

VON DER FREIHEIT IN DER ALTEN EIDGENOSSENSCHAFT UND NACH DEN IDEEN DER FRANZÖSISCHEN REVOLUTION

PETER LIVER

EINLEITUNG

Die neuen politischen Auffassungen, welche in der Regenerationszeit siegten und zunächst in den Kantonsverfassungen, dann in der Bundesverfassung des Jahres 1848 verwirklicht wurden, hatten ihren Ursprung in den Ideen der französischen Revolution. Aber der Bundesstaat ist nicht, wie einst die helvetische Einheitsrepublik, nach einer ungeschichtlichen politischen Doktrin von fremder Seite aufgezwungen, sondern in weisem Anschluß an einheimische, althistorische Überlieferung entworfen und als natürliches Ziel einer stetig anschwellenden inneren Bewegung ins Leben gerufen worden. Mit diesen Worten hat J. Dierauer am Schluß seiner Geschichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft die herrschende Meinung seiner Zeit zum Ausdruck gebracht. Seither ist von unseren Historikern wiederholt die Frage behandelt worden, welches die Grundsätze und Einrichtungen des alten Rechts seien, die im neuen Staat weiterleben und in welchem Verhältnis sie zum Neugeschaffenen stehen. Je nach dem sachlichen und räumlichen Gebiet, das für den Historiker im Mittelpunkt steht und je nach seiner Geschichtsauffassung und politischen Einstellung wird die Kontinuität oder der Bruch mit der Vergangenheit stärker betont. R. Feller betont den Gegensatz: « Und doch nannten die Liberalen ihren Sieg die Regeneration. Der Name trifft nicht ganz zu. Demokratie, Menschenrechte und Gleichheit waren nicht altschweizerisch, sondern entsprangen fremden Staatslehren. Neugeburt sollte es heißen, trotz der alten Zutaten. »¹ Im Hinblick auf die lokale Selbstverwaltung, welche erhalten blieb, sagt Feller: « In der neuen

¹ Berns Verfassungskämpfe 1846, Bern 1948, S. 42.

Freiheit, mochte sie auch fremder Herkunft sein, schwang ein Klang der alten Schweizer Freiheit mit.»²

L. von Muralt sieht ebenfalls in der lokalen Selbstverwaltung die Brücke über die tiefe Kluft, welche das Jahr 1798 aufgerissen hatte. Die Tragkraft dieser Brücke schätzt er aber hoch ein: «In die neue, auf den Grundsätzen der Menschenrechte aufgebaute Verfassung wird das alte Recht und die lokale und zugleich korporative Freiheit eingebaut.»³ Allgemeiner, aber auch unbestimmter hat sich Gagliardi geäußert, indem er unter Berufung auf Fleiner⁴ von der Verbindung der Lehren Rousseaus mit fast verschütteten altgermanischen Rechtsgedanken spricht und meint: «Die Kantonsverfassungen, später die Gesamtkonstitution, griffen, wenn auch in ganz veränderten Formen, auf Ideale der spätmittelalterlichen Schweiz zurück.»⁵ W. Näf ist der Auffassung, daß eine ungebrochene Tradition in den Grundlagen der staatlichen Existenz, in den Grundgedanken des staatlichen Bewußtseins, ja in den Grundzügen der Verfassung und des Heerwesens die neue mit der alten Eidgenossenschaft verbinde. «Erst im 19. Jahrhundert hat schließlich der genossenschaftliche Gedanke in der Schweiz seine größte Leistung vollbracht: er führte aus den Bindungen der alten Zeit, aus dem Bund von 1815 den Staat von 1848 herauf, den Bundesstaat unserer heutigen Eidgenossenschaft.»⁶ Diese Urteile klingen nicht zusammen. Der Grund dafür liegt in der verschiedenen Beurteilung der historischen Tatsachen, aber auch in den verschiedenen Gesichtspunkten der Vergleichung und zum Teil in der Unbestimmtheit der verwendeten Begriffe.

Mit den folgenden Ausführungen soll der Versuch gemacht werden, die verschiedenen Arten und Formen altschweizerischer Freiheit festzustellen und ihre Merkmale näher zu bestimmen, um besser erkennen zu können, was davon in der Bundesverfassung von 1848 bewahrt und erneuert und was zerstört oder überwunden worden ist.

Die Erscheinungen der Freiheit in der Geschichte können nur erkannt werden, wenn der Gesichtspunkt der Betrachtung durch den allgemeinsten Begriff der Freiheit bestimmt ist, und ihre Ordnung ist nur möglich nach Kategorien, welche aus dem Begriff der Freiheit durch Anwendung auf bekannte Erscheinungen gewonnen werden. Freiheit ist Autonomie.

² Daselbst, S. 123.

³ Alte und neue Freiheit in der helvetischen Revolution, 1941, S. 27.

⁴ Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz, 1916, S. 9.

⁵ Geschichte der Schweiz, 4. Aufl. 1939, S. 1308.

⁶ Unser Staat. Erbschaft der Vergangenheit und Wege der Zukunft, 1942, S. 9 f., 9; vgl. auch desselben Verfassers Epochen der neueren Geschichte II, 1946, S. 119 ff.

Diese besteht entweder in der Selbstbestimmung des Individuums oder in der Selbstbestimmung von Verbänden. Wir nennen die eine die individuelle, die andere die korporative, genossenschaftliche oder Verbandsfreiheit. Die Autonomie kann ihrem Inhalt nach sein : entweder Freiheit von übergeordneter staatlicher oder herrschaftlicher Gewalt oder Selbstbestimmung durch Teilnahme an der Willensbildung des übergeordneten genossenschaftlichen, herrschaftlichen, staatlichen Verbandes. Die letztere wird als positive, aktive oder auch als demokratische Freiheit bezeichnet.

