

Aus: Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler (Hrsg.), Hans
Nawiasky - Leben, Werk und Erinnerungen, Zürich/St. Gallen 2012,
ISBN 978-3-03751-475-7

Inhaltsübersicht

ANDREAS KLEY Hans Nawiaskys Wirken in der Schweiz.....	1
YVO HANGARTNER Erinnerungen an Professor Hans Nawiasky	35
HANS F. ZACHER Erinnerungen an Professor Hans Nawiasky	39
Anhänge	
Tabellarischer Lebenslauf Hans Nawiaskys.....	67
Literatur über Hans Nawiasky.....	71
Veröffentlichungen von Hans Nawiasky.....	73
Ansprache des Leiters des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Handels-Hochschule St.Gallen, Professor Dr. Hans Nawiasky, bei einer intimen Feier aus Anlass des 50. Verwaltungskurses (1948)	97
Ansprache von Professor Dr. Willi Geiger anlässlich der von der Handels-Hochschule St.Gallen am 25. November 1960 veranstalteten Feier zum 80. Geburtstag von Professor Dr. Hans Nawiasky	103

Autorenverzeichnis

HANGARTNER YVO

Dr. rer. publ., Professor i.R. für Öffentliches Recht an der Universität St.Gallen, ehemaliger Leiter des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St.Gallen

KLEY ANDREAS

Dr. rer. publ., Professor für Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie an der Universität Zürich

ZACHER HANS F.

Dr., emeritierter ordentlicher Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Deutsches und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München und emeritierter Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht

Hans Nawiaskys Wirken in der Schweiz

ANDREAS KLEY

Inhaltsübersicht

I. Thema	1
II. Nawiaskys Beurteilung autoritärer oder totalitärer Tendenzen in Deutschland und in der Schweiz.....	3
III. Entwicklungsstufen der Grundrechte.....	12
IV. Der dreigliedrige Bundesstaat.....	18
V. Nawiasky rät der Schweiz zur Offenheit gegenüber Europa.....	22
VI. Reformen im Rechtsstudium und juristische Weiterbildungen.....	24
VII. Würdigung.....	31

I. Thema

HANS NAWIASKY hatte in der Schweiz von 1933 bis zu seinem Tod 1961, also volle 28 Jahre als akademischer Lehrer, Gutachter und Publizist gewirkt. Zu seiner Zeit war er eine bekannte Persönlichkeit des öffentlichen Lebens. Allerdings entwickelte er nach dem Kriegsende auch in seiner einstigen Wahlheimat, in München, eine ebenso breite und intensive Tätigkeit. Die von ihm erbrachte Leistung ist beeindruckend; er kannte sich in den drei Rechtsordnungen der deutschsprachigen Staaten gut aus und war ein gefragter Experte. Als er 1961 starb, vermeldete die Frankfurter Allgemeine Zeitung: „Prof. Dr. Hans Nawiasky, einer der bekanntesten Lehrer des deutschen Staatsrechts, ist im Alter von achtzig Jahren in St.Gallen (...) gestorben“¹. Seine Witwe erhielt zahlreiche Beileidsbe-

¹ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 14.8.1961, Nr. 186, S. 4.

zeugungen, darunter auch eine des damaligen deutschen Bundeskanzlers KONRAD ADENAUER.

Seine wissenschaftliche Wahrnehmung liess im Laufe der Jahrzehnte in der Schweiz und in Österreich, nicht aber in Deutschland nach. Will man den aktuellen Datenbankrecherchen Glauben schenken, so zitieren die Gerichte seine Werke nicht mehr² und in der Verfassungsgeschichte und der politischen Theorie sind diese ebenfalls, trotz ihrem grundlegenden und zeitlosen Charakter, ausser Gebrauch gekommen. In Bayern und in München ist freilich sein Name mit der Geschichte des Landes verbunden, und zwar so, dass die Stadt seit 1968 mit der NAWIASKY-Strasse an den Mitschöpfer der Bayerischen Landesverfassung erinnerte. Sein Kommentar zur Bayrischen Landesverfassung (1948) und der Ergänzungsband (1953) werden noch immer gerne zitiert. Die weniger häufige ausdrückliche Nennung von NAWIASKYS Namen im übrigen Deutschland widerspiegelt freilich nicht die gesamte Rezeptionsgeschichte. Vielmehr haben nach dem Krieg seine Theorien und sein Denken, namentlich im Bereich des Bundesstaates in Deutschland „ein hohes Mass an impliziter Rezeption und Verwirklichung erfahren“³.

Die nachfolgenden Ausführungen wollen nicht sein gesamtes wissenschaftliches Lebenswerk neu beleuchten, sondern einzelne ausgewählte Leistungen und Äusserungen nachweisen, die aus schweizerischem Blick interessant sind und in der schweizerischen Lehre auf Resonanz gestossen sind. Es handelt sich um Themen, die zeigen, dass NAWIASKY lange Zeiträume überblickt hatte und dabei bemerkenswerte Gesetzmässigkeiten aufdeckte. Er hat die Gefahren in Deutschland früh erkannt und in der Schweiz hat er vor den autoritären Strömungen gewarnt (Ziff. II). Er hat eine Kreislauftheorie, d.h. eine zyklische Geschichtstheorie für die Stadien der Grundrechtsauffassungen entwickelt, die bemerkenswert ist (Ziff. III). Die Gabe der Kreativität erwies sich in seiner Theorie der Dreigliedrigkeit des Bundesstaates (Ziff. IV). Der Schweiz riet NAWIASKY nach dem zweiten Weltkrieg zur Öffnung (Ziff. V) und als Professor

² In der Schweiz findet sich in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide überhaupt nur zwei Nennungen in BGE 95 I 531, S. 536 und BGE 73 I 47, S. 45. In BGE 65 I 278, S. 282 wird ein Gutachten NAWIASKYS im Postostreit der Handels-Hochschule St.Gallen gegen die Post erwähnt und BGE 84 I 77 ist sein eigener Fall, in dem er 1957/58 gegen die Veranlagung zur Wehrsteuer rekurierte.

³ Schreiben von Herrn Prof. Dr. HANS F. ZACHER an den Autor vom 18.5.2012; ich danke Herrn Prof. ZACHER für die Hinweise.

setzte er sich für verschiedene Aspekte der juristischen Bildung der Studenten und der Berufsleute ein (Ziff. VI). Schliesslich ist sein Werk gestützt auf die Aussagen seiner Zeitgenossen zu würdigen (Ziff. VII).

Die hier vorliegende Darstellung hat keinen biographischen Charakter, da dazu mehrere ausgezeichnete Würdigungen seitens des dazu berufenen NAWIASKY-Schülers HANS F. ZACHER vorliegen⁴; diese besitzen uneingeschränkt Gültigkeit. Eine kurze biographische Tabelle findet sich hinten in den Anhängen zu diesem Band.

Der Nachlass von HANS NAWIASKY befindet sich je in Teilen einerseits in München und anderseits in St.Gallen⁵. Dies entspricht seinem Leben nach dem Zweiten Weltkrieg bis zum Tod, als er im Zweiwochenrhythmus zwischen den beiden Städten hin und herpendelte.

II. Nawiaskys Beurteilung autoritärer oder totalitärer Tendenzen in Deutschland und in der Schweiz

HANS NAWIASKY beurteilte in seinen publizistischen Arbeiten den Nationalsozialismus und den Faschismus negativ. Er stellte sich schon in den 1920er Jahren aktiv gegen den Nationalsozialismus. Es war deshalb kein Zufall, dass ihn die Nationalsozialisten 1931 aufs Korn nahmen und einen Skandal erfanden. Die Münchner Universitätskrawalle waren nur Vorboten; NAWIASKY hatte in einem Privatdruck über die Vorgänge berichtet⁶. Als 1933 die Lage mit der Machtergreifung prekär wurde, da musste er München verlassen, und er floh in die Schweiz nach Zürich und später nach Kreuzlingen. Im Rückblick sagte NAWIASKY 1946 zur Zeit seiner Weimarer Jahre, indem er an seine eigene katholische Studentenverbindung anknüpfte⁷:

„Als ich unlängst in München war, sind begreiflicherweise zahlreiche Erinnerungen an die Zeit von 1919-1933 über die Schwelle

⁴ Siehe das Verzeichnis, S. 71 in diesem Band.

⁵ Vgl. zu St.Gallen: Anm. 113, vgl. zu München: FLORIAN HERRMANN/HANS NAWIASKY, in: HERMANN NEHLSSEN/GEORG BRUN (Hrsg.), Münchener rechtshistorische Studien zum Nationalsozialismus, München 1996, S. 411 ff. Anm. 4 und 5.

⁶ Vgl. HANS NAWIASKY, Die Münchener Universitätskrawalle. Als Handschrift gedruckt, im August 1931.

⁷ HANS NAWIASKY, Ansprache am Eröffnungskommers der Bodania St.Gallen am 27. April 1946, in: Civitas, 1. Jahrgang, August 1946 Nr. 12, S. 269 ff.

meines Bewusstseins getreten. Ich habe die braune Gefahr in ihren ersten Anfängen klar erkannt und daher von 1922 an bis 1932 und übrigens auch seither bis zum Zusammenbruch 1945 des tausendjährigen Dritten Reiches, das in der Stunde seiner Geburt offenbar ein sterbender Greis von 988 Jahren war, ohne jede Unterbrechung bekämpft. Diese Eigenschaft eines ‚alten Kämpfers‘ war wahrscheinlich der Grund, warum mir bei meiner Anwesenheit in der bayerischen Hauptstadt vor vier Wochen in einer von mir absolut nicht erwarteten Wärme die Wellen der Sympathie entgegenschlugen.

In jenen 14 Jahren von 1919 bis 1933 habe ich oft und oft an festlichen Veranstaltungen des deutschen ‚CV‘, des Kartellverbandes der farbentragenden deutschen katholischen Studenten, teilgenommen. (...) Und alsbald kam die Stunde der Erprobung. Im März 1933 brach die furchtbarste Katastrophe in der Geschichte des deutschen Volks durch die Machtergreifung des Nationalsozialismus herein. Die Verschworenen des Hakenkreuzes warben sofort um die Gunst der Studentenschaft und darunter auch der katholischen Verbindungen, wobei, wie überall mit verführerischen Versprechungen nicht gespart wurde, die man allerdings von vornherein nicht zu halten gedachte. Da zeigte sich, dass sehr viele, allzu viele der Versuchung nicht widerstanden. Gewiss sei in Ehren aller jener gedacht, die ungeachtet der mit den Versprechungen verknüpften Drohungen treu und standhaft blieben. Ich will auch nicht sagen, dass es eine kleine Minderheit war. Aber immerhin waren es leider Tausende, die schmachvoll versagten. Ja, bei manchen stellte sich heraus, dass diese im Geheimen, sozusagen auf alle Fälle, den braunen Organisationen bereits früher beigetreten waren und sich dessen noch offen rühmten. Manche gingen sogar so weit, dass sie versuchten, ihre österreichischen Farbenbrüder im Sinne des Hinüberschwenkens zur Anbetung des neuen Götzenbildes zu bekehren. Davon erhielt ich Kunde, als ich im Sommer 1933 in Wien zum ersten Mal mit dem damaligen österreichischen Unterrichtsminister Dr. von Schuschnigg in Berührung trat und ihm auf Grund meiner Kenntnisse und Erfahrungen ein wahrheitsgetreues Bild der braunen Bewegung entwerfen konnte. Seit jenen Tagen verknüpft mich ein Band aufrichtiger Sympathie mit jenem vornehmen Mann, der später eine so tapfere Rolle im Kampf gegen diese Pest gespielt hat. Er erkannte sofort, dass es keinen grösseren Gegensatz geben könne, als den zwischen dem Nationalsozialismus als der Religion des Hasses und dem Christentum als der Religion der Liebe. (...)

Und wenn ich jetzt eine Bitte aussprechen darf, so geht sie dahin, dass Ihr Euer Bundeslied anstimmt und zwar so, dass Ihr bei jedem Worte daran denkt: Wir wollen kein Lippenbekenntnis aussprechen, sondern ein Herzensgelübde. Und wenn Ihr in Eurem Leben

dieses Gelübde bewahrheitet, dann werdet Ihr als katholische Studenten dereinst vor dem höchsten Richterstuhl bestehen können.“

Stellt man die von ihm selbst erlebte Verfolgung in Rechnung, so fällt seine zurückhaltende Art der Kritik auf⁸. Freilich musste NAWIASKY in den Jahren 1933 bis 1945 auf seinen Status als Gastforscher und auf das Gastland Schweiz Rücksicht nehmen. Die eher zurückhaltende Kritik herrschte aber auch in der damaligen Rechtswissenschaft vor: Man stellte die grundlegenden Veränderungen etwa in Deutschland oder in Italien fest, ohne gleich Alarm zu schlagen. Niemand konnte 1933 die Zukunft voraussehen. NAWIASKY hatte seine erste Vorlesung in St.Gallen über die verschiedenen Staatstypen als Buch veröffentlicht und darin „eine Stellungnahme (...) grundsätzlich vermieden; es soll dem Leser überlassen bleiben, sich selbst ein Urteil zu bilden“⁹.

Im Sommer 1939 wurde deutlich, dass ein Kriegsausbruch in Europa unmittelbar bevorstand. Die Bundesversammlung beschloss am 30. August 1939 Vollmachten für den Bundesrat¹⁰. Die sieben Artikel des extra-konstitutionellen Staatsrechts verdrängten die Bundesverfassung. Neben dem Vollmachtenrecht verwendete die Bundesversammlung seit den 1930er Jahren auch häufig das Dringlichkeitsrecht, das eine Rechtsetzung ohne anschliessendes Referendum erlaubte¹¹.

