

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: 44 (1925)

Artikel: Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz

Autor: Schindler, Dietrich

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895895>

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: 11.01.2026

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

Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz.

Von Privatdozent Dr. DIETRICH SCHINDLER,
Zürich.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit der amerikanischen Gerichte ist ausserhalb der Vereinigten Staaten schon mehrfach dargestellt worden.¹⁾ Auch Vergleiche zwischen der amerikanischen und der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit fehlen nicht.²⁾ Der folgende Aufsatz will nicht bereits Gesagtes wiederholen. Es sollen zwei Seiten des Problems erörtert werden, welche in den bisherigen Abhandlungen übergangen oder nur kurz gestreift worden sind.

I. Entstehung und Begründung des amerikanischen und des schweizerischen Rechts.

I. Ein Vergleich zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit der Vereinigten Staaten von Amerika und derjenigen

¹⁾ Ausser den allgemeinen Werken über amerikanisches Staatsrecht vergl. A. S. Hershey, Über Hemmungsmittel gegenüber den gesetzgebenden Körpern in den V. St. von Amerika, Phil. Diss. Heidelberg 1894. Walter Loewy, Die bestrittene Verfassungsmässigkeit der Arbeitergesetze in den V. St. von Nordamerika. Jur. Diss. Heidelberg 1905. E. Freund, im Jahrbuch des öffentlichen Rechts II (1908) 651. F. Larnaudé in Bulletin de la société de législation comparée 31 (1901/2) 175. E. Lambert, Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis, 1921, siehe auch Note 135.

²⁾ Rüttimann, Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz, 1867, 1872, § 288 ff. G. Vogt, Die Organisation der Bundesrechtspflege in den V. St. von Amerika, in dieser Zeitschrift 9 (1890), 566. G. Solyom, La juridiction constitutionnelle aux Etats-Unis et en Suisse. Genfer Diss. 1923. Dazu diese Zeitschrift 42 (1923), 232.

der Schweiz zeigt einen grundsätzlichen Unterschied: in Amerika ist die Verfassungsgerichtsbarkeit ein Ausfluss der richterlichen Gewalt, in der Schweiz entspringt sie der Herrschaft des Bundes über die Kantone. Die amerikanischen Gerichte, seien es Unions- oder Staatengerichte, besitzen ausnahmslos das Recht, ein anzuwendendes Gesetz auf seine Übereinstimmung mit der Verfassung zu prüfen.³⁾ In der Schweiz kommt diese Befugnis ausschliesslich den Bundesorganen gegenüber kantonalen Erlassen zu. Sie war so wenig als eine rein richterliche gedacht, dass von 1848—1874 fast alle Beschwerden gegen kantonale Behörden von den politischen Bundesbehörden entschieden wurden.⁴⁾ Seither ist das Bundesgericht zwar mehr und mehr, aber bis heute nicht ausschliesslich, mit dem Entscheid staatsrechtlicher Rekurse betraut worden.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit im amerikanischen Sinne, d. h. das Recht der Gerichte, die Gesetze, insbesondere diejenigen der koordinierten Legislatur, auf ihre materielle Verfassungsmässigkeit zu überprüfen, ist in der Eidgenossenschaft ausgeschlossen durch Art. 113

³⁾ Die Übereinstimmung eines Unionsgesetzes mit der Unionsverfassung oder eines Staatengesetzes mit dem Recht der Union kann sowohl von den Unionsgerichten als von den Staatengerichten überprüft werden. Die Prüfung der Übereinstimmung eines Staatengesetzes mit der Staatsverfassung ist hingegen Sache der Staatsgerichte (im Gegensatz zur Schweiz), die Unionsgerichte kommen nur dann dazu, wenn sie ausnahmsweise in ihren Entscheidungen Staatenrecht anzuwenden haben, z. B. bei einem Streit zwischen Bürgern verschiedener Staaten (so in *Mutual Film Corporation v. Ohio* 236 U. S. 230 (1915)).

