

# Die rechtsstaatliche Demokratie

Eine Untersuchung der gegenseitigen Beziehungen  
von Demokratie und Rechtsstaat

Von

**Dr. iur. Richard Bäumlin**



POLYGRAPHISCHER VERLAG AG, ZÜRICH

## Berner Dissertation

Alle Rechte vorbehalten / Zürich 1954

---

Druck: Victorladruck AG Balgach SG

## D I E D E M O K R A T I E

## I. Der rechtsnormative Begriff der Demokratie

Die rechtsnormative Staatsformenlehre setzt die Staatsform der Organisationsform der Verfassung gleich. «Die Frage nach den Staatsformen ist identisch mit jener nach den rechtlichen Unterschieden der Verfassungen.» Oberstes Einteilungsprinzip sind «die formellen Momente der in der Verfassung ausgeprägten Willensverhältnisse». Im Gegensatz zu dieser «rechtlichen Form» ist die «politische Form», auf deren Erkenntnis die auf das real Geschichtliche gerichtete Betrachtung zielt, «wie alles Nichtrechtliche im Staate, unsicher und unbestimmt». Für das Verständnis des Rechts kann die Auffindung der politischen Form nur dann eine Bedeutung haben, wenn sich das Politische auch im «Bau des Staates» — also im Recht ausprägt. Die «positiv-rechtliche» Unterscheidung verschiedener Staatsformen ist also eine Unterscheidung verschiedener Arten der rechtlichen Regelung der staatlichen Willensbildung.<sup>1</sup> Kelsen — bei ihm scheidet die «politische Form» als Erkenntnisobjekt völlig aus — bezeichnet die Staatsformen als Rechtserzeugungsmethoden auf der obersten Stufe der Rechtsordnung, als die verschiedenen Möglichkeiten, die «staatliche Ordnung als Rechtsordnung zu erzeugen».<sup>2</sup> Die Demokratie ist demnach für die rechtsnormative Staatsformenlehre eine demokratische Rechtserzeugungsmethode. Zur demokratischen wird sie durch die Beteiligung der Normunterworfenen an der Erzeugung der Norm.

Die Normunterworfenen werden zur Erzeugung der Norm herbeigezogen, indem sie in ihrer Gesamtheit — als Staatsvolk im Sinne aller Aktivbürger — von der Verfassung als Staatsorgan eingesetzt werden. Dass das Volk den Charakter eines Staatsorgans hat, ist für die Demokratie im rechtsnormativen Sinne begriffsnotwendig. Denn nur in seiner Eigenschaft als Staatsorgan kann es «rechtlich relevant» — und allein darauf kommt es nach der rechtsnormativen Staatslehre an — an der

<sup>1</sup> G. JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, S. 665, bes. auch Anm. 1.

<sup>2</sup> H. KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 108; Allgemeine Staatslehre, S. 320; ähnlich U. AFFOLTER, Die rechtliche Stellung des Volkes in der Demokratie, S. 40.

Bildung des Staatswillens beteiligt sein. Organfunktion des Volkes bedeutet, dass der in einem bestimmten, rechtlich geordneten Verfahren ermittelte Wille des Volkes dem Staate zuzurechnen ist.<sup>3</sup>

In der Demokratie ist das Volk ein unmittelbares Staatsorgan. Dies bedeutet nach der Terminologie von Georg Jellinek,<sup>4</sup> dass die Organstellung des Volkes die Form des Staates konstituiert. Das Wegfallen des Volkes als Staatsorgan würde die Staatsform umwälzen. Kelsen bezeichnet ein Organ als ein unmittelbares, wenn es unmittelbar von der generellen Norm berufen ist, ohne zu seiner Einsetzung eines Individualaktes, eines Berufungsaktes zu bedürfen.<sup>5</sup> Auch in diesem Sinne ist das Volk in der Demokratie ein unmittelbares Staatsorgan.<sup>6</sup> Wenn man von der rein unmittelbaren Demokratie absieht, ist das Volk in der Demokratie notwendigerweise Krea tionsorgan für mindestens ein weiteres Staatsorgan.<sup>7</sup> Schliesslich gilt das Volk in der demokratischen Stufenordnung der Staatsorgane als oberstes Staatsorgan.<sup>8</sup> Das Volk ist zuständig zum Entscheid über die Gesetzgebung wenigstens der obersten Normstufe. Der Demokratie im rechtsnormativen Sinne ist es nach der Ansicht einiger Autoren begriffswesentlich, dass das Volk ein in einem rechtlich geordneten Verfahren auszuübendes Entscheidungsrecht über die Setzung des Verfassungsrechts hat. Das Volk ist also in der Demokratie Verfassungsgeber im Sinne eines *pouvoir constitué*.<sup>9 10</sup>

Die rechtsnormativen Begriffe der Demokratie und ihres Gegensatzes, der Autarkie, sind als idealtypische aufzufassen. So wie im posi-

<sup>3</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, S. 121 ff.; *Staatslehre*, S. 152; Z. GIACOMETTI, *Kant. StR.*, S. 206; U. AFFOLTER, *op. cit.* S. 56 f.; weitere Literaturnachweise bei Affolter *loc. cit.* Anm. 212.

<sup>4</sup> *op. cit.* S. 544 ff.

<sup>5</sup> *Staatslehre*, 278 f.

<sup>6</sup> Die Einwände Kelsens gegen die Annahme, dass das Volk in der Demokratie unmittelbares Staatsorgan sei, sagen gegen die Unmittelbarkeit der Organstellung des Volkes als solche nichts. Wenn auch die Stimmberechtigung des einzelnen Bürgers streitig sein kann und der Entscheid schliesslich von einer staatlichen Behörde gefällt werden muss, so kann man deshalb doch nicht sagen, dass der Organcharakter des Volkes als solcher u. U. erst durch einen Individualakt konstituiert werde.

<sup>7</sup> H. KELSEN, *loc. cit.*; zum Begriff des Krea tionsorgans ferner G. JELLINEK, *op. cit.* S. 545 f.

<sup>8</sup> Die Stellung des Volkes als oberstes Staatsorgan ist nicht etwa identisch mit seiner Eigenschaft als unmittelbares Organ im Sinne der Terminologie von G. JELLINEK. Mehrere unmittelbare Staatsorgane sind in der Demokratie nicht nur möglich, sondern auch regelmässig gegeben (Parlament, Staatspräsident usw.); vgl. dazu Jellinek, *op. cit.* S. 713 f.

<sup>9</sup> *op. cit.* S. 717; Z. GIACOMETTI, *KtStr.* S. 45; AFFOLTER, *op. cit.* S. 60 ff.; KELSEN, *Rechtslehre*, S. 108; vgl. auch *Staatslehre*, S. 307 ff.

<sup>10</sup> D. SCHINDLER, *Ueber die Bildung des Staatswillens in der Demokratie*, S. 25, bezeichnet das Volk als höchstes Staatsorgan, weil es sich selbst — in einem Vorgang, der ebenso metajuristischer Natur sei wie die Entstehung des Staates — konstituieren.

tiven Recht keine völlig rein durchgeführte Autarkie verwirklicht ist, findet auch die demokratische Staatsform keine alle Konsequenzen der Idee ziehende Durchführung.<sup>11</sup>

a) In keinem Staate sind die Aktivbürger mit den Normunterworfenen identisch. Der Aktivbürgerschaft sind durch Alter, geistige Gesundheit Schranken gezogen. Indem Verbrechern, Armengenössigen und den Fremden, in einigen Demokratien auch allgemein den Frauen, die Ausübung bürgerlicher Rechte vorenthalten ist, wird die Aktivbürgerschaft weiter begrenzt. Eine Demokratie im rechtsnormativen Sinne wird man aber nur da annehmen dürfen, wo ein grundsätzlich allgemeines und gleiches Wahlrecht, wenigstens der erwachsenen, männlichen Staatsangehörigen, besteht.<sup>12</sup> Zur Frage nach der genauen Grenzziehung zwischen der Demokratie und anderen Staatsformen vermag eine methodetreue rechtsnormative Staatsformenlehre jedoch das Entscheidende nicht beizutragen.<sup>13</sup>

b) Die Demokratie — das die Normunterworfenen an der Normsetzung beteiligende Rechtserzeugungsverfahren — ist in der mittelbaren Demokratie weniger durchgehend verwirklicht als in der unmittelbaren oder der gemischten Demokratie. In der mittelbaren, repräsentativen Demokratie ist die Mitwirkung des Volkes bei der staatlichen Willensbildung in einem rechtlich geordneten Verfahren auf die Wahl einer Repräsentantenversammlung beschränkt, die dann alle staatlichen Funktionen dem Volke gegenüber absorptiv ausübt.<sup>14</sup> Innerhalb der mittelbaren Demokratie «ist für den Grad der Verwirklichung der Demokratie das Wahlsystem entscheidend». Das allgemeine und gleiche Wahlrecht entspricht nach der rein rechtsnormativen Theorie der Demokratie besser als ein Plural- oder Zensurwahlsystem; der Proporz ist «demokratischer» als der Majorz, da er den wirklichen Volkswillen besser zum Ausdruck bringt als das Majoritätssystem, bei welchem der Wahlsieg auch einer Minderheit zufallen kann.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> H. KELSEN, Staatslehre, S. 327.

<sup>12</sup> W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, 2. Aufl., London 1949, S. 449, sieht neben dem Ausschluss der Angehörigen bestimmter Rassen von den Aktivbürgerrechten auch in der Beschränkung der politischen Rechte auf die Staatsangehörigen männlichen Geschlechts eine erhebliche Trübung der Idee der Demokratie.

<sup>13</sup> Nach H. KELSEN, *op. cit.* S. 345, sind die Grenzen der politischen Rechte natürliche. Auch Kelsen kann so nicht umhin, zur Abgrenzung der Demokratie auf das Ausserrechtliche zurückzugehen.

<sup>14</sup> G. JELLINEK, *op. cit.* S. 345.

<sup>15</sup> H. KELSEN, *op. cit.* S. 345.

In der unmittelbaren Demokratie — der direkten Demokratie im engeren Sinne — wird der staatliche Wille in allen seinen Erscheinungen durch direkten Volksbeschluss gebildet. Diese — normlogisch gesehen — reinste Form der Demokratie ist extrem zentralistisch. Sie schliesst auch jede Gewaltentrennung aus, denn die Unterscheidung verschiedener staatlicher Funktionen verliert hier ihre Bedeutung. Es ist dies die Staatsform, die in den attischen Stadtstaaten annähernd verwirklicht wurde. Radikal erstreben oder gar durchsetzen lässt sie sich jedoch nicht einmal im kleinsten Zwergstaat.<sup>16</sup>

Eine gemischte Demokratie — man kann hier auch von einer unmittelbaren, direkten Demokratie in einem weiteren, unpräziseren Sinne sprechen — liegt dann vor, wenn neben den vom Volke bestellten Staatsorganen in gewissen Sachbereichen das Volk selbst zur Mitwirkung bei der Bildung des staatlichen Willens berufen ist. Diese Beteiligung kann auf die Verfassungsgesetzgebung beschränkt sein, oder sich ebenfalls auf die einfache Gesetzgebung und Staatsakte nicht legislatorischer Natur (wie z. B. das Budget-Referendum) beziehen. Je weiter der einbezogene Bereich ist, desto mehr ist die Demokratie im rechtsnormativen Sinne ausgebaut. Verschiedene Abstufungen ergeben sich schliesslich je nachdem, ob das Volk nur durch das Referendum, oder auch durch die Initiative an der Bildung des Staatswillens beteiligt ist.

c) Eine konsequente Verwirklichung der rechtsnormativen Demokratie würde aber nicht nur eine Demokratisierung der Rechtssetzung — der Festlegung abstrakter Normen —, sondern auch der anderen Staatsfunktionen erfordern. Nach Kelsen versteht es sich als demokratische Forderung von selbst, dass «dem Volke nicht nur die Gesetzgebung, sondern auch die Vollziehung möglichst unmittelbar zustehen solle». Da die unmittelbare Vollziehung durch das Volk aus technischen Gründen nicht möglich sei, müsse «im Sinn möglicher Annäherung an die demokratische Idee» die Vollziehung als ein System von gewählten Kollegialbehörden gestaltet werden, «die in stufenweiser Abfolge von einem zentralen Verwaltungskollegium . . . zu den lokalen Verwaltungskollegien herabsteigen».<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> op. cit. S. 343 f. R. THOMA, Wesen und Erscheinungsformen der modernen Demokratie in Recht, Staat, Wirtschaft, Stuttgart u. Köln 1949, S. 28. G. JELLINEK, op. cit. S. 724 f.

<sup>17</sup> H. KELSEN, op. cit. S. 362 f. Kelsens Forderung nach «Demokratisierung der Verwaltung» steht auch in einem Zusammenhang mit seiner die Unterscheidung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung relativierenden Stufentheorie. «. . . ist das Prinzip der Einheit des Rechtserzeugungsprozesses erkannt, dann fehlt jeder Grund dafür, das demokratische Organisationsprinzip auf ein mehr oder weniger willkürlich herausgegriffenes Stadium dieses Prozesses zu beschränken.» Ein Zusammenhang zwischen dem Verständnis des Verhältnisses von Rechtssetzung und Rechtsanwendung einerseits und der Einstellung gegenüber der Frage

## II. Zur Kritik der rechtsnormativen Methode

Die rechtsnormative oder normlogische Methode identifiziert den Staat mit der Rechtsordnung. Sie versteht den Staat als «Normenkomplex» der in Abstraktion von jeglicher Korrelation mit der sozialen Wirklichkeit betrachtet wird. Das Recht — und damit der ihm gleichgesetzte Staat — erscheint ausschliesslich als ein Gefüge von Sollenssätzen. Die Beziehung zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, ihr Spannungsverhältnis, aus dem sie beide erst verständlich sind, wird dabei, wenn nicht übersehen, so doch als Erkenntnisproblem der Staatslehre ausgeschieden.<sup>1</sup> Damit wird aber der Erkenntnisgegenstand der Staatslehre in willkürlicher Weise eingeschränkt und verfälscht. Die rechtsnormative Methode kommt nicht über ihre apriorischen Voraussetzungen hinaus. Wo eine fertige, geschlossene Methode auf die Wirklichkeit angewandt wird, wo man also «die Wirklichkeit unter einem bestimmten abstrakten Gesichtspunkt betrachtet und von allem anderen als ‚unwesentlich‘ absieht, springt eben immer wieder nur dieser abstrakte Gesichtspunkt heraus».<sup>2</sup> Mit D. Schindler wird man dabei eher von einem «Produkt der Methode» als von Ergebnissen sprechen.<sup>3</sup> Als apriorische, eindimensionale Denkweise kann die normlogische Methode dem Wesen des Staates, der sich bei jeder phänomenologischen Betrachtung sofort als eine mehrschichtige Erscheinung erweist, zum vorneherein nicht gerecht werden.<sup>4</sup> Angewandt auf gegebenes Recht eines bestimmten Staates mag sie zur logischen Sichtung des Rechtsstoffes Wertvolles beitragen.<sup>5</sup> So sind das rechtslogische Verhältnis der

---

nach der Demokratisierung der Verwaltung andererseits zeigt sich auch bei anderen Autoren. Zur Kelsens Auffassung entgegengesetzten Theorie ROUSSEAUS, der den Gegensatz von Rechtssetzung und Rechtsanwendung verabsolutierte und die Verwaltung durch das Volk nicht nur für überflüssig hielt, sondern geradezu ablehnte, vgl. diese Arbeit S. 80 und dort zitierte Literatur.

<sup>1</sup> Nach H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, S. 11, besteht das Problem der normlogischen Methode in der «Eigengesetzlichkeit einer Sinnsphäre». Es ist eine Frage logisch einwandfreier Begriffsbildung, ob ein jeglichen Inhaltes entkleideter «Normenkomplex» als «Sinnsphäre» und der von allen Norminhalten abstrahierende normlogische Zusammenhang noch als Sinnszusammenhang bezeichnet werden kann. Einen «Sinn» gibt es wohl doch nur hinsichtlich eines Inhaltes, nicht aber völlig losgelöst von diesem.

<sup>2</sup> Erich KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen 1921, S. 21.

<sup>3</sup> *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, S. 3.

<sup>4</sup> Die Methode kann überhaupt nicht vorausbestimmt werden, sondern sie wächst im Laufe der Forschung am Gegenstand. Vgl. dazu diese Arbeit, unten S. 28 ff, und dort zitierte Literatur.

<sup>5</sup> D. SCHINDLER, *op. cit.* S. 4. In diesem Recht ist das Soziologische schon mitenthalten, so dass die Mängel der Methode weniger scharf zum Ausdruck kommen.

Organe und ihrer Kompetenzen, oder das Verhältnis der verschiedenen Rechtssetzungsstufen in der Demokratie sinnvoller Gegenstand einer vorwiegend rechtsnormativ orientierten Wissenschaft. Ueber die Grundfragen der Demokratie: über die wirklichkeitsgestaltende Funktion der Institutionen der Demokratie, über die sozialen Bedingungen der Demokratie, über die Forderungen, die sich heute einer neuen Problemen gegenübergestellten Demokratie zur Lösung aufdrängen, muss sich aber eine rechtsnormative Wissenschaft ausschweigen, wenn sie «rein» bleiben will.

Wo eine rein normlogische Methode verfolgt wird, liegt zudem die Gefahr nahe, dass aus dem rechtsnormativen Idealtypus der Demokratie — in Uebereinstimmung mit einer populären Anschauung — ein idealer Typus im Sinne einer zu erstrebenden Ordnung gemacht wird. Für eine solche Betrachtungsweise bemisst sich der Vollkommenheitsgrad einer Demokratie allein nach dem Ausmass und Ausbau ihrer rechtlichen Institutionen. Die direkte Demokratie gilt als demokratischer denn die repräsentative, das parlamentarische System als demokratischer denn ein Präsidentschaftssystem und der Proporz als demokratischer denn der Majorz. Dass eine solche Anschauung — Kelsen steht ihr alles andere als fern —<sup>6</sup> der Wirklichkeit der Demokratie nicht entspricht, braucht nicht ausführlich nachgewiesen zu werden.

Eine rein rechtsnormative Fassung des Begriffes der Demokratie würde zudem heute mehr denn je einer völligen Entleerung des Begriffes gleichkommen. Noch zu Beginn dieses Jahrhunderts bestand zwischen den Demokratien und den damaligen Autokratien monarchischer Prägung ein wesentlicher Unterschied im Institutionellen. Vom Institutionellen her konnten deshalb sinnvolle Unterscheidungskriterien gewonnen werden. Dies umsomehr, als dem Institutionellen weitgehend die ihm zugehörige soziologische Struktur unterlag. Heute aber taugt die institutionelle Sphäre für sich allein betrachtet als Unterscheidungskriterium viel weniger. Nicht nur ist das notwendige Gleichgewicht zwischen dem Institutionellen und der sozialen Struktur fragwürdig geworden; die Demokratie der Gegenwart und die modernen Formen der Autokratie, insbesondere das Sowjetsystem, unterscheiden sich nicht mehr so sehr im — als selbständiger Sinnbereich betrachteten — Institutionellen, als in den tatsächlichen Machtverhältnissen, im tatsächlichen

---

<sup>6</sup> Um nur ein Beispiel anzubringen, sei darauf hingewiesen, dass H. KELSEN (Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 69) im amerikanischen Präsidentschaftssystem eine «Schwächung des Prinzips der Volkssouveränität» sah, wogegen der Verzicht auf ein Staatsoberhaupt in der russischen Verfassung «durchaus demokratisch» gedacht sei.

Ablauf des sozialen Lebens. Auch in den «Volksdemokratien» gibt es Abstimmungen und Wahlen, und auch im Staate der kommunistischen Parteidiktatur wird der staatliche Wille dem Volke zugerechnet. Wenn man nun allein von diesem Zurechnungsprinzip, der Normlogik der Institutionen, ausgehen wollte, müsste man heute sozusagen jeden Staat als Demokratie anerkennen. Die westlichen Demokratien und die kommunistischen Staaten wären dann bloss verschiedene Unterarten der Demokratie. Diese Begriffsentleerung ist aber nur dann zu vermeiden, und der Begriff der Demokratie behält nur dann einen vernünftigen Sinn, wenn nicht allein bestimmte Institutionen der rechtsnormativen Demokratie, wie Wahlen, Abstimmungen und etwa noch kollegial organisierte Behörden, oder ein bestimmtes Zurechnungsprinzip — das oft nur propagandistisch-ideologische Verdunkelung bestehender Machtverhältnisse bedeutet — als für die Demokratie begriffswesentlich angesehen werden. Die Demokratie ist nicht eine Normenpyramide im luftleeren Raum, sondern eine bestimmt strukturierte staatliche Wirklichkeit.

### III. Der soziologische Begriff der Demokratie

Dietrich Schindler bezeichnete die Demokratie als den Staat der Identität der Interessen von Herrschenden und Beherrschten. Diese Identität ist weder als eine personelle,<sup>1</sup> noch als eine rechtliche,<sup>2</sup> sondern als eine rein tatsächliche zu verstehen. Auch in der Demokratie fallen die Normadressaten nicht mit den «Herrschenden», ja nicht einmal mit der Aktivbürgerschaft zusammen, und auch in ihr tritt der Staatswille den Normunterworfenen als ein fremder, selbständiger gegenüber. Wesentlich ist für die Demokratie im soziologischen Sinne nur, dass der staatliche Wille tatsächlich so beschaffen ist, wie wenn er von der Gesamtheit des Staatsvolkes (das hier in einem weitesten Sinne verstanden ist) gebildet worden wäre. Gleichgültig bleibt aber zunächst das rechtliche Verfahren der staatlichen Willensbildung. Nur darauf kommt es an, dass der von wem immer, gleichgültig in welchem

---

<sup>1</sup> Ueber die Bildung des Staatswillens in der Demokratie, S. 28.

<sup>2</sup> op. cit. S. 38.

Verfahren gebildete Wille tatsächlich so gestaltet ist, als ob er von seinen Adressaten geschaffen worden wäre.<sup>3</sup>

Das Wesen dieser Interessenidentität bedarf in verschiedener Hinsicht einer genaueren Abklärung. Auf welche Interessen muss sie sich in der Demokratie im soziologischen Sinne beziehen? Was für Voraussetzungen liegen ihr zu Grunde? Wie muss sie zustandekommen?

1. Wenn die Demokratie im soziologischen Sinne die Zustimmung des gesamten Staatsvolkes zu allen Aeusserungen des staatlichen Lebens bedeuten sollte, so bliebe sie eine ewige Utopie. Um auf das Wesentliche zu stossen, um abklären zu können, auf was es bei dieser der Demokratie im soziologischen Sinne wesentlichen Interessenidentität ankommt, muss unterschieden werden zwischen den Angelegenheiten des staatlichen Lebens, die die tieferliegenden Ueberzeugungen der Staatsangehörigen berühren und den andern, die — wenn sie auch von weittragender Bedeutung sein können — von ihnen nicht als vital empfunden werden.<sup>4</sup> Den verschiedenen Aeusserungen des staatlichen Lebens gegenüber verhält sich der Einzelne in sehr unterschiedlicher Weise. Stimmt er der einen Erscheinung zu, verhält er sich anderen gegenüber gleichgültig oder lehnt sie ab. In manchen Fällen — wo seine tieferliegenden Ueberzeugungen in Frage stehen — ist sein Wert- oder Unwerturteil für ihn zugleich ein solches über den Staat als Ganzes, den er gerade wegen dieser Aeusserung bejaht und andere Erscheinungen in Kauf nimmt, oder den er — nur wegen der staatlichen Stellung zu einer als besonders entscheidend empfundenen Frage — ablehnt.<sup>5</sup> In den weitaus zahlreichsten Fällen wird aber die Stellung des Einzelnen zu einer bestimmten Manifestation des staatlichen Lebens ohne Einfluss sein auf seine Haltung gegenüber dem Staat als solchem.

---

<sup>3</sup> Aehnlich ist auch der Demokratiebegriff von N. M. BUTLER, Die Republikanische Staatsform, New York 1931, S. 5. Butler bezeichnet jeden Staat, ohne Rücksicht auf die «äussere Gestalt» seiner Regierung, als Demokratie, sofern nur die Regierung «auf der Autorität des gesamten Volkes beruht und dessen Willen zum Ausdruck bringt». Soziologisch ist auch der Demokratiebegriff der amerikanischen Theorie, die das Wesen der Demokratie in der «Herrschaft der öffentlichen Meinung» sieht. Leonhard W. DOOB, Public Opinion and Propaganda, S. 207, der diese Lehre freilich nur unter verschiedenen einschränkenden Vorbehalten vertritt, betrachtet es als Wesensmerkmal der Demokratie, «that important decisions depend, if only ultimately, on public opinion and that the day-by-day activities of government in public some way or other reflect that opinion. The lip-service paid to public opinion by statesmen, and politicians needs to be taken seriously; as a bare minimum, the leaders must pretend that they are sensitive to the demands of their constituents».

<sup>4</sup> D. SCHINDLER, op. cit. S. 36.

<sup>5</sup> op. cit. S. 36 f.

Bei manchen Fragen gibt es überhaupt keinen bestimmten «Willen der Beherrschten», keine bewussten Interessen des Volkes. Die öffentliche Meinung ist immer nur eine sporadische. Neben den tieferliegenden Ueberzeugungen, die zum Inhalt einer «relativ festen und dauernden öffentlichen Meinung» werden, steht die «fluktuierende politische Tagesmeinung»,<sup>6</sup> die sich lediglich auf vereinzelt Geschehnisse und Postulate der Tagespolitik bezieht. Zu einem guten Teil wird aber die Tätigkeit der gesetzgebenden Organe — und das gilt noch viel mehr auf dem Gebiete der staatlichen Verwaltungstätigkeit — von der weit überwiegenden Mehrheit kaum oder gar nicht beachtet, so dass es auch nicht zu der Bildung einer öffentlichen Meinung kommt.<sup>7</sup> Dass da von einer Identität zwischen dem Willen der Herrschenden und dem der Beherrschten nicht die Rede sein kann, ist augenscheinlich. Man kann auch nicht sagen, dass die Beherrschten hier — stillschweigend — zugestimmt hätten, denn «consent implies a wilful allowance or acceptance».<sup>8</sup> Die Bedeutung der öffentlichen Meinung wird weiter dadurch eingeschränkt, dass sie immer nur schlagwortartige, oder doch kurz formulierte und damit stark vereinfachte, Ueberzeugungen zum Inhalt haben kann. Deshalb ist die öffentliche Meinung im allgemeinen weniger geeignet, all diejenigen Gebiete zu erfassen, die nicht ohne ein besonderes fachliches Wissen verstanden werden können.<sup>9</sup>

Die Interessenidentität als Uebereinstimmung des Willens von Herrschenden und Beherrschten, wie sie hier verstanden wird, ist nun aber schon dann als gegeben anzusehen, wenn die weit überwiegende Mehrheit der Beherrschten die gegebene Wirklichkeit und die Entwicklungstendenzen des Staates im Ganzen bejaht, wenn die Grundstrukturen des staatlichen Lebens durch den Willen der Beherrschten legitimiert werden, wenn im Bereiche der tieferliegenden Ueberzeugungen eine psychische *volonté générale* besteht.<sup>10</sup> Diese Umschreibung ist notwendigerweise unbestimmt. Eine von Zeit und Ort unabhängige Einteilung in grundlegende und in für die Einstellung der Beherrschten zum Staate als solchem nicht entscheidende Äußerungen des staatlichen Lebens ist nicht zu erbringen. Bald steht mehr die Stellung des Staates zur persönlichen Freiheit des Einzelnen im Vordergrund, bald seine Haltung gegenüber Religion und Kirche, in neuerer Zeit beson-

<sup>6</sup> Vgl. zu dieser Unterscheidung H. HELLER, Staatslehre S. 174.

<sup>7</sup> H. L. MacBAIN, *The Living Constitution*, S. 233.

<sup>8</sup> *op. cit.* S. 234.

<sup>9</sup> H. HELLER, Staatslehre, S. 176, L. DOOB, *op. cit.* S. 201 ff.

<sup>10</sup> D. SCHINDLER, *op. cit.* S. 37.

ders sein Verhalten gegenüber Wirtschafts- und Sozialgesetzgebung. Allgemein lässt sich nur sagen, dass die tieferliegenden Ueberzeugungen dort liegen, wo «das Bewusstsein der Epoche vorwiegend beheimatet ist».<sup>11</sup>

Im Gebiete der weniger tief liegenden Ueberzeugungen, im Bereiche der «fluktuierenden Tagesmeinungen» kann sich die Demokratie dagegen mit der Spielregel des Mehrheitsentscheides begnügen.<sup>12</sup> Nur hier aber vermag das Mehrheitsprinzip auf die Dauer zu funktionieren, weil hier allein die ihm zu Grunde liegende Ueberzeugung standhält, «wonach es besser ist, Köpfe zu zählen, als sie abzuhauen».<sup>13</sup> Der Mehrheitsentscheid ist da für die Minderheit umso erträglicher, als die Mehrheit eine anonyme ist — so dass die Unterliegenden nicht das Gefühl haben müssen, sie seien dem autoritativen Befehl bestimmter Personen ausgesetzt —,<sup>14</sup> und der einzelne Bürger im allgemeinen bei verschiedenen Sachentscheidungen nicht öfters der Minderheit denn der Mehrheit angehört, da sich die Zusammensetzung von Mehrheit und Minderheit ständig verändert.<sup>15</sup>

2. Der Staat der Interessenidentität im soeben beschriebenen Sinne kann nicht bestehen, es seien denn verschiedene in der sozialen Wirklichkeit liegende Voraussetzungen erfüllt. Die Demokratie vermag nicht einfach begründet zu werden. Sie «setzt eine Reife und einen Integrationsgrad der Gesellschaft voraus, der sie zu der schwierigsten Form der legitimen Herrschaft macht».<sup>16</sup> Carl L. Becker bezeichnet sie als eine Art des sozialen Luxus, den man sich bloss da leisten könne, wo bestimmte geistige und materielle Grundlagen erfüllt seien.<sup>17</sup>

Zu den sozialen Bedingungen der Demokratie gehört vor allem eine gewisse Homogenität des Staatsvolkes.<sup>18</sup> Die Demokratie bedarf einer wenigstens annähernden Uebereinstimmung der Interessen der Staatsangehörigen, mindestens dort, wo es um als vital angesehene Interessen geht,

<sup>11</sup> H. HELLER, Politische Demokratie und soziale Homogenität, S. 41.

<sup>12</sup> In Wirklichkeit ist in diesem Bereiche der staatliche Wille sehr oft nicht einmal von einer Mehrheit, sondern nur von einer interessierten — vielleicht ganz kleinen — Minderheit getragen (vgl. H. L. MacBAIN, op. cit. S. 234).

