

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 25 (1906)

**Buchbesprechung:** Literaturanzeigen

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 08.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

## Literaturanzeigen.

---

**Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, von W. Burckhardt.** Bern, Verlag von Stämpfli & Cie, 1905.

Der grosse Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, über den schon früher an dieser Stelle (n. F. Bd XXIV 150, 419) berichtet worden ist, liegt nunmehr in einem Bande von 900 Seiten abgeschlossen vor. Er enthält eine Summe von Wissen und juristischer Beobachtung und erbringt den Beweis, welche Erfolge eine wissenschaftliche Methode zu erzielen vermag, die dieselben Grundsätze streng juristischer Behandlung, welche Theorie und Praxis des Civilrechts auf eine so hohe Stufe geführt haben, auch dem Verfassungsrecht angedeihen lässt. Burckhardts Arbeit beschränkt sich auf eine Erläuterung der Verfassungsvorschriften. Sie bringt damit naturgemäss nur einen Teil des schweizerischen Bundesstaatsrechtes zur Darstellung, und wenn man erwägt, von welchen Zufälligkeiten es in der Schweiz abhängt, ob ein bestimmter Rechtsatz in den Text der Bundesverfassung aufgenommen, oder aber der einfachen Bundesgesetzgebung vorbehalten wird, so möchte man auf den ersten Blick geneigt sein, in Burckhardts Werk nur einen Ausschnitt aus dem grossen Gebiet des schweizerischen Bundesstaatsrechtes zu suchen. Allein der Verfasser hat dafür gesorgt, dass der Benutzer des „Kommentars“ auch über die Ausführungsgesetzgebung durch kurze Mitteilungen informiert wird.

Burckhardt ist dem Beispiele von Max von Seydels „Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich“ (2. Aufl., 1897) gefolgt, indem er in einer „Einleitung“ seines Werkes zu einigen Grund- und Hauptfragen des modernen Staatsrechtes Stellung genommen hat: zu der Kontroverse über die rechtliche Natur der Verfassung, zu dem Begriffe des Bundesstaates, und zu dem Begriffe der subjektiven öffentlichen Rechte (verfassungsmässig garantierten Individualrechte). Eine Auseinandersetzung mit des Verfassers Ansichten soll bei andrer Gelegenheit erfolgen. Diese Partien des Burckhardtschen Werkes sind bereits eingehender gewürdigt worden von Laband (im Archiv für öffentliches Recht XIX 609--615) und von v. Salis (Zentralblatt für Rechtswissen-

schaft, 1905, S. 188). Nur eines sei hervorgehoben: Burckhardt führt aus, die Vorschriften über die Revision der Verfassung seien keine Rechtsvorschriften, „weil sie gerade und nur in dem Falle Anwendung finden, wo die Diskussion sich ausserhalb des Rahmens des positiven Rechtes bewegt“ (S. 8). „Die Revisionsvorschriften können also in der Tat vernünftigerweise nur so lange Geltung beanspruchen, als sie freiwillig anerkannt werden“ (S. 9). „Die Verfassungsrevision ist somit immer, mag sie sich auch noch so ängstlich an die vorgeschriebenen Formen der Verfassungsrevision halten, juristisch betrachtet, ein revolutionärer Akt, weil sie auf Umwandlung der Grundvesten der geltenden Rechtsordnung abzielt und selber durch keine Rechtsnorm gebunden ist“ (S. 10). Diesen staatsrechtlichen Anschauungen vermag ich nicht zu folgen und ich schliesse mich durchaus dem Widerspruche an, den Laband a. a. O. gegen diese Ausführungen erhoben hat. Burckhardt hat bei seinen Erörterungen ausser Acht gelassen, dass auch der Staat unter dem Rechte steht, das er selbst geschaffen hat. So lange das Recht besteht, gilt es als Recht auch gegenüber dem Staat; der Staat ist, in diesem Sinne, Gesetzesuntertan, wie der einfache Bürger. Darauf beruht die Idee des Rechtsstaates. Wenn der dritte Abschnitt der Bundesverfassung eingehende Vorschriften über die Total- und Partialrevision der Bundesverfassung aufstellt, so beanspruchen diese nicht, wie Burckhardt (S. 9) meint, nur so lange Geltung, „als sie freiwillig anerkannt werden.“ Sie bilden Zwangsgebote und ihre Missachtung bedeutet Rechtsbruch. Wenn der Verfasser weiter ausführt (S. 6), die rechtliche Natur irgend eines Staates dürfe nicht mit Rücksicht auf die Art und Weise, wie die Verfassung revidiert werden könne, bestimmt werden, so trifft dies zu, enthält aber kein Argument für des Verfassers Grundanschauung. Otto Mayer hat in seinem Aufsatz „Republikanischer und monarchischer Bundesstaat“ (Archiv für öffentliches Recht XVIII 337) als allein wesentliches Merkmal für den republikanischen Bundesstaat bezeichnet, dass den Gliedstaaten tatsächlich Dasein und staatliche Wirksamkeit gewährleistet sei; als unwesentlich erscheine, ob und in welchem Umfang die Gliedstaaten (Kantone) an der Handhabung der Bundesstaatsgewalt, mithin auch an den Arbeiten der Verfassungsrevision, beteiligt seien.

Vermögen wir aus den erwähnten Gründen Burckhardts Anschauungen über die Natur der Verfassungsrevision nicht zu teilen, so sind wir einig mit Burckhardts Grundauffassung von dem Augenblicke an, da sich der Verfasser auf den Boden des geltenden Verfassungsrechtes stellt: Wie ein roter Faden zieht sich durch das ganze Werk hindurch der Satz, dass die Bundesgewalt die Schranken, die ihrer Kompetenz gezogen sind, genau

zu achten habe und dass es ihr nicht erlaubt sei, um eines augenblicklichen Bedürfnisses willen diese Schranken zu durchbrechen. Der Satz: wo ein Wille, ist auch ein Weg — gilt nicht für die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen. Der Verfasser ist sich bewusst, seine Erörterungen dem Vorwurfe der Kleinlichkeit und Spitzfindigkeit auszusetzen (Vorwort S. V). Allein er hebt mit Fug und Recht hervor, dass „nichts dem Ansehen der Verfassung mehr schadet, als die willkürliche oder willkürlich scheinende Entscheidung einer Kompetenzfrage.“ Dies gilt insbesondere für die Schweiz. Denn der Bund ist der Wächter und Schirmer des Verfassungsrechtes des Bundes, wie der Kantone (Bundesverfassung Art. 5). Er stellt Bundesinstanzen zur Verfügung, bei denen sich jeder Bürger über jede durch eine kantonale Behörde begangene Verletzung eines in der Bundesverfassung oder einer Kantonsverfassung gewährleisteten Rechtes beschweren kann. Wie sollte aber die Bundesgewalt mit der erforderlichen Autorität auftreten können, wenn sie selbst die Bundesverfassung nicht aufs strengste beobachtete. Nach dieser Richtung besitzen wir zur Stunde in der Schweiz noch keine ausreichenden Garantien, denn derselbe Artikel der Bundesverfassung (Art. 113), welcher für die Beurteilung von Kompetenzkonflikten zwischen Bundesbehörden einerseits und Kantonalbehörden andererseits in dem Bundesgerichte ein unabhängiges Forum geschaffen, hat diesen Rechtsschutz allsogleich durch die Klausel eingeschränkt: „In allen diesen Fällen sind jedoch die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemein verbindlichen Beschlüsse, sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht massgebend.“ Um so notwendiger ist es, dass die Rechtswissenschaft die Bundesbehörden immer wieder an die Pflicht zur Beobachtung der Verfassung erinnert. Die Partien, in denen Burckhardt sich dieser Aufgabe entledigt, gehören zum Besten und Wertvollsten des ganzen Werkes. Der Verfasser verfällt, wo er Kritik zu üben hat, weder in den Ton sittlicher Entrüstung, noch in den des Censors. Ruhig, unbefangen und nüchtern legt er seine Gründe dar, und mag auch seine Meinung — nach der zentralistischen oder der föderalistischen Seite hin — nicht überall als einwandfrei erscheinen, so erhalten wir doch in allen Fällen eine durch juristische Erwägungen begründete abgeschlossene Meinung. Den Ausgangspunkt bildet für den Verfasser die Interpretation des Art. 2 der Bundesverfassung: „Der Bund hat zum Zweck: Behauptung der Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen Aussen, Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern, Schutz der Freiheit und der Rechte der Eidgenossen und Beförderung ihrer gemeinsamen Wohlfahrt.“ Wiederholt haben sich die Bun-



