten Bedarf organisatorischer und ausbildungstechnischer Regulierung geweckt.

6.1.1.3. Erfahrungen und Auswirkungen

Von einer erhöhten Regulierungsintensität im Bereich der Anwendung polizeilichen Zwangs wird eine Verbesserung der Rechtssicherheit erwartet. Dies sowohl von Seiten der von Zwangsmassnahmen potentiell Betroffenen als auch von Seiten der Polizeiorgane. Es darf angenommen werden, dass diese Erwartungen bis zu einem gewissen Grade erfüllt werden können. Als Beispiel sei die Rückführung von Personen, die sich illegal in der Schweiz aufhalten, in ihr Herkunftsland erwähnt. Nach mehreren gravierenden Zwischenfällen hat die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren in Zusammenarbeit mit den Bundesbehörden ein relativ detailliertes Regelwerk über die Durchführung solcher Rückführungen ausgearbeitet, das sowohl die

279 Blaise Knapp, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Basel/Frankfurt a. M. 1993, Band II, Rz. 1648; Hans Reinhard, Allgemeines Polizeirecht, Bern 1993, S. 135 und 251; Werner Ritter, Das Erfordernis der genügenden Bestimmtheit – dargestellt am Beispiel des Polizeirechts, Chur/Zürich 1994, S. 192 ff.; Rainer J. Schweizer, Entwicklungen im Polizeirecht von Bund und Kantonen, in: AJP 1997 379.

Ausbildung der verantwortlichen Organe, die organisatorischen Belange und die zulässigen Mittel und Massnahmen erfasst. Obwohl dieses Regelwerk derzeit lediglich Empfehlungscharakter hat, stellen die Verantwortlichen bereits eine deutliche Verbesserung des Vollzugs bzw. eine Abnahme gravierender Zwischenfälle fest. Die Überführung dieser Empfehlungen in verbindliche Vorschriften dürfte ihre Wirkung noch verstärken.

Die Zunahme der Regelungsdichte in Bereich des polizeilichen Vollzugs ist im Übrigen weder für das Publikum noch für die handelnden Gemeinwesen mit einem wesentlichen finanziellen oder personellen Mehraufwand verbunden, denn die angesprochenen Regelungen bestimmen letztlich nur die Modalitäten der Anwendung von Zwang und der dafür erforderlichen Ausbildung. Dem Aufwand für die Implementierung des neuen Regelwerkes ist zudem die voraussichtliche Reduktion des Aufwandes für die Bewältigung unliebsamer Zwischenfälle gegenüberzustellen.

6.1.1.4. Beurteilung aus legistischer Sicht

Wir haben es vorliegend im Wesentlichen mit einer Konkretisierung von verfassungsrechtlichen Grundsätzen zu tun, welche in anderen Rechtsbereichen längst vollzogen ist. Es handelt sich mithin nicht um eine neue Verrechtlichung eines gesellschaftlichen Bereichs durch den Gesetzgeber, sondern um die Behebung eines Regulierungsdefizits auf einem Gebiet, in welchem staatliche Aktivität nicht nur seit jeher akzeptiert ist, sondern in dem das Gemeinwesen ein eigentliches Monopol – das sog. Gewaltmonopol – beansprucht. Dieses Defizit ist auf der Ebene des Bundes wahrscheinlich grösser als auf kantonaler Ebene, was nicht zuletzt dadurch bedingt ist, dass der Bund kein eigentliches Polizeikorps unterhält und daher den Einsatz seiner Ordnungskräfte sektoriell und ausgesprochen sachspezifisch regelt.[280] Mehr staatliche Regulierung dürfte in diesem Bereich jedenfalls nicht primär als Belastung, sondern – für die polizeilichen Zwang Ausübenden genauso wie für die polizeilichem Zwang Ausgesetzten – als sinnvolle Klärung betrachtet werden.

280 Vgl. dazu auch PETER MÜLLER, Impulse und Widerstände bei der Polizeigesetzgebung des Bundes, in: AJP 1997 420 ff.

6.1.2. Beispiel 2: Datenschutz

6.1.2.1. Beschreibung der Entwicklungstendenz

Der Datenschutz ist eine Querschnittsmaterie, der sowohl im privaten Bereich als auch in diversen staatlichen Aufgabengebieten Bedeutung zukommt. Das Datenschutzgesetz des Bundes bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre von Personen, über die Daten bearbeitet werden. Es gelangt zur Anwendung, wenn private Personen oder Bundesorgane Daten von natürlichen und juristischen Personen bearbeiten. Die regulativen Auswirkungen zeigen sich besonders deutlich im öffentlichen Sektor. Im Folgenden wird das Augenmerk auf die Bearbeitung von Personendaten durch Bundesorgane gelegt.

Im Hinblick auf die Regelungsdichte im Bereich des Datenschutzes sind zwei Elemente entscheidend. Erstens ist das Datenschutzgesetz des Bundes als Rahmengesetz ausgestaltet worden. Das bedeutet, dass das Gesetz im Wesentlichen rechtliche Grundsätze zum Datenschutz aufstellt, ohne die Datenbearbeitung in den spezifischen Bereichen zu regeln. Zweitens ist das in Art. 17 DSG konkretisierte Gesetzmässigkeitsprinzip von Bedeutung. Danach brauchen Organe des Bundes für die Bearbeitung von Personendaten eine gesetzliche Grundlage. Besonders schützenswerte Personendaten sowie Persönlichkeitsprofile dürfen grundsätzlich nur dann bearbeitet werden, wenn ein formelles Gesetz es ausdrücklich vorsieht. [281] Die gleichen Regeln gelten nach Art. 19 DSG grundsätzlich auch für die Bekanntgabe von Personendaten durch Bundesorgane sowie das Zugänglichmachen von Personendaten in einem Abrufverfahren (online).[282]

6.1.2.2. Motive und Erwartungen

Den Ausschlag für die Konzeption des Datenschutzgesetzes als Rahmengesetz haben vor allem praktische Gründe gegeben. Als alle Bereiche durchdringende Materie ist es kaum möglich, jeden Teilsektor abschliessend und umfassend in einem einzigen Erlass zu normieren. Sinnvoller erschien die Vorgabe von datenschutzrechtlichen Leitlinien, die in den einzelnen Sektoren

---

281 Ausnahmsweise können nach Art. 17 Abs. 2 DSG besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile auch ohne gesetzliche Grundlage bearbeitet werden, wenn (a) es unentbehrlich für die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe ist, (b) der Bundesrat es bewilligt hat oder (c) die betroffene Person ihr ausdrückliches Einverständnis dazu gegeben hat.

282 Zu den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes im Datenschutzrecht JEAN-PHILIPPE WALTER, in: Urs Maurer/Nedim Vogt (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, Basel 1995, Art. 17, Rz. 12 f.

die Regelungsrichtung weisen und gleichzeitig als Mindeststandards dienen können. Angestrebt wurde also ein schlankes Datenschutzgesetz mit grundsätzlichen Regeln, das es erlaubt, die anstehenden Probleme zu bewältigen und gleichzeitig Raum für Weiterentwicklungen des Datenschutzes zu schaffen.[283]

Im Privatbereich finden sich Sonderregeln für einzelne Kategorien von Datenbearbeitern (Medien, Kreditauskunfteien, Forschung gemäss Art. 10 und 13 Abs. 2 DSG). Diese Bestimmungen räumen den betreffenden Datenbearbeitern zusätzliche Rechte ein und setzen in diesem Umfang das Niveau des Datenschutzes herab. Dass allzu restriktiv wirkende Eingriffe im privatrechtlichen Bereich nicht erwünscht sind, zeigt sich in Zusammenhang mit der laufenden Teilrevision des Datenschutzgesetzes.[284] So wurde beispielsweise die vom Bundesrat vorgeschlagene Informationspflicht[285] beim Beschaffen besonders schützenswerter Personendaten und Persönlichkeitsprofile als zu wirtschaftsfeindlich kritisiert.

6.1.2.3. Erfahrungen und Auswirkungen

Staatliche Organe bearbeiten in nahezu allen Aufgabenbereichen Personendaten. Das Regulierungskonzept des Datenschutzgesetzes hat entsprechend zu einer immensen sektoriellen Folgegesetzgebung geführt. Dies verdeutlicht etwa eine Auflistung der datenschutzspezifischen Bestimmungen in den Bereichen des Strafrechts,[286] der inneren Sicherheit[287] und der Bundespolizei.[288] Der Polizeibereich ist keine Ausnahme. Denn in praktisch allen Rechtsbereichen finden sich spezifische Bestimmungen zur Bearbeitung von Personendaten.

---

283 BBl 1988 II 432.

284 BBl 2003 2101; die Vorlage ist zur Zeit in parlamentarischer Beratung.

285 Art. 7*a* der vorgeschlagenen Änderung des DSG.

286 Bestimmungen betreffend das automatisierte Fahndungssystem (RIPOL), die Zusammenarbeit mit INTERPOL, das Informatisierte Personennachweis-, Aktennachweis- und Verwaltungssystem im Bundesamt für Polizei (IPAS) in Art. 351$^{\text{bis–octies}}$ StGB und den dazu gehörigen Ausführungserlassen.

287 Verordnung vom 30. November 2001 über das Staatsschutz-Informations-System (ISIS-Verordnung; SR 120.3); Verordnung vom 19. Dezember 2001 über die Personensicherheitsprüfungen (PSPV; SR 120.4).

288 Verordnung vom 30. November 2001 über das Informationssystem der Bundeskriminalpolizei (JANUS-Verordnung; SR 360.2), Verordnung vom 31. Mai 2000 über das DNA-Profil-Informationssystem (EDNA-Verordnung; SR 361.1), Verordnung vom 21. November 2001 über das Informatisierte Personennachweis-, Aktennachweis- und Verwaltungssystem im Bundesamt für Polizei (IPAS-Verordnung; SR 361.2), Verordnung vom 21. November 2001 über die Bearbeitung erkennungsdienstlicher Daten (SR 361.3).

Der Stand der Technik erlaubt es, elektronische Informationssysteme mit Unmengen von Personendaten zu führen. Aus Praktikabilitätsgründen werden die Datenkataloge und Bearbeitungsmodalitäten in Anhängen zu den gesetzlichen Grundlagen aufgeführt. Als Bestandteil der Rechtsgrundlage werden sie ebenso publiziert. Beispiele für Erlasse mit umfangreichen Anhängen finden sich namentlich im Ausländerbereich,[289] im Militärwesen[290] und im Zollbereich.[291] Zu dieser grossen Fülle an Normierungen kommt hinzu, dass Bundesorgane sämtliche Datensammlungen, die Angaben zu Personen enthalten, zur Registrierung beim Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten anmelden müssen (Art. 11 Abs. 2 DSG).

6.1.2.4. Beurteilung aus legistischer Sicht

Das Datenschutzgesetz ist ein anschauliches Beispiel dafür, wie ein als Rahmengesetz konzipierter Erlass weitere, umfangreiche Gesetzgebungstätigkeiten auslösen kann. Die Ausgestaltung des Datenschutzgesetzes als Rahmengesetz hat einerseits zahlreiche Vorteile. Die Beschränkung auf die grundlegenden Prinzipien zur Datenbearbeitung ermöglicht es, den raschen technischen Fortschritt, der im Bereich der Datenbearbeitung im letzten Jahrzehnt sehr bedeutsam war, aufzufangen. Die Detailregelung in den einzelnen Bereichen erlaubt zudem gezielte, adäquate Lösungen. Sie bringt auch eine grössere Transparenz für die Betroffenen mit sich.

Anderseits zeigt sich aber immer deutlicher, dass die vom Datenschutzgesetz verlangte Folgegesetzgebung enorm ist. Das Erfordernis der hinreichenden Rechtsgrundlage hat zur Konsequenz, dass für jede neue Datenbearbeitung (beispielsweise die blosse Ergänzung des Datenkatalogs durch ein zusätzliches Personendatum) der Weg der Gesetzgebung beschritten werden muss. Damit werden die in der Praxis verlangten schnellen und einfachen Lösungen erschwert. Es stellt sich daher die Frage, ob das gewählte Regulierungskonzept den praktischen Anforderungen des modernen, computergeprägten Verwaltungsalltags noch gerecht wird und ob es nicht mit einem Übermass staatlicher Regulierung verbunden ist.

Regulatorische Zurückhaltung im Sinne der Präferenz für ein Rahmengesetz hat somit im Bereich des Datenschutzes, verbunden mit den Anforderun-

---

289 Verordnung vom 23. November 1994 über das Zentrale Ausländerregister (ZAR-Verordnung; SR 142.215); Asylverordnung 3 vom 11. August 1999 über die Bearbeitung von Personendaten (AsylV 3; SR 142.314); Verordnung vom 18. November 1992 über das automatisierte Personenregistratursystem AUPER (AUPER-Verordnung; SR 142.315).

290 Verordnung vom 7. Dezember 1998 über das militärische Kontrollwesen (VmK; SR 511.22).

291 Verordnung vom 9. Mai 2003 über die Bearbeitung von Personendaten in der Eidgenössischen Zollverwaltung (Datenbearbeitungsverordnung EZV; SR 631.64).

gen an die Rechtsgrundlage für Datenbearbeitungen, zu einer Vielzahl sektorieller Regulierungen geführt. Noch nicht berücksichtigt ist dabei der Umstand, dass die Kantone (und allenfalls auch die Gemeinden) zusätzliche Datenschutzregeln erlassen müssen. Das Datenschutzrecht ist damit nicht zuletzt auch ein Beispiel für die regulierungstreibende Wirkung der föderalistischen Kompetenzordnung.

6.2. Tendenz zur Deregulierung

6.2.1. Beispiel 3: Aufhebung der Ausverkaufsordnung

6.2.1.1. Beschreibung der Entwicklungstendenz

Gesetzliche Regelungen zur Bekämpfung von Auswüchsen bei Ausverkäufen hatten in der Schweiz und im benachbarten Ausland Tradition. In der Schweiz wurden die unterschiedlichen kantonalen Regelungen durch das 1943 erlassene erste Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und die darauf gestützte Ausverkaufsverordnung von 1947 vereinheitlicht.[292]

Auf den 1. November 1995 wurden die Art. 21, 22 und 25 UWG aufgehoben.[293] Art. 21 UWG sah vor, dass «Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen» einer Bewilligung durch die zuständige kantonale Behörde bedürfen, und stellte für die Ausverkäufe Sperrfristen auf (einerseits ab Eröffnung eines Geschäfts und andererseits für die Wiedereröffnung eines gleichartigen Geschäfts nach einem Totalausverkauf). Art. 22 UWG ermächtigte die Kantone, weitere Vorschriften zu erlassen und Gebühren für Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen zu erheben. Art. 25 UWG bedrohte die Verletzung der Ausverkaufsbestimmungen mit Haft oder Busse bis 20 000.– Franken. Ebenfalls auf den 1. November 1995 hin wurde die Ausverkaufsverordnung des Bundesrates vom 14. Dezember 1987 aufgehoben.[294] Diese Verordnung umfasste 29 Artikel. Sie enthielt neben der begrifflichen Umschreibung von Total- und Teilausverkäufen sowie Sonderverkäufen[295] detaillierte Bestimmungen zur

292 Vgl. BBl 1994 III 446 Ziff. 113.

293 AS 1995 4086 f. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass als Folge der Aufhebung von Art. 25 UWG formell auch Art. 27 Abs. 2 UWG über die Mitteilung von Urteilen angepasst werden musste.

294 AS 1995 4088.

295 Als Totalausverkäufe galten Räumungen von Warenbeständen infolge Aufgabe des Geschäfts, als Teilausverkauf Räumungen infolge der Aufgabe einzelner Warengattungen aus bestimmten Gründen; als Sonderverkäufe galten alle anderen öffentlich angekündigten und nur vorübergehend gewährten besonderen Vergünstigungen. Vgl. Art. 2 der Ausverkaufsverordnung vom 14. Dezember 1987 (AS 1988 233) sowie die Botschaft vom 11. Mai 1994 über die Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)/Liberalisierung des Ausverkaufswesens, in: BBl 1994 III 442 ff., insbesondere S. 444.

Bewilligung der Total- und Teilausverkäufe und beschränkte Sonderverkäufe auf nur zweimal drei Wochen pro Jahr in vorgegebenen Zeiträumen.[296]

6.2.1.2. Motive und Erwartungen

Die Aufhebung der Bestimmungen des UWG über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen sowie der Ausverkaufsverordnung erfolgte im Rahmen des Programms zur marktwirtschaftlichen Erneuerung der Schweiz, das der Bundesrat nach der Ablehnung des EWR vorlegte;[297] sie bezweckte eine Deregulierung und Liberalisierung.

