



Würzburger Vorträge  
zur Rechtsphilosophie,  
Rechtstheorie  
und Rechtssoziologie

46

Andreas Kley  
**Kants  
republikanisches Erbe**

Flucht und Rückkehr des  
freiheitlich-republikanischen Kant –  
eine staatsphilosophische Zeitreise



Nomos Verlag



**Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie,  
Rechtstheorie und Rechtssoziologie**

Herausgegeben von Horst Dreier  
und Dietmar Willoweit

Begründet von Hasso Hofmann, Ulrich Weber  
und Edgar Michael Wenz †

**Heft 46**

Andreas Kley

# Kants republikanisches Erbe

Flucht und Rückkehr des  
freiheitlich-republikanischen Kant –  
eine staatsphilosophische Zeitreise



**Nomos**

Vortrag gehalten am 16. Januar 2013

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnetet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-0960-1

1. Auflage 2013

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

# Inhaltsübersicht

I. Thema und Überblick	7
II. Grundzüge der kantischen Staats- und Rechtslehre nach Christian Wilhelm Snell	9
III. Christian Wilhelm Snells Söhne tragen den freiheitlich- republikanischen Kant ins Ausland	27
IV. Kants Republik bei «Fleiner-Giacometti»	57
V. Eine Archäologie der freiheitlich-republikanischen Kant- Interpretation	69
Verzeichnis der Bilder	77



## I. Thema und Überblick

Das Thema «Kants republikanisches Erbe» ist rechtfertigungsbedürftig, denn unübersehbar ist das Meer der Kant-Interpretationen. Weshalb sollte hiermit eine weitere beigefügt werden? In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts ist der republikanische und der Freiheit verpflichtete Kant breit zur Kenntnis genommen worden. Dazu haben der Siegeszug der Demokratie nach 1945 und neue Interpretationen wie die an Kant orientierte Theorie der Gerechtigkeit von John Rawls oder die Diskurstheorie von Jürgen Habermas beigetragen. Man kann generell feststellen, dass die kantische Staatsphilosophie und die Staatstheorie der französischen Revolution gemäß den Menschenrechtserklärungen sich heute durchgesetzt haben. Kant regiert den Verfassungsstaat<sup>1</sup>.

Die Themenwahl dieses Vortrags bestimmte nicht der obsiegende Kant, sondern die moderne rechtsstaatliche Staats- und Verwaltungsrechtslehre. Man kann sich bei den Staatsrechtslehrern mit einer philosophischen Ader – wie etwa Hans Kelsen, Hans Nawiasky, Fritz Fleiner und vor allem dessen Schüler Zaccaria Giacometti – stets fragen, auf welchen rechtsphilosophischen Grundlagen deren Lehren fußen. Die Antwort scheint bei Kelsen und Nawiasky klar: Sie sind Rechtspositivisten. Aber wie steht es bei Fritz Fleiner und Zaccaria Giacometti? Sie bauen ihre Lehre auf einer freiheitlich-republikanischen Kant-Interpretation auf, obwohl sie in den Literaturbelegen Kant gar nicht anführen. Auf der Suche nach der Herkunft dieser Kant-Interpretation ergab es sich, dass diese eng mit der deutschen Geschichte des 19. Jahrhunderts zusammenhängt.

Der Vortrag nimmt die Leser auf eine ideengeschichtliche Zeitreise mit. Zu diesem Zweck ist von Grundmustern der republikanischen Staatsphilosophie Kants auszugehen. Freilich geht es nicht darum, Kant aus dem Blickwinkel der heutigen Rechtsstaaten zu beleuchten. Vielmehr ist Kant zu diesem Zweck mit den Augen des vergessenen Gymnasiallehrers Christian Wilhelm Snell zu lesen. Dieser Zeitgenosse

<sup>1</sup> Horst Dreier, Kants Republik, in: Juristenzeitung 2004, 745 (753 ff.). Der Beitrag ist auch publiziert in: Volker Gerhardt (Hrsg.), Kant im Streit der Fakultäten, Berlin/New York 2005, S. 134 ff.

Kants hatte es sich zusammen mit seinem Bruder zur Lebensaufgabe gemacht, die kantische Philosophie einem breiten Publikum verständlich vorzustellen (II.). Die deutsche Geschichte brachte im 19. Jahrhundert verschiedene Wellen von politischen Flüchtlingen in die Schweiz, so Christian Wilhelm Snells Söhne Ludwig und Wilhelm, welche für die Vermittlung rechtsstaatlichen und demokratischen Denkens eine zentrale Stellung einnehmen sollten. Dieses Denken verband sich mit der Regeneration der Ideen der französischen Revolution. Dazu trug der liberale Politiker und Jurist Simon Kaiser erheblich bei (III.). Fritz Fleiner und sein Schüler Zaccaria Giacometti bauten ihre großen juristischen Werke auf diesem Fundus an aufklärerischem Freiheitsdenken auf. Na-mentlich das Freiheitsdenken der französischen Revolution mit der Vorstellung einer prinzipiell unbegrenzten und nicht definierten Freiheit sowie das liberale Verteilungsprinzip wurde für beide zentral. Giacometti blieb stets auf diesem Pfad und in seinen Werken wird deutlich erkennbar, dass er auf Kant aufbaut (IV.). Es fragt sich aus der Perspektive der Gegenwart, wohin sich die modernen rechts- und sozialstaatlichen Ordnungen europäischen Zuschnitts entwickelt haben. Die Antwort lässt sich anhand des Bildes einer archäologischen Grabung geben: Diese fördert unterschiedliche Schichten des modernen Freiheitsverständnisses seit der Aufklärung zu Tage (V.).

## II. Grundzüge der kantischen Staats- und Rechtslehre nach Christian Wilhelm Snell

### 1. *Christian Wilhelm Snell – ein freiheitlich-republikanischer Kant-Interpret*

Christian Wilhelm Snell (1755–1834) entstammte einer bedeutenden nassauischen Pfarrersfamilie, studierte in Gießen Philosophie und wurde schließlich Lehrer und Rektor am bedeutenden Gymnasium zu Idstein, das der Landesherr 1817 durch das Landesgymnasium in Weilburg ablöste, an dem Snell wiederum als Rektor amtierte. Er war von den Schülern und vom Herzog Wilhelm von Nassau (1792–1839, im Amt ab 1816) hoch geschätzt und präsidierte 1818 die erstmals einberufenen Landstände. Als Zeitgenosse Kants wollte er in seinen philosophischen Schriften dessen Werke dem Publikum verständlich machen. Zusammen mit seinem Bruder Friedrich Wilhelm Daniel veröffentlichte er ab 1802 ein achtbändiges *Handbuch der Philosophie für Liebhaber*, das die kantischen Werke gesamthaft darstellte. Es umfasste selbstverständlich auch die Rechtslehre und Kants freiheitlich-republikanische Staatsphilosophie<sup>2</sup>. Chr. W. Snell war kein Revolutionär, aber er behandelte die Rechts- und Staatsphilosophie Kants, was die Philosophielehrer nach den Karlsbader Beschlüssen von 1819 tunlichst bleiben ließen. Dem Herzog Wilhelm war er auch in den Jahren des Umbruchs treu ergeben und es lag außerhalb seines Horizonts, an Widerstand gegen seine monarchische Regierung zu denken<sup>3</sup>.

- 2 *Christian Wilhelm Snell*, Handbuch der philosophischen Rechtslehre oder Darstellung des Vernunftrechts und seiner Anwendung im Staate, des Völker- und Weltbürgerrechts. Deutschlands gebildeten Ständen und seinen Volksvertretern gewidmet, neue Auflage, Gießen 1819; die erste Auflage erschien 1807.
- 3 *Friedrich Traugott Friedemann*, Andenken an Dr. Christian Wilhelm Snell, in: Beiträge zur Kenntnis des Herzogthumes Nassau, II. Band, 1. Heft, Weilburg 1835; Allgemeine Deutsche Biographie 34 (1892), S. 503 ff.



CHRIST. WILHELM SNELL  
geb. 1755, gest. 1834.

Lith. von Brüder Becker in Coblenz.

Snell hatte fünf Söhne und zwei Töchter. Er erzog sie in einem freiheitlichen Geist. Seine Söhne Ludwig (1785–1854)<sup>4</sup> und Wilhelm (1789–1851)<sup>5</sup> gebärdeten sich unbotmäßig oder zumindest erschien es der Obrigkeit so. Die beiden Söhne beteiligten sich 1818 als Urheber an einer freisinnigen Bewegung im Herzogtum Nassau. Die Regierung unterstellt ihnen die Autorschaft an missliebigen Schriften und entnahm sie 1818 bzw. 1824 ihrer Ämter. Sie mussten mit bedeutenden Umwegen fliehen. Am Ende fanden sie in der Schweiz eine Zuflucht. Ihre freisinnig-republikanische Haltung konnte sich dort voll und ganz entfalten. Ihr Vater war ein Anhänger von Kants Philosophie; er verfasste im Rahmen des *Handbuchs der Philosophie für Liebhaber* eine Gesamtdarstellung des «Vernunftrechts», wie man Kants Lehren auch bezeichnete. Die Söhne Ludwig und Wilhelm hatten diese Lehren übernommen und politisch in einem freiheitlich-republikanischen Sinn gedeutet. Sie waren gegen die Herrschaft der Fürsten und traten für eine gesamtdeutsche Einigung unter Preußens Führung ein. Der Sohn Wilhelm unterrichtete ebenfalls Naturrecht, das über weite Strecken dem Vernunftrecht seines Vaters glich. Dabei zeigte sich, dass Vater Snell den freiheitlich-republikanischen Kant aus heutiger Sicht voll erfasst hatte, sogar noch besser als sein Sohn Wilhelm, aber sich der herzoglichen Herrschaft unterwarf. Der Sohn Ludwig suchte die kantischen Grundsätze direkt in die neu zu schaffenden regenerierten Verfassungen der Schweizer Kantone zu übertragen. Obwohl er nicht Jurist war, entwarf er Ende 1830 für den Kanton Zürich eine Musterverfassung, die sich an Kant und den französischen Revolutionsverfassungen orientierte<sup>6</sup>. Sie sollte für die Re-

4 Neue Deutsche Biographie 24 (2010), S. 515 f.; Allgemeine Deutsche Biographie 34 (1892), S. 508 ff.; Historisches Lexikon der Schweiz, Band 11, Basel 2011, S. 558.

5 Wilhelm Snells Leben und Wirken, Von einigen Freunden dem Andenken des Verstorbenen gewidmet, Bern 1851; Alfred Hartmann, Galerie berühmter Schweizer der Neuzeit in Bildern von Fr. und H. Hasler, 2. Band, Baden/Aargau 1871, Nr. 86; Theodor Weiss, Jakob Stämpfli, Bern 1921, S. 562 f.; Neue Deutsche Biographie 24 (2010), S. 516–518; Allgemeine Deutsche Biographie 34 (1892), S. 512 ff.; Historisches Lexikon der Schweiz, Band 11, Basel 2011, S. 558 f.

6 Ludwig Snell, Entwurf einer Verfassung nach dem reinen und ächten Repräsentativsystem das keine Vorrechte noch Exemtionen kennt, sondern auf der Demokratie beruht, Zürich 1831, abgedruckt in: Andreas Kley, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Bern 2004, S. 219 ff.

generationsverfassungen der Schweizer Kantone zu einem Vorbild werden.

In der nachfolgenden Darstellung der kantischen Staatsphilosophie sind stets auch die Interpretationen von Chr. W. Snell wiedergegeben; diejenigen seiner Söhne folgen im III. Abschnitt.

## *2. Vorausgesetzte Grundbegriffe als Bedingung der Möglichkeit einer Staatsphilosophie*

Kant entwickelt seine Rechtslehre a priori und rein denkerisch, d.h. ohne Empirie oder praktische Erfahrung. Die von Kant verwendete Empirie, etwa Eigentum, Familie oder Ehe, übernimmt nur die Aufgabe, den Anwendungsbereich des Rechts zu illustrieren. Für das Verständnis von Kants Denken ist sein Anliegen, nämlich die Begründung von Staat und Recht aus Begriffen a priori (vor der Erfahrung), zentral. Chr. W. Snell formulierte dies so: Diese Begriffe erwachten notwendigerweise «bei jedem vernünftigen Wesen, sofern es sich nur neben anderen vernünftigen Wesen erblickt, ja sobald es sich nur mit ihm in Verbindung denkt». Der Rechtsbegriff komme nicht von außen in die Seele, «sondern er wird durch die Wahrnehmung meiner mannigfaltigen Verhältnisse mit meines Gleichen und durch das Nachdenken über dieselben nur in mir geweckt und entwickelt»<sup>7</sup>. Die Denkvoraussetzungen des Rechts sind vorgegeben, man könnte es nicht deutlicher formulieren. Die Bedeutung einer solchen Reflexion macht Kant mit einer Metapher deutlich: «Eine bloss empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädrus' Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! dass er kein Gehirn hat.»<sup>8</sup>

7 Chr. W. Snell, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 19 f., beide Zitate.

8 Metaphysik der Sitten (MS), Rechtslehre AA VI 230 (AA = Akademieausgabe, Gesammelte Schriften, begonnen von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1905 ff.) = Wei-VIII 336 (= Wilhelm Weischedel, Immanuel Kant, Werkausgabe in XII Bänden, Frankfurt a.M. 1977 und diverse identische Auflagen).

«Der Begriff der Freiheit ist ein reiner Vernunftbegriff»<sup>9</sup>, also eben rein denkerisch. Freiheit ist eine Bedingung der Möglichkeit für die theoretische Staatsphilosophie, denn sie ist nicht auf Erfahrung angewiesen. Kants Gesetz der Freiheit verdankt sich nicht der Empirie, sondern allein der reinen praktischen Vernunft<sup>10</sup> und sie ist seiner Rechts- und Staatsphilosophie sozusagen vorausgesetzt. Als weitere vernunftgesetzte Voraussetzungen nennt Kant die Gleichheit sowie die Selbständigkeit. «Diese Principien sind nicht sowohl Gesetze, die der schon errichtete Staat giebt, sondern nach denen allein eine Staatserrichtung reinen Vernunftprincipien des äußeren Menschenrechts überhaupt gemäß möglich ist.»<sup>11</sup>

Das Recht (= das Gesetz) ist ebenfalls ein Vernunftbegriff. Das Recht hat bloß die äußere Freiheit im Zusammenleben der Menschen zum Gegenstand<sup>12</sup>. Das Recht soll das «Zusammenleben von Personen vor aller Erfahrung möglich machen»<sup>13</sup>. Freiheit und Recht hängen eng zusammen, weil Recht als Mittel zur Sicherung der äußeren Freiheit dient. Die Sicherung der Bedingung äußerer Freiheit durch Gesetz ist bei Kant der Angelpunkt seiner Rechts- und Staatstheorie. Damit hat Kant die Theorie der Schutzpflichten zugunsten der Grundrechte bereits mitgedacht. Das trifft sich auch mit dem Denken der französischen Revolution, das die Menschenrechte als umfassende Voraussetzung des liberalen Staats postulierte und jede Form der Machtkonzentration zu bändigen suchte.

Kants Rechtsbegriff weist zwei notwendige Elemente auf. Zum Vernunftbegriff des Rechts gehört die Befugnis des Gemeinwesens, die Einhaltung der Normen zu erzwingen. Recht ist ohne Erzwingbarkeit vernunftmäßig nicht denkbar. Der Zwangscharakter des Rechts folgt aus dessen Aufgabe, das Zusammenleben der Menschen in äußerer Freiheit widerspruchsfrei zu ermöglichen:

«Wenn ein gewisser Gebrauch der Freiheit selbst ein Hinderniß der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen (d. i. unrecht) ist, so ist der Zwang, der diesem entgegengesetzt wird, als

9 MS, Rechtslehre, AA VI 221 = Wei-VIII 326; siehe *Chr. W. Snell*, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 3; *Dreier*, Kants Republik (Fn. 1), S. 748.

