

Wie viel Zwang im freiheitlichen Rechtsstaat?

1. Funktionen des Rechts
 - 1.1. Ordnung und Stabilisierung
 - 1.2. Verhaltenslenkung
 - 1.3. Legitimierung und Integration
 - 1.4. Politische Auseinandersetzung und Konsensfindung
2. Zwang im Recht
 - 2.1. Zwingendes und dispositives Recht
 - 2.2. Zwang zur Durchsetzung von Rechtspflichten
 - 2.3. Schutzbedürfnisse, individuelle und gesellschaftliche Verantwortung – Schutz vor sich selbst
3. Instrumente der Verhaltenssteuerung
 - 3.1. Ge- und Verbote
 - 3.2. Anreize
 - 3.3. Bereitstellung von Leistungen, Organisationen und Verfahren
 - 3.4. Empfehlungen, Warnungen, Informationen
4. Kriterien für die Wahl der Instrumente
 - 4.1. Wirksamkeit
 - 4.2. Notwendigkeit – Verhältnismässigkeit Vorhersehbarkeit der Entwicklungen und der Folgen einer Regelung
 - 4.3. Akzeptanz einer Regelung
5. Mehr oder weniger Zwang im freiheitlichen Rechtsstaat?

Georg Müller

Wie viel Zwang im freiheitlichen Rechtsstaat?

Einleitung:

- Es geht um eine der Grundfragen, die in einem freiheitlichen Rechtsstaat immer wieder gestellt werden müssen, und die nicht allgemein beantwortet werden können. Vielmehr muss darüber für jedes Problem oder Gebiet im politischen Entscheidungsprozess eine Lösung gefunden werden. Die Rechtswissenschaft kann nur Grundlagen (Kriterien, Massstäbe) liefern, um einen rationalen Entscheidungsprozess zu ermöglichen.
- Übersicht über Gliederung (**Folie 1**)

1. Funktionen des Rechts

Mit der Rechtssetzung, d. h. der Tätigkeit, die zum Erlass von Rechtsnormen führt, können unterschiedliche Zwecke verfolgt werden.

1.1. Ordnung und Stabilisierung

Rechtssetzung kann darauf abzielen, eine Verhaltensordnung aufzustellen. Damit sollen – in der Sprache der Soziologen – Komplexität reduziert und Erwartungen von Menschen über das Verhalten anderer Menschen generalisiert und stabilisiert werden (**Folie 1**). In der Rechtswissenschaft spricht man von der Gewährleistung der Rechtssicherheit, vom Vertrauen auf die Geltung, die Kontinuität und die Durchsetzung von staatlichen Regelungen (**Folie 2**).

Diese ordnende und sichernde Funktion des Rechts ist in unserer hoch komplizierten, sich ständig wandelnden Welt von grosser Bedeutung. Sie hilft den Menschen, sich zurechtzufinden und ermöglicht ihnen, aufgrund von allgemein gültigen, dauerhaften Regelungen vernünftige Dispositionen zu treffen.

Nicht in allen Rechtsgebieten besteht ein gleich grosses Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Die Ordnungsfunktion ist im Privat-, im Straf- und Verfahrens- sowie im Polizeirecht besonders wichtig. Wo die Rechtssicherheit im Vordergrund steht, drängen sich Regelungen auf, die möglichst bestimmt sind, damit das künftige Verhalten der Normadressaten voraussehbar ist. Was die Instrumente der

Gesetzgebung angeht, sind Gebote und Verbote – also sog. „harte“ Instrumente – am ehesten geeignet, das Bedürfnis nach Rechtssicherheit zu befriedigen und damit die Ordnungsfunktion zu erfüllen. Allerdings führen Rechtsnormen mit hoher Dichte und Bestimmtheit dazu, dass die rechtsanwendenden Behörden weniger Spielraum haben, um die besonderen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und nach „Billigkeit“ zu entscheiden. Der Gesetzgeber hat deshalb die schwierige Aufgabe, die richtige Balance zu finden zwischen Rechtssicherheit einerseits und individueller Freiheit sowie Einzelfallgerechtigkeit andererseits.

