

**Andreas Kley**

Dr. rer. publ., Professor an der Universität Zürich

# **Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz**



# Inhalt

Abkürzungsverzeichnis.....	XIV
Einleitung.....	1

## **I. Teil: Das öffentliche Recht wird Gegenstand der Wissenschaft (bis 1914).....3**

### **§ 1 Streit um einen bizarren Professor .....3**

### **§ 2 Das öffentliche Recht auf dem Weg zur modernen Wissenschaft.....9**

I. Eduard Henkes öffentliches Recht – Lehrbuch zwischen den Zeitaltern ..... 9

II. Ein (wissenschafts-)historischer Umbruch mit bildungspolitischen Folgen ..... 11

III. Das naturrechtlich fundierte öffentliche Recht im 19. Jahrhundert ..... 14

IV. Der Positivismus als Grundlage einer Wissenschaft vom öffentlichen Recht..... 20

V. Friedrich Meili – unwissenschaftlich, aber modern..... 23

VI. Basel als Zwischenstation für angehende Koryphäen ..... 26

### **§ 3 Fundierung des Bundesstaates und der Wissenschaft vom öffentlichen Recht .....32**

I. Zwei Voraussetzungen erfolgreicher Nationenbildung..... 32

II. Historische Rechtsschule in der Schweiz im 19. Jahrhundert ..... 33

III. Historische Rechtsschule für das Volk: Jubelfeiern und vaterländisches Recht..... 39

IV. Hiltys «demokratische» Mission und Bernatziks Entgegnung ..... 43

### **§ 4 «Salus publica suprema lex».....46**

I. Staatswissenschaften entwickeln sich zu Einzelwissenschaften..... 46

II. Sozialrevolutionäre und -reformerische Antworten auf die soziale Frage..... 47

III. Deutsche Kathedersozialisten an schweizerischen Fakultäten ..... 53

IV. Manchesterschule und Staatsinterventionismus im Bund ..... 55

V. Abspaltung der Ökonomie vom öffentlichen Recht und die Folgen ..... 62

### **§ 5 «Aus dem Ei geschlüpfte» Professoren setzen Maßstäbe.....66**

I. Der Positivismus erreicht die schweizerischen Rechtsfakultäten..... 66

II. Walther Burckhardts staatsrechtlicher Positivismus ..... 67

III. Otto Mayer und Fritz Fleiner: Verwaltungsrecht als Wissenschaft ..... 68

IV. Die Aufnahme von Fleiners «Institutionen» und neue Publikationsorgane..... 71

V. Die Staats- und Verwaltungsrechtslehre der Romandie..... 73

### **§ 6 Das konfessionelle Paradox und die Herkunft des öffentlichen Rechts .....75**

I. Die konfessionelle Spaltung im öffentlichen Recht..... 75

II. Evangelisch-reformierte Konfession und katholisches Kirchenrecht..... 77

III. Kirchenrecht als propädeutisches Fach..... 83

IV. Die Herkunft des Staats- und Verwaltungsrechts..... 86

<b>§ 7 Die beginnende Völkerrechtslehre in der Schweiz</b> .....	90
I. Das «alte» und das «neue» Völkerrecht.....	90
II. Die Berner Rechtsfakultät und die internationalen Organisationen in Bern.....	92
III. Der Berner Völkerrechtspionier Otfried Nippold.....	93
IV. Internationalisierung und Völkerrecht in Lausanne und Genf: Henri Erman und Antoine Rougier.....	95
<b>§ 8 Der Kampf um mehr Demokratie im Bund</b> .....	98
I. Die grossen Themen der Lehre im 19. Jahrhundert.....	98
II. Gesetzesreferendum und Initiative auf Partialrevision.....	100
III. Hiltys Kampf gegen das Proporzwahlrecht.....	103
IV. Der «Weltgang» der Volksgesetzgebung.....	107
<b>§ 9 Schnittstelle von Wissenschaft und Verwaltung: die Justizabteilung des Bundes</b> .....	108
I. Der «tüchtige Rechtsgelehrte» Leo Weber als «Kronjurist» des Bundesrates (1882–1897).....	108
