

Peter Häberle, Michael Kilian, Heinrich Wolff

# Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts

---

Deutschland – Österreich – Schweiz

2. Auflage

**DE GRUYTER**

ISBN 978-3-11-054145-8

e-ISBN (PDF) 978-3-11-054668-2

e-ISBN (EPUB) 978-3-11-054559-3

**Library of Congress Control Number: 2018949272**

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

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

© 2018 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston

Datenkonvertierung/Satz: jürgen ullrich typosatz, Nördlingen

Druck: CPI books GmbH, Leck

Gedruckt auf säurefreiem Papier

[www.degruyter.com](http://www.degruyter.com)

# Inhaltsverzeichnis

**Inhaltsverzeichnis (alphabetisch sortiert) — XXI**

**Bearbeiterverzeichnis — XXIX**

**I**

**Albert Hänel (1833–1918) — 3**

Alfred Rincken

**II**

**Paul Laband (1838–1918) — 21**

Reinhard Mußgnug

**III**

**Georg Meyer (1841–1900) — 47**

Pascale Cancik

**IV**

**Otto Mayer (1846–1924) — 65**

Dirk Ehlers

**V**

**Georg Jellinek (1851–1911) — 77**

Jens Kersten

**VI**

**Edmund Bernatzik (1854–1919) — 89**

Herbert Kalb

**VII**

**Hugo Preuß (1860–1925) — 107**

Dian Schefold

**VIII**

**Gerhard Anschütz (1867–1948) — 129**

Christian Waldhoff

**IX**

**Fritz Fleiner (1867–1937) — 147**

Giovanni Biaggini

<https://doi.org/10.1515/9783110546682-205>

**X**

**Heinrich Triepel (1868–1946) — 165**

Andreas von Arnould

**XI**

**Richard Thoma (1874–1957) — 183**

Kathrin Groh

**XII**

**Max Huber (1874–1960) — 197**

Andreas Kley

**XIII**

**Walther Schücking (1875–1935) — 211**

Christian Tietje

**XIV**

**Willibalt Apelt (1877–1965) — 223**

Wolfgang März

**XV**

**Hans Nawiasky (1880–1961) — 249**

Yvo Hangartner †

**XVI**

**Erich Kaufmann (1880–1972) — 263**

Jochen Rozek

**XVII**

**Hans Kelsen (1881–1973) — 281**

Horst Dreier

**XVIII**

**Rudolf Laun (1882–1975) — 305**

Walter Pauly

**XIX**

**Rudolf Smend (1882–1975) — 317**

Helmuth Schulze-Fielitz

**XX**

**Erwin Jacobi (1884–1965) — 335**

Helmut Goerlich

**XXI**

**Ottmar Bühler (1884–1965) — 351**

Ekkehart Reimer

**XXII**

**Walter Jellinek (1885–1955) — 377**

Martin Schulte

**XXIII**

**Carl Schmitt (1888–1985) — 391**

Matthias Jestaedt

**XXIV**

**Alfred Verdross (1890–1980) — 417**

Bruno Simma

**XXV**

**Adolf Merkl (1890–1970) — 431**

Herbert Schambeck

**XXVI**

**Mein Vater Ludwig Adamovich (1890–1955) — 449**

Ludwig Adamovich

**XXVII**

**Dietrich Schindler (sen.) (1890–1948) — 459**

Daniel Thürer

**XXVIII**

**Hermann Heller (1891–1933) — 471**

Uwe Volkmann

**XXIX**

**Karl Loewenstein (1891–1973) — 489**

Oliver Lepsius

**XXX**

**Zaccaria Giacometti (1893–1970) — 519**

Andreas Kley

**XXXI**

**Hermann von Mangoldt (1895–1953) — 537**

Heinrich Amadeus Wolff

**XXXII**

**Hans Peters (1896–1966) — 551**

Wilfried Berg

**XXXIII**

**Carlo Schmid (1896–1979) — 565**

Michael Kilian

**XXXIV**

**Hans J. Wolff (1898–1976) — 587**

Markus Möstl

**XXXV**

**Friedrich Berber (1898–1984) — 599**

Albrecht Randelzhofer

**XXXVI**

**Ernst Fraenkel (1898–1975) — 609**

Alexander von Brünneck

**XXXVII**

**Fritz Morstein Marx (1900–1969) — 619**

Margrit Seckelmann

**XXXVIII**

**Hans Huber (1901–1987) – der „Preis der Unsicherheit und der Unruhe“ — 637**

Andreas Kley

**XXXIX**

**Carl Joachim Friedrich (1901–1984) — 653**

Stephan Kirste

**XL**

**Theodor Maunz (1901–1993) — 673**

Peter Lerche †

**XLI**

**Gerhard Leibholz (1901–1982) — 679**

Christian Starck

**XLII**

**Ernst Friesenhahn (1901–1984) — 693**

Hans Meyer

**XLIII**

**Ernst Forsthoff (1902–1974) — 711**

Hans Hugo Klein

**XLIV**

**Arnold Köttgen (1902–1967) — 731**

Peter Badura

**XLV**

**Martin Drath (1902–1976) — 743**

Manfred Baldus

**XLVI**

**Ernst Rudolf Huber (1903–1990) – Vom neohegelianischen Staatsdenken zur  
etatistischen Verfassungsgeschichte — 763**

Christoph Gusy

**XLVII**

**Ulrich Scheuner (1903–1981) — 777**

Wolfgang Rüfner

**XLVIII**

**Werner Weber (1904–1976) — 793**

Eberhard Schmidt-Aßmann

**XLIX**

**Otto Kirchheimer (1905–1965) — 813**

Michael Kilian

**L**

**Herbert Krüger (1905–1989) — 835**

Thomas Oppermann

**LI**

**Wolfgang Abendroth (1906–1985) — 849**

Ulrich K. Preuß

**LII**

**Hans Peter Ipsen (1907–1998) — 863**

Klaus Stern

**LIII**

**Walter Antonioli (1907–2006) — 881**

Karl Korinek †

**LIV**

**Den Staat denken – Werner von Simson (1908–1996) — 889**

Wolfgang Graf Vitzthum

**LV**

**Georg Schwarzenberger (1908–1991) — 905**

Heinhard Steiger

**LVI**

**Werner Kägi (1909–2005) — 925**

Walter Haller

**LVII**

**Wilhelm G. Grewe (1911–2000) — 937**

Jochen A. Frowein

**LVIII**

**Hans Schneider (1912–2010) — 945**

Reinhard Mußgnug

**LIX**

**Hermann Mosler (1912–2001) — 959**

Christian Tomuschat



**LX**

**Karl August Bettermann (1913–2005) — 971**

Detlef Merten

**LXI**

**Otto Bachof (1914–2006) — 993**

Dieter H. Scheuing

**LXII**

**Karl Josef Partsch (1914–1996) — 1013**

Rüdiger Wolfrum

**LXIII**

**Max Imboden (1915–1969) — 1023**

Andreas Kley

**LXIV**

**Konrad Hesse (1919–2005) — 1039**

Peter Häberle

**LXV**

**Karl Doehring (1919–2011) — 1055**

Torsten Stein

**LXVI**

**Helmut K. J. Ridder (1919–2007) — 1067**

Karl-Heinz Ladeur

**LXVII**

**Günter Dürig (1920–1996) — 1079**

Walter Schmitt Glaeser

**LXVIII**

**Der Elefant – Ein Gespräch mit Peter Schneider (1920–2002) über das  
Recht — 1097**

Erhard Denninger

**LXIX**

**Hans Klecatsky (1920–2015) — 1113**

Kurt Ebert

**LXX**

**Kurt Eichenberger (1922–2005) — 1131**

Andreas Kley

**LXXI**

**Felix Ermacora (1923–1995) — 1153**

Christoph Schlintner/Gerhard Strejcek

**LXXII**

**Helmut Quaritsch (1930–2011) — 1167**

Bernd Grzeszick

**LXXIII**

**Peter Lerche (1928–2016) — 1179**

Rupert Scholz

**LXXIV**

**Hans F. Zacher (1928–2015) — 1189**

Michael Stolleis

**LXXV**

**Klaus Vogel (1930–2007) — 1199**

Paul Kirchhof

**LXXVI**

**Helmut Steinberger (1931–2014) — 1215**

Hans-Joachim Cremer

**LXXVII**

**Dimitris Th. Tsatsos (1933–2010) – Ein Mann der Vielfalt — 1239**

Martin Morlok

**LXXVIII**

**Peter Saladin (1935–1997) — 1251**

Diemut Majer

**LXXIX**

**Klaus Schlaich (1937–2005) — 1275**

Stefan Korioth

**LXXX**

**Alfred Kölz (1944–2003) — 1289**

Jörg Paul Müller

**LXXXI**

**Winfried Brugger (1950–2010) — 1295**

Peter Häberle

**Personenregister — 1301**

**Bildnachweis — 1315**



# LXX

## Kurt Eichenberger (1922–2005)

Andreas Kley

### Disposition

- I. Herkunft, Ausbildung und Tätigkeit — 1131
- II. Eine programmatische Dissertation — 1135
- III. Pionier der schweizerischen Rechtsetzungslehre — 1137
- IV. Verfassung und Verfassungsgebung — 1139
- V. Eichenbergers praktische Wissenschaft: Das Staatsorganisationsrecht — 1145
- VI. Ein sprachmächtiger Autor — 1147
- VII. Würdigung — 1148

## I. Herkunft, Ausbildung und Tätigkeit

Kurt Eichenberger wurde am 16. Juni 1922 in seinem Heimatort Burg im oberen Wynental im Kanton Aargau geboren. Sein Vater Arthur war im Rohtabakhandel tätig, denn in dieser Gegend bestanden Fabriken für Raucherwaren. Seine Mutter Lydia war eine geborene Sommerhalder. Eichenberger besuchte die Kantonschule Aarau. Nach der Maturität 1942 absolvierte er das Studium der Rechtswissenschaft und der Geschichte an den Universitäten Zürich und Bern. Der Zweite Weltkrieg führte zu einer Unterbrechung des Studiums, da Eichenberger Aktivdienst zu leisten hatte. 1948 erwarb er den Doktorgrad der Universität Bern mit seiner Dissertation über „Die oberste Gewalt im Bunde“. Die 1949 erschienene Arbeit betreute Professor Hans Huber, der auf seinen Schüler einen prägenden Einfluss ausübte<sup>1</sup>.

