

BETRACHTUNGEN ÜBER DIE GESAMTSITUATION DES RECHTS

I

Abschiednehmen ist an sich betrübend. Warum dann noch dieses quälende Thema von der ungünstigen Gesamtsituation des Rechts in der gegenwärtigen Welt? Doch ich bemühte mich immerfort, und kann es auch heute nicht lassen, Wandlungen aufgeschlossen zu beobachten, selbst um den Preis von Unsicherheit und Unruhe.

Zwei Fragen, die weit in die Rechtstheorie hineinführen würden, müssen aus Zeitnot übergangen werden. Der eine oder andere Zuhörer wird die Antwort aber gleichwohl heraushören. Inwiefern kann überhaupt das Recht als ein Sollen, als ein Gefordertes und Aufgegebenes, sich selber doch wieder in einer bestimmten tatsächlichen Lage befinden? Ist nicht die Fragestellung zu allgemein, d. h. gibt es denn so etwas wie eine Gesamtsituation des Rechts?

Unlängst pries ein Architekt in einer Zeitung die Terrassensiedlung. Wir kennen sie, diese breiten Bänder von Wohntreppen, mit denen ganze Hänge bedeckt werden. Wo im selben Gemäuer jede Familie von der andern abgewandt ist, um Begegnungen, ja um die Sichtbarkeit möglichst auszuschliessen. Der Architekt triumphierte u. a. auch deshalb, weil durch diese Bauweise das halbe Baugesetz niedergesäbelt werden könne, mit seinen Vorschriften über Bauhöhe, Stockwerkzahl, Dachgestaltung, Bauabstände usw. Und am Schluss liess er sich nicht nehmen, noch den Juristen einen Hieb auszuteilen, als ob das Baugesetz grossenteils ihre unnütze Erfindung wäre.

Die Einschränkung der Ausverkäufe zuerst durch kantonales und später durch Bundesrecht und durch eine wachsame und strenge Gerichtspraxis galt lange Zeit als eine wichtige gewerbepolitische Aufgabe des Staates, und die Unterbindung unliebsamer Konkurrenz im Detailhandel fiel mehr ins Gewicht als das Interesse der Verbraucher. Heute droht die Ausverkaufsverord-

Abschiedsvorlesung, gehalten am 23. Juni 1970 in der Aula der Universität Bern. Um den Vortragscharakter zu wahren, wurden nur wenige Ergänzungen und Anmerkungen angebracht.

nung mit einem einzigen Stoss aus den Angeln gehoben zu werden, nämlich durch die Discountgeschäfte, sozusagen ständige Ausverkäufe.

Eingelobte Regelungen und grössere Normenbestände können also von der Technik oder von einem sozialen Umbruch plötzlich entwurzelt werden. Ob und wann sie dann auch noch formell ausser Kraft gesetzt werden, dünkt ziemlich belanglos.

Mehr als früher werden durch Umwälzungen in der menschlichen Gesellschaft auch ganze Rechtsinstitute und Vertragsarten weggeschwemmt, verlagert oder entkräftet, weil sie einer vergangenen Zeit angehörten. Die Aufenthalt- und Arbeitsbewilligung für einen Ausländer hat einen andern Charakter bekommen, seit nicht mehr der ausländische Arbeiter selber am meisten auf die Erteilung dringt, sondern sein Arbeitgeber. Kürzlich schrieb einer, heute könne man *fix und fertig* eine Reise um die Welt erwerben, aber das Gesetz habe sich dieses Vertrages bis jetzt noch nicht angenommen.

Auf weiten Feldern setzen oft Rechtsverwirklichung und Rechtserzwingung aus. Widerstände aus neuen und ungeahnten Sachverhalten oder aus menschlichem Willen machen sich geltend. Oder Behörden kapitulieren oder streiken sogar, oder ihre Mittel reichen oder halten nicht mehr aus.

Sind nicht auch die Rechtsmaterien zahlreicher geworden, die der Streitentscheidung und damit der richterlichen Rechtsfortbildung entzogen bleiben und die dann entweder «juristisch versanden» oder dem Kampf unverantwortlicher Mächte preisgegeben sind?

Dazu kommen noch grössere Verschiebungen im Gliederbau der Rechtsordnung. Es ist z. B. kein Zufall, dass der verwaltungsrechtliche Immissionschutz den nachbarrechtlichen fast verdrängt. Dieser ist in der Durchführung zu umständlich und zu kostspielig geworden, und die Umweltpflegen und -schäden durch Lärm, Gestank, Allergieursachen usw. sind verheerender als früher und überschreiten die Räume blosser Nachbarschaft. Auf dem Büchermarkt ist soeben ein vierbändiges «*Droit comparé de l'alimentation*» erschienen, das für manche Industriefirmen wichtiger sein wird als das Kaufsrecht des Obligationenrechts, obwohl es nach wie vor um Verkauf geht. Bedeutende Dispositionen müssen oft sogar an den Anfang, in die Stadien der Forschung, Organisation und Produktion ververlegt werden. Es verhält sich aber nicht so, dass allgemein das öffentliche Recht einfach auf Kosten des Privatrechts sich ausdehnen würde; vielmehr verweben und verzahnen sich beide miteinander, oft bis zur Unkenntlichkeit.