Das überbordende Dringlichkeitsrecht war Gegenstand von Volksinitiativen. Die neue Partei „Landesring der Unabhängigen“, die der Migros-Gründer GOTTLIEB DUTTWEILER ins Leben gerufen hatte, nahm sich des

⁸ NAWIASKY analysierte nach seiner Flucht in die Schweiz die Vorgänge entsprechend, vgl. HANS NAWIASKY, Die Krisis der Europäischen Demokratie, in: Schweizerische Rundschau 34 (1934/35), S. 147 ff.; DERS., Österreichische Verfassungsprobleme, in: Schweizerische Rundschau 34 (1934/35), S. 710 ff.; DERS., Das neue Österreich in der Linie der allgemeinen Staatsentwicklung der letzten zwei Jahrhunderte, in: Schweizerische Rundschau 34 (1934/35), S. 678 ff.; DERS., Zum Problem des totalen Staates, in: Schweizerische Rundschau 35 (1935/36), S. 905 ff. – Die Behauptung, die Positivisten hätten das Dritte Reich begünstigt (vgl. z.B. HEINRICH HONSELL, Naturrecht und Positivismus im Spiegel der Geschichte, in: Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner zum 65. Geburtstag, Wien 2001, S. 593 ff. Anm. 94 m.H. auf den Urheber GUSTAV RADBRUCH), ist falsch.

⁹ HANS NAWIASKY, Staatstypen der Gegenwart (Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St.Gallen Heft 9), St.Gallen 1934, S. 8. Die Vorlesung hielt NAWIASKY im Wintersemester 1933/34.

¹⁰ AS 1939, 769.

¹¹ Vgl. ANDREAS KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts, Zürich 2011, S. 167 f.

Themas Notrecht und Dringlichkeit an. DUTTWEILER schlug vor, das Dringlichkeitsrecht mit einem nachträglichen Referendum auszustatten. Er und seine unter dem Dringlichkeitsrecht leidende Migros hielten es für notwendig, das Staatsnotrecht zu konstitutionalisieren und einen neuen Vollmachtenartikel in die Verfassung einzufügen. Der Vorschlag wollte das autoritäre Recht verfassungsrechtlich kanalisieren¹².

Die DUTTWEILER und der Migros nahestehende Zeitung „Die Tat“ forderten die Professoren HANS NAWIASKY, JACOB WACKERNAGEL und WALTHER BURCKHARDT auf, zu ihrem Initiativ-Vorschlag Stellung zu beziehen¹³, der das Dringlichkeits- und Notrecht neu und ausdrücklich in der Bundesverfassung regeln wollte. Die Professoren nahmen ausführlich Stellung und bemängelten das eine und andere, befanden den Vorschlag aber insgesamt für diskussionswürdig. NAWIASKYS Stellungnahme demonstrierte sein Eintreten für die Freiheitsrechte und die Eindämmung des autoritären Rechts. Den vorgeschlagenen Weg kritisierte er indessen. BURCKHARDT begrüßte zwar die vorgeschlagene Regelung des Notrechtes, aber man dürfe nicht glauben, dass damit das Notrecht „ein für alle Mal gebannt“ sei. Denn die Verfassung könne keine unübersteigbare Schutzwehr gegen das Notrecht errichten, wenn der Staat in Gefahr sei. „Der Fall lässt sich nicht rechtlich, mit Verfassungsartikeln, bewältigen. Er ist auch keine Rechtsfrage. Aber der Fall ist möglich, und die Frage bleibt immer offen. Not, äusserste Not, kennt kein Gebot“¹⁴. WACKERNAGEL wollte das Notrecht nicht konstitutionalisieren, denn damit falle „eine gewisse psychologische Hemmung“ der Bundesversammlung weg, weil der stets mögliche Vorwurf der Verfassungsverletzung damit entfalle¹⁵. Die Kritik der drei Staats- und Verwaltungsrechtslehrer hielt den Landesring der Unabhängigen nicht davon ab, Unterschriften zu sammeln und das „Volksbegehren betreffend Notrecht und Dringlichkeit“ einzureichen¹⁶. Nachdem der Bundesrat und die Bundesversammlung die Initi-

¹² Ähnl. KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts (Anm. 11), S. 168.

¹³ Die Tat vom 21.1.1938, Nr. 3, S. 28 f. (H. NAWIASKY); vom 28.1.1938, Nr. 4, S. 40 (W. BURCKHARDT, J. WACKERNAGEL).

¹⁴ Die Tat vom 28.1.1938, Nr. 4, S. 40.

¹⁵ Die Tat vom 28.1.1938, Nr. 4, S. 40.

¹⁶ Bericht vom 3. April 1939 des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren betreffend Notrecht und Dringlichkeit, BBl 1939 I 533.

ative beraten hatten, zog das Initiativkomitee das Begehren am 11. Oktober 1940 jedoch zurück¹⁷.

Der Vollmachtenbeschluss von 1939 bildete eine Ersatzverfassung. Die Bundesverfassung hatte praktisch nur noch im Umfang des Organisationsrechtes Geltung. Bestand und Zusammensetzung der obersten Behörden, Parlament, Bundesrat und Bundesgericht waren weitestgehend verfassungskonform. Dagegen waren die Zuständigkeiten von Parlament und Bundesgericht durch Notrecht und freiwilligen Verzicht abgeändert; die Bundesversammlung gab ihre Kompetenzen faktisch an die beiden Vollmachtenkommissionen ab, die ein „Rumpfparlament bildeten“¹⁸. Das Bundesgericht behandelte die Vollmachtenverordnungen des Bundesrates als formelle Gesetze, womit es darauf verzichtete, ihren Inhalt bezüglich der Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht zu überprüfen¹⁹. Die Freiheitsrechte und die Bundesstaatsklausel des Art. 3 BV 1874 waren suspendiert. Der Bundesrat übte, so HANS NAWIASKEY in einem Votum am Juristentag 1943, nichts anderes als eine „kommissarische Diktatur“²⁰ aus, die der Erhaltung der Demokratie dienen sollte. Er war formeller Gesetzgeber und nicht mehr an die Verfassung und das darin verankerte Bundesstaatsprinzip des Art. 3 BV 1874 gebunden; der Stufenbau der Rechtsordnung galt nicht mehr. Diese Diktatur milderte die Tatsache, dass nicht ein, sondern sieben „Diktatoren“ kollegial regierten, denen ein mächtiger und ebenfalls von der Bundesversammlung gewählter General gegenüberstand.

Das autoritäre Denken hatte sich nicht nur in der Politik und in der Rechtssetzung niedergeschlagen; es setzte sich auch in den Köpfen von führenden Juristen fest. In seinem Referat für den schweizerischen Juristentag 1936 über die Garantie individueller Verfassungsrechte meinte der damals als Bundesrichter amtierende HANS HUBER (1901-1987)²¹, der Sinn der Grundrechte habe sich „von ihrem historischen Ursprung, dem Naturrecht der Aufklärung und der amerikanischen und französischen Revolution losgelöst; die Staatsauffassung der amerikanischen und fran-

¹⁷ BBl 1940 I 1175.

¹⁸ So der Ausdruck von Nationalratspräsident HUBER, vgl. Sten. Bull. 1945 N 113.

¹⁹ Vgl. BGE 68 II 308 E. 2 S. 317 ff., 78 I 258 E. 5 S. 263. Das Gericht verwies dabei auf seine Praxis zu den Vollmachten des Ersten Weltkrieges.

²⁰ HANS NAWIASKEY am Juristentag, in: ZSR 62 (1943), S. 655a.

²¹ Vgl. KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts (Anm. 11), S. 498 f.

zösischen Revolution ist abgestorben“²². Der Referent schätzte das Naturrecht nicht. HUBER sprach mehrfach von „naturrechtlichem Beiwerk“²³ und für das schweizerische Staatsrecht stellte er wegen des Absterbens des Naturrechts fest, „dass es keine unbedingt unabänderliche, unaufheb- bare und unantastbare Grundrechte der Verfassung mehr gibt“²⁴. HUBER sprach dem Naturrecht jeden Geltungs- und Rechtscharakter ab: „Wenn hier davon die Rede war, dass die Menschenrechte ihre naturrechtlichen Eigenschaften verloren haben, so wurde freilich das heute geltende Verfassungsrecht mit einem Recht verglichen, das keine Geltung hatte, mit einem erdachten Recht. Der Verlust ist also nur ein scheinbarer, denn das Naturrecht der Aufklärung samt den Deklarationen war kein positives Recht, und soweit es geltendes Recht wurde, war es nicht mehr Naturrecht. Das Naturrecht der Aufklärung bleibt eine Erscheinung der Geistesgeschichte, es war aber keine frühere positive Rechtsordnung“²⁵. Die Ideologie des rationalistischen Individualismus des 18. Jahrhunderts sei überwunden, „und die Geschichte der Grundrechte ist in hohem Masse eine Geschichte der Abwendung von der Ideologie und Zuwendung zu den praktischen Forderungen. An der Auffassung, dass der Staat um der Einzelnen willen da sei, kann nicht mehr festgehalten werden“²⁶. „Ballast ist die Auffassung, dass die Freiheitsrechte und die Rechtsgleichheit notwendiges Verfassungsrecht seien“²⁷. Die Grundrechte seien keine subjektiven Rechte, sondern gälten als objektives Recht: „Sie sind nur noch objektive Schranke der Staatsgewalt. Ihre Bedeutung hat sich gewandelt, weil die Ideologie des Liberalismus gefallen ist und damit auch die Spiegelung dieser Ideologie im theoretischen Unterbau praktischer Forderungen“²⁸. Freiheitsrechte waren für den freisinnigen HUBER auch keine Rechtssätze: „Wortlaut und Sinn der Freiheitsrechte sind sozusagen im Stadium des blossen Postulates, des blossen Programmes stehengeblieben (...). Dass sich der einzelne auf eine solche Freiheit, aus der keine Ver-

²² HANS HUBER, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, in: ZSR 55 (1936), S. 1a ff., insb. S. 197a.

²³ Vgl. z.B. HUBER, Garantie (Anm. 22), S. 27a, 29a, 47a.

²⁴ HUBER, Garantie (Anm. 22), S. 44a.

²⁵ HUBER, Garantie (Anm. 22), S. 46a.

²⁶ HUBER, Garantie (Anm. 22), S. 47a, vgl. auch S. 121a.

²⁷ HUBER, Garantie (Anm. 22), S. 47a.

²⁸ HUBER, Garantie (Anm. 22), S. 61a; als Beleg führt HUBER den nationalsozialistischen Professor ERNST RUDOLF HUBER an.

pflichtung und kein Verpflichteter ersichtlich ist, solle berufen können (...), das leuchtet nicht ohne weiteres ein und wird vom ausländischen Beobachter unseres Staatswesens auch nicht leicht verstanden“²⁹. Er nahm damit die Diskussion wieder auf, die schon um die Jahrhundertwende GEORG JELLINEK und LEO WEBER geführt hatten³⁰: Welche Tragweite hatten die subjektiven öffentlichen Rechte und wie weit fiel das Verfassungsrecht darunter? HUBER sprach sich ferner für den SCHMITTSCHEN Dezisionismus aus, wonach das Recht „vorzu geschaffen“ werde, und insofern sei Art. 4 BV 1874 die diesbezüglich grossartigste Bestimmung³¹. Das Referat, aus dem sich zahlreiche weitere einschlägige Zitate wiedergeben liessen, polemisierte insgesamt gegen die subjektiven Freiheitsrechte, gegen das aufklärerische Naturrecht und gegen den Positivismus. Das einzig positive Wort blieb eine „Rechtsidee“³², deren ins Beliebig reichende Offenheit schon die nationalsozialistischen Juristen vordemonstriert hatten. Der nationalsozialistische OTTO KOELLREUTTER zeigte es so vor: „Es war ein Fehler des Rechtspositivismus, der aus der geistigen Haltung seiner Träger erfloss, dass er den Rechtsbegriff nur mit dem des positiven Rechts identifizierte, und dass eine Rechtsidee für ihn nicht existierte. Infolgedessen kannte der Rechtspositivismus auch nur positive Rechtsquellen. (...). (Es gibt) nicht nur positive Rechtsquellen. Letzte und oberste Rechtsquelle im nationalsozialistischen Rechtsstaat ist vielmehr die nationalsozialistische Rechtsidee, die im Rechtsgefühl des Volkes ihren Ausdruck findet“³³.

Dem Referenten HUBER widersprach in der Diskussion mit HANS NAWIASKY ein „ausländischer Beobachter“. NAWIASKY erkannte, dass HUBER zu jenen gehörte, die auf den „Abbau des Rechtsstaates hinwirken wollten“³⁴. Er widersprach der zentralen These HUBERS, dass der Staat nicht um des Menschen willen da sei, sondern umgekehrt der Mensch um

²⁹ HUBER, Garantie (Anm. 22), S. 143a.

³⁰ Vgl. KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts (Anm. 11), S. 27.

³¹ HUBER, Garantie (Anm. 22), S. 151a.

³² HUBER, Garantie (Anm. 22), S. 152a

³³ Vgl. OTTO KOELLREUTTER, Deutsches Verfassungsrecht. Ein Grundriss, 2. Aufl. Berlin 1936, S. 54 f.

