Zeitschrift: Studia philosophica : Schweizerische Zeitschrift für Philosophie = Revue suisse de philosophie = Rivista svizzera della filosofia = Swiss journal of philosophy

Herausgeber: Schweizerische Philosophische Gesellschaft

Band: 53 (1994)

Artikel: Worin unterscheiden sich die Gesellschaftsverträge der Schweizer- von jenen der Philosophiegeschichte?

Autor: Holenstein, Elmar

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-883055

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 11.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Studia Philosophica 53/94

ELMAR HOLENSTEIN

Worin unterscheiden sich die Gesellschaftsverträge der Schweizer- von jenen der Philosophiegeschichte?

Seit einiger Zeit rufen Politiker in verschiedenen Staaten zu einem «neuen Gesellschaftsvertrag» auf. In der Schweiz ist es die 1993 neu in die Landesregierung gewählte Bundesrätin Ruth Dreifuss, in den U.S.A. Präsident Bill Clinton, der im gleichen Jahr sein Amt angetreten hat, in Frankreich Präsident François Mitterand, dessen vierzehnjährige Amtszeit sich ihrem Ende nähert. Es sind Politiker, die wissen, dass jede Art der Amtsführung und der Problemlösung «theoriegeladen» ist. Gewollt oder ungewollt, überlegt oder nicht, bringt jeder Problemlösungsvorschlag staatsphilosophische Leitideen zum Ausdruck. Solche von den Politikern selber im allgemeinen nur plakativ geäusserten Leitvorstellungen begrifflich zu analysieren und im Vergleich mit den philosophiegeschichtlich überlieferten Theorien zu evaluieren, ist eine Aufgabe, die Politologen und Philosophen überlassen bleibt.

Was als erstes auffällt, ist die unterschiedliche Wortwahl. Clinton spricht von einem «*New Covenant*». Gleiches könnte man auch von einer Vertreterin der Schweizerischen Eidgenossenschaft erwarten: Die ältesten staatspolitischen Dokumente der Schweiz sind «Bundesbriefe». Statt einen «neuen Bund» fordert Ruth Dreifuss indes wie Mitterand einen «neuen Gesellschaftsvertrag». Sie beruft sich dabei auf den *contrat social* von Jean-Jacques Rousseau, in dessen Geburtsstadt sie selber aufgewachsen ist. Welcher der beiden gleicherweise geschichts- und damit auch gefühlsträchtigen Begriffe ist der sachlich angemessenere? Es wird sich zeigen, dass das Neue an den «neuen Gesellschaftsverträgen», die in der Schweiz und weltweit an der Zeit sind, in einer Verbindung liegt: in einer Verbindung von Elementen, die typisch für «archaische» Bünde sind, mit Elementen,

die charakteristisch für die «neuzeitlichen» Gesellschaftsverträge sind.

Was folgt, ist der Versuch einer typologischen Studie. Zwei Typen von Gesellschaftsverträgen sollen gegeneinander ausgespielt werden. Für den einen Typ stehen Bündnisse, wie man sie in kulturwissenschaftlich überaus anregender, bislang jedoch kaum eines philosophischen Blickes gewürdigter Weise in der Schweizergeschichte findet: vom ersten erhaltenen Bundesbrief aus dem Jahre 1291 bis zum gleichfalls schon legendären und von eifrigen Mythenknackern auf alle Zeitbedingtheiten hin durchsuchten «Friedensabkommen» von 1937 in der schweizerischen Maschinen- und Metallindustrie. Für den zweiten Typ stehen Gesellschaftsverträge, wie sie im Verlauf der neuzeitlichen Geschichte von Philosophen konzipiert worden sind, am wirksamsten von Thomas Hobbes, John Locke und Jean-Jacques Rousseau. Im ausgeprägtesten Gegensatz zum «eidgenössischen Typ» steht der Hobbessche Vertrag.

Wenn heute ein vielstimmiger Ruf nach einem neuen Gesellschaftsvertrag laut wird, dann sind damit nicht nur revidierte Verfassungstexte gemeint, die juristisch den sich rasch wandelnden Verhältnissen besser angepasst wären. Auch das Bild der menschlichen Gesellschaften und ihres Werdegangs, das in verschiedenen Varianten den Gesellschaftsverträgen von Hobbes bis Rousseau zugrundeliegt, ist revisionsbedürftig geworden.

Es ist an der Zeit, sich nicht mehr länger an den Verhältnissen und am Vertragswesen der bürgerlichen Gesellschaften Nordwesteuropas im 17. und 18. Jahrhundert zu orientieren. Es ist auch höchste Zeit, sich von den damaligen ethnologischen Vorstellungen vom «Naturzustand» schriftloser Völker in anderen Erdteilen und – in Analogie dazu – unserer eigenen Vorfahren zu lösen. Ein schiefes Bild der gesellschaftlichen Verhältnisse, welche die Menschheit dazu gebracht haben, sich staatlich zu organisieren, führt fast unvermeidlich auch zu einem schiefen Bild in bezug auf die Funktionen eines Staates und auf die Art und Weise der optimalen Wahrnehmung dieser Funktionen.

Aspekt für Aspekt sollen nun die Unterschiede aufgezeigt werden, auf die man stösst bei einem typologisierenden Vergleich der historischen Gesellschaftsverträge der Schweizerischen Eidgenossenschaft mit den klassischen Gesellschaftsvertragsideen in der neuzeitlichen Philosophie. Wichtige und «augenfällige» Unterschiede sind auszumachen in bezug auf (1) die Vertragspartner, (2) den

Vertragsinhalt, (3) die Vertragssicherung und (4) die Art der Verpflichtung, die man mit dem Vertrag eingeht.

1. Die Vertragspartner

Vertragspartner der philosophiegeschichtlichen Gesellschaftsverträge sind (alle oder einzelne) Individuen eines bestimmten Gebietes. Wenn es nicht alle Bewohner sind, dann sind es Personen, die aufgrund ihres Geschlechts, ihrer Abstammung, ihres Besitzes u.ä. privilegiert sind, und die in Anspruch nehmen, die Interessen aller zu vertreten. Dagegen sind die Vertragspartner der eidgenössischen Gesellschaftsverträge in auffälliger Weise doppelt geschichtet. Es sind Individuen *und* Körperschaften (Gemeinschaften), deren Mitglieder die Individuen gleichzeitig sind. Es handelt sich um Gemeinschaften, die für sich einen gewissen (nicht-, vor-, teil- oder vollstaatlichen) Autonomie-Status in Anspruch nehmen.

Die heutige Formel für die Vertragspartner der schweizerischen Eidgenossenschaft lautet «Volk und Stände». Gemeint sind die stimmberechtigten Bürgerinnen und Bürger sowie die Kantone als «souveräne» Gliedstaaten der Schweiz. Das Stimmenmehr und das Ständemehr sind nicht deckungsgleich. Die Stimmkraft eines Kantons ist nicht abhängig von der Anzahl seiner stimmberechtigten Bürgerinnen und Bürger. Eine Gemeinschaft ist nicht gleich der Summe ihrer Mitglieder. Für Verfassungsänderungen ist beides erforderlich, die Mehrheit der Individuen und die Mehrheit der Kantone.

Die Vertragspartner des Bundesbriefes von 1291 werden uneinheitlich als Individuen, Gemeinschaften und Individuen einer Gemeinschaft angeführt: *homines vallis Uranie, universitasque vallis de Switz, ac communitas hominum intra montanorum vallis inferioris* – «die Talleute von Uri, die Talgemeinde von Schwyz und die Gemeinschaft der Leute von Nidwalden». Für die nachfolgenden Bundesbriefe ist eine Mischung von Amtspersonen, Delegiertengremien, Staatsbürgern und Gemeinden typisch. Beispielhaft ist die Aufzählung im Stanser Verkommnis von 1481: «Wir Bürgermeister, Schultheissen, Ammänner, Räte, Bürger, Landleute und Gemeinden gemeinlich dieser hiernach gemeldeten Städte und Länder». Die Vertragspartner des «Friedensabkommens» von 1937 in der Maschinen- und Metallindustrie sind Körperschaften: «der Arbeit-

geberverband schweizerischer Maschinen- & Metall-Industrieller einerseits und die vier nachstehenden Arbeitnehmerverbände [...] anderseits». Dieses Sozialabkommen gehört mit zur Geschichte «typischer» schweizerischer Gesellschaftsverträge. Es lehnt sich in Buchstaben und Geist offensichtlich an die alteidgenössischen Bundesbriefe an. Als eine Art «Bundesbrief der schweizerischen Wirtschaft» wurde das Friedensabkommen denn später auch angesehen[1].

Wenn Ruth Dreifuss einen neuen Gesellschaftsvertrag fordert, dann hat sie, als ehemalige Zentralsekretärin des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes, wohl nicht nur Rousseau im Auge, auf den sie namentlich verweist, sondern ebensosehr das eben erwähnte «Friedensabkommen». Mit dem «neuen Gesellschaftsvertrag» meint sie einen «Dachvertrag» für solidarische Beziehungen zwischen den verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen, insbesondere für die Beziehungen zwischen den Geschlechtern, zwischen den Generationen, zwischen Arbeitgebern und -nehmern, zwischen Wohlhabenden und Schlechtergestellten[2].

Wie sind die ersten Gesellschaftsverträge der Menschheitsgeschichte zu denken, wenn man die Gesellschaftsverträge der Schweizergeschichte als Leitbild nimmt, sich dabei an die heutigen Kenntnisse von Frühgeschichte und Ethnologie hält und darüber hinaus auch noch die in einem «neuen Bund» zu bewältigenden Probleme von heute und morgen im Auge hat?

Nicht allein und ausschliesslich als Verträge zwischen gleichberechtigten Individuen und nach dem Grundsatz «eine Person – eine Stimme»! Die ersten staatlichen Gebilde sind nicht dadurch entstanden, dass anfänglich unabhängig voneinander lebende, einander bekriegende Individuen sich vertraglich zu einem Verband zusammenschlossen. Die Menschen sind nicht als Einzelgänger aus dem Tierreich herausgewachsen mit einem Leben, wie es Hobbes beschreibt: «solitary, poore, nasty, brutish and short»[3]. Hobbes geht

1 Vgl. E. WÜTHRICH, SMUV-Präsident, in: *NZZ,* 18.7.1962, wiederabgedruckt in: B. DEGEN u.a. (Hg.), *Arbeitsfrieden – Realität eines Mythos,* Zürich 1987, S. 75 f.

2 «Ruth Dreifuss – politische Optionen: Ein *NZZ*-Gespräch mit der neuen Bundesrätin», in: *NZZ,* 3./4.4.1993, S. 23. – Rousseaus Gesellschaftsvertrag ist ein Vertrag zwischen individuellen Vertragspartnern: «cet acte d'association produit un corps moral et collectif, composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix» (*Du Contrat Social,* 1762, Chap. VI: «Du pacte social»).

3 T. HOBBES, *Leviathan,* London 1651, Part I, Chap. 13.

aufgrund eigener zeitgeschichtlicher Erfahrung von einem Zustand aus, in welchen Menschen im Verlauf der Zeit geraten können und auch immer wieder geraten. Einem solchen Zustand ist in einem umfassenden Gesellschaftsvertrag Rechnung zu tragen. Aber was Hobbes als Ausgangslage für den Gesellschaftsvertrag ansetzt, entspricht weder dem Urzustand des Menschengeschlechts noch einem Normalzustand, in den die Menschen von Natur aus zu allen Zeiten zurückzufallen geneigt sind. Darauf hat ein Gesellschaftsvertrag gleichfalls Rücksicht zu nehmen.

Menschen werden in Familienverbände, Stammesgemeinschaften, Dorf- und Stadtgemeinden und in regionale Vereinigungen hineingeboren, ohne die bei weitem die meisten von ihnen gar nicht in der Lage wären, ein menschliches Leben zu führen. Ohne solche Einbettungen würden sie nicht zu den mündigen, autonomen Personen heranwachsen, als die sie sich als Erwachsene verstehen. Ohne sie wäre, von Ausnahmen abgesehen, auch ihr Bestand als solche Personen gefährdet. Entsprechend kommen die Unverbildeten unter ihnen nicht auf die Idee und sind auch nicht gewillt, einen Staatsvertrag einzugehen, deren Träger allein sie als Einzelwesen wären und nicht gleichfalls, und mit vergleichbarem Recht, die Körperschaften, als deren Angehörige sie sich am ehesten wohl und sicher fühlen.