⁴⁾ Nach der Bundesverfassung von 1848 waren Beschwerden beim Bundesrat anzubringen. Gegen dessen Entscheid konnte an die Bundesversammlung rekuriert werden, der es offen stand, Beschwerden über Verletzung der durch die Bundesverfassung garantierten Rechte an das Bundesgericht zu weisen. Sie hat das ein einziges Mal getan. Munzinger, Studie über Bundesrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, 1871, 91. L. Jenny, Die Verwaltungspflege in der Schweiz. Eidgenossenschaft 1910, 38/9.

al. 3⁵⁾ und 114 bis al. 3⁶⁾ der Bundesverfassung, und in den meisten Kantonen,⁷⁾ wie fast überall im Ausland,⁸⁾⁹⁾ bildet der Ausschluss einen Teil des ungeschriebenen

⁵⁾ Dubs hat als Bundesrat Art. 113 al. 3 vorgeschlagen (Salis I Nr. 241), später als Bundesrichter aber das amerikanische System als „das rationellere“ erklärt! (Das öff. Recht der Schweiz. Eidg. I 117/8, II 92.) Weitere Literatur über Art. 113 al. 3 bei Burckhardt, Komm. (2) 803. Ferner: J. M. Vincent, Government in Switzerland, 1900, 207/8, A. L. Lowell, Governments and Parties in Continental Europe, 1896, II 218, 297. Bryce, The Am. Commonwealth, 1919, I 260/1. Fleiner, Bundesstaatsrecht, 443/4. G. Solyom a. a. O.

⁶⁾ Man wählte in Art. 114bis eine kürzere Redaktion, ohne aber inhaltlich von Art. 113 al. 3 abweichen zu wollen. Sten. Blt. des Ständerates 1912, S. 91.

⁷⁾ Z. B. Bl. f. zch. Rechtsprechung 2 Nr. 14, 14 Nr. 96, 21 Nr. 142, 149; ferner BGE 2, 105, 48 I 596, Zentralbl. für St.-u. Gem.-Verwaltung 24, 310. H. Sträuli, Verf. d. eidg. Standes Zürich, 1902, 211. Affolter, Grundzüge d. schweiz. Staatsrechts, 1. Aufl., 175. A. A. als der Text: Ruck, in Festgabe der Basler Juristenfakultät etc. zum schweiz. Juristentag, 1920, 49. Georges Werner (siehe N. 10), 24.

⁸⁾ Einige Staaten besitzen immerhin die Verfassungsgerichtsbarkeit. Besondere Gerichte haben dafür eingeführt (eine Erinnerung an die jurie constitutionnaire und den Sénat conservateur der franz. Revolution): die Tschechoslovakei (Esmein, *Eléments* [7] I 600) und Österreich (Kelsen in dieser Zeitschrift 42, 173).

Ein allgemeines richterliches Prüfungsrecht anerkennen: Brasilien, Argentinien, Mexiko (Esmein I 591), Norwegen (B. Morgenstierne, Das Staatsrecht des Königreichs Norwegen, 1911, 115), sowie Canada (C. G. Haines in *Harvard Law Review* 28 [1914/5], 565, 570. J. E. C. Munro, *The Constit. of Canada*, 1889, 5). Es wird ferner beansprucht vom High Court von Australien, obschon in einem wichtigen Fall von 1907 der (englische) Privy Council den australischen Gerichten diese Kompetenz absprach. C. G. Haines, *The Am. Doctrine of Judicial Supremacy*, 1914, 8—11. Sehr bestimmt für die Kompetenz W. H. Moore, *The Constit. of the Commonwealth of Australia*, 1902, 236, und Quick and Garran, *The Annotated Constit. of the Austr. C. w.* 1901, 791. A. Todd, *Parliamentary Government in the British Colonies*, 1894, 302, sagt sogar: „The power of interpreting colonial statutes, and of deciding upon their

Verfassungsrechts. In der Schweiz haben nur die Gerichte des Kantons Genf das genannte Recht in Anspruch genommen,¹⁰⁾ ohne sich aber auf eine ausdrückliche Verfassungsbestimmung stützen zu können. Ferner geben die Verfassungen von Uri (Art. 51) und von Nidwalden (Art. 43) demjenigen, der sich durch einen Landesgemeindebeschluss in seinen Privatrechten benachteiligt glaubt, das Recht, das ordentliche Gericht anzurufen. Schliesslich wurde 1907 im Kanton Bern ein Verfassungsartikel, welcher die Überprüfung verbieten wollte, vom Volke verworfen; daraus darf aber kaum geschlossen werden, dass das Recht der Überprüfung wirklich besteht^{11.)}

constitutional effect and validity, is a common and inherent right, appertaining to all her Majesty's courts of law before which a question arising out of the same could be properly submitted for adjudication."