³⁴ Votum von HANS NAWIASKY an den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, in: ZSR 55 (1936), S. 671a ff., insb. S. 672a; vgl. auch ALFRED KÖLZ, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Band II, Bern 2004, S. 898 f., der von einem „unfreiheitlichen Referat“ spricht.

des Staates willen. Mit dieser These nahm HUBER negativ und NAWIASKY positiv eine Formulierung aus dem deutschen Verfassungsentwurf von Herrenchiemsee (1946) vorweg³⁵: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen“. Am Entwurf von Herrenchiemsee arbeitete auch HANS NAWIASKY mit; es scheint, er konnte seine Formulierung, quasi als späte Antwort an HUBER, einfügen³⁶. NAWIASKY verstand sich als gläubiger Katholik. Deshalb war die Aussage, dass der Staat für den Menschen da ist, nur folgerichtig. Es handelt sich um einen Satz der Katholischen Soziallehre³⁷, welcher in PAPST PIUS' IX. Enzyklika *Divini redemptoris* von 1937 aufschien: „Civitas homini, non homo Civitati existit“³⁸.

Am Schweizer Juristentag 1936 formulierte NAWIASKY seine Kritik als Flüchtling zurückhaltend, da sein Leben durch den prekären und periodisch zu erneuernden Aufenthaltsstatus, bedroht war. NAWIASKY sah die Gefahr, dass man mit HUBER „in einen Staat abgleitet, in welchem das Individuum auf öffentlichem Boden, im öffentlichen Recht, seine Persönlichkeitswürde einbüsst“³⁹. NAWIASKY gebrauchte in seinem Votum mit dem Ausdruck Persönlichkeitswürde einen Begriff, den HUBER und die Mehrheit der Lehre nach dem Krieg gerne und häufig verwenden sollten. Im Frühjahr 1949 bewertete HANS NAWIASKY HUBERS Referat von 1936

³⁵ Vgl. Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, München 1948, S. 61; JöR N.F. 1 (1951), S. 48 und HANS NAWIASKY, Der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee, NZZ vom 2.9.1948 Mittagsausgabe Nr. 1824, Blatt 4; vgl. ANDREAS KLEY, Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung – ausgewählte Neuerungen, in: ZBJV 135 (1999), S. 301 ff., S. 324 f.

³⁶ HANS NAWIASKY, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart/Köln 1950, S. 26, verwies für die Herkunft auf Art. 100 der bayerischen Landesverfassung, an der er selbst ebenfalls mitgearbeitet hatte; im Übrigen liess er die Herkunft offen, vgl. auch KLAUS STERN, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehre der Grundrechte, München 1988, S. 17.

³⁷ Vgl. z.B. BISCHOF WILHELM EMANUEL VON KETTELER, Die Katholiken im Deutschen Reiche, 5. Aufl., Mainz 1873, S. 30.

³⁸ PAPST PIUS IX, Enzyklika *Divini redemptoris* vom 19. März 1937; Text: HEINRICH DENZINGER, Kompendium der Glaubensbekenntnisse und kirchlichen Lehrentscheidungen, PETER HÜNERMANN (Hrsg.), 39. Aufl., Freiburg i.Br. usw. 2001, S. 1035 ff., Nr. 3771, S. 1036, Nr. 3772 („Der Staat besteht für den Menschen, nicht der Mensch für den Staat“).

³⁹ NAWIASKY, Votum (Anm. 34), S. 672a.

als eine Spiegelung der „Abwertungstendenz der Grundrechte im deutschen Staatsrecht der damaligen Zeit“⁴⁰.

NAWIASKY hatte auch nach dem Krieg seine Bewertungen nur zurückhaltend geäußert: Ihm lag die öffentliche Verdammung seiner einstigen Gegner nicht. Das zeigte sich in einer Kontroverse zwischen ihm und dem Zürcher Privatrechtler KARL OFTINGER, der die Redaktion der schweizerischen Juristen-Zeitung leitete. OFTINGER schrieb in einer Fussnote zu einem Beitrag⁴¹:

„Umso befremdlicher ist es, wenn noch kürzlich in der Schweiz ein Buch aus dem Gebiet der Staatslehre erscheinen konnte, das sich auf weite Strecken einer Verarbeitung der Schriften deutscher Staatsrechtstheoretiker hingibt, die durch die Rolle, die sie – absichtlich oder unabsichtlich – als Wegbereiter der nationalsozialistischen Rechtsauffassung und der Liquidation der Weimarer Republik gespielt haben, mehr als kompromittiert sind. Angezeigter wäre doch wohl, sich mit den Vertretern einer liberalen Staatsauffassung auseinander zu setzen, die nun einmal nicht in Deutschland zu finden sind“.

OFTINGER hatte den ersten Band von NAWIASKYS Allgemeiner Staatslehre angesprochen und erhielt am 28. Januar 1946 einen Brief von deren Autor⁴². NAWIASKY verwahrte sich gegen den Vorwurf, den Nationalsozialismus unterstützt zu haben und er hielt es für wissenschaftlich notwendig, in seinem Werk auch deutsche Autoren und deren Werke vor 1933 zu zitieren, die sich im Dritten Reich kompromittiert hatten. OFTINGER antwortete NAWIASKY am 6. Februar 1946, dass er ihm keinesfalls diesen Vorwurf habe machen wollen. In sachlicher Hinsicht sei er aber der Überzeugung, „dass die einseitige Anlehnung an die deutsche Doktrin der hiesigen nicht immer zum Vorteil ausgeschlagen hat“. In der Sache ging es OFTINGER wohl nicht um einen persönlichen Vorwurf an NA-

⁴⁰ HANS NAWIASKY, Der Kreislauf der Entwicklung der Grundrechte, in: Individuum und Gemeinschaft. Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Handels-Hochschule St.Gallen 1949, St.Gallen 1949, S. 433 ff., insb. S. 440. NAWIASKY hatte diese Idee in seiner Allgemeinen Staatslehre, 3. Teil: Staatsrechtslehre, Einsiedeln usw. 1956, S. 63 ff. und 4. Teil: Staatsideenlehre, Einsiedeln usw. 1958, S. 64 f. aufgenommen.

⁴¹ KARL OFTINGER, Schweizerische Juristen-Zeitung 41 (1945), S. 355 Anm. 5.

⁴² Dieser Briefwechsel findet sich im Archiv der Bibliothek des Instituts für Politik und öffentliches Recht an der Universität München.

WIASKY, aber um eine Art geistige Landesverteidigung in der Rechtswissenschaft. Ausländische Einflüsse sollten zurückgebunden werden.

III. Entwicklungsstufen der Grundrechte

HANS NAWIASKY hatte die Bedeutung der Grundrechte am eigenen Leib erlebt und er verstand das Thema aus Distanz übersichtlich darzustellen. In einem 1949 verfassten Aufsatz zum 50-jährigen Jubiläum der damaligen Handels-Hochschule St.Gallen unterschied er einander ablösende Entwicklungsstadien der Grundrechte⁴³.

(1a) Zur Zeit der französischen Revolution stand „die Forderung nach Anerkennung eines vor staatlichen Eingriffen unbedingt gesicherten persönlichen Bereichs“⁴⁴ im Vordergrund. Die Grundrechte waren gegen den Staat als solchen gerichtet, wobei „Staat“ in einem weiten Sinne zu verstehen ist. Insbesondere ging es auch um die Zerschlagung des Feudal-systems und der Zünfte. Die Grundrechte sollten für den Staat und die gesellschaftlichen Organisationen des Ancien Régime eine unübersteigbare Schranke darstellen und von Seiten des Staats und der Gesellschaft unabänderlich sein. Daher waren die Grundrechte in den französischen Verfassungen von 1791, 1793 und 1795 in gesonderten Erklärungen enthalten, die „durch Änderungen auf Seite der Staatsverfassungen gar nicht berührt werden konnten“⁴⁵. Die Grundrechte galten regelmässig als vor- und überstaatliche Rechte, die der Staat als vorgegeben anerkannte und schützte. Der Staat war also nicht einmal zuständig, diese Rechte zu verleihen. Die Staatsverfassung musste demnach keinen Grundrechtskatalog aufweisen, da diese Grundrechte vorausgesetzt waren.

Zusätzlich zu den vorstaatlichen Grundrechten sicherte das liberale Verteilungsprinzip⁴⁶ die Freiheit der Menschen. Danach wird die Freiheits-

⁴³ NAWIASKY, Kreislauf (Anm. 40), S. 433 ff. Der Verfasser ergänzt NAWIASKYS Skizze in dieser Darstellung um einige geschichtliche Elemente.

⁴⁴ NAWIASKY, Kreislauf (Anm. 40), S. 433.

⁴⁵ NAWIASKY, Kreislauf (Anm. 40), S. 433.

⁴⁶ Der Ausdruck des liberalen Verteilungsprinzips stammt von CARL SCHMITT, Verfassungslehre (1928), 9. Aufl., Berlin 2003, S. 126, 131, 158 f., 163 f., 166-168, insb. S. 168, 175, 181. Schmitt misst – unfreiwillig ironischerweise, wenn man seine Tätigkeit im Dritten Reich miteinbezieht – dem Verteilungsprinzip grösstes Gewicht zu.

sphäre des einzelnen „als etwas dem Staat vorgegebenes vorausgesetzt, und zwar ist die Freiheit des einzelnen prinzipiell unbegrenzt, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre prinzipiell begrenzt ist“⁴⁷. Die französische Déclaration von 1789 formulierte das Prinzip klassisch: „Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas“⁴⁸. Es handelte sich um eine wichtige Denktradition des 18. und 19. Jahrhunderts: Demnach sorgte das Prinzip der Gesetzmässigkeit für eine grundsätzlich unbegrenzte Freiheit des Einzelnen, währenddem die Befugnis des Staates prinzipiell begrenzt war.

(1b) In den Vereinigten Staaten hatte sich eine Variante herausgebildet. Die amerikanische Unionsverfassung enthielt wie die französischen Revolutionsverfassungen zunächst keinen Grundrechtskatalog. Die amerikanische Entwicklung kannte auf Unionsebene auch keine gesonderte Erklärung der Menschenrechte. Man wollte in der amerikanischen Unionsverfassung keine Grundrechte aufnehmen, weil dadurch die naturrechtliche Geltung der Grundrechte in Frage gestellt würde, und hielt auch eine gesonderte Erklärung für überflüssig⁴⁹. In der Schweiz hing der Politiker und Staatsdenker SIMON KAISER diesem Verfassungsdenken an. Er sah in den aufgeschriebenen Grundrechten eine Gefahr für die Freiheit:

„Wo ist die Erklärung der Menschenrechte nöthig, welchen Verfassungen müssen sie vorausgesetzt werden? Die Antwort ist höchst einfach: Da, wo sie existieren, wo der einzelne die Rechte hat, die er verlangen würde, (...) ist ihre Abfassung unnöthig. Das Leben zeigt sie kräftiger, als die Schrift es könnte und nur für den, dem das Leben etwas Anderes als die naturgemässe Entfaltung des menschlichen Wesens ist, kann es nötig werden, sie in Buchstaben vorzuführen. Er wird sie aber dann gar nicht verstehen. Eine Abfassung aus andern Gründen ist gar nicht denkbar, mit einziger Ausnahme der in der heutigen Erfahrung sich zeigenden Ansicht, dass man eine Zusammenstellung aller seiner Handlungen und

⁴⁷ SCHMITT, Verfassungslehre (Anm. 46), S. 126.

⁴⁸ Art. 5 Satz 2 der Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, Text: GÜNTHER FRANZ (Hrsg.), Staatsverfassungen. Eine Sammlung wichtiger Verfassungen der Vergangenheit und Gegenwart in Urtext und Übersetzung, 2. Aufl. München 1964, S. 302 ff., S. 304. Auch die nachfolgenden Deklarationen weisen diesen Grundsatz aus.

⁴⁹ Vgl. ALEXANDER HAMILTON, Federalist Papers, übersetzt von Angela und Willi Paul Adams, Paderborn 1994, Nr. 78, S. 523 f.

Rechte wünscht, warum? Um sie zusammengestellt zu haben. Es liegt derselben entweder etwas ästhetisches Gefühl oder der Ordnungsgeist eines Bibliothekars zu Grunde, der die Bücher fein hübsch gestellt, mit Etiketten geziert wissen will. Es ist aber hier sehr zu fürchten, dass die, welche es aus diesem Grunde wollen, in denselben Fehler fallen wie der eben bemeldete Bibliothekar. Dieser ist selig, seine Bücher geordnet zu sehen; dann darf man ihm keines verrücken, auch zum Gebrauche nicht (...). Jener ist zufrieden, die Grundrechte auf dem Papier zu haben; er bekümmert sich dann um die Ausführung nicht: es beginnt bei diesem schon der Unterschied zwischen Papier und Wirklichkeit sich zu zeigen. (...) Eben für solche Personen, die den Gedanken haben könnten, ohne schriftliche Aufzeichnung Etwas nicht gelten zu lassen, muss diese notwendig werden. Es sind aber eben die oben erwähnten Personen, die noch Anklänge des Despotismus fühlen. Die Grundrechte von 1793 sprechen dies auch in Veranlassung des Art. 7 aus: ‚Die Notwendigkeit, diese Rechte aufzuzeichnen, setzt entweder die Gegenwart oder die frische Erinnerung des Despotismus voraus‘. Es muss diesem richtigen Gedanken aber noch beigefügt werden, dass auch eine drohende Zukunft entgegenstehen könnte, ohne dass sie aus der Vergangenheit sich herleitet. Dies ist der Fall, wenn ein Volk in seinem Leben sich vergisst, den Geist seiner Formen nicht mehr kennt, wenn es altert und schwach wird. Dann kann eine solche Aufzeichnung gleichsam als Hülfe des Gedächtnisses dienen, wie man dem Alter mit Schriften zu Hülfe kommt. (...) Die Kunst ist zu wissen, wann ist diese Zeit“⁵⁰.