Als neulich in der Presse auch aus dem Grund vor der Herabsetzung des Wahl- und Stimmfähigkeitsalters auf 18 Jahre gewarnt wurde, dass es dann widerspruchsvoll wäre, die Mündigkeit erst mit 20 Jahren eintreten zu lassen, antwortete prompt kein jüngerer als ein Mittelschüler, dass diese Konsequenz eben gezogen und die Volljährigkeit ganz allgemein auf 18 Jahre angesetzt werden müsse. Völlig unbeschwert stetsfort fordern, ohne zu denken, das gehört auch zur Psychose der Gegenwart. Schon die nächstliegende Überlegung müsste auch dem Laien einprägen, dass die Handlungsfähigkeit mit 20 Jahren dem Schutz und nicht der Zurücksetzung der jungen Menschen dient. So werden heute ganze Breschen in die Rechtsordnung geschlagen, ohne dass für Wiederaufbau und Aufforstung gesorgt wäre.

Schon die Anfänger rufen nach kritischer Wissenschaft, nach kritischer Medizin, Naturwissenschaft, auch Rechtswissenschaft, und haben doch noch kaum eine Ahnung davon, dass alle Wissenschaft kritische Wissenschaft sein muss und es auch ist, die Medizin z.B. mit der Differentialdiagnose, die Rechtswissenschaft in der Auslegungslehre, die Geschichtswissenschaft in der ganzen Aneignung ihres Stoffes. Doch vielen «Kritikern» ist es nur um einfältige Politisierung der Wissenschaft zu tun, um eine unkritische Rückkehr zu einem eingeleisigen Marxismus. Ein namhafter Soziologe bemerkt, dass heute gesellschaftliche Kritik selber zu einer blossen Ware werden kann¹. In Basel kam ein Referendum zustande, das sich unter dem Schlagwort, die heutige Justiz sei Klassenjustiz, gegen einen Erweiterungsbau für die Staatsanwaltschaft richtete. So stark wird gegenwärtig das Recht durch Unsachlichkeit bedroht. Zum Glück ist inzwischen die Opposition der Extremisten mit diesem Referendumsbegehren in der Volksabstimmung unterlegen.

Die Situation des Rechts ist nicht nur die Situation «in der Gesellschaft» oder «in der Kultur», sondern sie ist auch die eigene Beschaffenheit des Rechts, sein Gegenwartzustand, und natürlich auch seine Geltung.

Wenn wir uns nun aber bestreben, nicht nur Phänomene zu sammeln und zu gruppieren, stossen wir auf einige gemeinsame Nenner.

¹ WALTER RÜEGG, *Soziologie*, 1969, S.153.

II

Eine erste hauptsächliche Feststellung geht dahin, dass in unserer Zeit und der industriellen Gesellschaft das grundlegende Verhältnis zwischen der Beständigkeit des Rechts und seiner Anpassung und Veränderung schwer gestört ist.

Alles Recht will von Dauer sein. Es ist ein statisches Element des gesellschaftlichen Lebens. Es kann nicht jeden Wechsel sofort mitmachen. Es erweckt daher manchmal den Eindruck, als ob es Wirklichkeit zurückhalte und stauet. Es übt wesensgemäss und unabdingbar eine Stabilisierungsfunktion aus. Es schafft Ordnung und wehrt dem Chaos. Es stellt heute mit den Erfahrungen von gestern Verhaltensregeln für morgen auf, und es organisiert menschliche Verbände, vor allem Staat und Gemeinde, für längere Zeitabschnitte. Ohne Beständigkeit des Rechts könnten die Menschen auch nicht untereinander gleichbehandelt werden, und dieser Durst nach Gerechtigkeit bliebe ungestillt.

Dennoch muss das Recht, insbesondere das Gesetzesrecht, auch immer wieder geändert und neuen Ideen, Erfordernissen und Wünschen angeglichen werden. Es ist trotz allem vergänglich und wandelbar, Momente des Wechsels und der Bewegung wohnen ihm inne. Man darf nur nicht glauben, dass Rechtsbildung und Rechtsänderung durch die sozialen Verhältnisse, etwa durch mächtige Interessen, sklavisch determiniert seien, dass keine Wechselwirkung stattefinde, dass der Gesetzgeber vor keinen echten Alternativen stehe und dass ihm Objektivität weder geschenkt, noch überhaupt möglich sei, kurz dass für den freien menschlichen Geist nichts übrig bleibe.

Schon die Rechtsdenker der Scholastik haben erkannt, wie unendlich viel für die Menschen davon abhängt, dass die Festigkeit des Rechts auf der einen Seite mit dem Bedürfnis nach seiner Veränderung und Verbesserung auf der andern Seite versöhnt werde. In unserm Jahrhundert haben besonders zwei Amerikaner, ROSCOE POUND und WOLFGANG FRIEDMANN, aber auch Bundesrichter des Supreme Court, wie OLIVER WENDELL HOLMES und BENJAMIN N. CARDOZO, über diese Notwendigkeit nachgedacht. Doch der Anteil der Stabilisierungsfunktion und der Anteil der Erneuerungsfunktion können nicht gemessen und dosiert und auf eine Formel gebracht werden. EDMOND BURKE und andere konservative Denker zur Zeit der Romantik hatten den geschichtlichen Wandel sogar als gottgewollt anerkannt, aber nur wenn er

unmerklich sich vollzieht², doch dazu kann heute niemand mehr stehen. Es handelt sich um ein nicht weiter angebbares Gleichgewicht und um das Gefühl der Menschen, dass zu diesem Gleichgewicht Sorge getragen werden sollte. An dieser Stelle siedeln sich dann freilich die weiteren Begriffe, Sinngehalte und Postulate an, welche ein Teil der heutigen Jugend blindlings und mit Hass verwirft oder geringschätzt: Autorität (nicht Autoritarismus) als anerkanntes (nicht angemessenes) persönliches oder amtliches Ansehen und als Vertrauensvorschuss, Loyalität im mitmenschlichen und politischen Umgang und in den engeren Gemeinschaften, Konsens in der Demokratie.