1949–1952 versah er am Bezirksgericht Baden das Amt eines Gerichtsschreibers und er erwarb 1950 das aargauische Fürsprecherpatent (Rechtsanwaltsbewilligung). 1948 heiratete er Anna Lutz, die Tochter von Professor Wilhelm Lutz (1888–1958), der als Dermatologe an der Universität Basel tätig war. 1952–1959

---

<sup>1</sup> Der Staatsrechtslehrer Kurt Eichenberger ist, trotz seiner Zeit als aargauischer Oberrichter während der Jahre 1959–1963 nicht identisch mit Dr. Kurt Eichenberger (1910–1998), alt Oberrichter, Beinwil a. S., siehe: Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger, alt Oberrichter, Beinwil am See: zur Vollendung seines 80. Lebensjahres, hrsg. vom Aargauischen Juristenverein, Aarau 1990. Letzterer dissertierte 1934 ebenfalls an der Universität Bern und verfasste in der Folge verschiedene Beiträge zum Aargauischen Zivilprozessrecht.

wirkte Eichenberger als Sekretär der Direktion des Innern und der Gesundheit des Kantons Aargau und 1959 wählte ihn der Grosse Rat zum aargauischen Oberrichter<sup>2</sup>.

1960 habilitierte sich Kurt Eichenberger an der Universität Bern mit einer Arbeit über „Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem“. Der spätere Bundesratsgatte Hans W. Kopp rezensierte das Buch und lobte die Ausgewogenheit: „Der weit überwiegende Vorzug des Buches ist andererseits die Vermeidung aller verabsolutierten Einseitigkeiten, die Offenbarung einer bei Eichenberger unzweideutig in der Praxis gereiften Weisheit des ‚Ja, aber ...‘“<sup>3</sup>. Der Autor habe der Juristenwelt ein „beziehungsreich gedachtes, anregend geschriebenes und vor allem juristisch ertragreiches Werk geschenkt“. Eichenberger übernahm 1960 an der Universität Bern und 1961 an der Universität Basel einen Lehrauftrag. 1963 gab er sein Amt als Oberrichter auf. Die Universität Bern ernannte ihn zum nebenamtlichen Extraordinarius und im gleichen Jahr berief ihn die Universität Basel auf den neugeschaffenen zweiten gesetzlichen Lehrstuhl für öffentliches Recht. Max Imboden hatte sich für die Berufung des aussichtsreichen Schülers von Hans Huber eingesetzt.

An der Universität Basel stieg Eichenberger rasch auf. Er amtierte 1966/67 und 1976/77 als Dekan der Juristischen Fakultät. Nach den Studentenunruhen wurde er 1969 Rektor. In dieser Zeit vollzog die Universität eine Reform, die den Studenten mehr Mitspracherechte einräumte. 1970–1973 präsierte Eichenberger den Schweizerischen Juristenverein. Er hielt – was selten ist – an zwei Jahresversammlungen des Juristenvereins einen Vortrag, nämlich 1954 und 1991. Der erste Vortrag von 1954 über Rechtsetzungsformen und Rechtsetzungsverfahren vertiefte das schon in der Dissertation bekundete Interesse für die Gesetzgebungslehre. Er behandelte in der Folge dieses Thema immer wieder und regte seine Schüler Georg Müller und René Rhinow an, sich damit in ihren Habilitationsschriften grundlegend auseinanderzusetzen<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Georg Müller, Zum 70. Geburtstag von Kurt Eichenberger, NZZ vom 16.6.1992, Nr. 137, S. 21; Ronald Kunz, Geschichte der Basler Juristischen Fakultät 1835–2010, Basel 2011, S. 190 ff.; Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Kurt Eichenberger zum Gedenken, Basel 2005, S. 5 ff. (Matthias Grüniger); Andreas Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, S. 487 m. w. H.; Christoph Zürcher, K. E., Historisches Lexikon der Schweiz, Bd. 4, Basel 2005, S. 108.

<sup>3</sup> SJZ 58 (1962), S. 14; ebenso positiv sind die Rezensionen von Privatdozent Fritz Gygi, ZBJV 97 (1961), S. 37 ff. und O.B. im ZBl 62 (1961), S. 118 f.

<sup>4</sup> René Rhinow, Rechtsetzung und Methodik: rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Habil. Basel 1979; Georg Müller,

Der Tod von Max Imboden 1969 riss eine Lücke in die Kommission zur Vorbereitung der Totalrevision der Bundesverfassung. Das Verfahren der Verfassungsrevision hatte 1965 die zwei Parlamentarier Karl Obrecht und Peter Dürrenmatt angestossen. Die vom ehemaligen Bundesrat (Regierungsmitglied) Friedrich Traugott Wahlen (1899–1985) präsierte Kommission wurde mit gleich zwei Professoren ergänzt, Kurt Eichenberger und Otto K. Kaufmann. Damit setzte für Eichenberger eine Jahrzehnte währende Beschäftigung ein, auf die er später – als die Bestrebungen zu erlahmen drohten – einen bedeutsamen Einfluss nahm<sup>5</sup>. Auch im Verfahren der Aargauer Verfassungsrevision zog ihn der Verfassungsrat als Redaktor bei.

Kurt Eichenberger verfolgte neben seiner akademischen auch eine militärische Karriere. Die schweizerische Armee ist nach dem Milizprinzip organisiert, d. h. die Bürger wechseln auf Zeit ihr Kleid und übernehmen militärische Funktionen. Eichenberger stieg in der Hierarchie auf und nach der Ausbildung zum Generalstabsoffizier ernannte ihn der Bundesrat 1972 zum Brigadier. Es ist das höchste Amt, das von einem Milizoffizier versehen werden kann. In dieser Funktion hielt er auch Vorträge zu militärischen Fragen<sup>6</sup>.

Eichenberger war ein gefragter Spezialist des Bundesrates und der Kantonsregierungen. Für den Kanton Aargau amtierte er als Verfassungsredaktor bei der Totalrevision des kantonalen Grundgesetzes in den Jahren 1972–1980<sup>7</sup>. Er wirkte ferner bei verschiedenen wichtigen Expertenkommissionen mit. In seiner Ausrichtung blieb er von seinem Lehrer Hans Huber geprägt. Er vertrat stets einen gouvernementalen Standpunkt, da ihm das Funktionieren der staatlichen Institutionen ein grosses Anliegen war. Nicht zuletzt deshalb, lebte er das Milizprinzip ausgeprägt. 1982 sprach ihm die damalige Hochschule St. Gallen die Ehrendoktorwürde der Staatswissenschaften (Dr. rer. publ. h.c.) zu<sup>8</sup> und eben dies tat auch die Juristische Fakultät der Universität Tübingen 1985<sup>9</sup> mit dem Ehrendoktor der Rechte (Dr. iur. h.c.). Die Universität Tübingen hob den Forscher hervor,

---

Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Habil. Basel 1979.

5 Siehe Abschnitt IV.

6 Kurt Eichenberger, Der Einheitskommandant als Chef, Vortrag, gehalten am Divisionsrapport der Gz Div 5 vom 11. März 1972 in Baden, Allgemeine schweizerische Militärzeitschrift 138 (1972), S. 357 ff.

7 Eichenberger, Rechtspolitik, S. 329 hielt fest, dass sich in der pluralistischen Demokratie „keine einzelne Person als Kreator eines Rechtserlasses“ betrachten könne.

8 Hochschule St. Gallen, Bericht des Rektors, Akademisches Jahr 1982/83, S. 68.

9 Universitätsarchiv Tübingen, Akte 672/119, Eichenberger; René Rhinow, K.E. zum 65. Geburtstag, Archiv des öffentlichen Rechts 112 (1987), 661 ff.

„der auf der Grundlage breiter praktischer Erfahrungen mit grosser Gelehrsamkeit, Problemsicht und sprachlicher Prägnanz die schweizerische Wissenschaft vom öffentlichen Recht zu weiterer Entfaltung brachte“. Ausserdem habe der Geehrte die „herkömmlichen engen wissenschaftlichen Beziehungen zwischen der Schweiz und Deutschland vertieft“<sup>10</sup>.

