
**FORMALISMUS
IN DER JURISPRUDENZ
UND MATERIALE RECHTSETHIK**

FESTREDE DES REKTORS

Prof. Dr. WILHELM OSWALD

GEHALTEN

AM DIES ACADEMICUS

DER UNIVERSITÄT FREIBURG

AM 15. NOVEMBER 1954

Die interessanten Fragen, die durch das Thema zur Diskussion gestellt und in einem Vortrag nur kurz gestreift werden können, würden den Versuch einer Vertiefung auf erweiterter Grundlage sicherlich rechtfertigen, zumal das Bedürfnis nach einer Abklärung dieses Fragenkomplexes allenthalben spürbar ist. Es war daher beabsichtigt, die Festrede vor der Drucklegung nochmals zu überarbeiten und — mit Hinweisen auf das Schrifttum — nach verschiedenen Richtungen zu ergänzen. Die Ueberlastung durch Rektoratsgeschäfte und schmerzliche Ereignisse im Privatleben haben die Ausführung dieses Vorhabens vereitelt. Einem vielseitigen Wunsche nachkommend, erscheint die Rede nun so, wie sie s. Z. ausgearbeitet wurde.

Hochansehnliche Festversammlung!

Was lebt, trägt Spannungen in sich und was sich entwickelt, geht immer durch Kampf und Wagnis hindurch. Wer Spannungen des Lebens demonstrieren will, findet kein geeigneteres Objekt als die Wirklichkeit von Staat und Recht. Beide sind verwickelte, mehrschichtige Gebilde, die in ihrer lebendigen Bewegung und in ihrer Spannung zur Idee verstandesmäßig schwer zu meistern sind. Jede Schicht hat ihre eigenen Prinzipien, ihre eigenen Gesetze und Kategorien. Daraus können sich Konflikte ergeben, die aber bei vernünftiger Einstellung immer erneut fruchtbar geworden sind.

II. Spannung zwischen Form und Inhalt in der Rechtswirklichkeit

Überblickt man die Wirklichkeit des Rechts mit offenem Auge, so fällt durch alle Gestaltungen hindurch die scharfe Polarität zwischen den materialen und den formalen Momenten auf.

Ein *Beispiel* mag das dartun: Eine Gemeinde erläßt mit staatlicher Genehmigung für ein Quartier einen *Alignementsplan*, also Vorschriften generell-abstrakter Natur, die Gebote und Verbote an die Adresse der Grundeigentümer enthalten. Rein formell gesehen, sind alle gleich betroffen, praktisch aber sind diese Rechtssätze in geographischer Form besonders für einen Schreiner von einschneidender Wirkung. Die projektierte Straße durchschneidet in zwei Meter Entfernung von der Werkstatt den Vorplatz derart, daß der ganze Betrieb in Mitleidenschaft gezogen wird und der Schreiner genötigt ist, seine Werkstatt in eine andere Gegend zu verlegen. Der Mann beruft sich auf die Eigentumsgarantie, die Gemeinde ihrerseits auf das öffentliche Interesse und auf Art. 641 ZGB, wonach, wer Eigentümer einer Sache ist,

nur in den Schranken der Rechtsordnung über sie verfügen kann. Die rechtssatzmäßige Umschreibung des Eigentumsinhaltes und ihre Folgen muß man sich, in der Tat, ohne Anspruch auf Entschädigung gefallen lassen. Materiell aber, im Sinne der Gerechtigkeit und der Schutzwürdigkeit, befriedigt diese Lösung in concreto nicht. Nicht der Form, wohl aber der Sache nach, liegt eine Expropriation vor.

Insbesondere im öffentlichen Recht haben wir uns sehr oft mit der Diskrepanz von Form und Inhalt auseinanderzusetzen, so z. B. beim Problem der materiellen Rechtskraft von Verwaltungsverfügungen, bei der Steuerumgehung oder etwa der *Condictio indebiti*, dem *Erstattungsanspruch* im öffentlichen Recht.

Eine Güterverschiebung, die unmittelbar auf Rechtsatz beruht, aber des rechtfertigenden Grundes ermanget, muß prinzipiell der Wiederausgleichung unterliegen. «*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem*» (D 12, 6, 14). Die *Condictio* kennzeichnet sich als sieghafter Durchbruch des Aequitätsgedankens und der materialen Gerechtigkeit gegenüber dem strengen Recht und seinem Ordnungsgedanken. *Summum jus summa injuria!* Gegenüber dem *Fiat jus, pereat mundus*. — Die römische Jurisprudenz hat damit ein großes Wort gesprochen.

Für das Zivilrecht sind diese Grundsätze anerkannt (OR Art. 62 ff.), leider aber noch nicht durchwegs im öffentlichen Recht. Es mag, *mutatis mutandis*, auch hier gelten, was Reichel bezüglich der Rechtskraft so schön

gesagt hat : « Ist im einzelnen Falle der Verstoß gegen Gerechtigkeit und soziale Sicherheit ein so klarer und starker, daß die bedingungslose Durchhaltung des rechtskräftigen Urteils eine augenfällige Verkürzung überwiegender sozialer Werte bedeuten würde, so wäre es Baalsdienst, den Gedanken der formalen Ordnung auch hier noch festzuhalten. Hier zu helfen, ist vielmehr die unerbittliche Pflicht des Juristen. Seine heilige Pflicht nicht nur um der Gerechtigkeit willen, die ihm im Gewissen wohnt, sondern auch um des Rechts willen, dessen Diener er ist. Denn schreiende Ungerechtigkeit zu fördern, wäre nicht nur den höheren Zwecken des Rechts stracks zuwider, es würde auch seine Autorität unterwühlen und damit seine Selbsterhaltung gefährden. Lebt doch ein Recht immer nur solange, als es gilt ; ein handgreiflich ungerechtes Recht aber verliert den festen Boden seiner Geltungskraft unter den Füßen. Nicht Roß, noch Reisige sichern die steile Höh' : *justitia fundamentum regnorum* » (Festgabe für Adolf Wach, 102).

Es ist nicht allzu schwer, für die Rechtsanwendung saubere Formalkriterien herauszuarbeiten ; sie führen aber oft zu unbefriedigenden Lösungen. Die materialen Kriterien anderseits weisen verschwommene Konturen auf und gefährden unter Umständen die Rechtssicherheit, deren hoher Wert nicht verkannt werden darf. Ein Recht ohne Form öffnet jeder vermessenen Willkür Tür und Tor.

Es gibt Formalaspekte, die eben so wichtig sind wie das Gegenständliche im Recht. Unserer rechtsstaatlichen

Demokratie liegt ein *formeller Verfassungs- und Gesetzesbegriff* zugrunde, demgegenüber man nicht kurzerhand die kalte Schulter zeigen darf, insbesondere deshalb nicht, weil hinter dieser Form wichtige politische Grundentscheidungen unseres Volkes stehen. Es geht bei der Verfassungstreue aber um mehr als bloße Form.

Form und Stoff sind korrele Begriffe. Die Ordnung ist immer um eines bestimmten Inhalts willen da. Die Gerechtigkeit stellt uns eine sachliche Aufgabe. Der Sinn des Rechts liegt insofern nicht im Formalen, sondern auf der objektiven Seite.

III. Formalismus als Maxime

1. Form ist Gestalt des Stoffes, das Bleibende in der Erscheinungen Flucht. Alles Wirkliche ist Form. Sie ist den Dingen inhärent (innewohnend) und gestaltet den Stoff zur Wirklichkeit ; sie wird als Zweck in ihm wirksam. Die Form ist der Grund der arteigenen Wesenheit der Dinge, das letzte reale Fundament unserer Allgemeinbegriffe ; sie ist Wesensform, d. h. inneres Gestaltungsgesetz des Einzeldings, dessen bewegende, finale Ursache und damit Grund der zielstrebigten Tätigkeit (Aristoteles). Im gleichen Sinne spricht Thomas von Aquin von dem in die geschaffenen Dinge hineingelegten Kunstplan Gottes. Durch die Form erst ist ein Ding das, was es ist. Der Leib ist nicht das « Grab der Seele » (Plato), sondern die Seele ist die zur Materie hinzutretende Form. Die Wesensform oder Natur eines Dinges ist das objektiv Planvolle, das absolut in sich Vernünftige und Zweckvolle (omne agens agit propter finem) ; das ergibt sich nicht aus unserer subjektiven Relation, sondern aus der objektiven Absolutheit des Seins.

Kant verlegt die Form in das Subjekt selbst : erst die eingeborene Form gestaltet den Erfahrungsstoff zur Erkenntnis. Die Anschauungsformen (Raum und Zeit) und die Kategorien (Denkformen) gelten unabhängig von der Erfahrung (a priori), aber nur im Hinblick auf diese, nicht für die Dinge an sich. Der menschliche Verstand kann das « Ding an sich » nicht erkennen. Eine Antwort auf die Urfragen des Lebens dürfen wir von unserem Verstande nicht erwarten. Der Einklang von Denken und Sein ist damit zerstört. Kant selber war nicht imstande, nach dieser Konzeption zu leben. « Kant mußte Gott durch die Hintertür der praktischen Vernunft wieder hereinlassen, nachdem er ihn feierlich zur Vordertür der reinen Vernunft hinauskomplementiert hatte » (Schopenhauer). (Lit. dazu : E. CASSIRER, Philosophie der symbolischen Formen, 1923 ; DERS., Das Erkenntnisproblem in der Philosophie und Wissenschaft der neueren Zeit I-III, 1922² ; E. SPRANGER, Lebensformen, 1950⁶).

Wird die Form einseitig gegen den Inhalt bewertet oder von allem Inhalt losgelöst, so spricht man von *Formalismus*. Je nachdem sich diese Geisteshaltung auf das Sein, das Denken, das Anschauen oder das Handeln bezieht, ist der Formalismus ontologisch, logisch, ästhetisch oder ethisch bzw. rechtlich ausgerichtet (vgl. dazu BRUHN, in : Die Religion in Geschichte und Gegenwart, 2. Aufl., II 633).