ERSTER ABSCHNITT

I

Die Freiheit, welche die Eidgenossen 1291 zum Teil wiederhergestellt, zum Teil neu errungen und in der Folge behauptet und erweitert haben, war die Selbstverwaltung der Talgemeinden, nicht nur die markgenossenschaftliche, sondern insbesondere die gerichtliche. Sie konnte im Laufe des Mittelalters zur vollen Selbständigkeit und damit zur staatlichen Unabhängigkeit gesteigert werden. So enge die drei Länder politisch miteinander verbunden waren, hielten sie doch in ihrem inneren Verhältnis an der Eigenstaatlichkeit fest. Sie bildeten nie einen Gesamtstaat, dessen Wille einem jeden von ihnen übergeordnet gewesen wäre. Auch die Bünde zwischen den Städten und Ländern, welche die acht- und dreizehnörtige Eidgenossenschaft gebildet haben, hatten den Zweck der Sicherung der Selbständigkeit eines jeden Ortes und der Hilfe bei der Erwerbung und Behauptung von Untertanengebieten. Wiederholt sind die eidgenössischen Orte vor der Entscheidung gestanden, entweder eine gemeineidgenössische Organisation zur Bildung eines Gesamtwillens zu schaffen oder eine Einbuße an Macht und eine fast unerträgliche Durchbrechung aller Ordnungen des staatlichen Lebens im Innern der Eidgenossenschaft zu leiden. Aber alle Versuche zur organisatorischen Stärkung und Vereinheitlichung des eidgenössischen Gemeinwesens scheiterten am unentwegten und unerschütterlichen Willen der Länderorte zur Behauptung ihrer Unabhängigkeit gegenüber der Mehrheit aller Orte. Aber weil die Bundeshilfe für jeden Ort notwendig war, konnte sein selbtherrliches Ausgreifen auch nur soweit gehen, als sie ihm zuteil wurde. So bildete die Bundesgemeinschaft trotz ihrer Uneinheitlichkeit und trotz des Fehlens jedes Organs zur Bildung und Durchsetzung des Gesamtwillens doch eine Schranke der Selbstherrlichkeit der Orte. Das Bewußtsein der unlösbaren Schicksalsverbundenheit gebot auch in den schwersten Krisen den zer-

störenden Kräften gerade noch vor ihrer vollen, die eidgenössische Gemeinschaft vernichtenden Auswirkung Halt.

Diese Stellung in der Gemeinschaft der Bünde gibt jedem Ort seine Freiheit. R. Feller hat sie als genossenschaftliche Freiheit charakterisiert.⁷ Die Genossenschaft ist für ihn eine gesellschaftliche Lebensform, durch eine besondere geistige, ethische, politische Haltung bestimmt, welche er mit einzigartiger Kraft der Einfühlung, geistigen Durchdringung und Gestaltung dargestellt hat. Sein Bild der Genossenschaft weist, wenn auch nur als Gerüst, einzelne Merkmale des rechtlichen Genossenschaftsbegriffs auf, insbesondere die Selbsthilfe im Sinne der Verbindung von Einzelwesen zur Sicherung ihrer Existenz und der erstrebten Lebensmöglichkeiten, dann die Gleichheit als Gleichmaß und Gegenseitigkeit in Genuß und Leistung sowie als individuelle Selbstbeschränkung auf das für die Genossen erträgliche Mittelmaß. Diese Lebenshaltung wirkt sich im Verhältnis jedes Ortes zum andern und in seinem innerstaatlichen Leben aus. Wie in der Markgenossenschaft die gemeine Mark das Nutzungsvermögen aller, sind auch alles staatliche Vermögen und jede staatliche Rechtsame Nutzungsgut aller vollberechtigten Mitglieder des Staatsverbandes. « Den äußersten Fall », sagt Feller, « bildete Graubünden, das mit seinen 63 souveränen Hochgerichten ein rätselhaftes Staatsdasein führte; hier war der Sieg der Genossenschaft vollkommen. » Es ist richtig, daß der genossenschaftliche Grundzug das ganze bündnerische Staatswesen und seine Glieder durchdrang. Dabei war der Freistaat Gemeiner III Bünde, der Bund der 48 Gerichtsgemeinden (die 26 Hochgerichte waren bloße Verwaltungseinheiten ohne eigene Organe) der Rechtsform nach ein Bundesstaat, denn die oberste Gewalt stand bei der Mehrheit der Gemeinden, und außenpolitische Handlungsfähigkeit hatten die Gemeinden nicht⁸.

Die Rechtsform vermag aber das Wesen einer staatlichen Gemeinschaft nicht zu bestimmen. Auch die Bezeichnung der alten Eidgenossenschaft als völkerrechtliche Verbindung im Gegensatz zur staatsrechtlichen ist entweder unrichtig oder so allgemein, daß sie den wesentlichen Unterschied zwischen der eidgenössischen Bundesgemeinschaft und einer beliebigen Bündnisbeziehung nicht erfaßt und deshalb über das Wesen der Eidgenossenschaft nichts Positives aussagt. Die Genossenschaft im Sinne Fellers ist dagegen eine Lebensform, mit welcher das Wesen einer Gemeinschaft unabhängig von der Rechtsform erfaßt werden kann. Wir möchten

⁷ Von der alten Eidgenossenschaft, Rektoratsrede, Bern 1938.

⁸ LIVER P., Die staatliche Entwicklung im alten Graubünden, ZSG XIII, 1933, S. 206 ff.

indessen als Genossenschaft nur den Verband mit einem Gesamtwillen, dem alle Genossen unterworfen sind, den sie aber selber bilden, bezeichnen. Die Eidgenossenschaft ist nicht eine Genossenschaft in diesem engeren Sinne gewesen. Die Freiheit eines jeden Ortes innerhalb der Gemeinschaft der Bünde nennen wir deshalb nicht genossenschaftliche, sondern bündische oder föderative Freiheit.