Das Spektrum der Verfahren für Rechtsänderungen reicht im Grunde sehr weit: Von der Auslegung und Konkretisierung der Rechtssätze und Rechtsgrundsätze innerhalb ihrer äussersten Sinnbreite über die verschiedenen Intensitätsgrade von Gesetzesrevisionen bis hin zur Revolution. Selbst eine Revolution braucht übrigens mit Bewahrung des Rechts nicht in einem völligen Gegensatz zu stehen. HANNAH ARENDT und CARL JOACHIM FRIEDRICH³ betonen den gleichzeitig konservativen Charakter der amerikanischen Revolution, die jenes Gleichgewicht nicht gänzlich zerstörte. Aber auch eine umfassendere und typischere Revolution beginnt nachher wieder mit Stabilisierung, weil eine neue Ordnung begründet werden muss, und auch die radikalen Revolutionäre wissen das und greifen zum Recht. Fast möchte man fragen: Ist die gegenwärtige Störung des Gleichgewichts nicht teilweise schlimmer und auswegloser als eine Revolution, weil Ordnungen zerstört, ohne dass neue begründet werden, weil niemand um neues Recht kämpft, sondern Lähmung und Teilnahmslosigkeit am Geschick der Rechtsordnung sich verbreiten?

Die Ursachen der Disharmonie sind mannigfaltig, und sie liegen sowohl auf der Seite der Beständigkeit des Rechts als auch auf der Seite seiner rationalen Änderung.

Ein erstes Beispiel stammt aus unserer nächsten Nähe. Es ist jetzt viel von Experimentieren und einer Experimentierphase die Rede, unter Studenten, in den Zeitungen und auch in den Ratssälen, nachdem das Schlagwort von der Strukturreform der Universität plötzlich fast ganz verstummt ist. Allein der eigentliche Ort des Experimentierens ist das naturwissenschaftliche

² J. BRONOWSKI and BRUCE MAZLISH, *The Western Intellectual Tradition*, 1963, S. 480.

³ HANNAH ARENDT, *Über die Revolution*, 1963; CARL JOACHIM FRIEDRICH, *Politik als Prozess der Gemeinschaftsbildung*, 1970, S. 475 ff.

Labor. Gewiss kann man auch, wenn schon etwas beschränkter, mit Lehr- und Lernmethoden experimentieren, nicht aber mit den Aufgaben rechtlicher Organisation. Meine Wohngemeinde steht vor der Frage, ob sie die Gemeindeversammlung abschaffen und durch einen Grossen Gemeinderat in Verbindung mit Referendum und Urnenabstimmung ersetzen soll; sie kann dies aber nicht bloss versuchsweise tun. Man kann die Schweiz auch nicht im ersten Jahr durch einen neunköpfigen und im zweiten Jahr durch einen elfköpfigen Bundesrat regieren lassen und hierauf zum Vergleich noch einmal zum siebenköpfigen zurückkehren. Man kann in der Universität nicht ein wenig das Mitspracherecht und dann ein wenig das Mitbestimmungsrecht erproben und bloss Versuche mit der Drittelsparität unternehmen. Warum ist dies nicht möglich? Was den Grund legen, was ein Gemeinwesen oder eine Anstalt in eine Verfassung bringen, was ein Stück Leben einrichten soll, mit dem kann nicht hantiert und geprübelt werden. Sonst wird weder der Grund gelegt noch die Leistung erbracht. Sonst fehlt gerade das Fundament, oder es ist nicht tragfähig. Gewiss ist auch organisatorisches Recht der Bewährung ausgesetzt, aber diese Bewährungsprobe ist kein Experiment, sondern erfolgt, wenn das Recht schon in allem Ernst in Kraft steht, und sie dauert oft Jahrzehnte. Die lauten Befürworter des Experimentierens wollen denn auch im Grunde viel weniger eine Mehrzahl rechtlicher Lösungen nacheinander erproben und hierauf ernsthaft und unvoreingenommen prüfen, als unter dem Vorwand des Experimentierens kurzerhand rechtliche Bindungen abschütteln.

Auf der andern Seite liegt in der Gegenwart die Gesetzesinitiative für Rechtsänderungen und -verbesserungen im Argen. Sie ruht oder ist zu ungleich verteilt z. B. auf Mächtige und Ohnmächtige, auf Organisierte und Nichtorganisierte, auf Interessenten und Unabhängige, auf Unkundige und auf Kundige. Sie ist oft versperrt durch die Kosten der Werbung für eine Demarche oder einen Abstimmungsfeldzug. Sie ist mitunter auch dem Zufall und der Laune ausgeliefert. Sie bleibt gegenwärtig weit zurück hinter der Berufung des Rechts, soziale Ordnung herzustellen und zu vervollkommen. Das müssen wir einsehen, auch wenn wir keinem Perfektionismus huldigen und die Realität der pluralistischen Demokratie mit ihren Vorzügen und Nachteilen in Rechnung stellen. Auch die Gesetzesflut, der wir gleichwohl begegnen, ändert nichts daran, denn auch auf ihr lastet der Vorwurf der Einseitigkeit, und sie ist ausserdem so gross, dass die Rechtsunterworfenen und sogar die Abgeordneten der Parlamente viele Gesetze, ihre eigenen Produkte, gar nicht mehr überschauen und kennen und

