

Entstaatlichung von Regulierung

David Dürr

Separatum aus
Pierre Bessard, Olivier Kessler Hrsg.

Staatliche Regulierung
Wie viel und überhaupt?

Liberales Institut
Zürich 2018
S. 201 ff.

Pierre Bessard, Olivier Kessler Hrsg.

Staatliche Regulierung
Wie viel und überhaupt?

Liberales Institut
1. Auflage
Zürich 2018

ISBN 978-3-033-06984-8

Copyright
Liberales Institut
Rennweg 42
8001 Zürich, Schweiz
www.libinst.ch

Umschlag: Jean-Baptiste Bernus, Liberales Institut

Printed in Switzerland

Alle Rechte, auch des auszugsweisen Nachdrucks,
vorbehalten.

Für die freundliche Unterstützung dieser Publikation im Rahmen des Projekts «für weniger staatliche Regulierung» bedankt sich das Liberale Institut bei der Bonny-Stiftung für die Freiheit, der Fidinam-Stiftung, der Stiftung für Abendländische Ethik und Kultur, Axpo, Careal Holding, HIAG Holding, JTI, Swiss Re sowie weiteren Unterstützern.

INHALT

EINFÜHRUNG	5
Der Wert des Nicht-Regulierens Pierre Bessard	
ZUSAMMENFASSUNG	9
Die wichtigsten Erkenntnisse dieses Bandes im Überblick	
EINSTIEG	
Wie schaut der Staat den Bürger an?	17
Reinhard K. Sprenger	
Die Nutzlosigkeit des Nanny-Staates	35
Christopher Snowdon	
Die 7 Regeln der Politik und der Bürokratie	41
Harry E. Teasley	
I. DAS WESEN DER BÜROKRATIE	
Die seltsame Ökonomie der Bürokratie	59
Sascha Tamm	
Lehren aus dem Parkinsonschen Gesetz	79
Pierre Bessard	
Die Bürokratie und ihre Anreize – eine Analyse nach Ludwig von Mises	89
Rahim Taghizadegan	

II. ANSÄTZE ZUR REGULIERUNGSEINDÄMMUNG

Mut zur Regulierungslücke	109
Beat Brechbühl und Andreas Bühler	
Mit Regeln und Prinzipien gegen Regulierungsversagen	129
Markus Saurer und Silvio Borner	
Bessere Institutionen für einen begrenzten Staat	149
Pierre Bessard und Olivier Kessler	

III. ALTERNATIVEN ZUR HERKÖMMLICHEN BÜROKRATIE

Wider die Erosion des Privatrechts durch das öffentliche Recht	181
Daniel Eisele	
Entstaatlichung von Regulierung	201
David Dürr	
Wachsende Regulierungsdichte: Digitalisierung als Ausweg?	221
Erich Herzog	

AUSBLICK

Chancen für Entbürokratisierung	247
Gerd Habermann	
Die Herausgeber	259
Die Autoren	260
Das Liberale Institut	265

Entstaatlichung von Regulierung

David Dürr

Wenn Sie angesichts dieses Titels fürchten, der hier vorgestellte Ansatz laufe auf eine Rechtsordnung ohne jede staatliche Einflussnahme hinaus, ohne staatliche Gesetze, staatliche Gerichte und staatliche Rechtsdurchsetzung, dann kann ich Sie beruhigen: Es wird zwar genau hierauf hinauslaufen, doch ist dies kein Grund zur Furcht, sondern Anlass zur Freude. Denn die hier vorgestellte Entstaatlichung will Regulierung nicht einfach abschaffen, sondern durch eine staatsfreie und damit viel bessere Regulierung ersetzen.

Dabei geht es nicht einfach darum, dass der freie Wettbewerb der bessere Regulator als der Staat ist, der Konkurrent der bessere Konsumentenschützer und der Nachbar der bessere Baupolizist – das alles trifft zwar fraglos zu – sondern spezifisch um das Rechtliche der Regulierung, das heisst deren Verbindlichkeit, inhaltliche Festlegung und notfalls zwangsweise Durchsetzung. Und auch hier geht nun die Aussage dahin, dass dies ohne Staat viel besser funktioniert.

Regulierung als Verwaltungsrecht

Unter Regulierung versteht man üblicherweise nicht einfach Rechtsvorschriften, wie sie etwa das Privatrecht kennt mit dem Zweck, Konflikte zwischen Privaten zu regeln. Regulierungen sind demgegenüber Vorschriften, bei denen der Staat selbst Partei ergreift und bestimmte Anliegen von sich aus einbringt, nicht nur mit Gesetzgebung, sondern vor allem auch mit behördlichem Handeln¹: Arbeitsämter, Bau- und

¹ So zumindest der übliche Sprachgebrauch. «Regulierung» ist jedoch kein rechtstechnischer Begriff und wird bisweilen auch generell für rechtliche Vorschriften verwendet, also auch für traditionelle Normen des Privat- und Strafrechts.

Gewerbe-inspektorate in der Arbeits-, Gewerbe- und Bauwirtschaft, die FINMA² in den Finanz- und Versicherungsbranchen, Erziehungsdirektionen im Schulwesen, das BAG³ und kantonale Gesundheitsdirektionen im Gesundheitswesen, das BSV⁴ in der Alters- und Invalidenvorsorge, kantonale Tierschutzämter im Bereich Landwirtschaft und Haustiere, das BAFU⁵ und kantonale Umwelt-, Energie- etc. -ämter im Bereich der Ökologie – um noch längst nicht alle zu erwähnen⁶.

