

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 Koriath

**LXXX**

**Alfred Kölz (1944–2003) — 1289**

Jörg Paul Müller

**LXXXI**

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

Peter Häberle

**Personenregister — 1301**

**Bildnachweis — 1315**



XXX

## Zaccaria Giacometti (1893–1970)

Andreas Kley

### I. Herkunft und Ausbildung

Zaccaria Giacometti wurde 1893 als zweiter Sohn des Lehrers Zaccaria Giacometti (1856–1897) und der Cornelia Stampa (1868–1905) in Stampa im protestantischen und italienischsprachigen Bergell geboren.<sup>1</sup> Sein Vater starb 1897 und seine Mutter 1905, als er zwölf Jahre alt war. Der vier Jahre ältere Bruder Cornelio († 1955) und Zaccaria fanden nach dem Tod ihrer Mutter bei Rodolfo Baldini (1842–1909) und dessen Haushälterin Unterkunft. Baldini war der Bruder der Grossmutter mütterlicherseits. Der Grossonkel hatte früher die Confiserie Baldini Frères in Marseille geführt. Den Sommer verbrachten die Brüder jeweils in seinem Sommerhaus in Maloja-Capolago am Silsersee und den Winter in Borgonovo im Haus „Ca d’Baldin“.

Zur Familie gehörten die Künstler Giovanni Giacometti (1868–1933) und seine Söhne Alberto (1901–1966), Diego (1902–1985) und der Architekt Bruno (1907–2012, Vetter mütterlicherseits) und Augusto (1877–1947, Vetter väterlicherseits). Zaccaria Giacometti ist über die väterliche und die mütterliche Seite mit den Künstlern verwandt. Augusto und Zaccaria besaßen väterlicherseits einen gemeinsamen Grossvater, ihre Väter waren Brüder. Giovanni und Zaccaria jun. besitzen väterlicherseits einen gemeinsamen Urgrossvater; sie sind Vetter zweiten Grades. Zudem heiratete Giovanni Annetta Stampa, die Schwester von Zaccarias Mutter und aus dieser Ehe entsprossen die Künstler, darunter der weltberühmt gewordene Alberto. Zaccaria war also über die mütterliche Seite ein Vetter der Künstler Alberto, Diego und des Architekten Bruno. Wegen des frühen Todes von Zaccarias Eltern verkehrte er häufig im Haus von Giovanni und Annetta Giacometti; er war für deren Kinder wie ein Bruder. Wegen dieser nahen Beziehungen bestehen zahlreiche Porträts von Zaccaria, welche die Künstler Giovanni und sein Sohn Alberto anfertigten. Der Waisenknabe musste wegen der familiären Unter-

---

<sup>1</sup> Vgl. *Werner Kägi*, Zaccaria Giacometti. Zum 60. Geburtstag am 26. September 1953, NZZ vom 26.9.1953, Nr. 2224, Blatt 5, S. 6; *Werner Kägi*, Zaccaria Giacometti, zum 70. Geburtstag am 26. September, NZZ vom 26.9.1963, Nr. 3846, Morgenausgabe, Blatt 4; vgl. die Biobibliographie bei *Andreas Kley*, Von Stampa nach Zürich. Der Staatsrechtler Zaccaria Giacometti, Zürich 2014, 460 ff.

stützung und dem namhaften Erbe seiner Eltern und seiner Grossmutter keine materielle Not leiden; er konnte sich eine gute Ausbildung finanzieren.

Zaccaria Giacometti verliess das Bergell und damit das italienische Sprachgebiet 1907, indem er in das Internat der Evangelischen Lehranstalt in Schiers/Graubünden eintrat. Er besuchte von der 1. bis zur 1914 abgeschlossenen 7. Klasse das Gymnasium mit Griechisch- und Lateinunterricht.<sup>2</sup> Das Internat hatte einen militärischen Tagesablauf und liess den Schülern wenig Freiraum.<sup>3</sup> Zaccaria muss als Jugendlicher eine aussergewöhnliche Persönlichkeit gewesen sein. Sein aus Basel stammender Mitschüler Christoph Bernoulli (1897–1981), der 1913 in Schiers eintrat, als Zaccaria die 6. Klasse besuchte,<sup>4</sup> berichtete: „Er überragte seine Mitschüler durch Geist, Bildung und Kunstsinn; er genoss, ohne es zu ahnen, die Verehrung der ganzen Anstalt. Die Lehrer bewunderten ihn und behandelten ihn nicht wie einen Schüler. Die Schüler selbst spürten Unterschied und Abstand“.<sup>5</sup>

Zaccaria interessierte sich für Theologie und Philosophie und beabsichtigte, wie der Jahresbericht von Schiers anlässlich seiner Hochschulreife 1914 vermerkte, „philosophische Studien“. Die Lehranstalt pflegte gute Beziehungen zu ihrem Basler Freundeskreis, weshalb er das Studium zunächst an der Universität Basel aufnahm. Am 28. April 1914 immatrikulierte er sich an der Phil. I-Fakultät, aber im Wintersemester 1915/1916 schrieb er sich in der juristischen Fakultät<sup>6</sup> ein, wo ihn die Professoren Andreas Heusler (1834–1921) und Carl Wieland (1864–1936) beeindruckten.<sup>7</sup> Am 13. Juli 1916 wechselte Giacometti von Basel an die Universität Zürich<sup>8</sup> und schloss dort sein Studium 1919 mit dem Dr. iur. ab. In seiner Dissertation behandelte er die Trennung von Kirche und Staat.<sup>9</sup> Wenige Jahre später publizierte er einen Quellenband zu dieser Thematik.<sup>10</sup> Die Habilitationsschrift von 1924 befasste sich mit der Frage der Ausdehnung des öffentlichen

<sup>2</sup> Vgl. Schülerliste der Evangelischen Lehranstalt Schiers vom Jahre 1865 an, Schiers 1937, S. 52.

<sup>3</sup> Vgl. *Bruno Giacometti erinnert sich*, Gespräche mit Felix Baumann, Zürich 2009, S. 33.

<sup>4</sup> Vgl. Schülerliste (Anm. 2), S. 62.

<sup>5</sup> Vgl. *Christoph Bernoulli*, Jugenderinnerungen an die Familie Giacometti, DU 1962, Heft Nr. 258, 16 ff., 16 f.; mehrfach abgedruckt, z. B. ders., Alberto Giacometti 1901–1966, Erinnerungen und Aufzeichnungen, Bern usw. 1973, S. 9 ff.

<sup>6</sup> Auskunft des Archivars der Universität Basel vom 30.6.2011 nach Konsultation der Matrikel.

<sup>7</sup> So sein Schüler *Werner Kägi* (Anm. 1, NZZ 26.9.1963).

<sup>8</sup> Siehe Matrikel Nr. 24530, [www.matrikel.uzh.ch/pages/559.htm#24527](http://www.matrikel.uzh.ch/pages/559.htm#24527).