über ihre Änderungsbedürftigkeit entscheiden können. Warum ist z. B. bis jetzt die Initiative nicht ergriffen worden, um den Niederlassungszug gegenüber Schweizer Bürgern anderer Kantone abzuschaffen, obschon sich längst herausgestellt hat, dass er veraltet und ungerecht ist, der Bevölkerungsvermischung widerspricht und kriminal- und fürsorgepolitisch verfehlt ist? Relativ am besten aufgehoben ist der Anstoss für notwendige Rechtsänderungen noch bei Regierung und Verwaltung. Doch sie sind zumeist überlastet, und man wirft ihnen im Gegenteil vor, dass die Gesetzgebungsmaschine zu rasch arbeite. NIKLAUS LUHMANN, ein origineller Verwaltungswissenschaftler unserer Zeit, schrieb kürzlich einen Aufsatz unter dem Titel: «Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten». Zeitnot ist oft die grösste Unterbindung notwendigen Handelns, auch notwendiger Rechtsänderung. Nebenbei gesagt: Ich hätte meinen Vortrag auch in der Weise halten können, dass ich 80 oder 100 treffsichere Titel von Büchern und Abhandlungen heruntergelesen hätte, z. B. eben «Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten», oder «Das beschädigte Leben», oder «Die anachronistische Souveränität», oder «Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter» usw.⁴.

III

Ein weiteres deutliches Kennzeichen für die Lage des Rechts besteht in der allgemeinen Zurückdrängung des Normativen im menschlichen Leben und Zusammenleben, in einer gewissen Abwertung normativer sozialer Ordnung. Der als Rechtsphilosoph an der Verwaltungshochschule Speyer wirkende Berner HANS RYFFEL schreibt: «Die heutige Lage in den westlichen Demokratien ist u. a. dadurch gekennzeichnet, dass der Staat und seine Rechtsordnung tendenziell an Bedeutung und Einfluss verlieren, trotz einer nie dagewesenen Ausdehnung der Staatstätigkeit.⁵» Die Gesamtentwicklung geht stark in der Richtung des nur noch strukturell und kausal Bedeutsamen. Oder Statistik und Umfrage massen sich an, Masstäbe abzugeben. Jüngst publizierte eine

⁴ Das beschädigte Leben. Diagnose und Therapie in einer Zeit unabsehbarer Veränderungen. Ein Symposium, geleitet und herausgegeben von Alexander Mitscherlich, 1969; Die anachronistische Souveränität, hg. von ERNST-OTTO CZEMPIEL, 1969.

⁵ HANS RYFFEL, Rechts- und Staatsphilosophie. Philosophische Anthropologie des Politischen, 1969, S. 85.

Berner Zeitung das Ergebnis einer Meinungsforschung über den sogenannten «Sex-Rummel», und weil die Mehrzahl der Befragten sich eher positiv oder verharmlosend geäußert hatte, wird auf die Notwendigkeit einer Umwertung geschlossen. Auch die durch die Technik und technische Erfindungen ausgeübten Sachzwänge setzen den normativen Ordnungen zu. Sie treten bisweilen geradezu an die Stelle ethischer Alternativen und Bewertungen. Wie KONRAD HESSE schreibt, gestatten sie dem Recht oft nicht mehr, als eigenes Element zu den Ausgangsbedingungen grosser Entscheidungen zu treten. Übrigens büßen auch die bloss tatsächlichen, nicht normativen, Sitten und Bräuche an Kraft ein, und das Recht kann sich nicht mehr wie früher auf sie abstützen; haufenweise verschwinden herkömmliche Sitten im Volk, in den Berufen, in der Verwandtschaft, in der Kirche, an den Festen usw., ohne dass neue sich bilden.

Die Sachzwänge hängen sicherlich auch mit der vermehrten Einbettung und Einklammerung des modernen Menschen im zivilisatorischen Apparat zusammen, mit dem «*homme situé*» im Sinne des Pariser Staatsrechtlers GEORGES BURDEAU.

In dieser Sicht scheint das Recht das Schicksal mit der Geschichte zu teilen. Die Technik entfremdet sowohl der Zeit als dem Recht die Vergangenheit⁶.

ERICH ROTHACKER definiert die Geisteswissenschaften als die Wissenschaften, die sich entweder mit einer der Ordnungen des Lebens oder mit der Deutung der Welt in Sprache, Mythos, Religion, Kunst beschäftigen. Eine der Ordnungen des Lebens ist auch das Recht. So könnte auf dem Rückweg von den Sachzwängen auch die Natur der Rechtswissenschaft als Geisteswissenschaft betroffen sein.

