

RAFAEL KÜFFER

Eine liberale Kritik am Notrecht

*Beiträge zur Rechtsgeschichte
des 20. Jahrhunderts*

79

Mohr Siebeck

Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts

herausgegeben von

Thomas Duve, Hans-Peter Haferkamp, Joachim Rückert
und Christoph Schönberger

79



Rafael Küffer

Eine liberale Kritik am Notrecht

Zaccaria Giacometti als Protagonist
der Schweizer Notrechtsdebatte

Mohr Siebeck

Rafael Küffer, geboren 1978; Ausbildung zum Chemielaborant; Studium der Rechtswissenschaften in Bern, Poitiers (Frankreich) und Luzern; Anwaltspraktika und -zulassung; wissenschaftlicher Assistent am Institut für Rechtsgeschichte der Universität Bern und Tätigkeit als selbstständig praktizierender Anwalt; seit Ende 2012 Oberassistent an der Universität Bern und Tätigkeit im Unternehmensrechtsdienst einer Schweizer Versicherung; 2013 Promotion.

ISBN 978-3-16-153086-9 / eISBN 978-3-16-160415-7 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 0934-0955 (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts)

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

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und V erarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Januar 2013 abgeschlossen und im März desselben Jahres von der Universität Bern als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung wurde sie geringfügig überarbeitet, die Schweizer Rechtschreibung blieb indes erhalten.

Mein grösster Dank gebührt meinen Eltern, Cécile von Reding und Urs Küffer, die meine Ausbildung ermöglichten und mich dabei auf vielfältigste Weise unterstützten. Ihnen ist die Arbeit gewidmet.

Für das Gelingen der Arbeit entscheidend war sodann die jederzeit wohlwollende, fordernde und fördernde Betreuung meiner Doktormutter, Prof. Dr. Sibylle Hofer. Ihr verdanke ich nicht nur viele wertvolle Inputs, sondern auch eine lehrreiche Zeit als Assistent am Institut für Rechtsgeschichte. Herzlichen Dank.

Meine Partnerin, Chantal Jegge, hat die Entstehung dieser Arbeit mit grosser Geduld begleitet und für deren Zustandekommen viel gemeinsame Zeit entbehrt. Ihr gebührt dafür ein ganz besonderer Dank.

Von den vielen Freunden, die mich während meiner Ausbildung begleitet haben, seien hier Urs Brändli und Janos Naduvari erwähnt. Auch sie haben zu dieser Arbeit beigetragen, wofür ich ihnen herzlich danke.

Luzern, im März 2014

Rafael Küffer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung.....	1
I. Thema der Untersuchung	1
1. Notrecht.....	1
2. Giacometti	3
II. Forschungsstand	4
1. Notrechtsdebatte	4
2. Giacomettis Arbeiten in der Diskussion	5
III. Gliederung der Untersuchung.....	6
IV. Giacometti als Person	7
V. Begriffe	8
<i>Erster Teil: Die Zeit nach dem 1. Weltkrieg.....</i>	<i>9</i>
I. Hintergründe.....	9
1. Rechtliche Ausgangslage	9
a) Für die Bundesversammlung.....	9
b) Für den Bundesrat.....	10
c) Für das Bundesgericht	11
2. Erlass von Notrecht.....	11
3. Folgen des Krieges.....	12
4. Abbau des Kriegsrechts.....	14
5. Blick nach Deutschland.....	16
a) Staatsinterventionen im Krieg.....	16
b) Notrechtsverordnungen.....	17

c) Die Debatte um Art. 48 Abs. 2 WRV	19
aa) Schmitts Thesen	19
bb) Reaktion	20
d) Weltwirtschaftskrise	22
e) Versagen des Parlaments	23
f) Konstitutionelles oder extrakonstitutionelles Notrecht	25
g) Stellungnahmen zum Notrecht	26
h) Giacomettis Stellungnahme zur deutschen Debatte	28
II. Schweizer Notrechtsdebatte	30
1. Zustimmung	30
2. Erste Kritikpunkte	31
a) Einschränkungen der Justizkontrolle	32
b) Gerichtliche Überprüfung von Notverordnungen	33
aa) Die Rechtsprechung des Bundesgerichts	33
bb) Stellungnahmen	34
c) Authentische Auslegung	35
aa) Begriff	35
bb) Der Fall Böhi	36
cc) Kritik am Entscheid	39
III. Giacomettis Meinungsänderungen	40
1. Legitimation von Notrecht	40
a) Antrittsrede 1925	40
aa) Methodik der Verfassungsauslegung	40
bb) Politische Verfassungsauslegung	42
b) Festschriftenbeitrag 1927	43
2. Zulässigkeit von Notverordnungen	45
a) Selbstständige Notverordnungen	45
b) Unselbstständige Verordnungen	46
3. Gerichtliche Überprüfung der Notverordnungen	48
a) Festschriftenbeitrag von 1927	48
b) Antrittsvorlesung 1928	49
IV. Politische Sicht auf das Notrecht	51
1. Giacomettis Feststellung	51
2. Begriffe	52
a) Rechtsstaat	52
b) Polizei	52
c) Polizeistaat	53
3. Liberale Bewegung	54
a) Kritik am Polizeistaat	54
b) Liberale Staatsgründung	55