<sup>9</sup> *Zaccaria Giacometti*, Die Genesis von Cavours Formel „Libera Chiesa in libero Stato“, Diss. Zürich, Aarau 1919.

<sup>10</sup> *Zaccaria Giacometti*, Quellen zur Geschichte der Trennung von Kirche und Staat, Tübingen 1926.

Rechts gegenüber dem Zivilrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichts.<sup>11</sup> Seine akademische Antrittsvorlesung vom 11. Juli 1925 hielt er über die „Auslegung der Bundesverfassung“.<sup>12</sup> Fritz Fleiner (1867–1937) war sein Mentor und Förderer; Giacometti blieb sich auch als Gefolgsmann Fleiners treu. Seine Herkunft, sein Denken und seine Arbeitsweise machten ihn zu einer eigenständigen und unverwechselbaren Persönlichkeit. Giacometti vermittelte umgekehrt seinem musischen Lehrer Fritz Fleiner die Kunst von Giovanni Giacometti. Er machte die beiden miteinander bekannt und in der Folge kam es zu verschiedenen Porträts, die der Künstler von Fritz Fleiner und dessen Frau Fanny anfertigte.<sup>13</sup>

Nach dem Studium arbeitete Giacometti etwa in der ersten Hälfte des Jahres 1920 vertretungsweise in der eidgenössischen Justizabteilung in Bern. Diese Tätigkeit gefiel ihm wenig, weshalb er nach Zürich zurückkehrte, wo ihn sein Lehrer Fritz Fleiner als Privatsekretär anstellte, damit er ihm bei der Fertigstellung des *Schweizerischen Bundesstaatsrechts* helfe (erschien 1923 in Tübingen). Als die ersten Bögen im Herbst 1922 erschienen, war diese Arbeit beendet. Fritz Fleiner beriet die „Zürich“-Versicherungen mit Gutachten, und er trat 1922 in deren Verwaltungsrat ein. Wegen der rechtlichen Turbulenzen im europäischen Versicherungsmarkt war juristischer Rat gefragt und man muss annehmen, dass Fleiner seinen Schüler Giacometti als Direktionssekretär der „Zürich“-Versicherungen empfahl. Diese Stelle verschaffte ihm ein Auskommen, denn er heiratete 1923 Gertrud Mezger (1896–1973). Die Arbeit gestattete ihm eine weitere publizistische Tätigkeit in Zeitschriften und bei der Neuen Zürcher Zeitung sowie die Ausarbeitung der Habilitationsschrift.

1927 ernannte die Universität Zürich Giacometti zum ausserordentlichen Professor für öffentliches Recht und Kirchenrecht. Er konnte, zusammen mit Dietrich Schindler sen., in die Lücke treten, welche die Nichtwiederwahl von Professor Eduard His geschaffen hatte. Das Engagement von Fritz Fleiner war für Schindler und Giacometti entscheidend. Eine ordentliche Professur bekleidete Giacometti – als Nachfolger Fritz Fleiners – in den Jahren 1936–1961, 1954/55 amtierte er als Rektor der Universität. 1933 legte er als erster Autor eine Studie über die Praxis des Bundesgerichts zur staatsrechtlichen Beschwerde vor.<sup>14</sup> Als weitere wichtige Werke Giacomettis sind seine Darstellung des *Staatsrechts der Kantone* und seine

---

**11** Zaccaria Giacometti, Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtseinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts, Habil. Zürich, Tübingen 1924.

**12** Text: NZZ vom 24.7.1925, Nr. 1161, Morgenausgabe, Blatt 1, S. 1 f.

**13** Eines dieser Bilder ist im Beitrag über Fritz Fleiner (Nr. VII, S. 147) wiedergegeben

**14** Zaccaria Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes, Zürich 1933.

Neubearbeitung von Fleiners *Bundesstaatsrecht* zu nennen. 1960 veröffentlichte er den ersten (und einzigen) Band seiner *Allgemeinen Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*.

1960 erkrankte Giacometti, trat 1961 von seiner Professur zurück und am 10. August 1970 starb er.<sup>15</sup> Das Grab Giacomettis befindet sich im Bergell, auf dem Friedhof der Kirche San Giorgio von Borgonovo, wo auch Eltern, Onkel, Tanten und Vetter bestattet sind. Giacometti hinterliess wie alle seine Vetter, die Künstler waren, keine Nachkommen.

Giacomettis bedeutendes Werk umfassen einerseits systematische Abhandlungen, namentlich sein *Staatsrecht der Kantone*, das *Bundesstaatsrecht* oder seine *Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*. Andererseits kommen in allen seinen Schriften wichtige wissenschaftliche Anliegen zum Ausdruck.

## II. Die Rolle des katholischen Kirchenrechts im Rechtsunterricht

Das katholische Kirchenrecht spielte im 20. Jahrhundert keineswegs nur an der katholischen Universität von Fribourg eine wichtige Rolle. Vielmehr pflegten evangelisch-reformierte und liberal ausgerichtete Professoren auch an den Rechtsfakultäten der Universitäten von Bern und Zürich, später auch in Basel, dieses Fach. Diese Entwicklung setzte mit dem Kulturkampf und der Totalrevision der Bundesverfassung 1874 ein.<sup>16</sup>

Insbesondere an der Zürcher Fakultät besass das Kirchenrecht zu Beginn des 20. Jahrhunderts eine herausragende Bedeutung in Lehre und Forschung. Fritz Fleiner nahm sich seiner in den Jahren 1895–1897, Max Huber in den Jahren 1902–1916 und erneut Fleiner 1916–1936 an.<sup>17</sup> Zaccaria Giacometti war wegen seiner Publikationen qualifiziert,<sup>18</sup> als Nachfolger Fleiners ebenfalls Kirchenrecht zu lesen. Das katholische Kirchenrecht hatte den evangelisch-reformierten Giacometti fasziniert. Für Giacometti wie für Fleiner war das kanonische Recht ein Vorbild oder gar Masstab des Verwaltungsrechts. In seinen *Allgemeinen Lehren*

<sup>15</sup> Die Würdigung verfasste *Werner Kägi*, Zaccaria Giacometti. Das Lebenswerk des schweizerischen Staats- und Verwaltungsrechtlers, NZZ vom 6.9.1970, Nr. 413, S. 51 f.

<sup>16</sup> Vgl. zu den Details *Andreas Kley*, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2015, S. 77 ff.

<sup>17</sup> Vgl. *Kley* (Anm. 15), S. 79 f.

<sup>18</sup> Vgl. vorne Anm. 9 und 10.



des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts verwies Giacometti immer wieder auf das kanonische Recht,<sup>19</sup> um Parallelen und Gegensätze aufzuzeigen.

Im Rückblick betrachtet, erfüllte der Unterricht im kanonischen Recht drei Aufgaben:<sup>20</sup>

1) Es waren nicht der Inhalt, sondern die Formen, die Struktur und die Institutionen des kanonischen Rechts, die sich das öffentliche Recht des Rechtsstaates nutzbar machen konnte. Wesentliche Elemente des Verwaltungsrechts basieren auch auf dem kanonischen Recht. Der Unterricht im kanonischen Recht verfolgte so einen propädeutischen Zweck.