⁹⁾ Im deutschen Reich wurde das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen ausdrücklich verneint vom Reichsgericht (Entsch. in Zivilsachen 9 [1883], 232 ff.), wobei es einem Entscheid des Ober-App.Gerichts der freien Hansestädte zu Lübeck (Kierulffs Sammlung 7, 234) zustimmte. Das Prüfungsrecht war 1875 von O.A.G. zu Lübeck (Seufferts Archiv 32, Nr. 101), wohl unter dem Einfluss der Schriften v. Mohls (Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, 1860 I 66: Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze) beansprucht worden. — Unter der Weimarer Verfassung wird es wieder in Anspruch genommen, Arch. d. öff. Rechts 42, 107; 43, 269; 6 n. F., 218, vergl. auch 7 n. F. 351. Jur. Wochenschrift, 1921, 587. 1924, 527 (mit weiteren Literaturangaben), 1564.

¹⁰⁾ Georges Werner, *Le Contrôle Judiciaire à Genève*, 1917, 27.

¹¹⁾ Die Rechtslage ist bestritten. Gegen das Recht spricht sich aus Burckhardt, *Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze und Verordnungen nach bernischem Recht*, Zeitschr. d. bern. Jur.-V. 44, 225, 243, 310/1; ferner Rüttimann, *Das nordam. Bundesstaatsrecht* II § 544; B.Ger. 2 Nr. 26.

Dafür: Fleiner, *Bundesstaatsrecht*, 399 N. 13; Heusler, *Ziv.prozess* 9. In der Praxis ist m. W. nie ein Gesetz verfassungswidrig erklärt worden, wohl aber häufig Dekrete des Grossen Rates und Verordnungen des Reg.-Rates, z. B. Zeitschr. d. bern. Jur.-V. 40, 563; 42, 683; 43, 337; 45, 640; 46, 338; 50, 502.

Auf der andern Seite kennen die Amerikaner die Verfassungsgerichtsbarkeit im schweizerischen Sinne nicht. Weder ist der Union die Rolle eines Beschützers verfassungsmässiger Rechte gegeben worden, noch steht überhaupt zu diesem Schutz ein besonderes Rechtsmittel, ähnlich dem staatsrechtlichen Rekurs, oder ein besonderes Gericht zur Verfügung. Hingegen ist der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts deutlicher als bei uns ausgesprochen (Unionsverf. Art. VI).¹²⁾

II. Die schweizerische Bundesverfassung von 1848 hat den staatsrechtlichen Rekurs und damit die Verfassungsgerichtsbarkeit ausdrücklich geschaffen. Im Gegensatz dazu ist in den Vereinigten Staaten das Recht der Gerichte, die Verfassungsmässigkeit der Gesetze zu überprüfen, ausschliesslich durch die Praxis eingeführt und ausgebaut worden. Entscheidend war das von Chief Justice John Marshall¹³⁾ dem „zweiten Begründer der amerikanischen Verfassung“, verfasste Urteil des obersten Gerichtshofes der Union in Sachen Marbury v. Madison (1803).¹⁴⁾ Dieser Entscheid war nicht nur der erste, in

¹²⁾ Wegen Konflikten zwischen Bundes- und Staatenrecht konnten früher die Entscheide der obersten Staatengerichte nur dann vor den U. S. Supreme Court gezogen werden, wenn der Entscheid gegen die Gültigkeit des Bundesrechts lautete. 1915 ist diese Beschränkung weggefallen.