II

Die Verwirklichung des genossenschaftlichen Prinzips in der Organisation eines Verbandes macht diesen notwendigerweise zur autonomen Körperschaft. In dieser verbindet sich die korporative Freiheit im Sinne der Freiheit des Verbandes von übergeordneter staatlicher Gewalt mit der demokratischen Freiheit der Genossen. Solche Körperschaften waren in der alten Eidgenossenschaft die Länderorte selber. Sie waren demokratische Gemeinwesen. In ebenso reiner Form ist das korporative und demokratische Prinzip im Wallis und in Graubünden nach der Überwindung der feudalen Herrschaftsgewalt verwirklicht. In Graubünden haben die Gerichtsgemeinden eine der Souveränität nahekommende Selbständigkeit; sie bilden autonom den Gesamtwillen der ihnen übergeordneten Bünde und des Gesamtstaates; ihr eigener Gesamtwille wird gebildet durch die Gemeindegossen selber. Das ist nach einem Worte R. A. Ganzonis Demokratie im verwegensten Sinn des Wortes. Von völlig anderen Prinzipien war jedoch die staatliche Organisation in den Städteorten der Eidgenossenschaft beherrscht. In den Patriziatsstädten war schon das städtische Gemeinwesen selber aristokratisch regiert. In den Zunftstädten konnte die Bürgerschaft mehr oder weniger demokratisch organisiert sein, doch vollzog sich auch da eine Aristokratisierung. Die Städteorte waren jedoch Stadtstaaten. Sie beherrschten große Landgebiete. Die Landleute waren städtische Untertanen. Sie waren von jeder Mitwirkung an der staatlichen Willensbildung ausgeschlossen. Die gelegentlichen und unverbindlichen Volksanfragen ändern daran grundsätzlich nichts. Mit dem gleichen Herrschaftsanspruch wie die Städte über das Land, regierten aber auch die Länderorte in ihren Untertanengebieten. Sie, die für sich die Freiheit errungen hatten und sie als ihr gutes Recht betrachteten, auch eine hemmungslose demokratische Propaganda betrieben oder doch duldeten, solange sie ihren politischen Zielen dienen oder sie fördern konnte, nahmen keinen Anstoß an der Unterwerfung der Bevölkerung anderer Gemeinden und Talschaften unter ihre Herrschaft. « Der menschliche Geist in seiner natürlichen Anlage strebt nicht nach Freiheit für sich und der Gleichheit

mit allen anderen, sondern nach Freiheit für sich und der Herrschaft über die andern.»⁹

Der größere Teil der Schweiz, nach Fläche und Bevölkerungszahl, war in der alten Eidgenossenschaft Herrschaftsgebiet, sei es, daß es zum Bestande der Stadtstaaten oder zum Untertanengebiet einzelner eidgenössischer und zugewandter Orte oder zu den von mehreren eidgenössischen Orten beherrschten gemeinen Herrschaften gehörte. Von gemein-eidgenössischer Freiheit schlechthin darf nur die Rede sein, wenn auch die Untertanen in diesen Gebieten ihre besonderen, den Untertanen der umliegenden fremden Staaten fehlende Freiheit gehabt haben. War dem so? Die Frage wird in der neuen und neuesten Geschichtsschreibung immer entschiedener bejaht. Worin diese Freiheit besteht, faßt R. Feller in einem Satz wie folgt zusammen: «*In der Schweizerfreiheit wurzelt das Eigentümliche der Schweiz, die gute Stellung des Landvolkes, die Achtung vor den örtlichen und landschaftlichen Sonderrechten, die freie unbewachte Bewegung, der kriegerische Geist und die Bewaffnung des Volkes, das Zurücktreten der Standesunterschiede.*»¹⁰

Damit sind als besondere Erscheinungen altschweizerischer Freiheit die örtliche Selbstverwaltung und die verhältnismäßig große herrschaftsfreie Sphäre namhaft gemacht. Es kam nicht zur vollen Umbildung der Territorien, die aus rechtlich und räumlich so vielgestaltigen mittelalterlichen Herrschaften und Gerichtsbezirken zusammengesetzt waren, in einheitlich organisierte und verwaltete Staaten. An absolutistischen, zentralistischen und polizeistaatlichen Tendenzen und Neuerungen hat es zwar nicht gefehlt und auch nicht an schweren Konflikten mit der bäuerlichen Bevölkerung, die sich in ihren auf altem Herkommen und auf feudalherrlichen Privilegien beruhenden Rechten und Freiheiten gefährdet sah. Es sei nur an den Waldmann-Handel in Zürich und an die gleichzeitigen ähnlichen Vorgänge in anderen Stadtstaaten, an die Bauernunruhen des Jahres 1525 und den allerdings nicht aus den gleichen Ursachen entstandenen Bauernkrieg des 17. Jahrhunderts erinnert¹¹. Die Reformation hat die Legitimität der Obrigkeiten erhöht, deren Autorität gestärkt und den Kreis der staatlichen Aufgaben erweitert. Aber es blieb bei der dürftigen

⁹ SECESSER ANTON PHILIPP, Die Frage nach der Staatsform in Europa und Amerika (Kl. Schr. I, S. 327 ff.), in der Auswahl von O. Alig, 1937, S. 32.

¹⁰ Geschichte der Schweiz im 17. und 18. Jahrhundert (Gesch. der Schweiz von NABHOLZ, v. MÜRALT, FELLER, BONJOUR II), S. 13.

¹¹ DÜRR E., Schweiz. Kriegsgeschichte, Bd. 4, S. 351 ff.; FOHRER L., Die sog. Waldmannschen Spruchbriefe mit Einleitung von CAGLIARDI, 1927; FELLER R., Schweizer Geschichte, a. a. O., S. 60 ff.