II. Professoren als Abteilungschefs (1897–1909).....	112
III. Die weitere Entwicklung der Justizabteilung nach 1909.....	114
IV. Rechtsprofessoren der ETH Zürich als Experten des Bundes?.....	114
<b>II. Teil: Die Lehre vom öffentlichen Recht in der Kriegs- und Krisenzeit (1914–1960)</b> .....	117
<b>§ 10 1914: Der Bund wird autoritär</b> .....	117
I. Notrecht verdrängt Verfassungsrecht.....	117
II. Explosion des Verwaltungsrechts: das Beispiel des Steuerrechts.....	119
III. Vom Staatssozialismus zum Sozialstaat.....	120
IV. Die erratische Demokratietheorie Fritz Fleiners.....	128
<b>§ 11 Völkerrecht: Krise als Chance</b> .....	129
I. Die Frage nach Natur und Rang des Völkerrechts ab 1914.....	129
II. Genf als Hauptstadt des Völkerrechts.....	134
III. Gründung des IUHEI.....	135
IV. Max Huber – Schweizer Völkerrechtler des 20. Jahrhunderts.....	138
<b>§ 12 Auseinandersetzungen der Zwischenkriegszeit</b> .....	142
I. Verschiedene Fronten.....	142
II. Streit um die Nuntiatur.....	143
III. Liberale Professoren warnen.....	147
IV. Die Haltung der Professoren in der Romandie – Maurice Battelli.....	151
V. Meinungsumschwung und Namenswechsel bei (Oskar) Werner Kägi.....	155
VI. Jacob Wackernagels «genialer Staatsmann».....	157
VII. Auseinandersetzungen an der Zürcher Fakultät.....	158

<b>§ 13 Themen der Lehre in den 1930er Jahren</b> .....	162
I. Dietrich Schindler und das Soziale im Staatsrecht .....	162
II. Die Totalrevisionsinitiative (1934–1935) .....	165
III. Kontroverse I zwischen Schindler und Giacometti über das Notverordnungsrecht sowie Duttweilers «Notrecht anstatt Dringlichkeit».....	167
IV. Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit .....	169
<b>§ 14 Hans Huber und seine Gegenspieler</b> .....	173
I. Ein heikles Thema.....	173
II. Jungliberaler Bundesrichter in autoritärer Zeit .....	174
III. Hubers Kontrahenten am Juristentag 1936: Hans Nawiasky und Antoine Favre.....	177
IV. Der Ruf nach Konzentration der Macht.....	181
V. Werner Kägis Widerspruch .....	185
VI. Hans Huber – eine schwierige Würdigung .....	188
<b>§ 15 Der Zweite Weltkrieg</b> .....	192
I. Vollmachten von 1939 und Vollmachtenpraxis .....	192
II. Kontroverse II zwischen Schindler und Giacometti über die Vollmachten.....	196
III. Julius Lautners System des Kriegswirtschaftsrechts .....	198
IV. «Die soziale Schweiz» .....	202
V. Rechtsbereinigung durch die Bundeskanzlei.....	203
VI. Beendigung des Vollmachtenregimes .....	205
<b>§ 16 Situation der Staats- und Verwaltungsrechtslehre der Nachkriegszeit bis 1960</b> .....	206
I. Neue Professoren – neue Ideen.....	206
II. Zusammenbruch und Wiederaufbau des Völkerrechts, Entstehung des Europarechts..	208
III. Die Völker- und Naturrechtsdebatte .....	211
IV. Was und wie weit schützen Grundrechte? .....	213
V. Direkte Demokratie als «Vertrauensstörung» .....	215
<b>III. Teil: Die Tagungen der schweizerischen Staats- und Verwaltungsrechtslehrer</b> .....	219
<b>§ 17 Die grosse Schwester: Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer</b> .....	219
I. Gründung und Neugründung .....	219
II. «Hans Huber-Bern» und Carl Schmitt.....	220
III. Beitritt von Hans Huber und Max Imboden .....	223
IV. Die geplante VDStRL-Tagung in Basel.....	223
V. Die weitere Entwicklung .....	225

