

## IV. Kants Republik bei «Fleiner-Giacometti»

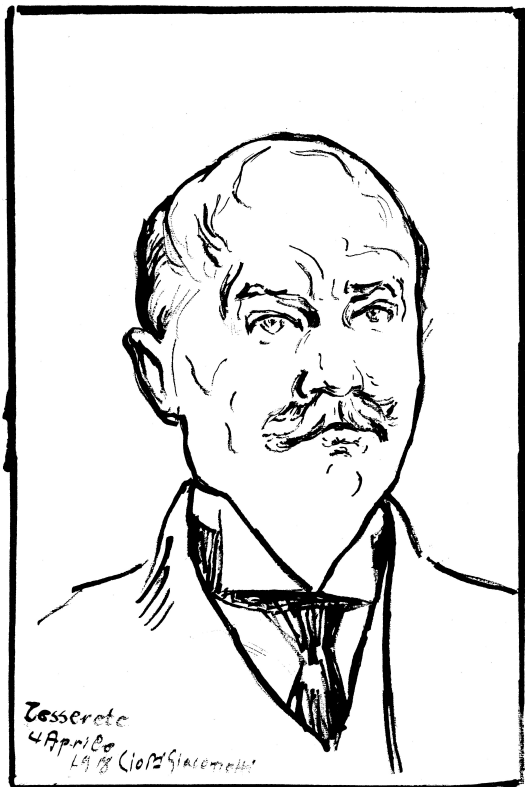
### 1. Zu «Fleiner-Giacometti»

Zwei staatsrechtliche Autoren dominierten die schweizerische Staatsrechtslehre des 20. Jahrhunderts mit ihrem Buch, das von seinem Gewicht und seiner Wirkung her ohne Vorbild war: Der «Fleiner-Giacometti». Die Autorennamen bezeichneten das 1949 erschienene Großwerk *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*. Es handelte sich um die überarbeitete Fassung der umfangmäßig ersten Hälfte von Fritz Fleiners (1867–1937) *Bundesstaatsrecht*, das 1923 bei Mohr Siebeck in Tübingen erschienen war<sup>162</sup>. Zaccaria Giacometti (1893–1970) hatte von Fleiner nur 170 Seiten unverändert übernommen, aber trotzdem trifft die Autorenbezeichnung zu: Giacometti schrieb im freiheitlichen Geist von Fleiner und beide gründeten ihre Anschauung in den liberalen und kantischen Vorstellungen, welche die Gebrüder Snell und ihre Schüler verbreitet hatten.

Die Verbindung zwischen den beiden Staatsrechtslehrern hatte übrigens auch kunsthistorische Folgen. Zaccaria Giacometti war mit den Künstlern der Giacometti-Familie eng verwandt und zum Teil zusammen mit ihnen aufgewachsen. Er studierte ab 1914 in Basel Philosophie und ab 1916 in Zürich Rechtswissenschaft unter anderem bei Fleiner. In der Folge vermittelte er seinem akademischen Lehrer die Beziehung zu seinem Vetter 2. Grades, Giovanni Giacometti. Es entstanden zahlreiche Gemälde von den beiden Staatsrechtslehrern und weltweit gibt es wohl keinen Staatsrechtslehrer wie Zaccaria Giacometti, der vor berühmten Kunstmalern so häufig Modell gestanden ist<sup>163</sup>.

162 *Fritz Fleiner*, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1923. Es handelte sich um die S. 1–459.

163 Siehe zur persönlichen Verbindung zwischen F. Fleiner und Z. Giacometti, die schließlich auch zur Freundschaft von Fritz Fleiner mit dem Kunstmaler Giovanni Giacometti geführt hat: *Andreas Kley*, Bregaglia – Zurigo: Luoghi di vita e di attività del docente di diritto costituzionale Zaccaria Giacometti (1893–1970), in: Quaderni



grigionitaliani 82 (2013), 37 ff.; *ders.*, Zaccaria Giacometti – Staatsrechtslehre als Kunst?, in: Schweizerische Juristen-Zeitung 2011, 429 ff. In Vorbereitung ist: *Andreas Kley*, Von Stampa nach Zürich. Der Staatsrechtler Zaccaria Giacometti, sein Leben und Werk und seine Bergeller Künstlerfamilie, Zürich 2014.



## 2. Fritz Fleiners Idealisierung der Freiheit und der Demokratie

Fritz Fleiner studierte von 1887 bis 1890 in Zürich, Leipzig und Berlin, lehrte ab 1892 in Zürich, Basel und von 1906 bis 1916 in Tübingen und Heidelberg, bevor er an die Universität Zürich zurückkehrte<sup>164</sup>. Den Umzug vom kriegführenden Deutschland in die neutrale Schweiz muss er als einen staatspolitischen Schock erlebt haben. Denn in diesem Jahr stellte er in seiner Abhandlung *Beamtenstaat und Volksstaat*<sup>165</sup> sein Verständnis von Demokratie dar. Er folgte dabei den Vorstellungen von Rousseau, Kant und den Gebrüdern Snell, wobei er Rousseaus Volkssouveränität besonders betonte. Als Merkmale der gliedstaatlichen Demokratie sah Fleiner die demokratische Selbstregierung der Bürger, die auch die Selbstverwaltung in sich schliesse, weshalb es in der Schweiz keinen Beamtenstand gebe<sup>166</sup>. Demzufolge gebe es auch keine Regierenden, «denn die Rechtsgleichheit hat alle geschlossenen Kreise innerhalb des Staates beseitigt und sie durch das allgemeine Bürgertum ersetzt». Die Nähe zur reformatorischen Vorstellung eines allgemeinen Priestertums ist unübersehbar, denn nach Fleiner diene in der reinen Demokratie «jeder dem Staate sein Leben lang berufsmässig»<sup>167</sup>.