Man könnte auch sagen, das Privatrecht setzt horizontal, Regulierung dagegen vertikal an. Parteien des Privatrechts sind Menschen, Familien, Erbgemeinschaften, Unternehmen, private Gesellschaften, Genossenschaften, die untereinander in Konflikt geraten und nun den Richter anrufen, auf dass dieser ihre gegenseitigen Positionen unbefangen und neutral aneinander messe. Parteien im Regulierungsbereich dagegen sind einerseits zwar ebenfalls Private, Unternehmen, Familien etc., andererseits aber immer auch der Staat bzw. die staatliche Verwaltung. Man ordnet die entsprechenden Rechtsbeziehungen deshalb dem Verwaltungsrecht als Teil des öffentlichen Rechts zu. Hier ist der Staat nicht Konfliktlöser, sondern Partei.

In dieser scheinbar harmlosen Unterscheidung liegt nun eine Problematik unserer Rechtsordnung, die grundsätzlich nicht sein könnte. Denn die Besonderheit des öffentlichen Rechts liegt nicht nur darin, dass der Staat als Partei mit eigenen Anliegen auftritt, sondern dass er selbst auch für die rechtliche Durchsetzung sorgt. Wie ungeheuerlich dies ist,

² Eidgenössische Finanzmarktaufsicht.

³ Bundesamt für Gesundheit.

⁴ Bundesamt für Sozialversicherung.

⁵ Bundesamt für Umwelt.

⁶ Zu erwähnen wären etwa auch Regulierungen, die aufgrund staatlicher Gesetze an private Verbände delegiert sind, beispielsweise im Bereich der Medizinalberufe.

wird offensichtlich, wenn man sich vorstellt, es würde im Privatrecht das gleiche gelten: Eine Konfliktpartei – beispielsweise eine Bank, die wegen unsorgfältiger Vermögensverwaltung vor Gericht gezogen wird – würde gleich selbst das Gericht stellen, die anwendbaren Regeln vorgeben und das Urteil dann auch noch selbst vollstrecken. Im Verwaltungsrecht ist das der Alltag, im Privatrecht wäre es undenkbar.

Die Rolle des Staats im Recht

Es ist denn auch kein Zufall, dass das Privatrecht der europäischen Tradition weitgehend ohne Staat auskommt. Historische Frühformen unseres Privatrechts, vor allem das bis heute nachwirkende römische Recht der Republik und des kaiserlichen Prinzipats – rund 1 000 Jahre bis zum 5. Jahrhundert nach Christus – war weitgehend Richterrecht, das durch schiedsartige Geschworene ausgefällt und entwickelt wurde. Zwar spielte auch ein hoher öffentlicher Beamter, der Prätor, eine prominente Rolle, doch bestand diese vorwiegend darin, die Verfahrensordnung festzulegen und die gefällten Urteile zu sammeln. Für das Urteil massgebend waren jeweils die Fakten des Sachverhalts und Erfahrungen aus ähnlich gelagerten Präjudizien, nicht jedoch inhaltliche Anliegen des Prätors. «Quelle des Rechts» – wie man dies heute nennen würde – war nicht ein geschriebenes staatliches Gesetz, sondern die im Konflikt aufeinanderstossenden Interessen, die es aneinander zu messen galt.

Auch das berühmte, im 6. Jahrhundert vom oströmischen Kaiser Justinian I. geschaffene «Corpus Iuris Civilis» war kein staatliches Gesetz in unserem heutigen Sinn, sondern eine Sammlung von Präjudizien und Lehrsätzen, die gleichsam auf einen aktuellen Stand gebracht wurden. Zwar wurde dieses «Corpus» durchaus «in Kraft gesetzt»⁷ und da-

⁷ Durch kaiserliches Dekret im Jahr 533.

mit zu einer Art Rechtsquelle, inhaltlich handelte es sich aber um nichts anderes als das, was sich während Jahrhunderten aus zahlreichen Fallentscheidungen entwickelt hatte. Das Gesetz als ein formales Gefäss, in das man irgendetwas einfüllen konnte, auf dass es dann zum gültigen Recht werde, war dies noch nicht.

Zumindest galt dies für die privatrechtlichen Teile des «Corpus Iuris»⁸, die viel später über die mittelalterliche und die neuzeitliche Rezeption auf das Interesse der Rechtswissenschaft des 18. und 19. Jahrhunderts stiessen und schliesslich in die grossen Gesamtkodifikationen der neu entstandenen Nationalstaaten einflossen; bei uns in der Schweiz 1883 in das schweizerisches Obligationenrecht (OR) und 1912 in das noch umfassendere Zivilgesetzbuch (ZGB). Verwaltungsrecht war dabei kein Thema. Dies nicht, weil es keine staatliche Verwaltung gegeben hätte, sondern weil sich noch kein Bedarf nach einem eigenen Verwaltungsrecht artikuliert. Soweit es zu Streitfällen mit der Verwaltung kam, behalf man sich mit den gleichen oder zumindest ähnlichen Grundsätzen wie das Privatrecht – eigentlich ein sympathisches Prinzip, sollte doch der Staat und seine Verwaltung den gleichen Gesetzen unterstehen wie alle anderen Gesellschaftsmitglieder auch; getreu nach dem Grundsatz, dass alle vor dem Gesetz gleich seien, Grosse und Kleine, Starke und Schwache, der Staat und die Bürger.