Die Vertragspartner der alten Gesellschaftsverträge sprechen und handeln nicht nur für sich allein als völlig eigenständige Einzelpersonen oder aber stellvertretend, advokatorisch oder paternalistisch, für andere Einzelwesen, die aus irgendeinem Grund verhindert sind, am Vertragsabschluss teilzunehmen (individualistische Vertragskonzeption). Sie sprechen und handeln auch nicht nur als Funktionäre für ein Ganzes, deren unselbständige Teile sie selber und alle anderen Individuen ihrer Gemeinschaft sind, so, als wären sie zu nicht viel mehr als Ameisen in einem Ameisenstaat fähig (biokommunistische Vertragskonzeption). Sie sprechen und handeln als spezifisch menschliche Sozialwesen für sich selber als autonome Einzelpersonen, für die nicht anwesenden Angehörigen ihrer Gemeinschaften, deren Rechte und Pflichten sie vertreten, und für die Gemeinschaften als Ganze, in die sie über mannigfaltige (gefühls- und verstandesmässige) Beziehungen inkorporiert sind (sozialanthropologische Vertragskonzeption). In älteren Verträgen haben die Gemeinschaftsanliegen Priorität gegenüber den Rechten der Individuen. Die alten Bundesbriefe tragen die Siegel der Gemeinschaften, nicht

die Unterschriften der einzelnen Teilnehmer. In neueren Gesellschaftsverträgen ist das Prioritätsverhältnis umgekehrt.

Die ersten Staaten sind das Ergebnis nicht eines Urformations-, sondern eines Transformationsprozesses: Vorstaatliche Gemeinschaften verwandelten sich in staatliche Gemeinschaften, indem, was bislang bloss Gewohnheitsrecht war, zu formell deklariertem Recht wurde[4]. Die Urgesellschaftsverträge sind feierlich beschworene, öffentlich bekundete und später auch schriftlich festgehaltene Beteuerungen, ritualisierte Bekräftigungen und formalisierte Präzisierungen von überkommenen Verhaltensweisen und Gewohnheitsrechten. Aus angestammten Freiheiten und Solidaritäten werden «verbriefte» Freiheiten und Beistandsverpflichtungen, festgehalten in Freiheitsbriefen und Bundesbriefen.

Ein *Caveat* ist hier angebracht: Philosophen laufen Gefahr, beim Bild, das sie von vorstaatlichen Gemeinschaften zeichnen, sich weiterhin an schlichte Konzeptualisierungen zu halten, die sie über «Naturvölker» bei ihren klassischen Autoren vorfinden. Wo die empirische Forschung sich um ein differenziertes Bild abmüht, behilft man sich philosophischerseits noch immer, allem angeblich überwundenen Cartesianismus zum Trotz, mit einer Reihe von Begriffspaaren, von deren Zweiteilungen man wähnt, dass sie sich harmonisch decken, koextensiv sind und im Verlauf der Geschichte kovariieren. Die einander polar entgegengesetzten Hälften hätten danach bei allen Begriffspaaren (vorstaatliche Gemeinschaft – staatliche Gesellschaft, intuitiv – kritisch, instinktiv – reflektiert usw.) den gleichen Umfang, und der Übergang von einem Begriff zu seinem Gegenbegriff erfolgte bei allen gleichzeitig. In vorstaatlichen

4 A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique I,* Paris 1835/1961, S. 58: «La société communale existe chez tous les peuples, quels que soient leurs usages et leurs lois; c'est l'homme qui fait les royaumes et crée les républiques; la commune paraît sortir directement des mains de Dieu.» – Wie hat man sich den Transformationsprozess der vorstaatlichen Gemeinschaften in staatliche Gesellschaften vorzustellen? Die Verhältnisse in der «Urschweiz» können als Modell dienen. Aus alpwirtschaftlichen Genossenschaften erwuchsen im Verlauf der Zeit politische Schwurgenossenschaften erst innerhalb eines Tals, dann über benachbarte Täler hinweg. Vgl. H. LÜTHY, *Die Schweiz als Antithese* (1963), Zürich 1969, S. 16: «Dieselbe Frühlingsversammlung, die in jedem Tal ohnehin zusammentreten musste, um den Zeitpunkt des Alpaufzugs festzulegen, die Hirten zu bestimmen, die gemeinsame Wiederherstellung der durch den Winter zerstörten Wege, Brücken und Verbauungen zu organisieren, wählte auch die politischen Führer, ernannte die Richter und entschied, wenn es nötig war, über Krieg und Frieden.»

Lebenswelten wären dumpfe Zusammengehörigkeitsgefühle und -zwänge und bloss intuitives, präreflexives und unthematisiertes Wissen bestimmend, während sich moderne Staaten durch transparente Kooperationsverträge, rationales, reflektiertes und kritisches Wissen und freie Entscheidungen hervortun würden. Menschen, die sich von Tieren durch ihre Sprachfähigkeit unterscheiden, sind jedoch auch fähig zur Reflexion und zur Einnahme unterschiedlicher Standpunkte. Zu den elementaren menschlichen Sprachfähigkeiten gehören die Kompetenz zur Metasprache (zu Aussagen nicht nur über die Welt, sondern reflexiv auch über Sprecher und Gesprochenes) und die Kompetenz zur Paraphrase (zur Umschreibung desselben Gegenstandes in verschiedenen Hinsichten). Zu einer frühen Sprachfähigkeit gehört ebenfalls die Kompetenz, verschiedene Personen, besonders sich und seine Ansprechpartner, im Singular und im Plural, sich selbst einschliessend oder ausschliessend, auseinanderzuhalten. Hinzu kommt, dass Lebewesen normalerweise die Tendenz haben, von ihren speziesspezifischen Fähigkeiten auch Gebrauch zu machen. Zumindest gilt das für die Sprachkompetenz. Wenn man sich von den kognitiven und sozialen Fähigkeiten von Menschen anderer Zeiten und anderer Kulturen eine Vorstellung machen will, dürfte es hilfreich sein, sich an ihren linguistischen und kommunikativen Kompetenzen zu orientieren.

Die heutigen Gegner einer doppelten oder gemischten Gesellschaftsvertragspartnerschaft (Individuen *und* Körperschaften) werden geneigt sein, in dieser ein Zwitterphänomen zu sehen, das typisch für einen Staat ist, der die Entwicklung zu einer «modernen Demokratie» erst zur Hälfte geschafft hat. Nach diesem oft mehr latenten als patent gemachten Bild von einer linear und progressiv sich wandelnden Geschichte sind die Gesellschaftsvertragspartner in archaischen Gesellschaften Körperschaften (der Reihe nach Geburts-, Berufs- und Gebietskörperschaften, in jedem Fall «Stände» genannt), in modernen Gesellschaften dagegen die («mündigen») Individuen eines Gebietes. Bei einem solchen Geschichtsbild erscheint die Schweiz mit ihrer gemischten Vertragspartnerschaft als ein Staat, der in einer halbarchaischen, halbmodernen Zwischenphase der Entwicklung steckengeblieben ist.

Betrachtet man jedoch die Europäische Union als ein in die Zukunft weisendes staatspolitisches Gebilde, kommen Zweifel an der neuzeitlichen Standardvorstellung einer linear-progressiven staatspolitischen Entwicklung. Die Europäische Union wird heute wie die

Schweiz als «eine Art bundesstaatlicher Staatenbund» beschrieben. Wie es für den schweizerischen Bundesstaat seit dem 19. Jahrhundert typisch ist, zeichnet sich in der Europäischen Union immer mehr eine gemischte Gesellschaftsvertragspartnerschaft (Individuen und Gliedstaaten) ab. Ihre Teilstaaten haben sogar ein grösseres Gewicht als «die 23 souveränen Kantone» in der Schweiz. Bei Entscheidungen des Ministerrats sind Sperrminoritäten vorgesehen, wie sie in der Schweiz nicht möglich sind. Bei gewissen Geschäften ist das Stimmengewicht der Mitgliedstaaten weder gleich noch der Bevölkerungszahl strikt entsprechend, sondern nach Grössenordnungen gestaffelt. Der kleinste Staat (Luxemburg) hat zwei Stimmen, die vier grössten (Deutschland u.a.) haben zehn Stimmen, die übrigen eine Zahl dazwischen. Es ist auch möglich, dass in Zukunft neben den Individuen und den Mitgliedstaaten Regionen als Vertragspartner eines dritten Typs hinzukommen.

Eine den jeweiligen Verhältnissen angepasste gemischte Gesellschaftsvertragspartnerschaft dürfte auch der Weg sein, auf dem weltweit die vielfältigen Minderheitenprobleme zu lösen sind. Statt als überholtes Zwittergebilde und Zwischenphase ist daher die traditionell schweizerische Gesellschaftsvertragspartnerschaft eher als Zukunftsmodell zu würdigen. Statt mit einem einfachen linearen Geschichtsverlauf haben wir es mit einem «dialektischen» zu tun, mit einer Entwicklung von einer These (Körperschaften als Vertragspartner) über eine Gegenthese (Individuen) zu einer Synthese (Individuen *und* Körperschaften).

Staatsverfassungen sind nicht die einzigen Verträge, in denen es um das Zusammenleben von Personen geht. Eheschlüsse sind ein anderes Beispiel. Auf den ersten Blick scheint die Geschichte der Eheverträge das überlieferte lineare und fortschrittsgläubige Geschichtsbild zu bestätigen. In archaischen Gesellschaften ist die Eheschliessung eine Sache der Familien der beiden Heiratspartner. Im Verlauf der Zeit bekamen die Heiratspartner ein immer gewichtigeres Selbstbestimmungsrecht. Aber selbst die modernsten Staaten verzichten nicht auf ein Mitbestimmungsrecht in Form eines Vetorechts. Bei genauerem Hinsehen kommt man zum Ergebnis, dass der Typ der Vertragspartnerschaft abhängig ist von den sozialen Verpflichtungen, die sich für die einzelnen Körperschaften (Familien, Gemeinden, Staaten) aus der Eheschliessung ergeben. Übernimmt eine Grossfamilie Fürsorgepflichen gegenüber einer in ihren «Clan» eingeheirateten Person und dazu Erziehungs- und Ausbildungs-

aufgaben gegenüber den Nachkommen, so wird sie auch ein Mitbestimmungsrecht beanspruchen. Sind solche Pflichten und Aufgaben Sache der Heiratenden selber und nur in einem Notfall und in ganz bestimmten Bereichen (Schulbildung) Sache des Staates, so werden die Heiratenden das Recht in Anspruch nehmen, allein als Vertragspartner zu fungieren. Dem Staat werden sie nur die Festlegung allgemeiner Vertragsbedingungen zugestehen. Die Ehevertragspartnerschaft ist von der jeweiligen Lebensform abhängig: Mit dieser wandelt sich auch jene. Je individualistischer die Lebensweise (in finanzieller, sozialer, weltanschaulicher u.a. Hinsicht), desto individualistischer die Vertragspartnerschaft. Leben Ehegatten nicht mehr in einer eigenen Wohnung, sondern (mit früheren Zeiten vergleichbar) in einer Wohngemeinschaft, ist es dieser sehr bald nicht mehr gleichgültig, wer mit wem eine Ehe eingeht.

Auch in Eheangelegenheiten zeichnet sich eine Synthese bzw., in Abhängigkeit von der Lebensform, eine Vielfalt von Synthesen in der Vertragspartnerschaft ab. Moderne Gesellschaften unterscheiden sich von archaischen hauptsächlich dadurch, dass sie den individuellen Vertragspartnern gegenüber den körperschaftlichen eine rechtliche Priorität einräumen, zumindest bei einem Eheschluss.

Im übrigen gleicht unser Verhältnis den Staaten gegenüber, in denen wir leben, ebensosehr dem Verhältnis von heranwachsenden Kindern zu ihrer Familie wie jenem zwischen Ehegatten. In staatliche Gebilde werden wir, ohne gefragt zu werden, hineingeboren wie in die Familie, in der wir aufwachsen. Vergleiche hinken bekanntlich. Aber auch hinkende Vergleiche können aufschlussreich sein.

