Die Errichtung des ständigen Bundesgerichts 1874 und die Verdienste von Johann Jakob Blumer um diese Reform

Autor(en): **Schweizer, Rainer J.**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Jahrbuch des Historischen Vereins des Kantons Glarus**

Band (Jahr): **79 (1999)**

PDF erstellt am: **28.04.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-584651

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Die Errichtung des ständigen Bundesgerichts 1874 und die Verdienste von Johann Jakob Blumer um diese Reform

Rainer J. Schweizer

I.

Unter den vielen Änderungen, welche die letzte Revision der Bundesverfassung uns gebracht, ist wohl keine, welche auf geringeren Widerstand gestossen ist und eines allgemeineren Beifalls sich erfreute als diejenige, durch welche dem Bundesgerichte eine angemessenere und würdigere Stellung angewiesen worden ist. In der That handelte es sich hier nicht sowohl um Erweiterung der Bundeskompetenz und Schmälerung der Kantonalsouveränetät, als vielmehr um eine richtigere Vertheilung der Kompetenzen unter den Bundesbehörden selbst. Es lässt sich nicht läugnen, dass die Bundesverfassung von 1848 das Bundesgericht etwas stiefmütterlich behandelt hatte. Sie wollte zunächst nur einen von der Bundesversammlung ernannten Gerichtshof an die Stelle der blossen Schiedsgerichte setzen, welche früher Streitigkeiten zwischen den Kantonen entschieden hatten; aber indem sie die Kompetenz des Bundesgerichtes auf civilrechtliche Fälle beschränkte, wurde ihm in dieser Hinsicht ein engerer Wirkungskreis angewiesen, als selbst die alten Schiedsgerichte gehabt hätten ... Die neue Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 und das auf sie gegründete Organisationsgesetz vom 27. Juni haben nun, indem sie die Mitglieder des Bundesgerichtes verpflichteten, aus allen anderen kantonalen und eidgenössischen Stellungen auszutreten und ihrem Amte sich ausschliesslich zu widmen, zugleich dem neuen Gerichtshofe Kompetenzen von sehr grosser Tragweite in die Hand gelegt, welche freilich nur allmälig und im Laufe der Zeit ihre vollen Wirkungen äussern werden.

Derart kennzeichnete Johann Jakob Blumer als erster Präsident des nun ständigen Bundesgerichts in seiner Eröffnungsrede vom 12. Januar 1875 in Lausanne den grundlegenden Wandel von Funktion und Stellung der Justiz auf Bundesebene durch die Verfassungs- und Gesetzgebung von 1874.[1]

II.

Aus zwei Gründen möchte ich heute einen kurzen Blick auf die Errichtung des Bundesgerichts von 1874 werfen:

1. 1993 hat der Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Bundesrat Arnold Koller, eine Expertenkommission für eine Totalrevision des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechts-

[1] Zeitschrift für Schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege, 1875, Bd. I, S. 25/26.

pflege (OG) vom 16. Dezember 1943[2] eingesetzt, die nicht nur wie die letzte Teilrevision vom 4. Oktober 1991[3] weitere Massnahmen zur Entlastung des Bundesgerichts bringen dürfte, sondern eine grundsätzliche Überprüfung der Zuständigkeiten des Gerichts und der Rechtsmittelwege auf Bundesebene vornehmen soll. Ein Blick auf das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874[4], das danach noch mehrere Male grundlegend erneuert wurde[5], liefert ungeachtet des enormen Wandels der Verhältnisse einige aufschlussreiche Hinweise für die heutigen Diskussionen.

2. Die Errichtung der ständigen Bundesgerichtsbarkeit anno 1874 ist im Wesentlichen das Werk von Johann Jakob Blumer. Dieser erstellte im Auftrag von Bundesrat Paul Ceresole, dem damaligen Vorsteher des EJPD, den Vorentwurf zum OG von 1874, besprach den Vorentwurf mit der vorberatenden Expertenkommission, wirkte an der bundesrätlichen Botschaft mit und prägte danach als Kommissionspräsident und Berichterstatter im Ständerat auch die parlamentarischen Beratungen massgeblich.[6] Nachdem Ständerat Blumers Entwurf mit relativ wenigen Änderungen von Bundesrat und Bundesversammlung angenommen und nachdem am 26. Juni 1874 im fünften Wahlgang Lausanne als Sitz des Bundesgerichts bestimmt worden war, wurde die Wahl der Mitglieder des Gerichts auf Oktober vertagt.

[2] SR 173.110.

[3] AS 1992 288, in Kraft seit 15. Februar 1992; dazu Botschaft vom 18. März 1991, BBl 1991 II 465.

[4] AS 1874/75 136 ff.; BBl 1874 II 425 ff.

[5] namentlich durch die Totalrevision vom 22. März 1893, AS 1892/93 455 ff. (dazu Botschaft vom 5. April 1892, BBl 1892 II 274 ff.); die Teilrevision vom 6. Oktober 1911, AS 1912 45 ff. (dazu Botschaft vom 11. Mai 1911, BBl 1911 III 55 ff.); Totalrevision vom 16. Dezember 1943, AS 1944 271 (dazu Botschaft vom 9. Februar 1943, BBl 1943 97 ff.); Teilrevision vom 20. Dezember 1968, AS 1969 767 ff. (dazu Botschaft vom 24. September 1965, BBl 1965 II 1265 ff.).

[6] Zur Entstehungsgeschichte: Vorentwurf und Begründung hiezu von Johann Jakob Blumer vom April 1874 (Bundesarchiv, Dossier 22/944). Die am 4. Mai 1875 einberufene kleine Expertenkommission wurde geleitet von Bundesrat Cérésole, und auf Vorschlag von Blumer gehörten ihr neben ihm die Nationalräte Jakob Dubs (Zürich), Jules Philippin (Neuchâtel), Philipp Anton von Segesser (Luzern), Rudolf Brunner (Bern) und Emil Censi (Tessin) an. Die Kommission beriet den Blumerschen Vorentwurf an den Sitzungen vom 11. und 12. Mai 1874 (die Nationalräte Philippin und Censi konnten nicht teilnehmen). Der Bundesrat behandelte den Entwurf am 21., 22. und 24. Mai und verabschiedete gleichzeitig am 23. Mai 1874 die Botschaft (BBl 1874 I 1059 ff.). Zu den Beratungen im Ständerat (Kommissionspräsident und Berichterstatter J. J. Blumer) und im Nationalrat (Kommissionspräsident und Berichterstatter Ph. A. von Segesser) vgl. das Protokoll der Verhandlungen der Bundesversammlung (Ständerat vom 12. bis 27. Juni 1874, Nationalrat vom 18. bis 26. Juni 1874, Bundesarchiv) mit den gedruckten Anträgen, Fahnen sowie zusätzlich Bericht der ständerätlichen Kommission über den Gesetzesentwurf vom 8. Juni 1874 (BBl 1874 I 1188 ff.). Näheres zur Gesetzgebungsarbeit: Johann Jakob Blumer/Josef K.P. Morel, Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechts, Bd. II, 2. bzw. 3. Schluss-Band, 2. Aufl., Basel 1887, S. 131 ff. Elisabeth Nägeli, Die Entwicklung der Bundesrechtspflege seit 1815, Diss. Zürich, Winterthur 1920, S. 47 ff.; Eduard His, Geschichte des neueren schweizerischen Staatsrechts, 3. Band, 1. Halbband, Basel 1938, S. 466 ff.; Ernst Brand, Eidgenössische Gerichtsbarkeit, III. Teil, Bern 1962, S. 152 ff.

Am 22. und 23. Oktober 1874 bestellte die Vereinigte Bundesversammlung die neuen Mitglieder und die Ersatzmänner des Bundesgerichts, wobei von vornherein unbestritten war, dass Blumer der erste Präsident für die Jahre 1875–76 sein sollte.[7] Zur grossen Bestürzung aller verschied er aber, kaum im Amt, am 12. November 1876.