Fleiner skizzierte im Jahr 1916 ein idealisiertes Bild der reinen Demokratie, was man als Kontrast zu seinen Erfahrungen in Deutschland sehen kann. Ihm mochte die Stelle aus dem *Contrat Social* vorgeschwebt haben, wo Rousseau «le plus heureux peuple du monde», gemeint ist die Eidgenossenschaft, beschrieb, in der «des troupes de paysans [...] les affaires de l'Etat sous un chêne» erledigten<sup>168</sup>. Fleiner orientierte sich an den von Rousseau und Kant geprägten Vorstellungen des 19. Jahrhunderts, aber er gab sie in einer politischen Umwelt wieder, die alles

164 Zaccaria Giacometti, Fritz Fleiner, 24. Januar 1867–26. Oktober 1937, in: Schweizerische Juristen-Zeitung 1937–38, 145 ff.; Roger Müller, Verwaltungsrecht als Wissenschaft, Fritz Fleiner 1867–1937, Diss. Zürich 2005.

165 Fritz Fleiner, Beamtenstaat und Volksstaat, in: ders., Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, S. 138 ff.

166 Fleiner, Beamtenstaat (Fn. 165), S. 147.

167 Fleiner, Beamtenstaat (Fn. 165), S. 148 (beide Zitate).

168 Rousseau, Du contrat (Fn. 37), livre IV.1, S. 437; Übersetzung (Fn. 33), S. 139: «Wenn man beim glücklichsten Volk der Welt sieht, wie Gruppen von Bauern ihre Staatsangelegenheiten unter einer Eiche erledigen [...]».

andere im Sinn hatte, als eine Idylle der Selbstregierung zu pflegen. In Europa herrschte Krieg. In den europäischen Staaten, auch der Schweiz, war die Demokratie nachgerade abgeschafft und durch autoritäre Vollmachtenregime der Exekutiven ersetzt worden. Aber dieses Idealbild einer «reinen Demokratie» hatte in den nachfolgenden politischen Erschütterungen der Lehre eine Hoffnung gegeben<sup>169</sup>. Mit Kelsen darf man sagen, «dass das Ideal der Freiheit unzerstörbar ist und dass es, je tiefer es gesunken, umso leidenschaftlicher wieder aufleben wird»<sup>170</sup>.

In Fleiners Vorwort zum *Bundesstaatsrecht* von 1923 finden sich Anspielungen, die auf die Kant-Rezeption in der Schweiz im 19. Jahrhundert zurückgehen. Fleiner sah sich der Aufgabe verpflichtet, nicht nur das geltende Recht darzustellen, sondern «bis zu den einfachsten Rechtsgedanken vorzudringen, aus denen die Vorschriften des geltenden Rechts hervorgehen»<sup>171</sup>. Auf diese Weise könne man auch die ungeschriebenen Rechtssätze erkennen, die ebenfalls unverbrüchlich seien. «So werden wir auf Schritt und Tritt der Wahrheit inne, dass es in der Jurisprudenz nichts Praktischeres gibt, als die Theorie.»<sup>172</sup> Fleiner sieht im öffentlichen Recht den Geist des Volkes gespiegelt, dazu gehöre «die Liebe zur individuellen Freiheit und der leidenschaftliche Hang zur Gleichheit»<sup>173</sup>. Mit der Freiheit nennt er das beherrschende Thema des gesamten Werks von Fritz Fleiner.

Demokratie und individuelle Freiheit stellte Fleiner zunächst als Gegensätze dar, weil die Demokratie die Unterordnung unter den Mehrheitswillen bedinge, wogegen die Freiheit eine möglichst große Sphäre fordere, «in die sich der Staat nicht einmischen darf»<sup>174</sup>. Aber wegen des Freiheitsschutzes seien die Freiheitsrechte zusammen mit der Demokratie entstanden. Fleiner setzte zu einem Loblied auf die Freiheit an, das auch die Demokratie einschloss: Das Beste und Größte auf wirt-

169 Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts (Fn. 109), S. 147 ff.

170 Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie (1932), in: ders., Abhandlungen (Fn. 36), S. 229 ff. (237).

171 Fleiner, Bundesstaatsrecht (Fn. 162), S. VII.

172 Fleiner, Bundesstaatsrecht (Fn. 162), S. VII, das erscheint als eine Verballhornung von Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, AA VIII 273–313 = Wei-XI 125–172.

173 Fleiner, Bundesstaatsrecht (Fn. 162), S. VII.

174 Fleiner, Bundesstaatsrecht (Fn. 162), S. 25.

schaftlichem und geistigem Gebiet entspringe der privaten Initiative und dem freien Wirken des Einzelnen. «Die Freiheit bedeutet daher dem Schweizer ein Doppeltes: Teilnahme an der Staatsgewalt und Freiheit von staatlicher Einmischung.»<sup>175</sup> Die Demokratie verwirklicht – zumindest für die jeweilige Mehrheit – stets auch politische Freiheit und stellt nur für die unterliegende Minderheit eine Art Gegensatz dar. Sein *Bundesstaatsrecht* von 1923 ist von den rousseauschen Ideen der reinen Demokratie durchtränkt<sup>176</sup>. Fleiner pries immer wieder die reine Demokratie: Sie sei «in Fleisch und Blut der Bürger übergegangen». Oder: «Jedem Schweizer klingen Heimat, Demokratie und Freiheit in einem Ton zusammen.»<sup>177</sup>

Fleiners Lob verdichtete die im 19. Jahrhundert entstandene Demokratieauffassung zu einem Idealbild und im Falle seines Schülers Zaccaria Giacometti bot es die Grundlage für seinen publizistischen Kampf gegen die in den 1930er Jahren immer autoritärer agierenden Bundesbehörden. Zaccaria Giacometti spitzte dieses Ideal verschiedentlich zu. So ließ er, unter anderem von Simon Kaiser beeinflusst, lediglich die direkte Demokratie als solche gelten, wogegen er die Repräsentation (die Kant befürwortete<sup>178</sup>) als «fiktive Demokratie»<sup>179</sup> bezeichnete. Im Übrigen aber fokussierte Giacometti sein überarbeitetes *Bundesstaatsrecht* von 1949 auf die kantische Staatsphilosophie, wie sie die Gebrüder Snell im 19. Jahrhundert in der Schweiz verbreitet, Simon Kaiser verfestigt und Fritz Fleiner festgesetzt hatten.