Es war zur Hauptsache die restriktive Regelung über die Sonderverkäufe, die zunehmend Anstoss erregte. Aus wirtschaftlicher Sicht wurde diese Regelung charakterisiert als «Marktzutrittsschranke, die den Preiswettbewerb einschränkt und wettbewerbshemmend wirkt».[298] Die Aufhebung der Sonderverkaufsregelung sollte dem Detailhandel erheblich mehr Spielraum für Marketingaktivitäten verschaffen. Der Bundesrat führte in der Botschaft aus:

> «Insbesondere Geschäfte in Grenzregionen, die jetzt schon einem härteren Wettbewerb ausgesetzt sind, erhalten mit einer Liberalisierung mehr Möglichkeiten, auf Aktionen von Unternehmen jenseits der Grenze zu reagieren. Wie der Vergleich der Sonderverkaufsregelungen mit dem benachbarten Ausland zeigt, verfügen die schweizerischen Kaufleute über den geringsten Spielraum, Werbeverkäufe ausserhalb des klassischen Saisonschlussverkaufs tätigen zu können. (. . .) Die Beschränkung der Sonder- und Belebungsverkäufe (. . .) verhindert auch eine aus kaufmännischer Sicht wünschbare Anpassung an die jeweilige Marktsituation. Zudem sind die festgelegten Sonderverkaufsperioden auf modische Saisonware ausgerichtet. Warum aber darf ein Auto, Benzin, eine Stereoanlage oder eine Polstergruppe nur während dieser Perioden vergünstigt abgegeben werden? Auch das Bundesgericht hat schon mehrmals die Frage aufgeworfen, ob die Sonderverkaufsregelung sinnvoll sei (. . .). Aus Sicht der Konsumentinnen und Konsumenten ist die Möglichkeit des vergünstigten Einkaufs zu begrüssen.»[299]

Neben wirtschaftlichen Gründen wurden auch rechtliche Gründe für die Liberalisierung ins Feld geführt. Namentlich wurde geltend gemacht, dass die Vollzugsinstanzen bei der Anwendung der Sonderverkaufsregelung angesichts weiter Ermessensspielräume und zahlreicher Grenzfälle überfordert seien. Zudem wurde die uneinheitliche, schwankende Praxis beklagt, und es

---

296 Vgl. Art. 4 ff. sowie Art. 22 und 23 Ausverkaufsverordnung, AS 1988 238.

297 Vgl. die Botschaft vom 24. Februar 1993 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens, in: BBl 1993 I 831, wo die Aufhebung der Bewilligungspflicht für Sonderverkäufe als «beispielhaft» für weitere Massnahme im Bereich des Wettbewerbs bezeichnet wurde.

298 BBl 1994 III 451.

299 BBl 1994 III 451.

wurde darauf hingewiesen, dass grosse Unternehmen mit juristischer Beratung gezielt und zum Nachteil der Kleinen die Grenzen der Legalität ausreizen könnten. Ferner wurde festgestellt, dass das Verständnis und die Akzeptanz für die Regelung bei einer Grosszahl der Handeltreibenden ebenso wie der Richterinnen und Richter nicht vorhanden sei.[300]

Wie der Bundesrat in der Botschaft ausführte, entfiel mit dem Entscheid für die Liberalisierung der Sonderverkäufe auch das Interesse an der Regelung über die Total- und Teilausverkäufe.[301] Zudem wurde darauf hingewiesen, die Ausverkaufsregelung entspreche nicht mehr den tatsächlichen Marktverhältnissen und sei in der Praxis relativ einfach zu umgehen.[302]

6.2.1.3. Erfahrungen und Auswirkungen

Die Bundesverwaltung hatte ursprünglich vorgesehen, die Auswirkungen der Liberalisierung nach ungefähr drei Jahren zu evaluieren. Aus finanziellen Gründen wurde dann allerdings auf die Evaluation verzichtet. Fundierte Aussagen über die Auswirkungen der Liberalisierung sind daher hier nicht möglich. Aufgrund von Nachfragen bei interessierten Kreisen darf jedoch die Einschätzung gewagt werden, dass die Bilanz der Liberalisierung gemischt ausfällt. Positiv auswirken dürfte sich, dass vorübergehende Vergünstigungen das ganze Jahr über möglich sind. Anderseits ist zu vermerken, dass Probleme, die sich unter der Geltung der Ausverkaufsregelung als unlösbar erwiesen, weiter bestehen. So kommen weiterhin Missbräuche vor wie der Sonderverkauf von Waren, die eigens für den Sonderverkauf hergestellt werden, oder vorgetäuschte Geschäftsaufgaben. Zwar ist durch die Deregulierung kein rechtsfreier Raum entstanden. Die zivilrechtlichen Bestimmungen des UWG[303] und die Preisbekanntgabeverordnung[304] bieten Schutz gegen Missbräuche bei Aus- und Sonderverkäufen, wobei es an den Konkurrenten liegt, diese Missbräuche vor Zivilgericht zu bringen. Die Durchsetzung dieses Schutzes ist jedoch häufig schwierig und aufwändig, so dass sie in der Praxis meistens unterbleibt.

---

300 BBl 1994 III 451.

301 BBl 1994 III 454: «Niemand wird für eine solche Veranstaltung noch eine Bewilligung einholen, wenn es möglich ist, ohne solche ans Ziel zu kommen».

302 BBl 1994 III 454.

303 Vgl. namentlich Art. 3 Bst. b und e UWG.

304 SR 942.211.

6.2.1.4. Beurteilung aus legistischer Sicht

Wie erwähnt lässt sich vermuten, dass die Bilanz der Deregulierung der Ausverkaufsordnung gemischt ausfällt. Allerdings sind uns auch keine Bestrebungen zur Re-Regulierung bekannt. Das lässt vermuten, dass der Aufgabenverzicht mehr Freiraum geschaffen, aber keine unhaltbaren Zustände bewirkt hat. Fälle, in denen Konkurrenten erfolgreich vor Gericht gegen Missbräuche vorgehen, kommen (wenn auch selten) vor. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass die Verlagerung der Verantwortung für die Einhaltung der Spielregeln des lauteren Wettbewerbs auf die Privaten grundsätzlich funktioniert. Darüber hinaus ist auch bekannt geworden, dass im Anschluss an die Aufhebung der bundesrechtlichen Bestimmungen über die Ausverkäufe beispielsweise im Kanton Genf private Abmachungen über Ausverkäufe getroffen worden sind. Insgesamt scheint die Aufhebung der Ausverkaufsordnung somit ein Beispiel effektiver Deregulierung ohne begleitende oder kompensatorische Re-Regulierung zu sein; ein Beispiel übrigens, dass unter legistischen Gesichtspunkten auf kantonaler Ebene zusätzliche Breitenwirkung entfaltet.

6.2.2. Beispiel 4: Liberalisierung von Post und Telekommunikation

6.2.2.1. Beschreibung der Entwicklungstendenz

Bis Anfang der neunziger Jahre übte der Bund gestützt auf Art. 36 aBV das Post-, Telegraphen- und Telefonmonopol durch die PTT-Betriebe aus. Diese waren eine öffentlichrechtliche Anstalt des Bundes ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Zum Postmonopol gehörte sowohl der regelmässige und gewerbsmässige Personen- als auch der Brief- und Paketverkehr[305] sowie der Geldtransport; das Fernmeldemonopol umfasste namentlich den Telefon- und Telegrammdienst sowie das Erstellen und Betreiben der dafür erforderlichen Sende- und Empfangseinrichtungen sowie die Fernmeldenetze.[306] Einzelne Tätigkeiten innerhalb des Post- und Fernmeldemonopols konnten mittels Konzession Dritten vergeben werden.

Ein erster Schritt zur Marktöffnung erfolgte 1991, als ein neues Fernmeldegesetz[307] die völlig monopolistische Ordnung des Telegraphen- und Tele-

---

305 Gestützt auf das Postverkehrsgesetz von 1924 hatte die PTT das ausschliessliche Recht, Briefe und andere Sendungen bis 5 kg zu befördern; vgl. BBl 1996 III 1251.

306 Hinzu kamen der Telexdienst, Fernkopierdienst, Meldevermittlungsdienst, Datenübermittlungsdienst Telepac, Teletexdienst, Videotextdienst; vgl. BBl 1988 I 1314. Zum Umfang des Post- und Fernmeldewesens auch Martin Lendi, Kommentar BV, Art. 36 aBV, Rz. 8 ff.

307 BBl 1988 I 1370 ff. Das alte Fernmeldegesetz datiert vom 21. Juni 1991 und wurde auf den 1. Mai 1992 in Kraft gesetzt.

phonverkehrsgesetzes von 1922 ablöste. Das damalige Fernmeldegesetz beschränkte die ausschliessliche Erbringung von Fernmeldediensten durch die PTT-Betriebe auf den Bereich der Grundversorgung (sog. Grunddienste). Zu den Grunddiensten gehörten insbesondere der Telefondienst, der Telexdienst und der Datenübermittlungsdienst Telepac. Zusätzliche Dienstleistungen (sog. erweiterte Dienste) wie Meldungsvermittlung, Speicher- und Chiffrierdienste sollten sowohl die PTT-Betriebe als auch Dritte anbieten können. Darüber hinaus beschränkte das neue Gesetz das bisher umfassende Monopol der PTT für Fernmeldeeinrichtungen auf die Fernmeldenetze (Netzmonopol) und sah im Bereich der Teilnehmeranlagen eine Liberalisierung vor.

Dieses aus einem Monopol- und einem Wettbewerbsbereich bestehende Mischsystem wurde 1997 durch das geltende Fernmeldegesetz ersetzt. Das Fernmeldegesetz ist ein Marktgesetz mit einem Konzessionssystem. Für das Erbringen von Fernmeldediensten bedarf es einer Konzession (Art. 4 Abs. 1 FMG), auf die ein Anspruch besteht, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 6 Abs. 3 FMG). Für die Benutzung der Funkfrequenzen statuiert Art. 22 Abs. 1 FMG eine eigene Konzessionspflicht. Die Grundversorgung ist wesentlich enger gefasst als die Grunddienste des Vorgängergesetzes und beruht im Einklang mit Art. 92 Abs. 2 BV auf dem Gedanken, der gesamten Bevölkerung einen Mindeststandard an Fernmeldedienstleistungen zu gewährleisten. Sie wird bisher durch die aus den ehemaligen PTT-Betrieben ausgegliederte Swisscom AG[308] gestützt auf eine Grundversorgungskonzession sichergestellt.

Zur Zeit ist eine Teilrevision des geltenden Fernmeldegesetzes in den eidgenössischen Räten hängig.[309] Die Revision beabsichtigt in Anlehnung an das EU-Recht[310] einen weiteren, allerdings nur noch kleinen Liberalisierungsschritt im Fernmeldewesen. Gemäss Art. 4 des Gesetzesentwurfs soll das System der Fernmeldedienstkonzessionen aufgegeben werden. Ausser für Grundversorgung und Funk werden sämtliche Fernmeldedienstanbieter nur noch einer Meldepflicht unterliegen. Zudem sollen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten, also namentlich die Swisscom, Konkurrentinnen den Zugang zu ihren Diensten und Einrichtungen, namentlich zu den Teilnehmeranschlüssen (letzte Meile), zu kostenorientierten Preisen gewähren (Art. 11 des Entwurfs).[311]

---

308 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes; vgl. Art. 2 Abs. 1 TUG.

309 Am 18. März 2004 hat der Nationalrat beschlossen, auf den Revisionsentwurf einzutreten, aber ihn zur Detailberatung an die Kommission zurückzuweisen.

310 Vgl. Art. 3 der Richtlinie vom 12. Juli 2000 (KOM [2000] 386), wonach die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsdienste oder -netze nur noch von einer Allgemeingenehmigung abhängig gemacht werden darf.

311 Der Bundesrat führte diese Pflicht bereits am 7. März 2003 mittels Änderung der Fernmeldedienstverordnung ein.

Im Postwesen fand 1997 eine teilweise Liberalisierung statt.[312] Das Postgesetz beschränkte die den PTT-Betrieben reservierten Dienste auf die Beförderung von Briefpostsendungen und Paketen bis 2 kg. Gleichzeitig schuf das Postorganisationsgesetz die Schweizerische Post als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit Rechtspersönlichkeit.[313] Das Postgesetz beauftragt die Post mit der Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung (Universaldienst) mit Post- und Zahlungsverkehrsdienstleistungen. Einen Teil der Universaldienstleistungen, die sog. nicht reservierten Dienste nach Art. 4 PG, erbringt die Post in Konkurrenz mit privaten Anbieterinnen. Neben dem Universaldienst sieht das Postgesetz Wettbewerbsdienste vor, zu deren Erbringung die Post berechtigt, aber nicht verpflichtet ist.

Kraft Art. 3 Abs. 3 PG kann der Bundesrat die reservierten Dienste weiter beschränken, wenn die Finanzierung eines ausreichenden Universaldienstes sichergestellt bleibt. Der Bundesrat öffnete gestützt auf diese Ermächtigung den Postmarkt weiter für private Anbieterinnen, indem er in der Postverordnung vom 26. November 2003 die Beförderung von Paketen bis 2 kg den nicht reservierten Diensten zuwies. Ferner beabsichtigt er, ab dem Jahr 2006 die Gewichtsgrenze für die reservierten Briefpostsendungen auf 100 g zu senken. Zu erwähnen ist sodann die ebenfalls in der neuen Postverordnung eingeführte Regulationsbehörde, welche die Sicherstellung des Universaldienstes, die Marktaufsicht sowie die Ermöglichung eines wirksamen Wettbewerbs im Rahmen der schrittweisen Marktöffnung bezweckt.[314]

6.2.2.2. Motive und Erwartungen

Die erste Rücknahme staatlicher Intervention im Fernmeldebereich Anfang der neunziger Jahre war hauptsächlich von der Sorge um ein qualitativ gutes Angebot von Fernmeldedienstleistungen in der Schweiz getragen. Der Bundesrat kam damals zum Schluss, dass die PTT-Betriebe angesichts der Vielfalt weiterentwickelter Kommunikationsmittel und Fernmeldedienstleistungen auch bei bester Beschaffungspolitik nicht mehr in der Lage seien, Anlagen und Dienste anzubieten, die sowohl den Bedürfnissen des Normalverbrauchers als auch denjenigen der Wirtschaft genügten.[315]

Die Revision der Fernmeldeordnung von 1991 war auf Grund der danach einsetzenden rasanten wirtschaftlichen, technologischen und institutionellen Entwicklung bald überholt. Die Marktöffnung von 1997 war eine Reaktion

312 BBl 1996 III 1249 ff.
313 BBl 1996 III 1306 ff.
314 Art. 40 ff. VPG.
315 BBl 1988 I 1328.

auf diese Entwicklung:[316] Dank der Vielzahl von Netzen, die miteinander global verbunden sind, insbesondere auch dank dem Internet, waren die technischen Voraussetzungen für einen Wettbewerb im Fernmeldebereich gegeben. Aus volkswirtschaftlicher Sicht wurde die Revision als notwendig erachtet, um die Telekompreise in der Schweiz zu senken und die Rahmenbedingungen für Innovation zu schaffen. Schliesslich stand die Schweiz handelspolitisch unter Zugzwang angesichts der weltweiten Öffnung der Telekommärkte. Die Schweiz sollte nicht als Monopolinsel in Europa isoliert bleiben und infolge von drohenden bilateralen Handelsschranken den Zugang zu den Exportmärkten verlieren.

Motiv für die teilweise Liberalisierung im Postbereich von 1997 war demgegenüber im Wesentlichen die Sicherstellung der landesweiten Versorgung mit guten und preiswerten Postdienstleistungen. Auf Grund der Liberalisierungsbestrebungen im Ausland und der dadurch verschärften internationalen Konkurrenzsituation im Postwesen musste die Leistungsfähigkeit des Unternehmens Post gestärkt werden. Die veränderte Marktsituation verlangte einerseits nach einer Anpassung der Post an Wettbewerbssituationen, anderseits nach mehr Autonomie der Post bei der Festsetzung von Dienstleistungsangebot und Preisen.[317]

6.2.2.3. Erfahrungen und Auswirkungen

Die Deregulierung im Fernmeldebereich kann insgesamt wohl als Erfolgsgeschichte betrachtet werden. Die wesentlichen Erwartungen wurden erfüllt: Das Angebot wurde vielfältiger, Preise sanken und insgesamt kam es zu mehr Beschäftigung im Telekomsektor. Wenn diese Entwicklung auch massgebend durch die kommunikationstechnologischen Innovationen der neunziger Jahre bedingt war, wurde sie doch durch die günstigen Rahmenbedingungen der relativ rasch angepassten Fernmeldeordnung gefördert oder zumindest nicht gebremst. Gleichzeitig konnte die Swisscom bislang eine preiswerte und vom Bundesrat zunehmend auf neue Dienstleistungen ausgeweitete Grundversorgung in allen Landesgegenden aufrechterhalten.

Im Postbereich fällt eine vorläufige Bilanz der gemachten Deregulierungsschritte weniger eindeutig aus. Zwar kann sich die Post als konkurrenzfähiges Unternehmen am Markt behaupten. Die – weitgehend von den veränderten Marktbedingungen diktierte – Liberalisierung führte jedoch zu einer Konzentration des Poststellennetzes und damit zu regional- und beschäftigungspolitischen Spannungen. Zudem sind die Auswirkungen der Marktöffnung

316 BBl 1996 III 1409 ff.

317 Zum Ganzen BBl 1996 III 1263 f.

auf die Preise und das Angebot weniger deutlich zu spüren als im Telekommunikationsbereich.

6.2.2.4. Beurteilung aus legistischer Sicht

Das Post- und Fernmeldewesen ist ein Paradebeispiel für die schrittweise Liberalisierung eines Staatsmonopols hin zu einem Wettbewerbssystem, einhergehend mit der Dezentralisierung eines Staatsunternehmens. Das Beispiel zeigt deutlich, dass der Übergang von einer Monopol- zu einer Wettbewerbsordnung mit einer markanten Zunahme von Gesetzes- und Verordnungsrecht verbunden ist.