c) Liberalismusdebatte.....	56
aa) Grundsätzliche Überlegungen	56
bb) Überlegungen zur Demokratie.....	57
V. Fazit.....	59
1. Giacomettis Entwicklung	59
2. Politische Positionierung.....	59
3. Deutsche Debatte	60
4. Kriegsfolgen	61

Zweiter Teil: Die Zeit der nationalsozialistischen Machtergreifung 63

A. Hintergründe 63

I. Diktatur in Deutschland	63
II. Krisenpolitik in der Schweiz	66
1. Wirtschaftskrise	66
2. Kriseninitiative	67
a) Antwort auf die Krise	67
b) Giacomettis Kommentar	68
3. Initiative für die Totalrevision der Bundesverfassung.....	69
a) Fronten als politische Kraft.....	69
b) Giacomettis Stellungnahme	70
c) Volksentscheide mit Folgen.....	72
III. Geistige Landesverteidigung.....	72
1. Äussere Bedrohung	72
2. Unterschiedliche Ansichten.....	73
3. Der sozialdemokratisch-gewerkschaftliche Ansatz	74
4. Die christlich-konservative Richtung	75
5. Liberale Strömung	76
6. Geistige Landesverteidigung an der Universität Zürich	77

B. Notrechtsdebatte..... 79

I. Dringlicher Bundesbeschluss anstatt Gesetz.....	79
1. Fragestellung	79
2. Beurteilung der Praxis der Bundesversammlung in der Lehre.....	79
II. Verfassungsänderungen mittels Notrecht	81
1. Verfassungsändernder Bundesbeschluss.....	81
2. Widerstand im Volk	82

3. Stellungnahmen der Lehre.....	84
a) Wackernagel jun.....	84
b) Burckhardt.....	85
c) Nawiasky.....	86
4. Giacometti	88
a) Kritik am Demokratieabbau.....	88
b) Notrechtsartikel	89
III. Staatsinterventionen.....	91
1. Notrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik	91
2. Giacomettis Kritik.....	92
IV. Notverordnungen	94
1. Bundesrat als Gesetzgeber.....	94
2. Giacomettis Kritik.....	96
V. Polizeiverordnungen	97
1. Problemstellung	97
2. Giacomettis Kritik.....	98
3. Diskussion mit Schindler	99
4. Die strittigen Punkte	100
a) Stellung der Exekutive.....	100
b) Historische Verfassungsauslegung.....	101
c) Die Berufung auf Literatur.....	104
d) Rechtsprechung als Argument	106
VI. Das Bundesgericht als Hüter des Rechtsstaats	109
1. Rechtsschutz gegen Notverordnungen	109
a) BGE 61 I 362.....	109
b) Argumentation des Bundesgerichts	110
c) Meinungen in der Lehre.....	112
d) Giacomettis Position.....	112
2. Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit	114
a) Giacomettis Analyse des aktuellen Schweizer Rechts	114
b) Giacomettis Vorschlag.....	115
c) Einschränkungen	117
d) Volksinitiative für die Verfassungsgerichtsbarkeit.....	117
<i>C. Fazit</i>	120
I. Notrechtsmissbrauch.....	120
II. Kritik am Notrecht	121
III. Politische Argumente.....	121

IV. Geistige Landesverteidigung.....	123
1. Schweizer Demokratie	123
2. Giacometti in der geistigen Landesverteidigung	124
3. Legitimation von Notrechtskritik	124
4. Distanz zu Deutschland.....	126
<i>Dritter Teil: Die Zeit des 2. Weltkriegs</i>	127
I. Hintergründe.....	127
1. Politische Hintergründe.....	127
a) Gefahrenabwehr	127
b) Notrecht als Mittel der Zukunftsgestaltung	128
2. Gestaltung der Wirtschaftsordnung	129
a) Wehrkraft als Ausgangspunkt	129
b) Sozialstaatlicher Schutz des Bürgers.....	130
c) System der Marktwirtschaft	131
3. Ökonomietheoretischer Hintergrund der politischen Debatte.....	132
a) Rezeption ökonomischer Konzepte in der öffentlichen Diskussion.....	132
b) Der Ordoliberalismus als Konzept	133
c) Der Ordoliberalismus als dritter Weg.....	134
aa) Zentralverwaltungswirtschaft	135
bb) Vermachtet freie Wirtschaft	136
d) Die Freiheitsrechte im Ordoliberalismus.....	137
e) Ordoliberale Politik	138
II. Notrechtsdebatte	141
1. Veränderte Rechtslage	141
a) Verfassungsänderung von 1939	141
b) Vollmachtenbeschluss nach neuem Recht	142
2. Kriegsrecht in der Form von Notverordnungen	144
3. Verlauf der Notrechtsdebatte.....	145
4. Pointierte Stellungnahmen	147
5. Dringlichkeits- versus Notrecht.....	148
a) Schindlers Ansatz	149
b) Giacomettis Kritik	149
6. Legitimation von Notrecht	150
a) Schindlers Konzept.....	150
b) Giacomettis Bedenken	151
7. Blick auf die Nachkriegsordnung	153
a) Schindler	153
b) Giacometti.....	157