### 3. Zaccaria Giacometti – ein von Kant geprägter Staatsrechtslehrer

Zaccaria Giacometti hing der Idee des Stufenbaus der Rechtsordnung und dem logisch-deduktiven Denken des Rechtspositivismus an. Dabei bestand aber der entscheidende Unterschied zu den Rechtspositivisten,

175 Fleiner, *Bundesstaatsrecht* (Fn. 162), S. 25.

176 Fleiner, *Bundesstaatsrecht* (Fn. 162), S. 16 f.

177 Fleiner, *Bundesstaatsrecht* (Fn. 162), S. 309 und 764.

178 Siehe Fn. 122.

179 Zaccaria Giacometti, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis*, in: Festgabe für Fritz Fleiner, Zürich 1937, S. 46.

dass Giacometti bei Kants Maßstab einer vernunftmäßigen Gesetzgebung blieb, «die die Freiheit des einen mit der Freiheit aller anderen nach streng allgemeinen Gesetzen verträglich»<sup>180</sup> macht. Giacometti inkorporierte auch die Selbstregierung des Volkes in seine Rechtslehre. Diese war auf Kants Vernunftbegriff der Freiheit aufgebaut. Die Freiheit ist eine Denkvoraussetzung des Rechts und zu ihr gesellt sich die politische Freiheit. Das ist die Vorstellung vom liberalen Staat<sup>181</sup>:

«Das soll zunächst im Sinne der Einräumung einer gleichen staatsgewaltfreien Sphäre für die Einzelnen seitens des Staates erfolgen. Dementsprechend muß auch das Maß der Staatstätigkeit auf diese freiheitliche Staatsidee ausgerichtet sein. Die staatliche Betätigung muß dort ihre Grenze finden, wo die freiheitliche Zone beginnt, nämlich dort aufhören, wo nach freiheitlicher Auffassung die staatliche Wahrnehmung öffentlicher Interessen nicht mehr gerechtfertigt erscheint. Innerhalb dieses Rahmens hat andererseits jedoch der Staat auch Sozialstaat zu sein und dem Einzelnen im Bedarfsfalle diejenige Fürsorge angedeihen zu lassen, die die menschliche Würde fordert. Der Freistaat ist innert dieser Grenzen in seinen Aufgaben nicht beschränkt, er ist nicht schlechthin ein Staat mit begrenzten Zwecken, «ein Nachtwächterstaat», sondern ein Staat, der seine Zwecke auf ausschließlich freiheitlicher Grundlage verfolgt. Die Anerkennung der menschlichen Würde und Freiheit soll ferner durch gleiche Beteiligung der Individuen an der Bildung des staatlichen Willens geschehen; die menschliche Würde und Freiheit erscheint eben erst dann als restlos anerkannt, wenn die Einzelnen nicht nur Objekt, sondern auch Subjekt der Staatsgewalt sind.»

Im Unterschied dazu gehört bei Kelsen der Freiheitsbegriff nicht zur reinen Rechtslehre<sup>182</sup>, sondern ist Teil seines politischen Engagements für die Demokratie<sup>183</sup>. Kelsens Rechtspositivismus kommt ohne Freiheit aus, ganz im Gegensatz zu Giacomettis Denkansatz.

Die von Giacometti vertretenen Postulate decken sich mit den wichtigsten Eckpunkten der kantischen Rechts- und Staatslehre. «Freiheitsrechte, Gewaltentrennung und Selbstgesetzgebung bilden hingegen

180 Siehe Fn. 25.

181 *Zaccaria Giacometti*, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Band I, Zürich 1960, S. 1 f.

182 *Andreas Kley/Esther Tophinke*, Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre, in: Juristische Ausbildung 2001, 169 (173).

183 *Andreas Kley*, Hans Kelsen als politischer Denker des 20. Jahrhunderts, in: Liechtensteinische Juristen-Zeitung 2000, 16 (18 ff.).

selbstverständlich Essentialia jeder Verfassung eines liberal-demokratischen Staates.»<sup>184</sup> Für Giacometti bildet die Sicherung der Freiheit den Angelpunkt des Staatsrechts. Er erhob die aufklärerische und auch bei Kant vorhandene Forderung nach einer Garantie allgemeiner Freiheit. Giacometti räumte der Positivierung der Freiheitsrechte keine entscheidende Bedeutung ein. Diese ist für Giacometti nicht deshalb unwichtig, weil er auf Naturrecht vertraute (gerade das tat er nicht<sup>185</sup>), sondern er baute auf die kantische Rechts- und Staatsphilosophie mit der Garantie umfassender Freiheit in Form des «einen Menschenrechts»<sup>186</sup>:

«Aus dem Sinn der Freiheitsrechte als liberales Wertsystem folgt weiter, dass die Verfassungsurkunden nicht nur die einzelnen Freiheiten, die sie ausdrücklich aufzählen oder die sich aus den ausdrücklich gewährleisteten Freiheitsrechten ergeben, garantieren, sondern vielmehr jede individuelle Freiheit, die überhaupt einmal rechtlich relevant werden kann, gewährleisten. Im klassischen Katalog der Freiheitsrechte im Sinne der amerikanischen und französischen Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte, den in der Hauptsache die Kantonsverfassungen und die Bundesverfassung übernommen hatten, ist nämlich die rechtlich garantierte individuelle Freiheit in solche einzelne Freiheiten, die gerade damals aktuell waren, [...] zerlegt worden. [...] Die Zerlegung der individuellen Freiheit in einzelne Freiheitsrechte durch die Freiheitsrechtskataloge der geltenden Verfassungen kann daher keine endgültige sein. Wenn neue Seiten der individuellen Freiheit aktuell werden, so müssen sich aus den Freiheitsrechtskatalogen die entsprechenden neuen Freiheitsrechte ableiten lassen [...]. Diese Kataloge bilden mit anderen Worten ein geschlossenes, lückenloses System der Freiheitsrechte. Die Aufzählung einzelner Freiheitsrechte im Katalog kann nur als eine exemplifikatorische angesehen werden. Dies liegt in der Logik des liberalen Staates.»

Giacometti hatte diese These 1955 zum Thema seines Rektoratsvortrages gemacht<sup>187</sup>. In inhaltlicher Hinsicht stellten die Freiheits-

184 Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 2. Aufl., Zürich 1949, S. 22 Anm. 4.