2. Der Vertragsinhalt

Nach den philosophiegeschichtlichen Gesellschaftsvertragsvorstellungen kommt es zur Bildung eines «zivilen» Staates, wenn die einzelnen Menschen auf einen Teil ihrer Rechte («Freiheiten») verzichten, indem sie ihn einer öffentlichen Institution übertragen. Diese ist damit in der Lage und in der vertraglich geregelten Pflicht, den Einzelnen die ihnen verbleibenden Rechte, auf die es ihnen vor allem ankommt (Leben und Eigentum, Frieden, Ruhe, Gesetz und

Ordnung) wirksamer zu sichern, als sie dies allein oder mittels privater Vereinigungen vermöchten[5].

Die alteidgenössichen Bundesbriefe haben inhaltlich eine andere Ausrichtung. Es geht nicht um die Abtretung von Freiheitsrechten an eine dritte Instanz, eine übergeordnete staatliche Autorität (Hobbes' Leviathan), die im Gegenzug die elementaren Rechtsansprüche aller in gleicher Weise schützt. Es geht vielmehr um eine wechselseitige Zusicherung der je besonderen Rechte und Rechtsverhältnisse eines jeden Bündnispartners. Wenn es notwendig ist, bieten die Bündnispartner einander Beistand und Beihilfe an – «auf eigene Kosten»[6].

Modell für die späteren Bundesbriefe ist in diesem Punkt der «Zürcher Bund» geworden, den die vier Waldstätte (Uri, Schwyz, Unterwalden, Luzern) 1351 mit der Stadt Zürich geschlossen haben:

> «Es sollen eine jegliche Stadt, jegliches Land, jegliches Dorf, jeglicher Hof, so [er] jemand zugehört, der in diesem Bündnis ist, bei ihren Gerichten, bei ihren Freiheiten, bei ihren Handvesten, bei ihren Rechten und bei ihren guten Gewohnheiten gänzlich bleiben, wie sie es bisher geführt und getan haben, sodass niemand den andern daran kränken noch schmälern soll, ohne alle Gefährde.»

In der politischen Philosophie der Gegenwart geht man wie selbstverständlich von der Annahme aus, dass die Verrechtlichung von Lebensformen und -gewohnheiten deren *Vereinheitlichung* gleichkommt. Dazu zwei Zitate von zwei Tübinger Philosophen: «Die Normierung setzt dort an, wo das Handeln einen konstitutiven *Mangel an Einheit* aufweist»[7]. «Als Rechtsgemeinschaft, insbesondere als Verfassungsgemeinschaft ist eine Gesellschaft *notwendig unikulturell*; multikulturell ist allein die Gemeinschaft der einzelnen Rechtsgemeinschaften»[8]. Es ist ein weit verbreitetes Vorurteil, dass

5 T. HOBBES, *Leviathan,* London 1651, Part I, Chap. 14 (vgl. Part II, Chap. 17): «That a man be willing, when others are so too, as far-forth, as for Peace, and defence of himself he shall think it necessary, to lay down this right to all things; [...] the mutual transfering of Right, is that which men call CONTRACT.»

6 Bundesbrief vom August 1291. – Für die Beschaffung eines grossen Teils der einschlägigen Dokumente und der dazugehörigen Literatur habe ich Chr. Frei zu danken.

7 R. BUBNER, «Die Einheit der Normen und die Vielfalt historischer Maximen», in: O. MARQUARD (Hg.), *Einheit und Vielfalt,* Hamburg 1990, S. 87. – Hervorhebungen (Kursivsetzungen) sind in sämtlichen Zitaten dieses Aufsatzes hinzugefügt.

8 O. HÖFFE, «Eine Weltrepublik als Minimalstaat», in: *Zeitschrift für Kulturaustausch,* 1993/I, S. 41.

Homogenität, zumindest rechtliche Homogenität, für das Zusammenleben, wenn nicht notwendig, so doch vorteilhaft und daher in jedem Fall ein erstrebenswertes Ideal ist.

Nicht nur Aristoteles war anderer Ansicht[9]. Auch die schweizerischen Verhältnisse legen anderes nahe, eine von vornherein differenziertere Sicht: Einheit und Vielheit sind nicht nur miteinander verträglich. Sie sind einander auch bekömmlich.

Die Einheit einer Familie beruht (in der Regel) nicht darauf, dass ihre Mitglieder homogen sind, sondern gerade auf ihrer Verschiedenheit. Man ist zusammen, weil man aufgrund der Verschiedenheit einander etwas zu bieten hat, das der jeweils andere brauchen kann. Eine Familie halten Geschlechts- und Generationsunterschiede zusammen, einen Staat viele andere dazu. Wichtig ist allein, dass die Verschiedenheiten, auf die ein Staat angewiesen ist, nicht, wie Aristoteles glaubte, so naturgegeben und unveränderlich sind wie die anatomischen und physiologischen Unterschiede von Geschlecht und Alter. Die Verschiedenartigkeit, auf die es in einem Staat ankommt (Funktionsverschiedenheit vor allem), muss sich grundsätzlich auf Freiwilligkeit und allgemeines Einverständnis stützen können, weil Verschiedenartigkeit im Interesse aller ist. Insbesondere Unterschiede zwischen oben und unten (die Plätze der Regierenden und Regierten, der Mächtigen und Schwachen, der Reichen und Armen) sollen austauschbar sein.

Jemand könnte vermuten, dass die gegenseitige Zusicherung von unterschiedlichen Rechten in den alteidgenössischen Bundesbriefen nur damit zu tun hat, dass es in diesen Verträgen gar nicht um die Gründung eines Staates, um die Überführung eines vorstaatlichen in einen rechtsstaatlichen Zustand ging, sondern um einen Zusammenschluss bereits bestehender Staaten zu einem Staatenbund. Aber die einzelnen politischen Gebilde, die sich zur Schweizerischen Eidgenossenschaft verbündet haben, wiesen auch nach innen keineswegs homogene Rechtsordnungen auf. Natürlich stossen wir uns in der Alten Eidgenossenschaft an Rechtsunterschieden, die wir heute nicht mehr akzeptieren. Aber es gibt innerhalb einzelner Rechtsgemein-

9 *Politik* 1261a: «Der Staat besteht nicht nur aus vielen Menschen, sondern auch aus verschiedenartigen. Aus Gleichen entsteht kein Staat.». Menschen mit unterschiedlichen Fähigkeiten und Lebensumständen haben keine völlige Chancengleichheit, von den ihnen gleicherweise zustehenden Rechten den gleichen Gebrauch zu machen.

schaften auch Rechtsverschiedenheiten, die nicht nur historisch zu erklären, sondern auch und bleibend funktional begründbar sind.

Die Richtigkeit und Wichtigkeit der Rechtsgleichheit für alle Bewohner eines Staates in sehr vielen Belangen schliesst nicht aus, dass es – ebenso gut begründet – Bereiche gibt, in denen eine uneinheitliche Rechtsordnung im Interesse aller ist. Für viele Probleme (aktuelles Beispiel: Drogen) ist nicht von vornherein auszumachen, welches die beste Gesetzgebung ist. Im Wettbewerb unterschiedlicher Rechtsordnungen werden deren Stärken und Schwächen sichtbar. Verschiedenartige Verfassungen mögen aufs Ganze gesehen einander gleichwertig sein – in bezug auf konkrete Bedingungen, die an verschiedenen Orten je andere sein können, sind sie es in der Regel gerade nicht. Eine besondere, nicht verallgemeinerbare Gesetzgebung, den besonderen, nicht verallgemeinerbaren Verhältnissen angepasst, vermag für bestimmte legitime Zielsetzungen einen «Standortvorteil» zu erbringen, der unter anderen geographischen und gesellschaftlichen Bedingungen nicht zu verwirklichen wäre[10].

Die Schweiz wäre vermutlich ohne anhaltende und weitreichende Rechtsvielfalt gar nicht zustandegekommen oder aber längst wieder auseinandergefallen. Die Alte Eidgenossenschaft war im Spätmittelalter ein Bündnis, in welchem *Landgebiete* und *Städte* mit nicht nur unterschiedlichen Lebensformen, sondern auch unterschiedlichen Rechtsordnungen gleichberechtigte Vertragspartner waren. Mit der Glaubensspaltung im 16. Jahrhundert fand sich die Schweiz nach anfänglichen kriegerischen Auseinandersetzungen schliesslich zurecht. Es brauchte dazu keinen Alleinherrscher, dem daran gelegen war, sein Besitztum zusammenzuhalten. Man war bereits gewohnt und geübt, zum Schutz der eigenen Autonomie in einem Bund mit Partnern zusammenzuwirken, bei denen nicht nur andere gesellschaftliche Zustände, sondern auch andere Rechtsverhältnisse herrschten. Unterschiede zu respektieren, hatten sich die so ungleichen Bündnispartner ja von Anfang an vertraglich zugesichert. Als später anderssprachige Regionen als eigenständige Kantone in den Bund aufgenommen wurden, bereitete es dann auch keine be-

10 Dieser und die folgenden Abschnitte überschneiden und decken sich teilweise wörtlich mit Überlegungen, die in einem Essay über «Vergleichende Kulturphilosophie» erstmals zu Papier gebracht worden sind. Siehe R. A. MALL, Hg., *Philosophische Grundlagen der Interkulturalität,* Amsterdam 1994. S. 130-132.

sondere Mühe, Toleranz und Respekt des Anderen auf sprachliche und sprachbedingte Verschiedenheit auszudehnen.

Die Verschränkung von Einheit und Vielfalt, die man in der Schweiz jahrhundertelang (im wörtlichen Sinn des Verbums) beschworen und gepflegt hat, ist zu einem Wert geworden, den man eigentlich kultiviert. Man kann diese Verschränkung inzwischen als Maxime und Programm auf allen Ebenen und in allen Bereichen der Gesellschaft wiederfinden.

Nicht in der Präambel der Bundesverfassung oder eines mehrsprachigen Kantons findet sich ein ausdrückliches Bekenntnis zur Pflege von «Einheit und Vielfalt», sondern in der Verfassung (von 1980) des einsprachigen Kantons Aargau mit einem verhältnismässig homogenen Territorium von nur 1400 km² und einer halben Million Einwohner.

In einer Selbstdarstellung der Eidgenössischen Technischen Hochschulen aus dem Jahre 1992 bildet die Anerkennung der eigenen Diversität den selbstverständlichen Ausgangspunkt. Dabei sind die einzelnen Schulen und Anstalten im Vergleich mit akademischen Monstergebilden in anderen Ländern von einer bescheidenen Grössenordnung. Ihre Eigenständigkeit wird zugleich geschichtlich, geographisch und funktional begründet, ihr Zusammenschluss zu einem einheitlich auftretenden Ganzen ausschliesslich funktional. Nicht eine strukturale Ähnlichkeit wird als Grund der Zusammengehörigkeit genannt, sondern eine Komplementarität, also etwas, das auf Verschiedenheit zurückzuführen ist:

> «Der ETH-Bereich ist angesichts seiner Grösse und Diversität nicht als Monolith, sondern als Gemeinschaft von derzeit sechs Institutionen zu betrachten. [...] Jede Institution des ETH-Bereichs hat ihre eigene Tradition und besonderen Rückhalt am jeweiligen Standort. Sie verfügt über eine eigenständige Mission und spezifische Stärken, die weiterhin gepflegt und unterstützt werden. Anderseits sind die Institutionen auch voneinander abhängig und befähigt, sich gegenseitig zu ergänzen.»

Das Verhältnis der Vertragspartner ist nicht primär ein solches der Konkurrenz, in der alle dasselbe wollen, nämlich unvernünftigerweise alles, und die es in Schranken zu weisen gilt. Es ist vielmehr, mit etwas Umsicht und Überlegung betrachtet, ein Verhältnis der Komplementarität, bei der jeder dem andern etwas zu bieten hat, und die zu fördern sich lohnt.