(2) In der Zeit der Regeneration ab 1830 ging man daran, die „Grundrechtskataloge in die Verfassungen einzubauen und so zu Bestandteilen der Verfassung zu machen“. Dabei hat man alle konstitutionellen Bestimmungen zusammenfassen wollen, aber übersehen, dass „die Grundrechte Verfassungsbestimmungen wie andere geworden (waren), sie wurden zur Disposition“⁵¹ des Verfassungsgebers gestellt. Ihr Inhalt wandelte sich: Sie waren nicht mehr „Gegenrechte gegen den Staat, die für diesen unantastbar waren, sondern (...) eine vom Staate gewährte oder, abgeschwächt ausgedrückt, von ihm anerkannte Freiheitssphäre, die (...) von ihm näher bestimmt werden konnte“⁵². Die Aufnahme der Grundrechte in

⁵⁰ SIMON KAISER, Französische Verfassungsgeschichte von 1789-1852 in ihrer historischen Aufeinanderfolge und systematischen Entwicklung, Leipzig 1852, S. 427.

⁵¹ Beide Zitate NAWIASKY, Kreislauf (Anm. 40), S. 433.

⁵² NAWIASKY, Kreislauf (Anm. 40), S. 433 f. Vgl. auch ZACCARIA GIACOMETTI, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941, S. 153: „Durch ihre Positi-

die Verfassungsurkunde gefährdete das liberale Verteilungsprinzip noch nicht, denn es blieb nach vielen Verfassungen bei der allgemeinen Garantie der individuellen Freiheit und bei der weiterhin begrenzten Zuständigkeit des Staates. Auf dieser Entwicklungsstufe waren die Grundrechte noch immer gegen den Gesetzgeber und alle anderen Staatsorgane geschützt.

(3) Eine „qualitative Denaturierung“ der Grundrechte erfolgte, als man die „Präzisierung der Grundrechte nicht mehr der Verfassung vorbehielt, sondern der einfachen Gesetzgebung überantwortete“. Die gewöhnlichen Gesetze steckten den konkreten Freiheitsbereich eines bestimmten Grundrechts ab. Man sah darin keine Gefahr, „weil die Gesetze unter massgeblicher Mitwirkung der Volksvertretung beschlossen werden mussten“, und diese wachte als Vertretung des Volkes „über die individuelle Freiheit“⁵³. Hier war noch die Idee der vernünftigen Selbstregierung des Volkes von IMMANUEL KANT präsent⁵⁴. Ab 1880 erstreckte sich die Gesetzgebung auf immer weitere Sachgebiete, regelte immer mehr Einzelheiten. Ein demokratischer Absolutismus, der sich jeder Materie annehmen wollte, machte sich bemerkbar. Das Bundesgericht formulierte 1893 in diesem Sinn: „Soweit die Verfassung sie nicht beschränkt, ist eben die staatliche Gesetzgebung frei“⁵⁵. Sollte diese Aussage allgemein gelten, so träte das liberale Verteilungsprinzip in den Hintergrund. Prinzipiell frei wäre nicht mehr das Individuum, sondern der Gesetzgeber in seiner Tätigkeit: Ihm stünde es zu, den Umfang der Grundrechte zu bestimmen⁵⁶. Diese Entwicklung, die sich in der Schweiz am Ende des 19. Jahrhunderts punktuell zeigte, kulminierte im Satz von GEORG JELLINEK: „Alle Freiheit ist einfach Freiheit von gesetzwidrigem Zwang“⁵⁷. Die Grundrechte wiederholten damit nur noch den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung. Sie hatten damit „die Fähigkeit verloren,

vierung haben nun die Freiheitsrechte zweifellos eine gewisse ideelle Abschwächung erfahren“.

⁵³ Beide Zitate NAWIASKY, Kreislauf (Anm. 40), S. 434.

⁵⁴ Vgl. im einzelnen KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts (Anm. 11), S. 14 ff. m.w.H.

⁵⁵ BGE 17 622 E. 3 S. 630.

⁵⁶ So auch MAX IMBODEN, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 2. Aufl., Basel/Stuttgart 1962, S. 20.

⁵⁷ GEORG JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1. Aufl., Freiburg i.Br. 1892, S. 98.

der Einzelperson einen vor Eingriffen des Staates geschützten Bereich zu gewährleisten“. Die Weimarer Staatsrechtslehre hat deshalb die so verstandenen „Grundrechte mit einem treffenden Ausdruck als ‹leerlaufend› bezeichnet“⁵⁸. Dieses Grundrechtsverständnis ist damals in der Schweiz in begrenztem Umfang ebenfalls wirksam geworden.

NAWIASKY hatte die intellektuelle Auseinandersetzung in der dritten Stufe exemplarisch an der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer über die Meinungsfreiheit im Jahr 1927 erlebt. SMEND wollte den Grundrechten der Weimarer Verfassung eine neue Bedeutung geben, denn sie „proklamieren (...) ein bestimmtes Kultur-, ein Wertesystem, das der Sinn des von dieser Verfassung konstituierten Staatslebens sein soll“⁵⁹. Was das bedeutete, erklärte SMEND an der Tagung: Die Grundrechte dürften nicht entleert werden, um sie rein formallogisch auszulegen. Den Ausleger dürfe man „nicht grundsätzlich zu der verantwortungslosen, ungeistigen Flucht vor den sachlichen Problemen“ erziehen. Insbesondere gelte bei den Grundrechten, „dass es sich hier um geisteswissenschaftlich auszulegende Begriffe von grösster geistesgeschichtlicher Fülle handle“⁶⁰. Die Diskussion mündete in das folgende (Zwischen-)Ergebnis⁶¹:

„Die Gemeinsamkeiten der antipositivistischen Richtung (wurden) deutlicher. Sie lagen in der Entdeckung der Grundrechte als verfassungsrechtlich positiviertes Reservoir von Werten, mit deren Hilfe sich nun ein wahrer Kosmos von Abwägungsvorgängen zu öffnen schien. Methodenwandel und gesteigerte Bedeutung der Grundrechte bedingten sich gegenseitig. (...) Koellreutter (...) enthüllte unversehens und platt, was gemeint war: Auf (liberalen; A.K.) Spuren könne die Polizei gegen eine Inschrift auf dem Grab eines Kommunisten (‹Erschossen von der Reichswehr›) nicht vorgehen, auf Smends Spuren sei dies möglich“.

Wie die weitere Entwicklung in der Weimarer Zeit verlief, ist nicht mehr zu erläutern: Juristen konkretisierten die „grösste geistesgeschichtliche

⁵⁸ Beide Zitate: NAWIASKY, Kreislauf (Anm. 40), S. 434 f.; RUDOLF SMEND, Verfassung und Verfassungsrecht, in: DERS., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. Berlin 1994, S. 262 f.; vgl. auch SCHMITT, Verfassungslehre (Anm. 46), S. 179.

⁵⁹ SMEND, Verfassung (Anm. 58), S. 265.

⁶⁰ Beide Zitate: Votum RUDOLF SMEND, in: VVDStRL 4 (Tagung 1927, 1928), S. 96 zum Recht der freien Meinungsäusserung.

⁶¹ MICHAEL STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Dritter Band: 1914-1945, München 1999, S. 192.

Fülle“ mit der „blutvollen Fülle“⁶². 1933 flüchtete NAWIASKY, in die Schweiz. Dank der Warnung seines Assistenten konnte er sich seiner Verhaftung entziehen⁶³. NAWIASKY stellte sich 1936 auf dem Schweizerischen Juristentag gegen die Rezeption der Weimarer und SMENDSCHEN Lehren in der Schweiz, indem er – wie dargestellt⁶⁴ – dem Referenten HANS HUBER widersprach.

NAWIASKY sah in seinem Aufsatz von 1949 über den *Kreislauf der Grundrechte* im Grundgesetz eine Wiederaufnahme des ersten Stadiums, da dieses mit dem Schutz des Wesensgehalts und der Ewigkeitsgarantie wiederum zu vorstaatlichen und ausserhalb der Verfassung stehenden Grundrechten zurückgekehrt sei. Deshalb sprach er diese Entwicklung als „Kreislauf“ an. Er konnte nicht voraussehen, dass die Substanz der vorstaatlichen Freiheitssphäre des Grundgesetzes so gering war, dass man durchaus nicht von einem Kreislauf sprechen konnte.

Das schweizerische Bundesgericht fällte am 25. März 1964 das Urteil Castella⁶⁵. Bis dahin waren die Schranken der Grundrechte im Sinne von NAWIASKYS dritter Stufe noch durchaus uneinheitlich und variierten von Grundrecht zu Grundrecht stark. Bei der Einschränkung der persönlichen Freiheit hatte das Bundesgericht bisher eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse verlangt⁶⁶. Das Urteil Castella übertrug die Voraussetzungen der rechtmässigen Enteignung (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Wahrung der Substanz des Eigentums) auf die persönliche Freiheit und auf sämtliche Freiheitsrechte. Damit waren nun die Rechtsfragen der Freiheitsrechtsausübung nicht mehr allein aufgrund der Verfassung, sondern definitiv aufgrund der involvierten einfachen Gesetzgebung zu beurteilen. Es ist bezeichnend, dass das Bundesgericht im Urteil Castella die Eigentumsgarantie, also die

⁶² Vgl. ARNOLD KÖTTGEN, Fritz Fleiner und die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Akademie für deutsches Recht 5 (1938), S. 47-49.

⁶³ HANS F. ZACHER, Hans Nawiasky, in: Juristen im Portrait, Verlag und Autoren in 4 Jahrzehnten, Festschrift zum 225jährigen Jubiläum des Verlages C.H. Beck, München 1988, S. 588 ff., S. 601. ZACHER vermutet, dass es WALTER SEUFFERT war, der spätere Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts.

⁶⁴ Vgl. oben Ziff. II.

⁶⁵ BGE 90 I 29 E. 3b S. 37 und E. 4 S. 39 = Pra 53 (1964) Nr. 102.

⁶⁶ Vgl. z.B. BGE 82 I 234 E. 3 S. 238, 74 I 136 E. 2 S. 142.

Garantie eines Rechtsinstitutes⁶⁷, als Muster für alle Freiheitsrechte heranzog. Die institutionelle Grundrechtstheorie hatte ihre Schatten vorausgeworfen⁶⁸ und die Rechtsprechung erreicht. Denn damit hatte das Bundesgericht nicht nur seine Rechtsprechung zu den gewöhnlichen Grundrechtsschranken gefestigt, sondern diese „Schranken“ konnten in der Zukunft gleichzeitig – wie im Falle der Eigentumsgarantie – ein Rechtsinstitut bilden. Das Urteil bereitete den Boden dafür, dass sich die Freiheitsrechte einer Institutionalisierung öffneten.

IV. Der dreigliedrige Bundesstaat

In der Festgabe für FRITZ FLEINER von 1937⁶⁹ gratulieren ihm vor allem die Zürcher Kollegen durch ihre Beiträge zum 70. Geburtstag. HANS NAWIASKY war offensichtlich nicht eingeladen, einen Beitrag zu verfassen, obwohl er FLEINER persönlich kannte und mit ihm verkehrte. Die Autoren der Festgabe waren auf die Zürcher Fakultät konzentriert. Dazu kam, dass die Handels-Hochschule St.Gallen zwar Rechtsprofessoren besass, wie etwa HANS NAWIASKY oder WALTHER HUG (1898-1980)⁷⁰, aber sie verfügte über keine eigentliche rechtswissenschaftliche Fakultät mit einem rechtswissenschaftlichen Studium. Die St.Galler Professoren waren deshalb bis zur Schaffung eines eigenen Studiengangs 1978 hinstgestellt⁷¹.

NAWIASKY, der auch in der Schweiz fleissig publizierte, veröffentlichte 1937 eine kleine Druckschrift, die er FRITZ FLEINER widmete und welche die föderalistische und demokratische Ordnung der Schweiz allgemeinverständlich darstellte und verteidigte. NAWIASKY hielt darin Demokratie und Föderalismus „als von Rechtswegen unabänderlich (...). Die Theorie

⁶⁷ Das Eigentum galt in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von Anfang an als Rechtsinstitut, vgl. BGE 6 586 E. 4a S. 598: „Denn das Eigentum ist keineswegs als absolute, unbeschränkte Herrschaft über die Sache, sondern lediglich in seinem jeweiligen durch die objektive Rechtsordnung normierten Inhalte gewährleistet“.

⁶⁸ Vgl. KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts (Anm. 11), S. 310 ff.

⁶⁹ Festgabe Fritz Fleiner zum siebenzigsten Geburtstag am 24. Januar 1937, dargebracht von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Zürich 1937.

⁷⁰ Vgl. KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts (Anm. 11), S. 500.

⁷¹ KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts (Anm. 11), S. 235 f.

von der Demokratie als Selbstmord ist demnach aus Rechtsgründen abzulehnen⁷². In der Schrift findet sich auch eine Skizze der Theorie des dreigliedrigen Bundesstaates⁷³, die er später noch verdeutlichte.

NAWIASKY formulierte in seiner Staatslehre – in Abkehr zu einer früheren Schrift⁷⁴ – die Theorie des dreigliedrigen Bundesstaates⁷⁵:

„Wenn man nun den Versuch macht, den Bundesstaat selbständig zu konstruieren, so sei zunächst bemerkt, dass das Wort Bundesstaat in drei verschiedenen Bedeutungen verwendet wird. Erstens versteht man darunter das gesamte zusammengesetzte Staatswesen, die gesamte staatliche Gemeinschaft, den aus verschiedenen Teilen gebildeten Gesamtstaat. Zweitens wird darunter nur ein Teil dieser Gesamtheit begriffen, jener Teil, welche die von den einzelnen übrigen Teilen abgezweigte, vereinigte, ihnen gemeinsame und darum einheitliche Staatsgewalt umfasst, die man als Verbindungsstaat oder Zentralstaat bezeichnen kann. Der Begriff Verbindungsstaat, bildet hier die Brücke zu dem Ausdruck Bundesstaat. Drittens werden manchmal auch die zur Staatengemeinschaft zusammengefassten einzelnen Gliedstaaten Bundesstaaten genannt. (...)

