

# Über- und Deregulierung in den Augen des Rechtsgelehrten : es geht um eine bessere Gesetzgebung

Autor(en): **Lendi, Martin**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Heimatschutz = Patrimoine**

Band (Jahr): **89 (1994)**

Heft 1

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-175617>

## **Nutzungsbedingungen**

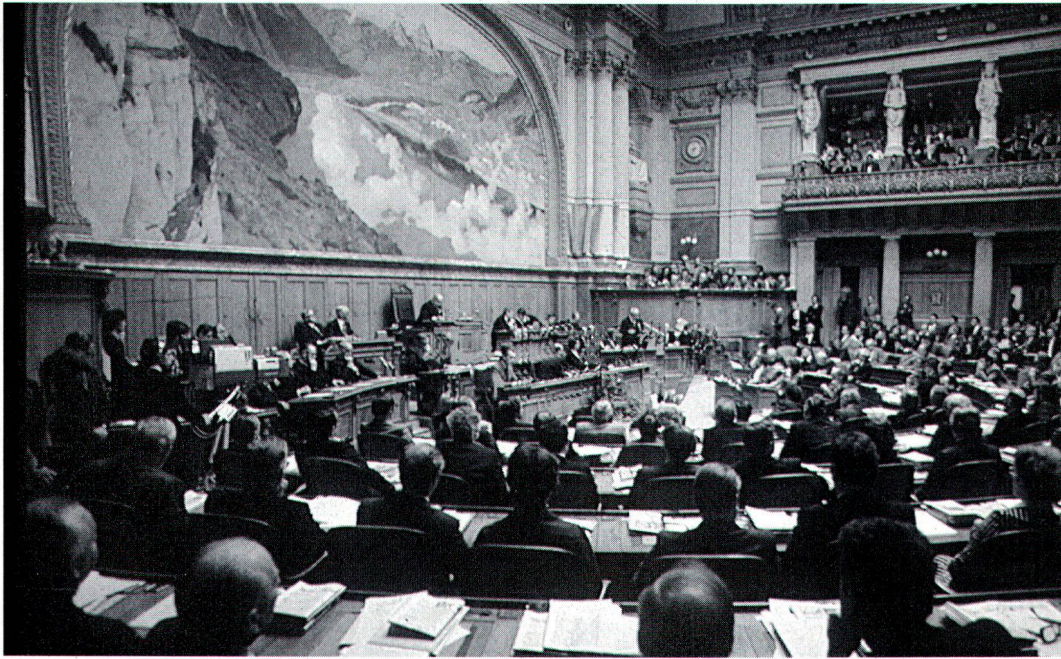
Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.



Über- und Deregulierung in den Augen des Rechtsgelehrten

# Es geht um eine bessere Gesetzgebung

Von Professor Dr. Martin Lendi, ETH Zürich

«Die Debatte um die Über- und Deregulierung ist notwendig. Es macht keinen Sinn, sie zu verketzern. Umgekehrt muss sie aus den Schlingen der Schlagwörter befreit werden. Es geht – auf den Punkt gebracht – nicht um ein Streichkonzert, sondern um eine bessere Gesetzgebung.» Zu diesem Schluss kommt der Autor des folgenden Beitrages, der hier einigen grundsätzlichen Fragen des Problems aus rechtswissenschaftlicher Sicht nachgeht.

Die Stichwörter Überregulierung und Deregulierung sind heute in vieler Leute Mund. Was darunter zu verstehen ist, das bleibt meistens unklar. Der politische Vorwurf der Überregulierung stösst sich an der Zahl der Rechtsvorschriften und an der Regeldichte, welche das wirtschaftliche Gedeihen belasten. Unterschwellig stehen nicht ganz unbegründete Ängste an, der Staat könne dem Zwang zur Normsetzung nicht widerstehen und kenne keine Rezepte gegen die «Gesetzesfabrika-

tion». Im tiefsten Grunde geht es – sub specie der Politik – um mehr, nämlich um die Redimensionierung des Interventionsstaates, verbunden mit dem Ziel, dem Ordnungsstaat und damit der Ordnungspolitik prioritäre Bedeutung zuzumessen: Ein Anliegen, das grundsätzlich ernst zu nehmen ist. Über die politischen Intentionen hinaus sind einige rechtstheoretische Überlegungen nötig. Sie gelten dem Phänomen der «Normenflut» als Ausdruck des Gesetzgebungsstaates.