10 MS, Rechtslehre, AA VI 221 = Wei-VIII 326.

11 Gemeinspruch, AA VIII 289 = Wei-VII 145.

12 *Dreier*, Kants Republik (Fn. 1), S. 747.

13 *Otfried Höffe*, Immanuel Kant, 5. Aufl., München 2000, S. 213.

Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammen stimmend, d.i. recht.»<sup>14</sup>

Als zweites Element schließt Kants Vernunftbegriff des Rechts die Idee der Menschenrechte ein: Jeder Mensch besitzt mit der Freiheit das einzige, «ursprüngliche jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht»<sup>15</sup>. Darauf ist im übernächsten Unterabschnitt II.4. speziell einzugehen.

### *3. Rousseauscher Ausgangspunkt und Fragestellung*

Kant macht sich – freilich nicht aus Gründen praktischer Erfahrung – den rousseauschen Ausgangspunkt des Gesellschaftsvertrages zu Eigen. Es liegt a priori in der Vernunftidee eines nicht-rechtlichen Zustandes, dass «Menschen, Völker und Staaten niemals vor Gewalttätigkeit gegen einander sicher sein können, und zwar aus jedes seinem eigenen Recht, zu tun, was ihm recht und gut dünkt, und hierin von der Meinung des anderen nicht abzuhängen»<sup>16</sup>. Kant bezeichnet das als einen «Naturzustand», wo «jeder seinem eigenen Kopfe folgt»<sup>17</sup>, der zwar nicht ein Zustand der Ungerechtigkeit, wohl aber der «Rechtlosigkeit» ist. Kant will über den Naturzustand hinausgehen und «in eine Vereinigung der Menschen unter Rechtsgesetzen eintreten»<sup>18</sup>. Mit diesem Übertritt vom natürlichen in den bürgerlichen Zustand unterwerfen sich die Menschen «einem öffentlich gesetzlichen äussern Zwange»<sup>19</sup>. Hier sind die Ansprüche des Einzelnen gesetzlich bestimmt und eine hinreichende, äußere Macht setzt diese durch. Chr. W. Snell erläuterte: «Der bürgerliche Zustand giebt demnach dem, was an sich Recht ist, erst Bestand und Sanktion: Durch ihn werden erst feste, dauernde und zuverlässige

14 MS, Rechtslehre, AA VI 231 = Wei-VIII 338.

15 Siehe Fn. 39.

16 MS, Rechtslehre, AA VI 312 = Wei-VIII 430.

17 MS, Rechtslehre, AA VI 312 = Wei-VIII 430.

18 *Jörg Paul Müller*, Perspektiven der Demokratie. Vom Nationalmythos Wilhelm Tell zur Weltsicht Immanuel Kants, Bern 2012, S. 38.

19 MS, Rechtslehre, AA VI 312 = Wei-VIII 430.

Gesellschaften unter den Menschen möglich.»<sup>20</sup> Kant hat die Theorie des rousseauschen Gesellschaftsvertrages von Erfahrungs- und Menschenbildelementen gereinigt und zum Ausgang seiner Staatsphilosophie gemacht.

Kants rechts- und staatsphilosophische Frage lautet unter den vorgegebenen Voraussetzungen der Freiheit, Gleichheit und Selbständigkeit: Unter welchen erfahrungsunabhängigen und rein rationalen Bedingungen ist das Zusammenleben der Menschen in äußerer Freiheit möglich<sup>21</sup>? Anthropologische Fragen, etwa das Menschenbild in Form des guten oder schlechten Charakters der Menschennatur, spielen bei Kant keine Rolle. Deshalb kann er diese Frage auch so stellen:

«Das Problem der Staatserrichtung ist, so hart wie es auch klingt, selbst für ein Volk von Teufeln (wenn sie nur Verstand haben) auflösbar und lautet so: Eine Menge von vernünftigen Wesen, die insgesamt allgemeine Gesetze für ihre Erhaltung verlangen, deren jedes aber insgeheim sich davon auszunehmen geneigt ist, so zu ordnen und ihre Verfassung einzurichten, daß, obgleich sie in ihren Privatgesinnungen einander entgegen streben, diese einander doch so aufhalten, daß in ihrem öffentlichen Verhalten der Erfolg eben derselbe ist, als ob sie keine solche böse Gesinnungen hätten.»<sup>22</sup>

Bei Kant halten sich die Menschen in der Weise je gegenseitig auf, dass ihre Gesinnungen keine Rolle mehr spielen. Das Recht schafft also Institutionen, die unabhängig von der Gesinnung der Menschen eine vernünftige Ordnung erzeugen. James Harrington (1611–1677) hatte vor Kant in seinem *Commonwealth of Oceana* (1656) einen ähnlichen Gedanken ausgesprochen. Im Hinblick auf die politische Ordnung gehe es darum, das Vertrauen nicht in Politiker, sondern in die politischen Institutionen zu setzen. «Gebt uns gute Menschen und sie werden uns gute Gesetze geben, ist die Maxime des Demagogen und zwar eine äußerst fehlbare (aufgrund der Veränderung, die man gemeinhin an Menschen wahrnimmt, sobald sie die Macht haben, ihren eigenen Willen durchzusetzen). Gebt uns gute Institutionen, und sie werden uns gute Men-

20 Chr. W. Snell, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 201.

21 Hoffe, Kant (Fn. 13), S. 215.

22 Ewiger Friede, AA VIII 366 = Wei-XI 224.

schen liefern, ist hingegen die Maxime des Gesetzgebers, und sie ist in der Politik die unfehlbarste.»<sup>23</sup>

Kant sucht nach einem vernünftigen Maßstab für das Recht, welches das Zusammenleben der Menschen in äußerer Freiheit ermöglicht. Der Verzicht auf das Recht kommt als Antwort nicht in Frage. Die Annahme einer uneingeschränkten Freiheit führt zum Krieg aller gegen alle und zur Gewaltherrschaft, womit die äußere Freiheit vieler vernichtet wird<sup>24</sup>. Diese Lösung wäre daher vernunftwidrig.

#### 4. Antwort: Das Prinzip der Freiheit

Vernünftig ist dasjenige Recht, welches die Freiheit des einen mit der Freiheit aller andern nach einem allgemeinen Gesetz (der Freiheit eben) verträglich macht<sup>25</sup>. In einer andern Formulierung von Kant: «Recht ist die Einschränkung der Freiheit eines jeden auf die Bedingung ihrer Zusammenstimmung mit der Freiheit von jedermann, insofern diese nach einem allgemeinen Gesetze möglich ist; und das öffentliche Recht ist der Inbegriff der äußeren Gesetze, welche eine solche durchgängige Zusammenstimmung möglich machen»<sup>26</sup> oder die Verfolgung der eigenen Ziele findet ihre Grenze an «der Freiheit anderer, einem ähnlichen Zwecke nachzustreben, die mit der Freiheit von jedermann nach einem möglichen allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann, (d.i. diesem Rechte des andern) nicht Abbruch tut»<sup>27</sup>. Die Unterwerfung der Men-

23 James Harrington, Politische Schriften, München 1973, S. 49 ff., 117; ähnlich James Madison, in: Hamilton/Madison/Jay, Federalist-Papers Nr. 51, zitiert nach: Angela und Willi Paul Adams (Hrsg.), Hamilton/Madison/Jay, Die Federalist-Artikel, Paderborn 1994, S. 314.

24 MS, Rechtslehre, AA VI 354 f. = Wei-VIII 478 f.

25 In Anlehnung an die MS, Rechtslehre, AA VI 230 = Wei-VIII 337: «Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.».

26 Gemeinspruch, AA VIII 289 f. = Wei-XI 144.

27 Gemeinspruch, AA VIII 290 = Wei-XI 145; Chr. W. Snell, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 233 gibt ohne Quelle wörtlich diesen Text an, was zeigte, wie eng er sich an Kant anschloss.

schen unter Rechtsgesetze ergibt sich aus der Begrenztheit der bewohnbaren Erde. Die Erdoberfläche steht den Menschen gemeinschaftlich zu. Denn die Menschen können sich auf der Kugelfläche «nicht ins Unendliche zerstreuen, [...] sondern [müssen] sich doch neben einander dulden, ursprünglich [hat] aber niemand an einem Orte der Erde zu sein mehr Recht, als der Andere»<sup>28</sup>.

Der von Kant gefundene Maßstab zur Beurteilung der Gesetze klingt in Art. 4 der französischen Menschenrechtserklärung von 1789 an<sup>29</sup>:

«La liberté consiste à pouvoir faire tout ce, qui ne nuit pas à autrui: ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.»

Kants Rechts- und Staatsphilosophie ist auf den zweiten Satz von Art. 4 Déclaration 1789 konzentriert und sie bleibt stets auf die vernünftige Sicherung der Freiheit ausgerichtet. Das Gesetz ist die Antwort auf die Frage, «ob die Rechtsnorm eine vernünftige Bedingung für ein friedliches Zusammenleben freier Menschen darstellt»<sup>30</sup>. Kant ist maßgeblich von der französischen Aufklärung und von Rousseau beeinflusst<sup>31</sup> und würde niemals dem Satz zustimmen, dass nur die Macht das Recht macht oder dass jede vom Gesetzgeber beschlossene Norm – im Sinne des Rechtspositivismus – als ein Gesetz gelten darf. Vielmehr hat das vom Menschen gesetzte Recht die «Freiheit eines jeden

28 Ewiger Friede, AA VIII 358 = Wei-XI 213 f.; *Chr. W. Snell*, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 102, 386 ff. folgt Kant fast wörtlich.

29 Text: z.B. *Günther Franz*, Staatsverfassungen, 2. Aufl., München 1964, S. 302 ff., 304 f., Übersetzung: «Die Freiheit besteht darin, alles tun zu können, was einem andern nicht schadet. Die Ausübung der natürlichen Rechte jedes Menschen hat also nur die Grenzen, die den andern Mitgliedern der Gesellschaft den Genuss der gleichen Rechte sichert. Diese Grenzen können nur durch das Gesetz bestimmt werden.» Dieser Gedanke findet sich auch in den späteren Erklärungen, etwa in Art. 2 und 3 der Erklärung des Gironde-Verfassungsentwurfs, *Andreas Kley/Richard Amstutz*, Gironde-Verfassungsentwurf aus der französischen Revolution vom 15./16. Februar 1793, Zürich/Baden-Baden 2011, S. 92 f.

30 *Jörg Paul Müller*, Die demokratische Verfassung, Zürich 2002, S. 27.

31 Müller, Verfassung (Fn. 30), S. 26; *Immanuel Kant*, Briefwechsel mit J.G. Herder 1765–1798, AA X 76.

[...] mit der Freiheit von jedermann»<sup>32</sup> zusammenzustimmen. Rousseau schrieb, dass die Republik die Bürger zwinge, frei zu sein, was jeden Bürger vor persönlicher Abhängigkeit schütze<sup>33</sup>. Kant hatte diese Stelle wohl vor Augen, als er schrieb, dass sich die alten Formen der Herrschaft, die die Untertänigkeit des Volks bewirkten, in rationale Formen auflösen werden, «welche allein die Freiheit zum Prinzip, ja zur Bedingung alles Zwanges macht»<sup>34</sup>. Und noch deutlicher folgte er Rousseau: Der Mensch bedürfe «eines Herrn, der ihm den eigenen Willen breche, und ihn nötige, einem allgemeingültigen Willen, dabei jeder frei sein kann, zu gehorchen»<sup>35</sup>. Der Zwang rechtfertigt sich kantisch nur aus der Freiheit. Rousseau gibt diesen Gedanken verkürzt wieder, wenn er die Bürger mit dem Gemeinwillen zur Freiheit zwingt. Hans Kelsen hatte in fast wörtlicher Anlehnung an Rousseau in seiner Demokratietheorie formuliert: «Überspitzt könnte man sagen: Der Staatsbürger ist nur durch den allgemeinen Willen frei und wenn man gegenüber dem Widerwilligen den Staatswillen aufzwingt, zwingt man diesen frei zu sein.»<sup>36</sup>

Die Menschenrechte sind für die Aufklärung wie für Kant dem Menschen angeboren, so wie das auch Rousseau im *Contrat Social* formuliert hatte: «L'homme est né libre, et partout il est dans les fers.»<sup>37</sup> Kant spricht vom Menschenrecht, das «durch Vernunft unmittelbar Achtung

32 Siehe Fn. 26.

33 Jean-Jacques Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag, übersetzt von Erich Wolfgang Skwara, Frankfurt a.M./Leipzig 1996, I. Buch, 7. Kapitel, S. 31: Der Gemeinwillte folgt dem freien Willen, damit zwingt man die nicht Zustimmenden «frei zu sein».

34 MS, Rechtslehre, AA VI 340 = Wei-IV 464.

35 Immanuel Kant, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, AA VIII 15, S. 23 = Wei-XI 31 ff., S. 40 (sechster Satz) und dazu Chr. W. Snell, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 205 f.

36 Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., Tübingen 1929, S. 13; auch enthalten in ders., Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie, ausgewählt und herausgegeben von Matthias Jestaedt und Oliver Lepsius, Tübingen 2006, S. 149 ff.

37 Jean-Jacques Rousseau, Du contrat social ou principes de droit politique, in: ders., Œuvres complètes, Tome III : Du contrat social, écrits politiques, Paris 1964, livre I, S. 351; Übersetzung (Fn. 33), S. 12 : «Der Mensch ist frei geboren, und überall befindet er sich in Ketten.».

abnöthigt»<sup>38</sup>, also denkerisch vorausgesetzt und damit wie angeboren ist. Kant entwirft keinen Katalog von Menschenrechten, vielmehr bleibt es beim bloßen «Menschenrecht». Es handelt sich um eine umfassende und inhaltlich unbestimmte Garantie von Freiheit, die sich nicht deshalb erschöpft, weil einzelne Menschenrechte in einem Katalog fehlen. «Freiheit (Unabhängigkeit von eines Anderen nöthiger Willkür), sofern sie mit jedes Anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht.»<sup>39</sup> Für Kant ist die so bestimmte Freiheit unteilbar und unspezifizierbar, in Ansehung des angeborenen Mein und Dein gebe es keine Rechte, «sondern nur Ein Recht»<sup>40</sup>. Chr. W. Snell macht deutlich, dass allein die Berechtigten den Inhalt der Freiheit festlegen: «Denn das ist ja eben die Absicht, [...] dass jeder nach seinen Einsichten und seinem besten Wissen [...] auch sein und anderer Wohl schaffen möge. [...] Wer mich zwingen wollte, auf seine Art, wie er sich das menschliche Wohlseyen denkt, glücklich zu seyn, der würde den unerträglichsten Despotismus gegen mich ausüben.»<sup>41</sup> Nur der Freie selbst kann festlegen, was er mit dieser Freiheit unternimmt. Carl Schmitt, der sich zwar nicht zum freiheitlichen Rechtsstaat bekannte, formulierte es dennoch prägnant: «Was Freiheit ist, kann nämlich in letzter Instanz nur derjenige entscheiden, der frei sein soll. Sonst ist es nach allen menschlichen Erfahrungen mit der Freiheit schnell zu Ende.»<sup>42</sup>

Dieses eine Menschenrecht der Freiheit ist nicht bloß ein von Kant gedachter Typus, sondern vielmehr schließt Kant damit an die französische Aufklärung und an die Menschenrechtskataloge der französischen Revolutionsverfassungen an. Die Kataloge enthalten ein allgemeines Freiheitsrecht wie den oben erwähnten Art. 4 der Déclaration 1789. Sie weisen weitere Menschenrechte aus; diese sind aber zufällige

38 Gemeinspruch, AA VIII 306 = Wei-XI 164.

39 MS, Rechtslehre, AA VI 237 = Wei-VIII 345; Dreier, Kants Republik (Fn. 1), S. 748.

40 MS, Rechtslehre, AA VI 237 = Wei-VIII 345.

41 Chr. W. Snell, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 233.

42 Carl Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, Berlin 1958, S. 140 ff. (167).

und historisch bedingte Nennungen von Problemlagen. Entscheidend ist die Tatsache, dass es nur ein einziges Menschenrecht gibt, nämlich die unteilbare und umfassende Freiheit<sup>43</sup>.