2) Die meist evangelisch-reformierten Staats- und Verwaltungsrechtslehrer sahen die Geschlossenheit des kanonischen Rechts, das seinerseits im römischen Recht wurzelte, als Kennzeichen einer „societas perfecta“ an.<sup>21</sup> So berichtete der langjährige Präsident des Zürcher Verwaltungsgerichts, Hans Peter Moser (1920–2002), über die Kirchenrechtsvorlesung von Zaccaria Giacometti:<sup>22</sup>

„Ich erinnere mich, wie sehr er das katholische Kirchenrecht – fernab von jeder Metaphysik – als Manifestation einer ‚societas perfecta‘ bewunderte. Nebenbei gesagt: wesentliche Elemente des französischen Verwaltungsrechts, das auf dem Umweg über Otto Mayer und Fritz Fleiner Giacometti beeinflusste, gehen auf das kanonische Recht zurück, so der Begriff der Verfügung“.

Das kanonische Recht war ein Ideal, das dem staatlichen Recht als Vorbild diente. Das zentralistische Rechtssystem der römisch-katholischen Kirche übte trotz der konfessionellen Gegensätzlichkeit eine inhaltliche Faszination aus.

3) In konfessioneller Hinsicht erlaubte es der Unterricht im kanonischen Recht den Professoren, die für den staatstragenden Freisinn nötige Distanz zum Katholizismus zu markieren. Zaccaria Giacometti verkörperte mit seiner strikten Ablehnung des Katholizismus diese ideologische Funktion beispielhaft. In der Abgrenzung erfolgte eine integrierende Bestätigung der evangelisch-reformierten Glaubensgemeinschaft und des vom Freisinn und Liberalismus bestimmten Bundesstaates.

<sup>19</sup> Giacometti, Allgemeine Lehren, z. B. S. 138 und Anm. 3, S. 139, 170 Anm. 121, S. 189 Anm. 42, S. 191 Anm. 51, S. 259 Anm. 65.

<sup>20</sup> Vgl. Kley (Anm. 15), 84.

<sup>21</sup> Vgl. Fritz Fleiner, Geistiges Weltrecht und weltliches Staatsrecht, in: ders., Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, S. 262 ff., 267.

<sup>22</sup> Aus einem Brief vom 18. April 2000, zitiert bei Cyril Hegnauer, Zürcher Ius-Studium 1939–1946: ein Rückblick, in: Commentationes Historiae Iuris Helveticae V (2010) S. 61 ff., 67.

### III. Liberale Grundeinstellung

Zaccaria Giacometti folgte nicht nur in seinen konfessionellen, sondern auch in seinen politischen Anschauungen seinem Lehrer Fritz Fleiner: Als durch und durch liberaler Gelehrter erhob er kantianisch „allein die Freiheit zum Prinzip“<sup>23</sup> und setzte sie seinem Rechtsdenken voraus. Er beharrte stets auf der Rechtsstaatsidee und akzeptierte keine unkontrollierte und in einem „freien Ermessen“ befindliche Staatstätigkeit. Giacometti begründete dies mit den Freiheitsrechten, der Rechtsgleichheit und dem daraus abgeleiteten Willkürverbot, die als „Ersatz des fehlenden Verwaltungsgesetzes“ fungierten. Diese Verfassungsnormen seien „als richtungsgebende Maxime für die positive nähere konkrete Gestaltung dieser freien Verwaltungstätigkeit“ zu verstehen. Das ergebe sich aus dem freiheitlichen Sinn dieser Verfassungsnormen; vor allem das Willkürverbot sei „der allerwichtigste Verfassungsgrundsatz, welcher als positive rechtliche Maxime für gesetzesfreie Verwaltungshandlungen in Frage“ komme.<sup>24</sup> Die Verwirklichung dieser grundlegenden Idee dauerte noch Jahrzehnte. Georg Müller erneuerte und konkretisierte Giacomettis Anliegen in seinem Aufsatz über *Reservate staatlicher Willkür*;<sup>25</sup> in der Rechtsprechung drang diese Auffassung erst 2003 im Falle zweier wegweisender Einbürgerungsurteile des Bundesgerichts<sup>26</sup> durch.

Wegen seiner konsequent rechtsstaatlichen Haltung lehnte Giacometti ein selbständiges (polizeirechtlich oder anderswie begründetes) Verordnungsrecht der Regierung zunächst kategorisch ab.<sup>27</sup> In seinen *Allgemeinen Lehren* differenzierte er die Verordnungen in die bekannten Kategorien und liess nun Vollziehungsverordnungen und selbständige Verordnungen zu. Er sah aber in diesen dennoch eine „Gefahr für den Rechtsstaat und die Referendumsdemokratie“, die jedoch in Kauf zu nehmen sei, da beide Prinzipien den „staatspolitischen Notwendigkeiten anzupassen“ seien.<sup>28</sup> Er vertrat in seinem Spätwerk also eine moderate Auffassung, die sich von seinen strikten Prinzipien löste.

Giacometti trat als klassischer Liberaler für eine staatsfreie Sphäre des Individuums ein. Allerdings nahm nach dem Zweiten Weltkrieg der Bund seine sozialstaatliche Gesetzgebung in Angriff. Giacometti passte sich dieser Entwicklung

<sup>23</sup> Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, Akademie-Ausgabe, Band VI, Berlin 1907/14, S. 340.

<sup>24</sup> Giacometti, *Allgemeine Lehren*, S. 285 ff., 286 (beide Zitate).

<sup>25</sup> Georg Müller, *Reservate staatlicher Willkür*. Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: *Festschrift Hans Huber*, Bern 1981, S. 109–125.

<sup>26</sup> Bundesgerichtsentscheid 129 I 217 (Emmen) und 129 I 232 (SVP Stadt Zürich).

<sup>27</sup> Vgl. Abschnitt IV.

<sup>28</sup> Giacometti, *Allgemeine Lehren*, S. 148 ff., Zitate 162 und 163.

behutsam an und anerkannte 1960 den Sozialstaat insofern, als er ausführte, dass sich freiheitlicher Staat und Sozialstaat nicht ausschlossen:<sup>29</sup> „Der Freistaat ist (...) 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“.<sup>30</sup> Giacometti konnte den Sozialstaat als in liberaler Sicht unbedenkliche Ergänzung des „Freistaates“ ansehen. Freilich lehnte er den bundesdeutschen Ausdruck „Daseinsvorsorgestaat“ ab, denn dieser stelle eine „Verharmlosung des Etatismus“<sup>31</sup> dar.

