

Rechtsgeschichte Legal History

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg20>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 20 (2012)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg20/442-446>

Rg **20** 2012 442 – 446

Michael Stolleis

Selbstvergewisserung

laurea, Losanna 2005), che avrebbero forse permesso di inserire il discorso in un contesto intercantonale più ampio, di cui erano già del resto consapevoli importanti osservatori dell'epoca come JOHANNES SCHNELL (v. in particolare il suo studio, per altro citato dallo stesso M. Lenarcic, *Die neuen Strafgesetzentwürfe von Neuenburg, Bern, Solothurn, Aargau, Zug, Glarus, Zürich und St. Gallen*, in *Rivista di diritto svizzero* 5/1856, pag. 39–84). Questo non allo scopo di cercare altre genealogie, oltre a quelle, soprattutto austriache (più che la *Josephina* del 1787, in vigore nella Fricktal per un breve periodo anche dopo la separazione dall'Austria, v. 83–99, soprattutto la *Franciscana* del 1803, a proposito della quale l'autore ha però mancato di consultare l'importante raccolta di studi curata da S. VINCIGUERRA nel 2001) convincentemente evidenziate dall'autore (165–176), ma per meglio inserire la codificazione argoviana nella *rete di cantieri cantonali* che portò in ultima analisi alla lenta maturazione di un discorso scientifico nazionale, sfociato nella petizione presentata il 27 settembre 1887 dalla Società svizzera dei giuristi (SSG) a favore del superamento della frammentazione giuspenalistica cantonale (v. C. Strooss, *Die Schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt und im Auftrage des Bundesrathes*

herausgegeben, Basilea/Ginevra 1890, pag. IX). Quella petizione, formulata a Bellinzona in occasione della prima riunione della SSG tenutasi a sud delle Alpi, non fu infatti un fulmine a ciel sereno, ma fu il prodotto di una decennale sedimentazione di un discorso giuridico *intercantonale* formatosi parallelamente al rigoglioso proliferare nei singoli cantoni di sempre nuove codificazioni. Lo stesso Canton Argovia era del resto all'avanguardia nella promozione di iniziative volte ad una maggiore concentrazione di competenze a livello federale, come dimostrato dall'esito delle varie votazioni popolari in merito (v. H. STAEHELIN, *Argovia*, in *Dizionario storico della Svizzera*, vol. 1, Locarno / Basilea 2002, pag. 490). Impossibile pensare che questa tradizionale apertura mentale della popolazione argoviana non trovasse riscontro in una parallela attenzione scientifico-giuridica a quanto accadeva negli altri cantoni. Nel complesso si trattava di avvenimenti che, se non portarono ad un rovesciamento del paradigma giurisdizionale cantonale, contribuirono comunque ad una sua lenta erosione, seppur con effetti che si manifesteranno in maniera tangibile soltanto nel corso del Novecento. ■

Michael Stolleis

Selbstvergewisserung*

Die Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts, ein noch schwaches Pflänzchen im Garten der Rechtsgeschichte, kann erfreuliche Zuwächse verzeichnen, und zwar aus der Schweiz. Zum einen sind in Band 130 (2011) der Zeitschrift für Schweizerisches Recht zwei große, fast Buchformat erreichende Aufsätze erschienen, von Anne-Christine Favre, *Cent ans de droit administratif: de la gestion des biens de police à celle des risques environnementaux*, 227–330 sowie von Benjamin Schindler, *100 Jahre Verwaltungsrecht in der*

Schweiz, S. 331–437.¹ Zum anderen gibt es das hier zu würdigende Werk von Andreas Kley, der in Zürich Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie lehrt. Nimmt man diese drei Arbeiten zusammen und fügt noch die Verfassungsgeschichte der Schweiz des unvergessenen Alfred Kölz (1944–2003) hinzu, dann kann geradezu von einem Quantensprung gesprochen werden.