Aus Kants Prinzip der Freiheit folgt Verschiedenes, wovon drei wichtige Punkte hervorzuheben sind.

(1) Das Recht betrifft voraussetzungsgemäß nur die äußere, nicht aber die innere Freiheit. Die Aufgabe der Freiheitssicherung in Kants Rechtslehre verbietet es dem Gemeinwesen, bloß moralische Pflichten oder Gesinnungen zu Rechtsnormen zu erheben. Zulässig sind nur solche Normen, deren Missachtung das Zusammenleben der Menschen in äußerer Freiheit verunmöglichen. So muss etwa Mord oder Diebstahl verboten sein oder der Vertragsbruch ist ebenfalls zu sanktionieren. Dieser Gedanke findet sich auch bei Rousseau: Der Souverän mit seiner volonté générale «darf die Untertanen nicht mit Ketten belasten, die der Gemeinschaft unnütz sind, er darf es nicht einmal wollen»<sup>44</sup>. Chr. W. Snell stellte fest, dass der Staat weiter nichts verlangte, «als dass seine Bürger die äusseren Gesetze beobachten: Ob sie dies aus Liebe und Achtung gegen das Gute oder aus Furcht vor der Strafe thun, darum bekümmert er sich nicht». Die Vergeltung der Übertretung sittlicher Gesetze könne der Staat ruhig der Gottheit überlassen<sup>45</sup>. In diesem Sinne ist die Bestrafung des Selbstmordes nicht zulässig, denn dieser verunmöglicht das Zusammenleben der Menschen in äußerer Freiheit nicht<sup>46</sup>. Oder eine Bestimmung wie sie Art. 70 Abs. 1 der Nordkoreanischen Verfassung stipuliert: «Die Bürger müssen das Staatseigentum und das Gemeinschaftseigentum schonen und lieben»<sup>47</sup>, ist unzulässig, da sie mit der Forderung des Liebens den Bereich äußerer Freiheit verlässt.

(2) Die Freiheitssicherung durch das Verträglichmachen der einen äußeren Freiheit mit jener eines andern Menschen steht im Vordergrund und rückt alle andern Anliegen, namentlich die soziale Gerechtigkeit

43 Abschnitt III. 6. zu S. Kaiser.

44 Rousseau, Gesellschaftsvertrag (Fn. 33), II. Buch, 4. Kapitel, S. 45.

45 Chr. W. Snell, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 312.

46 Höffe, Kant (Fn. 13), S. 216.

47 Text: Georg Brunner/Boris Meissner (Hrsg.): Verfassungen der kommunistischen Staaten, Paderborn u.a. 1980, S. 312 ff., insb. S. 319.

und die Wohlfahrt, in den Hintergrund. Kants Rechtsordnung will zuerst die Freiheit sichern und nicht etwa die Wohlfahrt fördern<sup>48</sup>:

«Die beste Regierungsform ist nicht die, worin es am bequemsten ist zu leben (Eudämonie), sondern worin dem Bürger sein Recht am meisten gesichert ist.»

Der Staat darf die Menschen nicht glücklich machen wollen und in die innere Sphäre eingreifen, ansonsten wird er zum Despoten<sup>49</sup>. Der Sozialstaat ist kein Ziel seiner Staatsphilosophie; er «darf deshalb nirgendwo zu Lasten des Rechtsstaates entwickelt werden»<sup>50</sup>. Freilich ist es dem Staat nicht verboten, die Glückseligkeit und Wohlfahrt seiner Bürger zu fördern; das darf aber nicht an die erste Stelle treten. Immerhin kann die Förderung der Wohlfahrt ein Mittel sein, um den «rechtlichen Zustand [...] zu sichern»<sup>51</sup>:

«Der Satz: *Salus publica suprema civitatis lex est*, bleibt in seinem unverminderten Werth und Ansehen; aber das öffentliche Heil, welches zuerst in Betrachtung zu ziehen steht, ist gerade diejenige gesetzliche Verfassung, die jedem seine Freiheit durch Gesetze sichert: wobei es ihm unbenommen bleibt, seine Glückseligkeit auf jedem Wege, welcher ihm der beste dünkt, zu suchen, wenn er nur nicht jener allgemeinen gesetzmäßigen Freiheit, mithin dem Rechte anderer Mitunterthanen Abbruch thut.»

Wie eng Chr. W. Snell sich an die kantische Staatsphilosophie anlehnte, zeigt das folgende Parallelzitat, wobei Snell nur selten deutlich macht<sup>52</sup>, dass er sich wörtlich auf Kant bezieht<sup>53</sup>:

«Wenn man die Ausdrücke *Wohl des Staates, gemeinses Bestes* in jener erstern richtigen Bedeutung nimmt; so ist nichts Wahreres als der alte Ausspruch *Salus reipublicae suprema lex esto*. Diesem öffentlichen Heile (der rechtlichen Verfassung, die jedem Freiheit durch Gesetze sichert) muss alles Übrige nachstehen: Selbst die Glückseligkeit der Bürger ist ein viel geringeres Gut. [...] Dass das Staatsoberhaupt nicht auch Einrichtungen im Staat

48 Aus dem Nachlass, Vorarbeiten MS, AA XXIII 257.

49 Gemeinspruch, AA VIII 302 = Wei-VI 159; *Chr. W. Snell*, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 233.

50 *Höffe*, Kant (Fn. 13), S. 214.

51 Gemeinspruch, AA VIII 298 =Wei-XI 155.

52 *Chr. W. Snell*, Vernunftrecht (Fn. 2) gibt Kant nur an fünf Stellen an: S. 253, 259, 264, 360, 400.

53 *Chr. W. Snell*, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 247.

machen dürfe, welche die Glückseligkeit der Bürger beabsichtigen, ist hiermit nicht gesagt: nur darf dies nicht sein vornehmster Zweck seyn.»

Die Idee der Selbstregierung des Volkes macht die Freiheit zum Schlusskriterium der Gerechtigkeit. Das Gesetz ist nur dann legitim, wenn es den Zwang zum Schutz der Freiheit einsetzt<sup>54</sup>. Allerdings schließt Kant den Sozialstaat nicht aus, wie Snell richtigerweise sagt; dieser steht an nachgeordneter Stelle.

(3) Die Rechtsordnung als Freiheitsordnung muss das Eigentum aufweisen. Es ist «eine Voraussetzung *a priori* der praktischen Vernunft einen jeden Gegenstand meiner Willkür als objectiv mögliches Mein oder Dein anzusehen und zu behandeln»<sup>55</sup>. Kant legt in seinem *Privatrecht* der Rechtslehre den Vernunftbegriff des Eigentums dar und entwickelt daraus die Notwendigkeit des Gemeinwesens.

Das Eigentum ist dem Staat also vorgegeben und begründet rechtsphilosophisch die Notwendigkeit des Staates. Dem Staat ist aufgegeben, die Eigentumstitel zu schaffen und sie gegen Übergriffe zu sichern. Der Staat leitet sich aus dem vernunftmäßigen Eigentum ab; er ist eine dem Eigentum nachfolgende Institution sekundärer Art. Kant zählt zum Eigentum auch Ehe und Familie, also das Privatleben. Darüber hinaus schützt das Gesetz auch Leib und Leben der Menschen. Kant behandelt sie zwar nicht eigens, aber es wird im Staatsrecht deutlich, dass das Gemeinwesen die Gewalttätigkeit der Menschen aufhebt<sup>56</sup>. Kant leitet den Staat als eine aus dem Eigentum und der Freiheit sich notwendig ergebende Institution her. Er folgt dabei der Theorie des Gesellschaftsvertrages<sup>57</sup>.

Für Kant genügt indessen nicht das Vorhandensein eines beliebigen Staates, sondern es soll eine Republik sein, die gewaltenteilig organisiert

54 Ingeborg Maus, Über Volkssouveränität, Elemente einer Demokratietheorie, Frankfurt a.M. 2011, S. 195 f., wonach die Freiheitsrechte Voraussetzung und Ergebnis der Volkssouveränität sind.

55 MS, Rechtslehre, AA VI 246 = Wei-VIII 354 f.

56 MS, Rechtslehre, Staatsrecht § 44, AA VI 312 = Wei-VIII 430 f.

57 Im Einzelnen Höffe, Kant (Fn. 13), S. 226 ff.; Chr. W. Snell, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 215, 249 ff.

ist<sup>58</sup>. In diesem Staat liegt die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit von Handlungen bei seinen Institutionen und es handelt sich um einen Staat, der nach dem beschriebenen vernunftmäßigen, streng allgemeinen Gesetz bestimmt ist. Die Staaten sind von Kant aufgefordert – wie immer sie auch regiert werden – «das Volk nach Principien zu behandeln, die dem Geist der Freiheitsgesetze (wie ein Volk mit reifer Vernunft sie sich selbst vorschreiben würde) gemäß sind»<sup>59</sup>. Kant postuliert als Anhänger der Ideen der französischen Revolution die Identität von Herrschern und Beherrschten<sup>60</sup>, also die Selbstgesetzgebung im Sinne von Rousseau<sup>61</sup>:

«Die Idee einer mit dem natürlichen Rechte der Menschen zusammenstimmenden Constitution: daß nämlich die dem Gesetz Gehorchnenden auch zugleich, vereinigt, gesetzgebend sein sollen, liegt bei allen Staatsformen zum Grunde, und das gemeine Wesen, welches, ihr gemäß durch reine Vernunftbegriffe gedacht, ein platonisches Ideal heißt (*res publica noumenon*), ist nicht ein leeres Hirngespinst, sondern die ewige Norm für alle bürgerliche Verfassung überhaupt und entfernt allen Krieg.»<sup>62</sup>

Es liegt auf der Hand, dass für Kant die Demokratie diejenige Staatsform ist, die die Identität von Herrschern und Beherrschten herstellt. Kant anerkannte die Republik als Staatsform, welche die Selbstregierung des Volkes verwirklicht<sup>63</sup>. In diesem Staat sind die Einzelnen «durch das gemeinsame Interesse Aller» verbunden und damit in einem «rechtlichen Zustand», der «das gemeine Wesen (*res publica latius sic dicta*) genannt wird»<sup>64</sup>.

58 MS, Rechtslehre, Staatsrecht § 45, AA VI 313 f. = Wei-VIII 431 f.; ebenso *Chr. W. Snell*, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 243, 238.

59 Fakultäten, AA VII 90 f. = Wei-XI 364 f.

60 Fakultäten, AA VII 90 f. = Wei-XI 364; *Jörg Paul Müller*, Der politische Mensch – Menschliche Politik, Basel/München 1999, S. 134.

61 Nach Rousseau gilt: Ein Gesetz, das ein Ausdruck der volonté générale ist, kann niemals ungerecht sein, denn keiner kann ungerecht gegen sich selber sein, *Rousseau*, Gesellschaftsvertrag (Fn. 33), II. Buch, 6. Kapitel, S. 55. Es herrscht Identität zwischen Regierten und Regierung.

62 Fakultäten, AA VII 90 f. = Wei-XI 364.

63 *Müller*, Perspektiven der Demokratie (Fn. 18), S. 55; *Dreier*, Kants Republik (Fn. 1), S. 750 f.

64 MS, Rechtslehre, AA VI 311 = Wei-VIII 429.

## 5. Die friedliche Wandlung zur Republik

Die Einhaltung der unverlierbaren Menschenrechte wird bei Kant mit einem aus heutiger Sicht schwachen Schutzschild ausgestattet. Die «Freiheit der Feder [...] ist das einzige Palladium der Volksrechte»<sup>65</sup>. Nur die öffentliche Kritik soll die Herrscher dazu anhalten, Reformen in der Richtung der vernünftigen Gesetzgebung in Angriff zu nehmen. Kant fordert nicht eigentlich die Meinungsfreiheit, sondern die Bürger sollen sich die Freiheit selbst nehmen und kritisieren. Diese Kritik unterstützt das Reformieren oder das allmähliche Bessermachen einer als mangelhaft empfundenen Verfassung. Christian Wilhelm Snell erläutert<sup>66</sup>:

«Alles was das Volk auf rechtliche Art hierbei thun kann, ist, dass es durch dringende aber immer bescheidene und ehrerbietige Vorstellungen, und durch den in den Schranken der Hochachtung und Liebe für die bestehende Verfassung bleibenden Gebrauch der Schreib- und Pressefreiheit die Aufmerksamkeit des Souverains auf die einer Verbesserung benöthigten Gegenstände hinlenke und ihm seine [...] Bedürfnisse und Wünsche ans Herz lege; jedoch mit dem Gefühle seiner Pflicht, auch in dem Falle, dass nicht auf diese Vorstellungen geachtet wird [...].»

Snell lehnt den gewaltsamen Umsturz ab und zieht den friedlichen, gewaltlosen Prozess vor, der am Ende in die beste Staatsform, die Republik, mündet. Es mag die in den Menschen wohnende Vernunft sein, die von sich aus dem besseren Argument den Vorrang gibt und dadurch die Veränderung zum Besseren ermöglicht. Kant erwartet die Besserung nicht in Form einer gewaltsamen Revolution «von unten hinauf», sondern evolutiv durch Einsicht und sanften Druck auf die Regierenden «von oben herab»<sup>67</sup>.

65 Gemeinspruch, AA VIII 304 = Wei-XI 161; *Wilhelm Snell*, Naturrecht, herausgegeben von einem Freunde des Verewigten, (1. Aufl., Bern 1857) 2. Aufl., Bern 1859, S. 231.

66 *Chr. W. Snell*, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 265; auch die modernen Interpretationen weisen auf diesen von Kant beabsichtigten evolutiven Prozess hin, *Dreier*, Kants Republik (Fn. 1), S. 750.

67 Fakultäten, AA VII 92 = Wei-XI 366.

Kant lehnt Gewalt oder ein Recht auf Widerstand ab. Selbst gegen einen «für unerträglich ausgegebenen Missbrauch der obersten Gewalt» darf man sich nicht auflehnen<sup>68</sup>.

«Der Grund der Pflicht des Volks einen, selbst den für unerträglich ausgegebenen Mißbrauch der obersten Gewalt dennoch zu ertragen liegt darin: daß sein Widerstand wider die höchste Gesetzgebung selbst niemals anders als gesetzwidrig, ja als die ganze gesetzliche Verfassung zernichtend gedacht werden muß. Denn um zu demselben befugt zu sein, müßte ein öffentliches Gesetz vorhanden sein, welches diesen Widerstand des Volks erlaubte, d.i. die oberste Gesetzgebung enthielte eine Bestimmung in sich, nicht die oberste zu sein und das Volk als Unterthan in einem und demselben Urtheile zum Souverän über den zu machen, dem es unterthänig ist; welches sich widerspricht [...].»<sup>69</sup>

Eine Verfassung, die ein Widerstandsrecht vorsieht, bedeutet für Kant einen vernunftmäßigen Selbstwiderspruch: Das Recht kann nicht mit einem Widerstandsrecht von seiner Verbindlichkeit entbinden. Kant vertritt hier einen – so will es heutigen Lesern erscheinen – strikten Rigorismus. Seine Haltung ist dennoch folgerichtig, weil er sein kritisches Vernunftrecht von jeder empirischen und positiven Gesetzgebung trennt. Seine Aussage betrifft nicht die geschichtliche Wirklichkeit eines möglichen Staates, sondern allein das widerspruchsfreie Denken. Unverbindlichkeit (unter den Bedingungen eines Widerstandsrechts) und Verbindlichkeit des Rechts können nicht zusammen gedacht werden. Chr. W. Snell folgte Kants Auffassung zum Widerstand voll und ganz<sup>70</sup>; seine beiden Söhne konnten diese Auffassung – nicht zuletzt zufolge der erlittenen Verfolgung – nicht teilen. Gegen Kant und seinen Vater meinte Wilhelm Snell: «Die Vernunft kennt keinen blinden Gehorsam.» Gegen harte Regierungsmaßregeln gebe es keine Notwehr, wohl aber die Beschwerdeführung, Verantwortlichkeitsgesetze und die Presse. «Gegen die Gewalt des Staates, welche die Prinzipien der Ver-

68 MS, Rechtslehre, AA VI 320 ff. = Wei-VIII 440; *Chr. W. Snell*, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 253 ff., Müller, Perspektiven der Demokratie (Fn. 18), S. 33.