Ungleichheit vor dem Gesetz

Doch genau dies passte staatlichen Behörden immer weniger. Beflügelt von der europaweiten Stärkung als konstitutionelle Nationalstaaten dehnten sie ab dem 19. Jahrhundert nicht bloss ihre eigenen Kompetenzen ständig aus, sondern ent-

⁸ Daneben enthielt das «Corpus Iuris Civilis» auch verwaltungsrechtliche Teile, namentlich Kaisererlasse des «Codex Iustinianus» im Steuer- und Militärwesen.

wanden sich auch immer mehr dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz. Mit immer weiter gefassten «Hoheitsrechten» einher ging eine immer stärkere Verselbständigung des Verwaltungsrechts. Und da zu diesen staatlichen Hoheitsrechten immer hemmungsloser auch dasjenige der Gesetzgebung gehörte, kann es nicht erstaunen, was in diesen staatlichen Gesetzen zu stehen kam: nämlich das, was den Staat möglichst wenig beschränkte und kontrollierte, dafür umso mehr förderte und unterstützte.

Im Ergebnis bedeutete dies nichts anderes, als dass für Private einerseits und für Behörden andererseits je völlig getrennte Rechtsordnungen entstanden, somit der Grundsatz der Gleichheit aller vor dem Gesetz auch gesetzestechnisch aufgehoben und stattdessen das Prinzip der Ungleichheit institutionalisiert wurde: Für Normalsterbliche weiterhin das traditionelle Privatrecht; für den Staat hingegen das neu entwickelte Verwaltungs- bzw. öffentliche Recht, dessen Inhalt niemand anderer definierte als wiederum der Staat.

Dies mochte in den Anfängen noch harmlos daherkommen. Um viel mehr als um Ruhe und Ordnung und ähnliche «Polizeigüter»⁹ ging es der staatlichen Verwaltung zunächst nicht. Sozialstaatliche Anliegen waren noch wenig entwickelt; Bauvorschriften noch gar nicht Sache des Staates, sondern des privaten Nachbarrechts. Welch unheimliches Wucherpotenzial das öffentliche Recht mit seiner unkontrollierten Verselbständigung barg, zeigte sich erst im staatlichen Terror des 20. Jahrhunderts, als es zu spät war, um rechtlich Gegensteuer zu geben; und dies nicht nur, weil die Macht des Staates viel zu gross war, sondern weil er sich nun auf sein eigenes Verwaltungs-«Recht» berufen konnte. Der nationalsozialistische Rassenterror etwa unterliess es nicht, sich auf

⁹ Von Polizeigütern spricht man beim Schutz von Leib und Leben, generell physischer Sicherheit, Eigentum etc., dies im Gegensatz etwa zu sozialpolitischen beziehungsweise Wohlfahrtsanliegen.

förmlich erlassene und offiziell publizierte Gesetze abzustützen¹⁰. In einer Rechtsordnung, wo alle vor dem Gesetz gleich sind, Kleine und Grosse, Bürger und Behörden, Juden und Arier, Geführte und Führer, wären solche Unrechtsgesetze nicht möglich gewesen.

Und selbst nach diesen Unrechtskatastrophen fand ein grundsätzliches Hinterfragen des staatlichen Rechts nicht statt. So unverdächtige, von ethischen Zielen motivierte Autoritäten wie der Rechtsgelehrte Gustav Radbruch, der unter dem Naziregime mit einem Berufsverbot belegt war, schafften es nicht, Recht ohne staatliches Gesetz zu denken:

«Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmässig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Mass erreicht, dass das Gesetz als <unrichtiges Recht> der Gerechtigkeit zu weichen hat.»¹¹

Radbruch schrieb diesen Satz im Jahr 1946, also kurz nach dem Ende der Gewaltherrschaft mit den erwähnten Rassengesetzen und Schauprozessen. Der Satz ging in die Juristenwelt ein als die «Radbruch'sche Formel». Gelobt und verehrt wurde sie vor allem wegen des zweiten Halbsatzes, wonach die Gerechtigkeit unter Umständen dem staatlich erlassenen Gesetz, dem sogenannten positiven Recht, vorgehe. Weniger Beachtung fand jedoch der erste Halbsatz und damit die doch sehr bemerkenswerte Aussage, dass das staatliche Gesetz im Zweifel einfach gelten müsse; und dies selbst

¹⁰ Etwa das Reichsbürger- und das Blutschutzgesetz, die im Jahr 1935 zunächst von einem NSDAP-Parteitag in Nürnberg gefordert und alsdann vom deutschen Reichstag, also dem staatlichen Gesetzgebungsorgan, beschlossen wurden.

¹¹ Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung 1946, S. 107.

dann, «wenn es inhaltlich ungerecht» sei. Im Zweifel müsse man ihm halt doch – knurrend vielleicht – gehorchen. Erst wenn es zum Himmel schreit, dürfe man sich widersetzen.

Das ist etwa gleich überzeugend, wie den Fuchs zum Ordnungshüter des Hühnerstalls zu machen und den Hühnern erst dann ein Widerstandsrecht einzuräumen, wenn der Ordnungshüter wider Erwarten auf die Idee kommen sollte, sie zu fressen. Ganz offensichtlich waren das Recht und seine Wissenschaft nicht geneigt, grundsätzliche Lehren aus der Katastrophe zu ziehen. Und da der Verwaltungsstaat – jedenfalls in der Schweiz – kurz nach den Weltkriegen noch immer nicht sehr aufgebläht war, konnte man umso getroster zur Tagesordnung übergehen, die Totalitarismusgefahren des Staates ad acta legen und das öffentliche Recht als Nebenthema behandeln.