Eine Festschrift für Claudio Soliva ist sicher ein Anlass, Johann Jakob Blumers zu gedenken.[8] Denn der am 29. August 1819 geborene Glarner Jurist war nicht nur ein bedeutender Politiker im Kanton (als Gemeindepräsident und Landrat) und im Bund (1847/48 als Tagsatzungsabgeordneter und von 1848 mit einem kurzen Unterbruch bis 1874 als Ständerat, wo er sich u.a. besonders um den Verfassungskompromiss von 1874 verdient gemacht hat.[9] Er hat sich nicht nur als Gesetzesautor des kantonalen Zivil- und Prozessrechts sowie als kantonaler und eidgenössischer Richter ausgezeichnet. Sondern Blumer war bekanntermassen auch ein eminenter

[7] BBl 1874 III 232, 410. Sein Schwager, der nachmalige Bundesrat und Bundespräsident Joachim Heer, schreibt dazu: «... es war für alle Diejenigen, denen an einer glücklichen Entwicklung der neuen Verfassungszustände gelegen war, keine geringe Sorge, die Auswahl der zu dieser hohen Magistratur-Stellung zu berufenden Männer in richtiger und würdiger Art zu treffen. Glücklicher Weise war dabei wenigstens über Einen Punkt Jedermann einig: Darüber nämlich, dass Blumer der Eckstein des neuen Gerichtshofes sein müsse. Nicht nur war er der Einzige, der seit 1848 ununterbrochen bis auf die Gegenwart dem bisherigen Bundesgerichte angehört hatte, er war auch, durch wiederholte Berufung an die erste Stelle und an das Präsidium des Gerichtes, von vornherein als das bedeutendste Mitglied desselben in authentischer Weise anerkannt worden ... So bestand denn auch im Oktober 1874 in den Kreisen der Bundesversammlung kein Zweifel darüber, dass Blumer, der Schöpfer des Organisationsgesetzes, Mitglied und erster Präsident des neuen Bundesgerichtes zu werden berufen sei.» (Joachim Heer, Dr. J. J. Blumer, Sein Leben und Wirken, dargestellt nach seinen eigenen Aufzeichnungen, in: Jahrbuch des historischen Vereins des Kantons Glarus, 14. Heft, Zürich/Glarus 1877, S. 63/64.)

[8] Zu Blumer vgl. insbesondere Joachim Heer, Dr. J. J. Blumer, a.a.O., Jahrbuch des historischen Vereins des Kantons Glarus, 14. Heft, Zürich/Glarus 1877, S. 1 ff.; Hans Fritzsche, Studiosus juris J.J. Blumer von Glarus, in: Festgabe für Fritz Fleiner, Zürich 1937, S. 227 ff.; Ders., J.J. Blumer, in: Schweizer Juristen der letzten 100 Jahre, Zürich 1945, S. 225 ff.; Ernst Zweifel, Johann Jakob Blumer und das Glarnerische Bürgerliche Gesetzbuch, Diss. Zürich 1966: Ders., Johann Jakob Blumer als glarnerischer Gesetzgeber, in: 61. Jahrbuch des historischen Vereins des Kantons Glarus, Glarus 1966, S. 55 ff.; Erich Gruner, Die Schweizerische Bundesversammlung 1848 bis 1920, Bd. I Biographien, Bern 1966, S. 348/49; Martin Baumgartner, Dr. iur. Johann Jakob Blumer, Staatsmann und Rechtshistoriker, 1819 bis 1876, in: Grosse Glarner, 26 Lebensbilder aus fünf Jahrhunderten, zusammengestellt von Fritz Stucki und Hans Thürer, Glarus 1986, S. 201 ff. Quellen zum Leben von Blumer sind namentlich die verschiedenen erhaltenen Briefwechsel, u.a. mit Alfred Escher, Arnold Otto Aeppli von St. Gallen, Caspar Lebrecht Zwicky von Mollis, Martin Kothing von Schwyz oder etwa Johannes Schnell und Gerold Meyer von Knonau. Wichtigste Quelle sind die «Erinnerungen aus meinem Leben» (bis 1868), Manuskript, in: Familienarchiv Tschudi, Haus Wiese, Glarus. Eduard Vischer hat die Hoffnung ausgedrückt, dass die Erinnerungen doch einmal integral «wohl kommentiert», ediert werden. «Abgesehen von allem Glarnerischen stellen sie trotz der bewusst eingehaltenen autobiographischen Beschränkung ein wesentliches Quellenstück zur Geschichte der Schweiz von 1847 bis 1868 dar, eine Quelle also namentlich für die ersten 20 Jahre des jungen Bundesstaates.» (Eduard Vischer, Autobiographisches aus dem Glarnerland, in: Ders., Heimat und Welt, Bern 1983, S. 351.)

[9] Ernst Brand, a.a.O., III. Teil, S. 152 ff.

Rechtshistoriker und Staatsrechtler. Durch seine Studien in Zürich, Bern und Berlin, wo ihn namentlich Johann Caspar Bluntschli, Friedrich Ludwig von Keller, Friedrich Carl von Savigny und Leopold von Ranke prägten, war er ein entschiedener Anhänger der historischen Rechtsschule mit besonderem Interesse für die deutsche Rechtsgeschichte. Nach einer politisch-historischen Arbeit im Band VII der «Gemälde der Schweiz» über den Kanton Glarus von 1846 edierte er namentlich Rechts- und Geschichtsquellen zur Landesgeschichte[10] und verfasste die bekannte «Staats- und Rechtsgeschichte der Schweizerischen Demokratien»[11]. Schliesslich schuf er aus einem rechtshistorischen Ansatz heraus das «Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechts»[12], womit er, wie Fritz Fleiner schrieb, zum eigentlichen Begründer der schweizerischen Bundesstaatstheorie wurde.[13] Für den ersten Band der «Staats- und Rechtsgeschichte» erhielt Blumer 1854 den Dr. h.c. der Universität Zürich. Als Anerkennung der wissenschaftlichen Leistungen konnte er auch die mehrfachen Berufungen als Universitätslehrer nach Zürich ansehen, die er leider aus familiären Rücksichten abgelehnt hat.[14] Andernfalls wäre er einer der Vorgänger von Claudio Soliva geworden. Im Wirken des Wissenschafters, Politikers und Richters Blumer ist sein entscheidender Beitrag zur Schaffung des ständigen Bundesgerichts 1874 als besonderes Verdienst anzusehen.

III.

Wie die einleitend wiedergegebene Charakterisierung der ursprünglichen Rechtslage deutlich macht, haben die Bundesverfassungen vom 12. September 1848 und das (erste) Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 5. Juni 1849[15] nur eine sehr beschränkte und «kasuelle» Bundesgerichtsbarkeit vorgesehen.[16] Unter den bundesgerichtlichen Zuständigkeiten in Zivilsachen waren die materiell bedeutendsten diejenigen, die durch Parteiübereinkunft dem Bundesgericht vorgelegt wurden. Zusätzlich hatte das Gericht, zum Teil aufgrund späterer gesetzlicher Zuweisungen, namentlich Bürgerrechtsermittlungen für Heimatlose, Schei-

[10] Rechtsquellen des Kantons Glarus, ZSR a. F. Bd. V, S. 121 ff., Bd. VI, S. 3 ff.; Urkundensammlung zur Geschichte des Kantons Glarus, hrsg. von J. J. Blumer im Auftrag des (1863 von ihm gegründeten) historischen Vereins, 2 Bände, Glarus 1873, 1880; 3. Band hrsg. von Gottfried Heer, Glarus 1891.

[11] Bd. I, St. Gallen 1850, Bd. II (in zwei Teilen), St. Gallen 1858/59.

[12] 1. Band, St. Gallen 1863, 2. Band, St. Gallen 1864.

[13] Fritz Fleiner, in: SJZ, Sondernummer zur Jahrhundertfeier der Universität Zürich, Bd. 29, S. 312.

[14] Erinnerungen aus meinem Leben (Anm. 8), Manuskript, Bogen 25 S. 4 und Bogen 26 S. 1.

[15] Offizielle Sammlung 1849, S. 65 ff.

[16] Die Bezeichnung als kasuelles, von Fall zu Fall zusammentretendes Gericht stammt von Eduard His, a.a.O., S. 459 ff.

dungen konfessionell gemischter Ehen, Streitigkeiten über Expropriationsentschädigungen beim Eisenbahnbau sowie Eisenbahnhaftpflichtfälle zu beurteilen.[17] Vereinzelt waren im Weiteren zivilrechtliche Streitigkeiten zwischen dem Bund und Privaten zu entscheiden.[18] In Strafsachen war das Bundesgericht berufen, Verletzungen des (wenigen) Verwaltungsstrafrechts des Bundes, besonders des Zollrechts sowie Amtsdelikte von Bundesbediensteten zu beurteilen, und einem besonderen Geschworenen-(Assisen-)Gericht waren bestimmte Staatsschutzfälle vorbehalten.[19] Schliesslich hatte das kasuelle Bundesgericht als staatsrechtliche Streitigkeiten *im Fernern über Verletzung der durch die Bundesverfassung garantierten Rechte, wenn hierauf bezügliche Klagen von der Bundesversammlung an dasselbe gewiesen werden* (Art. 105 Bundesverfassung von 1848), zu entscheiden.