Ausbildung der Verwaltungs- und Polizeiorganisation. Die Obrigkeit mußte sich Zurückhaltung im Regieren auferlegen, weil ihr die Mittel zur Durchsetzung mißliebiger Mandate fehlte. Sie war genötigt, die Funktionen der Gerichtsbarkeit und Verwaltung, welche der Landvogt oder Obervogt mit seinen geringen Hilfskräften nicht selber ausüben konnte, Beamten aus der Bevölkerung des Amtsbezirkes selber zu übertragen, das Recht und die Pflicht der Gemeinden zur Stellung der Beisitzer im Gericht bestehen zu lassen und auch die Gemeindebehörden als Hilfsorgane der Verwaltung heranzuziehen. Erhalten blieb vor allem die Selbstverwaltung der Gemeindeverbände. Wenn der Umfang der Betätigung in der Ortsverwaltung und die Teilnahme der Bevölkerung an der herrschaftlichen Lokalverwaltung auch nicht überschätzt werden dürfen, war es doch von großer historischer Bedeutung für die Zukunft, daß auch die Untertanen sich in den lokalen öffentlichen Angelegenheiten betätigten, die Fähigkeiten dazu bewahrten und sich der Verantwortung für das Wohl der Gemeinde nicht entwöhnten. Die tatsächlichen und rechtlichen Schranken der herrschaftlichen Gewalt waren in den Untertanengebieten der Länderteile und in den gemeinen Herrschaften noch viel stärker. Entsprechend weiter war der Raum des vom Landesherrn unregelten und unkontrollierten Lebens der Bevölkerung und der Selbstverwaltung der örtlichen Verbände. Darauf ist es zum guten Teil zurückzuführen, daß auch die Untertanen dieser Gebiete, wie etwa des Tessins, trotz aller Mißstände einer eigennützigen und verantwortungslosen Ausübung der eidgenössischen Hoheitsrechte durch die Landvögte, namentlich diejenigen der Länderteile, sich nach dem Untergang der alten Eidgenossenschaft aus freiem Willen für die Zugehörigkeit zur neuen Eidgenossenschaft entschieden¹².

III

Wo der Gegensatz des früheren Staates zum modernen und namentlich zum liberalen Staat des 19. Jahrhunderts im Vordergrund des Interesses steht, wird immer wieder betont, daß in jenem das Individuum völlig zurücktrete hinter dem Verband, daß es sich diesem völlig einordne und

¹² Die Bedeutung der Selbstverwaltung in der alten Eidgenossenschaft für die Volksfreiheit ist von A. GASSER in verschiedenen Veröffentlichungen besonders stark betont worden, zuletzt im Jahrbuch der NHG « Die Schweiz » 1948, S. 92 ff. Für den bernischen Staat: FELLER R., Der Staat Bern in der Reformationszeit (Gedenkschrift z. Vierjahrhundertfeier der Bernischen Kirchenreformation II), 1928, S. 22 ff., 113 ff. Für Zürich: KLÄUI P., Ortsgeschichte, S. 59; CUSTER ANNEMARIE, Die Zürcher Untertanen und die französische Revolution, Zürcher Diss. 1942, S. 31 f.; LARGIADÈR A., Geschichte der Stadt und Landschaft Zürich, 1945, I, S. 388 ff.

seine Bestimmung durch die Eingliederung in seinen durch Geburt, Herkunft, Beruf, Lebensführung und herrschaftliche Zugehörigkeit bestimmten Stand erfülle. Das Individuum ist nach dieser Auffassung in jener Zeit nicht Selbstzweck, sondern für den Verband da, welchem allein volle Wirklichkeit im staatlichen und gesellschaftlichen Leben zukomme. Demgegenüber sagt Gierke: « Die Neigung zum entgegengesetzten Extrem der *individualistischen* Staatsauffassung herrschte im germanischen Mittelalter vor und verdankt der naturrechtlichen Schule ihre mit den mannigfachsten Gestaltveränderungen vollzogene Durchführung in der Philosophie, Jurisprudenz und Politik. Diese Richtung legt den Satz zu Grunde, daß der Staat für den Menschen da ist. Nur das Individuum hat ihr Realität, ist sich selbst Zweck, besteht von Natur als Einheit. Der Staat ist nur ein Mittel, um die gemeinschaftlichen, aber darum nicht weniger individuellen Interessen aller oder vieler Individuen mit vereinter Kraft besser verfolgen zu können. »¹³

Die Genossenschaft, wie sie oben charakterisiert wurde, trägt wesentliche Züge, die dieser Auffassung entsprechen. In den demokratischen Gemeinwesen des Mittelalters beruht die Macht des Gesamtwillens auf dem Willen der Mitglieder, die ihre Interessen in der Genossenschaft verfolgen und durchsetzen. Das gilt für die urschweizerischen Talgemeinden wie für die bündnerischen Gerichtsgemeinden. Durch die Genossenschaft befreit sich der Einzelne gerade auch von dem seinem Stande geziemenden Gehorsam und Dienst, den er seinem Herrn nach dem Bundesbrief von 1291 zu leisten hat. Auch im Mittelalter kämpft der einzelne Mensch um sein Recht, um seine unabhängige Existenz, um die Möglichkeit zu einer vom Drucke der Grundherrschaft und der Leibeigenschaft und von der Enge der genossenschaftlichen Bindungen freien Betätigung. Die Flucht vom Lande, aus der Grundherrschaft und Leibeigenschaft, in die Stadt (Stadtluft macht frei!) und der Drang in das freiere, mit unsäglichen Mühen und Entbehrungen erkaufte Kolonistendasein sind eindrucksvolle Zeugnisse dafür. Die erstrebte Freiheit gewährt das Recht der Freizügigkeit, die freie Heirat, die freie Vererblichkeit des Vermögens, die Verfügungsmacht über Grund und Boden. Das sind individuelle Freiheitsrechte, auch wenn sie einer Stadt oder Kolonistengemeinde zugestanden werden. Robert von Keller hat ihnen unter dem Titel « Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter » eine umfassende Untersuchung auf breitester Quellengrundlage gewidmet und ist zum Ergebnis gekommen, daß « mittelalterliche und moderne Freiheiten wenn nicht in jeder Hinsicht, so doch in

¹³ Die Grundbegriffe des Staatsrechts, S. 89 f.

ihrem Grundcharakter als subjektive Individualrechte übereinstimmen »¹⁴. Für Italien wird die gleiche Auffassung auf Grund eingehender Studien mit aller Entschiedenheit vertreten und gezeigt, wie sich da schon im 12. Jahrhundert eine starke Bewegung im Volke anbahnt, die zur vertraglichen Einräumung bestimmter Freiheitsrechte durch die Feudalherren führt und dann im kommunalen Zeitalter sich voll durchsetzt und die Garantie der persönlichen Freiheit zum Bestandteil der Verfassung erhebt, so daß sie mit dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der kommunalen Verwaltung schlechthin gegeben ist¹⁵.