<sup>13</sup> CARL L. BECKER, Modern Democracy, S. 87. Zur Auffassung des Mehrheitsprinzips als einer blossen Spielregel vgl. auch A. SCHÜLE, Demokratie als politische Form und als Lebensform, Festgabe für Smend 1952, S. 349 f.

<sup>14</sup> D. SCHINDLER, op. cit. S. 85.

<sup>15</sup> op. cit. S. 87.

<sup>16</sup> W. ROEPKE, Civitas Humana, S. 176.

<sup>17</sup> op. cit. S. 11; zu den sozialen Voraussetzungen der Demokratie vgl. auch Mac IVER, Regierung im Kräftefeld der Gesellschaft, S. 181 ff.

<sup>18</sup> H. HELLER, Politische Demokratie und soziale Homogenität.

wo die tieferen Ueberzeugungen in Frage stehen. Ohne eine gewisse Homogenität des Volkes ist die Existenz eines jeden Staates bedroht. Eine Integration zur Demokratie ist aber vollends ausgeschlossen. Denn nur wo eine annähernde Uebereinstimmung des Denkens und der Interessen der einzelnen Staatsangehörigen gegeben ist, kann das staatliche Leben in seinen Grundstrukturen als von dem Willen — grundsätzlich — des gesamten Volkes getragen angesehen werden. In all den Bereichen, in welchen für die Demokratie das Mehrheitsprinzip nicht genügt, ist deshalb auch die annähernde Gleichartigkeit der Interessen der Einzelnen untereinander unerlässlich.

Wo die technische Entwicklung zu einer starken Konzentration des wirtschaftlichen Besitzes und vor allem der wirtschaftlichen Macht geführt hat, sind daraus die Demokratie desintegrierende Gegensätze erwachsen. Von manchen Schriftstellern wird die Ausglei chung schroffer wirtschaftlicher Unterschiede geradezu als die vordringliche Aufgabe bezeichnet, die gelöst werden müsse, wenn die Demokratie weiter bestehen solle.<sup>19</sup> Das Problem der wirtschaftlichen Homogenität steht heute besonders im Vordergrund; aber daneben ergeben sich — teilweise, je nachdem, ob der Nationalismus noch für das politische Denken bestimmend ist — auch für die Demokratie der Gegenwart immer noch Gefahrenquellen aus trennenden Unterschieden der Abstammung, der Sprache, der Konfession, der Kultur, der — nicht nur wirtschaftlich bedingten — Konvention.

Homogenität der Anschauungen und Interessen kann freilich nie eine völlige Nivellierung aller Ungleichheiten bedeuten. Der Egalitarismus ist das Postulat einer demokratistischen Ideologie, nicht eine soziale Voraussetzung der Demokratie. Homogenität heisst darum «nie Aufhebung der notwendig antagonistischen Gesellschaftsstruktur»,<sup>19</sup> sondern lediglich Ausgleichung, Annäherung der Lebenssituation und -haltung soweit, dass ein gemeinsame Diskussionsgrundlage bestehen bleibt, dass «die stets vorhandenen Gegensätzlichkeiten und Interessenkämpfe gebunden erscheinen durch ein Wirbewusstsein»,<sup>20</sup> dass eine Solidarität über allen Gegensätzen erhalten bleibt.

Auch den von einer bestimmten Zeit als vital angesehenen Lebensbereich betreffende Unterschiede vermögen, wenn sie einen bestimmten Spannungsgrad — wo die Gewalt als einzig offener Weg zur Lösung erscheint — nicht übersteigen, durch Querverbindungen gemildert zu werden. Solche, die soziale Grundlage der Demokratie festigende Quer-

---

<sup>19</sup> Statt vieler vgl. C. L. BECKER, op. cit. S. 84; H. HELLER op. cit. S. 42.

<sup>20</sup> H. HELLER, op. cit. S. 41.

verbindungen bestehen dann, wenn die sich gegenüberstehenden Gruppen nicht die Eigenschaft von totalen Lebensgemeinschaften haben, so dass der Einzelne verschiedenen Gruppen angehört. Wo z. B. der wirtschaftliche Unterschied begleitet ist von einer gemeinsamen Kultur, Konfession, Konvention usw., ist die Beziehung der wirtschaftlich verschieden Gestellten nicht mehr ausschliesslich vom Gegensatz beherrscht.

Soweit die Ueberzeugungen und Interessen des Staatsvolkes nicht in Uebereinstimmung gebracht werden können — namentlich bei den Meinungsverschiedenheiten der Tagespolitik, die auch nach aller Diskussion meist nicht völlig behoben werden können — beruht die Demokratie schliesslich auf der Ueberzeugung der Bürger, dass, wenn schon entschieden werden müsse, eine friedliche Entscheidung nach der Spielregel des Majoritätsprinzipes jeder gewaltsamen Lösung vorzuziehen sei.<sup>21</sup> Diese sachlich nüchterne Haltung der Bürger vermag freilich eine fehlende Homogenität des Staatsvolkes nicht zu ersetzen; sie muss vielmehr zu einer annähernden Homogenität hinzutreten.

Eine solche Geisteshaltung ist aber im Politischen kaum anzutreffen, wo sie nicht auch im nichtpolitischen Bereich, im Berufs- und gesellschaftlichen Leben und in der Familie die Beziehungen der Menschen untereinander beherrscht. Die politische Sachlichkeit, die Bereitschaft zum ehrlichen Kompromiss muss von einer zur «Verordnung» gewordenen Mentalität im Nichtpolitischen getragen,<sup>22</sup> eine «Lebensform für den Einzelnen» sein.<sup>23 24</sup>

3. Für die Demokratie im soziologischen Sinne ist es nun aber nicht gleichgültig, wie die Zustimmung der Beherrschten zustande kommt. Wie schon angedeutet worden ist, kann auf die Dauer kein Staat bestehen, es sei denn, dass die staatliche Macht irgendwie von den Beherrschten als legitim angesehen werde. Auch ein dank der technischen Errungenschaften ins Ungeheure entwickelter Diktaturapparat dürfte auf die Dauer kaum eine fehlende Legitimation bestehender Machtpositionen

---

<sup>21</sup> Wie D. SCHINDLER, op. cit. S. 41 und 81, ausführt, handelt es sich hier um eine gemeinsame «tiefere Ueberzeugung», die sich auf das formelle Recht bezieht, d. h. auf die Normen, die den Prozess der Rechtserzeugung regeln.

<sup>22</sup> H. JAHREISS, Demokratie, bes. S. 79 ff.

<sup>23</sup> A. SCHÜLE, Demokratie als politische Form und als Lebensform.

<sup>24</sup> Es wäre freilich falsch, eine einseitige Abhängigkeit der Verhaltensweise im Politischen von der nichtpolitischen Lebensform anzunehmen. So glaubt der amerikanische Psychologe Kurt LEWIN, die politische Form bestimme eher Geist und Methode der Erziehung, als dass umgekehrt von der Reform der Erziehung eine Wandlung der Verhaltensweise im Politischen zu erwarten sei; vgl. dazu den trotz einiger Vereinfachungen aufschlussreichen Aufsatz über «Some Social-Psychological Differences Between The United States and Germany», im Sammelband «Resolving Social Conflicts», New York 1948, S. 3 ff.

gänzlich ersetzen. Dennoch ist nicht jeder Staat eine Demokratie. Wo die «Zustimmung» der Beherrschten nichts anderes ist als der Ausdruck der Resignation, eine «Zustimmung, weil nichts anderes übrig bleibt», kann von einer Demokratie ebensowenig die Rede sein wie dort, wo die «Zustimmung» der Beherrschten lediglich das Ergebnis eines staatlich dirigierten Konformismus ist. Die Demokratie ist ein Machtaufbau von unten her. Demokratische Interessenidentität besteht nur dort, wo die Interessen der Beherrschten massgebend sind für die Tätigkeit der Herrschenden, nicht aber dort, wo die zum vornherein festgelegten Ziele der Herrschenden den Beherrschten durch eine uniforme staatliche Propaganda als ihre eigenen suggeriert werden.

Dennoch ist es unrichtig zu sagen,<sup>25</sup> die Demokratie sei autoritätsfeindlich. Seit der Herausforderung einer erstarrten und dekadenten Hierarchie durch den französischen Rationalismus der Aufklärung steht die Idee der Autorität in Europa in schlechtem Ansehen. Für den Vertreter des reinen politischen Rationalismus<sup>26</sup> gehört der Begriff der Autorität in das Wörterbuch der politischen Romantik, der Ideologie der versteckten oder offenen Despotie. Die Erfahrung mit den Diktaturen der neuesten Zeit hat dieses Vorurteil vielfach noch bestärkt. Und doch besteht es zu Unrecht; denn ohne — im richtigen Sinne verstandene — Autorität ist weder der Bestand des Staates noch irgend einer anderen sozialen Gruppe vorstellbar. In jeder sozialen Gruppe finden sich verschiedene Stellungen mit unterschiedlicher Funktion vorgegeben.<sup>27</sup> Die stillschweigend-unbewusste oder in rationaler Organisation erfolgende Verteilung der verschiedenen sozialen Funktionen ist die erste Bedingung eines geordneten Zusammenwirkens. Bei der Zuweisung der die Gruppe leitenden Funktionen gilt überall das Gesetz der kleinen Zahl. Eine «funktionelle Hierarchie»<sup>28</sup> ist unumgänglich, ob sie gewollt ist oder nicht. Ausübung gruppenleitender Funktion bedeutet indessen nicht, dass die Leitenden den unter ihnen Stehenden ihren Willen aufzwingen. Diese Führung ist nicht eine Angelegenheit von «will over will», sondern von «position over position».<sup>29</sup> So liegt auch das Wesen der Autorität nicht in der zwangsweisen Durchsetzung einer

---

<sup>25</sup> Wie z. B. H. MEISSER, *Demokratie und Liberalismus*, S. 21. Zur Fragestellung «echter Kompetenz» durch den demokratischen Egalitarismus vgl. W. KÄGI, *Demokratie zwischen falscher und wahrer Gleichheit*, *Neue Zürcher Zeitung* vom 16. Mai 1953.

<sup>26</sup> Zur Autoritätsfeindlichkeit des Aufklärungsrationalismus vgl. auch W. RÖPKE, *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart*, S. 71.

<sup>27</sup> C. C. MAXEY, *The American Problem of Government*, S. 4 ff.

<sup>28</sup> W. RÖPKE, *loc. cit.* und *Civitas Humana*, S. 334 f.

<sup>29</sup> CH. C. MAXEY, *op. cit.* S. 7.

blinden Gefolgschaft. Zwang und Autorität schliessen sich vielmehr gegenseitig aus. Autorität hat, wer in der sozialen Gruppe eine Stellung einnimmt, gemäss der er zur Richtungsgebung nicht nur befugt, sondern auch bestimmt ist. Autorität kann deshalb nicht anders als in Ausübung einer anerkannten sozialen Funktion geltend gemacht werden.<sup>30</sup> Die jeder Gruppe aus dem Wesen des Sozialen vorgegebene hierarchische Schichtung gilt auch für die Demokratie. War selbst im kleinsten Staat mit einfachen und übersichtlichen Staatsgeschäften die Lenkung des Gemeinwesens durch gemeinsamen Entscheid des versammelten Volkes oder auch einer gewählten Volksvertretung eine Fiktion, so ist sie das noch viel mehr im modernen Staat mit seinen sich ständig mehrenden und sich zugleich komplizierenden Aufgaben. Zur handlungsfähigen Leitung auch des demokratischen Staates ist nur ein kleiner Kreis regierender Personen fähig. Ihm obliegt «die schöpferische Entscheidung, die politische Initiative und die zusammenfassende Leitung des Staatsganzen, sowie die dirigierende Kontrolle der ausführenden Tätigkeiten».<sup>31</sup> Regierung durch einen kleinen Kreis, Bestimmung der Politik durch wenige bedeutet, dass eben auch in der Demokratie geherrscht wird. Auch sie ist eine «Krateia», eine «Herrschaft über Land und Leute»<sup>32</sup>, wobei den Regierenden Raum bleibt für selbständige Entscheidungen, «für unerwartete Entscheidungen, für originelle Entscheidungen, ja für Entscheidungen, die das Zusammenleben umgestalten».<sup>33</sup>

Es ist sogar eines der dringendsten Probleme der Demokratie, dass ihr die Bestellung einer aktionsfähigen Führung gelinge. Nur so lassen sich staatliche Desintegration und die Gefahr vermeiden, dass orientierungslose Massen eine leichte Beute der Gewaltherrschaft werden.<sup>34</sup> Besonders auch in den Bereichen der staatlichen Wirksamkeit, wo der Staat als Gestalter der Sozialordnung, als Leistungsträger auftritt, ist eine richtungsweisende Initiative der Regierung unerlässlich, da anderswie eine im Widerstreit der verschiedenen Einzel- und Gruppeninteressen vermittelnde Politik nicht möglich wäre.<sup>35</sup>

---

<sup>30</sup> *op. cit.* S. 8 f; ähnlich auch R. M. MacIVER, *op. cit.* S. 86: «... genauer genommen ist eine Autorität eine Persönlichkeit oder eine Körperschaft mit dem Recht, Entscheidungen zu treffen und die Ordnung aufrecht zu erhalten, die in einem System oder einem Gebiet gilt.»

<sup>31</sup> U. SCHEUNER, *Der Bereich der Regierung*, S. 278; vgl. auch S. 277 und 283.

<sup>32</sup> R. THOMA, *Wesen und Erscheinungsformen der modernen Demokratie*, S. 1.

<sup>33</sup> H. JAHREISS, *Demokratie*, S. 71; vgl. auch Goetz BRIEFS, *op. cit.* S. 34.

<sup>34</sup> H. HUBER, *Demokratie und staatliche Autorität*, S. 28; nach U. SCHEUNER, *op. cit.* S. 283, begünstigt eine eigentliche Parliamentsherrschaft lediglich die diktatorische Regierungsweise von Ausschüssen.

<sup>35</sup> Ueber die vermittelnde Funktion der Regierung vgl. auch P. HERRING, *Presidential Leadership*, S. 15 und 144.

Der Notwendigkeit einer einheitlichen Oberleitung des Staates ist in Art. 65 des Bonner Grundgesetzes für die Deutsche Bundesrepublik ausdrücklich Rechnung getragen. Nach dieser Bestimmung hat der Bundeskanzler die «Richtlinien der Politik» festzulegen. In anderen Demokratien, wo die Exekutive von den Verfassungsschöpfern mehr als ein ausschliesslich mit Vollziehungsfunktionen betrautes Organ aufgefasst wurde, hat eine Verfassungswandlung zu einer Stellung der Exekutive geführt, die sich von der des deutschen Bundeskanzlers nicht grundlegend unterscheidet. Auch der schweizerische Bundesrat ist zum Träger einer selbständigen Gesetzgebungspolitik geworden, die er zumeist mit Erfolg gegenüber dem Parlament vertritt, dessen legislatorische Funktion sich weitgehend im formellen Gesetzeserlass erschöpft.<sup>36</sup> Noch entschiedener ist das Uebergewicht des Bundesrates bei der Notrechtsetzung,<sup>37</sup> und auch im Gebiete der Aussenpolitik geht die Selbständigkeit des Bundesrates viel weiter als es der Wortlaut der Verfassung vorsieht.<sup>38</sup>

Eine ähnliche Entwicklung ist in den Vereinigten Staaten von Amerika vor sich gegangen. Ursprünglich als ein «Chief Executive» gedacht, wird der amerikanische Präsident heute als ein «leader of legislation» gewählt. Er gilt als verantwortlich «for what he succeeds in getting Congress to do and in preventing Congress from doing».<sup>39</sup> Nach der in den Vereinigten Staaten landläufigen Auffassung kann der Wille des Volkes sich eher durch den Präsidenten Geltung verschaffen, denn durch den — als von selbstsüchtigen Gruppeninteressen beherrscht angesehenen — Kongress.<sup>40</sup> Aus dem Charakter der amerikanischen Parteien — insbesondere aus dem Fehlen einer zuverlässigen Parteidisziplin —<sup>41</sup> und seitens des im amerikanischen Kongress stark

---

<sup>36</sup> H. HUBER, *Demokratie und staatliche Autorität*, S. 23; K. EICHENBERGER, *Die oberste Gewalt im Bunde*, S. 200 ff, insbes. S. 202.

<sup>37</sup> op. cit. S. 264.

<sup>38</sup> op. cit. S. 294 ff.

<sup>39</sup> H. L. MacBAIN, *The Living Constitution*, S. 116; vgl. auch Ch. C. MAXEY, op. cit. S. 44 und P. HERRING, op. cit. S. 7.

<sup>40</sup> P. HERRING, op. cit. S. 28. Nach einem Ausspruch des amerikanischen Präsidenten Th. Roosevelt «as often as not the action of the Executive offers the only means by which the people can get the legislation they demand and ought to have. Therefore a good executive under the present conditions of American political life must take a very active interest in getting the right kind of legislation, in addition to performing his executive duties with an eye single to the public welfare» (Autobiographie, S. 282; zitiert nach Edw. S. CORWIN, *The President, Office and Powers*, 3. Auflage, S. 321).

<sup>41</sup> P. HERRING, op. cit. S. 21 ff; H. LASKI, *The American Presidency, an Interpretation*, S. 114.

verbreiteten «committee system»<sup>42</sup> erwachsen aber einer wirksamen Führung durch den Präsidenten erhebliche Hindernisse. Die Stellung des amerikanischen Präsidenten hängt deshalb weitgehend von der Persönlichkeit ab, von ihrer Fähigkeit, mit einem widerwilligen Kongress fertig zu werden.<sup>43</sup>

Auch unter dem System des Parlamentarismus muss die politische Führung von der Exekutive ausgehen. Man kann sagen, dass der Parlamentarismus lediglich eine besondere — allerdings beim Fehlen bestimmter Voraussetzungen, namentlich hinsichtlich der politischen Parteien, gefährliche oder untaugliche — Methode zur Bestellung einer Regierung als politischer Leitung des Staates sei.<sup>44</sup> So ist das englische Kabinett «a committee of the legislative body, selected primarily to lead the legislative body».<sup>45</sup> Nach H. Laski ist das englische Unterhaus nur formell eine gesetzgebende Versammlung. In Wirklichkeit sei es dagegen ein blosses Registrationsorgan des Kabinetts.<sup>46</sup>

#### IV. Vorbehalte gegenüber einer rein soziologisch- kausalwissenschaftlichen Methode

Wenn auch wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Demokratie auf ein Verstehen der existierenden Demokratie zielen muss, so sind doch Vorbehalte gegenüber einer mit ausschliesslich kausalwissenschaftlichen Kategorien arbeitenden, rein soziologischen Methode anzubringen. So wie wirtschaftliche, rassische und weltanschauliche Homogenität, oder eine gemeinsame Geschichte für sich allein, wie

---

<sup>42</sup> Viele vom Kongress geschaffene Aemter und Kommissionen werden von ihm so organisiert, dass sie direkt ihm, nicht aber dem Präsidenten verantwortlich sind; vgl. dazu E. S. CORWIN, *op. cit.* S. 116 f.

<sup>43</sup> Nach P. HERRING, *op. cit.* S. 10 ff u. S. 47. Nach CORWIN, *op. cit.* S. 321 ist die heutige Stellung des amerikanischen Präsidenten vornehmlich ein Werk der beiden Roosevelts und Wilsons.

<sup>44</sup> U. SCHEUNER, *op. cit.* S. 283 f betont, dass die Zukunft des parlamentarischen Staatstyps davon abhängt, dass auch in ihm «die Notwendigkeit einer selbständigen und aktiven Regierungsmacht anerkannt und verwirklicht» werde. «Mitwirkung des Parlaments und Kontrolle, nicht aber Schwäche der Regierung», sei sein Prinzip.

<sup>45</sup> H. L. MacBAIN, *op. cit.* S. 121.

<sup>46</sup> H. LASKI, *op. cit.* S. 111, insbes. S. 113.

überhaupt keinen Staat, so auch keine Demokratie ausmachen, so kann auch die Demokratie nicht allein aus gegebenen sozialen Verhältnissen erklärt werden. Eine Methode, die z. B. dem Programm von Franz Jerusalem folgend, «das Recht lediglich als Bestandteil des sozialen Lebens»<sup>1</sup> zur Darstellung bringt, verzichtet zum vornherein auf ein ganzheitliches Verstehen. Dasselbe ist auch gegenüber den amerikanischen rechtsphilosophischen Richtungen zu sagen, die das Recht bloss als ein Mittel des «social control», ein Mittel zur Durchsetzung von in der Gesellschaft auftretenden Interessen auffassen und rein kausalwissenschaftlich aus tatsächlichen Verhältnissen, insbesondere auch aus den psychologischen und soziologischen Hintergründen richterlichen Verhaltens zu verstehen suchen.<sup>2</sup> Alle diese Methoden gehen von der rechtsnormativen Methode entgegengesetzten, aber ebenso einseitigen Voraussetzungen aus. In der reinen Rechtslehre kommen neben dem ausschliesslich als Gefüge von Sollenssätzen verstandenen Recht die soziale Wirklichkeit, die Realien des Rechts völlig zu kurz. Umgekehrt übersieht oder leugnet die rein kausalwissenschaftlich-soziologische Auffassung jede Eigenexistenz des Rechts als Normordnung gegenüber seinen Realien und damit auch jede gestaltende Kraft des Rechts. Wohl ist auch die normative Sphäre — ideales — Sein.<sup>3</sup> Sie kann aber nicht aus dem realen Sein bestehender sozialer Zustände abgeleitet werden, sie ist etwas grundsätzlich Neues, im realen Sein nicht Mitenthaltenes. Sie ist eine neue Seinsschicht. Jede Schicht hat aber ihre eigenen Prinzipien, Gesetze oder Kategorien.<sup>4</sup> Der Versuch, mit kausalwissenschaftlichen Kategorien die normative Seite der Demokratie, oder gar die Demokratie als solche, ihren Lebensprozess, zu erklären, ist deshalb zum Scheitern verurteilt.

---

<sup>1</sup> Soziologie des Rechts, Jena 1925, Bd. I, Vorwort S. V.

<sup>2</sup> Vgl. zu diesen Richtungen — es handelt sich nicht um eine einheitliche, einzelne Schule —, die in Amerika eine viel grössere Bedeutung haben als die rein soziologisch-kausalwissenschaftlichen Rechtstheorien in Europa, Julius STONE, *The Province and Function of Law*, 2. Aufl., Cambridge, Massachusetts 1950, S. 751 ff.; H. HUBER, *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates*, S. 82; eine gute Uebersicht in deutscher Sprache gibt H. COING, *Neue Strömungen in der nordamerikanischen Rechtsphilosophie*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Bd. 38 (19. 9./50) S. 536 ff.

<sup>3</sup> H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, S. 287; Hans HUBER, *Ueber die Geltung des Völkerrechts*, S. 59.

<sup>4</sup> N. HARTMANN, *Das Problem des geistigen Seins*, S. 15.

## V. Die rechtsnormative und die soziale Demokratie in ihrer gegenseitigen Beziehung

Die Staatslehre darf weder in reiner Normlogik, noch in kausalwissenschaftlicher Soziologie aufgehen. Schon die bisherigen Ausführungen zeigten, dass die Demokratie verschiedene «Seiten» hat. Sie ist eine mehrschichtige Erscheinung. Als eine bestimmt geartete soziale Wirklichkeit gehört sie dem realen Sein an. Die Demokratie erscheint aber auch als eine staatliche Ordnung besonderer Art, als ein Normengefüge, in welcher Eigenschaft sie dem idealen Sein zuzurechnen ist. Bei dieser Unterscheidung handelt es sich aber nicht um zwei in sich einheitliche Seinschichten. In der Sphäre des Tatsächlichen treten soziale, wirtschaftliche, geographische und andere Momente auf,<sup>1</sup> und auch die Demokratie als Ordnung ist, wie noch ausgeführt werden soll, nicht lediglich aus der Faktizität des staatlichen Willens zu erklären. Eine «Methode aus einem Prinzip» kann deshalb der vielschichtigen Erscheinung der Demokratie nicht gerecht werden. Man mag die monistische Explikation allenfalls mit Hermann Heller als ein Ideal ansehen, als «ein Ideal aber, das voraussetzungsgemäss nur einer Annäherung, niemals aber auf empirischem Wege einer Verwirklichung fähig ist».<sup>2</sup> Zum Ausgangspunkt gemacht, ist jede monistische Methode dagegen metaphysische Spekulation. Für alle monistischen Methoden ist es kennzeichnend, dass sie von einem apriorisch festgelegten Standpunkt ausgehen, von dem aus der Erkenntnisgegenstand durchleuchtet werden soll. Der Annahme, dass auf diese Weise seinsadäquate Erkenntnis möglich sei, unterliegt die bewusste oder unbewusste Voraussetzung, es gebe nur «einseitige, irreversible Abhängigkeit», das «Ineinandergreifen selbständiger Determination verschiedener Schichten» sei dagegen ausgeschlossen.<sup>3</sup> Die monistischen Methoden setzen deshalb gerade das voraus, was sie erkennen lassen wollen. Sie entwickeln sich nicht an ihrem Gegenstand, sondern sie schaffen sich ihr Erkenntnisobjekt.

Auch das dialektische Denken ist hier kein sicherer Ausweg. In der dialektischen Methode, etwa von Marx oder Hegel, zeigt sich ebenfalls eine Einseitigkeit der Ausgangspunkte, indem das Sein von einer einzi-

---

<sup>1</sup> Selbst dann, wenn man annehmen könnte, dass eine rein kausalwissenschaftliche Methode zu seinsadäquaten Ergebnissen führe, wäre eine Erklärung allein aus den wirtschaftlichen Verhältnissen, eine geopolitische Methode usw. deshalb unzulässig.

<sup>2</sup> Staatslehre, S. 58.

<sup>3</sup> N. HARTMANN, Das Problem des geistigen Seins, S. 11.

gen Phänomengruppe aus, dem wirtschaftlichen Sein bzw. dem objektiven Geist, zu erklären gesucht wird.<sup>4 5</sup>

Wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Demokratie muss deshalb mit einer Methode unternommen werden, die für die Mehrschichtigkeit der Demokratie offen ist. Es muss sich also um eine Methode handeln, die sich weder der Demokratie als sozialer Wirklichkeit, noch der Demokratie als normativer Ordnung verschliesst. Natürlich kann eine solche Methode nicht einfach durch einen Kompromiss zwischen den extremen Positionen — der rein rechtsnormativen und der kausalwissenschaftlich-soziologischen — gewonnen werden, etwa in dem Sinne, dass beide, gleichsam nach Bedarf, einander ergänzend angewendet werden dürften. Die Summierung verschiedener monistischer Methoden ist nicht weniger aprioristisch als die einzelne apriorische Methode.<sup>6</sup> Ein naiver Methodenpluralismus ist deshalb abzulehnen. Es geht nicht darum, eine oder mehrere zum vornherein festgelegte Methoden an den Erkenntnisgegenstand heranzutragen, sondern die Methode ist erst am Erkenntnisgegenstand zu entwickeln. Wie jede Erkenntnis, muss ein Verstehen der Demokratie «bei den sich darbietenden Angriffsflächen des Gegenstandes ansetzen».<sup>7</sup> Die Methode entsteht nicht, indem sie zum Gegenstand einer vorgängigen Untersuchung gemacht wird, sondern sie erwächst bei der Hingabe an das Objekt, «diesseits der Reflexion auf sie».<sup>8 9</sup>

Wenn von einem Staate gesagt werden kann, er sei eine Demokratie im soziologischen Sinne, so bedeutet dies nicht, dass in ihm die Identität der Interessen der Herrschenden und der Beherrschten (in der oben beschriebenen Bedeutung) vollkommen verwirklicht und gleichsam zum bleibenden Zustand geworden wäre. Der Staat ist — das gilt unter Absehung von jeder Frage nach der Staatsform — nicht lediglich etwas Statisches; er ist «nicht ruhendes Sein, eine Verbindung statischer Ele-

<sup>4</sup> op. cit. S. 10 ff.

<sup>5</sup> Vorbehalte sind auch gegenüber der Dialektik von D. SCHINDLER anzubringen, wenn auch weniger gegen die Art der Verwendung der Methode als solche, als gegen ihre Bezeichnung. Dialektisches Verstehen ist doch immer Verstehen aus bipolaren Gegensätzen. Auch wenn nicht — wie in der Methode von Marx oder Hegel — der eine Pol eindeutig dominiert, besteht angesichts der Mehrschichtigkeit (nicht bloss Bipolarität) des Seins die Gefahr der Vereinfachung.

<sup>6</sup> Vgl. auch D. SCHINDLER, Verfassungsrecht und soziale Struktur. S. 6 f.

<sup>7</sup> N. HARTMANN, op. cit. S. 26.

<sup>8</sup> op. cit. S. 27.

<sup>9</sup> Da Methodologie immer nur ein Letztes, nicht aber ein Erstes sein kann, bezeichnet sie HARTMANN als eine Epigonenarbeit. Methodologie kann fruchtbare «Nachlese» sein, «neuer Sacherkenntnis voranzuleuchten» vermag sie nicht (Das Problem des geistigen Seins, S. 27).

mente»,<sup>10</sup> sondern immer «auch etwas Verlaufartiges, ein Prozess».<sup>11</sup> Soziale Demokratie ist ein steres Ziel, das aber nie «erreicht» werden kann, so dass es ein für allemal vorhanden, da wäre.<sup>12</sup> Die soziale Demokratie ist deshalb insofern dynamisch zu verstehen, als sie einer ständigen Aktualisierung, eines ständigen Einsatzes zur Verwirklichung ihrer Idee bedarf. Die Zielsetzung ergibt sich aber erst aus einem menschlichen Akt, einer menschlichen Entscheidung für die soziale Demokratie.<sup>13</sup> Zu den Voraussetzungen in der sozialen Wirklichkeit muss die Initiative des Menschen treten. Wo die Demokratie nicht Inhalt menschlichen Wollens ist, kann es trotz der günstigsten Voraussetzungen im Tatsächlichen auch keine Demokratie geben; denn diese Bedingungen sind rein stofflicher Natur, von sich aus richtungslos, neutral, Demokratie ist deshalb wesentlich auch eine Erscheinung der Kultur, «Einbildung menschlicher Zwecke in der Natur».<sup>14</sup> Mit anderen Worten: sie muss als «Veränderung der Welt aus Menschszwecken» zu verstehen gesucht werden. Der Begriff der menschlichen Zwecksetzung darf aber dabei nicht in einem rationalistisch-utilitaristischen Sinne missgedeutet werden.<sup>15</sup> Demokratie ist nicht ein aus freier, von der realen Welt unbeschwerter Initiative des Menschen — der dann als ein über der Wirklichkeit stehender Demiurg erscheinen würde — verfolgbare Zweck. Eine ungebundene Zwecksetzung ist schon wegen der Beschränkung der menschlichen Voraussetzung ausgeschlossen. «In dem Schleier, der ... die Zukunft verhüllt, ist nur ein Riss.»<sup>16</sup> Vor allem aber ist menschliche Zweckverfolgung eine von «psychischen und physischen Gesetzen des Menschen und seines Materials abhängige Wirklichkeitsformung».<sup>17</sup> Die menschliche Initiative ist nicht «stärker» als ihr Material. Sie besteht nicht darin, dass der Mensch mit den Mächten des Faktischen einen vergeblichen Kampf aufnimmt, sondern darin, dass er sie «ihrer eigenen Natur gemäss wirken lässt,

<sup>10</sup> U. SCHEUNER, *Der Begriff der Regierung*, in Festschrift Smend, 1952, S. 271.