69 MS, Rechtslehre, AA VI 320 = Wei-VIII 440.

70 *Chr. W. Snell*, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 256 f.; auf S. 254 erwähnt er lediglich das Recht auf Beschwerde (gravamina).

fassung» verletze, gebe es ein «Recht zur Insurrektion und zum Widerstand»<sup>71</sup>.

71 W. Snell, Naturrecht (Fn. 65), S. 233, beide Zitate.

### III. Christian Wilhelm Snells Söhne tragen den freiheitlich-republikanischen Kant ins Ausland

#### *1. Deutschland vertreibt den freiheitlich-republikanischen Kant*

Das freiheitlich-republikanische Denken Kants hat im 19. Jahrhundert in Deutschland unter den Kant-Interpretationen ein Schattendasein geführt<sup>72</sup>, und das hatte innenpolitische Gründe. Preußen hatte dafür gesorgt, dass es Deutschland verlassen musste<sup>73</sup>. Die Repression setzte mit den Karlsbader Beschlüssen vom 20. September 1819<sup>74</sup> ein und sie verschärfte sich mit den Revolutionen von 1830 und 1848. Die Umformung der Monarchien zu rechtsstaatlichen Demokratien misslang gründlich. Die Monarchen konnten alle Aufstände nach ihren Anfangserfolgen unterdrücken; Tausende von Anhängern der liberalen Ideen hatte die politische Polizei der deutschen Länder international verfolgt; Preußen spielte eine Vorreiterrolle und ließ seine Beziehungen über seine Grenzen hinaus spielen. Die deutschen Kerker füllten sich; wen die Polizei nicht dingfest machen konnte, der war jahrelang auf der Flucht und musste auswandern. Als Fluchttore dienten etwa Übersee, England und die Schweiz.

Die deutsche und die schweizerische Geschichte berühren sich in der Flüchtlingsfrage und in den Revolutionen von 1830 und 1848. Nach den Karlsbader Beschlüssen legte der Fürstenkongress von Troppau 1820 mit den Herrschern Österreichs, Preußens und Russlands unter dem Eindruck eines bürgerlichen Aufstands in Neapel fest, dass jeder Staat Europas notfalls durch Zwangsmittel zur legitimen Ordnung zurückgeführt werden sollte. Damit sicherten sich die monarchischen Mächte ein Interventionsrecht zu. Die europäischen Monarchien zwangen im März 1823 die Eidgenossenschaft zum Erlass eines Fremdenkonklusums, das

72 Dreier, Kants Republik (Fn. 1), S. 745.

73 Peter von Matt, Wagner in Zürich. Eine kulturhistorische Erzählung, in: ders., Das Kalb vor der Gotthardpost. Zur Literatur und Politik der Schweiz, München 2012, S. 259 ff. (259).

74 Siehe Ernst Rudolf Huber, Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Band 1: 1803–1850, Stuttgart 1961, S. 90 ff. mit dem Universitäts-, Preß- und Untersuchungsgesetz.

strengste Preszensur und Fremdenkontrolle nach sich zog<sup>75</sup>. Der Druck ließ nach und 1829 hob die Tagsatzung das Konklusum auf<sup>76</sup>. Das Problem war aber keineswegs gelöst, denn die Revolutionen von 1830 und 1848 waren in der Schweiz ein voller Erfolg und die in die Schweiz geflohenen Deutschen sollten zu bilateralen Spannungen führen. Ab 1830 errichteten die Kantone nach und nach liberale und demokratische Ordnungen. 1848 sprang diese Bewegung auf den Bund über. Die Schweiz überführte den bündischen «corps hélvetique» des Wiener Systems in einen Bundesstaat nach nordamerikanischem Vorbild. Sie machte sich zu einer republikanischen Insel inmitten eines monarchischen Europas. Sie suchte ihre republikanische Einsamkeit dadurch zu überbrücken, dass sie über den Atlantik blickte und die Vereinigten Staaten von Amerika als «sister republic»<sup>77</sup> ansprach.

Die Flüchtlingsfrage entwickelte sich zu einer erheblichen Belastung. Nach dem Scheitern der liberalen Bewegungen in den Monarchien flohen liberale Freiheitskämpfer auch in die Schweiz. Sie konnten fortfahren, ihre politischen Ideen in ihren Heimatländern zu verbreiten. Die monarchischen Nachbarn betrachteten die schweizerische Flüchtlingspolitik kritisch, denn die Flüchtlinge betrieben in ihren Augen vom Ausland aus den Umsturz. Frankreich und Österreich wollten mit einer Intervention die Ausweisung aller Flüchtlinge erzwingen. Die schweizerische Bundesregierung, der Bundesrat, gab teilweise nach und wies die nichtschweizerischen Mitglieder verschiedener Arbeitervereine aus<sup>78</sup>. Nationalratspräsident Alfred Escher (1819–1882) ging in seiner

75 Massregeln in Hinsicht auf den Missbrauch der Druckerpresse und auf die Fremdenpolizey, Beschluss der Tagsatzung vom 14. 7. 1823, Offizielle Sammlung der das Schweizerische Staatsrecht betreffenden Aktenstücke, II. Band, 1838, S. 71 f.

76 Offizielle Sammlung (Fn. 75), II. Band, S. 230.

77 James H. Hutson, *The Sister Republics: die Schweiz und die Vereinigten Staaten von 1776 bis heute*, Bern 1992; z.B. die Rede von Bundespräsident Knüsel anlässlich des Empfangs des amerikanischen Minister-Residenten G.G. Fogg vom 1. 7. 1861 in Bern, Diplomatische Dokumente der Schweiz, Bd. 1, Nr. 434, S. 852 f.

78 Bericht und Beschluss in Sache der deutschen Arbeitervereine, Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1850 I 189, S. 243 f.; ferner Bericht vom 28. 2. 1851 über die Flüchtlingsangelegenheit, Bundesblatt 1851 I 239.

Eröffnungsansprache vom 5. April 1850 auf diese außenpolitischen Verhältnisse ein und stellte dabei die Schweiz so dar<sup>79</sup>:

«Ja, meine Herren, unser Alpenland soll der Hochaltar der Freiheit in Europa sein. Diesen Hochaltar rein und unbefleckt zu erhalten [...] ist die schöne Aufgabe, welche die Vorsehung unserm Volke in der Reihe der Kämpfer für die Demokratie [...] übertragen hat. Erfüllt das Schweizervolk diese Aufgabe gewissenhaft, so wird dies [...] auch zum Frommen aller derer gereichen, die außer unserm Vaterlande für die Völkerfreiheit erglühen. Es wird [...] die Kraft und das Glück eines freien Volkes sich vor den Augen Europas fortwährend lebendig beurkunden, so wird sich um diesen hellleuchtenden Freiheitsaltar herum um so eher auch ein europäischer Freiheitstempel erheben: in bittern Stunden des Leidens aber, welche auch fürder den Streitern für die Freiheit der Völker nicht erspart sein werden, wird ein Blick auf jenen Hochaltar, auf dem die Leuchter der Freiheit, so Gott will, nie erloschen werden, die treuen Streiter zu neuem Ringen ermuthigen und begeistern. [...] Sollte die Reaktion je an diesem Hochaltare, unserm freien Alpenlande, sich mit frevler Hand vergreifen wollen, so könnte aller derer, welche der heiligen Sache der Volksfreiheit, wo immer es auch sein möchte, dienen, nur ein Gefühl sich bemächtigen, das Gefühl, daß nun Hand an das innerste Heiligthum der Völkerfreiheit gelegt sei, das Gefühl, daß nicht blos der Schweiz, sondern der Demokratie überhaupt der Untergang bereitet werden wolle, das Gefühl, daß darum nicht nur die Schweiz, sondern alle, welche die Völkerfreiheit nicht aus unserm Welttheile verbannt wissen wollen, den hingeworfenen Handschuh aufzuheben haben. Dieses Gefühl würde eine furchtbare Macht zur natürlichen Verbündeten unsers Vaterlandes machen und diese Verbündete hätte die Schweiz der Völkersolidarität zu verdanken.»

Escher hatte die mit Intervention drohenden Monarchen mit religiösen Begriffen in die Schranken gewiesen: «Hochaltar rein und unbefleckt», «hellleuchtenden Freiheitsaltar», «heilige Sache der Volksfreiheit» oder «innerstes Heiligthum der Völkerfreiheit». Die monarchischen Fürsten Europas erhalten mit ihrer «frevler Hand» (Frevel = Entheiligung) einen diabolischen Charakter. Ein solches Reden war nicht zuletzt möglich, weil sich die Denker der Freiheit auch in der Schweiz konzentrierten, nachdem sie aus den Monarchien vor der Verfolgung geflohen waren.

79 Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1850 I 245, S. 250 f.

Für die Schweiz war die Jagd Liberaler im monarchisch regierten Ausland ein Geschenk. Sie nahm die Flüchtlinge auf und ließ sie in der Wirtschaft, in den Schulen und vor allem in den Universitäten mitwirken. Die moderne Schweiz verdankt ihnen viel. Denn das waren nicht beliebige Flüchtlinge, sondern gut ausgebildete Handwerker und Intellektuelle, die sich ein neues Deutschland mit liberalem und verfassungssstaatlichem Gesicht wünschten. Die Schweiz konnte den Neuankömmlingen Arbeit und Brot bieten; denn ihre Gesinnung und ihre Fähigkeiten waren höchst erwünscht. Die Kantone Zürich und Bern schüttelten 1831 die zünftische und aristokratische Herrschaft ab und machten sich zu echten Republiken auf aufklärerischer Grundlage. Als direkte Folge dieser staatsrechtlichen «Verbesserung»<sup>80</sup> gründeten die beiden Kantone 1833 und 1834 Universitäten, die das erforderliche Personal für den neuen Staat ausbilden sollten. Der Bund folgte 1855 mit der Gründung des Eidgenössischen Polytechnikums (heute Eidgenössische Technische Hochschule). Bei der Gründung der Universitäten Zürich und Bern handelte es sich um europäische Premieren: Erstmals gründeten republikanische Staaten, und nicht die Kirche oder ein Fürst eine Universität. Als Professoren amtierten auch am Polytechnikum deutsche Flüchtlinge, die nach der gescheiterten Revolution 1849 Deutschland verlassen mussten. Etwa Richard Wagner oder Gottfried Semper (1803–1879) mussten wegen ihrer Beteiligung am Aufstand in Dresden fliehen. Wagner hatte die Gründer des Polytechnikums auf Semper aufmerksam gemacht, der 1855–1871 in Zürich eine Professur für Architektur versah<sup>81</sup>. In der Schweiz hinterließ Semper zahlreiche Bauten, darunter das Hauptgebäude der ETH in Zürich und eine Sternwarte<sup>82</sup>. Und als einziger Bau südlich der Alpen schuf Semper die Villa Garbald in Castasegna an der schweizerisch-italienischen Grenze.

Auf diese Weise kamen zahlreiche politische Flüchtlinge in und nach der Zeit der Regeneration in die Schweiz. Der italienische Patriot Ugo Foscolo floh in die Schweiz nach Graubünden und konnte feststellen, dass die Leute in Graubünden, obwohl sie teilweise italienisch sprechen,

80 Chr. W. Snell, Vernunftrecht, (Fn. 2), S. 265.

81 v. Matt, Wagner in Zürich (Fn. 73), S. 260 ff.

82 Martin Fröhlich, Gottfried Semper, Historisches Lexikon der Schweiz, Band 11, Basel 2011, S. 433.

frei seien<sup>83</sup>. Die Schweiz erschien ihm als ein republikanisches Paradies. Die Monarchien Europas, insbesondere Preußen, befruchteten, sozusagen unfreiwillig, den republikanischen Geist der Schweiz. Das zeigt sich an der Biographie und am Wirken der beiden Brüder Ludwig und Wilhelm Snell.

## *2. Die Gebrüder Snell verbreiten die kantische Staatsphilosophie in der Schweiz*

Die beiden Söhne von Chr. W. Snell kamen nach großen Umwegen in die Schweiz. Wilhelm reiste 1820 in die Schweiz ein und die Universität Basel ernannte ihn im folgenden Jahr zum Professor. Nachdem er sich bei den Basler Trennungswirren auf die Seite der Liberalen gestellt hatte, musste er die Stelle aufgeben. Die Kantonsregierung von Zürich ernannte die beiden Brüder an den neu gegründeten Universitäten zu Professoren, aber Wilhelm wechselte 1834 als erster Rektor an die Universität Bern. Sie konnten die in Deutschland unmögliche Karriere in der Schweiz verfolgen. Sie schulten das Personal der Regeneration ab 1830 und orientierten sich dabei am republikanischen Kant, so wie ihn ihr Vater doziert hatte. Dabei passte diese Interpretation Kants zur politischen Zeitströmung. Wilhelm Snell verbreitete als Theoretiker die freiheitlich-republikanischen Ideen Kants, während sich sein Bruder Ludwig mit der konkreten Umsetzung dieser Ideen beschäftigte. Die Lebensgeschichte von Wilhelm und Ludwig Snell illustriert die eben dargestellten Zusammenhänge auf das Farbigste.

83 Ugo Foscolo, Prose Politiche e letterarie dal 1811 al 1816, Firenze 1972, S. 287 (Della servitù dell'Italia).



Wilhelm Snell wurde 1789 – das Jahr ist für seine Biographie ein Symbol – in Idstein im Nassauischen geboren. Er studierte in Gießen Recht, betrieb mehrere Jahre eine Advokatur in Wiesbaden und wurde 1816 Untersuchungsrichter beim Kriminalgericht von Dillenburg. Die Schrift von Ernst Moritz Arndt (1769–1860) von Anfang 1814 *Noch ein Wort über die Franzosen und über uns* löste bei Wilhelm ein nationalstaatliches Engagement aus. Er wollte das bürokratische Regime der Rheinbundstaaten abschütteln und befürwortete eine deutsche Einigung unter preußischer Führung. Verschiedene Versuche zur Gründung von Gesellschaften und sogar Freiwilligenverbänden fruchten nichts. Der Gang der deutschen Dinge enttäuschte Snell und radikalierte ihn in Richtung Republikanismus. 1818 verfasste er zwei Denkschriften und «der längst verdächtig gewordene Mann [wurde] trotz seiner anerkannten Tüchtigkeit als Kriminalist, auf Antrag des Ministers von Marschall seines Amtes entsetzt»<sup>84</sup>. Snell traf dies hart; ohne Vermögen musste er seine Frau und die zahlreichen Kinder unterhalten. Zunächst kam er mit der Familie bei seinem älteren Bruder Ludwig, Gymnasialdirektor in Wetzlar, unter. Vater Christian unterstützte seinen Sohn und dessen Familie finanziell. Die Muße nutzte Wilhelm zur Abfassung von zwei juristischen Abhandlungen, die ihm den Ehrendoktor der Universität Gießen einbrachten. Der Versuch des Freiherrn vom Stein, ihm die Professur für Kriminalrecht an der Universität Bonn zu vermitteln, scheiterte an der Denunziation der nassauischen Regierung<sup>85</sup>. Vom Stein konnte ihm aber erfolgreich einen Ruf an die russische Universität Dorpat (heute Tartu, Estland) vermitteln, die Zar Alexander I. 1802 als deutschsprachige Universität wiedergegründet hatte und die 1918 aufgehoben wurde<sup>86</sup>. Kaum trat er die Stelle im Herbst 1819 an, da verlangte die nassauische Regierung durch Vermittlung von Preußen seine Auslieferung, da sie ihn eines Attentats beschuldigte. Zu Hause hatte sich die Lage dramatisch verschärft und Vater Snell war über das Schicksal

84 *Wilhelm Oechsli*, «Snell, Wilhelm», in: Allgemeine Deutsche Biographie 34 (1892), S. 512 ff. (513).