Wir wollen immerhin nicht unterdrücken, dass einzelne Soziologen, zu denen wohl in erster Linie unser ehemaliger Berner RICHARD BEHRENDT⁷ gehört, dieser Kulturkritik eine optimistischere Anschauung entgegenstellen. Für sie ist die riesenhafte Entwicklung der Naturwissenschaften, der Technik und Industrie von einem grossartigen Entfaltungsimpuls des Menschen getragen, der im Begriffe stehe, von der ganzen Welt erst recht Besitz zu nehmen, und der nun seine Chancen und Wahlmöglichkeiten unendlich zu steigern vermöge. Ich kann diese Diskussion jetzt nicht fortsetzen, sondern nur

⁶ HERMANN HEIMPEL, *Über Geschichte und Geschichtswissenschaft in unserer Zeit*, 1959, S. 17; ERWIN HÖLZLE, *Idee und Ideologie*, 1969, S. 201.

⁷ RICHARD F. BEHRENDT, *Dynamische Gesellschaft*, 1967.

zweierlei kurz andeuten: 1. Die Freiheit als vermehrte Konsumwahl und Konsumfreiheit, die in diesem Gedankengang wohl mit im Vordergrund steht, ist eine niedere Freiheit. 2. Der verführerische Gedanke von der diesseitigen ungebrochenen Entfaltung des Menschen im Aufstieg von Wissenschaft, Technik und Industrie berechnet zu wenig die normativen Implikationen und das wahre Bild des Menschen. Im Matthäusevangelium steht das Wort: «Was hülfte es dem Menschen, wenn er die ganze Welt gewänne und nähme doch Schaden an seiner Seele.»

IV

Wesentlich für die Gesamtsituation des Rechts sind ferner das Ansehen und die Rolle des Gesetzes heute. Das Gesetz machte in den letzten Dezennien einen mehrfachen Abstieg durch: In Rechtstheorie und Rechtsphilosophie, im Bewusstsein der meisten Menschen, und als Gesetzgebung, d. h. als bestimmende und vornehmste Staatstätigkeit.

Überwunden ist derzeit sicher der Gesetzespositivismus. Er hatte gelehrt, dass Gesetz gleichbedeutend mit Recht und dass ihm bedingungslos Gehorsam geschuldet sei. Wir wissen jetzt zur Genüge, dass es auch gesetzliches Unrecht gibt.

Als ich studierte, hatte die Rechtstheorie jedoch auch eine Richtung eingeschlagen, die man später den Gesetzesabsolutismus nannte.

Gesetzesabsolutismus besagt, dass Lebensverhältnisse und Lebenszusammenhänge Sinn und Gestalt immer erst durch das Gesetz, durch die gesetzliche «Einkleidung» und durch das System des Rechts erhalten. Was z. B. die Ehe ist, hängt nach dieser Auffassung gänzlich davon ab, wie das Gesetz die Ehe geregelt hat. Danach gäbe es keine Lebenserscheinungen, die dem Gesetz schon vorgegeben wären. Ehe, Familie, Vertrag, Eigentum, Arbeitsverhältnis wären nicht auch ausserrechtliche Institutionen und trügen einen bestimmten Sinn nicht schon in sich. Die Gesetzesabsolutisten schauten deshalb auch tief auf Wirtschaftswissenschaft und Soziologie hinab; sie betrachteten sie, wie auch die Statistik, als blosse Hilfswissenschaften der Gesetzgebung. Sie verbannten z. B. auch die Denkform des Typus aus Recht und Rechtswissenschaft. Zeit und Herrschaft des Gesetzesabsolutismus sind nun vorbei. Und dem ist gut so: Dieser Abstieg des Gesetzes, innerhalb der Rechtstheorie, war

wohlbegründet. KARL LARENZ⁸ tut dar, dass der ausserrechtliche Sinn typischer Lebensverhältnisse und Lebenszusammenhänge sie in ihrem eigenen Aufbau bis zu einem gewissen Grade schon ordnet und dass er sogar auf einen umfassenderen Sinn des sozialen Daseins bezogen ist.

Einen äusserst zwiespältigen Eindruck macht der Abstieg des Gesetzes im Bewusstsein des Volkes. Zu einem grossen Teil wirkt besonders in der Schweiz noch die Verirrung mancher Liberaler nach, die das Gesetz als Verkörperung von Zwang und Unfreiheit hinstellten, als ob es die Freiheit nicht auch beschützen und mehren könnte. Zweifellos hat aber auch die sogenannte Gesetzesinflation der Autorität, Geltung und Werthöhe des Gesetzes geschadet. Die Gesetzesinflation besteht weniger in der Zahl der Gesetze als in einem Substanzverlust. Von den Ursachen dieses Substanzverlustes hebe ich nur eine hervor: Sprache und Begriffsbildung sind für die modernsten Regelungsbedürfnisse überraschend unangemessen und unzureichend geworden. Sie stellen auch abgesehen von der Zerrüttung der Sprache, für die Fassung der Rechtssätze neben den unbestimmten Gesetzesbegriffen und den wertausfüllungsbedürftigen Begriffen nicht genügend bestimmte Begriffe zur Verfügung, die einen Abgrenzungswert haben. Wir sehen das am besten in der Gesetzgebung, die für die Regelung von Planungsmassnahmen bestimmt ist.