Diese Zunahme der Regelungsdichte ist einerseits darauf zurückzuführen, dass die dezentralisierten Unternehmen Post und Swisscom nicht mehr im gleichen Ausmass wie die ehemaligen PTT-Betriebe mit aufsichtsrechtlichen Instrumenten, insbesondere mit Dienstanweisungen, gesteuert werden können. Anderseits müssen die Rechte und Pflichten der privaten Anbieterinnen detailliert geregelt werden, damit der Wettbewerb funktioniert und die involvierten öffentlichen und privaten Interessen respektiert werden. Dazu gehören Normen zur Sicherstellung fairer Wettbewerbsbedingungen, zur Zuteilung und Verwaltung der Adressierungselemente, zu den technischen Anforderungen an Geräte, Leitungen und andere Einrichtungen, zum Datenschutz, zum Konsumentenschutz, zum Schutz des Post- und Fernmeldegeheimnisses, zu den öffentlichen Abgaben und zur Marktaufsicht. Hinzu kommt die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers, die Grundversorgung mit Post- und Fernmeldediensten sicherzustellen (Art. 92 Abs. 2 BV). Der Interventionsabbau im Post- und Fernmeldewesen hat sich aus diesen Gründen in quantitativer Hinsicht als eindeutig regulierungstreibend erwiesen.

6.2.3. Beispiel 5: Subventionspolitik im Rahmen des Waldgesetzes

6.2.3.1. Beschreibung der Entwicklungstendenz

Zur Walderhaltung und zum Schutz von Menschen und erheblichen Sachwerten vor Naturereignissen richtet der Bund nach Art. 35 ff. WaG Subventionen aus. Der Bund kann nach geltendem Recht seine finanziellen Leistungen insbesondere davon abhängig machen, dass sich die Kantone entsprechend ihrer Finanzkraft an den Kosten beteiligen. Die Subventionssätze werden in der Waldverordnung geregelt. Der Detaillierungsgrad der einzelnen Subventionstatbestände ist hoch und lässt den Kantonen beim Vollzug des Gesetzes

kaum Gestaltungsspielraum. Die Höhe der Abgeltungen richtet sich einerseits nach der Finanzkraft der Kantone und andererseits nach den Kosten der einzelnen in der Verordnung vorgesehenen Massnahmen.[318]

Verschiedene Analysen Mitte der neunziger Jahre zu den bestehenden Subventionssystemen zwischen Bund und Kantonen deckten namentlich für den Bereich der Subventionen in der Forstwirtschaft verschiedene Mängel auf:[319] Durch die Abstufung der Subventionssätze nach der Finanzkraft der Kantone entsteht eine Vermischung von waldpolitischen und finanzpolitischen Zielen; die maximalen Subventionsansätze sind hoch und kostenorientiert; die Entschädigungen nach Aufwand, welche im Forstbereich die Regel sind, setzen falsche Anreize und Prioritäten, was zu ungünstigen Kosten/Nutzen-Verhältnissen führt; zahlreiche und detaillierte Bundesvorschriften schränken die Kantone in ihrem Handlungsspielraum ein und verhindern effiziente und den lokalen Verhältnissen angepasste Lösungen; die grosse Aufsplitterung der Subventionen auf viele Einzelprojekte führt zu einem hohen administrativen Aufwand mit teilweise doppelter Kontrolle durch Bund und Kantone.

Die eidgenössische Forstdirektion reagierte auf die kritischen Analysen des Subventionssystems mit einem neuen Grobkonzept, aus welchem sich schliesslich das Projekt effor2 entwickelte. In einer Pilotphase von 1997 bis 2001 wurden anhand von fünf konkreten Pilotprogrammen die Grundzüge und das Instrumentarium einer neuen wirkungsorientierten Subventionspolitik im Forstbereich erarbeitet und getestet. Ein Jahr später lag der Konzeptbericht effor2 mit ersten Auswertungen vor.[320] Nach dem neuen Konzept soll die Effektivität und Effizienz der eingesetzten öffentlichen Gelder mittels Leistungsvereinbarungen zwischen Bund und Kantonen sowie Global- und Pauschalsubventionen erhöht werden.

Das Konzept effor2 sieht insbesondere vor, dass der Bund seinen Führungsanspruch auf die Vorgabe von strategischen Zielen konzentriert, zu deren Realisierung er mit den Kantonen Leistungsvereinbarungen abschliesst. Sodann werden die Bundesbeiträge nicht mehr kosten-, sondern ergebnisorientiert gesprochen; es werden nicht mehr einzelne Massnahmen subventioniert, sondern für die Erreichung eines vereinbarten Ziels wird mit dem jeweiligen Kanton im Rahmen eines mehrjährigen Programms ein bestimmter

318 Vgl. Art. 38 ff. WaV und Anhang zur Waldverordnung.

319 Insbesondere die Studie von René L. Frey/Andreas Spillmann/Bernard Dafflon/Claude Jeanrenaud/Alfred Meier, Der Finanzausgleich zwischen Bund und Kantonen, Expertise zu den Finanzhilfen und Abgeltungen des Bundes im Auftrag der Eidg. Finanzverwaltung und der Konferenz der kantonalen Finanzdirektoren, Bern 1994.

320 Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL), Konzeptbericht effor2, Umweltmaterialien Nr. 145, Bern 2002.

Geldbetrag vereinbart.[321] Ferner erhalten die Kantone mehr Handlungsspielraum sowohl auf der Ebene ihrer eigenen kantonalen Strategien als auch auf operativer Ebene; die operative Verantwortung für die Umsetzung der vereinbarten Ziele soll vollumfänglich Sache der Kantone werden.

Zur Umsetzung dieses Konzepts werden verschiedene Anpassungen sowohl auf Gesetzes- wie auch auf Verordnungsstufe notwendig sein: Die Rechtsgrundlagen müssen im Förderungsbereich des Waldgesetzes neben der projektbezogenen Subvention neu auch die Leistungsvereinbarung als Vertrag ermöglichen. Die Subventionen sollen nicht mehr als Abgeltungen, sondern als Finanzhilfen ausgestaltet und insbesondere nicht mehr kostenorientiert definiert werden. Ausserdem ist eine Entkoppelung von der Finanzkraft der Kantone und deren Beteiligung unabdingbar. Da die operative Verantwortung bei den Kantonen liegen wird, erübrigt sich eine detaillierte Regelung von einzelnen Massnahmen gemäss Art. 42 ff. WaV und eine Subventionstabelle gemäss Anhang zur Waldverordnung. Hingegen muss das Verfahren für den Abschluss von Leistungsvereinbarungen neu geregelt werden.

6.2.3.2. Motive und Erwartungen

Der im Forstbereich im Rahmen von effor2 eingeleitete Systemwechsel vom System der Abgeltungen von einzelnen Massnahmen nach Art. 42 ff. WaV hin zum System der Leistungsvereinbarungen mit Globalsubventionen und die damit verbundene Tendenz zur Deregulierung auf Stufe Bundesrecht ist hauptsächlich finanzpolitisch begründet. Einerseits erwartet man vom neuen System eine gesamtschweizerisch koordiniertere Forstpolitik und dadurch einen gezielteren und nachhaltigeren Einsatz der für die Waldpflege zur Verfügung stehenden Mittel; anderseits sollen aber durch die Verschiebung der operativen Verantwortung auf die Stufe der Kantone auch Lösungen ermöglicht werden, die den lokalen Verhältnissen besser angepasst sind.

Diese Stossrichtung bildet Synergien zum nationalen Grossprojekt NFA (Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen),[322] welches ebenfalls Mitte der neunziger Jahre seinen Anfang hatte und sich zurzeit im politischen Entscheidungsprozess befindet. Danach soll das Subventions- und Finanztransfersystem zwischen Bund und Kantonen grundsätzlich reformiert und vereinfacht werden. Die Aufgaben im Be-

321 Nach den gegenwärtigen Berechnungen wäre nach einer Einführung von effor2 im gesamten nach WaG vorgesehenen Bereich mit ca. 150 laufenden Leistungsvereinbarungen zu rechnen. Denen stehen nach dem heutigen System 2200 laufende Einzelprojekte gegenüber.

322 Siehe dazu Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA), in: BBl 2002 2291.

reich des Waldgesetzes werden darin weiterhin als Verbundaufgabe von Bund und Kantonen definiert. Dabei soll der Bund vor allem die Rolle der strategischen Führung auf nationaler Ebene, die Kantone die operative Verantwortung für die Umsetzung dieser nationalen Ziele wahrnehmen. Effor2 ist somit nicht ein isolierter Prozess, sondern Teil einer bundesweiten Gesamtstrategie, das Subventions- und Transfersystem auf eine neue Basis zu stellen.

6.2.3.3. Erfahrungen und Auswirkungen

Der Konzeptbericht zu effor2 hält auf Grund einer Evaluation der Pilotphase fest, dass der Grundmechanismus von effor2 – mehrjährige Leistungsvereinbarungen gekoppelt mit Programmen und Globalbudget – als zweckmässiges Mittel zu einer zielgerichteten und effizienten Subventionspolitik führt.[323] Er zwinge dazu, konkrete und fassbare Ziele zu formulieren und decke damit die strategischen und wissenschaftlichen Lücken auf. Der Bericht hält aber auch fest, dass effor2 in seiner jetzigen Ausgestaltung noch nicht umsetzungsreif ist und dass Fragen auf verschiedenen Ebenen, insbesondere in Bezug auf die kantonsinterne Umsetzung, noch offen sind und gelöst werden müssen.

6.2.3.4. Beurteilung aus legistischer Sicht

Wie bereits erwähnt, entspricht die Konzeption von effor2 einer Gesamtstrategie des Bundes, das Subventionierungssystem zu reformieren. Leistungsvereinbarungen verbunden mit Globalsubventionen und die damit einhergehende Aufteilung von strategischen Aufgaben auf Bundesebene und operationellen Vollzugsaufgaben auf der kantonalen Ebene gehören zum Konzept der NFA und scheinen sinnvoll.

Ob die mit der Neukonzeptionierung der Subventionspolitik verbundene qualitative Deregulierung auch tatsächlich zu einer quantitativen Regelungsabnahme führen wird, lässt sich im jetzigen Zeitpunkt noch nicht abschliessend beurteilen. In einer nächsten Phase bis zu einer definitiven Einführung von effor2 werden, wie oben dargelegt, neue Regeln sowohl auf Gesetzesstufe wie auch auf Verordnungsebene erarbeitet werden müssen. Ob die bisher geltende Regulierung des Vollzugs dadurch teilweise abgelöst werden kann oder ob sie einfach ergänzt wird, steht noch nicht eindeutig fest. Es wäre zumindest denkbar, dass einzelne bisherige Massnahmen nach der Waldge-

323 Siehe Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL), Konzeptbericht effor2, Umweltmaterialien Nr. 145, Bern 2002, S. 23.

setzgebung sich für eine Leistungsvereinbarung nicht eignen und weiterhin nach dem noch geltenden System subventioniert werden müssten.

Ausserdem wird eine Vielzahl von adressatenspezifischen Leistungsvereinbarungen abgeschlossen werden müssen, welche auch als Regulierungen zu definieren sind. Zahlenmässig scheinen jedoch nach Berechnungen im Konzeptbericht bei einer schrittweisen Einführung von effor2 die abzuschliessenden Leistungsvereinbarungen nur einen Bruchteil der erlassenen Einzelverfügungen nach dem bisherigen Subventionierungssystem auszumachen. Insgesamt dürfte aber die Abnahme der Regelungsdichte im Bereich der Vollzugsvorschriften eher gering, wenn nicht sogar fraglich sein; hingegen kann eine deutliche Vereinfachung im Bereich des konkreten Vollzugs resultieren. Inwieweit effor2 allenfalls auf kantonaler Ebene zu einer Zunahme von Normen führen wird, kann zur Zeit nicht beurteilt werden, erscheint aber keineswegs ausgeschlossen.

6.3. Tendenz zur Selbstregulierung

6.3.1. Beispiel 6: Börsengesetz und Corporate Governance

6.3.1.1. Beschreibung der Entwicklungstendenz

Das Börsengesetz ist wohl das typischste Beispiel einer auf Selbstregulierung ausgerichteten Gesetzgebung.[324] Zwar bedarf, wer eine Börse betreiben will, einer Bewilligung der Eidgenössischen Bankenkommission gemäss Art. 3 und 34 BEHG, und der Betrieb als solcher wird von der Bankenkommission überwacht (Art. 35 ff. BEHG). Art. 4 BEHG hält indessen die Börsen unter dem Titel «Selbstregulierung» ausdrücklich dazu an, eine «ihrer Tätigkeit angemessene Betriebs-, Verwaltungs- und Überwachungsorganisation» zu gewährleisten und ihre Reglemente der Aufsichtsbehörde zur Genehmigung zu unterbreiten. Überdies verlangen mehrere Gesetzesbestimmungen den Erlass spezifischer Reglemente.[325]

Gestützt auf Art. 8 BEHG (Zulassung von Effekten) erliess die Zulassungsstelle der Schweizer Börse (SWX Swiss Exchange) am 24. Januar 1996 das sog. Kotierungsreglement. Darin werden u. a. die Voraussetzungen für die Kotierung und die Aufrechterhaltung der Kotierung von Effekten festgelegt. Nach Art. 3 dieses Kotierungsreglementes kann die Zulassungsstelle zur Aus-

---

324 Siehe zu diesem Beispiel auch den Beitrag von Jean-Baptiste Zufferey in diesem Band, insbesondere Teil V.

325 Z. B. Art. 5 BEHG: Organisation des Handels; Art. 7: Zulassung von Effektenhändlern; Art. 8: Zulassung von Effekten.

führung einzelner Bestimmungen Richtlinien erlassen. Gestützt auf diese Klausel erliess die SWX am 17. April 2002 eine sog. Corporate Governance-Richtlinie (RLCG). Alle Gesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind, unterstehen dieser Richtlinie. Die RLCG verpflichtet die kotierten Unternehmen, in einem gesonderten Kapitel des Geschäftsberichts Angaben zu zahlreichen Aspekten der Corporate Governance zu machen. Diese Angaben betreffen etwa die Konzernstruktur und das Aktionariat des Unternehmens, die Kapitalstruktur[326], den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung. Als «zwingend» bezeichnet Ziffer 7 der RLCG die Informationen gemäss Kapitel 5 des Anhangs. Diese Informationen betreffen die Entschädigungen, Beteiligungen und Darlehen, welche den obersten Organen des Unternehmens ausgerichtet werden. Anzugeben sind danach die Summe der Entschädigungen an die Gesamtheit der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung sowie die höchste an ein Mitglied des Verwaltungsrates geleistete Entschädigung ohne Namensnennung[327], ferner die Zuteilung von Aktien, Optionen usw.

6.3.1.2. Motive und Erwartungen

Die der Börse eingeräumte Selbstregulierungskompetenz soll gewährleisten, dass auf institutionelle und technische Entwicklungen in internationalen Finanzmärkten rasch und flexibel reagiert werden kann.[328] Die RLCG stützt sich auf diese Selbstregulierungskompetenz und bringt zum Ausdruck, dass auch Fragen der Corporate Governance durch die interessierten Kreise selbst geregelt werden sollen.

6.3.1.3. Erfahrungen und Auswirkungen

Laut einer Studie des Instituts für Rechnungslegung und Controlling der Universität Zürich (IRC) vom 1. Dezember 2003 ist die RLCG seit ihrem Inkrafttreten am 1. Juli 2002 von den erfassten Unternehmen sehr gut umgesetzt worden; durchschnittlich seien in den neuesten Geschäftsberichten 91 % der verlangten Informationen enthalten.