Insgesamt, meinte Blumer, konnte man *somit sagen, dass der Geschäftskreis des Bundesgerichtes nicht sehr umfangreich ist und dass gerade diejenigen Geschäfte, welche als die zahlreichsten erschienen, im Verhältnis zu der hohen äusseren Stellung des Tribunals von untergeordnetem Belange sind.*[20] Als besonders problematisch in der Rechtsschutzordnung von 1848/49 erwies sich die Behandlung der öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten von Privaten mit den Kantonen. Denn der Schutz der bundesverfassungsmässigen Rechte war durch die Bundesverfassung und Spezialgesetze grundsätzlich dem Bundesrat und in zweiter Instanz der Bundesversammlung übertragen. Diese sollte gegenüber den kantonalen Staatsgewalten einschliesslich den Gerichten die (politische) Bundesaufsicht ausüben. Mit solchen verfassungsgerichtlichen Streitigkeiten sollte das Bundesgericht nur ausnahmsweise – und in der ganzen Zeit bis 1874 nur einmal – durch Beschluss der Bundesversammlung befasst werden.[21] Wenn auch der bundesrätlichen Rechtsprechungspraxis, die praktisch die vorbereiteten Entscheide des EJPD absegnete, eine *wohlverdiente Autorität zugebilligt* werden konnte, so hat die staatsrechtliche Rechtsprechung durch die politischen Gewalten, insbesondere durch die Bundesversammlung, doch sehr bald von verschiedenen Zeitgenossen (einschliesslich Blumers) erhebliche Kritik erfahren.[22] Mit dieser Regelung

[17] Johann Jakob Blumer, Handbuch, a.a.O. (Anm. 12), II. Band, 1866, S. 55 ff.; Elisabeth Nägeli, a.a.O., S. 41 ff., 136; Ernst Brand, a.a.O., III. Teil, S. 78 ff.

[18] wobei politisch etwa die Prozesse um die Haftung der Sonderbundskantone für die Kriegsschulden Aufsehen erregten (Ernst Brand, a.a.O., S. 82 ff.).

[19] Näheres z.B. Johann Jakob Blumer, Handbuch, a.a.O., II. Band, S. 64 ff.; Ernst Brand, a.a.O., S. 118 ff.

[20] Johann Jakob Blumer, Handbuch, a.a.O., II. Band, S. 55.

[21] J. J. Blumer/J. K. P. Morel, a.a.O., 3. Bd., S. 136 ff.; Ernst Brand, a.a.O., S. 125 ff.; Ullmer, Staatsrechtliche Praxis der Bundesbehörden, Bd. I, Zürich 1862, S. 367 ff.

[22] Vgl. J. J. Blumer, Handbuch, a.a.O., I. Bd., S. 201 ff.; Gustav Vogt, Das Eidgenössische Rekurswesen und dessen Reform, ZBJV, Bd. IV, 1867, S. 1 ff., S. 37 ff.; Walther Munzinger, Studie über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit, Beiträge zu der schweizerischen Verfassungsrevisionsfrage, Bern 1871, S. 91 ff. m.w. H. Blumer sagte in seiner Eröffnungsrede vom 12. Januar 1875: «Es ist während der letzten 25 Jahre oft genug beklagt und missbilligt worden, dass eine Administrativbehörde, wie der Bundesrath, und eine aus

wollte man 1848 namentlich erreichen, dass nicht politische Fragen dem Entscheid der politischen Bundesbehörden entzogen sein sollten.[23] Zudem galten die Gerichte damals als nicht zur rechtsschöpferischen Tätigkeit geeignet. Der Verfassungsgeber wollte, wie Giacometti deutlich machte, dass die Mehrheit der Bundesversammlung als Verkörperung der Volksmehrheit bzw. der Volkssouveränität die bundesstaatliche Verfassungsentwicklung bestimmen könne. Er hatte sich gegen eine, in der Regenerationszeit schon diskutierte, Verfassungsgerichtsbarkeit und für das Primat des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates entschieden.[24]

IV.

Verglichen mit diesem Zustand verwirklichte die Verfassungsrevision von 1872 bzw. 1874 eine grundsätzlich neue Konzeption der Bundesgerichtsbarkeit.[25] Die Leitgedanken waren, dass zwar die bisherigen Zuständigkeiten gegenüber den Kantonen beibehalten werden sollten (vgl. besonders Art. 110 Abs. 1 Ziff. 1–3, Art. 111 sowie Art. 113 Abs. 1 und 2 BV), dass aber gleichzeitig ein Ausbau der Zivil- und Staatsrechtspflege erfolgen müsse und dafür neu ein ständiges, unabhängiges Bundesgericht (Art. 106 ff. BV) benötigt werde.[26] Mit der neuen Bundeskompetenz von Art. 64 BV zur Privatrechtsvereinheitlichung war das Bundesgericht aufgerufen, als Rechtsmittelinstanz für Zivilrechtsstreitigkeiten Privater die Einheit des Bundeszivilrechts sicherzustellen (vgl. Art. 114 BV a. E.).[27] In der Staatsrechtspflege sollte das Bundesgericht neu namentlich primär im Verhältnis zu Bundesrat und Bundesversammlung Verfassungsbeschwerden Privater wegen *Verletzung verfassungsmässiger Rechte,* deren Katalog die neue Bundesverfassung noch erweitert hatte, sowie Verfassungsbeschwerden wegen Verletzungen von Konkordaten und Staatsverträgen beurteilen

zwei Kammern bestehende gesetzgebende Behörde, wie die Bundesversammlung, nicht selten sehr schwierige und delikate Rechtsfragen entscheiden und dabei gerichtliche Urtheile aufheben oder bestätigen mussten, während durchaus nicht bei allen Mitgliedern, namentlich der gesetzgebenden Behörde, eine volle Kenntnis des Aktenmaterials, ein juristisches Eindringen in die zu erörternden Streitpunkte vorausgesetzt werden konnte.» (a.a.O. [Anm. 1], S. 26.) Vgl. im Weitern Zaccaria Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes (Die staatsrechtliche Beschwerde), Zürich 1933, S. 36 ff.

[23] Vgl. Eidg. Abschiede. 1848 IV Beilage D, S. 139; Zaccaria Giacometti, a.a.O., S. 35.

[24] Zaccaria Giacometti, a.a.O., S. 33 ff.

[25] Über die Motive zur Verfassungsrevision vgl. Botschaft vom 17. Juni 1870, BBl 1870 II 700; J. J. Blumer/J. K. P. Morel, a.a.O., 3. Bd., S. 137 ff.

[26] Vgl. Ernst Brand, a.a.O., S. 148 ff., bes. S. 158 ff. (dabei wurde die Bestimmung von Art. 108 Abs. 3 BV erst in der Revision von 1873/1874 angenommen).

[27] J. J. Blumer/J. K. P. Morel, a.a.O., 3. Bd., S. 149 ff.; Elisabeth Nägeli, a.a.O., S. 65 ff.; Walther Burckhardt, Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874. 3. Aufl., Bern 1931, S. 791 ff.

(Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV).[28] Allerdings blieben weiterhin wichtige Bereiche des Individualrechtsschutzes gegenüber den Kantonen, wenn es mehr um politische oder verwaltungstechnische Fragen ging, unter der Bezeichnung *Administrativstreitigkeiten* gemäss Art. 113 Abs. 2 BV in der Verantwortung von Bundesrat und Bundesversammlung.[29] An eine eigentliche Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bundesrechtssachen, vor allem an einen gerichtlichen Rechtsschutz gegenüber verwaltungsrechtlichen Entscheiden der Bundesbehörden, dachte man damals noch kaum. Immerhin hatte man bis in dieses Jahrhundert einen weiten Begriff von zivilrechtlichen Streitigkeiten, zu denen auch gewisse verwaltungsrechtliche Auseinandersetzungen wie z.B. Staatshaftungsfälle gehörten.[30] Erst die Verfassungsergänzung durch Art. 114bis BV vom 25. Oktober 1914[31] brachte eine Öffnung für die Bundesrechtspflege. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass bezüglich der Strafgerichtsbarkeit die Verfassungsrevision von 1874 (Art. 112 und 114 BV) nicht über die Ordnung von 1848 hinausging.

V.

Das diese Verfassungsordnung ausführende neue Organisationsgesetz vom 27. Juni 1874 soll im Folgenden charakterisiert und in seinen Hauptpunkten vorgestellt werden. Es war schon dem Entwurfe nach *einfach und logisch in vier Abteilungen* gegliedert[32], nämlich I. Allgemeine Bestimmungen, II. Zivilrechtspflege, III. Strafrechtspflege und IV. Staatsrechtliche Entscheidungen. Praktische Einzelfragen der Organisation wie diejenige des Sitzes des Bundesgerichts oder die Besoldungsordnung sollten in einem separaten *Parlamentsdekret* geordnet werden. Für das Verfahren vor Bundesgericht galten zudem die alten Prozessgesetze.[33]

Das Gesetzgebungsverfahren wurde in der kurzen Zeit von rund drei Monaten durchgezogen. Dabei konzentrierte sich die fachliche und politische Diskussion auf einige zentrale Fragen, wie insbesondere die nach der Entscheidungsbefugnis und Kognition des Bundesgerichts im zivilrechtlichen Rechtsmittelverfahren sowie die nach den Zuständigkeiten des Bun-

[28] J. J. Blumer/J. K. P. Morel, a.a.O., S. 171 ff.; Elisabeth Nägeli, a.a.O., S. 101 ff., 113 ff.; Walther Burckhardt, Kommentar, a.a.O., S. 771 ff.; Ernst Brand, a.a.O., S. 171 ff.