desbehörden auf diese Vorschrift berufen, um für bestimmte Massnahmen eine konstitutionelle Grundlage zu gewinnen, welche sonst in keinem andern Artikel der Bundesverfassung hätte gefunden werden können. Burckhardt hebt derartigen Irrungen gegenüber mit Entschiedenheit hervor, „dass der Art. 2 der Bundesverfassung nicht praktisches Recht, sondern die bloss historisch interessante Mitteilung ist des politischen Gedankens, der die Gründer des neuen Bundes bei ihrem Werke geleitet hat“ (S. 59). Spräche der Art. 2 der Bundesverfassung dem Bunde bestimmte Kompetenzen zu, so wäre der ganze übrige Inhalt des Ersten Abschnittes der Bundesverfassung überflüssig. Denn es gibt schlechterdings keine staatliche Aufgabe, die nicht in Art. 2 mitberücksichtigt wäre. Zur Regelung einer Materie ist aber der Bund nur kompetent, wenn ihm eine spezielle Bestimmung der Bundesverfassung die Zuständigkeit zubilligt. Vielleicht hätte der Verfasser diese Regel noch durch eine weitere Schranke juristisch fester umgrenzen dürfen: der die Kompetenz begründende Artikel muss im Ersten Abschnitt der Bundesverfassung („Allgemeine Bestimmungen“) stehen; der Zweite Abschnitt der Bundesverfassung („Bundesbehörden“) enthält keine Abgrenzung staatlicher Aufgaben zwischen Bund und Kantonen, sondern lediglich eine Verteilung der dem Bunde zugeschienenen Obliegenheiten unter die einzelnen Organe des Bundes. Es sei hier auf die Ausführungen im Bundesblatt 1863 I 159 (Rüttimann), III 94 verwiesen. Zu welchen Konsequenzen eine Missachtung dieser Grundsätze führen kann, beweist das Subventionswesen des Bundes. Als der Bundesrat im Jahre 1883 der Bundesversammlung den Entwurf zu dem Bundesbeschluss betr. die Förderung der Landwirtschaft durch den Bund (vom 27. Juni 1884) vorlegte, beschwichtigte er sein konstitutionelles Gewissen durch die Berufung auf Art. 2 der Bundesverfassung („Beförderung der gemeinsamen Wohlfahrt der Eidgenossen“). Der Bundesrat führte aus (Bundesblatt 1883 IV 867): „Nun liegt in der Pflege der landwirtschaftlichen Interessen allerdings eine Beförderung der Wohlfahrt, wenn auch nicht aller, so doch eines sehr grossen Teiles der Schweizerbürger, in Bezug auf die indirekten Wirkungen des weitaus grössten Teils der Gesamtbevölkerung der Schweiz.“ Trotzdem hegte der Bundesrat, da andre Artikel der Bundesverfassung keinen Rückhalt boten, Bedenken, sich durch den Hinweis auf den Art. 2 zu beruhigen. Er fand aber schliesslich den „Rank“ in der Erwägung, die Bundesverfassung schliesse nicht aus, dass der Bund „freiwillig das landwirtschaftliche Gewerbe zu verbessern suche.“ Die Kommission des Ständerates, welche den erwähnten Entwurf vorberiet, machte sich die Sache noch leichter. Sie überwand alle konstitutionellen

Bedenken mit dem Satz (Bundesblatt 1884 I 477—478): „Die Doktrin, dass der Staat sich mit der Förderung des materiellen Wohls des Volkes nicht zu befassen habe, gilt nicht mehr“ und führte aus: „Es wäre uns ein Leichtes, eine Menge derartiger Beschlüsse aus früherer und jüngerer Zeit zu zitieren, auch solche, welche auf gar keinen Paragraphen der Bundesverfassung sich stützen können.“ Ergo: der Bund ist kompetent, aus der Bundeskasse der Landwirtschaft Subventionen zukommen zu lassen. Als dann neun Jahre später die Bundesversammlung den erwähnten Bundesbeschluss vom 27. Juni 1884 revidierte und durch das Bundesgesetz betr. die Förderung der Landwirtschaft durch den Bund, vom 22. Dezember 1893, ersetzte, wurde über die Verfassungsmässigkeit des Gesetzes nicht mehr weiter verhandelt, trotzdem das Gesetz das Budget der Eidgenossenschaft Jahr für Jahr mit einem Betrag belastet, der eine Million Franken weit übersteigt. Welche suggestive Kraft solchen „Präjudizien“ innewohnt, zeigte sich, als über die Subventionierung des Volksschulwesens der Kantone verhandelt und dabei geltend gemacht wurde, wenn der Bund, gestützt auf Art. 2 der Bundesverfassung, die Landwirtschaft durch Subventionen unterstütze, so dürfe er im Hinblick auf Bundesverfassung Art. 27 mit noch grösserem Recht auch eine Unterstützung dem Primarschulwesen der Kantone zukommen lassen. Vergl. darüber Burckhardt, Kommentar S. 249 bis 253. Welche andern Gründe schliesslich auch, neben den konstitutionellen Bedenken, bewirkt haben mögen, dass diese Ansicht abgelehnt und der Bundesverfassung im Jahre 1902 ein neuer Artikel (Art. 27<sup>bis</sup>) einverleibt wurde, welcher erst die konstitutionelle Grundlage für eine Bundesunterstützung des Primarschulwesens der Kantone geschaffen hat, verfassungsrechtlich war dies, wie Burckhardt S. 251 hervorhebt, die einzig zulässige Lösung.

Auch im weiteren Verlaufe seines Werkes kommt Burckhardt immer wieder auf die juristische Grundanschauung zurück, dass ein augenblickliches Bedürfnis niemals ein Abweichen von den Sätzen der Verfassung rechtfertige. Stellt sich die Notwendigkeit heraus, dass über eine bestimmte, bisher den Kantonen überlassene Materie der Bund die Herrschaft erlange, so hat der Bund die Kompetenz dazu im Wege der Partialrevision erst zu erwerben. Ein Beispiel bietet die Ausgestaltung der Gewerbepolizei. Die Bundesverfassung behält neben dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit (B. V. Art. 31) ausdrücklich vor (litt. e): „Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerben.“ Burckhardt stellt (S. 282) fest, dass damit den Kantonen die Möglichkeit zur Ausbildung eines Gewerbepolizeirechtes belassen wurde. Der Bund ist zu gewerbepolizeilichen Massnahmen nur gegenüber

den ganz bestimmten Kategorien von gewerblichen Unternehmungen befugt, für welche die Bundesverfassung die Kompetenz des Bundes ausdrücklich durch Spezialartikel begründet hat (Fabriken, Auswanderungsagenturen, Privatversicherungsunternehmen u. s. f.). Burckhardt hebt mit Recht hervor, dass daher dem Bundesgesetze betreffend Kontrollierung und Garantie des Feingehalts der Gold- und Silberwaren, vom 23. Christmonat 1880, und dem Bundesgesetze betreffend den Handel mit Gold- und Silberabfällen, vom 17. Juni 1886, die verfassungsrechtliche Grundlage fehlt. Der Bundesrat suchte damals die Kompetenz des Bundes zu begründen durch den Hinweis auf Art. 31, litt. e und Art. 64 der Bundesverfassung. Der cit. „Vorbehalt“ in Art. 31, litt. e der Bundesverfassung fällt jedoch, aus den erwähnten Gründen, für den Bund ausser Betracht. Allein ebensowenig bietet der vom Bundesrate angerufene Art. 64 der Bundesverfassung, der sogenannte Rechtseinheitsartikel, das verfassungsrechtliche Fundament. Denn wenn der Art. 64 dem Bunde das Gesetzgebungsrecht gibt „über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechtes),“ so erhält damit, wie Burckhardt S. 283 betont, der Bund lediglich die Kompetenz, die Normen für den privatrechtlichen Verkehr zu erlassen. Der Kommission des Ständerates, welche im Jahre 1880 den Gesetzesentwurf betreffend Kontrollierung und Garantie des Feingehaltes der Gold- und Silberwaren vorberiet, schienen die verfassungsrechtlichen Argumente des Bundesrates in der Tat nicht beweiskräftig zu sein. Sie hielt aber dafür (Bundesblatt 1881 I 225), „ein Bundesgesetz über die Kontrollierung, wenn zwar ein solches durch die gegenwärtige Verfassung nicht ausdrücklich vorgesehen wurde, ist ihrem Geiste durchaus nicht zuwider . . . . Uebrigens ist die Verfassungsmässigkeit des in Rede stehenden Gesetzes nicht in Frage gestellt worden. Nur dann wäre es von Interesse, sich hiebei aufzuhalten (!), wenn die Bundeskompetenz bestimmt, und zwar von einem Kanton aus, bestritten worden wäre.“ Da dies nicht der Fall war, so erschien der Kommission eine „längere Diskussion dieses Punktes müssig.“ Die Räte einigten sich dann aber darauf, die — angezweifelten — Argumente des Bundesrates (B. V. Art. 31, litt. e und Art. 64) trotzdem gelten zu lassen. Wie schlecht der Praxis damit gedient ist, wenn Erörterungen über die Bedeutung kompetenzbegründender Verfassungsartikel als „müssige Diskussionen“ betrachtet werden, beweist aber gerade die Geschichte der citierten Artikel 31, litt. e und Art. 64. In der neuesten Zeit haben verschiedene Kantone Gesetze gegen den unlautern Wettbewerb (Basel-Stadt, Waadt, Luzern) und Gesetze über das Lehrlingswesen (Neuenburg, Genf, Freiburg,

Waadt, Obwalden, Glarus und Gesetzesentwürfe in Basel-Stadt und in Zürich) erlassen. Sind die Bestimmungen dieser Gesetze vereinbar mit dem Bundesrecht? Burckhardt hat sich (S. 284 fg.) nicht eingehender damit beschäftigt. Wir denken da z. B. an jene Vorschriften der Gesetze gegen den unlautern Wettbewerb, welche den Verkäufer mit Strafe bedrohen, der sich weigert, eine im Schaufenster ausgestellte Ware zu dem angeschriebenen Preis zu verkaufen, oder an jene Bestimmungen der Gesetze über das Lehrlingswesen, welche den Lehrmeister (Arbeitgeber) bei Strafe verpflichten, den Lehrvertrag schriftlich abzufassen. Bricht hier das kantonale Recht nicht in das Bundesrecht ein? Die Frage ist zu verneinen, sofern sich die erwähnten Bestimmungen als „gewerbepolizeiliche Massnahmen“ rechtfertigen lassen. Denn dann erscheinen derartige Vorschriften der Kantone als zulässige „Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerben“ (B. V. Art. 31, litt. e). Der Verkäufer oder der Lehrherr, der sie verletzt, kann in der Tat gemäss dem kantonalen Gewerbepolizeirecht bestraft werden; ob aber trotzdem ein Kauf- oder ein Dienstvertrag zustande gekommen ist, darf das kantonale Gesetz nicht bestimmen; hiefür gelten die Vorschriften des eidgenössischen Obligationenrechts. So wenig erfreulich es auch sein mag, wenn eine Partei (Verkäufer, Lehrherr) wegen einer Handlung mit Strafe bedroht wird, die nach den Grundsätzen des Privatrechtes als erlaubt gilt, so greifen doch derartige Vorschriften des kantonalen Rechtes nicht in das Bundesrecht (B. V. Art. 64) ein.