Hans Huber suchte nach dem Krieg den Kontakt zur bundesdeutschen Staatsrechtslehre<sup>11</sup> und sein Schüler Kurt Eichenberger tat es ihm gleich. Er wurde 1963, als einer der ersten Schweizer nach dem Zweiten Weltkrieg, Mitglied der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer. 1965 sollte eine Tagung in Basel stattfinden. Aufgrund der Wirren um den umstrittenen Referenten Ernst Forsthoff, der im Dritten Reich zweifelhaft Äusserungen veröffentlicht hatte, sagten Eichenberger und Max Imboden die Basler Tagung ab<sup>12</sup>, die dann in Würzburg stattfand. Die Basler Tagung holte die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer am 6. und 7. Oktober 1977 nach und sie kooptierte Eichenberger für die Tagung in den Vorstand<sup>13</sup>. Als Referent trat er an der Jahrestagung vom 1. und 2. Oktober 1981 in Trier auf und berichtete über sein Thema „Gesetzgebung im Rechtsstaat“<sup>14</sup>. Eichenberger pflegte darüber hinaus freundschaftliche Kontakte zur Freiburger Fakultät und speziell zum Kollegen Wolfgang Böckenförde<sup>15</sup>.

Eichenberger trat 1992 altershalber von seinem Ordinariat zurück. Er war dessen ungeachtet weiterhin ein gefragter Experte und er wirkte in Kommissionen mit und verfasste Gutachten. Er präsierte namentlich von 1990–1995 die Arbeitsgruppe Führungsstrukturen des Bundes (AGFB)<sup>16</sup>. Infolge politischen Disenses blieben die Vorschläge der Arbeitsgruppe ohne Resonanz und konnten auch in der grossen Verfassungsreform von 1999 nicht umgesetzt werden. Eichenbergers Schüler Georg Müller hielt fest, dass Eichenberger seinen Sachverstand, seine Erfahrungen und seine Überzeugungskraft mit grosser Selbstverständlichkeit in den Dienst von Bund und Kantonen gestellt habe, „auch wenn es dabei

**10** Beide Zitate finden sich auf der Ehrenurkunde der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen, Universitätsarchiv Tübingen, Akte 672/119, Eichenberger.

**11** Kley (Anm. 2), S. 223.

**12** Kley (Anm. 2), S. 223f.

**13** Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 36 (1978), S. 5f.

**14** Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 40 (1981), S. 7ff. – Vom schweizerischen Weg, S. 212ff.

**15** Kurt Eichenberger zum Gedenken (Anm. 2), S. 18 (René Rhinow); Kley, (Anm. 2), S. 259f.

**16** Zwischenbericht über Abklärungen betreffend die Führungsstrukturen des Bundes vom 23. November 1991 Notwendigkeit und Kriterien einer Regierungsreform Modelle des Regierungssystems, BBl 1992 II 1018ff.; Botschaft betreffend ein neues Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 16. Oktober 1996, BBl 1996 V 1ff.



keine Lorbeeren zu holen gab und daraus manchmal sogar Misserfolge resultierten, wie etwa bei den Bemühungen um eine Staatsleitungsreform im Bund<sup>17</sup>.

Eichenberger starb nach kurzer Krankheit am 2. Januar 2005 in seinem 83. Altersjahr in Basel. Die Basler Fakultät veranstaltete am 21. Januar eine Gedenkfeier und das Zentrum für Rechtsetzungslehre der Universität Zürich führte 2012 ein Kolloquium zu Ehren von Kurt Eichenberger durch<sup>18</sup>.

## II. Eine programmatische Dissertation

Die Dissertation über „die oberste Gewalt im Bunde“ beschränkte sich keineswegs auf eine blosser Darstellung des Parlaments, sondern stellte dessen Funktionen und Zusammenarbeit mit der Regierung dar. Dabei hob Eichenberger die Gesetzgebungspraxis und die Rechtsetzung aller Staatsorgane vollständig und eingehend hervor<sup>19</sup>. Er bezog insbesondere die Verordnungsgebung ein und legte die 1948 immer noch aktuelle Notrechtsgesetzgebung dar. Diese wertete er realistisch und nüchtern. Dem Parlament warf er begründetermaßen vor, dass es den Bundesrat (Regierung) „frei walten“<sup>20</sup> lassen habe. Das liege nicht an einem dem Notrecht immanenten Zwang, sondern an der passiven Haltung der Bundesversammlung. Die Übermacht der Regierung gegenüber dem Parlament führte er darauf zurück, dass im Normalzustand „eine Norm unter der Aussicht geschaffen werde, eine möglicherweise eingehendere parlamentarische Beratung passieren zu müssen“, wogegen beim Notrecht die Exekutive dieses „ungehemmt“ und sofort in Kraft setzen könne<sup>21</sup>. Durch diese Tatsache erhalte die Regierung eine Machtfülle, die selbst das Parlament im Normalzustand nicht besitze. Obwohl das Notrecht als solches unausweichlich sei, müsse man seine Auswirkungen doch als bedenklich ansehen. Eichenberger hielt das Vollmachtenrecht für bedenklich, weil es 1. die Gewaltenteilung und das föderative Prinzip beseitige, 2. die individuellen Freiheitsrechte tendenziell mehr als nötig beschränke und 3. die Normativität abbaue. Denn der Wille zur dauernden und allgemeinverbindlichen Norm schwinde. Er hielt der schweizerischen Staatsrechtslehre immerhin zugute, dass sie die Abkehr vom Vollmachtenrecht „äusserst wirksam verlangt“ habe. Der

<sup>17</sup> Georg Müller, Abschied von Kurt Eichenberger, NZZ vom 8.1.2005 Nr.6, S. 17.

<sup>18</sup> Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR), Felix Uhlmann (Hrsg.), Rechtsetzung und Verfassungsgebung, Kolloquium zu Ehren von Professor Kurt Eichenberger, Zürich/St. Gallen 2013.

<sup>19</sup> Oberste Gewalt, S. 38 ff.

<sup>20</sup> Oberste Gewalt, S. 272.

<sup>21</sup> Oberste Gewalt, S. 273.

Dissertant zitierte wohlweislich keine Autoren, denn er berührte hier eine verletzte Stelle seines Doktorvaters Hans Huber. Dieser hatte 1940, in einer Zeit der grössten Bedrohung, einen viel beachteten Aufsatz verfasst und gefordert, dass die rechtsstaatlichen Errungenschaften wie Freiheitsrechte, Gewaltenteilung und verfassungsmässige Rechtsetzung zu relativieren seien. „Räumen wir mit diesen Dogmen auf (...). In dieser neuen Organisation ist sozusagen alles auf eine starke Regierung abgestimmt. Sogar die Gesetzgebung ist bei ihr konzentriert (...). Das Parlament ist nur mehr Kontrollorgan“<sup>22</sup>. Huber beschrieb damit nicht nur das Notrechtsregime, er hielt es für das ideale Regierungsmodell. Hubers Dissertant lobte die schweizerische Staatsrechtslehre und schloss damit auch seinen Doktorvater ein. Einige Zeilen später zitierte er den (fast einzigen) Staatsrechtslehrer, der das Vollmachtenregime wirklich bekämpft hatte: Zaccaria Giacometti (1893–1970)<sup>23</sup>.

Eichenberger räumte dem Verfahren der Rechtsetzung in seiner Dissertation einen breiten Raum ein und kündigte damit eine lebenslange Beschäftigung mit diesem zukunftssträchtigen Thema an. Seine ungewöhnlich umfangreiche und differenziert argumentierende Arbeit gibt das wissenschaftliche Programm seines wissenschaftlichen Berufslebens wieder. Neben der Rechtsetzungslehre, welcher sein Hauptinteresse galt, beschäftigte ihn später als Autor und Experte auch das Verhältnis von Regierung und Parlament, intensiv.

Eichenbergers Doktorvater war von der Arbeit überzeugt und rezensierte sie ausführlich in der Neuen Zürcher Zeitung<sup>24</sup>: „Eichenberger scheut sich nicht, diese ganze Entfernung der staatlichen Wirklichkeit von der Norm der Verfassung als einen Wandel zu einem gemässigten Exekutivstaat zu bezeichnen. Aber er will richtig verstanden werden. Es ist ihm in der Hauptsache um Deskription zu tun. Dabei wird z. B. auch auf die Tüchtigkeit vieler Bundesräte hingewiesen, ferner auf die Entwertung der Diskussion in einem grossen Parlament, die ein sehr allgemeines historisches Phänomen ist“. Es war für Hubers exekutivstaatliche Ausrichtung bezeichnend, dass er diese Aspekte hervorhob. Privatdozent Gottfried Roos lobte in seiner Rezension, dass der Verfasser „keinem extremen

<sup>22</sup> Hans Huber, Die neue Ordnung in der Schweiz, in: Schweizerische Hochschulzeitung, Drittes Heft, Zürich August 1940, S. 149–157, S. 151 und dazu in diesem Band Kapitel XXXVIII S. 637 ff. und Kley (Anm. 2), S. 173 ff.