<sup>11</sup> H. HUBER, *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates*, in Festschrift Z. Giacometti 1953, S. 62.

<sup>12</sup> H. L. MacBAIN, *op. cit.* S. 235: «Viewed in operation ... representative government is an ideal toward which we strive rather than a perfection which we realize.»

<sup>13</sup> U. SCHEUNER, *loc. cit.*: «Der Staat ist ... eine zu jeder Zeit durch organisiertes, d. h. bewusstes menschliches Eintreten erhaltene und fortgebildete Aktionseinheit». Vgl. auch H. HELLER, *Politische Demokratie und soziale Homogenität*, S. 36, und besonders auch *Staatslehre*, S. 249 f.

<sup>14</sup> H. HELLER, *Staatslehre*, S. 34.

<sup>15</sup> *op. cit.* S. 35.

<sup>16</sup> N. HARTMANN, *op. cit.* S. 130.

<sup>17</sup> H. HELLER, *op. cit.* S. 35.

aber so», dass sie menschlichen «Zwecken als Mittel dienen müssen».<sup>18</sup> Unter den Mitteln (dass auch dieser Begriff nicht rationalistisch-utilitaristisch verstanden werden darf, ergibt sich aus dem Vorangegangenen), die der ständigen Aktualisierung der Demokratie dienen, hat eine besondere Stellung das Recht.<sup>19</sup> Durch die Rechtsordnung wird die Demokratie als Willensverband erst konstituiert. Die Rechtsordnung als Staatsordnung muss so beschaffen sein, dass eine der Demokratie im soziologischen Sinne adäquate staatliche Willensbildung möglich wird. Darin liegt der Sinn<sup>20</sup> der Institutionen der rechtsnormativen Demokratie. Sie sind nur verständlich aus ihrer Korrelation zur sozialen Wirklichkeit, von der sie wohl einerseits in ihrer Funktionsfähigkeit abhängig sind, die sie aber andererseits auch wiederum gestalten sollen.<sup>21</sup> Von hier aus wird jedoch auch die Grenze der Institutionen der rechtsnormativen Demokratie deutlich. Nur soweit sie die Bedeutung eines «Weges zur sozialen Demokratie» haben — und angesichts der gegebenen sozialen Bedingungen vernünftigerweise auch haben können — sind sie sinnvoll. Nicht ein Maximum an Institutionen der rechtsnormativen Demokratie um ihrer selbst willen ist deshalb besonders demokratisch, sondern diejenige Einzelausstattung und das Ausmass der Institutionen der rechtsnormativen Demokratie, das zur Verwirklichung der sozialen Demokratie unter Berücksichtigung der besonderen sozialen Bedingungen eines bestimmten Staates am besten funktioniert. Mit Hermann Jahrreiss kann man deshalb sagen, dass «Demokratie, die sich behaupten will», auch «die Trübungen der Idee» wahrhaben muss.<sup>22</sup>

Wie oben ausgeführt wurde, ist die Demokratie ein Machtaufbau von unten her, der aber eine Regierung von mit echter Autorität ausstat-

<sup>18</sup> N. HARTMANN, op. cit. S. 132.

<sup>19</sup> Wie D. SCHINDLER, op. cit. S. 63, ausführt, unterscheidet sich das Recht von allen übrigen Faktoren des sozialen Lebens durch seine Starrheit, die Ausdruck seines Wesens als ein *ordo ordinans* ist. Wiewohl das Recht auch in das Netz der Interdependenzen eingeschaltet sei, verleihe ihm diese Starrheit, solange es als Recht bestehe, eine erhöhte Wirkungsmächtigkeit.

<sup>20</sup> Sinn als Wirklichkeitszusammenhang verstanden; vgl. H. HELLER, op. cit. S. 43.

<sup>21</sup> Diese Ausführungen stehen neben SCHINDLERS Lehre von der funktionellen Stellung des Rechts im sozialen Ganzen, besonders dem Rechtsverständnis von Martin DRAHT nahe. In seiner Abhandlung «Zur Soziallehre und Rechtslehre vom Staat, ihren Gebieten und Methoden» (Festgabe Smend 1952, S. 41 ff) führt Draht aus, dass die Staatslehre die Rechtsordnung nicht nur im dogmatischen Sinne, sondern auch als sozial wirksamen Faktor zu verstehen suchen müsse. Die Staatsordnung als Rechtsordnung sei nur aus der Gesamtordnung des Staates, aus der «Totalität des geordneten Verbandes» verständlich (vgl. bes. S. 44 ff).

<sup>22</sup> Demokratie, in Festschrift f. R. Thoma 1950, S. 74; vgl. auch W. KÄGI, An den Grenzen der direkten Demokratie, im Jahrbuch «Die Schweiz» 1951, S. 53; und den Bericht des schweiz. BUNDESRATES an die Bundesversammlung über ein Postulat betr. die Einführung der Volksinitiative für die Bundesgesetzgebung vom 8. Dezember 1952.

reten Einzelnen nicht ausschliesst. In der sozialen Wirklichkeit zeigt es sich, dass das Volk nicht im eigentlichen Sinne herrschen kann. Die staatliche Politik ist in der Demokratie vom Volke getragen; sie ist aber nicht eine Schöpfung des Volkes. Auch die Einrichtungen der rechtsnormativen Demokratie können nicht mehr gewähren als soziologisch gesehen möglich ist. So hat die Wahl der Legislative — ganz abgesehen vom Repräsentationsschwund, den die Parlamente aller Demokratien im Verlaufe der letzten hundert Jahre erlitten haben<sup>23</sup> — von ihrer Bedeutung als Bestellung eines im Namen des Volkes die Politik des Staates bestimmenden Organs verloren. Die Wahl der Legislative durch die Aktivbürgerschaft hat mehr den Sinn der Berufung eines Kontrollorgans, das die Verantwortlichkeit der Regierenden geltend machen soll.

So wie die gesetzgebenden Organe in allen Demokratien der Gegenwart mehr oder weniger zu Kontroll- und Registrationsorganen geworden sind, ist auch ein Bedeutungswandel der direkten Demokratie eingetreten. Als das Referendum im letzten Jahrhundert<sup>24</sup> in der Schweiz und in einigen Gliedstaaten der Vereinigten Staaten von Amerika eingeführt wurde, mochte man mit Recht in dieser Institution noch weitgehend eine echte Sachentscheidung durch das Volk sehen. Freilich bezog sich das Referendum — wenn man von einigen schweizerischen Landsgemeindekantonen absieht — lediglich auf die endgültige Beschlussfassung, nicht auf die Initiative und die Beratung, weshalb es nie eine vollständige Sachentscheidung durch das Volk bedeutete, sondern mehr ein blosses Vetorecht war. In der Gegenwart hat aber das Referendum von seiner Bedeutung als Institution für eine echte Sachentscheidung soviel eingebüsst, dass man seinen Sinn nur noch zu einem geringen Teil in dieser Funktion sehen kann, wenn man sich nicht vor der politischen Wirklichkeit verschliesst. Diese Entwicklung hängt vor allem damit zusammen, dass die komplizierten Probleme des staatlichen Lebens, besonders auch wegen ihrer gegenseitigen Interdependenz, ohne Fachwissen nicht verständlich sind und so auch schwer von einer öffentlichen Meinung erfasst werden können, die immer nur allgemeine Vorstellungen und schlagwortartige Inhalte aufzunehmen vermag. Deshalb sind auch die zu einer sachlichen Urteilsbildung über die dem Referendum unterliegenden Sachvorlagen erforderlichen Voraussetzungen meist nur bei wenigen Aktivbürgern gegeben.<sup>25</sup> Dazu kommt, dass der

---

<sup>23</sup> Vgl. unten S. 130 ff.

<sup>24</sup> Von älteren Formen des Volksentscheides kann hier abgesehen werden.

<sup>25</sup> W. KÄGI, An den Grenzen der direkten Demokratie, S. 59 f.

grosse Teil der Stimmenden auch die ihm offenstehenden Quellen zur Orientierung — die bis zu einem gewissen Grade allenfalls eine «Sachkunde aus zweiter Hand» zu vermitteln vermöchten — nicht genügend ausnützt. So haben z. B. wenige vor Abgabe ihrer Stimme den Text eines der Volksabstimmung unterliegenden Gesetzes gelesen, und bloss eine Minderheit hat eine andere Zeitung als ihr Leitblatt zu Rate gezogen. Manche sind sogar allein von den oft mehr demagogischen als aufklärenden Flugblättern interessierter Gruppen erreicht worden. Das Fehlen einer hinreichenden Orientierung der Aktivbürger hat nicht zuletzt seine Ursache auch in der als Folgeerscheinung der Ausweitung der Staatsaufgaben eintretenden Häufung der Abstimmungen, die zu einer politischen Ermüdung und einer «Verstopfung der direkten Demokratie»<sup>26</sup> führt. Unter diesen Umständen ist aber der Volksscheid in den meisten Fällen keine echte Sachentscheidung mehr, sondern eine Bekundung des Vertrauens oder des Misstrauens gegenüber den staatlichen Behörden. Vorwiegend ist das Moment der eigentlichen Sachentscheidung nur noch bei manchen Gemeindeabstimmungen, im kleinen Raume, wo sich der Bürger aus eigener unmittelbarer Anschauung ein Urteil bilden kann<sup>27</sup> und vielleicht bei wenigen, namentlich das Verfassungsrecht betreffenden grundsätzlichen Entscheidungen, die für die grossen Linien der vom Staate zu verfolgenden Politik massgebend sind. Aber auch da ist echte Sachentscheidung nur möglich bei politischer Reife der Bürger. Von staatlichen Massnahmen, z. B. zur Sicherung einer erhöhten Sachlichkeit der Abstimmungspropaganda kann nur ein beschränkter Erfolg erwartet werden. Bei den übrigen Abstimmungen mag dem Volksscheid insoweit noch ein letzter Rest von echter Sachentscheidung innewohnen, als die Bürger sich in ihrer Stimmabgabe nur über ihr Vertrauen oder Misstrauen in Bezug auf die Tätigkeit der staatlichen Behörden in dem engeren Gebiete staatlicher Wirksamkeit aussprechen wollen, zu dem die zur Abstimmung gelangende Vorlage gehört. So kann die Annahme oder die Verwerfung einer Steuervorlage bedeuten, dass die Aktivbürger die Steuerpolitik der Re-

<sup>26</sup> op. cit. S. 58 f.

<sup>27</sup> Schon für grössere Gemeinden gilt das nicht mehr unbeschränkt, was lediglich an einem Beispiel verdeutlicht werden soll. In manchen schweizerischen Stadtgemeinden sind die von den städtischen Behörden ausgearbeiteten Alignementspläne dem obligatorischen Referendum unterworfen. Die Erfahrung zeigt, dass diese Pläne fast ausnahmslos vom Volke gutgeheissen werden. Da mit Ausnahme der Grundeigentümer der betroffenen Gebiete kaum jemand die Pläne vor der Stimmabgabe auf ihre Zweckmässigkeit prüft, kann diesen Volksscheidungen kein anderer Sinn als der zukommen, dass die Stimmberechtigten den mit der Bauplanung betrauten Behörden das Vertrauen in ihre Tätigkeit aussprechen. Zur direkten Demokratie in den grossen schweizerischen Städten vgl. auch W. KÄGI, op. cit. S. 63.

gierung billigen bzw. ablehnen. Sehr oft wirkt sich aber das Referendum als eine Institution zur Geltendmachung einer allgemeinen Unzufriedenheit aus,<sup>28</sup> womit das Moment der echten Sachentscheidung überhaupt verschwindet.<sup>29</sup>

Dieser Bedeutungswandel hat die Institutionen der direkten Demokratie in ihrer Funktion den politischen Wahlen stark angenähert. Wie diese wirken sie sich mehr als ein Mittel zur Feststellung der allgemeinen Stimmung gegenüber den staatlichen Behörden aus; sie sind eher ein der Aktivbürgerschaft neben den Wahlen zusätzlich zur Verfügung stehender Weg zur Geltendmachung der Verantwortlichkeit der Behörden als echte Sachentscheidung durch das Volk und von unten eingeleitete politische Initiative. Umgekehrt kann — besonders in der repräsentativen Demokratie — auch den politischen Wahlen die Funktion einer Sachentscheidung (in einem unpräziseren Sinne) zukommen. In der staatlichen Wirklichkeit ist der Unterschied zwischen der repräsentativen und der direkten Demokratie deshalb nicht mehr so gross, wie er bei rein rechtsnormativer Betrachtung erscheinen muss, die die beiden Formen der Demokratie scharf zu scheiden weiss. Weder für die repräsentative, noch für die direkte Demokratie ist ihre Definition als Staat, in welchem die Mehrheit herrscht, zutreffend. Beide Formen der Demokratie kennzeichnen sich dadurch, dass in regelmässigen Abständen auf rechtlich geregelter Wege die Verantwortlichkeit der Herrschenden gegenüber den Beherrschten geltend gemacht wird, und dass allenfalls bei gewissen, besonders wichtigen Entschliessungen die Aktivbürgerschaft zur Bekundung ihres Willens aufgerufen wird.<sup>30</sup> Ein wesentlicher Unterschied besteht nur in der verschiedenen Ausgestaltung der demokratischen Institutionen, die aber demselben Ziele dienen sollen.

Damit ist jedoch keineswegs den Institutionen der direkten Demokratie der Kampf angesagt. Abgesehen davon, dass bei grundlegenden Fragen, bei denen einfache Alternativen bestehen und erhöhte Sach-

<sup>28</sup> Vgl. F. LACHENAL, *Le Parti Politique*, S. 170.

<sup>29</sup> Auch die Volksinitiative wird heute kritischer beurteilt als früher. Sie kann nur noch in einem beschränkten Masse als Institution zur positiven Gestaltung der Politik durch das Volk angesehen werden; vgl. dazu den zitierten Bericht des schweizerischen BUNDESRATES.

<sup>30</sup> Ähnliche Umschreibungen des Wesens der Demokratie finden sich bei R. THOMA, op. cit. S. 2; H. JAHREISS, op. cit. S. 71; Ad. SCHÜLE, op. cit. S. 341; H. HUBER, *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates*, S. 62 f.; P. HERRING, op. cit. S. 18 f.; Mac IVER, op. cit. S. 189 f. «Demokratie ist keine Regierungsweise — ob nun durch die Mehrheit oder nicht — sondern im wesentlichen eine bestimmte Art und Weise, Regierungspersonen zu ernennen und, ganz allgemein, die Regierungsziele festzulegen.»

kenntnis nicht Voraussetzung einer sachlichen Urteilsbildung ist, der Wille der Aktivbürger im Referendum unzweideutiger zum Ausdruck kommen kann als in einer plebiszitären Wahl, besteht heute besonders die Symbolbedeutung der Institutionen der direkten Demokratie fort. Vor allem in der Schweiz, wo sich die direkte Demokratie wohl am besten bewährt hat und auch am tiefsten im Volksbewusstsein verwurzelt ist, gelten die direkt-demokratischen Institutionen — besonders das Referendum — als die Einrichtungen der Demokratie.<sup>31</sup> In jeder Abstimmung manifestiert sich die Idee der Demokratie, dass schliesslich das Volk letzte Instanz im Staate sei; und diese Manifestation der Idee braucht ihre sozialpsychologische Wirkung auch dann nicht zu verlieren, wenn die politische Wirklichkeit die Idee nur unvollkommen wiedergibt.

## VI. Die Wertbezogenheit der Demokratie

Nach den bisherigen Ausführungen muss die Demokratie zu verstehen versucht werden als eine besondere rechtliche Organisationsform des Staates, die zur Aktualisierung einer bestimmten sozialen Wirklichkeit berufen, gleichzeitig in ihrer einzelnen Ausgestaltung und Funktionsfähigkeit von dieser zu gestaltenden Wirklichkeit abhängig ist. Diese Umschreibung ist noch unvollständig. Die rechtsnormative Seite der Demokratie wurde dargestellt als ein von einem staatlichen Willen eingesetztes «Mittel» zum «Zwecke» der Demokratie als einer bestimmt gearteten sozialen Wirklichkeit. Zwecke können aber nicht aus sich selbst heraus erklärt werden. Die Zweckmässigkeit als solche ist richtungslos. Sie ist lediglich «die Form, in der sich ein aktionsfähiges Wesen für etwas einsetzt».<sup>1</sup> Der Inhalt des Zweckes ergibt sich dagegen nicht aus der Zwecktätigkeit; er muss ihr vielmehr gegeben werden. Hier liegt die Funktion des Wertes: der Mensch kann sich nur zum Ziele setzen, nur als Zweck verfolgen, was ihm in irgend einer Weise als wertvoll erscheint. Seine Aktivität ist wertbedingt, indem sie allein als wertbezogene möglich ist. Das gilt nun aber nicht bloss für die

---

<sup>31</sup> H. HUBER, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, S. 74.

<sup>1</sup> N. HARTMANN, Das Problem des geistigen Seins, S. 137. Auch das Folgende ist eng an die zitierte Stelle bei Hartmann angelehnt; vgl. auch seine Ethik, Berlin und Leipzig 1926, S. 566 f.

Zwecktätigkeit des Einzelmenschen, sondern in gleichem Masse auch für jede soziale Zielsetzung und Zweckverfolgung. Die Demokratie als Erscheinung der Kultur muss deshalb notwendigerweise auch als soziale, wertbezogene Entscheidung<sup>2</sup> zu verstehen gesucht werden.<sup>3</sup> Anders ausgedrückt: die Demokratie ist auch eine Wertgemeinschaft, wobei der Begriff der Gemeinschaft durchaus in dem Sinne gemeint ist, den ihm die Soziologie gegeben hat.<sup>4</sup> Freilich heisst das nicht, dass die Demokratie in der Totalität ihrer Erscheinung als eine Gemeinschaft aufzufassen sei, sondern nur, dass sie nicht ausschliesslich auf einen zweckrationalen Willen gegründet werden, des Gemeinschaftselementes nicht völlig entraten könne, wenn dieses auch im staatlichen Verbandsverbande immer nur ein loserer Band darstellen wird, als es in einer etwa durch Verwandtschaft oder einen gemeinsamen religiösen Glauben zusammengehaltenen, kleineren Gruppe gegeben ist. Für die Demokratie, die — von ihrer rechtsnormativen Seite aus gesehen — die unstabilste Staatsform darstellt, ist es sogar besonders unerlässlich, dass sie auch eine Wertgemeinschaft ist. Die gemeinsame Anerkennung von objektiven, als verpflichtend angesehenen Werten ist eine notwendige Kompensation, eine psychische Ambiance zum Rechtlich-Institutionellen.<sup>5</sup>

Aus dem Verständnis der Demokratie als einer wertbezogenen Erscheinung der Kultur ergibt sich der entscheidende Einwand gegen die positivistische Auffassung, nach welcher jede die Welt der Werte einbeziehende Auseinandersetzung mit dem Recht unwissenschaftlich ist und zu ideologischen Verfälschungen führt. Der Erkenntnisgegenstand

---

<sup>2</sup> Der Begriff der Entscheidung ist auch in der Staatslehre von C. SCHMITT von Bedeutung. Schmitt erklärt aber die politische Entscheidung ausschliesslich aus ihrer Faktizität, indem er den «Freund — Feind»-Gegensatz als selbständige Kategorie auffasst. Vgl. dazu bes. «Der Begriff des Politischen», erstmals in «Pol. Wissenschaft», Schriftenreihe der deutschen Hochschule für Politik, Berlin 1928 (Heft 5).

<sup>3</sup> H. HELLER, Politische Demokratie und soziale Homogenität, S. 41: «Soziale Homogenität ist immer ein sozialpsychologischer Zustand, in welchem die stets vorhandenen Gegensätzlichkeiten und Interessen gebunden erscheinen durch ein Wirbewusstsein und -gefühl, durch einen sich aktualisierenden Gemeinschaftswillen.» Die anglo-amerikanische Staatslehre verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff des «agreement on fundamentals»; vgl. z. B. P. HERRING, op. cit. S. 144.

<sup>4</sup> F. TÖNNIES, Gemeinschaft und Gesellschaft, im Handwörterbuch der Soziologie, herausgegeben von A. VIERKANDT, Stuttgart 1931, S. 180 ff, insbes. S. 184 f, unterscheidet durch «Wesenswillen» und durch «Kürwillen» gebildete soziale Vereinigungen. Wo der den Menschen in seiner ganzen Person erfassende Wesenswille vorherrsche, liege eine Gemeinschaft vor, wo dagegen der Zusammenschluss vorwiegend ein lediglich zweckrationaler sei, handle es sich um eine Gesellschaft. Tönnies versteht diese beiden Formen menschlicher Vereinigung als ideale Typen. In den realen Verbänden seien immer sowohl das Gemeinschafts- wie auch das Gesellschaftsmoment vertreten — nur in einem verschiedenen Mischungsverhältnis. Die wiedergegebene Unterscheidung Tönnies' ist ausführlicher besprochen bei H. HELLER, Staatslehre, S. 90 ff und 250 ff.

<sup>5</sup> D. SCHINDLER, Verfassungsrecht und soziale Struktur, S. 124.

selbst schliesst eine wertfreie Erkenntnishaltung aus. Die Demokratie als eine Wesenheit ist mehrschichtig. Eine Erklärung von Problemen der Demokratie ist deshalb nur möglich aus dem Gesamtzusammenhang, den ihre verschiedenen Schichten bilden — und zu diesen gehört eben auch ihre Wertbezogenheit.<sup>6</sup>

Theoretische Politik und wirklichkeits-wissenschaftliche Staatslehre lassen sich darum in Gegenstand und Methode nicht rein scheiden. So wie die theoretische Politik bestimmte Seinserkenntnisse voraussetzt, so ist die Staatslehre ohne Kenntnis des politisch Möglichen<sup>7</sup> und ohne wertende Betrachtungsweise sinnlos. Dennoch besteht eine «relative Autonomie» der Staatslehre gegenüber der theoretischen Politik. Die Staatslehre unterscheidet sich von der theoretischen Politik durch die Haltung ihrer Vertreter, den idealtypischen Gegensatz ihrer Lebensform. Für die Staatslehre «soll die Erkenntnis kein aktuelles Herrschaftsmittel, sondern ein Sinngebilde mit relativer Autonomie gegenüber den wechselnden Machtverhältnissen sein».<sup>8</sup>

Eine Staatslehre, die sich in vermeintlicher Wissenschaftlichkeit um eine wertfreie Erkenntnishaltung bemüht,<sup>9</sup> gelangt nicht nur zu einem unvollständigen Bild ihres Gegenstandes, sie scheitert nicht bloss in ihrem spezifisch wissenschaftlichen Erkenntnisbereich, sondern sie verfehlt auch ihre Aufgabe in der Gesellschaft.<sup>10</sup> Wenn von einer Krise der Demokratie die Rede ist, so handelt es sich in erster Linie um eine Krise ihrer Werte. Wo die Sicht für die Werte, auf die die Demokratie bezogen ist, durch antidemokratische Propaganda, einen falschen Doktrinarismus, oder einfach durch den allgemeinen Niedergang des Wertbewusstseins verdunkelt wird, darf und muss gerade auch die Staatslehre, ohne damit an Wissenschaftlichkeit etwas einzubüssen, ihren Beitrag leisten zu einem neuen und besseren Verständnis der Werte, auf

---

<sup>6</sup> Mit einer anderen Argumentation kommt zu einem ähnlichen Schluss H. HELLER, Staatslehre, S. 55, der ausführt, dass eine wirklichkeitswissenschaftliche Staatslehre zwischen dem momentanen Sein und dem ständigen Werden keinen scharfen Trennungsstrich ziehen könne. Aussagen über das staatliche Sein seien deshalb unausweichlich auch Bewertungen der sich «in der Gegenwart des Staates aktualisierenden Willens- und Wertgemeinschaften».

<sup>7</sup> H. HELLER, op. cit. S. 56.

<sup>8</sup> op. cit. S. 59, vgl. auch S. 55.

<sup>9</sup> Eine weltanschauungsfreie Haltung können auch die Vertreter des juristischen Positivismus schliesslich nicht einhalten. Meist geht der juristische Positivismus auch mit dem weltanschaulichen zusammen; vgl. dazu E. KAUFMANN, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, S. 38; H. COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 287. Politisch kommt in der reinen Rechtslehre Kelsens ein rationalistischer Liberalismus staatsfremder Prägung zum Ausdruck; vgl. HELLER, Staatslehre, S. 22; R. SMEND, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 3.

<sup>10</sup> Von einer sozialen Funktion der Wissenschaft kann man sprechen, ohne damit dem Pragmatismus zu verfallen.

die die Politik der Demokratie ausgerichtet sein muss, wenn sich die Demokratie halten soll.

Mit dem Bisherigen ist aber nur gesagt, dass die Demokratie auch als auf bestimmte Werte bezogen zu verstehen gesucht werden müsse. Ueber die Natur dieser Werte ist damit noch nichts ausgesprochen.

Seit dem fortschrittsgläubigen Zeitalter der Aufklärung haben viele mit der Demokratie die höchsten Erwartungen verknüpft. Ein verweltlichter, politischer Messianismus erhoffte von der Demokratie als der natürlichen und vernünftigen Ordnung des Staates die Verwirklichung der Vollkommenheit, die Auflösung alles Irrationalen, das Himmelreich auf Erden.<sup>11</sup> Die Demokratie wurde als die Staatsform der absolut richtigen Entscheidungen, der völligen Gerechtigkeit angesehen. Der Versuch, den idealen Staat zu schaffen, der Anspruch, alle Unvollkommenheit aufzuheben, hat aber in der Geschichte noch immer die Demokratie in ihr Gegenteil verkehrt.<sup>12</sup> Wo das Ideal des absolut gerechten Staates aufgestellt und damit die Lehre vom Staate zur verweltlichten Religion wird, ist es mit dem Selbstbestimmungsrecht des Volkes als einer Vereinigung konkreter Menschen zu Ende. Nicht mehr sind die Herrschenden den Beherrschten für ihre Tätigkeit im staatlichen Leben verantwortlich, sondern die Beherrschten sind dafür Rechenschaft schuldig, dass sie mit dem von einer Elite gehüteten und interpretierten wahren und gerechten Staatswillen übereinstimmen. Gegenüber der Vollkommenheit gibt es keinen Raum für einen abweichenden Standpunkt, der nur noch als Vorurteil, Irrweg, oder schlimmer: als bewusste und gewollte Uneinsichtigkeit gelten kann. Autonom ist nur die objektive *volonté générale*, gleichgültig, ob sie von vielen oder von niemand gewollt ist. Die einzige Tugend besteht in der freiwilligen und vollständigen Einsicht und Unterwerfung unter diesen objektiven Willen. Unmoralisch sind nur noch die Verrückten und Böswilligen, denen die Sicht für die Wahrheit fehlt und die sich auch nicht von der die Lehre hütenden Elite — die zur Priesterschaft wird — leiten lassen. In der Erziehung der Massen zur Wahrheit erscheint die mit ihr vertraute Elite als auch zur Ueberlistung und zum Zwange berechtigt.<sup>13</sup> Der Begriff des Volkes wird schliesslich beschränkt auf

---

<sup>11</sup> Vgl. zum Folgenden J. L. TALMON, *The Orgins of Totalitarian Democracy*, London 1952, S. 18 f., 29, 41 ff., 45; E. KAUFMANN, *Die anthropologischen Grundlagen der Staatstheorien*, in Festgabe für Smend 1952, S. 178 ff.

<sup>12</sup> So sagt E. KAUFMANN, *op. cit.* S. 180, dass «jeder Versuch der Verwirklichung der Rousseauschen *'volonté générale'* in der Welt zu einer totalen und absorptiven Unterwerfung aller Individuen unter die Gewalt des Hobbschen Leviathan führen» müsse.

<sup>13</sup> TALMON, *op. cit.* S. 4, 46, 48 f.

diejenigen, die sich mit der *volonté générale* identifizieren. Die Uebrigen sind Ausgestossene. Nur der dritte Stand bildet die Nation,<sup>14</sup> nur der Proletarier gehört zum Volk, der Wille der andern entbehrt des Anspruches auf Gehör. Die radikale rationalistische Theorie von der Demokratie führt so, in die Praxis umgesetzt, notwendigerweise nicht nur zur Aufhebung des Rechtsstaates — wovon später die Rede sein soll —, sondern auch zur Aufhebung der Demokratie als einer sozialen Wirklichkeit, die nur dort besteht, wo die Verantwortlichkeit der Herrschenden eine wirkliche ist. «Demokratisch», oder besser: «demokratistisch» ist nur noch das utopische Zukunftsbild, die ideologische Verhüllung der sozialen Wirklichkeit, die Fiktion, dass die Stellung des Volkes als Träger des staatlichen Willens am besten gewährleistet sei, wenn es sich leiten und erziehen lasse zum objektiv Vollkommenen, wie es von einer Elite gehütet und gelehrt wird.

Von den Hoffnungen, die die Aufklärung mit der Demokratie verbunden hat, lässt sich heute nicht mehr viel aufrechterhalten. Ebenso unzutreffend wie die optimistische Auffassung der Demokratie als der Staatsform der vollkommenen Vernünftigkeit und Gerechtigkeit ist aber auch die Ansicht, die Demokratie sei die Staatsform des philosophischen Relativismus.<sup>15</sup> Nach der rationalistisch-messianischen Theorie von der Demokratie besteht ihre Wertbezogenheit in der — erstrebten — Identität zwischen dem utopischen Gesellschaftsbild und der künftigen sozialen Wirklichkeit. Der vollkommenen Gerechtigkeit der Zukunft wird die Gegenwart aufgeopfert. Umgekehrt leugnet die relativistische Auffassung von der Demokratie jede Wertbezogenheit. Indem der Relativismus alle Wertvorstellungen als gleichberechtigt versteht, verneint er die Existenz von Werten überhaupt; denn gleiche Berechtigung bedeutet auch gleiche Sinnlosigkeit aller Werte. Die Relativität aller Werte ist kein Wert, als auf den bezogen die Demokratie oder irgend eine Staatsform verstanden werden könnte. So schliesst sich eine Staatslehre, die die Wertbezogenheit der Demokratie apriorisch verneint, zum vorneherein von einem umfassenden Verständnis ihres Wesens aus.