Kley legt seine Darstellung als großes Kompendium an, er erörtert alle denkbaren Themen des

* ANDREAS KLEY, *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz*, Zürich, St. Gallen: Dike 2011, XVI, 550 S., ISBN 978-3-03751-352-1

1 Hierzu meine Besprechung in: *Die Öffentliche Verwaltung* Heft 23 (2011) 936 f.

öffentlichen Rechts, nennt ebenso alle Namen und fügt Kurzbiographien und Biobibliographien der Schweizer Professoren und Dozenten des 19. und 20. Jahrhunderts an. Das aus den Akten, aus genauer Lektüre und teilnehmender Beobachtung gewonnene Bild ist instruktiv, gerade für diejenigen, welche die Szene von außen betrachten. Die deutschsprachige Schweiz und die sogenannte Romandie werden beide behandelt, allerdings mit einem gewissen auch sachlich begründeten Übergewicht der Universitäten Basel, Bern und Zürich.

Am Anfang steht die verfassungsgeschichtliche Zäsur des Wiener Kongresses, aus dem die moderne Schweiz hervorging. Auch das im heutigen Sinn »wissenschaftliche« öffentliche Recht beginnt erst im 19. Jahrhundert. Um dies zu illustrieren, setzt Kley mit der etwas bizarren Figur des Jakob Schollenberger ein, dem letzten Vertreter der alten »Staatswissenschaften«, der nun von der wissenschaftlichen Moderne an den Rand gedrängt wurde. Deren Bannerträger finden sich in Zürich (1833) und dem dominierenden Bern (1834), während Basel erst 1891 folgt. Auch die Romandie schließt sich der neuen Richtung spät an, so Genf (1873), Lausanne (1890), Neuchâtel (1909) und Fribourg (1889). Schon damals zeichneten sich zwei Lager ab, einerseits das freisinnige und liberale, das sich an den Idealen der Französischen Revolution und an Kant orientierte, andererseits das eher konservativ-nationalistische, das die Leitideen der Historischen Rechtsschule favorisierte. Aber solche Zuordnungen verlaufen nicht entlang der Konfessionsgrenzen, sie sind oft trügerisch und gelten nicht für alle Lebensphasen. Menschen ändern bekanntlich ihre Meinungen und folgen den Trends ihrer Lebenswelt.

Mit dem ausgehenden 19. Jahrhundert gewinnt die Darstellung an Breite und es zeigt sich, dass eigentlich alle aus der deutschen Wissenschaftsgeschichte bekannten Bewegungen sich auch in der Schweiz finden, nur eben mit zeitlichen und inhaltlichen Verschiebungen und Modifikationen, die gerade für den deutschen Leser reizvoll sind. Man sieht den Rechtspositivismus vorrücken, er-

lebt die Abwanderung der Volkswirtschaftslehre aus den Juristischen Fakultäten, den Aufstieg des modernen Interventions- und Sozialstaats – Letzteres mit deutlicher Verzögerung im Vergleich zu Deutschland. Ebenso kommt es am Anfang des 20. Jahrhunderts, wesentlich durch Fritz Fleiner, zur Herausbildung eines wissenschaftlichen Verwaltungsrechts. Dabei spielte naturgemäß Frankreich ebenso eine Vorbildrolle wie der beide Sphären vermittelnde Otto Mayer. Dass aber, nebenbei, das französische Verwaltungsrecht aus der Kanonistik entstanden sei, wie Kley im Anschluss an Jean-Louis Mestre, Gabriel Le Bras und andere annimmt, ist als These nur haltbar, wenn man darunter die europaweite Vorformung des modernen Staates durch die mittelalterliche Kanonistik seit dem 12. Jahrhundert versteht.² Denn konkret entsteht das Verwaltungsrecht wesentlich aus der frühmodernen »guten Policey«, bis es – in Frankreich wie in Deutschland – mit dem modernen Verfassungsstaat des 19. Jahrhunderts in »Administrativrecht« und dann »Verwaltungsrecht« übergeht. Vor 1800 gibt es weder die Bezeichnung noch die Sache. Auch wird man bei den verwaltungsrechtlichen Autoren der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts Bezugnahmen auf die Kanonistik wohl vergeblich suchen.