In einer staatlichen Rechtsgemeinschaft besteht keine Notwendigkeit, Bereiche wie beispielsweise jenen der Hochschulen in jeder

Beziehung «unikulturell» zu regeln. Nicht einmal für die verschiedenen Abteilungen ein und derselben Hochschule ist dies notwendig oder auch nur vorteilhaft. «Monokulturen» sind nicht nur der Natur nicht bekömmlich. Auch den Gesellschaften sind sie es nicht, selbst dann nicht, wenn sich eine solche als Rechts- oder gar als Verfassungsgemeinschaft konstituiert. Formelle Normierungen setzen keineswegs nur dort an, «wo das Handeln einen konstitutiven *Mangel an Einheit* aufweist». Sie sind auch am Platz, wo das Handeln einen konstitutiven *Mangel an Vielfalt* aufweist, oder wo ein solcher droht.

3. Die Vertragssicherung

Die Vereinbarungen des Gesellschaftsvertrags (Erhaltung von Leben und Eigentum, Frieden, Ruhe, Gesetz und Ordnung) sind sicherungsbedürftig. Eine rechtliche Vereinbarung ohne Sanktionsmöglichkeit, ohne Mittel, sie gegebenenfalls mit Zwang durchzusetzen und ihre Nichteinhaltung zu ahnden, ist, meinen manche, nur das Papier wert, auf dem sie geschrieben steht. Nach Hobbes' Staatsmodell braucht es dazu eine zentrale Instanz, die von den Vertragspartnern verschieden ist, die über den Parteien steht und allein über alle Mittel verfügt, die erforderlich sind, um dem Gesetz Nachachtung zu verschaffen. Stichworte sind: Überparteilichkeit, Zentralorgan, Zwangsbefugnis, Gewaltmonopol. «Recht und Befugnis zu zwingen bedeuten also einerlei»[11].

Auch in diesem Punkt hat man bei einer Orientierung an schweizerischer Tradition und Erfahrung Anlass, sich nach Varianten und alternativen Rechtsstaatsmodellen umzusehen. Philosophische Gesellschaftsvertragstheoretiker zerlegen den Vertrag in zwei Teile, einen Vereinigungsvertrag, mit dem sich Individuen zu einer politischen Körperschaft vergesellschaften, und einen Herrschaftsvertrag, mit dem sich die Vertragspartner zur Sicherung und Vervollkommnung ihres Zusammenschlusses einer Regierung unterwerfen. Die Bündnisse der Alten Eidgenossenschaft sind Kooperationsverträge, mit denen die Vertragspartner gerade eine solche von aussen hinzutretende oder gar bestellte und ihnen dann übergeordnete Schirmherrschaft abzuwehren oder zumindest stark einzuschränken sich

11 I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in: *Akademie-Ausgabe*, Bd. 6, S. 232.

vornehmen. Man vereinbart, die Gewährleistung von Ruhe und Frieden wie Geschäfte wirtschaftlicher Art genossenschaftlich selber in die Hand zu nehmen und möglichst mit mediativen Mitteln zu regeln. Was zum Vereinigungs- oder Kooperationsvertrag hinzukommt, ist nicht ein Herrschafts- und Unterwerfungsvertrag, sondern ein Schlichtungs- und Vermittlungsabkommen, in der Sprache von 1937, ein « Friedensabkommen ». Die Vermittler und Schiedsleute sind nicht von aussen hinzugezogene « Dritte ». Sie werden mit Bedacht aus den eigenen Reihen bestellt.

Die Alte Eidgenossenschaft, institutionell weit mehr Staatenbund als Bundesstaat, hatte weder ein zentrales Gericht noch ein zentrales Vollzugsorgan, das befugt und in der Lage gewesen wäre, einen Gemeinschafts- oder Mehrheitsbeschluss mit Gewalt durchzusetzen. Sie hatte, das ist bezeichnend, einen Namen (den Gattungsnamen «*Confœderatio*» bzw. «Eidgenossenschaft»), aber kein eigenes Siegel. Für einen Streitfall wurden *ad hoc* zu bestellende Schlichtungs- und Schiedsstellen vereinbart. Der Vollzug des Schiedsspruchs blieb dabei der Entscheidung der einzelnen Mitglieder anheimgestellt. Das Bestreben ging grundsätzlich dahin, mit einer Mehrzahl von Vermittlungsvorkehrungen Zwangsmassnahmen möglichst zu vermeiden. Im 16. Jahrhundert wurden die neu in den Bund aufgenommenen Orte (Basel, Schaffhausen, Appenzell) – mit noch heute oft zitierten Formulierungen – für den Fall von « Aufruhr, [Ent-]Zweiung und Spannung" unter den Alten Orten zum «Stillsitzen» (d.h. zur inneren Neutralität) und zur « freundlichen [Ver-]Mittlung" angehalten. Informelle, schmiegsame und gütliche Vereinbarungen («ze mynnen») wurden ganz allgemein schiedsgerichtlichen Entscheidungen («ze dem rechten») und vor allem einer gewaltsamen Durchsetzung derselben vorgezogen.

Das Besondere an der Schweiz ist nicht, dass im Mittelalter auf ihrem Gebiet sanktionsschwache und auch -scheue Gesellschaftsverträge aufkamen, wie sie für vorstaatliche Genossenschaften und für Staatenbünde charakteristisch sind. Das Besondere ist, dass solche Vertragsvereinbarungen, die in ihnen vorgesehenen Vermittlungsverfahren und -stellen und nicht zuletzt die mit ihnen verbundene gesellschaftsvertragspolitische Einstellung sich über die folgenden Jahrhunderte hinweg weitgehend zu erhalten vermochten – und dass sie zum Kristallisationskern der gesamtschweizerischen Institutionen wurden. Das Kollegialprinzip in der obersten Landesbehörde ist dafür ein Beispiel. Das Kollegialprinzip ist traditionell typisch für

das Gerichtswesen, besonders für Instanzen, die in erster Linie eine Vermittlungs- und Schiedsfunktion haben, und dann für exekutive Behörden, die sich aus solchen Vermittlungs-, Schlichtungs- und Schiedsinstanzen entwickelt haben. Die erste Aufgabe der obersten Behörde eines freien Landes bleibt es, nicht (als Regierung) zu dirigieren, sondern (als Administration) zu vermitteln – zwischen den verschiedenen Landesteilen, Bevölkerungsgruppen, Interessenverbänden.

Ein anderes markantes Zeugnis für die (nicht nur dem Geist, sondern selbst dem Buchstaben nach) anhaltende Wirksamkeit dieser besonderen politischen Tradition der Schweiz ist das bereits erwähnte «Friedensabkommen» von 1937 in der Maschinen- und Metallindustrie[12], in dem vereinbart wurde, Kampfhandlungen (Streik und Aussperrung) zur Lösung von Konflikten zwischen Arbeitgebern und -nehmern durch die Einberufung von Schlichtungs- und Schiedsstellen zu vermeiden.

Nun werfen heutige Kritiker des Friedensabkommens seinen Initianten korporativistische Neigungen vor. Um Missverständnissen vorzubeugen, mag deshalb eine Zwischenbemerkung angebracht sein: Bei einem Rückgriff auf die korporativ-ständische Gliederung der Alten Eidgenossenschaft ist strikt zwischen territorial definierten Ständen (Kantonen) und sozial definierten Ständen (Berufs- und Wirtschaftsverbänden, Gesellschaftsschichten) zu trennen. Die horizontale, territoriale Gliederung der Schweiz in (subsidiär) rechtsautonome Stände ist geblieben, allerdings bundesstaatlich stark eingeschränkt. Die vertikale, gesellschaftliche Gliederung in Berufsstände und soziale Klassen unterschiedlichen Rechts wurde in der modernen Schweiz hingegen aufgegeben. Ein den schweizerischen Verhältnissen immanenter Ansatz zu einer Gleichberechtigung der verschiedenen gesellschaftlichen «Stände» war mit dem ungewöhnlichen Übergewicht der bäuerlich-ländlichen Komponente im Bundes-

12 Vgl. die Dokumente und die (nach der Überzeugung der Verfasser «ideologiekritischen») Deutungen in: B. DEGEN u.a. (Hg.), *Arbeitsfrieden – Realität eines Mythos,* Zürich 1987. – Die Partner des «Friedensabkommens» von 1937 «wollen wenn immer möglich eine staatliche Zwangsschlichtung vermeiden». Mehr noch, die Vergleichs- und Vermittlungsbemühungen sollten nicht nur möglichst *nicht staatlich,* sondern auch möglichst *nicht zentral* erfolgen. Die Gegner des Abkommens fürchten darin eine Benachteiligung der Gewerkschaftsseite nach dem Prinzip «Divide et impera!» Vgl. a.a.O., S. 17f.

geflecht der Alten Eidgenossenschaft von Anfang an vorhanden. Allerdings ist er, als die Zeit nach dem allgemeinen Wandel der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse dafür reif geworden war, nicht aus eigener Kraft zum Tragen gekommen, sondern erst nach der Amerikanischen und der Französischen Revolution mit Anstössen vielfacher Art (auch gewaltsamer) von aussen.

Ein Bundesgericht als nicht bloss kasuelles, von Fall zu Fall einberufenes zentrales Zivilgericht, sondern als ständiger und vor allem als eigenständiger Staatsgerichtshof zur Entscheidung öffentlichrechtlicher Streitigkeiten gibt es in der Schweiz erst seit 1874, ein einheitliches Zivilgesetzbuch erst seit 1912. Der Vollzug der Urteile des Bundesgerichts bleibt bis heute eine Angelegenheit der Kantone. Ein Bundesgefängnis gibt es (noch?) nicht, eine Bundespolizei nur für den Fahndungs- und Informationsdienst. Die schweizerische Bundespolizei besteht zur Zeit (Frühjahr 1994) aus 35 bzw., inkl. Verwaltung, 98 Personen. Es ist grundsätzlich möglich, die (Miliz-)Armee ausnahmsweise und subsidiär «zur Handhabung von Ruhe und Ordnung im Inneren» einzusetzen. Nach nahezu allseitiger Auffassung sollen die Hürden für einen Ordnungsdienst der Armee jedoch überaus hoch bleiben. Das Bestreben geht nach wie vor dahin, zentralisierten Zwangsmassnahmen durch Vermittlungsverfahren vielfältiger, möglichst informeller und auch unkonventioneller Art zuvorzukommen und sie überflüssig zu machen. *Mediation,* nicht *Sanktion* ist das primäre Mittel, Gesetz und Recht zu wahren.

Der in der Schweiz übliche Fachausdruck für zwischenstaatliche Vergleichs-, Vermittlungs-, Schlichtungs- und Schiedsunternehmungen ist «gute Dienste». Die schweizerische Tradition «guter Dienste» ist nicht allein als eine sekundäre Kompensationsmassnahme für ihr neutrales Abseitsstehen bei kriegerischen Auseinandersetzungen zwischen Staaten zu verstehen. «Gute Dienste» sind für die Schweiz das von ihrer Geschichte her selbstverständlich vorrangige Konfliktbewältigungsinstrument. Von ihm abzukommen ist nur unter ungewöhnlichen Bedingungen angezeigt. Auch nach einer kriegerischen Auseinandersetzung sind andere Vergleichsformen förmlichen Sanktionen, ausgesprochen von einem Kriegstribunal, vorzuziehen.