Die Metamorphose der Linken

Als ich zu Beginn der 1970er-Jahre Recht studierte, spielte das öffentliche Recht denn auch keine grosse Rolle. Am ehesten vielleicht noch das Strafrecht¹², eher am Rande das Staatsrecht und so gut wie gar nicht das Verwaltungsrecht. Dieser Stoff, aus dem die heute flächendeckenden Regulierungseingriffe gemacht sind, war als eigenständige Rechtsdisziplin noch nicht sehr weit gediehen. Systematische Lehrbücher, wie man sie im Privatrecht seit hundert Jahren kannte, gab es im Verwaltungsrecht noch immer nicht. Was es in meinem Studium gab, war ein mit Wachsmatrizen vervielfältigtes Skriptum eines jungen, von etatistischer Aufbruchsstimmung beseelten Professors, der mit Herzblut daran ging, uns Studenten zu tatkräftigen Fachkräften neuer staatlicher Beglückungsprogramme heranzubilden.

¹² Das man üblicherweise dem öffentlichen Recht zurechnet, weil es jeweils um den Strafanspruch des Staates geht; inhaltlich geht es indes nicht nur um Konflikte mit dem Staat, sondern auch um solche zwischen Privaten.

Natürlich lernten wir dies alles fleissig und bewiesen dann unser Können an der Schlussprüfung. Wirklich ganz alle waren es allerdings nicht. Einzelne begegneten dem verwaltungsrechtlichen Paternalismus mit Skepsis, ja mit Hohn und auch mit Protest. Das waren nicht libertäre Staatskritiker – solche gab es damals erst in den fernen USA – sondern linke Jungrevolutionäre. Sie wollten sich «à tout prix» nicht bevormunden lassen, weder von kapitalistischen Bonzen noch von staatlichen Potentaten. Und ebenso wenig von angeblich gescheiterten Professoren.

An einen Professor immerhin erinnere ich mich, der auch und gerade bei den Linken beliebt war. Der brillante Strafrechtler aus Deutschland tat nichts lieber, als Widersprüche in der staatlichen Strafjustiz aufzuzeigen und diese als Repressionsinstrument einer bornierten Obrigkeit zu entlarven. Das kam bei den 68ern gut an. Für sie war so ziemlich alles, was vom Staat kam, Repression: all diese spiessigen Vorschriften und Beschränkungen wie die Polizeistunde, die Tramtaxen, in einzelnen Kantonen das Konkubinatsverbot, die unverschämten Studiengebühren, die erniedrigende Militärdienstpflicht sowieso und nicht zuletzt das staatliche Strafrecht. Dieses war so etwas wie die Domäne der Linken, nicht um es einzusetzen, sondern um es zu zerlegen, blosszustellen und auszubremsen. Die linken Studenten wurden später linke Strafverteidiger und kämpften gut ausgebildet und scharfzüngig gegen meist bürgerliche Staatsanwälte und Strafgerichte.

Doch in der Folge, wohl um die Wende von den 1970er- zu den 1980er-Jahren, muss so etwas wie eine Metamorphose der Linken in ihrem Verhältnis zu staatlicher Einflussnahme eingesetzt haben. Ihre traditionell pazifistische Abneigung gegen Atombomben weiteten sie nun auf Atomkraftwerke aus. Ihre Gegner waren nun nicht mehr nur staatliche Generäle, sondern privatwirtschaftliche Generaldirekte-

ren. Und gegen diese konnte es nun plötzlich probat sein, staatliche Instrumente zur Hand zu haben.

Das war ein fruchtbarer Nährboden für zentralstaatliche Regulierung: 1980 trat das gesamtschweizerische Raumplanungsgesetz in Kraft, dem 1983 das seelenverwandte Umweltschutzgesetz folgte, 1982 die landesweit verbindlichen Vorschriften zur beruflichen Vorsorge gemäss dem BVG¹³, 1992 das Konsumenteninformationsgesetz, um wiederum nur einige zu nennen. Und es war die Zeit, als einzelne besonders motivierte 68er auf ihrem Weg durch die Instanzen eben daran waren, sich in den Teppichetagen der staatlichen Verwaltungsbürokratie einzurichten. Das Verwaltungsrecht, das sie zu Studienzeiten verachtet hatten, war zu ihrem täglichen Arbeitsinstrument geworden.

Der Wunsch des Staates sei Befehl

Und es erwies sich als ausgesprochen praktisch, dieses Verwaltungsrecht. Vor allem wenn es darum ging, Regulierungsinhalte in die Tat umzusetzen und dabei in die Freiheit der Leute einzugreifen: Will ein staatliches Amt einen solchen Eingriff vornehmen – ein Bauvorhaben beschränken, eine Umweltschutzmassnahme durchsetzen, den Bau eines Minaretts oder einer Zweitwohnung verbieten, die Anstellung eines Ausländers verbieten, den Beitritt zu einem Vorsorgeträger erzwingen, die Teilnahme am gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht durchsetzen, etc. – so schreibt das betreffende staatliche Amt sein Ansinnen auf ein Stück Papier und schmückt dieses mit der Überschrift «Verfügung». Das ist ein wahres Zauberwort. Denn damit ist die betreffende Massnahme bereits bewilligt, erlaubt und rechtens, und dies im durchaus rechtlich durchsetzbaren Sinn.

Zum Vergleich das Privatrecht der Normalsterblichen: Hier müsste man in all diesen Fällen zuerst mit dem

¹³ Bundesgesetz über die berufliche Vorsorge.