Auch der Hinweis darauf, dass die Demokratie mit der Idee der Toleranz verbunden sei, vermag die relativistische Auffassung von der Demokratie nicht zu begründen. In der Demokratie muss es gelingen, dass Gegensätze, die geeignet sind, das Volk zu spalten, wenn nicht

---

<sup>14</sup> *op. cit.* S. 49.

<sup>15</sup> Der bekannteste Vertreter dieser Auffassung ist Hans Kelsen; vgl. *Allgemeine Staatslehre*, S. 370 f; *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, S. 83 ff.

aufgehoben, so doch durch andere Faktoren ausgeglichen werden können. Hier dient besonders auch die Toleranz der Integration der Demokratie. Toleranz ist aber einer relativistischen Weltanschauung nicht gleichzusetzen. Sie bedeutet keineswegs das Fehlen des Glaubens an bestimmte, verbindliche Werte, sondern sie ist zu verstehen als «der Wille, auch mit dem Andersdenkenden die Gemeinschaft zu behalten», die Ueberzeugung, dass andere nur in Freiheit gewonnen werden können.<sup>16</sup> Sie kommt aber darüber hinaus nicht der Anerkennung der Gleichberechtigung eines jeden Standpunktes gleich. Ja man kann sogar sagen, dass die Toleranz logischerweise eine nicht relativistische Weltanschauung voraussetze.<sup>17</sup> In einer Gesellschaft von Relativisten ist die Toleranz unnötig, ja sinnlos.

Wenn man auch die Demokratie ohne Missachtung der politischen Wirklichkeit nicht als die zur absolut gerechten Ordnung aller Dinge führende Staatsform auffassen kann, so muss diese Einsicht doch keineswegs zu einem Defaitismus, Relativismus oder Nihilismus führen. Die Demokratie unterscheidet sich von jeder anderen Staatsform dadurch, dass die in ihr Herrschenden den Beherrschten verantwortlich sind. Den Beherrschten kommt nicht ausschliesslich die Stellung von Objekten, sondern auch von Subjekten des staatlichen Willens zu. Diese Entscheidung für ein Mitspracherecht der Beherrschten beruht auf der Anerkennung einer dem Menschen eigenen Würde, die es verbietet, dass von einem unkontrollierten und unkontrollierbaren Machthaber über ihn verfügt werde. Damit entspricht die Demokratie der Würde des Menschen besser als jede andere Staatsform; sie ist die auf die Idee der Humanität bezogene Staatsform. Einen anderen Wert, als auf den bezogen die Demokratie angesichts ihrer Wirklichkeit, wie sie sich in der Geschichte darbietet, sinnvollerweise verstanden werden könnte, gibt es nicht. Ganz abgesehen davon, dass die Demokratie nicht letzte Vernünftigkeit und Gerechtigkeit garantiert, führt das schwerfällige Verfahren der demokratischen Willensbildung ebenso leicht zum ungeschickten Kompromiss, wie zu der, wenn auch nicht vollkommenen, so doch den Umständen nach besten und an sich erreichbaren Lösung. Zur Machtenfaltung gegen aussen und zu grosszügigen Verwaltungsleistungen im Innern ist ein autokratischer Staat ebensogut oder besser geeignet als die Demokratie. Wenn in der Geschichte um die Demokratie gerungen wurde, und wenn man sich trotz aller Enttäuschungen auch

---

<sup>16</sup> W. KÄGI, Demokratie, Relativismus und Toleranz, NZZ vom 5. Juli 1953 (Sonntagsausgabe).

<sup>17</sup> W. KÄGI, op. cit. bezeichnet den Relativismus als eine Entartungsform der Toleranz, die immer von einem festen Glauben getragen sei.

in der Gegenwart mit Ueberzeugung für ihren Bestand einsetzen will, so konnte und kann das nicht geschehen um dieser Zwecke willen, sondern — in bescheidenerer Zielsetzung — zur Sicherung einer Machtverteilung im Staate, die es verhindert, dass abseits vom Volke stehende Instanzen über den Menschen gebieten und ihm so seine Würde aberkennen, indem sie ihn zum blossen Werkzeug, zum frei verfügbaren Mittel erniedrigen.

Freilich wurden nicht in einer jeden Autokratie die Beherrschten einer eigener Würde baren Sache gleich betrachtet und behandelt. Aber diese Beschränkung der tatsächlichen Herrschaftsausübung hatte ihre Grundlage doch immer nur im Gewissen des Herrschenden und in den unvollkommenen Mitteln seiner Machtentfaltung, nicht aber im Institutionellen. Nur die Demokratie hat aus der Würde des Menschen die Folgerung gezogen, dass die Verantwortlichkeit der Herrschenden gegenüber den Beherrschten in der Rechtsordnung verankert sein müsse. Nur in der Demokratie, die als einzige Staatsform die Beherrschten handlungsfähig erklärt hat, besteht deshalb die Gewähr, dass der Wille der Beherrschten auch geltend gemacht werden kann, und lediglich in ihr gilt die Verantwortlichkeit der Herrschenden sowohl als die Norm, wie auch das Normale.<sup>18</sup> Allein zur Demokratie gehört es deshalb schliesslich auch, dass der Einzelne sich mehr als Bürger denn als Untertan fühlen kann.<sup>19</sup>

Bei der Menschenwürde, auf die die Demokratie bezogen ist, handelt es sich um die Würde des empirischen Menschen,<sup>20</sup> nicht eines abstrakten Menschenbildes. Wenn die Demokratie die Vielen, von denen nur Wenige besonders gebildet, sachkundig und tugendhaft sein können, dazu beruft, letzte Instanz im Staate zu sein, so bedeutet das, dass sie den wirklichen, immer im Irrtum befangenen Menschen, den Durchschnittsmenschen, ungeachtet all seiner Schwächen, als werthafte Person anerkennt.<sup>21</sup> Die Anthropologie der Demokratie ist so eine humane, ein Attribut, das nur der Anthropologie zukommen kann, die die Würde

---

<sup>18</sup> Vgl. Franz L. NEUMANN, Zum Begriff der politischen Freiheit, Zeitschrift f. f. Gesamte Staatswissenschaft, Bd. 109, Heft 1 (1953), S. 46 f.; R. M. MACIVER, op. cit. S. 190.

<sup>19</sup> E. KAUFMANN, Grundtatsachen und Grundbegriffe der Demokratie, S. 27.

<sup>20</sup> Entgegen G. RADBRUCH, op. cit. S. 158, führt nicht jedes Ausgehen vom empirischen Menschen zum Anarchismus, denn vom empirischen Menschen ausgehen heisst nicht auch, alle Eigenschaften und Absonderlichkeiten des empirischen Menschen hinzunehmen.

<sup>21</sup> Vgl. A. SCHÜLE, op. cit. S. 332 f.; H. COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 131 ff. unterscheidet drei verschiedene Begründungen des menschlichen Personwertes: die Begründung aus den vitalen Eigenschaften, diejenige aus den sittlichen Eigenschaften und die christliche, die die Menschenwürde unabhängig vom Vorhandensein bestimmter Eigenschaften in der Gotteskindschaft begründet sieht.

des Menschen auch trotz all dessen anerkennt, was an ihm Unwertes haftet. Die Anthropologie der Demokratie ist darum letztlich immer auch eine wertüberwindende.<sup>22</sup> Mit der Anerkennung einer allgemeinen, nicht vom Vorhandensein bestimmter Eigenschaften abhängigen Menschenwürde erhält auch das demokratische Gleichheitsprinzip erst seine sichere Grundlage, die nur ethischer Natur sein kann.<sup>23</sup> <sup>24</sup> Wo die Gleichheit mit einer rationalistischen, wertfreien Anthropologie begründet wird, muss das Gleichheitsprinzip angesichts der Verschiedenheiten der Menschen in ihren Eigenschaften und Fähigkeiten letztlich doch als sinnwidrig erscheinen. In der Anthropologie des radikalen Aufklärungsrationalismus, wie auch in allen Rassen- und Klassentheorien, hat die allgemeine Menschenwürde einen schwachen Halt: sie ist schliesslich davon abhängig, dass der Mensch einem bestimmten von Menschen aufgestellten Menschenbild entspricht. Beim Unvermögen des Menschen, sich zu den ideologischen Bildern emporzuschwingen, die er sich schafft, entschwindet auch die Würde der empirischen Person. Sie wird dem abstrakten Vernunftwesen, dem Bilde des vollkommenen Bürgers, des Herrenmenschen, des Proletariers oder anderen Idolen geopfert.

---

<sup>22</sup> Zum Begriff der wertüberwindenden Haltung vgl. G. RADBRUCH, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 93 f.

<sup>23</sup> Auch W. KÄGI, Demokratie zwischen falscher und wahrer Gleichheit, NZZ vom 16. Mai 1953, Nr. 112, versteht die Gleichheit als eine Folge, die sich aus der gleichen Personenwürde ergibt. «... das Prinzip der Gleichheit hat keine selbständige Bedeutung; es setzt den Grundwert der Freiheit und Würde der Person voraus.» Nach E. BRUNNER, Gerechtigkeit, S. 38 f, kann die Gleichheit nie aus der Wahrnehmung verstanden werden. Die Wahrnehmung sage nur, dass bei den Menschen Gleiches und Ungleiches vorhanden sei. Erst die Glaubensanschauung sage, ob das Gleiche oder das Ungleiche das Wesentliche sei.

<sup>24</sup> Die ethische Begründung der Gleichheit aus der allgemeinen Personenwürde erlaubt auch — im Gegensatz zu einer rein rationalistischen Gleichheitslehre — eine deutliche Abgrenzung der Gebote der Gleichheit von den Forderungen des Egalitarismus. Vgl. dazu den soeben zitierten Aufsatz von W. KÄGI.

## DER RECHTSSTAAT

## I. Der formelle Rechtsstaat

Fr. J. Stahl fordert den Staat als Rechtsstaat. Der Staat «soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern und soll die sittlichen Ideen von Staatswegen, also direkt, nicht weiter verwirklichen (erzwingen), als es der Rechtssphäre angehört, d. i. nur bis zur notwendigsten Umzäunung. Dies ist der Begriff des Rechtsstaates, nicht etwa dass der Staat bloss die Rechtsordnung handhabe ohne administrative Zwecke, oder vollends bloss die Rechte der Einzelnen schütze, er bedeutet nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen.»<sup>1</sup> Materielle Schranken sind der staatlichen Wirksamkeit allein durch den Bereich der «Einigung mit Gott, der Religion und der Kirche» gesetzt. Sonst hat der Staat ohne irgendwelche materiellen Schranken ein dreifaches Ziel zu verfolgen: die Förderung der Wohlfahrt der Menschen, die «Offenbarung der Fülle schöpferischer und gestaltender Gedanken», die «Herrschaft der Heiligkeit und Gerechtigkeit».<sup>2</sup> Stahls Rechtsstaatslehre ist so nicht mit einer individualistischen, sondern mit einer organistischen Staatsauffassung verbunden, mit einer Rechtsphilosophie romantischer Färbung und einer Rechtspolitik konservativer Richtung.<sup>3</sup> Aber auch bezüglich der formellen Rechtsstaatlichkeit bleiben die Ergebnisse von Stahl dürftig. Abgesehen von der nur schwer anwendbaren Ministeranklage ist die Einhaltung der rechtlichen Schranken allein durch das Gewissen des Monarchen gesichert.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Rechts- und Staatslehre, 2. Abt. S. 137 f.

<sup>2</sup> op. cit. S. 131 ff.

<sup>3</sup> Vgl. G. RADBRUCH, Rechtsphilosophie, S. 165 u. 109; H. COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 123 und 201 f. Fr. DARMSTAEDTER, Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates, S. 33, Anm. 4, weist auf die enge Beziehung Stahls zu Hegel hin, die trotz der Kritik Stahls an Hegels dialektischer Methode unverkennbar ist. Zu Stahls Staatsauffassung vgl. ferner Otto VOLZ, Christentum und Positivismus, Tübingen 1951, S. 127 ff.

<sup>4</sup> Fr. J. STAHL, op. cit. S. 244 ff, 256 ff.

Otto B ä h r geht — trotz einer ähnlichen Begriffsumschreibung —<sup>5</sup> wesentlich über Stahl hinaus. Er fordert zunächst ein Grundgesetz, das die Rechte und Pflichten abgrenzen solle, «mit denen das von den leitenden Organen vertretene Staatsganze den einzelnen Gliedern gegenübersteht», und das die Normen festzulegen habe, «nach welchen sich die Ordnung innerhalb des Staatsorganismus bewegt».<sup>6</sup> Die so begründeten Rechte und Pflichten bedürften aber nicht weniger des Schutzes als die Privatrechte. Ein wirksamer Schutz setze die Teilung der Gewalten voraus. Während es gegenüber der Gesetzgebung — Bähr bezeichnet sie als «absolut freie Tätigkeit» —<sup>7</sup> und für die ihr untergeordnete richterliche Gewalt nur moralische Garantien gebe, sei im Rechtsstaat die Regierung einer richterlichen Kontrolle unterworfen. Damit die der Regierung gesetzte «Rechtsgrenze» überall gefunden werden könne, müssten möglichst detaillierte Gesetze geschaffen werden, die die Rechtsgrenze genau festlegten.<sup>8</sup> Dagegen hielt es Bähr nicht für notwendig, besondere Gerichte des öffentlichen Rechts zu schaffen. Er befürwortete vielmehr die Zuständigkeit der ordentlichen Zivilgerichte auch in Verwaltungssachen, so wie er auch das Zivilprozessverfahren für weitgehend auch in Verwaltungsstreitigkeiten anwendbar hielt.<sup>9</sup> Der formelle Rechtsstaat erscheint somit bei Bähr als «Justizstaat».<sup>10</sup>

Gegen die am Zivilrecht orientierte Betrachtungsweise des öffentlichen Rechts wandte sich Rudolf G n e i s t, der für die Errichtung besonderer Verwaltungsgerichte eintrat. Im Uebrigen sah Gneist die Forderung des Rechtsstaates vor allem in der Verwaltungsdezentralisation und in der Verstärkung des Ehrenamtes.<sup>11</sup>

Auch Otto M a y e r knüpfte an die formelle Rechtsstaatslehre an und definierte den Rechtsstaat als eine «besondere Art», in der der Staat tätig wird.<sup>12</sup> Er bezeichnete das Gesetz als die «rechtlich stärkste Art von Staatswillen».<sup>13</sup> Es gilt das Prinzip des V o r r a n g s des Gesetzes,

<sup>5</sup> O. BÄHR, Der Rechtsstaat, S. 2.

<sup>6</sup> op. cit. S. 47 ff.

<sup>7</sup> op. cit. S. 134.

<sup>8</sup> op. cit. S. 64.

<sup>9</sup> op. cit. S. 71 f.

<sup>10</sup> Vgl. dazu F. FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 236 ff, insbes. S. 239 f. Fr. DARMSTAEDTER, op. cit. S. 74; E. FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, S. 59 f.

<sup>11</sup> R. GNEIST, Der Rechtsstaat; vgl. insbes. S. 160 ff. Zu Gneists Kritik an Bähr, op. cit. S. 156 ff.

<sup>12</sup> O. MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 58.

<sup>13</sup> op. cit. S. 68. Der «neuere» Begriff des Gesetzes bedeutet nach O. Mayer nicht notwendigerweise ein Gesetz im materiellen Sinne. Das Gesetz muss nicht unbedingt Rechts-

insbesondere gegenüber der Verwaltung. Nur durch Gesetz kann das Gesetz wieder aufgehoben oder abgeändert werden. Das Gesetz «hebt aber seinerseits alles auf oder lässt gar nicht wirksam werden, was ihm widerspräche».<sup>14</sup> Neben dem Prinzip des Vorrangs des Gesetzes steht das Prinzip des Vorbehaltes des Gesetzes. Im Bereich der einfachen<sup>15</sup> Freiheitsrechte, ergänzt «durch bestimmte Anschauungen von dem, was nach ‚allgemeinem konstitutionellen Staatsrecht‘ zu dem umhiegren Rechtskreis gehören soll»,<sup>16</sup> kann die Verwaltung nur auf Grund des Gesetzes wirksam werden. Das Gesetz ist hier nicht nur Schranke, sondern auch Anstoss des Verwaltungshandelns.<sup>17</sup> Hier ist eine umfassende Gesetzgebung nötig, «und zugleich müssen für dieses Gebiet obrigkeitliche Aussprüche, Verwaltungsakte vorgesehen sein und reichlich zur Verwendung kommen, um im Einzelfall zu bestimmen, was Rechtens sein und als solches vollzogen werden soll».<sup>18</sup> Die Verwaltung muss also möglichst in rechtlich erfassbaren Akten — in Verwaltungsakten handeln. «Der Rechtsstaat bedeutet die tunlichste Justizförmigkeit der Verwaltung.»<sup>18</sup> «Tunlichste» heisst aber nicht «völlige» Justizförmigkeit. Die Verwaltung lässt sich nicht gänzlich in die gleichmässigen Formen der Justiz einzwängen.<sup>18</sup> Ausserhalb des Vorbehalts-Bereiches des Gesetzes wirkt die vollziehende Gewalt an sich frei, «sie wirkt aus eigener Kraft, nicht auf Grund des Gesetzes».<sup>19</sup>

Die positivistische Lehre, wonach jede staatliche Tätigkeit, die nicht Gesetzgebung (Normsetzung) ist, ausschliesslich als Vollziehung (Anwendung von Normen) erscheint, findet sich bei Otto Mayer nicht in reiner Form. Ein Vertreter dieser Anschauung, die in engem Zusammenhang steht mit dem Auftreten der positivistisch-konstruktiven Methode im Staatsrecht,<sup>20</sup> ist Hermann R. Herr n r i t t, der den völlig durchnormier-

---

sätze enthalten. Auch ein in dem von der Verfassung für die Gesetzgebung vorgesehenen Verfahren erlassener Verwaltungsakt wird zum Gesetz und ist in der erhöhten Geltungskraft dem Gesetz im materiellen Sinne gleichgestellt. «Gesetz» bedeutet nicht einen spezifischen Inhalt, sondern eine «Art von Staatswillen»; vgl. op. cit. S. 67 f. Diese Auffassung von O. Mayer stimmt mit Paul LABANDS Theorie vom formellen Gesetz (Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, Tübingen 1911, S. 1 ff, bes. S. 61 ff) überein.

<sup>14</sup> O. MAYER, op. cit. S. 68.

<sup>15</sup> «Verstärkte Freiheitsrechte» binden auch den Gesetzgeber; op. cit. S. 71.

<sup>16</sup> Diese allgemeinen Anschauungen sind jedoch im System von Otto Mayer nicht etwa als naturrechtlich zu verstehen. Sie wirken nur dann die staatliche Wirksamkeit hemmend, wenn sie vom positiven Recht anerkannt sind.

<sup>17</sup> Zur Entwicklung dieser Lehre vgl. U. SCHEUNER, Der Bereich der Regierung, S. 261 ff und dort zitierte Literatur.

<sup>18</sup> op. cit. S. 62.

<sup>19</sup> op. cit. S. 69.

<sup>20</sup> U. SCHEUNER, op. cit. S. 262.

ren Staat postuliert. Nach Herrnritt spaltet sich die gesamte Wirksamkeit des Staates in zwei Funktionen: in die Normierung der Ziele und der Form der staatlichen Wirksamkeit (Gesetzgebung) und die Vollziehung der Normen (Justiz und Verwaltung).<sup>21</sup> Der Staat ist Rechtsstaat, «insofern er ausschliesslich in Vollziehung seiner in den Gesetzen niedergelegten Rechtsordnung tätig wird».<sup>22</sup>

Auf die Spitze getrieben erscheint die Auffassung des Rechtsstaates als ein strenges Legalitätssystem bei Hans Kelsen. In der Reinen Rechtslehre wird jedoch der Begriff des Rechtsstaates zugleich völlig inhaltsleer. Auch Kelsen versteht unter einem Rechtsstaat «nicht eine Staatsordnung spezifischen Inhalts», sondern einen «Staat, dessen sämtliche Akte auf Grund der Rechtsordnung gesetzt werden».<sup>23</sup> Aus der Identität von Staat und Recht ergibt sich, dass die Wirksamkeit des Staates nur auf Grund der Rechtsordnung als staatliche Wirksamkeit verstanden werden kann. Der Staat ist «ein König Midias, dem alles, was er ergreift, zum Recht wird».<sup>24</sup> Von einem «jedes Naturrecht ausschliessenden Standpunkt» gesehen, ist deshalb jeder Staat ein Rechtsstaat. Der Begriff des Rechtsstaates ist «mit dem des Staates ebenso wie dem des Rechts ident».<sup>25</sup> Das Problem des Widerspruchs im Legalitätssystem — das verfassungswidrige Gesetz, der gesetzeswidrige Verwaltungsakt usw. — erweist sich nach Kelsen als ein Scheinproblem. Denn wenn man die Rechtsgültigkeit des «verfassungswidrigen» Gesetzes oder des «gesetzeswidrigen» Verwaltungsaktes annehme, so bedeute dies, dass die höhere Norm mit rechtswidrigem Recht rechne und seine Existenz anerkenne. Dadurch werde aber der «normwidrigen Norm» der «eigentliche Charakter der Rechtswidrigkeit» genommen. Kein logischer Widerspruch vermöge so die Rechtsordnung als einheitliches Legalitätssystem zu gefährden.<sup>26</sup> Die Frage nach dem verfassungswidrigen Gesetz und nach dem gesetzeswidrigen Verwaltungsakt ist damit aus der Welt geschafft.

Die kontinentale Theorie vom formellen Rechtsstaat findet eine Parallele im britischen Prinzip der «rule of law». «Rule of law», zuerst als ein Verbot der Selbsthilfe verstanden, dann aber auch auf die Beziehung zwischen dem Einzelnen und dem Staate angewandt, bedeutet, dass «all governmental powers, save those of the representative

---

<sup>21</sup> H. R. HERRNRITT, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, 1921, S. 3.

<sup>22</sup> *op. cit.* S. 23.

<sup>23</sup> H. KELSEN, *Staatslehre*, S. 91.

<sup>24</sup> *op. cit.* S. 44.

<sup>25</sup> *op. cit.* S. 91.

<sup>26</sup> *Reine Rechtslehre*, S. 84 ff.

legislature, shall be distributed and determined by reasonable precise laws». Wo das Prinzip der «rule of law» verwirklicht ist, ist «the State as a whole . . . regulated by law». <sup>27</sup> Bloss den formellen Rechtsstaat sichert der Grundsatz der «rule of law», weil er wohl die Exekutive an das Recht bindet, nicht aber auch für die Legislative Schranken zieht. Im Gegenteil: «rule of law» ist mit der «Souveränität des Parlamentes» vereinbar. Für das Parlament hat «rule of law» einen anderen Sinn, nämlich den, «that the law may at any moment be changed». <sup>28</sup> Nach britischer Auffassung ist das Parlament auch nicht auf den Erlass allgemeiner Normen beschränkt, sondern ist ebenso zum Individualgesetz zuständig: es darf im Gesetze Beliebiges beliebig ordnen. <sup>29</sup> Gegenüber dem Parlament gibt es deshalb keine rechtlichen Schranken, sondern nur politische, die sich aus der vorhandenen Volksüberzeugung und dem Parteiensystem ergeben. <sup>30</sup> Gegen die Verwaltung bietet aber das Prinzip der «rule of law» dem Einzelnen einen wirksamen Schutz, indem der Einzelne die Verwaltung, wo sie ohne hinreichende rechtliche Grundlage in seine Privatsphäre eingreift, vor die ordentlichen Gerichte ziehen kann. «Rule of law» bedeutet deshalb auch, dass der Einzelne dem «ordinary law» — dem vom Richter angewandten Recht unterworfen ist. <sup>31</sup>

Aus den verschiedenen Theorien des formellen Rechtsstaates lässt sich ein idealtypischer Begriff des formellen Rechtsstaates ableiten. Der formelle Rechtsstaat ist der Staat, der sich «nur in den Bahnen des Rechts bewegt», der die Unverbrüchlichkeit und damit auch die «Messbarkeit aller staatlichen Machtäusserung» <sup>32</sup> gewährleistet. Umgekehrt erschöpft sich seine Rechtsstaatlichkeit auch in der «Verrechtlichung» seiner gesamten Wirksamkeit.

Die Organe des formellen Rechtsstaates sind von der Verfassung als der obersten Norm im Rechtserzeugungsprozess eingesetzt und mit ihren Kompetenzen ausgerüstet. In der Kompetenzmässigkeit der Ausübung der staatlichen Funktionen besteht die formelle Verfassungsmässigkeit der Tätigkeit des Staates. <sup>33</sup> Wo die Verfassung materielle Schranken aufstellt, darf auch das Gesetz vor erfolgter Verfassungsänderung diese

---

<sup>27</sup> Zur Entwicklung der «Rule of Law» vgl. W. I. JENNINGS, *The law and the constitution*, S. 41 ff, Zitate nach S. 47.

<sup>28</sup> *op. cit.* S. 56.

<sup>29</sup> *op. cit.* S. 57 und 264.

<sup>30</sup> F. GARZONI, *op. cit.* S. 26 f.

<sup>31</sup> U. SCHEUNER, *Ausländische Erfahrungen*, S. 129 f.

<sup>32</sup> C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, S. 131.

<sup>33</sup> Z. GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, S. 32.

nicht überschreiten. Darin besteht die materielle Verfassungsmässigkeit der Wirksamkeit des formellen Rechtsstaates.<sup>34</sup> Ein gesicherter Freiheitsbereich des Einzelnen ist aber im formellen Rechtsstaat nur soweit gegeben, als jede rechtliche Regelung eine Schrankenziehung ist. Wo diese Schranken aber liegen, ist für die Verfassung des formellen Rechtsstaates unwesentlich. Zum formellen Rechtsstaat gehören insbesondere nicht notwendigerweise die verfassungsmässigen Grundrechte. Wenn sie aber gegeben sind, so sind sie nach formell-rechtsstaatlicher Auffassung gleichsam nur auf Zusehen hin gewährleistet. Gesichert ist nicht ihr Bestand, sondern lediglich das zu ihrer Abänderung und Aufhebung erforderliche Verfahren. Nur darauf bezieht sich der Schutz der Verfassungsgerichtsbarkeit.<sup>35</sup>

Im Uebrigen werden Ziel und Form der staatlichen Wirksamkeit durch das Gesetz — die Norm zweiter Stufe — unter Umständen ergänzt durch kraft gesetzlicher Delegation erlassene Verordnung, festgelegt. Da das Tätigwerden des formellen Rechtsstaates immer rechtlich normiert sein muss, ist eine umfassende und möglichst detaillierte Rechtssetzung notwendig.

Soweit das Gesetz allgemeine, abstrakte Normen enthält, ist im formellen Rechtsstaat das Prinzip der Gleichheit gegeben. Da aber jeder im von der Verfassung für die Gesetzgebung vorgesehenen Verfahren gebildete staatliche Wille, das Gesetz lediglich im formellen Sinne, dem Gesetz im materiellen Sinne gleichgestellt ist, kann man doch nicht sagen, dass der rein formelle Rechtsstaat die Gleichheit garantiere. Es kommt allein auf den normologisch einwandfreien Legalitätszusammenhang an, der auch zwischen der Verfassung als oberster Norm im Rechtserzeugungsprozess und dem Individualgesetz bestehen kann. «Gesetz» bedeutet nach der rein formell-rechtsstaatlichen Anschauung eben nicht einen bestimmten Inhalt, sondern nur eine bestimmte Form staatlicher Wirksamkeit.

Alle übrigen staatlichen Funktionen haben gegenüber der Gesetzgebung unselbständigen Charakter. Sie sind bloss «Vollziehung» bestimmter Normen. Insbesondere kommt der Verwaltung kein eigener, d. h. gegenüber dem Gesetz originärer Wirkungsbereich zu. Sie handelt nur auf Grund und nur in den Schranken des Gesetzes, also in vollständiger Bindung. So tritt im formellen Rechtsstaat die Gewalten-

---

<sup>34</sup> loc. cit.

<sup>35</sup> Man kann deshalb sagen, «der formelle Rechtsstaat betone den Gedanken der Rechtssicherheit zulasten der Gerechtigkeit». H. HUBER, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, S. 70.

trennung in der Form des Gesetzgebungsstaates auf<sup>36</sup>, wenn man nicht mit Kelsen die drei Gewalten überhaupt als zu verschiedenen Stufen des Rechtserzeugungsprozesses relativiert ansieht.<sup>37</sup>

Der Garantie der Unverbrüchlichkeit der staatlichen Rechtsordnung dienen die Institutionen der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Wenn aber die Normsetzung durch Gesetz zugleich als Anwendung der Verfassungsnorm betrachtet wird und in dem Masse wie die «Justizförmigkeit» der völlig gesetzgebundenen Verwaltung zunimmt, entschwindet der Unterschied zwischen der Rechtssetzung und der Verwaltung einerseits und der Rechtssprechung andererseits und damit auch das Bedürfnis nach besonderen Verfassungs- und Verwaltungsgerichten.<sup>38</sup> Stellt man sich schliesslich auf den Standpunkt, dass das Fehlen einer Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit die Duldung, ja Anerkennung des daher nur scheinbar möglichen gesetzeswidrigen Verwaltungsaktes und des verfassungswidrigen Gesetzes bedeute, dann erscheinen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt nicht mehr als dem formellen Rechtsstaate notwendige Institutionen. Nach dieser Ansicht stellt sich die Unverbrüchlichkeit der staatlichen Rechtsordnung gleichsam von selbst her.

## II. Der traditionelle, liberale Begriff des materiellen Rechtsstaates<sup>1)</sup>

Der materielle Rechtsstaat ist der Staat, dessen gesamter Wirksamkeit, insbesondere auch seiner Gesetzgebung, materielle Schranken gezogen sind. Sein Gegenbild ist der ungebundene Machtstaat, der seine Tätig-

<sup>36</sup> Wo man das Wesen des Rechtsstaates — wie weiter unten zu zeigen bleibt richtigerweise — sozialwissenschaftlich, als eine Einrichtung zur Mässigung und Kontrolle der sozialen Macht im Staate versteht, muss man freilich im (sozialwissenschaftlich gesehen latent monistischen) Gesetzgebungsstaat eine Deformation des gewaltenteiligen Staates sehen. Vgl. dazu W. KÄGI, S. 222 und diese Arbeit, unten, S. 80 f.

<sup>37</sup> Reine Rechtslehre, S. 73 ff; dazu W. KÄGI, op. cit. S. 164 ff.

<sup>38</sup> H. KELSEN, Staatslehre, S. 260 f.