Wir Juristen sind oft die Zielscheibe dieses negativen Werturteils, mit dem sich freilich nicht immer ein be-

stimmter Sinn verbindet. Eine unterlegene Partei bezeichnet etwa den Richter oder die Verwaltungsbehörde als formalistisch, in der Meinung, ihre Interessen seien nicht gebührend berücksichtigt worden. Unter diesem Gesichtswinkel interessiert uns der Formalismus hier nicht, wohl aber insofern, als er als Maxime in Erscheinung tritt.

2. Der kategorische Imperativ Kants lautet : « Handle so, daß die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne. » Entsprechend definiert Kant das Recht als den « Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann » (Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797).

Diese Definition, welche die Freiheit und nicht die Gerechtigkeit als höchsten rechtsethischen Wert betont, enthält nur ein formal-negatives, aber kein materiales Prinzip. Das Recht ist übrigens seiner Idee nach nur Teilnorm, nur eine der Bedingungen zum Bestand des Gemeinwesens, nicht ihr Inbegriff.

Schopenhauer meint : Kant lasse das Recht zwischen Himmel und Erde schweben ! *In der Tat!* Es fehlen der theoretischen Lebensform des kategorischen Imperativs, diesem « Kulturdämon der Erkenntnis » (eine Wortprägung von Nietzsche), diesem Sollen ohne Richtung und Inhalt, alle Prinzipien, welche die sittliche oder rechtliche Ordnung sinnvoll gestalten sollen. Der Sinn

ist immer wertbezogen. Die rigorose Gesinnungs- und Freiheitsethik Kants antwortet nur auf die logische Frage, *wie* zu handeln ist ; sie versagt aber bei der einfachen Frage, was man tun und welchen Wert man zur allgemeinen Maxime des Handelns nehmen soll. *Was* soll der Mensch und der Gesetzgeber zum Maßstab nehmen für individuelle und soziale Ziele und Zweckverfolgungen, wenn nur die leere, unfruchtbare Form des Handelns übrigbleibt, die jeden denkbaren Willensinhalt annehmen kann ?

Kant führt das Gute auf die Idee eines gesetzmäßigen Wollens zurück, wobei aber die Ratio aufgefaßt wird als Sittengesetz einer Selbstbestimmung der autonomen Vernunft, also nicht im Sinne einer teleologischen Metaphysik, als Formprinzip des Menschen, zu dem er von Natur hinstrebt. Aus diesem Formalismus ist die Idee des Guten und Gerechten unmöglich zu gewinnen. Das Gute des Menschen liegt vielmehr darin, daß seine Vernunft vollendet sei in der Erkenntnis objektiver Werte. In dieser Erkenntnis der Wertidee, die jenseits aller lehrhaften Axiologie in ihrem Grundgehalt von selbst einleuchtet, läßt sich auch der Widerstreit von Heteronomie und Autonomie dialektisch überwinden, sofern man sich einmal über das Verhältnis von Sein und Wert, Ontologie und Deontologie, klar geworden ist. Die sittliche Erkenntnis, der wahrhaft « normative Geist » bedeutet kulturelle Ausrichtung auf das objektiv Wertvolle und Naturgemäße, mit bejahender Antwort auf den « heiligen Sollensruf der Werte » als einer objektiven

Forderung, im Einklang mit der Schöpfungsordnung und im Bewußtsein der Verantwortlichkeit gegenüber dem Sittlich-Guten als der Erfüllung des menschlichen Strebens.

Auch die Leistungen von Staat und Recht müssen an der Wertordnung im Sinne ewiger Vernunftwahrheiten gemessen werden. Im subjektivistischen Staatsbewußtsein wird die Freiheit des Menschen verloren gehen und letzten Endes nur die Kraft des klugen Egoismus übrigbleiben. Die *Existenzphilosophie* unserer Zeit, die mit dem Recht überhaupt nichts mehr anzufangen weiß, hat den Subjektivismus ins äußerste gesteigert. Je mehr Wille, desto mehr Existenz. Diese « vollzieht » sich durch die Entscheidungen, die der Mensch jeweils in den Situationen, aus denen sein Leben besteht, zu treffen hat : die Humanitätsidee wird in das « Vielfache je eigenen Daseins » aufgelöst. Damit wandelt sich auch der Wahrheitsbegriff, und Recht und Staat müssen zu bloß technischen Organisationsformen des Massendaseins und der Daseinsfürsorge herabsinken.

Auf dieser Grundlage und mit einem immanenten Formalgesetz von lediglich symbolhafter Allgemeingültigkeit, Folgerichtigkeit und Widerspruchslosigkeit des Handelns ist das Problem der materialen Rechtsethik nicht lösbar.

Typisch für alle Neukantianer in der Rechtsphilosophie (Siegfried Mach, Rudolf Stammler, Walter Burckhardt u. a.) ist der Scharfblick für erkenntnistheoretische Probleme ; sie schälen die möglichen Fragen sauber her-

aus, geben aber darauf materiell keine oder nur ausweichende Antworten. Die Folge davon ist eine Wirklichkeitsauffassung im Sinne eines rationalistisch verengten und abstrakten Denkens. Wer die Odyssee der neukantischen Rechtsphilosophie verfolgt, wird bald gewahr, wie sehr der Kampf um die metaphysische Grundhaltung, die immer das hervorstechende Merkmal aller ungebrochenen Zeitalter war, eine große Schicksalsfrage für die Rechts- und Staatslehre wie überhaupt für den Gesamtbereich der menschlichen Kultur ist. Der Staatsmann und Jurist muß auch Synthetiker sein und eine gute Wesensschau über die Dinge und Lebensverhältnisse besitzen, die zu normieren sind, sonst werden die Gesetze obsolet, bevor sie recht in Kraft getreten sind. Die reine Analyse kann mit der Zeit niemals Schritt halten und den mannigfaltigen Bedürfnissen des ständig sich entwickelnden sozialen und politischen Lebens gerecht werden. Die richtige Methode des Denkens ist empirisch und spekulativ zugleich, und die Wahrheit liegt nur im analytisch-synthetischen Urteil. Das Metaphysische, die übersinnliche Realität als wirklicher Wert aus geistigem Prinzip, darf aber nicht verwechselt werden mit bloßer Spekulation ohne realen Boden.

3. Es bestehen nahe Beziehungen zwischen dem Formalismus und dem pessimistischen Menschenbild des *Voluntarismus*. Er verzichtet darauf, dem Leben objektive Handlungsziele zu weisen und ist in dem Wahn befangen, man könne die Rechtsdinge nach Belieben in

den luftleeren Raum hineinstellen. Der Wille wird zur letzten Quelle des Rechts gemacht. Die Entscheidung des Gesetzgebers ist letzte Wahrheit, der man sich blindlings unterwerfen soll. Ob die Ordnung gerecht oder ungerecht sei, bleibt dahingestellt. Nichts ist aus der Natur der Sache gerecht : damit ist das Naturrecht zerstört.

Die Erfahrungen des Totalitarismus haben gezeigt, wohin diese Auffassung führt. Das Gesetz kann nicht vom Willen her bestimmt werden, sonst käme man mehr zum Unrecht als zum Recht. Was aus sich selbst in Widerspruch steht zum natürlichen Recht, kann durch menschlichen Willen nicht gerecht werden.

Normerlebnisse haben immer auch eine psychologische Seite, aber es ist verfehlt, die Normen selbst und ihre Geltung zum Gegenstand psychologischer Erörterungen zu machen.

Tragbar und innerlich gerechtfertigt ist nur eine Rechtsgestaltung, die im Einklang steht mit vorgegebenen Ordnungszusammenhängen und mit dem den Dingen innewohnenden Sachverhalt. Nur unter dieser Voraussetzung schafft die Gesetzgebung ein Recht, das den kontinuierlichen Fortschritt der Rechtsordnung gewährleistet. Eine Gesetzgebung, die nur auf die momentanen Verhältnisse ihrer Zeit Rücksicht nimmt, verfällt dem Utilitarismus und untergräbt sich früher oder später selber.

Die Auseinandersetzung zwischen dem Willensethos und dem Naturrecht, die schon in der mittelalterlichen Theologie entbrannte (Duns Scotus als Gegenspieler von Thomas von Aquin), durchzieht bis heute die Lehre vom

Ursprung der Sittlichkeit und des Rechts (vgl. dazu Hanz WELZEL, Naturrecht und materielle Gerechtigkeit, 1951, 72 ff. ; 89 ff. ; 117 ff.).

4. Rein formal, ohne Geltungsgrund in einer dem positiven Recht vorgegebenen Wertordnung, und monistisch in dem Sinne, daß als Recht nur Normen anerkannt werden, die von einem bestimmten Rechtssetzer aufgestellt wurden und faktisch erzwingbar sind (Identifizierung von Recht und Zwang mit Einschluß sogar der Willkür), ist auch der Rechtsbegriff des modernen *Rechtspositivismus*. Er hält, wie der Voluntarismus, den staatlichen Gesetzgeber für schlechthin allmächtig. Er nimmt das Recht als einfaches Faktum der wirtschaftlichen und sozialen Situation hin und betont zulasten der Gerechtigkeit die Rechtssicherheit. Damit ist nur der elementarste Rechtswert erreicht. Die Sicherheit des Rechts ist nicht nur eine Frage der Formulierung der Rechtsätze und ihres logischen Aufbaus zu einem widerspruchsfreien und in sich möglichst geschlossenen System ; die Sicherheit des Rechts hängt in erster Linie ab von seiner sachlichen Richtigkeit und logischen Werthaftigkeit und nicht zuletzt von der Energie des nationalen Rechtsbewußtseins.