Betroffenen verhandeln, ihn von der vorgesehenen Massnahme überzeugen und allenfalls eine Abgeltung für seine Einschränkungen aushandeln. Und wollte man noch versuchen, die Massnahme auch ohne Zustimmung durchzusetzen – etwa weil man sie für besonders wichtig und dringend erachtet –, so müsste man auch darum kämpfen, notfalls ein neutrales Gericht anrufen, das beurteilen soll, ob ein Anspruch auf Durchsetzung der Massnahme ausnahmsweise auch ohne Zustimmung des Betroffenen statthaft sei. Das ist der anstrengende «Kampf ums Recht», wie ihn im 19. Jahrhundert der deutsche Jurist Rudolf von Jhering beschworen hatte:

«Alles Recht in der Welt ist erstritten worden, jeder Rechtsatz, der da gilt, hat erst denen, die sich ihm widersetzen, abgerungen werden müssen, und jedes Recht ... setzt die stetige Bereitschaft zu seiner Behauptung voraus.»¹⁴

Beim Verwaltungsrecht des Staates entfällt dies. Anstelle der anstrengenden Auseinandersetzung tritt die Anordnung, und nichts als sie. Der Wunsch des Staates sei Befehl!

Richter und Gesetzgeber in eigener Sache

Um dem Ganzen doch noch so etwas wie einen Anstrich von «Recht» zu geben, räumt das Verwaltungsrecht dem Betroffenen jeweils noch die Möglichkeit einer Einsprache oder eines Rekurses ein. Das ist blanker Zynismus, wenn man bedenkt, welche Zumutungen einen Verfügungsadressaten, der sich beispielsweise gegen ein fehlerhaftes Bauverbot wehren will, auf seinem Rechtsmittelweg erwarten: Es beginnt schon damit, dass ihm die anstrengende Offensivrolle zugeschoben wird. Er hat womöglich die kostspielige Unterstützung eines Anwalts beizuziehen, er hat darzulegen, weshalb das Verbot nicht gerechtfertigt sei. Und wenn er nicht aufpasst wie ein

¹⁴ Rudolf von Jhering, *Der Kampf ums Recht*, 1892, S. 2.

Häftlimacher, hat er auch schon die kurze Frist verpasst, die ihm vom Staat angesetzt wird. Je nach anwendbarer Verfahrensordnung beträgt sie 10 bis höchstens 30 Tage. Für die Einsprachen- oder Rekursbehörden hingegen gibt es keine Fristen. Bis man von denen etwas liest, in der Regel eine Abweisung des Begehrens, kann es gern auch mehrere Monate dauern.

Mit in dieses Bild gehört, dass – wie eingangs schon erwähnt – der Staat selbst das Gericht stellt. Die Richter sind also von einer der Konfliktparteien angestellt! Und wollte unser tapferer Rekurrent noch auf diesen Missstand hinweisen, so wird man ihn belehren, es gebe da als wichtiges Prinzip des Rechtsstaats die sogenannte «Gewaltenteilung». Hand aufs Herz: Wie würden Sie reagieren in einem Rechtsstreit gegen eine grosse private Firma, wenn diese selbst das Gericht stellen, alle Richter bezahlen und dies dann allen Ernstes damit rechtfertigen würde, das firmeneigene Gericht sei organisatorisch strikt von den anderen Firmenabteilungen getrennt?

Und schliesslich stammen die in diesem merkwürdigen Gerichtsverfahren angewendeten Gesetze von niemand anderem als wiederum von der gleichen dominanten Gegenpartei namens Staat; die erst noch keine Hemmung hat, dies unter der Bezeichnung des «Gesetzmassigkeitsprinzips» als rechtsstaatliche Tugend auszugeben: Der Staat greife nämlich nicht willkürlich in die Rechte der Privaten ein, sondern nur wenn eine gesetzliche Grundlage dafür bestehe. Nochmals Hand aufs Herz: Wie würden Sie in unserem beispielhaften Rechtsstreit gegen eine grosse private Firma reagieren, wenn diese die Ihnen zugefügte Schädigung damit rechtfertigen würde, sie habe sich vorweg noch eigens die Bewilligung dazu erteilt?

Von solchen Anfechtungen – selten genug – in Verlegenheit gebracht, pflegt der Staat sich gern auf «Demokratie» zu berufen: Die Ansichten und Anliegen des Staates seien

nicht einfach dessen subjektive Launen, sondern letztlich das, was das Volk als Ganzes wolle und sich in demokratisch legitimierten Abläufen in solche Anliegen des staatlichen Gesetzgebers verdichte.

So elegant das klingen mag, so unzutreffend ist es: Die allermeisten der etwa in Bundesbern produzierten Normen¹⁵ stammen nicht von der Legislative, sondern von der Regierung. Der mit Abstand grösste Teil aller Bundesvorschriften, die sogenannten Verordnungen, wird vom Bundesrat und seinen Departementen erlassen, ohne dass das Parlament sie auch nur zu Gesicht bekommt¹⁶. Vors Parlament kommen bloss sogenannte Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse, doch auch sie sind weitestgehend Produkte der Regierung, werden sie doch zu mehr als 90 Prozent von ihr initiiert, von ihr und ihren Departementen textlich ausgearbeitet und schliesslich wieder von ihr in Kraft gesetzt.

Dass diese Erlasse auch noch eine Schlaufe durchs Parlament einlegen, hat vorwiegend Ritualcharakter. Mehr als kosmetische Änderungen sind dabei nicht die Regel, sondern seltene und insofern wiederum rituelle Ausnahmen; von den noch viel selteneren Schlaufen der Volksabstimmung – weniger als 2 Prozent der geltenden Bundesgesetze sind davon betroffen¹⁷ – nicht zu reden.