Burckhardt nimmt an, dass die Regeln über die Kompetenz-ausscheidung zwischen Bund und Kantonen ausser Funktion treten, sobald der Bund einen Vertrag mit einem auswärtigen Staat abschliesst (S. 132—141). Verstehe ich ihn recht, so billigt er die von ihm zutreffend also charakterisierte Praxis der Bundesbehörden, „dass der Bund über alle Gegenstände, gehören sie nun dem Gesetzgebungsbereich der Kantone oder des Bundes an, Verträge abschliessen kann“ (S. 132). Burckhardt hat sich jedoch beeilt, die Theorie, die er in den übrigen Teilen seines Werkes verteidigt hat, auch hier aufrecht zu erhalten durch die Klausel: „Der Bund kann dagegen aus seiner Kompetenz, über eine Materie internationale Verträge abzuschliessen, nicht die Befugnis ableiten, darüber auch Gesetze zu erlassen, sonst wäre seine Kompetenz an keine Schranken mehr gebunden“ (S. 135). Weshalb soll aber im internationalen Verkehr das staatsrechtliche Grundverhältnis des schweizerischen Bundesstaates keine Berücksichtigung mehr finden? Erwägungen des diplomatischen Verkehrs und das Bedürfnis nach einheitlicher Führung der auswärtigen Politik fallen für die Beantwortung der Frage ausser Betracht. Denn den Kantonen ist



auch in den Materien der kantonalen Kompetenz — von einer Ausnahme abgerechnet (B. V. Art. 10, Abs. 2) — der Verkehr mit auswärtigen Regierungen untersagt. „Der amtliche Verkehr zwischen Kantonen und auswärtigen Staatsregierungen, sowie ihren Stellvertretern findet durch Vermittlung des Bundesrates statt,“ sagt die Bundesverfassung in Art. 10, Abs. 1. Ueberdies sind in allen Fällen, also auch in jenen, in denen ausnahmsweise die Kantone selbst mit dem Ausland unterhandeln dürfen, solche Verträge der Kantone der Genehmigung der Bundesbehörden zu unterbreiten (Bundesverfassung Art. 85, Ziff. 5; Art. 102, Ziff. 7). Es bleibt somit zur Rechtfertigung von Burckhardts Ansicht allein die praktische Erwägung übrig, im Verkehr mit dem Ausland könne etwas Erspriessliches nur durch ein geschlossenes Auftreten erreicht werden. Ich verkenne das Gewicht dieses Grundes nicht und ich freue mich aufrichtig darüber, dass die praktische Bedeutung meiner von Burckhardt abweichenden Meinung seit der Erstreckung des Gesetzgebungsrechtes des Bundes (1898) auf alle Materien des Civilrechts und des Strafrechts (Bundesverfassung Art. 64, Abs. 2 und Art. 64<sup>bis</sup>) wesentlich verringert worden ist. Allein für die heute noch den Kantonen vorbehaltenen Materien behält das Bedenken seine Geltung. Als am 16. März 1888 der Bundesrat von sich aus, ohne vorherige Anfrage bei den Kantonen, mit der Römischen Kurie eine Uebereinkunft betreffend die endgültige Regelung der kirchlichen Verhältnisse des Kantons Tessin abschloss, die u. a. Anordnungen enthielt, welche auch in die Verhältnisse des Bistums Basel eingriffen, so legten die Regierungen der Basler Diözesankantone auf der Diözesankonferenz Verwahrung gegen einen derartigen Eingriff des Bundes in die der kantonalen Regelung vorbehaltenen kirchlichen Verhältnisse ein. Die Mehrheit der kantonalen Regierungen erklärte eine Durchführung der vom Bundesrate mit der Kurie vereinbarten Vorschrift (betr. Teilnahme der Tessiner Regierung an der Ausübung des Jus exclusivae bei der Wahl des Bischofs von Basel) als unmöglich und entzog damit dieser Bestimmung jede praktische Bedeutung, und es bildete für das Ansehen des Bundes einen schwachen Trost, dass der Bundesrat in einem dem erwähnten Bistumsvertrage beigefügten Schlussprotokoll von vornherein mit dieser Möglichkeit gerechnet hatte. Welche Schwierigkeiten aber entstanden, als die Eidgenossenschaft der Haager Konvention betreffend Civilprozessrecht, vom 14. November 1896, beitrug, ist noch in frischer Erinnerung. Die Konvention modifiziert, wie auch Burckhardt S. 135 anerkennt, das kantonale Prozessrecht in einschneidender Weise. Das Prozessrecht aber ist der kantonalen Kompetenz verblieben; dem Bunde ist das Gesetzgebungsrecht in dieser Materie entzogen (Bundesverfassung Art. 64,

Abs. 3). Der Umstand nun, dass die Haager Konvention Angehörige der Vertragsstaaten, welche in einem Vertragsstaate als Kläger oder Intervenienten vor Gericht auftreten, von der Pflicht zur Sicherheitsleistung für die Prozesskosten befreit, bewirkte, dass von Bundeswegen der Ausländer von einer Pflicht entbunden wurde, welche die meisten kantonalen Civilprozessordnungen, aus wohlerwogenen praktischen Gründen, aufgestellt hatten gegenüber denjenigen Inländern und Ausländern, die nicht im Kanton, in dem der Prozess geführt wird, wohnen. Dieser Eingriff in das kantonale Prozessrecht hat sich um so fühlbarer erwiesen, als neben dieser vom Bunde verfügten günstigen Behandlung der Ausländer die Vorschriften des kantonalen Rechts über Prozesskautionen für den interkantonalen Verkehr bestehen geblieben sind und so die Rechtsungleichheit zwischen dem begünstigten Ausländer und dem minder glücklichen Inländer deutlich in die Erscheinung haben treten lassen. Wenn dann in der Folge der Bund diese Rechtsungleichheit zu beseitigen versucht hat, indem er die Initiative ergriff zur Vereinbarung eines (interkantonalen) Konkordats betreffend Befreiung von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die Prozesskosten, so hat dies nur bewiesen, dass der Bund durch die Ueberschreitung seiner Kompetenzen im innerstaatlichen Leben Schwierigkeiten herbeiführen kann, für deren Beseitigung er kein verfassungsmässiges Mittel besitzt und auf den guten Willen der Kantone angewiesen ist.

Burckhardt geht davon aus (S. 62 fg.), dem Bunde stünden nur die Kompetenzen zu, welche ihm die Bundesverfassung übertragen habe. Wo daher die Bundesverfassung schweige, bestehe eine Präsump tion zu Gunsten der Kompetenz der Kantone. Wir teilen diese Auffassung Für das deutsche Reichsrecht hat in der neuesten Zeit Anschütz denselben Gedanken ausgesprochen in der vortrefflichen Abhandlung über das Deutsche Staatsrecht (in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff & Kohler, II S. 517). Allein diese Regel ist, wie Burckhardt S. 62 richtig bemerkt, nicht dahin auszulegen, der Bund sei kompetent nur, wenn ihm die Bundesverfassung ausdrücklich eine Aufgabe zugewiesen habe. Wenn der Bund eine Materie ordnen darf, ist er vielmehr befugt, sein Gesetzgebungsrecht nach allen Richtungen zur Geltung zu bringen. Die Kompetenz zur Aufstellung der eigenen staatlichen Organisation hat ipso jure, und ohne dass ein besondrer Verfassungsartikel dem Bunde das Gesetzgebungsrecht erst hätte zusprechen müssen, für den Bund die Zuständigkeit zur Aufstellung eines Bundesstrafrechtes nach sich gezogen, das dem Schutze dieser staatlichen Organisation dient. Die Zuständigkeit zum Erlass von Gesetzen über Fabrikwesen, Privat-



versicherungswesen u. s. w. hat das Recht in sich geschlossen, die erforderlichen Strafandrohungen gegen die Uebertretungen dieser Gesetze aufzustellen. So hat in der Tat der Bund eine Summe von Strafrechtssätzen geschaffen und verfassungsmässig schaffen können, lange bevor ihm die Partialrevision des Jahres 1898 das Recht zur Gesetzgebung im Gebiete des Strafrechtes gebracht hat (Bundesverfassung Art. 64<sup>bis</sup>).

Burckhardt erörtert (S. 65) in demselben Zusammenhang die Frage, wie weit der Bund Anordnungen der kantonalen Staatsgewalt seinerseits zu befolgen habe, gelangt jedoch in diesem Punkte zu keinem festen juristischen Ergebnisse. Burckhardt hilft sich mit der Formel (S. 65), wenn bei Kollisionen zwischen Bund und Kantonen eine Versöhnung der Gegensätze nicht möglich sei, so müsse dasjenige Institut den Vorrang haben, „das seinem Zwecke nach höher zu stellen ist.“ Das ist beinahe kanonistisch gesprochen; der Satz klingt leise an die katholischen Theorien über die Ueberordnung der geistlichen Gewalt über die weltliche Gewalt an. Des Rätsels Lösung hat davon auszugehen, dass die Bundesgewalt — der m. E. in der Schweiz allein die Eigenschaft einer souveränen Gewalt zukommt — für ihren Machtbereich unabhängig von den kantonalen Staatsgewalten steht. Innerhalb der dem Bunde vorbehaltenen Kompetenzsphäre untersteht keine Bundesbehörde und kein Bundesbeamter dem Einflusse einer kantonalen Staatsgewalt. Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, hat materiell kein neues Recht geschaffen, als es in Art. 44 bestimmte: „Die für die Bundesrechtspflege bestellten Behörden und Beamten können alle Amtshandlungen, für welche sie zuständig sind, in jedem Kanton vornehmen, ohne vorher die Einwilligung der Kantonsbehörden nachsuchen zu müssen.“ Was hier für die Beamten der Bundesrechtspflege ausgesprochen wird, gilt in gleicher Weise — sobald es sich um Angelegenheiten der Bundeskompetenz handelt — für alle Behörden und Beamten des Bundes; alle Handlungen des Bundes sind, innerhalb der erwähnten Sphäre, der Kontrolle und Herrschaft der Kantone und des kantonalen Rechtes entzogen. Diese Entrückung der Bundesgewalt aus der kantonalen Herrschaftsphäre kommt in dem Bundesgesetz über die politischen und polizeilichen Garantien zu Gunsten der Eidgenossenschaft, vom 23. Dezember 1851, zu kräftigem Ausdruck und tritt u. a. auch in einem interessanten, wenig beachteten verwaltungsrechtlichen Moment hervor: Akten eidgenössischer Gerichts- und Verwaltungsbehörden und Eingaben von Privaten an eidgenössische Behörden sind von allen kantonalen Stempelabgaben befreit; der Satz gilt, trotzdem ihn kein eidgenössischer Gesetzartikel ausdrücklich ausgesprochen