85 *Wilhelm Oechsli*, «Snell, Wilhelm», in: Allgemeine Deutsche Biographie 34 (1892), S. 512 ff. (513).

86 Erich Donnert, Die Universität Dorpat-Jürev 1802–1918. Ein Beitrag zur Geschichte des Hochschulwesens in den Ostseeprovinzen des Russischen Reiches, Bern 2007.

betrübt, da Wilhelm (und auch Ludwig) die Aussicht auf eine glänzende Karriere verloren hatten<sup>87</sup>. Vater Snell war als Pädagoge weiterum anerkannt. Herzog Wilhelm verehrte ihn. Als allerdings am 1. Juli 1819 dessen Schüler Karl Löning (1791–1819) aus Idstein einen Mordversuch auf den nassauischen Regierungspräsidenten Carl Friedrich Emil von Ibell (1780–1834) verübte, um angeblich die Dienstentlassung von Sohn Wilhelm von 1818 zu rächen, da geriet die Familie Snell selbst in den Ruch eines Mordes. Russland gab dem Ersuchen der nassauischen Regierung insofern nach, als es ihn auswies. Er musste im Winter 1819/20 mit seiner vielköpfigen Familie mühsam nach Deutschland zurückreisen. Um der Verhaftung zu entgehen, flüchtete er 1820 mit der Familie in die Schweiz. Zuerst weilte er in Chur, dann 1821 in Basel, wo er eine Professur erhielt<sup>88</sup>. Preußen, unterstützt von der russischen und österreichischen Regierung, verlangte vom eidgenössischen Vorort Bern Snells Auslieferung, da er mit weiteren deutschen Flüchtlingen einen Geheimbund gegründet haben sollte. Basel verweigerte die Auslieferung und Snell wurde erst in Ruhe gelassen, als der ebenfalls beschuldigte Karl Follen (1796–1840) nach Nordamerika auswanderte<sup>89</sup>. Snell machte sich an der Universität Basel unmöglich, als er sich 1830 im Konflikt zwischen Stadt und Landschaft auf die Seite letzterer stellte. Er nahm 1833 eine Professur an der neu gegründeten Universität Zürich und ab 1834 eine Professur und das Rektorat an der neu errichteten Universität Bern an. Hier entwickelte und verbreitete er seine an Kant orientierte republikanische Rechts- und Staatsphilosophie.

Sein Bruder Ludwig verließ nach seiner Amtsenthebung vom Rektorat des Gymnasiums Wetzlar 1824 Deutschland und zog nach England. Durch die Vermittlung von Emmanuel von Fellenberg, den er auf einer Schweizer Reise früher kennengelernt hatte, wurde er dort Mitar-

87 *Wilhelm Sauer*, «Snell, Christian Wilhelm», in: Allgemeine Deutsche Biographie 34 (1892), S. 503 ff.

88 *Friedrich Haag*, Die Sturm- und Drang-Periode der Bernischen Hochschule 1834–1854, Bern 1914, S. 564.

89 Dessen Bruder August Follen (1794–1855) blieb in der Schweiz. Die Tätigkeit der Gebrüder Follen lag ganz auf der Linie der Gebrüder Snell, alle hatten in Gießen Recht studiert, aber die Gebrüder Follen konzentrierten sich auf Deutschland, während dem die Gebrüder Snell die Schweiz umgestalten wollten.

beiter der *Edinburgh Review*. Aus Rücksicht auf die Gesundheit zog er 1827, von seinem Bruder ermuntert, in die Schweiz, wo er sich an der Universität Basel habilitierte<sup>90</sup>. Die Basler Aristokratie stieß ihn ab, und er beschäftigte sich mit Schriftstellerei für deutsche Journale. Die Regeneration begeisterte ihn und er «erblickte in ihr die Realisierung des Ideals, das seit Jahren sich ausgebildet hatte, eines rationellen Freistaates»<sup>91</sup>. Er entschloss sich, in der Schweiz zu bleiben, obwohl er nach Deutschland hätte zurückkehren können. Er hielt sich vornehmlich in Zürich auf und betätigte sich als Berater, Journalist, politischer Autor und entwarf eine kommentierte Musterverfassung<sup>92</sup>. 1831 übernahm er die Redaktion der Zeitung *Der Republikaner*. Ludwig war 1834 Professor an der Universität Zürich für die Geschichte der Philosophie und 1834–1836 Professor für Staatswissenschaft an der Universität Bern<sup>93</sup>. Nach der Professur setzte er seine Tätigkeit als Berater, Autor und Publizist bis zu seinem Tode fort. Ludwig konnte nach dem Tod von Kaiser Friedrich Wilhelm III., 1840, eine Rente von Preußen erwirken, um die unrechtmäßige Entfernung aus dem Gymnasium von Wetzlar zu entschädigen. Preußen strich 1852 die Rente aus politischen Gründen<sup>94</sup>.

Wilhelm Snell entwarf in seiner Berner Rektoratsrede vom 15. November 1834 programmatisch das Bildungsziel der Universität im republikanischen Staat. Snell hielt die Stiftungsurkunde in der Hand und sah in ihr «ein Palladium der geistigen Grundlagen aller äussern Freiheit und Lebenswürde, einen Bundesbrief zwischen Gegenwart und Zukunft, ein Denkmal der Weisheit»<sup>95</sup>. Die Gründung zweier Hochschulen durch die freie Schweiz sei «fürwahr eine würdige Antwort» auf den Absolutismus. Die Gründung der Universität erfolge in einer günstigen Zeit, da

90 Haag, Sturm- und Drang-Periode (Fn. 88), S. 565.

91 Haag, Sturm- und Drang-Periode (Fn. 88), S. 565.

92 Siehe Fn. 6.

93 Anton Scherer, Ludwig Snell und der schweizerische Radikalismus 1830–1850, Freiburg 1954, S. 29 f., 73 ff., 76 f.

94 St. Galler Zeitung vom 27. April 1844, Nr. 34, S. 1 f. und vom 15. September 1852, Nr. 219, S. 906.

95 Wilhelm Snell, Rede von Rektor W. Snell, in: Die Eröffnungsfeier der Hochschule Bern am 15. November 1834, Bern 1835, S. 1 ff. Die nachfolgenden Zitate dieses Absatzes entstammen dieser Rede.

das heranwachsende Geschlecht einer «soliden Geistes- und Herzensbildung» bedürfe. Den Gründern der Hochschule, dem Kantonsparlament, sei vom Kanton Bern, von der Schweiz und vom benachbarten Deutschland zu danken. Die Berner Hochschule werde zusammen mit ihrer Schwesternanstalt in Zürich den Segen der Bildung und der geistigen Freiheit im ganzen Vaterland verbreiten. Sie werde in der Schweiz eine Pflege- und Pflanzstätte der Wissenschaften und «vielleicht eine Zufluchtsstätte für eine bessere Zukunft Deutschlands». Die sorgfältige Pflege der Wissenschaften erweitere die Einsicht, sei eine Stütze der Nation und die Wahrheit führe zur Freiheit. Wilhelm verkündete das Programm einer freien Wissenschaft, die sich dem vernunftgeleiteten Fortschritt verpflichtet. Kein Zweifel, die Republik war auf eine solche Universität angewiesen und Snell kündigte an, dass er auf dem Gebiet des Naturrechts auf Kants Pfaden wandeln werde.

In der Regeneration entwickelte sich in der deutschen Schweiz unter dem großen Einfluss der Brüder Snell eine naturrechtlich-liberale Staatsrechtslehre. Wilhelm folgte philosophisch seinem Vater. Er forderte im Wesentlichen die Verwirklichung von Postulaten der französischen Revolution, namentlich die Volkssovranität und die Mitwirkung des Volkes an der Gesetzgebung sowie die Anerkennung der Freiheitsrechte. Die Orientierung an der freiheitlich-republikanischen Staatsphilosophie Kants lässt sich mit dem folgenden Auszug aus der Zusammenfassung seiner Vorlesungen zeigen<sup>96</sup>:

«Der Mensch, als sittlich vernünftiges Sinnenwesen, ist bestimmt zur Vervollkommenung durch Selbstbestimmung. Zur Selbstbestimmung bedarf es der innern und äussern Freiheit. Beim Gebrauche der äussern Freiheit kann er aber leicht in Collision kommen mit andern Menschen, die er als Wesen gleicher Art wie er, mit gleicher Bestimmung anerkennt. Es ist nun Aufgabe der Vernunft, ein Gesetz zu finden, welches als Norm für alle gilt, und gemäss dessen die gegenseitigen Collisionen vermieden werden. Als Naturwesen oder Sinnenwesen ist der Mensch dem Naturgesetz, dem Gesetz der absoluten Nothwendigkeit unterworfen, als sittlich vernünftiges Wesen folgt er den Vernunftgesetzen.

Für die innere Freiheit des Menschen stellt die Vernunft das Moralgesetz auf, für die äussere Freiheit dagegen das Rechtsgesetz. Der Inhalt dieses Gesetzes ist folgender: Jeder mache von seiner äusseren Freiheit einen solchen Gebrauch, dass auch die äussere Freiheit

96 W. Snell, Naturrecht (Fn. 65), S. VIII f., 24 f.

aller Andern gleichmässig daneben bestehen könne. Jeder soll wirksam sein auf Natur- und Menschenwelt, so dass jeder andere es auf gleiche Art sein kann. [...]

Der Staat ist eine Vereinigung Aller gegen Alle, um nöthigenfalls durch Zwang die Herrschaft des Rechtsgesetzes zu sichern. Alles Recht ist Zwangsrecht. In diesem Punkte unterscheidet sich wesentlich das Rechtsgesetz vom Moralgesetz. Das Moralgesetz kann nicht durch Zwang verwirklicht werden; der Zwang wäre im Gebiete der Moral unvernünftig; denn es gibt keine erzwungene Tugend.

Nach dem Rechtsgesetze dagegen ist der Zwang begründet zur Verwirklichung des Rechts und beziehungsweise zur Verhinderung des Unrechts, und zwar dem Begriffe nach, sowohl ausserhalb des Staates, als im Staate selbst. Jeder Zwang jedoch, der nicht dieser Regel entspricht, ist selbst unrecht.

Damit nun der Zwang nicht willkürlich bloss vom Stärkeren gegen den Schwächeren ausgeübt werde, fordert die Vernunft eine gesellschaftliche Vereinigung Aller gegen Alle, zur Realisirung der Rechtsidee und zur Anwendung des Zwanges gegen das Unrecht.»

Seine Vorlesung Naturrecht behandelte integral die Rechtslehre von Kants Metaphysik der Sitten. Es finden sich vereinfachte Ausführungen zu fast allen Themen, die Kant abhandelte, wie etwa das Recht an der Menschheit, das Sachenrecht, das öffentliche Recht, die Ehe, das Eigentum bis hin zur Idee des Völkerbunds<sup>97</sup>. Er mischte kommentierend seine weiteren Anliegen der kantischen Darstellung bei, die er für wichtig hielt. So entwickelte er ein Geschichtsgesetz der Rechtsentwicklung, das über die Stufen Kindheit, Recht der Autorität und Recht der Vernunft verlaufe<sup>98</sup>. Für das Studium des Rechts empfahl Snell die Rechtsvergleichung speziell, denn damit gewinne das positive Recht an Leben und an Wissenschaft. Die Studenten würden damit vor dem starren Formalismus und dem toten Paragraphenwerk bewahrt. Das richtige Studium erfordere die legislative, lebendige und doktrinelle Rechtserfahrung; die letztere werde nicht durch Bücher, sondern durch das Reisen erworben. Man solle also das positive Recht weder über- noch unterschätzen. Vor allem sei ein Unterschied zwischen wahrer Rechtswissenschaft und bloßer Gesetzeskunde zu machen und das Recht dürfe man auch nicht den spekulierenden Rechtsphilosophen überlassen<sup>99</sup>. Wilhelm Snell behan-

97 Die auch sein Vater behandelte: *Chr. W. Snell*, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 381 f.

98 *W. Snell*, Naturrecht (Fn. 65), S. 6 ff.

99 *W. Snell*, Naturrecht (Fn. 65), S. 40 f.

delte in seinen Naturrechtsvorlesungen auch Hegel; er lehnte dessen Rechtsphilosophie ab. Seine Schüler brachten in der Vorlesungs-Mitschrift über Seiten hinweg einschlägige Hegel-Zitate, die einen freiheitlichen Kantianer auch ohne weiteren Kommentar abschrecken mussten, etwa:

«Die Persönlichkeit des Staates ist nur als eine Person, der Monarch, wirklich.»

Der Begriff des Monarchen ist «nicht ein Abgeleitetes, sondern das schlechthin aus sich anfangende».

Die Volkssouveränität gehört «zu den verworrenen Gedanken, denen die wüste Volksvorstellung zu Grunde liegt».

«Was wirklich ist, ist nothwendig; die Wirklichkeit ist nichts Unvernünftiges.»<sup>100</sup>

Der Snell-Schüler kommentierte ironisch, «dass das Bestehende überall das Beste und Vollkommenste ist»<sup>101</sup>. Der Erfolg von Hegels Staatsphilosophie war für ihn leicht erklärbar: «Die Hegel'sche Philosophie darf überall ohne Gefahr für die bestehende Staatsform in einem despatisch regierten Staat gelehrt werden.»<sup>102</sup> Chr. W. Snell hatte stets den Gehorsam der Bürger und seine Ablehnung der Revolution bekundet. Er erregte nicht den Anstoß des Herzogs, aber seine Kant-Interpretation enthielt durchaus ein kritisches Potential. Es dürfe nicht unbemerkt bleiben, dass die Fortdauer der bürgerlichen Freiheit, «ausser einer aufgeklärten und rechtliebenden Denkungsart des Staatsoberhauptes, auch eine weise und gute Verwaltung der Staatsdiener voraussetze; und dass die Ursache, warum jene beiden Erfordernisse einer vernunft- und zweckmässigen Staatsverfassung so oft vermisst werden, ebenso oft [...] in der verkehrten und fehlerhaften Amtsführung der Staatsverwalter, als in den zweckwidrigen oder ungerechten Anordnungen der Staatsoberhäupter zu suchen seyen»<sup>103</sup>. Sohn Wilhelm hatte anlässlich seines politischen Einsatzes die verkehrte Amtsführung der Staatsdiener am eigenen Leib erfahren und diese Erfahrung machte aus ihm einen Revolutionär. Er vertraute nicht allein auf Kant und dessen Gehorsam<sup>104</sup>,

100 *W. Snell*, Naturrecht (Fn. 65), S. 56 (erste drei Zitate), S. 59 viertes und letztes Zitat.

101 *W. Snell*, Naturrecht (Fn. 65), S. 60.

102 *W. Snell*, Naturrecht (Fn. 65), S. 60.

103 *Chr. W. Snell*, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 235 f.

104 Siehe die Aussagen bei Fn. 71.

sondern baute Staatsphilosophen wie etwa J.G. Fichte, L. Feuerbach, H. Ahrends oder Th. Morus ein<sup>105</sup>.

