



## Report

# Die Zukunft als Herausforderung des Rechts ein Entwurf zum Mitdenken (Variante 26. Juni 2007)

**Author(s):**

Lendi, Martin

**Publication Date:**

2007

**Permanent Link:**

<https://doi.org/10.3929/ethz-a-005392042> →

**Rights / License:**

[In Copyright - Non-Commercial Use Permitted](#) →

This page was generated automatically upon download from the [ETH Zurich Research Collection](#). For more information please consult the [Terms of use](#).

*Ein Entwurf zum Mitdenken*  
(Variante 26. Juni 2007)

# **Die Zukunft als Herausforderung des Rechts**

**Martin Lendi**

Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Rechtsanwalt,  
em. o. Professor für Rechtswissenschaft ETH  
Zürich)

## **DER AUTOR**

Martin Lendi, geb. 1933, war o. Professor für Rechtswissenschaft der ETH Zürich (1969 bis 1998). Er pflegte dabei das Staats- und Verwaltungsrecht mit besonderen Vorlieben für das Raumplanungs-, Bau- und Verkehrsrecht sowie die Einführung in das Recht. Von 1969 bis 1987 wirkte in der Leitung, zeitweise als Vorsteher, des damaligen ORL-Instituts der ETH Zürich (Institut für Orts-, Regional- und Landesplanung) mit und nahm anschliessend bis 1998 die Pflichten eines selbständigen Professors für Rechtswissenschaft wahr. Er war an der ETH Zürich Vorsteher der Abteilung für Geistes- und Sozialwissenschaften, Vorsteher des Departementes für Recht und Ökonomie sowie Mitglied der Planungskommission. Auf Bundesebene nahm er eine umfangreiche Beratertätigkeit wahr. Von 1961-1969 wirkte er als Generalsekretär des Baudepartementes des Kantons St. Gallen.

Der Autor ist o. Mitglied der Deutschen Akademie für Raumforschung und Landesplanung, Träger des Camillo Sitte-Preises der TU Wien und der Republik Österreich sowie Dr. h.c. der Universität für Bodenkultur in Wien. Seine Publikationen reichen von der Einführung ins Recht und in die schweizerische Raumplanung über Kommentierungen von Verfassungsartikeln bis zu Sonderthematika der Theorie der Raumplanung, der politisch, sachlich und ethisch indizierten Raumplanung am Beispiel der Schweiz sowie der Politikberatung. Seine Aufsätze sind gleich in mehreren Buchpublikationen zusammengefasst: Recht und Politik der Raumplanung; Lebensraum, Technik und Recht; Bewährung des Rechts; Verkehrsrecht; Gesellschaftlich vernetztes Recht.

Vervielfältigte Ausgabe, Mitte 2007  
Eine Druckfassung bleibt ausdrücklich vorbehalten  
Zürich/Küsnacht  
Copyright hat sich der Autor vorbehalten

# **Die Zukunft als Herausforderung des Rechts**

**Martin Lendi**

Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Rechtsanwalt

Em. o. Prof. für Rechtswissenschaft, ETH Zürich

# Vorwort

Recht und Rechtswissenschaft sind *Vorurteilen* ausgesetzt. Sie reichen vom Formalismus bis zur Lebensferne, von der Vergangenheitsorientierung bis zur moralischen Vereinnahmung.

Zusammengefasst geht es um das Vorurteil, das Recht diene nicht der Gerechtigkeit und der Bedürfnissen der Gesellschaft zu, sondern Selbstzweck, teilweise sogar abseits des gesunden Menschenverstandes, zu sein. Darin eingeschlossen ist der Vorwurf, gegenüber dem Aktuellen und dem Morgigen nicht aufgeschlossen zu sein, retardierend statt innovativ zu agieren. Auf sie zu antworten ist nicht einfach. Vorurteilen haftet Richtiges an. Auf der andern Seite sind sie in der Regel weniger als Halbwahrheiten. Gegen sie anzutreten zwingt zur Auseinandersetzung mit der Schlüsselfrage, die es herauszuschälen gilt. Sie scheint in den Spannungsfeldern von Recht und Wirklichkeit, Recht und Zeit, resp. in deren Zusammenfassung zu liegen. Der moralische Anspruch und die Verbindlichkeit sind zwar Gründe für Ärgernisse und für Fragezeichen, doch wird auf die Ansprüche an das Gerechte und an die Durchsetzbare selten genug verzichtet, während das Hinterherhinken und der Realitätsverlust dauernde Anklagepunkte bleiben.

Dies veranlasste zur Frage, *wie es das Recht mit der Zukunft hält*, in der Wirklichkeit und Zeit sich begegnen, sogar dynamisch, voranschreitend. Den bekannten Vorurteilen gegenüber dem Recht ist eigen, dass sie das Recht als Eigengrösse, als solches anschauen. Es steht aber nicht isoliert für sich. In die Relation zu den Fakten ist es eingebunden. Auf die tatsächlichen Verhältnisse hat es notwendigerweise zu achten, weil es diesen. Gegenüber der Wirklichkeit hat es sich zu bewähren. Der Fluss der Zeiten, das sich ändernde Umfeld, die gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen wie auch umweltseitigen Entwicklungen fordern das Recht heraus. Die Politik hackt nach und insistiert, nicht immer sachadäquat wie auch rechtskonform, aber doch mit Nachdruck, - und recht

Die Tätigkeit an der ETH Zürich hat mich – vor allem von Seiten der Natur- und Technischen Wissenschaften – immer wieder neu an die Frage herangeführt, wie das Recht mit virulenten Innovationen und der werdenden politischen, wirtschaftlichen, sozialen und lebensräumlichen Wirklichkeit umgeht. Versuche, sich gleichzeitig mit der Zukunft und mit dem Recht zu befassen, stellten sich ein. Sie wurden zur permanenten Anregung. Bald einmal setzte das Nachdenken über die Planung als Auseinandersetzung mit der Zukunft, über die politische Planung, die Raumplanung, die Verkehrsplanung, kurzum über die geläufigen Planungsaufgaben und das Planungsrecht ein. Dieser Ansatz beflügelte das Befassen mit der Begegnung von Recht und Zukunft. Als Gefahrenpunkt erwies sich die relative Nähe zum öffentlichen Recht unter Zurücknahme des Privatrechts und die Ferne zur Rechtsmethodik wie auch zur Rechtslehre und zur Rechtsphilosophie. Diese Defizite zu überwinden wurde zur Herausforderung.

Auffallend: Die Zahl der Titel, die sich explizit mit dem Verhältnis von Recht und Zukunft befassen, ist nach wie vor klein. Versteht sich das Recht von sich aus zukunftsgerichtet? Damit aber kann die übliche Lücke in Stichwortverzeichnissen nicht erklärt werden. Eine gewisse Scheu –gar Respekt? – vor der offenen Zukunft dürften die wahren Ursachen bilden. Die Brücke zwischen dem Postulat der Rechtssicherheit und den Ungewissheiten, wie sie mit der Zukunft verbunden sind, ist noch nicht geschlagen.

Auf die ersten Niederschriften einiger Gedanken erhielt ich zahlreiche Anregungen. Besonders intensiv haben sich die Herren Rechtsanwälte Dr. Hans Bollmann (Zürich/Küsnacht), Dr. Hein Heller (Meilen/Zürich), Dr. Hans Rudolf Steiner

(Küsnacht/Zürich) und Dr. Daniel Trümpy (Forch/Zürich) geäußert. Ihnen sei ausdrücklich gedankt – von Herzen. Eine Skizze, bezogen auf den engeren Bereich von Planung und Recht, entwarf ich für Pierre Moor (Lausanne): „Die Zukunft – eine Frage and das Recht“, *Mélanges Pierre Moor*, Bern 2005, S. 129 ff. Impulssetzend aber war für mich der Beitrag, den Micheal Kloepfer, *Zukunft und Recht*, mir gewidmet hat in: *Das Recht in Raum und Zeit*, Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, S. 253 ff. Er ist der unmittelbar Grund meines Nachdenkens.

Martin Lendi

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort  
Inhaltsverzeichnis  
Zusammenfassung

- I. Rückwärts- und Vorwärtsorientierung
- II. Vorwürfe, Fluchtbewegungen
- III. Zeit
- IV. Zukunft
- V. Zukunftsfähigkeit
- VI. Rechtsstrukturelle Zukunftsorientierung
  - 1. Abstraktheit
  - 2. Auslegung
  - 3. Ermessen
  - 4. Generalklauseln
  - 5. Privatautonomie/Vertragsfreiheit
  - 6. Organisationsrecht
  - 7. Änderbarkeit des Rechts
- VII. Besondere Mittel der Zukunftsbefassung
  - 1. Betonter Einsatz der rechtsstrukturellen Potenzen
  - 2. Offenheit gegenüber dem internationalen Recht
  - 3. Bevorzugung privatrechtlicher Wege
  - 4. Gefahrenabwehr, Risikoreduktion, Versicherung
  - 5. Planung und Pläne
  - 6. Finale Rechtssätze
  - 7. Lenkungsmassnahmen
  - 8. Koordination wider Zukunftsverengungen
  - 9. Das Prinzip der Nachhaltigkeit
  - 10. Das Prinzip der Subsidiarität
- VIII. Einheit der Rechtsordnung
- IX. Involvierte Rechtspolitik
- X. Strategieelemente
- XI. Gegenwärtigkeit als Voraussetzung der Prospektivkompetenz
- XII. Renaissance der Allgemeinen Lehren
- XIII. Zukunftsfähigkeit des Rechts – Zukunft des Rechts

## Zusammenfassung

*Die Zukunft tritt als Herausforderung an das Recht heran, gleichzeitig steht die Frage nach der Zukunft des Rechts im Raum. Die beiden Probleme sind unterschiedlicher Art und doch sind sie eng miteinander verbunden. Lahmendes Recht ist nicht zukunftstauglich. Die schleichende Angst vor der Degeneration des Rechts und der Rechtsidee, ja vor einem Abgleiten der Gesellschaft verleitet zu Abwehrhaltungen gegenüber der Zukunft. Das Recht ist nicht nur morgen, es ist als Kulturgut zu allen Zeiten gefährdet – es muss sich deshalb jederzeit neu bewähren und legitimieren, aktuell und zukunftsbewusst. Dazu gehört ein wacher, gleichzeitig kritischer Sinn für die politische, wirtschaftliche, soziale und lebensräumliche Wirklichkeit.*

*Das Recht ist der Zukunft gegenüber offener als gemeinhin vermutet wird. Seiner Struktur nach (Abstraktheit, unbestimmte Rechtsbegriff, Ermessen, Lenkungsmaßnahmen, Vertragsinhaltsfreiheit, Zweckbestimmungen und Organisation von Unternehmungen, Novellierbarkeit) ist es auf künftiges Verhalten gerichtet, auch wenn in der Gerichts- und teilweise in der Verwaltungspraxis die Beurteilung zurückliegender Sachverhalte dominiert.*

*Es ist insbesondere die Vertragsinhaltsfreiheit, welche einen kreativen Umgang mit Ungewissheiten und Risiken sowie deren Absicherung erlaubt. In die gleiche Richtung weisen die unternehmerischen Freiheiten, welche das Gesellschaftsrecht einschliesst. Aber auch im Rahmen des öffentlichen Rechts können künftiges Verhalten sowie Unwägbarkeiten angegangen werden, bis und mit Vorsorgemaßnahmen in Form von Geboten und Verboten, aber auch durch das Verhalten steuernde wirtschaftliche Anreize, zum Beispiel mittels Lenkungsabgaben. Die öffentliche Akzeptanz von Grossrisiken aus Naturgefahren und technischen Einrichtungen ist immer wieder neu zu gewinnen. All diese Schritte zeugen von Zukunftskompetenz.*

*Wege, die Zukunft direkt anzusprechen, sind mit der Planung (als Auseinandersetzung mit der Zukunft) und dem Instrument der Pläne vorgezeichnet. Sie sind für die Unternehmungsplanung und für die Politik im Allgemeinen und die Sachpolitiken bedeutsam. Ergänzend tritt die Verwendung finaler Rechtssätze (zielbetonte Normen) an die Seite. Die Akzentsetzung auf die Wirkungen des Rechts (vor allem bezogen auf die Verwaltungstätigkeiten, NPM)) verweist ebenfalls auf die Zukunft. Im Vordergrund aber steht die Zuwendung zum privat- marktwirtschaftlichen Handeln auf der Grundlage der Privatautonomie, das erhöhte Flexibilitäten und damit erhöhte Zukunftsnahe einschliesst.*

*Noch einen Schritt weiter geht die Rechtspolitik. Sie bezieht sich auf die Zukunft, soweit sie nicht einseitig auf die Erfahrung abstellt. Dabei teilt sie, vor allem repräsentiert durch den Gesetzgeber, ihre Verantwortung mit der Rechtswissenschaft, die für die Rechtsrelevanz, die angemessene normative Erfassung sowie die abgestimmte strukturelle und systematische Einbindung in die Rechtsordnung verantwortlich zeichnet. So besehen ist die Rechtswissenschaft im Verbund mit der Rechtspolitik retro- und prospektiv orientiert. Sie kommt deshalb nicht darum herum, Strategien der Rechtsfortentwicklung zu entwerfen, u.a. mit dem Ziel, der Kernsubstanz des Rechts (u.a. den Grundprinzipien) zu erhöhter Beachtung zu verhelfen. Gleichzeitig ist ein Abbau der Rechtsmasse anzustreben, u.a. begleitet von Redimensionierungen öffentlicher Aufgaben zugunsten der Selbstverantwortung und privatwirtschaftlicher/-rechtlicher Wege.*



*Gemessen an der Herausforderung „Zukunft“ liegt das zentrale Problem im Umgang mit dem Ungewissen. Auf der Ebene des Rechtsrelevanten ist dabei nicht alles und jedes ungewiss. Dennoch verbleiben Nicht-Wissen und Risiken – mit und ohne Wahrscheinlichkeiten der Lückenschliessung resp. der Klärung der Risikolage. Bei der Gestaltung von Rechtsgeschäften wie auch beim Entwerfen von Gesetzen tritt diese Dimension als unumgänglich zu Tage. Selbst auf die Rechtsprechung wirkt sie ein.*

*Des Rechts eigene Zukunft steht und fällt zu einem erheblichen Teil mit der Steuerungskraft gegenüber sich ändernden Realitäten. Sie wird in die Zukunft hinein neu belastet sein, beispielsweise: Die Wissens- und Informationsgesellschaft lässt sich zunehmend verleiten, Normen als Fakten hinzunehmen. Darunter leidet – längerfristig – das Verständnis des Rechts. Dieses könnte bald einmal als eine Summe von Informationen erscheinen, die gleich einem Datensatz abgerufen und nach Interessen operationalisiert werden. Zudem bekundet die Gesellschaft anhaltend Abneigungen gegenüber dem Normativen und Verbindlichkeiten. Dem haben die Rechtswissenschaft und die Rechtspolitik zu widerstehen, da das Recht ohne das Verbindlichkeitselement und ohne Normativität sein Wesen einbüsst. Das Resultat wäre eine (letztlich rechtlose) Gesellschaft, die sich grundsatzleer an „Gesetzen“ als Verhalten- und Organisations- sowie Verfahrensmöglichkeiten orientiert.*

*Die Zukunft des Rechts hängt nicht allein von seiner Fähigkeit ab, sich der Zukunft zu öffnen, die Rechtsstrukturen zu sichern und die Normativität zu bewahren. Es hat sich zu allen Zeiten zu bewähren – aktuell und ausgreifend, und zwar nicht an seinen Rändern und in seinen Spezialisierungen, sondern im Kern. Und dieser hat mit Freiheit, Gerechtigkeit, Frieden, Verantwortung, Normativität und Verbindlichkeit zu tun. Er hat als materielles das Recht (resp. die Rechtsordnungen) in seiner Gesamtheit und bis in die Verästelungen stets neu zu durchdringen. Nicht unwesentlich ist dabei die Sensibilität des Rechts- und Unrechtsbewusstseins der Normsetzer und Adressaten. Diese wird durch das Gewissen und dieses unter anderem durch die Wahrnehmung des geltenden Rechts, wie es sich äussert und wie es sich materiell einbringt und durchsetzt, geprägt.*

*Eine besondere Schwierigkeit für das Recht und seine Zukunft liegt in der Relativierung der Staaten bei gleichzeitigem Heranwachsen der internationalen Organisationen. Eine gewisse Sorge um das bis anhin vornehmlich durch die Verfassungsstaaten verbrieften Rechtsdenkens kann nicht wegdiskutiert werden. Sie ist umso mehr berechtigt, als das internationale Recht noch nicht jene Verankerung erfahren hat, derer das Recht bedarf, um Vertrauen und Verbindlichkeit ausstrahlen zu können. Zudem lastet die kulturelle Vielfalt mit variierenden ethischen Ansprüchen auf dem sich verändernden Recht. Die Menschenrechte haben die vorbehaltlos stringente Anerkennung und Geltung noch nicht allenthalben erlangt. Etwas besser steht es um die allgemeinen Grundprinzipien des Rechts. Das Ende dieser kritischen Phase ist aber noch nicht abzusehen. Des Rechts Zukunft hängt unter anderem von seiner Fähigkeit ab, die Anforderungen der Zukunft aufzunehmen.*

*Nichts Wahres lässt sich von der Zukunft wissen.  
Friedrich Schiller<sup>1</sup>*

*Was die Zukunft bringt, wissen wir nicht, aber  
dass wir handeln müssen, wissen wir.  
Friedrich Dürrenmatt*

*Dass wir Zeit haben und in der Zeit leben, heisst,  
dass wir in der Wende leben.  
Karl Barth*

*Das Recht nicht veralten und verrostet zu lassen,  
es so fortzubilden, dass es trotz der veränderten  
Umstände nicht zu Unrecht wird, das ist die  
Aufgabe. Und das ist die wichtigste Aufgabe;  
nicht die Erläuterung und Abklärung des  
gegebenen Rechts, das ja gar nicht unklar zu  
sein braucht, ist das Wesentliche, sondern die  
rechtzeitige Erneuerung.  
Walther Burckhardt*

*Rechtsetzung und Rechtsprechung sind die  
menschlichen Tätigkeiten, in denen das  
Juristische zur Geltung kommt.  
Max Huber*

*Die Aktualität der Sorge für die Zukunft als  
Rechtsproblem – mit den konkreten Fragen der  
Unversehrtheit und des Überlebens der Menschen  
und ihrer Mitwelt – ist heute offensichtlich.  
Jörg Paul Müller*

Die *Begegnung und das Verhältnis von Recht und Zukunft* umfasst einen doppelten Fragenkomplex – nämlich jenen nach dem *Verhältnis von Recht und Zukunft*, dann aber auch jenen nach der *Zukunft des Rechts*. Der erste: Ist das Recht hin zum Morgigen offen oder verschliesst es sich dem Künftigen? Ist die Wissenschaft vom Recht eher rückwärts oder vorwärts orientiert? Und der zweite: Wie steht es um das Recht in zehn, zwanzig Jahren? Wird es sich unter dem Einfluss des gesellschaftlichen Wandels halten? Wird es von einem ausreichenden Rechtsbewusstsein getragen sein? Wird die Rechtswissenschaft im Konzert der Wissenschaften weiterhin mitspielen oder unterliegt sie, beispielsweise der Ökonomie? Die beiden Problemstellungen lassen sich nicht beliebig trennen. Die künftige Schicksal des Rechts ist eng verbunden mit dessen Fähigkeit, auf die Zukunft zuzugehen. Recht, das mit

---

<sup>1</sup>Friedrich Schillers Wort ist der „Braut von Messina“ zu entnehmen. Das Zitat von Friedrich Dürrenmatt wird diesem (ohne Fundstelle) verbreitet zugeschrieben. Die weiteren Zitate stammen aus: *Barth Karl*, *Kirchliche Dogmatik*, Bd. II/1, Zollikon 1940, S. 707 (Satz verkürzt); *Burckhardt Walther*, *Die Aufgabe des Juristen und die Gesetze der Gesellschaft*, in: idem, *Aufsätze und Vorträge 1910-1938*, Bern 1970, S. 95; *Huber Max*, *Wesen und Würde der Jurisprudenz*, in: *Vermischte Schriften*, Bd. III, Zürich 1948, S. 32; *Müller Jörg Paul*, *Der politische Mensch – menschliche Politik*, Basel 1999, S. 98.

dem Künftigen hadert oder es aus dem Blickfeld verbannt, hat voraussichtlich nur geringe Chancen auf eine eigene selbstbewusste und vielseitig anerkannte Zukunft. Von ihr bedrängt und zum Verrosteten verurteilt würde es, wenn es mit der Zukunft bricht.<sup>2</sup>

Die zweifache Fragestellung wächst vor dem *Hintergrund einer politischen, wirtschaftlichen, sozialen und auch lebensräumlichen Wirklichkeit* heran, die in Bewegung ist, gleichzeitig wenig normatives Bewusstsein entwickelt und deshalb auch dem Schärfesinn für Recht und Unrecht wenig Beachtung schenkt. Die Nähe von Recht und Wirklichkeit erlaubt es dem Recht nicht, über die Realitäten hinwegzusehen. Es darf nicht von ihnen abheben. Nicht Selbstzweck ist es. Das Verhalten ordnende, Organisationen stärkende und Verfahren festigende Funktionen sind ihm eigen. Dabei muss es auf die Wirklichkeit, wie sie nun einmal ist, zugehen, selbst auf ein geistiges, soziales Umfeld, das dem Recht und dem Normativen nicht in allen Teilen gut gesinnt, unter Umständen nicht gewogen ist. Dennoch muss das Recht Recht bleiben. Und dies schafft es, wenn es seine innerste Substanz wahrt und im Übrigen sich mit der Wirklichkeit befasst und diese anzugehen versteht. Es ist also gleichsam das innere *Dilemma des Rechts*, die zu ihm gehörenden inhaltlichen Grundprinzipien von Freiheit, Selbstverantwortung, Menschenwürde, Treu und Glauben, des Willkürverbotes, der Machtbegrenzung, fairer Verfahren usw. aufrechtzuerhalten und sich gleichzeitig mit den sich ändernden Gegebenheiten und Vorgängen auseinander zu setzen – im vollen Bewusstsein, dass der Sinn für Konstanten und Veränderungen wie auch für das Recht im allgemeinen wie auch im speziellen nicht zu allen Zeiten gleich ausgeprägt ist. Erschwert wird dies alles vor den Hintergrund einer ungewissen Zukunft, auf die sich Fakten und Normen hinzu bewegen. Gerade aber weil das Recht – es beurteilt nicht nur das Vergangene – das Gegenwärtige und das Zukünftige angeht, fällt ihm die heikle Aufgabe zu, *das Beständige und das sich Verändernde im Auge zu behalten* und die Begegnung von Recht und Wirklichkeit zu gewährleisten. Die Wirklichkeit fordert das Recht genau so heraus wie das Recht bemüht ist, auf das reale Geschehen nach normativen Kriterien, soweit angezeigt, Einfluss zunehmen.

Die Entflechtung der beiden Grundfragen nach dem Zutritt des Rechts zur Zukunft und zur eigenen Zukunft wird in den nachstehenden Ausführungen nicht gesucht. Sie sind eben eng vernetzt. Im Zentrum der hier ausgebreiteten Überlegungen steht allerdings *zunächst die Frage nach der Zukunftsoffenheit des Rechts*. Diejenige nach dem künftigen Stellenwert wird gleichsam mit auf den Weg genommen. Sie durchbricht dann die erste und steigert sich bis zu einer *Strategie der Sicherung der Zukunftsfähigkeit, die gleichzeitig auch den künftigen Stellenwert zu gewährleisten trachtet*. Die Stellenwertsproblematik schwingt also gleichsam allenthalben mit. Darin eingeschlossen ist die Problematik der Ökonomie des Rechts mit dem Element der Begegnung von Effizienz und Recht, sogar von Effizienz und Gerechtigkeit – stets bedacht vor dem Hintergrund der Zukunftsfrage.<sup>3</sup> Nicht minder gewichtig ist das

---

<sup>2</sup> Die Zukunftsfrage wird in der schweizerischen Rechtslehre – *expressis verbis* – nicht sehr häufig angegangen. Sie ist aber präsent, wenn auch indirekt, vor allem dort, wo Fragen der Rechtspolitik verfolgt, wo die Dimensionen der Gesetzgebung angesprochen und wo die kreativen Aspekte der Rechtsanwendung resp. der Auslegung untersucht werden. Direkt aufgerufen wird die Zukunft bei *Lendi Martin*, Die Zukunft – eine Frage an das Recht, bedacht vor dem Hintergrund von Recht und Planung, in: *Bovay Benoît /Nguyen Minh Son (Hrsg.)*, Mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Bern 2005, S. 129 ff. Zur Frage der Zukunft des Rechts sind zwei Aufsatzsammlungen bemerkenswert: *Meier-Schatz Christian J. (Hrsg.)*, Die Zukunft des Rechts. Forschungsgespräch der Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Universität St. Gallen, ZSR-Beiheft 2, Basel 1999; *Hochschule St. Gallen (Hrsg.)*, Zukunftsaufgaben in Wirtschaft und Gesellschaft, Festschrift zur Einweihung der neuen Gebäude der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Zürich/St. Gallen 1963

<sup>3</sup> Die Frage nach dem Verhältnis von Ökonomie und Recht stammt im wesentlichen aus den USA, wurde aber auch in der Schweiz schon früh traktandiert, hier vor allem von Bruno S. Frey und René I. Frey, wohl zuerst durch Henner Kleinewefers. Siehe dazu *Frey René L.*, Wirtschaft, Staat und Wohlfahrt, 11. A., Basel 2002, S. 14

Beleuchten des rechtsethischen Gehaltes des Rechts, der dessen Normativität beeinflusst und das Zweckdienliche mit der Ethik konfrontiert.<sup>4</sup> Dies alles ändert aber nichts daran, dass das Recht nicht nur Stütze der Zukunftsoffenheit ist, sondern auch Verengungen, Fehlleistungen, gar Verschluss oder Verirrung einschliessen kann. Das Negative hat seine Geschichte genau so geprägt, wie die grossartigen Aufbrüche hin zu Freiheit und Mündigkeit seiner Adressaten, im Idealfall gleichzeitig Gewissens- und Politikentscheidungsträger.

Nicht um Vorhersagen, wie sich das Recht entwickeln wird, schon gar nicht bis in alle Verästelungen hinein, geht es in dieser Abhandlung. Das Grundsätzliche soll berührt und mobilisiert werden.

## I. Rückwärts- oder Vorwärtsorientierung

Die Frage nach der Zukunft als Herausforderung des Rechts ist mit der verbreiteten *These* belastet, *Recht und Rechtsordnungen seien insgesamt rückwärts orientiert*, das Recht urteile über vergangene Sachverhalte und stütze sich selbst bei der Rechtsetzung vorweg auf Erfahrungen und also auf Vergangenes. Es zögere, von künftigen Anforderungen her zu disponieren, beispielsweise wage es nicht, den umwelttechnischen Fortschritt rechtlich herbeizuzwingen. Damit einher geht der allgemeine Vorwurf des nachträglichen Erfassens und Regelns von Sachverhalten. Das Recht laufe den Fakten aus Politik, Wirtschaft, Gesellschaft, Umwelt und Technik hinten nach. Es verkomme zum Nachvollzug unter Verzicht auf einflussnehmende Steuerung. Die Rechtspolitik sei zu wenig problemnah, die Gesetzgebung zögere, die Rechtsanwendung sei aktenlastig und die Lehre vom Recht sei insgesamt eine retroprospektive Wissenschaft.<sup>5</sup>

In ihrer Absolutheit ist die These, so gebe ich in den nachfolgenden Darlegungen – gleichsam als *Antithese* – zu bedenken, nicht haltbar: *Das Recht ist breiter und intensiver auf die Zukunft gerichtet als gemeinhin angenommen wird. Von seiner Methodik und seinem Selbstverständnis her bemühe es sich um Zukunft. „Le droit ne régit pas le passé, mais le présent et l’avenir.“*<sup>6</sup> Der zu „verhaltene impetus“ der Rechtswissenschaft, auf die Zukunft

---

ff. Grundlegend: *Frey Bruno S.*, *Ökonomie ist Sozialwissenschaft, Die Anwendung der Ökonomie auf neue Gebiete*, München 1990.

<sup>4</sup> Die schweizerische Rechtslehre weist eine reiche Tradition der Betonung der Rechtsethik auf. Erinnerung sei hier lediglich an *Egger August*, *Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2.A., Zürich 1950. Für das schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht genügen Hinweise auf die Namen von Carl Hilty, Walther Burckhardt, Max Huber und Werner Kägi.

<sup>5</sup> Eine grundlegende Analyse vermittelt *Kloepfer Michael*, *Zukunft und Recht*, in: Ruch/Hertig/Nef (Hrsg.), *Das Recht in Raum und Zeit*, Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, S. 253 ff. Er geht von dieser These aus und ruft nach einer prospektiven Rechtswissenschaft. Verwoben in die Frage nach der Zukunftsorientierung ist die Spannweite von „law and economics“. Besonders betont werden Effizienz Aspekte. Dazu *Klaus Mathis*, *Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts*, Berlin 2003. Die Besprechung von *Nobel Peter*, *Wie sich Effizienz und Gerechtigkeit vertragen*, NZZ Nr. 128, Zürich 2005 (4./5. Juni 2005) ist nicht minder bedeutsam. Siehe sodann *Müller Jörg Paul*, *Demokratische Gerechtigkeit – eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung*, München 1993, wo die kommunikative Kompetenz betont wird. In seiner Abhandlung über den politischen Menschen resp. menschliche Politik tritt derselbe Autor auf die Relation Recht und Zeit ein, *idem*, *Der politische Mensch – menschliche Politik*, Basel 1999, S. 89 ff. Die Frage nach einem prospektiven Recht nimmt neuerdings auf: *Bühler Theodor*, *Prospektive Gesetzgebung und Vertragsgestaltung*, Zürich 2005.

<sup>6</sup> Pierre Moor (Lausanne) in einem Brief vom 11.8.2005 an den Autor.

zuzugehen, muss dennoch beim Namen genannt werden.<sup>7</sup> Mit guten Gründen kontert die Antithese: Wenn sie da und dort, so gegenüber der technischen Entwicklung, gleichsam zu spät komme, so hänge dies mit des Rechts Verhaftet-Sein im Gesellschaftlichen zusammen. Es setze eben soziale Problemnähe voraus, stemme sich also nicht gegen Neuheiten und Veränderungen, greife aber erst dann ein, wenn gesellschaftliche Verträglichkeiten tangiert, gar verletzt oder neu gefordert werden. Ein Vorwegnehmen des Erahnbaren durch voreilige Regelungen würde das Zukünftige in seiner sozialen Dynamik eindämmen. Des Rechts Zurückhaltung ist nach der Antithese – ein Widerspruch? – nicht Zeichen der Rückwärtslastigkeit, sondern Niederschlag der gewollten, bedingungslosen Zukunftsoffenheit, die Neues zulässt. Regelnd greife es erst dann ein, wenn sich politische, wirtschaftliche, soziale und/oder ökologische sowie technische relevante Sachverhalte einstellten. Nicht die Veränderung als solche fordere das Recht heraus, sondern erst die rechtsrelevante. Aufgrund seiner Novellierbarkeit widersetze es sich mithin Neuerungen nicht, ja offen sei es ihnen gegenüber.

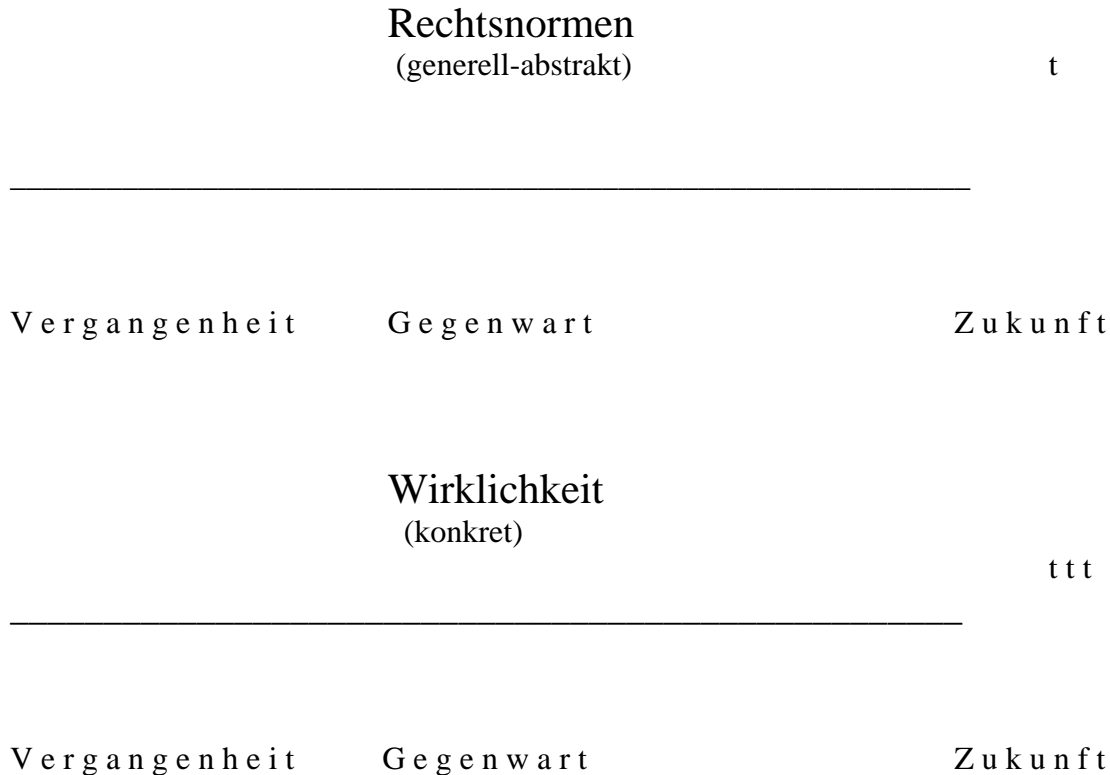
Die These und die Antithese dürfen nicht isoliert betrachtet werden. Sie müssen vor dem Hintergrund der *gesellschaftlichen Wirklichkeit* und also auch der *Rechtswirklichkeit* gesehen werden. Ihre Tragweite wird erst auf diese Weise erkennbar. Die tatsächliche Wirklichkeit und die Rechtswirklichkeit sind im Fluss, was allerdings nicht heisst, sie würden sich mit der gleichen Geschwindigkeit und also parallel verändern. Erfahrungsgemäss bewegt sich das tatsächliche Geschehen schneller, das Recht langsamer, wie etwa der Wertwandel zögerlicher vor sich geht als die Wirklichkeit. Das Postulat der Rechtssicherheit, die Verbindlichkeit des Rechts, der Schutz des Bestandes vermögenswerter Rechte, um nur drei Faktoren zu erwähnen, hemmen zusätzlich den Fluss der Rechtswirklichkeit, nicht aber jener der sachlichen, gesellschaftlichen, politischen, wirtschaftlichen und ökologischen Realitäten.. Dessen ungeachtet sind Recht und tatsächliche Wirklichkeit in Bewegung – beide. Das Recht ist dem Grundsatz nach, was nicht hinreichend genug betont werden kann, änderbar, sogar die Verfassung ist es.<sup>8</sup> Dass da und dort Hürden eingebaut sind mit dem Ziel, den Drang zu Rechtsnovellierungen zu verstetigen, ändert nichts an der Änderbarkeit des Rechts. Das Phänomen der Bewegung in der Zeit und mit der Zeit bedeutet nicht, das Recht und vor allem die Kernanliegen des Rechts seien einem beliebigen Wandel unterworfen. Das Recht wird immer von der Freiheit und Würde der Menschen, deren Grundrechte, vom Postulat der Gerechtigkeit, von der Rechtsgleichheit, der Rechtssicherheit, von fairen Verfahren und nicht zuletzt von der Verantwortung gegenüber den Mitmenschen für die Folgen des Tuns handeln. Allerdings ist das Verständnis dieser qualifizierten Elemente und des Rechts im Allgemeinen und der besonderen Rechtssätze stets einem gewissen Wandel unterworfen, einfach deshalb, weil sich die Menschen ändern und weil sich die tatsächliche Wirklichkeit mit ihren Ansprüchen an das Recht ändert.

---

<sup>7</sup> Nicht diskutiert wird in dieser Abhandlung die Kritik am Recht als einer Sollens-Ordnung. Unbestritten ist die Scheu bis Ablehnung dieser Zeit gegenüber dem Normativen, vor allem dann, wenn dieses als Recht Verbindlichkeit beansprucht. Insofern wird das Recht nicht nur von der Wirklichkeit und der Zukunft bedrängt, sondern in seinem Grundansatz der Verbindlichkeit des Normativen sogar in Frage gestellt. Zum Wesen und zur Würde der Rechtswissenschaft: *Huber Max*, Wesen und Würde der Jurisprudenz, in: idem, Vermischte Schriften, Bd. III, a.a.O., S. 23 ff.

<sup>8</sup> Art. 192 Abs. 1 BV: „Die Bundesverfassung kann jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden.“ Die Diskussion der formellen und materiellen Schranken wird immer wieder von neuem aufkommen. Die geltende materielle Schranke des zwingenden Völkerrechts betrifft nur das Elementare des Rechts, vom Verbot der Folter bis zum Verbot der Todesstrafe, getragen von der Würde und der Freiheit der Menschen. Am Grundsatz der Änderbarkeit des Rechts wird sich aber nichts ändern, weil das Recht von Menschen für Menschen gesetzt wird und deshalb nicht Selbstzweck sein kann, sondern als menschendienlich sogar unter dem Änderungsgebot stehen muss..

Das Grundproblem kann wie folgt dargestellt werden<sup>9</sup>:



Dabei muss man sich – ungeachtet der Veränderungskräfte – davor hüten, sich permanent in einer Zeit des Umbruchs zu fühlen und von dort her überdynamisch zu argumentieren. Das Recht mit seiner abstrakten Ordnung schafft durch die Abstraktheit Raum für das Reagieren auf Veränderungen. Einerseits schliesst es von seiner Anlage her eine grosse Vielzahl von Sachverhalten ein, selbst solche, die nicht vorsehend bedacht worden sind. Zudem ist es in seiner abstrakten Art interpretierbar und deshalb auch auslegungsfähig mit Blick auf neue Gegebenheiten. Zudem: Jedes Durchdringen, jedes Durchkreuzen der Gegenwart signalisiert zwar eine Wende, erzeugt auf alle Fälle Problemdruck. Das sich entwickelnde Geschehen, sofern es nicht das geltende Recht sprengt, ist für das relativ sachverhaltsoffene Recht nach dem Gesagten nichts Aussergewöhnliches, auch wenn punktuelle Einbrüche und ganze Perioden einen markant werdenden Wandel signalisieren können.

Dennoch muss sich das Recht wiederkehrend Fragen gefallen lassen, sei es durch die Wissenschaft, sei es durch die Politik. Neben den kleinen Alltagsfragen sind grundsätzliche auszumachen: Ist für die heutige Zeit bereits die Informations-Wissensgesellschaft mit ihren eigentümlichen Anforderungen bereits prägend? Mag sein! Und wie steht es um den rechtswirksamen Stellenwert des Normativen gegenüber der virulent gewordenen

<sup>9</sup> t = Zeitachse sowie Veränderungen über die Zeiten; ttt = erhöhte Veränderungsgeschwindigkeiten

Wirklichkeit einer sich internationalisierenden und gleichzeitig sich entsolidarisierenden zwischenmenschlichen Welt? Kommt dem Prinzip von Treu und Glauben in einer moralisch-kritischen Gesellschaft die gleiche Bedeutung zu wie in andern Phasen? Auch darf und muss gefragt werden, ob aufgrund von rechtlichen und tatsächlichen Veränderungsgeschwindigkeiten und betroffenen Sachverhalts-Tragweiten mit dem Künftigen anders, gar völlig anders umzugehen ist als dies bis anhin der Fall war, sicherlich nicht im Banne einer Monothematik, denn die gesellschaftliche und rechtliche Wirklichkeit bleibt immer vielgestaltig, ausholende, überlagernd, überraschend. Dennoch ist auf die erkennbar werdenden Zukunftseigenheiten einzuschwenken und einzutreten. Zu antizipieren ist, was durch Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung, vom Tatsächlichen und vom Rechtlichen her zu beachten sein wird.

Nicht ausweichen kann das Recht der Frage, in welchem Masse es von der Wirklichkeit mitgeprägt wird. Da seine Wirksamkeit u.a. davon abhängt, wie es mit der Wirklichkeit umzugehen versteht, wird es sich immer um diese kümmern und zu verstehen trachten, um dann wertend auf sie zuzugehen. Das Familienrecht kann nicht das Institut der Ehe kompromisslos durchsetzen, wenn es durch die Gesellschaft nicht mehr getragen wird. Die Verfassung kann die Sorge für den Service public nicht aus dem Recht verbannen, wenn die Öffentlichkeit darauf insistiert. Das Finanzmarktrecht muss von den Gegebenheiten der Finanzströme ausgehen, wenn es diese wertend rechtlich erfassen will. Es ist an der Rechtspolitik, gegenüber dem tatsächlichen Veränderungen wach zu sein, wie es auch an der Rechtswissenschaft ist, den Regelungsbedarf, die Regelungsmöglichkeiten und die Einordnung in das Regelwerk zu bedenken. *Die Tatsachenwelt bestimmt zwar nicht das Normative, doch kann und darf das Recht nicht von dieser abheben.* Würde es dies wagen, so würde es den Kontakt zum politischen, wirtschaftlichen und sozialen wie auch ökologischen Geschehen verlieren und nur sich selbst genügen. Deshalb ist die Wirklichkeit zu begleiten und sie ist auf ihre Rechtsrelevanz wie auch auf das vertretbare Spannungsverhältnis von Recht und Wirklichkeit stets zu befragen. Die Realität ist deshalb nicht ohne Einfluss auf das Recht, allerdings nicht als einseitige Quelle. Nicht minder wichtig sind diejenigen des Normativen, des Gebotenen, des zu Verantwortenden nach den Massstäben der Gerechtigkeit und der Freiheit, die dem Recht die Kompetenz des Regierens und der Steuerung von Entwicklungen verleiht.

Weil die gesellschaftliche und die rechtliche Wirklichkeit in Bewegung sind, verbindet sich damit auch die Folgefrage, ob und in welcher Art das Recht auf diese einwirken kann. Vermag es durch vorausseilende Verhaltensanforderungen die Wirklichkeit, beispielsweise zugunsten des Schutzes der Umwelt, zu verändern, vermag es technische Entwicklungen, beispielsweise im Automotorenbau, durch imperative Vorgaben zu beflügeln oder kann es durch neue Straftatbestände oder durch Erhöhungen der Strafandrohungen die Kriminalität reduzieren? In solchen Fragen spiegelt sich die Einstellung zu Zukunft und Recht. Retardiert die These, eröffnet die Antithese Chancen? Und wie steht es dabei um die Rechtssicherheit? Bleiben beim Zugehen auf die Zukunft Rechtspositionen geschützt? Wie erträgt sich prospektive Gesetzgebung mit der Rechtssicherheit? Wie dem auch sei, das Recht wird durch das *Spannungsverhältnis von Recht und Zukunft* gefordert, das Recht kann sich überfordern, es könnte sich aber auch Verantwortungen entziehen, was sich, sollte sich dies ergeben, mit der Gerechtigkeit schlecht vertragen würde.