[29] Näheres Elisabeth Nägeli, a.a.O., S. 114 ff.; Ernst Brand, a.a.O., S. 247 ff. Zum Begriff der Administrativstreitigkeiten besonders J. J. Blumer/J. K. P. Morel, a.a.O., S. 62 ff.; Walther Burckhardt, Kommentar, S. 732 ff. (zu Art. 102 Ziff. 2 BV).

[30] Vgl. namentlich zur Praxis der ersten Jahre Walther Burckhardt, Kommentar, S. 758 ff.; Willhelm Birchmeier, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, Zürich 1950, S. 57 ff. und 64 ff. zu den Art. 41 und 42 OG; Walter Haller, in: Kommentar Bundesverfassung, Art. 110 Rz. 1 ff. und 12.

[31] Walther Burckhardt, Kommentar, S. 794 ff.; Elisabeth Nägeli, a.a.O., S. 124 ff.

[32] BBl 1874 I 1060.

[33] Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, vom 22. November 1850; Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege, vom 27. August 1851.

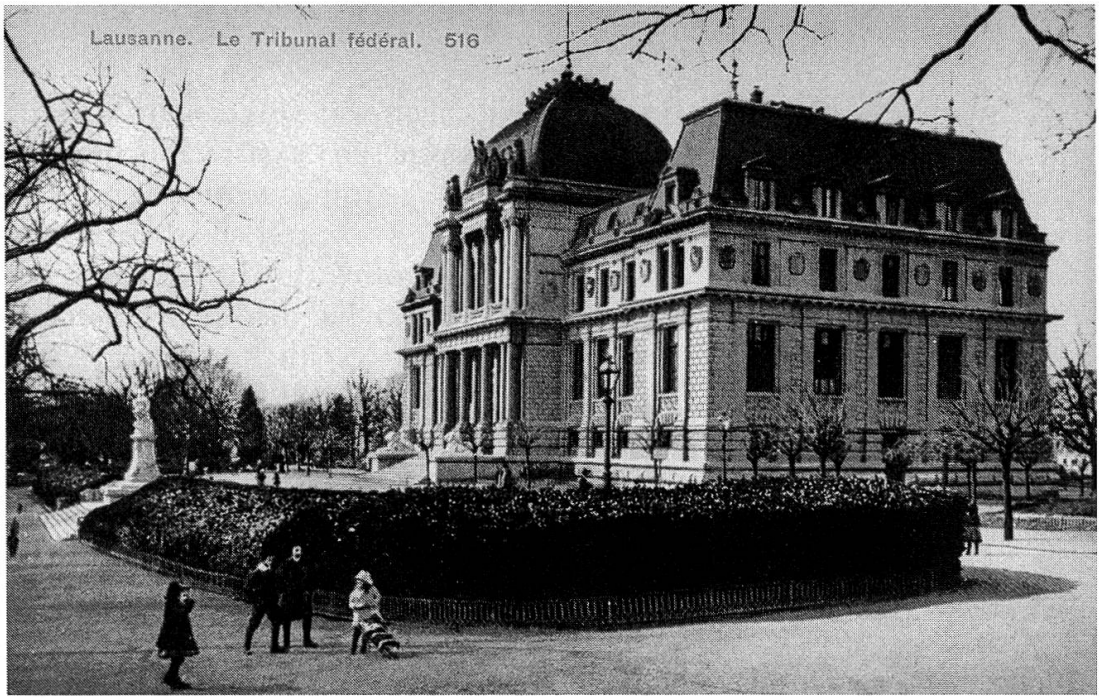
desgerichts in der Verfassungsgerichtsbarkeit im Verhältnis zum Bundesrat. Wichtig waren schliesslich die Organisationsfragen.[34] Dass das recht knappe, rasch beschlossene Gesetz in verschiedenen Beziehungen nur provisorische Regelungen enthielt und dass deshalb der Praxis *die weitere Ausgestaltung* des Verfahrens *zu überlassen sei,* war den Beteiligten bewusst.[35] Das nächste, auf Vorarbeiten von Bundesrichter Heinrich Hafner beruhende OG vom 22. März 1893 stellte mit seinen 234 Artikeln gesetzgeberisch dann einen völligen Gegensatz zum OG von 1874 dar.

VI.

1.a. Bei der Organisation des Gerichts entschied man sich für neun hauptamtliche Richter und neun Ersatzmänner.[36] Diese Richter sollten für eine sechsjährige Amtsdauer gewählt werden (auf eine Wahl auf Lebensdauer nach dem amerikanischen Vorbild wurde mit Rücksicht auf schweizerische Traditionen bewusst verzichtet[37]). Die Erneuerungswahl des Gerichts wollte der Bundesrat (anders als Blumer) je zur Hälfte nach drei bzw. sechs Jahren durchführen, um dem Gericht Stetigkeit und *einen Geist der Gleichförmigkeit zu verschaffen*[38]. Das Parlament beschloss – entgegen Bundesrat und Nationalrat, aber gemäss Ständerat – dann die integrale Erneuerung jeweils nach sechs Jahren[39, 40].

b. Einigkeit bestand relativ bald darüber, dass das Bundesgericht nicht nur einen festen Sitz für die Kanzlei, sondern auch einen festen Amtssitz haben müsse, an dem die hauptamtlichen Mitglieder ihren Wohnsitz hatten. Und klar war eigentlich auch, dass dieser Amtssitz nicht notwendig in der Bundesstadt Bern, sondern besser anderswo sein sollte.[41] Allerdings lehnte das Parlament die vom Bundesrat eingebrachte besondere Bestimmung ab, wonach der Amtssitz *nicht am nemlichen Orte sich befinden* kann, *wo die politischen Bundesbehörden ihren Siz haben* (Art. 11 Abs. 2 Entwurf OG).[42]

[34] bei denen sich in der Regel Blumers ursprüngliche Auffassungen und diejenigen des Ständerates durchsetzten.
[35] Botschaft, BBl 1874 I 1080 (Bemerkung zum Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde).
[36] Der Bundesrat sah entgegen dem Vorentwurf nur sechs Ersatzmänner vor (Botschaft, BBl 1874 I 1061), während die sich dann durchsetzende ständerätliche Kommission mit Rücksicht auf die normale Kammergrösse von sieben Richtern neun Ersatzmänner wünschte (Bericht der ständerätlichen Kommission, BBl 1874 I 1189).
[37] Botschaft, BBl 1874 I 1062.
[38] Botschaft, BBl 1874 I 1062.
[39] Bericht der ständerätlichen Kommission, BBl 1874 I 1190; vgl. Art. 6 OG von 1874.
[40] Für den Präsidenten des Gerichts wollten Bundesrat und Nationalrat eine dreijährige, der Ständerat eine zweijährige Amtszeit, was dann so beschlossen wurde (Art. 7 OG von 1874).
[41] Botschaft, BBl 1874 I 1064 ff.; Bericht der ständerätlichen Kommission, BBl 1874 I 1191 ff.
[42] Botschaft, BBl 1874 I 1085.



Ansicht des Bundesgerichtsgebäudes in Lausanne (Zentralbibliothek Zürich).

2.a. Von den verschiedenen neuen Verfahrensregelungen sei erwähnt, dass Art. 10 OG von 1874 vorsah, dass die Verhandlungen in zivil- und staatsrechtlichen Sachen in einem Plenum *von mindestens sieben Richtern* durchzuführen seien. Aufgrund der schlechten Erfahrungen des alten, kasuellen Gerichts wurde zudem ausdrücklich bestimmt, dass das Gericht immer mit einer ungeraden Zahl von Mitgliedern beraten und entscheiden müsse.[43]

b. Die Ausstandsregeln und Ablehnungsgründe wurden weitgehend aus Art. 56 ff. OG von 1849 in die neuen Art. 16 und 17 übernommen[44], wobei eine gewisse Ausweitung der Ausstandsgründe wegen Vorbefassung eines Richters in einer andern Funktion in Gemeinde, Kanton oder Bund erfolgte.

c. Für die Vorbereitung der Entscheidungen war vorgesehen, dass im direkten, erstinstanzlichen Zivilprozess sowie im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren Instruktionsanordnungen getroffen werden konnten[45], während das Gericht im zivilprozessualen Rechtsmittelverfahren ausschliesslich auf die Sammlung des Prozessstoffes durch die kantonale Vorinstanz abstellen sollte (dazu unten Näheres). Für die Zivilrechtspflege beschloss das Parlament – entgegen dem bundesrätlichen Antrag, aber nach dem Blumerschen Konzept –, dass eine mündliche Parteiverhandlung durchzuführen sei.[46] In der Staatsrechtspflege hingegen sollte es nur

[43] Vgl. Botschaft, BBl 1874 I 1063 ff.: Bericht der ständerätlichen Kommission, BBl 1874 I 1191. Blumer schreibt im ständerätlichen Bericht: «Gegenüber der Botschaft des Bundesrathes haben wir zu berichtigen, dass bis dahin, wenn mit Inbegriff des Präsidenten acht Mitglieder im Bundesgerichte sassen, der Präsident zwar in der Berathung sich aussprach, aber bei der Abstimmung nicht zum Stimmen gelangte, daher die 4 Mitglieder, gegen deren Ansicht der Präsident sich ausgesprochen hatte, gegenüber den andern drei Mitgliedern die Mehrheit erhielten. Auf das zuhörende Publikum und insbesondere auf die Partheien machten natürlich Urtheile welche in dieser Weise zu Stande gekommen waren, nicht den besten Eindruck» (BBl 1874 I 1191 ff.).