Philosophen, die sich inhaltlich (politologisch) an Hobbes, und formal (methodologisch) an klassischer «westlicher» Begriffslogik geschult haben, unterläuft leicht eine Reihe miteinander verbundener Denkfehler. Sie unterscheiden nicht zwischen einem Staat, der begriffsanalytisch betrachtet als optimaler Staat erscheint, und einem

Staat, der realpolitisch (d.h. pragmatisch) betrachtet als solcher anzuerkennen ist. Als begriffsanalytisch optimal mag man einen Staat bezeichnen, der alle Eigenschaften aufweist, die für Staaten spezifisch sind, nur solche Eigenschaften, und nicht auch Eigenschaften, die für vor- und für suprastaatliche Gemeinschaften spezifisch sind. Nun hat eine Gemeinschaft nach Auffassung der meisten Politologen nur dann Staatscharakter, wenn sie zur Rechtssicherung über ein Machtorgan verfügt, das Gesetze und Gerichtsurteile durchzusetzen vermag. Vorstaatlichen Genossenschaften und desgleichen Staatenbünden fehlt dafür eine hinreichende Zwangsbefugnis[13]. Sie behelfen sich mit anderen Vertragssicherungs- und Konfliktlösungsmassnahmen, mit sozialer Ächtung, wirtschaftlichem Druck und mit Vergleichs- und Vermittlungsverfahren. Ein pragmatisch betrachtet optimaler Staat dürfte nun aber gerade ein Staat sein, der auch solche Vorkehrungen zur Vertragssicherungen benutzt, die für vor- und überstaatliche Körperschaften definitorisch sind, und diesen sogar gegenüber den spezifisch staatlichen Massnahmen (gerichtlichen Verurteilungen und Strafverfolgungen) Priorität einräumt, ja die Massnahmen, die sich Staaten selber vorbehalten, möglichst überflüssig macht! Rein begriffsanalytisch gesehen scheint ein Staat, der dem spezifisch staatlichen Mittel der Vertragssicherung, einem zu Zwangsmassnahmen ermächtigten Organ, Schranken und Hemmnisse in den Weg legt, kein optimaler Staat zu sein. Realpolitisch betrachtet kann er es aber sehr wohl sein. Auch ein mit Zwangsbefugnis ausgestattetes Organ bedarf der Kontrolle. Zu leicht glauben Philosophen, dass ein Vertragsrecht ohne eine für alle Fälle bereitgestellte Sicherung ein Recht unter Vorbehalt bleibt, ein Provisorium, das so rasch wie möglich zu beheben sei. Dabei hat nur ein Vertrag ohne hinreichende Sicherung den Fortbestand der Alten Eidgenossenschaft

13 Vgl. O. HÖFFE, «Eine Weltrepublik als Minimalstaat», in: *Zeitschrift für Kulturausgleich* 1993/1, S. 41: «Ein blosser Staatenbund sieht weder gemeinsame öffentliche Gesetze noch ein autorisiertes Schiedsgericht vor und schon gar nicht eine Macht, Gerichtsurteile durchzusetzen; er besteht aus freien Vereinbarungen zwischen souveränen Partnern, die ihre Souveränität vollumfänglich bewahren. Ein solcher Bund hat zwar Rechts-, aber keinen Staatscharakter; nicht von einem unparteiischen Dritten werden die allfälligen Probleme geregelt, sondern von den Parteien, den Einzelstaaten, selber.» – Zu Höffes Plädoyer für die Weiterentwicklung der UNO zu einer (demokratischen?) Weltrepublik, bevollmächtigt «zur staatsförmigen Rechtssicherung», d.h. zu (für alle Fälle hinreichenden?) Zwangsmassnahmen bei zwischenstaatlichen Konflikten, siehe die Bedenken der folgenden Anmerkung!

über die Jahrhunderte hinweg möglich gemacht, und nur ein nach wie vor sanktionsschwacher und -scheuer Vertrag gewährleistet heute noch den inneren Frieden und den Zusammenhalt des schweizerischen Bundesstaates[14].

Analoges dürfte für die internationale Staatengemeinschaft zutreffen, mindestens so weit in die Zukunft hinein, wie man sich diese vorstellen kann. Eine UNO, die versuchen würde, sich in eine «Weltrepublik» fortzuentwickeln, würde auseinanderfallen oder in ihrer Handlungsfähigkeit blockiert, wollte sie sich so viel «Staatlichkeit» verschaffen, dass sie in der Lage wäre, jeden zwischenstaatlichen Konflikt und gegebenenfalls auch innerstaatliche Menschenrechtsverletzungen mit Gewalt zu beenden, und gleichzeitig so viel demokratische Legitimation, dass für ihre wichtigen Entscheidungen,

14 Vgl. die Vorbehalte des Berner Rechtswissenschaftlers J. P. MÜLLER, *Demokratische Gerechtigkeit,* München 1993, S. 77. ff., gegenüber zeitgenössischen deutschen Rechtsphilosophen, am ausführlichsten dargelegt anhand von Texten K.-O. APELS, aber unter Miteinbezug von Texten J. Habermas' und O. Höffes. Die Bedenken, wenn man so sagen darf, von «unserem Schweizer Standpunkt» aus (Titel einer Rede von C. Spitteler nach dem Kriegsausbruch 1914) gelten einer zu dogmatischen, starren und zu wenig pragmatischen, gelockerten Verbindung von Recht und Macht (Sanktionsgewalt, Zwangsbefugnis). J. P. MÜLLER: «Hat sich da eine gefährliche Referenz gegenüber einem Residuum des Obrigkeitsstaates eingeschlichen, [...]? – Ganz entscheidend scheint mir, dass der demokratische Rechtsstaat in seiner Existenz nicht auf Gewalt [gründet], sondern primär [...] auf einem Grundkonsens aller Betroffener, diskursiv und gewaltfrei zu kooperieren. Fällt dieser Konsens auseinander (indem z.B. in einem Vielvölkerstaat wie der Schweiz die verschiedenen Sprach- und Kulturgruppen im Grundsatz nicht mehr zu gewaltfreier Kooperation bereit sind), vermag sich dieser Staat als demokratisches Gemeinwesen nicht zu erhalten, auch wenn er als Herrschaftssystem, z.B. unter autoritärer Führung, weiterzubestehen vermöchte. [...] Dass der demokratische Grundkonsens stets prekär ist und letztlich nicht mit Zwangsmitteln gesichert werden kann, ist eine Einsicht moderner Verfassungstheorie, [...].» – A. Maranta hat mich freundlicherweise auf die zitierten Seiten in J. P. Müllers neuem Buch hingewiesen. Zu allen vier Aspekten, die mir für die schweizerische Tradition von Gesellschaftsverträgen so typisch erscheinen, finden sich in der Tat in Müllers Buch eine ganze Reihe von Bestätigungen und Ergänzungen. Fast noch mehr gilt das für Müllers Beitrag zur *Festschrift für Dietrich Schindler,* hg. von W. HALLER u.a., Basel 1989, unter dem Titel: «Versuch einer diskursethischen Begründung der Demokratie», besonders eindrücklich S. 628-634. – Zur Mediationsfunktion des Staates siehe P. RICHLI, «Funktion und Bedeutung des 'Energiefriedens'», in: *NZZ,* 21.5.1993, S. 23. P. Richli danke ich auch für aufschlusssreiche Informationen über die anhaltende Bedeutung von Billigkeitsgesichtspunkten in der rechtswissenschaftlichen Forschung

ähnlich wie in der Schweiz, zugleich das «Volksmehr» (die Mehrheit der Weltbevölkerung oder die Mehrheit ihrer nach dem Grundsatz «eine Person – eine Stimme» gewählten Vertreter) und das «Staatenmehr» (die Mehrheit der Mitgliedstaaten) ausschlaggebend wären. Internationales Recht ist dann am ehesten gesichert, wenn es prioritär nicht durch Zwangsmassnahmen, sondern durch anderweitige Vorkehrungen gestützt wird. Zwangsmassnahmen sind inner- und zwischenstaatlich ein nicht hinreichendes Mittel der Rechtssicherung, das der Ergänzung durch andere Massnahmen bedarf. Nicht alle Rechtsverletzungen sind durch Zwangsmassnahmen zu verhindern oder zu beheben.

Philosophen neigen dazu, für einen Staat nur das als wesentlich anzusehen, was für dessen Staatlichkeit *hinreichend* und *notwendig* ist. Nun kann aber etwas in bezug auf den Staatscharakter einer Gemeinschaft weder zu den hinreichenden noch zu den notwendigen Eigenschaften gehören, für diese Gemeinschaft, für ihr Gedeihen und ihren Zusammenhalt als Staat aber dennoch überaus *relevant* sein, eben z.B. informelle Konfliktbewältigungsmassnahmen.

Anhänger von Hobbes verteidigen ihre Staatskonzeption häufig mit dem «Argument des schlimmsten Falles». Wenn für den schlimmsten Fall Zwangsmassnahmen erforderlich sind, so bedeutet dies jedoch keineswegs, dass es am besten ist, solche Zwangsmassnahmen in jedem Fall anzuwenden. Obwohl man Kanonen besitzt, ist es doch sinnlos, sie bei einer Spatzenplage einzusetzen. Nicht alle Konflikte werden am besten mit dem Einsatz einer Gewalt gelöst, die alle mit Schauer erfüllt: «a common power to keep them all in awe»[15]. Sich für den denkbar schlimmsten Fall wappnen zu wollen, kann dazu führen, dass man die viel wahrscheinlicheren, weniger schlimmen, aber doch ebenfalls üblen Fälle nicht mehr zu meistern vermag. Man kann sich nicht nur für die äussere, sondern auch für die innere Sicherheit zu Tode rüsten. Die wenigsten Staaten, die Schweiz mit eingeschlossen, verfügen für den schlimmsten Fall einer Bedrohung ihrer Gesellschaftsordnung durch äussere oder innere Feinde über hinreichende Machtmittel. Zur Verhütung des schlimmsten Falls trifft man eine Vielzahl verschiedenartiger Vorkehrungen. Auch alle zusammengenommen haben sie ihre Grenzen. Menschliche Institutionen sind nicht für den schlimmsten Fall geschaffen.

15 *Leviathan,* Part I, Chap. 13.

Wer bei der Definition des Staates von der Zwangsbefugnis ausgeht, beginnt die Definition mit einem Mittel statt mit dem Ziel. Eine teleologische und nicht von vornherein instrumentalistische Staatsdefinition bewahrt vor Verkürzungen. Teleologische Ansätze öffnen den Blick für Alternativen. Ein Ziel (Rom) ist grundsätzlich über verschiedene Mittel (Flugzeug, Bahn, Auto u.a.) und Wege (der Küste entlang, über die Apenninen usw.) erreichbar. Aber auch wenn verschiedene Mittel und Wege im Hinblick auf ein Ziel funktional äquivalent sind, bedeutet dies nicht, dass sie in jeder Hinsicht gleichwertig sind. Es bedeutet auch nicht, dass die Beschränkung auf *ein* Mittel das sparsamste Verfahren ist. Natürlich kann ich, wenn ich schon eine Kanone habe, damit auch auf Spatzen schiessen. Verschiedene Mittel sind in unterschiedlichen Situationen im Hinblick auf ein und dasselbe Ziel nicht funktional äquivalent.

Eine teleologische Staatsdefinition geht vom obersten Ziel staatlicher Einrichtungen aus, vom öffentlichen Wohl. Die Zwangsbefugnis erscheint dann als *ein* Mittel unter mehreren zur Sicherung dieses Ziels. Sie ist dafür nach fast allgemeiner Auffassung ein notwendiges Mittel. Dies besagt nicht, dass sie dazu auch ein hinreichendes Mittel ist. Sie ist nur hinreichend für das Vorliegen einer minimalen Staatlichkeit, keineswegs jedoch für das Vorliegen einer optimalen Staatlichkeit. Eine instrumentalistische Staatsdefinition geht typischerweise von einem Mittel aus, über das Staaten im Unterschied zu vor- und suprastaatlichen Gemeinschaften zur Sicherung ihrer Verfassung verfügen. Die Zwangsbefugnis, auf die man sich bei einem instrumentalistischen Definitionsansatz oft beschränkt, ist zwar ein notwendiges, aber nicht das einzige und nicht das vordringlichste Mittel zur Sicherung eines Gesellschaftsvertrags. *Informelle Mediation* ist in vielen Fällen das bessere Instrument als *formelle Sanktion.*

Die Schweiz ist nicht der einzige Staat mit einem sanktionsscheuen Gesellschaftsvertrag. Ein anderes, sicherlich auch andersgeartetes Beispiel, literarisch gut belegt, ist Japan. Für ein umfassendes, kulturanthropologisch und menschheitsgeschichtlich nicht eurozentrisch verkürztes Verständnis der politischen und rechtlichen Tradition der Schweiz, der vielfach archaische Züge nachgesagt werden, wäre ein weitsichtiger interkultureller Rechtsvergleich wohl überraschend aufschlussreich. Gleiches gilt für die Abschätzung der Zukunftsaussichten des «schweizerischen Typs» von Gesellschaftsvertrag in einer Welt, in der neben den «modernen westlichen Demokratien» auch «moderne östliche Demokratien» die Massstäbe

setzen werden. Die japanische Rechtstradition ist stark chinesisch beeinflusst. Für die chinesische Rechtsphilosophie ist typisch, dass in jenem Bereich, der in römischer Rechtstradition privatrechtlich geregelt ist, weitgehend auf informellen Konfliktlösungsstrategien, auf Vergleichs- und Vermittlungsbemühungen bestanden wird. Gerichtsurteile und Strafverfolgungen fehlen selbstverständlich nicht. Sie fallen «nach unserem heutigen Rechtsempfinden» sogar sehr hart aus. Es wird ihnen eine Abschreckungsfunktion zugeschrieben, und zwar unter Zurückstellung von Gerechtigkeitsüberlegungen. «Ein Huhn schlachten, um die Affen zu erschrecken», lautet ein chinesisches Sprichwort. Wenn man das Wort «sanktionsscheu» verwendet, ist entsprechend zu unterscheiden zwischen der Häufigkeit, mit der zur Sicherung eines Rechts zu Strafmassnahmen gegriffen wird, und der Härte dieser Massnahmen. Ob zwischen ihrer Härte und ihrer Häufigkeit ein Zusammenhang besteht, bleibt zu untersuchen. Im übrigen gilt von der fernöstlichen Tradition dasselbe wie von unserer westlichen (antiken, mittelalterlichen und neuzeitlichen) Überlieferung. Die Zuwendung zu ihr ist überaus bereichernd, eine Übernahme ist aber immer nur selektiv möglich.