## Mehr als widerrufbare Programme

Wie ein Unternehmen von Zeit zu Zeit über die «Bücher» gehen und insbesondere die Organisation überprüfen soll, so müsste auch das Grossunternehmen «Staat» mit seiner «Bürokratie» periodisch abgespeckt und neu instradiert werden. Es wäre ja verwunderlich, wenn es nicht den gleichen «parkinsonschen Gesetzen» wie die Privatwirtschaft unterläge. Heikel beim Staat ist aber, dass sein «Dickenwachs-

Angesichts zahlreicher neuer Probleme musste der Gesetzgeber in den letzten Jahrzehnten die Rechtsordnung ständig ausbauen. (Bild: Prisma/Sonderregger)

*Ces dernières décennies, le nombre des problèmes nouveaux a obligé le législateur à développer constamment les réglementations.*

tum» nicht allein die Organisation betrifft, sondern gleichzeitig sein wichtigstes Produkt, nämlich die Gesetze. Sie «abzurüsten» ist eine heikle Aufgabe, da sie mehr sind als beliebig widerrufbare Programme, geht doch von ihnen neben der Regelung der Sache eine verbindliche Ordnung aus, die Rechtssicherheit und Vertrauen begründet oder wenigstens begründen sollte. Ausserdem legitimieren sie – vor allem in der direkten Demokratie – staatliches Handeln. Der Ruf nach Durchforstung und nach dem Abbau unnötiger oder zu einengender Erlasse berührt deshalb von vornherein Dimensionen, die über zweckrationale oder gar zweckemotionale hinausreichen. Es geht um das so grundlegende Verhältnis von Rechtsordnung und Demokratie wie auch von Recht und Vertrauen in die Rechtsbeständigkeit.

## Gesetzesflut?

Die Frage, ob die Gesetzesproduktion zugenommen habe, ist gar nicht so einfach zu beantworten. Zählt man die Erlasse auf Gesetzesstufe, so ist sogar ein Fragezeichen zu setzen, doch ist dies nicht entscheidend. Unbestritten dürfte sein, dass der Staat angesichts neuer Problemlagen und mit Rücksicht auf komplexe Sachverhalte zahlreiche Anordnungen neu treffen musste. Beispielsweise im Bereich des Rechts des Lebensraumes – Raumplanung, Umweltschutz, Natur- und Hei-

matschutz, Gewässerschutz, Wald, Tierartenschutz usw. – kam und kommt die moderne öffentliche Gemeinschaft nicht darum herum, verbindliche und mithin auch durchsetzbare Regelungen aufzustellen. Sichtbar ist dies vor allem im Bereich des Umweltschutzes. Hier sind, gestützt auf ein eher knappes Gesetz, mehrere und erst noch umfangreiche Verordnungen ergangen. Umgekehrt hat sich der Gesetzgeber bei der Raumplanung analog der verfassungsrechtlichen Grundlegung mit einem geradezu vorbildlich kurzen Gesetz von hohem Informationsgehalt begnügt, allerdings verbunden mit dem Preis, dass die Kantone eingehender zu legiferieren gezwungen waren und sind. Das Phänomen «Normenflut» ist also sehr differenziert zu betrachten. Auf alle Fälle müssen die zu beurteilenden Erlasse wertend auf die Regelungsnotwendigkeit, die -eignung und die -adäquanz hin evaluiert werden. Pauschalurteile genügen nicht.

**Aktuelle Mängel**

Der übliche Ruf nach Deregulierung krallt sich schnell einmal am Vorwurf zu zahlreicher Bewilligungsverfahren und ihrer zu langen Dauer fest. Das Postulat heisst dann: Reduktion der Zahl der Verfahren, Vereinfachung derselben und Beschleunigung der verbleibenden. Diese Meinung ist aber gar eng, denn sie übersieht die wirklichen Problemlagen. Indem sie das Pferd von hinten, von den Verfahren her, aufzäumt, kommt sie nicht an die tatsächlich anstehenden Probleme der «Normenflut» heran. Die heutige Gesetzgebung hat nämlich erhebliche Mängel, und zwar sehr grundsätzliche, die als solche diagnostiziert werden müssen, um eine Therapie lege artis vorschlagen und realisieren zu können. Auszugehen ist von der Tatsache, dass der gewaltentrennende Gesetzgebungsstaat von seiner Struktur her