[44] Botschaft, BBl 1874 I 1066 ff.

[45] Vgl. Art. 61 Abs. 2 OG von 1874.

[46] Vgl. Art. 30 Abs. 2 und 3 OG von 1874:
«[2] Nach Empfang der Akten setzt der Präsident den Tag fest, an welchem das Geschäft bei dem Bundesgericht zur Behandlung kommen soll, und lässt den Parteien davon Kenntnis geben.
[3] Die Parteien haben das Recht, an dem festgesetzten Tag vor dem Bundesgericht zu erscheinen und das Streitverhältnis mündlich vorzutragen oder durch Bevollmächtigte vortragen zu lassen.» Im Bericht der ständerätlichen Kommission schreibt Blumer: «Überhaupt wurde bei der Entwerfung des Art. 26 (dann 30) stillschweigend angenommen, es werde das für das Bundesgericht bestehende Civilprozessgesetz, soweit thunlich, auch auf die hier geöffneten Rekurse solange Anwendung finden, bis es nach gemachten Erfahrungen durch eine andere Prozessordnung ersezt werde. Die Mehrheit der Kommission schlägt nun freilich im Interesse der Kostenersparnis eine wesentliche Abweichung von dem beim Bundesgerichte üblichen Verfahren in der Richtung vor, dass der Gerichtshof in der Regel nur auf Grundlage der Rechtsschriften und der übrigen Akten zu erkennen habe und eine mündliche Schlussverhandlung nur ausnahmsweise zu gestatten sei. Da der Berichterstatter ein entschiedener Anhänger des mündlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist, so muss er es den Mitgliedern der Kommission, welche sich für jenen Antrag ausgesprochen haben, selbst überlassen, denselben zu begründen.» (BBl 1874

ausnahmsweise, *wenn eine Partei es verlangt und besondere Gründe dafür vorliegen,* eine mündliche Schlussverhandlung geben, ansonsten aber das Gericht *in der Regel bloss auf Grundlage eines schriftlichen Verfahrens* entscheidet (Art. 61 OG von 1874).[47] Generell und neu wurde zudem bestimmt, dass *die Berathungen und Abstimmungen des Bundesgerichts und seiner Abtheilungen ... öffentlich* sind, abgesehen von den Verhandlungen der Geschworenen und der Anklagekammer (Art. 20 OG von 1874).[48]

3.a. In der Zivilrechtspflege galt es, neben den direkten Zivilprozessen zwischen oder mit staatlichen Stellen (Art. 110 BV) und den Fällen der Prorogation an das Bundesgericht (Art. 111 BV), vor allem den Rechtsmittelweg ans Bundesgericht gegenüber kantonalen Urteilen, die in Anwendung von Bundeszivilrecht ergehen, generell zu öffnen. Wie schon beim Erlass von Art. 114 BV drehte sich die Auseinandersetzung vor allem darum, ob das Bundesgericht eine umfassende Überprüfungskompetenz auf Appellation hin oder nur eine sehr beschränkte Rechtskontrolle auf Kassations- bzw. Nichtigkeitsbeschwerde hin haben sollte. Damit zusammen hing notwendigerweise die Frage, ob das Bundesgericht die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz überprüfen könne oder an diese gebunden sei. Blumer befürwortete eine grosszügige Kompetenzregelung, indem er sowohl eine volle Berufungsmöglichkeit als auch eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen Unzuständigkeit oder Verfahrensfehlern des kantonalen Gerichts vorschlug.[49] Hinsichtlich der Beweisregeln sollte nach kantonaler Prozessordnung, im Übrigen aber nach Bundeszivilprozess verfahren werden. Leitgedanke war für ihn, dass das Bundesgericht einen Rechtsfall letztlich in seiner Gesamtheit zu würdigen und zu erörtern habe, dass aber gleichzeitig der Rechtsmittelweg grundsätzlich nicht verlängert und nur eine Instanz auf Kantons- und Bundesebene bestehen sollte, weshalb dann die Kantone die mit Appellation an das Bundesgericht weiterziehbaren

I 1195.) Die Neuordnung von 1893 hob das Prinzip der mündlichen Verhandlung leider praktisch auf (vgl. Botschaft, BBl 1893 II 333 ff.; Ernst Brand, a.a.O., S. 208 ff.).

[47] Vgl. Botschaft, BBl 1874 I 1080: «Wir wollten dabei nur andeuten, dass bei diesen staatsrechtlichen Fragen doch nicht ganz das für Civilstreitigkeiten vorgeschriebene Verfahren Anwendung finden könne, sondern in der Regel, wie bis anhin, beim Bundesrathe, auf Grundlage der Rechtsschriften und ohne Vorladung der Parteien geurteilt werden solle. Es werden dadurch den Parteien unnöthige Kosten erspart, worauf aus dem Grunde zu achten ist, weil hier nicht, wie bei anderen Kompetenzen des Bundesgerichtes, ein Minimalwerth des Streitgegenstandes vorgeschrieben werden kann, und daher oft sehr untergeordnete Streitigkeiten vorkommen werden.»

[48] Vgl. Eduard His, a.a.O., S. 470.

[49] In den Erläuterungen zum Vorentwurf schreibt er: «Rechtsstreitigkeiten, bei denen es sich um Anwendung und Auslegung derjenigen Bundesgesetze handeln wird, welche kraft Art. 38 des Eisenbahngesetzes sowie gemäss Art. 64 B.-V. erlassen werden sollen, sind, wenn eine Partei sich über den Spruch des erstinstanzlichen kantonalen Gerichtes beschwert und der Streitgegenstand einen Hauptwerth von wenigstens Franken 2000 hat, mit Übergehung einer allfälligen zweiten Instanz im Kanton auf dem Wege der Berufung (Appellation) oder der Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht zu ziehen» (Bundesarchiv).

Fälle am besten nur einer oberen Instanz (wie dem Zürcher Handelsgericht) zuweisen sollten.[50] Die vorberatende nationalrätliche Kommission und der Bundesrat lehnten die unbeschränkte Berufung aber rundweg ab, weil wegen der stark unterschiedlichen kantonalen Prozessgesetze keine einheitliche Überprüfung der vorinstanzlichen Sachverhaltsermittlungen möglich sei.[51] Immerhin sollte die bundesgerichtliche Entscheidungsbefugnis nicht bloss im Zurückweisen (Kassieren) des kantonalen Entscheides liegen, sondern auch dessen Abänderung ermöglichen. Dieses andere Konzept einer auf Rechtsfragen beschränkten Appellation, einer revisio in jure, eines recours en reforme, fand dann die parlamentarische Zustimmung.[52] Auch wenn bald danach die Regelung von Art. 29 und 30 vielfältiger Kritik unterzogen wurde[53], blieb man in der Folge bei der auf Rechtsfragen beschränkten Appellation, wobei allerdings deutlich gemacht wurde, dass auch die unrichtige rechtliche Beurteilung einer Tatsache als Rechtsverletzung anzusehen ist (Art. 43 Abs. 4 OG von 1943).

b. Mit der Beschränkung auf Rechtsfragen wurde im Parlament die Bindung an die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung verankert. Der Umfang dieser Bindung war keineswegs unbestritten. Im Nationalrat verlangten Fridolin Anderwerth und Simon Kaiser als Kommissionsminderheit und Nationalrat Butzberger, dass bei unklarer Tatbestandsfeststellung oder wenn die Vorinstanz einen entscheidenden Beweis nicht zugelassen hatte, das Bundesgericht eine *Aktenvervollständigung* vornehmen könne.[54] Sie erreichten mindestens, dass das Bundesgericht Ergänzungen der Tatbestandsabklärung vom kantonalen Gericht fordern konnte, wenn dieses die Beweisfragen nicht wirklich gelöst hatte.[55] In der Praxis und in der

[50] Vgl. Akten Bundesarchiv sowie Belege in: Heinrich Hafner, Das Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Zivilstreitigkeiten nach Art. 29 und 30 des Bundesgesetzes betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874, ZSR n. F., 3. Bd., 1884, S. 156 ff.; Ernst Brand, a.a.O., S. 178.

[51] Botschaft, BBl 1874 I 1070.

[52] Vgl. Art. 29 Abs. 1 OG von 1874: «In Rechtsstreitigkeiten, die von kantonalen Gerichten nach eidgenössischen Gesezen zu entscheiden sind und deren Gegenstand einen Hauptwerth von wenigstens Fr. 3000 hat oder seiner Natur nach einer Schäzung nicht unterliegt, ist jeder Partei das Recht geöffnet, bei dem Bundesgerichte die Abänderung des letztinstanzlichen kantonalen Haupturtheils nachzusuchen.» Näheres bei Heinrich Hafner, a.a.O., S. 158 bis 165; J. J. Blumer/J. K. P. Morel, a.a.O., 3. Bd., S. 162 ff.; Elisabeth Nägeli, a.a.O., S. 66 ff.; Willhelm Birchmeier, a.a.O., S. 71 ff.