III. Fazit.....	161
1. Streit um die Nachkriegsordnung	161
2. Das Individuum in der Schweizer Nachkriegsordnung	163
<i>Vierter Teil: Die Nachkriegszeit</i>	165
I. Hintergründe.....	165
1. Kalter Krieg	165
a) Innerer Zusammenhalt	165
b) Wirtschaftliche Landesverteidigung.....	167
2. Notrechtsabbau	168
a) Anfängliche Verzögerungen	168
b) Volksinitiativen für schnelleren Notrechtsabbau	171
aa) Stellungnahme des Bundesrats	171
bb) Inhaltliche Verknüpfung	172
cc) Zustimmung des Volkes.....	172
dd) Giacomettis Beitrag	173
ee) Zweite Initiative.....	174
II. Notrechtsdebatte	175
1. Beurteilung des Kriegsnotrechts.....	175
2. Debatte um zukünftiges Notrecht	176
a) Neue Verfassungsbestimmung	176
b) Fehlende Hinweise in den Materialien	177
c) Giacomettis Position.....	178
aa) Besonderheit der Schweiz als Argument	178
bb) Wortlaut von Art. 89 ^{bis} BV 1874	180
d) Giacometti in der Minderheit.....	182
3. Debatte um den Abbau des Kriegswirtschaftsrechts	184
a) Bisheriges Notrecht als ordentliches Recht	184
b) Stellungnahmen	185
aa) Hans Steiner.....	185
bb) Hans Huber	186
cc) Hans Marti	187
dd) Franz Böhm	188
c) Giacomettis Position.....	189
d) Angeblicher Fürsprecher des Sozialstaates der Nachkriegszeit	192
III. Fazit.....	194

Schlussfolgerungen	197
I. Fokussierung auf die Schweizer Verfassung.....	197
II. Politik und Verfassungsauslegung.....	197
1. Politische Legitimierung des Notrechts	197
2. Politisch überlagerte Verfassungsauslegung.....	198
3. Notrecht und Wirtschaftspolitik	199
III. Kein passendes Etikett	200
IV. Ausstrahlung.....	201
Verzeichnis von Giacomettis Publikationen	203
Literatur-, Materialien- und Archivalienverzeichnis	207
I. Literaturverzeichnis	207
II. Materialienverzeichnis	225
1. Botschaften und Berichte des Bundesrats	225
2. Aus parlamentarischen Debatten	227
III. Verzeichnis der Archivalien.....	228
Stichwortverzeichnis.....	231

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
bzw.	beziehungsweise
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (in Kraft getreten am 1. Januar 2000)
BV 1874	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (in Kraft bis zum 31. Dezember 1999)
ca.	circa
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
etc.	et cetera
f.	folgende/r (Singular)
ff.	folgende (Plural)
Fn.	Fussnote
Habil.	Habilitation
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber/-in/-schaft
JORF	Journal officiel de la République française
lit.	litera
N	Nationalrat
N.	Note, Randnote
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Schweizer Tageszeitung)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rz.	Randziffer(n)
S	Ständerat
S.	Seite
Sp.	Spalte
SR	Sammlung der eidgenössischen Gesetze und systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
Sten. Bull.	Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung (seit 1963 „Amtliches Bulletin der Bundesversammlung“)

WRV	Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung)
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

Einleitung

I. Thema der Untersuchung

I. Notrecht

Oft sehen Staatsverfassungen für Krisensituationen besondere Regelungen vor. Diese haben eines gemeinsam: Das ordentliche Verfahren, Rechtssätze oder Einzelanordnungen (Verfügungen) zu erlassen, wird abgekürzt. Exekutive und/oder Legislative erhalten die Kompetenz, einen Rechtssatz oder eine Einzelanordnung schneller zu erlassen, als es das ordentliche Verfahren zuliesse. Dies soll es ermöglichen, eine Gefahr für den Staat zeitnah abzuwehren. Im Vordergrund stehen dabei die in einem ausserordentlichen Verfahren erlassenen Rechtssätze. Jene können nicht, wie für den Normalfall vorgesehen, demokratisch legitimiert werden.