Im System des extremen Rechtspositivismus hat der Begriff der Normgeltung den inneren Zusammenhang mit Werthaftigkeiten und mit sachhaltigen normativen Ideen völlig eingebüßt. Dementsprechend verliert auch der Begriff der Verbindlichkeit und Verpflichtungsfähig-

keit die ihm zugrunde liegende natürliche Beziehung zur sittlichen Ordnung.

Eine Norm, die nur wegen ihrer « Positivität », d. h. wegen des faktischen Umstandes der Gesetztheit durch einen obersten Machtwillen gelten soll, kann gar nicht dem wahren Rechtsbegriff genügen ; denn es kommt dabei ja nicht mehr auf sachgemäße Ordnungsfunktion und Berechtigung an, sondern lediglich auf die nackte, aber rechtsphilosophisch unerhebliche Tatsache, daß etwas von einem Machthaber gewollt ist und als gewollt promulgiert wurde. Solche Willkürnormen verpflichten auch den Urheber derselben zu gar nichts ; je nach Belieben wird er sie anwenden oder nicht anwenden oder auch andere abweichende Normen setzen ; denn er fühlt sich souverän und kann angeblich nicht « Unrecht » im positivistischen Sinne tun. Er fühlt sich wie ein Gott, dessen Befugnis auf sich selbst beruht.

Dieses korrupte Rechtsbewußtsein zersetzt letzten Endes auch den Staat als Rechtserscheinung und zerstört den Begriff und die Aufgabe der Staatsautorität ; denn es fehlt der prinzipielle Wille und die Einsicht, dem immanenten Staatszweck zu genügen. Der Staat ist schließlich nicht mehr Sache eines einheitlichen Volksganzen und wird leicht die Beute eigensüchtiger Gruppen, die vorgeben, Allgemeininteressen zu vertreten. Wenn die Ordnung mehr interessiert als die Gerechtigkeit, *wenn Recht und Politik* zu einer bloßen *Technik* herabgewürdigt werden, soll man sich dann auch nicht über das Schwinden der Legalität beklagen.

Die Normfeindlichkeit dieses Denkens kommt besonders radikal bei KELSEN und seiner sogenannten « *Reinen Rechtslehre* » zum Ausdruck. Darnach ist das Recht überhaupt nur Form.

5. Kelsen leugnet rundweg die Gerechtigkeit ; er verzweifelt grundsätzlich an der Möglichkeit und damit an der Erlaubtheit wissenschaftlicher Stellungnahme zum Wertgehalt des Lebens und der Politik. Er scheute sich nicht, in der Festgabe für Giacometti zu schreiben : es sei sinnlos zu sagen, jemand sei unschuldig verurteilt worden. Der Richter habe eben neues Recht geschaffen.

Das Naturrecht oder die Seinsgerechtigkeit ist in seinen Augen eine irrationale Metaphysik, die sich der Logik nicht unterwirft. Er fordert eine scharfe Trennung der Rechtswissenschaft von der Politik und hält den Ausschluß aller materialer Gehalte für eine Steigerung der Objektivität.

Das ist eine Selbsttäuschung. Die Vogelstraußpolitik, die bloß theoretisch zusammengeklügelte Anschauung und die damit zusammenhängende Ziellosigkeit vertieft nur die Problematik des Lebens. Die Urfragen des Daseins beschäftigen den Geist fortwährend, mag er sich zu ihnen einstellen wie er will.

Diese normlogische Theorie und insbesondere auch die Gleichsetzung des Staates mit der Rechtsordnung macht Halt vor den wichtigsten Fragen der Jurisprudenz ; sie steht in schärfstem Gegensatz zu dem, was ich

für richtig halte und hier seit Jahren doziere. Ein Staatsrechtslehrer kann unmöglich auf die ewige Kulturkritik des Geistes, auf die Herausarbeitung der geschichtlichen und geisteswissenschaftlichen Zusammenhänge verzichten und sich mit der satten Bejahung der staatlichen Verhältnisse der Zeit begnügen. Man verlange von ihm Loyalität, eine nüchterne und sachliche Gesamthaltung, aber keine unmögliche Entpersönlichung. Nicht nur die Darstellung des Gegebenen, auch dessen kritische Wertung aus überstaatlichen Höhen ist eine Aufgabe der staatsrechtlichen Forschung und Lehre.

Wir können, bei allem Respekt vor der Tradition, die jungen Juristen nicht unbedingt an das Gewordene binden. (Man hat z. B. Mühe, den Jungen den Sinn unserer Neutralität verständlich zu machen !) Jede Generation tritt mit neuen Forderungen an den Staat heran. Man bewahre die bestehende Ordnung, soweit sie für uns noch Werte enthält ; man hebe sie zu einer neuen Bedeutung empor, soweit sie uns nicht mehr paßt, immer unter Zugrundelegung der großen geschichtlichen Konstanten und der Kraftströme der Nation, die die Jahrhunderte durchqueren.

Die Juristen galten noch zur Zeit der Renaissance als die Repräsentanten der Geisteswissenschaft. Es ist heute nicht mehr möglich, ihnen diese Stellung zurückzuerobern, aber die Jurisprudenz muß die geisteswissenschaftliche Isolierung aufgeben und durch Neuüberprüfung ihrer Grundlagen versuchen, den Anschluß an das allgemeine Geistesleben wiederzugewinnen. Was nottut,

ist die Schulung für Kulturaufgaben auf möglichst breiter wissenschaftlicher Grundlage.

Kelsen meint, die Demokratie gehe Hand in Hand mit dem philosophischen Relativismus; ihr Gerechtigkeitsprinzip sei die Toleranz.

Die Einheit der Weltanschauung ist hoffnungslos in die Brüche gegangen und doch muß man mit Andersgesinnten die Gemeinschaft halten. Die Bereitschaft dazu und das sich Abfinden mit einer unvollkommenen Lösung, weil es nun einmal nicht anders geht, ist nicht Relativismus und Preisgabe von Werten um eines momentanen Vorteils willen. Gleichsetzung aller Werte aber bedeutet, wie Kaegi mit Recht betont, gleiche Sinnlosigkeit. Damit läßt sich kein Staat begründen.

VII. Die Spannung zwischen Positivität und Idealität des Rechts

In diesem Spannungsfeld, in der möglichen Diskrepanz von Wertidee und sittlichem Sollen auf objektiv einsichtiger Grundlage einerseits und dem Normativitätsanspruch der faktischen Macht andererseits, liegt zu einem guten Teil die Problematik von Recht und Staat. Es geht dabei um die grundsätzliche und entscheidende Stellungnahme zur Frage, ob der Staat die höchste und einzige Quelle des Rechts sei und ob folglich nur das positive, das vom Staate selber gesetzte Recht verbindlich sei. Bei dieser für das Zeitalter des Liberalismus charakteristischen Annahme kann es ein Problem von Staat und Recht überhaupt nicht geben; denn alles positive Recht ist voraussetzungsgemäß auch richtiges Recht, und es kommt praktisch nur darauf an, daß die Rechtsordnung in Übereinstimmung gebracht werde mit dem allgemeinen Kulturbewußtsein der Nation und der Zeit. Wenn Recht gleichbedeutend ist mit Rechtsverwirklichung, kann nur der Staat der Schöpfer des Rechts sein.

Nach den schlechten Erfahrungen, die wir mit dem säkularisierten Staate gemacht haben, wissen wir nun, wohin diese metaphysikscheue Auffassung führt und welche völlig absurden Konsequenzen sich daraus ergeben können. Wenn der Staat oder das Volk die höchste und letzte Instanz der Rechtsschöpfung ist, dann wird auch die totalitäre Lehre von Mensch und Gemeinschaft unanfechtbar. Wer sich zur menschlichen Person als einer natürlichen Rechtsnorm durchgerungen hat, wird sich durch die scheinbar spielende Lösung der Probleme auf der Ebene des Rechtspositivismus nicht täuschen lassen. Das Recht als geregelte Wirklichkeit aus geistiger Sicht besitzt niemals bloße Positivität, bloß wirklichkeitsgestaltende Kraft, sondern auch Idealität und Wertcharakter in Verbindung von Sein und Sollen.

Der *Rechtsdualismus* im Sinne der Abspaltung eines bloß formal konzipierten Rechtsbegriffs von der Gerechtigkeitsidee als dem Ideal des Rechts ist letzten Endes sinnlos, da von diesem Standpunkte aus kein gültiges Urteil möglich ist. Das Normensystem muß widerspruchsfrei sein. Man kann den Menschen nicht kontradiktorischen Verhaltensmaßregeln unterstellen. « Sowohl das rein begriffliche wie auch das praktische Denken zwingt zum Schluß auf die Einheit des Rechts : das begriffliche Denken, insofern « Recht » als solches nicht zwei gegensätzliche Inhalte in gleicher Weise qualifizieren kann, sondern den einen als Recht, den andern als Unrecht bezeichnen muß ; auch das praktische Denken, insofern wir mit einer Doppelspurigkeit des Rechts niemals zur

Ruhe kämen» . . . « Was die Positivisten noch Recht nennen, weil es tatsächlich bei den Menschen in Geltung ist, das nennt Thomas von Aquin, wenn es den ewigen Normen innerlich widerspricht, Unrecht im Sinne von nichtigem Gesetz, von Nicht-Recht, reine Gewalt» (A.-F. Urtz, Die Krise im modernen Naturrechtsdenken, in der Zeitschrift «Die neue Ordnung», Köln 1951, 201 ff. ; DERS., Naturrecht im Widerstreit zum positiven Gesetz, a. a. O. 313 ff. ; vgl. ferner seinen Kommentar zu Band 18 (Recht und Gerechtigkeit) der deutschen Thomas-Ausgabe, 1953).