<sup>23</sup> Siehe in diesem Band Kapitel XXX S. 516 ff. und dazu Kley (Anm. 2), S. 196 ff.; Andreas Kley, Von Stampa nach Zürich. Der Staatsrechtler Zaccaria Giacometti, sein Leben und Werk und seine Bergeller Künstlerfamilie, Zürich 2014, S. 243 ff., und speziell S. 269 ff.

<sup>24</sup> Nr. 450 vom 5.3.1950, Blatt 5.

formalen Standpunkt“ huldige, sondern „in seinem Urteil maßvoll“ bleibe und eine „erstaunliche Reife“ zeige<sup>25</sup>.

### III. Pionier der schweizerischen Rechtsetzungslehre

Eichenberger, der auch Geschichtswissenschaft studiert hatte, waren die historischen Grundlagen der Wissenschaft des öffentlichen Rechts stets bewusst. Freilich verstand er sich nicht als Historiker seiner Disziplin<sup>26</sup>, aber er sah die Notwendigkeit ein, dass jede Generation von Wissenschaftlern „ewige Themata periodisch aufnimmt und redend und schreibend durchschreitet“<sup>27</sup>. Die Wiederaufnahme alter Themata ergebe sich aus der Pflicht zum Selbst-Denken und aus der Hoffnung, doch auf Neues zu stossen. Das Rechtsetzen sei genau ein solches ewiges Thema, das in der Gegenwart doch andere Fragen ausgebildet habe.

Die Rechtsetzungslehre, so Eichenberger, gebe sich die Aufgabe, als Lehre für die „geordnete Funktion der Rechtsetzung Wissen und Können zu ermitteln und theoretisierend der Praxis bereit zu stellen“<sup>28</sup>. Das Zitat macht die Ausrichtung von Eichenberger in seinem ganzen wissenschaftlichen Werk deutlich. Er verstand seine Disziplin als eine praktische Wissenschaft, welche auf die Fragen der Politik und der Praxis verbindliche Antworten liefern soll. Diese können freilich nur vorläufig sein und müssen sich in der Diskussion bewähren; er lehnte „die Pseudoautorität einer wissenschaftlichen Schulmeisterei“, die sich „im Besitze der einzigen Wahrheit“<sup>29</sup> wähnt, ab. Sodann zeigte Eichenberger mit seinem Verständnis von Rechts- und nicht bloss Gesetzgebungslehre, dass er die Herstellung generell-abstrakter Normen behandeln wollte. Das Thema betraf damit beide Staatsorgane Parlament und Regierung<sup>30</sup>. Das kam seinem Interesse an der Zusammenarbeit und Funktionsweise der obersten Staatsorgane entgegen.

<sup>25</sup> Gottfried Roos, ZSR 69 (1949), S. 495 ff., S. 496.

<sup>26</sup> Erich Gruner stellte diesen Aspekt in seiner Rezension der Obersten Gewalt heraus, Zeitschrift für schweizerische Geschichte 30/1950, S. 650.

<sup>27</sup> Eichenberger, Zur Lage der Rechtsetzung, in: Staat der Gegenwart, S. 349–359, S. 349; dazu eingehender Benjamin Schindler, Rechtsetzungslehre: Der Beitrag von Kurt Eichenberger aus heutiger Sicht, in: Rechtsetzung und Verfassungsgebung, S. 65–81, S. 66.

<sup>28</sup> Eichenberger, Rechtspolitik, in: Vom Schweizerischen Weg, S. 467–477, S. 467.

<sup>29</sup> Eichenberger (Anm. 27), S. 351, beide Zitate.

<sup>30</sup> Schindler (Anm. 27), S. 67. Eichenberger, Rechtspolitik, S. 324 hielt allerdings die Rechtssetzungs- und Gesetzgebungslehre für gleichbedeutend.

Eichenberger kann in der schweizerischen Rechtswissenschaft in diesem Thema eine Pionierrolle beanspruchen. Er hat sich in seiner Dissertation, seinem Referat am schweizerischen Juristentag 1954 und dann in zahlreichen Abhandlungen mit dem Thema beschäftigt<sup>31</sup>. Im Unterschied zu späteren Autoren, so etwa Peter Noll, hat er keine Monographie dazu verfasst, weshalb seine wissenschaftlichen Beiträge zu versickern drohen. Immerhin sind in den beiden grossen Sammelbänden „Der Staat der Gegenwart“<sup>32</sup> und „Vom Weg zum modernen Staat“ zahlreiche Aufsätze zur Rechtsetzungslehre greifbar.

Eichenbergers Theorie der Rechtsetzung geht vom Staatsorgan Parlament aus. Er nimmt an, dass das Parlament überlastet und gar nicht in der Lage ist, die Rechtsetzungsfunktion im nötigen Umfang selber auszuüben. Denn es sind „spezielle Sachkenntnisse“ nötig, der Staat muss „schlichten“, „die zu regelnden Verhältnisse wechseln rasch, (...) der parlamentarisch-demokratische Weg aber wirkt schwerfällig: die Exekutive ist handlungsfähiger“<sup>33</sup>. Er stellt fest, dass sich die Macht – ausserhalb der Verfassung – zu den politischen Parteien und zu den Verbänden verschoben hat. Diese soziologische Analyse durchzieht Eichenbergers gesamtes Schaffen und nährt sein gouvernementales Denken. Später spricht Eichenberger eingängig von den „drei Nöten“ des Parlaments, nämlich der Zeitnot, der Sachkundenot und der Bewertungsnot<sup>34</sup>. Eichenberger erkannte zwischen den Verfassungsnormen (die dem Parlament das grösste Gewicht verleihen) und der Verfassungsrealität (die der Regierung ein faktisches Übergewicht verschaffe) eine Diskrepanz und schloss, dass sich ein „gemässiger Exekutivstaat“ gebildet habe<sup>35</sup>.

Er entwickelte aus diesen Feststellungen ein alternatives Modell, indem er die Rechtsetzung als ein arbeitsteilig organisiertes Verfahren begriff<sup>36</sup>. Damit bekundet das Parlament in den rechtsetzenden Akten nicht mehr einseitig seinen demokratischen Willen. Vielmehr spielen Regierung und Verwaltung eine herausragende Rolle, womit Eichenberger dem überkommenen Gewaltenteilungsdogma eine Absage erteilte<sup>37</sup>. Er forderte in dieser arbeitsteiligen Rechtsetzung,

---

**31** Schindler (Anm. 27), S. 67 f.

**32** Die positive Rezension des Sammelbandes von Urs Baumgartner, ZBJV 117 (1981), S. 258 ff. hob hervor: „Eichenbergers Schaffen (war) nie bloss akademisch und (hat) sich nie in Elfenbeinturm-Juristerei erschöpft.“

**33** Oberste Gewalt, S. 333; dazu auch Schindler (Anm. 27), S. 70.

**34** Die Problematik der parlamentarischen Kontrolle im Verwaltungsstaat, in: Staat der Gegenwart, S. 415–433, S. 422.

**35** Oberste Gewalt, S. 321.

**36** Gesetzgebung und Rechtsstaat, Vom Schweizerischen Weg, S. 221–234, S. 226.

**37** Staatsreform und Regierungsbild in der Schweiz, in: Staat der Gegenwart, S. 398–414, S. 408.

dass dies in verfahrensrechtlich klar strukturierten Bahnen verlaufe. Die Akteure, ihre Kompetenzen und die endgültige Entscheidung seien klar zu regeln<sup>38</sup>. Freilich mass er der Regierung eine vorrangige Stellung zu, denn sie habe Sachkunde, die grösste sachliche Unabhängigkeit und sie sei „schliesslich dank ihrer Stellung, Arbeitsfähigkeit und Erfahrungsbreite am besten geeignet (...), für Recht und Rechtliches in der Gesetzgebung die Sorge zu übernehmen“<sup>39</sup>. Die Regierung erhält ihre herausragende Stellung, weil ihr Eichenberger – wie dem Parlament selber – die Repräsentationsfunktion<sup>40</sup> zuspricht. Sie mutiert zum höchsten Organ, das sachlich über allen andern Akteuren steht, sie vermittelt zwischen den Interessen und damit ist sie in der Lage, den Willen des objektiven Gesetzgebers auszudrücken. Eichenberger wertete die Regierung äusserst positiv. Für ihn war das Parlament „überfordert“, wogegen die Regierung schlimmstenfalls „überbeansprucht“<sup>41</sup> werde. Er vertrat eine ausgesprochen exekutivstaatliche Haltung und empfahl sich schon mit dem Beginn seiner Karriere als Berater für den Bundesrat (Bundesregierung) sowie für die Kantonsregierungen. Tatsächlich stattete er den Exekutiven zahlreiche Gutachten ab und er präsidierte auch eine Kommission, welche den Auftrag hatte, Reformvorschläge für die Bundesregierung auszuarbeiten. Eichenberger bewegte sich Zeit seines Lebens in der Denkrichtung von Hans Huber, ohne freilich jemals einem autoritären Diktaturstaat das Wort zu reden. Die bedeutenden Gegenpole dieser politischen Haltung stellten die kantianisch denkenden Fritz Fleiner und vor allem Zaccaria Giacometti dar<sup>42</sup>. Sie waren von einem aufklärerischen und urliberalen Denken geprägt und sahen die Regierung als Hauptgefahr für Freiheit und Rechtsstaat. Ihre Haltung liess sich in den beiden Weltkriegen und der Zwischenkriegszeit klar belegen. Eichenberger blickte dagegen in die Zukunft, die ohne weiteren europäischen Krieg auskam. Die künftige Entwicklung sollte sein Vertrauen in die Regierungen als die grossen Moderatoren bestätigen.