[53] Vgl. Botschaft zum Entwurf des OG von 1893, BBl 1892 II 275 ff.

[54] Beratungen zu Art. 26 Entwurf OG, vom 18. Juni 1874.

[55] Vgl. Art. 30 Abs. 4 OG von 1874: «Das Bundesgericht hat seinem Urtheile den von den kantonalen Gerichten festgestellten Tathbestand zu Grunde zu legen. Sollte aber über bestrittene Tathsachen, welche von entscheidendem Einflusse auf die Urtheilsfällung sind, durch die kantonalen Instanzen ein Beweis überhaupt nicht zugelassen worden sein, so kann das Bundesgericht eine Aktenvervollständigung durch die nämliche Instanz, welche das Urtheil gefällt hat, anordnen und hierauf ohne weitere Parteivorträge das Endurtheil erlassen.» Die letzte Regel von Absatz 4 wurde allerdings 1893 aufgegeben, weil sie den Parteien das Recht der Beweiswürdigung entzieht (Willhelm Birchmeier, a.a.O., S. 234).

Doktrin wurde bald erkannt, dass diese enge Bindung an die kantonale Tatbestandsfeststellung die Aufgabenerfüllung des Bundesgerichts erschwerte oder gar verunmöglichte, wenn die kantonalen Instanzen den Prozessstoff mangelhaft zusammengetragen hatten.[56] Bis man zu den heutigen Regeln von Art. 63 OG über die Möglichkeiten der Sachverhaltsergänzung kam, war es dann allerdings noch ein weiter Weg, der letztlich nur über die Anerkennung bundesrechtlicher Beweisregeln führen konnte.

Von seinen ursprünglichen Vorschlägen konnte Blumer in den parlamentarischen Beratungen immerhin noch die Regelung durchbringen, dass die Parteien zur Verkürzung des Instanzenweges im Einvernehmen über die kantonale Zweitinstanz hinweg einen Sprungrekurs direkt an das Bundesgericht einlegen konnten.[57] Diese Möglichkeit wurde aber 1893 aufgehoben.

4. Die Strafrechtspflege wurde im neuen OG weitgehend entsprechend der bisherigen Ordnung geregelt.[58] Eine eigentliche Neuordnung erfolgte erst 1893. 1874 fehlte vor allem noch ein generelles Rechtsmittel zur Anrufung des Bundesgerichts in Strafsachen, welche nach eidgenössischen Gesetzen durch kantonale Gerichte entschieden wurden.[59]

5. *Das Bundesgericht als Staatsgerichtshof ist die bedeutendste Schöpfung der Bundesverfassung und des Organisationsgesetzes von 1874,* schrieb sicher mit Recht Eduard His.[60] In der Staatsrechtspflege oblag nun dem Bundesgericht, neben der Entscheidung von Kompetenzkonflikten zwischen Bund und Kantonen und staatsrechtlichen Streitigkeiten zwischen Kantonen[61], vor allem die Beurteilung staatsrechtlicher Beschwerden von Privaten und Kooperationen wegen Verletzung von verfassungsmässigen Rechten sowie

[56] Vgl. z.B. die Referate von Paul Speiser und Alfred Martin am Schweizerischen Juristentag 1882 und die diesbezüglichen Entschliessungen des Schweizerischen Juristenvereins (Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1882, 2 Hefte, Zürich 1882) sowie die Referate von Alfred Martin und Johann Winkler am Schweizerischen Juristentag von 1889 (ZSR n. F., 8. Bd., 1889, S. 503 ff., 640 ff., 675 ff.); Botschaft zum Entwurf des OG von 1893, BBl 1892 II 314 ff.; Ernst Brand, a.a.O., S. 197 ff.

[57] Art. 29 Abs. 3 OG von 1874: «Im Einverständnisse beider Parteien können in solchen Rechtsstreitigkeiten auch erstinstanzliche kantonale Haupturtheile, mit Umgehung einer zweiten Instanz in den Kantonen, sofort an das Bundesgericht gezogen werden.» (Antrag im Ständerat in den Beratungen vom 11./12. Juni.)

[58] Vgl. Art. 32 bis 55 OG von 1874; Botschaft, BBl 1874 II 1071 ff.; J.J. Blumer/J. K. P. Morel, a.a.O., S. 186 ff., bes. S. 209 ff.; Ernst Brand, a.a.O., S. 167 ff.

[59] Die Kassationsbeschwerde war nur im Fiskalstrafrecht des Bundes sowie bei Verletzungen des Banknotengesetzes, des Versicherungsaufsichtsgesetzes und des Gesetzes über die Kontrolle von Gold und Silber zulässig; bei vielen andern Bundesgesetzen gab es keine Rekursmöglichkeit an das Bundesgericht (vgl. Elisabeth Nägeli, a.a.O., S. 93 ff.; Botschaft zum OG von 1893, BBl 1892 II 358; Art. 143 OG von 1893; Ernst Brand, a.a.O., S. 224 ff.).

[60] a.a.O., S. 174.

[61] Art. 56 und 57 OG von 1874.

von Konkordaten und Staatsverträgen gemäss Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV. Aus den lebhaften Beratungen über die Einrichtung des staatsrechtlichen Beschwerdeverfahrens scheinen mir heute vor allem die folgenden Punkte bemerkenswert:

a. Wie bisher bei Beschwerden zum Schutz der verfassungsrechtlich garantierten Rechte an den Bundesrat und die Bundesversammlung sollte auch die staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht nur *gegen Verfügungen kantonaler Behörden gerichtet* sein, allerdings jetzt innert einer Frist von 60 Tagen nach Eröffnung der Verfügung.

Dass die Rekurse sich immer gegen Verfügungen kantonaler Behörden richten müssen, kann wohl nicht fraglich sein, heisst es in der Botschaft.[62] Zaccaria Giacometti meinte, dass der Ausschluss des bundesgerichtlichen Schutzes verfassungsmässiger Rechte gegenüber der Bundesgewalt dem Willen des Verfassungsgebers von 1872/74 entsprochen habe. Zudem habe 1874 auch kaum ein Bedürfnis bestanden, gegen Bundesbehörden zu rekurrieren. Die Verfassungsgerichtsbarkeit sei als bundesstaatliche Institution verstanden worden.[63] Immerhin ist (was bisher in der Literatur nicht beachtet wurde) festzuhalten, dass der Nationalrat auf Vorschlag seiner Kommission am 23. Juni 1874 entgegen Bundesrat und Ständerat beschloss: *Endlich urteilth das Bundesgericht über Beschwerden betreffend Verlezung verfassungsmässiger Rechte der Bürger ... vorausgesetzt, dass diese Beschwerden gegen Verfügungen kantonaler Oberbehörden oder Bundesbehörden gerichtet sind und innerhalb dreissig Tagen, von Eröffnung derselben an gerechnet, eingereicht werden.*[64] Gegenüber diesem Beschluss setzten sich aber die Ständeratskommission und der Ständerat mit ihren Entscheidungen vom 24. und 25. Juni 1874, denen sich der Nationalrat dann anschloss, durch. Ob eine Verfassungsbeschwerde gegenüber Entscheidungen von Bundesbehörden damals als unnötig, unerwünscht oder nicht verfassungskonform erachtet wurde, lässt sich heute nicht mehr ermitteln.[65]

b. Nach dem Wortlaut von Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV, der von der *Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger* spricht, beantragte der Bundesrat, dass nur Schweizer Bürger die Parteifähigkeit hätten. Die ständerätliche Kommission stellte klar, *dass es immerhin verfassungsmässige Rechte gibt, auf*

[62] BBl 1874 II 1076 zu Art. 53 Abs. 1 Entwurf OG.

[63] a.a.O., S. 42 ff., 94.

[64] Aus den Protokollen sind die Gründe für diesen Entscheid nicht zu ersehen. Immerhin bestand schon im 19. Jahrhundert nicht unbedingt die fixe Vorstellung, dass gegen den Bundesrat nicht ans Bundesgericht gelangt werden konnte. Dies war z.B. in Heimatlosenstreitigkeiten vor 1874 möglich (vgl. J.J. Blumer, Handbuch, a.a.O., I. Band, S. 207).