¹³⁾ 1755—1835, seit 1801 Präsident (Chief Justice) des Supreme Court der Union, als welcher er auf die Ausbildung des amerik. Verfassungsrechts einen ausserordentlichen Einfluss ausübte. J. B. Thayer, John Marshall, 1901. A. J. Beveridge, The Life of John Marshall, 4 Bde, 1919. W. Wilson, Constitutional Government in the U. S., 1917, 168 sagt über Marshall: „that it was he more than the men in Congress or in the President's chair who gave to our federal government its scope and power.“

¹⁴⁾ Sachverhalt: Am 4. März 1801 ging die Amtsdauer von Präsident Adams und gleichzeitig die Herrschaft der Partei der Federalists zu Ende. Unmittelbar vorher waren durch Gesetz neue Richterstellen geschaffen und mit Anhängern der Partei besetzt worden. So war Marbury vom Präsidenten mit Zustimmung des Senates zum Friedensrichter ernannt worden, die Ernennungsurkunde war aber in der Eile nicht ausgeliefert worden.

welchem ein Unionsgericht ein Unionsgesetz verfassungswidrig erklärte, sondern er blieb bis zum Jahre 1857 der einzige. Ohne das Urteil von 1803 wäre wohl die Verfassungsgerichtsbarkeit der amerikanischen Gerichte gegenüber Erlassen der koordinierten Legislatur nie anerkannt worden und die Welt wäre ohne „America's original contribution to the science of law“ geblieben.¹⁵⁾

III. Es wird mit Recht angenommen, dass es zum Entscheid des Falles *Marbury v. Madison* nicht nötig gewesen wäre, die Frage der Verfassungsmässigkeit aufzurollen.¹⁶⁾ Wenn das Gericht dies doch tat, so waren dafür politische Motive ausschlaggebend. Die Partei der Republikaner, welche 1801 ans Ruder gelangt war, hatte, als erste Kundgebung der Nullifikationstheorie, durch die Legislaturen von Virginia und Kentucky in den Jahren 1799/1800 erklären lassen, dass es den Einzelstaaten zustehe, Unionsgesetze, welche die verfassungsmässigen Kompetenzen der Union überschreiten, als nichtig zu behandeln.¹⁷⁾ Diese Theorie bedrohte den Bestand der Union und ihr Erfolg hätte — wie es 1861 geschah — zum Bürgerkrieg führen können. Das oberste Bundesgericht (das aus Federalists zusammengesetzt war), beschwor diese Gefahr, indem es die Befugnis, über die Verfassungsmässigkeit der Unionsgesetze zu befinden, für sich beanspruchte und dadurch ein solches Recht der Einzelstaaten impli-

Der vom neuen (republikanischen) Präsidenten Jefferson ernannte Staatssekretär Madison verweigerte deren Herausgabe, worauf *Marbury* den Supreme Court ersuchte, Madison durch mandamus (siehe S. 59) zur Herausgabe zu zwingen. Das Gericht erklärte den Teil des Judiciary Act von 1789, welcher ihm Befehlsgewalt gegen Beamte gab, als verfassungswidrig und wies daher das Gesuch ab.

¹⁵⁾ Beveridge a. a. O. 131, 142.

¹⁶⁾ C. G. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, 1914, S. 170.

¹⁷⁾ *Cyclopedia of American Government*, 1914, III 620. J. C. Basset, *History of the United States*, 1921, 285. Die Erklärungen waren gegen die Alien und Sedition Acts gerichtet.

cite ausschloss oder doch praktisch überflüssig machte.¹⁸⁾ Diese Feststellung ist vor allem im Vergleich mit der Schweiz interessant, denn bei uns haben ähnliche Gründe zum genau entgegengesetzten Resultat geführt. Vor 1874 hatten nämlich verschiedene Kantone die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen und eidgenössischen Staatsverträgen bestritten und deren Anwendung verweigert.¹⁹⁾ Als Dubs bei der Verfassungsrevision von 1872 den 3. Absatz zu BV Art. 113 beantragte, begründete er den Antrag zur Hauptsache damit, dass dadurch eine Wiederholung solcher Nullifikationsbestrebungen verhindert werden solle.²⁰⁾ Die Einheit der Schweiz war besser gesichert, als diejenige der Vereinigten Staaten, so dass man auf das Sicherheitsventil der Verfassungsgerichtsbarkeit verzichten konnte. Immerhin ist es bezeichnend, dass die heutigen Bestrebungen auf Beseitigung von BV Art. 113 al. 3 vor allem von föderalistischer Seite ausgehen.²¹⁾ Der Ausschluss des bundesgerichtlichen Prüfungsrechts erscheint in erster Linie als eine Gefährdung der kantonalen Autonomie.²²⁾

¹⁸⁾ Beveridge a. a. O. 107 ff.; W. W. Willoughby, *The Am. Constitutional System*, 1919, 39. Bis 1883 blieb die Verfassungsgerichtsbarkeit zur Hauptsache „une institution d'arbitrage indispensable pour résoudre les conflits entre le gouvernement fédéral et les gouvernements fédérés“. E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, 1921, 220.