## IV. Verfassung und Verfassungsgebung

Eichenberger hatte nicht nur als Wissenschaftler, sondern vor allem als Berater des Regierungsrates des Kantons Aargau Gelegenheit, sich eingehend mit dem

---

38 Rechtssetzungsverfahren und Rechtssetzungsformen, S. 328.

39 Staatsformen und Regierungsbild, in: Staat der Gegenwart, S. 398–414, S. 410.

40 Verfassung Aargau, S. 292; Rechtspolitik, S. 327.

41 Staatsreformen und Regierungsbild, S. 405; Schindler (Anm. 27), S. 75.

42 Kley, Von Stampa nach Zürich (Anm. 22), S. 409 ff.

Sinn und der Funktion der Verfassung auseinanderzusetzen. Der Kanton Aargau beschloss am 4. Juni 1972 die Totalrevision der Kantonsverfassung. Der daraufhin gewählte Verfassungsrat bestellte Kurt Eichenberger zu seinem Redaktor. Zusammen mit dem Verfassungsrat und seiner Redaktionskommission formulierte Eichenberger einen Verfassungsentwurf. Diesen beriet der Rat in zwei Lesungen und unterstellte ihn der Vernehmlassung. Die endgültige Vorlage lehnte das Volk am 29. April 1979 ab. Nach einer dritten Beratung und dem erneuten Einbau des obligatorischen Gesetzesreferendums in die Verfassung nahm das Volk die Verfassung am 25. Juni 1980 an. Der Verfassungsrat und der Regierungsrat zeigten sich bei Eichenberger durch die Herausgabe seiner gesammelten Schriften in dem Band „Der Staat der Gegenwart“ (1980)<sup>43</sup> erkenntlich. Der Geehrte bedankte sich sozusagen seinerseits durch seinen Kommentar „Verfassung des Kantons Aargau“ (1986). Es handelte sich erst um den zweiten Kommentar zu einer Kantonsverfassung seit 1848<sup>44</sup>. Jahre später sollten zu vielen der totalrevidierten Kantonsverfassungen jeweils Kommentare erscheinen<sup>45</sup>. Eichenberger war in dieser neuen Kommentardisziplin ein Pionier. Besonders interessant sind seine verfassungstheoretischen Ausführungen. Diese unterbreitete er in zahlreichen Aufsätzen dem Fachpublikum; in seinem Kommentar zur Aargauer Verfassung erscheinen sie aufgrund der Praxishnähe besonders konzentriert und authentisch.

Eichenberger schrieb der aargauischen Kantonsverfassung, in der Sache aber jeder modernen rechtsstaatlichen Verfassung, vier wesentliche Funktionen zu. Die Orientierungsfunktion verlangt von der Verfassung, die „Klarstellung dessen, was der Staat hier und jetzt und, soweit ersichtlich, morgen kann und demzufolge soll. Sollen setzt Können voraus, gerade auch im praktikablen Verfassungsrecht“<sup>46</sup>. Die zweite Funktion der Darstellung der Staatlichkeit erweist sich darin, „dass eine (Kantons-)Verfassung aufgestellt und in Geltung gebracht ist. (...) Der Staat stellt sich mit seiner Verfassung als Gemeinwesen, das auch als Staat verstanden zu werden verlangt, vor und dar“<sup>47</sup>. Nach der dritten Funktion gibt sich die Verfassung „eine formale Ordnung, schafft die Instrumente des staatlichen Seins und Geltens, ist insofern formal-instrumentale Grundlegung“<sup>48</sup>.

---

43 Vorwort, Staat der Gegenwart, S. 5f.

44 Verfassung des eidgenössischen Standes Zürich vom 18. April 1869, Winterthur 1902.

45 Z. B. Isabelle Häner (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2007.

46 Verfassung Aargau, S. 8. Diese Funktionen beschreibt Eichenberger im Beitrag, Der Verfassungsbegriff auf Bundes- und Kantonebene in: Vom schweizerischen Weg, S. 89ff., insb. S. 94f. Stefan Vogel, Verfassungsgebung: Eine Standortbestimmung aus schweizerischer Sicht, in: Rechtsetzung und Verfassungsgebung, S. 11–43 stellt Eichenbergers Beitrag umfassend dar.

47 Verfassung Aargau, S. 9.

48 Verfassung Aargau, S. 9.

Die letzte Funktion der sachlichen Aufgabenstellung möchte die staatlichen Aufgaben ausdrücklich verankern. Die Verfassung werde dadurch zur Grundentscheidung für die Substanz der staatlichen Betätigungen<sup>49</sup>. Eichenberger unterschlägt in diesem einführenden Teil seines Kommentars eine aargauische Spezialität, nämlich den Verfassungsvorbehalt des § 26 Abs. 1 der Verfassung. Demnach benötigt jede kantonale Aufgabe, die dem Kanton nicht durch Bundesrecht übertragen ist, eine verfassungsrechtliche Grundlage. Diese Bestimmung ist keinesfalls blosser Theorie, sie hat eine praktische politische Absicht: Sie will in liberaler Absicht die Annahme neuer Aufgaben durch den Kanton begrenzen.

Die von Eichenberger analysierten Eigenschaften beziehen sich auf den Kanton Aargau, sind aber von allgemeiner Tragweite. Als Wesensmerkmal hebt er zunächst die nachgeführte und nachzuführende Verfassung hervor. Dieser Ausdruck, der sich schon beiläufig im Schlussbericht der Arbeitsgruppe zur Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung fand<sup>50</sup>, sollte bei der Totalrevision der Bundesverfassung eine überragende Rolle spielen. Eichenberger und die Politik wollten damit die Verfassungsrevision auf das politisch Machbare begrenzen. Zu Recht hob Eichenberger hervor, dass die Bevölkerung die Verfassung als sinnvoll einsehen und als erfüllbar erfahren können muss<sup>51</sup>.

Nach den Wesenszügen der einfachen und der wirklichkeitsbezogenen Verfassung erläuterte Eichenberger die vertrauensgetragene Verfassung. Diese Eigenart ist für sein verfassungstheoretisches und –praktisches Denken charakteristisch. Demnach seien die Verfassungen des 18. und 19. Jahrhunderts von Misstrauen „genährt: vor allem gegen konzentrierte Macht, gegen Machtanmassung, gegen Machtmissbräuche“<sup>52</sup>. Die Kantonsverfassung weise die Sicherungen gegen Machtmissbrauch zwar ebenfalls auf, aber sie dürfe eine weitgehend andere Blickrichtung einnehmen. Auf die Verhinderungs- und Entfernungsmechanismen sei Verlass, sodass die misstrauensgetragenen Einrichtungen in den Hintergrund treten könnten. Das Vertrauen habe Misstrauen als primäres Motiv abgelöst<sup>53</sup>. Vertrauen „ist nicht naives Wegsehen und Überlassen“. Auffällig sei, „wie darauf abgestellt wird, dass Behörden von sich aus und mit Selbstkontrollen Zuständigkeiten korrekt beachten, dem Bürger und andern Organen loyal begegnen, verfassungsrechtliche Ziele initiativ anstreben, den Willen zur Verfassung

---

**49** Verfassung Aargau, S. 10.

**50** Kley (Anm. 2), S. 275f.

**51** Verfassung Aargau, S. 11. Diese Wesensmerkmale beschreibt Eichenberger im Beitrag, Der Verfassungsbegriff auf Bundes- und Kantonebene in: Vom schweizerischen Weg, S. 89 ff., insb. S. 91f.

**52** Verfassung Aargau, S. 14.

**53** Verfassung Aargau, S. 14.

hegen“<sup>54</sup>. Das Vertrauen zeige sich vielfach, etwa in den Tatsachen, dass es keine materiellen Schranken der Verfassungsrevision gebe, man vom Volk die massvolle Nutzung seiner Rechte erwarte, kantonale Verfassungsrichter nicht vorgesehen seien, dem Gesetzgeber die Gestaltung der Rechtsordnung ohne kleinliche Vorgaben anvertraut sei. Freiheitlichkeit kennzeichne die Haltung der Staatsorgane und der Gemeinden untereinander und „vertrauenserfüllte Einstellung beherrscht das Verhältnis zum Bund und zu den andern Kantonen“<sup>55</sup>. Hier ist es interessant, dass die Freiheitlichkeit das Verhältnis zwischen Staat und Bürger offenbar nicht bestimmt.