Der Schüler von Wilhelm Snell, der seine Vorlesung posthum herausgab, führte verschiedene andere Sekundärautoren als Quelle von dessen Vorlesung an<sup>106</sup>, kritisierte aber deren Abhängigkeit von der Ob rigkeit. Interessanterweise fehlt jeder Hinweis auf die Werke des Vaters Christian Wilhelm sowie Onkels Wilhelm Daniel Snell. Die Vorlesungen des Sohnes Wilhelm waren die mit Aktualitäten gespickte, gekürzte Wiedergabe von Vater Snells Vernunftrecht. So verneinte er das Recht der Geisteskräfte, da es ein Recht auf geistigen Verkehr gebe. Deshalb befürwortete er den unentgeltlichen Nachdruck von Büchern zum Zweck der Bildung<sup>107</sup>. Es finden sich weitere zeitgenössische Spuren, so eine Polemik gegen das Pfaffentum<sup>108</sup>. Verschwieg der Schüler das Werk von Snells Vater, weil der Sohn jede wissenschaftliche Publikationstätigkeit eingestellt hatte? Und dem Sohn mochte es peinlich sein, dass er als Professor während Jahren das Naturrecht seines Vaters las, ohne je etwas Eigenes zu schreiben.

### 3. Rezeption der kantisch-snellschen Staatsphilosophie

Wilhelm Snell erreichte in den vorherrschend protestantischen Kantonen der Deutschschweiz ein breites Publikum. Über seine Schüler kamen die Ideen rasch in die Presse und in die Politik<sup>109</sup>. Man kann ihn zusammen mit seinem Bruder Ludwig für das 19. Jahrhundert als den bestimmenden Ideengeber des Liberalismus in der Deutschschweiz ansehen.

Die Führungselite des schweizerischen Bundesstaates bestand aus freisinnigen Politikern, Juristen und Wirtschaftsmännern; sie folgte den Vorstellungen der snellschen, damit der kantischen und französisch-re-

105 W. Snell, Naturrecht (Fn. 65), S. 61, 64, 188, 191.

106 W. Snell, Naturrecht (Fn. 65), S. XIII m.H.

107 W. Snell, Naturrecht (Fn. 65), S. 132.

108 W. Snell, Naturrecht (Fn. 65), S. 95; siehe das Zitat bei Fn. 121.

109 Im Einzelnen Andreas Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zürich 2011, S. 15.

volutionären Staatstheorie, die lange lebendig blieb. So studierte der spätere Bundesrat Jakob Stämpfli (1820–1879) bei Wilhelm Snell, wohnte in dessen Haus und heiratete 1845 Snells Tochter Susanne. Er war ein führender Parteigänger der radikalen Partei, deren Vordenker Wilhelm Snell war. Stämpfli hatte fast alle möglichen politischen Ämter auf Kantons- und Bundesebene inne. 1854 bis 1863 amtierte er als Mitglied der eidgenössischen Regierung. Stämpfli's Mitstreiter war Niklaus Niggeler (1817–1872), der Snells Tochter Bertha heiratete und von Stämpfli die radikale Berner Zeitung übernommen hatte. Seine Haupttätigkeit war die Zeitungsfehde und die parlamentarische Debatte in den Parlamenten von Bern und des Bundes. Die beiden Schwager und ihr Schwiegervater gehörten zum Führungskreis der damals so bezeichneten «jungen Schule» des Rechts, die Kants Denken in die Politik einführen wollte<sup>110</sup>.

Diese familiären Bindungen zeigen, dass die von Wilhelm Snell vermittelte kantische Staatsphilosophie auf einen fruchtbaren Boden fiel. Der schweizerische Liberalismus wurde davon ganz imprägniert und die kantisch-snellsche Theorie fand – wie noch zu zeigen sein wird – Eingang in die schweizerische Staatsrechtslehre. Die Spuren des freiheitlich-republikanischen Kant finden sich auch in der Sprache der Parlamentsdebatten, wie ein einziges und eigentlich unbedeutendes Beispiel zeigt. Kant sah in der Freiheit der Feder das einzige Palladium der Volksfreiheit<sup>111</sup>. Nicht Chr. W. Snell, aber sein Sohn Wilhelm hob dies ebenfalls hervor<sup>112</sup>. Die Pressefreiheit hatte ab 1830 eine zentrale Bedeutung, wie Ludwig Snell in seinem Zürcher Verfassungsentwurf deutlich machte. Es ist nicht erstaunlich, dass die Rede vom Palladium im Zusammenhang mit Freiheitsrechten und der Volksfreiheit auch in den Parlamentsdebatten auftauchte. Der radikal-demokratische Bundesrat

110 Weiteres Beispiel: Der spätere Bundesrat Jakob Dubs (1822–1879), der während seines Berner Studiums im Hause Snell logiert hatte, folgte in seinem Werk *Das Öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (1. Aufl., Zürich 1877), 2. Aufl., Zürich 1878, S. 8 ff. den kantisch-snellschen Lehren.

111 Siehe Fn. 65.

112 *Chr. W. Snell*, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 207 zitiert hier Montesquieu, der das bürgerliche Gesetz ein Palladium der Freiheit genannt habe; siehe *W. Snell* in seiner Rektoratsrede (Fn. 95) sowie in seinem Naturrecht (Fn. 65), S. 231, wo er die Pressefreiheit als ein Palladium der Nationalfreiheit bezeichnete.

Ernst Brenner (1856–1911) äußerte sich 1906 in einer Nationalratsdebatte über die Autorität des Rechtssinnes und des Gesetzes so: «Und doch ist gerade in unserem demokratischen Freistaat die Autorität des Gesetzes das Palladium der Freiheit.»<sup>113</sup> Brenner hob mit diesem kantischen Ausdruck<sup>114</sup> die in der demokratischen Gesetzgebung zum Ausdruck kommende politische Freiheit hervor. Er zeigte so die Verbindung zu Snell, Kant und zum Staatsrecht der französischen Revolution. Es lassen sich zahlreiche Votanten in diesem Sinn nachweisen<sup>115</sup>. In der Gegenwart gilt diese Redewendung wohl als veraltet und ist außer Gebrauch. Wenn die heutigen Parlamentarier vom Palladium sprechen, so meinen sie das Edelmetall, Nummer 46 im Periodensystem, das sie einer Regulierung unterwerfen wollen<sup>116</sup>. Die kantische Redeweise ist dem Materialismus gewichen.

Will man das Verdienst von Wilhelm Snell bewerten, so muss man die philosophische von der praktisch-politischen Leistung trennen. Noch in Deutschland hatte er fleißig geschrieben und dafür den Ehrendoktor der Universität Gießen erhalten. Seine Flucht aus Deutschland beendete sein rechtswissenschaftlich-philosophisches Schreiben. In der Schweiz hatte er seine Wirksamkeit vor allem als akademischer Lehrer und Redner, der auf Publikationen verzichtete, dafür aber umso mehr im (Hör-)Saal und im Wirtshaus anzutreffen war. Man darf annehmen, dass ihn die Kant-Interpretation seines Vaters und seine persönliche Erfahrung mit einem despotischen Regime zum politischen Prediger eines republikanischen Liberalismus machten. Auf diese Weise konnte er, zusammen mit seinem Bruder und den Schülern, den freiheitlich-republikanischen Kant erfolgreich verkünden. Sein Bruder Ludwig setzte diese Ideen in der praktischen Verfassungsgebung um.

113 Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung 1906, Nationalrat 107, Debatte vom 21. März 1906.

114 Siehe Fn. 65.

115 Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung 1891, 324 (Stockmar: palladium de la liberté), 455 (Wirz: Palladium der Volksfreiheit); 1894, 384 (Scherrer-Füllmann: Handels und Gewerbefreiheit sei das Palladium unserer Bundesverfassung) oder 1902, 244 (Scherrer-Füllmann: Palladium der Pressefreiheit), usw.

116 Amtliches Bulletin der Bundesversammlung 1988, Nationalrat 657 (einfache Anfrage Rechsteiner vom 7. Oktober 1988).

#### 4. Ludwig Snells Übertragung kantischer Ideen ins Staatsrecht: Verfassungsentwurf (1831)

Auf die Entstehung und Bildung der regenerierten Kantonsverfassungen hatte Ludwig Snell einen überragenden Einfluss<sup>117</sup>; aus seiner Feder stammten 1830 die *Ansichten und Vorschläge in Betreff der Verfassung und ihrer Veränderung* (später bekannt als «Küschnacher Memorial») und Anfang 1831 der erwähnte *Entwurf einer Verfassung nach dem reinen und ächten Repräsentativsystem*. Bei diesem Verfassungsentwurf handelte es sich im Urteil von Zeitgenossen um das Schlüsseldokument für die regenerierten Kantonsverfassungen. Snell konnte seine Ansichten vor allem als Redaktor der liberalen Zeitschrift *Der schweizerische Republikaner* verbreiten. Er veröffentlichte in seinem *Handbuch des schweizerischen Staatsrechts*<sup>118</sup> eine reichhaltige Sammlung von Verfassungstexten. 1848 verfasste er einen Beitrag über die «Leitenden Gesichtspunkte für eine schweizerische Bundesrevision».

Ludwig Snell hatte in seinem Verfassungsentwurf größten Wert auf die Erziehung und Bildung der Bürger gelegt und dies als eine Staatsaufgabe vorgesehen<sup>119</sup>. Darin erwies er sich als ein ausgesprochener Vertreter der Aufklärung. So ist zu Beginn der Regeneration die obligatorische Volksschule entstanden, etwa in Zürich mit der Verabschiebung des Unterrichtsgesetzes vom 28. September 1832<sup>120</sup>. Erziehung und Bildung waren für Snell wichtig, weil nur so die zur Selbstregierung befähigten Bürger herangezogen werden konnten. In seinem Verfassungsentwurf sah Snell denn auch keine direktdemokratischen Rechte außerhalb des Verfassungsreferendums vor, weil erst die gebildeten Bürger über Sachfragen abstimmen könnten. Anlässlich seiner Kommentierung der Verfassung des Kantons Wallis, welche von 1844 bis 1848 das Referendum kannte, schrieb er:

117 Stefan G. Schmid, Ein zweites Vaterland. Wie Ludwig Snell Schweizer wurde, in: Isabelle Häner (Hrsg.), Beiträge für Alfred Kölz, Zürich 2003, S. 263 ff.

118 2 Bde. und Nachträge, Zürich 1837/1848.

119 L. Snell, Entwurf einer Verfassung (Fn. 6), Kap. VI. Erziehungswesen, S. 238 ff.

120 Verena Rothenbühler, «Ein grässlicher und höchst unanständiger Tumult», in: 175 Jahre Volksschule Kanton Zürich, Schulblatt des Kantons Zürich 2/2007, S. 4 ff. (5).



Die Liberalen würden die mittelbaren Wahlen in unmittelbare verwandeln und das Veto aufheben. Beides stehe «im Einklang mit der Forderung eines wahren Repräsentativ-staates. Die jetzigen Revisoren aber behielten die mittelbaren Deputiertenwahlen und stellten das Referendum in seinem ganzen Umfange als Volksrecht wieder her, wodurch ein Fortschritt in der Gesetzgebung fast unmöglich wird. Das Referendum ist nun in den Händen der Pfaffen, die schon das Veto arg missbrauchten, und somit steht die ganze Legislation unter der Kontrolle der Kirche»<sup>121</sup>.

121 Handbuch des Schweizerischen Staatsrechts, Band II, Zürich 1845, S. 850.

In seiner Ablehnung der direkten Demokratie stimmte er mit Kant überein. Dieser erkannte als «wahre Republik [...] ein repräsentatives System des Volkes» an, «um im Namen desselben, durch alle Staatsbürger vereinigt, vermittelst ihrer Abgeordneten (Deputierten) ihre Rechte zu besorgen»<sup>122</sup>. L. Snell sah lediglich die Volkswahl des Parlamentes vor, das dann seinerseits die übrigen Behörden zu bestellen hatte. Er folgte hierin seinem Vater, der die Frage nach der besten Staatsform aufwarf. In großen Staaten, wo das Volk noch nicht an die strenge Gesetzlichkeit gewöhnt sei, sei die «Monarchie unstreitig die schicklichste Regierungsform; wo aber die allgemeine Denkungsart schon mehr zur Rechtlichkeit ausgebildet ist und das Gesetz durch sein inneres Gewicht viel über den Willen vermag, da ist die republikanische (repräsentative) Verfassung, die eigentliche Demokratie aber nur in sehr kleinen Staaten erträglich»<sup>123</sup>. Vater Snell war demokratisch gesonnen; seine beiden Söhne sollten das übernehmen.

Kant sah eine allmähliche Entwicklung bis hin zur Republik vor: Die Vernunft musste sich argumentativ vorarbeiten und den Herrschern zur Einsicht kommen. In ähnlicher Weise wollte Ludwig die indirekte Wahl von Großratsmitgliedern allmählich ausmerzen. Zu diesem Zweck sah er vor, dass die Zahl der indirekt gewählten Mitglieder alle 10 Jahre um 1/3 vermindert werde. In 30 Jahren wäre sie schließlich abgeschafft. Er sah also eine lang andauernde Übergangsordnung vor, wenn auch die Zahl der indirekt Gewählten mit 33 von 212 insgesamt gering war<sup>124</sup>.

Die Presse- und Meinungsfreiheit trieb für Ludwig Snell wie für Kant die Entwicklung zum «ächten Repräsentativsystem» an<sup>125</sup>:

«Die Freiheit der politischen und religiösen Meinungen, so wie die freie Gedankenmittlung ist eines der schätzbarsten Rechte der Bürger und darf nie geschmälert werden. Die Freiheit der Presse, unter der Verantwortlichkeit, ist in dieser Rücksicht und zugleich weil ohne sie kein freier Staat bestehen kann, ein Grundgesetz, das keine gesetzgebende Behörde schmälern oder aufheben kann. Die Censur ist für immer verbannt.»

122 Metaphysik, AA VI 341 = Wei-VIII 464.

123 *Chr. W. Snell*, Vernunftrecht (Fn. 2), S. 342.

124 II. Teil, Kap. III § 1 a) des Verfassungsentwurfs (Fn. 6), S. 226.

125 I. Teil § 2 k) des Verfassungsentwurfs (Fn. 6), S. 219.

Zum Wahlsystem führte er an, dass es lächerlich sei zu glauben, dass der Zensus gute Repräsentanten erzeuge. Das hänge vielmehr von der politischen Bildung des Volkes ab. Diese sei die «Frucht der Öffentlichkeit, Pressfreiheit, der Municipalverfassung und eines tüchtigen Erziehungssystems» und «der Vaterlandsliebe der Bürger, welche die Frucht eines wohlorganisirten und gerechten Staates ist»<sup>126</sup>. Die Anleihen bei James Harrington<sup>127</sup> und Kant sind unübersehbar.

Ludwig Snells Entwurf einer Zürcher Kantonsverfassung ist der Versuch, die kantische Staatsphilosophie, die sein Vater und sein Bruder theoretisch unterrichtet hatten, in die praktische Politik zu überführen. Das Unternehmen gelang, als der Kanton Zürich 1831 und weitere Kantone regenerierte Verfassungen annahmen. Snell hatte sich an die Verwirklichung eines Ideals gemacht, das nach dem Zweiten Weltkrieg in Westeuropa allgemein Tatsache wurde.

### *5. Die Snell-Schelte von Jeremias Gotthelf*

Die Wirksamkeit der Gebrüder Snell brachte Kritik hervor. Diese erwuchs von zwei Seiten, nämlich einerseits von katholischer Seite. Das Papsttum feuerte mit der Enzyklika *Mirari vos* 1832 und weiteren Schreiben den Konflikt an. Papst Gregor XVI. warf jenen Bosheit vor, die verkündeten, dass die Bücherzensur gegen die Grundsätze des Rechts und der Vernunft verstöße<sup>128</sup>. In der Verkündung des Unfehlbarkeitsdogmas 1870 im Ersten Vatikanum steuerte der römisch-katholische Widerstand dem Höhepunkt zu. Andererseits hatte auch die protestantische Seite an den kantischen Vorstellungen keine Freude. Der Pfarrer und in Deutschland erfolgreiche Romanautor Jeremias Gotthelf (mit bürgerlichem Namen Albert Bitzius) schrieb in seinen Romanen, Erzählungen und Briefen mit spitzer Feder gegen Wilhelm Snell und dessen Naturrecht an.