<b>§ 18 Beginn und Beweggründe der schweizerischen Staats- und Verwaltungsrechtslehrertagungen</b> .....	226
I. Vorbestehende Diskussionsforen des öffentlichen Rechts .....	226
II. Das öffentliche Recht fordert heraus .....	227
III. Das Schreiben vom 5. Juli 1963 von Hans Nef und Leo Schürmann .....	229
<b>§ 19 Organisation</b> .....	231
I. Teilnehmer im Allgemeinen .....	231
II. Die Protokolle und ein wichtiges Votum ausserhalb des Protokolls .....	232
III. Das Vorortssystem .....	235
IV. Tagungs- und andere Themen im Überblick .....	236
V. Der erste Gang an die Öffentlichkeit 1966 .....	237
VI. Weitere öffentliche Stellungnahmen der Staats- und Verwaltungsrechtslehrer .....	239
<b>§ 20 Besondere Tagungsteilnehmer(innen) und weitere Persönlichkeiten</b> .....	246
I. Zaccaria Giacometti und der Einfluss seines Denkens .....	246
II. Irene Blumenstein-Steiner .....	250
III. Schweizer Rechtsprofessoren im Ausland .....	253
IV. Ausländische Staats- und Verwaltungsrechtsprofessoren an Schweizer Fakultäten .....	256
V. Assistenten und Nachwuchskräfte .....	261
<b>§ 21 Beschleunigte Zeit</b> .....	263
I. Das Phänomen .....	263
II. Schlecht besuchte Tagungen .....	265
III. Jährliche Tagungen ab 1995 .....	267
<b>IV. Teil: Die grossen Themen seit den 1960er Jahren</b> .....	269
<b>§ 22 Totalrevision der Bundesverfassung</b> .....	269
I. Dauerthema mit Konjunkturschwankungen .....	269
II. Arbeitsgruppe Wahlen und Kommission Furgler .....	271
III. Kommentierung statt Verfassungsgebung .....	274
IV. Kurt Eichenbergers erfolgreiche «Nachführung» .....	275
<b>§ 23 Ein Thema und doch keines: Not- und Widerstandsrecht</b> .....	279
I. Extrakonstitutionelles Staatsnotrecht in Kriegs- und Krisenzeiten .....	279
II. Widerstandsrecht im Rechtsstaat? .....	279
III. Exkurse an der Tagung vom 24. April 1976 über das Dringlichkeitsrecht .....	281
IV. Das vagabundierende Notrecht ist kein Thema mehr .....	282
<b>§ 24 Demokratisierung</b> .....	283
I. Ein alter Begriff wird zum Schlagwort der 1968er-Bewegung .....	283
II. Spuren der 1968er-Bewegung in der Staatsrechtslehre .....	284
III. Demokratisierung der schweizerischen Demokratie .....	287
IV. Die Staatsrechtslehre «an den Grenzen der direkten Demokratie?» .....	290

<b>§ 25 Sozial- und Interventionsstaat</b> .....	293
I. Weiterentwicklung des Sozial- und Interventionsstaates.....	293
II. Wahrnehmungen des Sozialstaats durch die Lehre 1950–1977.....	297
III. Streitgespräch von 1977 zwischen Werner Kägi und Richard Bäumlin.....	300
IV. Das Verhältnis der Staatsrechtslehre zum Sozial- und Interventionsstaat; Pflege des Sozialrechts.....	302
<b>§ 26 Grundrechtsdebatten</b> .....	304
I. Vieldeutige «Grundrechte im Wandel».....	304
II. Entwicklungsstufen der Grundrechte.....	306
III. Entdeckung der Drittwirkungslehre und der institutionellen Grundrechtstheorie.....	310
IV. Konstitutiv-institutionelle Grundrechtstheorie oder die Staatsverantwortung für Grundrechte .....	312
V. Zunächst unterschätzte Menschenrechtsabkommen.....	317
<b>§ 27 Der Berner Drittwirkungsstreit</b> .....	322
I. Auslöser .....	322
II. Die Tagung vom 23. April 1988 zum «konstitutiven Grundrechtsverständnis».....	324
III. Der Drittwirkungsstreit vor dem Forum der Berner Studenten .....	326
IV. Würdigung .....	329
<b>§ 28 Debatten über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht</b> .....	331
I. Vorspiel: Rheinau-Initiative.....	331
II. Die Schweiz öffnet sich trotz Selbstzweifeln Europa.....	334
III. Von Steenworden (1933) über Schubert (1973) zu Art. 5 Abs. 4 BV.....	339
IV. Das zwingende Völkerrecht wird eine materielle Schranke der Verfassungsrevision... ..	343
V. Neuste Debatten: Positivismus versus Überpositivismus oder Demokraten gegen Illuminaten .....	347
VI. «Naturrechtliches» Völkerrecht und das Selbstverständnis der Staatsrechtslehrer .....	349
<b>V. Teil: Staats- und Verwaltungsrechtslehre(r) seit 1960</b> .....	353
<b>§ 29 Das öffentliche Recht an den schweizerischen Fakultäten</b> .....	353
I. Veränderte Stellung der Professoren.....	353
II. Veränderte Karrierevoraussetzungen und -wege .....	356
III. Verändertes Studium .....	360
IV. Paradigmenwechsel in der Lehre: Aufstieg des internationalen Rechts .....	365
V. Wissenschaftliche Publikationen .....	369
<b>§ 30 Wissenschaft vom öffentlichen Recht</b> .....	373
I. Nochmals: Was ist (un)wissenschaftlich?.....	373
II. Rahmenbedingungen rechtswissenschaftlicher Forschung .....	375
III. Gefährdete Wissenschaftsfreiheit.....	379
IV. Wissenschaftlicher Diskurs mit dem Bundesgericht .....	382