Inmitten dieses Bestrebens um Konstanz und Erneuerungsfähigkeit des Rechts kündigt sich *ein neues Phänomen* an. Dessen Tragweite ist enorm, das Gefährdungspotenzial für das Recht erheblich. Für den Rechtssuchenden – inmitten der gewordenen Informations- und

Wissensgesellschaft<sup>10</sup> – handelt es sich bei diesen nicht um verbindliche Normen als Teil der Rechtsordnung, sondern um eine *Fülle von Informationen*, gleichsam um einen Datensatz, der nach Suchkriterien fallorientiert abgerufen werden kann und sich nach Interessenlagen operationalisieren lässt. Nicht um Verbindlichkeiten geht es, sondern um Hinweise, um Anregungen für Handlungsmöglichkeiten. Das Recht als Orientierung, als Option, als Hilfestellung? Selbstredend weiss der Geschulte um den Unterschied von Informationen und Normen, von Daten und Rechtssätzen. Doch ist – in der Informations- und Wissensgesellschaft – der Schritt vom Verständnis des Rechts als einer normativen, verbindlichen Ordnung hin zu einem potenziell nützlichen Angebot an Verhaltens- und Organisations- sowie Verfahrens- Informationen nicht weit, ja er liegt sogar angesichts der schwer durchschaubaren Rechtsmasse für all diejenigen nahe, die sich informieren lassen und sich nicht bewusst der Rechtsordnung als einer Summe von verbindlichen Normen zuwenden.

Noch wird das Recht als verbindliche Sollensordnung akzeptiert, doch steht es nicht mehr als „rocher de bronze“. Nicht selten wird seit geraumer Zeit sogar nach Handlungsmöglichkeiten abseits gesucht, beispielsweise dort, wo aus dem Imperativen zum Kooperativen und Partizipativen geflüchtet wird, oder dort, wo Steuerungen über den Markt, Abgaben oder Absprachen forciert werden (nicht ahnend, dass auch solche Formen der rechtlichen Grundlegung bedürfen). Deregulierung, gar Entrechtlichung, wird nicht selten postuliert. Die mit dem unterschwelligem *Abrücken vom Recht* einhergehenden Verluste an demokratischer und öffentlichkeitsbetonter Legitimation, dann auch an Rechtssicherheit, werden dabei leichtfertig übersehen.<sup>11</sup> Mit der bewussten oder unbewussten, beiläufigen oder grundstimmungsmässigen Einstufung des Rechts als Informationsangebot zu instrumentellen Möglichkeiten ist denn auch bald einmal *ein wenig prononciertes Rechts- und Unrechtsbewusstsein* zu diagnostizieren. Ablesbar ist es an Masslosigkeiten, am Tolerieren von Unverhältnismässigkeiten, am Fehlen der Frage, ob das was getan wird, verantwortbar ist, vor allem auch am Ausloten des gerade noch Sanktionslosen. Wer das Recht lediglich nutzt und sich nicht normativ und also auch nicht ethisch – rechtsethisch – angesprochen fühlt, der neigt eben dazu, dieses als individuelle und gesellschaftliche Gewissensfrage nach dem gebotenen und dem verbindlich geforderten Tun zu verdrängen. Das Rechtsempfinden muss deswegen nicht gänzlich verkümmern. In Latenz wird es hoffentlich weiterleben, doch reicht dies nicht hin. Es muss als kritische Grundfrage stets gegenwärtig sein, gerade auch in der Konfrontation mit der Zukunft.

Vorwärts- und Rückwärtsorientierung des Rechts und der Rechtspolitik sind ursächlich mit dem *Hang der Menschen* verknüpft, *sich den Herausforderungen der Gegenwart durch Flucht in die Geschichte oder in die Zukunft zu entziehen*. Hier sind es Veridealisierungen des Gewesenen, dort sind es Utopien des Künftigen. Sie haben viel mit inneren Verunsicherungen zu tun, mit einer gewissen Neigung zum Pessimismus oder einem blinden Optimismus. Dazu besteht häufig genug Anlass. Das Recht bewegt sich auf der dünnen Schicht des Kulturellen, bedroht vom Einbrechen. Für viele Menschen wäre es (vermeintlich) erleichternd besser,

---

<sup>10</sup> Die Wissens- resp. Informationsgesellschaft traut sich viel zu, sei es im Bereich der Verwendung von elektronisch gestützten Instrumenten in ihrer vollen Variabilität und Verfügbarkeit, dann aber auch aufgrund ihrer Selbsteinschätzung, Herr der Informationen und also entscheidungskompetent und -fähig zu sein. Ihr Werden überlagert den wirtschaftlichen Wandel und den Globalisierungsprozess. Sie beeinflussen sich gegenseitig und verändern dabei auch das kulturelle Bewusstsein. Literaturbezogen muss hier auf die moderne Soziologie verwiesen werden, siehe aber auch Streich Bernd, Stadtplanung in der Wissensgesellschaft, Ein Handbuch, Wiesbaden 2005.

<sup>11</sup> Jedenfalls wird neuerdings oft und gern dem öffentlichen Recht ausgewichen und auf das Privatrecht resp. ihm nahestehende Formen gegriffen (Kooperationen statt Imperative). Noch weiter gehen die Schritte, die den Markt an die Stelle gesetzlicher Anordnung setzen, was sachlich angezeigt sein kann, aber nicht zu Ende bedacht ist, wenn die Notwendigkeit der rechtlichen Grundlegung des Marktgeschehens übersehen wird.



wenn es so gut wie früher wäre. Oder alles wäre gut, wenn das aktuell Ungute zugunsten des künftig Besseren abgeschüttelt werden könnte. Belastend ist sie, die Gegenwart. Sie ist dies aber nicht nur deshalb, weil sie Diskrepanzen des Vergleiches mit dem Gewesenen und dem Werdenden in sich schliesst, sondern weil sie zu Entscheidungen, zum Handeln, zum sich verpflichtenden Engagement zwingt. Sie ist gar doppelt belastend, wenn das aktuelle Entscheiden das Ungewisse der Zukunft nicht verdrängt, vielmehr aufzunehmen. Und darin die heutige Verantwortung für die kommenden Generationen sieht. Wie diese – in Front des Heutigen und des Morgigen, aber auch im Bewusstsein für das Vergangene – heranwächst, ist der Umgang mit diesen Dimensionen letztlich nicht mehr als Fluchtmöglichkeit vertretbar, weder nach hinten Ausschau haltend, noch blindlings nach vorn eilend. Das Recht wird sich selbst zum Auftrag, die Rechtspolitik nicht minder. Sie können dabei aus normativem Anspruch heraus gegen die Zeitströmungen oder mit den immanenten Trends aus der Vergangenheit über die Gegenwart auf zu Zukunft zugehen, allerdings nicht getrieben, sondern inspiriert von der Verantwortung für das Recht in seinem Umgang mit der Zeit.

## II. Vorwürfe, Fluchtbewegungen

Der so heikle Umgang des Rechts mit der Zukunft und die Schwierigkeiten des Bedenkens der Zukunftsfähigkeit des Rechts lassen Zweifel am Recht und an seiner Problemlösungsfähigkeit aufkommen – aktuell und morgen. Das Diskutieren sowohl der Expositionsfähigkeit als auch der Zweifel fällt schwer, weil damit immer auch die seit jeher mitlaufende *Frage nach der Tauglichkeit des Rechts* verbunden ist und weil die Wissenschaft als solche auf die Notwendigkeit des kritischen Hinterfragens ihrer eigenen Funktionen verwiesen wird, eine unbequeme Situation, weil der äusserliche Schutzmantel der Wissenschaftlichkeit als Rechtfertigung des täglichen juristischen Reflektierens und Tuns durchbrochen wird. (Methodengewandte Alltags-Wissenschaftlichkeit schützt vor der tiefer ergründenden Wissenschaft als kritisches Hinterfragen – auch in der Rechtswissenschaft. Sie belastet aber Weitsicht und Hellhörigkeit.

Es ist jedenfalls einfacher den Sand in den Kopf zu stecken und so zu tun, wie wenn der Rechtswissenschaft keine Probleme anwachsen würden. Fassbar präsent, etwa *in verbreiteten Vorwürfen, in Vorurteilen gegenüber dem Recht*:

- Es hinke – beispielsweise – der sozialen, technischen, ökonomischen, ökologischen Entwicklung in der Sache und in den weltweiten Zusammenhängen hinterher.
- Das Recht setze seine Steuerungskraft gegenüber der Technik nicht mit dem gebotenen Nachdruck
- Sodann, das Recht habe die Nähe zum Rechtsadressaten verloren und büsse deshalb in steigendem Masse an Vertrauen ein.
- Viertens: Des Rechts und der Rechtswissenschaft Fähigkeiten der sachbezogenen/gesellschaftlichen Problemwitterung seien durch die überbetonte juristische Selbstorientierung und Selbstbeschäftigung schwach geworden, jedenfalls entbehre sie interdisziplinärer Offenheit.
- Fünftens: Die Lehre vom Recht habe die Balance zwischen Effizienzerfordernissen und Gerechtigkeitsintentionen aus den Augen verloren. Das Recht sei zum Hemmschuh des Entscheidens geworden, sei es zulasten von Einzelpersonen, der privaten und öffentlichen Unternehmungen, sei es zulasten der Staaten und der internationalen Organisationen.

- Sechstens: Das Recht verzögere Veränderungsprozesse.
- Siebtens: Das Recht lasse sich von der Politik mit ihren Sonderanliegen treiben und entwickle als Rechtswissenschaft zu wenig Stosskraft in eigener Durchdringung der Gewichtung der Rechtsrelevanz der Wirklichkeit sowie der Steuerung eben dieser Wirklichkeit.

Hinter jedem dieser Vorwürfe und Vorurteile, steht ein Kern Wahrheit. Die Rechtswissenschaft mag noch so gern von Irrtümern der Gesellschaft, der Wissenschaften und der schlecht reflektierenden Politik reden. Sie tut es oft – zu oft? Nicht unwichtig ist jedenfalls, *wie das Recht und die Rechtswissenschaft wahrgenommen werden*. Denn das Recht hat aus seiner Grundfunktion her eine substanziell praktische Seite. Es kann ihm deshalb nicht gleichgültig sein, wie es wahrgenommen wird – sei es von den begleitenden Disziplinen, sei es von der Öffentlichkeit, insbesondere von den Rechtsadressaten. Selbst wenn alle Vorwürfe, als blanke Vorurteile, völlig unbegründet wären, das Phänomen ihrer permanenten Wiederkehr und der relativen Intensität erregt Bedenken: Das Vertrauen in das Recht wird arg belastet. Es ist aber unverzichtbar, weil das Recht eine für alle Menschen geltende Ordnung verbindlich werden lässt, eine zwar schmale, das Wesentliche betreffende, nicht überziehende und nicht überfordernde und just darum überzeugende Ordnung des konkret werdenden Zusammenlebens in der Staatengemeinschaft, in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft.

Besonders deutlich erkennbar werden die Probleme im Umgang mit den Herausforderungen des Rechts am Phänomen von gleichsam hauseigenen, wissenschaftsimmanenten *Fluchtbewegungen und deren Häufigkeit* sowie an der Intensität mit der sie beschritten werden, auch wenn sie selbstverständlich nicht als solche beschrieben oder auch nur wahrgenommen werden. Im Gegenteil, sie werden sogar gewählt, gleichsam als Perfektionierungsschritte der tradierten Rechtswissenschaft, aber doch verbunden mit einem Ausweichen gegenüber den grundlegenden Frage, so bezogen auf die antizipierten Problemstellungen an das Recht aus der Gegenwart und der Zukunft heraus. Es sind deren drei: 1. Sektoralisierung des Rechts, 2. Die Spezialisierung der rechtswissenschaftlichen Teilwissenschaften, 3. Das Forcieren richterlicher Entscheidungen unter Zurückstufung der Gesetzgebung.

1. Ob Kodifikationen notwendige und unverzichtbare Teilbereichserfassungen der Rechtsordnung den gebotenen Weg bilden, kann diskutiert werden. Sie machen dort Sinn, so eine ganzheitliche Sicht angezeigt ist, beispielsweise zwischen Sachenrecht und Vertragsrecht, zwischen Familienrecht und Erbrecht usw.. Sektorale Gesetze, also Erlasse zweckorientierten relativ widerspruchsfreien gegenstandsbezogenen Regelungen, können sich häufig als sachadäquat erweisen, geprägt durch Klarheit und Einfachheit, etwa im Steuerrecht. Sie werden aber dort fragwürdig, wo die inneren Regelungsanliegen nach sachlicher Koordination mit andern Gesetzeswerken rufen, etwas im Verkehrsrecht, oder im Verhältnis von Umwelt- und Raumplanungsrecht. Materielle und formelle Koordinationsbemühungen können hilfreich sein. Fatal wird das Insistieren auf sektoralen Gesetzen dort, wo der politischen Banalität des Hinzufügens gefolgt wird, ohne substanzielle Abstimmungen der Inhalte, Kompetenzen und Verfahren zu suchen – die Spannweite zwischen der ökologischen Bodenschutzgesetzgebung einerseits und einem Umweltschutzgesetz sowie der Möglichkeit eines Umweltschutzbuches, verstanden als Kodifikation des nominalen und funktionalen Umweltschutz. Sektorale Gesetze, beispielsweise auch im Bereich des Verkehrs, sind allein schon wegen ihrer häufig monothematischen Ausrichtung fragwürdig, gemessen an der Wirklichkeit der modernen Problemkomplexitäten des Verkehrs als Nachfrage, Leistungsangebote, Infrastruktur, Betrieb, Organisation usw.

2. Die auffallende Spezialisierung in der Rechtswissenschaft, ebenso in Anwaltskanzleien wie auch in den Gerichten, führt auf eine Zergliederung der Handhabung des Rechts hin, verbunden mit Verständnisbeschränkungen und vor allem mit dem stillschweigend mitlaufenden Verzicht auf die Einheit der Rechtsordnung samt deren Vorgaben. Professuren einzig für Umweltrecht, für Familienrecht, für das Recht der Kapitalgesellschaften, für das Verfassungsrecht, das Strafprozessrecht usw. bedrängen das ganzheitliche Denken – manifest, wenn eine Professur Umweltrecht nicht einmal mehr zu verstehen vermag resp. nicht mehr des Verstehens gewillt ist, was Raumplanungs- und Umweltrecht miteinander zu tun haben könnten und dies gemessen beispielsweise an den unausweichlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Wirtschaftsfreiheit, zur föderativen Kompetenzordnung, zur Rechtsstellung des Bauherrn usw. Die Spezialisierung hängt auch mit der Internationalisierung des Rechts zusammen, dabei auch mit der erst keimenden Struktur der Weltrechtsordnung. Ihr fehlt das verbindende Band, ihr mangelt sogar die Einheit andeutende ideelle Seite einer strukturierten Rechtsordnung. Spezialisten des Internationalen Rechts sind deshalb immer auch in der Sache Spezialisten, des internationalen Währungs-, des internationalen Kommunikationsrecht usw. So erklärbar die Spezialisierung ist, so gefährlich ist sie für die Einheit des Rechts, so abwegig ist sie unter dem Gesichtspunkt der Einfachheit der Rechtsordnung, der Vertrauensbrücken des Rechts.
  
3. Wenn man die Verfassungen liest, die neu formulierte der Schweiz im besonderen, dann fällt auf, die Steuerung der rechtlich erfassbaren und beeinflussbaren individuellen und gesellschaftlichen Prozesse erfolgt durch die Gesetze. Es ist am Gesetzgeber, durch Verhaltens- und Organisations-/Verfahrensnormen, durch Normen des materiellen und formellen Rechts steuernd und lenkend auf das Geschehen einzuwirken, sicherlich begleitet von rechtlich nicht fassbaren politischen Vorgaben, wirtschaftlichen Impulsen und sozialen Implikationen wie auch tatsächlichen Sachzwängen. Werthaltungen sind ebenfalls präsent. Und der Spielraum, den die Privatautonomie beansprucht nicht minder. Immer aber legt das Recht den Akzent auf die Rechtssätze, auf die Normen, auf die verbindlichen Normen, letztlich auf die Gesetzgebung. Die Judikative kommt als Friedensstiftung durch Rechtsanwendung, teils als gekürzte, teils als veranlasste Rechtsprechung zum Zuge, eher als Notlösung, wenn sich das gesetzte Recht nicht von selbst durchsetzt. Die Wirklichkeit ist zunehmend eine andere. Die komplexe Wirklichkeit verhindert, unter anderem wegen der Sektoralisierung und Spezialisierung wie auch begleitet von der Internationalisierung des Rechts, die Steuerung durch den abstrakten Rechtssatz. Sie ruft nach konkreten Anweisungen aufgrund getätigter koordinierten und ganzheitlich interpretierten Anwendungen der sektoralen und spezialisierten Gesetze samt internationalen Verpflichtungen. Erkennbar ist diese Verlagerung im Bedeutungszuwachs der Gerichtspraxis in der Lehre und der rechtswissenschaftlichen Literatur, in der Neufassung der Bundesgesetzgebung über das Bundesgericht, das Bundesverwaltungsgericht usw. In einen Satz gefasst: Die Steuerung von rechtsrelevanten Vorgängen erfolgt nicht mehr vorhaltlos und unmittelbar aufgrund der Gesetze, sondern zunehmend in Ausrichtung auf die Rechtsprechung, auf Einzelentscheidungen, auch wenn die Verfassung dies nicht deutlich macht. Sogar die Rechtsdogmatik schwenkt da und dort auf die Akzentsetzung auf Einzelentscheidungen. Dies hat auch Konsequenzen für den Kreativitätsanspruch. Noch ist die Frage offen, ob er einseitig oder ausgeglichen bei den rechtsanwendenden Behörden/Gerichten oder bei den rechtssetzenden Instanzen liegt.

Offensichtlich gibt es zwischen den drei hier erläuterten Fluchtwegen einen Zusammenhang. Sie sind alle drei letztlich bedingt durch den Komplexitätszuwachs der tatsächlichen Seite und stellen Ausformungen des Ausweichens dar. Die Fluchtwege stehen auch in einem Zusammenhang mit den Vorhaltungen. Auf jeden Fall stellt sich die Rechtswissenschaft nicht ausreichend intensiv der Frage, wer in die Zukunft hinein für die Steuerung rechtsrelevanter Prozesse verantwortlich zeichnet und wie das Recht und die Rechtswissenschaft den sichtbar werdenden Schwierigkeiten entgegenzutreten hat, sei es mit Korrekturansprüchen an sich selbst, sei es mit einem neuen Selbstverständnis. Der Zukunft und den Mängeln des Rechts auszuweichen, kann nicht genügen, denn das kann und darf das Recht nicht: Seine Funktion des Gewährleistens einer verbindlichen, und doch änderbaren, Ordnung des Verhaltens und der Organisationen ist unverzichtbar.

### III. Zeit

Soll die Zukunftspräsenz im geltenden und werdenden Recht voll erfasst werden, so bedarf es des theoretischen Rückgriffs auf die Grundthematik von „Recht und Zeit“.<sup>12</sup> Dabei geht es nicht um Befristungen, Verjährungen und Verwirkungen. Gewichtiger ist bereits das Fragen nach der Änderbarkeit des Rechts, nach dem Novellierungsanspruch gegenüber der verfassten Rechtsordnung.<sup>13</sup> Die Aspekte der Fortentwicklung beziehen sich, so bedeutsam und grundsätzlich sie sind, auf Instrumente der Annäherung und Konfliktvermeidung von Recht und Zeit. In Frage steht hier vorweg das *Einwirken der zeitbedingten, in der Zeit liegenden gesellschaftlichen Umstände*, des sich ändernden Faktischen auf das Recht, auf die Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung, damit auch auf die Demokratie mit ihren Mehrheitsentscheidungen durch Parlament und Volk. Ist das Recht zeitgeist-, zeitumständebedingt? Ist das Spannungsverhältnis von Recht und Wirklichkeit nötig, wie weit ist es dehnbar, wie lasch darf es werden?

Dazu gilt: Der Hinweis auf die Geschichtlichkeit des Rechts ist elementar. Das Recht erweist sich tatsächlich in der Rückschau, wenn auch möglicherweise nicht ausschliesslich, so doch in hohem Masse, als zeitabhängig. Wenn es aber diese Komponente des Wirklichkeitsbezuges einschliesst, dann wird dereinst auch die Zukunft als gelebte gesellschaftliche (politische, wirtschaftliche, soziale und lebensräumliche) Wirklichkeit auf das Recht einwirken, in es einfließen. Der Historizität entspricht also die Zukunftslastigkeit. Allerdings muss dabei, aus heutiger Einsicht in die Endlichkeit und Begrenztheit der Erde mit ihren Lebensräumen – samt ihren Ressourcen – das Verantwortungsbewusstsein gestärkt werden, der Wirklichkeit nicht freien Lauf zu lassen. Da es bereits mittelfristig um das gute Leben, um erfülltes und gelingendes Leben für die Menschen, längerfristig sogar um das Überleben der Menschheit geht oder gehen könnte, bedarf es der *Korrekturen wider den Trend*. Sicher nicht im Detail, immer gerichtet auf das Grundsätzliche, als das Leben betreffend. Die Selbstverantwortung

---

<sup>12</sup> Siehe dazu *Grimm Dieter* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden 1990, daselbst vor allem *Ritter Ernst Hasso*, *Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat*, a.a.O., S. 69 ff. Auf die Probleme von Recht und Zeit tritt in grundsätzlicher Art ein *Müller Jörg Paul*, *Der politische Mensch – menschliche Politik*, a.a.O., S. 89 ff. und die dort zit. Lit.

<sup>13</sup> Das Recht ist änderbar, auch wenn es mit normativer Geltungskraft ausgerüstet ist. Von der Verfassung kann sogar gesagt werden, sie trotz erhöhter normativer Geltungskraft änderbar. Der Text der geltenden Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 (formell und teilweise materiell bereinigte Verfassung von 1874 resp. 1848) bestätigt dies: „Die Bundesverfassung kann jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden.“ (Art. 192 Abs. 1 BV).

geht dem Recht vor. Dennoch: Die Zukunft kann und darf nicht als unvermeidlich hingenommen werden. Die entscheidende Frage ist, ob es heute gelingt, die Zukunft als Problem wahrzunehmen, also der eigenen Erfahrung – erwachsen in der eigenen Lebenszeit – das Einfühlen in die Lebenschancen der kommenden Generationen unter sich entwickelnden Bedingungen zur Seite zu stellen. Die kritische Frage wird mitschwingen, welche aktuell zu treffende Entscheidungen irreversibel sind oder irreversible Elemente enthalten. Und dies erst noch gemessen an lebenswichtigen, erneuerbaren und vor allem nicht erneuerungsfähigen Ressourcen. Die Kurzformel dazu: Das Prinzip der Nachhaltigkeit.<sup>14</sup> Mitgenommen werden muss auch die Einsicht in die Unvollkommenheit menschlicher Einsicht und Verhaltens. Die Träger von Politik, Wirtschaft und gesellschaftlichen Gruppierungen, aber auch das Volk als Staatsorgan, befinden sich stets auf dem Weg (nicht am Ziel), befangen in Auseinandersetzungen, verbunden mit erkennbar prägenden und unterschwelligten Annahmen, dann auf Zeit gebunden an verbindliche Entscheidungen, aber doch beauftragt, das Recht nötigenfalls zu ändern, bereits bei der Anwendung geltenden Rechts die kreative Seite nicht zu vernachlässigen.

In der Rechtswissenschaft wird die Zukunftsfrage in der Regel an der Schnitt- oder Übergangstelle von *Recht und Rechtspolitik* thematisiert. Darnach befasst sich die Wissenschaft vom Recht mit dem geltenden Recht, während die Politik – abseits oder im Verbund mit der Lehre vom Recht – Fragen de lege ferenda aufnimmt und sich gestaltend gegenüber der Zukunft öffnet. Dass sich deshalb die Lehre vom Recht – tendenziell – eher unter dem Titel der Rechtspolitik (de lege ferenda) als unter jenem des geltenden Rechts (de lege lata) an die Zukunft heranwagt, liegt auf der Hand. Wie sich aber Recht und Zukunft insgesamt und grundsätzlich zueinander verhalten, ist dennoch offen. Vor allem das Vorurteil, das positive Recht sei nach Entstehung und bei der Beurteilung von aufgelaufenen Sachverhalten rückwärts orientiert, hält sich. Ob aber das positive Recht jeglicher Zukunftsöffnung unfähig sei, ist allein schon deshalb fragwürdig, weil sich die Wirklichkeit bewegt und der Rechtsanwendung auf der Basis gesetzten, positiven Rechts (de lege lata) mehr an schöpferischem Vermögen abverlangt als vordergründig zugestanden wird. Daraus wird klar: Die Zukunftsdimension ist der Rechtswissenschaft sowohl von der Rechtspolitik als auch von den tatsächlichen Anforderungen an das gesetzte Recht her nicht gänzlich fremd. Auf alle Fälle ist sie präsent, und zwar sowohl gegenüber dem positiven als auch dem zu erlassenden Recht.

Die geläufige Unterscheidung von positivem Recht und Rechtspolitik rührt nun allerdings an die Grundfesten der Rechtswissenschaft. Ist die letztere, so fragt sie sich kritisch, überhaupt Teil ihrer Disziplin. Nach der Reinen Rechtslehre, die sich ausschliesslich als Wissenschaft vom positiven Recht versteht, fällt die Rechtspolitik aus dem Aufgabenbereich der Lehre vom Recht: „Sie (die Theorie der Reinen Rechtslehre als einer Theorie des positiven Rechts) ist Rechtswissenschaft, nicht aber Rechtspolitik.“<sup>15</sup>, anders formuliert, die Rechtspolitik steht darnach ausserhalb der Wissenschaft vom Recht. Andere Doktrinen dehnen demgegenüber den Verantwortungsbereich der Lehre vom Recht auf die Fragen de lege ferenda teils sachte, teils forciert aus, beispielsweise dort, wo die Lehre von der Gesetzgebung als integrierte Aufgabe oder wo die materiellen und formellen rechtspolitischen Fragen – in Teilen – als rechtswissenschaftlich anerkannt werden, beispielsweise in rechtsethischer Hinsicht, vor allem aber nach Aspekten der Rechtmässigkeit, der Rechtssystematik und der Rechtstechnik. In seiner Einführung in die Rechtswissenschaft handelt – in diesem Sinne – Walther Burckhardt ausdrücklich und mit Nachdruck von der Rechtspolitik als Teil der Rechtswissenschaft. Die Rechtspolitik ist für ihn gleichzeitig eine Aufgabe der Juristen wie

---

<sup>14</sup> Siehe dazu die weiter unten nachfolgende Hervorhebung.

<sup>15</sup> Kelsen Hans, Reine Rechtslehre, Wien 1934, S. 1

auch der Politik, konkret des Gesetzgebers: „*Wie die Aufgabe der Juristen auch eine gesetzgebungspolitische ist, so ist die Aufgabe des Gesetzgebers auch eine juristische.*“<sup>16</sup> Kernaufgabe der Rechtswissenschaft im Bereich der Rechtspolitik ist nach diesem Autor das Dran-Bleiben des Rechts an den Herausforderungen der Gerechtigkeit gegenüber der sich ändernden sozialen Wirklichkeit.<sup>17</sup>

Eine Formel von Hans Huber – in der Nachfolge zu Walther Burckhardt – lautet: Mit den Erfahrungen von gestern Verhaltensregeln für morgen schaffen – das sei eine der grundlegenden Funktionen des Rechts.<sup>18</sup> Nuancierter angedacht: Nicht aus den Erfahrungen, sondern im Verbund mit den Erfahrungen, noch besser gesagt, an den Erfahrungen geprüft, nötigenfalls die Grundannahmen korrigierend, sei die künftige Lösung zu suchen. In jedem Fall sei das Recht der Zukunft verpflichtet, wenn auch nicht einseitig. Die Frage lautet, ob dieser Ansatz genügt. In der eher zurückhaltenden Umschreibung bleibt nämlich offen, was aus der Zukunft heraus auf den Zeitpunkt der Regelung und die zu wählende Art der Normierung zurückbedacht werden muss, um – mit oder ohne Erfahrung – eine zukunftstaugliche Lösung zu finden. Die Erfahrung ist eben gewichtig, aber nicht allein bestimmend. *Die Zukunft stellt ihre eigenen Anforderungen, auch wenn es ratsam ist, die Erfahrung kritisch zu Rate zu ziehen.* Mit dieser zeitlichen Weiterung verbinden sich Bedingungen der Suche nach einem optimal zukunftsgerichten Handeln auf der Basis des Rechts.<sup>19</sup>

Über das geltende Recht und die Rechtspolitik hinaus stellt sich die Frage, ob das Recht zur Zeit und auf absehbare Zeiten über jene *Steuerungsfähigkeiten und -kräfte* verfügt, die ihm erlauben, gesellschaftliche und andere Prozesse zu begleiten, das künftige Verhalten der Rechtsadressaten in Pflicht zu nehmen und neue Herausforderungen zum Gegenstand seiner Bemühungen zu machen. Bedrängt wird das Recht durch soziale und moralische Normen ausserhalb seines Wirkungsradius, so aus den Ansprüchen der Selbstverwirklichung und des Erhaschens prestigefördernder sozialer wie auch wirtschaftlicher Vorteile. Sie prägen faktisch das Leben und die Lebensgestaltung – oft nachhaltiger als das geltende Recht. Ganz allgemein kann gefragt werden, ob nicht der wirtschaftliche und der gesellschaftliche Wettbewerb die Rücksichtnahme auf Dritte belaste und damit dem Recht, das auf Mass, Ausgleich und Zurückhaltung zugunsten des Gemeinwohls angelegt ist, die Steuerung entzogen habe. Gerade aber weil die Zukunft politisch, wirtschaftlich, sozial und ökologisch aus intensivsten Ansprüchen heraus unter Druck steht und deshalb nicht egozentrisch angegangen werden kann, rückt die Frage in den Vordergrund, ob es nicht doch am Recht sei, verbindliche Verhaltensordnungen rechtsethischen Gehalts zu erlassen und durchzusetzen. Dies allerdings bedingt, dass ihm die dazu erforderliche Steuerungskraft zugebilligt wird, nicht nach Massstäben höchster Moral, wohl aber mit dem Ziel, ein geordnetes und zukunftsadäquates Zusammenleben in allen relevanten Lebensbereich zu gewährleisten. Effizienz in der Handhabung des Rechts – von der Rechtsetzung bis in die Rechtsanwendung und in den Rechtsvollzug hinein – kann dabei hilfreich sein. Sie akzeptiert Gerechtigkeit und Recht als knappes Gut, insistiert aber dennoch auf der Verbindlichkeit des massvollen, wirkungsnahen, realitätsbewussten Rechts.

---

<sup>16</sup> *Burckhardt Walther*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2.A., Zürich 1947, S. 219 ff.

<sup>17</sup> Vgl. dazu die einleitend angeführten Kernsätze.

<sup>18</sup> So *Huber Hans*, Betrachtungen über die Gesamtsituation des Rechts, Abschiedsvorlesung vom 25. Juni 1979 an der Universität Bern, in: idem, Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Ausgewählte Aufsätze 1950-1970, Bern 1971, S. 14.

<sup>19</sup> Zippelius hat auf die Gedankengänge von Hans Huber, wie sie soeben angesprochen worden sind, mit dem Experimentgedanken reagiert: *Zippelius Reinhold*, Rechtsgewinnung durch experimentelles Denken, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 143 ff.

Die Zukunftsdimension als Spannungsverhältnis von Recht und sich bewegender Wirklichkeit belastet vor allem das *öffentliche Recht* – vom Verfassungsrecht über das Wirtschaftsrecht bis zum Recht der Sicherheitspolitik. Die veränderte sozio-ökonomische Wirklichkeit der weitgehend urbanen, informationsbewussten Lebensweise mit ihren Ansprüchen steht der Welt der Rechtsnormen gegenüber. Die Unternehmungen sind der internationalisieren Konkurrenz ausgesetzt, sie selbst agieren ihrerseits und die Umwelt verspürt die Belastungen einer anspruchsvoll gewordenen Gesellschaft. Die daraus resultierenden Diskrepanzen und Spannungen zum geltenden Recht schlagen sich in Initiativen, Referenden, aber auch in Parteianliegen und Regierungsprogrammen nieder. Es ist so, das Recht, und hier vor allem das öffentliche Recht, spiegelt die tatsächlichen Verhältnisse nur unscharf, aber es fühlt den Puls, in der Demokratie sogar bis auf die Stufe der Verfassung. Als Grundgesetz eröffnet diese dem Staat, dem Gesetzgeber und den Rechtsadressaten die Wege in die Zukunft, doch betont es gleichzeitig Rechtssicherheit und Beständigkeit prinzipialer Normen derart ausdrucksstark, dass der politische Veränderungswille häufig gedämpft bleibt. Dennoch ist das öffentliche Recht – mit ihm die Verfassung – der Zukunft gegenüber offen. Die öffentlichen Aufgaben und die staatlichen Organfunktionen weisen ihrerseits in die Zukunft, die Grundrechte und die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns verweisen auf die über die Zeiten hinweg zu respektierenden Prinzipien. Das Verfassungsrecht involviert für dieses Spannungsverhältnis zwischen aktuellem Recht und der Zukunft vorweg den Gesetzgeber, spricht aber auch die Rechtsanwendung an. Das Verfahrensrecht (in nicht streitigen Angelegenheiten) und das Planungsrecht, aber auch das besondere materielle Verwaltungsrecht schaffen ihrerseits Voraussetzungen für ein zukunftsgerichtetes Handeln. Für die Verwaltung ist diese gestaltende Funktion prägend, wobei das Gestalten das Bewahren einschliesst. Das Beispiel des Baurechts mag dies verdeutlichen: Die Baubehörde gestaltet durch Bewilligungen über das Erhalten und Erneuern sowie das Neubauen, immer aber geht es um gestaltende, zukunftsorientierte Rechtsanwendung.

Die Zukunft macht auch vor dem *Privatrecht* nicht Halt. Aber nicht ein Anhalten kündigt sich an, die Zukunft wird auch hier zentral involviert, auch wenn die Lehre vom Privatrecht selten expressis verbis davon spricht.<sup>20</sup> Das Eherecht und ganz allgemein das Familienrecht spüren den Druck gesellschaftlichen Wandels. Selbst im Sachenrecht, das eher zurückhaltend angelegt ist, muss beispielsweise die Nachfrage nach Stockwerkeigentum auch dort zur Kenntnis nehmen, wo die gesetzlichen Regelungen zurückgeblieben waren. Im Vertragsrecht sind neben die tradierten Vertragstypen schon längst Innominatkontrakte getreten, die von der Virulenz des wirtschaftlichen Geschehens und dem antwortenden Recht zeugen. Vor allem aber: Das rechtsgeschäftliche Handeln und die privatrechtlich konstituierten Anstalten und Korporationen finden ihre Zweckerfüllung erst im zukunftsorientierten Agieren. Die Privatautonomie fokussiert aus sich heraus das selbstgewählte rechtsgeschäftliche Handeln für morgen. Die Vertragsfreiheit, insbesondere die Vertragsinhaltsfreiheit, ist per se zukunfts offen und die organisatorischen Strukturen juristischer Personen und weiterer Zusammenschlüsse schliessen jene Offenheit der Kompetenzen ein, die ein Handeln unter veränderten und nicht vorhersehbaren Bedingungen gewährleisten.<sup>21</sup> Das Privatrecht tut sich

---

<sup>20</sup> Forstmoser Peter/Schlupe Walter R., Einführung in das Recht, Bd. 1, Bern 1992, zwei dem Privatrecht nahestehende Rechtslehrer, führen das Stichwort „Zukunft“ nicht an. Auf der andern Seite betonen sie des Rechts gesellschaftliche, also soziale und staatliche Ordnungsmacht, die sich letztlich sowohl auf die Gegenwart als auch die Zukunft bezieht. Übrigens nimmt die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht bei diesen Autoren, wie heute in der Rechtslehre verbreitet, keine zentrale Stellung ein. Auch für sie sind die Verknüpfungen der beiden Rechtsgebiete unverkennbar.

<sup>21</sup> Sicherlich gibt es einzelne Personen, Anstalten und Gesellschaften, die sich materiell der Geschichte zuwenden und in diesem Sinne die Retroperspektive pflegen, doch sind selbst die Verträge und Statuten darüber auf ein Handeln gerichtet, das morgen und übermorgen in Angriff genommen und bearbeitet werden soll, auch dann wenn sich der Inhalt geschichtsbezogen orientiert.

alles in allem weniger schwer als das öffentliche. Dieses vermeint, für das Richtige resp. das Politisch-Gesellschaftliche, für das Öffentliche und das Gemeinwohl – verbunden mit dem Willen zur Konstanz – gerade stehen zu müssen. Hinter dem Privatrecht steht demgegenüber die Selbstverantwortung, steht die Privatautonomie.<sup>22</sup> Ihr Kennzeichen ist die Verpflichtung, sich selbst um die eigene Zukunft zu kümmern, die Folgen des eigenen Tuns zu bedenken und auf diesem Weg einen Beitrag an die Gemeinschaft zu leisten. Zur Disposition steht das rechtsgeschäftliche Handeln mit seinen immanenten Freiheiten der materiellen und formellen Gestaltung sowie der Wahl der Partner.

## IV. Zukunft

Was Zukunft ist, das ist nicht ohne weiteres festhaltbar, doch von der *Zeitachse* her zu verstehen.<sup>23</sup> Sie weist über das Gegenwärtige hinaus und beinhaltet ein Werden. Sie ist nicht enddefiniert und also ins Unbestimmte und Zeitlose offen. Sie stellt nicht eine vorhersehbare oder wenigstens im Kern abschätzbare Entwicklung dar. Von ihr kann lediglich gesagt werden, sie komme auf uns zu – mit ihren Unsicherheiten und Ungewissheiten, mit ihren Desastern und Endlichkeiten, aber auch mit ihren Hoffnungen und Chancen, mit ihren Projekten und Aufbruchmöglichkeiten. Gewiss ist, dass sie mit Auswirkungen des bisherigen und aktuellen Verhaltens der Menschen belastet, aber auch in Teilen für das Voranschreiten gerüstet ist. Es sind nach wie vor die Menschen, welche heute und morgen in die Zukunft hinein Verantwortung für sich und ihre Kinder sowie Kindeskinde wahrzunehmen haben. Die Zukunft signalisiert sodann den steten, bald unsteten Wandel der sozialen Wirklichkeit, schneller in den Fakten, oft langsamer im Wertebereich, aber selbst da nicht stabil. Sogar die Natur ist aus sich heraus in Evolution. Sie entzieht sich als eigengesetzlich menschlicher Korrekturmöglichkeiten, jedenfalls dort, wo die Vorgänge weder menschenseitig belastet noch menschlicher Intervention zugänglich sind.

Verschoben hat sich der *Stellenwert der Zukunft*. Dies ist sichtbar am Verständnis der Gegenwart. Früher war sie gleichsam das Resultat der Vergangenheit, während sie heute nuanciert als Basis des Zukunftsauftrages gesehen wird; die Gegenwart sieht sich eben mit der

---

<sup>22</sup> Es ist eine Eigentümlichkeit der Verfassungen, dass sie in der Regel die Privatautonomie nicht ausdrücklich erwähnen. Dabei ist sie zentral, da sie Privaten Rechtsetzungskompetenzen zuerkennt, wenn auch im Rahmen der Vertragsfreiheit.

<sup>23</sup> Die Lehre von der Zukunft hat mindestens vier Seiten, nämlich eine utopisch/visionäre, philosophisch integrierte und eine politisch/pädagogische sowie eine methodische. Der Begriff der Futurologie wurde in den USA geprägt (O.K. Flechtheim, 1943)). Es geht dabei um die systematische und kritische Behandlung von Zukunftsfragen. Geläufige Titel kreisen um die Themata: „Die Zukunft wartet nicht“, „Modelle für eine neue Welt“, „Wissenschaft der Zukunft.“ usw. Neben der Verständnisfrage dominieren Aspekte der Methoden der Zukunftsforschung. Der utopische Seitenweg wird verlassen. Die Futurologie ist auch mehr als Technokratie und crisis management. Sie versucht, neben Methodischem inhaltliche Beiträge zu leisten. Sie handelt davon, welche Probleme anzugehen und wie sie zu erfassen sind. Hier geht es nicht um eine Lehre von der Zukunft, sondern um die Relation Recht-Zukunft, mithin vom Ansatz her um die Zukunft als Zeitdimension. Zur Futurologie vgl. *Flechtheim Ossip K.*, Futurologie, in: Evangelisches Staatslexikon, 2. A., Berlin 1975, und die dort zit. Literatur. Siehe sodann *Simonis Udo Ernst/Gillwald Katrin*, Zukunftsforschung, in: Akademie für Raumforschung und Landesplanung, Handwörterbuch, Hannover 1995. Die Methoden der Zukunftsforschung sind, wenn auch unter dem Titel der Aussenpolitik, im Detail erfasst bei *Frei Daniel/Ruloff Dieter*, Handbuch der weltpolitischen Analyse, Methoden für Praxis, Beratung und Forschung, Diessenhofen 1984. Es geht im wesentlichen um quantitative und qualitative Trendanalysen und -projektionen, sodann um Prognosemethoden und Simulationsmodelle, dann aber auch um die Szenarientechnik usw. Einen allgemeinen Überblick zur Zukunftsfrage vermittelt *GEP (Gesellschaft ehemaliger Studierender der ETH Zürich)(Hrsg.)*, Die Zukunft beginnt im Kopf, Wissenschaft und Technik für die Gesellschaft von morgen, Zürich 1994.



Zukunft konfrontiert. Diese mag als Gefahr und als belastendes Nicht-Wissen verstanden werden, sie ist aber gleichzeitig Handlungsauftrag, wenn auch nicht absolut und schon gar nicht in beliebig machbar, aber doch als Blickrichtung auf das zu Verantwortende. Die ethische Dimension klingt an. Die Zeitdimensionen des Geschichtlichen, des Gegenwärtigen und des Zukünftigen messen sich an menschlich gesellschaftlichen Vorgängen. Sie können zum geistigen Innovationsansporn werden. Und zudem: Mit dem Lauf der Jahre und der Jahreszeiten sind sie gleichzeitig naturnahe. Sie umschliesst Vergangenheit-Gegegenwart-Zukunft in allen Lebensbereichen, in allen Phasen des Lebens..

Welche Fakten morgen neu bekannt und erst noch politisch sowie rechtlich relevant werden, bleibt – alles in allem – mit Fragezeichen verbunden. Auch wenn man mit Wahrscheinlichkeiten operiert, bleibt immer offen, resp. ungewiss, was sich einstellen wird. Jedenfalls: *Das Ungewisse ist ein Charakteristikum der Zukunft*. Unter dem Gesichtspunkt des Wissens muss es, absoluter formuliert, sogar als Nicht-Wissen beschrieben werden. Der Begriff des Ungewissen bringt allerdings deutlicher zum Ausdruck, wie und wie intensiv aus der Vergangenheit und der Gegenwart heraus in die Zukunft gedacht werden kann. Allerdings sind auch auf diesem Weg nie Zukunftswissen und Zukunftsgewissheit zu erlangen. Der Zusammenzug „Ungewisses“ und „Nicht-Wissen“ trifft die Wahrheit recht nah: Nichts Gewisses weiss man („Nix Gewisses woass me net“). Jenseits des Umgangssprachlichen tönt es pointierter: „Nach drüben ist die Aussicht uns verrannt“ (Johann Wolfgang Goethe), „Vermauert ist dem Sterblichen die Zukunft“ (Friedrich Schiller).<sup>24</sup> Das Ungewisse und das Nicht-Wissen schüren Zweifel und Zögern, sie eröffnen aber auch Chancen, sie lassen Hoffnungen zu.