126 II. Teil, Kap. III § 1 f) des Verfassungsentwurfs (Fn. 6), S. 227.

127 Siehe Fn. 22 und 23.

128 Emil Marmy (Hrsg.), Mensch und Gemeinschaft in christlicher Schau, Fribourg 1945, S. 15 ff. (26, Rz. 18).



Gotthelfs Menschenbild ist der «schlichte, arbeitsame, gottgläubige und gottesfürchtige Mensch, der [...] an der Güte des Allmächtigen nicht verzweifelt». Der Mensch kann abirren, «aber Gott führt seinen Knecht

nach harten Prüfungen immer wieder auf den rechten Weg»<sup>129</sup>. Gotthelf trat für die demokratische Staatsform ein<sup>130</sup>:

«Der Verfasser ist ein geborener, kein gemachter Republikaner; in republikanischer Freiheit, welche bloss während dem radikalen Freischarenregiment von 1846 bis 1850 beschränkt wurde, wuchs er auf; er liebt die Freiheit nicht bloss, sondern sie ist ihm eine Notdurft.»

In Gotthelfs freiheitlich-republikanischem Staat ist der Bürger in die lokalen Gemeinschaften und in die tradierte protestantische Frömmigkeit im kirchlichen Leben vor Ort eingebunden. In diesen geistig stabilen Verhältnissen wollte er die Politik eingebettet wissen. Dagegen war ihm die freisinnige Schweiz der ersten Bundesverfassung von 1848 ein Gräuel. Er wollte keine neuen Lehren der Freiheit, der Demokratie und des Fortschritts, denn diese erzeugten Anarchie, Gottlosigkeit und Niedergang. Gotthelf trat für eine republikanische, aber althergebrachte Staatsform ein, die ohne Rechtsstaat, Bundessitz, Juristen und Beamte auskommen sollte. Gotthelf erklärte in seinem politischsten Roman *Zeitgeist und Bernergeist* (1851)<sup>131</sup>, warum er von der Politik nicht abschaffen konnte:

Der Grund «ist der, dass ja die heutige Politik überall ist, dass ja gerade das das bezeichnende Merkmal des Radikalismus oder der radikalen Politik ist, dass dieselbe sich in alle Lebensverhältnisse aller Stände drängt, das Heiligtum der Familien verwüstet, alle christlichen Elemente zersetzt. Wo man im Hause den Fuss absetzt, tritt man auf diese Schlange, diese Landplage Europas».

Er wandte sich gegen die liberalen und radikalen Vorstellungen, wie sie die Brüder Snell propagierten und titulierte die beiden in seinen

129 Hans Ulrich Dürrenmatt, Die Kritik Jeremias Gotthelfs am zeitgenössischen bernischen Recht, Bern 1947, S. 13 (beide Zitate); siehe auch Michael Lauener, Jeremias Gotthelf – Prediger gegen den Rechtsstaat, Diss. Zürich 2011, S. 277 ff.

130 Jeremias Gotthelf, Vorwort zum Roman «Zeitgeist und Bernergeist» (1851), in: ders., Sämtliche Werke in 24 Bänden, Band XIII, Zürich 1926, S. 7.

131 Gotthelf, Vorwort (Fn. 130), S. 9.

Schriften unfreundlich als «fremde Vögel»<sup>132</sup>, «fremde Taugenichtse»<sup>133</sup>, «fremde Wühler»<sup>134</sup> oder «fremde Schlingel»<sup>135</sup>. Von Wilhelm Snell, der ihm wegen seiner Tätigkeit in Bern noch verhasster war, sprach er als «versoffenem Professor»<sup>136</sup>. Dessen Werke zitierte er fiktiv mit «Vide Singludis, Schelmenrecht, Tom. VII., pag. 2999», oder er schrieb: «Snell [...] soll ein berüchtigtes Wettermännlein sein. Wo es sich zeigt, gibt's bald wüst Wetter. Warum aber die Weisheitsbünteln in Bern für s'Teufels Gewalt wüst Wetter wollen, das muss ich sie doch fragen [...]»<sup>137</sup>.

Gotthelf verunglimpfte nicht nur die Gebrüder Snell persönlich, er zog auch über die «verdorbene» politische Klasse seiner Zeit her<sup>138</sup>:

«Es ist das grosse Regiment von Taugenichtsen, welches sich täglich rekrutiert mit den schlechtesten Subjekten aus allen Ständen, die weder beten noch arbeiten, nichts Heiliges mehr kennen, aber ja freilich sich gross gebärden, die Gebildeten heissen, auf den Wolken des Zeigeistes durch die Strassen fahren, mit den Schlagwörtern desselben um sich schlagen, dass an keinem Hause mehr das Pflaster hält [...].»

Nach Gotthelf überschätzt das Staatsdenken der Regeneration die menschliche Vernunft gegenüber den Geboten Gottes. Deshalb hatte Gotthelf gegenüber dem «Rechtsstaat», dem «Naturrecht» und vor allem gegenüber den an der neuen bernischen Hochschule ausgebildeten Juristen große Vorbehalte: «Der christliche Staat verhält sich zum Rechtsstaat wie eine Blume zu einem Knebel [...]. Im christlichen Staat ist es Pflicht, für den Armen zu sorgen, und das christliche Recht wird Witwen

132 Jeremias Gotthelf (Hrsg.), Sämtliche Werke in 24 Bänden, Ergänzungsband 18, Zürich 1977, S. 300.

133 Jeremias Gotthelf (Hrsg.), Sämtliche Werke in 24 Bänden, Ergänzungsband 17, Zürich 1969, S. 299.

134 Jeremias Gotthelf (Hrsg.), Sämtliche Werke in 24 Bänden, Ergänzungsband 13, Zürich 1956, S. 330.

135 Jeremias Gotthelf (Hrsg.), Sämtliche Werke in 24 Bänden, Band VIII, Zürich 1923, S. 412.

136 Jeremias Gotthelf (Hrsg.), Sämtliche Werke in 24 Bänden, Band XI, Zürich 1921, S. 139.

137 Jeremias Gotthelf (Hrsg.), Sämtliche Werke in 24 Bänden, Band XXIV, Zürich 1932, S. 328 f.

138 *Jeremias Gotthelf*, Die Armennot, in: ders., Sämtliche Werke in 24 Bänden, Band XV, Zürich 1925, S. 83 ff., 266.

und Waisen schützen [...].»<sup>139</sup> Der selbstverantwortliche Bürger kann für sich selber sorgen. Gotthelf lehnte die sozialstaatlichen Segnungen ab, denn das sei «ein Staat, an dessen Euter jedes Kalb im Land sein durstiges Maul hängt»<sup>140</sup>. Gotthelf hing weder dem aufklärerischen noch dem religiösen Naturrecht an, denn die Glaubenspraxis und das Gemeinschaftsleben der kirchlichen Gemeinde sorgten von sich aus für Ordnung, Wohltätigkeit und Fürsorge.

Der heftige politische Streit um die Gebrüder Snell schlug sich in einem Roman von Alfred Hartmann (1814–1897) nieder. Hartmann entstammte dem Berner Patriziat und studierte demzufolge das Recht nicht in Bern, sondern in Deutschland. Damit war sichergestellt, dass keine extremen Ideen und ganz sicher nicht das kantische Naturrecht seiner Ausbildung zu Grunde lag. Hartmann war später als Schriftsteller und Feuilletonredaktor tätig und veröffentlichte in diesem Rahmen seinen Roman *Meister Putsch und seine Gesellen*, der 1858 in Buchform erschien. Es handelte sich um eine harte Abrechnung mit den Gebrüdern Snell und ihrer Politik.

#### 6. Simon Kaiser fundiert die Staatsrechtslehre mit dem freiheitlich-republikanischen Kant

Als ein wirksamer Träger der staatsrechtlichen Konzepte Kants und des ihm nachfolgenden Wilhelm Snell erwies sich Simon Kaiser (1828–1898)<sup>141</sup>. Kaiser, der in Freiburg i.Br., Heidelberg, Paris und Genf Recht studierte<sup>142</sup>, war ab 1853 Sekretär der Bundeskanzlei, Direktor der Solothurner Bank (1857–1887), Kantonsrat (1859–1888) und Nationalrat (1857–1887). Er verfasste nach dem staatsrechtlichen Umbruch von 1848 die erste umfassende und – so die Selbstbezeichnung – «wissen-

139 *Jeremias Gotthelf*, Erste handschriftliche Fassung des Anfangs der Erzählung «Der Schuldenbauer», in: ders., Sämtliche Werke in 24 Bänden, Band VIV, Zürich 1924.

140 *Jeremias Gotthelf*, Michels Brautschau, in: ders., Sämtliche Werke in 24 Bänden, Band XX: Kleinere Erzählungen V, Zürich 1928, S. 125 ff., 157.

141 *Kley*, Geschichte des öffentlichen Rechts (Fn. 109), S. 16 Ann. 79.

142 *Thomas Wallner*, Kaiser Simon, in: Historisches Lexikon der Schweiz, Band 7, Basel 2008, S. 41.

schaftliche» Darstellung des schweizerischen Staatsrechts<sup>143</sup> und hielt – obwohl nicht Professor – zahlreiche Vorlesungen über das Staatsrecht, die er publizierte<sup>144</sup>. Seine politische Haltung deckte sich mit Wilhelm Snells Radikalismus. Obwohl Kaiser außerhalb der Universität tätig war, bereitete er der wissenschaftlichen Staatsrechtslehre auf der Basis des Staatsrechts von Kant und der französischen Revolution den Weg. Seine Freiheitsauffassung folgte den französischen Menschenrechtserklärungen und setzte a priori eine allgemeine, undefinierte und unbeschränkte Freiheit voraus<sup>145</sup>. Nach Kaiser und dem Staatsrecht der französischen Revolution drückt sich Freiheit aber nicht nur durch die «Annahme der freien Geburt jedes Menschen», sondern zusätzlich und gleichwertig «durch die Mitwirkung am Gesetz»<sup>146</sup> aus. Die politische Freiheit sorgt dafür, dass das Volk sich selbst regiert und keine unterdrückenden Gesetze schaffen wird.

Simon Kaiser kannte die Geschichte Frankreichs seit 1789 hervorragend. Er hatte zwei einfühlsame Werke zur französischen Verfassungsgeschichte verfasst<sup>147</sup>, die den Stoff nahe am damaligen politischen Denken nachzeichneten. Er behandelte in seiner französischen Verfassungsgeschichte 1789–1852 die Frage, ob die Freiheitsrechte in einer Verfassungskunde zu positivieren sind und wie sich das auswirke<sup>148</sup>:

«Wo ist die Erklärung der Menschenrechte nötig, welchen Verfassungen müssen sie vorausgesetzt werden? Die Antwort ist höchst einfach: Da, wo sie existieren, wo der einzelne die Rechte hat, die er verlangen würde, [...] ist ihre Abfassung unnötig. Das Leben zeigt sie kräftiger, als die Schrift es könnte und nur für den, dem das Leben etwas Anderes als die naturgemäße Entfaltung des menschlichen Wesens ist, kann es nötig werden, sie in

143 *Simon Kaiser*, Schweizerisches Staatsrecht in drei Büchern vorgestellt, erstes Buch: Die individuellen Rechte, St. Gallen 1858; zweites Buch: Das Staatsrecht, St. Gallen 1859; drittes Buch: Das Bundesrecht, St. Gallen 1860.

144 *Simon Kaiser*, Grundsätze schweizerischer Politik, gestützt auf bestehendes Staatsrecht, auf die Resultate der Wissenschaft und auf die geschichtliche Erfahrung, in 22 Vorlesungen, Solothurn 1867.

145 Siehe Fn. 29.

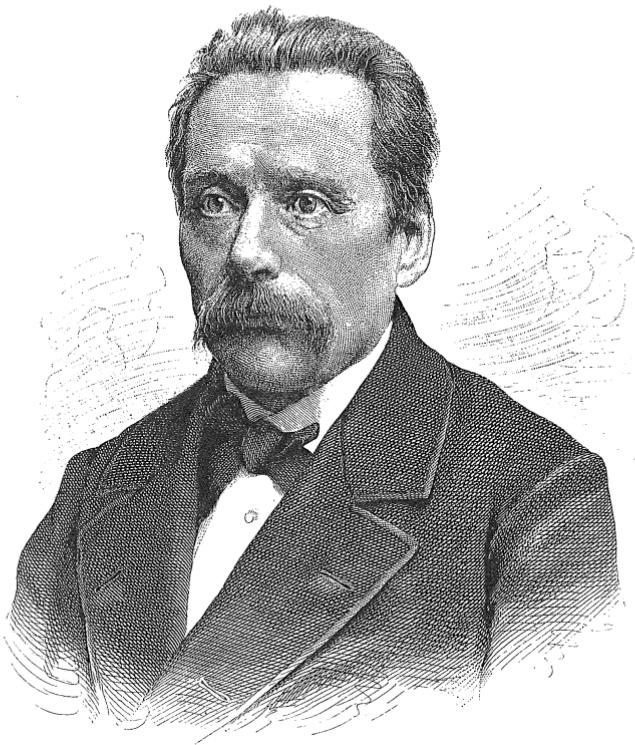
146 *Kaiser*, Staatsrecht I (Fn. 143), S. 108 (beide Zitate).

147 *Simon Kaiser*, Geschichte einer konstitutionellen Monarchie oder Geschichte Frankreichs unter Louis Philippe d. i. 1830–1848, Stuttgart 1855 und folgende Fn.

148 *Simon Kaiser*, Französische Verfassungsgeschichte von 1789–1852 in ihrer historischen Aufeinanderfolge und systematischen Entwicklung, Leipzig 1852, S. 427 f.

Buchstaben vorzuführen. Er wird sie aber dann gar nicht verstehen. Eine Abfassung aus andern Gründen ist gar nicht denkbar, mit einziger Ausnahme der in der heutigen Erfahrung sich zeigenden Ansicht, dass man eine Zusammenstellung aller seiner Handlungen und Rechte wünscht, warum? Um sie zusammengestellt zu haben.»

Für Kaiser bildet dieser Ordnungsgeist eine Gefahr. Wie ein Bibliothekar, der seine Ordnung mehr liebt als den Gebrauch der Bibliothek und nur selig ist «seine Bücher geordnet zu sehen», gefährdet ein solcher Katalog den Gebrauch der Freiheit. Wie in dieser Bibliothek darf niemand ein Buch verrücken, «auch zum Gebrauch nicht». Ebenso sind die Anhänger einer Rechteerklärung «zufrieden, die Grundrechte auf dem Papier zu haben». Ihre Geltung spielt keine Rolle mehr und es tut sich zwischen «Papier und Wirklichkeit» ein Abgrund auf.



NIK. JOS. SIMON KAISER

von BIBERIST, Kanton Solothurn.

Mitglied des Nationalrathes 1857—1887. — Präsident desselben 1868 und 1882.  
Direktor der solothurnischen Bank 1857—1885.

Geboren den 24. Oktober 1828.

Kaiser gibt zu, dass für jene, «die den Gedanken haben könnten, ohne schriftliche Aufzeichnung etwas nicht gelten zu lassen», eine Erklärung notwendig werde. Dabei handle es sich um Personen, die noch den Despotismus fühlten und gleichzeitig einer schriftlichen Antwort darauf bedürften. Er zitiert den Art. 7 der Montagnard-Verfassung vom 24. Juni 1793<sup>149</sup>: «Die Notwendigkeit, diesen Rechten Ausdruck zu geben, setzt das Vorhandensein oder die lebhafte Erinnerung an Despotismus voraus.» Simon Kaiser fügte als weitere Voraussetzung bei, «dass auch eine drohende Zukunft entgegenstehen könnte, ohne dass sie sich aus der Vergangenheit herleitet»<sup>150</sup>. Ist eine Republik eingerichtet und erweist sich das freiheitliche Staatsprogramm als erfolgreich, so könnte deren freiheitliche Grundlage allmählich vergessen werden, denn die Menschen sind ja frei. Der zeitliche Abstand zum Despotismus lässt die Erinnerung an die Willkürherrschaft verblassen, womit gleichzeitig der aufklärerischen Denkvoraussetzung der Freiheit der Boden entzogen wird. «Dann kann eine solche Aufzeichnung gleichsam als Hilfe des Gedächtnisses dienen, wie man dem Alter mit Schriften zu Hilfe kommt.»<sup>151</sup> Es sei nun die Kunst zu wissen, wann diese Zeit sei, wo man zwar frei sei, aber diese Freiheit künftig bedroht werden sollte. Die republikanischen Bürger und ihr Gemeinwesen finden die Freiheit vor und ihr Wissen um die Not der Despotie hält diesen Gedanken am Leben. Im Lauf der Zeit gewöhnen sie sich an diese Annehmlichkeit und die vorausgesetzte Freiheit tritt in den Hintergrund. Kaiser schlägt daher als Mittel gegen das Vergessen das Aufschreiben, d.h. das Positivieren der Freiheit vor.