Aber selbst die Leibeigenschaft widersprach keinem allgemeinen von der höchsten kirchlichen oder weltlichen Autorität anerkannten Grundsatz. Die Unfreiheit in allen ihren Abstufungen hatte ihren legitimen Platz in der Rechtsordnung. Das kirchliche Naturrecht forderte ihre Aufhebung nicht. Aber unbefangenes selbständiges Denken hat auch diesseits der Alpen schon im Hochmittelalter die Berechtigung der Leibeigenschaft verneint. Eike von Repgau bekennt im Sachsenspiegel seine Überzeugung, daß die Leibeigenschaft nicht im guten alten Recht begründet sei, sondern ihren Ursprung im Zwang, in Gefangenschaft und ungerechter Gewalt habe und nicht vereinbar sei mit der Gotteskindschaft der Menschen; wer einen Menschen als sein Eigen anspreche, handle gegen das göttliche Recht¹⁶. An keiner Stelle seines Rechtsbuches, meint Hans von Voltolini, habe Eike einen so persönlichen Ton angeschlagen und so wuchtig gesprochen, wie am Schlusse dieses Artikels¹⁷. Der Artikel ist auch in den Schwabenspiegel (Landrecht, Art. 253 der Ausgabe von Wackernagel) und in weitere Rechtsbücher übergegangen.

Die Kirche lehrte, daß *vor Gott* alle Menschen gleich seien und ist auch mit Erfolg für die Anerkennung des Leibeigenen als Person und auch für die Milderung seines Loses eingetreten, aber mit der Leibeigenschaft als Institution des geltenden Rechts hat sie sich abgefunden. Nicht daß sie dem positiven Recht Eigengesetzlichkeit und Unabhängigkeit zuerkannt hätte. Das positive Recht ist dem Naturrecht untergeordnet, und das Naturrecht ist abhängig von der *lex aeterna*, der planenden Weisheit Gottes, und durch sie bestimmt. *Lex naturalis nihil aliud est quam parte-*

¹⁴ S. 299 der genannten Abhandlung, Bd. 14 der Deutschrechtlichen Beiträge von K. BEYERLE, 1933.

¹⁵ NICOLINI U., *Il principio di legalità nelle democrazie it.*, 1946 (Parte prima: « Il principio di legalità e la libertà individuale nella costituzione. »)

¹⁶ Sachsenspiegel, Landrecht, III, Art. 42, Ausgabe von HOMEYER.

¹⁷ VOLTELINI H. V., *Der Gedanke der allgemeinen Freiheit in den deutschen Rechtsbüchern*, ZRG, germ. Abt., 57, 1937, S. 182 ff.

cipatio legis aeternae in rationali creatura (Thomas von Aquino). Das oberste Prinzip lautet: Das Gute tun und das Böse meiden. Es ist absolut unveränderlich. Die nächsten Konklusionen aus ihm ergeben die Zehn Gebote. Dabei kann es jedoch nicht sein Bewenden haben. Da die menschliche Natur durch den Sündenfall in Unordnung geraten, der menschliche Verstand verdunkelt ist und der Wille geschwächt, ist der Zwang des positiven Rechtes eine Notwendigkeit. Seine Regeln sind aus dem Naturrecht abzuleiten, aber sie können nicht mit der gleichen Evidenz wie die ersten Folgerungen und nur unter Berücksichtigung der menschlichen Natur und der besonderen Umstände aus ihm erschlossen werden. So konnten vor diesem Naturrecht, das man das relative Naturrecht genannt hat, je nach Ort und Zeit die bestehenden Herrschaftsverhältnisse, die fast unbeschränkte Gewalt des Ehemanns und Vaters über die Frau und die Kinder sowie die Minderungen der persönlichen Rechts- und Handlungsfähigkeit bis zur Leibeigenschaft gerechtfertigt sein¹⁸.

¹⁸ SAUTER J., Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts, 1932, S. 74 ff.; ROMMEN H., Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, 2. Auflage, 1947, S. 54 ff.; VOLTELINI H., a. a. O.; MANSER G. M., Das Naturrecht (Thomist. Studien II), S. 51 ff.; DERSELBE, Angewandtes Naturrecht (Thomist. Studien III), S. 60 ff. — Das thomistische Naturrecht paßt sich den natürlichen und historischen Gegebenheiten an, ohne den Anspruch aufzugeben, daß das positive Recht nur aus der Übereinstimmung mit ihm seine Rechtfertigung und innere Verbindlichkeit gewinnen könne. Indem das eine oder das andere dieser sich gegenseitig fordernden Momente einseitig betont wurde, konnte sich sowohl eine konservative als eine mehr fortschrittliche oder gar revolutionäre Haltung auf das Naturrecht stützen. Da die Vernunft die Erkenntnisquelle des Naturrechts ist, konnte sie leicht zur Erzeugungsquelle erhoben und damit das Naturrecht aus dem Zusammenhang mit der *lex aeterna* gelöst werden. Der Vernunft konnte die Fähigkeit zugesprochen werden, aus sich heraus die Gesetze der Moral und des Rechts zu entwickeln, *etsi non daretur deus*. Daraus ergab sich das individualistische Naturrecht der Aufklärung, zu dem das thomistische Naturrecht im schärfsten Gegensatz steht (PASSERIN D'ESTEVEZ, *Appunti di storia delle dottrine politiche. La filosofia politica medioevale*, 1934, p. 65 e seg.). Die gleiche Problematik wirkt sich auch in den Naturrechtsauffassungen der protestantischen Kirchen aus. Die Reformatoren haben durchaus am mittelalterlichen kirchlichen Naturrecht festgehalten. Auch für sie gründete es in der göttlichen, objektiven Ordnung, der Schöpfungsordnung, wie E. BRUNNER sie nennt. Der Hauptunterschied gegenüber dem katholischen Naturrecht liegt in der verschiedenen Auffassung des Verhältnisses zwischen Naturrecht und positivem Recht. Die Reformatoren stellten sich nach E. BRUNNER (*Gerechtigkeit*, 1943, S. 110) ganz eindeutig auf den Boden des positiven Rechts und ließen das Naturrecht nur als kritisch-normative Idee gelten. E. TROELTSCH hat den Gegensatz zwischen Luthertum und Calvinismus in ihrer naturrechtlich bestimmten Einstellung zu den sozialen und politischen Mächten scharf hervorgehoben. Für das Luthertum sind « die geschichtlichen Ordnungen und Mächte, wie sie Gott hat werden lassen, durch dieses Werden indirekt von Gott eingesetzt und gegen jede rationalistische Opposition geschützt; es ist eine extrem konservativ-autoritative Auffassung des Naturgesetzes und seiner geschichtlich gewordenen Ausformungen ». « Von Calvin wird der Staat überhaupt rationalistischer und kritischer behandelt als von Luther. Das Naturrecht ist nicht rein autoritär und konservativ gedacht, sondern rationell. Der Staat soll dem Vernunftzweck der Sicherstellung seiner Glieder entsprechen und kann unter Umständen bei schlechter Regierung von den nächst