An sich begegnet der heutige Mensch dem Gesetz häufiger und andauernder als der frühere. Die Serien- und Massenregelungen z. B. des Strassenverkehrs, der Steuern, der Sozialversicherung und anderer Umverteilungen des Sozialprodukts, der Löhne, der Arbeitszeit und der Ferien, berühren ihn jahraus, jahrein. Von dorthier lernt der Laie das Recht oft erst und einzig kennen. Dort liegt auch ein Teil seiner Existenzsorgen. Allein wir fragen: Ist nicht trotz der Notwendigkeit des Sozialstaates jene Erfahrung mit Recht und Gesetz tiefer und nachhaltiger, die der Mensch anhand grosser und eher seltener Rechtsfälle macht, selbst wenn er nicht unmittelbar daran beteiligt ist? Solche Rechtsfälle zeigen ihm mehr den Ernst des Gesetzes und lassen ihn vielleicht erschauern. Gewiss treten solche Rechtsfälle neben den Massenregelungen immer noch auf. Doch wenn der «Blick» sie auf den täglichen Sensationsmarkt herunterzerrt und vielleicht durch seine Schlagzeilen auch das Urteil vorkaut, unterbleibt eben eine tiefere Erfahrung des Gesetzes. «Reglementierung» ist dann der Name für die Vorstellung, die sich der Laie

⁸ KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., 1969, S. 161; s. auch meine Einführung in WALTHER BURCKHARDT, *Aufsätze und Vorträge*, 1970, S. 10 ff.

gemeinhin vom Gesetze macht. In grossstädtischen Gerichten mit Dutzenden von Spruchkammern sinkt dann auch die Rechtsprechung zu routinemässiger Erledigung massenhaft «anfallender Fälle» und der Richter zum auswechselbaren Funktionär herab.

Über das Gesetz als Gesetzgebung förderte die Staatsrechtswissenschaft in jüngster Zeit zwei wesentliche Erkenntnisse zutage:

1. Aufbau und Organisation des Staates beruhen, namentlich mit dem Prinzip der Teilung und Trennung der Gewalten, noch weitgehend auf der Gegenüberstellung von Gesetzgebung und Gesetzesvollzug. Allein die Staats-tätigkeiten, vor allem allgemein-wirtschaftspolitischer und planerischer Art, die sich der Gegenüberstellung von Gesetzgebung und Gesetzesvollzug entziehen oder sie überwuchern, mehren sich und werden immer bedeutungsvoller. Dazu kommt allgemein eine starke Verlagerung in den Bereich der Regierung als staatliche Oberleitung und Richtlinienggebung. Anderer Art, aber nicht weniger wichtig ist die Einsicht, dass sich die Rechtserzeugung in die sogenannte Rechtsanwendung hinein fortsetzt, dass das Recht mit Auslegung, Lückenschliessung, Prinzipienkonkretisierung und sogar Korrektur des Gesetzes in seinem Fortbestand und seiner Weitergeltung der Geschichte unterliegt. Unfertig, noch lange nicht mit allen zu lösenden Problemen konfrontiert, verlässt das Gesetz mit seiner Verkündung die Werkstatt: auch dieses ein Abstieg des Gesetzes.

2. Im modernen Staat ist die Gesetzgebung nicht mehr nur als die Rechtsquelle rationaler Rechtsetzung gekennzeichnet. Trotzdem die Gesetzesgläubigkeit abnimmt, wird dem Gesetz auch eine mehr politische Funktion zuge-dacht. Es wird nicht mehr nur mit seinem Anteil an der Rechtsordnung gesehen. Immer mehr gebraucht man es als ein Mittel, um politische Ziele festzu-legen und vorausplanend zu formulieren. Es soll hier Entschlüsse bekräftigen und dort ein Vorgehen legitimieren, es soll auch Anhänger für die Regie-rungsparteien gewinnen. Im Extremfall ist es auch nur ein Alibi für den Ge-setzgeber, ein Aushängeschild. Andeutungen von dieser Entwicklung wurden schon früher gemacht, ULRICH SCHEUNER mit seiner Klarsichtigkeit fand aber erst jetzt die Worte für eine einleuchtende Darstellung. Aus solchen Gesetzen müssen natürlich die alten Tugenden der Gesetzgebung mehr zurücktreten: Beschränkung auf verbindliche Anordnungen, Voraussicht der Erzwingbar-keit, gute Systematik, Klarheit für die Rechtsunterworfenen, Grundlegung, aber auch Begrenzung für das Verwaltungshandeln.

V

Ein weiteres Merkmal der gegenwärtigen Rechtssituation: In ihrer nationalen Vielfalt und Begrenzung sind die Staaten als Rechtsgemeinschaften und als Träger der Rechtsordnungen durch die weltweite Interdependenz zweifelhafter geworden. In Anbetracht der gesellschaftlichen Zustände und Regelungsbedürfnisse hätte ganz gewiss die rechtlich-staatliche Ordnung auch in der Zukunft und erst recht in der Zukunft noch einen ungeheuren Dienst zu erfüllen. Aber jene Einzäunung auf die Nationen ist zu eng geworden. Die nationalen Rechtsordnungen fransen aus oder werden unterhöhlt, ohne dass jedoch die Ablösung durch fähige inter- und übernationale Rechtserzeugung schon gesichert wäre. Der einzelne Staat, obwohl selber konturloser geworden, wird noch lange die vorherrschende Rechtsgemeinschaft bleiben; aber die kleingewordene Welt drückt ihm auf die Atemwege. Der Begriff der Staatssouveränität, auf der Grenzscheide zwischen Recht und Politik, war von jeher missverständlich und unbehaglich und unterstützte sogar Kriegsursachen. In der Gegenwart aber macht er ein Trauerspiel der Geschichte anschaulich; er ist von allen Seiten angenagt und taugt doch immer noch, aber nur halbwegs, um den Zustand der Welt durch ihre Teilung zu erklären. Auch in Ansehung der Gesamtsituation des Rechts ist also der Nationalstaat zur Diskussion gestellt.