Immerhin: *Die Zukunft ist nicht völlig ungewiss*, sicherlich in Belangen, die für das Recht relevant sind. Eine wenige Fakten belegen dies: Die Menschen, die in dreissig Jahren pensioniert werden, leben aktiv unter uns. Grosse Teile der Bausubstanz bleiben auf Jahrzehnte erhalten. Die Topographie leitet Verkehrswege über Jahrhunderte. Verhaltenstrends lassen sich mindestens derart aussagestark beschreiben, dass Trendvariationen und -brüche relativ rasch erkennbar werden. Vertragsparteien sind als solche oder über ihre Rechtsnachfolger auf Jahr hinaus bekannt. Sogar Unternehmungen verfügen erfahrungsgemäss über eine Lebensdauer, nicht frei von Unwägbarkeiten, aber doch über eine einigermaßen absehbare. Staaten und internationale Organisationen verraten ihrerseits eine gewisse Beständigkeit. Die Fähigkeit, Ungewissheiten einzugabeln, reicht über Wirtschaftsbeziehungen hinaus bis zu den Naturgefahren. Wohl ist eine grosse Zahl von Risiken nicht im strengen Sinne fassbar, sie aber gedankenlos wegzudisputieren oder sie zu überschätzen, geht auch nicht an. Selbst wenn sie nicht quantifizierbar und schon gar nicht terminierbar sind, verstanden wollen sie sein, wenigstens als Möglichkeiten und Wahrscheinlichkeiten. Als solche können sie ins rechtsgeschäftliche Handeln und in die Gesetzgebung einbezogen werden. Sogar komplexe Probleme – Problembereiche mit einer Anhäufung selbständig agierender Teile – lassen sich bis zu einem gewissen Grad durchleuchten, sicherlich nicht mit jener Klarheit, die wünschbar wäre, aber doch mit Eckwerten und Vorgängen vergleichen, die im Alltag begriffen werden können. Weil man sich auf diese oder andere Weise, wenn auch sorgsam, der Zukunft nähern kann, erwächst Schritt für Schritt ein Verstehen und ein Denken in und um Grenzen des Wissens, was letztlich zu einem gewissenhaften Bedenken und Besinnen Anlass gibt.

Das Andeuten möglicher Entwicklungslinien in die Zukunft hat *zwei Linien* zu verfolgen. jene des Rechts und jene der politischen, wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Geschehens

---

<sup>24</sup> Das Sprichwort ist in Bayern geläufig. Das Zitat von Friedrich Schiller stammt aus der Braut von Messina und jenes von Johann Wolfgang Goethe findet sich in Faust I.

resp. der entsprechenden Prozesse, stets im Bewusstsein, dass diese beiden Ansätze sich *gegenseitig beeinflussen*. Mag sein, dass das *Recht* zum Stehen-Bleiben neigt, mag sein, dass *Veränderungen im tatsächlichen Bereich* nur schwer prognostizierbar sind. Die Rechtswirklichkeit und die Tatsachen – mit Einschluss der effektiven Werthaltungen – mögen im Lauf der Zeit auseinanderdriften. Dieses potenzielle Divergieren signalisiert jedenfalls rechtspolitische Reflexionsnotwendigkeit, allenfalls sogar rechtspolitischen Handlungsbedarf. Wie sich das Recht und wie sich das Tatsächliche samt den menschlichen Einstellungen verändern und entwickeln werden bleibt ungewiss. Und doch gibt es Anzeichen, die auf Jahrzehnte hinaus prägend sind oder sein könnten, hier wie dort, und erst recht im gegenseitigen Ineinanderwirken: Globalisierungen der Märkte, Internationalisierung der Regelungsinstitutionen und der Zivilgesellschaft, Wandel zur Dienstleistungs- und in breitem Masse zur Wissensgesellschaft, weltweite Kommunikationen, wachsende Mobilität resp. Mobilitätsbedürfnisse, Betonung marktwirtschaftlicher Kräfte für das Erbringen staatlicher Leistungen bei gleichzeitig zunehmender Verstaatlichung des Sozialwesens, Urbanisierungen der Lebensstile, Agglomerationsverdichtungen, demographische Einbrüche in gehobenen Gesellschaften, internationale und interregionale Migrationen, Übergewichtung hier bei gleichzeitiger Untergewichtung dort des Moralischen und Religiösen usw. Das Rechtswesen wird von den eben angedeuteten Kräften beeinflusst, internationale Regelwerke werden gefordert, die Instrumentalisierung dringt nach vorn, das Nützliche im Recht drängt nach, die Wirksamkeit beginnt die Geltung zu bestimmen, zurück bleibt das Moralische im Recht usw. Dies alles muss nicht zu sein, aber es könnte so werden, bei unterschiedlichen Geschwindigkeiten, mit vernetzten Wirkungssträngen und schwer eruierbaren Kausalitäten, mit begrenzten Ansätzen für Einflussnahmen und bei unbestimmter Klärung, ob überhaupt Einfluss genommen werden soll.

Es ist die Gesellschaft selbst, es sind die *Menschen*, die sich verändern, sei es in ihren Werthaltungen, sei es in ihrem Verhalten, sei es umgebungsseitig beeinflusst, sei es aus sich heraus. Sie müssen sich der Entwicklung, die sie durch ihr Verhalten und ihre Erwartungen beeinflussen, stellen, nach allen Seiten, sogar sich selbst gegenüber kritisch. Ob und in welchem Masse und in welcher Intensität der Staat mittels des Rechts eingreifen soll, bleibt für alle Zeiten eine der Grundsatzfragen, die immer wieder neu – und erst noch kritisch – zu stellen ist. Auf alle Fälle muss sich der *Staat* bewusst bleiben, dass er nicht alles kann und darf. Dies gilt auch für die *Wirtschaft*, dies gilt auch für die *Gesellschaft*. Sie setzen also eine begrenzende, verpflichtende Ordnung voraus, eine Rechtsordnung, die verbindlich die Kompetenzen und die Grenzen dieser drei „Machtsträger“ je für sich und untereinander derart kreativ festlegt, dass sie in die Zukunft zu handeln verstehen. Dynamik inmitten von Strukturen ist gesucht, verbunden mit dem Bewusstsein, das Gebotene rechtzeitig und sachgerecht wie auch menschengerecht anzuordnen.

Was die Rechtspolitik einfordert, ist *zukunftsbezogenes Handeln aus Verantwortung*.<sup>25</sup> Sie orientiert sich dabei in hohem Masse an den absehbaren und in Grenzen prognostizierbaren gesellschaftlichen Entwicklungen. Und sie scheut sich nicht, sich mit diesen Schritten der Zukunft samt ihren Herausforderungen zu stellen, obwohl die politisch-rechtlichen Akzentsetzungen realiter eher kurzfristig angelegt bleiben. Leider wagt die Politik selten

---

<sup>25</sup> An die Stelle einer umfassenden Verfügungsgewalt über die Zukunft soll eine Zukunftsverantwortung auf der Basis der Gerechtigkeit zwischen den Generationen und den Weltregionen treten – so der Schweizerische Bundesrat in seinem Bericht vom 27. März 2002 „Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002“, BBl 2002, S. 3955. Mit der Zukunft verbindet durch die Verantwortung hindurch Freiheit, nicht jene der Beliebigkeit, sondern jene, die das Rechte zu tun gewillt ist: „Nicht das Beliebigste, sondern das Rechte tun und wagen, nicht im Möglichen schweben, das Wirkliche tapfer ergreifen, nicht in der Flucht der Gedanken, allein in der Tat ist die Freiheit.“, so *Bonhoeffer Dietrich*, Stationen auf dem Weg zur Freiheit, in: idem, Ethik, 4. A., München 1958, S. 3.

genug, sich über das relativ Gewisse hinaus vorwärts zu tasten. Sie denkt und operiert eher mit dem Bekannten und also kurzfristig. Und doch werden immer wieder kühne Schritte von langfristiger Wirkung initiiert. Die Verfassungen – zum Beispiel – legen die Grundrechte und die Staatsform auf weite Sicht hinaus fest, wenn auch nicht unveränderbar, so doch als Vorgabe in Verbindlichkeit. Wohl bleibt mehr als fragwürdig, ob sich die Menschen – mit und ohne rechtliche Vorgaben – vernünftig, berechenbar verhalten werden, den Anspruch an sie unterdrückt das Recht dennoch nicht. Und so gilt nach allen Seiten: Mit Überraschungen, Ungewissheiten, sogar mit Bedrohungen und also mit Risiken, aber auch mit unerwarteten Öffnungen ist jederzeit, mal hinhaltend, mal schlagartig, zu rechnen. Insofern bleibt letztlich ungewiss, was die Zukunft bringt, doch ist evident genug, dass die Menschen, was ihre Verantwortung angeht, in Kenntnis von Risiken und Unwägbarkeiten handeln müssen – und auch handeln. Anders formuliert, die Zukunft ist nicht ein schwarzes Loch, sondern wahrgenommene oder vernachlässigte Herausforderung.<sup>26</sup> Und dies sogar für die Rechtsfortentwicklung, durch das Recht und durch die Rechtswissenschaft als solche.

Das Befassen mit der Zukunft kann, mit Umsicht zu bedenken, zur *Falle* werden, wenn Regelungen mit Zukunftswirkungen mehr Probleme schaffen als sie meistern, vor allem dort, wo die Wirklichkeit – verstanden als Fakten und Prozesse – nicht sachgerecht wahrgenommen wird. Reduziert werden kann die Gefahr durch sorgfältige Problemanalysen und eindringende Zukunftserforschung, beispielsweise mittels Szenarien zu (nach Randbedingungen variierten denkbaren, möglichen und wahrscheinlichen) Entwicklungen. Dabei darf der Zusammenhang von „Fakten - Regelungen - Wirkungen – veränderte/neue Fakten“ nicht ausser Acht gelassen werden. Allein schon weil sich die Ausgangs-Sachverhalte und die kommende Wirklichkeit, auf welche die gewählten Regelungen stossen werden, mit hoher Wahrscheinlichkeit auseinander bewegen, stellt sich das Problem der adäquaten Normierung: Grad der Abstraktheit, offene oder gar unbestimmte Regelungen, Rahmengesetze, Delegationen auf die Verordnungsebene, Pläne, Experimentierklauseln, Befristungen, Absprachen über die Risikoverteilung und die Folgen sich ändernder tatsächlicher und rechtlicher Verhältnisse usw. bieten sich an. Allerdings verlangen Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit, Legalität, Demokratieverlässlichkeit, Akzeptanz, Vertrauen usw. beim gesetzgeberischen Variieren nach einer gewissen Zurückhaltung. Das Bedenken der möglichen Wirkungen von Regelungen stellt in jedem Fall hohe Anforderungen.<sup>27</sup>

*Hürden*, die sich dem Befassen mit der Zukunft entgegenstellen, ergeben sich vorweg aus der zweipoligen Belastung durch gleichzeitige Ver- und Entrechtlichung. Sie reflektieren politische Unsicherheiten im Umgang mit der Zukunft. Die Dichte oder Offenheit der Regelungen, die Vernetzung oder Sektoralisierung der Rechtsgebiete, die Überlappungen von öffentlichem und Privatrecht, das pulsierende Ineinandergreifen von internationalem und nationalem Recht, die Präjudizien aus der Rechtsprechung unzähliger Instanzen und vor

---

<sup>26</sup> Futurologie steht auch hier als Begriff für das systematische und kritische Behandeln von Zukunftsfragen. Im Kern geht es um die Kunst der Vorausschau, nicht um die Vorwegnahme der Zukunft. Die Weiterungen gegenüber dem älteren Futurologieverständnis folgten aus dem Prinzip Verantwortung. Dazu *Jonas Hans*, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt a.M. 1979 (1. A. 1975). Die intergenerationelle Verantwortung ist zunehmend Teil des Staats- und Politikverständnisses, so auch im Kontext der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999.

<sup>27</sup> Es ist eine der zentralen Fragen der Rechtslehre, ob überschüssende Rechtsfolgen, also über die rechtssatzmässig intendierten hinaus, bei der Rechtsfindung sowohl in Bezug auf einen individuell-konkreten Akt als auch hinsichtlich zu treffender Regelungen zu bedenken sind. Hinsichtlich der Einzelakte bestehen Zweifel aus der Rechtssatzgebundenheit heraus, hinsichtlich der Regelungen de lege ferenda bestehen keine, weil es zur genuinen Aufgabe des Gesetzgebers gehört, die Folgen zu bedenken. Seine rechtsethische Verantwortung weist ohnehin in diese Richtung. Sie betont das Entstehen für die Folgen.

allem auch die unendliche Literaturflut aus immensen Forschungs- und Lehrtätigkeiten bei fehlender Kraft der klärenden Doktrinenbildung und erst noch ohne leicht erkennbare Qualitätsakzente – diese und weitere Faktoren lenken von der Ernsthaftigkeit, die Zukunft zu bedenken, ab. Es ist bedauerlicherweise die Politik selbst, die häufig grundsatzlos mal Verrechtlichung, mal Entrechtlichung anmahnt – in sich widersprüchlich. Die Rechtswissenschaft hat ihrerseits – bezogen auf den Umgang mit der Zukunft – leider kein klares Bild der Funktionen und der Grenzen des Rechts. Das normativ Angezeigte und das Instrumentelle sind zu oft nicht klar geschieden. Das Zerfließen des Normativen ereignet sich beiläufig, unterschwellig, unbedacht geduldet. Nicht nachhaltig genug widersetzt sich die Wissenschaft – aus Scheu vor der eigenen Grundlage – aufkommenden Fehlentwicklung. Die Lasten der Gesetzgebung täglich abzarbeiten und die permanent zu erfüllende Aufgabe des Entscheidens aufgelaufener, strittiger Sachverhalte und Rechtsfragen absorbiert Wachsamkeit und Innovationskräfte. Sie bindet Kapazitäten.<sup>28</sup> Selbst die so wichtige Verpflichtung, die Menschenrechte konsequent zum inneren Massstab der Rechtsordnungen zu erheben und anzuwenden, kann bei Fixierung auf dieses Thema die so notwendige Geistigkeit und Kritiksensibilität wider stürmische und unterschwellige Trends vergessen lassen. Als Folge überfordert das Recht die Adressaten, die Verwaltungen, sogar sich selbst, also das Recht. Die Regulierungsneigung ist nicht selten angetan, der Entrechtlichung Vorschub zu leisten. Überregulierungen entbinden von der Beachtung des Gebotenen. Unter der Last des Überregulierten wendet sich das gesellschaftliche Bewusstsein vom normativen Denken und erst recht vom Verbindlichen ab. Es duldet inmitten einer Fülle von Rechtssätzen faktisch Beliebigkeit oder wendet sich andern Normenwelten zu. Die Entrechtlichung folgt dabei oft und gern dem ökonomisch, soziologisch und politologisch Bedachten, das Rechtliche für überflüssig befindet, und dabei in Teilen sogar die moralische, nicht nur die rechtlich gefasste Verantwortung unterläuft: Der Rechtsverlust verleitet mithin zu Einbussen an Verantwortung, oft just dort, wo sie geboten wäre.

*Selbsttäuschungen* stellen sich dort ein, wo vorangestellte moralische Meinungen das Ungewisse der Zukunft verdrängen und die Korrelation zwischen den gesellschaftlichen Prozessen und den Rechtsfortentwicklungen überflüssig machen. Wenn beispielsweise Zukunftsphilosophien oder parteiliche resp. weltanschauliche Ideologien sich herausnehmen, eigene Grundvorstellungen über das, was künftig von erhöhter Priorität sein soll, zur exklusiven zukunftsbestimmenden Norm zu erheben, dann geht neben dem Blick auf das allgemein Vertretbare auch derjenige auf die Wirklichkeit verloren. Selbst die bekannten sieben Herausforderungen der Menschen: Beseitigung des Krieges, Institutionalisierung des Friedens, Elimination von Hunger und Elend, Stabilisierung der Bevölkerungszahlen, Demokratisierung hin zu einer offenen Gesellschaft, Aufrichten einer rechtstaatlichen Grundordnung sowie das Etablieren einer rechtlich gefestigten marktwirtschaftlichen Ordnung, können blockieren, obwohl an ihnen nichts auszusetzen ist, auch wenn sie Konturen künftiger rechtlicher Regelungen prägen. Degradiert zu Schlagworten werden sie zum Ersatz für die ungetrübte Sicht auf die Realitäten der offenen Zukunft mit ihren Ungewissheiten und Chancen sowie auf den Regelungsbedarf. Für das Recht zählt eben die Relation zwischen dem

---

<sup>28</sup> Erfreulicherweise pflegt die Rechtsprechung eine alles in allem zukunftsstaugliche Rechtsanwendung samt Auslegung, was vor dem Hintergrund zu beurteilender abgeschlossener Sachverhalte und in Anwendung geltenden Rechts erstaunlich genug ist. Die teleologische Auslegung steht hilfreich zur Seite, die subjektiv-historische bleibt mit guten Gründen eher zurück, die objektiv-historische bemüht sich um ein Nachführen auf die Gegenwart. Beachtenswert ist auch, dass zwischen den Zeilen guter Erwägungen erkennbar wird, wenn Novellierungsbedürfnisse anstehen. Zu überlegen ist, ob und in welchem Masse die Rechtsprechung sich expressis verbis mit Hinweisen an den Gesetzgeber wenden darf. Informell soll sich dies zwischen dem Bundesgericht und des Bundesamt für Justiz so abspielen. Ob diese informellen Wege zulässig und tauglich sind?

Normativen und der Wirklichkeit. Beide Seiten sind rechtsrelevant. Es ist das Spannungsverhältnis, welches das Recht und dessen Zukunftstauglichkeit beflügelt.

## V. Zukunftsfähigkeit

Der Hürden, Fallen, Selbsttäuschungen und auch der Gefahr der nicht sorgfältigen Wirklichkeitswahrnehmung wegen könnte es nahe liegen, das Handeln ausser Acht zu lassen. Das Nicht-Wissen und das Ungewisse verleiten ihrerseits, die Hände in den Schoß zu legen. Wer sich aber mitten in der Gegenwart bewusst wird, dass jedes Tun von heute Wirkungen auf morgen zeitigt, der erahnt, dass das Handeln in die Zukunft führt und dass das Ungewisse und das Nicht-Wissen vom Handeln nicht abhalten dürfen. Es ist angezeigt, sogar in Teilen unumgänglich. Das Leben ist eben zeitlich ein Vorwärts-Leben – also muss gehandelt werden, auch bei *Ungewissheiten und Nicht-Wissen*. Risiken tun sich begleitend auf, im Kleinen und im Grossen. Nicht blindlings sind sie zu akzeptieren. Statt in Gleichgültigkeit den Problemen auszuweichen, gilt es, die Probleme aufzunehmen und unter Würdigung der Umstände in die Zukunft hinein anzugehen. Dahinter entsteht möglicherweise – trotz Risiken und Bedenken – als Resultat ein ethisch gebotenes *Handeln-Müssen*. Letztlich folgt dieses aus der Freiheit und der Verantwortung, in denen wir Menschen stehen – für sich und die Andern. Damit verbunden ist die Verantwortung für das Zukünftige. Wie sie materiell zu substantiieren und zu konkretisieren ist, das kann und darf nicht abkürzend behandelt werden, angedeutet aber sei, dass die Verantwortung geprägt ist durch die anvertraute Freiheit, den Respekt vor dem Leben über Generationen hinweg und das Wissen um Grenzen. Dies sind übrigens Ansätze, welche die Rechtsethik und das Recht in seinen Grundprinzipien seit jeher pflegt.

Sollen sich Recht und Rechtswissenschaft aus sich heraus der Zukunft stellen, so müssen sie ihre belastenden Defizite durchstossen und dem Recht sowie den Rechtsordnungen die tragenden Elemente der *Klarheit, Einfachheit, Verlässlichkeit und inhaltlichen Kernsubstanz* durch Qualitätsansprüche sowie normativen Gehalt aus der Rechtsethik heraus zurückgeben. Ein allgemein gehaltenes Postulat, sich mit der Zukunft zu befassen, reicht nicht hin. Es bedarf erweiterter Anstrengungen hin zum qualitativ hochstehenden, menschnahen Recht, das sich nicht übertut und vertut. Es bewährt sich, wenn es – reduziert auf Essentialia – die Freiheit der Rechtsadressaten in ihrer Mündigkeit erfasst, das Postulat der Gerechtigkeit mit auf den Weg nimmt und das Zweckdienliche mit dem Gebotenen zusammenführt.

Es mag eine innere Selbstverständlichkeit der Lehre vom Recht sein, sich selbst und das Recht als zukunftsgeeignet vorauszusetzen. Dessen ungeachtet beklagt sie – in Sorge um das Recht – aufkommende *Krisenerscheinungen und Niedergang*. Es gibt so etwas wie eine begleitende, schleichende Angst von der Degeneration des Rechts und des Auslaufens der Rechtsidee. Die Lehren begründen die Bedenken zu unterschiedlichen Zeiten mit unterschiedlichen Argumenten. Mit der technischen Revolution, beispielsweise, verwiesen sie auf die Überanstrengungen aufgrund dynamisierter Veränderungsgeschwindigkeiten technischer und gesellschaftlicher Prozesse, anhaltender oder sich gar überstürzender Komplexitätszuwächse öffentlicher Aufgaben sowie auf den schleichendem Wertewandel und den Verlust an Normativität.<sup>29</sup> Heute drohen die Belastungen, wenn man die Sorge um das

---

<sup>29</sup> Statt auf viele Autoren sei auf die grundlegenden Überlegungen von Hans Huber hingewiesen:

- *Huber Hans*, Betrachtungen über die Gesamtsituation des Rechts
- *Huber Hans*, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates

Recht analysiert, aufgrund der Massengesellschaft, der Globalisierung, des realen Verlustes an Teilhabe am Recht, dann aber auch von der Distanz gegenüber Werten. Daraus auf sinkende Zukunftsnahe und -interessiertheit zu schliessen, ist nicht abwegig, denn wer über Befindlichkeit und Beachtungsgrad nachdenkt, der wird, zu welcher Zeit auch immer, Gefahrenherde für das Recht entdecken. Die Überbewertung aktueller Befürchtungen ist aber fragwürdig, denn das Recht ist nicht erst heute, es war und ist jederzeit gefährdet, allein schon deshalb, weil es letztlich ein Kind menschlicher Kultur ist, und diese ist ein permanentes Werden, kein gesichertes Gut und also immer belastet.

Auffallend sind die mehrfachen *Quellen der Bedenken*. Zu unterstreichen ist: Es ist merkwürdigerweise – erstens – vor allem die *Rechtswissenschaft* selbst, die immer wieder von neuem zweifelnd um das Recht und dessen Fortentwicklung ringt. Sie verspürt den anhaltenden Anforderungsdruck seitens der Gesellschaft. Das Recht kann und darf diesem nicht unbedacht folgen, da Überforderungen die Substanz zu zerstören drohen. Auch wird ein sinkendes Rechtsbewusstsein beklagt. Das Recht als fragiles Gebilde zwischen Gerechtigkeit und Politik verlangt nach einem intakten. Der Verdacht sodann, die Rechtswissenschaft sei ihrer Aufgaben und des Rechts Funktionen in einer sich ändernden Gesellschaft zur Zeit nicht ganz sicher, kann nicht vorschnell von der Hand gewiesen werden. Zweitens stürmt von aussen Kritik auf das Recht ein, vor allem von Seiten der *politischen Ökonomie* mit ihren Massstäben der Effektivität und der Effizienz. Sie hält dem Regelungsanspruch staatlicher Lenkungsmacht entgegen, es wäre besser, die Steuerung in Teilen dem Markt zu überlassen, zumal die Unkosten geringer wären. Ähnliche Bedenken reichen oft bis hin zu Demokratie und Föderalismus, wobei das Recht entgegenhalten muss, wie elementar Machtteilung, Partizipation und das Vermeiden von zu grossen Disparitäten sind. Das politische Gefüge ist eben mehr als ein Marktgeschehen nach Angebot und Nachfrage, es sucht das Vertrauen nach dem Kriterium der Gerechtigkeit, insbesondere nach den Massstäben der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit. Es verbindet sogar Freiheit, Gerechtigkeit, Demokratie und Marktordnung mit Wohlstand. Und drittens? Die Kritik am Recht spiegelt *grundsätzliche politische Vorbehalte gegenüber dem Staat und der Politik*. Sie sind nicht einer eindeutigen Quelle zuzuordnen, da sich philosophische und parteiliche Gesichtspunkte vermischen. Staatlichkeit und politische Programmatik haben sich in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts und teilweise bis gegen dessen Ende arg vertan und dem Recht geschadet. Tatsächlich sind weder Staat noch Politik Gebilde reiner Lauterkeit. Sie sind nicht gegen Fehlleistungen gefeit, und doch stehen sie in einem unerlässlichen Zusammenhang mit dem Recht, allerdings nicht in einem solchen der Beliebigkeit, sondern genährt aus dem Anspruch, die Gemeinschaft sorgfältig zu gestalten, Vertrauen in den zwischenmenschlichen Beziehungen und im Verhältnis zu Recht und Staat zu verströmen und den Rechtsordnungen über die Zeiten hinweg in die Zukunft hinein Struktur und Substanz zu vermitteln.

---

- *Huber Hans*, Das Recht im technischen Zeitalter.

Diese Abhandlungen sind vorzufinden in: *Huber Hans*, Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Ausgewählte Aufsätze 1950-1970, a.a.O. Siehe sodann die Analysen der staatspolitischen Entwicklungen durch *Eichenberger Kurt*, Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat, Ausgewählte Schriften, Basel 2002. Er äussert sich unter anderem zum Demokratieproblem (S. 127 ff.) und zur staatspolitischen Entwicklung (S. 341 ff.). Vorausgegangen ist mit dem Bemühen um Stabilisierung des Rechts u.a. *Schindler Dietrich (d.Ä.)*, Der Wiederaufbau der Rechtsordnung, in: Recht, Staat und Völkergemeinschaft, Ausgewählte Schriften und Fragmente aus dem Nachlass, Zürich 1948, S. 72 ff. Einen besonders eindrücklichen Beitrag leistete Max Huber. Siehe dazu *Huber Max*, Vermischte Schriften, 4 Bde., Zürich 1947-1957. Dieser Autor führte das Recht in die Nähe der Gerechtigkeit und zusätzlich theologischer Reflexion, in den späten Jahren gleichzeitig in die Nähe der Menschen, die ihrer Widersprüchlichkeiten wegen des ordnenden Rechts bedürfen. Für die Lehre vom Recht zeitigten ausserdem viele andere Autoren Wirkung. Die Bewährungsprobe war vor, während und nach dem Zweiten Weltkrieg mit dem Hintergrund des Abdriftens des Nationalsozialismus zu bestehen.

Die wohl innerste Frage ist jene nach den *Grenzen der Zukunftsregelung*. Ist es Aufgabe des Rechts, das Zukünftige zu erfassen und zu meistern? Würde es sich dies anmassen, so würde es sich umfassende Zukunftskompetenz und abschliessende Zukunftsverantwortung attestieren. Das Recht würde sich übertun. Die Herrschaft über die Zeit nähme es sich heraus. Dabei würde es zum Wegbereiter eines Staates der Entmündigung der Menschen, sogar der Bevormundung des (an sich zukunfts-offenen) Rechts. Nicht das Ungewisse der Zukunft wäre das Problem, sondern das eingeredete und angemasste, das vermeintliche Wissen über die Zukunft. Das Recht tut deshalb gut daran, das Utopische und das Visionäre nicht zu seinem Gegenstand zu machen. Seine Verantwortung liegt primär im heute und kommend gesellschaftlich Relevanten resp. potenziell Relevanten. Der Anknüpfungspunkt ist die Sozialrelevanz auf der Zeitachse in die Zukunft hinein. Und diese wird – gemessen an den technisch- und naturwissenschaftlichen und auch medizinischen Entwicklungen – erst mit Verzögerungen sichtbar, d.h. das Recht muss damit leben, dass es nicht vorwegnehmend an der vordersten Front des technisch-naturwissenschaftlichen und medizinischen Geschehens vorausgehend beteiligt ist, auch wenn es selbst dort darauf zu insistieren hat, dass minimale Grenzen aus dem Gebotenen nicht weggewischt werden.<sup>30</sup> Die Beispiele der Forschung zur menschlichen Fortpflanzung und zur Gentechnologie im Humanbereich liegen auf der Hand.<sup>31</sup> Würde das Recht die Zukunft durchdringend regulieren, so würde es seiner eigenen Zukunftsfähigkeit den Boden, nämlich die eigene Zukunft entziehen. Zukunftsfähig und zukunftstauglich ist das Recht, wenn es sich nicht übernimmt, seine Grenzen versteht und akzeptiert. Die Rechtswissenschaft darf deshalb den allgemein gehaltenen Vorwurf, gleichsam aus der Hinterhand zu agieren und also nur zu reagieren, mit dem positiven Einwand begegnen, dass es nicht Aufgabe des Rechts ist, das Voranschreiten, von kritischen Punkten wie existenzieller Risiken abgesehen, zu behindern. Seine Zukunftsfähigkeit liegt in erster Linie just darin, dass es Zukunft werden lässt. Regelungen hat es zu treffen, anzuwenden und durchzusetzen, wenn die Sozial- und alsbald die Rechtsrelevanz hervortreten. Die Zukunftsfunktion des Rechts ist also – unter dem hier behandelten Gesichtspunkt – eine zweifache: Gewährleisten der Zukunftsoffenheit und Ansprechen der Sozialrelevanz des sich aus der Zukunft heraus Heranentwickelnden. Mit den Grundrechten – z.B. Recht auf Leben und persönliche Freiheit – und den Vorgaben der Menschenwürde und der Würde der Kreatur im allgemeinen hält es allerdings bereits für die erste der beiden Phasen – bei grösster Offenheit gegenüber Neuem – zur verantworteten Sorgfalt an.<sup>32</sup>

Heikel an der Zukunftsdimension ist vor allem der Konnex zwischen *Normen und Wirklichkeit* – unter Berücksichtigung der Zeitachse.<sup>33</sup> Es ist dabei nicht nur an ein

---

<sup>30</sup> Siehe dazu die Aufsatzsammlung von *Ruch Alexander (Hrsg.)*, *Recht und neue Technologien*, Zürich/Basel/Genf 2004. Darin enthaltenen Aufsätze betreffen rechtliche Strategien im Umgang mit Ungewissheiten (Appel Ivo), die Biotechnologie im Recht (Ziegler Andreas R.), das Beispiel der Gentechnik (Stoll Peter-Tobias) sowie die Mobilfunktechnologie (Griffel Alain). Auffallend ist, dass auch von einer Renaissance der Ethik im Recht die Rede ist (Albers Marion).

<sup>31</sup> Die Regelung des Art. 119 BV – Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich – ist zu detailliert ausgefallen, beeindruckt aber mit der Ansprache der Grenzen: Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie (Art. 119 Abs. 2 BV). Prägnanter sind die Bestimmungen über die Transplantationsmedizin (Art. 119a BV) sowie über die Gentechnologie im Ausserhumanbereich (Art. 120 BV). In beiden Fällen werden dennoch Grenzen mobilisiert – Menschenwürde, Würde der Kreatur.

<sup>32</sup> Art. 10 BV betreffend Recht auf Leben und persönliche Freiheit, Art. 7 BV zur Menschenwürde sowie Art. 80 BV, wenn auch indirekt, zur Würde der Kreatur. Auf die direkten Nennungen in konkreten Zusammenhängen wurde bereits hingewiesen.

<sup>33</sup> Üblicherweise wird das Spannungsverhältnis zwischen Norm und Wirklichkeit, zwischen Rechtssatz und Fakten, zwischen Sollen und Sein eher statisch beleuchtet. Die Probleme werden dann in sich aufregend, wenn die Wirklichkeit als Vorgang verstanden und wenn die Rechtsanwendung nicht nur auf bewiesene und in diesem Sinne historische Sachverhalte gerichtet, sondern wenn die Wirklichkeit in die Erwägungen zur Zukunftsbeurteilung einbezogen wird. Präjudizien sind als solche, wenn auch entschieden aufgrund eines

Distanzproblem zwischen Norm und sachlicher Wirklichkeit, zwischen den wertbetonten Sollensvorgaben und den realen sozialen Gegebenheiten zu denken, sondern auch an das gegenseitige Bezugsverhältnis auf dem Weg in die Zukunft. Sicherlich, das Recht muss greifen, es muss sich gegenüber der Wirklichkeit bewähren, es darf von der Wirklichkeit nicht abheben und sich dennoch nicht von ihr vereinnahmen lassen. Es steht sowohl im Banne normativen Urteilens als auch der Realitätswahrnehmung. Nun aber: Es muss gleichzeitig die virulenten Vorgänge gesellschaftlicher Prozesse aufnehmen, verstehen und wertend beim Erlass der Verhaltens- und Organisationsvorschriften sowie in Entscheidungen beachten. Gegebenheiten stehen nie still, sie sind permanent in Bewegung – in die Zukunft hinein. In diesem Sinne *zählt auch die Zukunft zur Wirklichkeit*. Diese trägt als Wirklichkeit Zukunftspotenziale und Zukünftiges in sich, auch wenn das in der Wirklichkeit angelegte Zukunftsmögliche nicht die ganze, und schon gar nicht *die* Zukunft ausmacht. Vereinfacht kann von einer zukunftssträchtigen Wirklichkeit gesprochen werden, aber nur wenn man im Sinne der Umgangssprache beifügt, die Zukunft sei immer für eine Überraschung gut. Folglich schliesst die Wirklichkeit das Ungewisse und das Unbeständige der Zukunft genau so ein wie die momentan fassbaren, die vorhersehbaren und die ungewissen Geschehnisse. Diese Zukunftsimplicationen sind vor allem in der Gesetzgebung und in der privatautonomen Rechtsgestaltung zu bedenken. Die mit der Normsetzung verbundene Abstraktion darf nicht nur von den bekannten Fakten handeln, sie hat gleichsam auch den Horizont in Richtung Zukunft zu öffnen, damit das Recht seine Steuerungskraft über den eigenen Erfahrungsbereich hinaus auf ziel- und sinnverwandte Sachverhalte entfalten kann. Auch bei der Rechtsanwendung bedarf es einer ausgreifenden, schöpferischen Komponente gegenüber der zukunftssträchtigen Wirklichkeit. Wenn sich das Recht beispielsweise mit der Bildungsfrage befasst, konkret mit der Strukturierung der Bildungsverfassung, dann genügt es nicht, das bisherige Bildungssystem zu kennen; es müssen die gesellschaftlichen Vorgänge, die werdenden menschlichen und wirtschaftlichen Anforderungen – unter dem Gesichtspunkt der Schritte in die Zukunft – ausgewertet, verstanden und vorausschauend akzeptiert werden.<sup>34</sup>

Belastet ist die Zukunftsfähigkeit sodann durch *politische Unentschlossenheiten und Unwägbarkeiten* mit negativen Auswirkungen auf die materielle Fortentwicklung des Rechts. Die heute üblichen Strukturdiskussionen von den Bildungsbelangen bis zum Gesundheitswesen kommen einer Flucht vor inhaltlichen Debatten um Ziele und Massnahmen gleich. Dies bringt Verlagerungen zum Organisations- und Verfahrensrecht mit sich, die nicht ohne Bedeutung für Zukunftsbelange sind, soweit sie Gefässe hergeben. Die echte Auseinandersetzung, die zu materiellen Vorgaben führt, aber unterbleibt. Insofern spiegeln Reduktionen auf Strukturfragen Defizite vertiefter Zukunftsfähigkeit.

Die Frage, ob die Zukunftsverantwortung noch bei den traditionellen Staaten liegt oder bereits – in gewichtigen Teilen – auf die internationalen Organisationen gewechselt hat, verrät

---

zurückliegenden Sachverhaltes, zukunftsorientiert. Ist dies nicht der Fall, so erreichen Entscheidungen keine präjudizielle Wirkung. Siehe dazu *Lendi Martin*, Gesellschaftlich vernetztes Recht – seine Gegenwärtigkeit und Zukunftsfähigkeit, in: idem, Gesellschaftlich vernetztes Recht, Zürich 1997, S. 1 ff.

<sup>34</sup> Zeigt sich beispielsweise, dass sich die Bildungsfrage der Universitätsebene nur im Kontext der gesamten Bildungsbelange ansprechen lässt, dann hat dies zu geschehen oder ist neu auszurichten. Wenn sichtbar wird, dass sich der Bildungsmarkt aus dem Aufgabenfeld öffentlicher Aufgabenerfüllung ganz oder in Teilen löst und internationale Dimensionen annimmt, wenn erkennbar wird, dass die Kosten der Universitäten nicht mehr allein aus dem Gemeinwesen heraus gedeckt werden können, dann sind Rechtsformen und Finanzierungsmodelle für die Universitäten zu entwickeln, die rechtlich entweder solche Tendenzen verhindern oder auf Ziele ausrichten, die sachlich und politisch vertretbar sind. Auf die Schweiz bezogen geht es um eine Neufassung der Art. 62 ff. BV, allenfalls im Verbund mit völkerrechtlichen Vorgaben aus den bilateralen Verträgen mit der EG und gestützt auf die UNO-Pakte.



ihrerseits Unsicherheiten. Sie wiegt schwer, weil damit sogar jene nach der Notwendigkeit der Staaten verbunden, mindestens jene nach den verbleibenden Kernaufgaben gestellt ist.<sup>35</sup> Es gibt keine Instanz, welche die Frage allgemeingültig beantworten kann. Also müssen sich die Staaten und die internationalen Organisationen herantasten. Die Ungewissheiten lähmen da und dort die Bereitschaft, auf die Zukunft zuzugehen, betont bei den einzelnen Staaten, die heikle Herausforderungen noch so gern „nach oben“ an die zwischen- und überstaatlichen Organisationen abgeben. Auf der andern Seite sind die genannten Organisationen erfahrungsgemäss bereit, ihre Aufgaben auszuweiten und sich Kompetenzen anzumassen, allerdings häufig ohne Durchgriffsmöglichkeiten. Auf der andern Seite wird es nicht an „Weissbüchern“ sowie Analysen/Szenarien fehlen, die Zukunftsbereitschaft signalisieren.<sup>36</sup>

Neben dieser objektivierten Frage meldet sich die *subjektive* zu Wort. Wie steht es mit der inneren Bereitschaft der Juristen, sich mit der Zukunft zu befassen? Für viele unter ihnen ist sie zu reich mit Ungewissheiten, ja mit Nicht-Wissen und also mit Risiken sowie Zuwächsen an unbestimmter Verantwortung belastet, als dass auf sie unbedacht eingeschwenkt werden dürfe – die Rechtspraxis tue gut daran, belegbare Sachverhalte zu beurteilen und durch Zurückhaltung in der Gesetzgebung Rechtssicherheit zu gewinnen. Aber: Die Reduktion auf das Gewesene, auf das Konstante und das zu Bewahrende verkennt die andere Seite der Grundaufgaben des Rechts, in die Zukunft hinein Freiheit zu sichern, menschnahe Sachlichkeit in öffentlichen und privatwirtschaftlichen Belangen auch morgen zu gewährleisten, Vertrauensbildung nach allen Seiten und auf das Künftige gerichtet zu ermöglichen und vor allem Grundlagen für andauernde Verbindlichkeiten über die Zeiten hinweg zu schaffen. Ob die Weltrechtsordnung zu denken und breit oder gar umfassend anzugehen ist, wie sich das Recht auf welcher Stufe – regional, national, international? – hauptsächlich und zentral prägend entwickeln soll, darf nicht gefragt werden, sonder muss im Auge behalten werden.

Des Rechts typische Art, Verbindlichkeit einzubringen und die Rechtssicherheit als notwendigen Beitrag an die Gerechtigkeit hervorzuheben, wirkt sich zunächst retardierend auf die Auseinandersetzung mit der Zukunft aus. Das Gewährleisten überragt – so scheint es – häufig den Neuerungsbedarf. Dieser Eindruck mag nicht völlig falsch sein. In der Vergangenheit datierte Gesetze und präjudizierende Entscheidungen aus früheren Jahren machen einen erheblichen Teil der Berechenbarkeit aus, auf welche die Rechtsadressaten, dann aber auch ganz allgemein Politik, Wirtschaft und Gesellschaft, mit Nachdruck pochen. *Das Verhaftet-Sein an Vergangenes spiegelt aber nur die halbe Wahrheit.* Die Zukunft mit ihren Möglichkeiten und gleichzeitig mit ihren Anforderungen steht der Rechtsetzung und Rechtsanwendung auch bei grösster Zurückhaltung vor Augen. Sie ist immer präsent. Selbst die teilweise feststellbare Flucht der Rechtswissenschaft aus der Gesetzgebung, wo diese einseitig der Politik anvertraut wird, befreit Recht und Rechtsordnungen nicht von der Frage, wie sie es mit der Zukunft halten. Viel hängt davon ab, wie sie sich in ihrer Verantwortung gegenüber der Zukunft verstehen und welche schöpferische Kraft sie der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung abzuverlangen bereit sind.

---

<sup>35</sup> Vgl. dazu den treffenden Titel: Wozu noch Staaten?“ von Peter Saladin.: *Saladin Peter, Wozu noch Staaten? Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaates in einer zunehmenden überstaatlichen Welt*, Bern 1995.

<sup>36</sup> Das Beispiel der EG liegt für den Leser möglicherweise nahe, allerdings muss entgegengehalten werden, dass diese internationale Organisation ihr Verhältnis zu den Staaten in hohem Masse geklärt hat, auch wenn die erwähnten Aspekte auch bei ihr feststellbar sind.

## VI. Rechtsstrukturelle Zukunftsorientierung

So gross der Bogen zwischen Recht und Zukunft zu sein scheint, das Recht ist von seiner Struktur, wenn auch nicht von den Daten seiner Erlasse und Entscheidungen her, zukunftsorientierter als es sich gibt. Der erste Anhaltspunkt: Die Gesetzgebung richtet sich an künftiges Verhalten, stellt Organisationen für das Angehen kommender Aufgaben bereit und ordnet Verfahren für dereinst anfallende Problemmeisterungen.<sup>37</sup>

Neben der Konstanz pflegt also das Recht aus sich heraus das Einwirken auf das künftige Verhalten seiner Adressaten. Es will nicht nur Geschehenes beurteilen, sondern Künftiges beeinflussen. Es regelt morgen und übermorgen in Frage stehendes Verhalten, hält Rechtsgrundlagen für zu wählende Organisationen bereit und stellt Verfahren für notwendig werdende Erlasse, Rechtsanwendungsakte und Streiterledigungen zur Verfügung. Und weil sich die tatsächenseitigen Anforderungen an das Recht unter dem Einfluss gesellschaftlicher Prozesse verändern, richtet sich die Rechtsanwendung, wenn auch zurückhaltend und auf Rechtssicherheit bedacht, immer wieder neu aus. Selbst bei gleichlautenden Rechtssätzen äussert es sich in deren Anwendung auf neue Sachverhalte neuartig, wenn auch aufbauend auf dem Sinn und Zweck der gegebenen Norm. *Das Recht ist* (selbst aus geltendem Recht heraus) *werdende Rechtsverwirklichung*. In sich und aus sich heraus ist es schöpferisch – von der Rechtsetzung über die Rechtsanwendung bis zur Streiterledigung, auch wenn es geltende Gesetze nach ratio und telos zu beachten und den immanenten hohen Anforderungen der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit zu entsprechen hat.

### 1. Abstraktheit

In diesem Sinne wendet sich der Rechtsordnungen elementarstes Element, der *Rechtssatz*, als Sollenssatz an das künftige und gerade nicht an das ohnehin geübte, tradierte Verhalten der Adressaten. Er macht ein anderes und erst noch das morgige und übermorgige zu seinem Gegenstand. Dieses wird in Pflicht genommen. Aus diesem Grund wird der *Rechtssatz generell-abstrakt* gefasst. Er ist in dieser Art sogar auf konkrete Sachverhalte anwendbar, die nicht vorhergesehen wurden oder nicht vorhergesehen werden konnten, wenn immer nur die Sinn- und Zweckvorgaben die tatbestandsmässigen Voraussetzungen als erfüllt bejahen. Voraussetzung ist die Gegenüberstellung von Rechtssatz und (fliessender) Wirklichkeit, sei es bei der Kreierung, sei es im Hinblick auf die Anwendung. So hoch der Abstraktionsgrad und die unbestimmte Zahl der Adressaten sein mag, sein Gewicht erhält der Rechtssatz durch seine Konfrontationsfähigkeit mit den Realitäten.

### 2. Auslegung

Diese Grundstrukturen werden durch die *Kunst der Auslegung* verstärkt. Diese mündet letztlich in einen schöpferischen Akt der Rechtsanwendung, sicherlich nicht in einen der

---

<sup>37</sup> Die Strukturfragen werden in der Regel in den Grundlagenabhandlungen zur Methodenlehre des Rechts diskutiert. In seiner Art nach wie vor beachtenswert *Burckhardt Walther*, Methode und System des Rechts, Nachdruck Zürich 1971. Siehe sodann *Larenz Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. A., Berlin/Heidelberg/New York 1969, daselbst S. 175 ff. Vgl. sodann die Neuausgabe des selben, überarbeiteten Werkes: *Larenz Karl/Canaris Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1995, ausserdem *Kramer Ernst*, Juristische Methodenlehre, 2. A., Bern 2005; *Rüthers Bernd*, Rechtslehre, Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, München 1999. Ferner ist zu beachten: *Mastronardi Philippe*, Juristisches Denken, 2. A., Bern 2003.