<sup>1</sup> Im Abschnitt über die Demokratie wurden in verschiedenen Unterabschnitten die rechtsnormative Seite der Demokratie, die Demokratie als soziale Tatsache und die Wertbezogenheit der Demokratie behandelt. Die Begriffe des formellen und des materiellen Rechtsstaates stehen nicht in einem dem Begriffspaar der rechtsnormativen und der sozialen Demokratie analogen Sinnverhältnis. Es wäre an sich möglich, den Begriff eines «sozialen»

keit beliebig ausdehnt und in seiner letzten Konsequenz, als totaler Staat, die menschliche Existenz nur als staatliche, politische Existenz anerkennt. Materielle Rechtsstaatlichkeit bedeutet, dass der Staat dem Einzelnen einen Bereich zu selbständiger, nicht vom Staate gelenkter Lebensgestaltung zuerkennt und auch den sozialen Gruppen, zu denen sich die Einzelnen zur erfolgreicherer Verfolgung ihrer Interessen zusammenschliessen, einen eigenen Wirkungsbereich zubilligt. Der materielle Rechtsstaat gewährleistet diese nichtstaatliche Sphäre, indem er verfassungsmässige Freiheitsrechte mit für seine Organe verpflichtender Wirkung garantiert.<sup>2</sup> Nach dem materiell-rechtsstaatlichen «Verteilungsprinzip» ist die Freiheit des Einzelnen grundsätzlich unbegrenzt, wogegen die Kompetenz des Staates zu Eingriffen in die Freiheitssphäre des Einzelnen grundsätzlich begrenzt ist.<sup>3</sup> Rechtsdogmatisch nicht ganz genau sagt man etwa, die Freiheitsrechte etablierten eine «Vermutung für die Freiheit des Individuums gegen staatlichen Zwang». Der Staat müsse jeweilen «beweisen», dass er intervenieren dürfe.<sup>4</sup>

Von einem anderen Gesichtspunkt aus kann man sagen, im materiellen Rechtsstaate gelte das Prinzip der Subsidiarität der staatlichen Wirksamkeit, indem der materielle Rechtsstaat nur dort tätig werde, wo weder der Einzelne noch die von Einzelnen gebildeten, nichtstaatlichen Gruppen den gestellten Anforderungen genügen könnten.<sup>5</sup> Der materielle Rechtsstaat ist so nicht der Staat einer uferlosen Freiheit des Einzelnen. Er unterscheidet sich von der Anarchie darin, dass er dem Einzelnen nur möglichst unbeschränkte Freiheit gewährt. Wo liegen die Grenzen dieser möglichst unbegrenzten Freiheit? Nach der klassi-

---

Rechtsstaates im Sinne eines Staates der tatsächlichen Beschränkung der staatlichen Wirksamkeit zu prägen, ohne Bezug auf die diese Wirklichkeit sichernde rechtsnormative Seite des Rechtsstaates. Der Rechtsstaat ist jedoch mit dem Recht, das immer auch Institution im normologischen Sinne ist, so sehr verbunden, dass eine solche Begriffsbildung wenig Erkenntniswert hätte. Eine andere Frage ist die nach der wirklichkeitsgestaltenden Kraft der rechtsnormativen Institutionen des Rechtsstaates, insbesondere der Freiheitsrechte. Dieses Problem wird im Folgenden verschiedentlich behandelt, es kommt lediglich in der Systematik weniger zum Ausdruck. Die Unterschiede im Aufbau der Abschnitte über die Demokratie und den Rechtsstaat haben jedoch für die nachfolgende Gegenüberstellung von Demokratie und Rechtsstaat keine nachteiligen Wirkungen.

<sup>2</sup> Der Sicherung der vom materiellen Rechtsstaat garantierten Freiheit dienen immer auch die Institutionen des formellen Rechtsstaates. Auf diese Beziehung zwischen materiellem und formellem Rechtsstaat soll aber erst weiter unten eingetretet werden.

<sup>3</sup> C. SCHMITT, Verfassungslehre, S. 126.

<sup>4</sup> So z. B. noch Franz L. NEUMANN, Zum Begriff der politischen Freiheit, in Zeitschrift f. d. gesamte Staatswissenschaft, Bd. 109, 1953, S. 28. Diese Formulierung ist deshalb nicht einwandfrei, weil es sich nicht um eine Frage der (prozessualen) Beweislast, sondern um eine solche der Auslegung der Verfassung handelt.

<sup>5</sup> F. GARZONI, op. cit. S. 12.

schen Theorie des materiellen Rechtsstaates sind staatliche Einwirkungen dann, aber nur dann zulässig, soweit sie lediglich die Beeinträchtigung der Freiheit des einen durch die Art und Weise der Freiheitsausübung des andern verhindern wollen. «Möglichst weitgehende Freiheit» bedeutet deshalb: Freiheit, soweit sie mit der Freiheit aller verträglich ist.<sup>6</sup> Die zulässige staatliche Wirksamkeit wird damit auf die polizeiliche, einzelne, aktuelle Gefahren abwehrende beschränkt. Nicht befugt erscheint der Staat nach der liberalen Rechtsstaatstheorie dagegen zur positiven Gestaltung der Sozialordnung, die er als etwas Gegebenes hinzunehmen hat. Unvereinbar mit dem liberalen Rechtsstaat ist deshalb jede Tätigkeit des Staates als Wohlfahrtsstaat, indem der materielle Rechtsstaat liberaler Prägung einzig als Garant der bürgerlich-liberalen, d. h. Freiheit und insbesondere das Privateigentum gewährenden Rechtsordnung<sup>7</sup> und als Wahrer von Ordnung, Ruhe und Sicherheit auftritt.<sup>8</sup> Nach diesem Rechtsstaatsverständnis ist die Freiheit des Einzelnen desto grösser, je weniger der Staat tätig wird, der als einzig möglicher Feind der Freiheit erscheint.<sup>10</sup> Man bezeichnet den so verstandenen materiellen Rechtsstaat daher auch als den bürgerlichen oder liberalen Rechtsstaat.

Das Bild des liberalen Rechtsstaates als einer gesicherten Freiheitsordnung des Einzelnen wurde am folgerichtigsten in den Vereinigten Staaten von Amerika verwirklicht. Zur Zeit der Gründung der Union bestand nach der vorherrschenden, von massgeblichen Politikern vertretenen und auch im Volke verbreiteten Ansicht die erste Aufgabe des Staates im Schutz der Individualrechte.<sup>11</sup> <sup>12</sup> Ein ausgeklügeltes System

---

<sup>6</sup> Art. 4 der Déclaration des Droits de l'Homme von 1789 lautet: «La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits...»

<sup>7</sup> Vom bloss formellen Rechtsstaat, der ebenfalls ein Garant der Rechtsordnung ist, indem er nur in den Bahnen des Rechts tätig wird, unterscheidet sich der materielle Rechtsstaat darin, dass er eine Rechtsordnung mit einem bestimmten Inhalt, eben die freiheitlich-bürgerliche Rechtsordnung gewährleistet.

<sup>8</sup> Vgl. zum Vorstehenden C. SCHMITT, op. cit. S. 130.

<sup>9</sup> In diesem Sinne versteht das Wesen des Rechtsstaates noch F. A. HAYEK, *Der Weg zur Knechtschaft*, Deutsche Uebersetzung von «The Road to Serfdom», Erlenbach-Zsch., S. 101 ff.

<sup>10</sup> F. L. NEUMANN, op. cit. S. 41.

<sup>11</sup> H. S. COMMAGER, *Die Rechte der Minderheit im Rahmen der Mehrheits Herrschaft*, S. 11; Ch. C. MAXEY, op. cit. S. 116, 403 ff; H. R. GROSSMANN, op. cit. S. 7 ff, 18 ff, 22 ff; W. KÄGI, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, S. 155.

<sup>12</sup> Im Gegensatz zu verschiedenen Verfassungen der amerikanischen Einzelstaaten enthielt der ursprüngliche Text der amerikanischen Unionsverfassung keinen umfassenden Katalog von Freiheitsrechten, den man in der Philadelphia-Konvention für überflüssig

von Kontrollen und Gegenkontrollen sollte eine Ueberschreitung der einzeln und eng umschriebenen Kompetenzen der Union verhindern und die verfassungsmässigen Freiheitsrechte<sup>13</sup> sichern. Der Schutz der Freiheitsrechte sollte insbesondere auch gegenüber der Legislative ein wirksamer sein. Nicht weniger als jedes andere staatliche Organ galt auch sie als durch die Freiheitsrechte gebunden. Zuerst ein Kampfmittel der amerikanischen Kolonisten gegen das allmächtige englische Parlament, wandelte sich diese Idee zu einer «festen innenpolitischen Ueberzeugung».<sup>14</sup> Mit der Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>15</sup> wurde dieses Kontrollsystem gekrönt. So wurde denn in den Vereinigten Staaten von Amerika nicht so sehr die «Demokratie», von der man die Tyrannei der Mehrheit befürchtete, sondern die «Republik» im Sinne einer das Hauptgewicht auf die Freiheit legenden Staatsform erstrebt.<sup>16</sup> Demokratische Forderungen, wie etwa eine bundesstaatliche Regelung und Ausdehnung des Wahlrechts, blieben unerfüllt. Die Ansicht derer, die mit Jefferson<sup>17</sup> in der einseitigen Betonung der Freiheitsrechte und besonders in der richterlichen Kontrolle der Gesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit eine Gefahr sahen und voll auf den Willen einer richtig aufgeklärten Mehrheit vertrauten, vermochte sich in der amerikanischen Verfassungsentwicklung nicht durchzusetzen.

Die amerikanische Auffassung der Freiheitsrechte als eines der staatlichen Wirksamkeit schlechtweg entrückten Bereiches wurzelt zunächst in der englischen Rechts tradition, die das Recht als einen «unchanging custom» verstand, der nicht durch widersprechende Satzung verletzt

---

hielt, da der Union ja nur engumrissene Kompetenzen verliehen wurden und man nicht erwartete, dass sie sich zu einem starken Staatswesen entfalten werde. Ein Katalog von Freiheitsrechten wurde aber in einigen Gliedstaaten — auch von der öffentlichen Meinung — als unerlässlich erachtet. Die Ratifikation der Unionsverfassung wurde deshalb von der Garantie der Freiheitsrechte in der Unionsverfassung abhängig gemacht, worauf der erste Kongress in den ersten zehn Zusatzartikeln eine «Bill of Rights» ausarbeitete. Diese allgemeine Forderung nach der Aufnahme der Freiheitsrechte in die Verfassung zeigt, wie sehr die Idee einer freiheitlichen Staatsordnung auch im Volke verbreitet war. Vgl. dazu O. K. FRAENKEL, *Our Liberties*, S. 1 f.; Ch. C. MAXEY, op. cit. S. 122, 409.

<sup>13</sup> Die Gewaltentrennung hat hier einen anderen Sinn als im Gesetzgebungsstaat. Im Gesetzgebungsstaat besteht ein deutliches Uebergewicht der grundsätzlich allzuständigen Legislative. Im amerikanischen System soll gerade keine Gewalt ein Uebergewicht über die andern haben. Im Interesse eines sicheren Freiheitsschutzes sollen sich die drei Gewalten gegenseitig kontrollieren und hemmen.

<sup>14</sup> R. H. GROSSMANN, op. cit. S. 8.

<sup>15</sup> Zur Entwicklung der — nach dem Wortlaut der Verfassung nicht vorgesehenen — Verfassungsgerichtsbarkeit vgl. R. H. GROSSMANN, op. cit. bes. S. 30 ff.

<sup>16</sup> MADISON, *Federalist*, Nr. 10; dazu H. S. COMMAGER, op. cit. S. 14; W. KÄGI, loc. cit.

<sup>17</sup> Die Ideen von Jefferson sind eingehend behandelt bei COMMAGER, op. cit.; vgl. bes. S. 18 ff, 32 ff.

werden dürfe.<sup>18</sup> Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass das Common Law — im Privatrecht wie im öffentlichen Recht — dazu neigt, Rechtswirkungen nicht lediglich mit einem Willen zu verbinden. Im kontinental-europäischen Recht wird das Privatrecht vom Institut des Vertrages — einer übereinstimmenden, gegenseitigen Willens-äusserung der Parteien — beherrscht. Im öffentlichen Recht gilt das Gesetz als Wille des Staates und sein Wesen erschöpft sich nach der Theorie vom formellen Gesetz in dieser Eigenschaft. Dagegen zeigt sich im Common Law die Tendenz, Rechte und Rechtspflichten unmittelbar, d. h. ohne Bezug auf den Willen der Berechtigten und Verpflichteten mit bestimmten sozialen Beziehungen zu verknüpfen.<sup>19</sup> In dem Masse, wie Rechte und Pflichten als zu einer bestimmten sozialen Beziehung, einer typischen sozialen Situation gehörig betrachtet werden, erscheint das Recht als etwas Vorgegebenes, individuellem, wie auch staatlichem Willen Enthobenes.<sup>20</sup>

In Europa wurde der Gedanke des materiellen Rechtsstaates nirgends so weitgehend verwirklicht wie in den Vereinigten Staaten von Amerika. Soweit die materielle Rechtsstaatlichkeit im Sinne der Beschränkung der Staatstätigkeit auf die Sicherung der bürgerlichen Rechtsordnung gegeben war, lagen die Gründe dafür ausschliesslich im Sozialen, in den mit Erfolg vertretenen Interessen der den Staat tragenden bürgerlichen Schicht, nicht dagegen in der verfassungsmässigen Garantie und Sicherung eines auch für den Gesetzgeber verbindlichen Freiheitsbereichs. In Europa hat man das Anliegen des Rechtsstaates mehr in der normologischen Legalisierung der staatlichen Wirksamkeit gesehen als in ihrer materiellen Beschränkung, die oft zu Unrecht als selbstverständlich angesehen wurde.<sup>21</sup> Erst die Erfahrungen des Totalitarismus haben das Verständnis dafür wiederum geweckt, dass Rechtsstaatlichkeit auch einen bestimmten Inhalt, nicht bloss eine bestimmte Form staatlicher Tätigkeit bedeuten muss.

---

<sup>18</sup> H. R. GROSSMANN, *op. cit.* S. 27 ff.

<sup>19</sup> R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, S. 14, 20 ff.

<sup>20</sup> Wenn auch dieser Zug des Common Law geeignet war, die vor- und überstaatliche Natur der Freiheitsrechte im amerikanischen Rechtsdenken mitzubegründen, so bedeutet er andererseits gerade eine Milderung eines allzu einseitigen Individualismus'. Vgl. dazu POUND, *op. cit.* S. 15.

<sup>21</sup> H. HUBER, *op. cit.* S. 69 ff; W. KÄGI, *op. cit.* S. 59 ff; C. F. MENGER, *Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz*, S. 11 ff.

### III. Die Wertbezogenheit des Rechtsstaates

Der Rechtsstaat, sowohl in seiner formellen Seite, als Staat der legalisierten staatlichen Wirksamkeit, wie auch in seiner materiellen, als Staat der sachlich begrenzten Zuständigkeit, kann — wie schon die Demokratie — nur verstanden werden, wenn auch seine Wertbezogenheit berücksichtigt wird. Rechtsstaatlichkeit ist eine menschliche Entscheidung für eine bestimmte Gestalt der staatlichen Ordnung, eine Erscheinung der Kultur, die als solche nicht erfasst werden kann ohne Rücksicht auf die Werte, auf die sie notwendigerweise bezogen sein muss.<sup>1</sup>

Wie im Abschnitt über die Demokratie soll zunächst von einer rein rationalistischen Wertdeutung des Rechtsstaates ausgegangen werden. Sie hat ideengeschichtlich dieselben Wurzeln wie die optimistische Theorie der Demokratie, die vom demokratischen Staate die Verwirklichung des Absoluten erwartete. Nach der Auffassung der französischen Aufklärung waren es nur die unnatürlichen, unlogischen Bindungen der Einzelnen in einer hierarchischen, auf sinnloser Tradition beruhenden Ordnung, die der Verwirklichung einer den Geboten der reinen Vernunft entsprechenden Staats- und Gesellschaftsordnung im Wege standen.<sup>2</sup> In der Befreiung des Individuums aus den Bindungen der hergebrachten Ordnung sah man die der Vernunft entsprechende Lösung. Auf den Staat übertragen bedeutete das, dass der Einzelne und seine Interessen einziger Staatszweck sein müssten, und dass diesem Zwecke am besten gedient sei, wenn der Einzelne in seiner Lebensgestaltung möglichst frei bleibe. Aus der Unabhängigkeit des Einzelnen sollte sich aber auch das dem allgemeinen Interesse am besten Entsprechende ergeben. Von der Wirksamkeit der isolierten Individuen erwartete man die prästabilierte Harmonie, die Verwirklichung des «*Ordre naturel*». Mit anderen Worten: Das Staatsbild des rationalistischen Liberalismus baut sich auf dem Prinzip des zur vollkommenen Ordnung führenden «*Laissez faire*» auf, wobei «*Laissez faire*» nicht nur ungehinderte wirtschaftliche Konkurrenz, sondern auch freien Wettstreit in jedem Felde menschlicher Betätigung, besonders auch freien Wettbewerb der Ideen bedeutet, der schliesslich die objektive Wahrheit hervorbringen sollte. Diese betont individualistische und extrem optimistische Lehre kann man als die

<sup>1</sup> Zur methodischen Begründung vgl. oben S. 35 ff.

<sup>2</sup> J. L. TALMON, *op. cit.* S. 3.

<sup>3</sup> Goetz BRIEFS, *op. cit.* S. 48 f.

Rechtsstaatstheorie des rein rationalistischen Liberalismus bezeichnen. Der Wert, den der von ihm entworfene Staat vermitteln sollte, ist absolute Natürlichkeit, vollkommene Vernünftigkeit.

Wenn auch diese Staatsideologie des Liberalismus der Aufklärung nicht weniger enttäuscht hat als die optimistische Theorie der Demokratie, so war das Grundanliegen des Rationalismus: die Befreiung des Individualismus aus irrationalen Verstrickungen zur Ermöglichung einer besseren Selbstentfaltung doch richtig. Verderblich musste sich erst die Wirklichkeitsblindheit, die «Verranntheit ins Unbedingte» des Aufklärungsrationalismus auswirken.<sup>4</sup> Stark verschieden von diesem rationalistischen Doktrinarismus, der besonders in Frankreich überwog, war die Begründung der Rechtsstaatsidee in den Vereinigten Staaten von Amerika. «Experience must be our guide. Reason may mislead us» — so umriss John Dickison, eines der Mitglieder der Philadelphia-Konvention von 1787, die Aufgabe dieser Versammlung.<sup>5</sup> Der französische Rationalismus stellte zunächst eine abstrakte Seinslehre auf, aus der er die ethischen Forderungen an das menschliche Handeln deduzierte. Nach dieser Denkweise besteht die Tugend in der «conformity to the hoped-for pattern of social harmony».<sup>6</sup> Auch das amerikanische Rechtsstaatsverständnis beruhte neben den erwähnten Grundlagen im Common Law auf Vorstellungen der Aufklärung. Von besonderem Einfluss waren die Lehre Lockes von den natürlichen Rechten, die dem Einzelnen dem Staate gegenüber zustehen<sup>7</sup> und die ins Englische übersetzten und in Amerika stark verbreiteten Prinzipien des Naturrechts von Jacques Burlamaqui.<sup>8</sup> Im Gegensatz zu der rein rationalistischen Wende, die die Aufklärung in Frankreich nahm, waren aber die naturrechtlichen Theorien in den Vereinigten Staaten stark mit religiösen Vorstellungen verbunden, insbesondere mit dem theologisch-politischen Denken des Calvinismus.<sup>9</sup> Nach calvinistischem Glauben ist die Totalität der Herrschaft Christi über alle Lebensbereiche mit jeder Scheidung von privat-

---

<sup>4</sup> W. RÖPKE, Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart, S. 68 ff.

<sup>5</sup> Zitat nach M. FARRAND, The Framing of the Constitution, Yale University Press, 13. Aufl. 1946, S. 204; vgl. auch Alexis DE TOCQUEVILLE, De la Démocratie en Amérique, Bd. 2, S. 25 f.

<sup>6</sup> J. L. TALMON, op. cit. S. 5.

<sup>7</sup> H. R. GROSSMANN, op. cit. S. 9 ff.

<sup>8</sup> M. F. X. MILLAR, The Founding Fathers, in Foundations of Democracy, New York und London 1947, S. 112.

<sup>9</sup> M. F. X. MILLAR, loc. cit.; H. R. GROSSMANN, op. cit. S. 8 f; F. GARZONI, op. cit. S. 33; die puritanischen Grundlagen der amerikanischen Demokratie hat namentlich Ralph B. PERRY in seiner umfassenden Studie über «Puritanism and Democracy», New York 1944, untersucht.

religiöser und staatlich-politischer Sphäre unvereinbar.<sup>10</sup> Nur dem göttlichen Willen ist der Mensch schliesslich untertan, woraus sich bestimmte Anforderungen an den Staat ergeben. Wo der Staat die ihm vorgegebene göttliche Ordnung verletzt, steht den Staatsangehörigen das Widerstandsrecht zu. Als von Gott berufenes Wesen ist der Mensch werthafte Person, deren Selbstwert der Staat nicht missachten darf. Diese im Religiösen bedingte Wertvorstellung war aber in den Vereinigten Staaten nicht aus einer abstrakten, rein rationalistischen Seinslehre abgeleitet, sondern sie bildete vielmehr eine primäre Grundlage des amerikanischen Rechtsstaatsverständnisses.<sup>11</sup> Von hier aus führte der Erfahrungssatz, dass die dem göttlichen Willen entsprechende Lebensgestaltung, der «pursuit of hapiness»<sup>12</sup> nur in einem freiheitlichen Staate möglich sei, zum Rechtsstaat als Staat der beschränkten Zuständigkeit.

Wie aus der rationalistischen Theorie vom «Ordre naturel» wurde auch aus der amerikanischen Auffassung vom Wesen des Rechtsstaates die Postulierung möglichst schrankenloser Freiheit des Einzelnen vom Staate gefolgert.<sup>13</sup> Aus der im Ausgangspunkt nicht ausschliesslich rationalistisch-seinscheoretischen, sondern wertend-religiösen Begründung ergibt sich aber ein Weg zu einer differenzierteren Einsicht in die Idee des Rechtsstaates. Das richtige Verständnis der Werte, auf die der Rechtsstaat bezogen ist, wird am leichtesten gefunden, wenn man von seinem Gegenbild, dem totalen Staat, ausgeht. Der totale Staat anerkennt menschliche Existenz nur als staatliche, politische Existenz. Er lässt keinen Raum für eine selbständige Lebensgestaltung des Einzelnen, den er sich in allen Lebensbereichen zu unterwerfen sucht.<sup>14</sup> Demgegenüber besteht das Wesen des Rechtsstaates in der staatlichen Anerkennung des Einzelmenschen als einer werthafte, zu selbständiger, sittlicher Lebensgestaltung berufene Person. Nicht dass der Rechtsstaat dem Menschen seine Personwürde, die Eigenschaft des zur sittlichen Entscheidung bestimmten Wesens verliche, er respektiert sie als etwas,

---

<sup>10</sup> G. W. LOCHER, Die evangelische Stellung der Reformatoren zum öffentlichen Leben, Zürich 1950, S. 24.

<sup>11</sup> Vorwiegend ethisch begründet war die Rechtsstaatsidee auch im deutschen Idealismus, bes. bei Wilh. v. HUMBOLDT. Zur Rechtsstaatslehre von Wilh. v. Humboldt, vgl. Fr. DARMSTAEDTER, op. cit. S. 17 ff; F. GARZONI, op. cit. S. 78 ff.

<sup>12</sup> Unter «pursuit of hapiness» verstanden die Fathers in Uebereinstimmung mit Burlamaqui nicht die Verfolgung der zeitlichen, sondern der jenseitigen Glückseligkeit. M. F. X. MILLAR, loc. cit.

<sup>13</sup> NEUMANN, op. cit. S. 26, bezeichnet den negativen Freiheitsbegriff als den Kern der anglo-amerikanischen Freiheitsauffassung.

<sup>14</sup> Zum unbegrenzten Anspruch des totalen Staates vgl. E. BRUNNER, Gerechtigkeit, S. 240 f.

das vor ihm und ausser ihm besteht. Achtung der menschlichen Person, Anerkennung ihres Anspruches zur sittlichen Lebensgestaltung, muss notwendigerweise zur Zubilligung der Freiheit führen, womit über das Ausmass dieser Freiheit aber noch nichts ausgesagt ist. Die negative Freiheit von staatlicher Lenkung ist eine notwendige Voraussetzung der Selbstentfaltung des Individuums. Aus dieser dienenden Funktion der Freiheit ergibt sich aber, dass sie nicht der eigentliche Wert ist, auf den der Rechtsstaat bezogen ist. Man kann deshalb vorläufig sagen, der Rechtsstaat sei der auf die Idee der Menschenwürde bezogene Staat, indem er durch seine Rechtsordnung ihre Achtung sichere.

Mit der Achtung der Personwürde entspricht der Rechtsstaat dem grundlegenden Gebot der Gerechtigkeit; denn Gerechtigkeit als eine «Ordnung des Gehörens, die über aller menschlichen Setzung steht und nach der sich das menschliche Setzen richten muss...»,<sup>15</sup> setzt zuallererst voraus, dass die Person anerkannt sei, der etwas gehören kann. Von hier aus gesehen kann man den Rechtsstaat auch als den auf die Idee der Gerechtigkeit bezogenen Staat bezeichnen. Gerechtigkeitsbezogenheit darf aber nie als — sei es auch nur als zu erstrebende — absolute Verwirklichung der Gerechtigkeit verstanden werden. Der Versuch, einen schlechthin gerechten Staat zu schaffen, die Anmassung, Vollkommenheit zu erreichen, hat in der Geschichte noch immer zum schrankenlosen Machtstaat geführt.<sup>16</sup> Ein aller Empirie abholder Gerechtigkeitsfanatismus, beruhe er nun auf einer extrem rationalistischen oder sonst einer anderen Ideologie, der ohne Rücksicht auf die unvollkommene menschliche Natur das Absolute auf Erden zu verwirklichen beansprucht, trägt in seinem Ausgangspunkt und in den Methoden, die er anwenden muss, notwendigerweise totalitäre Züge. Der Glaube an den vollkommenen Staat beruht auf dem Vertrauen, dass der Staat aus sich heraus überhaupt fähig sei, das Absolute zu vermitteln, ja dass es dieses nur im Staat und durch den Staat gebe. Die Gerechtigkeit erscheint dann als dem Staate nicht transzendent, sondern immanent. Der als «Himmelreich auf Erden» aufgefasste, zum Gott erhobene Staat verlangt als alleiniger Wahrer und Mittler der obersten Werte die totale Unterwerfung. «Das Urwesen des Staates ist nicht die Gerechtigkeit, sondern die Macht».<sup>17</sup> Die Gerechtigkeit des Rechtsstaates, besser: seine Gerechtigkeitsbezogenheit, besteht aber darin, dass er in seiner Rechtsordnung, mit der Einsetzung seiner Macht, der Gerechtigkeit zum Durchbruch verhelfen will, so gut dies unter den nach Ort und Zeit

<sup>15</sup> E. BRUNNER, op. cit. S. 22.

<sup>16</sup> Vgl. zum Folgenden J. L. TALMON, op. cit. S. 4, 35 ff, 48 ff.

<sup>17</sup> E. BRUNNER, op. cit. S. 231.

verschiedenen, aber immer unvollkommenen und voraussetzungsgemäss einer reinen Gerechtigkeit im Wege stehenden menschlichen Umständen möglich ist.<sup>18</sup> Wenn der Rechtsstaat so immer nur eine «relative Gerechtigkeit»<sup>19</sup> gewährleisten kann, so ist damit doch in keiner Weise die Idee der Gerechtigkeit selbst relativiert. Die relative Gerechtigkeit ist kein blosser Reflex des Faktischen, auf tatsächlichen Verhältnissen beruhende und diese rechtfertigende, standortgebundene ideologische Vorstellung. Relative Gerechtigkeit als Programm entspricht nicht einer Weltanschauung des Relativismus und Positivismus, sondern einem «sittlich geforderten Realismus»,<sup>20</sup> der sich nicht mit blossen Wunschträumen begnügt, sondern wirklichkeitsgestaltend auftreten will. Mit der Verfolgung des relativ Gerechten ist das absolut Gerechte nicht als irrelevant oder inexistent abgetan. Wenn es auch vom Rechtsstaat nicht verwirklicht werden kann, so ist der Rechtsstaat doch auf das absolut Gerechte bezogen. Er steht in einer ständigen «lebendigen Beziehung zum Postulat der Gerechtigkeit», indem er «immer wieder durch die Idee der Gerechtigkeit beunruhigt» wird.<sup>21</sup>

Rechtsstaatlichkeit bedeutet auch nicht, dass die Wirksamkeit des Staates auf die Rechtsfunktion, die Verwirklichung der Rechtsordnung zu beschränken sei. Die Aufgaben des Staates bestehen nicht nur in der Rechtsverwirklichung, wie der Staat auch abgesehen von ihr nicht zwecklos wäre.<sup>22</sup> In einer idealtypisierenden Gegenüberstellung kann man zwei Arten staatlicher Tätigkeit unterscheiden: Die Wirksamkeit des Staates «dient einmal dem Recht und ist insoweit am Ziel der Gerechtigkeit ausgerichtet (oder sollte es sein)».<sup>23</sup> Davon unterscheidet sich die Tätigkeit des Staates in der Verfolgung der «vitalen Notwendigkeiten»,<sup>24</sup> wo er sich in erster Linie nach «politischen Ideen und Zwecken» orientiert.<sup>25</sup> Hier geht es nicht um die Frage nach der Ge-

---

<sup>18</sup> E. BRUNNER unterscheidet, abgesehen von der Frage nach der gerechten Machtverteilung im Staate, drei Stufen staatlicher Gerechtigkeit: das Gesetz als Friedensordnung, als Gleichheitsordnung und das gerechte Gesetz (op. cit. S. 233 ff.). Gerecht ist das Gesetz, das die schöpfungsmässigen Rechte des Einzelnen und der Gemeinschaften zur Geltung bringt (S. 236) und ihnen, je nach der «variablen geschichtlichen Lage», am besten dient (S. 249 f.).

<sup>19</sup> Zum Begriff der relativen Gerechtigkeit vgl. op. cit. S. 116 f.

<sup>20</sup> E. BRUNNER, op. cit. S. 122; J. W. NIXON, *Democracy and Ethical Realism*, in *Foundations of Democracy*, S. 214 ff.