185 Siehe Fn. 192.

186 Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Zürich 1941, S. 169, wiederholt in: *Fleiner/Giacometti*, *Bundesstaatsrecht* (Fn. 184), S. 241 f.

187 Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, Festrede des Rektors Zaccaria Giacometti, gehalten an der 122. Stiftungsfeier der Universität Zürich am 29. April 1955, Jahresbericht der Universität Zürich 1954/1955, S. 3–24 sowie in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 74/1955, 149 ff.



rechte «gewissermassen» eine «Negation des Staates»<sup>188</sup> dar. Der Staat besitzt daher keinerlei Kompetenz, die ideellen Freiheitsrechte inhaltlich zu bestimmen; sie bedürfen «nicht der Ausführung durch die einfache Gesetzgebung»<sup>189</sup>. Giacometti gab hier wiederum indirekt Kant wieder, der die Kompetenz, die Freiheit mit Inhalten zu füllen, dem Einzelnen gab, da jeder «seine Glückseligkeit auf jedem Wege» suchen könne, «welcher ihm der beste dünkt»<sup>190</sup>.

In einem Moment des schärfsten Gegensatzes zwischen Giacometti und den Bundesbehörden, im Jahr 1945, schilderte Giacometti seine Auffassung von Forschung<sup>191</sup>:

«Erscheint das Vollmachtenregime grundsätzlich als eine politische Notwendigkeit, so ließe sich fragen, ob es noch viel Sinn habe, nach seiner Rechtmäßigkeit zu forschen, wie hier geschehen ist. Vom wissenschaftlichen Standpunkt aus muß jedoch diese Frage ohne weiteres bejaht werden. Ja, für die Rechtswissenschaft stellt sich dieses Problem überhaupt nicht. Denn für sie ist selbstverständlich die Forschung Selbstzweck. Es muß daher höchstes Anliegen einer freien Staatsrechtswissenschaft sein, die Verfassungspraxis auf ihre Übereinstimmung mit dem Verfassungsrecht zu prüfen. Ja, dem rechtsstaatlichen Denken muß sich dieses Legalitätsproblem geradezu aufdrängen. Der Jurist wird infolgedessen auch in einer staatlichen Notlage juristisch denken und sagen, was nach seiner Überzeugung legal ist und was nicht. Es ist dann in letzterem Fall Sache der verantwortlichen Behörden, den politischen Entscheid darüber zu fällen, ob die staatliche Notlage ein Abgehen von der Verfassung politisch rechtfertige oder nicht.»

Nach seiner Auffassung kann die Rechtswissenschaft keine Legitimationswissenschaft für die herrschende politische Ordnung sein. Sie ist vielmehr reiner Selbstzweck. Die Empirie und die Erfahrung spielten für seine Schlussfolgerungen keine Rolle. Giacometti trennte Ethik und Recht und trat für eine von ethischen Postulaten gereinigte Rechtswis-

188 Giacometti, Staatsrecht der Kantone (Fn. 186), S. 152. Fleiner, Bundesstaatsrecht (Fn. 162), S. 318: «Negation staatlicher Zuständigkeit».

189 Giacometti, Staatsrecht der Kantone (Fn. 186), S. 154. Im Falle der Ehefreiheit oder der Eigentumsgarantie liege «eben kein echtes Freiheitsrecht, sondern nur die nähere verfassungsrechtliche Umhegung eines solchen vor».

190 Quelle bei Fn. 51.

191 Zaccaria Giacometti, Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft, Zürich 1945, S. 58 f.; siehe ähnlich ders., Staatsrecht der Kantone (Fn. 186), S. 507.

senschaft ein<sup>192</sup>. Seine Denkergebnisse konfrontiert er mit der Wirklichkeit des Rechts, und diese werden in diesem Moment politisch relevant. Hier findet sich die Quelle seines «Formalismus», den seine Gegner ihm vorwarfen. Giacometti hat den Satz Kants «Das Recht muss nie der Politik, wohl aber die Politik jederzeit dem Recht angepasst werden»<sup>193</sup> vorbehaltlos gelebt. Wie Kant forderte er die Regierung auf, «das Volk nach Principien zu behandeln, die dem Geist der Freiheitsgesetze [...] gemäss sind»<sup>194</sup>. Giacometti beansprucht hier nichts anderes als die Existenz einer «freien Staatsrechtswissenschaft», das heisst, er verlangt für sich und die Rechtswissenschaftler die Wissenschaftsfreiheit. Die Kritik an der Regierung war sein «Palladium» zur Verteidigung der Freiheit, was bereits Fritz Fleiner – etwas zurückhaltender – vorgemacht hatte<sup>195</sup>.

Werner Kägi fragte in seinem Gratulationsartikel zum 60. Geburtstag von Giacometti 1953<sup>196</sup>: «Gehört zur freien Rechtswissenschaft nicht gerade auch ein nonkonformistisches Rechtsdenken, dem es nicht um das Rechthaben, sondern um das Recht geht?» Ebenso hielt der ehemalige Dissertant Fritz Heeb seinen einstigen Doktorvater für einen «Nonkonformisten auf dem Katheder»<sup>197</sup>. Andere, dem Bürgertum und seinem damals autoritären Regime anhängende Juristen stellten bei Giacometti einen «Geist der Opposition» fest. Giacometti wider-

192 Die juristische Erörterung, ob die Grundrechte angeborene Rechte im Sinne des Naturrechtes seien, lehnt Giacometti als «juristische Metaphysik» ab, *Fleiner/Giacometti*, Bundesstaatsrecht (Fn. 184), S. 242 Anm. 14 oder *ders.*, Vollmachtenregime (Fn. 191), S. 43 und Anm. 28: «Eine naturrechtliche Grundlegung des Notrechtes überschreitet überhaupt die Grenzen rechtswissenschaftlicher Erkenntnis. Denn das Naturrecht ist Metaphysik, Glaube» und Anm. 28: «So erscheint z. B. die Gerechtigkeitslehre E. Brunners als ein Glaube an schöpfungsmässige Prinzipien.» Auf S. 44: «Es ist denn auch oft so, dass der Jurist, wenn er nicht weiter kommt, sich auf Naturrecht beruft.»