Waren so die individuellen Freiheitsrechte auch nicht ein Postulat des mittelalterlichen Naturrechts, so waren sie doch damals so gut als je Gegenstand menschlicher Sehnsucht, politischen Strebens und der rechtlichen Auseinandersetzung. Es ging dabei nicht um Freiheit als Menschenrecht und Gleichheit für alle. Der Einzelne und die Verbände für sich und ihre Glieder erkämpfen ihre besonderen Freiheiten. Es waren subjektive Rechte, auf die verzichtet werden konnte. Sie hatten ihre Rechtstitel im Vertrag, Privileg, Urteil oder waren durch altes Herkommen gesichert und genossen dann unbedingten Rechtsschutz. Auch die Änderung des objektiven Rechts konnte ihnen nichts anhaben, denn sie waren Bestandteil der Rechtsordnung und hatten auch gegenüber der höchsten Gewalt, dem König, Bestand. Auch den König bindet das Recht; er ist ihm unterworfen und hat es zu schützen, das ist seine höchste Aufgabe. Die Anerkennung überstaatlichen Rechtes, welche alle herrschaftliche Gewalt bindet, gehört zum mittelalterlichen Erbe. Sie ist eine notwendige Grundlage der Menschen- und Bürgerrechte der Neuzeit.

ZWEITER ABSCHNITT

I

« L'homme est né libre, et partout il est dans les fers. »¹⁹ Frei ist der Mensch von Natur. Die Geschichte hat ihn zum Sklaven gemacht. Er wirft die Ketten des Despotismus ab und stellt die ursprüngliche Freiheit und Gleichheit wieder her. Wie aber muß der Staat konstruiert sein, in dem die ursprüngliche, natürliche Freiheit und Gleichheit als bürgerliche Freiheit und Gleichheit wiederersteht und unverlierbar ist? Das ist die Frage Rousseaus und der naturrechtlichen Staatstheorie der Aufklärung überhaupt. Ihre Lösung ist Aufgabe des vernünftigen Denkens. Die autonome Vernunft, frei von jeder theologischen Bindung, frei vom Druck der auf Zufall, Willkür und Gewalt beruhenden gesellschaftlichen Tatsachen und Ordnungen, hat die Fähigkeit und die Kraft, aus sich heraus die allgemeingültigen Prinzipien der staatlichen Verfassung zu entwickeln. Die Lösung Rousseaus ist die Volkssouveränität der direkten Demokratie. « L'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté. »²⁰

untergeordneten Instanzen dazu gezwungen werden.» Von da aus laufen Verbindungslinien zu den Doktrinen, welche in Holland und England im politischen Leben so bedeutsam sich ausgewirkt haben. (TROELTSCH E., Ges. Schriften IV, S. 140, 146, 160 ff.)

¹⁹ ROUSSEAU, Contrat social, erster Satz des ersten Kapitels.

²⁰ Dasselbst Kapitel VIII.

Der Gehorsam gegen das Gesetz, das man sich selbst auferlegt hat, ist Freiheit. Ein kantischer Grundsatz!

An die Seite der Volkssouveränität treten in den Ideen der französischen Revolution, entgegen der Theorie Rousseaus²¹, die unverzichtbaren und unverletzlichen Menschen- und Bürgerrechte. Sie führen die Volkssouveränität aus ihrer Absolutheit zurück und ordnen sie dem ursprünglicheren naturrechtlichen Prinzip der individuellen Freiheit unter.

Die Verwirklichung des neuen Systems war der Einheitsstaat, in dem die Bürger als Individuen in völliger Gleichheit der Rechte und Pflichten unmittelbar, unter Ausschaltung aller Verbände²², als Subjekte aktiv den Gesamtwillen bilden und als Objekte den Beamten als Vollstreckern des Gesamtwillens gegenüberstehen. Für die Eidgenossenschaft bedeutete dies nicht nur die Aufhebung aller Untertanenverhältnisse, die Beseitigung der aristokratischen und oligarchischen Obrigkeiten, die Abschaffung aller Vorrechte des Standes, der Geburt und des Ortes, sondern auch die Vernichtung der Kantone als Staatswesen, der Gemeinden als Selbstverwaltungskörper und damit den Untergang der reinen und direkten Demokratie, da diese nur im engen Raum der Gemeinde und höchstens noch im kleinen Landsgemeindekanton ihre sinnvolle Existenz haben kann.