1.2. Verhaltenslenkung

Im modernen Staat wird das Recht vorwiegend für die Verhaltenssteuerung eingesetzt, die zu einer bestimmten gesellschaftlichen Entwicklung führen soll. Besonders deutlich ist dies etwa im Raumplanungs-, Umwelt-, Energie-, Verkehrs- oder Sozialrecht. Der Steuerung der gesellschaftlichen Entwicklung dient ferner das Wirtschaftsrecht. Aber auch andere Rechtsgebiete, z. B. das Miet- oder das Arbeitsrecht, sind zunehmend auf diese Lenkungsfunktion ausgerichtet. Wir gehen von der Vorstellung aus, künftiges Geschehen lasse sich durch Rechtsnormen so programmieren, dass gewisse politische Zielsetzungen erreicht, bestimmte gesellschaftliche Zustände

verändert (oder gerade nicht verändert) werden. Man spricht gelegentlich davon, dass der Staat mit Hilfe der Rechtsordnung „social engineering“ betreibe. Das Recht soll mit anderen Worten sozialen Wandel bewirken.

Die Vorstellung, dass sich die Gesellschaft durch das Recht formen, in eine bestimmte Richtung entwickeln lassen könne, hat sich immer mehr als Wunsch- oder Zerrbild erwiesen. Die Steuerungsfähigkeit des Rechts ist durch verschiedene Faktoren begrenzt. Sie nimmt nach meinen Beobachtungen tendenziell ab. (Übersicht über die begrenzenden Faktoren, **Folie 3**)

- **Territorium:** Ein einzelner Staat kann mit eigenen Rechtsnormen keine globalen Probleme lösen. Bei vielen schwierigen Problemen wie z.B. der Organisation der globalisierten Wirtschaft, der Regelung der Migration, der Begrenzung von Umweltbelastungen oder der Bekämpfung internationaler Kriminalität sind die einzelnen Staaten auf internationale Zusammenarbeit angewiesen.
- **Akzeptanz:** Die Verhaltenssteuerung mittels Rechtsnormen setzt voraus, dass die Rechtsnormen auch befolgt werden. Androhung und Vollzug von Sanktionen sind Mittel der Rechtsordnung, um die Befolgung von Rechtsnormen sicherzustellen. Die Wirkung von Sanktionen ist jedoch

beschränkt. Die wichtigste Voraussetzung, dass Rechtsnormen befolgt werden, ist die Akzeptanz der Betroffenen. Das Recht kann nur Steuerwirkung erzielen, wenn es von weiten Teilen der Bevölkerung als „richtig“ anerkannt und in aller Regel freiwillig eingehalten wird. **Folie 4:** Soziale Entwicklungen können gefördert oder gebremst, allenfalls leicht geändert werden, aber nicht gestoppt oder in ihr Gegenteil verkehrt.

- **Prognoseunsicherheit:** Gesellschaftliche Entwicklungen sind nur steuerbar, soweit Prognosen über künftiges Geschehen möglich sind. Auch die Wirkung neuer Rechtsnormen lässt sich nicht mit Sicherheit vorhersehen. Sie können die beabsichtigten Wirkungen verfehlen oder sogar unerwünschte Nebenwirkungen erzielen.
- **Einzelfallgerechtigkeit:** Wie gesehen ist bei der Rechtssetzung die Frage nach der Dichte und Bestimmtheit von Rechtsnormen zu beantworten. Sollen Rechtsnormen den rechtsanwendenden Behörden ermöglichen, die besonderen Umstände des konkreten Einzelfalls berücksichtigen und damit „billige“ Entscheide treffen zu können, so müssen sie eine gewisse Unbestimmtheit aufweisen, was jedoch die Steuerungswirkung der betreffenden Normen verringert.
- **Sprache:** Auch durch die Sprache wird die Steuerungsfähigkeit von Rechtsnormen begrenzt: Sprache ist bis zu einem gewissen Grad immer ungenau bzw. mehrdeutig. Rechtsnormen können

deshalb unterschiedlich verstanden werden, sodass bei der Rechtsanwendung ebenfalls ein Spielraum für die Behörden offen bleibt.

1.3. Legitimierung und Integration

Wichtige Rechtsnormen werden in einem Verfahren erlassen, das ihnen eine hohe demokratische Legitimation verschafft und integrierend wirkt. Gesetzgebungsverfahren soll dazu führen, dass die Adressaten und die Stimmberechtigten diese Regelungen als sachlich und politisch richtig anerkennen und ihnen damit ermöglichen, sich mit dem Staat, der eine „richtige“ Ordnung zustande bringt, zu identifizieren.

Zur Legitimierung und Integration tragen die Öffentlichkeit des Verfahrens, die Mitwirkungsrechte der Betroffenen und der übrigen Bevölkerung sowie das Ansehen der an der Regelung beteiligten Organe (Parlament, Regierung) bei.