Das Schlagwort von der Alleingeltung des positiven Rechts lenkt ab « von der Seele und der Substanz des Rechts» (Weissenrieder). Wer bei der Untersuchung des positiven Rechts Halt macht und der Frage nach dem Gerechten und damit nach dem letzten Grunde des Rechts ausweicht, kommt dazu, das Gewissen zu verleugnen und es seiner Autorität zu berauben. Das Naturrecht als überstaatliches Recht und unabdingbare Voraussetzung für die Geltung und richtige Gestaltung des positiven Rechts spricht das aus, was sein sollte, auch wenn es tatsächlich nicht ist. Wird das Naturrecht bloß als juristisch irrelevantes ethisches Postulat und nicht als deontologischer Grundsatz mit idealer Geltung aufgefaßt, so könnte es nie im eigentlichen Sinne verbindlich werden. Man soll nicht leichterhand und selbstverständlich nicht vor Erschöpfung aller Rechtsmittel dem Naturrecht den Vorzug geben. Es gefährdet sich übrigens selbst, wenn es allzu deduktiv wird und in ein bloß sub-

jektivistisches Vernunftrecht ausartet. Es gibt aber ein *Widerstandsrecht* bei offensichtlicher und freventlicher Verletzung der elementarsten Menschenrechte durch eine tyrannisch entartete Staatsgewalt. Wenn der Staat sich nicht mehr durch die ihm überlegene sittliche Gesamtordnung gebunden erachtet, so bereitet er sich seinen Niedergang und Untergang; er verliert damit zugleich die höchste Rechtfertigung seines Daseins und gegenüber dem Untertan die sittliche Vollmacht zum Handeln.

Das Recht stellt in seinem Ursprung eine metaphysische Größe dar, zu welcher der Staat als Hüter und Organisator der Rechtsgemeinschaft im Verhältnis des Mittlers steht. Es ist freilich ein schweres Problem, die materialen Prinzipien des rechtlichen sozialen Handelns eindeutig zu bestimmen und die Seinsordnung mit der Sollensordnung in Einklang zu bringen. Nach der Meinung der Relativisten nimmt die Menschennatur die Gestalt an, die jeder sich wünscht. Es sind aus ihr in der wechselvollen Geschichte des Naturrechts auch die verschiedensten Folgerungen gezogen worden. Hans WELZEL hat in seinem bereits angezogenen Buche « Naturrecht und materiale Gerechtigkeit » die Irrfahrten des menschlichen Geistes auf der Suche nach den obersten Handlungsprinzipien des Rechts reizvoll aufgezeigt und ist dabei in nüchterner Skepsis gegenüber den « idealen Wertwesenheiten » des Naturrechts zur Schlußfolgerung gelangt, daß in der ewigen Spannung zwischen Geist und geschichtlicher Wirklichkeit die positivistische Machtfülle des Gesetzgebers nur durch die « ontologi-

schen Grundgegebenheiten » und « sachlogischen Strukturen » gebunden sei. « Gott hätte wohl den Judas selig machen können, nicht aber einen Stein » (Duns Scotus). Gewiß sind schon die logischen Seinsprinzipien geeignet, das Unrecht abzuwehren. Die *contradictio in adjecto*, der Widerspruch mit sich selbst, ist das sicherste Kennzeichen der Willkür. Das sachliche Anliegen des Naturrechts geht aber darüber hinaus und unternimmt es, auf Grund des ontologischen Gesetzes und der metaphysischen Seinsweisen eine verpflichtende Sollensordnung abzuleiten, « weil die menschliche Vernunft von Natur darauf angelegt ist, die objektiv vorliegenden Sachverhalte in ihrem Normgehalt zu erkennen und als Norm auszusprechen » (A.-F. Utz, Kommentar, 444). Gewiß läßt sich das Naturrecht als geistig zu erarbeitendes Prinzip nicht empirisch erfassen, aber das bedeutet keineswegs, daß die Naturrechtsprinzipien unfaßbar oder unklar und aus diesem Grunde praktisch belanglos seien. Das in der Natur des Menschen und der Dinge gründende Sollen und die darauf gestützten Wertvorstellungen besitzen so viel Evidenz, daß in ihrem Lichte und geleitet von einem geläuterten Rechtsbewußtsein und immanenten Rechtsgefühl die grundlegenden Probleme des Rechtes und des Staates getrost in Angriff genommen werden können, nicht im Sinne einer Entgegensetzung, sondern einer lebensvollen Synthese von überstaatlichem und positivem Recht. [Vgl. dazu auch Helmut COING, Die obersten Grundsätze des Rechts, Heidelberg 1947. — Dieser Autor betrachtet die Natur-

rechtsprinzipien als Leit- und Grenzsätze des positiven Rechts : Leitsätze insofern, als das positive Recht bei der konkreten Rechtswertgestaltung jene Grundsätze als Richtschnur nehmen muß ; Grenzsätze insofern, als ein Recht, das sich mit ihnen in Widerspruch setzt und nicht nach den obersten Prinzipien des Rechts und der Gerechtigkeit ausgerichtet ist, nicht mehr als echtes, sittlich begründetes Recht anerkannt werden kann (S. 57).]

VIII. Durchbruch zu einer materialen Rechtsbetrachtungsweise

Dieser bedeutungsvolle Wandel, den wir heute erleben, zeichnet sich besonders auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts ab. Es geht dabei um existenzielle Grundfragen unserer Zivilisation.

1. Die Wertbezogenheit der rechtsstaatlichen Demokratie

Die Frage nach ihrem Sinngehalt wird selten gestellt, und doch kann man, wenn man darüber nicht im Bilde ist, nicht einmal die Bundesverfassung vernünftig interpretieren; denn jede Interpretation ist wertbezogen. Darüber sind wir Juristen uns heute klar geworden. Die Demokratie ist überhaupt nur möglich, wo bestimmte geistige und moralische Grundbedingungen erfüllt sind. In einer Zeit, wo die Völker mit Warnungen und Enttäuschungen überhäuft sind und durch die Erfahrung belehrt werden, daß sie auch von Ideen leben, die ihnen erst Kraft und Würde verleihen, hat auch die schweizerische Demokratie allen Anlaß, sich auf die wahren gei-

stigen Grundlagen ihres staatlichen Daseins zu besinnen und die entscheidenden Lebensfragen von grundsätzlichen Gesichtspunkten aus zu betrachten. Der Staat beansprucht für sich die überlieferte Autorität ; er verpflichtet die seiner Herrschaft unterstellten Menschen auf die Teilnahme an seinem Gesamtschicksal. Für die staatsbürgerliche Erziehung zum pflichtgetreuen Dienst am staatlichen Ganzen ist aber ein bloßer Pragmatismus, der nur zu leicht an den Wesenszusammenhängen und den Grundtatsachen unseres staatlichen Lebens vorbeiredet, keine ausreichende Grundlage. Utilitarismus und Kompromiß, die die staatlichen und gesellschaftlichen Belange entscheidend beeinflussen, sind keine obersten Staatsmaximen. Mit bloßem Wohlbehagen läßt sich keine ethische Verpflichtungskraft begründen. Das moralische und rechtliche Bewußtsein zwingt uns, einen Unterschied zu machen zwischen dem, was unseren materiellen Vorteilen dient, und dem, was durch die Pflicht befohlen wird. Die menschlichen Handlungen müssen nach wahren Bewertungsprinzipien beurteilt werden. « Das einseitig wirtschaftlich-materialistische Streben schwächt den Sinn für geistige Werte ; es erhärtet Herz und Gemüt und läßt die Seele verarmen » (Bundespräsident M. Feldmann). Das Christentum ist nie müde geworden, den Primat des Geistigen über das Materielle zu verkünden und die Seele aus der Abhängigkeit vom Nutzen zu befreien. Nur unter dieser Voraussetzung kann es der vielgestaltigen schweizerischen Nation gelingen, immer mehr Eigenwert und gehobene Bildung in sich aufzunehmen.

Ihre Krise ist, soweit sie besteht, in erster Linie eine Krise ihrer Werte.

Jeder Staat ist das Produkt einer besonderen historischen, kulturellen, politischen und geographischen Situation. Die Ausprägung einer Staatsidee ist daher kein willkürlicher Akt. Die Staatsidee entspricht vielmehr einem konkreten Vorstellungsinhalt von höchster geschichtlicher Potenz unter Zugrundelegung von Wertvorstellungen, zu deren Verwirklichung der staatliche Verband kraft seiner spezifischen Eigenschaften berufen ist und über die er sich nicht hinwegsetzen kann, ohne sein Wesen und seine Eigengesetzlichkeit zu verlieren.

Die Theorie bedient sich gerne gewisser aprioristischer Kategorien, um die so einzigartige Wirklichkeit des schweizerischen Staates hineinzugießen. Der starre Doktrinarismus ist aber inoperant und bedeutet nur die Verschleierung der Ohnmacht. Das vielberufene « Wunder » der Eidgenossenschaft ist nur von ihr selbst her und nicht von einer ideologischen Leitlinie oder abstrakten Doktrin her zu begreifen. Im Grunde bleiben die theoretischen Auseinandersetzungen sehr oft am Rande des Geschehens. Es wurzelt tiefer, und das staatliche Bewußtsein wird aus ganz anderen Quellen gespiesen.

Unsere Generation, deren geistige Grundlagen unsicher und schwankend geworden sind, ist organisationsgläubig und im Wahn befangen, mit einer Flut von Paragraphen und sogenannten Maßnahmen das Verblassen der kulturellen Grundideen ausgleichen zu können. Organisation ist aber von Ordnung grundverschieden.

Es ist ein Irrtum anzunehmen, die Organisation als solche trage schon die Gewähr einer richtigen Sachordnung in sich. Organisation ist nur da wirksam und sinnvoll, wo sie sich auf eine vorgeformte tiefere Ordnung stützen kann.