Beliebigkeit, wohl aber in einen solchen, der vom tieferen Sinn des Rechtssatzes her denkt. Diese kreative Komponente verstärkt die Zukunftsoffenheit. Der Grad wächst mit demjenigen der *Unbestimmtheit von Rechtsbegriffen* (wichtiger Grund, Verunstaltung, usw.), wie sie überall dort verwendet werden, wo undefinierbare und unvorhersehbare Wirklichkeitsveränderungen nicht ausgeschlossen werden können. Unbestimmte Rechtsbegriffe, so vage sie sein mögen, befreien nicht von Auslegung, sie entbinden nicht von der Anwendung auf rechtserhebliche Sachverhalte, doch nimmt mit ihnen die Zukunftsnähe der Rechtsanwendung erheblich zu. Wo echte *Lücken* auszumachen sind, da sind die rechtsanwendenden Instanzen gar – in Grenzen – Gesetzgeber.<sup>38</sup> Die Rechtsanwender in Gericht und Verwaltung sind vor diesem Hintergrund Trägern der Zukunftsnähe, ausgeprägt mit der Möglichkeit, *Präjudizien* mit Zukunftswirkung zu setzen. Die derart lancierte Rechtsfortbildung ist sogar für den formellen Gesetzgeber nicht irrelevant. Dieser zehrt von den Wahrnehmungs- und Gestaltungskräften der Rechtsanwender.<sup>39</sup>

### 3. Ermessen

Die grösstmögliche Chance hin zur Zukunft eröffnet – im Rahmen des positiven und hier vorweg des öffentlichen Rechts – die *Ermessensermächtigung* (z.B. als Kann-Vorschrift). Ob sie positiv wahrgenommen oder ob sie retardierend oder gar zurückgewandt vertan wird, das bleibt den Trägern vorbehalten, doch ist die Annäherungsmöglichkeit an die Zukunft allein schon mit der eingeräumten Kompetenz erhöht.<sup>40</sup> Dieses sog. freie Ermessen ist nach überlieferter Formel pflichtgemäss zu gebrauchen, d.h. es darf nicht missbräuchlich gehandhabt und seine Grenzen dürfen nicht überschritten werden, es ist sachgerecht zu applizieren – und überdies entbindet es nicht von der Beachtung des übergeordneten Rechts, insbesondere der Grundrechte, und also des Willkürverbotes wie auch des Prinzips von Treu und Glauben.<sup>41</sup> Hohe Sachlichkeit und stringente Beachtung der Verhältnismässigkeit rücken in den Vordergrund jeglicher Ermessenshandhabung. Dennoch ist das Ermessen eine Tür zur Zukunft, besonders spürbar am breit eingeräumten Planungsermessens, aber nicht minder in andern Anwendungsbereichen. Ermessen wird eben nicht nur dort eingeräumt, wo die Einzelfallgerechtigkeit adäquat angesprochen werden soll, sondern auch dort, wo der Gesetzgeber das Verhalten gegenüber der Zukunft nicht zu fassen vermag. Richterliches Ermessen steht dabei in der Regel dem Einzelfallasket näher als das Verwaltungsermessen, das vermehrt eingesetzt ist, um Verwaltungshandeln zu ermöglichen, auch wenn ein festschreibendes Vorwegnahmen durch Organisations- und Verhaltensnormen nicht gelingen will.

### 4. Generalklauseln

Noch weitere rechtsstrukturelle Beispiele sind anzumerken: Zukunftsflexibilitäten sind im Recht dort auszumachen, wo statt des Rückgriffs auf durchgreifende Regelungen auf

---

<sup>38</sup> Art. 1 Abs. 2 ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzbuch): „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.“

<sup>39</sup> Der Zusammenhang zwischen rechtsanwendenden Verfügungen und Entscheidungen einerseits und Rechtsetzung andererseits bedarf der Klärung, vor allem deshalb, weil es um die Verantwortung hin zur Rechtsfortentwicklung geht.

<sup>40</sup> Zu dieser Problematik siehe für die Schweiz die grundlegenden Vorüberlegungen von *Rhinow René A.*, *Rechtsetzung und Methodik*, Basler Habil., Basel/Stuttgart 1979.

<sup>41</sup> Art. 8 ff. BV, insbesondere Art. 9 BV, sodann Art. 2 ZGB.

*Generalklauseln* (Polizeigeneralklausel als Beispiel<sup>42</sup>), allenfalls ergänzt durch nicht abschliessende exemplifikative Auflistungen, abgestellt wird. Auch das ins Zentrum Rücken von *Grundprinzipien* (Treu und Glauben, Verbot des Rechtsmissbrauches<sup>43</sup>) ist hilfreich. Sie ersetzen detaillierte Regelungen, die auch bei höchster Dichte Fragen offen lassen können – und erfahrungsgemäss auch offen lassen. Demgegenüber decken Generalklauseln und Grundprinzipien eine Fülle von Sachverhalten ab. Sie sind von ihrer Anlage her sogar für Unvorhergesehenes konzipiert. Erhöhte Zukunftsnähe erreichen ferner jene Rechtsordnungen, die dem Staat nur jene Regelungen und Aufgaben übertragen, welche nicht von Privaten aufgestellt, versehen und durchgesetzt werden können. Um das *Subsidiaritätsprinzip* im Sinne der Kompetenzvermutung zugunsten der Wirtschaft und ihrer Unternehmungen resp. natürlicher und juristischer Personen des Privatrechts geht es. Zugunsten des Vertragsfreiheit und privatrechtlicher Organisationen sowie des Schiedsgerichtswesens votiert es. Nicht-staatliche Ordnungen können auf alle Fälle leichter überarbeitet und neuen tatsächlichen Verhältnissen angepasst werden als staatliche. Diese Art von Öffnungen ist nicht allen Rechtsordnungen in gleichem Masse vertraut. Die „Tugend“, mit Generalklauseln und gemäss dem Subsidiaritätsprinzip zu agieren, muss immer wieder neu errungen werden – leider. Auf Probleme wird zu schnell mit rechtlichen Detailregelungen reagiert, was einem schleichenden Zukunftsverschluss gleichkommt oder doch gleichkommen kann.<sup>44</sup>

## 5. Privatautonomie / Vertragsfreiheit

Im Privatrecht ist es vor allem die *Vertragsfreiheit*, welche den privatautonomen Gestaltungsraum in die Zukunft hinein eröffnet.<sup>45</sup> Hinter ihr steht denn auch die *Privatautonomie* als umfassende (rechtsetzende) Gestaltungsfreiheit.<sup>46</sup> Sie ist mindestens für den rechtsgeschäftlichen Verkehr prägend und erlaubt den Rechtssubjekten, sich mit den Absichten für morgen und übermorgen, möglichen Entwicklungen, mit absehbaren und nicht wägbaren Risiken sowie vorstellbaren Wirkungen zu befassen und daraus Rechtsvorkehrungen zu treffen. Ob dies über Auflagen, Bedingungen, Befristungen sowie materielle Vorbehalte oder gar über Ausschlüsse von Tatbeständen resp. negativen oder positiven Abgrenzungen, alles in allem über rechtsgeschäftliche Klauseln, dann aber auch über das Verteilen resp. Anlasten von Risiken, Absicherungen durch Versicherungen, Gewähren von Sicherheiten usw. geschieht, kann hier offen bleiben – wichtig aber ist die

---

<sup>42</sup> Art. 185 Abs. 3 BV – ein Beispiel

<sup>43</sup> Art. 9 BV, Art. 2 ZGB

<sup>44</sup> Vom schweizerischen Recht kann gesagt werden, dass es, mindestens im Privatrecht, den Prinzipien treu zu bleiben versucht, dass es die Gesetzestechnik der Generalklausel einigermaßen beherrscht und dass es im Grenzbereich öffentlich/privatwirtschaftlich das Subsidiaritätsprinzip immer wieder ins Auge fasst, auch wenn politische Vorbehalte auszumachen sind. Dem amerikanischen Recht, das sich international ausbreitet, liegen detaillierte Regelungen – gegen Missbräuche und andere Fehlentwicklungen – durch den Staat und durch Private, aber in Erfüllung einer staatlichen Vorgabe, wider Erwarten näher.

<sup>45</sup> Art. 19 OR: „Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden.“

<sup>46</sup> Die Privatautonomie umfasst die rechtsgeschäftliche Freiheit, die Assoziationsfreiheit, die Freiheit der dinglichen Rechte und die Persönlichkeitsfreiheit. Dazu vgl. die besonders aussagestarke Abhandlung von *Oftinger Karl*, Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur (1941), in: idem, *Ausgewählte Schriften*, Zürich 1978, S.3 ff. Leider ist die Privatautonomie in den Verfassungen in der Regel nicht deutlich genug erwähnt. Sie ist aber durch die Erwähnung des Privatrechts vorausgesetzt (Art. 122 BV). Beachtenswert sodann *Mayer Maly Theo*, Eckpunkte einer Privatrechtsphilosophie, in: *Honsell/Zäch/Hasenböhler/Harrer/Rhinow* (Hrsg.), *Privatrecht und Methode*, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004, S.21 ff. und die dort zit. Lit. Die Bedeutung der Privatautonomie für das Recht und die Rechtsordnung kommt hier subtil zum Ausdruck. Bemerkenswert sind die daselbst formulierten Eckpunkte der Anerkennung von Privatrecht und Privatautonomie (S. 27/28) wie Individualinteressen, Selbstgestaltung, Erwartung Vernünftigkeit geschlossener Verträge, optimale Placierung knapper Ressourcen usw. .

Privatautonomie samt rechtsgeschäftlicher Freiheit als Möglichkeit der Auseinandersetzung mit künftigen Geschehnissen. Sie reicht bis in die Streiterledigung hinein: Die Schiedsgerichtsvereinbarung. Hilfestellungen bieten die freie Rechtswahl, Flexibilitätsklauseln betr. Währungen und Kurse, veränderte Verhältnisse in tatsächlicher Hinsicht, Zusammensetzung des Schiedsgerichts, Vereinfachungen des Verfahrens, usw. Sie spiegeln jene Flexibilitäten, die mit dem Privatrecht und seiner Umsetzung einhergehen können – mit Blick auf die Zukunft. Bei der Auslegung von Rechtsgeschäften, so im Zusammenhang von zweiseitigen, kommt zudem das Vertrauensprinzip zum Tragen. Dieses dient der Basierung des weiterführenden Tuns. Die Vertragsinhaltsfreiheit ist für das Vertragsrecht von so grosser Bedeutung, dass es als Funktionselement verstanden werden kann. Ohne sie ist – in der Substanz – das Vertragsrecht kein Vertragsrecht.

## 6. Organisationsrecht

In ähnlicher Art sind die *juristischen Personen auf künftiges Tun verwiesen*, besonders markant in den Gesellschaftsformen, die von Unternehmungen bevorzugt werden, weniger ausgeprägt in der Rechtsform der Stiftung.<sup>47</sup> Bei der letztern wird die Vermögenswidmung zweckorientiert festgeschrieben, bei den andern wird der Zweck auf der Gesetzesstufe offen gelassen. Erst auf der statutarischen Ebene muss der Zweck in Annäherungen umrissen werden, wobei Zweckänderungen sowie -weiterungen unter Einhaltung der vorgesehenen formellen Regeln zulässig sind.<sup>48</sup> Die Grundstruktur der Aktiengesellschaft ist also von Seiten des Gesetzgebers insgesamt so gewählt, dass sich das konkrete Unternehmen nach einer selbst gewählten Zweckausrichtung sowie einer selbst lancierten, zukunftsorientierten Strategie vorwärts entwickeln kann. So differenziert sich das Organisationsrecht<sup>49</sup> ausnimmt, so wenig ist es darauf angelegt, die Zweckverfolgung, vorweg die Geschäftstätigkeit, einzuschränken oder gar zu hindern. Allerdings muss das Aktienrecht minimale Anforderungen gewährleisten sowie unterschiedliche Interessen, reklamiert von den Aktionären bis zu den Mitarbeitern, schützen und deren Artikulation ermöglichen. Die Rechtsfigur der juristischen Person ist, wenigstens nach der Generallinie, betont zukunfts offen ausgerichtet. Sie werden gegründet, um in der Zukunft für die Zukunft tätig zu sein. Es ist deshalb offensichtlich, wie zukunfts offen das Recht auch in dieser Hinsicht seiner Grundintention nach ist. Dies gilt mutatis mutandis erst recht für die Zusammenschlüsse auf vertraglicher Grundlage, etwa im Rahmen der Einfachen Gesellschaft, die von der Vertragsinhaltsfreiheit mitbestimmt werden.<sup>50</sup>

## 7. Änderbarkeit des Rechts

Mit diesen evidenten strukturellen Elementen der Zukunfts offenheit hat es nicht sein Bewenden. Das wichtigste stösst noch dazu: *Das Recht soll nämlich, wenn neue Sachverhalte und/oder Postulate einer Neuerung rufen, novelliert werden.* Geltendes Recht, das nicht greift

---

<sup>47</sup> Vgl. dazu die Bestimmung der Art. 552 ff. OR, insbesondere Art. 620 ff. über die Aktiengesellschaft. Die Regelungen über die juristischen Personen, zum Verein und zur Stiftung finden sich im ZGB, daselbst Art. 52 ff. ZGB. Die Einfache Gesellschaft ist geordnet in Art. 530 ff. OR.

<sup>48</sup> Im definitorischen Bereich wird vom Zweck der Aktiengesellschaft lediglich gesagt, die AG könne auch für andere als wirtschaftliche Zwecke gegründet werden (Art. 620 OR). Hingegen müssen die Statuten den Zweck der Gesellschaft bezeichnen (Art. 626 Ziff. 2 OR).

<sup>49</sup> Art. 698 ff. OR betr. das Organisationsrecht im engern Sinne. In einem weiteren gehören auch die Rechte und Pflichten der Aktionäre dazu. Im weitesten Sinne zählen auch Aspekte dazu, die unter andern Titeln erfasst werden, so die Rechte der Arbeitnehmer einer Aktiengesellschaft.

<sup>50</sup> Art. 530 ff. OR für die einfache Gesellschaft, Art. 552 ff. OR für die Kollektivgesellschaft usw.

oder das in einem überfordernden resp. unterfordernden Spannungsverhältnis zur Wirklichkeit steht, verliert an Autorität, an Akzeptanz und bald einmal an Wirkung. Dies wäre dem Recht und den Rechtsordnungen abträglich. Die (demokratische) Legitimitätsfrage schliesst sich an. Es ist nicht zuletzt das Gerechtigkeitspostulat selbst, das nach neuem Recht (dieses kann auch im Verzicht auf eine Regelung bestehen) ruft. Deshalb muss das *Recht* in der Konsequenz notwendigerweise *änderbar* sein, wenn auch nicht beliebig. Übergeordnetes Recht (beispielsweise zwingendes Völkerrecht, Bundesrecht gegenüber kantonalem usw.) ist zu beachten, da und dort gibt es gewichtige Anliegen, mit Blick auf die Rechtssicherheit oder gar zum Schutz elementarer Kernaussagen die Änderbarkeit des Rechts zu erschweren oder im äussersten Fall zu untersagen (materielle Schranken), schützenswerte Rechtspositionen gegenüber Neuerungen mittels besonderer Rechtsinstitute (wohlerworbene Rechte, Eigentumsgarantie) zu verteidigen und intertemporal Auswirkungen des neuen gegenüber dem älteren Recht zu mildern, doch bleibt es beim Regelfall der Änderbarkeit des Rechts.<sup>51</sup>

Die Schweizerische Bundesverfassung äussert sich in einem lapidaren Satz: „Die Bundesverfassung kann jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden“<sup>52</sup> – eine Vorgabe, die auf die gesamte Rechtsordnung durchschlägt. Sie belebt das Spannungsverhältnis zwischen Konstanz – lanciert vom Gerechtigkeitspostulat – und Fortentwicklung, d.h. sie verabsolutiert die Rechtssicherheit nicht, sie friert das Recht nicht ein, sie sucht die Gerechtigkeit für neue Sachverhalte. Damit baut sich das *Potenzial* des Rechts und der Rechtsordnung *in Richtung Zukunftsoffenheit* erheblich aus. Würde die Änderbarkeit schon vom Grundsatz her erheblich erschwert oder massiv eingeschränkt, so müsste die strukturelle Zukunftsfähigkeit des Rechts und der Rechtsordnung mindestens teilweise in Frage gestellt werden. So aber besteht kein Grund, sie von vornherein belastet zu sehen.<sup>53</sup> Nuanciert anders sieht es im Vertragsrecht aus: *Pacta sunt servanda*, doch schliessen das dispositive Recht und die vertragliche Inhaltsfreiheit ein hohes Mass an Gestaltungsmöglichkeiten ein. Davon war bereits die Rede. Das Recht ist zukunfts offen, auch wenn es die Rechtssicherheit betont. Zu unterstreichen: Selbst die Verfassung ist zukunfts offen, auch wenn sie erschwert änderbar ist – erhöhte normative Geltungskraft – und hohe Abstraktion bei gleichzeitig materieller Grundsätzlichkeit (Freiheit, Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit usw.) auf weite Sicht zum Gegenstand hat. Sie ist Grundlage politischer Prozesse, und sie ist gleichzeitig selbst Gegenstand politischen Werdens.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Daraus darf übrigens der Schluss gezogen werden, dass sich die Rechtswissenschaft nicht nur mit dem geltenden Recht zu befassen, sondern die Rechtsetzung als eine Aufgabe zu betrachten hat, die von ihr – auch wenn sie darum weiss, dass sie nicht als Gesetzgeber fungiert – in der Sache mitverantworten ist, nicht zuletzt unter dem Gesichtspunkt der sachlich-rechtlichen Anforderungen, der Abstraktheit, des Ermessensbedarfes, der Zukunftsfähigkeit und Zukunftstauglichkeit des zu erlassenden Rechts. Über die Änderbarkeit des Rechts ist zudem die Demokratie der Rechtsetzung in die Legitimierung des Rechts wiederkehrend einbezogen. Mit der Änderbarkeit des Rechts verbindet sich sodann die Verpflichtung, die Gerechtigkeit gegenüber einer sich ändernden Wirklichkeit immer wieder neu zu beleben.

<sup>52</sup> Art. 192 Abs. 1 BV. Diese Bestimmung bedarf der Auslegung in Richtung materieller Schranken. Siehe dazu *Lombardi Aldo*, Kommentar/Vorbemerkungen Art. 192-195 BV, in: *Die Schweizerische Bundesverfassung*, Kommentar, Zürich/Basel/Genf/Lachen SZ 2002.

<sup>53</sup> Siehe dazu im Sinne einer Relevanzstudie *Lendi Martin*, Das Gemeinwohl und die Änderbarkeit der Verfassung – dargestellt am Beispiel der Schweizerischen Bundesverfassung, in: *Bonvin/Kohler/Sitter-Liver* (Hrsg.), *Gemeinwohl – Bien commun*, ein kritisches Plädoyer, Fribourg 2004, S. 177 ff.

<sup>54</sup> Die Interaktion zwischen Rechtssatz und Rechtsadressaten schliesst das besondere Phänomen der Steuerungswirkung ein. Dem Grundsatz nach bestimmt das Recht als Norm, wie sich der Normadressat zu verhalten hat. Dieser wird gleichsam durch das Recht in seinem Verhalten hin auf die Zukunft ausgerichtet, mal bestimmt, mal eher unbestimmt, je nach der Regelungsintensität. Es kommt aber da und dort nicht nur auf das Recht und dessen Intention an. Der Rechtsadressat kann, wenn dies der Rechtssatz zulässt, auf einen Rechtsvorgang verzichten oder kann ihn bewusst wählen. So kann er „Steuern sparen“, indem er sich verschuldet, soweit die Schulden ex lege abzugsberechtigt sind. Umgekehrt kann er einen Führerausweis für das Lenken eines Motorfahrzeuges durch das Bestehen einer Prüfung erlangen, wie er sich auch desinteressieren

## VII. Besondere Mittel der Zukunftsbefassung

Die Rechtswissenschaft hat, wie verdeutlicht, die Zukunft nie völlig ausser Acht gelassen. Allerdings wäre die Behauptung verwegen, sie habe darin ein zentrales Thema erkannt. Das Stichwort ist den Lehrbüchern eher fremd. Auf der andern Seite waren die Ausbreitung des römischen Rechts, dessen Rezeption, die Pandekten, die Lehre von den Institutionen, die grossen Kodifikationen und vor allem die Verfassungsbewegungen vom Ansporn begleitet, dem Recht Impulse und aus dem Recht heraus resp. auf dessen Grundlage den *Weg in die Zukunft* für Politik, Wirtschaft und Gesellschaft zu bereiten. Die Verfassung der Vereinigten Staaten, die EG-Verträge, die schweizerische Bundesverfassung – sie zeugen davon. Die Philosophie – insbesondere die Philosophie vom Recht – hat ihrerseits zum Voranschreiten des Rechts, vor allem zu einer verhaltensregelnden, das Zusammenleben stützenden Ordnung angeregt.<sup>55</sup>

In neuerer Zeit drang die Zukunftsfrage, sogar beim Namen genannt, da und dort deutlicher hervor. Es waren allerdings nicht ideelle Begleitumstände. *Die Expansion der Problemabsteckungen, die Problemverdichtungen, die Marktbedürfnisse und der Zwang zur Produktivität* – und dies alles in einer Zeit erhöhter Veränderungsgeschwindigkeiten, sowie der keimenden Einsicht, sachlich und zeitlich an Grenzen zu stossen, zwangen dazu. Nachlassenden Kräfte des Wachstums waren das Eine, die politischen Implikationen der Konsensfindung im Umfeld heterogener Ansprüche und konkurrierender Interessen das Andere: Die Knappheit der öffentlichen Finanzen schwang und schwingt mit, die Sicherheitspolitik operiert nach wie vor in Spannungsfeldern, die Belastungen der Umwelt reden ins Gewissen – und dies bei einer wachsenden Weltbevölkerung, bei sozialen Ungleichgewichten, Entwicklungsgefällen, regionalen Disparitäten, bei allseits wachsenden Ansprüchen an die Lebensqualität, kurzum, die Zukunft belastende Elemente erweisen sich als virulente Herausforderung für das Recht.

### 1. Betonter Einsatz der rechtsstrukturellen Potenzen

Der bewusst forcierte Schritt auf die Zukunft kann bereits *im Rahmen der gegebenen Rechtsstrukturen* getan werden. Er muss jedoch bewusst gewagt werden. Die aufgezeigten Möglichkeiten bleiben nicht eingewechselte Potenziale, wenn die Auseinandersetzung mit der fliessenden Wirklichkeit fehlt. Aufzunehmen sind insbesondere die Möglichkeiten der abstrakten Gesetzgebung, der privatautonomen Rechtsetzung, der schöpferischen Rechtsanwendung, der Handhabung des Ermessens, der sinnvollen Novellierung des

---

kann. Kurzum, das Recht kann, mindestens in Teilen, seitens des Angesprochenen „bewirtschaftet“ werden. Überdehnt zeichnet sich die Gefahr eines Rechts optionaler Möglichkeiten ab. Dies ist im Bereich des dispositiven Rechts gegeben, nicht aber im Umfeld des öffentlichen. Dort ist es nur angebracht, wenn sich der Gesetzgeber Wahlmöglichkeiten offen lässt, welches Verhalten letztlich den öffentlichen und privaten Interessen im Sinne der Grundidee der Rechtsordnung sachlich und zeitlich optimal zudient. Sollte die Rechtsordnung in gewichtigen Teilen als Angebot betrachtet werden, so käme dies einem Verlust an normativer Steuerungskraft gleich. Eine Zwischenstufe wäre der Gebrauch des Rechts für eigene Zwecke, nahe beim Rechtsmissbrauch. Der Umgang mit dem Recht darf nicht zu einem banalen Optimierungsvorgang zugunsten der eigenen Interessen verkommen. Die Tendenzen in diese Richtung belasten die Zukunft des Rechts.

<sup>55</sup> Statt vieler Autoren *Hofmann Hasso*, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, Darmstadt 2000 (und die dort besonders sorgfältig nachgeführt zitierte Literatur zur Philosophie, zur Rechtsphilosophie und zur Rechtslehre)

geltenden Rechts, der organisationsrechtlich vorgezeichneten unternehmerischen Freiheiten usw. Voraussetzung ist die Fähigkeit, sachlich relevant und rechtserheblich werdenden Sachverhalte frühzeitig zu erkennen und den Rechtsantwortbedarf kreativ zu erfassen resp. in Gesetze und Rechtsgeschäfte einfließen zu lassen.

Qualifizierter Aufmerksamkeit bedürfen mit der Zukunft einhergehende *Risiken*, deren Analyse, das Zuweisen möglicherweise anfallender Lasten, das Bereitstellen von Sicherheiten und allenfalls das Involvieren von Versicherungsverpflichtungen. Nur wenn bedacht mit Risiken umgegangen wird, werden diese nicht zum Stolperstein wider die Zukunftsöffnung. Diese Dimensionen sind sowohl für das Privatrecht als auch das öffentliche Recht zu bedenken. Allerdings sei die Bedeutung des Privatrechts mit seinen Elastizitäten unterstrichen, gerade deshalb, weil es im Rahmen der besonderen Hilfsmittel, wie wir sehen werden, weniger deutlich angesprochen wird – ein Spiegelbild der vorherrschenden Präsenz des öffentlichen Rechts und des staatlichen Handelns.

## 2. Offenheit gegenüber dem internationalen Recht

Das bis vor wenigen Jahrzehnten dominierende nationale Recht behielt sich bis zu einem gewissen Grade die Regelung des Verhältnisses zum Völkerrecht vor und entzog sich damit weitgehend dem Vorrang des Völkerrechts. Auch wurde vom Völkerrecht traditionell – während Jahrhunderten – nur am Rande eine zukunftsweisende Funktion zuerkannt. Es hatte vielmehr die regionalen und keimenden nationalstaatlichen Rechtsordnungen zu gewährleisten. Das Fehlen völkerrechtlicher Rechtsdurchsetzung trug ihm stellenweise, verglichen mit dem ausgereiften Recht der Nationalstaaten, sogar den Vorwurf ein, kein Recht im strengen Sinne zu verkörpern. Die Zukunftskompetenz blieb während vieler Jahre dem nationalen Recht zuerkannt.

Dies hat sich seit der Mitte des 20. Jahrhunderts in einem stetigen, durch die Globalisierung der Märkte, die enger werdende politische und umweltseitige Schicksalsgemeinschaft der Menschheit und damit der Relativität nationaler Regelungswerke grundlegend geändert. Das internationale Recht handelt heute von den Zukunftsfragen genau so intensiv wie die nationalen Rechtsordnungen – wenn nicht sogar in Teilen intensiver. Es ist gleichsam am Puls des Geschehens und steht in Konfrontation mit der tatsächlichen Entwicklung.<sup>56</sup> Das nationale Recht kommt deshalb nicht darum herum, sich mit dem internationalen zu befassen, sich ihm zu öffnen. Die nationalen Verfassungen sind denn auch auf dem Weg, das Völkerrecht, ohne Transformationsanspruch ins nationale, als Teil der Recht anzuerkennen, es zu beachten und jenem Völkerrecht, das grundlegende Aussagen zum innersten Kern des Rechts beinhaltet, als zwingend anzuerkennen.<sup>57</sup>

Diese Schritte gehen mit dem Phänomen einher, dass das internationale Recht von Tag zu Tag reicher wird an Aussagen zu dem, was morgen gelten muss, vom internationalen Umweltrecht bis zum Verkehrsrecht, vom Regelwerk des weltweiten Handels bis zu jenem der Finanzmärkte. Träger dieser Rechtsentwicklung sind internationale Organisationen wie UNO,

---

<sup>56</sup> Siehe dazu *Thürer Daniel*, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in *idem*, Kosmopolitisches Staatsrecht, Zürich-Basel-Genf 2005, S. 65 ff., insbesondere S. 103 ff. Der Autor spricht dort von den Entwicklungslinien in die Zukunft hinein. Er macht darauf aufmerksam, wie wichtig es ist, dass die Justiz gleichsam mitzieht. Im gleichen Sinne *idem*, Kosmopolitische Verfassungsentwicklungen, a.a.O., S. 3 ff.

<sup>57</sup> Die Schweizerische Bundesverfassung hält Bund und Kantone an, das Völkerrecht zu beachten (Art. 5 BV) und sie stellt klar, dass bei Verfassungsänderungen das zwingende Völkerrecht nicht verletzt werden darf (Art. 193 Abs. 4 BV, Art. 194 Abs. 2 BV).



WTO, EU/EG, mit Reflexwirkungen sogar auf Staaten ausserhalb einzelner supranationaler Organisationen. Diese Stosskräfte werden durch die begleitende Rechtsprechung unterstützt. Die Schritte hin zur Internationalisierung haben etwas mit dem Zukunftswillen zu tun, wie umgekehrt die Zukunftsoffenheit Internationalisierungen einschliesst. Gut ablesbar sind diese Akzentsetzungen bei der EU/EG. Den Takt und die inhaltlichen Schwergewichten bestimmen deren Verordnungen und Richtlinien.

### **3. Bevorzugung privatrechtlicher Wege**

Es ist dem Staat, so er das Recht entsprechend ausrichtet, nicht verwehrt, bisherige „öffentliche“, durch ihn versehene Aufgaben, auszulagern und der Marktwirtschaft sowie dem rechtsgeschäftlichen Handeln anzuvertrauen. Dies kann durchaus zweckmässig und sinnvoll sein. Nicht alle verlangen nach einem hoheitlichen Auftritt, gar nach einem Monopol. Das Marktgeschehen signalisiert Nachfrage und Angebot und damit die Zukunftsoffenheit deutlicher als dies bürokratisch wahrgenommen werden kann. Das *Privatrecht ist zudem dynamischer nutzbar* als das öffentliche. Nicht die nach der Theorie auszumachend oder gerade nicht feststellbare Unterschiede zwischen öffentlichem und privatem Recht sind hier massgebend, sondern die funktionalen Handhabungsmöglichkeiten. Das so verstandene Privatrecht steht gleichsam – vom Vertragsrecht bis zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht – instrumentell und Grundlagen sichernd zur Seite des Flexibilität und Zukunftsoffenheit suchenden Handelns. Der Staat und erst recht seine Unternehmungen begeben sich also nicht ins Abseits, wenn sie den bedachten Einsatz privatrechtlicher Handlungsformen begünstigen. Hoheitliches Verfügen ist demgegenüber dort vorzuziehen, was es um ein anordnendes Handeln geht, so bei staatlichen Geboten und Verboten im Kontext der Ordnungsverwaltung, nicht aber in Bereichen, denen ein kooperatives Element eigen ist. Das öffentliche Wirtschaftsrecht, so es den Grundsätzen der Wirtschaftsfreiheit verpflichtet ist, kann Zusätzliches zur Zukunftsöffnung beitragen, wenn es von strukturerhaltenden Massnahmen befreit und hoheitliche Interventionen soweit möglich zurücknimmt.

### **4. Gefahrenabwehr, Risikoreduktion, Versicherung**

Schon früh hat das Recht in materieller Hinsicht erkannt: Die Zukunftsoffenheit begründet Hoffnungen, weckt *Chancen* – aber nicht nur. Sie lässt auch *Risiken* erahnen. Die Ungewissheiten, gerade auch zur Art und zum Ausmass möglicherweise anfallender Belastungen, können sich zur Besorgnis, zur Sorge, ja bis zur Angst verdichten. Der Schutz vor Feuer, Wasserfluten, Lawinen usw. stand schon früh im Vordergrund, doch hatte es damit nicht sein Bewenden. Der Wunsch nach einem Recht resultierte, das hilft, Gefahren und Risiken verschiedenster Arten – Naturgefahren, Bedrohungen der Sicherheit, technische Mängel und deren Auswirkungen, usw. – zu bannen, das zur privaten und öffentliche Fürsorge anhält, das zudem über öffentliche und private Versicherungen potenzielle Lasten auf eine möglichst grosse Zahl der Bedrängten verteilt und also den kostengünstigen Zutritt zum Gesundheitswesen, zum berufsfreien Alter usw. erleichtert. Der Schutz grundlegender Rechtsgüter durch das Strafrecht – und der davon ausstrahlenden Generalprävention – zählt auch dazu, die Vorwirkungen des Haftpflichtrechts nicht minder, das Polizeirecht, das Militärrecht, das inner-familiäre Fürsorgerecht, das Recht auf Hilfe in Notlagen, das Umweltrecht, das öffentliche und das private Versicherungsrecht – von der Lebensversicherung über die Brandassekuranz, die Haftpflicht- und Krankenversicherung bis zur beruflichen Altvorsorge, zur AHV, zum Schutz vor den finanziellen Auswirkungen der

Arbeitslosigkeit usw. – tragen ihrerseits zur Entlastung bei. *Eine enorme Fülle von Normen des öffentlichen und privaten Rechts der Entlastung von Zukunftsbedrängnissen breitet sich aus*, intensiver als gemeinhin unter dem Titel des Zusammenhangs von Recht und Zukunft bedacht wird.<sup>58</sup> Dass das Umweltrecht mitspielt, sei unterstrichen. Dahinter steht nichts anderes als eine bewusste Auseinandersetzung des Gesetzgebers mit der Zukunft, initiiert letztlich von den Rechtsadressaten, deren Sorge um die Zukunft mitschwingt. Nicht unerwähnt bleiben darf die *Gewährleistung des Eigentums*, verstanden als Vermögenswertgarantie. Ohne dieses Rechtsinstitut gibt es letztlich keine private und keine öffentliche Vorsorge. Wie weit sich der Staat in die Sicherheitsbelange über die polizeilich-militärischen Belange hinaus einzubringen hat, mag umstritten sein. Als Gesetzgeber hat er auf alle Fälle die minimalen Anforderungen an das Verhalten festzulegen, die ein Leben in „Sicherheit“ begünstigen, und er hat die gesetzliche Umsetzung der Sozial- und ökologischen Ziele im Auge zu behalten. Das Mass wird unter anderem bestimmt durch die Freiheit der Rechtsadressaten, durch ihre Verpflichtung auf die Selbstverantwortung und durch die wirtschaftlichen Berechnungsgrössen.

## 5. Planung und Pläne

Über die Strukturfragen, die methodischen Anstrengungen und über die Gefahrenabwehr sowie über die Risikozurückzunahme hinaus hat die Rechtswissenschaft die Zukunftsfrage in jenem Zeitpunkt betont thematisiert, als die sachlichen, räumlichen und zeitlichen Problemdimensionen in ihrer Komplexität und kaum entwirrbaren Verstrickung erheblich anwachsen. Die Gemeinwesen waren vor grösste Herausforderungen gestellt, beispielsweise im Zusammenhang mit dem Bevölkerungswachstum, dem Bodenverbrauch, der Mobilitätssteigerung, der Agglomerationsbildung und der drohenden inneren Verelendung von Stadtquartieren. Auch wenn sich die Problem heute (in Teilen) anders darstellen, die Engpässe meldeten sich in dieser Art an. Vertieft bedacht wurden sie im Zusammenhang mit der räumlichen Planung (Entwicklungsplanung, Raumplanung, Stadtplanung). Das Planungsrecht mit all seinen Schattierungen wies den Weg des haushälterischen Umganges mit dem Verfügbaren – unter Annahmen zur Zukunft.<sup>59</sup> Gleich klarzustellen: Es ging nicht um Planwirtschaft, sondern um den rechtsstaatlichen Zutritt zur und den Umgang mit der

---

<sup>58</sup> Liest man die neue Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 unter diesem Titel des Befassens mit der Zukunft, so wird dieses Gedankengut besonders deutlich. Noch offensichtlicher trifft dies auf den Text der vorangehenden Verfassung vom 24. Mai 1874 zu, die mit ihren laufenden Ergänzungen sichtbar machte, wie sich das Befassen mit der Zukunft intensivierte, wohl eine Folge der werdenden wirtschaftlichen, sozialen, technischen und politischen Belastungen und deren Vernetzungen, vor allem aber der befürchteten potenziellen Knappheiten – von der Forstpolizei mitsamt dem/Wasserbau über die Arbeitslosenversicherung bis zur Ungewissheit des politischen Konsenses. Die neue Bundesverfassung brachte dann noch neben einem Katalog an Sozialzielen (Art. 41 BV), die der gesetzlichen Konkretisierung bedürfen, das positive Grundrecht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV). Neu formuliert worden ist auch der Aufgabenbereich der Sicherheit (Art. 57 ff. BV), ohne dass aber die polizeiliche deutlich genug angesprochen worden wäre.

<sup>59</sup> Ernst Hasso Ritter definiert: Planung ist Steuerungs-, Kommunikations- und Konsensbildungsprozess zugleich, so *Ritter Ernst Hasso*, *Der Stellenwert der Planung in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft*, in: ARL (Akademie für Raumforschung und Landesplanung), *Methoden und Instrumente räumlicher Planung*, Hannover 1998, S. 6 ff. Die klassische Definition geht zurück auf *Scharpf Fritz*, *Planung als politischer Prozess*, Aufsätze zur planenden Demokratie, Frankfurt a.M. 1973, S. 37 f.: „So erscheint Planung aus der ersten Perspektive als eine Technik der vorwegnehmenden Koordination einzelner Handlungsbeiträge und ihrer Steuerung über längere Zeit.“ Für mich schürft die Planung tiefer. Sie ist geistige und tätige Auseinandersetzung mit dem politischen, wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Geschehen – über die Zeiten hinweg, in die Zukunft hinein. Auf dieser Basis tritt sie dann unter anderem als vorwegnehmende Koordination von Handlungsbeiträgen auf, die sie zielorientiert über längere Zeit gegenüber einer sich ändernden Wirklichkeit steuert. Siehe dazu u.a. *Lendi Martin*, *Recht und Politik der Raumplanung*, 2.A., Zürich 1997.

Zukunft; es ging auch nicht um die Unternehmungsplanung im privatwirtschaftlichen Bereich, die durch die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet ist. Im Fokus stand die Zukunftsverantwortung des Gemeinwesens. In diesem Sinne wurde – mindestens auf Zeit – *die Planung für Politik und Recht zu einem Schlüssel zur Zukunft*.<sup>60</sup> Vor allem in den Jahren um und ab 1960 sah sich die Lehre vom Recht mit diesem Instrumentarium konfrontiert, sei es dass sie selbst Fragen aufgeworfen hat, sei es dass solche an sie gerichtet worden sind.<sup>61</sup> Wesentliche Klärungen zur Planung erfolgten deshalb – in der Schweiz – im Zusammenhang mit dem Erlass des Verfassungsartikels über die Raumplanung im Jahre 1969<sup>62</sup> und des Bundesgesetzes über die Raumplanung im Jahre 1979.<sup>63</sup> Parallel dazu wuchs das Planungsverständnis im Umfeld der politischen Planung, verstanden als staatsleitende.<sup>64</sup> Das Planungsrecht ist nach wie vor aktuell. Die neu formulierte Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft erwähnt neben der Raumplanung die politische Planung zentral und zwar unter dem Marginalen „Regierungspolitik“: „Der Bundesrat (Regierung) bestimmt die Ziele und Mittel seiner Regierungspolitik. Er plant und koordiniert die staatlichen Tätigkeiten.“<sup>65</sup>

Von Anfang der Planungsdiskussion an wurde von einem Teil der Autoren nicht versäumt, das Verhältnis von Planung und Recht resp. von Zukunft und Recht in seiner Grundsätzlichkeit zu bedenken.<sup>66</sup> Ob es die Rechtswissenschaft war, die grösseren Anteil am *Durchdenken von Planung und Recht* beanspruchen darf, oder ob es die Lehren von der Raumplanung und der politischen Planung waren, die in den Vordergrund drängten und die Rechtswissenschaft unter Zugzwang setzten, mag die Geschichtswissenschaft eruieren. Tatsache ist, dass sich Raumplanung und Rechtswissenschaft begegneten und gegenseitig die anfallenden Irregularitäten, also potenzielle Abweichungen gegenüber dem tradierten

---

<sup>60</sup> Zur Planung und zu den Plänen als Gegenstände der Gesetze siehe *Badura Peter*, Planung durch Gesetz, in: *Recht als Prozess und Gefüge*, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, a.a.O., S. 15 ff. Neueren Datums *Lendi Martin*, Planung und Recht – Reflexionen, UPR 10/2004, S. 361 ff., mit Hinweisen auf die neuere Literatur. Siehe ferner *idem*, Zukunft entwerfen – Rückgriff auf die Planung?, Vortrag gehalten vor dem Bund Deutscher Architekten, München 2001, publiziert u.a. in: SATW (Schw. Akademie der Technischen Wissenschaften), Sonderheft „Planung“, Bulletin 2/02, S. 8 ff.

<sup>61</sup> Es war vor allem der Schweizerische Juristenverein, der sich gleich an mehreren Tagungen der Planung – vorweg der Raumplanung – zugewandt hatte (1947/1964/1976).

<sup>62</sup> Konkreter Anlass war die Herausbildung eines neuen Bodenrechts auf der Basis von Raumplanung und Eigentumsgarantie mit der Möglichkeit der Ausscheidung von weiträumigen Landwirtschaftszonen sowie der Trennung der Bodenmärkte für das Siedlungs- und das Nicht-Siedlungsgebiet. Daraus resultierten die Verfassungsartikel 22ter (Eigentumsgarantie) und 22quater aBV (Raumplanung). Siehe dazu die entsprechende Botschaft vom 15. August 1967, BBl 1967 II, S. 133 ff.

<sup>63</sup> Das gleichsam erste Bundesgesetz über die Raumplanung vom 4. Oktober 1974 wurde 1976 in einer Volksabstimmung verworfen. Das geltende BG mit dem gleichen Titel datiert vom 22. Juni 1979 (RPG).

<sup>64</sup> Planung steht hier für die staatlich-politische Auseinandersetzung mit der Zukunft im Kontext eines demokratischen, liberalen, sozialen und föderativen Rechtsstaates. In den Vordergrund rückt dabei die staatsleitende Planung. Siehe dazu *Eichenberger Kurt*, Verfassung des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kommentar, Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1986, S. 265 ff. und die dort zit. Literatur. Von der staatsleitenden Planung wird weiter gedacht zu den grundlegenden Querschnitts- und Sachplanungen. Siehe sodann *Linder Wolf/ Hotz Beat/ Werder Hans*, Planung in der schweizerischen Demokratie, Bern 1979. Zum Verständnis der Planung ferner *Hoppe Werner*, Planung, in: Grundfragen des Planungsrechts, Ausgewählte Aufsätze, Münster 1998, S. 1 ff. (siehe auch den verwandten Aufsatz *Hoppe Werner*, Planung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III: Das Handeln des Staates, § 71, Heidelberg 1988, S. 653 ff.)

<sup>65</sup> Art. 180 Abs. 1 BV

<sup>66</sup> *Lendi Martin*, Planung und Planungsrecht, in: *idem*, Recht und Politik der Raumplanung, 2. A., Zürich 1997, S. 15 ff. Vgl. sodann vor allem die Abhandlungen zur politischen Planung: *Linder/Werder/Hotz*, Planung in der schweizerischen Demokratie, a.a.O.; *Lendi Martin/Linder Wolf* (Hrsg.), Politische Planung in Theorie und Praxis, Bern 1979; *Müller Georg*, Politische Planung, in: Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 1984, S. 235 ff. (und die dort zit. Lit.).

