

## 2 Postliberales Leben

Rechte sind Ansprüche an die Gesellschaft. So sehen das heute viele, vielleicht sogar die meisten. Das war nicht immer so. Der Rechtsstaat hat sich in den letzten 150 Jahren radikal gewandelt – und wir uns mit ihm.

von *Andreas Kley*

**W**ir leben in der Schweiz in einem sozialen Rechtsstaat. Das ist keine Wertung, sondern eine nüchterne Feststellung. Der soziale Rechtsstaat hält seine Bürger dazu an, ihre Rechte als Ansprüche an die Gesellschaft zu verstehen und wahrzunehmen. Er stiftet sie an, auf ihr Recht zu pochen. Er umorgt sie. Er fördert sie. Er sieht sich als Förderer ihrer Freiheit. Das ist neu. Doch fangen wir von vorne an.

Als der Bundesstaat vor über 150 Jahren gegründet wurde, gab die «Manchesterschule» den Ton an. So wurden die Verfechter von

**Der Sozialstaat ist nur deshalb unvollendet, weil der Mensch materiell unersättlich ist.**

Freihandel und staatlicher Zurückhaltung genannt, die in ganz Europa eine starke Stimme waren. Natürlich herrschte auch damals nicht die reine Lehre. Es gab verschiedene Gegner der Manchesterschule – auch in der Schweiz, wo Politiker in Auseinandersetzungen um die Zollgesetzgebung oder den Eisenbahnbau das Eingreifen des Staates forderten. Aber der Staat sollte sich im Prinzip in Zurückhaltung üben.

Im Bundesblatt von 1852, dem offiziellen Mitteilungsorgan des Bundes, heisst es, die Staatsgewalt «solle nur da und dann unmittelbar einschreiten, wo und wann ein öffentlicher Zweck aus Wohlfahrtsgründen nur von ihm gehörig erreicht (...) wird» (BBl

1852 II 49 S. 5). Die schweizerische Bundesverfassung von 1848 hob die Beförderung der «gemeinsamen Wohlfahrt» in Art. 2 als Bundeszweck hervor; im übrigen schien sie aber die wirtschaftliche Abstinenz hochzuhalten. Sie gewährleistete weder die Handels- und Gewerbefreiheit, noch sah sie wirtschaftspolitische Bundeskompetenzen vor. Es war jedoch nur eine Frage der Zeit, bis sich der Bund intervenierend der Wirtschaft annehmen sollte. Die Bundesverfassung von 1874 verankerte neu die Handels- und Gewerbefreiheit und sah verschiedene wirtschaftsregulierende Kompetenzen des Bundes vor, so etwa im Bereich der Fabrikgesetzgebung und ab 1885 im Bereich des Alkoholwesens.

### Absage an die Manchesterschule

Anlässlich des wirtschaftlichen Aufschwungs nach den 1870er Jahren und angesichts der erweiterten Bundeskompetenzen war die Zeit für die Bundesbehörden reif, der Manchesterschule definitiv eine Absage zu erteilen. Der Bundesrat führte in einer Botschaft kritisch aus: «Diese Theorien der sogenannten Manchesterschule sündigen durch ihren nur zu absoluten Charakter, und die Erfahrung, die mit ihnen in der zweiten Hälfte unseres Jahrhunderts ein wenig aller Orten gemacht wurde, hat die mangelhaften Seiten derselben genügend aufgedeckt. Es ist nicht wahr, dass Handel und Industrie, sei es nun in ihrem eigenen Interesse oder in dem des Publikums, der Intervention des Staates im Allgemeinen nicht bedürfen.» (BBl 1889 III 996)

Die gegensätzlichsten politischen Rich-

### Andreas Kley

Andreas Kley ist Professor für öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie an der Universität Zürich.

tungen, katholisch Konservative und linke Freisinnige, forderten die Bundesintervention, was unter den veränderten Vorzeichen auf fruchtbaren Boden fiel. In den eidgenössischen Räten hoben die Votanten die Worte des antiken Grundsatzes «Salus republicae suprema lex esto» heraus (Die Staatswohlfahrt muss das höchste Gesetz sein), um die Tätigkeit des Bundes zu rechtfertigen. Dieses Diktum sollte im Zusammenhang mit der Wirtschaft immer wieder fallen – und zwar so häufig, bis es am Ende das Treppenhaus des 1902 eröffneten Parlamentsgebäudes in Bern als Inschrift zierte.