193 *Immanuel Kant*, Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen (1797), AA VIII 429 = Wei-VIII 642.

194 Fn. 59; siehe auch Fn. 34 zum «Prinzip der Freiheit».

195 Im *Fleiner/Giacometti*, Bundesstaatsrecht (Fn. 184), S. 676 liess er eine Aussage von Fleiner stehen, in der Fleiner dem untergebenen Beamten ein Prüfungsrecht zusprach, ob der Dienstbefehl des Vorgesetzten rechtlich korrekt sei.

196 NZZ vom 26.9.1953 Nr. 2224, Blatt 5 (Zitat), und Nr. 2225, Blatt 6.

197 Arbeiterzeitung Zürich vom Samstag 15.8.1970 Nr. 187, S. 3.

sprach nicht aus Prinzip den Herrschenden. Da er freilich den Sinn für das Machbare mit einer sozusagen gesinnungsethischen Haltung bewusst außer Acht ließ, kam er zu «nonkonformistischen» Ergebnissen.

Werner Kägi sah in Giacometti einen Positivisten, aber er hob hervor, dass dieser gemäßigt sei und sich nicht an der «Tatsächlichkeit der rechtlichen Normen beruhigt»<sup>198</sup>. Sein starkes rechtsstaatliches Ethos denke das unvollkommene Werk des Gesetzgebers zu Ende. Deshalb sei der Positivismus von Werten wie den «ewigen Normen» oder dem «absoluten Verfassungsrecht» begrenzt. Kägi versuchte mit diesen Worten seinen Lehrer naturrechtlich zu vereinnahmen. Kägi verschleierte, dass das kantische Vernunftdenken nicht mit dem materiellen Naturrecht gleichzusetzen ist. Vielmehr legte Giacometti das Vernunftdenken seiner Staats- und Rechtsphilosophie eben als apriorische Denkvoraussetzung zu Grunde.

Es ist bemerkenswert, dass Giacometti in seinen Werken die Staatsphilosophen wenig und Immanuel Kant gar nie zitierte. Giacometti hatte Kant vermittelt rezipiert. Er hat das Rechtsdenken der kantisch-snellischen Naturrechtslehre mit seiner Ausbildung und seiner Prägung durch seinen Lehrer Fritz Fleiner und durch liberale Autoren aufgenommen<sup>199</sup>. Für Giacomettis Denken in der Tradition von Kants Staats- und Rechtslehre lassen sich weitere Beispiele anführen. Er ist etwa nicht gegen den Sozialstaat, aber der Pfad der Freiheit darf nicht vom Staat bestimmt werden. Daher lehnte er wie Kant, die «väterliche Regierung» ab, welche die Bürger «als unmündige Kinder [behandelt], die nicht unterscheiden können»<sup>200</sup>. Allerdings ist der Sozialstaat bei beiden im Rahmen der Freiheit möglich. Giacomettis Rigorismus (eigentlich die Treue gegenüber dem folgerichtigen Denken) ist von Kant geprägt. Kant lehnte beispielsweise ein Recht auf Widerstand als vernunftwidrigen Widerspruch ab<sup>201</sup>. Giacometti erscheint dieses im Rechtsstaat

198 NZZ vom 29.9.1953 Nr. 2224, Morgenausgabe, Blatt 5.

199 Namentlich: *Fritz Fleiner*, Beamtenstaat und Volksstaat, in: ders., *Ausgewählte Schriften und Reden*, Zürich 1941, S. 138 ff.; *Fleiner*, Bundesstaatsrecht (Fn. 162), S. 16 f. und dazu *Kley*, *Geschichte des öffentlichen Rechts* (Fn. 109), S. 128 f.

200 *Gemeinspruch*, AA VIII 290 = Wei-XI 145; *Giacometti*, *Allgemeine Lehren* (Fn. 181), S. 1 f., zitiert bei Fn. 181.

201 Siehe Fn. 69.

höchstens begrifflich möglich, wenn es «positivrechtlich fundiert»<sup>202</sup> ist. Aber auch das war ihm fraglich: Das Widerstandsrecht entbindet vom Rechtsgehorsam und ist damit ein Widerspruch zu seinem Rechtsbegriff. Die Parallelitäten zwischen Kant und Giacometti ließen sich fast beliebig fortführen. Giacometti ist in dem Sinn kein Rechtspositivist, als er «seinem» Recht keinen beliebigen Inhalt erlaubt. Vielmehr ist sein Recht der Freiheit verpflichtet und zudem muss es demokratisch-partizipativ erzeugt sein. An der Ludwig-Snell-Erinnerungsfeier vom 3. Juli 1954, an der Giacometti als Rektor teilnahm, sagte Nationalrat Grendelmeier, der Rektor sei der «Träger der rechtsstaatlichen Idee, wie sie von Snell verstanden wurde»<sup>203</sup>.

202 *Fleiner/Giacometti*, Bundesstaatsrecht (Fn. 184), S. 427 Anm. 105.

203 *Theodor Brunner*, Erinnerungen an Ludwig Snell, 1785–1854, Stäfa 1954, S. 19.

## V. Eine Archäologie der freiheitlich-republikanischen Kant-Interpretation

### 1. Kants Siegeszug und die «Schichten» der Freiheit

Das freiheitlich-republikanische Denken Kants ist in seinen Schriften angelegt und seine Leser brauchten es eigentlich nur aufzugreifen. Es ist aus Sicht der europäischen Verfassungsstaaten nur richtig, wenn sie Kant als ihren Vordenker beanspruchen. Man kann zu Recht feststellen, dass Kants Staatsphilosophie nach 1945 einen eigentlichen Siegeszug angetreten hat. Dabei scheint es, dass Freiheit ein klarer Begriff und die Interpretation von Kants Texten eine ganz eindeutige und objektiv zu leistende Arbeit ist.