Tatsächlich war die Zeit des klassisch liberalen Freistaates am Ablaufen, nachdem auch die bürgerlichen Parteien für die sozialstaatliche Gesetzgebung eintraten. Die noch von Fleiner 1923 hervorgehobene Wertschätzung der „persönlichen Selbständigkeit“<sup>32</sup> des Schweizer war der Bereitschaft gewichen, staatliche Unterstützung entgegenzunehmen. Das sollte bedeutende Rückwirkungen auf die allgemeinen Grundrechtslehren nach sich ziehen.<sup>33</sup>

## IV. Die Kontroverse über das Notrecht

Der ausgesprochen autoritäre Charakter der Zwischenkriegszeit zeigte sich exemplarisch am vereinfachten und beschleunigten Verfahren der Rechtsetzung im Bund. Dieser benützte das demokratische Verfahren der Bundesgesetzgebung mit anschliessendem Referendum immer weniger. Dafür bevorzugte er die Polizeigeneralklausel, was ihm die Rechtsetzung mittels Polizeinotverordnungen erlaubte. Ferner rief die Bundesversammlung immer häufiger die Dringlichkeitsklausel an, was die Bundesbeschlüsse vom Referendum ausnahm. Anlässlich des Ausbruchs des Zweiten Weltkrieges gab die Bundesversammlung dem Bundesrat die extrakonstitutionellen Vollmachten: Diese verschoben die Rechtsetzung nahezu unbegrenzt von der Bundesversammlung auf den Bundesrat, um der Kriegsnotlage Herr zu werden.

Die beiden Zürcher Staatsrechtslehrer Dietrich Schindler (sen.) und Zaccaria Giacometti führten verschiedene Kontroversen über diese vereinfachten Recht-

---

<sup>29</sup> Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 2 Anm. 3.

<sup>30</sup> Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 2.

<sup>31</sup> Giacometti, Allgemeine Lehren, 46 Anm. 32.

<sup>32</sup> Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 761.

<sup>33</sup> Vgl. hinten Abschnitt V.

setzungsverfahren.<sup>34</sup> Schindler vertrat im Streit darüber konsequent die Haltung der Bundesbehörden, während Giacometti in diesen Rechtsetzungsverfahren einen Verfassungsbruch sah. Im Folgenden ist beispielhaft auf die Auseinandersetzung um das extrakonstitutionelle Staatsnotrecht einzugehen.

Lehre und Literatur nahmen die Vollmachten des Jahres 1939 zunächst schweigend hin. Erst ab 1940 erschienen einzelne Artikel über das Vollmachtenrecht; dabei setzten die Autoren voraus, dass die Grundlage der Bundesratsverordnungen nicht in Zweifel zu ziehen sei. Es findet sich einzig ein Beitrag des Advokaten und Publizisten Agénor Krafft (1895–1964) über das waadtländische Vollmachtenrecht, der feststellte: „Il s’agit là d’une révolution juridique, empruntée malheureusement à l’esprit totalitaire et en contradiction avec les efforts de générations à ce jour“.<sup>35</sup> Kraffts Feststellungen trafen uneingeschränkt auch auf die Vollmachten des Bundes zu.

Vor dem Hintergrund dieses verbreiteten Schweigens kam es zu einer öffentlichen Kontroverse zwischen Schindler und Giacometti. Giacometti bestritt, dass das Vollmachtenregime auf einer Verfassungsgrundlage beruhte. In einem Vortrag vom 13. Juli 1942 führte er aus, die Bundesverfassung sei „heute auf weiten Gebieten ein Trümmerfeld“. Der Bund erscheine „als ein autoritärer Staat mit totalitären Tendenzen“<sup>36</sup> und die Freiheitsrechte seien ausgeschaltet:<sup>37</sup>

„Das undemokratische und antiliberalen Vollmachtenregime (...) stellt einen illegalen Notsteg dar, der die freiheitliche Schweiz mit einem ihr unbekanntem autoritär totalitären Land verbindet. Dieser Notsteg kann (...) zu einem gewaltenmonistischen totalitären Exekutivstaat hinüberleiten“.

Schindler hingegen war besorgt, dass die These der Illegalität des Vollmachtenregimes als Vorwand für Auflehnungen gegen die Bundesbehörden missbraucht werde:<sup>38</sup>

„Es wird ja niemand behaupten wollen, dass es der Wille der Verfassung sei, auch dann in allen Einzelheiten angewendet zu werden, wenn darüber der Staat, mit dem die Verfassung und jedes von ihr geschaffene Recht steht und fällt, zugrunde geht“.

<sup>34</sup> Vgl. im Detail *Alfred Kölz*, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien seit 1848*, Bern 2004, S. 763 ff. und 824 ff. m.w.H.; *Kley* (Anm. 15) S. 167 ff., 192 ff.

<sup>35</sup> *Agénor Krafft*, *Législation de guerre vaudoise*, in: *Schweizerische Juristen-Zeitung* 36 (1939/40), S. 202.

<sup>36</sup> *Zaccaria Giacometti*, *Die gegenwärtige Verfassungslage*, in: *Schweizerische Hochschulzeitung* 1942, S. 139–154, 144 (beide Zitate).

<sup>37</sup> *Giacometti*, *Verfassungslage* (Anm. 35), S. 148.

<sup>38</sup> *Dietrich Schindler*, *Notrecht und Dringlichkeit*, *NZZ* vom 19. und 20.10.1942, Nr. 1669 und 1671.

Er gab damit die Auffassung des Bundesrates in seinem Bericht zur Volksinitiative betreffend Dringlichkeits- und Notrecht<sup>39</sup> wieder; seine Auffassung setzte sich durch, das Vollmachtenregime blieb in Kraft. Die Bundesversammlung hob es erst auf Druck einer Volksinitiative auf.<sup>40</sup> Das Bundesgericht seinerseits erklärte sich 1942 ausserstande, den Gebrauch der Vollmachten durch den Bundesrat zu kontrollieren.<sup>41</sup> Im Jahr 2000 sprach es im Urteil Joseph Spring von einem gerechtfertigten Staatsnotstand und sah die notrechtlichen Massnahmen des Flüchtlingsrechts als rechtmässig an.<sup>42</sup>

## V. Grundrechte

Nach liberaler Auffassung gibt es keine einfachere Antwort auf die Frage nach dem sachlichen Schutzbereich der Grundrechte als diejenige Fritz Fleiners: 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>43</sup> Der vor allem durch die Vollmachtenregimes errichtete Sozial- und Interventionsstaat schränkte nun den Raum der durch das Gesetzmässigkeitsprinzip freigehaltenen (unqualifizierten) Freiheit erheblich ein. Zaccaria Giacometti erkannte dieses Problem und suchte es verfassungsrechtlich zu lösen. Er forderte die Anerkennung einer ungeschriebenen, allgemeinen Freiheitsgarantie als eines ungeschriebenen Rechts der Bundesverfassung bereits als junger Publizist 1924<sup>44</sup> und griff diese These im *Staatsrecht der Kantone*<sup>45</sup> und im *Bundesstaatsrecht*<sup>46</sup> sowie in seiner Rektoratsrede von 1954<sup>47</sup> wieder auf:

<sup>39</sup> Vgl. Bundesblatt 1939 I 533.