Rechtssystem, beachteten und bedachten.<sup>67</sup> Für die Rechtswissenschaft war dies nicht selbstverständlich, da sie sich auf ein junges Gebiet einliess, das in andern Kategorien dachte.<sup>68</sup> Da waren einmal die Probleme der Zuordnung der Planung zu den Staats- und Rechtsfunktionen<sup>69</sup>, dann aber auch jene der Rechtsnatur des Plans im Kontext des Stufenbaus der Rechtsordnung<sup>70</sup>, sodann jene der Plankoordination im mehrstufigen Bundesstaat<sup>71</sup> und vor allem die Grundsatzfrage nach der Rechtsnatur des Planungsrechts selbst.<sup>72</sup> Sodann galt es die Relation zu den Grundrechten (Rechtsgleichheit, Niederlassungsfreiheit, Handels- und Gewerbefreiheit/Wirtschaftsfreiheit), zu den Grundsätzen der Wirtschaftsordnung und den Anforderungen der Eigentumsgarantie zu erwägen.<sup>73</sup> Nicht zuletzt stellte sich die Frage nach der planerisch und durch die Einheit der Rechtsordnung sowie jene des Lebensraumes bedingten Koordination sektoraler gesetzlicher Vorgaben.<sup>74</sup>

---

<sup>67</sup> Detaillierte Überlegungen dazu *Lendi Martin*, Impulse der Raumplanung an die Rechtswissenschaft, in: idem, Gesellschaftlich vernetztes Recht, Zürich 1999, S. 73 ff.

<sup>68</sup> Wie und in welchem Geist alle relevanten Fragen geklärt wurden, ist nicht Gegenstand dieser Abhandlung, doch ist die Herausforderung zu beachten: Der Umgang mit der Zukunft war für die Rechtswissenschaft mit dem Problem der Planung und dem Instrument der Pläne neu gestellt. Weil damit auch Probleme des Verhältnisses zur Wirtschafts- und Sozialordnung und zum Schutz der Umwelt, aber auch zur Demokratie und zum Rechtsschutz verbunden waren, erlaubte dieser Ansatz vertiefende Zutritte und Abgrenzungen über die engeren Sachthematika hinaus. Die Planung wurde als Lenkungs- und Steuerung Teil des Rechtssystems, die Pläne wurden zu einem festen Bestandteil, sei es als Konzepte (Konzept für das Berggebiet, Verkehrskonzepte), Programme (Regierungs-, Legislatur-, Realisierungsprogramm) oder gar als Nutzungs-(Flächenwidmungs-) und Richtpläne (Leitpläne), teils raum- (Raumpläne), teils sach- (Bebauungs-, Verkehrs-, Finanzpläne) und/oder aktivitätsbezogen (Finanz-, Strassenbau-, Hochbautenprogramme). Der Verbindlichkeitsgrad der Pläne reicht von der Unverbindlichkeit (indikative Pläne) über die Behörden- bis zur Grundeigentümergebindlichkeit. Die Rechtsnatur des Plans und der Planung zu bestimmen, fiel nicht einfach, weil die Rechtsordnung sich auf den Rechtssatz als zentrales Element und auf die Rechtsfunktionen der Rechtsetzung, der Rechtsanwendung und der Rechtsdurchsetzung – immer nahe am generell-abstrakten Rechtssatz und seiner individuell-konkreten Anwendung – konzentriert hatte, die Planung aber gleichsam nach einer Steuerung „à part“ und die Pläne eine koordinierende und teilweise eine festlegende Funktion „hors“ der tradierten Strukturen und Funktionen des Rechts verlangten. Dennoch: *Planung und Pläne wurden Teil der Rechtsordnung*. So weit die Interessen von Rechtswissenschaft und der Lehre von der Planung sachlich auseinander lagen, so sehr führte sie das beidseitige Befassen mit der Zukunft zu einem Miteinander. Im Ergebnis verpflichtete sich die Planung auf das Recht und also auf Rechtsstaat und Demokratie, und das Recht fand den Schlüssel zur weitergehenden Zukunftsöffnung durch die Planung, die Pläne und das Planungsermessen. Dabei wurden die Rechtsstruktur und die Rechtsinstitute grundlegend bedacht – mit Gewinn für beide Seiten.

<sup>69</sup> Diese Frage ist in ihrer Bedeutung vor allem für die politische Planung nachvollziehbar. In der Regel wird sie zur Regierungsfunktion gerechnet. Sie war aber auch im Hinblick auf den Erlass der kantonalen Richtpläne und der kommunalen Nutzungspläne zu diskutieren. Ist ihr Erlass dem Gesetzgeber oder der Regierung resp. der Exekutive anzuvertrauen? Das BG über die Raumplanung (RPG) vom 22. Juni 1979 lässt dies offen.

<sup>70</sup> Die erste grundlegende Abhandlung kritischer Art wagte *Imboden Max*, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut (1960), in: idem, Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel/Stuttgart 1971, S. 387 ff. Vorausgegangen war, neben andern, jene von *Schaumann Wilfried*, Die Landesplanung im schweizerischen, englischen und französischem Recht, eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Studie, Zürich 1950.

<sup>71</sup> Es geht hier um die Planabstimmung aufgrund der sog. durchgehenden Planung im Gegensatz zur Plan-Derogation, wie sie der Kompetenzkonkurrenz im Bundesstaat entsprechen würde. Siehe dazu *Lendi Martin*, Recht und Politik der Raumplanung, 2. A., Zürich 1997, daselbst vor allem: Raumbedeutsame Pläne, a.a.O., S. 47 ff.

<sup>72</sup> Den Rückblick erleichtert *Kuttler Alfred*, Beiträge zur Raumordnung als Weg und Ziel, Zürich 2003 (Aufsatzsammlung). Die grundsätzlichen Rechtsfragen nach dem neueren Stand der Literatur vermittelt *Ruch Alexander*, Das Recht der Raumordnung, Basel/Frankfurt am Main 1997.

<sup>73</sup> Vgl. dazu die Kommentierungen der aBV und der BV, hier vor allem *Jagmetti Riccardo*, Kommentar zu Art. 22quater aBV, in: Kommentar zur Bundesverfassung Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Zürich/Bern 1987 ff., sodann *Lendi Martin*, Kommentar zu Art. 75 BV, Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf sowie Lachen SZ 2002.

<sup>74</sup> Die massgebenden Impulse gingen von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus, leading case: BGE 116 Ib 50). Der Gesetzgeber doppelte teilweise nach, so Art. 25a RPG aus dem Jahre 1995.

*Aus heutiger Sicht* ist die Thematik von Recht und Planung für breite Kreise der wissenschaftlichen Diskussion zeitgeistbedingt ein Produkt des letzten Jahrhunderts. Danach ist sie ganz oder in Teilen überholt. Statt hoheitlicher Planung seien Markt, Kooperation und Management gefordert. Ob dem so ist, darf bezweifelt werden, da die Planung im öffentlichen und privatwirtschaftlichen Bereich nach wie vor durchaus wirksam ist – bis in die Unternehmungsplanungen hinein. Und dies nicht ohne Erfolge. Die Gegenwärtigkeit in Gesetzgebung und politischem Verwaltungs-Alltag belegen ihre Präsenz. Allerdings hat die Planung, vorweg im öffentlichen Umfeld, einen tiefgreifenden Verständniswandel erfahren.<sup>75</sup> Sie ist nicht staatliche Problemlöserin, sie ist nicht Macherin. Sie steht vielmehr im Dienst des bedachten Angehens von Problemkomplexen unter Beachtung des Faktors Zeit.<sup>76</sup> Sie ist der Zukunft gewidmet. Selbst wenn die Zeitbedingtheit der Planung nachzuweisen wäre<sup>77</sup>, die allgemeine Frage nach dem Verhältnis von Recht und Zukunft erübrigt sich nicht, weder in abstracto der Lehre vom Recht und seiner Strukturen noch in concreto gegenüber der politischen, wirtschaftlichen, sozialen und lebensräumlichen Wirklichkeit. Planung – als Zugehen auf die Zukunft und das Bedenken der Zukunftsanforderungen – verlangt dem geltenden Recht (immerhin) vorwärtsdrängende Perspektiven ab.<sup>78</sup> Inmitten von Unruhe und Hektik verschafft sie eine gewisse Übersicht. Allerdings ist beizufügen: Die Planung ersetzt nicht die Gesetzgebung, sie substituiert nicht das Recht und dessen Nachführung resp. Erneuerung. Hingegen: Planung zwingt zum Überlegen, greift auf das geltende Recht zurück und macht auf den Bedarf an neuem genau so aufmerksam wie es dazu beiträgt, geltendes auf neue Sachverhalte sachgerecht, verhältnismässig, koordiniert und also insgesamt wirkungsvoll und vor allem zukunfts offen anzuwenden. Es war wohl eine der grössten Leistungen rechtsstaatlicher Planungslehren, die Planung in den Rechtsstaat und verbreitet sogar in die Demokratie einzubeziehen.

## 6. Finale Rechtssätze

Besonders hervorzuheben ist das Andiskutieren der Struktur des Planungsrechts. Dass ein Ausbruch aus den tradierten Strukturen des Rechts notwendig würde, um der Planung Dynamik und gleichzeitig Ausrichtung zu vermitteln, war bald einmal vorbedacht, doch blieb die erkannte Lücke während längerer Zeit vorerst ungeschlossen. Das Rechtssatzschema von Tatbestand und Rechtsfolge war dominant. Ein Blick über die Landesgrenzen hätte gezeigt, dass vor allem in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich für das Planungsrecht nach *Zielnormen* gesucht worden war. Sie sollten Planungsermessen ermöglichen, der Planung inmitten der Ermessensfülle den Weg weisen, gleichzeitig Beliebigkeit und Willkür verhindern und jederzeit der Planung Sachlichkeit abverlangen.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> Erläuterungen dazu finden sich unter den massgebenden Begriffen in: *ARL* (Akademie für Raumforschung und Landesplanung), Handwörterbuch der Raumordnung, 2. A., Hannover 2005. Sie wird heute oft in Richtung von Kooperationsstrategien und Managementmethoden festgemacht. Ob dies der bestmögliche Verständnisansatz ist, kann bezweifelt werden. Sie ist auch nicht nur Methode, wie während geraumer Zeit behauptet worden war. Siehe ferner *ARL*, Methoden und Instrumente räumlicher Planung, Hannover 1998; *eadem*, Grundriss der Landes- und Regionalplanung, Hannover 1999, ferner: *Jenkins Helmut W. (Hrsg.)*, Raumordnung und Raumordnungspolitik, München 1996.

<sup>76</sup> *Hoppe Werner*, Planung, a.a.O., sodann *Fürst Dietrich*, Planung, in: *ARL*, Handwörterbuch der Raumordnung, 1. A., Hannover 1995

<sup>77</sup> Mit dieser Frage habe ich mich in einem besonderen Aufsatz befasst: *Lendi Martin*, Rechtfertigung der Raumplanung, in: *idem*, Gesellschaftlich vernetztes Recht, a.a.O., S. 17 ff.

<sup>78</sup> Es war in der schweizerischen Rechtswissenschaft vor allem *Walther Burckhardt*, der sich nicht scheute, die Rechtspolitik als eine Teilaufgabe dieser praktischen Wissenschaft von der Lehre her zu verankern. Auf ihn wurde deshalb bereits hingewiesen.

<sup>79</sup> Im Raumordnungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland vom 8. April 1965 wurden erstmals Planungsgrundsätze festgeschrieben. Sie standen unter dem Titel: Grundsätze der Raumordnung. Als finale

Die schweizerische Rechtswissenschaft und erst recht die hiesige Rechtspolitik waren ab den ersten Versuchen der Formulierung eines Bundesgesetzes zur Raumplanung zu Beginn der 70er Jahre (noch) nicht bereit, dem Planungsrecht besondere strukturelle Eigenschaften zuzuerkennen. Sie insistierten auf gewohnten Konditionalprogrammen, wenn auch unter erhöhtem Einsatz von unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensermächtigungen, vor allem aber unter Einbezug eines örtlichen bis nationalen Plansystems mit Nutzungs-, Richt- und Sachplänen. Im Rahmen der Expertenkommission zum heute geltenden Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 kam es (endlich) zum Abbau von Konditionalnormen und zum Einfügen von *Planungsgrundsätzen*. Sie finden sich in Art. 3 leg. cit. In Übereinstimmung mit der nun vorherrschenden Rechtslehre wurden sie als Rechtssätze verstanden und sogar als justiziabel eingestuft. Die Rechtsprechung würdigte sie bald einmal in gleicher Art. Allerdings, es dauerte eine gewisse Zeit, bis sich die Anwender mit den Planungsgrundsätzen hinlänglich vertraut machten.<sup>80</sup> Als finale (im Gegensatz zu konditionalen) Rechtssätze geben sie Ziele, aber nicht das Wie vor. Sie weisen den planenden Rechtsadressaten, den Behörden, gleichsam den Weg in die Zukunft.

Finale Rechtssätze wurden seither zur *Bereicherung der Lehre vom Recht*<sup>81</sup>, über das Raumplanungsrecht hinaus, sogar bis auf Verfassungsebene hinauf.<sup>82</sup> Sie erlauben, für eine Welt der virulenten Komplexitäten und Vernetzungen engmaschig angelegte Vorgaben und Beschränkungen hinter sich zu lassen – zugunsten einer weiteren Zukunftsöffnung.<sup>83</sup> Allein schon die Akzentuierung der Ziele begünstigt Durchblicke. Die staatlichen Aktivitäten erhalten Ausrichtung und dies selbst bei schwer erfassbaren Sachverhalten, Engpässen der Rechtsfindung und bei sich widersprechenden Normen sowie konkurrierenden Interessenlagen. Als Planungsgrundsätze und nun ganz allgemein als finale Rechtssätze

---

Rechtssätze befassen sie sich mit Zielen. Da Ziele nicht widerspruchsfrei festgelegt werden können, müssen Planungsgrundsätze als finale Rechtssätze vor ihrer Anwendung untereinander und gegeneinander abgewogen werden. Dies führte das dt. Raumordnungsgesetz explizit aus (§ 2 Abs. 2 ROG von 1965). Im heute geltenden dt. Raumordnungsgesetz vom 18. August 1997 sind die Grundsätze der Raumordnung ebenfalls in § 2 auszumachen. Sie werden der „Leitvorstellung einer nachhaltigen Raumentwicklung“ zugeordnet. Die rechtliche Bedeutung für die Abwägungs- und Ermessensentscheidungen ist den §§ 3 Ziff. 3 sowie 4 Abs. 2 ROG zu entnehmen.

<sup>80</sup> Das Bundesgericht anerkannte sie erst geraume Zeit später als Normen, die für die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden verbindlich sind. Die Rekapitulation der aufgebauten Praxis ist in BGE 112 Ia 85 enthalten.

<sup>81</sup> Dazu *Lienhard Andreas*, Zwischen Deregulierung und (Re-)Regulierung, in: NZZ 15. September 2004, Nr. 215, S.15. Er betont die Verwendung von finalen Rechtssätzen im Kontext von NPM resp. wirkungsorientierter Verwaltungsführung, unterstreicht aber gleichzeitig die rechtsstaatlichen Anforderungen an die Verwaltungstätigkeit und damit die Notwendigkeit konditionaler Normen.

<sup>82</sup> Ein Beispiel findet sich in Art. 84 Abs. 2 BV, wo der Bund in absoluter Formulierung angehalten wird, den alpenquerenden Gütertransitverkehr von Grenze zu Grenze auf die Schiene zu verlegen. Dieser Satz, als konditionale Gebotsnorm konzipiert, musste mit Blick auf eine völkerrechtskonforme Auslegung als finaler Rechtssatz verstanden werden. Siehe dazu die Kommentierungen in den Kommentaren zur aBV von 1874 und zu jener von 1999, insbesondere durch *Lendi Martin*, Kommentar zu Art. 84 BV, in: Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, a.a.O. Viele der den Kompetenznormen der BV beigegebenen materiellen Aussagen erweisen sich beim genaueren Zusehen als Zielansprüche, beispielsweise wenn davon die Rede ist, der Bund Sorge für die haushälterische Nutzung und den Schutz der Wasservorkommen (Art. 76 Abs. 1 BV).

<sup>83</sup> Neben den finalen Rechtssätzen setzt die Rechtswissenschaft neuerdings auf Prinzipien, so vor allem im Umweltrecht: Prinzip der ganzheitlichen Betrachtungsweise, Verursacherprinzip, Vorsorgeprinzip, Kooperationsprinzip usw. Ob es zwingend war, diese positivrechtlich festzuschreiben, darf gefragt werden, zumal ihre rechtliche Bedeutung mindestens variiert und da sich die positivrechtliche Konkretisierung nicht erübrigt. Auf der andern Seite müssen die modernen Rechtsgebiete von häufig hoher Komplexität durch klärende Aussagen mindestens zielorientiert erhellt werden. Ob Prinzipien dies leisten? In der Regel bilden sie eher Vorgaben für die Gesetzgebung. Siehe dazu *Griffel Alain*, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Zürich 2001.

wurden sie zu einem Instrument, mit den Ungewissheiten, wie sie mit dem Befassen der Zukunft einhergehen und erfahrungsgemäss zur Belastung werden, besser umzugehen.

Finale Rechtssätze vermögen konditionale nicht, schon gar nicht – auf Sachgebiete bezogen – in toto, zu ersetzen. Ein Zusammenspiel ist erforderlich. Grosse Rechtsgebiete sind sogar in extenso auf Konditionalstrukturen angewiesen, so das Steuer-, das Straf-, das Haftpflichtrecht. Umgekehrt sind öffentliche Aufgaben wie Verkehr, Bauwesen, Planungen im Bildungs- und Gesundheitswesen vermehrt auf Ziele auszurichten, aber auch diese Sach-/Rechtsgebiete sind im Kern durch konditionale Rechtssätze vorgezeichnet. Insbesondere die Leistungsverwaltung ist zielorientiert voranzutreiben und gleichzeitig von abseits liegenden Zielen abzuhalten. Diese Bereiche bieten sich ausserdem für Formen der wirkungsorientierten Verwaltungsführung (NPM, Kooperationen, PPP) an, die ihrerseits nicht ohne Zielvorgaben auskommt.<sup>84</sup> Allerdings muss bereits hier angemerkt werden, dass das Einrücken von Kooperations- resp. vertragsähnlichen Elementen zwischen öffentlichen Hoheitsträgern oder zwischen öffentlichen und privatrechtlichen Rechtssubjekten nicht von der Beachtung des öffentlichen Rechts und des zwingenden Privatrechts dispensiert.

## 7. Lenkungsmassnahmen

Aus der Sorge um die Umwelt hat es die Rechtswissenschaft im Verbund mit der Lehre von der Wirtschaftspolitik verstanden, neue Instrumente zu entwickeln. Sie ergänzen die Palette von Verhaltensvorschriften bestehend aus Geboten und Verboten zugunsten resp. zu Lasten des künftigen Verhaltens. Im Vordergrund stehen die *Lenkungsabgaben*. Nicht zu verkennen, auch von Geboten und Verboten, gerichtet in die Zukunft hinein, können verhaltensändernde Wirkungen ausgehen. Bekannt ist dies selbst bei den üblichen Abgabearten von den Gebühren bis zu den Steuern. Lenkungsabgaben sind demgegenüber spezifisch – über das Mittel der Erhebung von Abgaben, also über ökonomische Anreize, jedoch ohne primär fiskalische resp. kostendeckende Intentionen – darauf gerichtet, sachbezogene Verhaltenseffekte zu erzielen. Der sich „sachgerecht“ verhaltende Rechtsadressat wird nicht erfasst, nur der zielabgewandte. Bei den sog. reinen Lenkungsabgaben wird der Ertrag an die Bevölkerung resp. Wirtschaft zurückgegeben. Bei den kostenanlastenden verbleibt der Abgabeertrag beim Staat, doch steht auch hier die Absicht der Verhaltensänderung betont im Vordergrund. Lenkungsmassnahmen fallen dahin, wenn die Wirkung erzielt worden ist.<sup>85</sup>

## 8. Koordination wider Zukunftsverengungen

Im Rahmen des jungen Planungsrechts hatten Raumplanung und Rechtswissenschaft einen weiteren Engpass zu meistern. Auf der Zukunftsfähigkeit und -offenheit des Rechts, die strukturell an sich initiiert sind, lasten nämlich – im öffentlichrechtlichen Bereich – die *sektoralen, auseinander führenden Gesetze* zu Verkehr, Umwelt, Schutz der Gewässer, Wald,

---

<sup>84</sup> Das NPM stellt an das Recht Anforderungen, die von jenen der Planung nicht so verschieden sind. Es geht hier wie dort um ein staatliches Handeln, im einen Bereich betont gerichtet auf die Zukunft, im andern auf die dereinstige Wirkung. Zum NPM-strukturierten Recht siehe *Lienhard Andreas*, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management, Bern 2005.

<sup>85</sup> Zum Begriff der Lenkungsabgaben vgl. die Literatur zu den öffentlichen Abgaben, insbesondere *Kappeler Thomas*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen umweltpolitisch motivierter Lenkungsabgaben, Zürich 2000. Im allgemeinen sei verwiesen auf *Blumenstein Ernst/Locher Peter*, System des Steuerrechts, 5.A., Zürich 1995.

Energie, Kommunikation usw.<sup>86</sup> Ihre *Zielheterogenität*, *Massnahmendiversität*, auch die *Verfahrensvielfalt* und erst recht die damit verbundenen unterschiedlichen Intensitäten stehen einer Synchronisation – gemessen an der angestrebte Entwicklung – entgegen, vor allem dort, wo es darum geht, die Anwendungen der einzelnen Gesetze auf eine gemeinsame Stossrichtung und auf einen definierten Gegenstand – im Falle der Raumplanung ist dies der Raum (Lebensraum) – auszurichten. Das Problem der abgestimmten Rechtsanwendung auf komplexe Aufgaben weist dabei über die Raumplanung hinaus, virulent aber wurde es in diesem Kontext. Zu suchen waren Instrumente, welche die harmonisierte Rechtsanwendung auf vielschichtige und vielseitige Herausforderungen begünstigen.<sup>87</sup> Der anfänglich gewählte Weg, in den einzelnen Gesetze Vorbehalte zugunsten anderer Gesetze vorzusehen – beispielsweise sog. Raumordnungsklauseln – erwies sich als nicht praktikabel, weil die Zahl der Vorbehaltsklauseln gross geworden wäre (Umweltklauseln, Finanzrechtklauseln usw.).

Die Lehre von der Raumplanung fügte aus diesem Grund den indikativen (unverbindlichen, aber hinweisenden) und den grundeigentumsverbindlichen Plänen (Nutzungspläne) die behördenverbindlichen *Richtpläne* bei. Ihnen sollte die Funktion zukommen, die Konzeption der in Aussicht genommenen räumlichen Entwicklung auszudrücken und deren Vorgaben mittels einer koordinierten Rechtsanwendung programmatisch anzugehen.<sup>88</sup> Diese konzeptionelle und programmatische, also sachlich und zeitlich koordinierende Funktion des Richtplans blieb lange Zeit – mindestens in der Schweiz – unverstanden, weil bei den Planern das Denken in kartographisch unterlegten nutzungsplanähnlichen Plandokumenten vorherrschte und weil die Rechtswissenschaft zögerte, von einer durch Plan gesteuerten, koordinierten Rechtsanwendung zu handeln.<sup>89</sup> In der Zwischenzeit scheint aber der Richtplan als konzeptionelles und programmatisches Koordinationsinstrument akzeptiert zu sein.<sup>90</sup> Vor allem verstärkte die bundesgerichtliche Rechtsprechung – unter dem Zwang der Fakten – bald einmal die Intention des Ausräumens sektoraler Hindernisse durch das allgemeine *Gebot der*

---

<sup>86</sup> Die Sektoralität des öffentlichen Rechts ist mangels Kodifikationen und als Folge differenzierender bundesstaatlicher Kompetenzordnungen sowie verwaltungsinterner Ämtergliederungen evident. Sie tritt bereits in der Verfassung zu Tage, welche über die Aufzählung der Bundeskompetenzen zu sektoralen Gesetzen einlädt, auch wenn die neu formulierte Bundesverfassung mit ihrer inneren Systematisierung längerfristig zu einer Zusammenfassung von Rechtsgebieten anhält und auf diese Weise die koordinierte Rechtsanwendung anstösst. Noch bessere wäre eine systematische Durchdringung des besonderen Verwaltungsrechts und eine sukzessive zu erreichende (Teil-) Kodifizierung von sachlich zusammenhängenden Teilgebieten.

<sup>87</sup> Damit verbindet sich auch das Bestreben, die Einheit der Rechtsordnung zu bedenken. Diese ist nicht exklusiv von der Raumplanung und vom Raumplanungsrecht wieder entdeckt worden, doch ist an diesen Rechtsgebieten erkennbar, dass sie aus sachlichen und rechtstheoretischen Gründen zu verfolgen ist. Das Wirtschafts- und das Familienrecht trugen ihrerseits dazu bei. Zur theoretischen Sicht der Einheit der Rechtsordnung ist vor allem auf *Burckhardt Walther*, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2.A., Zürich 1971 (Nachdruck), S. 157 ff. zu verweisen, der allerdings unter dem Eindruck von bundesstaatlicher und sachlicher Zergliederung der Rechtsordnung stand, noch weniger unter der sachlichen Heterogenität. Zur Wiederentdeckung der Einheit der Rechtsordnung *Lendi Martin*, Die Wiederentdeckung der Einheit der Rechtsordnung – eine Antwort auf die Problemkomplexität, in: Habscheid/Hoffmann-Nowotny/Linder/Meier-Hayoz (Hrsg.), Freiheit und Zwang, Festschrift zum 60. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. Hans Giger, Bern 1989, S. 407 ff. Elementar ist nach wie vor der Aufsatz von *Oftringer Karl*, Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, SJZ 37 (1940/41), S. 225 ff.; siehe auch *idem*, Ausgewählte Schriften, Zürich 1978, S. 3 ff. Eindrücklich ist sodann die ältere Abhandlung von *Schindler Dietrich (d.Ä.)*, Zum Wiederaufbau der Rechtsordnung, in: *idem*, Recht, Staat, Völkergemeinschaft, Ausgewählte Schriften und Fragmente aus dem Nachlass, Zürich 1948, S. 72 ff.

<sup>88</sup> Art. 8 RPG

<sup>89</sup> Vgl. zum Instrument des Richtplans *Moor Pierre*, Du plan directeur à la planification directrice, in: *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983, p. 575 ss.; *Tschannen Pierre*, Der Richtplan und die Abstimmung raumwirksamer Aufgaben, Bern 1986, sodann *Lendi Martin*, Richtplanung und Richtpläne, in: *Recht und Politik der Raumplanung*, 2.A., Zürich 1997, S. 95 ff.

<sup>90</sup> Siehe dazu BGE 107 Ia 77. Dieser Entscheid klärte die Rechtsnatur und teilweise auch die Funktion des Richtplans.



*formellen und materiellen Koordination der Rechtsanwendung.*<sup>91</sup> Dahinter steht die späte Erkenntnis konkurrierender öffentlicher Interesse, wie sie aus sektoralen Gesetzen hervorgehen. Das zeit. Gebot entwickelten die Lehre und die Gerichtspraxis, doch selbst der Gesetzgeber setzte in der Folge entsprechende Akzente.<sup>92</sup>

All dies diente vorerst der Raumplanung, doch neu ganz allgemein der *Lehre von der koordinierten Rechtsanwendung*, geschah aber letztlich im Interesse der Zukunftsfähigkeit und -tauglichkeit des Rechts und der Rechtsordnungen. Der Widerspruch von sektoralen Gesetzen und komplexen Sachverhalten (Aufgaben) war eben zum Verschluss geworden, nicht nur in Front eines singulären Problems in der Zeit, sondern vor allem auch im Hinblick auf die Funktionstüchtigkeit der Rechtsordnungen und auf die Steuerungskraft des Rechts in die Zukunft hinein. Auf dieser Basis eines handlungsfähigen Rechts gelingt es nun, die Zukunftskompetenz der Rechtsordnung zu steigern. Die Einheit der Rechtsordnung erträgt ihrerseits kein konglomeratives, gleichzeitig ausfransendes Recht. Sie widersetzen sich auseinander driftenden Faktoren und gebietet, die Schritte in die Zukunft nach Inhalten und Verfahren abzustimmen.

Das Problem der koordinierten Anwendung geltenden Rechts ist noch nicht in allen Teilen gemeistert. Es kann auch anders als durch zwingende Rechtssätze und das Instrument des Plans angegangen werden. Die erste Möglichkeit besteht darin, die Funktion der Lenkung der zielbewussten Rechtsanwendung der *Verfassung* mit ihren materiellen Vorgaben zu überantworten. Die zweite rückt durch die Verfassung ein materielles *Prinzip* (als Massstab) in den Vordergrund und erwartet von ihm das zusammenführende Ausrichten des sektoralen Rechts. Und die dritte? Sie lässt alles offen und stellt es dem Gesetzgeber anheim, das vorzukehren, was in Querschnittsangelegenheiten nötig wird, oder überlässt es der *Praxis*, das Erforderliche vorzukehren. Bei dieser letztern der drei Varianten droht die Gefahr wechselnder politischer Akzentsetzungen, sodann jene, die Verpflichtungen auf die Verfassung aus den Augen zu verlieren und opportunistisch zu agieren. Bei der ersten wird Eindeutigkeit und normative Steuerungskraft der Verfassung samt verfassungsgerichtlicher Unterstützung vorausgesetzt – Erwartungen, welche diese nur dann zu leisten vermag, wenn sie klar, einfach und verpflichtend auftritt und sich durchsetzt. Die Rechtswissenschaft optiert in der Regel aus Gründen des Stufenbaus der Rechtsordnung für diesen Zutritt mit Hinweisen auf die Einheit der Rechtsordnung ein. Die mittlere der drei Möglichkeiten muss noch näher betrachtet werden. Das Beispiel des Prinzips der Nachhaltigkeit bietet sich an.

## **9. Das Prinzip der Nachhaltigkeit**

Die neue Bundesverfassung widmet sich der Zukunft – nach dem bereits Ausgeführten – nicht mit einer allgemeinen Aussage oder gar einer Formel. Sie nähert sich ihr von mehreren Seiten – und dies nicht nur nebenher. Zusätzlich zu den bekannten Elementen hat sie als Neuerung von Gewicht das Prinzip der Nachhaltigkeit eingefügt. Dieses geht betont auf die Zukunft zu.<sup>93</sup> Was immer darunter verstanden werden mag<sup>94</sup>, die Verfassung erhebt es durch die

---

<sup>91</sup> Leading case BGE 116 Ib 50

<sup>92</sup> Art. 25a RPG. Im Umweltrecht trat das Prinzip der ganzheitlichen Betrachtungsweise hervor, das seinerseits, gemessen an seiner rechtlichen Bedeutung, nach einer abgestimmten Rechtsanwendung rief (Art. 1 Abs. 1 BG über den Umweltschutz (USG) vom 4. Oktober 1983).

<sup>93</sup> Aussagen zum Prinzip der Nachhaltigkeit, so sie rechtliche Relevanz beanspruchen, dürfen sich nicht auf Hinweise der allgemeinen Literatur und die dort zelebrierten Definitionen beschränken. Sie müssen den verfassungsrechtlichen Gehalt herausarbeiten. Siehe dazu *Vallender Klaus A. / Morell Reto*, Kommentar zur Art. 73 BV, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, a.a.O., sodann *Griffel Alain*, Nachhaltigkeitsprinzip, in: Haller Walter (Hrsg.), Umweltrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 5 ff.; *idem*, Die

Niederschrift in der Urkunde und damit im normstufenadäquaten Rahmen zu einem verfassungsrechtlichen. Dementsprechend ist es aus der Verfassung heraus, wenn auch mit völkerrechtlichem und sachlichem Hintergrund, zu erklären. Weil es als Teil der obersten staatlichen Normen zu würdigen verbleibt, ist es mehr als ein politisches Prinzip. Vereinfacht kann man von einem *Verfassungsgrundsatz* sprechen. Nicht nur dort, wo es ausdrücklich angesprochen wird, kommt es zum Tragen.<sup>95</sup> Bereits in der Präambel mit dem Hinweis auf die Verantwortung gegenüber den künftigen Generationen setzt es ein, betont in der Zweckbestimmung<sup>96</sup> die Bedeutung der nachhaltigen Entwicklung, am selben Ort die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen, es stellt sich ferner in den Kontext der auswärtigen Angelegenheiten, unterstreicht das ausgewogene Verhältnis zwischen der Natur und ihrer Erneuerungsfähigkeit einerseits und der Beanspruchung durch den Menschen andererseits, handelt sodann von der haushälterischen Nutzung des Bodens und des Wassers, redet dem sparsamen Energieverbrauch das Wort, verpflichtet die landwirtschaftliche Produktion – und sogar bei den Finanzen verlangt es nach einem dauerhaften Gleichgewicht von Einnahmen und Ausgaben.<sup>97</sup>

Diese spezifischen Aussagen stehen im Kontext einer Verfassung, die neben dem ökologischen Gleichgewicht mit grossem Aufwand rechtliche Verbindlichkeit und politische Verständlichkeit<sup>98</sup> anstrebt, soziale Solidarität<sup>99</sup> einfordert und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit<sup>100</sup> voraussetzt. Insofern ist die Nachhaltigkeit letztlich aus dem ganzheitlichen Kontext der Verfassung zu verstehen. Sie bedingt auf diese Weise Nachhaltigkeit in allen Bereichen öffentlicher Aufgaben sowie in der Wirtschaft, der Gesellschaft und der Umwelt. Nicht allein die Umwelt, auch die Wirtschaft, die Gesellschaft stehen unter dem Vorbehalt der Nachhaltigkeit; selbst der Staat und die öffentlichen Unternehmungen sind involviert. Die Beispiele der Sozialwerke und des Finanzhaushaltes mit ihren Folgekosten zulasten der nachrückenden Generationen sprechen für sich selbst. Insofern verlangt das Prinzip in einem ausholenden Sinn nach *Zukunftsoffenheit und Zukunftstauglichkeit – in Verantwortung gegenüber den kommenden Generationen*. Das Zurücknehmen auf den Umweltschutz, wie dies oft mit dem Hinweis auf die Priorität der Ökologie geschieht, verkürzt, auch wenn die Relevanznähe zu Raumplanung und Umweltschutz offenkundig ist. Der umfassende Ansatz kommt jedoch näher an die Probleme heran und entspricht einem ganzheitlichen Verständnis der Verfassung.

---

Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Zürich 2001; ferner *Lendi Martin*, Nachhaltigkeit – ein Auftrag der neuen Bundesverfassung, als Problemstellung für Ingenieure, das Ingenieurwesen und das Engineering, in: Giger Hans/Lübbe Hermann/Schambeck Herbert/Tschirky Hugo (Hrsg.), *Technologische Entwicklung im Brennpunkt von Ethik, Fortschrittsglauben und Notwendigkeit*, Bern 2002, S. 385 ff.; *idem*, *Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung des Nachhaltigkeitsprinzips*, in: *idem*, *Subtilitäten des Rechts*, Zürich 1996, S. 73 ff.; *idem*, *Nachhaltigkeit in der Bürgergesellschaft*, in: Jäggi/Mäder/Windisch (Hrsg.), *Entwicklung, Recht, Sozialer Wandel*, Festschrift für Paul Trappe, Bern 2002, S. 127 ff.

<sup>94</sup> Siehe dazu u.a. *Schweizerischer Bundesrat*, *Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002* (Bericht des Bundesrates), BBl 2002, S. 3946 ff.; *idem*, *Strategie Nachhaltige Entwicklung in der Schweiz*, BBl 1997 III, S. 1045 ff.

<sup>95</sup> Markant angesprochen wird es in Art. 73 BV, doch reicht seine Bedeutung darüber hinaus. Dort ist vor allem von der ökologischen Komponente die Rede. Dennoch darf nicht dem Fehler verfallen werden, die Nachhaltigkeit einseitig auf diese Dimension auszurichten. Die Verfassung baut auf einem breiteren Hintergrund auf, der Nachhaltigkeit mehrdimensional erscheinen lässt. Allerdings ist zuzugeben, dass es der Verfassungsgesetzgeber an der nötigen Formulierungsklarheit hat fehlen lassen.

<sup>96</sup> Art. 2 Abs. 2 und Abs. 4 BV

<sup>97</sup> Art. 54, 73, 75, 76, 89, 104, 126 BV

<sup>98</sup> zum Beispiel Art. 5 BV

<sup>99</sup> zum Beispiel Art. 41, Art. 108 ff. BV

<sup>100</sup> Zum Beispiel Art. 6, Art. 94 ff. BV

Als Verfassungsgrundsatz kann das Prinzip weder als konditionaler noch als finaler Rechtssatz verstanden werden. Es bedarf vor allem und vorweg über den Weg der Gesetzgebung der Konkretisierung. Allerdings wirkt es aus sich heraus regulierend, indem es die Organe der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung auf die Zukunftsfähigkeit und die Zukunftstauglichkeit verweist. Es ermahnt zu einem Dialog mit der Zukunft. Insofern ist es *unmittelbar anwendbar*. Wie dies im Einzelnen geschieht, hängt vom Gegenstand ab. Das Prinzip nimmt sich – beispielsweise – bei den Finanzen anders aus als im Rahmen des Bodenrechts. Im ersten Fall geht es um Begrenzungen der Verschuldung und vorausseilend um ausgeglichene Budgets im Verbund mit der Konjunktur- und Arbeitsmarktpolitik, im zweiten Fall um Schutz vor Belastungen der Böden, um das Abwehren von Übernutzungen der im Boden schlummernden Ressourcen und um die zurückhaltende Freigabe für flächenintensive Bauten und Anlagen. In jedem Fall bedarf es besonderer Erwägungen. Die faktische Durchsetzung ist nicht abhängig von einer speziellen Nachhaltigkeitsprüfung. Seine Justiziabilität ist allerdings fragwürdig, eher als nicht gegeben zu betrachten – und doch bildet es eine verfassungsrechtliche Vorgabe, beispielsweise relevant im Hinblick auf die koordinierte Anwendung von sektoralem Recht oder der Handhabung von freiem und auch von Beurteilungsermessen. Aus der Verfassung heraus ist es allerdings nicht exklusive Leit-Vorgabe. Diese schliesst eben die Nachhaltigkeit in ihr Gefüge ein und bringt gleichzeitig weitere grundlegende Aussagen von erheblicher Tragweite zum Ausdruck – von den Grundrechten über die Sozialziele und die materiellen Festschreibungen im Zusammenhang öffentlicher Aufgaben bis hin zu den Grundsätzen der Wirtschaftsordnung.<sup>101</sup>

Gemessen an dieser Grundausrichtung muten theoretische Überlegungen, ob zwischen den unterschiedlichen drei Kernbereichen von Ökonomie, Gesellschaft und Umwelt gleichsam verrechnet und Belastungseinheiten getauscht werden könnten, mechanistisch und einseitig quantitativ indiziert an.<sup>102</sup> Nicht genug kann betont werden: Das Prinzip der Nachhaltigkeit ist letztlich ethisch begründet. Die damit einhergehende Verantwortung ist immer ganzheitlich und an den Folgen orientiert. Nicht die Gesinnung als solche ist relevant, sondern auf die positiven und negativen Wirkungen kommt es an. Allerdings ist in das Prinzip der Nachhaltigkeit das Vorsorgeprinzip eingebunden. Dieses verlangt aber nach einer aktiven Zuwendung zur Zukunft und also nach einem bedachten Umgang mit ihr – in Front der Ungewissheiten. Die Flexibilität gilt den sich nach Art und Intensität ändernden und verlagernden potenziellen Belastungen und Ungewissheiten. Dass dabei seitens der Rechtswissenschaft die Nähe zur Gesellschaft, zur Wirtschaft und zum Staatlichen dominiert, hält dazu an, auf die Natur besonders zu achten.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> Art. 7 ff BV (Grundrechte), Art. 41 BV (Sozialziele), Art. 54 ff. BV (Zuständigkeiten samt materiellen Vorgaben), Art. 94 BV (Grundsätze der Wirtschaftsordnung).

<sup>102</sup> Es geht hier um die Überlegungen, ob unter dem Titel einer starken Nachhaltigkeit in jedem Bereich (Wirtschaft, Gesellschaft, Umwelt – und m.E. auch öffentliche Aufgabenfelder) absolute Ansprüche ohne Abstriche zu erfüllen sind (Kapitalstock-Modell, starke Nachhaltigkeit) oder ob zwischen den Bereichen gleichsam, mindestens auf Zeit, verrechnet werden kann (Schwache Nachhaltigkeit mit Substitution). Der praktische Mittelweg geht von den rechtlichen und anderweitig (z.B. ethische Grenzen) nicht verhandelbaren Bedingungen aus und verbietet die systematische Vernachlässigung des einen oder anderen Bereichs. Bisweilen wird von einem Modell „Schwache Nachhaltigkeit plus“ gesprochen. Solche Differenzierung bestätigen, dass von Interessenkonflikten und Bereichsüberschneidungen auszugehen ist, die nicht exakt auseinanderdividiert werden können. Überlegungen solcher Art sind auszumachen im Bericht des (Schweizerischen) Bundesrates „Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002“, BBl 2002, S. 3946 ff. Am Erwägen und Abwägen kommt im Umfeld der Nachhaltigkeit niemand vorbei. Um so wichtiger ist, dass in jedem Fall die Verantwortung herausgefordert wird, dass die Folgen bedacht werden und dass mithin der Gesichtspunkt der intergenerationellen Verantwortung betont bleibt.

<sup>103</sup> Beachte dazu *Winter Gerd*, Asynchronien von Gesellschaft und Recht, GAIA, Heft 1 2005, S. 47 ff. Winter forciert den Impetus der Unersetzbarkeit natürlicher Funktionen. Ihm geht es darum, von der Natur her zu denken, gerade auch im Verhältnis von Recht und Zeit.

Das Prinzip der Nachhaltigkeit beansprucht die Regierungstätigkeit, die Gesetzgebung, die Verwaltung samt der damit verbundenen Rechtsanwendung – streitig oder nicht streitig. Im Kern geht es um ein notwendiges Besinnen auf das Zusammenführen der je für sich und nun auch untereinander nachhaltigen Verantwortungsbereiche für Politik, Wirtschaft, Gesellschaft und Umwelt. Es ist schon viel erreicht, wenn allenthalben und integriert auf die künftigen Generationen Rücksicht genommen wird, wenn die langfristigen Folgen bedacht sind. Nochmals zu unterstreichen: Die öffentliche, die privatwirtschaftliche und die private Aufgabenerfüllung dispensieren nicht von der Nachhaltigkeit, diese nicht von der Aufgabenwahrnehmung. Dass räumlich betrachtet weltweit, regional und lokal zu agieren ist, versteht sich. Die sachlichen Interdependenzen mit unterschiedlichen Raumbezügen gebieten dies. Ethisch entscheidend ist das Wahrnehmen der Folgenverantwortung und zwar ganz allgemein bezogen auf die Konsequenzen aus dem aktuellen Tun, verbunden mit der spezifischen Aussage der Unumgänglichkeit der Zukunftsdimension.<sup>104</sup> Es insistiert auf der Langzeitverantwortung und bringt diese rechtsethisch als Verantwortung gegenüber den kommenden Generationen zum Ausdruck.<sup>105</sup>

## 10. Das Prinzip der Subsidiarität

Die erhöhte Flexibilität im privatwirtschaftlichen und privatrechtlichen Bereich kann und muss den Staat anhalten, sich wiederkehrend Rechenschaft zu geben, welche Aufgaben dem Staat zufallen, ob er diese als öffentliche selbst an die Hand nehmen, ob Kooperationsformen zwischen dem Staat und der Wirtschaft zu entwickeln, ob er eine öffentliche Aufgabe auf Private zur Erfüllung übertragen und ob er Bereiche ausklammern und als private resp. privatwirtschaftliche den Privaten resp. die Privatwirtschaft zur Eigenwahrnehmung überlassen soll. Die Verselbständigung öffentlicher Anstalten sowie die Modelle der PPP (Public Private Partnership) und des Out-Sourcen im Rahmen des NPM (New Public Management) weisen in diese Richtung. Veranlassender Grund, u.a.: Zu hohe Staatsquoten überlasten den Gesetzgeber und erst recht das Recht und die Rechtsordnungen, dann aber auch die Volkswirtschaft.