<b>§ 31 Politische Bedingungen der Wissenschaft vom öffentlichen Recht</b> .....	385
I. Diskurs in der Enge.....	385
II. Verfassungsrecht ist politisches Recht.....	386
III. Abspaltung der politischen Wissenschaft .....	390
IV. Orientierung nach den «oberen» Rechtssphären .....	393
V. Abschied von der historischen Rechtsschule im öffentlichen Recht.....	395
<b>§ 32 Max Imboden – Aufbruch in die Zukunft</b> .....	398
I. Herkunft und Ausbildung.....	398
II. C. G. Jung im Staatsrecht; Hans Marti .....	400
III. Erneuerung des Verwaltungsrechts .....	403
IV. André Grisel – das Pendant von Imboden in der Romandie.....	409
V. Publius und die Bundesverfassung – wie sie sein könnte.....	410
<b>VI. Teil: Theorien und Methoden der Wissenschaft vom öffentlichen Recht</b> .....	417
<b>§ 33 Rückblick: Theorien der Staats- und Verwaltungsrechtslehre</b> .....	417
I. Ausgangspunkt: naturrechtlich-liberale Theorie.....	417
II. Römisch-katholische Naturrechtslehre .....	419
III. Evangelisch-reformierte Negation des «romantischen Naturrechts» .....	420
IV. (Idealistischer) Positivismus .....	424
V. Die evangelisch-reformierte Naturrechtslehre Emil Brunners .....	426
VI. Diskurstheoretische Staatsrechtslehre.....	429
VII. Eklektizismus oder gar keine Theorien?.....	430
VIII. Exkurs: Philosophie und Staatsrecht seit dem 19. Jahrhundert .....	434
<b>§ 34 Gegenwart: Der «Fluch der Kröte» über der Methodologie des öffentlichen Rechts</b> .....	439
I. Problem .....	439
II. Rekonstruktion verborgener Regeln des juristischen Denkens .....	441
III. Methodische Schwäche und politische Stärke.....	449
IV. Schweizerische Prägung der Methoden- und Theoriefragen? .....	449
V. Rechtswissenschaft in der «methodischen Pestilenz» .....	451
<b>§ 35 Ausblick</b> .....	455
I. Die grossen Tendenzen in der schweizerischen Staatsrechtslehre.....	455
II. Liberales und konservatives Denken im Wechselspiel .....	456
III. Ersetzung der natürlichen Rechte durch «Grundrechte» .....	459
IV. Streit um das positiviert Naturrecht .....	462
V. Der soziale Rechtsstaat und der vergesellschaftete Bürger .....	466
VI. Gesellschaft und Staat verbinden sich im Zeitalter der Globalisierung.....	469
VII. «... l'esprit marche dans les ténèbres» .....	470

**Kurzbiographien und Biobibliographien der Schweizer Professoren und Dozenten  
des 19. und 20. Jahrhunderts, die sich dem öffentlichen Recht gewidmet haben .....473**  
Personenregister ..... 541