<sup>40</sup> Vgl. Bundesbeschluss betreffend die Aufhebung der Vollmachten von 1939 vom 18. Dezember 1950, Amtliche Sammlung der eidgenössischen Gesetze 1950 1493.

<sup>41</sup> Bundesgerichtsentscheid 68 II 308 E. 2 S. 317 ff.

<sup>42</sup> Bundesgerichtsentscheid 126 II 145 E. 4b/cc S. 161.

<sup>43</sup> Vgl. Fritz Fleiner, Institutionen des Verwaltungsrechts, (1. Aufl. Tübingen 1911) 8. Aufl. 1928, 389, und weitere Hinweise bei Kley (Anm. 15), S. 213 Anm. 1358.

<sup>44</sup> Vgl. Zaccaria Giacometti, Zur Verfassungsmässigkeit der bundesrätlichen Vorlage über das Hotelbauverbot, NZZ vom 6.8.1924, Nr. 1168, Abendblatt, S. 1.

<sup>45</sup> Zaccaria Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 169.

<sup>46</sup> Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 241 f.

<sup>47</sup> Giacometti, Freiheitsrechtskataloge S. 149 ff.

„Aus dem liberalen Wertsystem und dem Sinn des Kataloges der Freiheitsrechte in der Bundesverfassung lässt sich nämlich folgern, dass die Bundesverfassung jede individuelle Freiheit, die praktisch wird, das heisst durch die Staatsgewalt gefährdet ist, garantiert, und nicht allein die in der Verfassung ausdrücklich aufgezählten Freiheitsrechte“.

Giacomettis Haltung beruhte auf einem kantianischen Denkansatz: Der Vernunftbegriff des Rechts bestimmt die Freiheit als Denk Voraussetzung einer jeden Staatsphilosophie. Diese Haltung hatte er von seinem Lehrer Fritz Fleiner übernommen, dabei ist die Freiheit nicht etwa eine naturrechtliche Annahme, sondern sozusagen prozeduraler Ausgangspunkt des Vernunftdenkens. Viele Staatsrechtler teilten Giacomettis Auffassung.<sup>48</sup>

Hans Huber, der Berner Verfassungsrechtler, wandte sich gegen eine allgemeine Freiheitsgarantie und trat vielmehr für einen punktuellen Ausbau des Grundrechtskataloges ein, da „die Grundrechte des Bundesverfassungstextes von bedenklicher Lückenhaftigkeit“<sup>49</sup> seien; deshalb müsse der Verfassungsgeber auch die ungeschriebenen Leitgrundsätze der Verfassung anerkennen. Huber kritisierte Giacomettis „radikalrechtsstaatlichen“ Vorschlag, der das Missverständnis begünstige, dass unbegrenzte Möglichkeiten gegeben seien.<sup>50</sup> Das Bundesgericht folgte Huber, indem es die These einer allgemeinen ungeschriebenen Freiheitsgarantie ablehnte<sup>51</sup> und allmählich sechs ungeschriebene Grundrechte anerkannte.<sup>52</sup> Es folgte Giacometti insofern, als es unter anderem verlangte, dass das anzuerkennende Recht ein „unentbehrlicher Bestandteil der rechtsstaatlichen und demokratischen Ordnung des Bundes“<sup>53</sup> sein müsse.

Als ein klassischer Liberaler, der die Beziehung zwischen Individuum und Staat zu seinem Thema wählt, musste Giacometti die Drittwirkung der Grundrechte ablehnen, da sie dadurch „denaturiert“<sup>54</sup> würden: „Die Annahme einer solchen Drittwirkung (...) im Sinne eines Schutzes des Einzelnen gegen Freiheitsbedrohungen seitens Drittpersonen wird im Rechtsstaate durch das Polizeirecht, Strafrecht, durch die Sozialgesetzgebung usw. erfüllt. So sind z. B. Auswüchse

<sup>48</sup> Vgl. *Kley* (Anm. 1), S. 409 ff.

<sup>49</sup> *Hans Huber*, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts (1955), in: ders., Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht. Ausgewählte Aufsätze 1950–1970, Bern 1971, S. 329 ff., 336 f.

<sup>50</sup> *Huber* (Anm. 48), S. 338 Anm. 34.

<sup>51</sup> Bundesgerichtsentscheid 97 I 45 E. 3 S. 49. Ansonsten zitierte das Bundesgericht Giacomettis Aufsatz von 1955 nie.

<sup>52</sup> Vgl. die Nachweise bei *Kley* (Anm. 15), S. 228 Anm. 1459.

<sup>53</sup> Bundesgerichtsentscheid 89 I 92 E. 3 S. 98 unter Anführung von Zitaten Giacomettis, seiner Dissertanten sowie von Hans Huber; vgl. ferner Bundesgerichtsentscheid 96 I 104 E. 1 S. 107, 100 Ia 392 E. 4c S. 400, 121 I 367 E. 2a S. 370.

<sup>54</sup> *Giacometti*, Allgemeine Lehren, S. 108 f. Anm. 23.

der Handels- und Gewerbefreiheit in der Gestalt des Kartellwesens durch eine Kartellgesetzgebung als polizeiliche Beschränkung der privatrechtlichen Seite der Handels- und Gewerbefreiheit (...) zu bekämpfen. (...) Eine solche Drittwirkung würde eine Relativierung der Freiheitsrechte bedeuten, ja den Rechtsstaat in Frage stellen. Man vergegenwärtige sich, was z. B. die Drittwirkung der Rechtsgleichheit, der Pressefreiheit, der persönlichen Freiheit usw. für Folgen hätte“.<sup>55</sup> Giacometti hatte schon früher in einem Gutachten zur Zulässigkeit einer Entlassung eines Arbeitnehmers wegen Beitritts zu einer Gewerkschaft dafür gehalten, dass ein Privater die Grundrechte mangels Geltung gegen ihn gar nicht verletzen könne. Giacometti löste den Fall zivilrechtlich und kam zum Ergebnis, dass die fristlose Kündigung wegen eines Beitritts zu einer Gewerkschaft mangels eines wichtigen Grundes unzulässig sei. Seine liberale Haltung und die soziale Verantwortung konnte er mit dem geltenden Zivilrecht hinreichend darstellen.<sup>56</sup>

## VI. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts

Die Schaffung eines wissenschaftlichen Werks zum Verwaltungsrecht drängte sich in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg auf. Die letzte Auflage von Fleiners *Institutionen* stammte aus dem Jahr 1928, weshalb die Rechtsentwicklung das Grundlagenwerk überholt hatte. Zudem stabilisierte sich die Rechtsetzung nach der Beendigung des Vollmachtenregimes 1952. 1960 erschien der erste und einzig gebliebene Band. Giacometti deduzierte das Verwaltungsrecht aus der Verfassung und auf der Grundlage seiner „aufklärerisch-rousseauischen“<sup>57</sup> Staatsauffassung. Giacometti verwendete und zitierte zwar die Praxis, das geschah aber nur punktuell. Zusätzlich kritisierte er sie anhand seines deduktiven und von der Verfassung ausgehenden Vorgehens heftig. Er überzog das Verwaltungsrecht ohne Rücksicht auf die Praxis mit aus der Verfassung gewonnenen Grundprinzipien. Seine Lösungsvorschläge waren gegen die Praxis, eigenwillig und hätten oftmals zu erheblichen Konzeptänderungen geführt. Giacomettis Buch widersprach fundamental der verharrenden Haltung der Verwaltung und der Gerichte. Es konnte sich nicht unmittelbar durchsetzen.