Im Hintergrund steht das *Subsidiaritätsprinzip*, nicht nach dem üblichen Verständnis der innerstaatlichen Übertragung öffentlicher Aufgaben auf bürgernahe Instanzen (Gliederstaaten, Gemeinden) gemäss der Föderalismus- und Gemeindeautonomiedebatte, sondern *im Sinne der Option zugunsten der Privaten und der Privatwirtschaft*. Voraussetzung ist allerdings eine Privatwirtschaft, die nicht nur betriebswirtschaftlich denkt, sondern den volkswirtschaftlichen Kontext bejaht. Dies setzt unter anderem eine Unternehmungsführung nach verinnerlichten Regeln guter Praxis der Corporate Governance voraus. Dabei ist, wenn Regelungen

---

<sup>104</sup> Beachte die zu wenig zur Kenntnis genommene Schrift *Mauch/Infras/Ernst Basler+Partner AG*, Politik der nachhaltigen Entwicklung in der Schweiz, Standortbestimmung und Perspektiven, Hauptbericht, Zürich 2001. Dieser Bericht baut auf dem Drei-Dimensionen-Konzept auf und versucht dieses mit ethischer Grundlegung mit dem Hintergrund der Konflikte zwischen Weltregionen und Generationen zu konfrontieren. Nach meiner Ansicht dürfen die öffentlichen Aufgaben nicht vernachlässigt werden und ist die ethische Dimension vorweg eine solche der Folgenverantwortung und somit des Faktors Zeit in die Zukunft hinein. Dass bei der Nachhaltigkeit in räumlicher Hinsicht weltweit, regional und lokal gedacht werden muss, hängt von den Tatsachen ab und nicht von der ethischen Einstellung. So besehen wären das Vier-Dimensionen-Konzept (Staat, Wirtschaft, Gesellschaft, Umwelt) und die intergenerationelle Verantwortung herauszuarbeiten gewesen..

<sup>105</sup> Siehe dazu *Lendi Martin/Hübler Karl Hermann (Hrsg.)*, Ethik in der Raumplanung, Zugänge und Reflexionen, Hannover 2004 (Forschungs- und Sitzungsberichte ARL), daselbst Abhandlungen zur Nachhaltigkeit (Vogt Markus, Weber Gerlind) sowie zur Rechtsethik als Grundlage der Raumplanung (Lendi Martin).

unumgänglich sind, an die Möglichkeit der Entwickeln von öffentlichen Standards durch Private zu denken.<sup>106</sup> Voraussetzung ist allemal das Prinzip der Öffentlichkeit: Selbst ausserhalb öffentlicher Organisationen (mit Einschluss der Staaten) entwickelte Richtlinien, Empfehlungen sowie Standards sollen zugänglich, kritisierbar sein, wenn auch nicht vergleichbar mit gesetzlichen Erlassen, aber doch in dem Masse, wie solche rechtliche Relevanz erlangen und staatliches Recht substituieren. In eine ähnliche Richtung weisen Branchenabsprachen zur Erreichung öffentlicher Ziele in Belangen, die sich ausschliesslich an aktuell und potenziell Beteiligte adressieren, auch wenn dahinter öffentliche Anliegen stehen.

Die Möglichkeiten der Hintanstellung staatlicher Regelung zugunsten leicht änderbarer privater Absprachen gilt es vermehrt einzusetzen. Sie eröffnen ein bewusstes Zugehen auf Veränderungen, sogar auf Ungewissheiten. Der sachlichen „Geltung“ nach reichen sie von der freiwilligen Übernahme von Umweltverpflichtungen bis zu Standes- und Qualitätsregeln im Bereich der Organisation und Führung von Wirtschaftsunternehmungen, deren Buchführungen und das Revisionswesen. Auch Offenlegungsausancen für börsenkotierte Unternehmungen fallen in Betracht. Ein Hauptgewicht fällt auf *technische Standards*, oft angesprochen als Normen zu Bauwerken und Bauvorgängen, dann aber auch als Anforderungen an Materialien usw. Sie entlasten den Gesetzgeber. Im Verbund mit der Gerichtspraxis können sie zu „anerkannten“ Regeln sachgerechten Handelns werden. Sie sind ausgerüstet mit dem Vorteil der Nachführung im Gleichschritt mit der technischen Entwicklung, dann aber auch mit der Zulässigkeit, mit besseren Erkenntnissen und hinreichenden Begründungen von ihnen abweichen zu dürfen, was in Regelungen kaum vorbehalten werden kann. Anvisiertes Ziel ist ein Handeln *lege artis* und damit des Gewährleistens einer hohen fachlichen Qualitätsstufe.<sup>107</sup> Die Normenwerke entspringen aktuell noch in erster Linie nationalen Quellen, die europäischen rücken aber in hohem Rhythmus auf. Mit Rücksicht auf die Marktstärke der USA muss damit gerechnet werden, dass amerikanische Normen aus dem Bereich und Umfeld der Unternehmungsführung faktisch in Europa beachtet oder gar ins hiesige nationale Recht integriert werden müssen.

Somit steht fest: Rechtsordnungen können sich erheblich entlasten, wenn sie die Fachkunde mobilisieren und dieser zugestehen, das sachlich Relevante und fachlich Gebotene im Sinne des Standes des Wissens und der angezeigten Fertigkeiten beim Namen zu nennen und unter Änderungsvorbehalten festzuhalten. Selbst die räumliche Planung und der Umweltschutz müssen sich solche Schritte überlegen. Qualitätsanforderungen lassen sich oft nur im Zusammenhang mit Kreativitätsansprüchen realisieren – und diese wachsen im Rahmen von Standards eher heran denn auf der Basis stringent formulierter Regeln. Auch im Rahmen von Schutzkonventionen (zum Beispiel zugunsten der Alpen) braucht es nicht rechtlich verpflichtende detaillierte Verhaltensvorschriften oder gar absoluter Schutzaussagen. Es müsste unterhalb verbindlicher Ziele, erlassen im Rahmen der grundlegenden internationalen Konventionen, genügen, Standards bezüglich räumliche Ordnung, Boden- und Artenschutz, Verkehr usw. zu formulieren, welche – auf der Basis verbindlicher Ziele – zu einem Kommunizieren, Argumentieren, Begründen und Umsetzen usw. Anlass geben.

---

<sup>106</sup> Als Beispiel kann der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, ausgearbeitet von Economiesuisse, erwähnt werden.

<sup>107</sup> Das Recht kann damit Sorgfaltspflichten und also Haftpflicht- und Straftatbestände verbinden. Ob die Normen einer staatlichen Genehmigung unterliegen sollen, kann diskutiert werden, ist aber weniger wichtig als die Möglichkeit im konkreten Fall auf dem Stand „*lege artis*“ sowie auf Rechtsfolgen insistieren zu können. Dazu bedarf es rechtlicher Entsprechung. Diskutierbar ist auch der Modus, auf welchem Wege und unter wessen Beteiligung solche Standards erarbeitet werden.

## VIII. Einheit der Rechtsordnung

Eine der verbleibenden weiteren Belastungen der Zukunftsfähigkeit und -tauglichkeit des Rechts liegt in der zunehmenden *Zersplitterung der Rechtsordnung und der Rechtsordnungen*. Sie belastet deren Geschlossenheit. Die (relative) systematische Durchdringung, das sachlich durchdacht strukturierte und die abgestimmte Ordnung der Verfahren sowie der Sanktionen sind Stützen des Rechts. Wenn diese einbrechen, dann wird sich das Recht selbst zum Hindernis, weil es sich nicht mehr erklären und also nicht mehr Recht finden, sprechen, durchsetzen und novellieren kann. Mit der Einheit der Rechtsordnung wächst die Chance klärender Aussagen selbst dort, wo Regelungen nicht widerspruchsfrei zu sein scheinen.. Ohne diese Basis versagt es gegenüber der komplexen Wirklichkeit des politischen, wirtschaftlichen, sozialen und umweltseitigen Geschehens. Das Postulat der Einheit der Rechtsordnung ist deshalb unverzichtbar. Um so mehr ist auf die Ursachen der Zersplitterungen einzugehen, um zu erkennen, wie diesen – zugunsten der Einheit der Rechtsordnung – gewehrt werden kann. Die Diagnose ist auch hier die Voraussetzung der Therapie.

Eine der wichtigsten Ursachen der Zersplitterung in der Neigung zur *Perfektionierung* zu sehen. Die Staaten und internationalen Organisationen sind bestrebt, die Rechtsordnungen nicht als solche nach inneren Kriterien zu bedenken, sondern die staatliche, wirtschaftliche, soziale und auch ökologische Ordnung laufend in sachlicher, verfahrensmässiger sowie organisatorischer Hinsicht zu verbessern, wobei auf singuläre Problemlagen reagiert und mit zusätzlichen Rechtserlassen sektoraler Prägung geantwortet wird. Die Fülle der „Massnahmegesetze“ und der ausführenden Sondererlasse überrascht deshalb nicht. Sie zeugen von einem fehlgeleiteten Perfektionierungswillen. Dabei wäre, vom Recht her gedacht, in erster Linie den Massstäben der Gerechtigkeit, der Freiheit, der Selbstverantwortung, der Bürger- und Rechtsadressatennähe usw. zu genügen, also Elementen, welche die Struktur des Rechts und damit die Einheit der Rechtsordnung stärken. Dass auch das Gemeinwohl eingeschlossen sein müsste, braucht nicht betont zu werden. Gerade aber solche Kriterien werden in der Hektik des Politikflusses bald einmal übersehen: Wirkung vor Grundsätzlichkeit? Darunter leidet das Recht – seine Nachvollziehbarkeit, Überzeugungs- und Durchsetzungskraft, kurzum seine materiell begründete Autorität büsst ein.. Die Ausdifferenzierung am Rande bedrängt insbesondere die so wichtigen Grundprinzipien der Würde des Menschen, der Rechtsgleichheit, aber auch jene von Treu und Glauben, der Verbote des Rechtsmissbrauchs und der Willkür, des Diskriminierungsverbots, usw.<sup>108</sup>

Die Zersplitterung hat ihren zweiten Grund im *Spezialisierungstrend*, der wohl beschrieben, aber nicht geklärt und darum auch nicht hinreichend bekämpft wird. Die Systematisierung der Rechtsordnungen beschränkt sich zunehmend auf die äusseren Zusammenhänge. Der Gesetzgeber hat, wir wählen das Umfeld des Baurechts, mit dem Raumplanungs-, Umwelt-, Gewässerschutz-, Natur- und Heimatschutz-, Wald-, Energie-, Erschliessungs- und Verkehrsrecht ein weites Feld speziellen Rechts kreiert, das nach Abstimmung, wenn nicht sogar nach einer Kodifikation, jedenfalls nach einer materiellen Durchdringung verlangt hätte. Eingestellt hat sich ein Übermass an Gesetzen, die zudem mit dem Makel des sachlichen Segmentierens belastet und sich gegenseitig zu überrunden bemüht sind. Das Umweltrecht macht der Raumplanung die Querschnittsfunktion streitig, die Raumplanung verweist den Umweltschutz auf die Objekte und die dort feststellbaren E- und Immissionen. Der Versuch,

---

<sup>108</sup> Die Grundprinzipien sind in den Art. 5,6,7,8 und 9 BV markant hervorgehoben.

das verbindende Element eines Rechts des Lebensraumes, das der Planung, dem Bauen und der Umwelt usw. einen festen Grund vermitteln würde, zu finden, wird nicht verfolgt, weil hinter jedem Gesetz ein vermeintlich prioritäres Anliegen und spezifische Ämter stehen<sup>109</sup> Selbst das Privatrecht wurde von dieser Neigung des Aneinanderreihens nicht verschont. Zu den Kodifikationen sind „Neben“- Gesetze getreten.<sup>110</sup> Fragwürdig ist, dass sich – über alles gesehen – die Juristen und die Rechtswissenschaft damit abfinden und teilweise daraus sogar das Geschäft der Spezialisierung betreiben – bis in die Verwaltungen, bis in die Anwaltskanzleien und leider auch in die Fakultäten hinein.

Der dritte, verdeckte Tatbestand liegt in den *Überlagerungen und Durchdringungen des Privatrechts durch das öffentliche*. Gewichtige Unterschiede zwischen diesen elementaren Rechtsgebieten mögen aus der Theorie heraus bagatellisiert oder gar geleugnet werden. Die Konkurrenz von dispositivem und zwingendem, von privatem und öffentlichem Recht lastet jedenfalls auf der Rechtsordnung, sei es im Kontext eines Rechtsgebietes wie des Vertragsrechts, sei es durch Parallelschaltungen von Gesetzen. Bei Begrenzungen der rechtsgeschäftlichen Autonomie und der Vertragsinhaltsfreiheit aus dem öffentlichem Recht heraus wird das Zusammenspiel der beiden Rechtsgebiete selten genug sorgfältig bedacht, schon gar nicht unter dem Gesichtspunkt der Zukunftsverantwortung.<sup>111</sup> Das Durchdringen hat viel zu tun mit der Expansion des öffentlichen Rechts und diese mit dem Versuch der Politik, die Menschen von der Eigenverantwortung ganz oder in Teilen zu entlasten – vom Kleinkreditgeschäft über das Arbeitsrecht bis zum Abzahlungskauf. Der Schutz der Schwächeren beeinflusst die Auslegung von Rechtsgeschäften und wird zum Vorwand des Einfügens zwingenden Rechts ins Umfeld des dispositiven. Das Privatrecht und privatwirtschaftliche Elemente werden sukzessive zurückgedrängt. Die allerneueste Entwicklung wagt eine gewisse Umkehr: Die Selbstverantwortung wird stärker betont, Kooperationsformen des Handelns werden entwickelt und vertragliche Lösungen an die Stelle imperativer Verfügungen gesetzt.<sup>112</sup> Intensive Vernetzungen finden bei einer Public-Private-Partnership (PPP) statt, also dort, wo das Zusammenwirken von öffentlichen und privaten

---

<sup>109</sup> Immerhin gelang es, bei der Neufassung der Bundesverfassung einen Abschnitt „Umwelt und Raumplanung“ zu formulieren, allerdings nicht abgerundet genug (Art. 73 ff. BV). Es war zwar vertretbar, die Nachhaltigkeit voranzustellen (Art. 73 BV), doch hätte mindestens der Verkehr zusätzlich in diesen Kontext gehört. Die Raumplanung, welche sich des Lebensraumes annimmt und dabei wirtschaftliche, soziale und ökologische Anliegen zusammenführt, hätte sodann vorangestellt werden müssen, was der Bundesrat durch seinen Entwurf angeregt hatte (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBl 1997, S. 1 ff., betr. Raumplanung gemäss Entwurf S. 600 f.). Zum Zusammenrücken des Rechts des Lebensraumes siehe *Lendi Martin*, Das Recht des Lebensraumes, in: Schlupe Walter (Hrsg.), *Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends*, Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern 1993, S. 107 ff.

<sup>110</sup> Sie reichen vom Kartell- bis zum Immaterialgüterrecht. Immerhin ist zu unterstreichen, dass es in der Schweiz neben ZGB/OR kein Handels-, auch kein besonderes Arbeitsgesetzbuch gibt. Siehe dazu neuerdings *Weimar Peter*, Vom kodifizierten Privatrecht und dem gemeinen Recht, ZSR, Bd. 1/124, Heft 1/2003, S. 23 ff.

<sup>111</sup> Siehe dazu *Lendi Martin*, Die Wiederentdeckung der Einheit der Rechtsordnung – eine Antwort auf die Problemkomplexität, a.a.O., vor allem aber *Burckhardt Walther*, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, a.a.O. Zur Einheit der Rechtsordnung gibt es im tiefsten Grund keine Alternative, auch wenn augenscheinlich, die Rechtsordnung nach vielen Seiten ausfranzt, hin zum internationalen Recht, in die Offenheit des speziellen Verwaltungsrechts und hin zu sich die Hand reichenden Ergänzungserlassen zum Privatrecht. Die Einheit ist eine Denknöwendigkeit, zumal die Rechtsanwendung im Hinblick auf den Rechtsfrieden nicht mehrere Antworten auf offene Fragen erlaubt, sondern nur eine einzige, auch wenn mehrere denkbar sind oder begründbar wären. Was wissenschaftlich attraktiv wäre, sich in mehreren Möglichkeiten zu ergehen, erträgt der Rechtsfriede nicht. Deshalb ist die Rechtsordnung, trotz offensichtlicher Heterogenitäten und schwer vereinbarer Sektoralitäten in der Sache und nach Verfahren, letztlich als eine Einheit zu verstehen.

<sup>112</sup> Dies alles ist zum Beispiel im Rahmen des Bau- und Planungsrechts zu beobachten. Siehe dazu *Priebs Alexander*, Neue Kooperationsstrategien zur Aufgabenerfüllung der Landes- und Regionalplanung, in: ARL, *Grundriss der Landes- und Regionalplanung*, Hannover 1999, S. 303 ff., daselbst weitere Autoren zu verwandten Themata. Grundlegend sodann *Ruch Alexander*, Kooperationen und Konsens in der Raumplanung, in: Hertig/Nef/Ruch (Hrsg.), *Das Recht in Raum und Zeit*, Festschrift für Martin Lendi, a.a.O., S. 425 ff.

Interessen in eine win/win-Situation eingebunden wird. Dennoch ist des Wachstum des öffentlichen Rechts evident, allein schon deswegen, weil die Summe und die Intensitäten der öffentlichen Aufgaben nur schwer in den Griff zu bekommen sind und die Rechtspolitik im Umfeld des Parlamentes vom Ansatz her öffentliche Interessen verfolgt.

Eine vierte Ursache auseinanderdriftender Kräfte erklärt sich aus der *Gleichzeitigkeit von internationalem und nationalem Recht*. Die Entwicklungen mit Relevanz für die Rechtsordnung verlaufen nach eigenen Rhythmen und Prioritäten. Dennoch, das nationale ist ohne das internationale Recht nicht mehr zu verstehen – und umgekehrt.<sup>113</sup> Es entspricht nicht der Rechtswirklichkeit, wenn die Verfassung und einseitig auf den Nationalstaat zurückbedacht als oberste Norm bedacht wird – die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft als „höchste“ Normstufe ist eben mit dem Völkerrecht in zentralen Fragen vernetzt. Auch entspricht es nicht der Rechtswirklichkeit einer globalisierten Wirtschaft, wenn das nationale ohne das internationale Wirtschaftsrecht abgehandelt wird. Auf internationaler Ebene, die über keinen gesamtverantwortlichen Gesetzgeber verfügt, dominiert allerdings noch immer der selektive Zutritt, sogar ausgeprägter als auf der nationalen. Die einzelnen Staaten und auch deren Gruppierungen treiben das übergeordnete Recht eher nach punktuellen Opportunismus denn aus kohärentem Konzept voran. Dies hängt mit der nationalstaatlichen Neigung zusammen, das Völkerrecht in Grenzen zu halten – zur Wahrung „souveräner“ Handlungsfelder, gezielt aber jene Belange zu verlagern, welche die politische Eigen-Verantwortung zu sehr belasten.<sup>114</sup> Eine Expansion des nationalen Rechts auf das internationale Umfeld geht vor allem von den USA entsprechend ihrem weltumspannenden Einfluss aus, was allerdings nicht die Lösung sein kann.<sup>115</sup> Dass bisweilen politische Seitenwege zum internationalen Recht besritten werden, um retardierendes nationales Recht zu zwingen, ist registrierbar.<sup>116</sup> Der Motive der Rechtsfortentwicklung des Völkerrechts sind eben viele, die Einheit der Rechtsordnung ist hingegen selten (zu selten) der Motor. Die heute (noch) teilweise gepflegte (absolute) Trennung von internationalem und nationalem Recht ist sicherlich dort fragwürdig, wo es um Kernsubstanzen der Rechtsordnung geht, etwa im Bereich der Menschenrechte.<sup>117</sup> Diese können so gewichtig sein, dass sie gleichzeitig als „Völkerrecht“<sup>118</sup> und als „Gegenstand des nationalen Verfassungsrechts“

---

<sup>113</sup> In der Lehre zum Völkerrecht wird heute der Umbruch betont, gleichsam a) vom Völkerrecht souveräner Staaten mit Akzenten des Kriegsvölkerrechts zu b) einem Völkerrecht der Friedenspolitik sowie c) zu einem internationalen Recht für minimale und fördernde Anforderungen an Politik, Wirtschaft, Gesellschaft und Umwelt. Siehe dazu beispielsweise *Kimminich Otto/Hobe Stephan*, Einführung in das Völkerrecht, 7.A., Tübingen 2000, S. 48 ff.

<sup>114</sup> Eine Bewegung in Richtung Zentralisation, die auch in Bundesstaaten zu beachten ist.

<sup>115</sup> Siehe dazu *Vogt Hans-Ueli*, Amerikanisierung des Rechts, Zürcher Antrittsvorlesung ([www.rwi.unizh.ch/home.htm](http://www.rwi.unizh.ch/home.htm)) (Publikationen)

<sup>116</sup> Es ist nicht von vornherein auszuschliessen, dass sektorale nationale Anliegen, die von der Regierung oder vom Parlament „stiefmütterlich“ behandelt werden, durch Vertreter aus den Ämter über NGO oder mit diesen Zusammen auf die internationale Ebene gehisst werden.

<sup>117</sup> Zu denken ist beispielsweise an die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950, aber auch an Teile der Internationalen Pakte über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte resp. über bürgerliche und politische Rechte je vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakte).

<sup>118</sup> Der Begriff des „zwingenden“ Völkerrechts, der hier auf der Hand liegt, ist eng gefasst. Er darf nicht im Gegensatz zu „dispositivem“ Recht gelesen werden. Es geht um die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts im Sinne eines selbst gegenüber einer nationalen Verfassung vorrangigen Völkerrechts. Es handelt sich dabei um Normen, die aufgrund ihrer Bedeutung für die internationale Rechtsordnung unbedingte Geltung beanspruchen, so z.B. die Verbote von Folter, Genozid, Sklaverei und ausserdem die notstandsfesten Garantien der EMRK. Es geht also um (äusserst) substanzielles Recht, dem sich eine rechtsstaatliche Verfassung, die diesen Namen verdient, nicht entziehen kann, selbst dann, wenn es sich um Gegenstände in an sich kündbaren Verträgen handelt. Allerdings ist zu betonen: Kernelemente stehen in Frage, nicht das internationale Recht als solches.



betrachtet werden müssen. Die oberste Normstufe einer nationalen Rechtsordnung ist mithin eine Verfassung, die nationale- und in Teilen völkerrechtliche Dimensionen einschliesst.<sup>119</sup>

Die fünfte Ursache könnte in der (zu) grossen *Delegationsrate zugunsten der Verordnungsebene* liegen. Nicht die Delegation als solche und schon gar nicht die Verordnung als Erlassform belasten die Einheit der Rechtsordnung. Es ist vielmehr die Tatsache, dass die Verordnungen in hohem Masse durch die spezialisierte Verwaltung – sektoral interessiert – vorbereitet und abseits des formellen Gesetzgebers erlassen werden. Die Einheit der Rechtsordnung macht dabei keinen zentralen Gesichtspunkt aus. Das Beispiel der Verordnungsdichte im Umweltrecht spricht für sich selbst.<sup>120</sup> Auch im Ausführungsrecht zum Wirtschaftsrecht, so zum Landwirtschaftsrecht<sup>121</sup>, schleichen sich auseinanderführende Elemente ein, so markthemmende, die kaum den Grundsätzen der Wirtschaftsfreiheit entsprechen.<sup>122</sup> Ausführungsverordnungen müssten beim Erlass auf das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung hin überprüft werden.

Ein sechster Grund hat sich mit den *kooperativen Formen* des Verwaltungshandelns gegenüber Privaten eingestellt, gleichsam eine eingeschobene Metaebene, gekennzeichnet durch Vereinbarungen inmitten des öffentlichen Rechts, entwickelt im Grenzbereich hin zur erwünschten Mitwirkungen resp. Zustimmung. Die Problematik liegt nicht in der Konsenssuche, sondern im potenziellen Fehlschluss, es könne über Vertragsrecht neues Recht gesetzt und geltendes unbeachtet bleiben. Dies aber lässt das öffentliche Recht nicht zu, in Ausnahmefällen nur dort, wo dies ausdrücklich so vorgesehen ist.

Die Rechtsordnung als Einheit, aufgerichtet auf Strukturen der Kompetenzen, der Verfahren und der inhaltlichen Verhaltenspflichten, vermeidet Ausuferungen und lässt deshalb – überraschend? – eher Freiräume zu als ein perfektioniertes, spezialisiertes Rechtsgebäude ohne erkennbare Strukturen, samt einem Zerfliessen am Rande, wo alles im Detail geregelt scheint. Allerdings insistiert sie auf strukturiertem Recht. Sie wehrt der Versuchung, im Dickicht und an den Rändern unübersehbarer Erlasse den Beachtungsgrad zu minimieren. Dem Irrtum, dort könne lockerer mit dem Recht umgegangen werden, wehrt sie.

## IX. Involvierte Rechtspolitik

Die Zukunftsfähigkeit verlangt vom Recht und von der Rechtswissenschaft keine utopischen, keine überfordernden Schritte. Allerdings musste und muss sie einiges klären. Dazu gehört ihr Verhältnis zur Rechtspolitik. Deren gleichsam unwissenschaftliche Komponente des Politischen mag befremden. Deswegen endet aber die Verantwortung der Rechtswissenschaft nicht vor der Tür zur Rechtspolitik. Ihre *Kernverantwortung* gilt – bis in die Rechtspolitik hinein! – der Organisation der Rechtsgemeinschaft mit all ihren methodischen und inhaltlichen Fermenten der Verpflichtungen auf die Gerechtigkeit, die Menschennähe, das Ziel der sachlichen Angemessenheit, auf das Vertrauen im Rechtsverkehr, die Verlässlichkeit des Rechts und damit auf die Rechtsicherheit, auf die Berücksichtigung der sich ändernden Wirklichkeit usw. Ihr Gegenstand ist eben das Recht als geltendes und zu erlassendes – im Verbund mit der Zukunftsdimension.

---

<sup>119</sup> Siehe dazu Art. 5 Abs. 4 BV und Art. 191 BV, sodann Art. 193 Abs. 4 BV sowie Art. 194 Abs. 2 BV. Ein zeitgemässer Verfassungsbegriff involviert nationales und internationales Recht von grundsätzlichem Gewicht.

<sup>120</sup> Vgl. die Zusammenstellung im Systematischen Register der Sammlung des Bundesrechts (2003), Ziff. 814.

<sup>121</sup> Siehe dazu das zit. Register der Sammlung des Bundesrechts Ziff. 910 ff.

<sup>122</sup> Art. 94 Abs. 1 BV.

So besehen bedarf die Rechtspolitik der *Rückkoppelung zur Rechtswissenschaft*, wie umgekehrt die Rechtswissenschaft im Hinblick auf neues Recht und die Umsetzung der Rechtsidee den Weg zur Politik nicht auslassen darf. Die Rechtspolitik ist eben nicht sich selbst überlassen, wie das geltende Recht von der Nähe zum werdenden lebt. Unter den Titeln des positiven Rechts wie auch der Rechtspolitik – hier wie dort – geht es um Essentielles, nämlich um die Kernverantwortung des Rechts und damit der Rechtswissenschaft für die Freiheit und die Gerechtigkeit – in und für die Gesellschaft. Auch dort, wo die Politik – beispielsweise mit Blick auf die Menschenrechte – die internationalen Organisationen, die Staaten, die Unternehmungen, die NGO, die Verbände, die Parteien, die Universitäten, aber auch die Öffentlichkeit involviert, kommt sie nicht darum herum, Grundlagenfragen *sub specie iuris* zu klären, etwa der Tragweite der Grundrechte. Selbstredend auch dort, wo konkrete neue Erlasse resp. Novellierungen anzugehen sind, ist die Rechtswissenschaft involviert. Neben eher formellen und methodischen sowie systematischen Belangen sind die materiellen Grundsätze, welche die Rechtsordnungen prägen, immer wieder neu zu bedenken und zu konkretisieren.

Das *Gespräch zwischen Politik und Rechtswissenschaft* ist allerdings nicht einfach, weil die Politikberatung durch die Rechtswissenschaft mit Vorurteilen belastet ist.<sup>123</sup> Ihr wird nachgesagt, sie agiere weltfremd, aus dem Elfenbeinturm der Wissenschaft. Empfundener wird, dass sie sich als Geistes- und Sozialwissenschaft nicht mit mathematischer Resultatsicherheit und schon gar nicht mit einer Stimme äussert. Die Lehre vom Recht andererseits hadert mit der Verständnisbereitschaft der Politik und deren begrenzten Willen, in die juristischen Problemstellungen einzutauchen, vor allem wenn es um Grundsätzliches geht, das tagesaktuell nicht manipulierbar ist. Sachliche Randbedingungen der Beratung bestehen in der Wahl der Gesprächspartner, der Begegnungsphase im Gesetzgebungsprozess, der Beratungsgegenstände und der Beratungsintensitäten. Dies alles aber darf nicht hindern, das Gespräch zu pflegen und beidseitig die Beratung zu suchen. Ob die Sache rechtsrelevant sei und wie sie in die Rechtsordnung materiell und formell einzufügen wäre, dies ist wohl die minimale gemeinsame Fragestellung. Differenzierende Aspekte gelten beispielsweise der Rechtmässigkeit, der Verhältnismässigkeit, den potenziellen Wirkungen und den Missbrauchmöglichkeiten. Gewichtig sind Fragen der Verfassungsmässigkeit und der Kompatibilität mit dem Völkerrecht. Dass es für die Wissenschaft neben direkten Bemerkungen auch elegante Wege der Beratung gibt, sei beigefügt. Insbesondere erlaubt die Rechtsvergleichung Aussagen, die in der Regel eher „informierend“ als „belehrend“ wirken.

Eine grundsätzliche Dimension geht von den *Spannungsfeldern Recht-Demokratie resp. Zukunft und Demokratie* aus, vor allem dort, wo über Gesetze und parlamentarische Beschlüsse von erheblicher Tragweite eine Volksabstimmung ansteht. Unbestritten ist, dass das Volk als Staatsorgan an übergeordnetes Recht gebunden bleibt, doch ist ein öffentliche Debatte über Rechtsfragen äusserst schwierig.<sup>124</sup> Sie wird denn auch häufig genug verdrängt, als formal abgetan. Der wohl innerste Kern wird berührt, wo das Rechts- resp. Unrechtsbewusstsein involviert ist und sich zu Wort melden müsste. Erfahrungsgemäss

---

<sup>123</sup> Zur Politikberatung vgl. *Lendi Martin*, Politikberatung, Zürich 2005, und die dort zit. Lit. Der Autor verweist nicht nur auf das Gutachten als stringente Form der Politikberatung, sondern auch auf die Arbeit in ausserparlamentarischen Kommissionen und auf weitere Formen des innovativen Herantretens an die Politik. Auch wird sichtbar, in welcher hohem Masse die Verwaltung und mit ihr die Regierungen sowie die Parlamente nach ihr verlangen, wobei unklar bleibt, in welchem Masse die einverlangte zum Tragen kommt.

<sup>124</sup> Es geht hier vor allem um das zwingende Völkerrecht, also um das Völkerrecht in seiner elementaren Bedeutung für rechtsstaatlich Minima, vor allem im Bereich der Menschenrechte. Siehe dazu Art. 193 Abs. 4 sowie Art. 194 Abs. 2 BV. Grundsätzliche Aspekte zu Demokratie und Recht voraussetzend bei *Kägi Werner*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Neudruck, Zürich 1971, S. 152 ff.

unterliegt es erheblichen Schwankungen. Mal ist es entwickelt, mal bleibt es zurück. An der Rechtswissenschaft ist es, das Rechtsbewusstsein der politisch organisierten Gesellschaft wiederkehrend zu stärken und dies nicht einseitig unter Aspekten der Bewahrung des Bewährten, also in defensiver Abwehr von Neuerungen, sondern auch als Offenheit gegenüber der Zukunft. Die offene Gesellschaft mit dem Hintergrund der Demokratie hat sich – so in der Schweiz – als durchaus innovationsfähig erweisen – von der Raumplanung und dem Verkehr bis zur Gentechnologie im Humanbereich und zu einer neuen Verfassung.<sup>125</sup>

Zum Vorteil des Rechts, der Rechtswissenschaft und des Gesetzgebers fallen gewisse *tatsächliche Entwicklungen* schon früh als politik- und rechtsrelevant auf. An ihnen wird vor allem dann nicht vorbeigesehen, wenn sie Veränderungen, vor allem Belastungen für Bürgerinnen und Bürger signalisieren: Sinkender Einfluss durch Globalisierung, Kostensteigerungen im Gesundheitswesen, überlastete Verkehrsnetze, sich häufende Anspruchshaltungen gegenüber staatlichen Leistungen, wachsende Verwaltungen mit entsprechenden Kosten usw. Sie zwingen auf ihre Weise – als Fakten – die Rechtswissenschaft und die Gesetzgeber zur Grundlegung neuer Rechtsgebiete resp. zum Hinterfragen bestehender. Nicht nur für das Strafrecht ist der soziale Wandel Pflichtfach – für die Rechtswissenschaft als Ganzes müsste er es sein. Was die Kriminologie für jenes Gebiet leistet, das müssten Soziologie und Politologie, das müssen die Tatsachenwissenschaften in konziser Art für die Rechtswissenschaft in all ihren Handlungsfeldern einbringen. Aufschlussreich für die Rechtspolitik dürfte der Schulterchluss mit den von der Politik unter verschiedenen Titeln veranlassten Prospektivstudien sein.<sup>126</sup> Sie werden in der Regel mit Frühwarnfunktionen verbunden und konkretisieren sich in der politischen Planung, dort allerdings in der Regel zurückgenommen auf die Legislaturperiode von wenigen Jahren.

Eine der grössten Gefahren droht dem Recht und der Rechtswissenschaft durch die *Neigungen der Politik, staatliche Leistungen auszubauen*, die Bürokratie auszuweiten, Steuern und Gebühren zu erhöhen sowie Umverteilungsstrategien zu erliegen. Sie vermeint, Gerechtigkeit sei ein unbegrenztes Gut, das sich ausbreiten lasse. Dem ist nicht so. Gerechtigkeit ist ein knappes Gut, weil es sie nicht gibt, weil sie nur angestrebt werden kann. So ist denn auch der Konsens darüber, was gerecht sein soll, knapp. Davon hat die Rechtspolitik auszugehen, indem sie sorgsam und doch betont mit ihm umgeht. Den evidenten und verdeckten Ungerechtigkeiten entgegenzutreten, ist bereits eine beachtliche rechtspolitische Leistung. Formell kann dem Zerfliessen gewehrt werden, beispielsweise durch begrenzende Vorschriften wider die Verschuldung, durch erhöhte normative Anforderungen an Abgabenbeschlüsse, durch die periodische Evaluation öffentlicher Aufgaben, öffentlicher Unternehmungen, von Verwaltungen usw. sowie durch Wirkungsanalysen gemäss Kriterien der Erforderlichkeit- und Effizienz usw. An der Verfassung ist es, staatlichem Handeln Schranken zu setzen, das administrative Bemühen nicht ausufern zu lassen und zum periodischen Überprüfen anzuhalten. Selbst das knappe Gut der Gerechtigkeit ist respektwürdig. Damit dies geschieht, bedarf es einer problembewussten und starken Rechtswissenschaft mit Frühwarnfähigkeiten gegenüber rechtspolitischen Schwächen.

---

<sup>125</sup> Der Verfassungsartikel über die Raumplanung wurde 1969 erlassen, jener über den Umweltschutz 1971, die Bestimmung über die Gentechnologie im Humanbereich geht auf das Jahr 1992 zurück. Die neue Verfassung samt ihren sanften, aber nicht unwichtigen Novellierungen fand 1999 Zustimmung. Selbstverständlich setzen Neuerungen öffentliches Problembewusstsein voraus, das in Diskurs und Disput heranwächst.

<sup>126</sup> Es sind vor allem die Wirtschafts-, Finanz- und Raumordnungspolitik, die sich mit sachlich und zeitlich ausholenden Dimensionen befassen. Unmittelbar für die Regierungstätigkeit zudienende Stäbe der Frühwarnung und der politischen Planung finden sich in der Schweiz bei der Bundeskanzlei.

Verwandte Eigenschaften sind nötig, um *zeitbedingte ideologische Verblendungen* von der Rechtspolitik abzuwenden. Solche behindern den freien Blick auf das Ganze, auf das Recht als normative Verbindlichkeit für alle Rechtsadressaten und die wirtschaftliche, soziale und ökologische Wirklichkeit mit ihren Veränderungspotenzialen, sodann auf des Rechts kulturelle Dimension und seiner Menschennähe. Ideologische Träume eignen sich nicht für das Recht. Sie schaden dem Realitätssinn. Deshalb sind sie von der Gesetzgebung fernzuhalten. Deren rational anzugehende Aufgabe besteht in einer nüchternen, verständlichen, vertrauensstärkenden Regelung auf der Basis der Gerechtigkeit bei sachlicher Zweckmässigkeit, verbunden mit Zukunftsverantwortung.

Zwei besondere Versuchungen hindern die Gesetzgeber, zukunftsfähiges Recht zu forcieren – mit Einschluss des Vertrauensgewinns bei den Rechtsadressaten. Es sind dies die *Flucht in das formelle Recht und in Teilrevisionen*. Für beide Wege gibt es Gründe, sogar bisweilen gute. So ist etwa die Vereinheitlichung von Gerichtsverfassungen und von Prozessrechten samt Straffungen und Vereinfachungen keineswegs falsch, sogar vorteilhaft, aber dann doch wieder fragwürdig, wenn dahinter der Verzicht auf materielle Rechtsbemühungen steht – und dies ist häufig der Fall. Ähnliches gilt für kleinere Teilrevisionen von Gesetzen, die geringere politischen Aufwand mit sich bringen und also auch tiefere Kosten verursachen als sie mit grösseren Vorlagen verbunden sein können. Markant ist in der Referendumsdemokratie die Chance, bei kleineren Revisionen und mittels des schrittweisen Vorgehens – von Teil-Revisionen zu Teil-Revisionen – den Einspruch des Referendums zu vermeiden. Selbst in parlamentarischen Demokratien sind Mehrheiten leichter zu finden, wenn auf grosse Würfe verzichtet wird.

Regierungen und Verwaltungen suchen zwar nach beflügelnden materiellen *Prinzipien für die Rechtspolitik*, doch will dies nicht gelingen, weil sich Handlungsspielräume nicht beliebig anbieten. Im Vordergrund stehen diejenigen der Ökonomie der Kräfte, der Konzentration auf das Wesentliche – im Sinne von selbst auferlegten Beschränkungen – und der Einfachheit. Sie sind allerdings wenig vertraut und kaum auf ihre praktische Umsetzung bedacht. Sogar Vorbehalte melden sich. Insbesondere das *Prinzip der Einfachheit* zu beschwören, mag für das heutige und das morgige Recht angesichts rasanter Anordnungen illusorisch sein.<sup>127</sup> Und doch wäre es beachtenswert – vom Steuer- über das Familien- bis zum Sozialversicherungs- und Strassenverkehrsrecht, aber auch darüber hinaus ins Völkerrecht und in den Grenzbereich von nationalem/internationalem Recht. Dabei sind die Hürden des nationalstaatlich inspirierten Stufenbaus der Rechtsordnung zu bewältigen, dann auch jene des auseinanderdriftenden Spezialrechts und der Verwischungen von öffentlichem und privatem Recht. Dies alles sind geistige und tatsächliche Hindernisse von erheblichen Ausmassen, aber auch sie müssen gemeistert werden und zu Rechtserlassen führen, die sachlich das Wesentliche treffen, verstanden und grossmehrheitlich wenigstens dem Grundsatz nach akzeptiert werden.

Der besonderen Stärkung bedarf die *Gesetzesautorität*. Sie fängt offene Rechtsfragen auf, wehrt der Willkür der Behörden, widersetzt sich der Beliebigkeit privaten Handelns, reduziert die Zahl der Rechtsstreitigkeiten – der Respekt vor dem Gesetz erleichtert Anwendung und Durchsetzung. Die Zukunftsfrage mag als Komplizierung negativ bewertet werden, nicht zukunftsfähiges Recht jedoch verkürzt seine sachliche sowie zeitliche Wirksamkeit und bedingt Auslegungsaufwand sowie gesetzgeberischen Mehrbedarf mit dem Effekt des

---

<sup>127</sup> Dieses Prinzip wird oft leichtfertig weggewischt mit dem Argument, was komplex sei, lasse sich nicht beliebig vereinfachen. Dazu müsste Grundsätzliches ausgeführt werden. Einige Gedanken dazu finden sich bei *Lendi Martin*, Recht muss doch Recht bleiben, in: idem, *Subtilitäten des Rechts*, Zürich 1996, S. 27 ff. Dasselbst wird von den Notwendigkeiten zur Einfachheit und von den Verschüttungsgefahren gehandelt.

Zerfliessens in eine Masse von Entscheidungen und Erlassen. Deshalb dürfen sich Rechtswissenschaft und Gesetzgeber ihre Expositionsfähigkeit gegenüber der Zukunft nicht nehmen lassen. Souverän, von sich aus umsichtig und hartnäckig, sollen sie die Zukunftsfragen angehen. *Allerdings darf das Recht nicht zum leeren Versprechen werden.* Es muss inhaltsstark bleiben. Rechtsmethodischer Aufbruch und Kleinarbeit der Gesetzestechnik werden dabei begleitend nötig. Vor allem aber muss die Bereitschaft wachsen, berechtigten neuen Anliegen nicht mit dem geltenden Recht defensiv entgegenzutreten, sondern das zukunftsadäquat vorzukehren, was sachlich angezeigt ist, nötigenfalls versehen mit dem Vorbehalt, strengere Vorkehrungen oder Lockerungen anzuordnen, wenn sich Fakten und Einsichten verändern. Dass dabei gleichzeitig aussagearmes Recht aufzuheben ist, versteht sich.

Hier stellt sich die Frage, ob *experimentelles Recht* hilfreich sein könnte.<sup>128</sup> Dieses setzt gleichsam zukunftsorientierte Regelungen unter den Vorbehalt der Bewährung: befristetes Recht auf Probe. Dahinter steht der Wille zur Forcierung problemadäquater Regelung mit entsprechender Wirkung auf künftige Sachverhalte, in Kenntnis der Herausforderungen, der Ungewissheiten und also des Risikos einer Regelung. Die Verfassung äussert sich nicht zum Rechtsetzungsversuch auf Bewährung. Sie lässt neben der ordentlichen Gesetzgebung Dringlichkeitsrecht und in Belangen der äusseren und inneren Sicherheit sogar Notrecht auf Zeit zu, doch geht es dabei um erforderliches und nicht um abtastendes Recht.<sup>129</sup> In diesem Sinn ist der Verfassung das experimentelle Recht dem Wortlaut nach fremd, doch ist es denkbar, dass sich eine Praxis entwickelt, welche Gesetze auf Zeit zulässt. Der Experimentcharakter würde weitgehend durch Befristungsregelungen gelöst.<sup>130</sup> Ob dabei geringere Anforderungen an das Legalitätsprinzip gestellt werden dürfen, ist umstritten und gemessen an der Vorgabe, wonach das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist, eher fragwürdig.<sup>131</sup> Auf alle Fälle sind die Grundrechte für ein Experimentieren ungeeignet. Sie sind auch bei experimentierenden Erlassen zu beachten. Denkbar und verfassungsrechtlich vertretbar dürften Klauseln in einem verfassungskonformen Gesetz sein, die Parlament resp. Regierung ermächtigen, auf dem Verordnungsweg Regelungen auf Zeit zu erlassen, wobei die Delegationsanforderungen zu beachten wären.<sup>132</sup> Unzulässig ist es hingegen, ohne gesetzliche Grundlage „rechtunbelastete“ Experimente mit dem Versprechen zu veranstalten, bei Erfolg die rechtliche Regelung nachzuliefern, im übrigen aber den Versuch

---

<sup>128</sup> Dazu äussert sich in theoretischer, rechtsphilosophischer Hinsicht u.a. *Hofmann Hasso*, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, Darmstadt 2000, S. 30 ff. In der weiterführenden Literatur ist in diesem Zusammenhang auch von zeitoffener Gesetzgebung die Rede. Grundlegend im Rahmen der Gesetzgebungslehre: *Müller Georg*, Elemente einer Rechtsetzungslehre, Zürich 1999, S. 41, mit weiterführenden Literaturhinweisen. Unbestritten ist in der Literatur, dass die Wirkungskontrolle, die angesichts der wachsenden Komplexität öffentlicher Aufgaben unabdingbar ist, vermehrt nach experimentellen Gesetzen gerufen wird. Insofern könnte von der verfassungsrechtlich vorgesehenen Überprüfung der Wirksamkeit auf die Notwendigkeit experimenteller Rechtsetzung geschlossen werden. Erwünscht wäre eine verfassungsrechtliche Ergänzung, beispielsweise zu Art. 170 BV, also jener Bestimmung, die von der Überprüfung der Wirksamkeit handelt. Sie kann aber ihren Platz auch im Rahmen der Bestimmungen zu Gesetzgebung finden (Art. 163 ff. BV). Zu beachten ist auch *Mastronardi Philippe*, Gesetzgebungsstrategie bei Unsicherheit: Umgang mit unbestimmten Zeiten und Wirkungen, in: Gesetzgebung heute 1998, Heft 2/3, S. 69 ff.