VI

Hängt die Gesamtsituation des Rechts nicht auch von der Rechtswissenschaft ab? Allein auch der Eindruck von der Rechtswissenschaft ist zwiespältig.

Der Ausstoss an Büchern, Sammelwerken, Monographien, Zeitschriften ist beklemmend, man möchte fast sagen: irrsinnig. Zu einem Teil ein leerlaufender Literaturbetrieb, und wir Professoren sind mitschuldig! Wer wollte da mit Lesen noch nachkommen oder gar mit Verwerten oder Rezensieren? Auch viele ausgezeichnete Arbeiten erleiden das Schicksal, nach Erscheinen in Bibliotheken und Archiven zu versinken und durch Jahrzehnte ungenutzt zu bleiben, bis vielleicht einmal ein einsamer Dogmengeschichtler sie ausgräbt.

Die naturwissenschaftliche und die medizinische Forschung haben eine grössere Aussicht, dass von ihnen Kenntnis genommen und dass Spreu vom Hafer

ausgeschieden werde. In den Fabriken und in den Spitalern sehnen sie sich danach und müssen auf dem laufenden sein.

Dennoch ist der heutige Stand der Rechtswissenschaft, wenn ich mich so ausdrücken darf, in vielen « Einzelexemplaren » rühmlich, ja im Vergleich zu früher sogar einzigartig und unübertroffen. Alle Zweige nehmen an diesem Ruhm teil, auch die Rechtstheorie, auch das Staats- und Verwaltungsrecht und das Völkerrecht; aber es ist ein stiller Ruhm, der wenig nach aussen dringt und bald wieder verhallt.

VII

Im Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 1962 erschien ein Beitrag des Soziologen RALF DAHRENDORF, « Über Gestalt und Bedeutung des Soziologen der modernen Gesellschaft »⁹. In diesem kurzen Aufsatz legt der scharfe Analytiker den Finger auf das, was er « die bedenkliche Entfremdung des Rechts » und « die Rechtsferne der Gesellschaft » nennt. HANS RYFFEL nimmt den Gedanken noch in einer andern Richtung auf: Er glaubt, dass die Menschen von heute sogar den « riesigen Systemen sozialer Sicherheit » im Grunde fremd gegenüberstehen, obschon sie ihnen doch helfen wollen und ihr Dasein weitgehend mitbestimmen. Und dass die Menschen auch den Zugang zum Recht dieser sozialen Sicherheit nicht recht finden¹⁰.

Das ist das letzte und bei weitem bedeutendste Merkmal der gegenwärtigen Gesamtlage des Rechts.

Der Rechtshistoriker wird hier bestätigend auf den Abstand von der römischen und der mittelalterlich-germanischen Kultur hinweisen, die beide in hohem Mass als Rechtskulturen geprägt waren. Doch diesen Vergleich lassen wir beiseite. Der heutige Staat ist längst nicht mehr Rechtsbewahrungsstaat wie im Mittelalter, und auch das Recht des rechtsgeschäftlichen Verkehrs weicht vom römischen stark ab. Vor allem tragen die soziale Wirklichkeit und die heutigen Lebensbedingungen ganz andere Rechtsprobleme an Gesetzgeber, Richter und Verwaltung heran.

⁹ RALF DAHRENDORF, Über Gestalt und Bedeutung des Rechts in der modernen Gesellschaft, Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 7 (1962) 126 ff.

¹⁰ HANS RYFFEL, Soziale Sicherheit in der modernen Gesellschaft, Der Staat 9 (1970) 16.

Schon die Komplexität moderner Gesellschaft setzt der Verständlichkeit des zeitgenössischen Rechts enge Grenzen.

Es kommt aber noch hinzu, dass unter der Decke Dinge geschehen und sich entwickeln, die umgekehrt das Recht noch nicht in den Griff bekommen hat: neuartige Eigentumsverhältnisse, neue Muster der Beziehungen unter den Geschlechtern, neue Ansprüche und Chancen verschiedenster Art. Ich erinnere etwa an den Berner Gastvortrag des verstorbenen Präsidenten des deutschen Bundesverwaltungsgerichts, Professor Fritz Werner, der uns zeigte, wie ein völlig überraschendes Recht über die sportlichen Wettkämpfe emporzuwachsen beginnt. Oder mein Innsbrucker Fachkollege Peter Pernhale reiht die Rentenanwartschaften und -ansprüche der Beamten und anderer Berechtigter beim Eigentum ein, bezeichnet sie aber als funktionsarmes Eigentum.

In dem warnenden Buch über die genetische Manipulierung des Menschen, das den Titel «Menschenzüchtung» trägt und das man nicht genug zur Aufklärung und Beherzigung empfehlen kann, erörtert ein Jurist aus höchster Verantwortung auch rechtliche Probleme. Beinahe auf jeder Seite ist jedoch sichtbar, welche Mühe es ihn kostete, die Anknüpfungen in dem uns überlieferten Recht zu finden, wenn von «gelenktem Vererbungsgeschehen», vom «zivilrechtlichen Personenstand künstlich gezeugter Menschen», von der «persona nullius», vom «künstlich gezeugten Monstrum» als Rechtsträger, von der «Wirtsmutter» (der schon befruchtetes «Material» lediglich zum Austragen implantiert wird), von den «Tiefkühl-Samenbanken» (wo Sperma inzwischen verstorbener Männer noch bezogen werden kann) gesprochen und gehandelt werden soll¹¹.