<sup>55</sup> Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 3 f., Anm. 8, auch 108 Anm. 23.

<sup>56</sup> Siehe Gutachten vom 21. Februar 1942, erstattet dem Sekretariat des Schweizerischen Verbandes des Personals öffentlicher Dienste, nicht veröffentlicht. Giacometti nahm den Bundesgerichtsentscheid 129 III 35 vorweg, siehe dazu Kley (Anm. 15), S. 329 Anm. 2099.

<sup>57</sup> Kölz (Anm. 33), S. 816.

Giacometti war ein berühmter Professor und das Buch erhielt viele Rezensionen. Diese waren wegen seiner abweichenden und eigenwilligen Meinungen teilweise kritisch. Schon eine oberflächliche Lektüre wirke für den Leser „mitunter etwas mühsam und grau“.<sup>58</sup> Der Berner Verwaltungsgerichtspräsident Gottfried Roos verglich das Buch „mit dem Werk eines Philosophen (...), der von einem an die Spitze gestellten, nicht mehr weiter beweisbaren Axiom ausgeht und daraus seine ganze Weltanschauung ableitet. Es ist auch nicht nur Erkenntnis, sondern zugleich Bekenntnis eines kompromisslos von der Freiheitsidee durchdrungenen Menschen, der die Gefahren der heutigen Zeit für Freiheit und Recht klar erkannt hat und ein Bollwerk dagegen zu errichten versucht“.<sup>59</sup>

Giacomettis Schüler Max Imboden rezensierte das Werk in der Neuen Zürcher Zeitung<sup>60</sup> und hob die strenge Deduktion hervor:

„Man muss die von Giacometti befolgte Methode vor allem als strengste Deduktion kennzeichnen. Am Anfang der weitausholenden Darstellung stehen Idee und Begriff des Rechtsstaates. Der Rechtsstaat, verstanden als die juristische Seite der freiheitlichen Staatsauffassung, ist die Substanz, aus der der Autor die allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechtes erschliesst. (...) Die konkreten Forderungen, die der Autor aus dem materiellen Gehalt der den modernen Menschen verpflichtenden Staatsidee gewinnt, bezeugen aufs schönste die Fruchtbarkeit seiner Methode“.<sup>61</sup>

Die Deduktionsmethode erwies einerseits dem Positivismus Referenz, indem alle Prinzipien einen Aufhänger in einer geschriebenen Norm oder der Verfassung zugewiesen erhielten und andererseits erlaubten sie dennoch die in der Deduktion verkleidete Rechtsschöpfung.<sup>62</sup> Kreativität liess sich als Normgehorsam ausgeben.

Der Ausgangspunkt von Giacomettis „Staatsphilosophie“ besteht in der axiomatischen Grundannahme,<sup>63</sup> dass der Angelpunkt des Rechtsstaates die individuelle Freiheit darstellt. Aus diesem Grund „bildet ja jede Verwaltungsrechtsnorm rechtsstaatlich besehen letzten Endes eine Ausnahmebestimmung“.<sup>64</sup>

**58** *Walter Geering*, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1961, S. 454.

**59** Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 97 (1961), S. 451.

**60** NZZ vom 23.12.1960, Nr. 4596, Mittagsausgabe, Blatt 7.

**61** NZZ vom 23.12.1960, Nr. 4596, Mittagsausgabe, Blatt 7.

**62** *Ivo Hangartner*, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band II: Grundrechte, Zürich 1982, 196; *Kley*, (Anm. 15), S. 441 ff.

**63** So *Max Imboden*, NZZ vom 23.12.1960, Nr. 4596, Mittagsausgabe, Blatt 7 zur Bedeutung des Gewaltenteilungsdogmas.

**64** *Giacometti*, Allgemeine Lehren, S. 224.



Daher muss die für den Bürger günstigere Auslegung von Verwaltungsrechtsnormen den Vorzug haben.<sup>65</sup> Man muss sich die Tragweite dieser Aussage vor Augen führen: Der Regelfall ist die individuelle Freiheit, der Ausnahmefall ist das Verwaltungsrecht. Dieser Satz ist für ordentlich konditionierte Professoren des öffentlichen Rechts nachgerade denkunmöglich, wie die Rezensionen zeigten. Denn damit wird „alle Verwaltung (...) zur Sünde wider den Geist des Rechtsstaates“.<sup>66</sup> Dagegen sind für Giacometti Freiheit und Gewaltenteilung „apriorische Denkkategorien“.<sup>67</sup>

Das zweite Fundament von Giacomettis Lehren ist das demokratisch beschlossene formelle Gesetz, das allein die Grundlage der Verwaltungstätigkeit bilden kann. Damit werde nicht bloss die Freiheit geschützt, „sondern zugleich eine demokratische Rechtsherrschaft garantiert und damit auch das demokratische Wertsystem des Rechtsstaates im Sinne der politischen Freiheit auf der Rechtssetzungsstufe verwirklicht“.<sup>68</sup> Die „demokratische Methode der Gesetzgebung“ bedeute „eine besonders wirksame Garantie des Bürgers gegen allzu umfassende Freiheitsbeschränkungen durch die gesetzgebende Behörde“.<sup>69</sup> Das Vertrauen Giacomettis in das Volk ist immens. Beim Verfassungsreferendum trage „das Volk als verfassungsändernde Gewalt auch ohne Bindung an ewige Normen die Garantien der rechtsstaatlichen Prinzipien in sich selber; die Stimmberechtigten erscheinen dann als politische Garanten der Rechtsstaatsverfassung“.<sup>70</sup> Es liegt auf der Hand, dass Giacometti Verwaltung und Rechtsprechung strikt an das demokratische Gesetz bindet. Der Spielraum für irgendwelche Gesetzessurrogate verringert sich damit.

Der dritte Pfeiler von Giacomettis Philosophie besteht in der unmittelbaren Verfassungsmässigkeit der Verwaltung als ein Surrogat der Gesetzmässigkeit. Giacometti verwirft jede andere Grundlage der Verwaltungstätigkeit als das Gesetz, also etwa das Gewohnheitsrecht oder die richterliche Rechtsfindung. Deshalb zieht er die unmittelbare Verfassungsmässigkeit der Verwaltung heran, welche die Verwaltungsbehörden bei der Ausübung gesetzesfreier Verwaltung unmittel-

---

<sup>65</sup> *Giacometti*, Allgemeine Lehren, S. 223 f. In Anm. 105 zitiert er u. a. auch den Grundsatz „in dubio pro libertate“, den das Bundesgericht im Entscheid 44 II 421 (und nicht 43 II 421, das ist einer der zahlreichen Versehen, die Giacometti beim Niederschreiben von Zahlen unterlaufen) anführt und der im 19. Jahrhundert wohl vorherrschende Rechtsanschauung war, Bundesgerichtsentscheid 45 I 119 E. 6 S. 133 f. und dazu *Kley*, (Anm. 15), S. 213 f. m.w.H.