Damit ist der scharfe konfessionelle Gegensatz berührt, der die Schweiz prägte und mit der Dreibzw. Viersprachigkeit korrespondiert. Nur langsam wurde er über die Brücke der Geschichte und des Nationalgefühls eingeebnet. Die katholisch geprägte Juristenwelt blieb länger praxisorientiert und interessierte sich weniger für eine theoretische Durchdringung des Stoffs. Viel länger als in Deutschland, dessen konfessionelle Gruppenbildungen im 20. Jahrhundert stärker durchgerüttelt und abgeflacht wurden, blieb die »Glaubensrichtung« auch für die Besetzung von öffentlichrechtlichen Lehrstühlen in der Schweiz relevant, sogar bis in die siebziger und achtziger Jahre. Das rechtfertigt es, dem schweizerischen »konfessionellen Paradox« in diesem Buch einen eigenen Abschnitt des Kirchen- und Staatskirchenrechts zu widmen. Dort zeigten sich auf protestantischer

2 In diesem Sinne ROUMY, F., M. SCHMOECKEL, O. CONDORELLI (Hg.) (2011), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, Bd. 2: Öffentliches Recht, Köln, Weimar, Wien.

Seite so tiefgehende kulturkämpferische Vorbehalte gegen die römische Kirche, dass es erst seit 2004 wieder eine reguläre diplomatische Vertretung der Schweiz beim Vatikan gab.

Lange spielte auch die wissenschaftliche Pflege des Völkerrechts nur eine Nebenrolle. Aber seit die Schweiz mit den völkerrechtlichen Innovationen und den internationalen Bureaus im 19. Jahrhundert sowie mit dem Völkerbund nach dem Ersten Weltkrieg eine zentrale Stellung einnahm, gewann auch die Völkerrechtswissenschaft an Gewicht, dies nun vor allem in Lausanne und Genf. Sie war, wie auch in anderen Ländern, mit Selbstverständlichkeit nahe am Regierungshandeln und mit diesem verflochten. Kley nennt hier vor allem Max Huber, den »Schweizer Völkerrechtler des 20. Jahrhunderts« und Präsidenten des Internationalen Roten Kreuzes, sowie den wichtigen Theoretiker Paul Guggenheim. Seit 1914 gab es eine schweizerische Vereinigung für internationales Recht, seit 1927 auch das »Institut des Hautes Études Internationales« in Genf.

Die Nähe zur politischen Praxis zeichnet bis zur Gegenwart das öffentliche Recht in der Schweiz aus. Seit dem 19. Jahrhundert gibt es ohne Unterbrechung eine direkte Interaktion von Politik, Universität und Öffentlichkeit. Bei den Themen der direkten Demokratie und des Wahlrechts, bei der Vorbereitung von Gesetzen in der Justizabteilung des Bundes, den zunehmenden Interventionen in die Wirtschaft und dem Aufbau des Sozialstaats wurden Öffentlichrechtler als Experten eingeschaltet oder sie agierten in Doppelrollen als Wissenschaftler, Politiker oder publizistische Akteure. Diese Zusammenarbeit intensivierte sich naturgemäß während des Ersten Weltkriegs, in der Zwischenkriegszeit und während des Nationalsozialismus. Die allgemeine Krise des Liberalismus und die Hinwendung zu autoritärem Denken erfasste auch die Schweiz. Kley nennt hier freimütig Namen, etwa Jacob Wackernagel, den frü-