Der institutionelle Ausbau unserer Demokratie ist an sich und für sich allein noch kein Gradmesser ihrer Vollkommenheit. Die Theoretiker des modernen Rechtsstaates haben die Dinge allzulange nur durch die Brille des Formellen gesehen. Das genügt nicht. Nur die Bindung an materiale Rechtsätze kann die Ansprüche auf individuelle Freiheit und soziale Gerechtigkeit miteinander ins Gleichgewicht bringen. Wo man sich mit dem bloßen Formalismus der Legalität zufrieden gibt, da ist das Staatsethos und damit die Kraft der Gemeinschaftsbindung im Erlöschen begriffen. Mit einer bloß formellen Bereinigung des Gesetzesbegriffes und der Verbesserung des Rechtssetzungsverfahrens sind nicht alle Probleme gelöst. Der Formalaspekt der Demokratie fällt für die Erhaltung des schweizerischen Staatswillens nicht so entscheidend ins Gewicht ; man muß kritische Zurückhaltung üben gegenüber der Überschätzung bloß rationalistischer Methoden zur staatlichen Willensbildung. Es genügt auch nicht, daß im Staate vermöge der psychologischen Wirkung der Macht entartete tatsächliche Verhältnisse allmählich den Charakter des Normativen annehmen. Die Regeneration eines Staates ist zur Hauptsache nicht ein technisches und juristisches, sondern vielmehr ein vitales, politisches und moralisches Problem.

Jede Staatsform ist in einem gewissen Sinne eine komplementäre Ordnung ; sie muß mit der Wirkung anderer, außerrechtlicher Kräfte rechnen, die mit dem Rechte zusammen den für die Gemeinschaft besten Zustand herbeiführen sollen (vgl. dazu Dietrich SCHINDLER, Verfassungsrecht und soziale Struktur, 1944²). Der heutige, das soziale Leben weithin gestaltende Staat wird im Vollsinn des Wortes erst dann zum sozialen Rechtsstaat, wenn er alle staatsbegründenden Faktoren, insbesondere die drei Elemente der Autorität, der Legitimität und der Legalität tatsächlich in sich vereinigt. Der soziale Körper bedarf daneben, wenn er gesund sein soll, auch der gleichzeitigen Verwirklichung der Grundsätze der Freiheit und Gleichheit.

a) *Autorität und Demokratie.* Ohne wahre politische Autorität aus göttlichem Ursprung kann auf die Dauer auch die Demokratie nicht auskommen. « Non est enim potestas nisi a Deo » (Röm. 13, 1-7). « Die (bestehende) Gewalt ist Gottes Dienerin zu deinem Besten », Rächerin für den, der Böses tut ; « denn sie trägt nicht umsonst das Schwert ». Der Rationalismus vermag für dieses außerordentlich nachdrückliche Pauluswort im Brief an die Römer kein rechtes Verständnis aufzubringen, und doch wurde es vom Historiker Ranke als eines der wichtigsten Ereignisse der Weltgeschichte gewürdigt ; denn damit erhielt die Staatsgewalt, wie sie — ungeachtet aller Entstellung in der geschichtlichen Wirklichkeit — in der Idee und nach dem Schöpfungsplan besteht, die

innere Weihe ihres göttlichen Ursprungs und wurde das staatsrechtlich so bedeutsame und durchgreifende Prinzip der Legitimität verkündet.

Das Bedürfnis, sich einer Autorität unterzuordnen, liegt tief in der Menschennatur begründet. Der Mensch kann ohne Autorität nicht leben. Das gilt nicht nur für leitungsbedürftige fromme Seelen und das schlichte Volk, sondern für jedermann. Der Staat als Träger von Macht, Ordnung und Kultur drängt sich zunächst äußerlich auf und setzt sich durch. Soll aber die Autorität den Menschen wirklich ansprechen, dann muß sie immer auch innerlich sein, sonst bleibt es bei der Setzung, beim Nomos, statt des Logos (so A. MEYER in RGG, S. 683). Es gibt umgekehrt keinen inneren Menschen ohne notwendige Wechselwirkung zum äußern. Es war stets christliches Überzeugungsgut, daß ein Höheres, Göttliches, die Staatsgewalt gesetzt habe und ihr fortwährend Stärke und ihren Verfügungen die Sanktion verleihe. (Das christliche Autoritätsprinzip ist von Leo XIII. in der Enzyklika « Diuturnum illud » vom 29. Juni 1881 über den Ursprung der staatlichen Gewalt eingehend dargelegt worden gegenüber allen Theorien, welche die Revolution rechtfertigen wollen.)

Die Möglichkeit, andere zu verpflichten, kann nur begründet sein in der sittlichen Weltordnung, die bestimmt ist durch den göttlichen Weisheits- und Heiligkeitswillen, den ewigen Urgrund aller sittlichen Wertbestimmung, Gesetzgebung und Verpflichtung. Auf dem Boden des Atheismus ist die Begründung einer verpflichtenden

Autorität gar nicht möglich ; denn ohne Gott als Ursprung alles Seins und Lebens fehlt ein letzter Stützpunkt. Die Autorität, das eigentliche Kernproblem des öffentlichen Rechts, bildet den schwächsten Punkt im modernen religionslosen Staatsrecht. Es geht dabei weniger um ein Anliegen der Politik, als vielmehr um eine Umfrage der Kultur und der Lebensanschauung.

Mit der Idee des Politischen an sich und der Eigengesetzlichkeit im staatlichen Bereich, ein Grundgedanke der modernen Staatslehre, ist die Staatsgewalt im tiefsten Grunde noch nicht gerechtfertigt. Die für das Staatsleben so notwendige obrigkeitliche Gewalt ist etwas anderes als der Ausdruck des angeblichen Gesamtwillens im Sinne der *Volkssouveränität* Rousseau's. Wenn nach dieser Lehre das « *pouvoir constituant* », die Souveränität, die Quelle der Staatsgewalt im Volke ruht, also bei den Menschen, welche den Staat bilden, so kann diese Quelle nicht erst vom Staate hervorgebracht sein. Die Demokratie und die Lehre von der Volkssouveränität setzen den Menschen als ursprüngliches Rechtssubjekt auch im Staatsrecht voraus. Der Staat kann nicht selber die Gewalt schaffen, die ihn begründet. Das Volk als Rechtsbegriff entsteht erst, wenn die Menge zu einer politischen Einheit organisiert ist. Das organisierte Volk ist aber bereits Staat, zu dessen Wesenselement die obrigkeitliche Gewalt gehört. Nur durch einen *Circulus vitiosus* kann also die letzte Quelle der Staatsgewalt im Volke gefunden werden. Auch in der Demokratie werden die Träger der obrigkeitlichen Gewalt nur bezeichnet,

aber nicht das Volk oder die Mehrheit der Stimmenden ist Quelle der staatlichen Autorität. Die verfassunggebende Gewalt, die als Ausfluß des politischen Urwillens Legitimität besitzt, bestimmt nur, wie der Staat aufgebaut werden soll. Der Staat selber aber ist keine willkürliche Veranstaltung, sondern eine in der Sozialnatur des Menschen begründete natürliche Gemeinschaft. Die ursprünglichen, unableitbaren Befugnisse zur Lenkung dieser Gemeinschaft können zwar durch Verfassung und Gesetz normiert, aber nicht kreiert werden ; sie besitzen sittliche Notwendigkeit.

Es gibt daher nicht eine absolute, von jeder Rechtsmetaphysik, Sittlichkeit und Religion losgelöste Volkssouveränität. Der wirklichkeitsfremde Konstitutionalismus hat mitunter Mühe, die omnipotente *Volonté générale* des radikalen Demokratismus an irgendeine rechtliche Ordnung zu binden. Indes kann auch das Volk Unrecht tun. Rousseau selbst gesteht : « Die herben Gesetze der Freiheit sind manchmal strenger als das harte Joch der Tyrannen ». Das christliche Autoritätsprinzip ist aber unvereinbar mit einer Schrankenlosigkeit der Staatsgewalt und einem kollektiven Subjektivismus, der keine Grundwerte anerkennt. Damit ist das richtige Recht nicht gesichert. Die juristische Allmacht und Allzuständigkeit einer rein zahlenmäßigen Mehrheit ist ohne Bezugnahme auf das innere Autoritätsprinzip ethisch sinnlos, meint auch Werner Kägi. Die öffentliche Autorität darf nur zum Wohle des Staates und zum Nutzen des sozialen Gesamtkörpers ausgeübt werden. Die Herr-

schaft ist nicht Willkür, der Gehorsam nicht Knechtschaft. Das Christentum war stets ein Hort der Freiheit gegen alle geschichtlich bekannten Formen des Absolutismus und der Staatsvergötterung. Das « Gottesgnadentum » der obrigkeitlichen Gewalt bedeutet beileibe nicht, wie manche es darzustellen liebten, einen Freibrief für hemmungslose Gewaltmenschen, sondern fordert im Gegenteil den verantwortungsbewußten Dienst an der öffentlichen Wohlfahrt des Volkes, der allein die treue Erfüllung der Bürgerpflichten und die gewissenhafte Ausübung der politischen Rechte sichert und den Untergebenen eine Garantie bietet für eine gerechte und milde Herrschaft ihrer Obrigkeit.