Dieses System lag der helvetischen Verfassung zugrunde. Dem Volk blieb es fremd. Dieses wurde von Einzelforderungen der Revolution ergriffen. Es waren in den Untertanengebieten die Selbstständigkeit und Gleichberechtigung eigener Kantone, in der bäuerlichen Bevölkerung des Mittellandes die Abschaffung der Zehnten und Grundzinse, in den Gegenden, wo Gewerbe, Industrie und Handel stärker entwickelt waren, die Beseitigung der engherzigen, eigensüchtigen und demütigenden sozialen Vorrechte und wirtschaftspolitischen Monopole der regierenden Städte. Es

²¹ NEF H., Jean Jacques Rousseau und die Idee des Rechtsstaates, Schweizer Beiträge zur allgemeinen Geschichte, Bd. 5, 1947, S. 167 ff.

²² In Frankreich hat die Revolution ein stark ausgebildetes Korporationswesen, das auch im absoluten Staat erhalten geblieben war und wesentliche öffentlichrechtliche Funktionen erfüllte, beseitigt und die Bildung von neuen Korporationen im öffentlichen und privaten Recht unterbunden. OLIVIER-MARTIN FR., Précis d'histoire du droit français, 4. Aufl., 1945, Nrn. 1110 ff.; DERSELBE, L'organisation corporative de la France d'ancien régime, 1938, bes. S. 541 ff. Daraus, S. 547 f., sei folgende Stelle zitiert: Voici un texte d'ANDRÉ CHÉNIER . . . : « Imprudent et malheureux l'Etat où il se fait différentes associations, différents corps, dont les membres, en y entrant, prennent un esprit et des intérêts différents de l'esprit et de l'intérêt général. Heureux le pays où il n'y a d'autre association que l'Etat, d'autre corps que la Patrie, d'autre intérêt que le bien commun » et il termine par l'apostille: « passage à mettre en vers! » La réputation poétique d'André Chénier n'a rien perdu sans doute à ce que ce passage ne soit pas mis en vers. Tel qu'il est, il affirme, avec la naïveté charmante d'un poète, le sentiment de toute une époque.

Über die Korporation im privaten Recht Frankreichs vgl. die Bemerkungen von SAVATIER R., Du droit civil au droit public, 1945, S. 35 f.

ist höchst bemerkenswert, daß im Stäfner Memorial von 1794 neben solchen Forderungen die Begehren um Wiederherstellung der alten Rechte, welche den Gemeinden in den Waldmannschen Spruchbriefen von 1489 zugesichert worden waren, stehen²³. *Die genossenschaftliche Autonomie und Selbständigkeit der Gemeinde war das in den Anschauungen und Interessen des Volkes allgemein am stärksten verwurzelte Element der alteidgenössischen Freiheit.* Sie wurde in allen Auseinandersetzungen mit den Ideen der französischen Revolution behauptet. Selbst die helvetischen Behörden sahen sich, entgegen dem Grundsatz der absoluten Einheit des Staates und entgegen ihren politischen Überzeugungen genötigt, durch das Gemeindegesetz vom 13. November 1798 den Forstbestand der Bürgergemeinden als Gemeindegensossenschaften anzuerkennen und ihnen das Eigentum am Nutzungsvermögen und Armengut zuzuerkennen. Als Trägerin der politischen und polizeilichen Befugnisse schufen sie aber die Munizipalgemeinde, welche als Einwohnergemeinde neben die Bürgergemeinde trat²⁴. Dieser Dualismus hatte Bestand und ist in der Bundesverfassung von 1848 (Art. 41 Z. 4) befestigt worden, was den Kantonen die organische Weiterbildung der alten Gemeinde nicht erleichtert hat²⁵.

II

Der Kampf zwischen dem alten Recht und den neuen Ideen ist mit dem Zusammenbruch der alten Eidgenossenschaft nicht entschieden. Erst das Jahr 1848 bringt ihn zum Abschluß. In der Bundesverfassung liegt die umfassende und verbindliche Entscheidung. Sie ist unterbaut durch die Teilentscheidungen, welche in der wechselvollen und vielgestaltigen Entwicklung der vorausgehenden Periode gefallen waren. Während dieser Zeit erst haben die Wandlungen in den sozialen, wirtschaftlichen und politischen Verhältnissen und Bedürfnissen die Breite und Tiefe erhalten, welche einen Umbau der Verfassung vom Grund auf forderten. Der Umbau ist nach den Ideen der französischen Revolution vorgenommen worden. Aber diese sind nicht mit rationaler Konsequenz und Ausschließlichkeit durchgeführt worden. Sie brachen sich an der durch die Natur bestimmten und durch die Geschichte vieler Jahrhunderte geformten gesellschaftlichen,

²³ MURALT L. V., Alte und neue Freiheit, S. 14 ff.

²⁴ HIS E., Geschichte des neueren schweizerischen Staatsrechts, I, S. 135 ff.; CASSER A., Der Irrweg der Helvetik, ZSG 27, 1947, S. 425 ff.

²⁵ LIVER P., Die Bündner Gemeinde, Bündner. Monatsblatt 1947 und Bericht der Vorberatungskommission zur Revision der bündnerischen Niederlassungsordnung von 1853, Chur 1873, Bündner. Monatsblatt 1940.

kulturellen, geistigen Wirklichkeit. Diese behauptete sich ihnen gegenüber in der *Eigenstaatlichkeit der Kantone*. *In ihr lebt die föderalistische Freiheit der eidgenössischen Orte historisch fort*. Sie ermöglichte auch die Erhaltung und Weiterentwicklung der lokalen Selbstverwaltungskörper in der Eigenart und Vielgestaltigkeit ihrer historischen Bildungen. Sie gestattete auch die Fortführung der ältesten historischen Tradition in der reinen und direkten Demokratie der Gemeinden und der Landsgemeindekantone. Aber es waren fortan doch nicht mehr die Kantone, welche, in ihrer Gesamtheit, allein die Eidgenossenschaft konstituierten und den Gesamtwillen des Bundes bildeten. Was die Wesensverschiedenheit der neuen von der alten Eidgenossenschaft ausmacht, ist nicht nur das bundesstaatliche Prinzip mit der Kompetenz-Kompetenz des Bundes, sondern viel mehr die auf der Souveränität des Gesamtvolkes beruhende Einheit des Staates, welche als das zentralistische Element neben das föderalistische tritt. Mit ihr wurde das Volk als Nation im staatsrechtlichen Sinne konstituiert. *Das war die nationale Revolution des 19. Jahrhunderts, nicht eine Wiedererweckung des genossenschaftlichen Wesens der alten Eidgenossenschaft auf breiterer Basis*. Wenn nun das Volk im Bund in direkten Wahlen und in der Referendumsabstimmung tätig wird und die Bürger das Recht der Verfassungsinitiative haben, hätte dafür wohl an die demokratischen Verfassungen der Gemeinden und der Länderorte, insbesondere auch an das Gemeindereferendum Graubündens, das die Initiative in sich schloß, angeknüpft werden können. Sicher war aber das Vorbild der regenerierten und demokratisierten Kantone wirksamer, und für diese war die von Rousseau begründete Staatstheorie viel eher maßgebend als das Beispiel der Demokratie in den Länderorten mit allen ihren Erscheinungen der Entartung, des Mangels an Gemeinsinn, der Leistungsunfähigkeit.