[65] Erst in der Botschaft zum OG von 1893 heisst es: «Es kann aber auch ferner ... nicht wohl fraglich sein, dass die staatsrechtlichen Beschwerden gegen die Verfügungen und Erlasse kantonaler Behörden sich richten müssen, da nach der Bundesverfassung Bundesrath und Bundesgericht gegenseitig unabhängig voneinander sind.» (BBl 1892 II 377; Ernst Brand, a.a.O., S. 239/240.)

welche sich auch der in der Schweiz wohnende Ausländer berufen kann, wie namentlich das forum domicilii nach der neuen Fassung des nunmehrigen Art. 59 der Bundesverfassung.[66] Mit der Zuerkennung des Beschwerderechts an alle «Privaten und Korporationen» hat Art. 59 OG von 1874 diese Verfassungsauslegungsfrage glücklich geklärt.[67]

c. Eine weitere Hauptfrage, die das OG von 1874 beantwortete, ist die, was unter *verfassungsmässigen Rechten* zu verstehen sei. Im Anschluss an die bisherige Praxis der Bundesbehörden beantragten Blumer bzw. der Bundesrat, ins OG einen weiten Begriff der verfassungsmässigen Rechte aufzunehmen, der dann auch in Art. 59 Abs. 1 OG Eingang fand: *Endlich beurteilth das Bundesgericht Beschwerden von Privaten und Korporationen, betreffend: a) Verlezung derjenigen Rechte, welche ihnen entweder durch die Bundesverfassung und die in Ausführung derselben erlassenen Bundesgeseze oder durch die Verfassung ihres Kantons gewährleistet sind, ...*[68] Somit ging man 1874 davon aus, dass das Bundesgericht als Institution des Bundesstaates die durch die Bundesverfassung begründeten Rechte einzelner des Bundesrechts sowie die Rechte einzelner aus den vom Bund genehmigten Kantonsverfassungen schützen müsse. Mit der staatsrechtlichen Beschwerde sollten die Privaten gleichsam ihre subjektiven Rechte des Bundesrechts und der Kantonsverfassungen wahren können. Die anschliessende Praxis des Bundesgerichts hat diesen Begriff der verfassungsmässigen Rechte aus Rechtsschutzgründen grosszügig ausgelegt und die staatsrechtliche Beschwerde überall zugelassen, wo kein Straf- oder Zivilrechtsmittel zur Verfügung stand.[69] Einzelne Entscheidungen blieben allerdings nicht

[66] Bericht der ständerätlichen Kommission, BBl 1874 I 1196, im Gegensatz zu Art. 53 des Entwurfs OG und der Botschaft, BBl 1874 II 1075.

[67] Näheres bei J. J. Blumer/J. K. P. Morel, a.a.O., S. 175/76; Ruth Bernheimer, Der Begriff und die Subjekte der verfassungsmässigen Rechte nach der Praxis des Bundesgerichtes, Diss. Zürich 1930, S. 140 ff.

[68] Die französische Fassung spricht von «législation fédérale». Als Begründung gibt die Botschaft an: «Art. 53 enthält zunächst wieder eine nähere Umschreibung des Inhaltes von Ziffer 3 des Art. 113. Das unter den ‹verfassungsmässigen Rechten der Bürger› nicht bloss die in der Bundesverfassung, sondern auch in den Kantonsverfassungen gewährleisteten Rechte zu verstehen sind, kann nach Art. 5 der Bundesverfassung und nach der bisherigen Praxis keinem Zweifel unterliegen. Eher lässt sich fragen, ob auch solche Rechte der Bürger, welche nicht in der Bundesverfassung selbst, sondern nur in den Ausführungsgesezen zu derselben festgestellt sind, zu den ‹verfassungsmässigen› gehören. Wir glauben aber, es müsse diese Frage mit Rüksicht auf die vielen Bestimmungen der neuen Bundesverfassung, welche einem Geseze rufen, bejaht werden. Der Art. 66 z.B. enthält eine Garantie gegen ungerechtfertigten Entzug politischer Rechte, aber er überlässt die nähern Bestimmungen einem Ausführungsgeseze. Unzweifelhaft muss nun, wenn zuwider diesem Geseze Jemand in einem Kanton seiner politischen Rechte verlustig erklärt würde, hierüber ein Rekurs an die Bundesbehörden gestattet sein, ...» (BBl 1874 I 1075.)

[69] Ruth Bernheimer, a.a.O., S. 65 ff., bes. S. 71; Zaccaria Giacometti, a.a.O., S. 48/49, bes. Anm. 20. Vgl. BGE I (1875) 136 ff., 314 ff.; II (1876) 91 ff.; X (1884) 228 ff.; zur Praxis J. J. Blumer/J. K. P. Morel, a.a.O., S. 172 ff.; sowie vor allem Charles Soldan, Du recours de droit public au tribunal fédéral, Etude de jurisprudence fédérale, ZSR n.F., 5. Bd., 1886, S. 185 ff., bes. S. 211 ff.

unbestritten.[70] Doch 1893 wurde dieses weite Verständnis der verfassungsmässigen Rechte noch nicht aufgegeben, auch wenn Art. 178 OG von 1893 auf eine Umschreibung des Begriffs verzichtete.[71] Während Zaccaria Giacometti 1933 noch eine weite Herleitung der verfassungsmässigen Rechte vornahm[72], beschränkten andere Autoren wie namentlich Walther Burckhardt verfassungsmässige Rechte auf die in der mit höherer Geltungskraft ausgestatteten Verfassung geschützten Individualrechte und objektiven Schutznormen.[73] Dieses spätere dogmatische Verständnis dürfte m.E. dazu geführt haben, dass der Kreis der geschützten verfassungsmässigen Rechte heute enger ist als zu Beginn der bundesgerichtlichen Praxis.[74]

d. Die rechtlich und politisch wichtigste Frage war 1874 – wie heute noch – diejenige nach der zweckmässigen Kompetenzausscheidung zwischen dem Bundesrat und der Bundesversammlung einerseits und dem Bundesgericht andererseits. Der Gesetzesredaktor und der Bundesrat schlugen, im Anschluss an die Debatten von 1872 zur Verfassungsrevision, vor, dass das Gesetz von der grundsätzlichen Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Beurteilung staatsrechtlicher Beschwerden ausgehen solle, dass aber als Ausnahmen die dem Bundesrat und der Bundesversammlung gemäss Art. 113 Abs. 2 BV vorbehaltenen sog. Administrativstreitigkeiten alle explizit aufzuzählen seien.[75] Als «leitender Gesichtspunkt» für die Kompetenzausscheidung bot sich nach der Botschaft von selbst dar, *dass dem Bundesrathe alles dasjenige zu übertragen ist, was vorwiegend politischer und administrativer Natur ist, dem Bundesgericht hingegen diejenigen Gebiete, auf welchen das Staatsrecht sich mit dem Privat- oder Strafrecht berührt, oder wo sonst rechtliche*

[70] Vor allem das Urteil Schärer u. Cie vom 26. Oktober 1883, BGE IX (1883) 477 ff.; vgl. Ruth Bernheimer, a.a.O., S. 68 ff.

[71] Heinrich Hafner als Verfasser des Vorentwurfs und der Bundesrat behielten die Definition von 1874 bewusst bei (vgl. BBl 1892 II 378; Ernst Brand, a.a.O., S. 240). Walther Burckhardt, Kommentar, S. 780, irrt sich diesbezüglich.

[72] a.a.O., S. 46 ff., bes. 48/49.

[73] Vgl. Walter Burckhardt, Kommentar, S. 780; Ruth Bernheimer, a.a.O., S. 123 ff.; Lieselotte Gurny, Der Begriff der verfassungsmässigen Rechte, Diss. Zürich, Winterthur 1959, S. 29 ff.

[74] Vgl. zur Rechtsentwicklung ab 1874 Walther Burckhardt, Kommentar, S. 782 bis 787; sowie zur heutigen Praxis z.B. Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1984, S. 73 ff.; Walter Haller, in: Kommentar Bundesverfassung, Art. 113 Rz. 89 ff., bes. 96 ff.

[75] In der Botschaft heisst es, Art. 53 Abs. 2 des Entwurfes enthalte die «Ausscheidung der sogenannten Administrativstreitigkeiten, welche nach Art. 102, Ziff. 2 durch den Bundesrath zu entscheiden sind, von den staatsrechtlichen Fragen, welche in die Kompetenz des Bundesgerichtes fallen. Es hätte diese Ausscheidung, welche bei der neuen Organisation der Bundesrechtspflege gerade die meisten Schwierigkeiten darbietet, einem besondern Geseze überlassen werden können; aber es schien uns, dass der vorliegende Entwurf an Unvollständigkeit leiden würde, wenn er nicht die Zuständigkeit des Bundesgerichtes, wie sie sich in der Folge der Bestimmungen der neuen Verfassung gestalten soll, nach allen Richtungen hin genau normieren würde.» (BBl 1874 I 10761.) Wie bei Art. 99 bis 101 des geltenden OG hat der Bundesgesetzgeber danach aber diesen formellen Aspekt bald vernachlässigt.