¹⁹⁾ So verweigerte Baselland französischen Israeliten die Niederlassung, indem es die Anwendung des schweiz.-franz. Handels- und Niederlassungsvertrages v. 30. Juni 1864 wegen Verfassungswidrigkeit ablehnte. BBl. 1865 III, S. 801, 946, IV S. 85.

²⁰⁾ Salis, *Schweiz. Bundesrecht* I Nr. 241. In den Revisionsverhandlungen 1873/4 wurde Art. 113 nicht verändert.

²¹⁾ Motion de Rabours im Nationalrat, April 1923; Solyom a. a. O. 99: „Les cantons ne peuvent s'adresser à aucune autorité pour recourir contre les empiètements de l'autorité fédérale.“

²²⁾ Es ist wohl nicht zufällig, dass alle Staaten (bis auf die Tschechoslovakei und Norwegen), welche das richterliche Prüfungs-

IV. Marshalls Argumentation für die Beanspruchung des richterlichen Prüfungsrechts im Falle *Marbury v. Madison* ist im wesentlichen folgende:²³⁾ Es liegt im Wesen der geschriebenen Verfassung, dass die Legislative die ihr gezogenen Schranken nicht überschreiten darf. Tut sie es doch, so ist ihr Akt nichtig. Wenn nun zwei Gesetze sich widersprechen, so ist es Aufgabe der Gerichte zu entscheiden, welches anzuwenden ist. Dies gilt auch, wenn ein Gesetz die Verfassung verletzt. Hätten die Gerichte diese Befugnis nicht, so wäre jede geschriebene Verfassung illusorisch. — Zu diesen allgemeinen Erwägungen fügt Marshall einige „additional arguments“ aus dem Wortlaut der Unionsverfassung und weist schliesslich auf den Amtseid der Richter hin, worin sie sich verpflichten, nicht nur die Gesetze, sondern auch die Verfassung zu halten.²⁴⁾

Der Entscheid muss auf die meisten Zeitgenossen, insbesondere auf juristische Kreise, überzeugend gewirkt haben.²⁵⁾ Aber heute finden Marshalls Motive nur noch vereinzelt Zustimmung, wenn auch die Richtigkeit des Resultates kaum in Frage gestellt wird. In der Tat ist die Kürze der Argumentation der Bedeutung der Frage nicht angepasst und steht nicht auf der Höhe der übrigen

recht anerkennen (oben Noten 8 u. 9) bundesstaatlich organisiert sind. Die österr. Verf.- u. Verw.-Gerichtsbarkeit dient auch hauptsächlich dem Schutz der Kompetenzgrenze zwischen Bund und Ländern. Kelsen a. a. O. 181, 185, 190.

²³⁾ Ähnlich schon Hamilton im *Federalist* Nr. 78.

²⁴⁾ Die Urteilsbegründung ist in jedem Werk über amerik. Staatsrecht zu finden, z. B. bei E. Freund, *Das öff. Recht der Ver. Staaten von Amerika*, 1911, S. 85, in extenso in J. B. Thayer, *Cases on Constitutional Law*, 1895, 107.

²⁵⁾ *Two Centuries Growth of American Law 1701—1901*, 1901, 33. Immerhin nicht ohne Ausnahmen: Noch 1825 bestritt Chief Justice Gibson von Pennsylvania in einer ausführlichen, abweichenden Meinung (i. S. *Eakin v. Raub*) die Richtigkeit von Marshalls Argumentation. Er hat sich 1845 auch als Anhänger der Verfassungsgerichtsbarkeit bekannt, „from experience of the necessity of the case“. Thayer a. a. O. 133; S. E. Baldwin, *The American Judiciary*, 1914, 102; Freund a. a. O. 86.