Der Stoff, aus dem Privatrecht ist

Aber gibt es denn Alternativen? Wer, wenn nicht der Staat, soll Recht schaffen? Wer gibt denn die Gesetze, wenn wir den staatlichen Gesetzgeber abschaffen? Selbst unser Privatrecht

¹⁵ Auf kantonaler Ebene gilt weitestgehend das gleiche.

¹⁶ Rund 75% der Bundesvorschriften entstehen ohne Befassung des Parlaments.

¹⁷ Typische Beispiele sind Verfassungsrevisionen. Und selbst wo solche angenommen werden, sind es in der Regel nicht mehr als 15 bis 20% der Rechtsunterworfenen, die zustimmen.

wurde und wird ja nicht von Privaten, sondern von der staatlichen Bundesversammlung in Bern beschlossen. Wer denn sonst soll die Legitimation haben, den Menschen in diesem Land Vorschriften zu machen beziehungsweise – um bei unserem Thema zu bleiben – Regulierungen vorzusehen?

Die Antwort mag vielleicht verblüffen: Es braucht überhaupt keinen Gesetzgeber, weder einen staatlichen noch einen privaten. Gesetze, Normen, Regulierungen müssen nicht gegeben werden, Gesetze und Normen gibt es. Die Regeln des menschlichen Zusammenlebens gelten nicht, weil jemand sie anordnet, sondern es lässt sich das Phänomen feststellen, dass menschliche Gesellschaften nach Regeln funktionieren. Es ist nicht deshalb verboten, jemanden umzubringen, weil dies im staatlichen Gesetzbuch steht, sondern es steht im Gesetzbuch, weil es verboten ist. Stünde es nicht im Gesetzbuch, wäre es trotzdem verboten. Und stünde etwas anderes im Gesetz, so wäre dies falsch. Mit anderen Worten: Das staatliche Gesetz ist entweder unnötig oder falsch.

Kein Wunder fürchtet es um seine Wirkungsmacht und legt so grossen Wert auf seine Durchsetzung bis hin zur Forderung, es brauche einen besonders starken, mit Gewaltmonopol ausgestatteten Exekutor. Denn Recht ohne Macht, so heisst es dann, habe ja gar keine Geltung¹⁸. Das Argument ist aber falsch. Denn der Ruf nach einem mächtigen Durchsetzer zeigt ja gerade die fehlende Geltung des Gesetzes. Ein Gesetz, das gilt, braucht keine Hilfe. Die Schwerekraft braucht weder befohlen noch durchgesetzt zu werden, das macht sie alles von selbst. Und ebenso tun dies die vielen natürlichen und ausgesprochen wirkungsvollen Gesetzmässigkeiten des menschlichen Zusammenlebens. Sie anzuordnen und durchzusetzen, ist gleich grotesk, wie dies bei der Schwerekraft wäre.

¹⁸ Was beispielsweise der bereits erwähnte Gustav Radbruch nicht erst nach, sondern bereits vor der Unrechtskatastrophe betont hatte, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2014, S. 159 ff.

Genau aus einem solch natürlichen Stoff ist das Privatrecht gemacht. Zwar waren die bereits erwähnten Privatrechtskodifikationen von Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts staatliche Gesetzeserlasse, doch war genau dies ihre Schwäche. Ihre Stärke war hingegen der Inhalt, der nicht von Politikern angeordnet, sondern von Rechtshistorikern erforscht, festgestellt, verstanden und aufgeschrieben wurde.

Die damals einflussreiche historische Rechtsschule hatte sich noch kräftig dagegen gewehrt, dass das Recht nicht der Hand der Wissenschaft entwunden und dem bornierten Staat überantwortet wird. Die Dynamik des neuen Nationalstaats war dann aber stärker; und seine Borniertheit derart gross, dass er sich allen Ernstes einbildete, das von ihm erlassene Gesetz sei die Quelle von Recht. Etwa so wie der Hahn Chantecler in der Tierfabel, der zusammen mit seinem Hühnerhof fest davon überzeugt ist, dass die Sonne nur dank seines dezidierten Morgenschreis hervorkommt¹⁹.

Zwischenfazit: Der Kampf ums Recht

Sofern es gerechtfertigt ist, gewissen Interessen von Angestellten, Konsumenten, Patienten, Anlegern, Vorsorgenden oder grünen Landschaften zu Hilfe zu kommen, und sofern der Staat nun eben dies zu seinem Anliegen macht, so bringt nicht er dieses edle Trachten in unsere schlechte Welt hinein; es ist schon da. Zumindest dafür braucht es keinen Staat. Wo Positionen zu kurz kommen, bedrängt werden, Übergriffe stattfinden, Ungerechtigkeiten passieren, da regt sich Widerstand. Das ist Naturgesetz, «actio» gleich «reactio». Sozusagen als Auftakt zum Jhering'schen «Kampf ums Recht».

Nun mögen diese zu kurz Gekommenen, Bedrängten, Verletzten zu schwach sein, um sich gegen ihre Widersacher durchzusetzen; dies ja oft ein Argument zur Legitimierung staatlicher Regulierung zugunsten von Arbeitnehmern, Kon-

¹⁹ Komödie von Edmond Rostand, Chantecler, 1910.

sumenten, Patienten, Schülern und anderen oft schwächeren Konfliktparteien. Und gegen solche Unterstützungen ist überhaupt nichts einzuwenden. Bloss ist auch hier der Staat entbehrlich, wenn nicht sogar schädlich. Denn als angeblicher «Vertreter» des ganzen Volkes wird er immer auch die Gegenpositionen beachten müssen und hat insofern eine Biss-hemmung. Geeigneter sind möglichst unabhängige Gewerkschaften, Konsumentenorganisationen, Patientenvereinigungen, Tierschutzaktivisten, Umweltbewegungen etc., also bewusst und möglichst professionell geführte, vorbehaltlos auf die Interessen ihrer Mitglieder ausgerichtete Akteure, welche die notwendige Schlagkraft zur Behauptung ihrer Interessen aufbringen.