Die Manchesterschule hatte ihre Deutungshoheit definitiv eingebüsst. 1884 führte der Bundesrat aus: «Die Doktrin, daß der Staat sich mit der Förderung des materiellen Wohls des Volkes nicht zu befassen habe, gilt nicht mehr.» (BBl 1884 I 477) Die Bundesexekutive erklärte den Bund für stets befugt, «die Geldmittel der Eidgenossenschaft so zu verwenden, wie es im Interesse der Ehre und Wohlfahrt des Vaterlandes liege». Damit kam eine Entwicklung in Gang, die durch die zentralistische Wirtschaft des Ersten Weltkriegs weiteren Auftrieb erhielt und schliesslich den Sozialstaat in seiner fast vollendeten Form hervorbrachte. Aus heutiger Sicht ist der Sozialstaat nur deshalb weiterhin unvollendet, weil der Mensch materiell unersättlich

ist. Es entstehen stets neue Bedürfnisse, die der Sozialstaat gerne befriedigen würde, wenn er denn könnte. Sein Wachstum wird nicht mehr durch politischen Willen, sondern allein durch Mangel an Ressourcen gebremst.

### Staatsmann und Kirchenfrau

Der Sozialstaat war für die Wissenschaft ein neues Phänomen, das sie geistig erst einmal verarbeiten musste. Die Professoren reflektierten den Sozialstaat in ausdrucksstarken Metaphern. Der Zürcher und später in Deutschland tätige Staatsrechtslehrer Johann Caspar Bluntschli entwickelte in den 1840er Jahren eine Metapher, die ihre Wirkungsmacht erst in den kommenden Jahrzehnten richtig entfalten sollte: Für Bluntschli war der Staat der «Mann» und die Kirche die «Frau». Aus ihrer Vereinigung sollte etwas Neues entstehen. Dieses Bild, das Zeitgenossen heftig angriffen und auch lächerlich machten, wurde gegen Ende des 19. Jahrhunderts real wirksam, als der Bund der katholischen Kirche manche Institute entwand und zusätzlich sozial vorsorgend tätig wurde.

1958 entwickelte der Berner Titularprofessor und Notar Hans Marti Bluntschlis Idee in einer psychologischen Studie weiter. Marti arbeitete mit C.G. Jungs Archetypenlehre und sah im Rechtsstaat den Archetypus des «Grossen Vaters» und im Sozialstaat den Archetypus der «Grossen Mutter». Das Neue, das Bluntschli aus der Vereinigung von Rechtsstaat und Kirche entstehen sah, ist für Marti der soziale Rechtsstaat.

Die Metaphern beider Autoren besitzen mehr als ein Körnchen Wahrheit, denn der soziale Rechtsstaat hat das Recht und seine umfassende Geltung zu seinem Grundprinzip erhoben. Die Vereinigung des liberalen Staates mit der katholischen Kirche, die sich zuerst und primär als eine Rechtsgemeinschaft versteht, stärkte das Legalitätsprinzip. Die nachfolgende Entwicklung sollte diesem Prinzip bis zu unserer Gegenwart strikte gehorchen. Das Recht ist allgegenwärtig und politisches Handeln ausserhalb rechtlicher Kategorien nicht mehr denkbar.

Das zeigt sich daran, dass Juristen und Politiker die Forderung nach einem «rechts-

freien Raum» stets sogleich verwerfen. Das Recht durchdringt jeden Raum; jedes Problem kann nicht nur politisch gelöst, sondern muss auch rechtlich einwandfrei abgewickelt werden. Bluntschli und Martis Bilder sind in einem historischen Sinne stimmig. Nimmt man die katholische Kirche als «Grosse Mutter», so steht sie nicht nur für das soziale Anliegen, sondern auch für das Selbstverständnis einer Rechtsgemeinschaft. Es erstaunt daher nicht, dass das liberal-freisinnige Rechtsdenken in ihr ein bedeutendes Vorbild für den formalen Aspekt der Rechtsordnung sah. Selbstverständlich konnte das damals niemand offenlegen, weil die Politik bis zum Zweiten Vatikanischen Konzil von der konfessionellen Spaltung beherrscht war. Dennoch muss man die eigentlich unerhörte Feststellung machen, dass der soziale Rechtsstaat in einem doppelten Sinne katholisch ist – von seiner Herkunft und von seinem Anspruch her: er ist allumfassend.

### Das sozialdemokratische Zeitalter

Das einst sozialdemokratische Anliegen, «den Aufgabenkreis des Bundes, der Kantone und der Gemeinden stets zu erweitern» (Parteiprogramm 1904), setzte sich nach dem Zweiten Weltkrieg allgemein durch. Insofern trifft die Analyse der Soziologen am Ende des 20. Jahrhunderts zu, dass die westlichen Gesellschaften in das «sozialdemokratische Zeitalter» (Ralf Dahrendorf) eingetreten seien. Der zunächst noch anhaltende bürgerliche Widerstand gegen sozialpolitisch motivierte Staatsinterventionen trat allerdings nicht offen zutage. Vielmehr tarnen sich die traditionell-bürgerlichen Vorstösse als föderalistische Vorbehalte gegen die zunehmende Zentralisierung. Allein das zeigt schon, dass der Widerstand nicht wirklich ernst gemeint war.