Die in einer breiten Öffentlichkeit geführten Diskussionen über teilweise exorbitante Managergehälter haben indessen einen politischen Druck erzeugt, diese Thematik gesetzgeberisch in den Griff zu nehmen. Im Gefolge

326 Insbesondere Angaben zum bedingten und genehmigten Kapital und zu Kapitalveränderungen der letzten drei Jahre.

327 Ziffer 5.2 und 5.9 des Anhangs.

328 Botschaft vom 24. Februar 1993 zum BEHG, in: BBl 1993 I 1383.

mehrerer parlamentarischer Vorstösse wurden Expertenberichte und Gesetzesvorschläge zu einer Revision des Obligationenrechts betreffend die Transparenz über Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung erarbeitet. Am 5. Dezember 2003 eröffnete der Bundesrat die Vernehmlassung über einen entsprechenden Vorentwurf. Die vom Bundesrat vorgeschlagenen Gesetzesbestimmungen orientieren sich zum grossen Teil an den Regelungen gemäss RLCG und erweitern sie in bestimmten Punkten. Insbesondere wird verlangt, dass nicht nur die Gesamtsumme, sondern die an jedes Mitglied des Verwaltungsrates ausgerichteten Entschädigungen, Darlehen usw. angegeben werden. Mit der Verankerung dieser Anforderungen im Aktienrecht wird es interessierten Aktionären möglich sein, im Rahmen ihrer Mitwirkungsrechte eine effektive Durchsetzung der Regelung zu verlangen. Die Vernehmlassung über diese Vorlage ergab ein überwiegend positives Echo. Im Begleitbericht vom November 2003 zur Vernehmlassung ist die Frage, ob staatliche Regulierung an die Stelle der Selbstregulierung treten soll, wie folgt erörtert worden:

> «Von ihrer Natur her eignet sich die Selbstregulierung eher für Fragen von politisch untergeordneter Relevanz. Zwar hat sie sich insofern bewährt, als durch die RLCG bezüglich der Transparenz in kurzer Zeit eine Verbesserung der Situation erreicht werden konnte. Der Selbstregulierung fehlt aber die demokratische Legitimation. Entsprechend der politischen und wirtschaftlichen Bedeutung der Transparenz liegt es am Gesetzgeber, die entsprechenden Normen im Aktienrecht selbst zu verankern und die erforderlichen Interessenabwägungen vorzunehmen. (. . .) Da es bei den börsenrechtlichen Regelungen primär um das Rechtsverhältnis zwischen der Börse und der Emittentin geht, sind lediglich die jeweiligen Gesellschaften Adressatinnen der in der RLCG enthaltenen Vorschriften. Dementsprechend richten sich auch die Sanktionen[329] nur gegen die Gesellschaft. Eine Möglichkeit, die für die Gesellschaft handelnden einzelnen Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder ins Recht zu fassen, besteht nicht. Vielmehr ist dafür die Schaffung einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage erforderlich. Damit eine Verbesserung der Transparenz erreicht werden kann und im Hinblick auf die Sicherung des Wirtschaftsstandorts Schweiz das Vertrauen der Anleger und des Publikums in die Geschäftstätigkeit der Gesellschaften mit kotierten Aktien gestärkt wird, ist es nötig,

329 Gemäss Art. 82 des Kotierungsreglements vom 24. Januar 1996 für die Zulassung von Effekten an der SWX Swiss Exchange sind als Sanktionen möglich der Verweis, die Publikation der Tatsache, dass der Emittent oder Sicherheitsgeber erfolglos zur Veröffentlichung oder Bekanntgabe reglementarisch vorgeschriebener Informationen aufgefordert wurde, die Publikation der reglementarisch vorgeschriebenen Informationen, welche vom Emittenten oder Sicherheitsgeber selber nicht veröffentlicht werden, soweit die Zulassungsstelle dazu in der Lage ist, eine «Busse» bis zu CHF 200 000.–, die Sistierung des Handels, die Streichung der Kotierung (Dekotierung), der Ausschluss des Emittenten oder Sicherheitsgebers von weiteren Kotierungen, die Aberkennung des Status eines anerkannten Vertreters gemäss Art. 50 sowie die Publikation der Sanktion.

dass der Gesetzgeber tätig wird. Ihm obliegt es, in Würdigung aller Interessen klare Vorgaben zu machen und für deren Durchsetzung zu sorgen.»[330]

6.3.1.4. Beurteilung aus legistischer Sicht

Das Beispiel zeigt einerseits, dass bestimmte Aspekte des Wirtschafts-Privatrechts durchaus der Selbstregulierung überlassen werden können. Wie in der Botschaft zum Börsengesetz dargelegt, steht hinter der Selbstregulierung des Börsenwesens die Überlegung, dass der Staat nur so weit regelnd eingreifen soll, als die Privaten nicht selber in der Lage sind, schutzwürdige Interessen der Rechtsgemeinschaft zu verwirklichen.[331] Als Korrektiv zur Selbstregulierung brauche es aber eine Aufsicht, die sicherstellt, dass die Selbstregulierung die Erreichung der Ziele des Börsengesetzes gewährleistet.

Anderseits zeigt das Beispiel, dass die Selbstregulierung dort an ihre Grenzen stösst, wo eine demokratische Legitimation der Regulierung und wirksamere Sanktionen gefordert werden, als sie im Rahmen der Selbstregulierung vorgesehen werden können. Die vorgeschlagene Revision des Aktienrechts eröffnet den interessierten Aktionären Interventionsrechte, die ihnen die RLCG nicht gewähren konnte, und verschärft die Regulierung der RLCG überdies in einzelnen Punkten. Die staatliche Regulierung wird damit zulasten der Selbstregulierung erweitert, doch entspricht diese Gewichtsverschiebung unter den gegebenen Umständen wohl einem politischen Mehrheitswillen.

6.3.2. Beispiel 7: CO_2-Gesetz und Klimarappen

6.3.2.1. Beschreibung der Entwicklungstendenz

Das CO_2-Gesetz ist Kernstück der schweizerischen Klimapolitik, mit welcher die Schweiz auf die Erwärmung der Atmosphäre reagiert.[332] Es wurde auf den 1. Mai 2000 in Kraft gesetzt. Mit dem CO_2-Gesetz legt die Schweiz verbindliche Ziele für die Reduktion des wichtigsten Treibhausgases CO_2 fest. Das Gesetz dient damit auch der Umsetzung der internationalen Verpflichtungen,

330 Begleitbericht vom November 2003 zur Vernehmlassung, verfügbar unter: www.ofj.admin.ch/d/index.html, Rubrik Rechtsetzung.

331 BBl 1993 I 1383.

332 Siehe zu diesem Beispiel auch den Beitrag von Ursula Brunner in diesem Band, II. Teil 4.

welche die Schweiz mit der internationalen Klimakonvention[333] zusammen mit 180 weiteren Staaten eingegangen ist.[334]

Mit dem CO_2-Gesetz soll in der Schweiz der Ausstoss des klimawirksamen CO_2 aus der Nutzung fossiler Energieträger (Öl, Gas, Kohle) bis zum Jahre 2010 um 10% gegenüber dem Wert von 1990 gesenkt werden.[335] Für Brennstoffe und Treibstoffe gelten je unterschiedliche Teilziele. So sollen die Emissionen aus der Verbrennung von Brennstoffen (Heizungen, Industriefeuerungen usw.) gesamthaft um 15%, jene aus der Verbrennung von Treibstoffen (Benzin, Diesel) gesamthaft um 8% vermindert werden. Nicht berücksichtigt werden die Flugtreibstoffe für internationale Flüge.

Die angestrebte Reduktion der CO_2-Emissionen soll in erster Linie durch Massnahmen der Energie-, Verkehrs-, Umwelt- und Finanzpolitik sowie durch freiwillige Massnahmen der Unternehmen und Privaten erreicht werden.[336] Dazu hat der Bundesrat das Programm «Energie-Schweiz» verabschiedet. Wenn sich abzeichnet, dass diese Massnahmen nicht ausreichen, kann der Bund frühestens im Jahr 2004 eine CO_2-Abgabe einführen (Art. 6 CO_2-Gesetz).

Am 23. April 2004 unterzeichneten Bundesrat Moritz Leuenberger und der Präsident der Energie-Agentur der Wirtschaft (EnAW)[337] die erste von der EnAW erarbeitete Zielvereinbarung.[338] Diese umfasst einen Verbund von 45 Unternehmensgruppen mit über 600 Betrieben, unter anderem aus der schweizerischen Chemie-, Papier-, Stahl- und Aluminiumindustrie. Ebenfalls vertreten sind Grossverteiler und grosse Dienstleistungsbetriebe. Die 45 Unternehmensgruppen verursachen jährlich 2,4 Millionen Tonnen CO_2 oder rund einen Viertel der aus Brennstoffen stammenden CO_2-Emissionen der Wirtschaft. Mit der Zielvereinbarung bekennen sie sich zu den freiwilligen Massnahmen gemäss Energie- und CO_2-Gesetz zur Steigerung der Energieeffizienz und zur Reduktion ihrer CO_2 Emissionen. Die in der Vereinbarung definierten Reduktionsleistungen betragen bis 2010 verglichen mit 1990 gesamthaft mehr als 13%, verglichen mit 2000 rund 7%. Die individuellen Zielvereinbarungen der Unternehmensgruppen wurden im Rahmen eines standardisierten Auditprozesses durch das Bundesamt für Energie (BFE) und das

333 SR 0.814.01.

334 Im Kyoto-Protokoll, das die Schweiz am 2. Juni 2003 ratifiziert, aber noch nicht formell in Kraft gesetzt hat, wurde für sechs klimawirksame Gase weltweit eine Reduktion um 5,2 Prozent vereinbart; die Schweiz wie die EU verpflichteten sich auf ein Reduktionsziel von 8 Prozent.

335 Art. 2 CO_2-Gesetz.

336 Art. 3 f. CO_2-Gesetz sowie Art. 17 f. EnG.

337 Die EnAW ist eine der vier zur Zeit existierenden Energieagenturen; diese wirken gestützt auf Art. 17 f. EnG an der Umsetzung der Energie und CO_2-Politik des Bundes mit.

338 Vgl. hiezu die Medienmitteilung des UVEK vom 23. April 2004.

Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) überprüft. Diejenigen Unternehmen, die eine verpflichtungstaugliche Zielvereinbarung abgeschlossen haben oder anstreben, können sich im Falle der Einführung einer CO_2-Abgabe von deren Entrichtung befreien lassen (Art. 9 CO_2-Gesetz). Der Anteil der verpflichtungswilligen Unternehmen beträgt rund 30 %; sie decken über 90 % der CO_2-Emissionen aller in der Zielvereinbarung eingebundenen Betriebe ab.

Weitere rund 30 Unternehmensgruppen arbeiten noch an ihren individuellen Zielvereinbarungen oder befinden sich zur Zeit im Auditprozess des BFE und des BUWAL. Ihre Reduktionsziele werden Anfang 2005 in eine erweiterte Zielvereinbarung der EnAW integriert. Gesamthaft werden die in der EnAW organisierten Unternehmensgruppen dann einen Drittel aller aus Brennstoffen stammenden CO_2 Emissionen der Wirtschaft oder rund 3.3 Millionen Tonnen CO_2 umfassen.

Die Wirtschaft ist für rund einen Viertel aller CO_2-Emissionen in der Schweiz verantwortlich. Die restlichen Emissionen stammen aus dem Immobiliensektor (Brennstoffe), der öffentlichen Hand und dem Verkehrssektor (Treibstoffe). Die Wirkungsanalysen von EnergieSchweiz und die aktuellen CO_2-Perspektiven zeigen, dass die gesamtschweizerischen Reduktionsziele des CO_2-Gesetzes bis 2010 trotz der freiwilligen Massnahmen der Wirtschaft[339] bei weitem nicht erreicht werden können. Um die Ziellücke zu schliessen, muss der Bundesrat gemäss Art. 6 CO_2-Gesetz eine CO_2-Abgabe einführen. Laut einer Medienmitteilung vom 23. April 2004 beabsichtigt das UVEK, dem Bundesrat eine CO_2-Abgabe vorzuschlagen, ihm dazu jedoch zwei Varianten zu unterbreiten: eine CO_2-Abgabe auf Brenn- und Treibstoffen und eine CO_2-Abgabe allein auf Brennstoffen unter Berücksichtigung des von der Erdölvereinigung vorgeschlagenen Klimarappens auf Treibstoffen.

Die Idee des Projekts Klimarappen besteht darin, eine Abgabe von einem Rappen pro Liter Benzin und Dieselöl zu erheben mit dem Zweck, das Ziel des CO_2-Gesetzes im Treibstoffbereich (Schliessung der sog. Ziellücke von 2,6 Mio. Tonnen CO_2-Emissionen pro Jahr während 2008–2012) zu erfüllen.[340] Der Abgabeertrag (ca. 70 Mio. Fr. pro Jahr) würde einer zu gründenden unabhängigen Stiftung zufliessen. Er würde zu ca. zwei Dritteln im Inland zur Förderung von Bioethanol, Biogas, Car-Sharing und Eco-Drive sowie für Projekte zur Steigerung der Energieeffizienz im Brennstoffbereich

339 Nach einer Vereinbarung vom 19. Februar 2002 zwischen der Vereinigung der schweizerischen Automobil-Importeure und dem UVEK soll z. B. der durchschnittliche Treibstoffverbrauch neuer Autos von 8,4 l im Jahr 2000 auf 6,4 l/100 km im Jahre 2008 gesenkt werden. Diese Reduktion ist bei der Errechnung der Ziellücke bereits berücksichtigt.

340 Vgl. dazu die Studie BUWAL/INFRAS vom 16. Juni 2003 «CO_2-Abgabe/Klimarappen bei Treibstoffen».

verwendet, zu ca. einem Drittel für den Kauf projektbasierter Kyoto-Treibhausgaszertifikate aus dem Ausland.[341] Die Erhebung des Klimarappens wäre nach den Autoren des Projekts «freiwillig»; doch wird eingeräumt, dass sich diese Freiwilligkeit nur auf die Etablierung des Klimarappens durch den Treibstoff-Grosshandel beziehen würde, nicht aber auf die Konsumenten, die keine Wahlfreiheit hätten, den Klimarappen zu entrichten oder nicht.[342]

6.3.2.2. Motive und Erwartungen

Für Unternehmen liegt das Hauptmotiv für eine Selbstregulierung zur Reduktion der CO_2-Emissionen zweifellos darin, dass sie von einer allfälligen CO_2-Abgabe befreit werden, wenn sie sich dem Bund gegenüber zu einer freiwilligen Reduktion ihrer Emissionen verpflichten (Art. 9 CO_2-Gesetz). Mit dem Konzept der freiwilligen Massnahmen der Wirtschaft, verbunden mit der Androhung einer subsidiären Gesetzgebung, sollen die gesetzten umweltpolitischen Ziele wirksam erreicht werden.

Beim Klimarappen als Alternative zu einer CO_2-Abgabe auf Brenn- und Treibstoffen liegt die Interessenlage etwas anders: Eine CO_2-Abgabe würde den Treibstoffverbrauch und damit auch die Einnahmen aus dem Treibstoffverkauf beträchtlich verringern. In entsprechendem Masse würden auch die Mineralölsteuererträge des Bundes zurückgehen. Da die CO_2-Abgabe an Bevölkerung und Wirtschaft rückverteilt bzw. rückerstattet werden muss, ergäbe sich für die Erdölwirtschaft und die Bundeskasse netto ein Einnahmenverlust.

6.3.2.3. Erfahrungen und Auswirkungen

Die faktischen Auswirkungen der freiwilligen Massnahmen zur Reduktion der CO_2-Emissionen lassen sich zur Zeit noch nicht abschliessend feststellen. In rechtlicher Hinsicht ist auf folgende Problematik hinzuweisen: Da der Treibstoff-Grosshandel den Klimarappen indirekt (durch entsprechende Erhöhung der Andienungspreise) allen Konsumenten auf privatrechtlicher Basis auferlegen würde, wäre er als Preisabsprache zu betrachten. Es wäre gegebenenfalls Sache der Wettbewerbskommission zu beurteilen, ob diese Preisabsprache mit dem Kartellgesetz zu vereinbaren wäre. Aus unserer Sicht

---

341 Für Einzelheiten siehe Ziff. 4.2 des Schlussberichts der Erdölvereinigung vom 26. September 2002 über den Klimarappen, Teil I.

342 Siehe Studie BUWAL/INFRAS vom 16. Juni 2003 «CO_2-Abgabe/Klimarappen bei Treibstoffen», S. 5 f. und 44.

könnte die Preisabsprache durch die rationellere Nutzung einer Ressource im Sinn von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG gerechtfertigt werden.

6.3.2.4. Beurteilung aus legistischer Sicht

Die im CO_2-Gesetz angelegte Kombination von freiwilligen Massnahmen und (subsidiärer) Erhebung einer Abgabe zur Erreichung gesetzlicher Ziele ist als vernünftige Kompromiss-Lösung zu betrachten. Allerdings zeigen die aktuellen Diskussionen um den Klimarappen, dass die Umsetzung dieser Lösung einen erheblichen politischen (und rechtlichen) Aufwand verursacht. Insofern lässt sich aus diesem Beispiel ablesen, dass staatlich gesteuerte Selbstregulierung nicht generell zu einem geringeren Regulierungsaufwand führt.

6.3.3. Beispiel 8: Selbsthilfe in der Landwirtschaft

6.3.3.1. Beschreibung der Entwicklungstendenz

Die Förderung der Qualität und des Absatzes sowie die Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes sind Sache der Organisationen der Produzentinnen und Produzenten oder der entsprechenden Branchen. Diese bemerkenswerte und wohl einmalige Bestimmung hat der Gesetzgeber in das neue Bundesgesetz über die Landwirtschaft vom 29. April 1998 aufgenommen.[343] Im Zentrum der zweiten Etappe der Reform der Agrarpolitik stand die marktwirtschaftliche Erneuerung zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des gesamten Ernährungssektors. Die Strategie zur Erreichung einer verbesserten Wettbewerbsfähigkeit bestand darin, dass der Staat seine regulierenden Markteingriffe reduziert. Erinnert sei daran, dass im Bereich der Milchwirtschaft eine Preis- und Absatzgarantie bestand. Mit erheblichem finanziellem Engagement des Bundes wurde jeweils der sog. Unionskäse von der «Käseunion» übernommen und vermarktet bzw. verwertet. Vor diesem Hintergrund steht die Bestimmung in Art. 8 LwG für eine Kehrtwende in der Agrarpolitik.