hat (Bundesblatt 1880 I 37). Als Beleg für diese Emanzipation eidgenössischer Verwaltungsakte von der kantonalen Finanzhoheit sei ferner verwiesen auf das Bundesgesetz betr. die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten, vom 1. Mai 1850, Art. 44. Sowie aber bestimmte Einrichtungen des Bundes dem Schutze der kantonalen Staatsgewalt unterstellt werden, finden auf sie, soweit das Bundesrecht keine Ausnahmen schafft, die kantonalen Gesetze, also auch die Finanzgesetze, Anwendung. Diesem Schutze der kantonalen Rechtsordnung ist aber überall das Vermögen des Bundes (Kassenbestände, Liegenschaften, Anstalten u. dergl.) unterstellt. Soweit deshalb der Bund seinem Vermögen Befreiung von den kantonalen Steuern sichern wollte, musste er sich diese Steuerfreiheit durch ausdrückliche gesetzliche Anordnungen erst erwerben, und auf diesem Boden stellt sich somit die Emanzipation von der kantonalen Steuerhoheit nicht als Ausfluss eines allgemeinen staatsrechtlichen Grundsatzes dar. Vergl. über die Steuerfreiheit des Bundes die Zitate bei v. Salis, Bundesrecht I S. 62. Nichts hindert den Bund, durch ausdrückliche gesetzliche Anordnung Befreiung von den kantonalen Steuern überall dort eintreten zu lassen, wo wichtige Interessen des Bundes hereinragen. Vergl. z. B. Militärorganisation Art. 222. Wie weit der Bund auf diesem, an sich der kantonalen Staatsgewalt nicht entrückten Gebiet gehen will, bleibt allein seinem gesetzgeberischen Takte überlassen.

Indem wir Burckhardts Stellung zu dieser Grundfrage des Bundesstaatsrechtes beschrieben haben, haben wir den Geist charakterisiert, der in dem Werke des Verfassers lebendig ist: Burckhardt schreibt als Jurist. So sehr er auch bestrebt ist, aus der Geschichte, den politischen Diskussionen und den Gesetzesmaterialien Aufschlüsse für die Interpretation des Verfassungstextes zu gewinnen, so hält er sich von jedem unjuristischen oder gar parteipolitischen Einflusse fern. So wird sein Werk zu einem ernststen Mahnwort für die Unverbrüchlichkeit der Bundesverfassung, und besässe das Buch daneben nicht noch andre Vorzüge, so gebührte dem Verfasser schon um dieser einen Tagend willen der Dank aller Juristen der Schweiz.

Ein zweites Gebiet, auf dem „in Ilion gesündigt wird,“ liegt in der Praxis, die sich an Art. 89 der Bundesverfassung und zwar speziell an die Auslegung der Vorschrift des Absatz 2 angeschlossen hat: „Bundesgesetze, sowie allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse, die nicht dringlicher Natur sind, sollen überdies dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorgelegt werden, wenn es von 30,000 stimmberechtigten Schweizerbürgern oder von acht Kantonen verlangt wird.“ Der Unterscheidung zwischen Bundesgesetz und Bundesbeschluss kommt eine erhebliche Bedeutung zu:

das Bundesgesetz untersteht in allen Fällen dem fakultativen Referendum, der Bundesbeschluss dagegen nur, wenn er „allgemein verbindlicher Natur“ ist; der allgemein verbindliche Bundesbeschluss kann dagegen dem Referendum entzogen werden, wenn ihn die Bundesversammlung als „dringlich“ erklärt. Je nachdem die Bundesversammlung einen bestimmten Erlass in die eine oder die andere der genannten Formen einkleidet, gibt sie ihr Werk somit den Zufälligkeiten eines Referendumsfeldzuges preis. Burckhardt geht nun (S. 773) davon aus, die Bundesverfassung enthalte keine Andeutung darüber, welche Materien in der Form des Bundesgesetzes und welche in der Form des Bundesbeschlusses erledigt werden müssten. Das trifft m. E. nicht ganz zu. Wenn die Bundesverfassung z. B. in Art. 85, Ziff. 1 von der Pflicht der Bundesversammlung spricht zur Ausarbeitung von „Gesetzen über die Organisation und die Wahlart der Bundesbehörden,“ so hat sie der Bundesversammlung nicht nur eine Aufgabe im Allgemeinen zugeschrieben, sondern ihr gleichzeitig auch aufgetragen, in welche Form sie die betreffenden Erlasse zu kleiden hat. Ich bin daher, im Gegensatz zu Burckhardt (S. 772), der Meinung, dass für derartige organisatorische Erlasse die Gesetzesform obligatorisch ist. Die zitierte Vorschrift des Art. 85, Ziff. 1 bezieht sich allerdings nicht auf die Organisierung aller beliebigen Organe des Bundes, sondern nur auf die Organisierung der obersten Bundesbehörden (Bundesversammlung, Bundesrat, Bundesgericht). Denn nur diese Behörden werden im Zweiten Abschnitt der Bundesverfassung als „Bundesbehörden“ i. e. S. bezeichnet. Uebrigens spricht nicht nur der Text der Verfassung, sondern auch die Erwägung, dass die Organisierung derjenigen Staatsorgane, denen die höchste Gewalt im Staate anvertraut ist, zu den Fundamentalaufgaben jedes Staates gehört, für die Gesetzesform. Die Praxis hat unmittelbar nach Einführung des Gesetzesreferendums andre Wege eingeschlagen. Ein Bundesgesetz vom 16. Mai 1849 hatte, gemäss Art. 74, Ziff. 1 der Bundesverfassung des Jahres 1848 (= Art. 85, Ziff. 1 der Bundesverfassung des Jahres 1874), Organisation und Geschäftsgang des Bundesrates bestimmt; am 28. Heumonath 1873 wurde — wiederum in Gesetzesform — das Gesetz vom Jahre 1849 teilweise abgeändert. Trotzdem die Bundesverfassung des Jahres 1874 in der massgebenden Vorschrift keine Aenderung erfuhr, wandelten sich von 1873 bis 1878 die staatsrechtlichen Ideen der Bundesversammlung in diesem Punkte. Am 21. August 1878 erging nämlich ein — dem Referendum entzogener — einfacher Bundesbeschluss über die Organisation und den Geschäftsgang des Bundesrates, der die erwähnten Bundesgesetze aufhob und den Bundesrat neu organi-

sierte. Erst durch die — in der Mehrzahl seit 1897 erlassenen — Spezialgesetze, durch welche die einzelnen Departemente des Bundesrates eine feste Umgrenzung empfangen haben, ist den Anforderungen des Verfassungsrechtes auf einem beschränkten Gebiete wieder genügt worden. Sowenig ich aber Burckhardts Ansicht in diesem Punkte beipflichte, ebensowenig vermag ich seine Anschauung über den Begriff und die Tragweite des „allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses“ zu teilen (S. 770 fg.). Der staatsrechtliche Begriff, den die Bundesverfassung des Jahres 1874 mit diesem Ausdrucke in unser Bundesrecht eingeführt hat, ist so unbestimmt als möglich. Die Interpretation wird erschwert dadurch, dass die drei — juristisch in gleichem Rang stehenden Texte der Bundesverfassung — inhaltlich voneinander abweichen. Der französische Text des Art. 89 der Bundesverfassung spricht von „arrêtés d'une portée générale“ und der italienische Text von „risoluzioni federali di carattere obbligatorio generale.“ Die Praxis der Bundesbehörden, die gerade hier berufen gewesen wäre, feste Wege zu weisen, ist willkürlich, sprunghaft und unzuverlässig. Um die Schwierigkeit zu beseitigen, schaltet zunächst Burckhardt (S. 770) den französischen Text ganz aus und rechtfertigt dies Verfahren mit der Behauptung, die französische „Uebersetzung“ „gebe nicht den Sinn der Bestimmung wieder, wie sie 1872—1874 verstanden wurde.“ Die Beweisführung läuft auf eine *petitio principii* hinaus; ich vermag ihr umsoweniger zu folgen, als ich aus den Verhandlungen der Räte über die Bundesrevision einen ganzen andern Eindruck gewonnen habe, als Burckhardt. Burckhardts eigene Definition geht aber dahin (S. 770): „Beschlüsse allgemein verbindlicher Natur sind m. E. diejenigen, welche für den einzelnen Bürger verbindliche Rechtssätze aufstellen, also ihrem Inhalt nach Gesetze sind.“ Burckhardt beruft sich auf die sprachliche Fassung des deutschen Textes („allgemein verbindlich“ = alle Bürger gleichmässig verpflichtend) und auf Art. 113, Abs. 3 der Bundesverfassung, d. h. auf jene Bestimmung, welche „die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemein verbindlichen Beschlüsse, sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge“ für das Bundesgericht verbindlich erklärt. Er hält dafür, die erwähnten Erlasse „können für das Bundesgericht nur massgebend sein, weil sie Rechtsätze aufstellen.“ Das der sprachlichen Fassung entnommene Argument ist jedoch, im Hinblick auf die Abweichungen der drei massgebenden Texte, für sich allein nicht beweiskräftig. Insbesondere geht aber die Berufung auf die zitierte Vorschrift des Art. 113 der Bundesverfassung fehl. Jene Bestimmung des Art. 113 steht in unmittelbarem äussern und innern Zusammenhang mit der Zuweisung der Kompetenz an das Bundes-