hen Werner Kägi und den auf bedenklichen Bahnen wandelnden Hans Huber. Diese Hinwendung zu mehr Staatsintervention, vorsorglichen Notstandsregelungen, Vollmachtenpraxis und Begrenzungen der direkten Demokratie um der Effektivität von Gesetzgebung willen folgte den Drohungen des Krieges und der allgemeinen ökonomischen Entwicklung, war aber in der Schweiz viel gemäßigter und pragmatischer als in Deutschland. Auch verstummten die liberalen und auf Rechtsstaatlichkeit dringenden Stimmen sowie die Warnrufe gegen Faschismus und Nationalsozialismus eigentlich nie. So erlebte das öffentliche Recht der Schweiz nach 1945 keinen personellen Bruch, sondern eher eine gewisse Entspannung des (beschützenden) Konservatismus und eine Rückkehr zu einer vermittelnden Linie zwischen Positivismus und Naturrecht, Liberalismus und Sozialstaat, wie sie etwa von Dietrich Schindler sen. (1890–1948) vertreten wurde. Persönlichkeiten wie Zaccaria Giacometti (1893–1970), André Grisel (1911–1990), Max Imboden (1915–1969),³ Richard Bäumlin (* 1927) und andere bestimmten nun die demokratische, liberale und sozialstaatliche Grundrichtung. Die Vorbehalte gegenüber direktdemokratischen Verfahren wurden wieder abgebaut. Wie in Deutschland und in Österreich gewannen das Wirtschaftsverwaltungsrecht und die neuen Spezialgebiete des Verwaltungsrechts weiteren Raum, ebenso das Völkerrecht und die Rechtsvergleichung. Bald rückten als »große Themen« die Totalrevision der Bundesverfassung, das Übergreifen des Demokratieprinzips in die Verwaltung sowie gesellschaftliche Einrichtungen, die Bewältigung der Spannungen zwischen Rechts- und Sozialstaat, vor allem aber die Entfaltung der Grundrechte als weit über die individuellen Abwehrrechte hinausgreifendes Medium gesellschaftlicher Umgestaltung ins Zentrum des Interesses. Die »Drittwirkung« der Grundrechte, ihre »objektive« Dimension und das Angewiesensein der Bür-

³ Imboden erhält in § 32 noch ein fast monographisches Kapitel, in dem nicht nur der etwas absonderlich wirkende Einfluss der Tiefenpsychologie C. G. Jungs auf das Staatsrecht (Rechtsstaat als Vater, Sozialstaat als Mutter), sondern vor allem Imbodens verwaltungsrechtliche Leistungen und sein Engagement für eine Revision der Bundesverfassung gewürdigt werden.

ger auf die staatliche Sicherung von Entfaltungsräumen der Grundrechte waren hier wie dort die zentralen Themen, verbunden mit Sorgen vor einer allzu beliebigen »Abwägungsjurisprudenz«. Ebenso gab es wie in Deutschland deutliche Warnungen vor einer finanziellen Überlastung des staatlichen Systems. Was die schweizerische von der deutschen Diskussion aber deutlich unterscheidet, ist die Zurückhaltung gegenüber der Neigung, dem Gesetzgeber verfassungsrechtliche Pflichten aufzuerlegen. Offenbar ist der eingewurzelte Respekt der politischen Klasse vor dem Souverän »Volk« größer als in Deutschland, wo das Bundesverfassungsgericht das letzte Wort zu haben pflegt. Schließlich müssen zu den Themen des öffentlichen Rechts auch die Öffnung zum Europarecht und der weitere Bedeutungszuwachs des internationalen Rechts gezählt werden. Innenpolitisch gibt es in der Schweiz die zuvor unbekannte Frage, ob Volksabstimmungen eventuell die völkerrechtlichen Bindungen der Schweiz verletzen könnten. Hier finden sich gewiss Besonderheiten, aber insgesamt führt die damit verbundene Öffnung gerade auch zu deren Abschleifung. Die Schweiz ist längst keine Insel mehr, wenn sie es als nord-südliches Transit- und europäisches Kernland je wirklich war.