Auch die aktuell geltende schweizerische Bundesverfassung¹ enthält solche Bestimmungen. Art. 165 BV regelt die Gesetzgebung bei Dringlichkeit. Nach Art. 165 Abs. 1 BV können Bundesgesetze für dringlich erklärt werden, wenn diese keinen Aufschub dulden und wenn eine Mehrheit der Mitglieder jedes Rates dieselben für dringlich erklären. Die dringlichen Bundesgesetze treten sofort in Kraft, ein mögliches Referendum des Volkes wird nicht abgewartet.² Gemäss Art. 165 Abs. 3 BV kann die Bundesversammlung auch ohne Verfassungsgrundlage Bundesgesetze erlassen, die sofort in Kraft treten. Freilich treten dringlich erlassene Bundesgesetze ausser Kraft, wenn diese nicht innerhalb eines Jahres an einer Volksabstimmung angenommen werden.³ Weiter kann die Bundesversammlung nach Art. 173 Abs. 1 lit. c Verordnungen oder einfache Bundesbeschlüsse erlassen, wenn ausserordentliche Umstände auf diese Weise angeordnete Massnahmen für die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz erfordern.⁴ Der Bundesrat kann nach Art. 184 Abs. 3 BV sowie gemäss Art. 185 Abs. 3 BV Verordnungen und Verfügungen erlassen, wenn die Wahrung der Interessen des Landes es erfordert, bzw. um eingetretenen oder dro-

¹ SR 101.

² HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, N. 1828.

³ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, N. 1833.

⁴ Dazu TRÜMLER, Notrecht, S. 125 ff. mit weiteren Hinweisen.

henden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen.⁵

In der BV sind indes nach herrschender Meinung nicht alle Massnahmen zur Abwehr einer Gefahr ausdrücklich geregelt. Neben den in der Verfassung vorgesehenen ausserordentlichen Rechtssetzungs- und Verfügungsmöglichkeiten wird ein sogenanntes extrakonstitutionelles Notstandsrecht postuliert.⁶ D. h., nebst den in der BV vorgesehenen ausserordentlichen Rechtssetzungs- und Verfügungsbefugnissen soll es noch ausserordentlichere, in der BV nicht vorgesehene und damit auch nicht definierbare Handlungsmöglichkeiten geben. Begründet wird dies mit dem Gedanken des Staatsnotstandes: Wenn der Bestand des freiheitlichen Staates, die Unabhängigkeit des Landes oder das Überleben der Bevölkerung in Frage gestellt seien, müssten Einschränkungen der Verfassungsordnung als legitime Massnahmen hingenommen werden.⁷ Handeln müsse in erster Linie der Bundesrat; dieses Handeln nachträglich zu legitimieren oder hierfür die Vollmachten zu erteilen, sei Sache der Bundesversammlung.⁸

Welche Brisanz diesem extrakonstitutionellen Notstandsrecht zukommen kann, illustriert folgender Sachverhalt: Im Jahre 1990 verfügte die Verwaltung des Kantons Luzern eine Nachsteuer und eine Busse gegen die Erben eines Erblassers, der sein Vermögen und Einkommen nicht korrekt versteuert hatte. Demnach hatten die Erben eine Strafe (Busse) für fremdes Verhalten zu gewärtigen. Normative Grundlage hierfür war der Bundesratsbeschluss vom 9. Dezember 1940 über die Erhebung der direkten Bundessteuer. Diesen hatte der Bundesrat gestützt auf ausserordentliche Vollmachten erlassen, er stellte also extrakonstitutionelles Notstandsrecht dar.⁹ Die Erblasser wehrten sich gegen die Bussenverfügung mit dem Argument, diese verletze die durch die Verfassung garantierte Unschuldsumutung. Das Bundesgericht entgegnete im Urteil vom 15. November 1991 (BGE

⁵ Dazu TRÜMLER, *Notrecht*, S. 284 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, *Bundesstaatsrecht*, N. 1862 ff.; KIENER, *Bundesrätliches Notrecht*, S. 464 f.

⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER, *Bundesstaatsrecht*, N. 1802; TSCHANNEN, *BV-Kommentar*, N. 11 zu Art. 165; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, N. 12 zu § 10; BELLANGER, *droit de nécessité*, N. 35 ff.; Kiener, zieht die Grenze dieses extrakonstitutionellen Notrechts beim völkerrechtlichen (*ius cogens*), bei den notstandsfesten Garantien von Menschenrechtspakten und den Kerngehalten von Grundrechten. (KIENER, *Bundesrätliches Notrecht*, S. 466 f. mit weiteren Hinweisen.)