1.4. Politische Auseinandersetzung und Konsensfindung

Im Gesetzgebungsverfahren können unterschiedliche politische Auffassungen über Regulationsbedürfnisse und

Regelungsmöglichkeiten dargestellt und miteinander konfrontiert werden. In Rechtssätzen wird um Macht gerungen; die Rechtsnorm ist auch machtbestimmtes Ergebnis (*Kurt Eichenberger*). Rechtssetzung dient also auch dazu, Probleme offen zu legen und politische Diskussionen über deren Lösung zu ermöglichen, vor allem aber, Konsens zu erzielen. Die Auseinandersetzung soll zu einer Annäherung der Standpunkte und damit zur Zustimmung einer möglichst grossen Mehrheit führen.

Im Vordergrund steht also die **Steuerungsfunktion** des Rechts, die uns im Hinblick auf ihre Grenzen auch besonders interessiert. Man darf aber nicht vergessen, dass das Recht auch andere Funktionen – ordnende, stabilisierende, legitimierende, integrierende, diskussions- und konsenfördernde – hat.

2. Zwang im Recht

Zwang kommt im Recht in zwei Formen vor: das Recht selbst kann zwingend sein (oder nicht); Zwang wendet der Staat sodann zur Durchsetzung von Rechtspflichten an.

2.1. Zwingendes und dispositives Recht

Von zwingendem Recht spricht man, wenn die vom Gesetz umschriebenen Rechte und Pflichten für alle Normadressaten verbindlich sind. Dispositives Recht liegt vor, wenn die Normadressaten durch Vereinbarung zwischen den Parteien von der gesetzlichen Regelung abweichen können. Das Gesetz gilt mit anderen Worten nur für den Fall, dass die an einem Rechtsverhältnis Beteiligten keine vertragliche Regelung getroffen haben. Grosse Teile des Privatrechts sind ganz oder teilweise dispositiv (Miet- und Arbeitsrecht nur teilweise).

2.2. Zwang zur Durchsetzung von Rechtspflichten

Rechtspflichten kann der Staat zwangsweise durchsetzen. Dieser staatliche Zwang kommt in verschiedenen Formen zur Anwendung: Bei Verletzungen von Rechtspflichten des Privatrechts besteht die Möglichkeit, finanzielle Forderungen auf dem Wege der Schuldbetreibung und des Konkurses durchzusetzen; in anderen Rechtsgebieten dienen dazu vor allem strafrechtliche oder administrative Sanktionen. Unmittelbarer Zwang – z.B. Hausräumungen,

Beschlagnahmungen, Festnahmen - wird durch die Organe der Polizei ausgeübt.

2.3. Schutzbedürfnisse, individuelle und gesellschaftliche Verantwortung – Schutz vor sich selbst

Ob und wie viel Zwang im Recht vorgesehen und angewendet wird, hängt in erster Linie vom Schutzbedürfnis der Betroffenen und der Gesellschaft ab, ist aber auch eine Frage der Verhältnismässigkeit.

Es ist klar, dass im Strafrecht ein grosses Schutzbedürfnis der Gesellschaft und der Opfer von Straftaten besteht; deshalb ist es zwingend und seine Verletzung hat besondere Sanktionen zur Folge. Im Privatrecht geht man in der Regel davon aus, dass die Parteien in der Lage sind, ihre Interessen selbst wahrzunehmen, also keinen staatlichen Schutz brauchen; deshalb ist das Recht meist dispositiv. Das gilt aber z.B. im Familienrecht nur teilweise (Scheidung, Kinderzuteilung usw.), ebenso im Miet- und Arbeitsrecht, wo der Gesetzgeber diejenigen Bestimmungen gekennzeichnet hat, von denen die Parteien nicht abweichen können. Der Staat stellt aber, wie gesagt, den Privaten ein Verfahren zur

Durchsetzung gewisser Forderungen mittels Zwang zur Verfügung.

In den anderen Rechtsgebieten überwiegen zwingende Normen. Die Beurteilung der Schutzbedürfnisse ist dabei oft umstritten: Können Skifahrer oder Bergsteiger die Fähigkeiten eines Skilehrers oder Bergführers genügend beurteilen, oder muss man sie vor den Risiken schützen, indem man die Ausübung der Berufe von staatlichen Bewilligungen abhängig macht, die nur erteilt werden, wenn die Skilehrer bzw. Bergführer gewisse Voraussetzungen erfüllen? Muss der Staat die Konsumenten vor der Übervorteilung durch Händler schützen? Zurzeit wird darüber diskutiert, wie viel Entscheidungsfreiheit der Bund den Versicherten bei der Anlage Mittel für die Altersvorsorge einräumen soll. Muss bzw. darf der Staat die Menschen auch vor sich selbst schützen, etwa indem er ihnen ungesundes Verhalten verbietet oder es bestraft (z.B. durch höhere Krankenkassenprämien oder Belastung mit Steuern)?