Der Autor, der in Zürich auch Rechtsphilosophie vertritt, ist an Theorie- und Methodenfragen besonders interessiert. Er beschließt sein Buch zunächst rückblickend mit einer Tour d'horizon über das 19. und 20. Jahrhundert zu Naturrecht und Positivismus, um bei einem »gemäßigten Positivismus« (425) zu enden. Mit dem Übergang in die Gegenwart wird die Darstellung allerdings etwas diffus und eklektisch. Es ist hier schwer zu unterscheiden, ob der Autor noch berichtet oder eigene Positionen entwickelt, ob er bei der historischen Beschreibung bleibt oder sich in Reflexionen über Diskurstheorie, Metatheorie, Juristensprache und ähnliche Themen verliert. Vielleicht ist dieser Eindruck aber auch ein wichtiges Signal für eine wachsende Unsicherheit, in welcher Richtung es mit dem öffentlichen Recht weitergehen soll. Die von der Wissenschaft überwiegend befürwortete, von der Politik teilweise bekämpfte Integration in Europa und die unaufhaltsame Globalisierung der Kommunikation und der Wirtschaft lösen die gewohnten Denklinien auf. Die kollektive Identität der schweizerischen Öffentlichrechtler ist eine schwächer werdende Fiktion. Wiewohl sie natürlich in ihren Kantonen und Konfessionen, ihren

akademischen Traditionen und ihrem Habitus verwurzelt sind, gibt es zentrifugale Kräfte. Auch lässt offenbar generell die Bindekraft des historischen und nationalen Elements nach. Der Rütli-Schwur, Tells Apfelschuss und Winkelried's Selbstopfer gelten heute eher als Mythen des 19. Jahrhunderts, nicht mehr als Fundamente des eidgenössischen Selbstverständnisses.

Am Ende dieses Überblicks über ein eindrucksvolles Pionierwerk muss allerdings auch gesagt werden, dass sich das Buch gelegentlich im Unterholz des akademischen Betriebs verliert. Die Details über die Beteiligung von Assistenten beim Schreiben, über Plagiate, über die Funktionsweise des Schweizerischen Nationalfonds, die Involvierung von Professoren in die Gutachtenpraxis, das Anwachsen allgemeiner Betriebsamkeit und anderes sind keine Spezifika des öffentlichen Rechts, sondern eher Ausdruck einer von der Politik vorangetriebenen Berufsorientierung der Ausbildung sowie einer Ökonomisierung der Forschung, die zugleich einen Mangel an Grundlagenorientierung impliziert. Das sind Themen von unterschiedlicher Gewichtigkeit, aber sie betreffen alle Rechtsgebiete gleichermaßen. Es sind Merkmale einer Transformation der Universität, die in ihrer schweizerischen Ausprägung ohnehin immer näher an den politischen und wirtschaftlichen Realien orientiert war als die deutsche, welche bisher stärker idealistisch und »humboldtisch« geprägt war und nun den Umbruch umso schmerzlicher erlebt.

Schließlich die Beziehung der Schweizer Öffentlichrechtler zur Vereinigung der »Deutschen« Staatsrechtslehrer. Sie war seit der Gründung von 1922 nicht einfach, zumal wegen des doppeldeutigen Adjektivs »deutsch« als sprachliches oder nationales Merkmal. Nach den Erfahrungen des Nationalsozialismus wurde die Distanz notwendig noch größer. 1963 entstand eine Vereinigung der schweizerischen Staats- und Verwaltungsrechtslehrer, die gewiss ihre innerschweizerischen Aufgaben erfüllt, aber nicht den wünschenswerten Austausch mit Deutschland und Österreich bieten kann. Inzwischen sind die Vorbehalte wohl geschwunden, aber die »deutschsprachige« Vereinigung ist an Umfang so gewachsen, dass ein transnationales und transdisziplinäres Gespräch – schon innerhalb des öffentlichen Rechts – an faktische Grenzen stößt. Die von Kley berichteten Problemfälle und Ärgernisse liegen nun schon Jahrzehnte zurück und verlieren entsprechend an Bedeutung, speziell für die heute maßgebende jüngere Genera-