⁷ TRÜMLER, *Notrecht*, S. 124 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, *Bundesstaatsrecht*, N. 1803.

⁸ TSCHANNEN, *BV-Kommentar*, N. 11 zu Art. 165.

⁹ HANGARTNER, *Urteilsbesprechung*, S. 1364; TSCHANNEN, *BV-Kommentar*, N. 11 zu Art. 165. Durch ein ordentliches Gesetz wurde er erst am 1. Januar 1995 ersetzt. Es ist dies das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (SR 642.11), das in Art. 201 festhält: „Der Bundesratsbeschluss vom 9. Dezember 1940 über die Erhebung einer direkten Bundessteuer (BdBSt) wird aufgehoben.“

117 Ib 367, E. 1a S. 369), ob dieser Standpunkt zutreffe, sei gar nicht zu prüfen. Es sei nach Art. 113 Abs. 3 BV an die Bundesgesetze gebunden, was nach ständiger Rechtsprechung auch für diesen Bundesratsbeschluss zutreffe. In seiner Urteilsbesprechung führte *Yvo Hangartner*¹⁰ als Begründung für diese Rechtsprechung des Bundesgerichts unter anderem Folgendes aus: „Diese Praxis hat ihren Grund darin, dass der Bundesratsbeschluss gestützt auf den Bundesbeschluss vom 30. August 1939 über Massnahmen zum Schutz des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität als extrakonstitutionelles Staatsnotrecht¹¹ erging.“¹² Im Ergebnis wurde der verfassungsmässig garantierte Grundsatz, dass Strafen persönlich, also auch unvererblich sind, noch im Jahre 1990 gestützt auf eine bundesrätliche Verordnung missachtet, die der Bundesrat im Rahmen seiner Vollmachten zur Bewältigung des Zweiten Weltkrieges erlassen hatte. Sogenanntes extrakonstitutionelles Staatsnotrecht hatte die ordentliche Verfassungsordnung auch 60 Jahre nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges abgeändert. Wohl wurde der genannte Bundesratsbeschluss vom Verfassungsgeber nach dem Krieg genehmigt.¹³ Jedoch stand er am Anfang einer steuerrechtlichen Praxis,¹⁴ nach welcher jahrzehntelang verfassungsmässige Rechte nicht gewährt wurden; auch war er bis zum 1. Januar 1995 die Rechtsgrundlage für Bussenverfügungen dieser Art.¹⁵ Es bedurfte eines Entscheides des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, der erst im Jahre 1996 erging, um diesen Zustand zu ändern.¹⁶

2. *Giacometti*

Zaccaria Giacometti veröffentlichte von 1922 bis 1960 zahlreiche wissenschaftliche Beiträge, in denen er zu notrechtlichen Fragen Stellung nahm. Seine Beiträge zur Notrechtsdebatte haben ihn über die Schweizer Landes-

¹⁰ Yvo Hangartner (24.02.1933–15.03.2013), Prof. em. für Öffentliches Recht mit bes. Berücksichtigung des Staats- und Verwaltungsrechts an der Universität St. Gallen, zu ihm, KLEY, Yvo Hangartner.

¹¹ Während HÄFELIN/HALLER/KELLER von einem *extrakonstitutionellen Notstandsrecht* sprachen, verwendete HANGARTNER den Begriff *extrakonstitutionelles Staatsnotrecht*. Gemeint ist dabei dasselbe.

¹² HANGARTNER, Urteilsbesprechung, S. 1364.

¹³ HANGARTNER, Urteilsbesprechung, S. 1364; wie es zur Genehmigung dieser provisorischen Verfassungsordnung kam, führte der Bundesrat aus in BBl 1957 I 505–630, S. 505 ff.

¹⁴ Illustrativ für die Bedeutung dieses Bundesratsbeschlusses für die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts: BGE 138 II 32, E. 2.1.2 S. 36 und BGE 2C_351/2011 vom 4. Januar 2012, E. 2.2.1.

¹⁵ BBl 1983 III S. 1–381, S. 3 und S. 70 f.

¹⁶ EGMR-Entscheid vom 29. August 1996, Fall. Nr. 71/1996/690/882; HANGARTNER, Urteilsbesprechung, S. 1364.

grenzen hinaus bekannt gemacht. Noch heute, mehr als 50 Jahre nach *Giacometti's* letzter Stellungnahme zu diesem Thema, werden seine damals formulierten Argumente diskutiert – und zwar zu notrechtlichen Fragestellungen unter geltendem Recht.¹⁷