gericht, Beschwerden betreffend Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger zu beurteilen (Art. 113, Ziff. 3), und bezweckt, dieser Verfassungsgerichtsbarkeit eine Schranke zu setzen. Sie entzieht nämlich dem Bundesgerichte ganz allgemein die Befugnis, den Inhalt der Bundesgesetze und allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse auf die Uebereinstimmung mit der Bundesverfassung zu prüfen, gleichgültig, welche Materien in den betreffenden Erlassen geregelt sind. Die Ansicht Burckhardts erweist sich aber vollends als unhaltbar, wenn man sie in ihren Konsequenzen verfolgt. Wenn die Bundesverfassung der Bundesversammlung den Auftrag zur Regelung einer bestimmten Rechtsmaterie erteilt, ohne eine bestimmte Form vorzuschreiben, so können, nach Burckhardts Ansicht, diese neuen Rechtsvorschriften ebenso gut in einem Bundesgesetze, wie in einem allgemein verbindlichen Bundesbeschluss aufgestellt werden. In den Rechtseinheitsartikeln der Bundesverfassung (Art. 64 und Art. 64<sup>bis</sup>), welche dem Bunde „die Gesetzgebung“ über das ganze Civil- und Strafrecht verleihen, wird mit dem Ausdruck „Gesetzgebung“ lediglich die Kompetenz des Bundes, bestimmte Materien zu regeln, bezeichnet; dagegen besagt der Ausdruck nicht, dass die Regelung in Gesetzesform vor sich gehen müsse. Wäre Burckhardts Ansicht richtig, so stünde es somit im Ermessen der Bundesversammlung, ob sie die in den Artikeln 64 und 64<sup>bis</sup> der Bundesverfassung vorgesehenen Rechtsmaterien durch Erlass von Bundesgesetzen oder aber von allgemein verbindlichen Bundesbeschlüssen regeln wollte. Das Missliche dieser Lösung ist auch Burckhardt nicht entgangen. Er sucht daher nach einer Begrenzung und findet diese in der Behauptung (S. 774), dass bei der Aufstellung von Rechtsätzen „die Gesetzesform die Regel, die Beschlussesform die Ausnahme sein soll, und dass diese Ausnahme zulässig ist bei Rechtsätzen, die für die Gesamtheit der Bürger von untergeordnetem Interesse sind.“ Hier traut Burckhardt der Bundesversammlung eine Sehergabe zu, die geht „hoch über menschliches hinaus.“ Denn bei der Ausarbeitung seiner Vorschriften ist kein Gesetzgeber im stande, die letzten Konsequenzen der von ihm geschaffenen Bestimmungen zu überblicken, und wer wüsste nicht, zu welcher Bedeutung durch die Gewalt der Umstände von heute auf morgen eine bisher unbeachtete Gesetzesvorschrift gelangen kann! An dieser Doktrin von den „Rechtsätzen von untergeordnetem Interesse“ tritt das Unsichere und Schwankende in Burckhardts Theorie am auffälligsten zu Tage. Aber auch die zweite Schranke, mit welcher Burckhardt seine Theorie umgibt und gegen Anfechtung zu schirmen versucht, erweist sich als haltlos. Die Bundesversammlung kann jedem allgemein verbindlichen Bundesbeschluss die sogenannte Dringlichkeitsklausel bei-

fügen und den Beschluss dadurch dem Referendum entziehen. (Bundesverfassung Art. 89, Abs. 2; Bundesgesetz betreffend Volksabstimmung über Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse, v. 17. Juni 1874, Art. 2.) Die Vorschrift findet infolge dessen auch Anwendung auf die Bundesbeschlüsse, welche nach Burckhardts Theorie neue Rechtssätze aufstellen. Es könnte somit, wäre Burckhardts Theorie richtig, bei der Neugestaltung eines ganzen Rechtsteiles die verfassungsmässige Mitwirkung der Aktivbürgerschaft einfach ausgeschaltet und die Volksgesetzgebung auf ihrem wichtigsten Anwendungsgebiet unwirksam gemacht werden. Diesem Bedenken versucht nun Burckhardt die Spitze abzubringen durch die Erörterung: „m. E. soll ein allgemein verbindlicher Bundesbeschluss nicht dringlich erklärt werden, weil das Inkrafttreten der Rechtsnormen, die er enthält, keinen Aufschub erleidet, sondern nur, weil die übrigen Bestimmungen sofort in Kraft gesetzt werden müssen. Die Dringlichkeitsklausel soll nicht dazu dienen, Vorschriften dem Referendum zu entziehen, die ihm ihrer Natur nach unterliegen“ (S. 774). Allein dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, dass, sobald man die Möglichkeit zulässt, für die Aufstellung von Rechtsätzen die Form des allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses zu wählen, man auch alle weiteren Folgerungen, welche dieser Kategorie von Erlassen der Bundesgewalt eigentümlich sind, mit in den Kauf nehmen muss. Uebrigens bedarf es nicht einmal der Dringlichkeitsklausel, um einen Bundesbeschluss dem Referendum zu entziehen. Derselbe Erfolg wird erreicht, sobald die Bundesversammlung ausspricht, ein bestimmter Bundesbeschluss sei nicht allgemein verbindlich. Vermieden wird in einem solchen Fall das Aufsehen, das die Dringlichkeitsklausel verursacht, — aber auch die Volksabstimmung. Wir gehen, im Gegensatz zu Burckhardt, von dem staatsrechtlichen Grundsatz aus, dass alle Rechtsetzung — vorbehaltlich des Rechtsverordnungsrechtes — in der Form des Gesetzes in die Erscheinung treten muss. Was bleibt aber für den allgemein verbindlichen Bundesbeschluss übrig? Man erinnere sich, dass die Bundesversammlung neben der Rechtsetzung mit Rechtsprechung und — in einem grossen Umfang — mit Verwaltung betraut ist. Die Form, in der sie diese Geschäfte erledigt, ist der Bundesbeschluss (d. h. der übereinstimmende Beschluss des Nationalrates und des Ständerates). Die richterlichen Beschlüsse, durch welche die Bundesversammlung Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur entscheidet, entbehren naturgemäss des Charakters der Allgemeinverbindlichkeit (Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, von 1893, Art. 189); sie fallen daher für die Beantwortung der vorliegenden Frage ausser Betracht. Anders dagegen steht es mit den Verwaltungsakten der Bundesversamm-



lung. Auch diese werden durch Bundesbeschlüsse erledigt. Allein die Bundesverfassung vertritt die Anschauung, dass bei Verwaltungsakten von grosser Tragweite („d'une portée générale," wie der französische Text den Gedanken richtig wiedergibt) der Aktivbürgerschaft in gleicher Weise das Recht der Zustimmung oder Ablehnung vorbehalten bleiben müsse, wie bei den Erlassen (Gesetzen) der Rechtschaffung. Da alle Erlasse, welche in Gesetzesform auftreten, ipso jure diese Willenserklärung der Aktivbürgerschaft (des „Volkes“) provozieren, so böte an sich die Einkleidung eines Verwaltungsaktes in die Form eines Bundesgesetzes das Mittel, diese Mitwirkung der Aktivbürgerschaft herbeizuführen. In der Tat kennt unser Bundesrecht derartige Beispiele: ich erinnere an das Bundesgesetz betreffend Gewährung von Subsidien für Alpenbahnen, vom 22. August 1878 und an das Bundesgesetz betreffend die Erwerbung und den Betrieb von Eisenbahnen für Rechnung des Bundes, vom 15. Oktober 1897, Art. 2 und Art. 4. Die Bundesverfassung hat jedoch in Art. 89 aus dieser Mitwirkung des Volkes an der Erledigung besonders wichtiger und einschneidender Verwaltungsangelegenheiten eine organische Institution machen wollen und diese Absicht durch Aufstellung der Kategorie der „allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse," die dem Referendum unterstehen, verwirklicht. Der Schwierigkeit, von vornherein nun die Verwaltungsmaterien zu bezeichnen, in denen dem Volke diese Mitwirkung gebührt und daher der Bundesbeschluss dieser Art sein Anwendungsgebiet findet, ist sich der Gesetzgeber bewusst gewesen. Er hat daher die Beseitigung dieser Schwierigkeit der Praxis überlassen. Das cit. Bundesgesetz betreffend Volksabstimmung über Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse, v. 17. Juni 1874, bestimmt nämlich in Art. 2: „Der Entscheid, dass ein Bundesbeschluss entweder als nicht allgemein verbindlich oder als dringlich zu behandeln sei, steht der Bundesversammlung zu, und es ist derselbe dem Beschlusse selbst jeweilen ausdrücklich beizufügen.“ Ist aber der allgemein verbindliche Bundesbeschluss die Form für bestimmte Verwaltungsakte, so findet auch der Satz seine ungezwungene Erklärung, der erlaubt, einem Bundesbeschlusse die „Dringlichkeitsklausel“ beizufügen. Denn es gibt Verwaltungsgeschäfte, bei deren Erledigung die Raschheit allen andern Rücksichten vorgehen muss. Der allgemein verbindliche Bundesbeschluss, der dem Referendum untersteht, unterscheidet sich, abgesehen von seinem Namen, in der äussern Form durch nichts von dem Bundesgesetz; er ist ihm gleichwertig. Es wurde oben hervorgehoben, dass in der Tat auch bei der Erledigung reiner Verwaltungsaufgaben gelegentlich die Form des allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses durch die Form des Bundesgesetzes ersetzt wird. Denn