Bundesstaat ist ein Gesamtstaat, bestehend aus einer Verbindung mehrerer Einzelstaaten und einer Zentralgewalt, der diese einen im wesentlichen übereinstimmenden Teil ihrer Zuständigkeit übertragen haben oder welche für deren gemeinsame Angelegenheiten zuständig ist, soweit sie nicht vom Gesamtstaat selbst besorgt werden.“

NAWIASKY identifiziert den Gesamtstaat mit der Bezeichnung „Schweizerische Eidgenossenschaft“, den „Bund“ für die Zentralgewalt sowie für die Gliedstaaten selbstverständlich die Kantone⁷⁶. Interessanterweise hatte auch HANS KELSEN in seiner Staatslehre⁷⁷ dieselbe Theorie wiedergegeben. Diese Theorie weist zwar sozusagen empirisch, in der Organisation der bestehenden Bundesstaaten, keine Entsprechung auf, da lediglich

⁷² HANS NAWIASKY, Aufbau und Begriff der Eidgenossenschaft. Eine staatsrechtliche Betrachtung, Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St.Gallen, Heft 11, St.Gallen 1937, S. 41.

⁷³ NAWIASKY (Anm. 72), S. 24 ff.

⁷⁴ Vgl. HANS NAWIASKY, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, Tübingen 1920, S. 29 f.

⁷⁵ HANS NAWIASKY, Allgemeine Staatslehre, Teil 3, Einsiedeln u.a. 1956, S. 150 ff., S. 150 und 161.

⁷⁶ Vgl. NAWIASKY (Anm. 72), S. 24 f. und (Anm. 75), S. 160.

⁷⁷ Vgl. HANS KELSEN, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 198 ff.

der Bund und die Gliedstaaten organisiert sind. Der Gesamtstaat ist bloss eine gedankliche Einheit ohne reale Entsprechung. Deshalb kann die Theorie aber nicht abgelehnt werden, denn sie weist eine Reihe von Vorteilen auf, wie ALFRED KÖLZ hervorgehoben hat⁷⁸:

- Der Bund und die Gliedstaaten stehen einander gleichgeordnet gegenüber; der Bund ist nicht über den Gliedstaaten. Diese Aufgabe der Einheitsbildung übernimmt der Gesamtstaat. In ihm verkörpert sich die Idee der Einheit der bundesstaatlichen Rechtsordnung und der Bindung beider Teile an ihn selbst.
- Art. 2 BV 1874 weist dem Bund zwar keine Kompetenzen zu, aber es ist eine Kompetenznorm für den Gesamtstaat und zwar in Form einer Legitimation für das Staatsnotrecht. Dieses erhält dadurch eine Verfassungsgrundlage und wird dadurch intrakonstitutionell.
- Schliesslich kann man das Bundesgericht in seiner Funktion als Kompetenzkonfliktsgerichtshof als eine Institution des Gesamtstaates werten. Dem Bund und den Gliedstaaten steht als Rechtsmittel nur die Staatsrechtliche Klage offen, was die Gleichordnung beider Gemeinwesen anzeigt.
- Die Dreigliedrigkeitslehre erlaubt es, die Bundestreue im Gesamtstaat unterzubringen mit der Folge, dass die Gliedstaaten wie der Bund gegenseitig zur Treue verpflichtet sind.

Die Dreigliedrigkeitslehre hatte verschiedentliche Anhänger, sogar für eine kurze Zeit das deutsche Bundesverfassungsgericht⁷⁹. Wohl unter dem Einfluss des die Dreigliedrigkeit befürwortenden WILLI GEIGER nahm man an, auch das Bundesverfassungsgericht sei von dieser Theorie überzeugt. So fand sich im Konkordatsurteil die Aussage, „dass die Bundesrepublik Deutschland verfassungsrechtlich der Bund und die Länder“ ein Ganzes bildeten „und dass im Geltungsbereich des Grundgesetzes, die staatliche Einheit durch die Bundesrepublik Deutschland als Bundesstaat verwirklicht werde, deren Glieder der Bund und die Länder“ seien⁸⁰. Spä-

⁷⁸ ALFRED KÖLZ, Bundestreue als Verfassungsprinzip? ZBl 81 (1980), S. 145 ff., S. 164 f.

⁷⁹ WALTER RUDOLF, Die Bundesstaatlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band II, Tübingen 1976, S. 233-251, S. 236 f.

⁸⁰ WALTER (Anm. 79), S. 236 zu BVerfGE 6, 309 (340, 364).

ter verabschiedete das oberste deutsche Gericht diese Theorie im Fernseh-Urteil von 1961: „Es kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit ein Land (...) gegen den Bund auch einen verfassungsrechtlichen Anspruch darauf hat, dass der Bund die gemeinsame Verfassungsordnung nicht in einer Weise missachtet, die die Interessen der Länder als Gliedstaaten des Bundesstaates verletzt“⁸¹. In der Schweiz vertraten etwa der NAWIASKY-Schüler IVO HANGARTNER⁸² und ALFRED KÖLZ diese Theorie⁸³, die tatsächlich eine Reihe von bundesstaatlichen Problemen lösen hilft.

NAWIASKY vertrat die Dreigliedrigkeitstheorie ausgeprägt, da er für den Föderalismus und starke Gliedstaaten eintrat. Diese Theorie schwächt nämlich tendenziell den Bund und stärkt die Gliedstaaten. KÖLZ stellte fest, dass sich diese Aussage mit der Beobachtung reime, „dass nicht nur der Laie, sondern auch der Jurist unter ‚Bundestreue‘ spontan fast ausschliesslich eine Treuepflicht der Gliedstaaten gegenüber dem Bund versteht.“ Erst die Dreigliedrigkeitslehre öffne „den Blick auf die Grundstruktur des Bundesstaates und damit auch auf die Tatsache, dass sich aus der ‚Bundestreue‘ mit ebenso guten Gründen auch eine Verpflichtung des Bundes gegenüber den Gliedstaaten oder eine solche der Länder unter sich ableiten“ lasse⁸⁴.

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung finden sich keine Spuren der Theorie⁸⁵. In den wenigen beiläufigen Äusserungen zur Bundestreue, hatte das Bundesgericht stets festgehalten, dass der Grundsatz nicht mehr als eine besondere Ausgestaltung des an die Gemeinwesen gerichteten Gebotes darstelle, „sich nicht nur ihren Bürgern gegenüber, sondern auch im gegenseitigen Verkehr jeden missbräuchlichen und widersprüchlichen Handelns zu enthalten“⁸⁶. Die Bundestreue gilt demnach als eine Ausprägung des allgemeinen Verbots des Rechtsmissbrauchs.

⁸¹ BVerfGE 12, 205 (259).

⁸² Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band I: Organisation, Zürich 1980, S. 49 ff.

⁸³ Vgl. Anm. 78; vgl. auch WALTER HALLER/ALFRED KÖLZ, Allgemeines Staatsrecht, 3. Aufl., Basel 2004, S. 146 f.

⁸⁴ KÖLZ (Anm. 78), S. 165, alle drei Zitate

⁸⁵ Das ist wenig erstaunlich, angesichts der Theoriescheue des Bundesgerichts und der Tatsache, dass das Bundesgericht NAWIASKYS Schrifttum praktisch ignoriert hatte, vgl. Anm. 2.

⁸⁶ BGE 125 II 152 E. 4c bb) S. 164.

V. Nawiasky rät der Schweiz zur Offenheit gegenüber Europa

Nach dem Zweiten Weltkrieg sollten die Staaten den internationalen Verkehr zwischen ihnen auf eine neue Grundlage stellen⁸⁷. Die Schweiz hatte als Nicht-Siegerstaat allerdings nur begrenzt Anteil daran und blieb isoliert. Der bald ausgebrochene Kalte Krieg verstärkte die Abgrenzungstendenzen der Schweiz, die NAWIASKY in Form einer Kritik von OFTINGER auch wissenschaftlich zu spüren bekam⁸⁸. Bundespräsident Philipp Etter machte die introvertierte Haltung in seiner 1. August-Ansprache von 1953 deutlich, als er das Réduit weiterdachte⁸⁹:

„Keine fremden Richter wollten die Eidgenossen anerkennen in ihren Tälern. Sie wollten selber Herr und Meister sein in ihrem Land. Das war der *Anfang der Selbstregierung*, die Morgenröte der freien Volksherrschaft, der Demokratie, die Morgendämmerung der eidgenössischen Freiheit. Freie Männer, freie Menschen und freie Bürger im freien Staat. Es gibt kein einziges anderes Land, in dem das Volk so unmittelbar an der Gestaltung des staatlichen Willens teilnehmen würde, wie bei uns im Land der Eidgenossen. Unser Volk wählt alle seine Behörden selbst und entscheidet selbst darüber, was Verfassung und Gesetz werden und bleiben soll. (...)

Keine fremden Richter in unsern Tälern. Aber auch keinen fremden Geist in unserm Land. Keinen fremden Geist, der sich nach un-schweizerischen undemokratischen und unchristlichen Doktrinen ausrichten möchte und eine Auffassung vertritt, der ein wirklicher und senkrechter Eidgenosse nie wird zustimmen können“.

Etter griff damit die Denkweise der historischen Rechtsschule des 19. Jahrhunderts auf. Diese versuchte über die Behauptung eines historischen Kontinuums seit dem 14. Jahrhundert eine narrative Identität der

⁸⁷ Vgl. KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts (Anm. 11), S. 208 ff.

⁸⁸ Vgl. Anm. 41.

⁸⁹ NZZ vom 3.8.1953, Morgenausgabe Nr. 1780, Bl. 3. Bundesrat Etter hatte die Idee der „geistigen Landesverteidigung“ in einer Rede vom 29. Januar 1937 in Bern (Monatsschrift des Schweizerischen Studentenvereins, 81. Jahrgang der Monatsrosen 1936/37, S. 250-261) selbst entwickelt. In der Botschaft vom 9. Dezember 1938 des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Organisation und die Aufgaben der schweizerischen Kulturwahrung und Kulturwerbung, BBl 1938 II 985, kehren dieselben Formulierungen von Etter wieder; vgl. DIETRICH SCHINDLER, Der Weg vom „geschlossenen“ zum „offenen“ Verfassungsstaat, in: Festschrift für Yvo Hangartner, St.Gallen/Lachen 1998, S. 1027 ff.

Schweiz zu schaffen⁹⁰. Zur Betonung der historischen Eigenständigkeit gehört die Abgrenzung gegen aussen. So betonte auch Etter das Denken der geistigen Landesverteidigung, das alles Ausländische und Fremde abwehren wollte⁹¹. Diese Haltung sollte nach 1945 allmählich in einen anderen gesamteuropäischen Kontext gelangen, der sie in Frage stellen würde.

Fast gleichzeitig zu Eppers 1. August-Rede deutete HANS NAWIASKEY einen neuen aufkommenden aussenpolitischen Geist an. Er äusserte in einem Exkurs an einem Doktorandenseminar an der Handels-Hochschule St.Gallen im Wintersemester 1952/53 die Auffassung, „dass die europäische Kultur auf gemeinsamen Grundlagen“ fusse, was für die Schweiz die Verpflichtung ergebe, „der Schaffung der Europaunion Wohlwollen entgegenzubringen. Die Neutralität ist keineswegs oberste Staatsmaxime, sondern sie ist ein Mittel zum Zweck (...)“⁹². Politisch stand NAWIASKEY damit noch allein da. Etwa zehn Jahre später kam es zu verschiedenen politischen Diskussionen über das Verhältnis der Schweiz zum Ausland, namentlich hinsichtlich der Europäischen Integration und in staatsrechtlicher Hinsicht zum Rang des Völkerrechts in der Schweiz⁹³. NAWIASKEY hatte die Debatte der kommenden Jahrzehnte vorweggenommen.

Einen wichtigen Schritt in die von NAWIASKEY angedeutete Richtung machte Bundespräsident GRABER in seiner Rede vom 30. Juli 1975 in Helsinki vor den KSZE-Staatenvertretern⁹⁴. Zwei Tage später wiederholte er in seiner 1. August-Rede vor heimischem Publikum⁹⁵:

„Vor allem muss der Geist der Öffnung unsere Suche leiten. Und hier möchte ich es unumwunden sagen: jene Art von bekümmertem Rückzug in sich selbst, den gewisse von Sehnsucht erfüllte Kreise

⁹⁰ Vgl. im einzelnen KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts (Anm. 11), S. 32 ff.

⁹¹ Siehe zu den beiden gegensätzlichen Geistern: ANDREAS KLEY, Geschichte als nationale Selbstbehauptung. Die 1. August-Reden der schweizerischen Bundespräsidenten, in: ZSR 124 (2005) I, S. 455 ff., insb. S. 466 ff.

⁹² Doktorandenseminar über Verwaltungswissenschaften WS 1952/53: Die sozialpolitischen Interventionen des Staates. Protokolle, St.Gallen 1953, S. 19.

⁹³ KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts (Anm. 11), S. 334 ff.

⁹⁴ Vgl. PIERRE GRABER, La Suisse et l'Europe, documenta 1975, Heft 4, S. 16 ff. = BBl 1975 II 918.