auf herausfordernde Problemlagen mit dem Schritt zur Gesetzgebung reagiert. Unser Parlament ist Gesetzgeber, die Regierung steuert und lenkt mit Rechtserlassen – sicherlich auch mit dem Geld und den Personaldotierungen, seltener mit Zielvorgaben und Plänen –, also mit generell abstrakten Normen. Dies bringt es mit sich, dass auf jede neu erkannte Situation hin der Erlass eines Gesetzes samt Verordnungen vorgeschlagen wird, sei es aus dem Parlament heraus, sei es auf Anregung der Verwaltung und der Regierung.

Der zweite Mangel liegt darin, dass diese Gesetze in aller Regel «sektoral» konzipiert sind, d.h., sie suchen abgrenzbare, sachbezogene Ordnungen, beispielsweise nicht zum Verkehr, sondern zu den Eisenbahnen, den Nationalstrassen, der Schifffahrt usw. So kommt es – im Bereich des Rechts des Lebensraumes –, dass wir über ein Raumplanungsgesetz verfügen, das nur begrenzt zum Umweltrecht hinüberschiebt, wie auf der anderen Seite das Umweltschutzgesetz mehrheitlich seine eigenen Wege geht, d.h., die Gesetze sind materiell nicht koordiniert und also untereinander nicht

kohärent, wie sie auch formell nicht aufeinander ausgerichtet sind, d.h., jedes Gesetz kennt seine eigenen, sektoralen Bewilligungsverfahren. Dass sich aufgrund der materiellen und formellen Abstimmungsdefizite, verursacht durch den Gesetzgeber, Komplikationen für die rechtmässigen Behörden und die Rechtsuchenden ergeben, das versteht sich von selbst.

Der dritte Mangel unserer Gesetzgebung besteht in der «immanenten» Verrechtlichungsneigung. Sie gipfelt in einer falsch verstandenen Regelungsdichte. Dahinter steht also nicht nur der bereits erwähnte schnelle Griff nach dem Gesetz, sondern die endogene Versuchung zur umfassenden und abschliessenden rechtlichen Durchdringung: Es soll alles klar und eindeutig sein. Spätestens auf der Verordnungsstufe macht sich dieser Trend bemerkbar. Die Durchnormierung hat Vorteile für die Bürokratie, sie hat bisweilen auch Vorteile für die Rechtsadressaten, sie hat aber evidente Nachteile in der Sache und hinsichtlich Verantwortungswahrnehmung, weil die zu hohe Regelungsdichte ohne Ermessensbereiche und ohne Kreativitätsfreiräume Entwicklungen hemmt und die Eigenverantwortung auf beiden Seiten des Rechts, also bei den Rechtsetzungsorganen einerseits und bei den Rechtsadressaten andererseits, letztlich

mindert. Nun ist es selbstverständlich so, dass der Grad der Verrechtlichung in der Praxis sehr unterschiedlich ist. Die Raumplanungsgesetzgebung ist beispielsweise weit weniger verrechtlicht – das Planungsermessen spielt eine grosse Rolle – als das Baurecht mit seinen Normalbauvorschriften, doch ändert dies nichts am legislatorischen Hang zur Verrechtlichung.

**Gekonnte Rechtsprechung**

Einige der hier aufgezeigten Mängel des positiven Rechts sind in bemerkenswerter Art und Weise vom Schweizerischen Bundesgericht erkannt worden. Es hat vor allem im Hinblick auf die Einheit des Lebensraumes eine Rechtsprechung entwickelt, welche die rechtmässigen Behörden und Gerichte zwingt, das sektorale Recht in ganzheitlicher Sicht anzuwenden und die einzelgesetzlichen Verfahren zusammenzuführen. Es spricht von der Einheit des Lebensraumes und folgerichtig vom Erfordernis der materiellen und formellen Koordination der einzelnen Gesetze. Nur, so bedeutsam diese Rechtsprechung auch ist, sie lenkt mit ihrer gekonnten Hilfestellung zu sehr von der unumgänglichen Notwendigkeit ab, eine «bessere» Gesetzgebung anzumahnen und voranzutreiben, d.h. dem zu schnellen Griff zum Gesetz, der sektoralen Gesetzgebung wie auch dem Hang zur Verrechtlichung abzuschwören.