beide Formen stellen lediglich das Mittel dar, mit dessen Hilfe ein an der Verwaltung im Uebrigen unbeteiligtes Organ, die Aktivbürgerschaft, seinen Willen bei der Erledigung wichtiger Verwaltungsgeschäfte zur Geltung bringen kann. Die ganze Gestaltung bildet ein Seitenstück zu jenen Vorschriften der deutschen Verfassungsrechte, welche für die Aufstellung des Budgets die Gesetzesform vorsehen, weil diese Form der Volksvertretung eine Mitwirkung verbürgt. Damit gewinnt aber Labands Lehre (Staatsrecht des Deutschen Reichs II § 56) von den Gesetzen im formellen und im materiellen Sinn auch für das schweizerische Bundesstaatsrecht ihre Bedeutung. Burckhardt operiert mehrfach mit dieser Unterscheidung, ohne jedoch ihre Tragweite zu würdigen. Die Praxis der Bundesversammlung hat leider die ihr durch das Bundesgesetz betreffend Volksabstimmung über Bundesgesetze von 1874 zugewiesene Aufgabe nicht gelöst und keine festen Grundsätze darüber aufzustellen vermocht, welches die Verwaltungsgeschäfte „d'une portée générale“ sind, die in der Form des allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses erledigt werden müssen. Immerhin sind Ansätze zu einer solchen Praxis vorhanden: Es sei erinnert an den Bundesbeschluss betreffend Ankauf von Prioritätsaktien der Jura-Simplon-Bahn, vom 27. Juni 1890, und an den (in der Volksabstimmung verworfenen) Bundesbeschluss betreffend Ankauf der schweizerischen Centralbahn, vom 25. Juni 1891, u. a. m., Erlasse, welche veranschaulichen, dass eine „portée générale“ insbesondere solchen Verwaltungsgeschäften innewohnt, durch welche die Bundesverwaltung — innerhalb der verfassungsmässigen Kompetenz — neue Aufgaben übernimmt oder finanzielle Verpflichtungen von grosser Tragweite eingeht. Aus diesen Erwägungen erklärt es sich auch, weshalb das Budget, als ein Geschäft der laufenden Verwaltung, lediglich in die Form des einfachen, dem Referendum entzogenen Bundesbeschlusses eingekleidet wird. Wenn im Uebrigen die Praxis der Bundesbehörden sich gerade bei der Entscheidung darüber, welche Materien dem allgemein verbindlichen Bundesbeschluss mit Referendums Klausel und welche dem einfachen Bundesbeschluss vorbehalten sind, durch Willkür und Systemlosigkeit auszeichnet, so findet dies in einem menschlichen Rühren seine Erklärung. Bei der Einführung des Referendums in das Bundesstaatsrecht hat man die Tragweite der neuen Institution noch nicht genügend überblickt. Die Zustimmung der Aktivbürgerschaft zu bestimmten Verwaltungsmassnahmen einzuholen, von deren absoluter Notwendigkeit die verantwortlichen Organe der eidgenössischen Verwaltung überzeugt sind — das bedeutet einen harten Entschluss. Denn ein kurzer Abstimmungssonntag kann das Werk, das Einsicht und Geschäftserfahrung von langer Hand vorbereitet

haben, mit einem Schlag zerstören, und es ist menschlich begreiflich, wenn die Furcht vor den Zufälligkeiten des Referendums Einfluss gewinnt auf die Entscheidung darüber, welche Verwaltungsgeschäfte in der Form des allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses (mit Referendums Klausel) erledigt werden müssen, und wenn daher gelegentlich die Bundesversammlung einer Materie eine „portée générale“ nicht zuspricht, trotzdem ihr eine solche zukommt. Allein vor dem Forum der Bundesverfassung, die verlangt, dass Verwaltungsakte von allgemeiner Tragweite dem Referendum zu unterstellen sind, darf derartigen menschlichen Gefühlen kein Gehör geschenkt werden. Das Recht bleibt hart und unerbittlich. Dura lex, sed lex.

Wir müssen es uns versagen, in alle Einzelheiten des umfangreichen Werkes einzutreten und des Verfassers Kommentar mit unserer Zustimmung und unserm Widerspruch zu begleiten. Das Schwergewicht seiner Erörterungen hat Burckhardt in die Interpretation des Ersten Abschnitts der Bundesverfassung („Allgemeine Bestimmungen“) verlegt. Unter dem Text des einzelnen Verfassungsartikels gibt der Verfasser zunächst unter einer ersten Rubrik „Geschichte“ Mitteilungen über Vorgeschichte und Motive des Artikels, um sodann unter einer zweiten Rubrik „Auslegung“ auf eine Darlegung des Inhaltes einzutreten. Gesetzgebung und Praxis sind ausgiebig berücksichtigt, und der Verfasser hat es sich angelegen sein lassen, sogar zu einzelnen Gerichtssprüchen und Gesetzesvorschriften seine erläuternden und kritischen Bemerkungen anzubringen. So erscheint das Werk als „wohldokumentiert.“ Man vergleiche z. B. mit welcher Sorgfalt und welcher Uebersichtlichkeit Burckhardt die Praxis der Bundesbehörden zu den Verfassungsartikeln, welche die Individualrechte der Bürger garantieren, zusammengestellt hat. Burckhardt ist in diesem Streben nach Vollständigkeit sehr weit gegangen. Zur Interpretation von Verfassungsartikeln greift er nicht selten auf das Amtliche Stenogramm der Bundesversammlung zurück und zieht gelegentliche Äusserungen einzelner Redner als Beweismaterial heran, ohne jedoch stets genügend zu beachten, dass derartige in die Debatte hineingeworfene Meinungen der Parlamentarier sehr oft „pour les besoins de la cause“ gewonnen worden sind. So vortrefflich auch der „Kommentar“ die Aufgabe löst, nach allen Richtungen zu informieren, so fragen wir uns doch, ob Burckhardt überall die nötigen Accente aufgesetzt hat, um den juristischen Kern seiner Erläuterungen über das Beiwerk herauszuheben und den Gedanken, der alle die vielen Einzelheiten zu einer Einheit zusammenzufassen hat, zu plastischem Ausdruck zu bringen. So hätte m. E. die Darlegung der bundesgerichtlichen Praxis über die verfassungsmässigen

Rechte der Bürger (S. 856 fg.) an juristischem Gehalt gewonnen, wenn der Zusammenstellung der Judikatur nach Kategorien ein Wort über die allgemeine staatsrechtliche Funktion dieser Gerichtbarkeit des Bundesgerichtes beigelegt worden wäre. So z. B. durch ein Wort darüber, wie das Bedürfnis nach einer von der Enge der kantonalen Verhältnisse emancipierten Rechtsschutz-Instanz das Bundesgericht dazu geführt hat, die Handhabung der kantonalen Staatsgewalt nach allen Richtungen zu kontrollieren und, im Anschluss an die durch die kantonalen Verfassungen garantierte „Trennung der Gewalten,“ sich für den Bereich des kantonalen Rechtes die Funktionen eines Gerichtshofes beizulegen, der die Kompetenzen der Gerichte und der Verwaltungsbehörden von einander abgrenzt. Damit hat das Bundesgericht — was für die Demokratie mit ihren nach parteipolitischen Rücksichten zusammengesetzten Verwaltungsbehörden von grösster Bedeutung ist — in praxi der Gewalt der Gerichte zu ihrer vollen, verfassungsmässigen Geltung verhelfen wollen. Wenn Burckhardt (S. 858—859) sich bei der Charakterisierung der bundesgerichtlichen Praxis über den Schutz des „verfassungsmässigen Rechtes“ im allgemeinen mit der Bemerkung begnügt, „das Bundesgericht sei in der Anerkennung des Rekursrechtes sehr liberal gewesen,“ so ist m. E. das Hauptmerkmal dieser Judikatur noch nicht bezeichnet. Dem Bundesgerichte ergeht es hier wie den Söhnen in Nathans Erzählung vom Ring. Welcher von den beiden Ringen der echte ist, vermag das Bundesgericht nicht mehr zu sagen, denn jedem wohnt die Kraft inne, „vor Gott und Menschen angenehm zu machen.“ Das eine Mal (Urteil vom 14. Oktober 1896) verkündet das Bundesgericht mit Emphase: „es ist gleichgültig, ob man annimmt, dass einem Rekurrenten ein eigentliches Individualrecht zur Seite stehe, oder ob man seine Berechtigung bloss als eine sogen. Reflexwirkung einer objektiven Rechtsnorm betrachtet.“ (Entscheidungen des Bundesgerichtes XXII S. 1011—1012.) Das andere Mal (Urteil vom 9. Oktober 1901) führt das Bundesgericht mit derselben Energie aus: „Die bundesgerichtliche Praxis hat regelmässig (!) daran festgehalten, dass der einzelne Bürger nur dann beschwerdeführend auftreten könne, wenn die von ihm angefochtene behördliche Massnahme einen Eingriff in ein ihm verfassungsmässig oder bundesgesetzlich garantiertes Individualrecht enthält.“ (Entscheidungen des Bundesgerichtes XXVII, Teil 1, S. 493.) Das Bundesgericht beruft sich in dem zuletzt genannten Urteil zur Unterstützung seiner Ansicht auf Jellineks „System der subjektiven öffentlichen Rechte,“ ohne zu beachten, dass Jellineks Theorie zu der oben charakterisierten zweiten Richtung der bundesgerichtlichen Praxis passt wie die Faust aufs Auge. Eine sehr charakteristische, ausschliesslich durch die bundesgericht-



liche Rechtsprechung zur Entwicklung gebrachte Funktion des staatsrechtlichen Rekurses hat Burckhardt (S. 890) ganz übersehen. Um dem Satze „Bundesrecht bricht kantonales Recht,“ den das Bundesgericht in Art. 2 der Uebergangsbestimmungen der Bundesverfassung ausdrücklich ausgesprochen findet, in allen Fällen seine Herrschaft zu sichern, hat es das Bundesgericht als zulässig erklärt, dass mit dem staatsrechtlichen Rekurse kantonale Verfügungen (Urteile u. s. w.) beim Bundesgerichte unter Berufung auf den cit. Art. 2 der Uebergangsbestimmungen angefochten werden in allen Fällen, „in denen, entgegen dem klaren Willen des eidgenössischen Gesetzes, eidgenössisches Recht überhaupt nicht, sondern an dessen Stelle kantonales Recht angewendet und dadurch der verfassungsmässige Grundsatz (Art. 2 der Uebergangsbestimmungen zur Bundesverfassung), dass Bundesrecht dem kantonalen Recht vorgeht, faktisch negiert wird.“ (Entscheidungen des Bundesgerichtes XIII (1877) S. 438, Erw. 3. Vgl. auch XXVI (1901), T. 1 S. 325 Erw. 2; XXIX (1903), T. 1, S. 181, Erw. 1.) In diesen Fällen erfüllt der staatsrechtliche Rekurs die Aufgabe einer Kassationsbeschwerde und tritt als Ersatz ein, wo ordentliche Rechtsmittel zum Schutze des eidgenössischen Rechtes fehlen.