tion. Andreas Kley gehört zu ihr und es ist ihm hoch anzurechnen, dass er nicht nur zwei Jahrhunderte schweizerische Wissenschaftsgeschichte mit allen Details gemeistert und in lesbare Form gebracht hat, sondern dass es auch mit Offenheit und kritischem Bewusstsein geschehen ist. Dieses Buch ist das bedeutende Dokument einer Selbstvergewisserung des Fachs, geschrieben an der Schwelle zu einer auch die Schweiz immer stärker

erfassenden Europäisierung sowie im Kontext der uns alle erfassenden Globalisierung. Noch mehr als jetzt werden dann der Schwur auf dem Rütli sowie die Helden Tell und Winkelried Zeichen historischer Erinnerung, aber keine Orientierungspunkte für die Zukunft sein. ■

Thorsten Keiser

Der Volljurist als Fixstern im Rechtsuniversum*

Raymond Saleilles (1855–1912) gilt als einer der größten Juristen seiner Epoche und Wegbereiter der französischen Rechtswissenschaft in ein neues Jahrhundert. Auch außerhalb Frankreichs hat sein vielschichtiges Werk in letzter Zeit historische Aufmerksamkeit erfahren, unter anderem mit Schwerpunkt auf der Rechtsvergleichung (Alfons Aragonese) oder Saleilles' Beurteilung der deutschen Rechtswissenschaft (Birte Gast). Der Florentiner Rechtshistoriker Marco Sabbioneti hat nun eine umfassende Monographie über Privatrechtsdogmatik und politisch-religiöse Grundeinstellungen des französischen Juristen vorgelegt, dessen Werk oft schlagwortartig mit – aus deutscher Sicht – kulturhistorischen Epocheneinteilungen wie »Belle Epoque« oder »Modernismo« in Verbindung gebracht wird.

Wie nicht anders zu erwarten, ist der historische Kontext von den seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in mehreren europäischen Ländern verbreiteten Krisendiagnosen geprägt. Das große Thema der Zeit war neben der sozialen Frage die Kritik an Formalismus, Abstraktion, Individualismus oder – in den Worten Sabbionetis – »giusnaturalismo razionalistico« (61 ff.), wobei das im Code civil ausgeprägte Systemdenken gemeint ist (62 f.). In diesem Spannungsfeld bewegt

sich die Analyse von Saleilles' Werk, das in einem ausklingenden bürgerlichen Zeitalter entstanden ist. Die Sensibilität für interdisziplinär-geistesgeschichtliche und transnationale Zusammenhänge, welche die Publikationen der Reihe »Per la storia del pensiero giuridico moderno« insgesamt auszeichnet, ist auch in dem vorliegenden Werk in hohem Maße vorhanden.

Sabbioneti beschreibt eingehend Saleilles' Auseinandersetzungen mit der deutschen historischen Rechtsschule und die daraus gezogenen Konsequenzen. Dabei unterbricht er immer wieder den eleganten Fluss seines italienischen Textes, um Saleilles im französischen Original zum Klingen zu bringen, was die Darstellung anschaulicher macht. Wie etwa Jhering oder Durkheim (351), versuchte Saleilles, das Recht als konkretes, in bestimmten sozialen Milieus erwachsendes historisches Phänomen zu begreifen (65). Das bedeutete für ihn jedoch, anders als etwa für Duguit (438 ff.), keine Absage an die Kodifikation und die Figur des subjektiven Rechts als eines ihrer zentralen Elemente. Sabbioneti stellt Saleilles als gemäßigten Methodenkritiker dar, der, obgleich Anhänger einer damals weit verbreiteten organologischen Rechtsauffassung, nie die Basis des positiven Rechts verließ. Seine Rechtskritik war also eher

* MARCO SABBIONETI, *Democrazia Sociale e Diritto Privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855–1912)* (Per la storia del pensiero giuridico moderno 91), Mailand: Giuffrè 2010, XXXVII, 682 S., ISBN 978-88-14-15470-6