**Auftrag zur Kohärenz**

Wenn die Analyse der Mängel unserer Gesetzgebung stimmt, dann heisst Deregulierung nicht einseitig und plakativ Reduktion der Zahl der Verfahren und der Verfahrensdauer, sondern dann geht es vorweg darum, die geltende Gesetzgebung auf ihre Notwendigkeit, Eignung und Proportionalität zu befragen und sie im Kontext der öffentlichen Aufgaben zu bewerten – was darf der Staat, was darf er



nicht tun? –, eine inhaltlich grosszügigere, abgestimmte Gesetzgebung zu kreieren sowie institutionelle und rechtbezogene Dämme wider die Verrechtlichung zu errichten, zum Beispiel durch die Einführung respektive Handhabung der Verfassungsgerichtsbarkeit, dann auch durch die willentliche Durchdringung der Gesetzgebung mit Ermessensspielräumen respektive Beurteilungsspielräumen und – vor allem und vorweg – mit echten Freiräumen zugunsten der Rechtsadressaten.

Konkret bedeutet dies für das Recht des Lebensraumes, dass Raumplanungs- und Umweltschutzgesetzgebung – formell und materiell – zusammengeführt werden müssen, dass der Natur- und Heimatschutz und der Wald samt Forstwesen, der Gewässerschutz usw. vernetzt mit der übrigen Lebensraum- und Wirtschaftsgesetzgebung sachdienlich zu regeln sind. Sodann sind sie inhaltlich mit grösseren Freiräumen zugunsten der Verantwortung der Rechtsadressaten auszustatten. Übertragen auf das Baurecht darf und soll gefragt werden, ob die materielle öffentliche Baugesetzgebung wirklich taugt, ob die Instrumente zweckdienlich sind und ob die Verfahren für die Planfestsetzungen und die erforderlichen Bewilligungen effektiv der besseren Verwirklichung des materiellen Rechts dienen.

### Ein Bundesbaugesetz?

Es darf auch gefragt werden, ob ein Baurecht, das für kleine Dörfer genau so umsetzbar sein muss wie für Agglomerationen, sachadäquat sein kann. Es soll sogar diskutiert werden, ob 26 kantonale Planungs- und Baugesetze und rund 3000 kommunale Bauordnungen nicht dadurch dereguliert werden sollten, dass ein Bundesbaugesetz erlassen wird, das mit der Raumplanungs- und Umweltschutzgesetzgebung harmonisierbar wäre.

Nun gut, Deregulierung heisst

**Surréglementation et déréglementation sous la loupe d'un juriste**

## Il s'agit d'améliorer la législation

Par le Professeur Martin Lendi, EPFZ, Zurich (résumé)

Le débat sur la déréglementation et la surréglementation est nécessaire. Il serait insensé de le nier. En revanche, il faut abandonner les slogans lapidaires. Il ne s'agit pas de se lamenter à cor et à cri, il s'agit d'apporter des améliorations à la législation. Telle est la conclusion à laquelle aboutit l'auteur du présent article.

Si tout le monde parle aujourd'hui de déréglementation et d'hyperréglementation, ces deux notions restent souvent floues. En politique, on entend par ces termes la pléthore de dispositions juridiques qui freinent l'économie. En filigrane apparaît la crainte que l'Etat ne puisse pas faire face à la «fabrication de lois», ce qui appelle, en fin de compte, une redéfinition du rôle de l'Etat. Il importe, au-delà de ce point de vue politique, d'analyser le phénomène de pléthore normative.

A l'instar de toute entreprise, l'Etat doit veiller à ce que sa «bureaucratie» et ses «services» n'enflent pas démesurément. Les lois qui en sont le produit principal ne sont toutefois pas des programmes que l'on peut supprimer sans autre. Elles réglementent, assurent la sécurité du droit, garantissent la bonne foi et légitiment l'action des pouvoirs publics. Elles sont donc primordiales pour l'ordre juridique et la démocratie.

Certes, le volume des lois a augmenté, mais les situations sont devenues très complexes. En ce qui concerne le droit de l'environnement par exemple, des réglementations contraignantes ont dû être mises en vigueur. De plus, la pléthore normative est à considérer aux divers niveaux étatiques: certaines lois fédérales par exemple nécessitent des ordonnances fédérales d'application ou,

au contraire, une législation d'application au niveau cantonal.