<sup>129</sup> Art. 165 BV zur Gesetzgebung bei Dringlichkeit, Art. 173 und 185 BV betr. Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit durch Bundesversammlung resp. Bundesrat.

<sup>130</sup> Nicht diskutiert werden kann hier die Frage, ob es der Rechtswissenschaft gelungen ist, ein Zeitmodell zu entwickeln. Ein solches legt vor *Baumann Max*, Recht/Gerechtigkeit in Sprache und Zeit, Zürich 1991, S. 82 f. Auf alle Fälle geht es nicht nur um Wirkungen, Vor- und Nachwirkungen von generell-abstrakten Wenn-Dann-Rechtssätzen, sondern um Öffnungen, wie sie u.a. über Ermessensermächtigungen, finale Rechtssätze, usw. erreicht werden.

<sup>131</sup> Art. 5 Abs. 1 BV

<sup>132</sup> Art. 164 Abs. 2 BV

bei Versagen abubrechen. Dies wäre ein Tor zur Willkür, ein Widerspruch gegen das Legalitätsprinzip.

## X. Strategieelemente

Herausgefordert von der Zukunft kann und darf das Recht seinen Auftrag und seine Wesenseigenheiten nicht ignorieren. Seine innere Festigkeit ist Voraussetzung für die Zukunftsfähigkeit und -tauglichkeit.<sup>133</sup> Auf dieser Basis sind Strategien zur Rechtspolitik zu entwickeln, wobei in einem ersten Schritt Elemente anzubieten und erst später in einem zweiten Strategiekompetenz zu entwickeln ist..

Nicht leisten kann es sich die Rechtswissenschaft, die *Implikationen einer gedeihlichen Entwicklung des Rechts* aus dem Auge zu verlieren. Es geht im Wesentlichen um die Klarsicht auf die sozio-kulturellen Prozesse samt ihren Einflüssen auf die Werthaltungen. Auf deren Basis wachsen und gedeihen, verblühen oder verdorren Rechtskulturen und in deren Zentrum das Rechts- und Unrechtsbewusstsein. Sicherlich können sich Rechtswissenschaft und Rechtspolitik – selbst in ihrer Vernetzung – nicht die umfassende Verantwortung für die Entwicklung der Gesellschaft anmassen – sie würden sich übertun. Die Überschätzung würde die Glaubwürdigkeit gefährden. Ihre Grundfunktionen aber bleiben. Sie sind für das Unterstreichen der Bedeutung des Rechts, der Rechtsordnungen und des Rechtsbewusstseins sowie der Zusammenhänge zwischen Ethik und Recht zuständig, und dies alles im Hinblick auf die Fähigkeit, Konflikte zwischen Personen, Unternehmungen, Staaten, nationalen und internationalen Organisationen in ihren mehrdimensionalen Verstrickungen zu vermeiden und nötigenfalls zu meistern. Dies setzt Verfahren voraus. Der Sinn für faire Streiterledigungen darf nicht vom Vorurteil wider das Juristische belastet sein. Und erst recht muss die Verankerung von materiellen Massstäben Rückhalt finden. Kurzum, das Gesetz muss herrschen, auch gegenüber einer politisch, wirtschaftlich, gesellschaftlich und ökologisch komplexen Welt.

Der *inhaltliche Kerngegenstand* – immer mit Ausrichtung auf die Zukunft bedacht – reicht unverändert vom ZGB/OR<sup>134</sup> bis zum Verfassungs- und zum allgemeinen Verwaltungsrecht, dann aber auch hinüber zum StGB und zum Prozess- und Vollstreckungsrecht, neu stets verbunden mit internationalrechtlichen Ausweitungen, mit (sorgfältig bedachten) Brücken und Abgrenzungen zwischen privatem und öffentlichem Recht, wie auch zwischen Organisations-/ Verfahrens- und Verhaltensrecht. Die neue Bundesverfassung von 1999 hat, auch wenn sich die Öffentlichkeit dessen wenig bewusst ist, der Rechtsfortentwicklung von der sachlichen, systematischen und verfahrensrechtlichen Seite her positiv Türen geöffnet.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> Betont auf die Festigkeiten ausgerichtet für das Verfassungsrecht *Kägi Werner*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 2.A. (Nachdruck), Zürich 1971, aus der Zeit des 2. Weltkrieges heraus bedacht, aber auch in die Zukunft gezeichnet. Er beeindruckt durch die Mahnung, das Verfassungsrecht nicht zum politischen Recht verkommen zu lassen, weil dies die Aufgabe des Normativen bedeuten würde. In diesem Sinne darf bei aller Zukunftsoffenheit der Sollensanspruch des Rechts in Verbindlichkeit nicht verloren gehen. Dem ist zuzustimmen, auch wenn darüber nicht vergessen werden darf, dem aufkommenden Unrecht zu wehren und nötigenfalls Rechtsänderungen voranzutreiben.

<sup>134</sup> Für Deutschland ist es das BGB.

<sup>135</sup> Allein schon die Systematisierung der Materie mit der dadurch erlangten Möglichkeit, künftig Novellierungen für ganze Bereiche anzugehen, ist hilfreich, was denn auch über die Justizreform gewagt wurde. Weitere Neuerungen betreffen die Gliederung der Grundrechte (Art. 7 ff. BV) und das Abgrenzen der Sozialziele (Art. 41 BV) von den Grundrechten, alsdann das Prinzip der Nachhaltigkeit (Präambel, Art. 2, 73 BV und weitere mehr)

Die Einheit der Rechtsordnung – nicht zu verwechseln mit der Vereinheitlichung formaler Elemente – ist für alle Rechtsgebiete die Wegmarke auf dem Weg in die Zukunft. Sie ist durch die neue Verfassung vorgezeichnet.<sup>136</sup> Diese macht ihrerseits eine Grundfestigkeit des Rechts aus. Von Vorteil wäre es allerdings gewesen, wenn sie die Bedeutung der Privatautonomie für das Rechtsleben direkt angesprochen, dem Privatrecht mit seinen rechtsgeschäftlichen Möglichkeiten zusätzliche Impulse verliehen und dem Staatlichen definiert und also begrenzte Wege gewiesen hätte.

Neu zu bedenken ist, dass inmitten einer globalisierten Wirtschaft, wenn auch langsam, in erahnbaren Umrissen eine *Weltordnung* heranwächst. Sie wird nicht von oben dekretiert, sondern vom national/internationalen Organisationen sowie den Staaten vorgezeichnet. Dimensionierung und Strukturierung sind weder wissenschaftlich noch politisch unterlegt – auch nicht kritisch auf Sinn und Grenzen hin bedacht. Dennoch sind die laufenden Prozesse der völkerrechtlichen Verdichtung und der anwachsenden internationalen Rechtsmasse zu erfassen und zu verstehen, soll das Geschehen nicht dem Zufall überlassen bleiben. Dies wäre verhängnisvoll, da in der Phase der Veränderung die beteiligten sowie betroffenen Staaten und internationale Organisationen Zeichen der Unsicherheit verraten. Das Beispiel der EU/EG, die um ihre Rechtsordnung – Verfassung, Vertrag, mit und ohne Grundrechte, mit und ohne einheitliche Rechtskultur, mit ohne Bürokratieabbau, mit oder ohne auszubauende Demokratieelemente – ringt, schliesst Vorahnungen ein, wie es in andern weltweit-regionalen Zusammenschlüssen um die rechtlichen Kernfragen steht.

Was vor allem fehlt, das ist eine sorgfältige *Analyse der relevanten Fundamente und Pfeiler eine Weltrechtsordnung*, anders formuliert, um mitdenken und bedenken zu können, braucht (bräuchte?) es die Skizze einer möglichen Systematik der umspannenden Rechtsordnung und ihrer inneren Ausrichtung. Allein schon die Sicht auf das unzulängliche Ineinandergreifen der geltenden rechtlichen Vorgaben der Sicherheitspolitik, der Hilfe an unterentwickelte Länder, des Schutzes der Umwelt sowie des Handels mit seinen zahlreichen Facetten und Schattierungen ist noch getrübt. Auch organisatorisch sind gewichtige Fragen offen – von der UNO über die WTO bis hin zu den regionalen Zusammenschlüssen auf der Weltebene (EG/EU, NAFTA usw.).<sup>137</sup> Dabei sind die Nationalstaaten nicht zu übersehen. Sie sind auf Jahrzehnte und möglicherweise auf weitesten Ausblick nicht wegzudenken. Deshalb wird die Aufgabenteilung resp. das Kooperation immer wieder neu zu evaluieren sein. Ob die diskutierte Notwendigkeit einer „Konstitutionalisierung des Völkerrechts“ zur Basis des morgigen Weltrechts wird?<sup>138</sup>

Die bis auf den heutigen Tag angeschwollene *Rechtsmasse* ist leider sowohl auf der nationalen als auch der internationaler Ebene vielfältig belastet durch Überlagerungen, Gegenläufiges und Beiläufiges, vor allem mit Spezialitäten – vom Finanzmarktrecht bis zur

---

die Betonung der Selbstverantwortung (Art. 6 BV) usw. Siehe dazu die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 15. April 1999.

<sup>136</sup> Die BV von 1999 – im Gegensatz zur aBV von 1874 – zeichnet sich durch einen hohen Systematisierungsgrad aus, vor allem in den Bereichen der Enumeration der Aufgaben des Bundes (Art. 54 ff. BV) sowie der Organisation der Behörden (Art. 143 ff. BV).

<sup>137</sup> Eine nützliche Übersicht vermittelt *Senti Richard/Ziegler Andreas R. (Hrsg.)*, Die Schweiz und die internationalen Wirtschaftsorganisationen, Zürich/Basel/Genf 2005. Vgl. auch die dort zit. Literatur.

<sup>138</sup> Am Europäischen Forum Alpbach (Österreich) 2005 ist diese Frage traktandiert. Die latenten Gefahren der Verrechtlichung dürfen dabei nicht bagatellisiert werden. Das Beispiel der EU/EG zeigt, wie hilfreich das Konzept der Freiheiten für den Verkehr von Personen, Waren, Kapitalien und Dienstleistungen war, wie belastend aber die Abwälzung national ungelöster Probleme auf die supranationale Ebene sein kann – sie verleitet zum Rückfall in Durchregulierungen. Ob der Vertrag über eine Verfassung der EU (in statu nascendi) auf dem Gratweg einen sicheren Schritt zwischen Weltrecht und nationalstaatlichem Recht darstellt, darf gefragt werden.

Bodenschutzverordnung, vom Polizeirecht bis zum europäischen Kartellrecht, von kantonalen Verwaltungsorganisationsrecht bis zu Konvention der Bestrafung des Völkermordes. Die Rechtsausweitungen und die Ungeduld der Rechtssuchenden verleiten zum Spezialistentums. Davon haben wir gehandelt. Nur, dieses verliert bald einmal den Grundkontakt zum Allgemeinen, das im juristischen Bereich häufig, wenn nicht sogar in der Regel, Grundsätzliches berührt und also Essentialia betrifft. An den Rechtsfakultäten liegt es (läge es?), inmitten der Spezialisierungen und Spezialitäten die Akzente anders zu setzen, in der Forschung und in der Lehre.<sup>139</sup>

Die *Zugänglichkeit des Rechts* ist dank elektronischer Hilfsmittel erleichtert – in mancher Hinsicht aber nur vermeintlich. Vermeintlich deshalb, weil zwar über Stichworte Rechtsquellen innert Sekunden mobilisiert sind, aber unklar ist, ob das richtige Stichwort gewählt wurde und ob die Relation „Stichwort-Rechtsquelle“ verlässlich korreliert. Und ob die vorgefundenen Rechtssätze das massgebende Recht für den rechtserheblichen Sachverhalt beinhalten, bleibt erst recht fragwürdig. Hinter dem Bezug Stichwort/Fundstelle stehen keine gewährleistet sinnbewehrten Fragen und Antworten. Auch bleibt offen, ob noch weitere Rechtserlasse zu konsultieren wären. Solche Aspekte können nur denkend aus den grossen Zusammenhängen der Rechtsordnung heraus erkannt werden. Das Erfassen der unerlässlichen Rechtsinformationen muss deshalb stets im Verbund mit der Übersicht geschult werden.

Den *Kern für den Unterricht* in Rechtswissenschaften neu zu formulieren drängt sich auf. Die beiden Pole der Praecepta et Modi, der Grundsätze und der Methoden, sind in den Mittelpunkt zu rücken. An die Rechtsmasse ist durch Übersichten und Fallbeispiele heranzuführen. Als praktische Wissenschaft hat sie die Vertragsgestaltung und Kunst der Gesetzgebung mit besonderem Nachdruck zu schulen, darin eingeschlossen die Fähigkeiten, das Gedachte und Bedachte zu formulieren, niederzuschreiben oder in anderen Formen zu kommunizieren.<sup>140</sup> Wenn der engere Stoff einer Ausweitung bedarf, dann geht es um die Dimensionen der Geschichte und der Zukunft. Eine Klammer ist also um das Kerngebiet zu setzen, vorn die Rechtsgeschichte, hinter ihr der Umgang mit den Ungewissheiten und der Rechtspolitik. Rechtsphilosophie, Theorie und Methodik aber gehören in die Klammer. Für die Universitätsebene bedarf es, um dies leisten zu können, einer Öffnung hin zu andern Disziplinen. Selbstisolierungen sind zu überwinden. Dabei geht es nicht banalisiert um das (ohnehin notwendige) Vermitteln von Kenntnissen aus Ökonomie, Soziologie, Politologie usw., sondern um die Interaktivitäten zwischen Disziplinen, vorweg in der Forschung, aber auch mit Niederschlag zugunsten der Lehre. Sie müssen Verknüpfungen zu den theologischen, philosophischen, ethischen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen, technischen und ökologischen Welten suchen.

---

<sup>139</sup> Dabei zu glauben, dass der allgemeine Unterricht von Lehrbeauftragten erteilt werden könnte, beruht auf der Fehlannahme, sie würden, wenn auch als Spezialisten in Verwaltungen, Advokaturen und Gerichten engagiert, das Grundsätzliche beherrschen, was schon nach geraumer Zeit nach dem Studium selten genug der Fall ist, weil Sonderkenntnisse vom Elementaren wegführen. Es ist die Aufgabe der Vollamtprofessuren, die Substanz aus dem ausufernden Stoff herauszuarbeiten und zu vermitteln. Vollamtliche Professoren sollten verpflichtet sein, in jedem Semester eine Vorlesung samt Übung im Bachelor-Bereich, eine solche Veranstaltung auf Master-Stufe und eine freigewählte im Doktoratsstudium zu halten, wobei die zwei letzteren auch der Weiterbildungsebene offen stehen können. Nicht verkannt wird, dass die Rechtswissenschaftlichen Fakultäten aktuell dazu neigen, von Lehrheiten zu Forschungseinrichtungen zu mutieren. Auf der andern Seite ist offensichtlich, dass im tiefsten Grund niemand daran glaubt, dass das Recht in seiner Tragweite für das politische, wirtschaft und soziale Geschehen sowie in seiner Bedeutung für den Lebensraum samt Methodensicherheit, philosophischem Rückhalt und Geschichtsbewusstsein, in drei Jahren vermittelt werden kann., es sei denn, die Verkümmernung zur Rechtskunde werde in Kauf genommen.

<sup>140</sup> Das Recht hat eben mit Denken, Verstehen und Mitteilen zu tun. Was nicht geäussert werden kann, ist nicht zu Ende bedacht. Zum Kernbereich gehört unabdingbar die Neugierde hin zur Rechtsfortentwicklung, nicht als addierte Veranstaltung, sondern als immanenter Bestandteil in der Auseinandersetzung mit dem geltenden Recht.



Es fragt sich, ob die Gesetzgeber nicht von neuem angehalten werden müssen, Zusammenfassungen in *Kodifikationen* zu forcieren (begleitet vom Abbau der Normendichte bei gleichzeitiger Deregulierung).<sup>141</sup> Sie zwingen zum integrierenden Denken. Im Vordergrund stehen für die Schweiz das Prozess- und Vollstreckungsrecht. Auch andere Formen sind denkbar, etwa die Herausarbeitung eines allgemeinen Verwaltungsrechts, auf welches das besondere auszurichten wäre. Im Verhältnis zum internationalen Recht wäre zu bedenken, ob mit dessen Ausweitung eine der unteren Rechtsebenen in gewichtigen Teilen eingespart werden könnte; vor allem müsste vermieden werden, dass in Bundesstaaten über die nämliche Materie Bund und Gliedstaaten legisfizieren.<sup>142</sup> Ziel solcher Bemühungen ist nichts anderes als das Zurückholen der Übersicht.

Das Hereinholen von Zukunftssichten und das Vorantreiben zukunftsnaher gesetzgeberischer Bemühungen könnten *mit besonderen Instrumenten* erleichtert werden. Sind es das Initiativ- und das Petitionsrecht in all ihren Formen? Das klassische Referendum schafft es nicht, weil es gleichsam einen nachträglichen Zustimmung- oder Ablehnungsakt zum Gegenstand hat, ursprünglich nahe bei einem Volksveto.<sup>143</sup> Allerdings zeigt das schweizerische Bild überraschend: Das Volk kann sich durch seine Voten, sogar in Referenden, zukunftsbewusst einbringen; sogar Steuererhöhungen können ankommen, wenn auch stets mit Vorsicht gepaart; neue Aufgaben müssen es nicht schwer haben, der Umweltschutz wurde bereits 1971 (!) zur öffentlichen Aufgabe des Bundes erklärt. An weiteren Beispielen fehlt es nicht. Die Verfassung von 1999 darf ebenfalls als reife Leistung erwähnt werden. Ob konsultative Volksbefragungen Zukunftsinteresse wecken? Sie würden in dieser Funktion zweifellos beachtet. Allerdings ist dieses Instrument in einer verfassten Demokratie fragwürdig, weil es das Volk als Organ der Gesetzgebung in die Nähe der Unverbindlichkeit rücken würde, was der Demokratie mehr schadet denn nützt, bis in die Legitimationsfragen hinein.<sup>144</sup> So verbleibt die Möglichkeit des Initiativrechts, doch wird dieses nur erfolgreich, wenn es bewusst für Zukunftsfragen eingesetzt wird.<sup>145</sup>

Diese Hinweise deuten in Teilen an, was in Zukunft auf die Rechtswissenschaft zukommen könnte und wohl auch kommt, immer im Bewusstsein, dass es die politischen, wirtschaftlichen, technischen, sozialen und ökologischen Vorgänge sind, welche nach Verhaltens- und organisatorischen Normen drängen resp. unterdrücken. Der Faktoren sind viele, ihre Vernetzungen und Sperrigkeiten vielfältig, die Resultanten ungewiss. Es wäre

---

<sup>141</sup> Sicherlich ist der Kodifikationsgedanke ein Kind des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts. Angesichts des ausufernden und verstrickten Rechts, wie dies gegen das Ende des letztern evident geworden ist, muss das Instrument neu bedacht und für eine neue Wirklichkeit konzipiert werden, im Verbund mit Bestrebungen in Richtung einer Entlastung des positiven Rechts und des Staatlichen zugunsten der Selbstverantwortung des Privatwirtschaftlichen, allenfalls des Kooperativen zwischen Staat und Privaten.

<sup>142</sup> Diese Aussage schliesst den Gedanken ein, dem Föderalismus nicht von der Staatlichkeit der Glieder her zu verstehen, sondern vom Kreativitäts- und Wirkungsbeitrag mit dem Ergebnis, der Bund soll primär für die Gesetzgebung zuständig sein, die Gliedstaaten würden ihre Erfüllung in einer kreativen Umsetzung und Wirkungsorientierung finden, was bedingt, dass die Bundesgesetzgebung Vollzugsspielräume zu schaffen hätte.

<sup>143</sup> Das Referendum als obligatorisches Verfassungs- und fakultatives Gesetzesreferendum kommt in der schweizerischen Bundesverfassung in besonders klarer Weise zum Ausdruck (Art. 140 resp. Art. 141BV)

<sup>144</sup> Siehe dazu Müller Jörg Paul/Saladin Peter, Das Problem der Konsultativabstimmungen im schweizerischen Recht, in: Bucher Erwin/Saladin Peter (Hrsg.), Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern 1979, S. 405 ff. Einen Sonderfall stellt das Behördenreferendum dar, das gleichsam einer Volksbefragung nahe kommt, im Ergebnis aber verbindlich ist und bleibt.

<sup>145</sup> Das Initiativrecht reicht von der Volksinitiative bis zur parlamentarischen. Wie immer es ausgestaltet ist, sein Anliegen zielt in der Regel auf einen Akt des Gesetzgebers mit dem Anliegen, neues Recht zu erlassen. Insofern ist es von seiner Funktion her zukunftsorientierter als das Referendum. Massgebend ist aber in jedem Fall der Zukunftsgehalt des Gegenstandes.

deshalb *vermessen, das künftige Recht zu skizzieren*, ohne dem realen Geschehen auf der Spur zu sein. Dass mit Priorität der Sinn für das Normative zu wecken und wach zu halten ist, versteht sich, nicht mit Überhöhungen, sondern mit kritischem Vermögen, Zurückhaltung zu wahren, dennoch aber die Substanz mit Nachdruck einzubringen. Die angehobene Diskussion um das Weltethos zu begleiten ist sinnvoll, allein schon deshalb, weil die Rechtsethik bei aller Weite des Denken (noch) nationale Eigentümlichkeiten ausweist und deshalb die ausgreifende Spur erst finden muss, um früher oder später, soweit möglich und sinnvoll eine weltweite Synchronisierung der materiellen Substanz des Rechts zu erreichen.<sup>146</sup>

Aufaddiert wird der Bedarf an *Zukunftsstrategien für die Fortentwicklung des Rechts* sichtbar. Sie müssen so einfach und so klar wie möglich sein. Den Kernanliegen haben sie zuzudienen. Mit Schlagworten der Entrechtlichung oder der Deregulierung ist es nicht getan. Zur Grundlage der Strategien aber muss werden: Es bedarf des Rechts, allein schon um Organisationen der Internationalität, der Staatlichkeit und der Wirtschaft kompetent werden zu lassen, um Machtüberdehnungen und Machtmissbräuche zu verhindern, um Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit zu gewährleisten, um der Menschlichkeit in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft zum Durchbruch zu verhelfen und das Miteinander dem Vertrauen zuzuordnen. Die Menschenrechte zählen ihrerseits zum Kern. Alle diese Faktoren sind wichtig im nationalen und internationalen Bereich. Im Übrigen steht eine Frage des Masses an. Nuancierungen mögen von kulturellen Eigenwerten geprägt sein, die Substanz des Rechts ist aber weltweit zu verstehen. Die Grundgefahr einer sich selbst perfektionierenden Ordnung hat sich das Recht bewusst zu bleiben. Es kann und es muss nicht alles leisten. Den Kern aber muss es zur Sprache bringen, gerade auch deshalb, weil auf absehbare Zeit die Standfestigkeit der Staaten nachlassen könnte und die internationalen Organisationen sie noch nicht in allen Teilen zum Recht, gerade auch in seiner Verbindlichkeit für sie, gefunden haben.

Als denkbare, bewusst knapp formulierte *Ansätze für eine Strategie* der Rechtsfortentwicklung<sup>147</sup> können in der Form von einzelnen Sätzen und Gedanken als erwägenswerte Strategieelemente hervorgehoben werden:

- 1. Das Recht darf in seiner Vielgestaltigkeit und Emsigkeit die *Rechtsidee* nicht verschütten. In deren Zentrum stehen die Freiheit und Würde des Menschen sowie die Gerechtigkeit, vorweg mit ihren Elementen der Rechtsgleichheit, der Rechtssicherheit und fairer Verfahren. Das Handeln nach Treu und Glauben ist allseits anzustreben. Überanstrengungen des Rechts sind zu vermeiden. Der Missbrauch des Rechts ist verwerflich.**
- 2. Das Recht hat soziale und staatliche Ordnungsmacht sowie privates, privatwirtschaftliches und öffentliches Handeln nach kritischer Würdigung**

---

<sup>146</sup> Siehe dazu *Küng Hans*, Projekt Weltethos, München 1990; *idem*, Weltethos für Weltpolitik und Weltwirtschaft, München 1997.

<sup>147</sup> In eine ähnliche Richtung, wenn auch mit einem andern Ausgangspunkt, weist *Schilcher Bern*, Skizzen einer Strukturtheorie der Rechtsgewinnung, in: Honsell/Zäch/Hasenböhler/Harrer/Rhinow (hrsg.) *Privatrecht und Methode*, a.a.O., S.31 ff. Er entwickelt Prinzipien gegen die Normenflut, betont die Vorzüge allgemeiner Rechtsprinzipien und arbeitet schlussendlich erste Konturen einer Strukturtheorie der Rechtsgewinnung heraus, die für die hier vertretenen Anliegen hilfreich sein können. Diesem Aufsatz ist übrigens eine Fülle von Literaturinformationen zur Normenflut zu entnehmen – bis und mit aufschlussreichen Hinweisen (S. 33). Aufschlussreich ist, dass die Klagen über die Gesetzesflut periodisch aufkommen, aufregend ist aber, dass sie in mitten der Internationalisierung nicht neu bedacht ist, sondern meistens national zurückschauend beanstandet wird.

aufgrund bedachter und gehörig postulierter Massstäbe des Rechts zu legitimieren.

3. Die im Recht sich einstellende, aufgabenbedingte *Nähe von Gerechtigkeit und Zweckmässigkeit* darf nicht dazu führen, das Postulat der Gerechtigkeit demjenigen der Zweckmässigkeit zu opfern. Zweckdienliches Recht mag helfen, Problemlösungen voranzutreiben, doch verliert es darüber bei Einseitigkeit die normadäquate Sinnorientierung, die letztlich Recht als Recht rechtfertigt. Voraussetzung des Strebens nach Gerechtigkeit aber bleibt die *Freiheit*, denn sie ist die Quelle des Strebens nach Gerechtigkeit. Und sie ist es, welche im Kern die Würde der Menschen ausmacht.
4. Die Rechtsordnungen sind im Hinblick auf die Selbstverantwortung und die erforderlichen Flexibilitäten auf die *Privatautonomie* auszurichten, doch ist das *öffentliche Recht* vor allem um seiner Kernanliegen willen als Garant der Gesetzgebung, der Freiheit der Rechtsadressaten und der Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht minder zu pflegen. Privatrecht und öffentliches Recht haben sich funktionsgerecht zu ergänzen.
5. Das Recht darf den *Zusammenhang zwischen Freiheit, Gerechtigkeit und Wohlstand* nicht ausser Acht lassen. Dies setzt einen Vertrauen ausstrahlenden Rechtsstaat, eine leistungsfähige Wirtschaft, eine gegenseitig rücksichtsvolle Gesellschaft sowie eine erneuerungsfähige Umwelt voraus. Die Hilfe an die wirtschaftlich Schwächsten ist die Aufgabe aller, in Teilen auch des Staates. Jede Anspruchsinflation gegenüber dem Staat und den Unternehmungen ist zu vermeiden. Ihre Handlungsfähigkeit muss gewährleistet sein.
6. Die *Rechtsordnung* in ihrer Gesamtheit ist vom Ziel her *als Einheit* zu entwickeln. Sie muss erlauben, im Einzelfall die Rechtslage aufgrund allgemeinverständlicher Aussagen des geltenden Rechts zu erfassen und nachzuvollziehen. Dort wo sich Widersprüche auftun, müssen Methoden der materiell und formell koordinierten Rechtsanwendung vorgegeben sein, die erlauben, sachgerechte Entscheidungen zu treffen.
7. *Das Recht muss zwischen der Grundordnung und dem Beiläufigen zu unterscheiden wissen*. In diesem Sinne muss der Kern des Rechts stets sichtbar sein. Er darf nicht vom Opportunem und Opportunistischem überlagert und verdeckt werden.
8. Die *Gesetzgeber* haben sich auf das *Wichtige* zu konzentrieren. Die *Rechtsanwender* haben in streitigen und nicht streitigen Angelegenheiten den Rechtsfrieden und das *Vertrauen* zwischen den Menschen sowie zwischen Organisationen und Menschen zu mehren. Das Verfügen von Sanktionen ist unabhängigen *Gerichten* in geordneten Verfahren vorzubehalten. Der Strafvollzug wahrt den Respekt vor dem Menschen.
9. Die Grundsatzfrage, *welche Belange den Staaten und internationalen Organisationen vorbehalten sind*, welche Aufgaben ausserhalb hoheitlicher Tätigkeiten zu meistern sind und welches Mass an selbstverantwortlichem individuellem und gemeinschaftlichen Handeln frei von staatlichen Einflussnahmen angezeigt ist, bleibt permanent klärungsbedürftig. Im Zentrum

staatlicher Tätigkeiten stehen die Ordnungsfunktionen zum Schutze von Freiheit und Sicherheit sowie des politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zusammenlebens.

10. *Die nationalen und internationalen Rechtsordnungen sind von der Rechtsidee her zu synchronisieren*, insbesondere unter den Gesichtspunkten der Menschenrechte und der Grundprinzipien des Rechts, wobei kulturelle Nuancierungen die Substanz nicht gefährden dürfen.
11. Der Gesetzgeber darf sich *dem privaten und privatwirtschaftlichen Handeln* (vorweg im Rahmen des Privatrechts) *nicht minder verpflichtet fühlen wie dem staatlichen*. Er muss sich bewusst sein, dass seine Neigung, hoheitliche Anordnungen zu treffen, ihn dazu verleitet, dem privatwirtschaftlichen und privatrechtlichen (kooperativen) Handeln zu wenig Aufmerksamkeit zu schenken
12. *Die Rechtsmasse ist erheblich zu verkleinern und überblickbar zu halten*, beispielsweise durch die Pflege von Kodifikationen, durch das Formulieren von Standards mit dem Effekt erhöhter Anforderungen an die Sorgfalt und der Chance der flexiblen Anpassung an den Stand des Wissens resp. des Verhaltens lege artig, vor allem aber durch das Zurücknehmen hoheitlicher Anordnungen, durch den Verzicht auf umfassende staatliche Daseinsvorsorge mit entsprechenden Abhängigkeiten, durch das Erhöhen der Selbstverantwortung usw. Mit formellen Modifikationen ist das Ziel kaum erreichbar – es bedarf materieller Neukonzeptionen. Eine indirekte Hilfe könnte die subsidiäre Gliederung des Rechts nach Adressaten sein, so dass diese nur das sie betreffende Recht konsultieren müssen.
13. *Die Grundprinzipien des Rechts sind so voranzustellen, dass sie in Teilen und bei Lückenhaftigkeit sich selbst perfektionierende Regelungen ersetzen*, beispielsweise durch das Hervorheben der Friedenspflicht, der Menschenrechte, des Prinzips von Treu und Glauben, des Verbots des Rechtsmissbrauches, des Willkürverbots, des Gebots der Sachlichkeit, des Diskriminierungsverbotes, der Unschuldsvermutung, fairer Verfahren usw.
14. Eine besondere Verantwortung im Hinblick auf zukünftiges Handeln von Organisationen, vertraglichen Zusammenschlüssen und der einzelnen Rechtssubjekte fällt der *Gesetzgebung, der Vertragsgestaltung sowie der statutarischen Ausrichtung von Unternehmungen* zu. Sie bedürfen der rechtspolitischen Aufmerksamkeit, des Bewusstseins rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten sowie der Ausbildung/Weiterbildung.
15. Das Ungewisse sowie verbleibende *Risiken sind seitens des Rechts anzugehen*. Gesetze und Rechtsgeschäfte haben die Risikotragung zu regeln und nötigenfalls nicht tragbare Lasten abzusichern. Im öffentlichen wie im privaten Bereich ist zusätzlich das Bewusstsein unwägbarer Risiken zu wecken. Das Eingehen von Grossrisiken mit erheblichen Auswirkungen bedarf einer breiten Akzeptanz.
16. In Belangen des planerischen, technischen, sozialen und/oder ökologischen Wandels ist wiederkehrend zu prüfen, ob es vorteilhaft wäre, *Standards oder Branchenabsprachen* unterhalb der Schwelle gesetzlicher Erlasse zu formulieren,

die ein Verhalten *lege artis* anstreben und relativ rasch nachgeführt werden können. Ziel ist die Entlastung der Gesetzgebung.

17. Im Gefüge des internationalen und des nationalen Rechts ist wertend zu fragen, *welches Recht übernommen werden muss und wie viele Stufen der Verhaltensanordnungen treffenden Rechtsetzung tragbar sind, wobei auf die möglichst bürgernahen Akzente zu setzen sind. Für internationalrechtliche Vorgaben an das nationale Rechts sind Formen zu entwickeln, die für die Rechtsadressaten nicht konsultationspflichtig werden.*
18. Der wirkungsorientierten und also effiziente Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung ist vor allem im Bereich des öffentlichen Rechts, vorweg des staatlichen Handelns in Belangen der Leistungs- und Interventions- und Abgabenverwaltung, mit Rückkoppelungen, Aufmerksamkeit zu schenken. *Das Recht muss sich effizient einbringen, um dauerhaft Gerechtigkeit vertreten zu können.*
19. Das internationale und staatliche *Leistungsrecht ist vor Missbrauch durch die Leistungsnachsuchenden und die Leistungserbringer zu schützen.* Wirkungen, Angemessenheit und Zweckausrichtung sind laufend zu überprüfen. Rechtliche Erlasse, die finanzielle Leistungen des Staates und internationaler Organisationen in der Form von Beiträgen (Subventionen) an Dritte enthalten, ohne auf einem Sozialversicherungswerk zu beruhen, sind zu befristen.
20. *Die Rechtsprechung ist zu entlasten, damit sie – auch über mehrere Instanzen – innert nützlicher Frist Recht sprechen kann. Im Vordergrund stehen – wo immer dies vertretbar ist – einerseits die Beschränkung der Rechtsprechung der oberen Gerichte auf Gegenstände der Substanz des Rechts und auf solche von präjudizieller Bedeutung sowie andererseits die Pflege der Schiedsgerichtsbarkeit. Durchwegs sind zeitsparende Verfahren vorzusehen.*
21. *Die Rechtswissenschaft hat sich kraft ihres sachlich-kritischen Sachverstandes mit der Gesamtsituation des Rechts im gesellschaftlich-politischen Kontext, mit allfälligen negativen Entwicklungstrends, vor allem aber auch mit unterschwelligem Veränderungsvorgängen zu befassen und die Rechtspolitik nötigenfalls auf Korrekturnotwendigkeiten im Dialog aufmerksam zu machen. Gleichzeitig hat sie die Rechtskultur zu mehren und weiterzugeben. Ausserdem hat sie die Adressaten- und Sachadäquanz durch klärende Kommentierungen und systematische Darstellungen sowie methodische Reflexionen zu stärken.*
22. Die Zukunftsfähigkeit des Rechts und seine gesellschaftsrelevante Zukunft hängen in hohem Masse von der *Ausbildung* ab. Diese hat die materielle und verfahrensmässige Kernsubstanz des Rechts zu pflegen, den Zugang zur und die Durchdringung der nationalen und internationalen Rechtsmasse zu schulen und die Anwendung des Rechts methodisch und praktisch zu forcieren, gleichzeitig die Gesetzgebung und die Vertragsgestaltung mit Zukunftstauglichkeit zu unterlegen –und dies alles unter Einbezug von Rechtsgeschichte und zukunftsnahe Wahrnehmung von politischen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und ökologischen Prozessen.

**23. Die *Forschung* im Kontext der Rechtswissenschaft hat sich sachlich, theoretisch und methodisch dem geltenden und dem zu erlassenden Recht zuzuwenden, dann aber auch den rechtsphilosophischen, historischen und zukunftsorientierten Dimensionen wie auch den ökonomischen, gesellschaftlichen und ökologischen tatsächlichen Anforderungen – mit dem Ziel, ein wirklichkeitsnahes, wirksames und gleichzeitig rechtsethisch überzeugendes Recht in all seinen Funktionen zu gewinnen und zu erhalten. Die Politikexposition des Recht sowie des Rechts Neigungen, sich zu übernehmen, erfordern eine besonders kritische Begleitung.**

Das, was hier angesprochen wird, ist nicht mit einem endbedachten Strategiekonzept zu verwechseln. Es steht ein erster Entwurf, eine Skelett für ein Strategiekonzept an. Dieses kann verfeinert oder in grossen Zügen ausgeweitet werden. Im Kern geht es um den Umgang mit Ungewissheiten. Dieses zieht sich durch alle Aspekte hindurch. Mit den inhaltlichen Anliegen verbinden sich notwendigerweise methodische und dogmatische Voraussetzungen und Folgerwirkungen. Im vorliegenden Aufriss sind sie ineinander verworben, weil sie letztlich nicht trennbar sind. Die Flexibilisierung (Dynamisierung) des Rechts – als Beispiel – betrifft sowohl die materielle Annäherung an das Ungewisse als auch das Methodische und Dogmatische, wie dies zu schaffen, zu rechtfertigen und zu realisieren ist.<sup>148</sup>

## **XI. Gegenwartigkeit als Voraussetzung der Prospektivkompetenz**

Auch bei einer optimalen Gesamtstrategie kommt das Recht nur zum Tragen, wenn es als prägend akzeptiert wird, auch in seiner aktuellen Bedeutung. Bleibt es für die Gesellschaft von sekundärem Gewicht, wird es von der Wirtschaft als hinderlich empfunden und wird seine Steuerungskraft heruntergespielt, so gerät es ins Abseits. Adäquate Beachtung findet es, wenn es sich heute und morgen und erst recht für übermorgen bewährt. *Lahmendes Recht kann nicht zukunfts kompetent sein, kann nicht in die Zukunft wirken.* Nicht aktuell taugliches ist also nicht zukunfts fähig, und umgekehrt, nicht zukunfts fähiges Recht tut sich schwer mit der normativen Gegenwarts durchdringung. Des Rechts zukünftiges Schicksal ist in hohem Masse seine Bewährung in der Gegenwart: Seine Gegenwartstauglichkeit beeinflusst die Zukunftstauglichkeit. Viel hängt dabei von der Lebendigkeit des Rechtsbewusstseins in Wissenschaft und Praxis, im öffentlichen Leben und im privaten Verhalten ab.

Ein rechtspolitischer Fehlschluss wäre es, von zurzeit positiven oder negativen Bedeutungsgraden in absoluter linearer oder gar exponentieller Fortschreibung auf die künftigen zu schliessen. Was die Zukunft dem Recht und seinem politischen Stellenwertes beschert, wissen wir nicht, auch wenn wir sehr wohl wissen, dass es sich stets von neuem einbringen und legitimieren muss. Denn dies steht fest: *Das Recht ist zu allen Zeiten gefährdet*, allein schon deshalb, weil es wegen seiner Nähe zum Staat, zur Politik, zum wirtschaftlichen Auf und Ab und seines ein Kind der menschlicher Kultur ist und bleibt. Das Recht bedarf dauernder Pflege, anhaltender Aufmerksamkeit, heute und erst recht wieder neu morgen.

---

<sup>148</sup> Siehe dazu *Appel Ivo*, Rechtliche Strategien im Umgang mit Ungewissheiten, in: Ruch Alexander (Hrsg.), *Recht und neue Technologien*, a.a.O. S. 123 ff.

Die erste Hälfte des vergangenen Jahrhunderts hat Tiefs der Verwirrungen und Verirrungen des Rechts und seiner Träger gezeigt. Eine bleibende Mahnung. Sich auf die ordnende, rechtlich gebundene Macht des verfassten Staates zu verlassen, genügt nicht. Selbst der demokratische Rechtsstaat muss um seine Rechts-Verlässlichkeit, um seine Rechtskultur ringen. Die *Rechtswissenschaft*, die eine besondere Verantwortung trägt, muss sich deshalb zu allen Zeiten und unter allen werdenden gesellschaftlichen Grundvorstellungen als *selbstkritische Mahnerin* verstehen. Die Literatur, die Medien, die Wissenschaften, die sensible Öffentlichkeit und vor allem die Träger des politischen Geschehens – sie stehen ebenfalls in Pflicht. Dabei muss der Grundtenor der Kultur als Humus des Rechts und der Rechtsordnungen anklingen. Sie hat viel mit Menschlichkeit und Massstäblichkeit, mit Respekt vor der Freiheit zu tun, nicht minder viel mit dem Rechts- und Unrechtsbewusstsein. Das letztere mag auf das Gewissen zurückbezogen oder psychologisch erklärt werden – so oder so muss es von Generation zu Generation neu geschult werden. Die Verantwortung für das Recht ist der beste Lehrer des Rechts. Die lernende Demokratie arbeitet daran, so sie von mündiger Lernbereitschaft geprägt ist.<sup>149</sup>

Die *Pflege der Gegenwärtigkeit des Rechts, die Garantin des künftigen Rechts bleibt* leider akut – gleich aus mehreren Gründen – *erschwert*, spürbar, wie wir anzudeuten versuchten, etwa dort, wo die Steuerungskraft des Rechts auf der Grundlage soziologischen Begründungen mit Fragezeichen versehen wird, wo der Ruf nach Anreizsystemen, Win/Win-Situationen, also nach marktwirtschaftlicher Steuerung, die wirksam sein kann und gegebenenfalls eingesetzt werden soll, zum allgemeinen Widerspruch gegen das Recht und die Rechtsordnungen neigt. Des Rechts anhaltende und also auch zukünftige Bedrängnisse sind vielschichtig und intensiv zugleich.

Die tiefste *Verunsicherung* stammt aus den gesellschaftlichen Zweifeln gegenüber der Steuerungskraft des Rechts, seien es allgemeine Bedenken, ob sich das menschliche Verhalten dem Recht ein- und unterordnen lässt (wenn nicht das innere, so doch wenigstens das äussere), sei es aus der menschlichen Neigung heraus, das Normative als gegen sich gerichtet tendenzmässig abzulehnen oder von sich fernzuhalten. Sachlich nicht minder heikel ist die gegenläufige Strömung, den Staat und damit auch dessen Mittel und Instrumente wie das Recht zur Hilfe zu holen, um die andern Menschen und die wenig Vertrauen erweckenden politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Machtgebilde zu einem verträglichen Verhalten anzuhalten, deutlich erkennbar dort, wo eigene Verhaltensänderungen davon abhängig gemacht werden, dass die Norm für alle gelte. So in Belangen des Umweltschutzes.