Eine wichtige Frage ist, ob der offene Widerstand von chinesischer (und der zurückhaltendere von japanischer) Seite gegenüber allgemeinen Menschenrechtserklärungen vielleicht eine seiner Wurzeln in der fernöstlichen Rechtstradition hat. Man nimmt leichthin an, dass dieser Widerstand bloss in der Furcht der Machthaber vor dem Verlust ihrer Machtposition begründet liegt. Viele Kulturrelativisten nehmen ebenso leichthin an, dass der Widerstand mit dem *Inhalt* der Menschenrechtserklärungen zu tun hat: Werte seien in verschiedenen Kulturen ihrer Substanz nach verschieden und nicht allein nach ihrer Rangordnung und nach der Art, wie sie gepflegt würden. Es könnte aber sein, dass der Widerstand gegen die universalen Menschenrechtskataloge weniger mit ihrem Inhalt und mehr mit der Art und Weise zu tun hat, wie dieser Inhalt verwirklicht und durchgesetzt werden soll. Die Frage ist, ob mit der gegenwärtigen Menschenrechtspolitik (z.B. mit der Konvention der Vereinten Nationen von 1989 zu den Rechten des Kindes) nicht zunehmend Lebensbereiche und zwischenmenschliche Beziehungen legalistisch verregelt werden, deren Pflege nach östlicher Rechtstradition so wenig wie möglich formell statuiert und sanktioniert werden sollte.

Eine Studie zu den japanischen Rechtsverhältnissen trägt den für Hobbes-Anhänger paradoxen Titel «Autorität ohne Macht»[16]. Der Titel trifft vor allem auf den japanischen Kaiser zu, aber nicht nur auf ihn. Auch von anderen Staatsorganen (die Polizei miteingeschlossen) wird in Japan erwartet, dass sie ihre rechtliche Autorität in einem für den Westen ungewöhnlichen oder ungewöhnlich gewordenen Ausmass mit anderen als mit Machtmitteln für das öffentliche Wohl einsetzen. Der japanische Kaiser verfügte von Anfang an in erster Linie über eine Erlass-Befugnis. Die Vollzugsgewalt lag schon früh weitgehend in den Händen der Landesfürsten (so dass man geneigt ist, wie im Fall der Schweiz von einem «Vollzugsföderalismus» und einer vertikalen Gewaltenteilung zu sprechen) und später dann zugleich zentralisiert und örtlich getrennt ausschliesslich in der Hand der Shogunatsregierung.

Heute ist das Staatsoberhaupt in vielen Ländern ein Beispiel für eine «Autorität ohne Macht». Von solchen Staatsoberhäuptern, ob Monarch oder Präsident, wird neben den in den Verfassungen festgehaltenen formellen und zeremoniellen Aufgaben meistens, wenn auch eher unausgesprochen als ausgesprochen, die Erfüllung zusätzlicher Funktionen erwartet. Nach der japanischen Verfassung soll der Kaiser «das Symbol des Staates und der Einheit des Volkes» sein. In Wirklichkeit ist er mehr: «culture embodied»[17]. Vom Kaiser wird erwartet, dass er mit seiner Person, seinem Lebensstil und seiner Lebensweise die ethischen und die ästhetischen Werte verkörpert und repräsentiert, die man mit der Kultur des Landes verbindet. Symbolisch geschieht dies auch durch die Verleihung von Ehrungen und Preisen an Personen, die sich verdient gemacht haben. Anders als andere Staatsoberhäupter hat der japanische Kaiser Kunst und Literatur jedoch nicht nur zu prämieren. Zu seiner Pflicht gehört es, selber Haiku, japanische Kurzgedichte, zu schreiben[18]. Andere Länder, andere Sitten. In Deutschland erwartet man vom Staatsoberhaupt, dem Bundespräsidenten, dass er Volk und Regierung mit

16 J. O. HALEY, *Authority Without Power: Law and the Japanese Paradox*, Oxford 1991.

17 A. NOVICK, «Mysterious Institution» (Interview mit dem Psychologen Takeo Doi anlässlich des Todes des Showa-Kaisers), in: *The Daily Yomiuri*, 13.1.1989.

18 Wenn der Ausdruck «Literaturpapst» auf jemanden passt, dann auf den japanischen Kaiser.

umsichtigen und ausgewogenen Verlautbarungen zu aktuellen Anlässen moralisch den Weg durch Geschichte und Gegenwart weist.

Der Exkurs in den Fernen Osten soll indes nicht auf einen Vergleich des japanischen Kaisers mit dem deutschen Bundespräsidenten hinauslaufen. Es geht hier um die besonderen schweizerischen Verhältnisse. Für ethische Orientierungen, wie man sie in manchen Ländern vom Staatsoberhaupt erwartet, geht man in der Schweiz noch immer in die Kirchen oder hört auf seine Schriftsteller. Notfalls wendet man sich an wissenschaftliche Experten. Das für die schweizerische Politik typische Milizsystem, die nicht-amtliche und nichtberufsmässige Ausführung öffentlicher Aufgaben, gilt in einem gewissen Sinn auch im sensiblen moralischen Bereich. So wie in der halbdirekten Demokratie der Schweiz das Volk die Bestimmung der Richtlinien der Politik sich selber vorbehält, so wäre es ihm auch nie eingefallen, für moralische Leitlinien ein (dazu noch zentrales) Staatsamt oder eine politische Amtsperson zu bestellen. Das höchste Amt im Staat ist in der Schweiz der Vorsitz des Nationalrates. Im übrigen ist, allerdings heute nicht unumstritten, Kultur in föderalistischer Tradition «polytheistisch» Sache der Kantone.

In Hobbes' Gesellschaftsvertrag spielen «Autoritäten ohne Macht» von der Art des japanischen Kaisers und des deutschen Bundespräsidenten keine Rolle – so wenig wie im schweizerischen, wird man anfügen. In Anbetracht ihrer Häufigkeit, auch in modernen Staaten, ist es aber doch unrealistisch, wenn sie in den gegenwärtigen philosophischen « Gesellschaftsvertragsdiskursen" überhaupt keiner Aufmerksamkeit gewürdigt werden. Sie gehören zu jenen vielen politischen Institutionen, die zwar nicht notwendig und konstitutiv für einen Staat sind, die ihm aber dennoch nützlich und förderlich sein können. Wie das schweizerische Beispiel zeigt, gehören sie überdies zu jenen Institutionen, deren Funktionen mehr oder weniger äquivalent von anderen Instanzen erfüllt werden können – nicht nur von zentralen, sondern auch von gezielt dezentral verteilten Instanzen.

4. Die Art der vertraglichen Verpflichtung

In einem weiten Ausmass informeller Natur ist im «schweizerischen Typ» des Gesellschaftsvertrags neben der Vertragssicherung auch die Art der Verpflichtung, die man eingeht. Es fällt auf, wie

häufig in den einschlägigen schweizerischen Texten, in krassem Unterschied zur philosophischen Vertragsliteratur, ein wichtiger Begriff informellen Rechts vorkommt, und zwar an ausgesprochen prominenter Stelle. Es handelt sich um den Begriff «Treu und Glauben» (lat. *bona fides,* franz. *bonne foi*).

Im Bundesbrief von 1291 wird gleich zu Beginn, im dritten Satz, nicht nur dieser Begriff verwendet (in lateinischer Fassung: «*fide bona* promiserunt»; wörtlich «*in guter Treue* haben gelobt»), sondern, ihm vorangestellt, auch einer seiner juristischen Gegenbegriffe: «Arglist» («*maliciam* temporis attendentes – in Anbetracht der *Arglist* der Zeit»)[19]. Die Redewendung von der «Arglist der Zeit» gehört zu den meistzitierten Stellen dieses Bundesbriefes. Der ahnungslose Laie wird jedoch nie auf den Zusammenhang der beiden Ausdrücke «Treu und Glauben» und «Arglist» und auf deren rechtswissenschaftliche Bedeutung hingewiesen. Im Luzerner Bund von 1332 lautet die entsprechende Wendung: «dz wir *bi unsern trüwen* und bi unsern eiden gelobt und gesworn haben»; im Zürcher Bund von 1351: «ein ewig buntniss [...], die [...] *mit gutten truwen* stet und vest ewenklich pliben sol».

Noch auffallender als in diesen mittelalterlichen Dokumenten ist der prominente Platz, den «Treu und Glauben» in einschlägigen Texten in diesem 20. Jahrhundert einnimmt. Im «Friedensabkommen» von 1937 verpflichten sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer im ersten Satz, d.h. im «Grundsatz» der Vereinbarung, «wichtige Meinungsverschiedenheiten und allfällige Streitigkeiten *nach Treu und Glauben* gegenseitig abzuklären»[20]. Ganz besonders auf-

19 In den lateinischen Sprachen gibt es zu *bona fides* mehrere Gegenbegriffe. Ein zentraler ist *dolus*. Vgl. die sich mit dem Zusammenhang ändernden Übersetzungen von «Arglist» in der französischen Fassung des *Schweizerischen Zivilgesetzbuches*.

20 Zitiert nach B. DEGEN u.a. (Hg.), a.a.O., S. 99. – Die innergewerkschaftlichen Gegner des «Friedensabkommens» hätten schon 1937 einen «Gesamtarbeitsvertrag» vorgezogen (vgl. a.a.O., S. 18-20). Sie beanstandeten, «dass das Friedensabkommen jeder *rechtlich vertraglichen* Regelung aus dem Wege geht»: «Ein *normativer* Teil fehlte. Ein solcher ist aber wesentlicher Bestandteil jedes GAV.» Die übliche Einbettung des Friedensabkommens in einen schweizerischen «bäuerlich-ländlich geprägten» Traditionszusammenhang ist nach Degen (S. 12 f.) «eher ideologiekritisch als sozialgeschichtlich» zu erklären. Die heutigen Kritiker des Abkommens, die auf einen Anschluss an den internationalen «linken Traditionszusammenhang» drängen, scheinen für das Verhältnis von Arbeitgeberschaft und Arbeitnehmerschaft eine Lösung von dem Typ anzustreben, wie er für die Schweiz als Staat 1798 von der «Hel-

schlussreich für das Verständnis des Begriffs und darüber hinaus eine wichtige Bestätigung für die Deutung der bisher zitierten Dokumente der eidgenössischen Verfassungsgeschichte als «Gesellschaftsverträge» sind die Ausführungen von Bundesrätin Ruth Dreifuss zu ihrer Forderung nach einem neuen Gesellschaftsvertrag. Es ist angebracht, eine längere Passage aus ihrem eingangs erwähnten Interview wiederzugeben:

> «Der *Gesellschaftsvertrag* ist für mich so etwas wie ein Dachvertrag, der alle Bindungen, alle konkreten Solidaritäten zwischen Mann und Frau, zwischen Arbeitgeberschaft und Arbeitnehmerschaft, zwischen den Generationen umfasst. Er bedeutet, dass niemand sagen darf, über die soziale Frage könne nicht mehr diskutiert werden. Darüber muss man verhandeln können im Geiste von *Treu und Glauben.* Dies bedeutet wiederum: Niemand soll verlangen, was der andere *in guten Treuen* nicht geben kann; niemand soll verweigern, was er *in guten Treuen* entbehren kann. Der Glaube an den Gesellschaftsvertrag ist für mich aber auch Ausdruck meiner Überzeugung, dass ich zu unserem System stehe»[21].