II. Forschungsstand

1. Notrechtsdebatte

In der bisher erschienenen Literatur zur Schweizer Verfassungsgeschichte, die den für diese Untersuchung definierten Zeitraum abhandelt,¹⁸ wurde jeweils auf einzelne Aspekte der Schweizer Notrechtsdebatte eingegangen.¹⁹ In seinem Werk zur „Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz“ skizziert *Andreas Kley*²⁰ einige Kernpunkte dieser Debatte und beschreibt zugleich in der bei diesem Werk gebotenen Kürze wichtige Akteure wie beispielsweise *Dietrich Schindler*,²¹ *Hans Huber*²² und *Zaccaria Giacometti*²³. Reich setzt sich in seiner Dissertation mit dem 1933 erlassenen Warenhausbeschluss²⁴ als ein Beispiel eines notrechtlichen Erlasses auseinander und beleuchtet die diesbezüglichen politischen und ökonomischen Hintergründe.²⁵ *Walther Kälin*²⁶ erläutert in seinem Beitrag zu den „Veröffentlichungen der Unabhängigen Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg“ die rechtlichen Aspekte der Schweizer Flüchtlingspoli-

¹⁷ Als Beispiel aus der Literatur und der Rechtsprechung sei hier anstatt aller auf TRÜMLER, Notrecht, S. 117 f. sowie auf BVGer B-1092/2009 Urteil vom 5. Januar 2010, E. 8.4.2. hingewiesen.

¹⁸ KÖLZ Verfassungsgeschichte, Bd. 2, S. 751–782 u. S. 897–903; KLEY, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 338–390.

¹⁹ KÖLZ, Verfassungsgeschichte, Bd. 2, insbesondere S. 897–903; KLEY, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, insbesondere S. 352–365 u. S. 375–377.

²⁰ Prof. für öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie an der Universität Zürich.

²¹ KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts, S. 162–167 (zu Dietrich Schindler [3.12.1890–10.1.1948] vgl. SCHINDLER (JUN.), Schindler (sen.) ein Staats- und Völkerrechtler mit weiteren Hinweisen).

²² KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts, S. 173–192 (zu Hans Huber [24.5.–13.11.1987] vgl. Mayer Marcel, Hans Huber).

²³ KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts, S. 246–250.

²⁴ Bundesbeschluss über das Verbot der Eröffnung und Erweiterung von Warenhäusern, Kaufhäusern, Einheitspreisgeschäften und Filialgeschäften vom 14. Oktober 1933 (AS 1933, S. 825–827).

²⁵ REICH, Demokratie in der Krise in der Krise.

²⁶ Prof. Dr., Ordinarius für eidgenössisches und vergleichendes kantonales Staatsrecht sowie Völkerrecht unter Einschluss des Rechtes internationaler Organisationen an der Universität Bern.

tik, wobei er sich vertieft mit der Verfassungsmässigkeit des während des Zweiten Weltkriegs erlassenen Notrechts und der diesbezüglich geführten Notrechtsdebatte auseinandersetzt.²⁷ Es gibt indes noch keine Arbeit, die sich mit *Giacometti* als Protagonisten der Notrechtsdebatte befasst und hierfür den gesamten Zeitraum, in dem *Giacometti* wissenschaftlich publizierte, d.h. von 1919 bis 1960, untersucht.²⁸ Diese Lücke soll durch nachstehende Untersuchung geschlossen werden. Hierfür wird die Schweizer Notrechtsdebatte möglichst breit dargestellt und in den jeweiligen politischen und ökonomischen Kontext eingebettet. In der Notrechtsdebatte hatten die Protagonisten als argumentative Stütze immer wieder auf Werke von ausländischen Autoren hingewiesen. Deutlich im Vordergrund standen dabei die Arbeiten von deutschen Staatsrechtlern. Daher geht die vorliegende Arbeit, soweit dies zum besseren Verständnis der Schweizer Debatte notwendig ist, auch auf die deutsche staatsrechtliche Notrechtsdiskussion ein.

2. *Giacomettis* Arbeiten in der Diskussion

In bisher erschienenen Beiträgen, die sich mit dem Schaffen und der Person von *Giacometti* befassten, wurde teilweise versucht, diesen Juristen mit bestimmten Etiketten wie z.B. denjenigen des „Positivisten“ oder des „Schüler[s] *Kelsens*“ zu versehen.²⁹ *Kley* sieht in *Giacometti* einen Staatsrechtler mit einer grundsätzlich „positivistischen Grundhaltung“, der zugleich „de[n] Liberalismus mit seinen vorstaatlich, d.h. naturrechtlich vorausgesetzten Grundrechten“ verteidigt habe.³⁰ Letzteres sei die einzige „naturrechtliche Position“, die *Giacometti* vertreten habe.³¹ Im Historischen Lexikon der Schweiz schrieb *Alfred Kölz*³² über *Giacometti* und seine Kritik am Notrecht: „Dem in Deutschland aufkommenden staatsrechtlichen Irrationalismus versuchte er [*Giacometti*] mit Hilfe des normologischen Denkens der rationalistischen Wiener Rechtsschule von *Hans Kelsen* entgegenzutreten.“³³ *Giacomettis* Fakultätskollege *Dietrich Schindler*³⁴ stellte schon 1942 – allerdings vorwurfsvoll – fest: „Wenn Prof. *Giacometti* auf Grund des gleichen positiven Rechts und auf Grund der gleichen

²⁷ KÄLIN, Aspekte der Flüchtlingspolitik, S. 377–417.