Darin liegt ja last, not least der Sinngehalt unserer Demokratie, wie er tiefsinnig im Worte « Eidgenossenschaft » zum Ausdruck kommt. Das Hoheitszeichen unseres Staates ist das Kreuz. Die Bundesverfassung beginnt mit den Worten : « Im Namen Gottes des Allmächtigen ». Das sind markante Hinweise auf den geheiligten Charakter der Eidgenossenschaft und auf den Urgrund, aus dem unsere Demokratie erwachsen ist. Der christliche Staatsgedanke, das Bekenntnis zu den wahren geistigen Grundlagen des Staates, ist die tiefste konstitutive Idee der Schweiz, und sie bietet ihr die sicherste Gewähr für einen gedeihlichen Fortbestand. Damit soll nicht gesagt sein, die Schweiz müsse im formaljuristischen Sinne ein christlicher Staat sein oder bleiben. « Der christliche Staat war ein großes Ideal, ein noch größeres aber ist ein Staat von Christen » (Philipp A. v. Segesser). Die

moderne Demokratie ist eine sehr weltliche Angelegenheit, und am Mark unseres Volkes nagt auch der Wurm des Materialismus und « einer egoistischen Diesseitigkeit » (Max Gutzwiller). Christlich ist die Schweiz jedenfalls in ihrem Ursprung. Schon die Urkantone, die das Werk begannen, haben die *res publica* unter den Segen Gottes gestellt und damit zum Ausdruck gebracht, daß sie Recht und Freiheit im Sinne der christlichen Wertordnung verstanden wissen wollten und nicht in einem bloß formalistischen Sinne. Ohne Rückbesinnung auf die christlichen Grundlagen, auf denen sie beruht, könnte auch unsere Eidgenossenschaft Gefahr laufen, zu entarten und zu verkümmern. Unser Kleinstaat muß heute eine moralische Macht sein, wenn er das Recht zum Fortbestand sichern will. Je tiefer dabei sein Schwerpunkt liegt, desto fester und dauerhafter wird er sein. In einer subjektivistischen Staatsauffassung sind alle Ideale der Menschheit dem materialistischen Zuge des Verderbens preisgegeben.

b) *Freiheit und Gleichheit als politische Organisationsprinzipien.* Wie bei allen Menschen und Völkern, so ist namentlich auch in uns Schweizern der Freiheitsdrang (der freilich oft nicht weiß, wo er hinaus will) eine stets lebendig wirkende Kraft. Der Wille zur Freiheit ist uns angeboren ; wir ertragen den Zwang willig nur, wenn wir von dessen Notwendigkeit überzeugt sind. Es ist für unser Bewußtsein eine selbstverständliche Wahrheit, daß der Staat für den Menschen da ist (und nicht umgekehrt :

der Mensch für den Staat). In christlicher Schau verkörpert der Staat nicht die Erfüllung des menschlichen Wesens. Die bürgerliche Freiheit, der Respekt vor der Würde und Eigenständigkeit der menschlichen Person im Sinne der abendländischen Tradition und nach göttlicher Bestimmung, ist ein Lebensgesetz unserer Demokratie und soll es bleiben.

Der Freiheitsdrang kann sich schöpferisch nur auswirken, wenn er anerkennt, was er an echten Werten schon vorfindet. Die Eidgenossenschaft ist eine Schicksals- und Gesinnungsgemeinschaft von Gleichberechtigten und Gleichverpflichteten, mit Selbstbestimmungsrecht, auf der Grundlage unverbrüchlicher Treue, der Treue auch zu dem geschichtlichen und geistigen Erbgut an politischen und kulturellen Werten. Darin liegt der Gedanke einer Verpflichtung. Ein Volk, das seine Tradition aufgibt, gibt seine Zukunft auf. Die Treue gegenüber der Geschichte ist eine erste Tugend des Bürgers und vorab des schweizerischen Staatsmannes, der mit der Geschicklichkeit zum Verbessern die Kraft zum Erhalten verbinden muß.

« Nur der verdient sich Freiheit wie das Leben, der täglich sie erobern muß » (Goethe). Man muß sich bewußt bleiben, daß in der Demokratie ein jeder seine Freiheit nur besitzen kann durch Einfügung, Unterordnung und Anteilnahme am Gesamtschicksal der Nation. Die Freiheit besteht nur, wenn sie einem Sinn und Zweck verhaftet ist. Es kann sich nur um eine Freiheit von der Zwangsordnung handeln, die über das in der Gemein-

schaft nun einmal unumgängliche Maß hinausgeht. Die Ordnung, die ein Höchstmaß an Freiheit garantieren will, ist dem Mißbrauch der Freiheit ausgesetzt, wenn sie nicht durch die Verantwortungsbereitschaft des einzelnen aufgewogen wird.

Bei aller Gleichberechtigung und Gleichverpflichtung darf auch nie übersehen werden, daß unter der demokratischen Staatsform die falsche Übertragung von Freiheit und Gleichheit auf Lebensgebiete, wo nur die Qualität entscheiden sollte, besonders nahe liegt. Der Gleichheitsfanatismus, der schematisch unterschiedslose Egalitarismus ist gefährlich und schädigt indirekt den Staat selber. Im übrigen verdient Oskar BAUHOFFER vollen Beifall, wenn er in meisterhafter Formulierung schreibt: « In der ewigen Dialektik von Freiheit und Unfreiheit, welche die abendländische Welt bewegt, ist letzten Endes entscheidend der Wille zur Freiheit. Für den aber gibt es nicht Sicherungen, wohl aber verbindliche Kriterien des Handelns » . . . « Das rein formale Prinzip der ‚Herrschaft des Gesetzes‘, das dem Rechtspositivismus alleiniges Kriterium ist, bietet in seiner juristischen Logik keinerlei evidente Einspruchsmöglichkeiten gegen eine Deviation in den Totalitarismus, der noch immer als Rechtsstaat aufzutreten vermag. Andererseits aber läßt das an sich berechtigte Vertrauen in die Wirksamkeit der rechtlich fundierten Institutionen einer Demokratie allzuleicht die hochbedeutsame Tatsache verkennen, daß die menschliche Freiheit nicht primär auf sachhaften Institutionen ruht, sondern auf dem von der mensch-

lichen Person, von einem Volke verantworteten politischen Urwillen. Diesem Urwillen aber korrespondiert ein politisches Leitbild, das Leitbild der Freiheit. »

c) *Freiheit und soziale Sicherung.* Wie alle staatlichen Belange, ist auch die polare Spannung zwischen Freiheit und sozialer Sicherung nur auf Grund eines wertenden Ethos zu lösen. Ohne eine anerkannte Wertordnung mit sittlichem Beurteilungsmaßstab läßt sich keine wirkliche soziale Sicherheit erreichen. Das Ethos ist anfechtbar, das nur auf den einzelnen Menschen oder nur auf die Gemeinschaft schaut. Extreme Lösungen haben keine wirklichkeitgestaltende Kraft ; sie stehen auch nicht im Einklang mit den obersten Staatsgrundsätzen unserer Demokratie, die auf das Maßvolle, auf Einschränkung und Zusammenspiel ausgerichtet ist und Verständnis hat für die Polarität des Lebens.

Der Typus des heutigen « Versorgungsmenschen » neigt dazu, die Freiheit für die Sicherheit preiszugeben. Es ist die wichtige Aufgabe einer verantwortungsbewußten Erziehung, den Blick zu schärfen für den höheren Wert der Freiheit. Sie darf nicht um den Preis überspannter Anforderungen an die Sicherheit verkauft, umgekehrt aber auch nicht durch ein zu geringes Maß von sozialer Sicherheit untergraben werden. Es fordert zur Kritik heraus, wenn die Freiheit bei minimaler Sicherung gewahrt werden soll und nur mit heroischen Tugenden aufrechterhalten werden kann. Dem verwöhnten Referendumsbürger unseres Kleinstaates, der dazu bestimmt

ist, auf beschränktem Raume ein Maximum an Leben zu entfalten, darf immerhin ein gutes Maß an Opfern zugemutet werden. Ohne diesen Opfersinn hätte es nie eine schweizerische Eidgenossenschaft gegeben.

Der Ausgleich der widerstreitenden Interessen war von jeher der Gegenstand der Rechtsordnung. Der Staat als kulturschaffende Macht und Treuhänder des Gemeinwohls hat gewaltige Aufgaben ; es wird aber immer streitig sein, wie weit seine Funktionen reichen. Grundsätzlich ist die Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung im Sinne des christlichen Rechts- und Wohlfahrtsstaates so zu gestalten, daß die Glieder der Gesellschaft das höhere und geistige Gut der Freiheit tatsächlich und unter normalen Bedingungen zu verwirklichen vermögen. Die Gemeinschaft soll auch jene Sozialgüter zu beschaffen helfen, zu deren Realisierung ein einheitliches Zusammenwirken aller in der Gesellschaft vorhandenen Sozialkräfte erforderlich ist. Dies alles im Geiste und in der Prägung des christlichen Wertsystems, wie es die Päpste in den sozialen Enzykliken, unter nachdrücklicher Betonung des naturrechtlich begründeten Subsidiaritätsprinzips, dargelegt haben.

Dieses umfassende Programm stellt die rechtsstaatliche Demokratie vor schwere Probleme. Es geht dabei darum, Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit, Rechts- und Wohlfahrtsfunktion des Staates, gegeneinander auszuwägen, unter tunlichster Vermeidung jeder Bürokratisierung des Lebens. Das Ideal kann nicht darin bestehen, daß bald jeder der Angestellte oder doch die Marionette

eines allmächtigen und unförmlichen Ungeheurs « Staat » wird. Die übertriebene Verwirtschaftung des staatlichen Lebens ist verhängnisvoll und ruht auf unmöglichen weltanschaulichen Voraussetzungen. Was uns indes nottut, das ist vor allen Dingen die Erziehung und der Wille zur *Iustitia distributiva*, zur austeilenden Gerechtigkeit, deren erstes Erfordernis die Sachlichkeit und Unparteilichkeit ist. Der Gesetzgeber soll nach dieser Richtschnur den sozialen Fortschritt realisieren, aber sich davor hüten, das ganze Geschehen selber zu dirigieren, alles selber machen zu wollen und alles besser zu wissen. Eine solche Geisteshaltung führt zum Staatssozialismus, zur Herrschaft der Bürokratie, zur Vernichtung der Freiheit und nebenbei zum Ruin der Staatsfinanzen und des Staatskredites. Der Staat muß auch bestrebt sein, die individuelle und kollektive *Selbsthilfe* zu fördern ; er soll sich dabei auf die natürlichen Gemeinschaften, wie Familie und Berufsstand, stützen, die zugleich die natürlichen Zellen des wirtschaftlichen und kulturellen Lebens sind. Nur so kann es dem Staate gelingen, die einzelnen und die kollektiven Gruppen instand zu setzen, die lebensnotwendigen materiellen und geistigen Güter zu erwerben und den fortschreitenden Prozeß der Bürokratisierung des Lebens in einem erträglichen Rahmen zu halten. (Zur Ergänzung dieser Ausführungen sei verwiesen auf meinen Beitrag « Gedanken zum Spannungsverhältnis von Recht und sozialer Sicherheit » in der Festgabe der Universität Freiburg an die Schweizerkatholiken, 1954, S. 227 ff.)