Kants Siegeszug legt den Gedanken nahe, dass eine gute Idee sich letztlich durchsetzt. Seit dem Ende des 18. Jahrhunderts hat sich die vernunftrechtliche Begründung des Rechtsstaates und der Freiheit grundlegend umgestaltet. Dieser Wandel erfolgt allmählich, und er schlägt sich in den grundlegenden Dokumenten und Verfassungen sozusagen in Schichten nieder. Alle Schichten dienen der Freiheit, aber diese Freiheit ist kein ein für alle Mal fester Begriff. Vielmehr wandelt er sich mit der wirtschaftlich-sozialen Entwicklung der Gesellschaften. Man kann seit der Aufklärungszeit grob drei Schichten unterscheiden<sup>204</sup>, wobei die Elemente Naturrecht, Verfassung und Grundrechtskatalog je unterschiedlich zusammenwirken. In der ersten Schicht (Ziff. 2) steht das Naturrecht im Vordergrund, und zwar so ausgeprägt, dass man es gar nicht zu erwähnen braucht: Die Menschenrechte gelten unangefochten. In der zweiten Schicht übernimmt die Verfassung es, die Menschenrechte auszudrücken (Ziff. 3) und am Ende gelten die Menschenrechte ausschließlich kraft positiven Rechts. Der Staat ist vollumfänglich für ihre Realisierung verantwortlich (Ziff. 4).

204 Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts (Fn. 109), S. 306 gestützt auf *Hans Nawiasky*, Der Kreislauf der Entwicklung der Grundrechte, in: Individuum und Gemeinschaft. Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Handels-Hochschule St. Gallen 1949, St. Gallen 1949, S. 433 ff.

## 2. Staatsphilosophisch-kantische Schicht

Zur Zeit der französischen Revolution stand «die Forderung nach Anerkennung eines vor staatlichen Eingriffen unbedingt gesicherten persönlichen Bereichs»<sup>205</sup> im Vordergrund. Die Rechte der Einzelnen waren gegen den Staat als solchen gerichtet, wobei «Staat» in einem weiten Sinne zu verstehen ist. Insbesondere ging es auch um die Zerschlagung des Feudalsystems und der Zünfte. In diesem Sinne wandten sich die Rechte gegen alles und jeden der Macht besaß; das bedeutet, dass die Idee der Dritt- oder Horizontalwirkung der Freiheitsrechte bereits angelegt ist.

Die Grundrechte sollten für den Staat und die gesellschaftlichen Organisationen des Ancien Régime eine unübersteigbare Schranke darstellen und von Seiten des Staats und der Gesellschaft unabänderlich sein. Daher waren die Grundrechte in den französischen Verfassungen von 1791, 1793 und 1795 in gesonderten Erklärungen enthalten, die «durch Änderungen auf Seite der Staatsverfassungen gar nicht berührt werden konnten»<sup>206</sup>. Die Déclaration kodifizierte das Naturrecht, aber das änderte nichts an dessen Charakter. Die Grundrechte galten regelmäßig als vor- und überstaatliche Rechte, die dem Staat vorgegeben waren<sup>207</sup>. Für Kant stellen sie eine Bedingung der Möglichkeit einer Staatsphilosophie dar. Der Staat ist nicht zuständig, diese Rechte zu verleihen. Die Staatsverfassung musste demnach keinen Grundrechtskatalog aufweisen, da sie Grundrechte voraussetzte. Das Böckenförde-Diktum («Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.»<sup>208</sup>), ist lediglich eine empirische Feststellung, nicht aber der denkerische Ausgangspunkt. Für Kant und die französisch-revolutionäre Staatsphilosophie ist die Freiheit eine

205 Nawiasky, Kreislauf (Fn. 204), S. 433.

206 Nawiasky, Kreislauf (Fn. 204), S. 433.

207 Der Ausdruck des liberalen Verteilungsprinzips stammt von *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre* (1928), 9. Aufl., Berlin 2003, S. 126, 158 f., 163 f., 166–168, insb. S. 168, 175.

208 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* (1967), in: ders., *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt a.M. 1976, S. 42 ff. (60).

Denkvoraussetzung, ohne die der Staat nicht vernünftig konzipiert werden kann.

Zusätzlich zu den vorstaatlichen Grundrechten sicherte das liberale Verteilungsprinzip die Freiheit der Menschen: «Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.»<sup>209</sup> Dabei handelte es sich um eine wichtige Denktradition des 18. und 19. Jahrhunderts: Demnach sorgte das Prinzip der Gesetzmäßigkeit für eine grundsätzlich unbegrenzte Freiheit des Einzelnen, währenddem die Befugnis des Staates prinzipiell begrenzt war. Die Väter der amerikanischen Unionsverfassung sprachen in diesem Zusammenhang vom «limited government»<sup>210</sup>. Nach liberaler Auffassung gibt es keine einfachere Antwort auf die Frage nach dem sachlichen Schutzbereich der Grundrechte als diejenige von Fritz Fleiner: Danach spricht «im Rechtsstaat die Vermutung für die Freiheit des Individuums von staatlichem Zwang [...]. In diesem Sinne enthält der Satz «was nicht verboten ist, ist erlaubt» eine Rechtswahrheit. Sie ist niedergelegt in den Vorschriften der Verfassungsurkunden [...], welche Freiheit und Eigentum der Bürger ausdrücklich garantieren»<sup>211</sup>. Zaccaria Giacometti spitzte die Aussage von Fleiner zu. Er hob die aufgrund des Gesetzmäßigkeitsprinzips bestehende Freiheitsvermutung auf Verfassungsrang, indem er die Anerkennung einer ungeschriebenen, allgemeinen Freiheitsgarantie als ungeschriebenes Recht der Bundesverfassung forderte<sup>212</sup>.

209 Art. 5 Satz 2 der Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, Text: *Franz*, Staatsverfassungen (Fn. 29), S. 302 ff., 304 f. («Alles, was nicht durch Gesetz verboten ist, kann nicht verhindert werden, und niemand kann gezwungen werden zu tun, was es nicht befiehlt.»). Auch die nachfolgenden Deklarationen weisen diesen Grundsatz aus.

210 *Alexander Hamilton*, *Federalist-Papers* Nr. 74, zitiert nach *Adams*, *Federalist-Artikel* (Fn. 23), S. 452 und passim.

211 *Fritz Fleiner*, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8. Aufl., Tübingen 1928, S. 389, 132 f.