Mit dem Wachstum der Staatsaufgaben und dem Erfolg der sozialdemokratischen Ideen auch bei den bürgerlichen Parteien ist der soziale Rechtsstaat entstanden. Er ist eine nicht mehr bestreitbare und wegzudenkende Tatsache. Die parteipolitischen Konsequenzen dieses politischen Erfolges werden erst allmählich absehbar. Die Sozialdemokraten sind gewissermassen arbeitslos

geworden; ihr ursprüngliches Anliegen ist zu einem politischen Allgemeingut geworden, das nunmehr auch die traditionell bürgerlichen Parteien als das ihre verfechten. Deshalb ist die traditionelle Orientierung zwischen links (soziale und Arbeitnehmeranliegen) und rechts (liberale Anliegen des Bürgertums, Eigentum, Armee) durcheinandergeraten. Oder anders gesagt: die politischen Parteien lassen sich durch ihre traditionellen sachpolitischen Anliegen nicht mehr deutlich voneinander unterscheiden.

In der politischen Rhetorik zu Beginn des 21. Jahrhunderts spielt Freiheit nach wie vor eine herausragende Rolle und alle Parteien, namentlich jene des Bürgertums,

### Die politischen Parteien lassen sich durch ihre sachpolitischen Anliegen nicht mehr deutlich voneinander unterscheiden.

fühlen sich ihr verpflichtet. Man könnte daraus schliessen, dass die politische Ordnung ebenso freiheitlich geblieben ist, wie sie die Liberalen des 19. Jahrhunderts gewünscht hatten. Das trifft allerdings nicht zu, denn die gleichgebliebenen Begriffe können nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Substanz der Freiheit fundamental gewandelt hat.

Im ursprünglichen Liberalismus ist die Freiheit dadurch gekennzeichnet, dass nur der Freie selbst den Inhalt seiner Freiheit bestimmen kann. Diese selbstbestimmte Freiheit ist im Begriff, im 21. Jahrhundert durch «institutionelle» Freiheit ersetzt zu werden. Der soziale Rechtsstaat verhält sich, so der französische Publizist Alexis de Tocqueville, wie ein «Elternpaar»; er erzieht den Menschen, um ihm den «richtigen» Freiheitsgebrauch beizubringen, er sorgt vor, er weist jene zurecht, die unvernünftige Meinungen äussern, und er kümmert sich um das geistige Wohlbefinden der Menschen. Der Staat sorgt sich um die Wohlfahrt und das Glück seiner Bürger. Bluntschlis Metapher mit Vater (Staat),

Mutter (Kirche) und deren Kind findet sich interessanterweise auch in dieser Anspielung des französischen Theoretikers.

Nach Tocqueville hält ein solcher Staat die Bürger «unwiderruflich im Zustand der Kindheit» fest. Es ist ihm recht, «dass die Bürger sich vergnügen, vorausgesetzt, dass sie nichts anderes im Sinne haben, als sich zu belustigen». Die westlichen Gesellschaften haben den Weg von der liberalen zur institutionellen und sozialstaatlichen Freiheit betreten. Die modernen Verfassungen geben vor, die Freiheit zu schützen, indem sie umfassende, wortreiche und wohlklingende Kataloge von Freiheitsrechten gewähren: Die weissrussische Verfassung und die schweizerische Bundesverfassung erwähnen die Menschenwürde fünf- bzw. sechsmal und stehen insofern an der Weltspitze der würdehaltigen Verfassungen. Jede neue Würdebestimmung und Erweiterung des Grundrechtskatalogs gilt als Fortschritt und Verbesserung. Freilich verhüllen in einem hintergründigen Sinn die umfangreichen Kataloge von Grund- und anderen Rechten das wirkliche Geschehen. Der moderne Sozial-, Interventions- und

## Der Begriff der Freiheit erfährt im gegenwärtigen Zeitalter eine kopernikanische Umwertung.

Präventionsstaat gestaltet und formt den Freiheitsgebrauch hinter der Fassade der Grundrechtskataloge. So verschleiern die umfangreichen Grundrechtskataloge das eingreifende und ungebundene Agieren des Staates. Denn entscheidend sind nicht etwa die eingeräumten Rechte, sondern die Tatsache, dass die Bundesverfassung (BV) es in Art. 36 generell erlaubt, alle Rechte je nach «öffentlichem Interesse» zu beschränken.