2. *Interessenvertretung und Gemeinwohl*

Mit dieser heiklen Frage hat sich der Schweizerische Juristenverein an der Generalversammlung in Schwyz, im Herbst 1954, auseinandergesetzt. Der Referent, Dr. Kurt Eichenberger, äußerte schwere Bedenken gegen den zunehmenden und überbordenden Einfluß der Wirtschaftsverbände auf das staatliche Leben, vor allem die Tätigkeit des Gesetzgebers und die praktische Ausführung der Gesetze. Diese Auffassung ist natürlich nicht ohne Widerspruch geblieben. Ganz im Sinne Rousseau's mit seiner fiktiven Lehre der Identität von Einzel- und Gesamtwille, wurde behauptet, gerade die Vertretung widersprechender Interessen durch die Verbände sei geeignet, einen Ausgleich zu schaffen und so das Gemeinwohl zu fördern. Diese Auffassung ist viel zu einfach, um richtig sein zu können; sie übersieht, daß durchaus nicht das ganze Volk in Verbänden organisiert ist, die in der Lage wären, gleichmäßig alle auseinanderstrebenden Interessen zu vertreten. Auch sind nicht alle Verbände gleich mächtig, weder an Zahl der Mitglieder noch an Finanzkraft. Und daß dabei Kompromisse mit anderen Interessengruppen zustande kommen, macht die Sache nicht besser, im Gegenteil. Es sei nur das ständige Ansteigen der Löhne und Preise erwähnt, wodurch die Lebenshaltung unaufhaltsam verteuert wird, zum Schaden von Bevölkerungskreisen, die dieser Entwicklung machtlos gegenüberstehen.

Auf den politischen Parteien lastet manchmal ein

schwerer Druck von Interessengruppen, die sich im Parlament ihre Vertretung zu sichern wissen. Die Fachleute, auf die man sich beruft, stehen, sofern sie ebenfalls Gruppeninteressen vertreten, der Sache auch nicht völlig unabhängig gegenüber. Bei dieser Lage der Dinge ist nicht ohne weiteres zu erwarten, daß das Gesamtinteresse in der Politik und insbesondere bei der Schaffung der Gesetze sowie bei ihrem Vollzug immer zu seinem Rechte komme.

Im Spiel der Gruppeninteressen sind namentlich die *Intellektuellen*, die sich noch einen gewissen Idealismus bewahrt haben, nicht zu beneiden. Die Verbände der freien Berufe haben praktisch wenig zu sagen. Im belgischen Parlament besteht seit alters ein besonderer, aus der geistigen Elite aller Parteien gebildeter Ausschuß, der als Sachverständigenkammer in allen zur Beratung stehenden kulturellen und geistigen Belangen zu Rate gezogen wird. Es wäre, wie mich dünkt, sicherlich begrüßenswert, wenn dieses Beispiel unsere National- und Ständeräte zur Nacheiferung reizen und dazu beitragen könnte, den übermäßigen Einfluß des wirtschaftlichen Gruppenegoismus durch eine nachdrücklichere Förderung der wissenschaftlichen Forschung und überhaupt aller Kulturinteressen in etwas auszugleichen.

Auffallende Unterschiede bestehen auch bei den *Beamten* und den andern öffentlichen Dienstnehmern. Während die Bundesbeamten, vor allem das Personal der SBB, über einen sehr erheblichen politischen Einfluß verfügen, ist das bei den Beamten der Kantone kaum spürbar.

Der Einfluß der Interessenpolitik zeitigt manchmal sonderbare Wirkungen und erzeugt mitunter einen unerwünschten gesetzgeberischen Leerlauf. Andererseits können auch Gesetzeslücken ungerecht sein. Die Überbeanspruchung des Gesetzgebers in der Interessendemokratie bewirkt zwangsläufig, daß berechnigte gesetzgeberische Postulate nicht oder nur mit großer Verspätung erfüllt werden, weil eben keine mächtige Interessenvertretung hinter ihnen steht. Es sei in diesem Zusammenhang an die längst fällige Revision des Bundesgesetzes über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten (vom 9. Dezember 1850) erinnert oder etwa auch an die im Nationalrat begründete Motion des Stadtpräsidenten von Freiburg, Dr. Jean Bourgnicht, wodurch er eine gesetzliche Regelung des Verbotes der interkantonalen Doppelbesteuerung verlangte: neben anderen Gründen vor allem mit dem Hinweis darauf, daß — zufolge der veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse — die gegenwärtige Praxis des Bundesgerichts die wirtschaftlich schwächeren Kantone benachteilige. Der Interessenkonflikt ist hier derart, daß ich — bei rückhaltloser Unterstützung des Motionärs — den Optimismus nicht recht aufbringe, überhaupt an das Zustandekommen dieses Gesetzes zu glauben.

Die übermäßige Vertretung von Sonderinteressen macht sich überhaupt und vor allem auf dem Gebiet der *Steuergesetzgebung* geltend. Es liegt entschieden nicht im Interesse des Gemeinwohls, wenn Steuern nur noch von einer Minderheit des Volkes entrichtet werden, was

sich durch Erhöhung des Mindestvermögens und Mindesteinkommens sowie übertriebener Sozialabzüge leicht bewerkstelligen läßt.

Augenscheinlich ist der Einfluß der Interessenpolitik auch auf dem Gebiete der *Subventionen* und der dadurch herbeigeführten Ungleichheiten, ja Mißstände.

Die Schweiz darf nicht zum technischen Apparat einer sturen Interessenpolitik herabsinken. Bloße Bereitschaft zur Interessenverrechnung genügt nicht als Grundlegung der Demokratie. Damit kann auch das « *Malaise helvétique* », von dem so viel gesprochen wird, nicht behoben werden. Nur mit einer sachlichen Grundlegung der Politik kann man, über alle einseitigen Parteiinteressen hinaus, zum überparteiischen Staatsgedanken gelangen. Die politischen Parteien, die eher als die Wirtschaftsverbände in der Lage sind, allgemeine Interessen zu vertreten, müssen darauf halten, daß sie nicht zu bloßen Handlangern von Interessengruppen degradiert werden.

Die Wirtschaftsverbände müssen im öffentlichen Leben, vor allem bei der Schaffung der Gesetze, selbstverständlich angehört und ihre Interessen berücksichtigt werden, soweit das mit dem Gemeinwohl verträglich ist. Es darf ihnen aber nicht eine politische Machtstellung eingeräumt werden, die sie zu unbeschränkten Herren über das Geschehen auf staatlichem Gebiet machen würde. Der Staat ist nicht eine polizeiliche Wohltätigkeitsanstalt; er ist nicht dazu da, um das Wohlergehen bloß Einzelner oder einzelner Gruppen, unter Ausschluß der übrigen, zu fördern. Das richtig verstandene Gemein-

wohl, die Sorge für Rechtssicherheit und zeitliche Güter, um deretwillen die Gemeinschaft besteht, ist kein bloßes Mittel zum persönlichen Wohlergehen.

Wenn Lösungen durchgezwingt werden wollen, die nicht im Gesamtinteresse liegen, wird jeweils das Stimmvolk und die politische Reife des schweizerischen Referendumsbürgers auf eine schwere und verantwortungsvolle Probe gestellt. Auf's große Ganze gesehen, hat das Schweizervolk diese Probe sicherlich nicht schlecht bestanden und wir können mit Stolz auf seine Bewährung in der Vergangenheit hinweisen. Das Volk schafft aber den Inhalt der Gesetze nicht selber, es sagt nur ja oder nein dazu. Im reichlich verworrenen Kampf der Interessengegensätze und der Strukturlosigkeit der heutigen Gesellschaft ist nicht zu verkennen, daß das komplizierte Gebiet des modernen Wirtschaftsrechts das Volk vor sachgemäße Schwierigkeiten stellt, die seiner Allzuständigkeit bestimmte Grenzen setzen.

3. Bundesstaat und Sinngehalt des Föderalismus

Als für uns verpflichtende Ordnung ist auch der Föderalismus auf grundlegende Werte bezogen. Der Bundesgedanke ist ein tragendes Prinzip unserer Geschichte und Staatsidee. Es ist bezeichnend, daß die formalistische Normlogik unseren Bundesstaat bald nur noch als Durchgangsstadium zum Einheitsstaat und die Kantone als bloße Selbstverwaltungskörper des Bundes zu begreifen

vermag. Und doch beruht der schweizerische Föderalismus auf tieferen Rechtsüberzeugungen von schicksalhafter Bedeutung. Die « Suisse une et diverse » würde sich selber aufgeben, wenn sie sich in einen Einheitsstaat verwandeln oder durch eine extreme Zentralisation die Gliedstaaten in der Verwirklichung ihres eigenen Gestaltungswillens allzu sehr hemmen würde. Das wäre der gerade Schritt zur Vernichtung unserer angestammten Freiheit. Der Hauptakzent einer besonnenen Bundesstaatspolitik liegt noch immer auf dem Bestand der Kantone ; ihrer staatsrechtlichen Stellung kommt entscheidende Bedeutung zu.