Déréglementer en réduisant, simplifiant et accélérant les procédures, c'est ne pas voir les véritables problèmes en face. Selon le principe de la séparation des pouvoirs, notre parlement légifère tandis que le gouvernement dirige et veille à l'application des lois, notamment par des décisions et ordonnances. Dès qu'une situation nouvelle apparaît, une loi est préparée soit directement par le Parlement, soit sur proposition de l'administration ou du gouvernement. En outre, les lois sont en règle générale sectorielles et ne sont pas harmonisées entre elles, ce qui dérouté les autorités chargées de leur application. Force est par ailleurs de souligner la tendance à tout réglementer, laquelle diminue la marge d'action et de créativité tant des instances d'application que des particuliers. Néanmoins, certains domaines de la législation sont moins densément réglementés que d'autres.

Le Tribunal fédéral a reconnu ces lacunes. En ce qui concerne la protection de notre environnement, il a développé une jurisprudence obligeant les autorités et les tribunaux à garder une vue d'ensemble dépassant le cadre sectoriel. Il ne s'agit donc pas de déréglementer pour réduire les procédures et leur durée. Il s'agit au

contraire d'étudier si la législation actuellement en vigueur répond bien à une nécessité, si elle est appropriée, si elle respecte le principe de proportionnalité et si elle est adaptée aux tâches incombant aux pouvoirs publics. Si l'on prend l'exemple du droit de l'environnement, il s'agit d'harmoniser la protection de la nature, du paysage, de la forêt et des eaux avec les autres lois sur le milieu vital et l'économie. Déréglementer signifie alors améliorer la législation et non pas supprimer des dispositions.

L'amélioration de la législation est une tâche permanente. Il ne suffit pas, par exemple, de critiquer la procédure d'autorisation et de fixer des délais de procédure, de réduire le cercle des personnes ayant le droit de recours et de diminuer le nombre d'instances de décision. Cela ne change pratiquement rien à la situation car le problème est celui du manque de coordination.

En faisant appel à son imagination, le législateur pourrait concevoir, dans certains domaines, des règles calquées sur celles qui prévalent en matière de technique. Cette manière de procéder a déjà été adoptée dans le domaine de la sécurité des constructions pour laquelle les normes SIA sont suffisantes. On pourrait imaginer la mise en place d'un système analogue pour la protection de l'environnement, lequel accorderait une importance accrue à la responsabilité civile.

Il importe donc de reconnaître que les tâches à accomplir n'exigent pas forcément l'établissement de nouvelles dispositions juridiques, mais peuvent être exécutées selon les dispositions existantes par une action coordonnée de l'administration, le cas échéant en collaboration avec le secteur privé.

in erster Linie nicht «Streichen von Rechtsvorschriften», sondern bessere Gesetzgebung. Und dies bedeutet eine materiell und formell koordinierte Gesetzgebung in jenen Bereichen, die funktional zusammengehören. Das Beispiel des Rechts des Lebensraumes mit Bau-, Planungs-, Umweltschutz-, Natur- und Heimatschutzrecht usw. spricht für sich selbst.

### Sachgerechte Phantasie

Die offenkundigen Mängel der heutigen Gesetzgebung gebieten Deregulierungsbestrebungen, sicherlich nicht blindlings, doch gibt es angesichts des schnellen Griffs zum Gesetz, der sektoralen Gesetzgebung und der Verrechtlichungsneigung keine rechtstheoretischen Gründe gegen entsprechende Postulate. Das «Deregulierungsanliegen» ist ein Dauerauftrag.

Allerdings ist gekonnte Deregulierung ein harter und nicht ein weicher Schritt. So genügt es beispielsweise nicht, die Bewilligungsverfahren zu kritisieren und also Verfahrenstermine zu setzen, die Beschwerdelegitimation zu begrenzen und die Zahl der Entscheidungsinstanzen zu reduzieren. Selbst wenn solche Vereinfachungen möglich sind und einen gewissen Beschleunigungseffekt zeigen, wird das Problem in der Sache nicht kleiner, weil das materielle Koordinationsproblem nach wie vor ansteht. So hat sich gezeigt, dass eine Neuausrichtung der Eisenbahnplanung durch formelle Vereinfachungen zwar nicht nichts bringt, dass aber die gewichtigen materiellen Vernetzungsprobleme mit der Raumplanung, dem Umweltschutz, den Fruchtfolgeflächen, dem Gewässerschutz, der Walderhaltung usw. dadurch nicht gelöst werden und dass deshalb – sofern die sektorale Gesetzgebung weiterhin den Ton angibt – ein erheblicher materieller Koordinationsaufwand auch bei gestrafften Verfahren unumgänglich bleibt. «De-