Mit der Reform der Agrarpolitik wurden zwar eine grosse Anzahl staatlicher Eingriffe beseitigt und die finanzielle Stützung reduziert. Gewichtige Beschränkungen wie die Milchkontingentierung oder finanzielle Unterstützungen wie Zulagen, etwa die sog. Verkäsungszulage und Exportbeiträge, sind jedoch weiterhin Teil der Agrarpolitik.[344]

---

343 Art. 8 Abs. 1 LwG.

344 Die Milchkontingentierung besteht noch bis im Jahre 2009; vgl. Art. 36a Abs. 1 LwG.

Mit dem Erlass des neuen Landwirtschaftsgesetzes wurde der Bundesrat ermächtigt, Selbsthilfemassnahmen der Organisationen nach Art. 8 LwG – zur Förderung der Qualität und des Absatzes sowie der Anpassung der Produktion an die Erfordernisse des Marktes – jedenfalls dann zu unterstützen, wenn sie in ihrer Wirkung gefährdet sind.[345] Gedacht war gemäss Botschaft des Bundesrates etwa daran, dass im Bereich der Qualitätssicherung für das Fleisch auf dem Verordnungsweg ein «Qualitätssicherungssystem Fleisch» hätte eingeführt werden können, falls der Versuch, ein solches System von der Branchenorganisation einzuführen, gescheitert wäre. Entsprechende Begehren sind in den ersten Jahren nach der Inkraftsetzung der Gesetzesbestimmung dem Bundesrat nicht vorgelegt worden.

Bereits im Jahre 2001 wurde die Kompetenz des Bundesrates zur Unterstützung der Selbsthilfemassnahmen erheblich erweitert. Falls eine Organisation von ihren Mitgliedern Beiträge für die Finanzierung von Selbsthilfemassnahmen erhob und diese Massnahme in ihrer Wirkung gefährdet war, konnte der Bundesrat neu die Verpflichtung, Beiträge zu leisten, auf die Produzentinnen und Produzenten ausdehnen, welche nicht Mitglieder diese Organisation waren.[346] Begründet wurde diese neue Kompetenz des Bundesrates damit, dass mit dem Inkrafttreten der Bilateralen Verträge mit der EU die Landwirtschaft einer noch stärkeren Konkurrenz ausgesetzt sei und den Organisationen die Möglichkeit geboten werden solle, die Nutzniesser zur Finanzierung der Selbsthilfemassnahmen beizuziehen.[347] Sowohl in der EU als auch in den Vereinigten Staaten gebe es entsprechende Bestimmungen.[348]

Die Möglichkeit, dem Bundesrat Begehren zu stellen, um Nichtmitglieder zu verpflichten, der Organisation Beiträge für Selbsthilfemassnahmen zu entrichten (in der Diskussion wird teilweise der Begriff «Solidaritätsbeiträge» verwendet), wurde von den betreffenden Organisationen umgehend wahrgenommen. Der Bundesrat hat gestützt auf die eingereichten Begehren z. B. Nichtmitglieder dazu verpflichtet, der Produzentenorganisation Schweizer Milchproduzenten, der Branchenorganisation Emmentaler Switzerland, der Interprofession Vacherin Fribourgois oder der Branchenorganisation Sbrinz Käse GmbH Beiträge abzuliefern.[349]

Im Jahre 2003 wurde die Bestimmung über die Unterstützung von Selbsthilfemassnahmen erneut geändert.[350] Korrigierend wurde eingefügt, dass der

---

345 Art. 9 LwG in der Fassung vom 1. Januar 1999, in: AS 2003 4217.

346 Art. 9 Abs. 2 LwG in der Fassung vom 1. Januar 2001, in: AS 2000 2232.

347 Zur Erinnerung: im Jahre 1995 hatte das Volk den vom Parlament beschlossenen Art. 25bis LwG über obligatorische Solidaritätsbeiträge abgelehnt.

348 Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates, in: BBl 1999 6128.

349 Siehe dazu die Verordnung über die Ausdehnung der Selbsthilfemassnahmen von Branchen- und Produzentenorganisationen (SR 919.117.72), in der Fassung vom 1. Januar 2002, in: AS 2001 3574.

350 Art. 9 LwG in der Fassung vom 1. Januar 2004, in: AS 2003 4217.

Bundesrat Selbsthilfemassnahmen auf Nichtmitglieder ausdehnen könne, soweit die Massnahmen durch Unternehmen gefährdet werden oder werden könnten, die sich nicht an den kollektiv beschlossenen Massnahmen beteiligen. Begründet wurde die Gesetzesänderung damit, dass die potenzielle Gefährdung als Voraussetzung für ein Eingreifen des Bundesrates genügen müsse.[351] Nachdem der Bundesrat die ersten Ausdehnungen von Beitragspflichten auf zwei Jahre befristet hatte, hat er diese gestützt auf neue Begehren ab 2004 um weitere zwei Jahre zum Teil verlängert; zum Teil hat er auch aufgrund neuer Begehren weitere Pflichten statuiert.[352]

6.3.3.2. Motive und Erwartungen

Selbsthilfemassnahmen gehen davon aus, dass das Eigeninteresse der interessierten Akteure letztlich zum besten Ergebnis führt. Die Selbsthilfe bei der Förderung der Qualität und des Absatzes sowie bei der Anpassung der Produktion und des Angebotes stösst aber dort an Grenzen, wo zum Erfolg der Massnahme deren Einhaltung durch die grosse Mehrheit oder durch alle Beteiligten notwendig ist. Eine finanzielle Beteiligung der Nichtmitglieder an einer Massnahme ist allerdings für deren Durchführung und den Erfolg nur in bestimmten Fällen notwendig. Es wurde jedoch vorgebracht, dass sog. Trittbrettfahrer, wenn sie nicht die Massnahme selber – also die Bereitstellung der notwendigen Mittel für Selbsthilfemassnahmen – gefährden würden, so doch die Zahlungsbereitschaft der Mitglieder der Organisationen erheblich verringern könnten. Allenfalls würden die Mitglieder sogar auf eine Mitgliedschaft verzichten. Aus diesen Gründen würden beschlossene Selbsthilfemassnahmen real gefährdet.

6.3.3.3. Erfahrungen und Auswirkungen

Die Unterstützung der Selbsthilfe wurde insbesondere von den milchwirtschaftlichen Organisationen im Bereich der Ausdehnung der Beitragspflichten in Anspruch genommen. Es hat sich gezeigt, dass das Abstellen auf die bereits potenzielle Gefährdung der Massnahme zu einer übereilten Ausdehnung des Kreises der Abgabepflichten führen kann, da es sich für die Organisationen um eine «bequeme» Finanzierungsquelle handelt und deshalb leicht

351 Vgl. dazu die Botschaft zur Agrarpolitik 2007, in: BBl 2002 4788.

352 Vgl. dazu die Verordnung über die Ausdehnung der Selbsthilfemassnahmen von Branchen- und Produzentenorganisationen; SR 919.117.72, in der Fassung vom 1. Januar 2004; AS 2003 4983.

ein Begehren um eine Ausdehnung gestellt wird. Mit dem Argument der negativen Wirkung der sog. Trittbrettfahrer kann begründet werden, dass eine Abgabepflicht auch dort eingeführt wird, wo die Massnahme wegen des hohen Organisationsgrades der Mitglieder eigentlich mit den Mitgliederbeiträgen finanziert werden könnte und das Trittbrettfahrerproblem nur marginal ist. Zudem ist absehbar, dass die einmal eingeführten Abgabepflichten auf Jahre hinaus bestehen bleiben dürften.

6.3.3.4. Beurteilung aus legistischer Sicht

Massvoll eingesetzt kann die Unterstützung der Selbsthilfe in der Landwirtschaft durchaus als Auffangnetz dienen und weitergehende staatliche Interventionen ersetzen. Selbstregulierung bedarf in vielen Fällen staatlicher Stützung, um längerfristig und ohne Verzerrungen wirksam zu sein.

Das Abstellen auf die potenzielle Gefährdung der Massnahme durch sog. Trittbrettfahrer kann jedoch dazu führen, dass eine Notwendigkeit behauptet, die Ausdehnung im Grunde jedoch zur Disziplinierung der Mitglieder missbraucht wird. Der Austritt aus der Organisation ist dann keine Option, da mit dem Austritt keine finanziellen Vorteile (mehr) verbunden sind. Problematisch ist im Weitern, dass die Ausdehnung der Beitragspflicht auf Nichtmitglieder zu einem Dauerprovisorium werden kann und dass so neue Zwangsabgaben eingeführt werden, was sich negativ auf die Selbsthilfe auswirken kann. Die Organisationen werden auf diese Weise gegenüber ihren Mitgliedern zu stark von der Begründungspflicht für die Notwendigkeit der Massnahme und der finanziellen Beteiligung entlastet. Insgesamt besteht eine erhebliche Wahrscheinlichkeit, dass die Entwicklung von einem Ansatz, der die Selbstregulierung betont, zu immer stärkerer staatlicher Stützung der Selbstregulierungsmechanismen führt. Die Gefahr ist damit nicht von der Hand zu weisen, dass die angestrebte Selbstregulierung letztlich nicht stattfindet, sondern mehr Regulierungsintensität bewirkt.[353]

353 Zur staatlichen Unterstützung privater Selbsthilfe in der Landwirtschaft auch Martin Philipp Wyss, Doppelte Freude und geteiltes Leid? Kritische Schlaglichter auf Phänomene staatlich-privater Kooperation, in: AJP 2002 1197 ff.

7. Kriterien und Massstäbe staatlicher Regulierung

7.1. Rechtliche Anforderungen, staatspolitische Maximen und legistische Grundsätze

7.1.1. Rechtliche Anforderungen

7.1.1.1. Allgemeine rechtliche Anforderungen

Staatliche Regulierung muss rechtlichen Anforderungen genügen. Soweit der Bund regulierend tätig wird, bedarf er einer Kompetenzgrundlage in der Bundesverfassung; zudem muss er das Legalitätsprinzip beachten und sich – je nach Inhalt der Regulierung – auf formell-gesetzliche Grundlagen abstützen. Aber nicht nur die notwendigen Rechtsgrundlagen müssen gegeben sein. Generell dürfen staatliche Regulierungen nicht im Widerspruch zu übergeordnetem Recht stehen. Das bedeutet insbesondere, dass die in der Bundesverfassung verankerten Grundrechte und Grundsätze eingehalten werden müssen. Im Weiteren ist auch übergeordnetes internationales Recht zu beachten, und Regulierungen auf der Verordnungsstufe müssen mit dem Gesetzesrecht im Einklang stehen.

Was die Grundrechte anbelangt, seien hier das in Art. 8 BV verankerte Rechtsgleichheitsgebot sowie das in Art. 9 BV verankerte Willkürverbot besonders hervorgehoben. Das Rechtsgleichheitsgebot verlangt, dass der Gesetzgeber die Unterscheidungen trifft, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen, und dass er keine rechtlichen Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist. Mit andern Worten: Der Gesetzgeber soll Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandeln, wobei die Rechtsprechung des Bundesgerichts einräumt, dass die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, zu verschiedenen Zeiten je nach den herrschenden Anschauungen und Verhältnissen verschieden beantwortet werden kann.[354]

Das Willkürverbot, das ebenfalls nicht bloss für die Rechtsanwendung, sondern auch für die Rechtsetzung gilt, ist dann verletzt, wenn eine Regelung jeglicher ernsthaften sachlichen Begründung entbehrt oder sinn- und zwecklos ist.[355] Die Grenze zwischen einer Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots und einer Verletzung des Willkürverbots ist dabei nicht scharf. Unterscheidungen, die sich überhaupt nicht sachlich begründen lassen, die mithin un-

354 Siehe statt vieler BGE 123 I 1 E. 6a S. 7.
355 BGE 123 II 16 E. 6a S. 26.

haltbar sind, dürften aber nicht nur gegen das Rechtsgleichheitsgebot, sondern auch gegen das Willkürverbot verstossen.[356] In diesem Sinne ist Willkür namentlich dann gegeben, wenn ein besonders krasser Verstoss gegen das Rechtsgleichheitsgebot vorliegt.

Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang auch die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns. Die Bundesverfassung nennt in Art. 5 neben dem Legalitätsprinzip insbesondere das Erfordernis eines öffentlichen Interesses, das Voraussetzung für jegliches staatliches Tätigwerden ist, sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Vertrauensprinzip. Diese Grundsätze, die sowohl für das Verwaltungshandeln als auch für die rechtsetzende Tätigkeit des Staates gelten, werden in Art. 36 BV mit Blick auf Grundrechtseinschränkungen noch präzisiert und ergänzt. Speziell zu erwähnen ist zweifellos das Verhältnismässigkeitsprinzip. Es umfasst drei wichtige Teilaspekte, nämlich die Geeignetheit oder Zwecktauglichkeit, die Erforderlichkeit oder Notwendigkeit und die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne, mit der vor allem das Verhältnis zwischen dem Regulierungszweck und den Interessen der von der Regulierung (negativ) betroffenen Privaten, d. h. eine Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen angesprochen wird.[357]

7.1.1.2. Insbesondere die drei Dimensionen der Wirtschaftsfreiheit

Im Kontext der Diskussion über staatliche Regulierung, Deregulierung und Selbstregulierung ist aus rechtlicher Sicht auch auf gewisse Grundentscheidungen des Verfassungsgebers namentlich im Bereich der Wirtschaftsverfassung hinzuweisen. Die Bundesverfassung regelt die Grundzüge der schweizerischen Wirtschaftsverfassung. Sie unterscheidet dabei zwischen der institutionellen, der grundrechtlichen und der kompetenziellen Dimension der Wirtschaftsfreiheit.[358]

Besonders relevant ist hier die vor allem in Art. 94 Abs. 1 BV verankerte institutionelle Dimension, welche zum Ausdruck bringt, dass die privatwirtschaftlich orientierte Marktwirtschaft Wesensmerkmal der schweizerischen Wirtschaftsordnung ist. Die Definition der staatlichen Aufgaben und die Art der Aufgabenerfüllung müssen – neben der grundrechtlichen und der kompe-

---

356 Vgl. BGE 123 I 1 E. 6a S. 8.

357 HÄFELIN/MÜLLER (2002), Rz. 586 ff. Zur Interessenabwägung siehe insbesondere auch MARTIN PHILIPP WYSS, Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit, Bern 2001, S. 12, 111 f.

358 RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998, insbesondere S. 89 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 637 ff.; LUZIUS MADER, Die Nachführung der Wirtschaftsverfassung – Ein Beitrag zur Klärung der Rechtslage, NZZ vom 8. Januar 1998, S. 13.

tenziellen Dimension – auch dieser verfassungsrechtlichen Grundentscheidung Rechnung tragen. Man kann sich in diesem Zusammenhang beispielsweise sehr wohl fragen, ob es Aufgabe des Staates ist, Glücksspiele in der Form von Lotterien und Wetten zu veranstalten bzw. für die Veranstaltung solcher Spiele staatlich dominierten Unternehmen eine praktische Monopolstellung einzuräumen.[359] Damit wird eine wirtschaftliche Tätigkeit, die grundsätzlich auch unter den individualrechtlichen Schutz der Wirtschaftsfreiheit fällt, der privatwirtschaftlich orientierten Marktwirtschaft entzogen bzw. vorenthalten, ohne dass dafür ausreichende Gründe vorliegen, da diese Regulierung gegenwärtig im Wesentlichen der staatlichen Geldmittelbeschaffung und höchstens sekundär polizeilichen oder sozialpolitischen Zwecken dient.

Was die kompetenzielle Dimension betrifft, sei im Übrigen daran erinnert, dass verschiedene wirtschaftspolitische Kompetenzen des Bundes unter dem ausdrücklichen Vorbehalt stehen, dass zumutbare Selbsthilfemassnahmen der Wirtschaft nicht ausreichen. Dies gilt insbesondere für die Strukturpolitik (Art. 103 BV) und die Landwirtschaftspolitik (Art. 104 BV) des Bundes. In beiden Fällen wird damit deutlich gemacht, dass staatliche Regulierung subsidiären Charakter haben soll und dass primär Selbstregulierungsmechanismen zum Tragen kommen sollen.

7.1.2. Staatspolitische Maximen

Es genügt nicht, dass Regulierungen diesen rechtlichen Anforderungen genügen. Die schweizerische Rechtsordnung enthält diverse staatspolitische Maximen, die ebenfalls zu berücksichtigen sind, auch wenn deren Missachtung – anders als die Verletzung der rechtlichen Anforderungen – nicht unbedingt oder zumindest nicht in gleicher Weise sanktioniert werden kann. Dies gilt insbesondere für gewisse staatspolitische Maximen und Ziele, die zum Teil ebenfalls ausdrücklich in der Bundesverfassung genannt werden, die aber im Unterschied zu den verfassungsrechtlichen Grundsätzen und zu den Grundrechten nicht justiziablen Charakter haben. Erwähnt seien etwa der Grundsatz der Subsidiarität (Art. 5*a* BV),[360] der Grundsatz der individuellen und gesell-

---

359 Kritisch insbesondere Georg Müller, Aktuelle Rechtsfragen des Lotteriewesens, in: ZBl 1988 141 ff. Danach ist die Durchführung von Lotterien eine auf Erwerb gerichtete privatwirtschaftliche Tätigkeit, die in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit fällt.

360 Vom Parlament mit dem Bundesbeschluss vom 3. Oktober 2003 zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) eingeführt, aber von Volk und Ständen noch nicht angenommen und deshalb auch noch nicht geltendes Verfassungsrecht; siehe BBl 2003 6591 ff. Zum Subsidiaritätsprinzip siehe insb. Heinrich Koller, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 675 ff.

schaftlichen Verantwortung (Art. 6 BV), die Sozialziele (Art. 41 BV), die Grundsätze für die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben (Art. 43a BV)[361] und der Grundsatz der Nachhaltigkeit (Art. 73 BV).