Im Vertragsrecht bedeutet die Bindung an «Treu und Glauben», dass die Vertragspartner an sämtliche Bedingungen sich zu halten bereit sind, ohne die man normalerweise, den Sitten des Landes und der Zeit entsprechend, einen Vertrag des vereinbarten Inhalts gar nicht schliessen würde. Gemeint sind Bedingungen, die man nicht schriftlich festhält, weil sie selbstverständlich sind, aber auch weil ihre Aufzählung im Einzelnen unerschöpflich ist. Im besonderen verpflichtet man sich mit «Treu und Glauben», dem Vertragspartner nicht «arglistig» Informationen vorzuenthalten, bei deren Kenntnis dieser den Vertrag nicht in der vereinbarten Weise abgeschlossen hätte. Arglistiges Verhalten ist hinterhältiges Verhalten. Mit der Ausnützung der Unkenntnis des Vertragspartners steht es im

vetischen Republik» durchgesetzt worden ist, und nicht eine Lösung, wie sie dann 1848 dem «Bundesstaat» geglückt ist: mit einer Verbindung von «traditionellen» und «modernen», «informellen» und «formellen» Verfahren und Einrichtungen. «Ideologiekritisch» eingespurten Autoren fällt es immer wieder schwer, komplexe Motivationen und plurikausale Erklärungen ins Auge zu fassen. Siehe B. DEGEN («Der Arbeitsfrieden zwischen Mythos und Realität», a.a.O., S. 27): «Dem Friedensabkommen von 1937 lag keine besondere Ethik von *Treu und Glauben* zugrunde. Vielmehr sollten gemeinsame Bemühungen von Arbeitern und Unternehmern die Stellung der schweizerischen Wirtschaft auf dem Weltmarkt stärken und so den Wohlstand im Inland mehren.» – Manchmal zieht man die alten «vorwissenschaftlichen» den neuen «wissenschaftlichen» Mythen vor.

21 *NZZ,* 3./4.4.1993, S. 23.

schroffen Gegensatz zum Grundsatz von «Treu und Glauben». Das Gleiche gilt im Fall einer Kooperationsvereinbarung, wenn jemand eine Schwäche, ein Unglück oder auch nur die wehrlose Situation seines Vertragspartners ausnützt.

In Solidaritätsvereinbarungen, wie es die Bündnisse der alten Eidgenossen waren und wie es jene Verfassungen der jüngeren Zeit sind, in welche über die klassischen Freiheitsrechte hinaus Sozialziele oder gar Sozialrechte Aufnahme gefunden haben, verpflichtet man sich in «Treu und Glauben» zu *mehr*, als wozu man nach «striktem Recht» gehalten ist.

Mit dem altehrwürdigen Begriff «Treu und Glauben» hängt ein anderer zusammen, der nicht in der Rechtswissenschaft, wohl aber in der politischen Philosophie der Neuzeit und der Gegenwart in den Hintergrund und an den Rand gerückt ist, der Begriff der «Billigkeit»[22].

In einer Solidargemeinschaft ist es billig, einem anderen nichts zu verweigern, was er dringend braucht, ich ihm aber ohne grossen Nachteil geben kann, obwohl ich nach keinem geschriebenen Gesetz

22 Lat. *Aequitas*, franz. *équité*. *Aequitas* wird heute in englischen Übersetzungen klassischer Texte mit *fairness* wiedergegeben. *Fairness* ist umgangssprachlich unmittelbar verständlich, mehr als der in der rechtswissenschaftlichen Literatur verankerte und nach wie vor übliche Ausdruck *equity*. Es wäre interessant, den unterschiedlichen Kontexten nachzugehen, in denen die jetzt konvergierenden Ausdrücke aufgekommen sind. – In erfrischender Weise, von Gegenwartsfragen der Philosophie ausgehend, wird das Problemfeld der Billigkeit heute in der Sprachphilosophie und in der Hermeneutik (Theorie des Verstehens) diskutiert, in der angloamerikanischen Literatur unter dem Titel *principle of charity,* im Deutschen meistens mit «Prinzip der Nachsichtigkeit» übersetzt. Stärker mit den überlieferten Erläuterungen dieses Grundsatzes konvergieren «Prinzip der Menschlichkeit» und «Prinzip der Natürlichkeit». Dazu E. HOLENSTEIN, *Von der Hintergehbarkeit der Sprache,* Frankfurt 1980, S. 54 f. Zur Billigkeitsproblematik führt die alte griechische Frage, ob es besser ist, von (allgemeinen) Gesetzen oder von (konkret denkenden) Menschen regiert zu werden. «Billigkeit» wurde in der Tradition auch mit «natürlicher Gerechtigkeit» umschrieben. Gemeint ist damit eine Gerechtigkeit, die sich über den Buchstaben von Gesetzen und Vereinbarungen hinaus an der «Natur der Sache» und evtl. auch an einem theoretisch postulierten Naturrecht orientiert. «Billig» nannte man früher etwas, das einer Sache gemäss ist, und das darum alle «billigen». Heute könnte man sagen: «Billig» ist, was «stimmig» ist. – Billigkeitsüberlegungen beziehen sich vor allem auf das, was aus der konkreten Erfahrung von Einzelfällen nicht in allgemeine und abstrakte Gesetze, aus dem Gewohnheitsrecht nicht in das kodifizierte Recht und aus dem Naturrecht nicht in das positive Recht übertragen worden ist und wohl auch nie restlos übertragen werden kann.

dazu verpflichtet bin; und umgekehrt: von ihm nichts zu verlangen, was für ihn wichtig ist, nicht aber für mich, obwohl ich nach dem Buchstaben des Gesetzes ein Recht darauf habe.

Kant bezeichnete die Billigkeit als ein «Recht ohne Zwang»[23]. Nach Kant kann man mit Billigkeitsargumenten nur an das «Gewissensgericht» appellieren, aber niemanden vor ein bürgerliches, staatliches Gericht ziehen. Nach der heute vorherrschenden Auffassung lassen sich Billigkeitserwägungen in vielen Fällen gar nicht aus der richterlichen Urteilsfindung wegdenken. Sie sind nicht etwas, das man aus Barmherzigkeit, fakultativ und behelfsmässig zu den allein verbindlichen, «strikten» Rechtsnormen hinzu, mitberücksichtigen kann. Sie gehen in der Gestalt von Generalklauseln (traditionelle Beispiele: Gewohnheit, «gute Sitten», «Treu und Glauben»; aktuelles Beispiel: allgemein formulierte Staatsziele) in die Gesetzeswerke ein und sind für diese und damit auch für die sanktionsgeschützte Rechtssprechung grundlegend.

Rechtsgeschichtlich bemerkenswert ist nun, dass der für eine zivile Rechtsordnung fundamentale Charakter der Ermessensgrundsätze von «Treu und Glauben» und Billigkeit in keiner Gesetzessammlung so deutlich gemacht worden ist wie im *Schweizerischen Zivilgesetzbuch*. Das *ZGB*, 1907 angenommen und seit 1912 in Kraft, ist deswegen auch alsbald international berühmt und für die Diskussion dieser Rechtsbestimmungen wegleitend geworden.

Von Billigkeit und «Treu und Glauben» handeln nicht erst spätere Artikel dieses Gesetzbuches, im Zusammenhang mit konkreten Anwendungsfällen, wie dies in herkömmlichen Gesetzessammlungen üblich ist[24], sondern die Einleitungsartikel, der erste Artikel implizit, die folgenden drei mit aller wünschenswerten Deutlichkeit explizit. Deren Randtitel lauten: «Inhalt der Rechtsverhältnisse: I. Handeln nach Treu und Glauben, II. Guter Glaube, III. Richerliches Ermessen.» Artikel 2, Absatz 1: «Jedermann hat in der Ausübung seiner

23 Das Notrecht ist für Kant umgekehrt «Zwang ohne Recht». Vgl. *Metaphysik der Sitten* (1797), in: *Akademie-Ausgabe,* Bd. 6, S. 234.

24 Im *Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1900 in Deutschland in Kraft getreten, z.B. die Artikel 157, 162, 242 und vor allem 315 ff. u.a. – Der Grundsatz von Treu und Glauben gehört in die Einleitungsartikel eines bürgerlichen Gesetzbuches, weil es sich, wie schweizerische Kommentatoren sich ausdrücken, um «ein überdachendes Prinzip der gesamten Privatrechtsordnung» handelt.

Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln (franz.: selon les règles de la bonne foi).»[25]

In der japanischen Rechtslehre ist im Kontext von Billigkeitserwägungen *jôri* ein zentraler Fachausdruck. Er wird zur Übersetzung der deutschen Wendung «Natur der Sache» benutzt. Eine englischsprachige Lexikonumschreibung ist *natural reason*, eine französischsprachige *équité naturelle*. Die *Encyclopedia of Japan* verweist zu seiner Erläuterung auf den ersten Artikel des *ZGB*: «It is possible to understand the role of *jôri* as the same as the principle found in article 1, paragraph 2 of the *Swiss Civil Code* which says that where there is no statutory law or custom, the judge shall proceed according to the rule that he himself would establish if he were a legislator.»[26] Die fernöstliche Rezeption des *ZGB* ist eine Einladung mehr, rechts- und staatsphilosophische Eigenheiten der

25 Vgl. die Würdigung unter dem Stichwort «Treu und Glauben» im Staatslexikon, Freiburg 1989, Bd. 5, Spalte 504: «Die wohl beste gesetzliche Fassung hat diese Generalklausel [...] in Art. 2, Abs. 1 *ZGB der Schweiz* von 1907 gefunden.»

26 *Kodansha Encyclopedia of Japan,* 1983, Bd. 4, S. 75. Das Zitat ist ein Beweis mehr, dass zur kulturgeschichtlichen Klärung wie zur Abschätzung der Zukunftsaussichten des «schweizerischen Gesellschaftsvertragstyps» ein interkultureller Rechtsvergleich angezeigt ist. Vgl. auch *Encyclopaedia Universalis,* Artikel «JAPON», Paris 1990, Bd. 12, S. 955. Mit starken Vorbehalten äussert sich Max Weber in: *Wirtschaft und Gesellschaft,* Tübingen 1921 / 72, S. 507, zu den Einleitungsartikel des *ZGB*: «Der bekannte, in seiner praktischen Tragweite freilich oft überschätzte Art. 1 des *Schweizerischen ZGB*, wonach der Richter mangels eindeutiger Auskunft des Gesetzes nach der Regel entscheiden solle, welche er selbst als Gesetzgeber aufstellen würde, entspricht zwar formal bekannten Kantischen Formulierungen. Der Sache nach würde aber eine Judikatur, welche den gedachten Idealen entspräche, angesichts der Unvermeidlichkeit von Wertkompromissen, von einer Bezugnahme auf solche abstrakten Normen sehr oft ganz absehen und mindestens im Konfliktfall ganz konkrete Wertungen, also nicht nur unformale, sondern auch irrationale Rechtsfindung, zulassen müssen.» – Billigkeitserwägungen und «Treu und Glauben» hängen mit Gesinnungs- und materialer Wertethik, d.h. für Weber: mit irrationalen Neigungen, zusammen. Die Bedeutung formaler Legalität, ohne die kein Recht auskommt, auch nicht das «bei uns oft glorifizierte englische» (a.a.O. S. 506), wird damit gemindert. – In der schweizerischen Rechtstradition werden beide, formale Legalität und informelle Rechtsgrundsätze, urgiert. Sie ergänzen einander und halten einander zugleich in Schach. Das mag «mit einem Einschlag von lateinischer *raison*» zu tun haben, wie es bei Weber in einem ganz anderen Zusammenhang heisst, anlässlich seiner Warnung vor einer «Verschweizerung» Deutschlands. Siehe «Zwischen zwei Gesetzen» (1916), in: *Gesammelte Politische Schriften,* Tübingen 1921/88, S. 143

schweizerischen Tradition heute interkulturell zu erforschen und zur Diskussion zu stellen.