<sup>21</sup> W. KÄGI, *Rechtsstaat — Sozialstaat — sozialer Rechtsstaat*, S. 134. Zum Rechtsstaat als «Gerechtigkeitsstaat» vgl. auch Chr. F. MENGER, *Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz*, bes. S. 23 ff.

<sup>22</sup> H. HUBER, *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates*, S. 60 f.

<sup>23</sup> U. SCHEUNER, op. cit. S. 274.

<sup>24</sup> D. SCHINDLER, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, S. 38.

<sup>25</sup> U. SCHEUNER, loc. cit.

rechtigkeit, sondern mehr um die Frage nach dem auf Grund gegebener sozialer Umstände Zweckmässigen. Rechtsfunktion und politische Funktion gehen in den meisten Aeusserungen des staatlichen Lebens unter Betonung der einen oder der anderen Funktion zusammen. Insbesondere braucht der Staat bei der Ausübung seiner politischen, an Zweckmässigkeitsgesichtspunkten ausgerichteten Funktion das Recht, «um seine Ergebnisse dauerhaft, also rechtlich legitim zu machen».<sup>26</sup> Die Unterscheidung der Rechtsfunktion und der politischen Funktion führt aber nicht nur zu einer Gegenüberstellung von zwei inhaltlich verschiedenen Arten der Staatstätigkeit, sondern auch zu einer Differenzierung des Begriffs des Rechts selbst. Denn es ist offensichtlich nicht dasselbe, ob das Recht an der Gerechtigkeit orientierte Entscheidung, oder ob es lediglich Form eines an Zweckmässigkeitserwägungen ausgerichteten Handelns ist. Im zweiten Fall ist das Recht gleichsam um einen seiner Wesenszüge, seine Wertbezogenheit, gekürzt. Es wird zum blossen Durchgangspunkt von allein vom Vitalen her bestimmten Tendenzen, «zu einem Recht der Plan- und Zweckgesetze, zu einem reglementierenden, technisierten, gleichzeitig spezialisierten und standardisierten Situationsrecht».<sup>27</sup>

Die drei Wesenszüge des Rechts: seine Standortgebundenheit, die sich aus seiner Korrelation zur sozialen Wirklichkeit immer ergibt, seine Eigenschaft als staatlicher Wille und seine Wertbezogenheit, treten, wie in jedem Staate, auch im Rechtsstaate bei den verschiedenen Manifestationen des Rechts in einem unterschiedlichen Mischungsverhältnis auf. Eine Schwächung des Rechtsstaates muss aber da eintreten, wo das doch zum Wesen des Rechts gehörende Gleichgewicht seiner Schichten dauernd zu Ungunsten der Wertbezogenheit gestört ist, so dass die Rechtsordnung als solche nicht mehr wesentlich auch als wertbezogene Entscheidung verstanden werden kann. Während die Ueberbetonung der Rechtsordnung als Wertentscheidung, die Verkennung der unauf lösslichen Verstrickung des Rechts in der Welt des Faktischen zum Gerechtigkeitsfanatismus führt, wird das Recht hier «kompassloser Voluntarismus einer fliessenden gesellschaftlichen Wirklichkeit», womit das Recht selbst zu einem Herd der Krise des Rechtsstaates wird.<sup>28</sup> Das Ueberhandnehmen des Vitalen wirkt sich schliesslich aber nicht bloss auf die Gerechtigkeitsbezogenheit des Rechts aus, sondern auch auf seine Eigenschaft als menschliche, im Staate zum Ausdruck kom-

---

<sup>26</sup> loc. cit.

<sup>27</sup> H. HUBER, op. cit. S. 79.

<sup>28</sup> H. HUBER, op. cit. S. 82.

mende Entscheidung überhaupt. Nach einer Formulierung von S. Maiwald wandelte sich das Recht des bürgerlichen Staates des 19. Jahrhunderts aus einer Bewusstseinsgrösse im modernen Zeitalter der entwickelten Technisierung, Industrialisierung und Vermassung «zur Verkörperung gesellschaftlich-kollektiver Bedarfsdispositionen im Rahmen» eines automatisch, eigengesetzlich ablaufenden Bedarfsdeckungsprozesses.<sup>29</sup> Damit wird das Gesetz nicht mehr von einem bewussten, wenn auch von der sozialen Situation nicht unabhängigen, so doch gestalten den Willen geschaffen, sondern es drängt sich auf. Es ist genau gesehen nicht einmal mehr Zweck- oder Planungsgesetz, sondern blosser Registration, Aeusserung der sich von der menschlichen Beherrschung lösenden Kräfte des Faktischen.<sup>30</sup> Solches Recht ist aber nicht nur in seinen Auswirkungen mit dem Rechtsstaat unvereinbar, weil es die vitale Funktion des Staates zu Ungunsten seiner gerechtigkeitsbezogenen auch dort ausdehnt, wo nur die Gerechtigkeitsfrage, nicht aber die Zweckmässigkeitsfrage bestimmend sein kann. Es widerspricht in seinem ganzen Wesen der Idee des Rechtsstaates, indem es sich gleichsam mit der Naturgewalt verbindet und sich menschlicher, auf die Sicherung der Personwürde, wie überhaupt auf irgend einen Wert bezogener Gestaltung entzieht.<sup>31</sup>

#### IV. Der materielle Rechtsstaat als freiheitlich-sozialer Staat

Wenn oben vorläufig festgestellt worden ist, der Rechtsstaat sei der auf die menschliche Personwürde und auf die Idee der Gerechtigkeit bezogene Staat, und die Freiheitsordnung habe eine diesen für den Rechtsstaat verpflichtenden Werten dienende Funktion, so bedarf diese Aussage noch der näheren Ausführung und Begründung. Inwieweit

<sup>29</sup> S. MAIWALD, Das Recht als Funktion gesellschaftlicher Prozesse, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. 40 (1952), S. 65.

<sup>30</sup> Vgl. S. MAIWALD, op. cit. 62.

<sup>31</sup> In Bezug auf die Anwendung der Gesetze und das dem Gesetz entsprechende menschliche Verhalten kommt nach S. MAIWALD dem Menschen ebenfalls eine subsidiäre Rolle zu. Wenn sich das Gesetz auch des Menschen bediene, so komme es ihm doch nicht auf die menschliche Funktion als solche, sondern auf einen bestimmten dinglichen Funktionszustand an (op. cit. S. 66 ff).

gehört die Freiheitsordnung zum Wesen des Rechtsstaates, auf welche Weise hat er zu ihrer Verwirklichung beizutragen, und wo liegt ihre Grenze?

### 1. Die Werte des Rechtsstaates und die freiheitliche Ordnung als soziale Wirklichkeit

Die Anerkennung des Personwertes des Einzelnen führt notwendigerweise zur Anerkennung einer staatsfreien Sphäre. Selbstentfaltung ist nur in Freiheit, sittliches Handeln nur als freies Handeln möglich, als Lebensgestaltung durch auf das eigene Gewissen gegründete Entscheidung. Ohne das Nichtgezwungensein «schlägt das sittliche Sein... restlos in sittlich indifferentes Sein um..., in... nicht zurechenbares, nicht verantwortliches, nicht schuldvolles und nicht verdienstvolles.»<sup>1</sup> Deshalb muss der Rechtsstaat der Idee der Menschenwürde immer auch auf die Weise dienen, dass er in seiner Rechtsordnung dem Einzelnen Freiheit gewährleistet.<sup>2</sup> So anerkennt der Rechtsstaat die menschliche Personwürde nicht bloss der Theorie nach, sondern er nimmt den Menschen als zu selbständiger Lebensgestaltung berufenen Wesen auch wirklich ernst, indem er so weit wie möglich mit der selbstverantwortlichen Entscheidung des Einzelnen rechnet. So kann man — unter dem Vorbehalt ihrer näheren Deutung — gemäss einer geläufigen Formulierung sagen, nach der rechtsstaatlichen Zuständigkeitsordnung sei der Staat grundsätzlich unzuständig, der Einzelne dagegen grundsätzlich allzuständig.

Darin, dass der Eigenwert des einzelnen Menschen nur dort geachtet ist, wo ihm ein zu freiem Handeln vorbehaltener Bereich überlassen ist, liegt das «Unverlierbare des liberalen Rechtsstaates».<sup>3</sup> Aus der Zuordnung zur Menschenwürde werden aber, so wie der Sinn, zugleich auch die Grenzen der Freiheit des Einzelnen im Rechtsstaate sichtbar. Ohne Freiheit von staatlicher Wirksamkeit, ohne Schranken der staatlichen

---

<sup>1</sup> N. HARTMANN, Ethik, S. 569.

<sup>2</sup> Diese Bezogenheit der Freiheitsrechte auf die Menschenwürde kommt im Art. 1 des Bonner Grundgesetzes deutlich zum Ausdruck. Dem Bekenntnis zur unantastbaren Menschenwürde schliesst sich als Folge das Bekenntnis zu den Grundrechten an. H. v. MANGOLDT, Kommentar, S. 44, bezeichnet die Menschenwürde als leitende Grundidee für die Auslegung der Freiheitsrechte. Zur Bezogenheit der Freiheitsrechte auf die Menschenwürde vgl. ferner W. KÄGI, Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus, S. 54 und Rechtsstaat — Sozialstaat — sozialer Rechtsstaat, S. 133 ff, 138 ff. Zur Menschenwürde als Grundlage des materiellen Rechtsstaates vgl. ferner Ernst WOLF, Die Freiheit und Würde des Menschen in Recht, Staat, Wirtschaft, Schriftenreihe des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen f. staatswissenschaftliche Fortbildung, Bd. IV, Düsseldorf 1953, S. 27 ff.

<sup>3</sup> W. KÄGI, Rechtsstaat — Sozialstaat — sozialer Rechtsstaat, S. 138.

Zuständigkeit gibt es keinen Rechtsstaat. Umgekehrt verlangt aber die Idee des Rechtsstaates nur diejenige Freiheit, die der Erhaltung der Menschenwürde dient. Wo dagegen das Tätigwerden des Staates zur Erhaltung einer menschenwürdigen Existenz nötig wird, steht es — wie noch näher auszuführen bleibt — nicht im Widerspruch zur Idee des Rechtsstaates, sondern ist im Gegenteil von ihr geboten. Der Rechtsstaat ist deshalb nicht nur Rechtsstaat, insofern als er Freiheit vom Staate gewährleistet und auf eigene Wirksamkeit verzichtet.

So kann der Rechtsstaat zunächst auch die Freiheit nicht nur dadurch schützen, dass er untätig bleibt.<sup>4</sup> Nach der klassischen Auffassung der Freiheitsrechte richten sich diese nur gegen den Staat. Nur er kann sie verletzen. Eine Betrachtung der sozialen Wirklichkeit zeigt aber, dass diese Konzeption der Freiheitsrechte nicht zu halten ist. Nur dann wäre sie richtig, wenn sich lediglich gleich starke Einzelne gegenüberständen und in rein zweckrationale Beziehungen zueinander träten. Da diese Voraussetzungen in der sozialen Wirklichkeit nicht gegeben sind und die soziale Mächtigkeit der Einzelnen im Gegenteil eine sehr unterschiedliche ist, verbürgt die bloss negative Freiheit vom Staate nur ein Minimum von Freiheit als Möglichkeit zu selbständiger Lebensgestaltung.<sup>5</sup>

Ein Verständnis der Freiheitsrechte, das ihrem Sinn besser gerecht wird, muss von der Funktion ausgehen, die ihnen im Rechtsstaate zukommt. Mit der Garantie der Freiheitsrechte will der Rechtsstaat, soweit an ihm, einen bestimmten Ablauf des sozialen Lebens sichern, der die Achtung der menschlichen Personwürde am besten gewährleistet. Die Garantie von Freiheitsrechten ist eine staatliche Entscheidung, für eine soziale Wirklichkeit, die den Werten entspricht, auf die der Rechtsstaat bezogen ist. Deshalb sind die Freiheitsrechte nie nur normologisch aus dem Sinnzusammenhang mit der übrigen Verfassung zu interpretieren, sondern sie werden erst dann verständlich, wenn auch ihre Eigenschaft als auf die soziale Wirklichkeit gerichtete und gleichzeitig wertbezogene, positive staatliche Entscheidung berücksichtigt wird. In Anlehnung an R. Smend kann man daher sagen, dass die Freiheitsrechte nicht «spezialrechtlich» als «Abgrenzung von Willenssphären», sondern integrationsrechtlich, oder — wie es hier lieber formuliert werden soll — funktionell zu verstehen seien.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> H. HUBER, op. cit. S. 63; Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, S. 193a; Soziale Verfassungsrechte?, S. 159 f.

<sup>5</sup> Fr. L. NEUMANN, op. cit. S. 34 f; W. KÄGI, op. cit. S. 143 f.

<sup>6</sup> R. SMEND. Das Recht der freien Meinungsäusserung, S. 48; Verfassung und Verfassungsrecht, S. 161 ff.

Wo der Prozess des sozialen Lebens, den der Staat mit der Gewährleistung von Freiheitsrechten ermöglichen will, von anderer Seite als dem Staate gehemmt oder verunmöglicht wird, darf der Staat eingreifen, ohne damit seinerseits die Freiheitsrechte zu verletzen, um die Wiederherstellung der sozialen Wirklichkeit zu fördern, die den Freiheitsrechten entsprechen soll. Gegen die Freiheitsrechte verstösst nur diejenige staatliche Tätigkeit, die die Freiheit in ihrem allseitigen Funktionieren im sozialen Leben stört. Dies sei an dieser Stelle an zwei Gruppen von Beispielen kurz erläutert. Im dritten Abschnitt wird bei der Behandlung einzelner Freiheitsrechte darauf zurückzukommen sein. Mit der Handels- und Gewerbefreiheit — wie weit diese vom Rechtsstaat geboten ist, kann zunächst dahingestellt bleiben — entscheidet sich der Staat für das System der freien Konkurrenz. Er will, dass sich die Wirklichkeit des wirtschaftlichen Lebens durch den freien Wettbewerb selbständiger Unternehmer kennzeichne.<sup>7</sup> Durch monopolartige Schlüsselstellungen einzelner Trusts oder den Markt beherrschender Kartelle wird die freie Konkurrenz faktisch aufgehoben, oder doch empfindlich gestört. Wenn die Freiheitsrechte, hier die Handels- und Gewerbefreiheit, aus ihrer Funktion verstanden werden, wird man deshalb in der staatlichen Antitrust- und Antikartellgesetzgebung<sup>8</sup> nicht einen — bei mangelnder verfassungsmässiger Grundlage verfassungswidrigen — Einbruch in die Handels- und Gewerbefreiheit sehen, sondern gegenteils ihre Bestätigung, ein Tätigwerden des Staates zu ihrer Sicherung im sozialen Leben. Denn Wirtschaftsfreiheit als soziale Wirklichkeit heisst nicht, dass nur wenige Einzelne nach Belieben und alle Mitbewerber ausschaltend wirtschaften, sondern sie bedeutet eben einen konkurrenzartigen Wirtschaftsprozess. Als ein allgemeiner, in der Verfassung sanktionierter wirtschaftspolitischer Grundsatz gilt sie auch gegenüber den Privaten,<sup>9</sup> wiewohl der Verfassungssatz ihnen gegenüber nicht unmittelbar anwendbar, sondern der Ausführung bedürftig ist. Und ein weiteres Beispiel: Mit der Gewährleistung der Meinungs-

---

<sup>7</sup> Vgl. W. BURCKHARDT, Kommentar, S. 233; Z. GIACOMETTI, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 283. Anders H. MARTI, Die Handels- und Gewerbefreiheit, S. 28, der sich dahin ausspricht, der freie Wettbewerb sei «nicht der Zweck der Handels- und Gewerbefreiheit, sondern ihre Folge, und zwar nicht einmal eine notwendige Folge».

<sup>8</sup> Die Kartellverträge unterliegen den privatrechtlichen Schranken der Vertragsfreiheit. Deshalb kann ihnen bis zu einem gewissen Grade auch vom Boden des Privatrechts aus begegnet werden, ohne eine besondere Kartellgesetzgebung. Vgl. dazu Hans MERZ, Ueber die Schranken der Kartellbildung, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF, Heft 302, Bern 1953.

<sup>9</sup> Entgegengesetzter Meinung ist das schweiz. Bundesgericht; vgl. BGE 52 II 384 und 62 II 100. Zur herrschenden Doktrin, die der Auffassung des Bundesgerichtes folgt, vgl. H. MARTI, op. cit. S. 32 und die bei H. MERZ, op. cit. S. 17, Anm. 2 zit. Literatur.

äusserungsfreiheit will der Staat den Prozess der freien Meinungskommunikation ermöglichen, weil er diesen als zur Sicherung der menschlichen Personwürde notwendig ansieht. Wenn nun Arbeitgeber darauf dringen, dass Arbeitnehmer sich dienstvertraglich zu einem Verzicht auf die Äusserung ihrer politischen oder fachlichen Meinung verpflichten, so dient eine Norm des staatlichen Rechts, die solche Verabredungen als nichtig erklärt, dem Schutze der Meinungsäusserungsfreiheit als sozialer Wirklichkeit. Auch hier schränkt die Wirksamkeit des Staates die Freiheit nicht ein, sondern macht sie effektiver.

Die angeführten Beispiele zeigen, dass da, wo der Staat zum Schutze einer Freiheit auftritt, ein Konflikt zwischen verschiedenen Freiheitsrechten entstehen kann. Will es z. B. die Meinungsäusserungsfreiheit ermöglichen, dass die Einzelnen ihre Ansichten frei kundgeben können, so soll es die Vertragsfreiheit den Einzelnen erlauben, selbständig Verträge einzugehen und deren Inhalt frei zu bestimmen. Das rechtsstaatliche Problem, das hier auftritt, ist nur unter Berücksichtigung der Wertbezogenheit der Freiheitsrechte zu lösen. Die Freiheitsrechte sind auf die menschliche Personwürde bezogen, deren Achtung sie sicherstellen sollen. Alle Freiheitsrechte haben diesen Sinn, und sie sind deshalb als eine Gesamtentscheidung für eine die Menschenwürde respektierende Ordnung anzusehen. Nicht alle sind sie aber gleich, vor allem nicht gleich unbeschränkt notwendig zur Sicherung dieses Wertes, den der Rechtsstaat als für sich verpflichtend anerkennt. Aus der engeren oder weniger engen Beziehungsnotwendigkeit der verschiedenen Freiheiten zur Menschenwürde ergibt sich so eine Rangordnung der verschiedenen Freiheitsrechte.<sup>10</sup> Wo das zur Erhaltung der Freiheit als einer sozialen Wirklichkeit unerlässliche Tätigwerden des Staates in unvermeidlicher Nebenwirkung eine andere Freiheit berührt, muss der Konflikt so gelöst werden, dass das zum Schutze der menschlichen Personwürde weniger entscheidende Freiheitsrecht zugunsten des anderen eingeschränkt wird. Im Sinne einer im allgemeinen brauchbaren Regel kann man sagen, dass die Freiheitsrechte des Menschen als einer geistigen Person den Freiheitsrechten des wirtschaftlichen Bereichs vorgehen.<sup>11</sup> Mit dem Verständnis des Rechtsstaates als — einer bestimmten sozialen Wirklichkeit dienenden und wertbezogenen — positiven

<sup>10</sup> Vgl. dazu H. COING, op. cit. S. 178 und Emil BRUNNER, *Gerechtigkeit*, S. 75, der zwischen «ursprünglichen, schöpfungsmässigen Freiheitsrechten, die dem Menschen nie verwehrt werden dürfen» und solchen Freiheitsrechten unterscheidet, die nur «zu einem bestimmten gesellschaftlichen Zustand korrelat sind».

<sup>11</sup> H. COING, loc. cit.: «Die geistigen Grundrechte gehen der Ehre, beide den ökonomischen Grundrechten des Eigentümers vor.»

staatlichen Entscheidung unvereinbar wäre es dagegen, wenn man den Konflikt stets zugunsten des Verzichts auf staatliche Wirksamkeit entscheiden wollte.

Die bisher genannten Beispiele beziehen sich auf Fälle, in denen durch Einwirkung Privater für einen kleineren oder grösseren Personenkreis die Effektivität einzelner Freiheitsrechte geschwächt und der Staat zur Wiederherstellung und Sicherung der diesen Freiheitsrechten entsprechenden sozialen Wirklichkeit tätig wird. Wiewohl sich die öffentliche und die private Interessenssphäre nicht reinlich auseinanderhalten lassen, kann man sagen, dass hier überall vorwiegend die Interessen der in der Ausübung ihrer Freiheit behinderten Einzelnen im Vordergrund stehen. Ähnliche Ueberlegungen müssen aber erst recht da Platz greifen, wo die auf rechtsstaatliche Freiheitsrechte (insbesondere die Meinungsäusserungs-, die Vereins- und die Versammlungsfreiheit) gestützte Tätigkeit von Privaten die Vernichtung der rechtsstaatlichen Ordnung überhaupt und die Errichtung einer totalitären Herrschaft anstrebt. Die Frage, ob und wie der Staat der Propaganda und Aktion von Gruppen mit totalitären Zielen zu begegnen habe, wird oft allein, oder doch vorwiegend, vom Gesichtspunkt der Demokratie aus behandelt, die sich gegen die Selbstaufhebung, die Vernichtung auf «*legalem*» Wege sichern müsse.<sup>12</sup> Diese Darstellungsweise erweckt den Anschein, es gehe darum, die Demokratie auf Kosten rechtsstaatlicher Freiheit zu schützen. Eine genauere Prüfung muss aber sofort ergeben, dass hier in keiner Weise eine Antinomie zwischen den Forderungen des Rechtsstaates und denjenigen der Demokratie besteht. Die Verhinderung einer missbräuchlichen, die Aufhebung der rechtsstaatlich-demokratischen Ordnung anstrebenden Freiheitsausübung ist nicht weniger ein Anliegen des Rechtsstaates als der Demokratie. Da die Freiheitsrechte nicht rein normlogisch als «*Abgrenzung von Willenssphären*», sondern funktionell, d. h. aus ihrer Bezogenheit auf eine bestimmte soziale Wirklichkeit und bestimmte Werte zu verstehen sind, ergibt sich ein allgemeiner, allen Freiheitsrechten immanenter Vorbehalt. Nur derjenige kann sich auf die Freiheitsrechte berufen, der mit seinen Äusserungen und Handlungen an der durch die staatliche Freiheitsordnung konstituierten, freiheitlichen sozialen Wirklichkeit teilnehmen will, dessen Handeln den Sinn hat, im freiheitlichen Prozess des sozialen Lebens mitzumachen und zu seiner immer wieder neuen Aktualisierung beizutragen. Nicht als unter den Schutz der Freiheitsrechte fallend, nicht als Ausübung rechtsstaatlich gewährleisteter Freiheit anzusehen ist dagegen diejenige Wirksamkeit,

---

<sup>12</sup> Ein Beispiel solcher Darstellung findet sich bei H. MEISSER, op. cit. S. 134 ff.

die — und sei es auch auf gewaltlosem, «legalem» Wege — die Aufhebung der rechtsstaatlichen Ordnung bezweckt. So wie die demokratische Mehrheit nicht über dem «Gesamtzusammenhang der Demokratie» steht, sondern eine wertbezogene Funktion ausübt,<sup>13</sup> gibt es die rechtsstaatliche Freiheit nur für diejenige Betätigung des Einzelnen, die als Mitwirkung zur Aktualisierung der von den rechtsstaatlichen Werten gebotenen sozialen Wirklichkeit aufgefasst werden kann. Und dieser Vorbehalt ist keineswegs etwa bloss «moralischer» Natur, sondern ein im vollen Sinne rechtlicher Vorbehalt, der sich mit der funktionellen Interpretation der Freiheitsrechte ergibt.<sup>14</sup> <sup>15</sup> Da er unmittelbar aus dem Wesen der rechtsstaatlichen Freiheitsrechte folgt, besteht er auch unabhängig von seiner ausdrücklichen Normierung in der Verfassung.

## 2. Die Werte des Rechtsstaates und die staatliche Gestaltung der Sozialordnung

Der Staat dient der Rechtsstaatsidee nicht nur darin, dass er Freiheit vom Staate gewährt und ausserdem dafür sorgt, dass die soziale Wirklichkeit, die mit der Garantie der Freiheitsrechte seitens des Staates er-

<sup>13</sup> Vgl. diese Arbeit oben S. 35 ff und bes. S. 91 und dort zitierte Literatur.

<sup>14</sup> Anderer Meinung war W. BURCKHARDT, der bei der Darstellung der schweizerischen Pressefreiheit die Auffassung vertrat, die Bundesverfassung stehe «grundsätzlich auf dem Boden, dass die Grosszahl der Bürger genug Urteilsvermögen besitze, um nicht in Irrtümer zu verfallen, die mit der gesellschaftlichen Ordaung unvereinbar sind». Die Rechtswidrigkeit beginne erst da, wo die Meinungsäusserung den theoretischen Boden verlasse und zur Betätigung gesetzeswidriger Theorien aufreize (Kommentar, S. 508; vgl. auch Burckhardts Ausführungen zur Vereinsfreiheit, op. cit. S. 524). Zur Kritik dieser Theorie, die keine rechtliche Möglichkeit anerkennt für staatliche Massnahmen gegen Bewegungen, die auf «legalem» Wege die rechtsstaatliche Demokratie aufzuheben trachten: Paul TOGENBURGER, op. cit. S. 178 ff und daselbst zitierte Literatur. Die Ansicht von W. Burckhardt wird dem Schutzbedürfnis des freiheitlichen Staates vor allem auch deshalb nicht gerecht, weil nach ihr präventive Massnahmen kaum, oder doch nur in einem völlig unzureichenden Ausmasse, zulässig wären. In der Gegenwart ist die rechtsstaatliche Demokratie aber gerade auf präventive, nicht bloss auf repressive Massnahmen angewiesen. «Das Recht muss berücksichtigen, dass die Revolution in der Gegenwart nicht mehr die spontane Volkserhebung der liberalen Theorie ist, sondern oftmals ein planmässig — teilweise von aussen her — geleiteter propagandistischer und manchmal bürgerkriegsähnlicher Feldzug einer politischen Minderheit.» Deshalb müssen die Verteidigungslinien vorverlegt werden, um schon die Anfänge verfassungsfeindlicher Bestrebungen zu bekämpfen. (U. SCHEUNER, Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz, in «Um Recht und Gerechtigkeit», Festgabe für E. Kaufmann, Stuttgart und Köln 1950, S. 325). Da aber solche Bewegungen in ihren Anfängen die Anwendung von Gewalt und die Aufreizung zum offenen Aufruhr zumeist gerade vermeiden und ihre Ziele zunächst mehr mit einem Angriff auf die Gesinnung der Bürger verfolgen, wären wirksame präventive Massnahmen sozusagen ausgeschlossen, wenn nicht auch den gewaltlosen Methoden begegnet werden könnte.

<sup>15</sup> Wesentlich schwieriger als die Feststellung des allgemeinen Vorbehalts ist die Begrenzung seines Anwendungsgebietes. Namentlich besteht die Gefahr, dass die staatlichen Behörden in allzu eifriger Sorge um die Staatssicherheit ihrerseits den rechtsstaatlichen

möglichst werden soll, auch nicht von privater Seite verunmöglicht wird. Auch die Gewährung eines Schutzes gegen die Beeinträchtigung der Freiheitsausübung durch Private sichert nicht gleiche praktische Möglichkeit zu selbständiger Lebensgestaltung. Eine völlige Ausgleichung der äusseren Lebenssituation wäre freilich nur unter Aufhebung der Freiheit zu erreichen. Und selbst diese Aufopferung einer wesentlichen Voraussetzung des Rechtsstaates würde nicht die Verschiedenheit der Menschen in ihren Kenntnissen, Fähigkeiten und Kräften aufheben. Die Nivellierung der materiellen Lebenslage wäre deshalb nicht nur hinsichtlich ihrer dem Rechtsstaate notwendigerweise schädlichen Mittel, sondern schon an sich nicht sinnvolles rechtsstaatliches Ziel. Wenn der Rechtsstaat so nicht darauf ausgehen kann, Unterschiede aus der Welt zu schaffen, muss er doch andererseits die Unterschiede menschlicher Eigenschaften berücksichtigen. Denn da die Menschenwürde dem Einzelnen nicht wegen des Vorhandenseins von ihm auszeichnenden Eigenschaften, sondern allein kraft seines Menschseins zukommt, besteht ein Anspruch auf menschenwürdige Existenz für einen jeden Menschen, auch für den Schwachen, dem gleiche Startbedingungen, selbst wenn sie ihm gesichert werden könnten, nie helfen würden.

Nun ist der Staat freilich nicht fähig, dem Einzelnen seine Selbstentfaltung abzunehmen, für ihn zu erfüllen. Doch was der Staat für

---

Charakter des Staates schmälern. Angemessenes, verantwortungsbewusstes Bemühen um den Schutz der Grundlagen des freiheitlichen Staates und mit dem Rechtsstaate unvereinbarer Polizeigeist liegen oft nicht weit auseinander. Die Interessen des Rechtsstaates, wie auch diejenigen der Demokratie verlangen eine vorsichtige Anwendung der Mittel des Verfassungsschutzes. So ist es nicht angängig, die Bildung und Bestätigung jeglicher neuen politischen Vereinigungen zu unterbinden. «Auch darf die Einschränkung der staatsbürgerlichen Freiheiten zur Abwehr von Missbrauch und Angriff auf die bestehende Ordnung die Funktionen nicht aufheben, die gewissen Freiheiten, wie Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Vereins- und Versammlungsrecht im demokratischen Gefüge als öffentliche Kontrolle und als Mittel der Mitwirkung breiterer Volkskreise am politischen Leben besitzen.» U. SCHEUNER, op. cit. S. 316; vgl. dazu ferner Z. GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 386 und Z. CHAFEE, Free Speech in the United Staates, S. 31 ff. Sehr weitgehende Sicherungen finden sich im amerikanischen Recht, nach welchem gegen den Einzelnen gerichtete Massnahmen des Verfassungsschutzes nur unter der Voraussetzung des «clear and present danger» zulässig sind (zur «clear and present danger»-Klausel vgl. diese Arbeit, unten S. 73 und dort zitierte Literatur). Das Bonner Grundgesetz für die deutsche Bundesrepublik, das in Art. 18 die «Verwirkung» einer Reihe einzeln aufgezählter Freiheitsrechte im Falle ihres Missbrauches zum Kampfe gegen die freiheitliche Grundordnung statuiert und in Art. 21 die Parteien, «die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden» als verfassungswidrig erklärt, überträgt den Entscheid über die Verwirkung der Freiheitsrechte und die Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Parteien dem Bundesverfassungsgericht zu ausschliesslicher Zuständigkeit, um auf diese Weise die Gefahr des politischen Missbrauches dieser Selbstschutzmittel der rechtsstaatlichen Demokratie tunlichst auszuschliessen. Vgl. zu den genannten Bestimmungen H. v. MANGOLDT, Kommentar, S. 113 ff und 141 ff.

ihn nicht leisten kann, vermag dennoch vom Staate her erleichtert zu werden. Diese Möglichkeit beruht darauf, dass der Mensch, obschon in seinem spezifisch menschlichen Sein geistig-sittliche Person, immer auch der Natur, dem Stofflichen angehört. «Es gibt in der wirklichen Welt keinen ‚schwebenden‘ Geist, es gibt nur den über der Schichtung niederen Seins sich erhebenden und auf ihr ‚aufruhenden‘ Geist.»<sup>16</sup> Konkreter gesagt: der Mensch ist immer auch auf die Befriedigung natürlicher, vitaler Bedürfnisse angewiesen. Menschliche Lebensgestaltung in den das spezifisch menschliche Sein ausmachenden Schichten ist deshalb nicht ohne die Lösung des Problems der materiellen Daseinsvorsorge möglich. So bedeutet «menschenwürdige Existenz» eine äussere Lebenslage, die dem Einzelnen das bestimmungsmässige Menschsein, die Entfaltung der geistig-sittlichen Person, erlaubt, die ihn vom Motivzwang befreit.