Im Verfassungsrecht fast aller Rechtsstaaten ist der von Kaiser beschriebene Weg beschritten worden. Für die Zukunft befürchtet man das Vergessen der Freiheit und positiviert deswegen die Freiheit. Das Naturrecht allein wurde als ungenügend angesehen. Damit entsteht das Problem, dass die doppelten Grundlagen der Freiheit als Denkvoraussetzung einer liberalen Staatsphilosophie und als geschriebene Norm im Verfassungsrecht gegeneinander ausgespielt werden können. Es bräuch-

149 Kaiser, Französische Verfassungsgeschichte (Fn. 148), S. 427 f.

150 Kaiser, Französische Verfassungsgeschichte (Fn. 148), S. 434.

151 Kaiser, Französische Verfassungsgeschichte (Fn. 148), S. 434.

te also eine zu Amendment IX der amerikanischen Unionsverfassung analoge Bestimmung, wonach die Aufzählung bestimmter Rechte in der Verfassung nicht dahin ausgelegt werden darf, dass durch sie andere dem Volk vorbehaltene Rechte versagt oder eingeschränkt werden können<sup>152</sup>. Die andern Verfassungen enthalten nicht solche Vorbehaltsnormen, was ein Hinweis darauf ist, dass das Bewusstsein der staatsphilosophisch-kantischen Herkunft der Freiheit als einer Denkvoraussetzung in den Hintergrund rückte.

Simon Kaiser hatte in seinem *Schweizerischen Staatsrecht in drei Büchern* auch die staatsphilosophischen Grundlagen des schweizerischen Staatsrechts erörtert. Im ersten Band über die individuellen Rechte referierte Kaiser die freiheitlich-republikanische Staatsphilosophie Kants. Kaiser gab Kants Auffassung wieder, dass die «zum Schutze der Individuen geforderte Herrschaft des Gesetzes nur in der Republik mit dem Repräsentativsystem möglich sei»<sup>153</sup>. Kaiser fügte an, dass es in seiner ganzen Darstellung darauf ankomme, zu «zeigen, dass die einzige Garantie für die Herrschaft des Gesetzes die Republik mit der direkten Volksgesetzgebung sei»<sup>154</sup>. Damit hatte Kaiser Kants Republikanismus in einem wichtigen Punkt verlassen, da er auf dem Pfad von Rousseau schritt und für die direkte Demokratie eintrat.

Kaiser lobte in seiner Darstellung Ludwig Snell, denn dieser arbeite mit den kantischen Grundsätzen und sei dadurch der wissenschaftliche Begründer des schweizerischen Liberalismus. Snell sei deshalb ein eigentlicher Staatsrechtslehrer, weil er nicht nur die kantonalen Verfas-

152 Text in: Adams, Federalist-Artikel (Fn. 23), S. 573. Die amerikanischen Verfassungsväter hielten einen Grundrechtskatalog für gefährlich, weil er die naturrechtliche Geltung der Grundrechte in Frage stellt; siehe Alexander Hamilton, Federalist Papers Nr. 78, zit. nach Adams, Federalist-Artikel (Fn. 23), S. 523 f. Siehe ferner Art. 53 EMRK, der sich mit dem analogen Problem von Divergenzen zwischen der EMRK sowie andern Abkommen zum Schutze der Menschenrechte beschäftigt.

153 Kaiser, Staatsrecht I (Fn. 143), S. 12.

154 Kaiser, Staatsrecht I (Fn. 143), S. 12 Anm. 3, siehe auch S. 84 zu seiner Anhänger-schaft an die kantische Staatsphilosophie. Kaiser bezieht Kant-Anleihen auch in: Grundsätze schweizerischer Politik gestützt auf bestehendes Staatsrecht, auf die Resultate der Wissenschaft und auf geschichtliche Erfahrung, in 22 Vorlesungen vor einem gemischten Publikum, Solothurn 1875, S. 126 (Trennung von Rechts-lehre und Sittenlehre), S. 167 (Rekursrecht als Palladium der Freiheit), S. 182 (Selbstregierung des Volkes), usw.

sungen gesammelt, sondern deren Entwicklung kommentiert habe<sup>155</sup>. Dadurch sei «er der wissenschaftliche Begründer des schweizerischen Liberalismus in den Grundsätzen über Staat und Recht geworden»<sup>156</sup>.

Simon Kaiser legte nach einem rechtsphilosophischen Rundgang durch die zivilisierten Länder Europas seine Sicht der Dinge dar. Diese stützte sich auf das aufklärerische Vernunftrecht, das die Freiheit des Individuums zum Ausgangspunkt aller Staatsphilosophie und damit allen Staatsrechts macht. Seine 20 Forderungen, die er aufstellte, passen in das Gedankengebäude Kants, das Wilhelm Snell verbreitet und das dessen Bruder Ludwig Snell in Verfassungsentwürfen umgesetzt hatte. Er leitete seine Resultate der Wissenschaft, die er im philosophischen «Gewirre der Gegensätze» gefunden hat, so ein: An erster Stelle stehe «das Verwerfen aller und jeder Autorität, möge sie ihren Anspruch auf was immer nur stützen». Er anerkenne nur «die menschliche Vernunft als der einzigen Quelle [...] der Wahrheit. Vor ihr stürzen sämtliche kunstreich errichteten Gebäude der Gewalt zusammen»<sup>157</sup>. In der Folge gibt Kaiser seine staatsphilosophischen Grundsätze wieder, etwa «die Grundlage des Staates ist das Individuum», der Staat sei zur «Entfernung der Schranken berufen, die sich der [...] Entwicklung der Individuen entgegenstellen» oder die Regierung solle sich auf den «Willen des Volks abstützen»<sup>158</sup>. Kaiser war für die schweizerische Politik des 19. Jahrhunderts von großer Bedeutung und er führte die kantisch-snellschen Lehren dauerhaft in das Staatsrecht ein.

Kaiser stellte die Frage, ob es wirklich wahr sei, «dass die Verwirklichung der Sittlichkeit die Hauptaufgabe des Staates sei?» Damit stellte er die Frage nach dem Eudämonismus des Ancien Régime<sup>159</sup>, wonach das Gemeinwesen auch für das gute Leben der Bürger verantwortlich war. Mit der Regeneration kam ein Wandel, der Sitte und Recht trennte; Kaiser fuhr in diesem Sinn fort: Lange Zeit habe man den Unterschied betont, «der zwischen Recht und Sitte besteht» und nur ersteres «in die

155 Kaiser, Staatsrecht I (Fn. 143), S. 91.

156 Kaiser, Staatsrecht I (Fn. 143), S. 91.

157 Kaiser, Staatsrecht I (Fn. 143), S. 92.

158 Kaiser, Staatsrecht I (Fn. 143), S. 92 f.

159 Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts (Fn. 109), S. 11 ff.

Domäne des Staates verwiesen»<sup>160</sup>. Der Staat regulierte in klassisch liberaler Haltung in seiner Gesetzgebung bloß die Freiheitssphären. Nun habe sich eine Umkehr gegen diese Anschauung gebildet. Kaiser hielt die Förderung der Sittlichkeit für eine Staatsaufgabe. Er schloss sich damit einer in den 1880er Jahren aufkommenden Anschauung an, die man als Rückkehr zu einem (modernen) Eudämonismus bezeichnen könnte, der für Kant kein Problem darstellt<sup>161</sup>. Bund und Kantone fühlten sich entgegen dem Manchester-Liberalismus zunehmend für die Wohlfahrt zuständig. In der Schweiz war deshalb – im Gegensatz zum Deutschen Kaiserreich – die Trennung von Rechtswissenschaft und Sitten, wie sie im Neukantianismus zum Ausdruck kam, nicht so ausgeprägt. Die freiheitlich-republikanische Kant-Interpretation von Simon Kaiser und den Brüdern Snell ließ die soziale Fürsorge unter der Voraussetzung zu, dass der Staat primär freiheitlich blieb.

Kaisers Rechtsbegriff beruhte auf einer unverfälschten Rezeption der kantischen Staats- und Rechtsphilosophie. Die Freiheit gründet in der Vernunft des Menschen, der damit keinen andern als einen freiheitlichen Rechtsbegriff denken kann und der sekundär die soziale Fürsorge des Staates zulässt. Dieser Rechtsbegriff war mit andern Worten nicht «rein» im Sinne des Neukantianismus, sondern baute auf apriorischen Freiheits- und Gerechtigkeitspostulaten auf. Der Rechtspositivismus zeigte sich in der tonangebenden freisinnigen Staatsrechtslehre der Schweiz daher stets freiheitlich und brauchte sich von Kants Wurzeln nicht zu lösen. Die Denkvoraussetzung der Freiheit blieb im schweizerischen Rechtspositivismus erhalten.

Diese an Kant orientierte Rezeption lässt sich an zwei herausragenden Lehrern des Staats- und Verwaltungsrechts zeigen, nämlich an Fritz Fleiner und an dessen Schüler Zaccaria Giacometti.

160 Kaiser, Grundsätze (Fn. 144), S. 126, beide Zitate; siehe auch den Grundsatz Nr. 4 seiner Erkenntnisse der Wissenschaft, wonach der Staat auch zur Entwicklung der Rechte beizutragen habe, was nichts anderes als die Anerkennung der Schutzpflichten beinhaltet, Kaiser, Staatsrecht I (Fn. 143), S. 92.

161 Siehe Fn. 200.

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

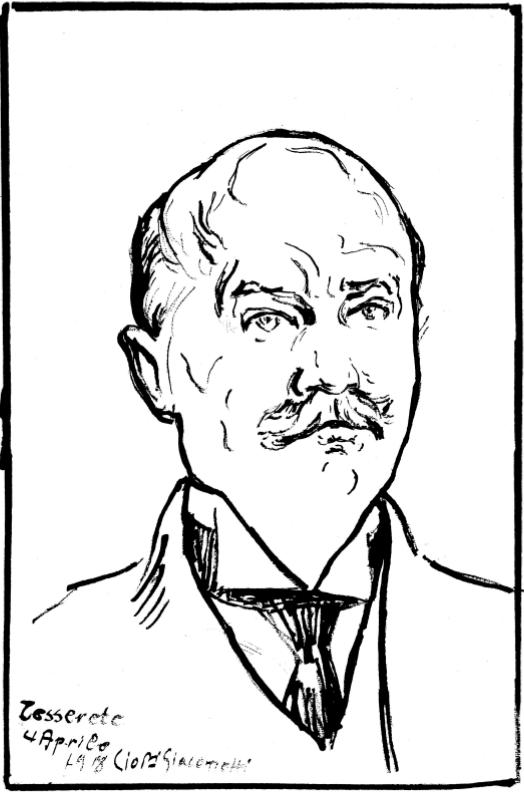
### 1. Zu «Fleiner-Giacometti»

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 Brüder 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 Kunstmälern 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*



Tesserete  
4 April 2011  
49 18 (102) Giacometti

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.



4 April

## 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 kriegsführenden 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 Volks-souveränität 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* vorgeschwobt 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 auflieben 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 gelgenden Rechts hervorquellen»<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 Staatsaktivität 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 erhab 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 Wertesystem folgt weiter, dass die Verfassungskunden 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 Prinzipien 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 untergegebenen 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-schneidischen 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 Anerkenntnung 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 beeinflusst 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 Revolutionsverfassung 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 Verfassungskunde 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 selb-ständig 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 Garantieaufgaben, 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.

## Verzeichnis der Bilder

- S. 10 Christian Wilhelm Snell, aus: *Friedemann*, Andenken (Fn. 3).
- S. 32 Wilhelm Snell, aus: *Hartmann*, Galerie (Fn. 5).
- S. 43 Ludwig Snell, Urheber: Karl Friedrich Irminger (1813–1863), Lithographie nach einem Abguss, Zürich: Druck v. C. Knüsli : bei Heinrich Füssli & Cie., ca. 1850, Lithographie auf gewalztes China; 24,5 x 22 cm, Blatt 49,3 x 29,8 cm, Zentralbibliothek Zürich, Graphische Sammlung und Fotoarchiv, auch abgedruckt z.B. bei Haag, Sturm- und Drang-Periode (Fn. 88), nach S. 64.
- S. 46 Albert Bitzius (Jeremias Gotthelf), aus: *Alfred Hartmann*, Galerie berühmter Schweizer der Neuzeit in Bildern von Fr. und H. Hasler, 1. Band, Baden/Aargau 1868, Nr. 12.
- S. 52 Simon Kaiser, aus: Schweizerische Portrait-Galerie, IV. Band, Zürich 1892, Nr. 361.
- S. 58 Fritz Fleiner von G. Giacometti, Privatbesitz, Pinsel, Feder und schwarze Tusche, 30,8 x 20,6 cm.
- S. 59 Z. Giacometti von G. Giacometti, aus: *Christoph Bernoulli*, Alberto Giacometti 1901–1966, Erinnerungen und Aufzeichnungen, Bern/Stuttgart 1973, S. 17, Pinsel, Feder und schwarze Tusche, 31,5 x 22,2 cm.

Verzeichnis der Siglen zu den Werken von Immanuel Kant in Fn. 8.





## Tabellarischer Lebenslauf

1959	in St. Gallen/Schweiz geboren
1980–1984	Studium der Staatswissenschaften an der Universität St. Gallen mit lic. rer. publ.
1984–1987	Assistent am Schweizerischen Institut für Verwaltungskurse bei Prof. Yvo Hangartner
1989	Dr. rer. publ. an der Universität St. Gallen
1990	Anwaltspatent im Kanton St. Gallen
1992–1994	Ausarbeitung der Habilitationsschrift über den Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung in Heidelberg und in St. Gallen
1995	Privatdozent für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen
1997–2005	Professor für öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte an der Universität Bern
seit 2005	Professor für öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie an der Universität Zürich

## *Selbständige Veröffentlichungen*

Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss. St. Gallen 1989.

Kantonales Privatrecht. Eine systematische Darstellung der kantonalen Einführungsgesetzgebung zum Bundesprivatrecht am Beispiel des Kantons St. Gallen und weiterer Kantone, St. Gallen 1992.

Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Schweizer Studien zum internationalen Recht, Band 85, Zürich 1993.

Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Habil. St. Gallen, Zürich 1995.

Grundriss des liechtensteinischen Verwaltungsrechts, Liechtenstein Politische Schriften, Band 23, Vaduz 1998.

Andreas Kley (zusammen mit Yvo Hangartner), Demokratische Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000.

Andreas Kley, Verfassungsgeschichte der Neuzeit; Grossbritannien, die USA, Frankreich und die Schweiz, 3. Auflage, Bern 2012.

Andreas Kley (zusammen mit Richard Amstutz), Gironde-Verfassungsentwurf aus der französischen Revolution vom 15./16. Februar 1793, Deutschsprachige Übersetzung mit einer Einleitung und kommentierenden Anmerkungen, Zürich-St. Gallen, 2011.

Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zürich–St. Gallen 2011.

Andreas Kley (Hrsg. zusammen mit Klaus A. Vallender), Grundrechtspraxis in Liechtenstein, Vaduz 2012.