212 *Giacometti*, *Freiheitsrechtskataloge* (Fn. 187).

### 3. Konstitutionelle Schicht

Die Kodifikation des Naturrechts in der Déclaration hatte bereits den nächsten Schritt vorbereitet. Schon die französische Verfassungsverfassung von 1791 wies zu Beginn beispielhaft einige Menschenrechte aus<sup>213</sup>. In der Zeit der Regeneration ab 1830 ging man daran, die «Grundrechtskataloge in die Verfassungen einzubauen und so zu Bestandteilen der Verfassung zu machen». Ludwig Snells Zürcher Verfassungsentwurf ist ein Musterbeispiel für dieses allgemeine Phänomen<sup>214</sup>. Dabei hat man alle konstitutionellen Bestimmungen in einer Urkunde zusammenfassen wollen, aber übersehen, dass «die Grundrechte Verfassungsbestimmungen wie andere geworden [waren], sie wurden zur Disposition»<sup>215</sup> des Verfassungsgebers gestellt. Ihr Inhalt wandelte sich: Sie waren nicht mehr «Gegenrechte gegen den Staat, die für diesen unantastbar waren, sondern [...] eine vom Staate gewährte oder, abgeschwächt ausgedrückt, von ihm anerkannte Freiheitssphäre, die [...] von ihm näher bestimmt werden konnte»<sup>216</sup>. Giacometti sah ebenfalls das Problem, dass die Positivierung der Freiheitsrechte in der Verfassung «zweifellos eine gewisse ideelle Abschwächung» herbeigeführt hatte<sup>217</sup>.

Die Aufnahme der Grundrechte in die Verfassungsurkunde machte sie vom Verfassungsgeber abhängig, aber das gefährdete das liberale Verteilungsprinzip noch nicht. Denn es blieb bei der weiterhin begrenzten Zuständigkeit des Staates. In dieser Entwicklungsschicht waren die Grundrechte noch immer gegen den Gesetzgeber und alle anderen Staatsorgane geschützt; Ernst Blumenstein führte in seiner Verwaltungsrechtsvorlesung im Sommersemester 1931 aus: Die Grundrechte «haben den juristischen Vorteil, absolut zu dominieren. Sie können

213 Siehe z.B. die französische Verfassung vom 3. September 1791. Titel I. wiederholt zum Teil die vorangestellte Déclaration und legt zum Teil andere Rechte fest, siehe *Franz*, Staatsverfassungen (Fn. 29), S. 302 ff., insb. S. 308 ff.

214 § 2 und 3 des Ersten Teils (Fn. 6), S. 219 f.

215 Alle Zitate *Nawiasky*, Kreislauf (Fn. 204), S. 433.

216 *Nawiasky*, Kreislauf (Fn. 204), S. 433 f.

217 *Giacometti*, Staatsrecht der Kantone (Fn. 186), S. 153.



weder durch Gesetz, noch durch Urteil, noch durch Verwaltungsrecht angetastet werden»<sup>218</sup>.

#### 4. *Legale und nachliberale Schicht*

Eine «qualitative Denaturierung» der Grundrechte erfolgte, als man die «Präzisierung der Grundrechte nicht mehr der Verfassung vorbehielt, sondern der einfachen Gesetzgebung überantwortete». Die gewöhnlichen Gesetze steckten den konkreten Freiheitsbereich eines bestimmten Grundrechts ab. Man sah darin keine Gefahr, «weil die Gesetze unter massgeblicher Mitwirkung der Volksvertretung beschlossen werden mussten», und diese wachte als Vertretung des Volkes «über die individuelle Freiheit»<sup>219</sup>. Hier war noch die Idee der vernünftigen Selbstregierung des Volkes von Immanuel Kant<sup>220</sup> präsent. Ab 1880 erstreckte sich die Gesetzgebung auf immer weitere Sachgebiete, regelte immer mehr Einzelheiten. Ein gesetzgeberischer Absolutismus, der sich jeder Materie annehmen wollte, machte sich bemerkbar. Diese Entwicklung kulminierte im Satz von Georg Jellinek «Alle Freiheit ist einfach Freiheit von gesetzwidrigem Zwang»<sup>221</sup>. Die Grundrechte wiederholten damit nur noch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Sie hatten damit «die Fähigkeit verloren, der Einzelperson einen vor Eingriffen des Staates geschützten Bereich zu gewährleisten». Die Weimarer Staatsrechtslehre hat deshalb die so verstandenen «Grundrechte mit einem treffenden Ausdruck als <leerlaufend> bezeichnet»<sup>222</sup>.

218 *Ernst Blumenstein*, Einführung in das Verwaltungsrecht, Vorlesungsmitschrift von Sommersemester 1931 von Otto Huber, Zentralbibliothek Bern Jus XXXIV.221 (18), S. 26.

219 Alle drei Zitate *Nawiasky*, Kreislauf (Fn. 204), S. 434.

220 Siehe Fn. 63.

221 *Georg Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg i.Br. 1892, S. 98.

222 Dieses und die vorstehenden Zitate: *Nawiasky*, Kreislauf (Fn. 204), S. 434 f.; *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl., Berlin 1994, S. 119 ff. (262 f.); *Schmitt*, Verfassungslehre (Fn. 207), S. 179.

Der Erste Weltkrieg hatte die Leistungsfähigkeit der staatlichen Rechtsetzung und damit der staatlichen Gestaltung der Gesellschaft unter Beweis gestellt. Danach stand in Europa außer Frage, dass der Staat umfassend zuständig sein kann, und die Krisen und Kriegszeiten nach 1918 forderten vom Staat nachgerade eine umfassende Sorge. Nach 1945 siegte die Demokratie, womit die Rechtsetzung in den westeuropäischen Staaten von der Regierung wieder auf die Parlamente überging. Geblieben ist indessen die Erwartung an den Staat, jedes Problem zu lösen, kurz eine bessere Welt zu schaffen. Dem freiwilligen Engagement der Bürger ist eine mächtige Konkurrenz entstanden.