Die bündisch-genossenschaftliche Ausgliederungsordnung der Eidgenossenschaft ist eine wesenhafte, in ihrem Ursprung christliche Konstante der schweizerischen Demokratie und zugleich der Hauptgrund ihrer politischen Ausgeglichenheit. Nur auf dieser Grundlage ist es gelungen, die Gegensätze von Sprache, Rasse und Konfession zu überbrücken. Wie immer man den bündischen Gedanken motivieren mag, ob geschichtlich, politisch oder staatsphilosophisch, jedenfalls darf dabei die schöpferische, bestimmende Kraft des weltanschaulich ausgerichteten politischen Willens nicht übersehen werden. Der Kern aller Bundesbriefe ist der Rütli Schwur.

Hans Stadler hat in seiner vorzüglichen, aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg hervorgegangenen Doktordissertation über « Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus » (1951) die innere Verbundenheit und Gestaltungskraft unseres politischen Daseins mit der

großen Idee einer Stufenordnung der Gemeinschaft und der ihr zugrunde liegenden Hierarchie der Zwecke und Ziele aufgezeigt. Ausgangspunkt dieser Staatskonzeption ist die menschliche Person. Die Gemeinschaft ist nicht Selbstzweck, sondern Dienerin der Person insofern, als Gemeinwohl und persönliche Entfaltung voneinander abhängen. Die scharfe Unterscheidung zwischen dem Menschen als Person und dem Menschen als soziales Wesen ist theoretisch zwar möglich, aber in der Wirklichkeit nicht vollziehbar. Für den schweizerischen Föderalismus bietet das naturrechtlich fundierte Subsidiaritätsprinzip eine Stütze und zugleich eine Bereicherung. Die dabei auftretende Spannung zwischen dem naturrechtlichen und geschichtlichen Denken hat schon öfters den Gegenstand interessanter Überlegungen gebildet.

Im pluralistisch aufgebauten Staat kann eine gesunde Demokratie am besten gedeihen. Die kleinere Gemeinschaft bringt den Staat dem Bürger näher ; sie gibt ihm eine bessere Übersicht über die zu entscheidenden Fragen ; sie schärft seinen Sinn für persönliche Verantwortung. Daher liegt uns, neben der Wahrung der Selbständigkeit der Kantone, auch die *Gemeindeautonomie* sehr am Herzen. Die Demokratie ist auf ein starkes Eigenleben in den Gemeinden angewiesen. Die Gemeinden sind eine ausgezeichnete Bürgerschule, die unentbehrliche Bewährungsstätte demokratischer Verantwortung und Mitarbeit. Die Schweiz ist das klassische Land der Ortsbürgergemeinde. Unsere Gemeinden sind natürlich gewachsen ; sie haben dem Staate gegenüber

auch heute noch einen natürlichen Anspruch auf Selbstverwaltung ihrer Angelegenheiten.

Die Vaterlandsliebe setzt ein lebendiges Heimatgefühl voraus. Der Staatsbürger muß geistig beheimatet sein, und wo ein Volk lebt, da ist seine Heimat. Die in Jahrhunderten herangewachsene Gemeinde birgt Lebens- und Kulturwerte in sich, die den Menschen von innen her zu formen und zu tragen vermögen. Sie ist der natürliche Nährboden zur Heranbildung eines gegenwarts-tauglichen Menschen und einer wertbestimmten Persönlichkeitsgestaltung. Das wirtschaftliche und kulturelle Leben muß gesund sein in der Gemeinde, sonst leidet das Ganze.

4. Das Postulat eines materialen Verfassungsbegriffes

Werterkenntnis und Wertentscheid im politischen Lebensraum sind in erster Linie auf die Verfassung gerichtet ; sie ist im Grunde nicht lediglich ein positiver Begriff soziologischer und rechtlicher Ordnung. Als organisatorische Grundnorm des Staates geht sie, durch alle Wesenszusammenhänge hindurch, über in eine geistige Ordnung, die den Gedanken einer moralischen Verpflichtung in sich trägt. Mit einer bloß formalen Durchdringung, ohne Zurückversetzung auch der Verfassung in die richtige Ordnung zur Metaphysik und damit zur Wirklichkeit, kommt man nicht zu einem sinnvollen Verfassungsbegriff. Professor Kägi (Zürich) und mit ihm

manche zeitaufgeschlossene Staatstheoretiker auch im Ausland (es sei namentlich erinnert an den tiefgründigen Vortrag über die Idee der Verfassung, den Professor Duynstee von der katholischen Universität Nymwegen in Freiburg gehalten hat) rufen heute nach einer materialen Verfassungslehre. Sie stellt ausgesprochen naturrechtliche Postulate von großer Tragweite. Es geht auch in diesem Zusammenhang um die Wiederherstellung eines Rechtsbegriffes, der mit der Schöpfungsordnung und der menschlichen Wirklichkeit verbunden ist.

In der Verfassung, dem immerwährenden Spannungsfeld lebendiger Kräfte im Sinne einer Grundlage für das Handeln im Bereiche der sozialen und politischen Lebenswirklichkeit, begegnen sich Statik und Dynamik, wobei weder die eine noch die andere Seite im Übermaß betont werden darf. « Ohne Beharren keine Wahrheit, keine Treue, keine Gerechtigkeit » (Emil Brunner). Die Verfassung ist grundsätzlich für die Dauer bestimmt, aber es ist falsch, in ihr nur das Statische erblicken zu wollen. Wenn die Verfassung an Vertrauen verloren hat, so hängt das auch zusammen mit der formalen Aushöhlung des Verfassungsbegriffes in der liberalen Staatsrechtslehre.

Ständerat Joseph Piller sel., mit allem Grund der zweite Begründer dieser Universität genannt, hat 1952 in einem vielbeachteten Vortrag in Lausanne das Problem der « Pluralität der Letztinstanzen » zur Diskussion gestellt. Er sagte mir noch wenige Monate vor seinem Tode, er beabsichtige, durch das Medium des Stände-

rates die schweizerischen Rechtsfakultäten zu einer Stellungnahme zu diesem Problem aufzufordern, das heißt zur schwerwiegenden Frage : Wollen wir die Konzentration aller Gewalt in einer einzigen öffentlichen Macht, im Staate, beibehalten — das ist ja der Sinn des modernen, nur mühsam aufgekommenen Verfassungsbegriffes — oder sollen wir uns dazu entschließen, noch andere konstitutionelle und demnach an der Souveränität mitbeteiligte Gewaltorgane ins Leben zu rufen, selbstverständlich unter Beibehaltung der Staatseinrichtung ?

Ich habe mich lange gesträubt, diesen letzteren Weg zu gehen, halte nun aber — auf Grund tieferer Überlegungen und in Anbetracht der Rechtsnot unserer Zeit — auch dafür, daß wir langsam, aber unaufhaltsam genötigt werden, diesen Weg einzuschlagen. Der Begriff der « latenten Souveränität », der Jahrhunderte hindurch im scholastischen Denken eine zentrale Stellung eingenommen hat, ist uns Juristen gänzlich abhanden gekommen. Es ist an der Zeit, daß wir ihn wieder ausgraben und daraus die nötigen Folgerungen ziehen. Es stellt sich nämlich die Frage, wie weit der heutige Staat dem normativen Anspruch, Hort des Rechts zu sein, tatsächlich noch entspricht. Auf manchen Gebieten ist ein Mangel an Ordnung und Gewalt festzustellen. Der Staat — die einzige Instanz, welche nach der Souveränitätslehre des Rationalismus politische Gewalt besitzt — nimmt die totale Verwirklichung der Rechtsordnung wie eine Selbstverständlichkeit in Beschlag, ohne sie indes vollauf zu gewährleisten. Der Staat wird immer mehr

aufgefaßt als das « Mädchen für alles », als die « institutionelle Einkleidung der sozialen Idee schlechthin » (Duynstee). Die Gewaltkonzentration kommt immer stärker zur Geltung. Bei dieser Ausgangslage kann es nicht wundernehmen, wenn die soziale Idee immer mehr ein verworrenes Aussehen bekommt.

Es könnte auch für den schweizerischen Sozialstaat eines Tages notwendig werden, allmählich wieder zu einer Teilung der aktiven Souveränität zu gelangen und sich von einem rein formell bestimmten und positivistischen Verfassungsbegriff loszusagen. Der überlastete Staat von heute hat alle Veranlassung, sich auf seine Rolle als subsidiärer Ordnungsgarant zu beschränken und dem naturrechtlich verankerten Postulat der berufsständischen Ordnung alle Aufmerksamkeit zu schenken. Der Staat muß überhaupt bestrebt sein, bei der Verwirklichung des Gemeinwohls, bei der Sorge für Rechtssicherheit und zeitliche Güter, sich auf die natürlichen Gemeinschaftskreise zu stützen, welche auch die natürlichen Herde des sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Lebens sind. Das Recht steht zur Verfügung aller, nicht nur des Staates. *Ubi societas ibi ius!* Die Einheit der Staatsgewalt wird durch die rechtliche Autonomie solcher Selbstverwaltungskörper nicht gesprengt oder gefährdet. Das staatliche Kontrollrecht hat dafür zu sorgen, daß die Interessen der Gesamtheit nicht beeinträchtigt werden. Der freiheitliche, körperschaftlich organisierte Staat verträgt sich ohne Schwierigkeiten mit dem Vorhandensein dieser Selbstverwaltungskörper-

schaften. Nur der rein herrschaftliche oder doktrinär-rationalistische Staat kann sie nicht dulden. Ich meine also: Den Berufs- und andern wirtschaftlichen oder kulturellen Genossenschaften sollte in Zukunft eine erhöhte staatsrechtliche Bedeutung zukommen, wenn wir nicht auf der Bahn des Etatismus und des Staatssozialismus weiterschreiten wollen.