Die Antwort auf diese Fragen muss im politischen Prozess gefunden werden; die Verfassung gibt dafür nur einen groben Rahmen vor, etwa das Verhältnismässigkeitsprinzip

(Art. 5 und 36 BV) oder den Grundsatz, dass jede Person Verantwortung für sich selber wahrnimmt und nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft beiträgt (Art. 6 BV, **Folie 5**).

3. Instrumente der Verhaltenssteuerung

3.1. Ge- und Verbote

Viele Rechtsnormen gebieten oder verbieten ein bestimmtes Verhalten, knüpfen die Zulassung an bestimmte Voraussetzungen oder verbinden sie mit Auflagen, vor allem im Rahmen von Bewilligungsverfahren. Ge- und Verbote bezeichnen wir als „harte“ Instrumente.

3.2. Anreize

Im Gegensatz dazu stehen die Anreize, die zu den „weichen“ Instrumenten gehören: Durch Vergünstigungen wie Subventionen oder durch Belastungen wie die Erhebung von Lenkungsabgaben (z.B. CO₂-Abgaben) sollen die

Normadressaten veranlasst werden, bestimmte im öffentlichen Interesse liegende Tätigkeiten auszuüben oder zu unterlassen (Beispiele: Kulturförderung, Umweltschutz, Landwirtschaft).

3.3. Bereitstellung von Leistungen, Organisationen und Verfahren

Der Staat kann das Verhalten bestimmter Personen auch dadurch beeinflussen, dass er bestimmte Leistungen erbringt oder Anlagen erstellt, Organisationen schafft und Verfahren vorsieht, welche dieses Verhalten ermöglichen oder erleichtern (z.B. im Schul-, Kultur-, Bildungs- oder Sozialversicherungswesen).

3.4. Empfehlungen, Warnungen, Informationen

Ein neuerdings immer fleissiger genutztes Instrument, das als besonders „weich“ gilt, ist die Verbreitung von staatlichen Empfehlungen für oder Warnungen vor bestimmten Verhaltensweisen oder auch nur die

Information über deren Folgen. Wir kennen sie vor allem im Gesundheitsbereich, aber auch im Strassenverkehr oder bei aussergewöhnlichen meteorologischen Verhältnissen.

4. Kriterien für die Wahl der Instrumente

4.1. Wirksamkeit

Zuerst einmal muss man prüfen, ob das gesetzgeberische Ziel sich mit einem bestimmten Instrument erreichen lässt, d.h. ob es die gewünschten Wirkungen entfaltet oder nicht. Das ist nämlich keineswegs selbstverständlich, und in der geltenden Gesetzgebung wimmelt es von Regelungen, die nicht oder zu wenig wirksam sind (manchmal nimmt das der Gesetzgeber in Kauf oder es ist ihm sogar recht...).

4.2. Notwendigkeit – Verhältnismässigkeit

Wie bereits erwähnt stellt sich immer die Frage, ob eine Regelung überhaupt notwendig ist, d.h. ob ein entsprechendes individuelles oder gesellschaftliches

Schutzbedürfnis besteht oder ob den Betroffenen zugemutet werden kann, ihre Interessen selbst zu wahren.

Wird die Frage nach dem Schutzbedürfnis bejaht, ist unter den wirksamen Instrumenten ist dasjenige zu wählen, welches das Ziel mit den geringsten Eingriffen in die Rechte der Betroffenen erreicht. Überdies soll ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Kosten und Nutzen des Eingriffs bestehen (siehe **Folie**).

4.3. Vorhersehbarkeit der Entwicklungen und der Folgen einer Regelung

Rechtsnormen sollen künftiges Geschehen regeln, was bedingt, dass man dieses Geschehen voraussehen und abschätzen kann, wie sich die Regelungen auf die Entwicklung auswirken werden. Wenn die Prognose schwierig ist, muss der Gesetzgeber mit offenen, unbestimmten Normen arbeiten, um Spielraum zu lassen für die Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls. Das schliesst nicht aus, dass er „harte“ Instrumente wie Ge- und Verbote wählt; er muss aber den Behörden beim Entscheid über die Erteilung oder

Verweigerung der Bewilligung Ermessen einräumen, z.B. durch eine „Kann-Formulierung“. „Weiche“ Instrumente, die auf Zwang verzichten, eignen sich im Allgemeinen besser, um relativ ungewisse Entwicklungen zu steuern.