## 5. *Rückkehr zur staatsphilosophisch-kantischen Schicht?*

Die Republik Kants ist zwar auf den interessierten, mitbeteiligten und engagierten Bürger angewiesen, aber sie fordert den Bürger rechtlich nicht zum gemeinnützigen Handeln auf. Sie setzt bürgerliche Tugend gesellschaftlich voraus<sup>223</sup>, denn Tugend und Rechtsordnung sind getrennt. Der republikanische Bürger handelt aus eigenem Antrieb. Er besitzt Vernunft, Urteilskraft und er ist sich «gewiss, dass frei nur ist, wer seine Freiheit gebraucht»<sup>224</sup>. Die Freiheit liegt selbstverständlich in den Händen der Bürger. Was geschieht, wenn der Bürger dieses freiheitlich-republikanische Selbstverständnis verliert? Die Politik und mit ihr der Verfassungsgeber könnten versucht sein, die Grundrechtskataloge üppig auszugestalten, um sich selbst dem Bürger zu empfehlen, damit er sich in diesem Staat weiterhin frei wähnt.

Im Falle von solchermaßen reich befrachteten Grundrechtskatalogen der europäischen Verfassungen, der internationalen Abkommen und der EU-Grundrechtecharta zeigt sich eher ein Krankheitssymptom als der

223 Daniel Höchli, *Der Florentiner Republikanismus. Verfassungswirklichkeit und Verfassungsdenken zur Zeit der Renaissance* (Diss. St. Gallen), Bern 2005, S. 5: Der Humanist Bartolomeo Cavalcanti ließ 1530 die Person der Republik ihrer Miliz zurufen: «Ich habe nichts als eure Tugend!»; siehe zu *Böckenförde*, Entstehung (Fn. 208).

224 Präambel der Schweizerischen Bundesverfassung von 1999, Text von Adolf Muschg.

Siegeszug der Freiheit. Die Freiheit ist nicht mehr eine Denkvoraussetzung der rechtsstaatlichen Staatsphilosophie und damit selbstverständlich und selbstständig wie das in der staatsphilosophischen Schicht angelegt ist. In der nachliberalen Schicht ist der Staat ein selbstständiges Instrument geworden, um die Freiheit nebst anderen Zielen zu verfolgen. Die Freiheit und ihr Schutz sind nicht mehr allein in den Händen der republikanischen Bürger, sondern der Staat preist sich selbst als freiheitlich an und erbringt den nachliberalen Bürgern Dienstleistungen, und eine davon heißt «Freiheit». Dabei handelt es sich tendenziell nicht um die natürliche Freiheit menschlicher Lebensäußerung, sondern um eine vermittelte Freiheit im Rahmen einer Ordnung. Das Verfassungsrecht der europäischen Staaten hat nach 1945 dieser gefährlichen Entwicklung Einhalt geben wollen. Die Verfassungen wiesen in der Folge nämlich oft Ewigkeitsgarantien für bestimmte Verfassungsnormen auf und sie sicherten den Grundrechten einen Wesens- oder Kerngehalt zu. Die Tatsache, dass man solche Normen in die Verfassung schrieb, belegt das Problem: Der Staat hat den Inhalt der Freiheit zu sehr bestimmt und ist nun bestrebt, sich etwas zurückzunehmen. Freilich erwiesen sich diese Garantien als papieren und unwirksam. Man kann deshalb keine Rückkehr zur staatsphilosophisch-kantischen Schicht<sup>225</sup> sehen. Sie sind vielmehr bloße Erinnerungen daran.

Man kann also unter diesem Gesichtspunkt sagen, dass der moderne Sozial- und Gewährleistungsstaat die freiheitlich-republikanische Staatsphilosophie Kants in ihrer ursprünglichen Ausprägung hinter sich gelassen hat. Das mag bedenklich scheinen; freilich schließt Kant neben der Freiheit weitere Staatszwecke nicht grundsätzlich aus. Deshalb kann der heutige Staat immer noch mit Kants Vorstellungen vereinbar sein. Denn auch in der nachliberalen Zeit kann Freiheit bestehen. Sie herrscht nicht als vorausgesetztes Denkprinzip, sondern als vom Staat erbrachte Leistung, welche die Bedürfnisse des heutigen Menschen deckt. Diese Bedürfnisse bestehen weniger in einer «freiheitlichen Zone» an sich, sondern vielmehr in Freiheit innerhalb von errichteten Ordnungen, die da heißen: wirtschaftliches Fortkommen, unbegrenzter Konsum von

225 So sah *Nawiasky*, *Kreislauf* (Fn. 204), S. 437, eine Aufwertungstendenz bzw. einen Kreislauf, d.h. grundrechtlich eine Rückkehr in die Aufklärungszeit.

Gütern und Dienstleistungen, Erwerb von Eigentum in Form von Grundstücken und Finanzanlagen, Verkehr mit Banken und Finanzintermediären sowie Erwerb von deren Produkten, flächendeckende Versorgung mit Kommunikationsmitteln zwecks Herstellung einer Medienfreiheit, Freiheit der Fortbewegung und des Reisens und dergleichen mehr. Der Staat übernimmt vor allem Ordnungs-, Koordinations- und Garantieraufgaben, die den Menschen das Gefühl eines freien Lebens in einer Gesellschaft nahezu unbegrenzter Möglichkeiten verschaffen. Freiheit entsteht, weil die Menschen ihre weitreichenden Bedürfnisse mit Hilfe des Staates befriedigen können und der Staat diese Tatsache mit reichhaltigen Grundrechts- und Staatsaufgabenkatalogen dokumentiert. Es ist denn auch kein Zufall, dass in den nachliberalen Verfassungen die Grundrechte meist mit entsprechenden Staatsaufgaben korrelieren.

Der vieldeutige Freiheitsbegriff macht es müßig, darüber zu streiten, worin der richtige oder gute Gebrauch der Freiheit besteht. Der Bürger der heutigen westeuropäischen Gesellschaften lebt die Freiheit auch mit Hilfe des Staates. Dieser konnte der Versuchung nicht widerstehen, mitunter den guten und richtigen Freiheitsgebrauch zu empfehlen. Aus staatsphilosophisch-kantischer Sicht bestimmt nicht mehr der Einzelne allein, sondern auch der Staat als väterlicher Ratgeber den Weg zur Glückseligkeit.