Eichenbergers Denkweise kommt in der vertrauensgetragenen Verfassung charakteristisch zum Ausdruck. Dieser so beschriebene Staat befindet sich nachgerade in einem Idealzustand. Es herrscht die rousseausche Identität zwischen Regierung und Regierten. Die Schweiz der 1980er Jahre vermag nur vordergründig diesem Bild zu entsprechen. Der wirtschaftliche Erfolg Westeuropas, der aussenpolitische Druck des Kalten Krieges und die einigende Angst vor der kommunistischen Gefahr rückten Regierung und Regierte nahe zusammen. Diese Form der Einheit war reichlich künstlich und zerbrach im Jahr 1989. Die Verfassungs- und Identitätskrisen der Schweiz in den folgenden Jahren<sup>56</sup> beseitigten die vertrauensgetragene Verfassung. Für Eichenberger entsprach diese Art von Verfassung dem Horizont seiner Wahrnehmung in den Jahren bis 1989<sup>57</sup>. Er war als Offizier in den höchstmöglichen Rang eines nicht berufstätigen Militärs aufgestiegen; als Experte beriet er die verschiedensten Behörden und erkannte den guten Willen aller, der Verfassung und der Rechtsordnung nachzuleben. Diese Sicht liess sich nicht aufrechterhalten und die Idee der „vertrauensgetragenen Verfassung“ verschwand nach 1989 aus Eichenbergers Schrifttum<sup>58</sup>.

1969 ergab sich, wie erwähnt<sup>59</sup>, für Eichenberger die Möglichkeit, sich am Verfahren der Totalrevision der Bundesverfassung zu beteiligen. Die Kommission

---

54 Verfassung Aargau, S. 14.

55 Verfassung Aargau, S. 14.

56 Zu den Einzelheiten: Kley (Anm. 2), S. 337 f.

57 In den Rezensionen zweifeln Yvo Hangartner, ZBl 1988, S. 89–91, S. 90 leicht und Peter Häberle, Die öffentliche Verwaltung 1987, S. 771 grundlegend an der vertrauensgebundenen Verfassung, die sie auch auf die zeitbedingten Umstände zurückführen.

58 Zehn Jahre später, 1996, fehlten im Aufsatz, Der Verfassungsbegriff auf Bundes- und Kantonebene in: Vom schweizerischen Weg, S. 89 ff. die vertrauensgetragene Verfassung ganz. In seinem Jubiläumsbeitrag, Sinn und Bedeutung der Verfassung, S. 181 drehte er diese Idee um, indem die Verfassung „stabilisierendes Vertrauen in hergebrachten Institutionen“ festige. Vertrauen trägt die Verfassung nicht mehr, sondern sie selbst schafft Vertrauen.

59 Abschnitt I.



publizierte ihren Schlussbericht unter tatkräftiger Mitwirkung von Kurt Eichenberger und seinem akademischen Lehrer Hans Huber im Jahr 1973. Auf dieser Grundlage entstand der (gescheiterte) Entwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung („Kommission Furgler“), der selbstverständlich Eichenberger und zahlreiche weitere Staatsrechtsprofessoren angehörten. Nachdem die Öffentlichkeit diesen Entwurf kritisch aufgenommen hatte, drohte das Verfahren steckenzubleiben. 1985 suchten Parlamentarier und die Regierung zaghafte das Verfahren in Gang zu bringen. Die tonangebenden Politiker blieben skeptisch. Kurt Eichenberger hatte die Idee, einen beiläufig im Bericht von 1973 verwendeten Begriff zur tragenden Idee des Revisionsvorhabens zu machen: Überaltertes Recht laufe leer und wirke nicht mehr im Gefälle zu zeitgemässen Regelungen. Deshalb sei eine neue Revisionsidee „die Erneuerung, die Nachführung, die Zubereitung für neue Denk- und Empfindungsweisen, für die die verfassungsrechtliche Grundordnung zugänglich zu machen“<sup>60</sup>. Die Idee der Nachführung griff Eichenberger in einem Zeitungsartikel von 1986 auf<sup>61</sup>. Sie überzeugte das Parlament und das Projekt ging fortan unter diesem Stichwort seinem erfolgreichen Abschluss im Jahr 1999 entgegen. Eichenberger war nicht nur Berater für die Verfassungsgebung; er besass auch die Gabe, im richtigen Moment das treffende Wort zu sprechen.

Als sich das Verfahren der Totalrevision der Bundesverfassung verzögerte<sup>62</sup>, da ergriff Eichenberger, zusammen mit den Kollegen Jean-François Aubert, Jörg Paul Müller, René Rhinow und Dietrich Schindler die Initiative und lancierte einen Grosskommentar zur geltenden Bundesverfassung<sup>63</sup>. Dieser Kommentar war als Gemeinschaftswerk konzipiert und beschritt mit der Loseblattform neue

---

**60** Schlussbericht Arbeitsgruppe Wahlen (Anm. 1705), S. 41. Der Bericht 1985 Totalrevision BV (Anm. 1723), S. 52, gibt die entsprechende Stelle in indirekter Rede wieder, ohne dass die Idee einer Nachführung in diesem Bericht eine Rolle spielte.

**61** Kurt Eichenberger, Realitätsgebundene Verfassungsrevision, NZZ vom 12.5.1986, Nr. 107, S. 19, und in: ders., Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat, Basel 2002, S. 35 ff.; siehe ausführlicher: ders., Wiederbelebte Totalrevision der Bundesverfassung, in: Heinz Buhofer (Hrsg.), Liberalismus als Verjüngungskur, Zürich 1987, S. 196 ff., S. 204. Siehe kritisch Yvo Hängartner, Verfassungsrecht der Epigonen, in: Festschrift für Manfred Rehbinder, München/Bern 2002, S. 659 ff., insb. S. 661 sowie ders., Verfassungstexte, in: Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2004, S. 137 ff., insb. S. 140 ff.

**62** Peter Häberle, Kommentierung statt Verfassungsgebung? Zum neuen Kommentar der Schweizer Bundesverfassung, in: DVBl 1988, S. 262 ff. machte auf die „Ersatzhandlung“ aufmerksam.

**63** Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, hrsg. von Jean-François Aubert, Kurt Eichenberger, Jörg Paul Müller, René Rhinow und Dietrich Schindler, Schriftleitung und wissenschaftliche Koordination Heinrich Koller, Basel/Zürich/Bern 1987–1996 (Loseblatt).

Wege. Die fünf Herausgeber werteten es als Wagnis, dass nicht ein Autor oder eine „kleine in sich homogene Autorengruppe (...) die Aufgabe aufgreift, sondern insgesamt 26 Bearbeiter, davon der Grossteil der hauptamtlich tätigen Staatsrechtslehrer der Schweiz“<sup>64</sup>. Eichenberger hatte an diesem Werk grossen Anteil; es war klar, dass er entsprechend seiner Vorliebe die organisationsrechtlichen Teile der Verfassung, namentlich über die Regierung kommentierte. Als die Verfassungstotalrevision dann doch noch gelang, verlor der Kommentar rasch an Bedeutung<sup>65</sup>.

Im Jubiläumsjahr 1991 (700-Jahrfeier der Schweizerischen Eidgenossenschaft) erhielt Eichenberger zusammen mit Jean-François Aubert die herausragende Gelegenheit, an der Jubiläumstagung des Schweizerischen Juristenvereins über „Sinn und Bedeutung einer Verfassung“ zu sprechen. Der Beitrag stellt die verschiedenen Funktionen der Verfassung dar und erörtert Gefahren und Aussichten des Konstitutionalismus<sup>66</sup>. Eichenbergers Denken in Funktionen ist in diesem Beitrag exemplarisch. Er beantwortet die Frage nach dem Sinn der Verfassung anhand der Aufgaben, die sie zu erfüllen hat. Sie vermag indes nicht beliebigen Funktionen zu entsprechen, sondern nur solche, die inhaltliche Qualität und verfahrensmässige Eignung aufweisen. Dieser Anforderung vermögen nur die fünf Kategorien der Ordnungs-, Machtkontroll-, Organisations-, Integrations- und Orientierungsfunktion zu genügen. Das Funktionsdenken ist in Eichenbergers Beiträgen stets anwesend, so etwa auch ausgeprägt in seiner Basler Antrittsvorlesung „Staatsreformen und Regierungsbild in der Schweiz“ vom 10. Juni 1965<sup>67</sup>.

Eichenberger bewegt sich bei der Funktionenlehre in einem Thema, das zwar in aller Munde ist, deren Tragweite in der Rechtswissenschaft indes unklar ist. Die meisten Staatsrechtslehren behandeln die Funktionen nicht als eine klärungsbedürftige Kategorie. Hans Kelsen setzt in seiner „Allgemeinen Staatslehre“<sup>68</sup> die Funktionen mit den Gewalten gleich, damit die Staatsgewalt als eine Einheit verstanden werden kann. Der lateinische Begriff „functio“ bedeutet „Verrichtung“. In der Wissenschaft hat die Funktion seit der frühen Neuzeit in der Mathematik eine herausragende Bedeutung erlangt. Sie wird dort als eine Zuordnung verstanden, „durch die jedem Element einer Menge A genau ein Element einer Menge B zugewiesen wird“<sup>69</sup>. Dieses Verständnis wird von der Staatsrechtslehre gerne

<sup>64</sup> Vorwort zum Kommentar BV 1874 (Anm. 63), S. 1.