<sup>66</sup> *Hans Peter Ipsen*, AöR 88/1963, S. 352 ff., 365.

<sup>67</sup> *Max Imboden*, NZZ vom 23.12.1960, Nr. 4596, Mittagsausgabe, Blatt 7.

<sup>68</sup> *Giacometti*, Allgemeine Lehren, S. 20.

<sup>69</sup> *Giacometti*, Allgemeine Lehren, S. 21.

<sup>70</sup> *Giacometti*, Allgemeine Lehren, S. 27 f.

bar bindet.<sup>71</sup> Namentlich die Freiheitsrechte und der Gleichheitssatz bilden die Normen, aus denen er die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts gewinnt.<sup>72</sup> Die Verwaltungstätigkeit bleibt dank diesen deduzierten Rechtsgrundsätzen stets Rechtsanwendung.

Die Rezensenten haben in diesem Denken eine „grossartige Einseitigkeit“,<sup>73</sup> eine „Überspitzung“,<sup>74</sup> „höchste Intensität“ oder „Unnachgiebigkeit“<sup>75</sup> oder eine „zwingende Geschlossenheit (der) Gedankenführung“<sup>76</sup> gesehen. Die konkreten Folgerungen für die Praxis seien nachgerade verheerend, denn zahlreiche Phänomene und Institute sind entweder überflüssig oder verfassungswidrig. Beispielsweise hielt er die Lehre des besonderen Gewaltverhältnisses wegen der umfassenden Geltung des Gesetzmässigkeitsprinzips für entbehrlich.<sup>77</sup> Giacometti zitierte die deutsche Lehre, „wonach die Gewalt im besonderen Gewaltverhältnis eine persönliche Gewalt, eine Haus- oder Herrengewalt sei“<sup>78</sup> und distanzierte sich mit einem Ausrufezeichen (!) von dieser Meinung. Ipsen kommentierte diesen „rechtsstaatlichen Eifer“ so: „Nun, das von Giacometti angefügte Ausrufungszeichen ist ersichtlich eine Demonstration rechtsstaatlicher Entrüstung des freien Bürgers darüber, dass ein deutscher Autor noch im Jahre 1956 eine verwaltungsrechtliche Beziehung derart atavistisch charakterisieren und annehmen konnte, *noch heute* sei sie von Herrengewalt bestimmt“.<sup>79</sup> Der Rezensent Ipsen versuchte anschliessend die Ehrenrettung der deutschen Lehre, indem er das Ganze als Giacomettis Fehlinterpretation darstellte.

Die Anlage des Werks brachte es mit sich, dass Giacometti aus dem Gleichheitssatz sowie aus den Freiheitsrechten eine grosse Zahl von Prinzipien herleitete. Auf diese Weise formulierte er etwa das Willkürverbot, den Grundsatz von Treu und Glauben, den Grundsatz von Nulla poena sine lege, oder den Rückforderungsanspruch für eine irrtümliche Geldleistung an den Staat.<sup>80</sup> Dadurch vermochte Giacometti einen durchgehenden Zusammenhang zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht darzutun.

**71** *Giacometti*, Allgemeine Lehren, S. 284.

**72** *Giacometti*, Allgemeine Lehren, S. 285.

**73** *Gottfried Roos*, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 97 (1961), 451; ähnl. M. K., Verwaltung im Rechtsstaat, Die Tat vom 22.10.1960 Nr. 290, 3.

**74** *Walter Geering*, Schweizerisches Zentralblatt für Staats und Gemeindeverwaltung 1961, 455.

**75** *Hans Peter Ipsen*, AöR 88/1963, 352 ff., 364., beide Ausdrücke.

**76** *Carl-Hermann Uhle*, Verwaltungsarchiv 52/1961, 425 ff., 431.

**77** *Giacometti*, Allgemeine Lehren, S. 269 ff., 321 ff.

**78** *Giacometti*, Allgemeine Lehren, S. 271 Anm. 112.

**79** *Hans Peter Ipsen*, AöR 88/1963, S. 352 ff., 366.

**80** *Giacometti*, Allgemeine Lehren, S. 287 ff.

## VII. Würdigung

Zaccaria Giacometti war einer der grossen Staatsrechtslehrer, die im 20. Jahrhundert in der Schweiz wirkten. In seiner Biographie und in seinen Schriften spiegelt sich die Geschichte des Verfassungs- und Verwaltungsrechts der Schweiz. Betrachtet man seine Persönlichkeit, so fällt seine eigenständige Prägung auf, was sein Auftreten im Hörsaal als auch die von ihm vertretenen Positionen anbelangt.

Zu Giacomettis Zeiten lasen die Professoren nach ihren eigenen Vorstellungen, auch wenn das in didaktischer Hinsicht vielleicht nicht immer optimal war. Giacomettis Schüler Werner Kägi schilderte die Verbindung von rechtswissenschaftlichen Anliegen und Unterricht wie folgt: „Was den Forscher bewegt, trägt der Dozent in den Hörsaal. Schmucklos und nüchtern ist der Vortrag Zaccaria Giacomettis, aber von einer zwingenden Logik, ganz an die Sache hingegeben. Von einer beneidenswerten Konzentration, die ihn alles (...) überhören lässt“.<sup>81</sup> Diese Vortragsweise gehört im besten Sinne des Begriffs an eine Forschungsuniversität, die den Unterricht eben gerade nicht auf die gute Unterhaltung der Studierenden ausrichtet, sondern ganz am Nachdenken und Überlegen orientiert ist.

Cyril Hegnauer bestätigte diese Darstellung und fügte ihr wesentliche Elemente hinzu:<sup>82</sup>

„Seine Vorlesungen waren nicht Frontalbegegnungen. Es ging ihm nicht darum, den Stoff gärtnerhaft den Hörern einzupflanzen, sondern ihnen Gelegenheit zu bieten, Ohrenzeugen seiner verbalen Gedankenentfaltung zu werden. Er konnte zum Ostfenster des Hörsaals treten und einen fernen Punkt fixierend ein Problem analysieren, gleich einem Bildhauer, der an der Skulptur hier ein Stück wegnimmt und dort eines zufügt, oder einem Maler, der seine Pinselstriche immer wieder verbessert. Als einmal etwas Unruhe aufzukommen schien, hielt er erstaunt inne, blickte bekümmert ins Auditorium und beschämte – ohne auch nur die Stimme zu erheben – die Schwätzer mit den Worten: ‚Aber meine Erren, Sie sind doch gheine Ghinder mehr!‘ Seine Versenkung liess ihn unvermeidlich den Gang der Uhr vergessen. Erst wenn Minuten nach dem Glockenzeichen diskretes Scharren laut wurde, konnte er, wie aus Entrückung erwachend, schüchtern fragen: ‚Ja, hat es schon geläutet?‘“.