Daß sich das Prinzip der direkten Demokratie nicht in der von den Gegnern befürchteten nachteiligen Weise ausgewirkt hat und sich in der Praxis über die demagogischen Absichten, mit denen es vielfach propagiert worden ist, erhob, hängt mit der lebendigen Tradition der alten Schweizerfreiheit zusammen.

Die alten demokratischen Einrichtungen Graubündens und der Länderorte, die durch Schrankenlosigkeit der Verwilderung und dem Verfall nahegekommen waren, erhielten durch die Eingliederung in das Gefüge des Bundesstaates die ihnen zukommende Funktion in der staatlichen Gemeinschaft, in der sie sich sinnvoll und fruchtbar auswirken konnten. Noch wichtiger als die Einrichtungen ist der demokratische Geist, für welchen die politische Gleichheit nicht bloß das Mittel ist, mit welchem der demokratische Apparat funktioniert, sondern der Ausdruck einer

Gesinnung, welche sich in allen Beziehungen von Mensch zu Mensch äußert. Auch dieser Geist, soweit er wirklich vorhanden und für unsere schweizerische Staatsgesinnung charakteristisch ist, hat sich in der lokalen Gemeinschaft aus alter demokratischer Tradition gebildet.

III

Gedankengut des Naturrechts der Aufklärung sind die unverzichtbaren und unverletzlichen individuellen Freiheitsrechte als Menschenrechte. Der Bund anerkennt sie nicht nur als Schranke seiner eigenen Gewalt, sondern übernimmt ihren Schutz auch gegenüber Eingriffen der Kantone und der nach kantonalem Recht mit öffentlichrechtlichen Befugnissen ausgestatteten Korporationen. Sie haben viele überlebte und der individuellen und allgemeinen Wohlfahrt abträgliche Bindungen gelöst und ungerechtfertigte Vorrechte ständischer und anderer Korporationen beseitigt. Zuweilen sind aus ihnen allerdings auch Folgerungen gezogen worden, welche dem gemeinschaftsfeindlichen Individualismus Vorschub geleistet haben. Aber der Mißbrauch eines Rechtes macht dieses nicht zum Unrecht. Einzelne von diesen Rechten mußten ihren Einfluß auf die Auswirkung der aktiven Bürgerrechte haben, namentlich die Niederlassungsfreiheit und auch die Glaubens- und Kultusfreiheit. Infolge der freien Niederlassung kam es dazu, daß der Gesamtwille der Gemeinden und der Kantone nicht mehr von den Bürgern allein gebildet wurde. Die Geschlossenheit und historische Individualität der kantonalen Staatswesen und ihrer Gemeinden konnten dadurch geschwächt werden. Anton Philipp von Segesser, der konsequente Verteidiger der alteidgenössischen kantonalen Souveränität, hat deshalb schon die Einräumung der aktiven Bürgerrechte an die Niederlassenen innerhalb seines Kantons als ein historisches Unglück empfunden²⁶. Wie sehr mußte sich von seinem Standpunkt aus das Unglück vertiefen durch die Erhebung der gleichen Grundsätze zum eidgenössischen für die Kantone verbindlichen Verfassungsrecht. Aber in der neuen Zeit hätte die kantonale Selbstherrlichkeit die Eidgenossenschaft zerstört. Der einzelne Kanton mußte sich dem Gesamtwillen aller Kantone unterordnen und dieser dem Gesamtwillen des ganzen Volkes sich beordnen lassen. Mit dieser Wandlung des Staates mußte sich auch die eidgenössische Freiheit wandeln. Daß die individuellen Freiheitsrechte wesentlicher und höchste Werte in sich schließender Bestandteil dieser Freiheit sind, wird

²⁶ STIRNIMANN TH., Zur Staatsauffassung Philipp Anton von Segessers und ihrer geistigen Quellen, Freiburger jur. Diss. 1942, S. 77.

heute auch der entschiedenste Verfechter alteidgenössischer Tradition anerkennen. Wer den Untergang mancher korporativen Elemente im staatlichen Aufbau der alten Zeit betrauert, mag vielleicht einen Trost darin finden, daß unter der Herrschaft des individualrechtlichen Grundsatzes der freien Körperschaftsbildung ein ungemein reiches und mannigfaltiges Verbandswesen sich entwickelt hat, in dem sich deutliche Züge der ehemaligen ständischen, in den staatlichen Organismus eingebauten Korporationen herausgebildet haben.

DIE FREIHEIT DES BÜRGERS IM SCHWEIZERISCHEN RECHT

*Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung
Herausgegeben von den Juristischen Fakultäten
der schweizerischen Universitäten*

LA LIBERTÉ DU CITOYEN EN DROIT SUISSE

*Recueil du centenaire de la Constitution fédérale
publié par les Facultés de Droit des Universités suisses*



POLYGRAPHISCHER VERLAG A. G. ZÜRICH

Alle Rechte vorbehalten
Copyright 1948 by Polygraphischer Verlag A. G. Zürich
Printed in Switzerland — Imprimé en Suisse