Wer die Praxis der Bundesbehörden so genau kennt, wie Burckhardt, ist geneigt, anzunehmen, eine Judikatur von Jahrzehnten schöpfe notwendigerweise den Inhalt der Rechtssätze bis auf den letzten Rest aus und durch die Wiedergabe der Judikatur, die sich an einen Rechtssatz angeschlossen, sei daher der Rechtssatz selbst vollständig ausgelegt. Dieser irrthümlichen Ansicht ist es wohl zuzuschreiben, dass Burckhardt z. B. in den, in den Einzelheiten so sorgfältigen Ausführungen zu Art. 59 der Bundesverfassung (*forum domicilii*) eine Reihe von grundlegenden allgemeinen Fragen nur gestreift hat: u. A. die Frage, ob der Art. 59 der Bundesverfassung (als Fortbildung des Konkordates vom 15. Juni 1804) in der Tat in erster Linie die Garantie eines Individualrechtes ausspreche oder ob nicht vielmehr die Ausscheidung der Gerichtsstände entsprungen sei dem Bedürfnis nach einer Abgrenzung der kantonalen Gerichtsgewalten. So gestellt hätte die Frage u. a. auch zu einer Beantwortung des Bedenkens führen müssen, ob ein Ausschluss des *forum contractus* u. a. m. die letzte Konsequenz des dem Verfassungsartikel zu Grunde liegenden Gedankens enthalte.

Wenn uns erlaubt ist, ein spezielles Desideratum zur Geltung zu bringen, so bestünde es vor allem in dem Wunsch nach eingehenderer Berücksichtigung der neuesten verwaltungsrechtlichen Forschungen. Für manches, was heute in den Ausführungen des „Kommentars“ der juristischen Geschlossenheit entbehrt, hätte wohl die verwaltungsrechtliche Doktrin den einheitlichen Gesichts-

punkt bezeichnen können, von dem aus es möglich gewesen wäre, einer Reihe von Erscheinungen eine feste rechtliche Stellung anzuweisen. Wir denken hier u. a. an die Ausführungen über das Verhältnis der Gewerbefreiheit zu den sogenannten öffentlichen Anstalten und Unternehmungen (S. 275 fg.), welches in der verwaltungsrechtlichen Literatur schon mehrfach — wenn auch noch nicht in einer abschliessenden Monographie — erörtert worden ist. Es sei nur erinnert an die Ausführungen von Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II § 51; von Landmann-Rohmer im Kommentar zur deutschen Gewerbeordnung I S. 33 fg., an die Abhandlung von Cammeo, I monopoli comunali (Archivio giuridico t. LIV—LVI) und an die in der französischen Verwaltungsrechtsprechung zu wiederholten Malen erörterte Unterscheidung von „monopoles de fait“ und „monopoles de droit.“ Auch die Abgrenzung zwischen Civilrecht und öffentlichem Recht hätte wohl eine eingehendere Behandlung verdient; sie spielt auch in der bundesgerichtlichen Judikatur eine Rolle. In welcher Weise diese Abgrenzung in der vom Bundesgerichte vertretenen Auffassung des Grundsatzes der Trennung der Gewalten ihre Bedeutung erlangt hat, wurde bereits erwähnt. Zu einem derartigen *judicium finium regundorum* bietet dem Bundesgericht überdies Anlass die Rechtsprechung, die anschliesst zunächst an den Art. 59 der Bundesverfassung, eine Bestimmung, welche den Gerichtstand des Wohnsitzes für privatrechtliche Ansprachen garantiert (Kommentar S. 604 fg., insbesondere S. 613), und sodann an den Art. 110 der Bundesverfassung, der die Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Beurteilung civilrechtlicher Streitigkeiten umschreibt (Kommentar S. 829 fg.). Abgesehen von der Verfassungsgerichtsbarkeit (Bundesverfassung Art. 113, Ziff. 3) besitzt das Bundesgericht keine Zuständigkeit für die Beurteilung von Streitigkeiten des öffentlichen Rechts, die zwischen Privaten einerseits und dem Bunde oder einem Kantone andererseits entstehen — Ausnahmen vorbehalten (Verbot der Doppelbesteuerung u. a. m.). Infolge dessen ist Voraussetzung für jeden Kläger, der sich in den erwähnten Materien das Forum des Bundesgerichtes sichern will, dass ihm der Nachweis der privatrechtlichen Natur seines Anspruches gelingt. Um nun den Bürgern seinen Rechtsschutz angedeihen zu lassen, hat das Bundesgericht von jeher unter der Flagge des „privatrechtlichen“ Anspruches und der „privatrechtlichen“ Streitigkeit Verhältnisse segeln lassen, die man nur mit Gewalt in eine civilrechtliche Schablone hineinpresse kann. Wie weit überdies die vorherrschend civilistische Vorbildung der meisten Richter mit schuld sein mag an derartigen anfechtbaren Charakterisierungen, bleibe dahingestellt. Da das Bundesgericht, wenigstens in den in Art. 110 der Bundesverfassung



vorgesehenen Fällen, mehr nur gelegentlich und sporadisch in den Fall kommt, sich über die Abgrenzung des Civilrechts und des öffentlichen Rechtes auszusprechen, so hat sich auf diesem Gebiete ohnehin keine organische Rechtsprechung entwickeln können. Die Judikatur des Bundesgerichtes trägt hier bis zu einem gewissen Grad das Zeichen einer Zufallsjurisprudenz an sich. Burckhardt hat m. E. diese Umstände nicht voll gewürdigt. So viele feine Beobachtungen und Bemerkungen auch seine Besprechung der bundesgerichtlichen Praxis aufweist, so steht Burckhardt in allen Fragen, in denen es sich um Ausscheidung von öffentlichem und von Privatrecht handelt, dem Bundesgerichte zu gläubig gegenüber, und die Kritik äussert sich bei ihm häufig mehr in einem Wort des Zweifels, als in einer direkten Ablehnung und der Mitteilung einer eigenen Lösung. Wie schwer es dem Bundesgericht wird, von alten civilistischen Anschauungen loszukommen, tritt mit voller Deutlichkeit in der widerspruchsvollen und des juristischen Haltes entbehrenden Praxis zu Tage über die Ersatzpflicht des Staates für Vermögensbeschädigungen bei rechtmässiger Handhabung der Staatsgewalt (Eigentumsgarantie!) oder in der Rechtsprechung, die sich abmüht, für den Gehaltsanspruch des Beamten die zutreffende juristische Formel zu finden. J. Fischer hat im Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeinde-Verwaltung Bd I diese Praxis des Bundesgerichtes zusammengestellt. Für die Reserve, die das Bundesgericht gegenüber den Arbeiten von Otto Mayer, Anschütz, Walz u. a. m. beobachtet, welche ex professo das Problem der öffentlich-rechtlichen Entschädigung behandelt haben, ist eine stichhaltige Erklärung nicht sichtbar. Vergl. über diese interessante Frage die Angaben aus Literatur und Praxis bei Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 6. Aufl., bearbeitet von Anschütz, S. 813—816 und bei Laferrière, *Traité de la juridiction administrative* II p. 155—192. Wie ertragreich alle Untersuchungen über die Natur der einzelnen Rechtsansprüche sind, zeigt deutlich das Buch von Otto Stölzel, *Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preussen*, 1901.

Eine Lücke ist mir in Burckhardts Werk besonders aufgefallen: der Verfasser hat davon abgesehen, den Begriff des Bundesbeamten näher zu umschreiben und ihn gegenüber dem Begriffe des „Angestellten“ festzustellen. Denn die wenigen Bemerkungen zu Art. 12 (S. 158) streifen den Gegenstand nur.

Doch wir brechen ab. Der äussere Erfolg des Werkes hat dem Verfasser bereits bewiesen, wie vielen seine Arbeit willkommen ist. Als eine Gabe der Freundschaft hat Burckhardt sein Buch seinem Lehrer, Professor Eugen Huber in Bern, gewidmet. Wie wir uns auch zu den Einzelheiten und Einzelfragen des Werkes

stellen mögen, — dem Verfasser sind wir zu aufrichtigem Danke verpflichtet. Von seinem Buche geht eine Fülle von Anregung und Belehrung aus, und wir sind überzeugt, dass Burckhardts „Kommentar“ dazu beitragen wird, das Verständnis und die wissenschaftliche Pflege unsres heimatlichen Verfassungsrechtes zu fördern, — eines Rechtes, das uns durch seine Eigenart und Frische in seine Dienstbarkeit zwingt, so oft wir in seinen Bannkreis hineintreten.

Basel, im März 1906.

Fritz Fleiner.

**Die Rechtsquellen des Kantons St. Gallen. Erster Teil: Öffnungen und Hofrechte. Bd 2: Toggenburg.** Bearbeitet und herausgegeben von **M. Gmür**. Aarau, H. R. Sauerländer & Co, 1906.

In der schönen Sammlung schweizerischer Rechtsquellen, die unter der Aegide des Schweizerischen Juristenvereines veranstaltet wird, bildet dieser neue Band wieder eine wertvolle Bereicherung. Wir können demselben nur die gleiche Anerkennung zollen, die schon der erste Band in unserer Zeitschrift (n. F. XXII S. 457) gefunden hat, und das dort über die Notwendigkeit einer Neubearbeitung der Öffnungen, dieser unerschöpflichen Quelle für die Kenntnis des Lebens unsrer bäuerlichen Bevölkerung, Gesagte wiederholen. Diesen zweiten Band, der die Öffnungen von Toggenburg enthält, eröffnet eine kurze, aber vortrefflich orientierende Darstellung der Geschichte dieser Landschaft und ihrer Rechtsquellen. Besonders wertvoll sind dann auch bei diesem wie bei dem ersten Bande die, den Rechtsquellen eines jeden Dorfes vorangestellten Angaben über die Herrschafts- und Vogteiverhältnisse u. dergl., sowie die historischen Nachweise über das betreffende Dorf, wodurch man in das Verständnis der Öffnungen eingeführt wird und dieselben Leben gewinnen. Der Herausgeber, Herr Prof. Gmür in Bern, hat mit dieser Arbeit sich und seinem Kanton ein schönes Denkmal gesetzt, das ihm zur Ehre gereicht. Erst durch solche sorgfältige und zuverlässige Ausgaben wird der Rechtshistoriker in den Stand gesetzt, den in den Öffnungen liegenden Schatz alten Rechts für die wissenschaftliche Erkenntnis zu verwerten. Wir sind ihm für seine Arbeit dankbar und gratulieren ihm zu dem trefflichen Werke, dem wir übrigens nicht nur bei den Rechtshistorikern, sondern bei allen, denen die Geschichte unseres Landes teuer ist, Anerkennung und Erfolg wünschen; alle diese, nicht nur die Rechtsgelehrten, werden in diesen alten Zeugnissen früherer Kultur reiche Belehrung und besseres Verständnis auch unserer heutigen Zustände finden.