<sup>65</sup> Kley (Anm. 2), S. 274 f. m.w.H.

<sup>66</sup> Da er noch leicht greifbar ist, erübrigt sich an dieser Stelle eine Zusammenfassung

<sup>67</sup> Basler Juristische Mitteilungen 1965, S. 161–180.

<sup>68</sup> Berlin 1925, S. 229.

<sup>69</sup> Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 2, Basel/Stuttgart 1972, Sp. 1138.

übernommen, weil hier sozusagen ein gesetzesbestimmter Bezug zwischen zwei Grössen hergestellt wird. Der mathematische Funktionsbegriff ist freilich zu spezifisch; vielmehr nähert sich der juristische Funktionsbegriff dem soziologischen Sprachgebrauch an. Hier versteht man „Leistungen unter dem Gesichtspunkt ihres Betrags zur Erhaltung eines sozialen Systems“<sup>70</sup>. Das ist in der Regel der Funktionsbegriff von Kurt Eichenberger; er untersucht mit seinen fünf Verfassungsfunktionen exakt die Leistung der Verfassung zur Aufrechterhaltung des demokratischen Staates. Eichenbergers Denken ist durch und durch von dieser Denkweise geprägt; er wägt die Funktionen ab und untersucht welche Elemente sie unterstützen oder stören. Ein Musterbeispiel für diese Art Denken stellt seine Habilitationsschrift dar. Diese eröffnet er mit einer Analyse der verschiedenen Funktionenbegriffe<sup>71</sup>. Die Funktionenlehre lässt sich nicht nur auf die Verfassung anwenden; Eichenberger wendet sie vor allem auf die drei Staatsorgane, Regierung, Parlament und Gerichte sowie auf weitere Organisationen und Körperschaften an. Die Funktionenlehre lässt ein bedeutendes Anliegen von Eichenberger in den Vordergrund treten. Ihm ging es stets um die Aufrechterhaltung des gegenwärtigen Staates: Dieser sollte bei allen Wendungen des Schicksals die Handlungsfähigkeit behalten und seine Aufgaben erfüllen können. Das gouvernementale Denken nährte sich aus diesem Anliegen.

## V. Eichenbergers praktische Wissenschaft: Das Staatsorganisationsrecht

Die Abschnitte III und IV haben Eichenbergers wichtigste Tätigkeitsfelder behandelt, nämlich die Rechtsetzungslehre und seine Beschäftigung mit der Verfassung. Es ist selbstverständlich nicht bei diesen beiden Themen geblieben. Eichenberger ging in seiner Tätigkeit stets von der Praxis der Rechtsetzung und der Gerichte aus<sup>72</sup>. Mit diesem Praxisstoff arbeitete er, um letztlich dann wiederum auf die Praxis einzuwirken. Er war bestrebt, für praktische Lösungen von Problemen zu sorgen und lehnte den Vorrang der Wissenschaft gegenüber der Praxis als über-

---

<sup>70</sup> Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 2, Basel/Stuttgart 1972, Sp. 1142.

<sup>71</sup> Eichenberger, richterliche Unabhängigkeit, S. 1 ff.

<sup>72</sup> Schindler, S. 76; ebenso sein Schüler René Rhinow, In Memoriam Kurt Eichenberger, Zeitschrift für öffentliches Recht 60 (2005), S. 147–149, S.148; René Rhinow, Kurt Eichenberger zum 70. Geburtstag, Archiv des öffentlichen Rechts 118 (1993), S. 131f.

heblich ab<sup>73</sup>. Seine Fähigkeit zur Problemanalyse und –Lösung setzte er vor allem im Staatsorganisationsrecht ein.

Ein wichtiges, und im Effekt dann politisch nicht umgesetztes Vorhaben bestand in einer auf Bundesebene durchzuführenden Regierungsreform. Die Anpassung der seit 1848 bestehenden, weltweit einzigen Kollegialregierung hatten Parlament und Bundesrat verlangt. Die gewachsenen Aufgaben führten zwangsläufig zur Auffassung, dass die überlastete Regierung mit einer Organisationsreform entlastet werden sollte, damit sie sich mit ihrer eigentlichen Regierungstätigkeit beschäftigen könne. Die Regierung zog Eichenberger als Experten bei; dieser präsierte 1990–1995 die Arbeitsgruppe Führungsstrukturen des Bundes (AGFB). Das daraus resultierende Gesetzesprojekt sah zur Entlastung des Bundesrates die Schaffung von maximal zehn Staatssekretären vor, welche die Regierungsmitglieder bei ihrer Aufgabenerfüllung unterstützen sollten. Ein Komitee reichte dagegen ein Referendum ein und in der Volksabstimmung vom 9. Juni 1996 scheiterte die Vorlage<sup>74</sup>.

1993<sup>75</sup> skizzierte Eichenberger in einem Vortrag die Frage einer Reform des schweizerischen Regierungssystems. Sein zentrales Anliegen war die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Regierung. Aus diesem Grund sei es mit blossen Reformen der Regierung nicht getan, denn die Probleme gründen nach Eichenberger tiefer<sup>76</sup>. Sie hängten mit „ausgreifenden Staatsproblemen“ zusammen und haben „enge Bezüge zur Situation und Leistungsfähigkeit (...) des Parlaments und der Gerichte. Aber auch politische Parteien und die Rolle der Interessenorganisationen oder der Massenmedien sind massgeblich beteiligt“<sup>77</sup>. Eichenberger stellt fünf Varianten vor, wie das schweizerische Regierungssystem umgestaltet werden könnte. Davon belassen drei das Kollegialsystem, aber stärken den Bundespräsidenten oder gesellen den einzelnen Bundesräten leitende Verwaltungsvorsteher zu, damit diese die eigentliche Regierungsaufgabe besser wahrnehmen können<sup>78</sup>. Es ist charakteristisch, dass Eichenberger keinen der Reformvorschläge vorzog. Zwischen den Zeilen ist zu lesen, dass er es beim Bisherigen lassen würde, denn

---

73 Eichenberger, Die Gesetzgebungslehre in der Staatspraxis (1984), in: Vom schweizerischen Weg, S. 235–244, S. 236.

74 Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 9. Juni 1996 (Landwirtschaft; Regierungs- und Verwaltungsorganisation) vom 19. August 1996, BBl 1996 III 917.

75 Vortrag vom 27. Mai 1993 vor der Ortsgruppe Winterthur der Neuen Helvetischen Gesellschaft, siehe, Bundesratsreform, S. 132.

76 Bundesratsreform, S. 137.

77 Bundesratsreform, S. 137.

78 Bundesratsreform, S. 136.

die ausländischen Regierungen hätten dieselben Probleme<sup>79</sup>. Zudem sei die Kritik an der Regierung geradezu rituell und eigentlich nicht ernst zu nehmen: „Kritik an der Regierung ist vertrautes und systeminhärentes Tun und Spiel“<sup>80</sup>. Eichenberger war vermutlich nicht unglücklich, als die Reformbemühungen erlahmten; er gehörte denn auch zu keinem Zeitpunkt zu denjenigen Personen, die hier Reformen gefordert haben.

Die Gutachten beziehen sich auf alle Gebiete des Staats- und Verwaltungsrechts. Er hat sie den Gemeinden, den Kantonen (vor allem Aargau und beiden Basel), dem Bund und zahlreichen weiteren öffentlichen und privaten Einrichtungen (z. B. Universität Basel, Träger des Regionalverkehrs, Stiftungen) erstattet. Ganz grob betreffen die Gutachten Zuständigkeitsfragen von Behörden und die Beurteilung geplanter Rechtsnormen aller Stufen. Nur wenige Beispiele mögen die konkreten und an der rechtlichen und politischen Praxis orientierten Fragestellungen illustrieren: Fragen einer Denunziationspflicht von Bundesbeamten bei Fehlverhalten eines Departementvorstehers (1989), Rechtliche Grundbestimmungen zur operativen Führung der Armee (1992), Fragen der Vereinbarkeit von bundesrätlichen Kompetenzen im Kollegialprinzip oder des Bundespräsidentenprinzips in der Eidgenossenschaft (1998)<sup>81</sup>.

## VI. Ein sprachmächtiger Autor

Zahlreiche Autoren haben den eigenwilligen und charakteristischen Sprachstil von Eichenberger geschätzt und hervorgehoben. Klaus Stern sprach von Eichenbergers „Sprachmächtigkeit und Trefflichkeit seiner Aussagen“<sup>82</sup>; Peter Häberle wertete seine Schriften als „Klassikertexte“<sup>83</sup>. Benjamin Schindler stellte zutreffend fest, dass der bewusste und gezielte Einsatz des geschriebenen Wortes ein Charakteristikum von Eichenbergers Sprache bildete. „Der erhaben-getragene Sprachstil, durchsetzt mit eigenen Wortschöpfungen“<sup>84</sup> hebe Eichenberger von den anderen Autoren heraus. Die Bewertungen des Sprachstils sind auch eine

---

<sup>79</sup> Bundesratsreform, S. 134.

<sup>80</sup> Bundesratsreform, S. 132.