Besonders bedeutsam ist im vorliegenden Zusammenhang der Grundsatz der Subsidiarität, der einerseits das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft und anderseits das Verhältnis zwischen den verschiedenen staatlichen Ebenen betrifft. Im Vordergrund steht hier der erste Aspekt, das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft bzw. zwischen dem Staat und verschiedenen gesellschaftlichen Teilsystemen, insbesondere der Wirtschaft. Der erwähnte, im Moment noch nicht definitiv zustande gekommene Art. 5*a* BV hält fest, dass bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten ist. Diese Bestimmung sollte zwar aus der Sicht des Bundesrates nur das Verhältnis zwischen den staatlichen Ebenen regeln,[362] ihr Wortlaut und die Diskussionen im Parlament lassen aber durchaus eine weitere Auslegung zu, die auch das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft einbezieht. Mit Blick darauf besagt der Grundsatz der Subsidiarität, dass der Staat nur dann tätig werden soll, wenn die Gesellschaft oder die gesellschaftlichen Teilsysteme nicht in der Lage sind, Probleme befriedigend zu lösen, bzw. dass er nur soweit tätig werden soll, als eine befriedigende Lösung ohne sein Tätigwerden nicht realisiert werden kann. In diesem Sinne kann der Grundsatz der Subsidiarität staatliche Regulierung bremsen und Deregulierung sowie Selbstregulierung fördern. Allerdings handelt es sich dabei nicht um einen justiziablen, d. h. allenfalls gerichtlich durchsetzbaren verfassungsrechtlichen Grundsatz, sondern um eine staatspolitische Maxime, deren explizite Verankerung in der Bundesverfassung sie zu einer wirkungsvollen Leitidee staatlicher Tätigkeit machen soll.[363]

7.1.3. Legistische Grundsätze

Es ist selbstverständlich, dass staatliche Regulierungen die rechtlichen Anforderungen nicht verletzen dürfen. Regulierungen, die diesen Anforderungen nicht genügen, sind keine guten Regulierungen. Ebenso selbstverständlich ist, dass staatspolitische Maximen, insbesondere solche, die explizit Eingang gefunden haben in die Bundesverfassung, zu beachten sind, auch wenn sie nicht justiziablen Charakter haben. Die fehlende Möglichkeit der

361 Siehe Bemerkung in der vorausgehenden Fussnote.

362 Siehe Botschaft vom 14. November 2001 zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA), in: BBl 2001 2457.

363 Zur rechtlichen Tragweite des Subsidiaritätsprinzips, insbesondere zu seinem nicht justiziablen Charakter siehe BBl 2001 2458.

gerichtlichen Durchsetzung ändert nichts daran, dass diese Maximen Teil des Verfassungsrechts und damit wichtige Kriterien oder Massstäbe staatlicher Regulierung sind. Regulierungen, welche diese Maximen missachten, sind deshalb ebenfalls keine guten Regulierungen.

In Ergänzung zu den rechtlichen Anforderungen und den staatspolitischen Maximen, die hier nicht näher erörtert werden, soll im Folgenden vor allem auf einige Grundsätze eingegangen werden, die uns aus legistischer Perspektive geeignet erscheinen, zur Qualität staatlicher Regulierung beizutragen. Diese legistischen Grundsätze beanspruchen keine rechtliche Verbindlichkeit. Sie sind nicht justiziabel und auch nicht rechtlich verankert, lassen sich aber zum Teil – wie gerade das Beispiel des Subsidiaritätsprinzips zeigt – nicht unbedingt leicht abgrenzen von gewissen verfassungsrechtlichen Grundsätzen oder verfassungsrechtlich verankerten Maximen. Es handelt sich eigentlich um praktische Kriterien oder Postulate, die herangezogen werden können, um besser zu beurteilen, ob und wie der Staat regulierend auf die Gesellschaft einwirken soll. Entscheidend für diese legistischen Grundsätze ist nicht ihre rechtliche Durchsetzbarkeit oder Verbindlichkeit, sondern ihr praktischer Beitrag zur formellen und materiellen Qualität staatlicher Regulierung. Sie sind mit andern Worten Hilfsinstrumente, die dazu beitragen können und sollen, zu qualitativ guter Regulierung zu gelangen.[364] Dies vor allem, indem sie im ganzen Prozess staatlicher Regulierung, d. h. bei deren Vorbereitung, aber auch im Rahmen der Umsetzung und des Vollzugs sowie bei der Überprüfung, einen erhöhten, qualifizierten Begründungs- und Argumentationsdruck schaffen. Als qualitativ gut kann dabei eine Regulierung bezeichnet werden, die namentlich den nachfolgenden, zum Teil komplementären, zum Teil aber auch in einem Spannungsverhältnis zueinander befindlichen Grundsätzen Rechnung trägt.[365]

364 Die Grundsätze bringen in diesem Sinne sog. «best-pratices» für staatliche Regulierungen zum Ausdruck. Siehe in diesem Zusammenhang auch den sog. Mandelkern-Bericht vom 13. November 2001, der von einer Expertengruppe aus Vertretern der Mitgliedstaaten der EU und der Europäischen Kommission ausgearbeitet worden ist. Für die deutsche Fassung des Berichts siehe Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Der Mandelkern-Bericht vom 13. November 2001 – Auf dem Weg zu besseren Gesetzen, Berlin 2002.

365 Vgl. auch den Ansatz von Kokott (2004), S. 31 ff., die folgende Elemente postnationaler guter Herrschaft bespricht: Subsidiaritätsprinzip, Demokratische Prinzipien, Optimierungsgebot, Transparenz und responsible government.

7.2. Legistische Grundsätze guter Regulierung

7.2.1. Der Grundsatz der Notwendigkeit

Das Kriterium der Notwendigkeit ist als Teilaspekt des Verhältnismässigkeitsprinzips eine rechtliche Anforderung und ist auch in der staatspolitischen Maxime der Subsidiarität mitenthalten. Es handelt sich aber auch um einen wichtigen legistischen Grundsatz: Regulierungen, die nicht notwendig sind, können nicht gute Regulierungen sein; sie mögen zwar unter rechtlichen Gesichtspunkten oder mit Blick auf rechtlich verankerte staatspolitische Maximen (noch) zulässig oder vertretbar sein, genügen aber den legistischen Ansprüchen an die Qualität staatlicher Regulierung nicht unbedingt; diese Ansprüche können somit weiter gehen.

Der Grundsatz der Notwendigkeit ist dabei nicht in erster Linie als materielles Prüfkriterium zu verstehen. Er ist vielmehr ein legistisches Hilfsinstrument, welches dazu beitragen soll, dass im Prozess der Vorbereitung oder Überprüfung staatlicher Regulierungen stets auch die Frage gestellt wird, ob eine Regulierung überhaupt notwendig bzw. ob sie noch notwendig ist.[366] Er soll einen Begründungs- oder Argumentationsdruck schaffen, der in allen Phasen des Regulierungsprozesses immer wieder zum Tragen kommt und der die Regulierungsverantwortlichen regelmässig dazu anhält, die Notwendigkeit einer staatlichen Regulierung vor allem mit Blick auf die Ziele, mit Blick auf aktuelle Prioritäten, aber auch mit Blick auf Handlungsalternativen nachvollziehbar darzulegen und damit überprüfbar zu machen. Damit wird eine kritische, argumentative Auseinandersetzung mit der Frage der Notwendigkeit einer Regulierung praktisch erzwungen.

Die Notwendigkeit der substantiierten Begründung fördert das Hinterfragen und schafft Angriffsflächen für die Infragestellung. Allerdings muss sichergestellt sein, dass Begründung und Infragestellung nicht zu blosser administrativer Routine, ja zu administrativem Leerlauf verkommen und damit

366 Siehe in diesem Zusammenhang auch das österreichische Deregulierungsgesetz 2001. Art. 1 des am 21. November 2001 beschlossenen Gesetzes umschreibt einen Deregulierungsauftrag; er sieht in § 1 vor, dass anlässlich einer geplanten Änderung eines Bundesgesetzes insbesondere zu prüfen ist, ob das zu ändernde Gesetz oder einzelne Bestimmungen desselben noch notwendig und zeitgemäss sind oder ob die angestrebten Wirkungen nicht auf andere Weise erreicht werden könnten; zudem soll bei der Vorbereitung der Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft darauf geachtet werden, dass die vorgegebenen Standards nicht ohne Grund übererfüllt werden. Was die praktischen Auswirkungen dieser Bestimmung anbelangt, scheint allerdings Skepsis vorzuherrschen (so etwa Prof. Heinz Schäffer anlässlich des 6. Kongresses der European Association of Legislation am 13. und 14. Mai 2004 in Bern). In der Schweiz wurden mit dem Bericht des Bundesrates vom 3. November 1999 zur Deregulierung und administrativen Entlastung ähnliche Anliegen verfolgt wie mit dem österreichischen Deregulierungsgesetz; siehe BBl 2000 994 ff.

keinen Nutzen erbringen, sondern höchstens Zusatzaufwand verursachen. Dies setzt voraus, dass die politische Fähigkeit und die Bereitschaft vorhanden sind, die Ergebnisse von solchen regelmässigen Notwendigkeitsüberprüfungen ernst zu nehmen und praktische Konsequenzen zu ziehen. Wenn diese Bereitschaft nicht vorhanden ist oder wenn es an der politischen Fähigkeit fehlt, allfällige negative Befunde zum Anlass zu nehmen, um staatliche Regulierungen auch tatsächlich abzubauen, kann dieses legistische Hilfsinstrument seine Funktion nicht erfüllen. In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass z. B. im Bericht des Bundesrates vom 16. Juni 2003 über Massnahmen des Bundes zur administrativen Entlastung der Unternehmen ein etwas bescheidenerer – aber vielleicht realistischerer – Ansatz gewählt wird, weil weniger das «Ob» staatlicher Regulierung als das «Wie» thematisiert wird.[367]

7.2.2. Der Grundsatz der Subsidiarität

Nicht alle gesellschaftlichen Probleme, die auf der politischen Ebene artikuliert werden, sind Probleme, deren Lösung dem Staat obliegt oder zu deren Lösung der Staat am besten befähigt ist. Als staatspolitische Maxime verlangt der Subsidiaritätsgrundsatz einerseits, dass der Staat nur dann tätig wird, wenn die gesellschaftlichen Teilsysteme nicht in der Lage sind, ein Problem befriedigend zu lösen. Wenn diese Voraussetzung aber gegeben ist, gebietet er anderseits in unserem föderalistischen Staatswesen, dass die jeweils tiefste der zur Problemlösung fähigen staatlichen Ebenen tätig wird: Die Kantone sollen dann nicht tätig werden, wenn die Gemeinden zur Problemlösung ebenso gut in der Lage sind wie sie, und der Bund soll dann nicht tätig werden, wenn ein Problem ebenso gut von den Kantonen gelöst werden kann.

Als legistischem Grundsatz kommt dem Subsidiaritätkriterium – ähnlich wie jenem der Notwendigkeit – eine wichtige Brems- oder Filterfunktion zu. Der Grundsatz soll dazu beitragen, die Tendenz zu voreiliger, überstürzter staatlicher Regulierung zu brechen oder wenigstens zu mindern, indem es einen qualifizierten Begründungs- oder Argumentationsdruck schafft. Dieser Druck ist dabei noch stärker als beim Grundsatz der Notwendigkeit auf das Erörtern von Handlungsalternativen ausgerichtet. Insbesondere ist aufzuzeigen, weshalb nichtstaatliche Handlungsalternativen oder Regulierungen auf tieferer staatlicher Ebene nicht geeignet sind. Von praktisch entscheidender Bedeutung ist auch hier, dass die Erörterung der Subsidiarität in nachvollziehbarer – und damit auch hinterfragbarer und kritisierbarer – Art und Weise geschieht.

---

367 Siehe BBl 2003 5999 ff., insbesondere S. 6009.

7.2.3. Der Grundsatz der Adäquanz

Staatliche Regulierung wird in den meisten Fällen als Instrument zur Erreichung eines bestimmten Ziels oder Ergebnisses eingesetzt. Sie soll der Verwirklichung einer als wünschbar betrachteten Situation dienen und hat in diesem Sinne einen primär instrumentellen Charakter. Die Frage, ob eine Regulierung überhaupt geeignet ist, zur Erreichung des gesetzten Ziels beizutragen, ob sie dies tatsächlich tut und in welchem Ausmass sie dies allenfalls tut, ist deshalb eine entscheidende Frage für die Beurteilung der Qualität einer Regulierung. Aus rechtlicher Perspektive wird damit das Verhältnismässigkeitsprinzip angesprochen. Aus legistischer Sicht geht es um die Frage der Wirksamkeit oder der Adäquanz.

Der legistische Grundsatz der Adäquanz will sicherstellen, dass die staatlicher Regulierung zu Grunde liegenden Wirkungshypothesen explizit gemacht und nachvollziehbar begründet werden. Staatliche Regulierung kommt nicht ohne solche Hypothesen aus. In der Praxis bleiben diese jedoch sehr häufig unausgesprochen, implizit, oder sie werden nicht ausreichend differenziert dargestellt und begründet, so dass eine kritische Auseinandersetzung mit ihnen – und eine spätere Überprüfung – kaum möglich sind. Der Grundsatz der Adäquanz soll dieser Praxis entgegenwirken und Anlass geben zu einer möglichst differenzierten, kritischen Erörterung und Überprüfung der Wirkungshypothesen oder -zusammenhänge. Auf diese Weise kann er entscheidend zur Wirksamkeit staatlicher Regulierung und damit zu guter Regulierung beitragen.

7.2.4. Der Grundsatz der Praktikabilität

Der Grundsatz der Praktikabilität fokussiert die Aufmerksamkeit auf die Umsetzung oder den Vollzug einer Regulierung und macht deutlich, dass diese Phase von entscheidender Bedeutung für die Wirksamkeit sein kann: Es genügt nicht, Instrumente einzusetzen, die an sich geeignet sind, wenn sie sich dann in der Praxis als nicht oder nur schwer umsetzbar erweisen. Die Gründe für mangelnde Praktikabilität können vielfältig sein: Die praktische Umsetzung kann für die Regulierungsadressaten zu aufwändig oder zu langwierig sein, so dass sie Regulierungsangebote nicht nutzen, ihnen ausweichen oder sie sogar umgehen. Oder sie kann mit Nachteilen in andern Bereichen verbunden sein, so dass die Regulierungsadressaten kein Interesse haben, sich freiwillig einer Regulierung zu unterziehen. Oder die Umsetzungsinstanzen verfügen nicht über die notwendigen fachlichen Kompetenzen und Ressourcen usw.

Die Beurteilung der Praktikabilität setzt voraus, dass die Verhaltenslogiken und Kalküle sowohl der Regulierungsadressaten als auch der Umset-

zungsinstanzen ausreichend bekannt sind. Dies bedingt aber, dass deren Situation nicht nur aus der engen Perspektive einer bestimmten Regulierung, sondern unter Berücksichtigung der Gesamtsituation und damit aller für sie relevanten Regulierungen analysiert wird. In politischen Systemen, in denen Konzeption und Umsetzung von Regulierungen institutionell nicht getrennt sind, mag dies einfacher sein. Wo aber, wie in der Schweiz (Vollzugsföderalismus), eine solche Trennung besteht, ist besonders darauf zu achten, dass Grundlagen für eine verlässliche Beurteilung der Praktikabilität beschafft werden.[368] Das Vernehmlassungsverfahren kann diesbezüglich wichtige Informationen liefern, wenn es richtig genutzt wird, d. h. wenn darauf geachtet wird, dass Fragen der Umsetzung und des Vollzugs thematisiert und von den dafür berufenen Stellen beantwortet werden. Es vermag in diesem Sinne einen wesentlichen Beitrag zur Qualität staatlicher Regulierung zu leisten.

7.2.5. Der Grundsatz der Akzeptanz

Regulierungen, die über ein hohes Mass an Akzeptanz – nicht nur bei den direkt Betroffenen, sondern auch generell – verfügen, sind leichter umsetzbar und damit in der Regel auch wirksamer. Ohne eine gewisse Bereitschaft der Betroffenen zur freiwilligen Beachtung oder Befolgung sind sie hingegen praktisch zum Scheitern verurteilt, denn mit Sanktionsandrohungen allein lässt sich kaum etwas ausrichten. Diese Bereitschaft hängt einerseits vom Eigeninteresse der Betroffenen ab. Mitentscheidend ist aber auch die gesellschaftliche Legitimität einer Regulierung, die durch die Möglichkeit der demokratischen Mitwirkung gestärkt wird: Regulierungen, die in einem demokratischen Prozess entstanden sind, werden eher akzeptiert, selbst wenn sie dem Eigeninteresse der Betroffenen zuwiderlaufen.[369]

Die demokratische Legitimierung und der damit verbundene Grundsatz der Akzeptanz sind dabei nicht bloss als Instrument zu betrachten, welches geeignet ist, die Umsetzung staatlicher Regulierungen zu erleichtern und deren Wirksamkeit zu erhöhen. Sie haben nicht bloss bzw. nicht primär instrumentellen Charakter. Es gehört vielmehr zu den grundlegenden Merkmalen

368 Siehe dazu insbesondere auch Art. 141 Abs. 2 ParlG; nach Buchstabe d dieser Bestimmung muss der Bundesrat in seinen Botschaften zu Erlassentwürfen «die geplante Umsetzung des Erlasses, die geplante Auswirkung dieser Umsetzung und die Prüfung der Vollzugstauglichkeit» erörtern.