**Hafner, K.** Schule und Kirche in den Strafanstalten der Schweiz. Zürich, Art. Institut Orell Füssli, 1906.

Die interessante kleine Schrift bringt den dermaligen Stand des Schulunterrichtes und der Seelsorge in den Strafanstalten der

Schweiz zur Darstellung, auf Grund von gedruckten Aktenstücken (Verordnungen, Rechenschaftsberichten u. a.) und Antworten der Gefängnisdirektoren auf erhobene Zirkularumfrage. Jedermann sieht ein, wie wichtige Mittel das sind, um die Sträflinge moralisch zu heben und sie bei der Entlassung aus der Strafanstalt gegen Rückfälle widerstandsfähiger der Freiheit wiedergeben zu können. Wie viel da noch zu tun ist, ergibt das Büchlein, dessen Erscheinen recht zeitgemäss ist. Auf der letzten Seite hätte aber die abschätzige Bemerkung über eine schöne und würdige Wertung der Seelsorge durch einen Anstaltsgeistlichen unterbleiben dürfen.

**Kunwald, G. Ueber den eigentlichen Grundgedanken des proportionalen Wahlsystems.** Wien, Manz, 1906.

Diese kleine Schrift, ein in der Wiener Juristischen Gesellschaft gehaltener Vortrag, sollte in der Schweiz, wo das proportionale Wahlsystem immer noch auf der Tagesordnung steht, ihren Leserkreis finden. Der Verfasser ist Gegner der jetzt praktizierten sogen. Repartitivsysteme, die eine gerechte Verteilung der Mandate, eine verhältnismässige Aufteilung derselben unter die Parteien nach der erreichten Stimmenzahl fordern, so dass jede Partei genau im Verhältnis ihrer Stimmenstärke vertreten ist. Der Vorwurf, den wir in unsern schweizerischen Kämpfen um die Proportionalwahlen so oft gehört haben, dass das Moment des persönlichen Vertrauens, welches das Band zwischen Wähler und Gewählten bilden muss, in den proportionalistischen Systemen verfälscht erscheine, wird hier in wissenschaftlicher Deduktion und in sehr gewichtiger Begründung erörtert. Den Hauptfehler sieht der Verfasser darin, dass die Mandate der Volksvertretung als ein Objekt der Verteilung unter die Parteien angesehen worden sind, woraus der künstliche Apparat der mathematischen Ermittlung der Stimmenzahl erwachsen ist, namentlich die Erfindung der Wahlzahl, so dass der Wähler nicht weiss, für wen seine Stimme zählt. Statt dass die Wahlzahl erst auf Grund der abgegebenen Stimmzettel ermittelt wird, will sie daher der Verfasser von vorneherein durch Gesetz feststellen, das normiert, welche Zahl von Wählern einen Abgeordneten zu wählen berechtigt ist. Das von ihm leider nur sehr knapp skizzierte Verfahren auf dieser Grundlage, das übrigens auch ziemlich umständlich ausfällt, behält er in der Vorrede einer eingehenderen Bearbeitung vor. Es ist zu wünschen, dass sie nicht zu lange möge auf sich warten lassen.

**De la juridiction administrative fédérale des Etats-Unis et de la Suisse en matière de douanes et de l'expertise légale des douanes en France,** par **James Vallotton**, docteur en droit, avocat. Paris, Chevalier-Marescq, F. Pichon & Cie; Lausanne, F. Rouge et Cie, 1905.

Der Verfasser erörtert in einer frisch und lebendig geschriebenen Studie eine wichtige Frage der Verwaltungsgerichtsbarkeit: die Organisation der Rechtsprechung in Zollstreitigkeiten. Er gliedert seine Schrift in drei Hauptabschnitte: 1. Zollgerichtsbarkeit in Nord-Amerika; 2. Behandlung der Zollstreitigkeiten nach dem geltenden Recht der Eidgenossenschaft; 3. *De lege ferenda*: Beurteilung der Zollrekurse durch eine dem Bundesgerichte anzugliedernde „*section de droit administratif*.“

Vallotton kennt die amerikanischen Verhältnisse aus eigener Anschauung. Er entwirft ein Bild jenes von der Union eingesetzten Spezialgerichtes für die Beurteilung von Zollstreitigkeiten: des Board of General Appraisers in New-York. Dieser Gerichtshof besteht aus neun juristisch und kaufmännisch gebildeten Richtern. Der einzelne Richter bezieht ein jährliches Einkommen von 7000 Dollars (Fr. 35,000); daran mag bemessen werden, welche hohe Stufe diese Richter in dem Beamtenapparate der Union einnehmen. Das Board of General Appraisers entscheidet in streitigen Fragen über den Verzollungswert der einzelnen Waren und über die Klassierung gemäss den einzelnen Ansätzen des Zolltarifs. Ueberdies übt es die Oberaufsicht aus über die Zollbeamten der einzelnen Zollämter. Die wesentlichste Garantie für eine sachverständige Beurteilung liegt in der Praxis, derzufolge bestimmte Verhandlungstage jeweils ausschliesslich Streitigkeiten über die Verzollung von Waren einer bestimmten Kategorie vorbehalten bleiben, so dass das Gericht in der Lage ist, zu den Verhandlungen jedes Tages die Sachverständigen des betreffenden Geschäftszweiges beizuziehen. Das ermöglicht eine rasche Abwicklung der Prozesse. Vallotton teilt mit, es würden 50—500 Rekurse an einem Verhandlungstag beurteilt. Das Verfahren ist summarisch. Urteile des Gerichtshofes in Streitigkeiten über den Verzollungswert sind endgültig; Urteile über die Klassierung der Waren dagegen können bei den ordentlichen Unionsgerichten angefochten werden, wenn sich das Zollgericht über aktenmässige Tatsachen und Beweise hinweggesetzt hat. Mit welcher Unabhängigkeit gegenüber der Regierung der Zollgerichtshof seines Amtes waltet, zeigt Vallotton an drei Beispielen, welche die Schweiz unmittelbar berühren.

Bei der Darstellung des schweizerischen Rechtes legt Vallotton eingehend die Nachteile dar, welche mit einem Verfahren verknüpft sind, in dem die Verwaltungsbehörden selbst endgültig über Anstände der Zollpflichtigen mit der Zollverwaltung entscheiden. Er charakterisiert dies Verfahren zutreffend als eine Rechtsprechung der Verwaltungsbehörden in eigener Sache. Daraus ergibt sich ihm die Forderung auf Ausschaltung des Bundesrates als Instanz für Beurteilung der Zollstreitigkeiten und auf Uebertragung

dieser Kompetenz auf ein unabhängiges Gericht: das Bundesgericht. Es ist bemerkenswert, dass auch in Deutschland die Stimmen hervortreten, welche die Einsetzung eines einheitlichen Zollgerichtshofes für das ganze Deutsche Reich fordern. (Vergl. Lusensky „Empfiehl sich die Einführung eines Zollgerichtshofes für das Reich?“ in der Deutschen Juristenzeitung 1905, S. 473.) Vallotton tritt, wie erwähnt, für die Errichtung einer neuen Abteilung im Bundesgerichte ein (section de droit administratif), der auch die Rechtsprechung in allen übrigen Administrativstreitigkeiten zuzuweisen wäre, und vertritt die Meinung, es solle jedes Mitglied dieser Abteilung als Einzelrichter ausschliesslich mit der Beurteilung von Streitsachen einer und derselben Art betraut werden. So sehr wir auch für gerichtliche Institutionen eingenommen sind, welche von dem Erfahrungssatze ausgehen, dass das Gefühl der Verantwortlichkeit bei dem Richter sich abschwächt, je grösser das Kollegium ist, dem er angehört, so tragen wir doch Bedenken, eine Rechtsprechung, welche für ganze, grosse Verwaltungszweige die Regeln des Verhaltens vorschreiben wird, einer Einzelperson anzuvertrauen. Ob aber das Bundesgericht oder ein besonderes Eidgenössisches Verwaltungsgericht mit dieser Verwaltungsgerichtsbarkeit betraut werden soll, das wird, so hoffen wir, binnen kurzem in den Diskussionen über die Einführung einer Eidgenössischen Verwaltungsrechtsprechung zum endgültigen Austrage kommen. Wenn wir auch im einzelnen von Vallotton abweichen — in der Hauptsache stimmen wir mit ihm überein: in der Forderung nach einer unabhängigen richterlichen Instanz für die Beurteilung der Verwaltungsstreitsachen. F. F.

**Seligsohn, A. Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern erläutert.** 3. Aufl. Berlin, J. Guttentag, 1906.

Auf diesen Kommentar zum Deutschen Patentgesetz und zum Gesetz über den Schutz von Gebrauchsmustern möchten wir die schweizerischen Juristen mit besonderer Empfehlung aufmerksam machen, nicht nur weil der Verkehr mit Deutschland die schweizerische Geschäftswelt und damit auch die Juristen zur Beschäftigung mit diesen Gesetzen nötigt, sondern weil dieser Kommentar besonders geschickt und gründlich abgefasst ist und über alles zuverlässige Belehrung gibt. Es nimmt dieses Werk jedenfalls in der reichen Kommentarliteratur eine ganz hervorragende Stelle ein.

---