²⁸ Nachdrucke sind dabei nicht berücksichtigt.

²⁹ SCHINDLER (JUN.), Staats- und Verwaltungsrecht, S. 314; kritisch dazu schon *Giacomettis* Schüler KÄGI, Geburtstag-Giacometti, NZZ-1953.

³⁰ KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts, S. 213 f.

³¹ KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts, S. 213 f.

³² *Alfred Kölz* (15.5.1944–29.05.2003) von 1983–2003 Ordinarius für Staats-, Verwaltungsrecht und Verfassungsgeschichte an der Universität Zürich. Zu ihm vgl. *Bürgi, Alfred Kölz*.

³³ KÖLZ, *Giacometti*, S. 396 (abgekürzte Begriffe wurden ausgeschrieben).

³⁴ Zu ihm: SCHINDLER (JUN.), *Schindler (sen.) ein Staats- und Völkerrechtler*.

Praxis zu Folgerungen gelangt wie kein anderer schweizerischer Rechtslehrer, so dürfte das dem Umstand zuzuschreiben sein, daß er als einziger unter ihnen die Thesen der sog. ‚Reinen Rechtslehre‘ *Kelsens* übernommen hat.³⁵ Solcherlei Etikettierung bringt jedoch keinen Erkenntnisgewinn und es ist damit auch nicht möglich, *Giacomettis* Schaffen richtig zu würdigen. Es fehlte bislang an einer Arbeit, die *Giacometti* in der Schweizer Notrechtsdebatte verortet und diese hierfür in ihrem politischen und ökonomischen Kontext darstellt, um ein differenziertes Bild von *Giacometti* zu gewinnen. Diese Lücke versucht die vorliegende Arbeit zu schliessen, indem *Giacomettis* Veröffentlichungen mit Bezug zum Notrecht in die Debatte des im entsprechenden Teil dieser Arbeit besprochenen Zeitabschnittes eingeordnet werden.

III. Gliederung der Untersuchung

Mit Blick auf zahlreiche wissenschaftliche Beiträge, die *Giacometti* zur Diskussion über das Notrecht geleistet hat, lässt sich ein zeitlich-historischer Zusammenhang herstellen. Deshalb gliedert sich diese Arbeit in vier Abschnitte, die sich durch jeweils unterschiedliche politische Voraussetzungen für *Giacomettis* Arbeiten definieren. Der erste Teil der Arbeit befasst sich mit dem Versuch, die wirtschaftliche Krisensituation als Folge des Ersten Weltkrieges zu bewältigen. In dieser ersten Phase suchte *Giacometti* seine Position zu Fragestellungen bezüglich des Notrechts, was sich in einigen Meinungsänderungen niederschlug. Der zweite Teil der Arbeit setzt sich mit Hitlers Machtergreifung in Deutschland und der davon für die Schweiz ausgehenden Bedrohung auseinander.³⁶ Der Dritte Teil der Arbeit untersucht die Notrechtsdebatte während des Zweiten Weltkrieges. Nach dem Krieg galt es, das Notrecht abzubauen und die Nachkriegsordnung zu gestalten. Auch hierzu lieferte *Giacometti* Beiträge, die im vierten Teil dieser Arbeit dargestellt werden. In diesem Sinne lassen sich für diese Arbeit folgende zeitliche Abschnitte bilden: die Zeit nach dem Ersten Weltkrieg (1919 bis 1932), die Zeit der nationalsozialistischen Machtergreifung (1933–1939), die Zeit des Zweiten Weltkrieges (1939 bis 1945) und die Nachkriegszeit (1945 bis 1960). Für jeden dieser Abschnitte werden die politischen und ökonomischen Hintergründe aufgezeigt und die während dieser Zeit von *Giacometti* veröffentlichten Beiträge zur Notrechtsdebatte analysiert. Auf diese Weise ergibt sich ein klares und differenziertes Bild von *Giacometti* als Protagonist der Schweizer Notrechtsdebatte.

³⁵ SCHINDLER, Diskussion über das Notrecht.

³⁶ Dazu KROESCHELL, Rechtsgeschichte im 20. Jh., S. 70 ff. mit weiteren Hinweisen.