Diese Akteure werden nun ihre Positionen bei Arbeitgeber, Unternehmern, Baufirmen, Landwirten, Gesundheitsanbietern etc. anmelden. Notfalls werden sie ihren Forderungen mit Streiks, Geländebesetzungen, Tierbefreiungsaktionen oder Medienkampagnen Nachdruck verleihen. Damit werden sie natürlich auf Widerstand der Gegner stossen. Auch diese werden, soweit nicht selber stark genug, ihre Reaktionen in professioneller und notfalls schlagkräftiger Weise organisieren. Es wird zu Konfrontationen kommen, die sehr unterschiedlich verlaufen können – doch allemal wird sich daraus ein starker Trend zur Lösung des Konflikts ergeben. Dies nicht, weil jemand von aussen ein Machtwort spricht, sondern wiederum als Naturgesetz; Verhaltens- und Konfliktforscher²⁰ können dies bestätigen; und nicht zufällig ist dieses Phänomen auch in einem anderen Bereich festzustellen, bei

²⁰ Die Verhaltensforschung weist vor allem in ihrer ethologischen Ausrichtung auf sehr ausgeprägte Konfliktlösungsabläufe etwa auch bei anderen Primaten hin; statt vieler Franz Wuketits, Soziobiologie, 1997, S. 57 ff.

dem es keine oberste Machtzentrale gibt, nämlich im globalen Völkerrecht²¹.

Ein wichtiges Element bei diesem Trend zur Konfliktlösung ist der Miteinbezug von Dritten, die im Sinn des Wortes Interesse²² zeigen, sich aus eigenem Antrieb einmischen oder von den Parteien herbeigerufen werden. Sie leiden mit, das heisst sie zeigen Empathie, für die eine oder die andere, bisweilen auch für beide Seiten; sie sind dabei, doch nicht so unmittelbar wie die Parteien selbst. Aus solchen und vielen anderen gruppenspezifischen Zusammenhängen kommen Aspekte von weniger starker Befangenheit, von so etwas wie Objektivität und insofern einer gewissen «Richtigkeit» auf. Das sind jeweils hochkomplexe, aber gleichwohl berechenbar ablaufende Prozesse, an deren Ende zumindest typischerweise die Lösung des Konflikts steht. Ob diese dann durch Urteil, Rückzug, Anerkennung, Ausweichen oder etwa Vertrag geschieht, sind dann bloss Unterszenarien des gleichen Grundphänomens.

Fazit: Recht von unten statt von oben

Auf diese Weise werden die Zielsetzungen der heute verwaltungsrechtlich umgesetzten Regulierungen vollständig abgedeckt. Das heisst, es werden all die verschiedenen Regulierungsanliegen artikuliert, in einen gesellschaftlichen Diskurs eingebracht, mit jeweils kollidierenden Gegeninteressen ausgetragen, zu sachgerechten Lösungen geführt und diese wiederum umgesetzt. Doch im Gegensatz zum zentralistischen «Top-down»-Ansatz des Staates kommt ein dezentraler «Bottom-up»-Ansatz zum Tragen. Dies bringt grosse Vorteile:

²¹ Das ohne Welt-Machtzentrale auskommende Völkerrecht kennt sehr prominent die Funktionen der Vermittlung, der «guten Dienste» und anderer Interventionen von Drittstaaten zwecks Beilegung von Konflikten zwischen Staaten.

²² Lateinisch inter-esse = dazwischen sein.

-
- «Bottom-up»-Konfliktlösungen werden nur dort in Gang gesetzt, wo es auch wirklich Konflikte gibt. Dies im Gegensatz zur ständigen Versuchung des staatlichen Konfliktlösers, sich neue Betätigungsfelder zu suchen und deshalb Konflikte herbeizureden, wo sich überhaupt niemand als Opfer beschwert (Beispiel Drogenprohibition, Salz- und Zuckergehalt der Ernährung) oder wo es um Glaubens- oder Modefragen geht (Beispiel Klimawandel, Kopftuchverbot).
 - «Bottom-up»-Konfliktlösungen geben nicht einfach dem einen Recht und dem anderen Unrecht, sondern berücksichtigen auch die im Konflikt liegende Gegenseitigkeit. Setzt sich das Anliegen der einen Seite durch, so wird dies nur mit einer angemessenen Abgeltung der beeinträchtigten Gegenseite zu lösen sein (Beispiel Zweitwohnungsverbot²³).
 - «Bottom-up» beigezogene oder intervenierende Konfliktlöser, Mediatoren, Vermittler etc. sind in der Regel unbefangen. Wären sie es nicht, hätten sie keine Chance, einen für alle Konfliktparteien akzeptablen Lösungsbeitrag zu leisten, sei es einen Einigungsvorschlag, ein Schiedsurteil oder auch nur eine Verhandlungsunterstützung. Beim Staat ist dies nicht der Fall, ist er doch geradezu durchgesetzt von spezifisch ausgerichteten Interessenvertretungen. Bei ihm stellen gleichsam die Konfliktparteien das Schiedsgericht, womit das Element einer tendenziell objektiven Interessenabwägung von vornherein entfällt.