In diesem Sinn besteht sogar vom Grundsätzlichen her ernsthafte Besorgnis für die Zukunft des Rechts: Die Regulierungen im Namen des Rechts missbrauchen – zu häufig – das Recht als „Waffe“ gegen andere politische Stossrichtungen. Dies kann für des Recht Zukunft nicht gut sein. Das Recht hat nur dann eine tragende Zukunft, wenn es um des allgemeingültigen Inhaltes willen da ist. Und dieser hat etwas zu tun – *cantus firmus* – mit der Freiheit der Menschen, ihrer Würde, der Gerechtigkeit und dem (Rechts-) Frieden, also der Fähigkeit Konflikte und Probleme anzugehen. Das Recht ist selbst dort, wo es Freiräume für die Menschen, die Wirtschaft und die gestaltende Politik schafft, um eben dieser Freiheiten willen da. Das Staatliche verwechselt mit dem Normativen, das Beliebige mit der Freiheit, das Regulierte mit dem Richtigen, das Zweckmässige mit dem Gerechten – das Schwankende und das Gegensätzliche wie auch das Widersprüchliche verunsichern die Gesellschaft und damit auch das Rechtsbewusstsein und das Recht. Auf der anderen Seite müssen solche

---

<sup>149</sup> Es ist der Vorteil der direkten resp. indirekten Demokratie, die Verantwortung für das Recht bis an das Volk als Staatsorgan heranzuführen. Dadurch entsteht Rechtsbewusstsein. Partizipationsformen an Verwaltungsvorgängen schaffen dies nicht in gleicher Art und in gleichem Masse.

dialektischen Spannungen und die Wert-Antinomien als bereichernde und anspornende Elemente für des Rechts Werden aufgenommen werden. *Weil die gegenwärtige Situation belastet ist und Anzeichen der Problemaufnahme nicht augenfällig greifbar sind, muss die Zukunft des Rechts mit Sorgen bedacht bleiben.* Auf einen Nenner gebracht: Der Zwiespalt von gesellschaftlicher Flucht in die individuelle Selbstverwirklichung und vom parallelen Andocken von Bürgern und Teilen der Wirtschaft beim Staat belastet heute und morgen in besonderem Masse. Er führt zu Unsicherheiten, zu Abstandshaltungen gegenüber dem Staat und dem Politischen, jedenfalls zu Vertrauensschwund und dies gegenüber dem Recht, gleichzeitig aber zu einem omnipräsenten Staat mit Regulierungstendenzen, die seine Kompetenzen überschreiten, ihn überfordern und also auch das Recht strapazieren.

Dem muss die Politik, dem muss auch die Lehre vom Recht entgegenhalten, je von sich aus, in Auseinandersetzung mit den Widersprüchlichkeiten und unter Hinweis auf die Funktionen des Rechts für die Gesellschaft – mit dem langen Atem für das Recht und die Rechtsordnung.<sup>150</sup> Das kritische Nein zu Fehlentwicklungen ist Voraussetzung des Ja zum künftigen Recht und seiner Beständigkeit, wie auch zu seiner Fortentwicklung durch Änderbarkeit. Dies allerdings setzt im Minimum eine wache Rechtswissenschaft voraus und gleichzeitig eine wache Gesellschaft resp. Politik. Das Rechts ist eben nicht ein Abstractum, das sich von selbst bewegt, es wird von Menschen getragen, geprägt und durchgehalten. Anders formuliert, *das Recht ist von Menschen für Menschen – dies ist seine Stärke und Schwäche zugleich.*

Erfreulicherweise gab und gibt es solches Verantwortungsbewusstsein in direkter Sorge um das Recht, wenn auch nicht lebhaft genug. Für die schweizerische Rechtswissenschaft ist das allseitige und doch persönlich getragene Befassen mit der Situation des Rechts sogar auffallend (wenn nicht sogar charakteristisch). Sie meldet sich durch ihre Träger, vorweg, aber nicht exklusiv, die Professorenschaft, zum Wort, über die inneren Kreise der Wissenschaft hinaus in die Öffentlichkeit. Sie flieht dabei, durchaus bemerkenswert, weder in einen anklagenden Kulturpessimismus, noch verfällt sie alles heilendem Optimismus. Sie betont durchwegs die Verantwortung der Öffentlichkeit, der Bürgerschaft, der Wirtschaft und der Rechtswissenschaft – im Verbund – für das Recht. Für dieses Land, die hier stellevertretend für andere Staaten konkretisierend ausgeleuchtet wird, springen die Namen solcher Exponenten – in grosser Zahl – in die Augen. Ich hebe diese gleichsam als Beweis dafür hervor, dass die Rechtswissenschaft für die Öffentlichkeit durch Menschen wirkt, wobei die Auswahl rudimentär bleibt: Jean Francois Aubert<sup>151</sup>, Walther Burckhardt<sup>152</sup>, Kurt Eichenberger<sup>153</sup>, Fritz Fleiner<sup>154</sup>, Zaccaria Giacometti<sup>155</sup>, Hans Huber<sup>156</sup>, Werner Kägi<sup>157</sup>,

---

<sup>150</sup> Wenn auch unter Vernachlässigung der Zukunftsdimension so zeigt ein Aufsatz von Werner Maihofer den notwendigen Massstab der Gerechtigkeit auf: *Maihofer Werner*, Recht als Massstab für ökonomisches, soziales, politisches und kulturelles Leben in unserer Zeit, in: Jäggi/Mäder/Windisch (Hrsg.), *Entwicklung, Recht, Sozialer Wandel*, Festschrift für Paul Trappe, Social Strategies, Vol. 35, Bern 2002, S.203 ff. (Dies Aufsatz stammt ursprünglich aus dem Jahre 1984) Dasselbst: *Klenner Hermann*, Realitäten und Identitäten des Rechts, a.a.O., S. 221 ff.

<sup>151</sup> Ich erwähne ihn, weil er mit besonderer Eindringlichkeit konsequente Wissenschaftlichkeit mit politischer Wachsamkeit und rechtspolitischem Flair zu verbinden wusste und weiss. Er gehörte während Jahren dem Ständerat an. Neben seinem Bundesstaatsrecht und seinen Kommentierungen sticht hervor: *Aubert Jean-François*, So funktioniert die Schweiz, dargestellt anhand einiger konkreter Beispiele, Bern 1980.

<sup>152</sup> Walther Burckhardt (1871-1939) war Professor in Bern und der grosse Lehrer und wohl auch einer der letzten der umfassenden und geschlossenen Theorie des Rechts – gleichzeitig aktiver Berater politischer Instanzen (insbesondere Bundesrat).

<sup>153</sup> *Eichenberger Kurt*, Der Staat der Gegenwart, Ausgewählte Schriften, Basel/Frankfurt am Main 1980; *idem*, Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat, Basel 2002. Kurt Eichenberger (1922-2005) darf als einer der vertrautesten Berater des Bundesrates rund um die Fragen der Staatsleitung erwähnt werden.



Peter Noll<sup>158</sup>, Dietrich Schindler (d.Ä. und der J.)<sup>159</sup> und vielen mehr zeugen von diesem kritischen Vermögen, wie dies im Privatrecht für Eugen Huber<sup>160</sup>, Andreas von Thur, August Egger, Karl Oftinger<sup>161</sup> – Peter Jäggi<sup>162</sup> und Hans Merz – nicht vergessen – Arthur Meier-Hayoz<sup>163</sup> und andere gilt<sup>164</sup>. Unter den aktiven Lehrern finden sich nicht minder zahlreiche. Die kritische und gleichzeitig konstruktiv angelegte Grundhaltung hat es mit der in der Person vorhandenen Wissenschaft- und Bürgernähe zu tun: simul professor, simul civis.<sup>165</sup> Das gesellschaftliche und ausgeprägt das politische Verantwortungsbewusstsein macht eben in einer lebhaften Demokratie vor den Universitäten nicht Halt, im Gegenteil, sie müssen es ausstrahlen. Die prototypische Situation mag in der Schweiz besonders spürbar sein, nicht weil dies in andern Ländern nicht auch der Fall sein dürfte, sondern weil sie hier – allein schon des Hintergrundes der präsenten Verfassungspolitik und der Referendumsdemokratie wegen – besonders gefordert und gleichzeitig les-, hör- und sichtbar wird.

---

<sup>154</sup> Fritz Fleiner (1867-1937) wachte über die Rechtsstaatlichkeit des Verwaltungsrechts und die liberale Komponente des schweizerischen Bundesstaates. Er war Professor an der Universität Zürich. Seine grundlegenden Werke galten dem Schweizerischen Bundesstaatsrecht und den Institutionen des Verwaltungsrechts.

<sup>155</sup> Kölz Alfred (Hrsg.), Zaccaria Giacometti, Ausgewählte Schriften, Zürich 1994. Zaccaria Giacometti (1893-1970) mahnte unablässig zur Verfassungstreue. Rechtsstaatlichkeit und individuelle Freiheit waren seine Kernanliegen.

<sup>156</sup> Huber Hans, Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht. Ausgewählte Aufsätze 1950-1970, a.a.O.

<sup>157</sup> Auf die grundlegenden Abhandlungen von Werner Kägi wurde bereits hingewiesen, auch an seine Gutachten zum Frauenstimmrecht und zu den konfessionellen Ausnahmeartikeln wurde erinnert.

<sup>158</sup> Peter Noll (1926-1982) ein Lehrer des Strafrechts, wurde weit über seines Disziplin hinaus Glied der Rechtswissenschaft und des öffentlichen Miterlebens seiner Gedankenwelt. Seine Gesetzgebungslehre war sein Zugriff auf die Zukunft: Noll Peter, Gesetzgebungslehre, Hamburg 1973.

<sup>159</sup> Schindler Dietrich (d.Ä., 1890-1948) war in hohem Masse für die Behörden tätig. Er war u.a. völkerrechtlicher Berater.

<sup>160</sup> Eugen Huber gilt als der Schöpfer des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Er liess sich in den Nationalrat wählen, um sein Werk im Parlament zu vertreten.

<sup>161</sup> Karl Oftinger (1909-1977) war ein stiller, aber kämpferischer Wegbereiter der zivilisatorischen Aufgabe und Kraft des Rechts. Seine Vorlieben galten dem Haftpflichtrecht, dem Obligationenrecht und – nicht nur nebenher – dem Einbezug der Technik unter die Herrschaft des Rechts. Die Lärmbekämpfung als Aufgabe des Rechts war ihm ein sachliches und inneres Anliegen.

<sup>162</sup> Siehe dazu die bedeutende Aufsatzsammlung: Jäggi Peter, Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, Zürich 1976.

<sup>163</sup> Arthur Meier-Hayoz wandte sich schon früh dem Richter als Gesetzgeber zu und pflegte die Grundlagen des Privatrechts. Vor allem wagte er sich in die Politikberatung vor und scheute sich nicht, selbst in öffentlichrechtlichen Belangen klärende Worte zu sagen, wenn ihn das Recht dazu anhielt. Im übrigen vor allem Meier-Hayoz Arthur, Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951; *idem*, Einleitung, Art. 1-10 ZGB, Berner Kommentar, Bern 1962.

<sup>164</sup> Siehe dazu Merz/Schindler/Walder (Hrsg.), Juristengenerationen und ihr Zeitgeist, Zürich 1991. Gesondert hervorzuheben wären jene Rechtsprofessoren, die sich in die Politik vorwagten, u.a. in jüngster Zeit Jean François Aubert, Richard Bäumlin, Max Imboden, Riccardo Jagmetti, René Rhinow, Leo Schürmann und Ulrich Zimmerli. Bereits früher war dies nicht selten. Mag sein, dass in Zeit äusserer Bedrohungen durch Ideologien wider Recht und Rechtsstaat der Druck grösser war, sich auf das Recht und seine Grundfunktionen zu besinnen. In entspannteren Phasen wird beiläufig angenommen, es nehme alles seinen geordneten Gang, das Recht und seine Geltung seien unbestritten. Dass die Privatrechtler weniger dazu neigen, in die Politik vorzustossen, erklärt sich von selbst. Dennoch darf vermerkt werden, wie intensiv sich diese mit der Situation des Rechts befassen – die aktuell präsenten Namen von Peter Forstmoser, Peter Gauch und Ernst A. Kramer mögen dies belegen.

<sup>165</sup> Die wohl einfachste Erklärung liegt darin, dass die schweizerischen Professoren sich immer auch als Bürger und als Glieder der Gesellschaft gesehen haben (und hoffentlich auch heute noch sehen). Sie standen nicht einseitig für die Welt der Wissenschaft. Sie waren (und sind) letztlich der Öffentlichkeit gegenüber verantwortlich, zumal die Universitäten „Durch den Willen des Volkes“ (Inscription am Hauptgebäude der Universität Zürich) gegründet wurden, gebaut, betrieben und erhalten werden. Siehe dazu die erhellende Schrift Schindler Dietrich (d.J.), Schweizerische Eigenheiten in der Staatslehre, Zürich 1975.

Bedarf es vor diesem Hintergrund einer wachen, kritischen Rechtswissenschaft und eines in nuce ausgeprägten Bürgersinns neben der tradierten einer *prospektiven Rechtswissenschaft*?<sup>166</sup> Da das Recht nicht nur Geschehenes beurteilt, sondern auf künftiges Verhalten, auf voranschreitend handelnde Organisationen und auf morgige Verfahrensbedürfnisse gerichtet ist, *ist die Rechtswissenschaft nicht nur, aber doch wesensmässig, also aus sich heraus prospektiv ausgerichtet*. Einseitige Verpflichtungen auf das gesetzte, positive Recht verkürzen, vor allem dort, wo dem sozialen, wirtschaftlichen, technischen Wandel ausgewichen wird und wo die rechtsimmanenten voranschreitenden, kreativen Elemente verkannt bleiben. Dessen kritisch bewusst begibt sich die Rechtswissenschaft von sich aus auf den Weg in Richtung der Zukunft. Auf dieser Basis erwächst die Fähigkeit, die Spannweite von Recht und Ungewissheiten, von Rechtssicherheit und Rechtsfortentwicklung von geltendem und werdendem Recht aufzunehmen. *Eine einseitige Betonung des Prospektiven reduziert des Rechts Dimensionen*. Sie würde die Fähigkeit des Beurteilens auf neue Sachverhalte schwächen, sie verlöre auf der andern Seite Konstanz und Kontinuität – *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*.<sup>167</sup> Es ist also die genuine Verbindung von Gewordenem und Werdendem, von Gegenwärtigem und Künftigem wie auch von bekannter und unbekannter Wirklichkeit, welche dem Recht aus sich heraus und von den Anforderungen der Wirklichkeit her jene Ausrichtung verleiht, welche ihm erlaubt, seinen Geltungsanspruch für heute und morgen einzubringen. *Es bedarf deshalb keiner spezifischen, gesondert agierenden prospektiven Rechtswissenschaft – sie hat aber die Seite der Zukunft intensiver zu gewichten und zu pflegen als dies üblicherweise der Fall war. Die prospektive Dimension gehört wesensmässig zum Recht*.

Dabei braucht sich die Lehre vom Recht nicht krampfhaft auf die Zukunft zu fixieren. Nicht zu meistern gilt es sie, schon gar nicht zu beherrschen oder da und dort blindlings abzuwehren, zu verhindern. Das Recht rückt als Recht an die ausholenden Zeitdimensionen deutlich genug heran, wenn es Offenheit gegenüber dem Lauf der Zeiten anpeilt, der sich ändernden Wirklichkeit auf dem Fusse bleibt und die aufgezeigten Hilfen des Rechts (Abstraktheit, Ermessen usw.) als Ausdruck seiner Nähe zum Normativen und zur Zukunft nutzt. Als Gefahren – unter dem Eindruck des von der tatsächlichen Seite her ermittelten Zukünftigen – lauern die Versuchungen, das kurzfristig Überblickbare zu überschätzen sowie das sachlich Erforderliche vom Gebotenen abzukoppeln und folglich nur das zu disponieren, was morgen taugen könnte. Prospektives Recht stellt sich nicht mit der Absage gegenüber dem Normativen und der Aufnahme des Sachlichen ein, sondern einzig dann, wenn *das Recht auch gegenüber dem Künftigen Recht bleibt*. Allerdings sind sachliche-zeitliche-normative Ausweitung und Vertiefungen über das Heute hinaus nicht ohne *Sonderanstrengungen* zu schaffen. Es bedarf eines bewussten Zuganges. Die Rechtswissenschaft muss deshalb lernen und lehren, wie mit den Ungewissheiten, die mit der Zukunft verbunden sind, umzugehen ist – von der Vertragsgestaltung bis zur Verfassungsstruktur, von der gesellschaftsrechtlichen

---

<sup>166</sup> Diese Frage wirft, wie bereits einleitend angedeutet, eindrucklich Michael Kloepfer auf. Er setzt sich für die prospektive Rechtswissenschaft ein. Sein Anliegen besteht u.a. in der Ausbildung der Juristen zur Fähigkeit, mit dem Ungewissen der Zukunft umzugehen und auf dieser Basis zukunftsbewusste Rechtswissenschaft – nicht nur ex post Rechtsanwendung – zu betreiben. M.E. ist der Autor in seiner Analyse möglicherweise etwas zu sehr geprägt von einer Rechtswissenschaft, welche das immanent Schöpferische im Umgang mit dem Recht, das für das schweizerische Rechtsverständnis typisch ist, in Nuancen – aber wirklich nur in Nuancen – möglicherweise verkennt. Seine Anliegen zur Ausbildung sind dennoch unterstreichenswert. Angesichts der unendlichen Rechtsmasse führt kein Weg daran vorbei: a) Grundkenntnisse der Informationsbeschaffung, b) Übersicht über die Rechtsordnung, c) Methodensicherheit in der Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung, d) schöpferische Begabung in der Rechtsanwendung, Vertragsgestaltung und in der Rechtsetzung bei hoher Fähigkeit, mit dem Ungewissen umzugehen. Siehe dazu *Kloepfer Michael, Zukunft und Recht*, a.a. O., S. 266 f.

<sup>167</sup> Ulpian, Dig. 1,10.

Governance bis zur Gesetzgebung, von der Steuerung auf der Basis der Verbindlichkeit bis zu den zwingenden materiellen Eckwerten des Rechts. Um dies zu leisten, bedarf es eines erhöhten Tatsachensinnes für politische, wirtschaftliche, soziale und umweltseitige Veränderungen, gleichzeitig aber des Massstabes der Gerechtigkeit, getragen von Menschen, die in Freiheit entscheiden und handeln können.

Dies bedingt unter anderem ein anregendes *universitäres Umfeld*. Zurzeit ist dieses gefährdet.<sup>168</sup> Das aktuelle Diktat zugunsten der naturwissenschaftlich-medizinisch-technischen Forschung isoliert. Als praktische Wissenschaft mit theoretischem Hintergrund nahe bei den Geistes- und Sozialwissenschaften und erst noch mit normativem Anspruch bewegt sich die Rechtswissenschaft gleichsam gezwungenermassen ausserhalb des gängig gewordenen Wissenschaftsverständnisses. Dieses forciert das Experiment und unterlegt den Aussagen mit Vorliebe empirische Befunde sowie quantitative Belegen. Die völlige Andersartigkeit (Einzigartigkeit? der Rechtswissenschaft – eine Geistes- und Sozialwissenschaft, gleichzeitig eine theoretische und praktische Wissenschaft mit Normativitätsanspruch! – gereicht ihr nicht zum Vorteil. Inneruniversitär wird sie separiert. Ihre Stärken liegen in den Grenzüberschreitungen und der Gesprächsfähigkeit – über die Fakten mit den Tatsachen-Wissenschaften (Soziologie, Politologie, Naturwissenschaften usw.), über die rechtsethischen Werturteile mit der Theologie, der Philosophie, den speziellen Ethiklehren, gleichzeitig über die Wirklichkeitsnähe mit der Praxis zum Recht, also mit den Gerichten und den Verwaltungen usw. Sie ist gleichsam keine Selbstwissenschaft, sondern eine von den Wissenschaften und der Wirklichkeit zehrende. Dazu gehören, wir wiederholen uns, auch die Begegnungen mit der Geschichte und der Zukunft. Will die Rechtswissenschaft *dem Recht und den Rechtsordnungen neues Leben mit Zukunftskompetenz einhauchen*, so muss sie die Weite des sachlichen Bezugfeldes und die wissenschaftlichen Kontakte nach allen Seiten pflegen, das relevante Geschehen wahrnehmen, Trends mit kritischer Distanz analysieren, die Zukunft als Teil der Wirklichkeit im Auge behalten und die rechtspolitische wie auch die rechtsethische Verantwortung mittragen.<sup>169</sup>

Walther Burckhardt, den wir einleitend zitierten, schrieb der Rechtswissenschaft als einer praktischen Wissenschaft in Gewissen: „*Die theoretische Wissenschaft kann auf dem Erworbenen ausruhen, ohne zurückzugehen; die praktischen Wissenschaften müssen ihr Ergebnis stets erneuern, damit es von der Zeit nicht überholt werde: sie haben nur die Wahl, entweder vorwärts zu schreiten oder zurückzugleiten.*“<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> Das Spektrum der Gefährdungen reicht von externen bis zu internen, schliesst allgemeine gesellschaftliche Entwicklungstendenzen genau so ein wie solche der Wissenschaften und verweist zudem auf die Spezialisierungswelle. Ebenso wirkt die Internationalisierung ein. Siehe dazu *Drolshammer Jens L.*, Internationalisierung der Rechtsausbildung und Forschung – eine Agenda für die interdisziplinär ausgerichtete Ausbildung zum in Wirtschaft und Management tätigen International Lawyer, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 2000.

<sup>169</sup> Jüngere Fakultäten sind bestrebt, die interdisziplinäre Öffnung zurückzugewinnen. Für die Schweiz trifft dies vor allem auf die juristische Fakultät in Luzern zu (Gründungsdekan Prof. Dr. Paul Richli). Es war und ist der Vorteil der rechtswissenschaftlichen Professuren der ETH Zürich, direkt ins Gespräch mit brisant relevanten Wissenschaften (Architektur- Ingenieur-, Natur-, Umwelt-, Raumplanungswissenschaften usw.) eingebunden zu sein. Nota bene hatten sie auch die Chance, das Recht nicht allein in seinen Spezialisierungstrends zu verfolgen, sondern die Rechtsordnung als solche im Auge zu behalten. Siehe dazu *Lendi Martin*, Rechtsordnung, 3.A., Zürich 2001, sodann *idem*, Rechtsunterricht an Technischen Universitäten – neue Anforderungen an den Unterricht, in: *idem*, Gesellschaftlich vernetztes Recht, a.a.O., S. 336 ff. Dies ist an grösseren Fakultäten mit ihrem hohen Spezialisierungsgrad und mit Arbeitsteilungen zwischen parallelen Professuren kaum mehr möglich. Zur Art des juristischen Denkens eindrücklich *Gauch Peter*, Juristisches Denken. Wir denken Juristen?, in: *Honsell/Zäch/Hasenböhler/Harrer/Rhinow* (Hrsg.), Privatrecht und Methode, a.a.O., S. 169 ff. Hier zeigt sich die Eigenart.

<sup>170</sup> *Burckhardt Walther*, Die Aufgabe des Juristen und die Gesetze der Gesellschaft, a.a.O., S. 95. Für ihn ist die Rechtswissenschaft eine praktische Wissenschaft, während ich oben im Text die Rechtswissenschaft sowohl den

## XII. Renaissance der Allgemeinen Lehren

Vor diesem Hintergrund der angedachten Strategien, der Einheit der Rechtsordnung, der in Verantwortung genommenen Rechtspolitik und der Zukunftsverantwortung für das Recht und des Rechts für das Gedeihen von Politik, Wirtschaft, Gesellschaft und Lebensraum resp. die Umwelt erneuert sich der Ruf nach *Allgemeinen Lehren des Rechts*.<sup>171</sup> Diese beschränken sich nicht mehr auf den (nationalen) Verfassungsstaat als Träger des klassischen Rechtsstaates, sondern greifen über die Staaten hinaus auf die internationale Welt – über die Zeiten hinweg in die Zukunft hinein. Anders formuliert: Es geht um das Verständnis und die Struktur, die Rechtfertigung und Geltung des Rechts sowie dessen Umsetzung als Grundlage der verbindlichen Ordnungen in dieser Welt.<sup>172</sup>

Allgemeine Lehren des Rechts dürfen nicht mit der Methodik des Rechts<sup>173</sup> verwechselt werden. Dieses Spezialgebiet zielt auf eine rationale Erfassung des Rechts hin zur generell-abstrakten und zu individuell-konkreten Aussagen als Gegenstand wissenschaftlichen Bemühens. Sie sind auch nicht mit Hinweisen der Rechtsphilosophie<sup>174</sup> zu identifizieren, zumal diese auf die Begründung und Rechtfertigung des Rechts und seiner grundlegenden Werte gerichtet ist. Die Rechtsgeschichte<sup>175</sup> entwickelt ihrerseits keine Allgemeine Lehren, auch wenn sie Einsichten vermittelt, die aussagekräftig sind. *Die Allgemeinen Lehren wollen das Allgemeine des Phänomens des Rechts hinsichtlich Wesen und Funktion herausstellen und das inhaltlich Allgemein-Gültige aufgrund von Lehren und Theorien zum Recht, aber auch unter Beizug von Erkenntnissen zudienender Wissenschaften (Philosophie, Geschichte, Soziologie, Politologie usw.) erarbeiten und zur Diskussion stellen. Sie folgen dem normativen Ductus als dem inneren Impetus des Rechts.*

---

theoretischen als auch den praktischen Wissenschaften zugeordnet habe. Dahinter steht eine begriffliche Diskussion.

<sup>171</sup> Zu den Allgemeinen Lehren sieht unter vielen *Rüthers Bernd*, *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, München 1999. Für die schweizerische Rechtswissenschaft, welche die Allgemeinen Lehren weniger pflegt als die systematische und kommentarmässige wissenschaftliche Bearbeitung grösserer und einzelner Rechtsgebiete, steht nach wie vor das Lebenswerk von Walther Burckhardt im Vordergrund mit den Grundlagenwerken zur Organisation der Rechtsgemeinschaft, zu Methode und System des Rechts sowie zur Einführung in die Rechtswissenschaft (dieses darf als Allgemeine Rechtslehre gelesen und verstanden werden.).

<sup>172</sup> Hinter den Allgemeinen Lehren stehen Rechtstheorie, Rechtsmethodik und Rechtsphilosophie und wohl auch Rechtssoziologie. Sie fassen die daraus resultierenden Kenntnisse und Erkenntnisse gleichsam zusammen.

<sup>173</sup> *Burckhardt Walther*, *Methode und System des Rechts*, Zürich 1971 (Nachdruck, 1.A. 1927); *Larenz Karl*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2.A., Berlin/Heidelberg/New York 1969

<sup>174</sup> Statt vieler *Coing Helmut*, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5.A., Berlin-New York 1993, *Hofmann Hasso*, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, Darmstadt, 2000; *Kaufmann Albert*, *Rechtsphilosophie*, München 1997; *Radbruch Gustav*, *Rechtsphilosophie*, Neu Studienausgabe, Heidelberg 1999; *Seelmann Kurt*, *Rechtsphilosophie*, München 1994; *Zippelius Reinhold*, *Rechtsphilosophie*, 3.A., München 1994. Zur Gerechtigkeitsfrage im besonderen u.a. *Brunner Emil*, *Gerechtigkeit, Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung*, Zürich 1943 (!); *Huber Wolfgang*, *Gerechtigkeit und Recht, Grundlinien christlicher Rechtsethik*, Gütersloh 1996. Das Werk von Emil Brunner ist allein schon deshalb auch heute lesenswert, weil es in einer Zeit verfasst wurde, als es zum Bekenntnis für das gerechte Recht und den Rechtsstaat wider den blossen Machtstaat wurde. Bei ihm wird die Gerechtigkeit in die enge Verbindung von Menschenrechte, Freiheit und Gemeinwohl gerückt, zurückbezogen auf die Liebe, die von ihr verschieden ist, ausser in der göttlichen Gerechtigkeit, die Liebe ist. Im übrigen plädiert er für die Notwendigkeit von Ordnungen, aber nicht in der Art einer beliebigen, sondern hinterfragt und gefestigt durch die Gerechtigkeit.

<sup>175</sup> *Seagle William*, *Weltgeschichte des Rechts*, München 1951 (Originalausgabe in englischer Sprache) 1941)

Das *Anliegen der Allgemeinen Lehren* müsste ein mehrfaches sein, nämlich den Rechtsgedanken für alle Rechtssetzenden, Rechtsanwendenden und Rechtsdurchsetzenden dieser Welt zu vertiefen, das Recht über die kulturellen Eigenheiten des Geschäftsverkehrs nach regionalen/nationalen Gewohnheiten hinauszuhelien, den Einbezug der internationalen Organisationen zu pflegen, das Völkerrecht und das internationale Privatrecht auf die wesentlichen Komponenten zu fokussieren und dem staatlichen Recht, wo auch immer, das Beachten der unabdingbaren Rechtsprinzipien aufzuerlegen und von da her die Harmonisierung der Rechtsordnungen im Grundsätzlichen zu erleichtern. Aufgabe der Allgemeinen Lehren des Rechts ist, die Allgemeingültigkeit der Rechtsidee zu konkretisieren, nicht bis zu den konkreten Regelungen, wohl aber derart, dass das Wesen des Rechts mitsamt seinen Grundanliegen weltweit verstanden wird.

Der kritische Punkt innerhalb der allgemeinen Lehren des Rechts bildet die *Gerechtigkeitsfrage*.<sup>176</sup> Sie ist nicht allein aus rechtsphilosophischen Gründen zentral, sondern vor allem auch aus politischen. Sie herwärts der theologischen und philosophischen Welten als Kernstück des Rechts und der Rechts- wie auch Staatsfunktionen stufen- und massstabgerecht zu verorten, steht als Aufgabe immer wieder neu an. Im öffentlichen Geschehen, jenseits des Rechts, aber nicht ohne Belastungen für das Recht, wird die Gerechtigkeitsfrage oft, zu oft, zum überhöhten, parteilich definierten Ziel erhoben, so unvergessen in den Diktaturen aller Schattierungen, dann aber auch, allerdings aus anderem Geist heraus und mithin anders zu gewichten, auf ihre Art auch durch demokratische Parteien. Das parteilich Richtige wird als das Gerechte proklamiert – die Gerechtigkeit wird dabei vereinnahmt, Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit werden im eigenen Sinn verabsolutiert. Mit Rechtsansprüchen an die Gemeinschaft und den Staat wird formuliert, was Gerechtigkeit unter allem Umständen hergeben müsse. Wie auch immer: Die Gerechtigkeit wird überinterpretiert, überanstrengt, instrumentalisiert (wenn nicht gar missbraucht). In dieser Art unterdrückt sie die Freiheit. Dies kann und darf nicht sein, weil die Freiheit als Mutter der menschlichen Mündigkeit dem Recht vorangeht und also das Recht nach Wesen und Funktionen prägt. „Das angeborene Recht ist nur ein einziges“ Freiheit.<sup>177</sup> Dadurch wird das Recht samt dem ihm eigenen Gerechtigkeitspostulat „relativiert“ (man könnte auch formulieren: bereichert), weil Recht und Gerechtigkeit nicht ohne die Freiheit der Träger und Adressaten des Rechts bedacht werden dürfen. Dazu kommt die Verbindlichkeit des Rechts. Soll sie nicht Selbstzweck werden, dann muss sie zur Zurückhaltung gegenüber der Festlegung von Gerechtigkeitsvorstellungen mahnen und Verabsolutierungen wehren. Sie muss das Verkräftbare, das Akzeptierbare im Auge behalten. Für ein absolutes und erst recht für ein verabsolutiertes Gerechtigkeitsverständnis ist in einer Rechtsordnung von Menschen für Menschen deshalb kein unmittelbarer Raum, auch wenn die Gerechtigkeit als Postulat herausfordert. Sie bleibt Massstab, kritischer Massstab, nach ihr wird „gehungert und gedürstet“<sup>178</sup> – für eine offene Gesellschaft, die das Recht und die Rechtsordnungen nicht einfach hinnimmt, sondern befragt und in geordneten Verfahren gestaltet, legitimiert und zur Geltung bringt. Also müssen die Allgemeinen Lehren des Rechts aufarbeiten, was Gerechtigkeit für das Recht einer freien Gesellschaft mit ihren vielfältigen Einstellungen zur Gesellschaft und Recht, abseits der Durchsetzung vorbestimmter Gerechtigkeitsauffassungen, in concreto bedeutet.

---

<sup>176</sup> Ich diskutiere hier nicht die rechtsphilosophische oder gar die allgemein-philosophische oder gar theologische Frage nach der Gerechtigkeit. Hier geht es einzig um die Akzentsetzung, dass die parteilich-politische Vereinnahmung der Gerechtigkeit nicht identisch ist mit der Gerechtigkeit als Massstab des Rechts, wie sie unter den Bedingungen des Rechts und dessen Kontext zu diskutieren ist.

<sup>177</sup> Kant Immanuel *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg 1797 (Einleitung)

<sup>178</sup> Matthäus 5, 6

Die Allgemeinen Lehren könnten – ein Vorschlag, nichts als ein Vorschlag – folgende *Aspekte* behandeln und dies für eine nach Menschen, Sachgebieten, Räumen, Zeitumständen sowie Kulturvermögen veränderte und sich ändernde Welt: Das Recht bedarf stets des Blicks auf die Wirklichkeit, auch wenn dies die nachstehende Auflistung der Grundthematika dies nicht oder doch nur beschränkt zum Ausdruck zu bringen vermag.

1. Wesen und Funktionen des Rechts
2. Distanz und Nähe zur Wirklichkeit
3. Das Recht und die Rechtspolitik
4. Freiheit und Gerechtigkeit
5. Entstehung des Rechts
6. Grundprinzipien des Rechts
7. Grundrechte
8. Organisation der Rechtsgemeinschaft
9. Die Rechtssubjekte (des politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Geschehens)
10. Rechtsetzung, Rechtsanwendung, Rechtsdurchsetzung
11. Rechtsgeschäftliches Handeln
12. Hoheitliches Handeln
13. Sanktionen (bei Verletzung von Rechtsgütern und rechtlichen Verpflichtungen)
14. Rechtspolitik (als Verantwortungsbereich von Politik und Rechtswissenschaft)
15. Die Wissenschaften vom Recht
16. Pflege und Fortentwicklung des Rechts

Diese Auflistung mag sich klassisch anhören. *Die Sicht erfährt eine erhebliche Vertiefung und Ausweitung und also ein neuartiges Niveau, wenn sie konsequent die internationale Ebene mit der nationalen verbindet, wenn sie den raschen Wandel der gesellschaftlichen Wirklichkeit samt dem Wertebezug einbringt, wenn sie die Kernprinzipien des Rechts auf ihre Allgemeingültigkeit ausrichtet und in diesem Sinne, ich wiederholte mich bewusst, von der Machtbegrenzung und dem Machtgebrauch, von den Menschenrechten, dem Diskriminierungsverbot, von Treu und Glauben, dem Schutz der geistigen und kulturellen Werte, von der friedliche Konfliktregelung usw. handelt, vor allem aber wenn sie die Rechtspolitik einschliesst und die Zukunftsdimension bewusst aufnimmt.*

Die Allgemeinen Lehren dieser Art sind nicht ein Extrakt des positiven Rechts nach dessen inhaltlicher Entleerung. Materielle Anliegen schwingen betont mit. Nicht eine Vereinheitlichung der Rechtsordnungen ist das Ziel, wohl aber eine *allgemeine Grundlegung des Rechts und seiner Zukunftsfähigkeit*. Dass dabei gewichtige Problemstellungen dieser Welt, wie solche sinkenden Rechtsbewusstseins bei Regierenden und Regierten, fehlender Bürgernähe des Rechts, der Präsenz von Diktaturen, der Kriegshäufigkeit, des Terrorismus, ungleicher Versorgung mit lebenswichtigen Gütern, offenkundiger wirtschaftlicher Disparitäten, sich erhaltender Korruptionen rund um das wirtschaftliche Geschehen in vielen Staaten, zu bedenken sind, das versteht sich, doch ist das Augenmerk im Zusammenhang mit den Allgemeinen Lehren des Rechts in erster Linie dem Recht, seiner Funktion und seinem Wesen zu widmen – sub specie der Gegenwart und der Zukunft. Dazu zählt allerdings die *Sensibilität für die Anfälligkeiten und Gefährdungen* des Rechts. Und es bedarf einer Rechtswissenschaft, die sich ihrer *gesellschaftlichen Verantwortung bewusst* vor die Öffentlichkeit tritt und die introvertierte Disziplingebundenheit überwindet. Die Rechtspolitik ist eben ein Teil ihrer Verantwortung, auch wenn sie eben diese Verantwortung mit der Politik teilt, doch hat das Recht der Politik ins Gewissen zu reden.

### **XIII. Zukunftsfähigkeit des Rechts – die Zukunft des Rechts**

In der insistierenden Konfrontation des Rechts mit der Zukunft als Herausforderung bestätigt sich die doppelte Fragestellung nach der Zukunftsfähigkeit des Rechts und nach der Zukunft des Rechts und der Untrennbarkeit der beiden. Das Recht, das sich der Zukunft nicht zu stellen vermag, hat offensichtlich kaum eine Chance sich in Front der dynamischen Veränderungen zu behaupten. Der evidente Grund liegt in der Häufung von Überraschungen und im Nicht Bereit- und Gewappnet-Sein, im Nachhinken gegenüber der permanent auf die Gegenwart einstürzenden Probleme. Die Zukunft meldet sich gleichsam täglich zu Wort, nicht ohne weiteres erkennbar in allen Facetten, aber doch wahrnehmbar als anfallende offene Fragen. Wenn sich das Recht nicht öffnet, dann wird es überanstrengt, überlastet, bald einmal überfordert. Das Zukünftige im Visier sinkt jedenfalls der Überraschungsgrad.

Es wäre ein Leichtes, mit pessimistischen Seitenblicken auf die Einbussen des Normativen, auf den Hang Vergangenes zu beurteilen und auf die rechtspolitischen Unfähigkeiten, sich von der Alltäglichen Problemlast zu befreien, *dem Recht Beeinträchtigungen oder gar Einbrüche in seiner Kompetenz, auf die Zukunft zuzugehen, vorherzusagen* – wenn da nicht das wohl zu wenig beachtete Phänomen der strukturell vorgegebenen Zukunftsnähe auszumachen wäre. Wir versuchten es nachzuweisen. Das Recht ist der Zukunft gegenüber – aus seiner strukturellen Art heraus – offener als gemeinhin vermutet wird, es ist veränderungsfähig. Es wendet sich ihr zu. Hier liegt der Ansatz seiner angelegten Zukunftsfähigkeit, hier liegt seine Chance, mit der Zukunft nicht hadern zu müssen.

Und es wäre ein Leichtes, *Fragezeichen hinter die Zukunft des Rechts* zu setzen, zumal die Trends des sozio-ökonomischen Verhaltens Regelwerke als Störungen anprangern und weil sie ethischen Elementen und dem Insistieren auf dem Gebotenen entgegenhalten. Das Grenzenlose fasziniert mehr als das Bedenken von Grenzen. Nicht amoralisch ist die Welt, aber betont kritisch gegenüber dem Normativen und erst recht gegenüber dem vom Staat verordneten Verbindlichen. Sicherlich gibt es Gegen- und Korrekturkräfte zugunsten eines legitimierte Mindestmasses an rechtlicher Verbindlichkeit – und doch ist die „gute“ Zukunft des Rechts nicht selbstverständlich gewährleistet. Das Recht ist, wir wiederholen uns, bleibend gefährdet, als Kulturgut ist es immer von Unkultur bedroht, auf alle Fälle bedrängt. Dagegen anstehen müssen mündige Bürgerinnen und Bürger, muss die Zivilgesellschaft im Sinne der Gesellschaft der „cives“. Auch der Staat muss für das Recht eintreten. Seine Sorge muss ihm gelten. Nicht zu letzt steht auch die Wissenschaft in Pflicht. Es genügt eben nicht, sich auf eine Selbst-Durchsetzungskraft höchster Werte und die Eigenüberzeugungen der Notwendigkeit des Rechts zu verlassen. Das Recht als Kulturgut muss sorgfältig gepflegt werden. Was dies heisst? Auf einen Satz reduziert: Das Recht muss sich als verbindliche Verhaltens- und Organisations-/Verfahrensordnung heute und morgen bewähren, wissend, dass es einen begrenzten Auftrag hat, nahe an der Wirklichkeit, aber doch getragen von den Anforderungen der Freiheit, der Gerechtigkeit und der menschlichen Würde.

Allerdings *es gibt ihn nicht, den Automatismus, der aus dem Recht heraus, eo ipso, Zukunftskompetenz erzeugen und den Bestand des Rechts über die Zeiten hinweg gewährleisten würde.* Das Recht braucht Rechtsanwender, es benötigt Rechtsetzer und es bedarf einer kritischen Rechtspolitik. Sie müssen für das Recht optieren und dieses für das Zukünftige engagieren, mit Umsicht, mit Besinnung auf das Beständige und gleichzeitig auf

das ausgreifend Dynamische. Vorausgesetzt ist die Änderbarkeit des Rechts, so heikel es ist, durch materielle Revisionschranken zurückzunehmen und solche, soweit nötig, auf Kernelemente zu beschränken. Gewissensgrenze ist das unabdingbar Beständig im Recht.

Dies aber belegt, wie wegweisend für das Recht der kompetente Umgang mit der Zukunft ist. Er macht das Recht bleibend notwendig, sogar attraktiv. In der Auseinandersetzung mit der Zukunft wird es zu einem anregenden, gestaltenden Faktor. Auf ihn kann die Gesellschaft, die sich verändert, nicht verzichten, da Veränderungen erfahrungsgemäss des Kompasses des Geordneten bedürfen. Sicherlich wird sie nicht zögern, die normativen Vorgaben kritisch zu beäugen und die eigene Reflexion dem Recht mit seinen Wegweisungen gegenüberzustellen: *Das Recht begegnet der Gesellschaft, diese dem Recht, in einem ständigen Prozess*, hin auf die Zukunft. Dadurch wird das mit- und voranschreitende Recht zu einer Stütze gesellschaftlicher Entwicklungen und gleichzeitig der Rechtsordnungen, also des Rechts in seiner gesellschaftlichen Relevanz. Sicherlich, die Zukunftskomponente schafft dies nicht allein. Das Recht verfügt mit seinen Grundanliegen der Freiheit und der Gerechtigkeit wie auch der menschlichen Würde über eigene Inhalte, die für sich sprechen. Doch erst die Konfrontation mit der Wirklichkeit, zu der auch das Zukünftige zählt, lässt diese als solche und durch die gesetzlichen Ausformungen zum Massstab werden. Dass politische Legitimation mit dabei sein muss, braucht nicht unterstrichen werden, zumal das Recht nicht sich selbst genügt, sondern durch Menschen wirkt und von diesen getragen sein muss. Optimale Voraussetzungen schafft die betont demokratische Legitimation. Die Gesellschaft trägt das Recht, das sie in Pflicht nimmt.

Tragisch nur, das Recht wird von unguen Zeitgeistern immer wieder eingeholt. Anfällig ist es gegenüber menschlichem Versagen und menschlichen Schwächen, mal in geistigen, mal in politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Belangen. Erfahrungsgemäss spielen dabei vier Problembereiche eine zentrale Rolle: *Ideologisches Besserwissen mit Exklusivanspruch, Machtintentionen, Angst vor der Gewissens- und Meinungsäusserungsfreiheit sowie Vereinnahmung des Rechts durch Sonderanliegen*. Unzweifelhaft wirken viele andere Elemente mit. Hellhörig aber werden muss eine Gesellschaft, wenn sich entsprechende Absichten in diesen heiklen Belangen ankündigen. Die Rechtswissenschaft muss in diesem Sinne sowohl sich selbst als auch Dritten gegenüber besonders kritisch aufmerksam sein. Ihr Sensorium, ihre Sensibilität sind vordringlich gefragt, gerade auch dann, wenn es um Zukunftsfragen und Zukunftscompetenz geht. Aber nicht nur sie ist dazu angewiesen. Im demokratischen Rechtsstaat ist die Gewissenhaftigkeit Aller herausgefordert. Eindringlich festzuhalten: Inmitten der Auseinandersetzung mit dem Recht und seiner Zukunftsöffnung bedarf es qualifizierter Wachsamkeit und Selbstkritikfähigkeit, konkret des ständigen Ausblicks auf Freiheit, Gerechtigkeit und menschliche Würde. Denn, *Zukunftsoffenheit rechtfertigt keine Substanzeinbussen am Recht*.