IV. Giacometti als Person

In dieser Arbeit soll *Giacometti* als Staatsrechtslehrer und Protagonist der Notrechtsdebatte dargestellt werden. Über *Giacomettis* Privatleben, über seine Kindheit ist in den Archiven nur wenig an Informationen zu finden. Deshalb beschränkt sich diese Arbeit auf die wichtigsten biografischen Angaben zu *Giacometti*.³⁷ Geboren wurde er am 26. September 1893 in Stampa, das zum italienischsprachigen Teil des Kantons Graubünden gehört.³⁸ Nach dem Besuch des Gymnasiums in Schiers studierte er in Basel und Zürich Rechtswissenschaften. 1919 promovierte er mit der kirchenrechtlichen Arbeit „Die Genesis von Cavours Formel ‚libera chiesa in libera stato‘“, die der damals in Zürich lehrende *Fritz Fleiner*³⁹ betreute.⁴⁰ 1924 habilitierte *Giacometti* ebenfalls in Zürich zum Thema „Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichts“. In der Folge erhielt er die *venia legendi* für „schweizerisches Bundesstaatsrecht, allgemeines und schweizerisches Verwaltungsrecht, sowie Kirchenrecht“.⁴¹ 1927 wurde er zum ausserordentlichen⁴² und 1936 zum ordentlichen⁴³ Professor ernannt. Sein Lehrauftrag als ordentlicher Professor umfasste: „schweizerisches Bundesstaatsrecht, Allgemeines- und Bundesverwaltungsrecht, kantonales Staatsrecht, Kirchenrecht, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verwaltungsrechtspflege, Sozialgesetzgebung“. 1961 trat *Giacometti* aus gesundheitlichen Gründen und auf ärztlichen Rat hin als Professor zurück.⁴⁴ Am 10. August 1970 starb er in Zürich.⁴⁵

³⁷ Zu *Giacomettis* Herkunft und Familie vgl. KLEY, *Zaccaria Giacometti – Staatsrechtslehre als Kunst?*; KLEY, *Bregaglia – Zurigo*; je mit weiteren Hinweisen.

³⁸ Staatsarchiv Graubünden, A I 21/b4 Nr. 4, Bürgerregister Stampa.

³⁹ Zu *Fleiner* vgl. ROGER MÜLLER, *Verwaltungsrecht als Wissenschaft Fritz Fleiner 1867–1937*.

⁴⁰ Liste von *Fleiners* in Zürich betreuten Dissertationen, in: ROGER MÜLLER, *Verwaltungsrecht als Wissenschaft Fritz Fleiner 1867–1937*, S. 378 ff.

⁴¹ UAZ, AB.1.0315.1., Protokoll des Erziehungsrats vom 2. Juni 1924.

⁴² UAZ, AB.1.0315.1., Protokoll des Erziehungsrats des Kantons Zürich vom 25. August 1927.

⁴³ UAZ, AB.1.0315.1., Protokoll des Erziehungsrats des Kantons Zürich vom 5. März 1936.

⁴⁴ UAZ, AB.1.0315.1., *Giacomettis* Demissionsschreiben vom 18. September 1961; UAZ, AB.1.0315.1., Mitteilung des Dekans vom 19. September 1961.

⁴⁵ Staatsarchiv Graubünden, A I 21/b4 Nr. 4, Bürgerregister Stampa.

V. Begriffe

Nach einer zentralen These *Giacomettis* kann es extrakonstitutionelles Notstands- bzw. Staatsnotrecht nicht geben. In seinen Schriften verwendete *Giacometti* daher lediglich die Begriffe „Staatsnotrecht“ oder „Notrecht“.⁴⁶ In dieser Arbeit wird *Giacomettis* Terminologie folgend der Begriff Notrecht verwendet. Damit ist eine Rechtssetzung gemeint, bei der die von der Verfassung vorgegebenen Zuständigkeiten mit dem Argument übergangen werden, es liege eine Notlage vor, die eine solche ausserordentliche Rechtssetzung notwendig mache.⁴⁷ Von dieser Begriffsdefinition wird nur dort abgewichen, wo sich die Diskussion gerade um den Notrechtsbegriff dreht und es darum geht, die unterschiedlichen Notrechtsbegriffe einander gegenüber zu stellen. Die Beschlüsse der Bundesversammlung, die dem Bundesrat ausserordentliche Befugnisse einräumten, werden als Vollmachtenbeschlüsse bezeichnet. Verordnungen des Bundesrats, die dieser in Krisenzeiten gestützt auf einen Vollmachtenbeschluss erliess, werden als Notverordnungen bezeichnet; die zahlenmässig weit weniger bedeutenden Bundesratsverordnungen, die direkt auf die Verfassung gestützt ergingen, werden selbstständige Notverordnungen genannt.

⁴⁶ GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone, S. 506 f.

⁴⁷ Eingehend zum Notrechtsbegriff, TRÜMLER, Notrecht, S. 1 ff.