4.4. Akzeptanz einer Regelung

Ein wichtiges Kriterium für die Wahl des Regelungsinstrumentes ist die Akzeptanz der Betroffenen. Angesichts der riesigen Zahl von gesetzlichen Bestimmungen sind wir darauf angewiesen, dass die Rechtsunterworfenen sie in aller Regel freiwillig befolgen. Wollte der Staat alle diese Normen durchsetzen, so müsste er dazu einen Zwangsapparat aufbauen, der ihn zu einem totalitären Polizeistaat werden liesse.

[Die Befolgung der Normen kommt, wie die Rechtssoziologen nachgewiesen haben, nicht primär durch Androhung und Vollzug von Sanktionen zustande, die bei Verletzung der Normen eintreten. Die Wahrscheinlichkeit, dass eine Verletzung einer Norm entdeckt wird,

ist bekanntlich relativ klein; entsprechend gering ist die Wirkung der Sanktionen. Dazu kommt, dass sich die Rechtsunterworfenen durch die Sanktionen nur beeinflussen lassen, wenn die damit verbundenen Kosten höher sind als der Nutzen, den sie aus einem Normbruch ziehen (Beispiel: Strafrecht). Der Hauptgrund für die Normbefolgung ist die Akzeptanz. Rechtsnormen werden akzeptiert, weil ihre Legitimität, d. h. die „Richtigkeit“ ihres Regelungsgehaltes innerlich bejaht wird. Bei „aussen geleiteten“ Menschen kann die Normbefolgung auch dadurch gefördert werden, dass gesellschaftliche Bezugsgruppen oder individuelle Vorbilder sich an diese Normen halten (Normbefolgung durch Imitation oder Identifikation).]

5. Mehr oder weniger Zwang im freiheitlichen Rechtsstaat?

Die Frage, ob wir im freiheitlichen Rechtsstaat mehr oder weniger Zwang brauchen, lässt sich nicht allgemein, sondern nur sehr differenziert beantworten: Es kommt auf die

Funktionen des Rechts, auf das Schutzbedürfnis der Betroffenen und der Gesellschaft und auf die zur Verfügung stehenden Instrumente der Gesetzgebung an. Eine Rolle spielen ferner die Verhältnismässigkeit und die Akzeptanz einer Regelung, ferner die Voraussehbarkeit des künftigen Geschehens und der Folgen einer Regulierung.

In der Tendenz neigt der Gesetzgeber heute dazu, weniger „harte“, zwangsbewehrte Instrumente vorzusehen und vermehrt auf Anreize, Empfehlungen, Warnungen und Informationen zu setzen. Neuerdings begnügt sich der Staat mit „Schupsern“, welche die Adressaten zu einem bestimmten Verhalten veranlassen sollen; man bezeichnet dieses Instrument neudeutsch als „Nudging“ (Johannes Reich, Verhaltensökonomische Revolution im europäischen und nationalen Verwaltungsrecht? Potenziale und Grenzen des „Nudging“, in FS Jaag, S. 626 ff.) Ein bekanntes Beispiel ist das Vorgehen von Elektrizitätsversorgern, die ihren Kunden „grünen“ Strom liefern und verrechnen, sofern sie sich nicht ausdrücklich für den konventionell produzierten, billigeren Strom entscheiden; ein anderes das Halbtaxabonement der SBB, das verlängert wird, sofern sich der Inhaber nicht ausdrücklich dagegen ausspricht.

Der Unterschied zwischen „harten“ und „weichen“ Instrumenten darf allerdings nicht überschätzt werden. Oft sind z.B. finanzielle Anreize für die Empfänger so wichtig, dass sie darauf nicht verzichten können, d.h. dass sie „zwingend“ wirken. Trotzdem scheint es mir richtig, möglichst oft „weiche“ Instrumente einzusetzen.

Insgesamt habe ich den Eindruck, dass heute zu oft ein Bedürfnis nach Schutz durch den Staat bejaht und den Individuen zu wenig zugetraut wird, ihre Interessen selbst wahrzunehmen. Insbesondere in den Medien wird sofort nach einer staatlichen Intervention gerufen, wenn ein Missstand festgestellt wird, und es finden sich immer Politikerinnen oder Politiker, die diesen Ruf in einen parlamentarischen Vorstoss umsetzen, um sich zu profilieren. Aber das ist keine juristische, sondern eine politische Beurteilung.