«Für die meisten von uns liegen die Institutionen des Rechts fern von der Wirklichkeit unserer Alltagsexistenz», schreibt DAHRENDORF. Und das Recht und die Juristen kommen ihrerseits nicht recht an und werben vergeblich um Verständnis für ihre Aufgabe und für die rechtlichen Seiten vieler sozialer Fragen.

In den öffentlichen Verwaltungen hat die Zahl der Juristen in den letzten Jahren stark abgenommen, vor allem zugunsten der Nationalökonomien. Doch das verdient nur zu einem Teil in diesen Zusammenhang gestellt zu werden, zumal die Juristen da und dort «übervertreten» waren. Übrigens ist die Aversion gegen die Juristen alt und recht weit verbreitet, denken wir

¹¹ GEORG STRICKRODT, Die rechtlichen Probleme öffentlich propagierter und praktisch betätigter genetischer Manipulation, in: *Menschenzüchtung*, 1969, S. 187 ff.

etwa an Jeremias Gotthelfs Abneigung gegen die Berner Juristen seiner Zeit. Höchst bedenklich ist dagegen, dass nach neuesten statistischen Erhebungen in Deutschland und nach Aussagen ihrer Lehrer der Notendurchschnitt und das Talent der Absolventen der Gymnasien, die sich für das Rechtsstudium entschieden, in den letzten Jahren immer mehr auf die unterste Stufe sanken. Auch in der Schweiz treffen wir den Typ des Hochbegabten viel seltener an als früher, in dem schon in der Mittelschule Sinn und Leidenschaft «für die öffentlichen Dinge» erwachten und der den Weg über das Rechtsstudium als den natürlichen und verheissungsvollen Anfang seines Lebenswegs erkannte. Wartet unser eine Periode der Halbbildung, grobschlächtiger Jurisprudenz und mangelhafter Differenzierung im Denken, wie es im nachklassischen Rom die Zeit Diokletians war, oder ist das nur ein aschgrauer Pessimismus?

Schlüssig ist dagegen, was die Gesellschaft heute vom Juristen erwartet, wofür sie ihn noch verwenden will und wie sie ihn gerade in dieser Beziehung einschätzt: Sie betrachtet ihn vielfach nur als den Formulierungskünstler und als den Nothelfer, wenn ein Fall schon «verkorkt» und «verkracht» ist, weil man ihn nicht rechtzeitig zu Rat gezogen hatte. Sie glaubt auch, er dürfe nie Nein sagen und eine Zumutung als rechtlich unmöglich bezeichnen. Es sei seines Amtes, für alles und jedes eine rechtliche Lösung anzufertigen. Wenn er auf den Unterschied von Recht und Unrecht hinweist, wird er unbequem und dann gern als der ewig Gestrige oder rückständige Bremsers verschrien.

Letztlich aber ist die Rechtsferne der heutigen Gesellschaft nur so zu erklären: Die Menschen treten mehr und mehr aus den überkommenen Ordnungen heraus. Schon MAX SCHELER schrieb in «Mensch und Geschichte», dass sich der Mensch völlig und «restlos» problematisch geworden sei.

Damit schliessen für heute die Betrachtungen über die Gesamtsituation des Rechts.

Euch, meine lieben angehenden Juristen, kann ich nun keine allgemeinen und billigen Ratschläge und auch keinen Trost geben.

Ich kann Euch nur zurufen: Ausharren und standhalten! Auf Lebensgebieten und in Berufen, wo die Begriffe der Pflicht und der Verantwortung zusammen mit der Freiheit noch einen Klang haben! Und weiter: Verständnis dafür, dass auch Formen im Recht ihren guten Sinn haben. Und dann immer wieder: differenzierendes Denken und vernünftiges Abwägen!

Stellenweise gleicht das Recht in unserer Zeit dem fruchtbaren Land an der Küste, das tiefer liegt als das Meer. In finsterner Nacht, wenn die Brandung im Sturm die Deiche zu brechen droht, eilen die Männer hinaus und suchen die Dämme zu halten. Einige von Euch werden es diesen Männern gleichtun.

HANS HUBER

RECHTSTHEORIE
VERFASSUNGSRECHT
VÖLKERRECHT

AUSGEWÄHLTE AUFSÄTZE
1950-1970

ZUM 70. GEBURTSTAG DES VERFASSERS

HERAUSGEGEBEN VON
KURT EICHENBERGER, RICHARD BÄUMLIN,
JÖRG P. MÜLLER



VERLAG STÄMPFLI & CIE AG, BERN • 1971

Die Drucklegung dieses Bandes wurde ermöglicht durch finanzielle Beiträge der Kantonsregierungen von Bern und St. Gallen sowie verschiedener Wirtschaftsunternehmen. Ihnen, sowie Herrn a. Bundesrat Prof. Dr. F. T. Wahlen, der sich für das Zustandekommen der Festgabe in verdienstvoller Weise verwendete, sei herzlich gedankt. Herr Prof. Dr. H. Strahm hat den Herausgebern die Unterstützung der Stadt- und Universitätsbibliothek Bern angeboten und insbesondere die Hilfe seiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin, Fräulein L. B. Weyeneth, zur Verfügung gestellt, die die Zusammenstellung der Bibliographie besorgte.



VERLAG STÄMPFLI & CIE AG BERN 1971

PRINTED IN SWITZERLAND