²³ Die Zweitwohnungsinitiative gemäss Abstimmung vom 11. März 2012 wurde mit 1 152 598 Ja-Stimmen angenommen (was übrigens bei einer Landesbevölkerung von damals 7 954 000 Personen bzw. Rechtsunterworfenen eine Zustimmungquote von nur gerade 14,5% ergibt). Diese kleine Minderheit musste aber nicht mehr tun, als ein Ja auf den Stimmzettel zu setzen. Dass sie damit in den Touristikkantonen riesige Immobilienwerte vernichteten, bekamen sie nicht zu spüren.

- «Bottom-up» involvierte Konfliktlöser haben kein Monopol. Es werden deshalb tendenziell nur die Besten hinsichtlich Sachverstand, Professionalität, Zeit- und Kosteneffizienz zum Zug kommen. Vom Staat kann man dies nicht ernsthaft behaupten.
- «Bottom-up»-Konfliktlösungen verlaufen tendenziell mit Augenmass ab. Lösungen mit Nulltoleranz und bürokratischer Perfektionierung werden kaum Akzeptanz erzielen. Beim Staat jedoch gibt es für Kompromisse grundsätzlich keinen Raum, muss er doch stets als Sieger vom Platz. Die oft beschworenen Grundsätze der Verhältnismässigkeit oder der Opportunität gibt es vor allem in den verwaltungsrechtlichen Lehrbüchern, in der Realität begegnen sie einem selten.
- Damit erschweren «Bottom-up»-Ansätze die Tendenz zu totalitären «Top-down»-Strukturen. Sie schaffen zwar nicht das Paradies, aber sie vermeiden die Hölle; auch dies im Gegensatz zum Staat.

Wie kommt man dahin?

Bleibt die Frage, wie sich ein solch grundsätzlicher Paradigmenwechsel verwirklichen lässt. Sicher chancenlos wäre es, staatliche Politprozeduren ins Auge zu fassen wie etwa das Ergreifen einer Initiative zur Entstaatlichung von Regulierung oder die Wahl von Parlamentariern, die dafür sorgen sollen, dies in den Räten beliebt zu machen. Politische Systeme – wie soziale Systeme generell – schaffen sich nicht selbst ab. Der Ansatz kann nicht von innen, er muss von aussen kommen.

Beispielsweise mit einem rechtlichen Vorstoss gegen den Staat. Zu denken wäre etwa an eine Sammelklage von Individuen, Unternehmen oder Interessengruppierungen gegen die jeweils zuständigen Regulierer Bund, Kantone, allenfalls Gemeinden. Das Verfahren und das anwendbare Recht wären natürlich nicht staatlich, sondern würden sich

nach dem soeben dargestellten natürlichen Recht richten. Und die Rechtsbegehren würden auf Entlassung der Kläger aus der Zwangsverbindlichkeit der beklagten Regulierer lauten.

Es ginge also nicht um ein Verbot staatlicher Regulierung, sondern bloss um ein «Opting Out». Denn diejenigen, die sich bewusst und freiwillig der staatlichen Regulierung unterwerfen wollen, sollen daran nicht gehindert werden – bloss sollen die anderen nicht dazu gezwungen werden.

DER AUTOR

David Dürr

David Dürr lehrt an der Universität Zürich Privatrecht und Rechtstheorie und praktiziert als selbständiger Wirtschaftsanwalt und Notar bei SwissLegal Dürr+Partner in Basel. Er publiziert und referiert regelmässig in den Bereichen Sachenrecht und Rechtstheorie, letzteres mit pointierter anarcholibertärer Ausrichtung. Seine Ausbildung absolvierte er in Basel, Genf und an der Harvard Law School. Er habilitierte an der Universität Zürich.

DAS LIBERALE INSTITUT

Das 1979 gegründete Liberale Institut verfolgt das Ziel der Erforschung freiheitlicher Ideen. Das Institut fördert die Schweizer Tradition und Kultur individueller Freiheit, des Friedens, der Offenheit und politischen Vielfalt und setzt sich für die Weiterentwicklung der liberalen Geistestradiation ein. Privatautonomie auf der Basis von Eigentum und Vertrag und der freie Austausch von Ideen und materiellen Gütern auf offenen Märkten in einer dezentralen Ordnung stehen dabei im Mittelpunkt.

Als unabhängige, privat finanzierte Stiftung befasst sich das Liberale Institut mit den grundlegenden Fragen der Gegenwart und Zukunft und bereichert damit die öffentliche Debatte mit zivilgesellschaftlichen und marktwirtschaftlichen Perspektiven.

Edition Liberales Institut ist die Buchverlagsaktivität des Liberalen Instituts. Zuletzt erschienen hier die Bände «Markt für Bildung», «Wilhelm Röpke heute», «Warum die Politik versagt», «Sackgasse Sozialstaat» (3. überarbeitete und aktualisierte Auflage), «Befreit die Unternehmer!», «Europa: Die Wiederentdeckung eines grossen Erbes», «Schweizer Politik

im ökonomischen Praxistext», «Heilung für das Gesundheitswesen», «Nachteil Erbschaftssteuer», «Das Ende der Armut: Chancen einer globalen Marktwirtschaft», «Dem Schweizer Liberalismus auf der Spur», «Aus Schaden klug? Ursachen der Finanzkrise und notwendige Lehren» und «Natürliche Verbündete – Marktwirtschaft und Umweltschutz».

Liberales Institut

Rennweg 42

8001 Zürich, Schweiz

www.libinst.ch

libinst@libinst.ch