Giacometti hatte trotz oder sogar wegen seiner Vortragweise eine grosse Anhängerschar begeisterter Studenten, die seine Geradlinigkeit schätzten:<sup>83</sup> „In seinem Urteil unerbittlich und kompromisslos, war er keineswegs apolitisch, aber er schied die politische Meinung streng vom juristischen Urteil. Die absolute Grund-

<sup>81</sup> Werner Kägi, NZZ 26.9.1953 (Anm. 1).

<sup>82</sup> Hegnauer (Anm. 21), S. 66.

<sup>83</sup> Hegnauer (Anm. 21), S. 66 f.

satztreue – an Jesaja erinnernd – machte ihn glaubwürdig und begründete sein Ansehen in der Öffentlichkeit und seine Verehrung durch die Studierenden“. Mit seinem mutigen Einstehen für die freiheitliche und rechtsstaatliche Ordnung hatte er sich unter den Schweizer Staatsrechtslehrern einen Namen verschafft, der seinesgleichen sucht. Er brachte mit Werner Kägi und Max Imboden zwei bedeutende Schüler hervor, die freilich ihre eigenen Wege gingen, was seiner freiheitlichen Haltung entsprach.

Der Name Giacometti spielt in der Kunst des 20. Jahrhunderts eine überraschende Rolle, womit die Frage naheliegt, ob in Giacomettis juristischen Arbeiten nicht wenigstens strukturell eine Spur der Künstler erkennbar ist. Cyril Hegnauer beschrieb den unterrichtenden Professor als einen Künstler, der die Studenten wie ein Werkstück formt.<sup>84</sup> Diese Ähnlichkeit im Vorgehen lässt sich auch in seiner rechtswissenschaftlichen Arbeitsweise feststellen. Giacometti dachte die Rechtsordnung konsequent zu Ende, ohne Rücksicht auf Opportunität. Insofern glich er seinem Vetter Alberto, der auf der Suche nach dem Ausdruck von Gestalt war und sich durch keine äusseren Umstände beirren liess. So lehnte Giacometti die durch die Bundesbehörden ausgeübten vielfältigen Notrechte (Dringlichkeitsrecht, Polizeinotverordnungen, Staatsnotrecht) konsequent und ohne Umschweife ab,<sup>85</sup> weil diese Art von Rechtsetzung dem Rechtsstaat widerspricht. Er musste deshalb harte Kritik und gar die Ächtung seitens der Bundesbehörden in Kauf nehmen. Das tat seinem Ansehen, ja seinem Ruhm als einer rechtsstaatlichen Autorität keinen Abbruch, im Gegenteil.

Giacometti erreichte mit seiner unbequem konsequenten, rechtsstaatlichen Ausrichtung und seiner hergebrachten Freiheitsliebe den Rang einer aussergewöhnlichen Persönlichkeit. Er steht deshalb bei seinen nunmehr in die Jahre gekommenen Studenten, die sich davon anstecken liessen, noch immer in höchstem Ansehen. Auch sind seine Texte noch immer packend, wenngleich seine trockene, sachliche und logisch-schrittweise Vorgehensweise auch etwas Bemühendes hat, das auf den ersten Blick abschrecken mag. Er war sozusagen ein juristischer Künstler, der ein bleibendes Werk hinterlassen hat. Namentlich sein unvollendetes Werk *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts* besticht durch graziösen Aufbau und filigrane Verstreungen und gehört zu den grossen Kulturleistungen juristischen Denkens im 20. Jahrhundert. Dass die Praxis in ihrer notgedrungenen Kurzsichtigkeit eine solche geistige Architektur eher ungnädig aufgenommen hat, unterstreicht den künstlerischen Charakter des Werks.

<sup>84</sup> Vgl. Hegnauer (Anm. 21), S. 66.

<sup>85</sup> Vgl. Abschnitt IV.

## Verzeichnis ausgewählter Werke von Zaccaria Giacometti

- Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941 (zit. Staatsrecht der Kantone).  
Die gegenwärtige Verfassungslage, in: Schweizerische Hochschulzeitung 1942, S. 139–154  
(zit. Verfassungslage).
- Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Neubearbeitung des Werkes von Fritz Fleiner, Zürich 1949  
(zit. Bundesstaatsrecht).
- Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, in: Zeitschrift für Schweizerisches  
Recht 74 I (1955) S. 149 ff. (zit. Freiheitsrechtskataloge).
- Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960 (zit. Allgemeine  
Lehren).
- Ausgewählte Schriften, hrsg. von Alfred Kölz, Zürich 1994.  
In den Anmerkungen finden sich weitere Literaturangaben sowie weitere Werke von Zaccaria  
Giacometti.

## Verzeichnis ausgewählter Beiträge über Person und Werk von Zaccaria Giacometti

- Imboden Max/KägiWerner/u. a., Würdigung, in: Demokratie und Rechtsstaat: Festgabe zum  
60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti (26.9.1953), Zürich 1953, S. 5 f.
- Werner Kägi, Zaccaria Giacometti zum 50. Geburtstag am 26.9.1943, in: Rätia 7 (1943), S. 10 f.
- Kägi Werner, Professor Dr. Zaccaria Giacometti: 26.9.1983–10.8.1970 (Nekrolog), in:  
Jahresbericht der Universität Zürich, Zürich 1971, S. 103–105.
- Kley Andreas, Von Stampa nach Zürich: der Staatsrechtler Zaccaria Giacometti, sein Leben und  
Werk und seine Bergeller Künstlerfamilie, Zürich 2014.
- Kley Andreas, Zaccaria Giacometti – Staatsrechtslehre als Kunst, in: Schweizerische Juristen-  
Zeitung, Jg. 107 (2011), Nr. 19, S. 429–439.
- Kley Andreas, Zaccaria Giacometti, der Staatsrechtslehrer, in: Marco Giacometti (Hrsg.), Die  
Giacomettis – Eine Künstlerdynastie, Wohlen/Bern 2014, S. 217 ff.
- Kölz Alfred, Freiheit und Demokratie: zum hundertsten Geburtstag von Zaccaria Giacometti, in:  
Zeitschrift für Schweizerisches Recht , N.F. Band 112 I (1993), S. 143–155.
- Küffer Rafael, Eine liberale Kritik am Notrecht: Zaccaria Giacometti als Protagonist der  
Schweizer Notrechtsdebatte, Tübingen 2014.

## Nachlass

- Es gibt keinen erhaltenen eigentlichen Nachlass von Zaccaria Giacometti. Seine private  
Bibliothek und seine Gutachten mit dem entsprechenden Briefverkehr befinden sich  
indessen als Ganzes in der Bibliothek des Rechtswissenschaftlichen Instituts der  
Universität Zürich.