<sup>81</sup> Die Gutachten seit 1980 sind verzeichnet in: Vom schweizerischen Weg, S. 483 ff., Hier sind die Nrn. 107, 123 und 135 angeführt. Siehe zu den früheren Gutachten: Staat der Gegenwart, S. 565 ff.

<sup>82</sup> In: Symposium zum 70., S. 99.

<sup>83</sup> In: Symposium zum 70., S. 99.

<sup>84</sup> Schindler, S. 67.

Sache des Geschmacks. Den Vortrag über Sinn und Bedeutung der Verfassung von 1991 gehörte für Klaus Stern „zu dem besten, was in deutscher Sprache über Verfassungen überhaupt gesagt worden ist“<sup>85</sup>. Umgekehrt besprach Tobias Jaag den Vortrag sprachkritisch: „Eichenberger dagegen schwelgt bisweilen in sorgfältig ausgewählten Formulierungen mit originellen Wortkombinationen und Wortschöpfungen, deren Sinn allerdings nicht immer auf Anhieb verständlich ist.“<sup>86</sup> Diese Wertungen sind weder richtig noch falsch; der Leser muss sich sein eigenes Bild machen.

Eichenbergers Sprache und Lexik fallen auf. So schreibt er in aller Regel nicht über „Besonderheiten“, sondern über „Sonderheiten“<sup>87</sup>. Der Ausdruck ist der Schibboleth (Ri 12,5–6) für die Autorschaft in seinen Schriften. Er neigt ferner in seinem Sprachgebrauch zu einem ungewöhnlichen Komparativ. Letzterer verläuft nicht über die Stufen Positiv, Komparativ und Superlativ, sondern er steigert die Intensität und Deutlichkeit seiner Aussage eigenwillig, oft durch neue Wortbildungen, wie das folgende Beispiel zeigt: Eichenberger formulierte, der moderne Staat kennt keine Verwaltung mehr, sondern er steigere sie zur „Hochleistungsverwaltung“<sup>88</sup>. Die Steigerung erreicht der Autor ferner durch Wiederholungen in Varianten, mit Alliterationen oder Tautogrammen.

## VII. Würdigung

Hans Huber, der akademische Lehrer von Kurt Eichenberger, war in der ganzen Schweiz als Publizist und gefragter Redner bekannt. Eichenberger teilte zwar manche Grundanschauung von Huber, aber er entwickelte sich rasch zu einer eigenständigen Persönlichkeit. Er erlangte in Basel ein Ordinariat und eine selbständige Position als anerkannter Wissenschaftler, dem die Praxis großen Respekt entgegenbrachte. So bekannte Hans Huber in der Festschrift für Kurt Eichenberger, dass er zum Schüler von Kurt Eichenberger geworden sei<sup>89</sup>. Huber sprach

<sup>85</sup> In: Symposium zum 70., S. 99.

<sup>86</sup> Tobias Jaag, Vom Sinn und der Bedeutung der Verfassung, NZZ 4.10.1991, Nr. 230, S. 23.

<sup>87</sup> Schindler, S. 67; Eichenberger, Sinn und Bedeutung, S. 258; Eichenberger, Organisationsprobleme des Kollegialsystems, in: Schweizerisches Jahrbuch für Politische Wissenschaft 7 (1967), S. 68–82, S. 68; Eichenberger, Sonderheiten und Schwierigkeiten der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz, in: Vom schweizerischen Weg, S. 290.

<sup>88</sup> Vom schweizerischen Weg, S. 351.

<sup>89</sup> Hans Huber, Über den Initiativbetrieb und über Ausführungsgesetze zu Volksinitiativen. Zugleich eine Auseinandersetzung mit einer Richtung der Politikwissenschaft, in: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel 1982, S. 342ff., S. 346.

ein großes Lob aus, denn es war nicht einfach, sich aus dem Wirkungskreis einer derart bekannten Persönlichkeit zu emanzipieren.

Es ist kein Zufall, dass die Hochschule St. Gallen, die stets ihre praxisorientierte Ausbildung betont hatte, Kurt Eichenberger 1982 die Ehrendoktorwürde der Staatswissenschaften (Dr. rer. publ. h.c.) zusprach. In der Laudatio begründete Rektor Alois Riklin die Ehrung, weil Eichenberger „durch sein wissenschaftliches Wirken in hervorragender Weise zur Klärung und Lösung grundsätzlicher staatspolitischer Probleme beigetragen hat“<sup>90</sup>. Eichenberger bedankte sich bei Alois Riklin in dessen im Jahr 2000 erschienen Festschrift mit Worten die auf ihn selber zutrafen. Es waren sich zwei verwandte Geister begegnet: „Alois Riklin kommt in hervorragender Weise den Erwartungen nach, vom wissenschaftlichen Boden aus, in geistiger Freiheit und umfassender Kenntnis der Politik und des Rechts, einer vertieften und klaren Rechtspolitik unentwegt die sicheren Wege zu weisen. Er schafft Vertrauen zur Wissenschaft, fundiert Verlässlichkeit der Rechtsgestaltung und gibt der Rechtspolitik (...) die Voraussetzungen mit, damit sie (...) dem Recht die sinnerfüllte Stellung und Wirkung zu sichern imstande sein kann.“<sup>91</sup> Anlässlich der Ehrenpromotion der juristischen Fakultät Tübingen am 8. Februar 1985 machte er sein weites, und integrierendes Verständnis deutlich: „Die Staatsrechtswissenschaft ist für den Dienst an der Verfassungsrechtspraxis erst zureichend gewappnet, wenn die Staats- und Rechtswirklichkeit in ihr integriert und mit Hilfe der Nachbarwissenschaften in die normwissenschaftlichen Überlegungen eingeflossen sind“<sup>92</sup>.

Luzius Wildhaber, der einstige Fakultätskollege von Eichenberger beschrieb den damals 70-jährigen Jubilar als „nüchtern und zurückhaltend in der Bewertung“<sup>93</sup>. Der Abschnitt VI über Eichenbergers Sprachgewalt machte indessen deutlich, dass die Zurückhaltung seine gefestigte politische Anschauung im Zaume hielt.

---

**90** Jahresbericht des Rektors der Hochschule St. Gallen 1982/83, S. 68.

**91** Eichenberger, Rechtspolitik, S. 339.

**92** René Rhinow, K. E. zum 65. Geburtstag, Archiv des öffentlichen Rechts 112 (1987), 661 ff., S. 661.

**93** Luzius Wildhaber, Begrüssung, in: Symposium zum 70., S. 1–3, S. 3.

## Ausgewählte Werke von Kurt Eichenberger

- Die oberste Gewalt im Bunde. Über die verfassungsrechtliche Verteilung und die tatsächliche Ausübung der Rechtssetzungs- und Regierungsfunktionen im schweizerischen Bundesstaat, Diss. Univ. Bern, Zürich 1949 [Oberste Gewalt].
- Rechtssetzungsverfahren und Rechtssetzungsformen in der Schweiz. Bemerkungen zur Praxis der Rechtssetzung, insbesondere der Gesetzgebung. Referat für den Schweizerischen Juristentag 1954, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 73 (1954), S. 1a-118a und in: Staat der Gegenwart, S. 252–331, S. 328 [Rechtssetzungsverfahren und Rechtssetzungsformen].
- Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Habil. Univ. Bern, Bern 1960 [richterliche Unabhängigkeit].
- Von der Rechtssetzungsfunktion im heutigen Staat, Referat zum schweizerischen Juristentag 1974, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 93 (1974) II 7–27.
- Sinn und Bedeutung einer Verfassung, Referat zum schweizerischen Juristentag 1991, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 110 (1991) II 143 ff. [Sinn und Bedeutung].
- Verfassung des Kantons Aargau vom 20. Juni 1980, Textausgabe mit Kommentar, Aarau 1986 [Verfassung Aargau].
- Der Staat der Gegenwart. Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, hrsg. von Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau, Basel 1980 [Staat der Gegenwart].
- Rechtspolitik, in: Festschrift für Alois Riklin zum 65. Geburtstag, Bern 2000, S. 324–340 [Rechtspolitik].
- Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat. Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, hrsg. von Georg Müller, René Rhinow, Gerhard Schmid, Basel/Genf/München 2001 [Vom schweizerischen Weg].

## Beiträge über Person und Werk Kurt Eichenbergers

- Georg Müller (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel usw. 1982 [Festschrift K.E.].
- Symposium zum 70. Geburtstag von Kurt Eichenberger. Referate und Diskussionen vom 11./12. Juni 1992 in Lenzburg, hrsg. von Georg Müller/René A. Rhinow/Gerhard Schmid/Rainer J. Schweizer/Luzius Wildhaber, Basel 1993 [Symposium zum 70.].
- Kurt Eichenberger zum Gedenken, hrsg. von der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Basel 2005 [K.E. zum Gedenken].
- Felix Uhlmann (Hrsg.), Rechtsetzung und Verfassungsgebung: Kolloquium zu Ehren von Professor Kurt Eichenberger, Zürich 2013 [Kolloquium zum 90.].

## Nachlass

- Es existiert kein eigentlicher und gesammelter Nachlass, aber die Universitätsbibliothek Basel verwahrt sämtliche Gutachten und die dazugehörige Korrespondenz (Handschriften Sign.: NL 338).