369 Dies erklärt auch, weshalb es aus legistischer Sicht sinnvoll ist, für Regulierungsinhalte, die kontrovers sind, eine Rechtsform zu wählen, welche demokratische Mitwirkung ermöglicht; zur Akzeptanz als Kriterium für die Wahl demokratischer Rechtsetzungsverfahren etwa G. Müller (1999), S. 113.

guter Regulierung, dass sie in einem offenen, alle relevanten Interessen einbeziehenden Verfahren entsteht, welches in einen demokratisch legitimierten Entscheid ausmündet. Gesellschaftliche Akzeptanz lässt sich längerfristig nur auf diese Weise sicherstellen.

Neben den Möglichkeiten der demokratischen Mitwirkung sind andere Formen der Beteiligung Betroffener oder Interessierter ebenfalls sehr wichtig für die Akzeptanz staatlicher Regulierungen. Der Einbezug der Zivilgesellschaft im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens ist nur ein – allerdings besonders wichtiges – Beispiel dafür. Auch Anhörungen, Befragungen sowie die Einladung zu Expertisen oder zur Einsitznahme in Gremien, die im Rahmen der Entscheidvorbereitung tätig sind, spielen eine wichtige Rolle. Sie tragen dazu bei, dass staatliche Regulierungen nicht als etwas Fremdbestimmtes, Aufgezwungenes, sondern als etwas zumindest Mitbestimmtes, wenn nicht sogar Selbstbestimmtes erlebt werden, was für die Akzeptanz von entscheidender Bedeutung ist.

7.2.6. Der Grundsatz der Responsivität

Gesellschaftliche Regulierungsbedürfnisse sind in der Regel nicht statisch; sie können sich entwickeln, ihre Bedeutung kann ab- oder zunehmen und ihre Ausprägungen und Schwerpunkte können sich verändern. Dies bedeutet einerseits, dass die Adäquanz staatlicher Regulierung regelmässiger Überprüfung bedarf und nicht ein für alle Mal gültig beurteilt werden kann. Anderseits sind Regulierungen so auszugestalten, dass die Anpassung an neue Entwicklungen und Gegebenheiten nicht bloss möglich, sondern praktisch gewährleistet ist. Sie müssen mit andern Worten Elemente enthalten, die Flexibilität und Lernfähigkeit ermöglichen oder sogar garantieren.

Der Grundsatz der Responsivität bringt dies zum Ausdruck.[370] Zum einen will er sicherstellen, dass staatliche Regulierungen ausreichend offen und flexibel sind, um im Rahmen ihrer Umsetzung die notwendigen Anpassungen zu ermöglichen. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Rechtsfolgeermessen, insbesondere gestützt auf potestative Normen (Kann-Vorschriften), sind rechtliche Instrumente, die diese Flexibilität schaffen können. Zum andern veranlasst der Grundsatz dazu, staatliche Regulierungen mit einem Evaluationsdispositiv (Evaluationsklausel, Berichtspflicht) zu versehen oder z. B. mit einer Be-

370 Zum Begriff siehe Kilian Bizer/Martin Führ/Christoph Hüttig (Hrsg.), Responsive Regulierung, Tübingen 2002; siehe auch Luzius Mader, Responsive Gesetzgebung – Für eine bessere Adäquanz gesetzgeberischen Handelns, in: Dorothée Berchtold/Albert Hofmeister (Hrsg.), Verwaltungsrecht und Management, Bern 1995, S. 159 ff.

fristung («sunset legislation») die erforderliche Überprüfung prozedural zu veranlassen.[371]

7.2.7. Der Grundsatz der Kontinuität

Responsivität bedeutet Anpassungs- und Veränderungsfähigkeit. Ebenso wichtig für die Qualität staatlicher Regulierung sind jedoch Kontinuität und Dauerhaftigkeit. Dies aus verschiedenen Gründen: Damit Regulierungen ihre Steuerungswirkungen optimal entfalten können, sind abrupte Veränderungen, Brüche, nach Möglichkeit zu vermeiden. Soweit möglich ist an Bestehendem anzuknüpfen, und Entwicklungstendenzen sind auszunützen. Gute Regulierung ist mit andern Worten nur beschränkt innovativ; sie setzt auf graduelle Veränderungen.

Zudem sind Regulierungen auf Dauer anzulegen, um Voraussehbarkeit und Planbarkeit zu ermöglichen. Zu rasche oder zu häufige Änderungen beeinträchtigen die Akzeptanz und relativieren die Bindungswirkung staatlicher Regulierungen; sie verhindern, dass die betroffenen Akteure überhaupt Anlass haben, ihre Verhaltensweisen den jeweils neuen Vorgaben anzupassen, bzw. sie geben diesen Akteuren keine ausreichend gesicherten Grundlagen, um neue Dispositionen zu treffen. Unter diesen Umständen ist die Wahrscheinlichkeit gross, dass solche rasch wechselnden Vorgaben praktisch gar nicht zum Tragen kommen.

Der Grundsatz der Kontinuität hebt sodann ein weiteres Merkmal guter Regulierung hervor: die Nachhaltigkeit. Es geht in der Tat um mehr als um möglichst grosse Wirksamkeit (aus der Sicht des regulierenden Staates) oder um Planbarkeit (aus der Sicht der Regulierungsadressaten). Staatliche Regulierung muss gerade in einem gesellschaftlichen Umfeld, das einem raschen Wandel unterworfen ist, zur Stabilisierung der Erwartungshaltungen und Verhaltensweisen beitragen und damit auch die Nachhaltigkeit staatlicher Regulierung sichern.

---

371 Zu Erfahrungen mit verschiedenen Formen oder Instrumenten der Regulierungsfolgenabschätzung siehe aus französischer Sicht den Bericht einer von B. Lasserre geleiteten Arbeitsgruppe: La documentation française (Hrsg.), Pour une meilleure qualité de la réglementation, Paris 2004; der Bericht ist vergleichend angelegt und enthält zahlreiche Hinweise auf die Situation in andern Ländern. Zu den Bestrebungen der EU und der OECD betreffend Regulierungsfolgenabschätzung, Deregulierung und administrative Entlastung der Unternehmen siehe auch den Überblick im Bericht des Bundesrates vom 16. Juni 2003, in: BBl 2003 6003 ff.

7.2.8. Der Grundsatz der Kohärenz

Der Grundsatz der Kohärenz bringt zum Ausdruck, dass staatliche Regulierungen widerspruchsfrei sein sollten. Dabei sind verschiedene Aspekte zu unterscheiden, die zum Teil auch Bezüge zu den rechtlichen Anforderungen aufweisen. So verlangt Kohärenz etwa auch, dass keine Regulierungen geschaffen werden, die mit übergeordnetem Recht nicht vereinbar sind.

Auf Kohärenz oder Widerspruchsfreiheit ist aber nicht nur in diesem rechtlichen Sinn zu achten. Der Grundsatz der Kohärenz kann sich auf die Regulierungsinhalte oder auf die diesen zu Grunde liegenden Wertungen beziehen; er kann die verschiedenen Elemente einer bestimmten Regulierung (interne Kohärenz) oder den Vergleich zwischen verschiedenen Regulierungen (externe Kohärenz) ansprechen; und er kann Regulierungen auf gleicher Stufe (horizontale Dimension) oder auf unterschiedlichen Stufen (vertikale Dimension) betreffen. Ganz generell will der Grundsatz der Kohärenz deutlich machen, dass staatliche Regulierungen, die ihnen zu Grunde liegenden Wertungen und Prämissen und auch einzelne in ihnen enthaltende Regulierungselemente optimal aufeinander abgestimmt sein sollten.

Als Beispiel sei hier etwa auf die Situation im Glücksspielbereich hingewiesen. In diesem Bereich bestehen zwei grundlegend verschiedene Regulierungen, die auf unterschiedlichen gesellschaftlichen Wertungen des Glücksspiels beruhen:[372] Zum einen gibt es das relativ junge Spielbankengesetz, das vor allem die Glücksspielaktivitäten in Spielbanken oder Casinos regelt, gleichzeitig aber auch für alle andern Glücksspiele gilt, die nicht speziell geregelt sind;[373] zum andern gibt es das bald 100 Jahre alte Lotteriegesetz, das die Lotterien und Wetten betrifft.[374] Beide Gesetze beruhen heute auf der gleichen Verfassungsgrundlage, gehen aber von einer wesentlich verschiedenen Beurteilung der Glückspiele und ihrer gesellschaftlichen Folgen aus und sehen entsprechend auch unterschiedliche Instrumente vor. Noch deutlicher sind vielleicht die Inkohärenzen zwischen den Regulierungsinhalten. Das zeigt sich in besonders eklatanter Weise bei den Geldspielautomaten. Im Rahmen der Lotteriegesetzgebung dürfen diese – als Lotteriespielgeräte – von den Kantonen zugelassen und in Restaurants, Cafés usw. aufgestellt werden, soweit es sich bei den auf ihnen angebotenen Spielen um Lotterien handelt; für andere Spielangebote sind sie hingegen im Rahmen der Spielbankenge-

372 Nach Paul Richli, Kommentar BV, Art. 35 aBV, Rz. 39, handelt es sich um eine «offensichtliche Wertungsinkongruenz».

373 Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG; SR 935.52).

374 Bundesgesetz vom 8. Juni 1923 betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (LG; SR 935.51).

setzgebung nur noch in Spielcasinos zugelassen, weil sie mit einer erheblichen Spielsuchtgefahr verbunden sind. Spielgeräte, die sich in ihrem praktischen Funktionieren aus der Sicht der Spielerinnen und Spieler kaum unterscheiden, werden also völlig unterschiedlich behandelt.

In diesem Sinne besteht in den Bereichen der Glücksspiele und Lotterien eine offensichtliche externe Inkohärenz auf der gleichen Regulierungsebene. Im gleichen Bereich finden sich im Übrigen auch Beispiele für interne Inkohärenzen, so etwa die – im Gesetz, nicht jedoch in der Praxis – unterschiedliche Behandlung der Gewerbsmässigkeit: Während bei den Lotterien die Verwendung der Einnahmen für gemeinnützige oder wohltätige Zwecke geboten ist, können Wetten nach der gesetzlichen Regelung an sich auch zu Erwerbszwecken angeboten werden. Die Praxis macht diesen Unterschied allerdings kaum und vermeidet in diesem Sinne eine interne Inkohärenz der bestehenden Regulierung.

7.2.9. Der Grundsatz der Konzentration

In vielen Bereichen sind Regulierungen, die das gleiche Problem betreffen und auf die gleichen Akteure ausgerichtet sind, auf mehrere staatliche und normative Ebenen verteilt. So gibt es beispielsweise im Bereich des Submissionswesens internationale, nationale, interkantonale, kantonale und kommunale Regeln, die zu beachten sind; dazu kommen namentlich auf Bundes- und auf Kantonsebene Normen auf Gesetzes- und auf Verordnungsstufe. Staatliche Regulierungen bestehen deshalb häufig aus einer Vielzahl unterschiedlichster normativer Elemente, die grundsätzlich alle Geltung beanspruchen. Für die Regulierungsadressaten macht dies die Beachtung der Normen zum Teil ausserordentlich schwer. Zudem erhöht es natürlich die Wahrscheinlichkeit, dass die Vorschriften nicht optimal aufeinander abgestimmt sind und dass Inkohärenzen bestehen, welche die Umsetzung und den Vollzug erschweren.

Diese Dispersion der Regulierungen lässt sich nicht völlig vermeiden. Der Grundsatz der Konzentration will jedoch der Zersplitterung der normativen Elemente auf eine Vielzahl staatlicher und normativer Ebenen entgegenwirken und damit die Umsetzung oder Befolgung der gesetzlichen Vorschriften erleichtern. Es gilt insbesondere, die fast zwangsläufig regulierungstreibende Wirkung zunehmender Internationalisierung einerseits,[375] aber auch föderalistischer Strukturen anderseits einigermassen in Grenzen zu halten sowie der Tendenz zur Weiterdelegation rechtsetzender Befugnisse

375 Siehe dazu namentlich Koller (2000), S. 340 ff.

entgegenzuwirken. Gute Regulierung verzichtet nach Möglichkeit auf eine Verteilung der Regulierungsinhalte auf mehrere Ebenen. Konkret: Entweder sollte der Bund oder es sollten die Kantone zuständig sein. Die staatspolitische Maxime, wonach der Bund den Kantonen bei der Umsetzung von Bundesrecht möglichst grossen Gestaltungsspielraum belassen sollte, ist aus dieser Sicht zu hinterfragen.[376] Sie trägt nämlich mit dazu bei, dass Regulierungsinhalte übermässig zersplittert und damit für die Adressaten zum Teil schwer erkennbar werden.

Auch eigentliche Regulierungskaskaden, bei denen normative Inhalte von der Verfassungs- über die Gesetzes- bis zur (mehrschichtigen) Verordnungsebene zunehmend präzisiert und konkretisiert werden, sollten möglichst vermieden werden. Sie führen zu unnötigen Wiederholungen, schaffen häufig Auslegungsprobleme und sogar Inkohärenzen durch Abweichungen in der Formulierung und bewirken vielfach eine unnötige, übermässige Erhöhung der Regulierungsintensität. Generell ist die Anzahl möglicher Regulierungsquellen, d. h. staatlicher Organe, die zur Regulierung ermächtigt sind, möglichst einzuschränken, und bei der Delegation legislatorischer Befugnisse an nichtstaatliche Organisationen oder Personen ist Zurückhaltung zu üben. Je geringer die Anzahl möglicher Regulierungsquellen, desto geringer sind die Regulierungsintensität und die Gefahr von Inkohärenzen und desto besser ist die Übersichtlichkeit staatlicher Regulierungen. Diese Vorteile vermögen gewisse Abstriche bei der Stufengerechtigkeit staatlicher Regulierungen ohne weiteres aufzuwägen. Selbstverständlich lassen sich solche Regulierungskaskaden nicht immer vermeiden. Das kann deshalb auch nicht das Ziel sein. Der Grundsatz der Konzentration soll dazu beitragen, dass einerseits alle wichtigen Elemente einer Regulierung auf der dafür vorgesehenen Normstufe enthalten und anderseits auf unnötige Konkretisierungen in rechtsetzender Form verzichtet wird.

7.2.10. Der Grundsatz des Vertrauens

Staatliche Regulierungen sind oftmals durch Misstrauen geprägt: Misstrauen des Gesetzgebers gegenüber den Gerichten, des Parlaments gegenüber der Regierung, der Regierung gegenüber der Verwaltung und der Verwaltung gegenüber den Regulierungsadressaten und umgekehrt. Dieses Misstrauen erklärt zumindest teilweise, weshalb Regulierungen häufig mit Details und unnötigen Präzisierungen überladen und offene, flexible und entwicklungsfä-

376 Siehe Art. 46 Abs. 2 BV, der einen Aspekt des Subsidiaritätsgedankens zum Ausdruck bringt.

hige Formulierungen kritisiert werden.[377] Es ist somit nicht unbedingt ein Garant guter Regulierung.

Der Grundsatz des interinstitutionellen Vertrauens bringt zum Ausdruck, dass dieses Misstrauen überwunden werden sollte, um zu guten Regulierungen zu gelangen; Regulierungen, welche Gestaltungsspielraum für die Umsetzung und den Vollzug belassen, die offen sind für Anpassungen an neue Entwicklungen, welche die Berücksichtigung der Besonderheiten des einzelnen Falles ermöglichen. Die Steuerung der Umsetzung und des Vollzugs bzw. der Rechtsprechung sollte, soweit notwendig, weniger über Präzisierungen in rechtsetzender Form (z. B. Legaldefinitionen) und mehr über Verfahrens- oder Aufsichtsmechanismen erfolgen.[378] Dies würde in vielen Bereichen eine wesentlich geringere Regulierungsintensität ermöglichen.

7.2.11. Der Grundsatz der Kommunikation

Zielorientiertes regulierendes Einwirken des Staates setzt voraus, dass Regulierungen ihren Adressaten überhaupt bekannt und für sie verständlich sind. Damit werden zwei verschiedene Elemente angesprochen: einerseits die Regulierung selbst und anderseits die sie begleitende Kommunikationsleistung. Staatliche Regulierungen müssen für ihre eigentlichen Adressaten und auch für andere Betroffene oder Interessierte verständlich sein.[379] Ihr Inhalt ist mit andern Worten so zu formulieren, dass er ohne übermässigen Aufwand möglichst unverzerrt wahrgenommen werden kann. Dies kann im Einzelfall ausserordentlich schwierig und anspruchsvoll sein, ist aber deswegen nicht weniger wichtig, im Gegenteil. Gute Regulierung setzt voraus, dass der Verständlichkeit die notwendige Beachtung geschenkt wird.