⁹⁵ Bundesarchiv, Reden (Botschaften, Interviews) Bundesrat PIERRE GRABER in: BAR E1010(B); Akzession: 1986/151; Bd. 104; Aktenzeichen 217.2 Ansprachen, Reden, Aufrufe; Zeitraum 1972-1975.

innig herbeizuwünschen scheinen, ist voller Gefahren. Wie könnte ein Land, das wie das unsrige für seine grundlegenden Bedürfnisse (...) so stark vom Ausland abhängig ist, dem Wahn solch unheilvoller Vorstellungen nachgeben! Ausserdem würde ein solcher Isolationismus die eigentliche Verneinung unserer ureigensten Traditionen bedeuten, die sich auf die Aufnahme und das Verständnis für unsere tiefe Beziehung zur Aussenwelt gründen“.

GRABER beschwor den extravertierten „Geist der Öffnung“, der selbstverständlich das Völkerrecht freundlich empfangen sollte. Was GRABER als „Wahn“ bezeichnete, bildete während der Krisen und den Kriegsjahren von 1933 bis 1945 das Rückgrat und im Zeitalter des Kalten Krieges immer noch eine wichtige Position der schweizerischen Aussenpolitik⁹⁶. Das Öffnungsszenario liess sich indes nicht einfach umsetzen, da die Abgrenzungspolitik der geistigen Landesverteidigung die Grenzen während Jahrzehnten geschlossen hatte. Die Diskussion um die Stellung der Schweiz in Europa ist auch in der Gegenwart alles andere als abgeschlossen. Das Verhältnis der Schweiz zu den Institutionen der Europäischen Integration wird je nach politischem Standort und somit kontrovers beurteilt. Ein allgemeiner Konsens zu dieser Frage ist in weiter Ferne.

VI. Reformen im Rechtsstudium und juristische Weiterbildungen

Der grosse Bedarf des Staates, nach verwaltungsmässig gut ausgebildetem Personal begegnete die Handels-Hochschule St.Gallen mit der Schaffung eines eigenen verwaltungswissenschaftlichen Lehrgangs, der mit Lizenziat und Doktorat abschloss. NAWIASKY hatte 1942 diesen neuen Lehrgang an der Handels-Hochschule initiiert. Damit beschrift die Hochschule in der Ausbildung neue Wege: Wie schon bei den Wirtschaftswissenschaften war der Abschluss der Verwaltungswissenschaften zweistufig: Vor dem Doktorat (Dr. oec. bzw. Dr. rer. publ.) war das Lizenziat (lic. oec. bzw. lic. rer. publ.) zu erwerben. Dem neuen Lehrgang erwuchs kein Widerstand, zumal er sozusagen nahtlos an die wirtschaftswissen-

⁹⁶ Vgl. den Text oben bei Anm. 89.

schaftliche Ausbildung anschliessen und die Bedürfnisse der öffentlichen Verwaltungen decken konnte⁹⁷.

In den Deutschschweizer Fakultäten von Zürich, Bern oder Basel war das Doktorat bis in die 1950er Jahre der Regelabschluss des juristischen Studiums, währenddem die Romandie das Lizentiat kannte⁹⁸. Im Doktorat, das aus der Dissertation und den anschliessenden Prüfungen bestand, kulminierte das gesamte Rechtsstudium⁹⁹. Die Einführung des Lizentiats an allen rechtswissenschaftlichen Fakultäten war die wohl bedeutendste Umgestaltung des Studiums. Später kam es zu zahlreichen kleinen Reformen, wie etwa der Abschaffung des Lateins als Studienvoraussetzung (in Zürich beispielsweise 1976, in Basel 1991), der Umschichtung von Stundentafeln, des Ausbaues der unterrichteten Fachgebiete, der Einschaltung von Zwischenprüfungen, bis die Bologna-Deklaration vom Juni 1999¹⁰⁰ zu einer grossen Reform führen sollte. Das Rechtsstudium hatte sich im Verlaufe des 20. Jahrhunderts tiefgreifend verändert. Der schweizerische Juristentag hatte das Thema der Juristenausbildung 1922 und 1949 mit je zwei Referaten beraten¹⁰¹.

1956 kam es zu einer Kontroverse zwischen MAX GUTZWILLER und HANS NAWIASKY über die „St.Galler Doktorfrage“¹⁰². Die Handels-Hochschule St.Gallen plante die Schaffung eines wirtschaftsrechtlichen Doktorats, das ohne Latein und ohne volles juristisches Studium erworben werden konnte, was GUTZWILLER scharf kritisierte. Diese Kontroverse zeigte einen Wandel der vorausgesetzten Studienziele an. GUTZWIL-

⁹⁷ Vgl. dazu HANS NAWIASKY, Der verwaltungswissenschaftliche Lehrgang an der Handels-Hochschule, ZBl 1943, S. 192 ff.

⁹⁸ Vgl. im einzelnen KLEY; Geschichte des öffentlichen Rechts (Anm. 11), S. 361.

⁹⁹ Siehe etwa den bemerkenswerten Erfahrungsbericht von PETER METZ, Jusstudium in bewegter Zeit, in: Bündner Jahrbuch 1985, S. 92 ff., insb. S. 101 ff. zum Doktorat.

¹⁰⁰ Vgl. z.B. den Bericht in der NZZ vom 29.6.1999, Nr. 147, S. 11.

¹⁰¹ MAX GUTZWILLER öffnete die Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1949 für Beiträge zur Frage: „Comment organiser les études de Droit?“, vgl. ZSR 75 (1956), S. 137 ff. Es liessen sich Praktiker, Richter, Verwaltungsratspräsidenten, Direktoren und Professoren vernehmen. Für das öffentliche Recht nahm WERNER KÄGI Stellung (S. 152 ff.). Siehe zur Entwicklung im Detail: KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts (Anm. 11), S. 360 ff.

¹⁰² Vgl. ZSR 75 (1956), S. 69 ff. (GUTZWILLER), 269 ff. (NAWIASKY), S. 277 ff. (GUTZWILLER); vgl. dazu KARL HEINZ BURMEISTER, 100 Jahre Hochschule St.Gallen (HSG), St.Gallen/Zürich 1998, S. 115 ff.

LER befürchtete vom „juristischen Zahntechniker ohne Latein“ eine „Unterbietung der Universität“ und fragte rhetorisch: „Wollen wir (...) freiwillig Juristen züchten, die nichts mehr wissen von jener gesamteuropäischen Rechtskultur, der wir die massgebenden Einsichten verdanken“?¹⁰³ NAWIASKY verteidigte die Ausrichtung auf die praktischen Bedürfnisse und das „Wirtschaftsrecht“, ein Begriff, den in der Schweiz namentlich WALTHER HUG und LEO SCHÜRMAN¹⁰⁴ geprägt haben. In diesem Streit sollte zunächst GUTZWILLER obsiegen. Unter dem Druck der öffentlichen Meinung und der negativen Haltung der schweizerischen Rechtsfakultäten brachen die St.Galler Behörden das Vorhaben eines juristischen Dokortitels ab. Längerfristig konnte sich aber die St.Galler Schule, die das „Wirtschaftsrecht“ ins Zentrum rückte, durchsetzen: Die rechtswissenschaftlichen Fakultäten richteten sich zunehmend auf eine praxisnahe Ausbildung aus und begannen, Weiterbildungen anzubieten. Das Fachgebiet des Wirtschaftsrechts setzte sich durch. St.Gallen führte 1966 den Studiengang des Wirtschaftsjuristen im Rahmen des Ökonomiestudiums ein, der mit dem lic. oec. bzw. Dr. oec. abschloss. 1978 eröffnete die Hochschule St.Gallen den juristischen Lehrgang¹⁰⁵.

Die Entwicklung hatte NAWIASKY Recht gegeben. Freilich trat NAWIASKY selbst nicht für eine abgemagerte juristische Ausbildung ein. Er selber hatte das Studium noch in der staatswissenschaftlichen Tradition an der Universität Wien genossen. Dieses althergebrachte Studium umfasste die gesamten staatsrelevanten Fächer, namentlich Statistik, Volkswirtschaft und Geschichte. So beschäftigt sich seine Dissertation mit den „Frauen im österreichischen Staatsdienst“¹⁰⁶, also einem typisch staatswissenschaftlichen Thema, das weit über die Rechtswissenschaft hinausgeht. Und nach dem Zweiten Weltkrieg hatte er sich in München für die Gründung der Hochschule für Politik eingesetzt; er wollte damit die politische

¹⁰³ ZSR 75 (1956), S. 83, 84, 81 (Seitenzahlen in der Reihenfolge der drei Zitate).

¹⁰⁴ WALTHER HUG, Die Problematik des Wirtschaftsrechts. Rektoratsrede, St.Gallen 1939; LEO SCHÜRMAN, Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation, in: ZSR 72 (1953), S. 65a ff., insb. S. 85a f.

¹⁰⁵ YVO HANGARTNER, Erinnerungen an die Einführung des juristischen Lehrgangs, in: Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz. Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St.Gallen (HSG), Zürich 2007, S. 1 ff.

¹⁰⁶ Wien 1902, Wiener staatswissenschaftliche Studien, Band 4, 1.

Bildung fördern, um die Demokratie in Deutschland besser und bleibend zu verankern¹⁰⁷.

Eine konkrete Anschauung der Arbeitsweise NAWIASKYS im rechtswissenschaftlichen Unterricht ergibt sich aus den Protokollen zu seinen Doktorandenseminaren an der damaligen Handels-Hochschule St.Gallen. Die zu zeitgenössischen Themen durchgeführten Seminare¹⁰⁸ hielt NAWIASKY in wöchentlichen Sitzungen ab, in denen jeweils das geschriebene Recht und seine Auslegung die zentrale Rolle spielten. Die Behandlung des Stoffes orientierte sich an den Begriffen der relevanten Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen. Zusätzlich erläuterte der Seminarleiter in Einführungen und Exkursen die politisch-soziologischen und geschichtlichen Rahmenbedingungen¹⁰⁹. So erklärte NAWIASKY etwa in einem Seminar über die Stellung der Wirtschaftsverbände die Methoden, mit denen die Nationalsozialisten versucht hatten, Protestanten, Sozialisten, Offiziere und Bauern auf ihre Seite zu bringen¹¹⁰. NAWIASKY praktizierte also einen Unterricht, der stets die Rechtswirklichkeit im Auge behielt, und er bekannte, er bemühe sich, die „Hörer zu wissenschaftlichen, daher kritischem Standpunkt, Vorurteilslosigkeit (und) eigenem Nachdenken anzuregen“¹¹¹.

NAWIASKY hatte in München die Verwaltungsakademie mitbegründet und geleitet, welche für Beamte Kurse und Weiterbildungsveranstaltungen anbot¹¹². Seine Emigration in die Schweiz und die ermöglichte Tätigkeit als Lektor an der Handels-Hochschule St.Gallen liess ein praktisches

¹⁰⁷ Vgl. z.B. HANS NAWIASKY, Die politische Ausbildung der Studenten, in: Politische Studien, Heft 54, Oktober 1954, S. 21 ff.

¹⁰⁸ Siehe das Verzeichnis der Protokolle von NAWIASKYS Doktorandenseminaren an der Handels-Hochschule St.Gallen, S. 93.

¹⁰⁹ NAWIASKY, Münchener Universitätskrawalle (Anm. 6), S. 18 (und nachfolgendes Zitat), beschrieb 1931 seinen Vorlesungsstil in München ebenso, wie er ihn auch später in St.Gallen praktizierte.

¹¹⁰ Vgl. Doktorandenseminar an der Handels-Hochschule St.Gallen über Verwaltungswissenschaften WS 1951/52: Die Stellung der Wirtschaftsverbände im Staat, Protokolle, St.Gallen 1952, S. 16.

¹¹¹ KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts (Anm. 11), S. 426.

¹¹² Vgl. HANS NAWIASKY, Die Verwaltungsakademie München, München 1925 und Bericht über Zweck und Wesen der Verwaltungsakademie München, erstattet bei der ordentlichen Abschlussfeier des 2. ordentlichen Studienganges am 2.12.1928, Bayerische Beamtenzeitung vom 21.2.1929, Nr. 6, S. 97 ff.

Ergebnis aus der Lehrtätigkeit herauswachsen. NAWIASKY berichtet selbst über die Entstehung der Institution¹¹³:

In der Schweiz, die kein Berufsbeamtentum kenne, musste „die Vorsorge für die Weiterbildung der bereits angestellten öffentlichen Beamten und sonstigen Funktionäre ein wichtiges Anliegen sein, dessen Betreuung einer auf die Heranbildung von wissenschaftlich geschulten Praktikern eingestellten Hochschule wohl anstehen konnte. Da ich nun als langjähriger Studienleiter einer mit der Universität München in Verbindung stehenden Verwaltungsakademie gerade mit den Aufgaben der Fortbildung der im Dienste stehenden Beamtenschaft eingehend vertraut war, unterbreitete ich den zuständigen Hochschulinstanzen den Vorschlag, nach dem Muster der in Deutschland an zahlreichen Beispielen erprobten Verwaltungskurse (...) eine ähnliche Veranstaltung seitens der Handels-Hochschule zu versuchen. Der in diesem Sinn im Oktober 1936 durchgeführte erste Kurs über ‚Kantonales und Gemeindefinanzwesen‘ hatte einen überraschend günstigen Erfolg, sodass sich nicht nur die ständige Aufnahme solcher Veranstaltungen in das Programm der Hochschule geradezu aufdrängte, sondern auch von Seiten des an der Beamtenfortbildung ein besonderes Interesse bekundenden Vizekanzlers der Eidgenossenschaft, Dr. O. Leimgruber, die Anregung gegeben wurde, diese Kurse (...) zu einer gesamtschweizerischen Einrichtung auszubauen. In enger Fühlung mit dem genannten Funktionär wurde daraufhin eine Satzung für die Verwaltungskurse an der Handels-Hochschule St.Gallen (...) ausgearbeitet, welche die Mitgliedschaft von Bund, Kantonen, Gemeinden und Personalverbänden an einem der Hochschule zu errichtenden Institut für Verwaltungskurse vorsieht“.