Momente vorzugsweise den Ausschlag geben.[76] So war man sich allseits etwa einig, dass eine Verletzung eines verfassungsmässigen Rechtes auch vorliege, *wenn in einem Kanton die Handels- und Gewerbefreiheit mehr beschränkt wird als Art. 32 der Bundesverfassung es zulässt. Aber da solche Fragen keinen juristischen, sondern einen administrativen Charakter haben, so wird man wohl auch nicht dem Bundesgerichte sie überweisen wollen.*[77] Dieses politisch-konstitutive Verständnis der Wirtschaftsfreiheit ist recht aufschlussreich. In der Bundesversammlung entbrannten dann über den Umfang der Ausnahmen zugunsten des Bundesrates breite Debatten. Die ständerätliche Kommission zeigte sich namentlich besorgt bezüglich einer Verpflichtung des Bundesgerichts, Beschwerden über die Verletzung von Art. 49 und 50 BV zu beurteilen, was in der damaligen Zeit des Kulturkampfes nicht unverständlich ist.[78] Während der Bundesrat sich eher entlasten wollte, bestanden offenbar in der Bundesversammlung erhebliche Zweifel an der Justiziabilität von Streitigkeiten über konfessionelle Freiheiten oder auch von Streitigkeiten über die Niederlassungsfreiheit. Dementsprechend fiel der Ausnahmekatalog in Art. 59 Abs. 2 und 3 OG von 1874 leider recht umfangreich aus, was schon bald erhebliche Kritik auslöste.[79] Die mit dem weiten Ausnahmekatalog in der Bundesversammlung getroffene *Konzession an die alte Anschauung, die sich mit der Revision nicht befreunden konnte*[80], wurde durch die Neuordnung von 1893 dann entscheidend korrigiert.

[76] BBl 1874 I 1077.
[77] BBl 1874 I 1077.
[78] Vgl. Bericht der Kommission: «Von grosser Wichtigkeit ist die Frage, ob die Beschwerden, welche sich auf die sogenannten konfessionellen Artikel beziehen, durch das Bundesgericht oder durch den Bundesrath und die Bundesversammlung zu entscheiden seien. Wir können uns hier mit dem bundesräthlichen Entwurfe, welcher solche Beschwerden dem Bundesgerichte zuweisen will, nicht einverstanden erklären. Die Art. 49 und 50 enthalten neue, ganz allgemein gehaltene Grundsäze, welche erst durch die Auslegung und Anwendung einen konkretern Inhalt, eine nähere Beziehung zu den realen Verhältnissen gewinnen werden; da ist es gewiss besser, wenn der oberste Entscheid der gesezgebenden Behörde selbst zusteht, welche sich mit grösserer Freiheit bewegen kann als ein Gerichtshof. Wir dürfen uns nicht verhehlen, dass gegenwärtig in der Schweiz, wie die Verhältnisse nun einmal vorliegen, die konfessionellen Fragen sehr oft politische Fragen sind. Überweisen wir dieselben dem Bundesgerichte, so werfen wir diese Behörde, welche wir den Strömungen der Tagespolitik entziehen wollten, wieder mitten in den Strudel derselben hinein und berauben sie damit derjenigen Autorität, deren sie unumgänglich bedarf, wenn die neue Institution gedeihen soll.» (BBl 1874 I 1197.)
[79] Zum Beispiel Jakob Dubs, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Teil, Zürich 1877/78, S. 90 ff.; Charles Soldan, a.a.O., ZSR n. F., 5. Bd., 1889, S. 196 ff.; G. Schoch, Der staatsrechtliche Rekurs nach Bundesrecht, Referat zum Schweizerischen Juristentag 1886. ZSR n. F., 5. Bd., 1886, S. 531 ff.; Botschaft zum OG von 1893, BBl 1892 II 374 ff. Vgl. Elisabeth Nägeli, a.a.O., S. 114 ff.; Ernst Brand, a.a.O., S. 247 ff.
[80] Elisabeth Nägeli, a.a.O., S. 115.

VII.

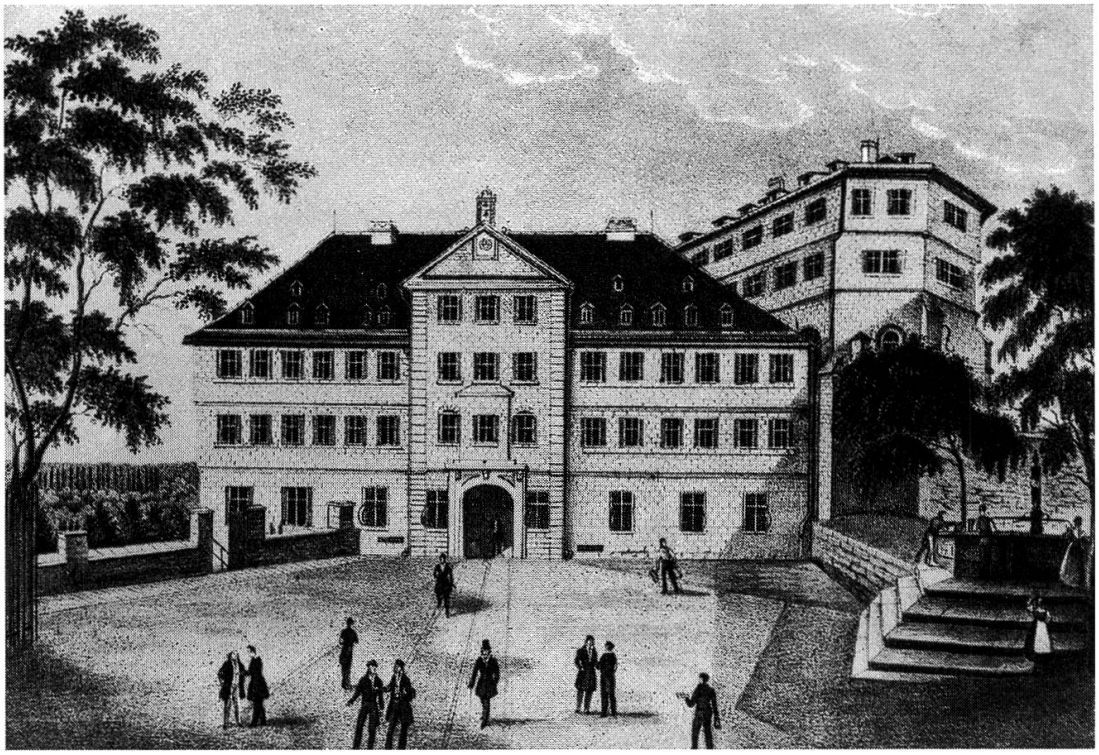
Das Organisationsgesetz von 1874, das eigentlich die Geburt des Bundesgerichts bildete, erweist sich im Rückblick als ein zwar vorsichtiges, aber insgesamt klar konzipiertes und zukunftsoffenes Gesetzeswerk. Notgedrungen enthielt es viele offene Fragen und auch Unklarheiten. Dementsprechend wurde schon bald eine Revisionsdiskussion geführt, die in die völlige Neugestaltung von 1893 überleitete. Die beiden Hauptziele, nämlich den Ausbau des individuellen Rechtsschutzes und die Sicherstellung der bundesstaatlichen Rechtseinheit, haben die Schöpfer des Gesetzes von 1874, wie die folgende Gerichtspraxis zeigte, aber sicherlich erreicht. Johann Jakob Blumer schaute in seiner Eröffnungsrede vom 12. Januar 1875 im Bewusstsein um das Gebot richterlicher Zurückhaltung hoffnungsvoll in die Zukunft:

Das Schweizer Volk blickt mit gespanntem Auge auf unsere bevorstehenden Entscheide hin; es erwartet von uns, dass wir in unbefangener und objektiver Weise Verfassung und Gesetze in ihrem wahren Sinne und Geiste handhaben und, unbeirrt durch politische, religiöse oder soziale Parteiungen, einfach Recht sprechen. Wie in der grossen Schwesterrepublik jenseits des Ozeans der oberste Gerichtshof, welcher gleichsam das Prinzip ruhiger Stätigkeit inmitten allgemeiner Bewegung und heftiger Parteikämpfe repräsentirt, durch konsequente Handhabung der Unionsverfassung und der Unionsgesetze ein grosses und wohlverdientes Ansehen sich zu erwerben gewusst hat, so wollen wir hoffen, dass auch wir in unserem bescheidenen Wirkungskreise des Beifalls und der Anerkennung unserer Mitbürger uns zu erfreuen haben werden. Möchte es uns namentlich auch vergönnt sein, in allmäliger und ruhiger, aber sicherer und stetiger Entwicklung ein einheitliches nationales Recht und eine einheitliche schweizerische Jurisprudenz entstehen sehen![81]

[81] a.a.O., (Anm. 1), S. 28.

* Ich danke Frau Eva Tschudi, Glarus, für den grosszügigen Zugang zum Nachlass von J. J. Blumer sowie meiner Assistentin, Frau Susanne Ritzmann, lic. rer. publ. HSG, für wertvolle Vorbereitungsarbeiten.

Tübingen von der Neckarseite. Aquatinta von Friedrich Dörr um 1825
(Zentralbibliothek Zürich).



Evangelisches theologisches Seminar. Lithographie von Baumann um 1840
(Zentralbibliothek Zürich).