Es ist bezeichnend, dass der Verfassungsgeber 1999 in Art. 36 Abs. 4 BV die Garantie des Kerngehaltes eingebaut hat («Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.»). Das Eingeständnis der Gefahr für die

Freiheit ist an Deutlichkeit kaum zu über treffen, zumal sich der Schutz des Kerngehaltes seither als wenig effizient erwies. Die Öffentlichkeit nimmt diese Freiheiten als selbstverständlich hin, denn im Vordergrund stehen für sie das wirtschaftliche Fortkommen der Menschen und der Konsum. Die Freiheit selbstverantwortlicher Lebensgestaltung ist sekundär geworden.

### Wo bleibt das schlechte Gewissen?

Angesichts dieser Entwicklung muss wenigstens bei den einstigen Verfechtern liberaler Freiheit ein schlechtes Gewissen aufkommen. Bürgerliche Politiker orientierten sich traditionell am Leitbild der Republik, die auf den interessierten, beteiligten und engagierten Bürgern beruht. Gottfried Keller liess in seinem «Fähnlein der sieben Aufrechten» (1878) Meister Hedingger aus Zürich sagen: «Keine Regierung und keine Bataillone vermögen Recht und Freiheit zu schützen, wo der Bürger nicht imstande ist, selber vor die Haustüre zu treten und nachzusehen, was es gibt!» Es sind solche Bürger, die die ihnen eingeräumten Rechte sichern und sie auch tatsächlich mit Leben füllen. Diese Republik fordert den Bürger nicht zum Handeln auf und verpflichtet ihn rechtlich zu nichts, denn sie setzt bürgerliche Tugend gesellschaftlich als gegeben voraus.

Der republikanische Bürger handelt aus eigenem Antrieb und kann aus einer Vielzahl widersprüchlicher Informationen auswählen und selber vernünftig entscheiden. Nach dem schweizerischen Bundesgericht traut die schweizerische Demokratie dem Bürger zu, «zwischen den verschiedenen gegensätzlichen Auffassungen zu unterscheiden, unter den Meinungen auszuwählen, Übertreibungen als solche zu erkennen und vernunftgemäss zu entscheiden». (BGE 98 Ia 73 E.3b S. 80) Auch nach der teilweise von Adolf Muschg formulierten Präambel der Bundesverfassung ist der Bürger sich «gewiss, dass frei nur ist, wer seine Freiheit gebraucht».

Trotz dieser Gewissheiten befand es der Verfassungsgeber angesichts des reich befrachteten Grundrechtskataloges der Bundesverfassung von 1999 für nötig, den Bürger an seine Verantwortung zu erinnern: Art.

6 BV mahnt die Bürger an die «individuelle und gesellschaftliche Verantwortung». Der wirklich republikanische Bürger bräuchte diesen Wink mit dem Zaunpfahl nicht – er handelt selbst und ohne staatliche Aufforderung. Hatte der Verfassungsgeber plötzlich Bedenken oder ein schlechtes Gewissen? Ist nicht mehr der republikanische, sondern der «nachliberale» nur noch an Rechten und Konsum interessierte Bürger zu seinem Leitbild geworden? Die Lage der Freiheit zu Beginn des 21. Jahrhunderts konnte der Verfassungsgeber mit der Bestimmung des Art. 6, die dem umfangreichen Grundrechtskatalog vorausgeht, nicht besser zum Ausdruck bringen: Der nachliberale Konsumbürger löst den selbstverantwortlichen, republikanischen Bürger ab.

### Vergesellschaftete Freiheit

Im Schatten der selbstverständlichen Grundrechte wächst – stets aus der Sicht eines Liberalen des 19. Jahrhunderts – unaufhaltsam die neue vergesellschaftete Freiheit, die die liberale Freiheit sanft und leise, aber unaufhaltsam verwandelt. Es wäre falsch, von «abschaffen» zu sprechen, denn die Prozesse verlaufen langsam und mit Zustimmung einer grossen Mehrheit der Bevölkerung, die sich noch immer «frei» fühlt und ihre Freiheit in der Verfassung widergespiegelt sieht. Ein Protest gegen diese Entwicklung ist nicht möglich, weil sie ja in bester Absicht erfolgt und alles zu einem noch besseren Zustand hinzuführen scheint. Dem Protest fehlte auch der Anlass, denn in materiell-finanzieller Hinsicht sind die Menschen des 21. Jahrhunderts tatsächlich «freier» geworden.

Die Freiheit erfährt im gegenwärtigen Zeitalter eine kopernikanische Umwertung. Die Menschen übergeben dem Staat die Verantwortung für den weiteren Erhalt von Freiheit. Der Bürger des 21. Jahrhunderts wünscht sich die Freiheit aber ebenso wie sein Vorfahre des 19. Jahrhunderts. Der gegenwärtige Bürger kann sich in seinem Lebensumfeld die Freiheit ohne Mithilfe des Staats nicht mehr denken. Es ist ein neuer Bürger entstanden. Hält diese Entwicklung an, so wird auch eine andere, eben nachliberale Demokratie entstehen. ◀