Das *ZGB* von 1907/12, nicht die *Bundesverfassung* von 1848/74 ist wirkungsgeschichtlich gesehen die bedeutendste Gesetzessammlung, welche die Schweiz der allgemeinen Rechts- und Staatslehre zu bieten hat. Man ist geneigt, dies nicht ganz als Zufall anzusehen.

Das *ZGB* befasst sich zur Hauptsache mit Rechtsbestimmungen, die für vorstaatliche Gemeinschaften (Familien und Verwandtschaftssippen) und für zwischenmenschliche Beziehungen wirtschaftlicher Art gelten. Familien und Verwandtschaftssippen sind die primären menschlichen Solidargemeinschaften. Gerade für sie aber sind Billigkeit und «Treu und Glauben» fundamentale Leitsätze. Zwei Stellen aus dem ZGB mögen dafür als Beleg genügen. Artikel 328: «Verwandte in auf- und absteigender Linie und Geschwister sind gegenseitig verpflichtet, einander zu unterstützen, sobald sie ohne diesen *Beistand* in *Not* geraten würden. Geschwister können aber nur dann zur Unterstützung herangezogen werden, wenn sie sich *in günstigen Verhältnissen* befinden.» Artikel 332: «Die Ordnung, der die Hausgenossen unterstellt sind, hat auf die Interessen aller Beteiligten *in billiger Weise* (franz.: *équitablement*) Rücksicht zu nehmen».

Schweizer Historiker versuchen heute gerne zu belegen, dass es in erster Linie handgreifliche wirtschaftliche Interessen waren, die zu den ältesten Bündnissen der Alten Eidgenossenschaft geführt haben, und nicht demokratische Ideale oder das Eintreten für allgemeine politische Freiheitsrechte, zu deren Symbolen die Bündnisse im Verlauf der Zeit «mythologisierend» überhöht worden seien. Wenn es so war, fragt man sich aber auch, was die ethischen Werte und die Rechtsgrundsätze waren, die von Wirtschaftsverbänden der damaligen Zeit im Raum der Alten Eidgenossenschaft gepflegt und urgiert worden sind. Und weiter: ob diese Grundsätze sich in den alten Verfassungstexten niedergeschlagen und in einem konservativen und geschichtsbewussten Land wie der Schweiz soweit erhalten haben, dass sie noch heute in grundsätzliche Überlegungen rechts- und staatsphilosophischer Art einfliessen – vielleicht um eine Nuance auffälliger und griffiger als in anderen Staaten. Solche Überlegungen manifestieren sich am ehesten in den einleitenden Passagen von Gesetzessammlungen. Eben dazu gehören die berühmt gewordenen Einleitungsartikel des *ZGB* mit der Anführung von Billigkeit und «Treu und Glauben» als fundamentale Rechtsgrundsätze. Heute wird man Spuren davon am ehesten in den umfangreich gewordenen Arti-

keln suchen, die in neueren Verfassungen allgemeinen Grundsätzen und Grundrechten eingeräumt werden. In der Tat liest man im Entwurf einer neuen *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft* von 1977 bereits in Artikel 5 (unter dem Titel «Allgemeine Rechtsgrundsätze»), Absatz 3: «Staatliche Organe und Private schulden einander Treu und Glauben.» Seither haben «Treu und Glauben»-Artikel in mehrere neue Kantonsverfassungen Aufnahme gefunden. So heisst es in der *Verfassung des Kantons Bern*, die 1995 in Kraft tritt, im dritten von insgesamt 22 Artikeln, die den Grundrechten, Sozialrechten und Sozialzielen gewidmet sind, kurz und griffig: «Der Schutz von Treu und Glauben ist gewährleistet.»[27]

War das *ZGB* anscheinend die erste moderne Gesetzessammlung, in der eine solche ausdrückliche Erklärung an derart prominenter Stelle vorgenommen wurde, so sind der Entwurf zu einer neuen Bundesverfassung und mehrere neue Kantonsverfassungen der Schweiz bislang mutmasslich die einzigen staatlichen bzw. gliedstaatlichen Verfassungstexte, in denen «Treu und Glauben» nicht nur als Rechtsgrundsatz zur *Anwendung* kommt, sondern explizit zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz *erklärt* wird.

Wer in andern Verfassungstexten «Treu und Glauben» sucht, wird bezeichnenderweise in der Charta einer überstaatlichen Organisation, und wiederum an prominenter Stelle, fündig. In der *Charta der Vereinten Nationen*, in Artikel 2, Absatz 2, heisst es: «Alle Mitglieder erfüllen, um ihnen allen die aus der Mitgliedschaft erwachsenden Rechte und Vorteile zu sichern, *nach Treu und Glauben* (engl.: *in good faith*) die Verpflichtungen, die sie mit dieser Charta übernehmen.»

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Schweiz sich als ein Staat präsentiert, der Charakterzüge aufweist, die eigentlich für vor- und für überstaatliche Vereinigungen typisch sind. Wenn die Schweiz entsprechend als «bundesstaatlicher Staatenbund» («*confédération fédérale*») umschreiben wird, sollte man nicht nur im Auge haben, dass ihre Gliedstaaten einzelne Hoheitsrechte behalten haben, wie das sonst nur für die Mitgliedstaaten von Staatenbünden üblich ist. Die Schweiz ist aus einem Staatenbund hervorgegangen. In der Folge vermochte sich im schweizerischen Staatsverständnis eine Einstellung zu erhalten, die für überstaatliche Körperschaften charakteristisch ist. Dazu gehört in erster Linie der pragmatische Sinn

27 Artikel 11 (Willkürverbotsartikel), Absatz 2.

für Informalität bei den Verpflichtungen, die man eingeht, und bei der Behebung von Konflikten und Rechtsverstössen.

Ausblick 1: Anthropologische Grundannahmen

Den eigenartigen Zügen der schweizerischen Gesellschaftsverträge liegen auch ganz bestimmte Wertvorstellungen und Auffassungen von Natur, Gesellschaft und Mensch, d.h. philosophische Voraussetzungen zugrunde, die nicht weniger markant, merkwürdig und überlegenswert sind als die vier Vertragsdimensionen, die das Thema dieser Studie waren. Für den Einstieg in die umfassenderen philosophischen Grundlagenprobleme fehlt es in der politologischen Literatur zur Schweiz nicht an Ansatzpunkten. Eine Stelle soll abschliessend zitiert werden, weil ihr Autor ebenfalls von einer Gegenüberstellung «Schweiz – Hobbes» ausgeht. Anlässlich von bündnisgefährdenden Meinungsverschiedenheiten über die weitere Entwicklung der Eidgenossenschaft war 1481 der Einsiedler Niklaus von Flüe um Vermittlung angegangen worden. Der ihm zugeschriebene Ratschlag wurde in der Folge zu einer Art schweizerischer Staatsmaxime. Über Niklaus von Flüe schreibt nun K.W. Deutsch[28]:

> «Sein Imperativ der Bescheidung: Steckt den Haag nicht zu wiit – macht die Grenzen nicht zu weit – ist das genaue Gegenteil der Theorie des Thomas Hobbes, der sagte, die Menschen hätten einen unstillbaren Durst nach Macht über Macht, der nur im Tode endet (a thirst for power after power, which only ceases in death). Niklaus von Flüe war ein besserer Ratgeber als Thomas Hobbes, und wir sehen, dass das System des Hobbes, die absolute Monarchie in England, sich nicht erhalten hat; das schweizerische begrenzte Föderativsystem des Flüe aber ist noch da.»

Fraglich ist, ob tatsächlich alle Menschen nur darum nicht dasselbe, nämlich *alles* wollen, weil sie zur Einsicht gelangt sind, dass dies zu einem Krieg aller gegen alle führen würde. Es könnte auch sein, dass es gar vielen darum verhältnismässig leicht fällt, sich mit ihrem Teil zu begnügen, weil sie für ihre Selbstbescheidung noch eine ganze Reihe anderer Motive haben. Es ist weiter die Frage zu stellen, ob bei den Menschen allein Institutionen das leisten, was Tierpsychologie treibende Politologen den Instinkten zuschreiben, die man bei den Tieren, nicht aber beim «Mängelwesen» Mensch

28 *Die Schweiz als ein paradigmatischer Fall politischer Integration,* Bern 1976, S. 40.

feststellen könne: ein friedliches und wohlgeordnetes Zusammenleben. Es könnte ja sein, dass entsprechende wirtschaftliche und soziale Lebensverhältnisse weit mehr dazu beitragen.

Ausblick 2: Die Schweiz als Synthese

In den sechziger Jahren veröffentlichte der Historiker H. Lüthy einen vielgelesenen Aufsatz unter dem Titel «Die Schweiz als Antithese»[29]. Die vorangehenden Darlegungen berühren mehr als einmal Beobachtungen, die man in Lüthys Aufsatz finden kann. Dennoch ist für die Überlegungen der vorliegenden Studie und ihre Zielrichtung der Titel «Die Schweiz als Synthese» angemessener. Eine solche Überschrift wirkt sicher schaler und blasser. Sie verliert aber ihre Schalheit und gewinnt Konturen, sobald man sieht, dass es für die Synthese, als die man die Schweiz seit der Gründung des Bundesstaates von 1848 betrachten kann, kein einfaches Muster gibt.

Die Gesellschaftsverträge der Schweizergeschichte, die sich am eindeutigsten von denjenigen der Philosophiegeschichte abheben, sind jene, die in der Alten Eidgenossenschaft vor der Französischen Revolution galten. Die Alte Eidgenossenschaft hatte 500 Jahre Bestand. In der zweiten Hälfte erstarrten ihre traditionellen Strukturen zunehmend. 1798 stürzten sie kläglich ein. Etwas anderes als ein Einsturz und der Versuch eines regelrechten Neubaus waren kaum mehr möglich. Die überstürzt eingerichtete Helvetische Republik, ein Einheitsstaat mit einer Verfassung nach französischem Muster, war, gesellschaftsvertragstheoretisch betrachtet, *die Antithese* zu den voragegangenen Zuständen. Sie hielt fünf Jahre. Trotz der Kürze ihrer Lebenszeit ist die Bedeutung der Helvetischen Republik für die folgende Entwicklung nicht zu unterschätzen. Ihre Leistungen halten jenen der Alten Eidgenossenschaft die Waage. Eine den komplexen Verhältnissen angepasste *Synthese* glückte jedoch erst nach mehreren Anläufen im Jahr 1848. Aber selbst sie bedurfte schon nach einem Vierteljahrhundert, 1874, einer «Totalrevision», wie nun der Ausdruck lautete, der besser auf den Umsturz von 1798 zugetroffen hätte.

Es brauchte eine Verfassung, nach der (1) Individuen *und* (Gebiets-) Körperschaften («Volk und Stände»), (2) partikulare Rechts-

29 Zuerst 1961 unter dem Titel «La Suisse à contre-courant» geschrieben, deutsche Fassung 1963, 1969 in Zürich als Monographie veröffentlicht

bereiche der Gebietskörperschaften *und* vom Bund garantierte universale Rechtsgrundsätze, (3) Vergleichs- und Vermittlungsverfahren («Gute Dienste») *und* Zwangsbefugnisse, (4) Billigkeit («Treu und Glauben») *und* striktes Recht sich ergänzen und sich zugleich wechselseitig in ihre Grenzen weisen. Diese Synthese bedarf der beständigen Revision und Anpassung an neue Verhältnisse. Misstrauen ist solchen «Totalrevisionen» gegenüber angezeigt, die bei den vier einander polar die Waage haltenden Aspektpaaren das eine Glied zugunsten des anderen eliminieren. 1798 ist eben dies geschehen. Solches ist nach 200 Jahren nicht zu wiederholen, natürlich ebensowenig eine Reaktion wie 1815. Wie vor 150 Jahren ist vielmehr ein ausbalanciertes Zurechtrücken der Gewichte in allen Waagschalen angezeigt. Das Neue an einem «neuen Gesellschaftsvertrag» liegt in einem neu zu findenden Gleichgewicht von archaischen und modernen demokratischen Errungenschaften, von archaischen Freiheiten und modernen Rechten.