Wenn der Staat auch nicht fähig ist, dem Einzelnen seine geistig-sittliche Lebensgestaltung abzunehmen, — so dass die Vermittlung der Glückseligkeit nie Zweck des Staates sein kann<sup>17</sup> — so ist er nun doch durchaus geeignet, zur Sicherung der menschenwürdigen — äusseren, materiellen — Existenz beizutragen. Und deshalb ist staatliche Intervention, staatliche Sozialpolitik, soweit sie zur Erhaltung des menschenwürdigen Daseins des Schwachen unerlässlich ist, nicht im Widerspruch zur Rechtsstaatsidee, sondern von ihr geboten.<sup>18</sup>

Der Einwand, die selbständige sittliche Lebensgestaltung des Menschen sei am vollkommensten, wenn auch die Lebensgestaltung im Vitalen eine solche aus alleiniger Kraft sei, weshalb der Mensch auch hier völlig auf sich allein gestellt bleiben müsse, würde einem falschen Sittlichkeitsabsolutismus entspringen. Denn die Erfüllung dieser Forderung käme schliesslich allein dem im Vitalen Stärkeren zugute und wirkte sich so praktisch als eine Bevorzugung der vitalen gegenüber den geistigen menschlichen Eigenschaften aus.

Wo der Staat zur Sicherung der äusseren Existenz der Staatsangehörigen auftritt, wird er zum Leistungsträger und Gestalter der Sozialordnung. Auch der Staat, der sich auf die Gewährleistung von negativer Freiheit gegenüber staatlichen Einwirkungen beschränkt, «gestaltet» in einem gewissen Sinne die Sozialordnung.<sup>19</sup> «Gestaltung» bedeutet aber nicht in beiden Fällen dasselbe. Der liberale Rechtsstaat «gestaltete»

<sup>16</sup> N. HARTMANN, Das Problem des geistigen Seins, S. 52.

<sup>17</sup> F. GARZONI, op. cit. S. 13.

<sup>18</sup> loc. cit.; W. KÄGI, Rechtsstaat — Sozialstaat — sozialer Rechtsstaat, S. 143.

<sup>19</sup> E. FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 55.

die Sozialordnung bloss insofern, als er mit seinen Individualrechten eine sich autonom fortbewegende, vom Staate als solche vorausgesetzte Sozialordnung stabilisierte.<sup>20</sup> Wo der Staat wirksam wird, um die Beeinträchtigung der Freiheit von innen heraus zu verhindern, ist das Gestaltungsmoment des staatlichen Tätigwerdens verstärkt, aber nicht so sehr im Sinne eines umfassenderen Gestaltungszieles, als vielmehr im Sinne einer Verstärkung der Mittel. Die Tätigkeit des Staates zur Sicherung der Freiheitsordnung als sozialer Wirklichkeit gegen ihre Untergrabung seitens privater Mächte geht über die nach der klassischen, liberalen Rechtsstaatstheorie einzig zulässige, einzelne aktuelle Gefahren für die öffentliche Ordnung abwehrende, polizeiliche Wirksamkeit hinaus.<sup>21</sup> Aber dennoch soll sie schliesslich doch nur das vermitteln, was auch der liberale Rechtsstaat wollte, aber — indem er die Tatsache der gesellschaftlichen Macht nicht genügend würdigte — nicht sicherzustellen vermochte: dieselbe Freiheit zu selbständiger Lebensgestaltung. In Anlehnung an eine Formulierung, die E. Forsthoff für das Kartellrecht geprägt hat, kann man sagen, die Ausdehnung des Schutzes der Freiheitsrechte auch gegen ihre Beeinträchtigung seitens Privater bedeute einen «Zwangsversuch» zu einem durch die Selbstbestimmung freier Einzelner fortbewegten Prozess des sozialen Lebens, zu einer insofern doch wesentlich «autonomen» Sozialordnung.<sup>22</sup> Wird dagegen der Staat zur Sicherung der menschenwürdigen Existenz der Staatsangehörigen tätig, hat die von ihm übernommene Sozialgestaltung einen anderen Sinn. Hier geht es nicht mehr darum, eine an sich vorgegebene Sozialordnung in ihrem wesensgemässen Funktionieren zu sichern, sondern darum, die Sozialordnung zu formen, im eigentlichen Sinne umzugestalten.<sup>23</sup> An der Idee der austeilenden Gerechtigkeit orientiert — der nur negative Freiheit garantierende, rein liberale Staat ist ausschliesslich auf die ausgleichende Gerechtigkeit ausgerichtet — greift der Staat in die Sozialordnung ein, um dem Schwachen zu geben,

---

<sup>20</sup> E. FORSTHOFF, op. cit. S. 55; vgl. zum Folgenden ferner H. HUBER, Das Staatsrecht des Interventionismus, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Bd. 70 (1951), S. 180 ff.

<sup>21</sup> E. FORSTHOFF, op. cit. S. 59.

<sup>22</sup> loc. cit.

<sup>23</sup> Die beiden Möglichkeiten: Voraussetzung einer als vorgegeben angesehenen Sozialordnung und Gestaltung der Sozialordnung durch den Staat sind als ideale Typen staatlichen Verhaltens aufzufassen. Wenn die konsequente Verwirklichung des einen oder des andern Extrems überhaupt möglich wäre, so würde sie zur Anarchie bzw. zum restlos totalen Staat führen (vgl. op. cit. S. 54). Es ist auch darauf hinzuweisen, dass nicht alles, was unter der Bezeichnung «Sozialpolitik» einhergeht, sozialgestaltenden Charakter hat. So lassen sich etwa Bestimmungen eines Fabrikgesetzes zum Schutze der Arbeiter gegen Gefahren des Industriebetriebes ohne weiteres der polizeilichen Wirksamkeit einordnen.

was er dem Starken entzieht. Darin, dass er auch diese Aufgabe übernimmt, unterscheidet sich der soziale Rechtsstaat vom liberalen Rechtsstaat im traditionellen Sinne.<sup>24</sup>

Der Einwand scheint nahe zu liegen, es sei widersprüchlich, die vom Staate gewährleistete Freiheitsordnung und zugleich auch die soeben geschilderte, die Sozialordnung gestaltende und damit notwendigerweise irgendwie die Freiheit individueller Betätigung mindernde staatliche Wirksamkeit als Wesensmerkmale des Rechtsstaates aufzufassen. Man könnte vielleicht sagen, durch die Verbindung dieser beiden Wesenszüge werde der Rechtsstaat als Sinneinheit gesprengt, der Begriff des «sozialen Rechtsstaates» sei in sich widersprüchlich. Dieser Einwand wäre aber doch nicht stichhaltig. Wohl besteht eine Antinomie zwischen dem extrem liberal verstandenen Rechtsstaate, dem «Nachtwächterstaate» einerseits und dem Wohlfahrtsstaate im Sinne des alles planenden und reglementierenden Staates anderseits. Mit dem Begriff des «sozialen Rechtsstaates» ist aber nicht die — unmögliche — Vereinigung dieser entgegengesetzten Pole gemeint. Wie es in dieser Arbeit schon verschiedentlich betont wurde, ist der Rechtsstaat nicht der Staat der möglichst schrankenlosen Freiheit. Oberste Werte des Rechtsstaates sind die Menschenwürde und die Gerechtigkeit, nicht die Freiheit, die allerdings als eine — unerlässliche — Voraussetzung zu ihrer Verwirklichung im staatlichen Leben anzusehen ist. Da aber die Freiheit allein zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz auch des Schwachen nicht genügt, erweisen sich die Gewährleistung und der Schutz der individuellen Freiheit durch den Staat bloss als ein rechtsstaatliches Teilziel, neben dem eine für die Rechtsstaatlichkeit nicht minder wesentliche Aufgabe steht: die staatliche Wirksamkeit zur Gewährung einer menschenwürdigen äusseren Existenz für jeden Menschen. Der soziale Rechtsstaat unterscheidet sich auch grundlegend vom Wohlfahrtsstaat. Wenn man von einem Wohlfahrtsstaat spricht, so meint man damit gewöhnlich den Staat, der sich so viel wie möglich um das Wohlergehen der Einzelnen kümmert, ihnen die Sorgen um ihr materielles oder gar ihr sittliches Wohl möglichst abnehmen will, dabei aber die Freiheit weitgehend aufheben muss.<sup>25</sup> Dass sich der Rechtsstaat die Verwirklichung des sittlichen Wohls, der Glückseligkeit der Bürger, nicht zum Ziele setzen kann, wurde schon erwähnt. Aber

---

<sup>24</sup> W. KÄGI, Rechtsstaat — Sozialstaat — sozialer Rechtsstaat, S. 142 ff; vgl. ferner Chr. Fr. MENGER, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, S. 26 ff, bes. S. 30.

<sup>25</sup> Zum Begriff und den verschiedenen Theorien des Wohlfahrtsstaates vgl. G. und E. KÜCHENHOFF, Allgemeine Staatslehre, S. 62 f.

auch hinsichtlich der Sorge für das materielle Wohl der Bürger ist der soziale Rechtsstaat nicht Wohlfahrtsstaat im genannten Sinne. Denn im sozialen Rechtsstaate ist die Pflicht zur öffentlichen Daseinsvorsorge «nicht, wie im Wohlfahrtsstaate, verfassungsrechtliches ‚Leitprinzip‘, sondern nur ein Mittel unter anderen zur Verwirklichung des Staatszweckes, welcher Gerechtigkeit heisst. Es ist selbstverständlich, dass dieses Mittel in der heutigen Notzeit stark in den Vordergrund der gesetzgebenden und verwaltenden Staatstätigkeit tritt. Aber das Prinzip der Gerechtigkeit zieht auch wiederum seine Grenze. Denn die freie Entfaltung der Einzelpersönlichkeit verbietet, dass aus der Daseinsvorsorge für wirtschaftlich Schwache eine — jede Privatinitiative lähmende — Vormundschaft des Staates wird».<sup>26</sup> Wie weit die Daseinsvorsorge des sozialen Rechtsstaates zu gehen habe, kann nicht allgemein, ohne Rücksicht auf die besondern kulturellen und wirtschaftlichen Verhältnisse einer bestimmten historischen Situation, entschieden werden. «Das Postulat des sozialen Rechtsstaates lässt sich . . . nicht in einer so einfachen und klaren Formel umreissen, wie das Postulat des liberalen Rechtsstaates.»<sup>27</sup> Allgemein kann man nur sagen, die rechtsstaatlich gebotene Sicherung einer menschenwürdigen Existenz bedeute auf jeden Fall Schutz vor äusserster materieller Not, darüber hinaus aber auch Sicherung einer materiellen Lebenslage, die den Einzelnen nicht von der Aneignung der kulturellen Güter seiner Zeit ausschliesst.

Einem jeden Staat stellt sich immer wieder neu die Aufgabe, den Umfang und die nähere Ausgestaltung der staatlichen Daseinsvorsorge zu bestimmen. Diese Aufgabe ist alles andere als einfach. Unfehlbar werden bei der politischen Diskussion immer wieder Gegensätze zwischen denen auftreten, die im Rechtsstaate mehr die Freiheitsordnung sehen und den anderen, die im Namen der austeilenden Gerechtigkeit vor allem einen Ausbau der öffentlichen Daseinsvorsorge fordern. Auch ist die Gefahr nicht gering, dass durch die Art und Weise der — an sich von der Rechtsstaatsidee unter Umständen gebotenen — Beschränkung der Freiheit des Einzelnen im wirtschaftlichen Bereich in einer, wenngleich ungewollten, Nebenwirkung in der sozialen Wirklichkeit eine Minderung der Freiheit des Menschen als geistige Person herbeigeführt wird. Aber auch diese Schwierigkeiten, die sich bei der Bestimmung des Weges des sozialen Rechtsstaates einstellen und die Möglichkeit der unrichtigen Betonung der staatlichen Daseinsvorsorge auf Kosten der Freiheit, oder umgekehrt, machen die I d e e des sozialen Rechts-

---

<sup>26</sup> Chr. Fr. MENDER, op. cit. S. 30; vgl. auch W. KÄGI, op. cit. S. 144.

<sup>27</sup> W. KÄGI, op. cit. S. 142.

staates nicht zu einer in sich antinomischen. Der Begriff des sozialen Rechtsstaates umfasst zwei Seiten, zwei Gebiete staatlicher Wirksamkeit, die beide in gleicher Beziehungsnotwendigkeit zu denselben rechtsstaatlichen Werten stehen und erst in gegenseitiger Ergänzung den Staat zum Rechtsstaate machen.

### 3. Bemerkungen zum Verfassungsrecht des materiellen Rechtsstaates

Nach den bisherigen Erörterungen ist es möglich, den materiellen Rechtsstaat als den Staat zu bezeichnen, der die Freiheit des Einzelnen zu sittlicher Lebensgestaltung anerkennt, anderseits aber auch zur Erhaltung der menschenwürdigen Existenz aller Staatsangehörigen an der austeilenden Gerechtigkeit orientiert wirksam wird. Die Frage, wie der Rechtsstaat diese beiden Aufgaben rechtstechnisch in seiner Verfassung zum Ausdruck bringen solle, muss für den Rechtsstaat als Freiheitsordnung und für den Rechtsstaat als sozialen, auf die austeilende Gerechtigkeit bezogenen Staat gesondert beantwortet werden.

Die freiheitliche Ordnung ist nicht in einem jeden Staat, den man als Rechtsstaat ansprechen kann, gleich wirksam gewährleistet. Die verschiedenen Staaten werden deshalb der Rechtsstaatsidee in dieser Hinsicht nur in einem ungleichen Masse gerecht.

So kann einmal der Gesetzgeber ohne eine entsprechende verfassungsrechtliche Bindung darauf verzichten, in einer die Personwürde des Menschen verletzenden Weise in die Freiheit des Einzelnen einzugreifen. Die Wirksamkeit des Staates mag dann faktisch den Geboten des Rechtsstaates nicht zuwiderlaufen. Dagegen fehlen irgendwelche rechtsnormativen Schranken als Sicherungen zur Erhaltung der von der Rechtsstaatsidee geforderten freiheitlichen Ordnung; die materielle Rechtsstaatlichkeit hat hier keine verfassungsrechtliche Grundlage. Nicht wesentlich anders ist es um den materiell-rechtsstaatlichen Charakter des französischen Staates bestellt. Die Verfassung der Dritten Republik enthielt keinen Katalog von Freiheitsrechten. Die alten Deklarationen wurden jedoch als weiterhin neben der Verfassung bestehend aufgefasst. Um rechtswirksam zu werden, bedurften die Freiheitsrechte aber der Ausführungsgesetzgebung, so dass sie nicht den Charakter von gewährleisteten Grundrechten, sondern nur von einem blossen Programm hatten.<sup>28</sup> Dagegen enthielt die Weimarer-Verfassung

---

<sup>28</sup> Zum Verfassungsrecht der Dritten Republik vgl. H. HUBER, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, S. 75 a. Die Präambel der Verfassung der Vierten Republik enthält eine allgemeine Bestätigung der Erklärung der Menschenrechte von 1789. Auch

die Garantie zahlreicher Freiheitsrechte. Die meisten von ihnen waren indessen nur unter Vorbehalt des Gesetzes gewährleistet oder konnten durch den Reichspräsidenten vorübergehend ganz oder teilweise ausser Kraft gesetzt werden.<sup>29</sup>

Sicherer geschützt ist die rechtsstaatliche Freiheitsordnung unter den Verfassungen, die die Freiheitsrechte gegenüber dem Gesetzgeber garantieren. In diesem Sinne sind die Freiheitsrechte in der schweizerischen Bundesverfassung gewährleistet, wenn auch die Sicherung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber fehlt.<sup>30</sup> Am konsequentesten ist die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, deren Wortlaut ein bedingungsloses, auch den Gesetzgeber bindendes Bekenntnis zu den Freiheitsrechten enthält. Nach der Praxis des amerikanischen Supreme Court stehen die Freiheitsrechte freilich unter dem «clear and present danger»-Vorbehalt, dessen Anwendungsbereich jedoch enge Grenzen gesetzt sind.<sup>31</sup> «Danger . . . is the actual occurrence of some event which the legislature has declared illegal and which it has the constitutional power to punish.» «Clear» ist eine Gefahr, wenn nach vernünftigen menschlichem Ermessen «the harmful consequence prohibited by law will ensue». Die Gefahr muss aber auch eine gegenwärtige sein, «imminent in point of time».<sup>32</sup> Das Bonner Grundgesetz für die Deutsche Bundesrepublik gewährleistet die Freiheitsrechte ebenfalls auch gegenüber dem Gesetzgeber. Im Unterschied zur amerikanischen Unionsverfassung ist jedoch bei einzelnen Freiheitsrechten die Gesetzgebung von der Verfassung ausdrücklich vorbehalten. Dennoch sind nach dem Bonner Grundgesetz die Grundrechte unmittelbar

---

wenn man mit M. DUVERGER, *Manuel de Droit Constitutionnel et le Science Politique*, 5. Aufl., Paris 1948, S. 373 f, die Präambel nicht als blosses Programm ansieht, kann man angesichts der wenig präzisen Gewährleistung der klassischen Freiheitsrechte, die zudem durch zahlreiche Sozialrechte relativiert werden, in der Verfassung vom 28. Oktober 1948 kaum eine wesentliche Verstärkung der rechtsstaatlichen Freiheitsordnung sehen.

<sup>29</sup> Näheres bei H. HUBER, *op. cit.* S. 91 a ff.

<sup>30</sup> *op. cit.* S. 76 a; Z. GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, S. 22 f.

<sup>31</sup> Zum «clear and present danger»-Vorbehalt vgl. auch F. NEUMANN, *op. cit.* S. 34; H. HUBER, *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates*, S. 64; O. FRAENKEL, *op. cit.* S. 67 ff; Ch. C. MAXEY, *op. cit.* S. 421 ff. In der Praxis ist die «clear and present danger»-Klausel in neuerer Zeit freilich weitgehend zu einer «clear and probable danger»-Klausel geworden; (vgl. NEUMANN, *loc. cit.*). Im Entscheid *WITHNEY v. CALIFORNIA* (1927) begnügte sich der amerikanische Bundesgerichtshof mit der Feststellung «We cannot hold that . . . the act (in Frage stand eine Bestimmung eines Staatsschutzgesetzes) is an unreasonable or arbitrary exercise of the police power of the state». Beispiele für strengere Anwendungen der «clear and present danger»-Klausel finden sich immerhin auch in neueren Entscheiden. Im Entscheid *THOMAS v. COLLINS* (1945) wurde festgestellt, dass «Only the gravest abuses, endangering paramount interests, give occasion for permissible limitation».

<sup>32</sup> FRAENKEL, *loc. cit.*

anwendbares Recht und die vorbehaltenen Gesetze dürfen die Substanz der Grundrechte nicht berühren.<sup>33</sup>

Die Verfassungen, die die Freiheitsrechte auch gegenüber dem Gesetzgeber gewährleisten, entsprechen der Rechtsstaatsidee besser; denn soweit die Gefahr für die individuelle Freiheit vom Staate her droht, ist es ja gerade auch vom Gesetzgeber, woher sie zu erwarten ist. Rechtsnormative Sicherung der Freiheitssphäre hat deshalb so zu erfolgen, dass die Freiheitsrechte nur in einem, mit der einfacheren Gesetzgebung verglichen, schwereren Verfahren abgeändert werden können, vor allem in einem Verfahren, das nicht ausschliesslich das zur einfachen Gesetzgebung berufene Staatsorgan beteiligt, oder das doch wenigstens eine qualifizierte Mehrheit verlangt. Nur dann kann der materielle Rechtsstaat als Freiheitsordnung als eine im Recht zum Ausdruck kommende Entscheidung für die Achtung der Personwürde im staatlichen Leben verstanden werden, wenn die Rechtsordnung dafür Vorsorge trifft, dass alle staatliche Wirksamkeit sich dauernd an diesem Grundwert orientieren muss.<sup>34</sup>

Damit ist jedoch nicht das Ideal der völlig unabänderlichen Verfassung als für den Rechtsstaat begleitend postuliert, auch nicht in Bezug auf die gewährleisteten Freiheitsrechte. Denn die Freiheitsrechte bedeuten ja nicht eine Verkörperung der absoluten Gerechtigkeit, sondern ihr Sinn liegt darin, eine soziale Wirklichkeit zu ermöglichen, die die Achtung der Personwürde unter gegebenen Verhältnissen auf die beste, erreichbare Weise sichert. Der Idee der Menschenwürde dienende Gestaltung der Wirklichkeit kann nicht eine aus der Geschichtlichkeit losgelöste Schöpfungstat sein: die Korrelation der Freiheitsrechte zur sozialen Wirklichkeit ist eine wechselseitige. So wie die Freiheitsrechte das soziale Leben gestalten sollen, sind sie in ihrem sinngemässen Funktionieren auch von ihm abhängig. Wesentlich für den Rechtsstaat sind deshalb diejenigen Freiheitsrechte, in der näheren Ausgestaltung, wie sie unter gegebenen sozialen Bedingungen den für den Rechtsstaat verpflichtenden Werten am besten dienen und nicht die Garantie des status quo einer bestimmten Freiheitsordnung. Wenn es auch einige Freiheitsrechte gibt, die — wie besonders die Freiheitsrechte des Menschen als geistiger Person — von jedem Staate, der Rechtsstaat sein will, etwa auf dieselbe Weise gewährleistet werden müssen, ist es dagegen notwendig, dass andere Freiheitsrechte, deren rechtsstaatlicher

<sup>33</sup> Zur Erhöhung der Sicherung der Freiheitsrechte im BGrG gegenüber der Weimarer Verfassung vgl. H. v. MANGOLDT, Kommentar, S. 35 ff.

<sup>34</sup> Zum der Verfassung als normativer Ordnung wesentlichen Element der Dauer vgl. W. KAGI, Die Verfassung, S. 51 ff und 71 ff.

Sinn mit bestimmten sozialen Verhältnissen verbunden ist, abgeändert werden können — und dies auch im Sinne ihrer Einschränkung.<sup>35</sup> Und umgekehrt ist es möglich, dass die Rechtsstaatsidee auch die Gewährleistung neuer Freiheitsrechte gebietet, die zu einer früheren Zeit zur Sicherung der Achtung der menschlichen Personwürde im staatlichen Leben nicht notwendig erschienen.

Seit der Zeit nach dem ersten Weltkrieg wurden in die Verfassungen verschiedener Staaten Grundrechte eingebaut, die sich auf Leistungen des Staates an den Einzelnen beziehen.<sup>36</sup> Ähnliche Bestimmungen enthalten auch die Charta von San Francisco vom 26. Juni 1945 und der Entwurf der UNO für eine internationale Erklärung der Menschenrechte.<sup>37</sup> Es könnte nabeliegen, in der verfassungsmässigen Verankerung solcher sogenannter «sozialer Verfassungsrechte» eine Forderung des Rechtsstaates zu sehen, der ja die Idee der Rechtsstaatlichkeit auch in der Verfassung zum Ausdruck bringen soll. Man möchte vielleicht so argumentieren, beide Seiten des materiellen Rechtsstaates: der Rechtsstaat als Freiheitsordnung und der soziale Rechtsstaat seien auf entsprechende Weise durch Freiheit und soziale Leistungen garantierende Grundrechte zu gewährleisten.

Die Forderung nach einer verfassungsrechtlichen Gleichbehandlung des Rechtsstaates als Freiheitsordnung und als Staat der austeilenden Gerechtigkeit berücksichtigt aber den Unterschied zwischen der Natur der Freiheit gewährleistenden und der materielle Leistungen vermittelnden Staatstätigkeit nicht genügend. Während die zur Verwirklichung der Freiheitsordnung notwendige staatliche Tätigkeit sich erschöpft in der verfassungsmässigen Garantie der Freiheitsrechte, in der Ausführung der Freiheitsrechte durch ihre soziale Wirksamkeit unter gegebenen sozialen Bedingungen sichernde Gesetze und in der — insbesondere gerichtlichen — Sanktion gegen Verstösse staatlicher Organe oder Privater gegen die Freiheitsordnung, ist im Bereiche der sozialen Verfassungsrechte eine viel weitergehende Staatstätigkeit erforderlich, wenn diese Rechte nicht nur auf dem Papier stehen sollen.<sup>38</sup> Zur Aus-

---

<sup>35</sup> Vgl. dazu die schon oben, S. 64, zitierte Unterscheidung E. BRUNNERS von «ursprünglichen Freiheitsrechten» und solchen, die nur «zu einem bestimmten gesellschaftlichen Zustand korrelat sind».

<sup>36</sup> Eine Uebersicht über diese sozialen Verfassungsrechte in den verschiedenen Verfassungen findet sich bei René BRUNET, *La Garantie internationale des droits de l'homme*, Genf 1947, S. 68 ff.; H. HUBER, *Soziale Verfassungsrechte*, S. 149.

<sup>37</sup> R. BRUNET, *op. cit.* S. 127 ff und S. 210 ff, bes. S. 266 ff.

<sup>38</sup> H. HUBER, *op. cit.* S. 156 f: «Das Wesen der echten Grundrechte besteht darin, dass sie absolut, d. h. nicht nur nach Massgabe der einfachen Gesetzgebung gewährleistet sind... Nun können aber die Sozialrechte niemals in diese Stellung gebracht, zu echten Grund-

führung der sozialen Verfassungsrechte genügt einmal — anders als bei der erwähnten Ausführung der Freiheitsrechte — das allgemeine Gesetz nicht. Auch das auf einen individuellen Tatbestand abgestimmte Zweck- und Planungsgesetz, die individuelle Lenkungsmaßnahme, wird unerlässlich. Hier kann sich ferner der Staat nicht auf ein Reglementieren beschränken. Er muss unter Umständen auch selbst in den Wirtschaftsprozess eintreten. Das «Recht auf Arbeit» zwingt ihn, selbst zum Arbeitsherrn zu werden und Arbeitsplätze zu vergeben, das «Recht auf eine anständige Wohnung» nötigt ihn, selbst Wohnungen zu bauen, wenn nicht schon genügend, dem Rechte entsprechende, Wohnungen verfügbar sind. Man kann so sagen, dass die Sozialrechte — im Gegensatz zu den Freiheitsrechten — im allgemeinen erst auf der Stufe der Verwaltung zu verwirklichen sind. Letztlich können aber die sozialen Grundrechte vom Staate auch deshalb nicht im eigentlichen Sinne gewährleistet werden, weil die Voraussetzungen der Erfüllung der in ihnen enthaltenen Ansprüche schliesslich gar nicht in der Verfügungsmacht des Staates stehen. Der einzelne Staat, der etwa ein «Recht auf Arbeit» gewähren will, ist nicht fähig, die Verhältnisse der internationalen Politik und die Lage auf dem Weltmarkt beliebig zu gestalten, so wenig wie er dem Wetter zu gebieten vermag, um gute Ernten sicherzustellen. Aus allen diesen Gründen sind die sozialen Verfassungsrechte auch der Verfassungsgerichtsbarkeit unzugänglich. Der Verfassungsrichter kann nicht in der Rechtssprechung zum «Recht auf Arbeit» Arbeitsplätze zuweisen, oder in der Rechtssprechung zum «Recht auf eine anständige Wohnung» Wohnungen vermitteln.<sup>39</sup>

Die Tatsache, dass die «Gewährleistung» verfassungsmässiger Sozialrechte immer in einer Diskrepanz zu dem bleiben muss, was der Staat wirklich gewähren kann, ist aber nicht der einzige Einwand, der gegenüber den Sozialrechten zu erheben ist. Die Sozialrechte bringen auch eine nachteilige Antinomie in die Verfassung. Freilich stehen der Rechtsstaat als Freiheitsordnung und der Rechtsstaat als zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz der Staatsangehörigen wirksamer Staat nicht in einer antinomischen Beziehung. Im Gegenteil: sie ergänzen sich gegenseitig. Es gilt, die Mitte zu finden, in der sie sich treffen, den Ort, wo sie sich unter den sozialen Bedingungen einer bestimmten Zeit ergänzen. Das ist nun aber gerade nicht möglich bei einem unmittelbaren und undifferenzierten Nebeneinander von Freiheitsrechten und Sozialrechten. Denn damit ist dem unbedingten Bekenntnis zum frei-

---

rechten erhoben werden. Sie sind ihrer Natur nach Rechte, die nur nach Massgabe der Gesetzgebung gewährt (nicht: gewährleistet) werden können.\*

<sup>39</sup> op. cit. S. 156 f.

heitlichen Rechtsstaat nur ein ebenso unbedingtes Bekenntnis zum Sozialstaat, zum Wohlfahrtsstaat zur Seite gestellt, der unter Umständen über die vom sozialen Rechtsstaat gebotene staatliche Tätigkeit weit hinausgeht. Dieses Nebeneinander bewirkt so nicht einen Ausgleich, sondern einen Prinzipienkonflikt, oder bestenfalls — um einen Ausdruck zu verwenden, den C. Schmitt für einen etwas anderen Tatbestand geprägt hat — einen «dilatatorischen Formelkompromiss».<sup>40</sup> Wo Freiheitsrechte und Sozialrechte nebeneinander bestehen, gibt es an sich zwei — aber nur diese zwei — Möglichkeiten der Interpretation ihres gegenseitigen Verhältnisses. Man könnte sich einmal auf den Standpunkt stellen, die Freiheitsrechte müssten weichen, soweit Einbrüche in ihren Bereich notwendig würden zur Verwirklichung dessen, was die sozialen Verfassungsrechte versprechen. Die Freiheitsrechte wären dann nur insofern, als im Wohlfahrtsstaate tauglich befunden, gewährleistet. Es braucht nicht weitschweifig erörtert zu werden, dass die Freiheitsrechte damit völlig entwertet würden, da sie in Verfolgung aller Ziele, die irgendwie als von den Sozialrechten gefordert dargelegt werden könnten, eingeschränkt und aufgehoben werden dürften.<sup>41</sup> Aber auch eine gegenteilige Auffassung wäre unbefriedigend. Ein absoluter Vorrang der Freiheitsrechte würde die staatliche Sozialgestaltung unmöglich machen, und all die Sozialrechte, die nicht ohne Eingriffe in die Freiheitsordnung zu gewähren sind, würden damit jeden Sinn verlieren. Der absolute Vorrang der Freiheitsrechte verunmöglichte aber nicht nur den eigentlichen Sozialstaat, den alles in seine Planung einbeziehenden Wohlfahrtsstaat, sondern auch die bedeutend enger begrenzte Wirksamkeit des sozialen Rechtsstaates zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz aller Staatsangehörigen.