Verständlichkeit allein genügt aber nicht. Es bedarf einer darüber hinaus gehenden Kommunikationsleistung bereits im Vorfeld, dann im Zeitpunkt, in

---

377 Die parlamentarische Kritik etwa am Entwurf eines Bundesgesetzes über die Öffentlichkeit der Verwaltung oder am Entwurf einer Änderung des Datenschutzgesetzes mag als Beispiel dafür dienen. In beiden Fällen ist bemängelt worden, die Vorlagen enthielten zu viele unbestimmte Rechtsbegriffe und würden deshalb wichtige Entscheide den Vollzugsinstanzen überlassen; zur Änderung des DSG siehe etwa die Voten der Nationalräte Hochreutener und Joder, in: Amtliches Bulletin 2004, Nationalrat, S. 231 und 234. Allerdings ertönt umgekehrt auch immer wieder der Ruf nach Rahmengesetzen, die sich darauf beschränken, Grundsätzliches zu regeln. Die politischen Erwartungen sind in diesem Sinne bisweilen widersprüchlich.

378 Misstrauen gegenüber der Verwaltung kann sich allerdings auch in Form einer überspannten richterlichen Kontrolle äussern; vgl. Markus Müller, Die Rechtsweggarantie – Chancen und Risiken. Ein Plädoyer für mehr Vertrauen in die öffentliche Verwaltung, in: ZBJV 2004 161 ff.

379 Im Entwurf eines Sprachengesetzes des Bundes, zu dem im Jahre 2002 eine Vernehmlassung durchgeführt worden ist, war das Anliegen der Verständlichkeit in der Kommunikation zwischen den Behörden und der Bevölkerung explizit berücksichtigt worden.

dem eine Regulierung formelle Gültigkeit erlangt, und schliesslich im Rahmen der Umsetzung und des Vollzugs.[380] Staatliche Regulierung muss in diesem Sinne Teil oder Gegenstand eines permanenten Kommunikationsprozesses sein, um ausreichend erkennbar und bekannt zu sein. Dieser Prozess kann je nach Phase unterschiedliche Medien nutzen und unterschiedliche Öffentlichkeiten erfassen.

7.2.12. Der Grundsatz der Kostengünstigkeit

Staatliche Regulierung ist eine knappe Ressource der Politik, die entsprechend zurückhaltend und sparsam eingesetzt werden sollte. Zurückhaltung und Sparsamkeit sind aber noch in einem andern Sinn geboten: Staatliche Regulierungen beanspruchen knappe Ressourcen des Staates. Der Grundsatz der Kostengünstigkeit bringt zum Ausdruck, dass bei der Auswahl zwischen verschiedenen Regulierungsalternativen Kostenüberlegungen das notwendige Gewicht beizumessen ist.[381] Dabei gilt es, die anfallenden Kosten möglichst umfassend und bezogen auf einen sachlich angemessenen Zeithorizont zu berücksichtigen: finanzieller und personeller Aufwand; Sach-, Dienstleistungs- und Zeitaufwand, Kosten der Vorbereitung, Entscheidfindung und Umsetzung; Kosten des Vollzugs und der Durchsetzung, die bei den involvierten Stellen auf allen staatlichen Ebenen sowie bei den Regulierungsadressaten anfallen; monetäre und nicht monetäre Kosten.

Der Grundsatz der Kostengünstigkeit gebietet, die Ziele einer staatlichen Regulierung bzw. das realistischerweise zu erwartende Ausmass der Zielverwirklichung in Bezug zu setzen zu den voraussichtlichen Kosten und nach Möglichkeit derjenigen Regulierungsalternative den Vorzug zu geben, die insgesamt die geringsten Kosten verursacht.

---

380 Zum allgemeinen Informationsauftrag der Behörden, insbesondere des Bundesrates, siehe Art. 180 Abs. 2 BV; ferner BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden, Bern 2002, S. 104 ff.

381 Siehe dazu Art. 141 Abs. 2 Bst. f ParlG; siehe auch Art. 1, § 1, Abs. 2 des österreichischen Deregulierungsgesetzes 2001; nach dieser Bestimmung haben «alle mit der Vorbereitung von Akten der Bundesgesetzgebung betrauten Organe (...) darauf Bedacht zu nehmen, die wesentlichen Auswirkungen von Gesetzen in finanzieller, wirtschafts-, umwelt- und konsumentenschutzpolitischer sowie sozialer Hinsicht abzuschätzen»; sie haben im Weiteren «zu prüfen, ob der Vollzug der in Aussicht genommenen Regelung keinen übermässigen Aufwand in der Verwaltung nach sich zieht».

8. Gute Regulierung und Good Governance

Staatliche Regulierung ist das Resultat eines politischen Prozesses. Der Entscheid darüber, ob und wie der Staat auf die Gesellschaft einwirken soll, obliegt der Politik. Es ist mit andern Worten Aufgabe der zum politischen Entscheid legitimierten staatlichen Organe, zu entscheiden, ob der Weg der Regulierung, der Deregulierung oder der Selbstregulierung beschritten werden soll und welche Formen von Regulierung, Deregulierung und Selbstregulierung gewählt werden sollen, wobei rechtliche Rahmenbedingungen und Vorgaben selbstverständlich beachtet werden müssen.

Wichtig ist, dass der Entscheid nach möglichst sachlichen Kriterien und Massstäben getroffen wird. Mehr staatliche Regulierung ist nicht in allen Fällen die schlechteste Lösung und deshalb nicht unter allen Umständen und um jeden Preis zu vermeiden. Und umgekehrt sind Deregulierung und Selbstregulierung nicht von vorneherein bessere Lösungen, zumal sie – wie zahlreiche praktische Beispiele zeigen – häufig nach begleitender oder kompensatorischer Regulierung bzw. Re-Regulierung rufen. Es gilt, den sachlich und längerfristig betrachtet sinnvollen Regulierungsansatz zu wählen. Politische Modeströmungen und ideologisch motivierte Präferenzen sind dabei eher ein Hindernis als eine Hilfe, weil sie vorschnellen, nicht ausreichend durchdachten Antworten auf tatsächliche oder vermeintliche Regulierungsbedürfnisse Vorschub leisten.

Natürlich kann sich staatliche Regulierung solchen Modeströmungen, ideologischen Präferenzen, Pendelbewegungen oder gar Paradigmawechseln nicht einfach entziehen. Als Ergebnis eines politischen Prozesses wird sie zwangsläufig davon geprägt. Sie muss jedoch bestrebt sein, diese Bewegungen oder Wechsel nicht noch zu verstärken, sondern im Gegenteil zu relativieren und auszugleichen; dies nicht zuletzt, um die erforderliche Kontinuität zu sichern. Zwischen dem Paradigma der Demokratisierung der Wirtschaft etwa, das in den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts wichtig war, und dem Paradigma der Privatisierung staatlicher Aufgaben, das zwanzig Jahre später in den Vordergrund rückte, gibt es einen weiten Zwischenbereich für sachlich orientierte Regulierungsentscheide. Sachliche Orientierung dürfte dabei in vielen Fällen mehr zu intelligenter Kombination verschiedener Regulierungsansätze und weniger zu Entweder-Oder-Lösungen führen.[382]

Hier, bei der Suche nach sachlicher Orientierung, setzt der mögliche Beitrag der Gesetzgebungslehre oder Legisprudenz zur Verbesserung der Qualität staatlicher Regulierung ein: Sie kann und soll helfen, solche vorschnellen Antworten zu vermeiden; sie kann – etwa im Sinne der erwähnten legisti-

382 In diesem Sinne auch Hans Werder, Brauchen wir neue Governance-Strukturen für den öffentlichen Sektor, in: Bergmann/Hofmeister (2004), S. 76.

schen Grundsätze guter Regulierung – Hinweise oder Hilfsinstrumente liefern, deren Nützlichkeit sich in der Praxis erweisen muss. Voraussetzung ist allerdings eine angemessene und realistische Vorstellung über das Zusammenwirken von Politik und Legisprudenz. Letztere darf weder eine politische Entscheidungsfunktion beanspruchen, die ihr nicht zukommt, noch umgekehrt mit dem Hinweis auf den Primat der Politik auf ihren spezifischen Beitrag zur Verbesserung der Qualität staatlicher Regulierung einfach verzichten. Die Erfahrung zeigt, dass dies in der Praxis hin und wieder schwer fallen mag: Experten reagieren nicht immer positiv, wenn die aus ihrer Sicht fachlich begründeten Vorschläge von der Politik nicht oder nicht vollständig übernommen werden; sie hegen zum Teil falsche Erwartungen und sind enttäuscht, wenn die Politik die Gewichte anders setzt oder andere Wege als die von ihnen empfohlenen einschlägt. Falsche Ansprüche sind aber ebenso wenig angezeigt wie falsche Zurückhaltung oder Distanzierung vom politischen Entscheidungsprozess.

Good Governance verlangt neben gut funktionierenden staatlichen Institutionen namentlich auch gute Regulierungen, d. h. Regulierungen, die bestimmten materiellen und formellen Qualitätsanforderungen genügen. Diese Anforderungen können definiert oder umschrieben werden, wie wir dies mit den legistischen Grundsätzen wenigstens teilweise – ohne jeglichen Anspruch auf Vollständigkeit – versucht haben. Ebenso wichtig ist es jedoch, verfahrensmässig und organisatorisch sicherzustellen, dass diese Grundsätze auch praktisch zum Tragen kommen können. Auch dafür bedarf es des engen Zusammenwirkens zwischen Legisprudenz und Politik.

Literaturverzeichnis

Das Literaturverzeichnis führt nur Publikationen auf, die speziell die Thematik der staatlichen Regulierung betreffen oder die wiederholt zitiert werden. Weitere Literaturhinweise finden sich in den Fussnoten.

BERGMANN, ANDREAS/HOFMEISTER ALBERT (Hrsg.): Privatisierung – schlägt das Pendel zurück?, Schriftenreihe der Schweizerischen Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften (SGVW), Band 45, Bern 2004.

BIAGGINI, GIOVANNI: Von der Handels- und Gewerbefreiheit zur Wirtschaftsfreiheit. Entwicklungsperspektiven unter der neuen Bundesverfassung, in: ZBl 2001 225 ff.

BRUNNER, URSULA: Rechtsetzung durch Private, Zürich 1982.

BUNDESMINISTERIUM DES INNERN (Hrsg.), Der Mandelkern-Bericht vom 13. November 2001 – Auf dem Weg zu besseren Gesetzen, Berlin 2002.

BUNDESRAT: Bericht des Bundesrates vom 17. Februar 1999 über ein Inventar und eine Evaluation der wirtschaftsrechtlichen Verfahren in der Bundesgesetzgebung, in: BBl 1999 8387 ff.

BUNDESRAT: Bericht des Bundesrates vom 3. November 1999 über Massnahmen zur Deregulierung und administrativen Entlastung, in: BBl 2000 994 ff.

BUNDESRAT: Bericht des Bundesrates vom 16. Juni 2003 über Massnahmen des Bundes zur administrativen Entlastung in den Unternehmen, in: BBl 2003 5999 ff.

CARONI, PIO: «Privatrecht»: Eine sozialhistorische Einführung, Basel/Frankfurt a. M. 1988.

CHEVALLIER, JACQUES: Les enjeux de la déréglementation, in: Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger 1987, Nr. 2, S. 281 ff.

CHEVALLIER, JACQUES: L'État post-moderne, La collection droit et société, Paris 2003.

FRIEDMANN, MILTON: Kapitalismus und Freiheit, Stuttgart 1971 (Original: Capitalism and Freedom, Chicago 1962).

HABERMAS, JÜRGEN: Faktizität und Geltung, Frankfurt a. M. 1992.

HÄFELIN, ULRICH/MÜLLER, GEORG: Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002.

HALLER, WALTER/KÖLZ, ALFRED: Allgemeines Staatsrecht, 2. Aufl., Basel 1999.

HÄNER, ISABELLE, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, in: AJP 2002 1144 ff.

HANGARTNER, YVO: Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen. Bemerkungen aus Anlass der Auseinandersetzung zwischen einer Bürgerbewegung und der Post, in: AJP 2000 515 ff.

HAYEK, FRIEDRICH A.: Der Weg zur Knechtschaft, München 1976 (Original: The Road to Serfdom, London 1944).

HAYEK, FRIEDRICH A.: Die Verfassung der Freiheit, Tübingen 1971 (Original: The Constitution of Liberty, London 1960)

KOKOTT, JULIANE: Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes, in: VVDStRL 63 (2004), S. 7 ff.

KOLLER, HEINRICH: Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts – Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung, ZSR 2000 II 313 ff.

KÖLZ, ALFRED: Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bern 1992.

LEPSIUS, OLIVER: Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, Tübingen 1999.

LIENHARD, ANDREAS: Deregulierung – Leitmotiv im Wirtschaftsverwaltungsrecht?, Bern 1995.

LIENHARD, ANDREAS: Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung, in: AJP 2002 1163 ff.

LINDER, WOLF: Deregulierung – ein politisches Instrument für viele Ziele, in: LeGes 1998/2/3 95 ff.

LUHMANN, NIKLAS: Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1993.

LUHMANN, NIKLAS: Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt a. M. 1999 (erstmals erschienen 1981).

MARTI, ARNOLD: Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung?, in: ZBl 2000 561 ff.

MARTI, ARNOLD: Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtsetzung – Ende des staatlichen Rechtsetzungsmonopols?, in: AJP 2002 1154 ff.

MAYNTZ, RENATE (Hrsg.): Implementation politischer Programme, Empirische Forschungsberichte, Königstein 1980.

MOOR, PIERRE: Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 16.

MOOR, PIERRE: Droit administratif, Volume II, Les actes administratifs et leur contrôle, 2. Aufl., Bern 2002.

MORAND, CHARLES-ALBERT (Hrsg.): Les instruments d'action de l'Etat, Basel/Frankfurt a. M. 1991; zitiert Morand (1991 a).

MORAND, CHARLES-ALBERT (Hrsg.): L'Etat propulsif, Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat, Paris 1991, zitiert Morand (1991 b).

MORAND, CHARLES-ALBERT: Le droit néo-moderne des politiques publiques, Paris 1999.

MÜLLER, ANDREAS: Staats- und verwaltungsrechtliche Kriterien für die Privatisierung von Staatsaufgaben, in: AJP 1998 65 ff.

MÜLLER, GEORG: Funktionen der Rechtssetzung im modernen Staat, in: ZBl 1996 97 ff.

MÜLLER, GEORG: Elemente einer Rechtssetzungslehre, Zürich 1999.

MÜLLER, MARKUS: Das besondere Rechtsverhältnis: Ein altes Rechtsinstitut neu gedacht, Bern 2003.

PFISTERER, THOMAS: Deregulierung in der neuen aargauischen Baugesetzgebung, in: ZBl 1994 289 ff.

REHBINDER, MANFRED: Rechtssoziologie, 5. Aufl., München 2003.

ROTTLEUTHNER, HUBERT: Grenzen rechtlicher Steuerung – und Grenzen von Theorien darüber, in: Peter Koller/Csaba Varga/Ota Weinberger (Hrsg.), Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik, ARSP-Beiheft 54, Stuttgart 1992, S. 123 ff.

RUCH, ALEXANDER: Informalisierung und Deregulierung nach schweizerischem Verfassungsrecht, in: ZBl 2002 505 ff.

SCHARPF, FRITZ: Politische Steuerung und Politische Institutionen, in: Politische Vierteljahresschrift, 30. Jahrgang (1989), Heft 1, S. 10 ff.

SCHEFER, MARKUS: Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, in: AJP 2002 1131 ff.

SCHLUEP, WALTER RENÉ.: Revitalisierung, Deregulierung, Reprivatisierung, Wettbewerb der Systeme – was sonst noch an neuen wirtschaftsrechtlichen Delikatessen, in: Walter René Schluep (Hrsg.), Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends, Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern/Stuttgart/Wien 1993, 477–514.

SCHNEIDER, ULRICH: Legalitätsprinzip und finales Recht: ein Beitrag zur Diskussion über das New Public Management in der Schweiz, Bern 2001.

TEUBNER, GUNTHER: Reflexives Recht, in: ARSP (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie) 1982, S. 13 ff.

TEUBNER, GUNTHER: Recht als autopoietisches System, Frankfurt a. M. 1989.

TEUBNER, GUNTHER: Regulatorisches Recht, Chronik eines angekündigten Todes, in: Peter Koller/Csaba Varga/Ota Weinberger (Hrsg.), Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik, ARSP-Beiheft 54, Stuttgart 1992, S. 140 ff.

TSCHANNEN, PIERRE: Privatisierung: Ende der Verfügung?, in: Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP 1997), Bern 1998, S. 209 ff.

TSCHANNEN, PIERRE: Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004.

ÜBERSAX, PETER: Privatisierung der Verwaltung, in: ZBl 2001 393 ff.

WERDER, HANS: Der moderne Leistungsstaat und die Verflechtung von privater und staatlicher Regulierung, in: Helmut Holzhey/Georg Kohler (Hrsg.), Verrechtlichung und Verantwortung: Überlegungen aus Anlass der Parole «Weniger Staat, mehr Freiheit, Bern/Stuttgart 1987, S. 247 ff.

WILLKE, HELMUT: Supervision des Staates, Frankfurt a. M. 1997.

WILLKE, HELMUT: Steuerungstheorie, Grundzüge einer Theorie der Steuerung komplexer Sozialsysteme, 3. Aufl., Stuttgart 2001.

ZIMMERLI, ULRICH/LIENHARD, ANDREAS: «Privatisierung» und parlamentarische Oberaufsicht, in: Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP 1997), Bern 1998, S. 167 ff.