regulierung» setzt unter allen Umständen den Einstieg in die materielle Gesetzgebung voraus. Der Schritt über die formelle reicht nicht aus, so «nebenbei» auch deshalb, weil das Formelle ja nie Selbstzweck ist, sondern die korrespondierende Antwort auf das Materielle sein sollte. Diese Überlegungen gelten im übrigen nicht nur für den Bereich des Rechts des Lebensraumes; sie sind auch für das Wirtschaftsrecht, das übrigens weit weniger durchschaubar ist als das Recht des Lebensraumes, massgebend. Würde die Phantasie mobilisiert, so käme der Gesetzgeber auf die Idee, in gewissen Bereichen auf die Regeln der Technik, wie sie durch die Wissenschaft, die Lehre und Normenvereinigungen festgehalten werden, zurückzugreifen. Erfolgreich geschieht dies bereits im Bereich der baulichen Sicherheit. Das Stichwort der SIA-Normen genügt. Es ist durchaus vorstellbar, eine ähnliche «Kultur» für den Umweltschutz zu entwickeln. Die Phantasie könnte auch dazu anhalten, das Haftpflichtrecht vermehrt einzusetzen, gleichsam durch das Recht deutlich zu machen, wer für was verantwortlich ist und also haftet, eine Ordnung, die mit wenigen Bestimmungen erhebliche Wirkungen unter Entlastung der Gesetzgebung zu entfalten vermag, sogar Vorwirkungen. Die Phantasie darf sodann vom Gesetz und von Normen überleiten zu Programmen. Die schweizerische Gesetzgebung hat noch nicht ideenreich entdeckt, dass gewisse Aufgaben nicht nach einer zusätzlichen gesetzlichen Regelung rufen, sondern aufgrund bestehender Vorschriften durch programmiertes Verwaltungshandeln, allenfalls in Kooperation mit Privaten, realisiert werden können. Letztlich darf auf die «marktwirtschaftlichen» Instrumente verwiesen werden, die zwar nicht ohne Rechtsgrundlagen auskommen, aber mit geringerer Regeldichte operieren.



### Deregulierung und Raumplanungsgesetz

## Schlagworte genügen nicht

Von Dr. Fritz Wegelin, Abteilungschef im Bundesamt für Raumplanung, Bern

Zu den Aufgabenbereichen des Gemeinwesens, für die häufig nach Deregulierung gerufen wird, gehört die Raumplanung. Dem sind jedoch in der Praxis enge Grenzen gesetzt, über die ideologisch gefärbte Schlagworte nicht hinweghelfen. Das wird nachstehend am Beispiel der Baubewilligungsverfahren, des Bauens ausserhalb der Bauzone sowie der Ferienwohnungsproblematik aufgezeigt.

Von Deregulierung zu sprechen ist gross in Mode. Handelt es sich dabei um einen notwendigen Abbau an Überreglementierung oder um einen ideologisch motivierten Versuch, seine eigenen Interessen auf Kosten anderer besser durchsetzen zu können?

### Fehlende Zieldiskussion

Es sind beide Tendenzen erkennbar. Um den immer komplexer gewordenen gesellschaftlichen Verhältnissen besser gerecht zu werden, haben wir in den letzten Jahrzehnten eine Fülle von Regeln

geschaffen, deren Einhaltung uns zunehmend Schwierigkeiten bereitet. Zu viele Vorschriften engen ein, sind kaum mehr überblickbar, überfordern den Anwender, verlängern die Entscheidungsprozesse, kosten Geld. Wir haben als Antwort auf konkrete Probleme Regeln aufeinandergetürmt, meistens ohne sie untereinander zu koordinieren und ohne ihre Auswirkungen aufs Ganze genügend zu überprüfen. Nun droht der Regulationsturm zusammenzubrechen. Auf der anderen Seite wittern nun jene ihre Chance, die durch eine Ausdünnung