Die unbefriedigenden Folgen, zu denen die verfassungsmässigen Sozialrechte führen müssen, machen es notwendig, einen anderen Weg zu einem verfassungsmässigen Bekenntnis zum sozialen Rechtsstaat zu suchen. Der Verzicht auf die Sozialrechte könnte nur dann schwer fallen, wenn die Forderungen des sozialen Rechtsstaates nicht auch auf andere Weise in der Verfassung zum Ausdruck zu bringen wären. Dazu genügt aber die generelle Staatszielbestimmung ohne Rechtssatz-

---

<sup>40</sup> Verfassungslehre, S. 31 ff; Zum Prinzipienkonflikt in der Verfassung vgl. C. FRIEDRICH, op. cit. S. 184 ff; H. HUBER, op. cit. S. 153. Damit ist nicht gelehnet, dass gewisse Sozialrechte beschränkt auch in den klassischen Grundrechten enthalten sein können. So ergibt sich nach der Praxis des schweiz. Bundesgerichtes etwa das prozessrechtliche Armenrecht aus der Rechtsgleichheit.

<sup>41</sup> Es ist hier auch darauf hinzuweisen, dass der Wortlaut der sozialen Verfassungsrechte sehr unbestimmt ist in Bezug auf die Mittel und Wege, die zu ihrer Gewährung zu benützen sind. H. HUBER, op. cit. S. 158.

charakter<sup>42</sup> oder die Niederlegung von Gesetzgebungskompetenzen in der Verfassung.<sup>43</sup> Eine schlichte Kompetenzeräumung entbehrt in ihrem Wortlaut des Pathos, das den Sozialrechten zuzukommen scheint. Aber die bescheideneren Formulierungen der Staatszielbestimmung oder der Gesetzgebungskompetenz sind eine ebenso hinreichende, nicht weniger wirksame und vor allem wesentlich weniger problematische Grundlage für den sozialen Rechtsstaat, als es die Sozialrechte sind. Die genannten Lösungen lassen die staatliche, an der austeilenden Gerechtigkeit orientierte Daseinsvorsorge als das erkennen, was sie im sozialen Rechtsstaate ist: ein rechtsstaatliches Teilziel, eine Aufgabe, die von der Politik nach Kräften zu verfolgen ist, nicht aber den umfassenden Wohlfahrtsstaat verwirklichende Wirksamkeit, die durch die Rechtsordnung «gewährleistet» werden könnte.

## V. Materielle Rechtsstaatlichkeit und formeller Rechtsstaat, insbesondere Gewaltenteilung

Der Positivismus hat das Anliegen des Rechtsstaates allein im formellen Rechtsstaat gesehen. Nach positivistischer Auffassung<sup>1</sup> erscheint der Rechtsstaat als völlig durchnormierter Staat. Die Rechtsstaatlichkeit erschöpft sich darin, dass der Staat nur in Rechtssetzung und Rechtsanwendung tätig wird, wobei die Inhalte des gesetzten und angewandten Rechts für die Frage nach der Rechtsstaatlichkeit gleichgültig bleiben. In der positivistischen Rechtsstaatstheorie erweist sich der formelle Rechtsstaat deshalb als Selbstwert. Im Rahmen einer Auffassung, die das Wesen des Rechtsstaates in der Entscheidung für eine inhaltlich bestimmte, an der Idee der Menschenwürde orientierte Staatsordnung sieht, kann dagegen — und dies darf hier gleich zu Anfang vorweggenommen werden — dem formellen Rechtsstaat nur eine dienende

---

<sup>42</sup> Den Charakter einer Staatszielbestimmung hat nach herrschender Auffassung das Bekenntnis des Bonner Grundgesetzes zum sozialen Rechtsstaat.

<sup>43</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden H. HUBER, op. cit. S. 159; W. KÄGI, op. cit. S. 144 ff.

<sup>1</sup> Trotz der unverkennbaren Unterschiede bei den verschiedenen Autoren ist es erlaubt, die positivistische Lehre in diesem Zusammenhang als eine Einheit aufzufassen. Zur lediglich formellen Rechtsstaatstheorie des Positivismus vgl. S. 53 und dort zit. Literatur.

Funktion zugemessen werden. Die Funktion der Gewaltenteilung und der mit dieser in enger Beziehung stehende Grundsatz der Legalität der staatlichen Wirksamkeit besteht darin, die materielle Rechtsstaatlichkeit im staatlichen Leben zu sichern. Nur so weit als sie unter gegebenen Voraussetzungen der staatlichen Wirklichkeit diese Aufgabe zu erfüllen vermögen, sind die Institutionen des formellen Rechtsstaates von der Rechtsstaatsidee geboten.<sup>2</sup>

Von allgemein geläufigen Formulierungen ausgehend kann man sagen, die Gewaltenteilungslehre unterscheide die gesetzgebende, die ausführende und die richterliche Funktion, und gemäss den Prinzipien der Gewaltenteilung seien diese auf verschiedene, organisatorisch von einander unabhängige Staatsorgane zu verteilen (objektive Gewaltenteilung), wobei nie dieselben Personen zugleich mehr als einem dieser Organe angehören dürften (subjektive Gewaltenteilung). Die Staatslehre des Positivismus fasste die Gewaltenteilung als eine rein durchführbare Unterscheidung von staatlichen Funktionen auf und nahm an, es liessen sich sämtliche Aeusserungen der staatlichen Tätigkeit in dem Schema Gesetzgebung — Gesetzesanwendung (Verwaltung und Rechtsprechung) unterbringen.<sup>3</sup> Diese Auffassung beruht auf einer Relativierung des Staates auf die Verwirklichung des positiven Rechts und wird dem Wesen des Staates daher schon insofern nicht gerecht, als sich die Wirksamkeit des Staates nicht in seiner Rechtsfunktion erschöpft. Keinen Platz in der Dreiteilung hat insbesondere auch der Bereich der Regierung.<sup>4</sup> Aber selbst insoweit, als die Tätigkeit des Staates zu seiner Rechtsfunktion gerechnet werden kann, sind Rechtssetzung, Vollziehung und Rechtssprechung nur im Sinne einer idealtypischen Unterscheidung auseinanderzuhalten.<sup>5</sup>

Die möglichst reine Aufteilung der drei Funktionen auf verschiedene Staatsorgane ist jedoch nicht nur deshalb kein vernünftiges Ziel des Rechtsstaates, weil ihre einwandfreie Auseinanderhaltung schon erkenntnismässig nicht allgemeingültig zu erreichen ist. Die scharfe Trennung ist auch politisch vom rechtsstaatlichen Standpunkt aus verfehlt, da sie weder den Rechtsstaat als Freiheitsordnung sichert, noch für den Rechtsstaat als Gestalter der Sozialordnung zur Aufrechterhaltung

<sup>2</sup> W. KÄGI, Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates, S. 177.

<sup>3</sup> Zum positivistischen Verständnis der Gewaltenteilung vgl. M. DRAHT, Die Gewaltenteilung im heutigen deutschen Staatsrecht, S. 99 ff.; H. HUBER, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, S. 65 f.; U. SCHEUNER, Der Bereich der Regierung, S. 259 ff.

<sup>4</sup> H. HUBER, loc. cit.; U. SCHEUNER, op. cit. S. 258 ff.

<sup>5</sup> M. DRAHT, Zur Soziallehre und Rechtslehre vom Staat, ihren Gebieten und Methoden, S. 51 ff.

einer menschenwürdigen Existenz der Staatsangehörigen die am besten dienende Organisation des Staates abgibt.

Die starr durchgeführte Ausscheidung der Rechtssetzung, Vollziehung und Rechtssprechung auf verschiedene Staatsorgane bietet an sich keine Gewähr für die Respektierung der Freiheitsrechte durch den Staat. Dies wird besonders in der Staatstheorie von Rousseau deutlich, der die Gewaltenteilung überhaupt nicht in Beziehung zum Schutze der Freiheit gegen Uebergriffe der Staatsgewalt bringt,<sup>6</sup> aber doch in einem gewissen Sinne für die Gewaltenteilung eintritt. Bei Rousseau wird der Gegensatz zwischen Gesetzgebung und Regierung (in diesem Begriff fasst er die übrigen staatlichen Funktionen zusammen) verabsolutiert. Die Regierung ist als ein nur dienendes Werkzeug der absoluten und allzuständigen, die «volonté générale» repräsentierenden gesetzgebenden Gewalt konzipiert.<sup>7</sup> Mit dem von Rousseau geforderten Verhältnis der Gesetzgebung zur «Regierung» ist jeder Einfluss der «Regierung» auf die Gesetzgebung schon begrifflich ausgeschlossen. Da die «Regierung» bloss ausführende Dienerin ist, besteht nach der Ideologie von Rousseau keine Notwendigkeit zu exekutivem Handeln durch die Legislative. Rousseau lehnt die Vollziehung durch das Volk im Gegenteil ab. Es sei nicht gut, dass, wer Gesetze gebe, diese auch vollziehe. Wenn sich das Volk auch mit den Einzelheiten der Verwaltung und nicht nur mit dem Allgemeinen befasse, ergäbe sich daraus eine Korruption des Gesetzgebers.<sup>8</sup> Diese Vorstellungen führen aber bei Rousseau in keiner Weise zu der Forderung nach einer Machtverteilung im Staate. Angesichts der Allmacht der Legislative und des Wesens der «Regierung» als eines blossen «agent», führt auch die scharfe objektive und subjektive Gewaltenteilung, wie sie Rousseau vertritt, zur Machtkonzentration bei der allzuständigen, die «unteilbare Souveränität» ausübende Legislative.<sup>9</sup>

Das Beispiel der Rousseau'schen Staatstheorie — wenn auch von ganz anderen Grundlagen aus, kommt sie doch im Ergebnis der positivistischen Funktionenlehre nahe — zeigt deutlich, dass die Auffassung

---

<sup>6</sup> Vgl. zum Folgenden H. NEF, Rousseau und die Idee des Rechtsstaates, S. 176 ff.; Franz MEYER, Der Begriff der Regierung im Rechtsstaat, Diss. Zürich, 1948, S. 24 ff.

<sup>7</sup> Contrat Social, III, 1.

<sup>8</sup> Contrat Social, III, 4; dazu H. NEF, op. cit. S. 180 f.

<sup>9</sup> Die von Rousseau geforderte, scharfe objektive und subjektive Gewaltenteilung wirkt sich so politisch gleich aus wie ein extremer Gewaltenmonismus. Deshalb ist es gerechtfertigt, in Rousseau einen unerbittlichen Gegner der rechtsstaatlichen Idee der Gewaltenteilung zu sehen, wiewohl er die Gewaltenteilung nicht in jeder Form verwirft. Zu Rousseaus Stellung gegenüber der Gewaltenteilung vgl. neben der zitierten Abhandlung von H. NEF: W. KÄGI, Rechtsstaat und Demokratie, S. 116; Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzipes, S. 68 ff.

der Gewaltenteilung als scharfe Ausscheidung von Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Rechtssprechung auf verschiedene staatliche Organe am rechtsstaatlichen Sinn der Gewaltenteilung vorbeigeht. Ein solches System ist auch mit dem totalen Machtstaat nicht unvereinbar! Die dem materiellen Rechtsstaat, der rechtsstaatlichen Freiheitsordnung dienende Funktion der Gewaltenteilung besteht in der Mässigung der Staatsgewalt, in der Verhinderung einer unkontrollierten Machtentfaltung durch ein alle Kompetenzen und alle soziale Macht in sich vereinigendes Staatsorgan. In ihrer eigentlichen Bedeutung ist die Gewaltenteilungslehre deshalb nicht eine rechtsdogmatische Funktionenlehre, sondern sie will vor allem eine politische Maxime aufstellen. Diese die Macht im Staate verteilende und so die individuelle Freiheit sichernde Wirkung kann nun nicht dem System der scharfen Trennung, sondern nur dem der gegenseitigen Kontrolle und Hemmung zukommen. In diesem Sinne wurde denn auch die Gewaltenteilung von Montesquieu verstanden.<sup>10</sup> Nicht als ein allgemeingültiger, aus abstrakten Theorien deduzierter Grundsatz, sondern von ihrer praktisch-politischen Funktion aus wurde die Gewaltentrennung immer auch im anglo-amerikanischen Rechtskreis aufgefasst.<sup>11</sup>

Bei Montesquieu findet sich zunächst keine scharfe und begrifflich rein durchgeführte — ja nicht einmal eine näher begründete — Unterscheidung von Gesetzgebung, Vollziehung und Rechtssprechung. So sah Montesquieu — ganz im Gegensatz zu der positivistischen Funktionenlehre — in der Exekutive nicht ein blosses Vollziehungsorgan.<sup>12</sup> Dies kommt etwa darin zum Ausdruck, dass er zur Exekutive auch die Gestaltung der Aussenpolitik rechnete. Die Unterscheidung der drei «pouvoirs» hatte bei Montesquieu überhaupt lediglich eine vorbereitende Bedeutung, indem sie ihm nur wichtig war, soweit sie bei der Lösung des ihn schliesslich allein interessierenden politischen Problems herbeigezogen werden musste.<sup>13</sup> Aber auch diese — mit der positivistischen Funktionenlehre verglichen wenig scharfe — vorbereitende

---

<sup>10</sup> E. FORSTHOFF, Einleitung zur zitierten Ausgabe von Montesquieus Geist der Gesetze, S. XXX ff; M. DRAHT, loc. cit.; W. KÄGL, op. cit. S. 44 ff.

<sup>11</sup> U. SCHEUNER, Ausländische Erfahrungen, S. 123; Der Bereich der Regierung, S. 267.

<sup>12</sup> M. DRAHT, loc. cit.; Franz MEYER, Der Begriff der Regierung im Rechtsstaat, S. 16 ff; F. FORSTHOFF, loc. cit.; U. SCHEUNER, Der Bereich der Regierung, S. 259.

Nach Montesquieu fasste auch J. NECKER (Du pouvoir exécutif dans les Grands Etats, 1792, Bd. 1, S. 15 und 18; zit. nach U. Scheuner, loc. cit.) die Exekutive als «force motrice d'un gouvernement» auf. Zur deutschen Staatslehre der frühkonstitutionellen Zeit, die noch ähnliche Auffassungen vertrat und dem nachträglichen Verschwinden der Sicht für die Regierungsfunktion in der späteren, liberal-konstitutionellen und vor allem der entwickelten positivistischen Staatslehre vgl. U. SCHEUNER, op. cit. S. 259 ff.

<sup>13</sup> M. DRAHT, op. cit. S. 102 ff.

Unterscheidung verwendete Montesquieu nun gerade nicht dazu, um die drei «pouvoirs» drei verschiedenen Staatsorganen zuzusprechen. Er schied zuerst die richterliche Gewalt aus, die er überhaupt keinem ständigen Träger zuweisen wollte, damit sie nicht in eine persönliche Herrschaft über die Bürger ausarten könne. In die übrigen zwei «pouvoirs» sollten sich König, Adel und Volk: die drei sozialen «puissances» teilen — und zwar in der Weise, dass die exekutiven Aufgaben (in dem angegebenen weiteren Sinn des Begriffes) grundsätzlich dem König, die legislativen dem Adel und dem Volke zustehen sollten. Gegenseitige Verschränkung und Hemmungen, insbesondere das Vetorecht des Königs und die Kontrollrechte der Legislative gegenüber der Exekutive, sollten die Entstehung eines Uebergewichtes an Macht in irgend einer der drei sozialen «puissances» verhindern. So ging es Montesquieu nicht in erster Linie um eine Ausscheidung staatlicher Funktionen, wie sich auch für ihn die Bedeutung der Gewaltentrennung nicht im Schutze der individuellen Freiheit erschöpfte. Ihren wesentlich umfassenderen Sinn sah er in der richtigen Verteilung, Ausgleichung und Hemmung der Macht im Staate.<sup>14</sup>

Eine wichtige Voraussetzung, mit der Montesquieu bei der Entwicklung seiner Gewaltenteilungslehre rechnen konnte, ist in der Gegenwart nicht mehr gegeben. Waren zur Zeit Montesquieus König, Adel und Volk verschiedene, im realen politischen Leben vorhandene soziale Mächte, die gegen einander ausbalanciert werden konnten, so sind heute alle Staatsorgane direkt oder indirekt vom Volke bestellt. Parlament und Regierung leiten ihre Legitimation von der Volkssouveränität ab.<sup>15</sup> Daraus darf nun aber nicht der Schluss gezogen werden, die Grundidee der Gewaltenteilung habe überhaupt keine Bedeutung mehr für den Schutz der materiellen Rechtsstaatlichkeit. Die Wandlung der Verhältnisse in der politischen Wirklichkeit seit der Zeit Montesquieus lässt den wesentlichen, praktisch-politischen Sinn der Gewaltenteilung unberührt. Neu zu formulieren sind nur die einzelnen Forderungen für die Verwirklichung einer funktionierenden, effektiven Gewaltenteilung.<sup>16 17</sup> Und dabei vermittelt die Auffassung der Gewaltenteilung

<sup>14</sup> E. FORSTHOFF, loc. cit.; M. DRAHT, op. cit. bes. S. 103.

<sup>15</sup> U. SCHEUNER, Der Bereich der Regierung, S. 280.

<sup>16</sup> H. HUBER, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, S. 67; W. KÄGI, Rechtsstaat — Sozialstaat — sozialer Rechtsstaat, S. 139 f.; Die Verfassung, S. 43 f.

<sup>17</sup> Neben der Gewaltenteilung im herkömmlichen Sinn haben in der modernen Demokratie die Gewaltenteilung in ihrer territorialen Form des Föderalismus und die durch die politischen Parteien und andere, innerstaatliche soziale Gruppen bewirkte Mässigung und Verteilung der sozialen Macht im Staate grösste Bedeutung. — Diese Formen der Gewaltenteilung werden auf S. 125 f und 152 näher besprochen.

bei Montesquieu einen besseren Wegweiser als die positivistische Gewaltenteilungslehre, obschon diese zeitlich der Gegenwart und ihren sozialen Bedingungen näher liegt. Entgegen der positivistischen Gewaltenteilungslehre wird man heute weniger denn je für eine scharfe Trennung von Exekutive und Legislative eintreten können. Nicht nur ihre gemeinsame Legitimierung durch die Volkssouveränität, sondern auch die Natur der Staatsaufgaben der Gegenwart macht es notwendig, mehr ihr Zusammenwirken zu betonen. Wie im Abschnitt über die Demokratie ausgeführt worden ist, hat sich bei diesem Zusammenwirken das Auftreten eines Uebergewichtes der Regierung als unvermeidlich erwiesen. Diese erhöhte Selbständigkeit der Regierung hat sich nicht nur da, aber doch besonders da eingestellt, wo der Staat als Träger von Leistungen, als Sozialgestalter auftritt. Hier ist einmal eine ausschliessliche, möglichst alle Einzelheiten regelnde Normierung durch die Legislative schon deshalb u. U. wenig erstrebenswert, weil eine auch an der Idee der austeilenden Gerechtigkeit orientierte staatliche Wirksamkeit wesensmässig einer grösseren Ermessensfreiheit bedarf als eine bloss polizeiliche und allein der Rechtssicherheit dienende Tätigkeit. Die erhöhte Ermessensfreiheit beim einzelnen Verwaltungsakt genügt aber vielfach nicht zur Erhaltung der Handlungsfähigkeit einer Verwaltung, die sich in der Erfüllung ihrer Aufgaben in ständigem Flusse begriffenen sozialen Verhältnissen gegenübersteht. Deshalb hat sich, vor allem da, wo ein rasches Handeln notwendig erscheint und das erforderliche Fachwissen innerhalb der Verwaltung besser vorhanden ist als in der Legislative, ein Bedürfnis nach einer Bevollmächtigung der Exekutive zum Erlass von generellen Anweisungen, auch im Sinne von Rechtsnormen: von Rechtsverordnungen eingestellt. «Es ist der moderne von sozialen Strömungen ergriffene Staat, der Wohlfahrtsstaat und der mehr und mehr in die wirtschaftlichen Verhältnisse eingreifende Staat des Dirigismus, in dem sich zugleich bei dem raschen Anschwellen des Rechtsstoffes ein dringendes Bedürfnis nach Uebertragung rechtssetzender Gewalt herausstellt, um die Parlamente von einer Flut ins einzelne gehender wirtschaftlich-sozialer Massnahmen zu entlasten, die noch dazu einem häufigen Wandel unterliegen.»<sup>18</sup> Auch dann, wenn man der in der Gegenwart schon weit fortgeschrittenen Entwicklung zum Wohlfahrtsstaat nicht in allen ihren Aeusserungen beipflichtet und vor allem die zunehmende Allseitigkeit dieser Entwicklung als unheilvoll ansieht, wird man doch da, wo eine staatliche Wirksamkeit vom sozialen Rechtsstaat geboten ist, das schwerfällige Verfahren der Rechts-

---

<sup>18</sup> U. SCHEUNER, *Ausländische Erfahrungen*, S. 136.

setzung durch die Legislative aber wenig geeignet erscheint, mehr als die allgemeinen und auf die Dauer berechneten Grundlinien festzulegen in der Zulassung der Uebertragung von rechtssetzender Gewalt an die Exekutive ein Postulat des sozialen Rechtsstaates sehen müssen.<sup>19</sup> <sup>20</sup> Denn auch da, wo sich der Staat nicht zum alles reglementierenden Wohlfahrtsstaat erhebt, sondern sich in seiner Sozialgestaltung auf das Minimum dessen beschränkt, was der soziale Rechtsstaat verlangt, kann eine als scharfe Funktionenunterscheidung und -ausscheidung auf verschiedene Staatsorgane verstandene Gewaltenteilung für die vom sozialen Rechtsstaat übernommene Aufgabe zum Hindernis werden.

Es sind indessen nicht nur an die Idee des sozialen Rechtsstaates anknüpfende Ueberlegungen, die für eine vermehrte Zulassung von Rechtsverordnungen der Exekutive sprechen. Das allgemeine verfassungsmässige Verbot der Delegation rechtssetzender Gewalt müsste sich angesichts der Natur der Aufgaben des modernen Staates und der sozialen Wirklichkeit, der der Staat bei der Erfüllung dieser Aufgaben gegenüber steht, auch sonst als von zweifelhaftem rechtsstaatlichen Wert erweisen. Ein solches Verbot könnte die Ueberlegenheit der Exekutive an Fachwissen und ihren daher rührenden Einfluss auf die Legislative nicht aus der Welt schaffen. Aber was schon bedenklicher anmutet: ein solches Verbot begünstigt auch das Auseinanderstreben von Verfassungsrecht und Verfassungspraxis — wie es das französische Beispiel zeigt,<sup>21</sup> oder es führt dazu — was neuerdings besonders in Deutschland gerügt worden ist —, dass sich die Exekutive in weitem Umfang der Verwaltungsanweisung bedient, und dies auch unter «Ignorierung des möglichen und in vielen bedeutenden Fällen wirklichen Rechtssatzcharakters der Verwaltungsanweisungen».<sup>22</sup> Beide Alternativen sind dem Rechtsstaat wenig zuträglich. Die eine, weil sie

---

<sup>19</sup> «Uebertragung rechtssetzender Gewalt» ist hier in einem weiteren Sinne verstanden: sowohl als verfassungsmässige Uebertragung eines selbständigen Ordnungsrechts, wie auch als Uebertragung durch das Parlament (unselbständiges Ordnungsrecht).

<sup>20</sup> P. SCHNEIDER, Die Uebertragung rechtssetzender Gewalt in der Schweiz, im Sammelband «Die Uebertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat», Frankfurt a. M. 1952, S. 406 ff.; «Das Prinzip der Gesetzesdelegation widerspricht vielleicht der Logik des liberal-demokratischen Rechtsstaates, es entspricht aber der Logik des liberal-demokratisch sozialen Rechtsstaates (Zitat nach S. 407); gegenteiliger Ansicht ist F. KLEIN (Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht, im selben Sammelband, insbes. S. 55 ff.), der das «überkommene rechtsstaatliche Organisationsprinzip» auch mit dem sozialen Rechtsstaat vereinbar hält.

<sup>21</sup> Zum Delegationsverbot des Art. 13 der französischen Verfassung von 1946 und seiner Durchbrechung vgl. H. BALLREICH, Die Uebertragung rechtssetzender Gewalt in Frankreich, Belgien und Luxemburg im zit. Sammelband S. 325 ff., insbes. S. 338 ff.

<sup>22</sup> H. KRÜGER, Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, in Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festgabe für R. Smend, 1952, S. 211 ff., bes. S. 220 ff.

dem Ansehen der Verfassung als unverbrüchlicher Norm schaden muss, die andere besonders wegen ihrer für den Bürger nachteiligen Wirkung auf den verwaltungsrechtlichen Rechtsschutz.

Wenn auch diese Arbeit aus räumlichen Gründen den Versuch einer ins Einzelne gehenden Begründung schuldig bleiben muss, so darf aus den angegebenen Gründen doch gesagt werden, dem Rechtsstaat sei mit einer klar begrenzten Delegation rechtssetzender Gewalt besser entsprochen als mit einer Kompetenzausscheidung im Sinne der positivistischen Gewaltenteilungslehre, dies freilich unter der wesentlichen Voraussetzung, dass die politische Verantwortlichkeit der Exekutive gegenüber dem Parlament erhalten bleibt, und dass die rechtliche Verantwortlichkeit, die konsequente Unterwerfung der Rechtsverordnungen unter die Verfassungsgerichtsbarkeit verwirklicht wird. Diese Lösung hat nicht nur den Vorteil einer eindeutigen und realistischeren Bestimmung des Verantwortlichen. Von einer Entlastung der Legislative wäre wohl doch auch zu erwarten, dass das Parlament im Bereiche des Grundlegenden und auf die Dauer Berechneten wieder mehr zum eigentlichen Gesetzgeber würde. Ungeschwächt bliebe daneben auch die Kontrollfunktion des Parlamentes gegenüber der Exekutive. Das für die Idee der Gewaltenteilung Wesentliche liesse sich so erhalten: die gegenseitige Kontrolle und Hemmung der Staatsorgane.<sup>23</sup> Dort, wo eine beschränkte Rechtssetzungskompetenz der Exekutive auch verfassungsmässig anerkannt ist, ergibt sich sogar ein politisch nicht unwichtiger Vorteil für eine den Rechtsstaat als Freiheitsordnung sichernde Kontrolle der Staatsgewalt. In Europa ist auch heute noch das Dogma vom unfehlbaren Mehrheitswillen des «souveränen Volkes» lebendig. Aus der demokratistisch-ideologischen Auffassung von der absoluten Richtigkeit der den Volkswillen zur Geltung bringenden Parlamentsbeschlüsse erwachsen der Kontrolle des Parlamentes — sei es nun eine politische Kontrolle durch eine mit dem Vetorecht ausgerüstete Exekutive, oder eine rechtliche Kontrolle durch ein Verfassungsgericht — nicht leicht zu nehmende Hindernisse. Da, wo heute dem wirklichen Sachverhalt nach von der Exekutive entschieden wird und das Parlament nicht viel mehr ist als ein bloss sanktionierendes Kontrollorgan, diese Tatsache aber von der Verfassung verdunkelt wird, nach deren Wortlaut immer noch die Legislative allein zuständig ist, besteht die Gefahr, dass die Attribute

---

<sup>23</sup> U. SCHEUNER: *Ausländische Erfahrungen*, S. 124: «Mit einer begrenzten Ausstattung der Exekutive mit Verordnungsbefugnissen ist der politische Sinn der Gewaltenteilung noch nicht berührt. Er würde erst dann erschüttert werden, wenn... die ganze gesetzgebende Gewalt oder entscheidende Teile von ihr der Exekutive übertragen würden.» Vgl. dazu wiederum auch die zit. Abhandlung von M. DRAHT.

der Richtigkeit und Gerechtigkeit, die an sich nur den Akten des Parlaments zugeschrieben werden, von der öffentlichen Meinung in Ueberschätzung der Bedeutung der Sanktionierung durch die Legislative auch auf solche Entschliessungen übertragen werden, die in Wirklichkeit mehr solche der Exekutive als der Legislative sind. Hier zehrt gleichsam die Exekutive unbemerkt von einem demokratistischen Mythos, der für den Rechtsstaat als Freiheitsordnung äusserst gefährlich ist. Die verfassungsmässige Anerkennung einer beschränkten Rechtssetzungskompetenz der Exekutive erweist sich deshalb nicht als eine blosser Registration faktischer Notwendigkeiten in der Verfassung. Denn wo es nach der verfassungsrechtlichen Regelung klar ist, dass eben die Exekutive und nicht in erster Linie das Parlament entscheidet, wird es auch unverkennbar, dass es in der modernen Demokratie besonders um die Kontrolle einer ihre Macht dauernd mehrenden Exekutive geht. Und der Kontrolle der Exekutive steht nun die demokratische Ideologie viel weniger entgegen als der Eindämmung einer ungebundenen Machtentfaltung des Parlaments. Die Exekutive gilt bei weitem nicht so sehr als Repräsentant des «unfehlbaren Volkswillens» wie die Legislative. Ist nach der demokratistischen Ideologie jede Kontrolle des Parlaments durch die Regierung als undemokratisch abzulehnen, so erscheint dagegen die politische Kontrolle der Exekutive als eine demokratische Forderung. Vor allem verliert dann aber auch der aus der demokratistischen Ideologie abgeleitete Einwand gegen jede Verfassungsgerichtsbarkeit an Kraft, wonach alle richterliche Ueberprüfung der Rechtssetzung, da gegen den allzuständigen Volkswillen verstossend, mit der Demokratie unvereinbar ist.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Damit ist nicht für eine unbeschränkte Zuständigkeit der Verfassungs- und Verwaltungsgerichte eingetreten (zu den Schranken der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit vgl. U. SCHEUNER, Der Bereich der Regierung bes. S. 290 ff), wie auch die Bedenken gegen eine Verpolitisierung der Gerichte nicht zum vornherein gänzlich zurückgewiesen sein sollen.