Der Bundesrat habe die Satzung genehmigt und den Vizekanzler zu seinem Vertreter in den Verwaltungskursen ernannt. Nach und nach seien eine grosse Zahl von Kantonen, Gemeinden und Verbänden dem Institut beigetreten. Die Kurse würden durch einen Ausschuss von Dozenten der Handels-Hochschule in Zusammenarbeit mit den Vertretern der Eidgenossenschaft bestimmt. Die Geschäftsführung des Instituts sei auf ausdrücklichen Wunsch des Vertreters der Eidgenossenschaft vom Senat der Hochschule ihm, NAWIASKY, „überbürdet“ worden.

„Ich wähle diesen Ausdruck ‚überbürdet‘ mit voller Absicht, weil die Unsumme von Arbeit, die sich in der Folge aus dem Aufblühen

¹¹³ Bericht von HANS NAWIASKY vom 25.2.1941 an den Rektor der Handels-Hochschule St.Gallen, Prof. Dr. WALTHER HUG, Staatsarchiv St.Gallen, Universitätsarchiv St.Gallen HSG 210 Dozenten, NAWIASKY und HSGN 008, Sig. 001-031.

der Institution ergeben hat, nicht anders zutreffend bezeichnet werden kann. Es würde zu weit führen, den Umfang der zu bewältigen Arbeit im Einzelnen zu schildern, sodass einige Andeutungen genügen müssen. Zunächst ist für jeden Kurs das Gesamtthema und das Einzelprogramm für die Beratung seitens der Organe der Hochschule und der Kommission für Verwaltungskurse vorzubereiten. Auf Grund der sonach gefassten Beschlüsse ist die endgültige Gestaltung des Kursprogramms vorzunehmen und sind die Verhandlungen mit den in Aussicht genommenen Referenden zu führen. Im Fall der Absage muss nach Ersatz Ausschau gehalten werden. Im Weiteren ist erforderlichenfalls mit den gewonnenen Referenten über die Gestaltung ihrer Referate und insbesondere deren Einordnung in die Gesamtveranstaltung Fühlung zu nehmen. Danach ist die Drucklegung des Kursprogramms durchzuführen. Das setzt die Verständigung der am Kurs als Teilnehmer interessierten Verwaltungen, Körperschaften, eventuell Einzelpersonen im Wege der Amtsblätter, der individuellen Einladungen, der Presse ein. Diese Werbetätigkeit muss wiederholt werden, wenn sich zeigt, dass sie sich nicht genügend ausgewirkt hat. Weiterhin sind die technischen Vorkehrungen für die Abwicklung des Kurses zu besorgen und während der Veranstaltung alle nötigen Anordnungen zu treffen. Nach Abschluss des Kurses ergeben sich alle die zahlreichen Arbeiten, die bekanntlich bei einem solchen Anlass unvermeidlich sind“.

Die Verwaltungskurse entwickelten sich, so der Bericht von NAWIASKY, zu einem grossen Erfolg. NAWIASKY erhöhte die Zahl der Kurse. Die Themen der weiteren Kurse betrafen etwa die soziale Verwaltung (Arbeitslosenfürsorge, Armenwesen und Sozialversicherung), Verwaltungsaufgaben der technischen Betriebe der öffentlichen Hand, Aufgaben der Zivilverwaltung auf dem Gebiet der Landesverteidigung, Zivilstandswesen, Verwaltungsrecht, Strafgesetzbuch und weitere Themen. Die Kurse erhielten in der Öffentlichkeit eine grosse Aufmerksamkeit; NAWIASKY kündigte sie nicht nur in den Zeitungen an, diese berichteten auch darüber. Nach fünf Jahren Kurstätigkeit, sprach ihm der Rektor der Handels-Hochschule, Walther Hug, den schriftlichen Dank aus: „Sie sind es, der die Idee zuerst formuliert und verwirklicht hat. Sie sind es, der alle Kurse in meisterhafter Weise organisiert und durchgeführt hat. Sie sind es auch, der Dank Ihrer wissenschaftlichen Kompetenz auf den in Frage kommenden Gebieten, Ihrem unermüdlichen Eifer und ihrer Tatkraft das Werk geschaffen und bald zu schöner Blüte gebracht hat. Es ist uns daher

rein Bedürfnis, Ihnen hierfür den herzlichsten und aufrichtigsten Dank auszusprechen“¹¹⁴.

1944 „rezensierte“ MAX IMBODEN, soeben von der Universität Zürich zum Privatdozenten ernannt, die Verwaltungskurse an der damaligen Handels-Hochschule St.Gallen, die unter der „rührigen Leitung von Prof. HANS NAWIASKY“ sich mit „unbestreitbarem Erfolg um eine Fortbildung der Beamtenschaft“ bemüht hätten¹¹⁵. Es sei nicht daran zu zweifeln, „dass auf diesem Wege für die Fortbildung der Beamtenschaft ausserordentlich Wertvolles geleistet werden“¹¹⁶ könne. Freilich sei „diese Institution für den schöpferischen Weiterbau des Verwaltungsrechtes und die Fortentwicklung der Verwaltungsrechtswissenschaft doch nur eine Vorstufe“¹¹⁷. IMBODEN entwickelte sodann ein Konzept für die Entwicklung einer schweizerischen Verwaltungsrechtswissenschaft. Freilich beabsichtigte NAWIASKY mit den Verwaltungskursen nicht die Förderung der Rechtswissenschaft, sondern die Förderung der praktischen Weiterbildung. Er hatte damit eine Tätigkeit angestossen, die sich nicht nur blühend entwickelte, sondern Jahrzehnte später einen eigentlichen Markt von volkswirtschaftlicher Bedeutung bilden sollte¹¹⁸. 2006 konnte der Verfassungsgeber nicht umhin, dem Bund in Art. 64a BV die Grundsatzgesetzgebungskompetenz über die Weiterbildung zuzuweisen. Die entsprechende Gesetzesvorlage befindet sich in Ausarbeitung¹¹⁹.

¹¹⁴ Schreiben des Rektors der Handels-Hochschule vom 25.11.1941 an Hans Nawiasky, Staatsarchiv St.Gallen, Universitätsarchiv St.Gallen HSG 210 Dozenten, NAWIASKY und HSGN 008, Sig. 001-031.

¹¹⁵ MAX IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtslehre, in: Schweizer Annalen 1 (1944), S. 524. f., S. 524.

¹¹⁶ IMBODEN, Verwaltungsrechtslehre (Anm. 115), S. 525.

¹¹⁷ IMBODEN, Verwaltungsrechtslehre (Anm. 115), S. 525.

¹¹⁸ Vgl. zur weiteren Entwicklung: KARL HEINZ BURMEISTER, Die Geschichte des Instituts und dessen Entwicklung bis heute, in: 60 Jahre IVK-HSG, St.Gallen 2000, S. 5 ff.

¹¹⁹ Vgl. Vernehmlassung zu einem Bundesgesetz über die Weiterbildung (WeBiG), Erläuternder Bericht, Stand: 21. Oktober 2011.

VII. Würdigung

Die Tätigkeit von NAWIASKY an der einstigen Handels-Hochschule St.Gallen brachte reiche Furcht. Anlässlich der Übergabe der Festschrift zu seinem 70. Geburtstag am 24. November 1950 im Hotel Walhalla sagte der damalige Rektor Prof. THEO KELLER¹²⁰:

„Sieht man die Liste Ihrer Veröffentlichungen durch und achtet man auf die Erscheinungsjahre, dann glaubt man einen gerade Weg vor sich zu sehen, auf dem Sie sicheren, festen Schrittes von Erfolg zu Erfolg aufwärts geeilt waren. Und doch sind Sie mitten drin zwischen den Erfolgen jahrelang die schweren Stationen jenes modernen Kreuzweges gewandelt, den die Unmenschlichkeit des 20. Jahrhunderts denen bereitet hat, die nicht für Sie sind. Entlassung mitten aus der verheissungsvollsten akademischen Laufbahn wegen politischer Unzuverlässigkeit gegenüber dem Dritten Reich mit allen Folgen, die sich daran zu reihen pflegten, blieben Ihnen nicht erspart. Es wäre grausam, an die Wunden zu rühren, die Ihnen jene Zeit sicher schlug, auch wenn man Sie nie darüber klagen hörte. Nur das eine sei mit ehrlicher Bewunderung festgestellt: für manchen war, was Sie damals erlebten, ehr als genug, seine Lebenskraft endgültig zu erschüttern. Für Sie aber wurde es Ausgangspunkt für noch grössere und anspruchsvollere Leistungen. Dass dabei auch die sichere Zuversicht, mit der Sie unentwegt auf die Wiedergeburt eines anderen Deutschland zählten, Ihnen kraftvollen Halt gegeben hat, konnte man wohl ahnen. Dass aber die Erfüllung dieser Erwartung Ihre Leistungskraft beflügelte und mit wahrhaft jugendlichem Schwung erfüllte, konnten alle Ihre Kollegen mit leichter Mühe feststellen. Dass die Universität München Ihnen die bis 1933 verwaltete Lehrkanzel wieder anbot, und dass Sie gleichzeitig überdies berufen wurden, Bayerns neue demokratische Verfassung auszuarbeiten, war Ihnen freudigste Genugtuung. Uns aber wurde die Genugtuung, dass Sie sich in St.Gallen zu bleiben entschlossen, ohne dass Sie es über sich gebracht hätten, dem verlockenden, um Wiedergutmachung grossen Unrechts bemühten Angebot ein ganzes und hartes Nein entgegen zu halten, und so sind Sie in einem Alter, da andere schon zur Ruhe setzten, aus der einen Professur eigentlich deren zwei geworden, ohne dass von allen Ihren übrigen Aufgaben auch nur eine weggefallen wäre.

¹²⁰ Die Ansprache ist unverändert als Gleitwort zur Festgabe von 1950, „Einem Jubilaren zu Lob und Dank“, abgedruckt, vgl. S. VII ff, insb. S. IX-XI; das Original findet sich im Universitätsarchiv St.Gallen (Anm. 113).

Diesem einzigartigen Tatbestand hat der Geburtstagswunsch der Hochschule und ihres Rektors sich anzupassen. Andern wünscht man um diese Lebenszeit ein Otium cum dignitate, Ihnen die Dignitas zu wünschen wäre eitel. Sie haben sich durch ein fast unübersehbar weites Lebenswerk längst verdient. Das Otium aber wünschen Sie sich selbst nicht, und dass die Hochschule es Ihnen wünschte, würden Sie kaum schätzen. So bleibt nur der Wunsch, dass Ihre in nichts beeinträchtigte Leistungskraft Ihnen weiterhin erhalten bleibe und Ihnen gestatte, zu dem Werk Ihres bisherigen Lebens unverdrossen Stein auf Stein zu fügen. Zu dem Wunsch gesellt sich der Dank für das Viele und Hochbedeutsame, das von diesem Ihrem Werk der Handels-Hochschule St.Gallen zugute gekommen ist. Sie haben während den fünfzehn Jahren Ihrer Wirksamkeit in der Schweiz den Schweizer so gut kennen gelernt, dass die wissen, wie spärlich und trocken er in seinen Bezeugungen von Lob und Dank ist. Mag über diese Sprödigkeit Sie die Gewissheit hinweg trösten, dass Ihre Leistungen mit unvergänglicher Schrift in die Geschichte der Handels-Hochschule eingetragen sind und, dass wo von Ihnen die Rede sein wird, auch Ihr Name mitklingt“.

NAWIASKY erhielt zu seinem 70. Geburtstag über vierhundert schriftliche Gratulationen, sodass er nicht persönlich antworten konnte: Ich musste „kapitulieren und mich auf den wirklich ungefreuten Ausweg der mechanischen Vervielfältigung zurückziehen. Denn sonst hätte meine Antwort noch länger säumen müssen. Ich bitte das gütigst zu entschuldigen und es so aufzufassen, dass hinter jedem dieser gedruckten Worte das Gefühl aufrichtiger Freude und wärmsten Dankes steht“¹²¹.

Die wissenschaftliche Leistung von HANS NAWIASKY ist auch ohne Blick auf die widrigen Lebensumstände beeindruckend. Auch nach seinem 70. Geburtstag entfaltete er bis zum Schlaganfall in München 1961 eine äusserst rege Tätigkeit. Er trat zwar von den Professuren in München und in St.Gallen 1952 und 1955 zurück. Ihm folgten die Schüler THEODOR MAUNZ¹²² in München und WILLI GEIGER¹²³ in St.Gallen nach. Dessen

¹²¹ Universitätsarchiv St.Gallen (Anm. 113), Antwortkarte vom September 1950.

¹²² NAWIASKY hatte sich an der Münchner Fakultät mit einem Sondervotum für MAUNZ eingesetzt (vgl. HERMANN [Anm. 5], S. 432), dass dieser zu seinem Nachfolger ernannt wurde. MAUNZ schrieb am 6. August 1952 an NAWIASKY: „Auch die Gelegenheit meiner Ernennung in München möchte ich nicht vorübergehen lassen, ohne Ihnen nochmals ehrerbietigst zu danken, dass Sie in mich, als einen ihrer ältesten Schüler in München, so grosses Vertrauen gesetzt haben. Ich werde alle Kraft einsetzen, um dieses Vertrauen in wissenschaftlicher wie in menschlicher Hinsicht voll zu rechtfertigen“ (vgl. Universitätsarchiv St.Gallen, Anm. 113).

ungeachtet entfaltete er als Referent, Autor von Zeitungsartikeln, Gutachter und vor allem wissenschaftlicher Autor eine breite Tätigkeit. So vollendete er 1958 seine fünfbändige, allgemeine Staatslehre¹²⁴.

An seinem Lebenswerk ist im Rückblick die Fähigkeit zur Voraussicht beeindruckend. So hat er beispielsweise die Bedeutung der Weiterbildung der Beamenschaft schon ganz früh erkannt, und in München wie auch in St.Gallen entsprechende Institutionen angeregt und mitbegründet. Die Gefahren des autoritären Denkens hatte er in Deutschland und später auch in der Schweiz erkannt und öffentlich darauf aufmerksam gemacht. Das war ihm als ein Vertreter des Rechtspositivismus viel leichter gefallen. Setzt doch der Rechtspositivismus die Unterscheidung von Rechtswissenschaft und Politik voraus. Und gerade diese Differenzierung hat es ihm erlaubt, im Gebiet der Politik als mitverantwortlicher Bürger und Zeitgenosse aktiv und unzweideutig Stellung zu beziehen. Umgekehrt lag ihm die Moralisierung der Politik fern. In den wissenschaftlichen Schriften der Jahre 1933-1945 fehlt die politische und moralische Verurteilung der autoritären Führer. Vielmehr analysiert er distanziert und sachlich die entsprechenden Vorgänge und zeigte die letztendlichen Konsequenzen auf. NAWIASKY beschrift seinen wissenschaftlichen Lebensweg selbständig. Der Dekan der Juristischen Fakultät München führte in seiner Festansprache zu dessen 75. Geburtstag aus: „Sie begehen den heutigen Tag wie ein wissenschaftlicher Bergwanderer, der in stetem, unverdrossenem Steigen eine Höhe nach der anderen erklimmt und zu immer grösserer Weite und Klarheit der Sicht gelangt. Dabei haben Sie nie die von anderen viel begangenen Wege beschrritten, sondern sich mit grosser Sicherheit Ihre eigenen Pfade in Thematik und Methodik gesucht, ein *vir tantum sui similis!*“¹²⁵

Nach dem Tode von MAUNZ wurde bekannt, dass dieser bis zu seinem Tod, anonym in neonazistischen Hetzblättern Beiträge verfasst hatte, vgl. MICHAEL STOLL-EIS, Theodor Maunz – Ein Staatsrechtslehrerleben, in: Kritische Justiz 4/1993, S. 393 ff.

¹²³ Vgl. zu dessen wissenschaftlicher Karriere KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts (Anm. 11), S. 491.

¹²⁴ Vgl. zu den einzelnen Bänden das Literaturverzeichnis, S. 77.

¹²⁵ Ansprache des Dekans, der Juristischen Fakultät München, Prof. Dr. Dr. JOHANNES HECKEL zum 75. Geburtstag von Professor Nawiaskey, in: Bodensee-Zeitschrift, August 1956, S. 91.

NAWIASKY konnte dank seinem langen Leben als Wissenschaftler eine Zeitepoche voller Umbrüche und revolutionärer Änderungen überblicken. Sein ideengeschichtliches Bewusstsein hat es ihm erlaubt, die langfristigen Entwicklungslinien der verfassungsrechtlichen Ordnung aufzuzeigen. In diesem Sinne ist seine Darstellung des Kreislaufes der Grundrechte eine Sicht, die noch heute von grösstem Erkenntniswert ist. Die Geschichte ist – trotz vieler so argumentierender Theoretiker – wohl kein Kreislauf, der die Menschen immer wieder mit den gleichen Phänomenen konfrontiert. Allerdings schliesst NAWIASKY seinen Kreislauf mit dem deutschen Grundgesetz von 1949. Das war eher eine Hoffnung denn eine These, und im Rückblick darf man feststellen, dass das Grundgesetz die Geschichte der Freiheit nicht an ihren Anfang zurückführte, sondern vielmehr den Boden für eine weitere, offene und trotzdem hoffnungsvolle Entwicklung abgab.

Erinnerungen an Professor Hans Nawiasky

YVO HANGARTNER

An Professor HANS NAWIASKY erinnere ich mich lebhaft. Mein einstiger Lehrer und Doktorvater war durch und durch Universitätsprofessor: umfassend gebildet, voll auf seine Wissenschaft konzentriert und dabei bereit, ihren Praxisbezug anzuerkennen und auf Weiterbildungsbedürfnisse einzugehen.

Ich absolvierte vom Wintersemester 1952/53 bis zum Sommersemester 1959 den verwaltungswissenschaftlichen Lehrgang an der damaligen Handels-Hochschule St.Gallen. Der Lehrgang war auf Initiative von HANS NAWIASKY begründet worden und trug seine Handschrift: Ausbildung für den höheren Verwaltungsdienst mit starker Betonung des öffentlichen Rechts unter gleichzeitiger Vermittlung betriebs- und volkswirtschaftlicher Kenntnisse und von Lektionen in den drei Amtssprachen des Bundes. Von 1956 bis 1959 war ich in den damals noch bescheidenen Verhältnissen der einzige Assistent der Juristischen Abteilung. In dieser Funktion nahm ich über meine Pflichtseminare hinaus an allen Doktorandenseminaren von Professor NAWIASKY teil. An diesen Seminaren ging es diszipliniert zu und her; Aufgabe des Assistenten war vor allem, dafür besorgt zu sein, dass die Protokolle erstellt wurden.

Ich lernte den 1880 geborenen HANS NAWIASKY somit als bereits älteren Herrn kennen. Er war so gekleidet, wie man es damals von einem gestandenen Professor erwartete, und er ging etwas gebückt, wenn auch mit festem Schritt. Den ehemaligen Offizier der österreichisch-ungarischen Armee merkte man ihm an. NAWIASKY erinnerte in den Seminaren übrigens gern an seine Wirksamkeit als Verantwortlicher für den Postdienst der kaiserlich-königlichen Truppe in Rumänien während des Ersten Weltkrieges. Den Untergang der Donaumonarchie hat er bedauert. Ihre Schwächen sah er in einem milden Licht. So erzählte er zur Illustration der leichten Dekadenz der k.u.k. Monarchie belustigt, wie ruthenische Abgeordnete im Parlament Anfragen einbrachten, nur um

das Honorar für die Übersetzung ins Deutsche mit den Übersetzern zu teilen. Mit dem Postministerium, wo NAWIASKY vor seiner Laufbahn als Hochschullehrer arbeitete, wurde jedoch abgemacht, stets ungefähr das Gleiche zu fragen; man wollte dem Ministerium ja nicht mehr als nötig zur Last fallen.

Die Vorlesungen von Professor NAWIASKY – wir nannten ihn NAWY – waren nicht besonders aufregend, und zwar deswegen, weil er auf Vollständigkeit in der Wissensvermittlung Wert legte. Ich erinnere mich, wie er in einer Vorlesung über Verwaltungsorganisationsrecht nicht nur die Verhältnisse im Bund, sondern auch jene im Kanton und der Stadt St.Gallen detailliert durchnahm. NAWIASKY war bekanntlich Positivist, und der Hang, den Rechtsstoff möglichst vollständig wiederzugeben, ist wohl eine unvermeidliche positivistische Versuchung.

Überaus attraktiv und spannend waren seine Seminare. Hier verband NAWIASKY seine tiefen Kenntnisse des positiven Rechts der Schweiz, Österreichs und Deutschlands, seine analytischen Fähigkeiten, seine breite Bildung und sein staatspolitisches Engagement in der Behandlung zentraler staats- und verwaltungsrechtlicher Fragen. Dabei konnte auch Schalk aufblitzen und manchmal auch etwas Eitelkeit, so wenn Professor NAWIASKY meinte, das, was in den Hörsälen vorgetragen wird, werde nach 20, 30 Jahren von der Praxis übernommen, nämlich dann, wenn die ehemaligen Studenten die wichtigen Positionen einnehmen. In diesem Sinn hat NAWIASKY denn auch massgeblich zur Festigung von Rechtsstaat und Demokratie beigetragen; diese staatspolitischen Prinzipien mussten ja nicht nur in Deutschland, sondern nach den autoritären dreissiger und vierziger Jahren des vorigen Jahrhunderts auch in der Schweiz neu belebt und verankert werden.

In den Seminaren folgte NAWIASKY der sokratischen Methode. In der Analyse wurde Schritt um Schritt vorgegangen, mit grosser gedanklicher Strenge und immer unter aktiver Mitwirkung der Studenten. Die Studenten hatten die entscheidenden Aussagen zu machen; der Professor, so NAWIASKYs Auffassung, hat die Diskussion nur so zu lenken und zu bereichern, dass die Studenten die Folgerungen selbst erschliessen können. Wenn es heisst, dass man bei Positivisten das Denken lernen kann, so traf dies exemplarisch für die Seminare von Professor NAWIASKY zu. Die Analyse von Rechtsproblemen war aber nie nur juristisches Handwerk. Die Erörterungen waren immer eingebettet in den grösseren Zusammenhang der Thematik. Dabei kamen NAWIASKY seine geschichtlichen, phi-

losophischen, politologischen und rechtsvergleichenden Kenntnisse zugute. Der sokratischen Methode folgte NAWIASKY übrigens nicht nur in den Seminaren, sondern auch an mündlichen Prüfungen. Dies konnte für Kandidaten eine Hilfe sein, aber auch eine Belastung, weil NAWIASKY am gestellten Thema beharrlich festhielt, auch dann, wenn der Kandidat mit dem Einstieg Mühe hatte.

Wenn ich hervorhebe, wie wertvoll der Positivismus von HANS NAWIASKY für das Erlernen der juristischen Analyse war, so muss doch auch erwähnt werden, dass sein Positivismus mich einmal irritiert hat. Dies geschah im Zusammenhang einer Diskussion zu den Nürnberger Kriegsverbrecherprozessen, deren Rechtsgrundlage bekanntlich kontrovers behandelt wurde. NAWIASKY vertrat in dieser Frage die Auffassung, man hätte die Angeklagten aufgrund rückwirkend erlassener Strafbestimmungen verurteilen sollen. Gerne würde ich ihn heute noch einmal dazu hören, denn die Fragestellung führte, was ich damals übersah, über die übliche Positivismus-Thematik und das strafrechtliche Rückwirkungsverbot hinaus, wegen der Problematik von Völkerrecht im Werden und vor allem wegen des Verhältnisses von Kriegsverbrechen zu einem unbedingt zu wahren ethischen Minimum in der Ausübung staatlicher Funktionen.

Zur positivistischen Grundeinstellung von HANS NAWIASKY passte seine Disziplin alter Schule. Über jedes Seminar musste, wie erwähnt, ein detailliertes Protokoll geführt werden. NAWIASKY verlangte aber erkennbar auch Disziplin von sich selbst. Ich erinnere mich nicht, dass je eine Stunde verschoben wurde. Bewundernswert war auch, mit welchem Pflichtbewusstsein er sich in die Besonderheiten des schweizerischen öffentlichen Rechts eingearbeitet hatte. Davon zeugen auch Gutachten zuhänden schweizerischer staatlicher Auftraggeber und seine Veranstaltungen für Angehörige der öffentlichen Verwaltung im Rahmen der von ihm begründeten Verwaltungskurse an der Handels-Hochschule St.Gallen.

Ich habe Jahre später als sein Nachfolger die Verwaltungskurse übernommen und dort die von NAWIASKY begründete Publikationsreihe in einer Neuen Reihe wieder aufgenommen. Dabei habe ich veranlasst, dass in jedem Band der Neuen Reihe der Name von HANS NAWIASKY als ursprünglicher Begründer der Publikationsreihe des Instituts erwähnt wurde. Ich tat dies aus Respekt gegenüber dem Begründer der Verwaltungskurse und vor allem auch unter dem Eindruck seiner Noblesse. Diese Eigenschaft zu erwähnen ist mir am Schluss der hier vorgelegten Erin-

nerungen an Professor HANS NAWIASKY ein tiefes Bedürfnis. Obwohl NAWIASKY zufolge der Herrschaft der Nationalsozialisten in Deutschland grosses Unrecht erdulden musste und das spätere Leben in der Schweiz nicht leicht war, hat NAWIASKY in seinen Lehrveranstaltungen nie Ressentiments oder gar Feindschaft gegenüber Deutschland erkennen lassen. Während etwa HANS KELSEN den Untergang Deutschlands als Völkerrechtssubjekt und damit als Staat mit der Begründung behauptet hatte, die vom Deutschen Reich begangenen ungeheuerlichen Verbrechen hätten es zum *outlaw* gemacht, war für NAWIASKY der demokratische Wiederaufbau Deutschlands und die Wiederaufnahme normaler Beziehungen auch zwischen der Schweiz und Deutschland ein Anliegen. Dabei konnten selbst Studenten die Tragik erkennen, die das Leben eines Gelehrten prägte, welcher der mitteleuropäischen Kultur zutiefst verhaftet war, jedoch einzig wegen seiner jüdischen Abstammung aus ihr verstossen werden sollte. Die Noblesse von HANS NAWIASKY in seinem Verhältnis zu Nachkriegsdeutschland gehörte zu seinem Erscheinungsbild, und gerade auch dieser Zug beeinflusste seine Studenten und prägt in der Erinnerung zusammen mit seiner wissenschaftlichen Kompetenz das Bild von Professor NAWIASKY als herausragende Persönlichkeit.