grossen Entscheide Marshalls. Die Begründung ist „short and dry“, „simple and narrow“,²⁶⁾ sie übergeht das eigentliche Problem „the crucial question“, mit Stillschweigen. Aus dem Wesen der geschriebenen Verfassung folgt das Prüfungsrecht nicht.²⁷⁾ Denn weshalb soll die endgültige Auslegung der Verfassung den Gerichten und nicht der Gesetzgebung zustehen?²⁸⁾

In jedem Staate muss jede Rechtsfrage einmal ihren endgültigen Entscheid finden; einen Entscheid, der, ohne Rücksicht auf seine inhaltliche Richtigkeit, unumstösslich feststeht. So behauptet niemand, dass ein rechtskräftiges richterliches Urteil, auch wenn es falsch ist, von der Legislatur oder Exekutive umgestossen werden kann.²⁹⁾ Liegt der Schluss nicht nahe, dass die Auslegung, welche die Verfassung von der in erster Linie dazu berufenen Legislatur erhalten hat, ebenso endgültig und für die andern Gewalten bindend sein soll? — Dieser Schluss ist nicht zwingend, aber ebensowenig ist es derjenige Marshalls.

V. Die Literatur über die Begründetheit oder Unbegründetheit der Verfassungsgerichtsbarkeit im modernen Staate ist sehr umfangreich.³⁰⁾ Die Argumente dafür und

²⁶⁾ Thayer, J. Marshall S. 96; ders. in 7 Harvard Law Review 138.

²⁷⁾ W. W. Willoughby, The Constitutional Law of the U. S., 1910, I 4; Cyclopedia of American Government, 1914, I 508.

²⁸⁾ A. C. McLaughlin, The Courts, The Constitution and Parties, 1912, 10; E. S. Corwin, The doctrine of Judicial Review, 1914, S. V. — Die Fälle, in denen eine offenbare Verfassungsverletzung durch die Gesetzgebung vorliegt, können als praktisch bedeutungslos beiseite gelassen werden. Es handelt sich immer um Auslegungsfragen. Ebenso Freund, 84.

²⁹⁾ Eine Ausnahme liegt immerhin dann vor, wenn ein Parlament als Kompetenzgerichtshof ein richterliches Urteil deshalb aufhebt, weil die Gerichte zur Behandlung des Falles nicht zuständig waren. B.Ger. 33 I 400. Hingegen bedeutet die Begnadigung keine Aufhebung des Urteils.

³⁰⁾ Fr. Schack, Die Prüfung der Rechtmässigkeit von Gesetz und Verordnung, 1918, ist eine zusammenfassende Darstellung der deutschen Literatur. Nachweise ferner bei Meyer-Anschütz,

dawider halten sich aber ziemlich die Wage. Es ist eben schlechterdings unmöglich, auf logisch-juristischem Wege zu einer allgemein gültigen Lösung³¹⁾ zu kommen, wenn man nicht von einer *petitio principii* ausgeht.³²⁾ Im folgenden soll der Versuch gemacht werden, die hinter dem positiven Recht und der juristischen Logik liegenden Gründe kurz darzustellen, welche in den Vereinigten Staaten zur Einführung, in der Schweiz (in den Kantonen und im Bund) zum Ausschluss der Verfassungsgerichtsbarkeit geführt haben. Auch diese Gründe sind nicht zwingend, aber sie kommen m. E. der rechtlichen Wirklichkeit näher als formal-juristische Überlegungen.

VI. Die heutige Verfassungsgerichtsbarkeit der Vereinigten Staaten ist geschichtlich herausgewachsen aus der Rechtskontrolle, welche die Behörden des englischen Mutterlandes über die Kolonien in Amerika ausübten. Es war eine Kontrolle, welche, wie diejenige der heutigen Bundesbehörden über kantonale Akte, auf der Überordnung des einen Gemeinwesens über ein anderes beruhte. Das ist um so bemerkenswerter, als ja auch der unmittelbare Anstoss zur Beanspruchung der Verfassungsgerichts-

Staatsrecht (7) 736 ff. Über das neue deutsche Staatsrecht: L. Wittmayer, *Die Weimarer Reichsverf.*, 1922, 457 ff.; J. Hatschek, *Deutsches und preussisches Staatsrecht I*, 1922, 27 ff.; Stier-Somlo, *Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht I*, 1924, 674 ff.; *Archiv d. öff. Rechts* 39, 534 (Triepel); 41, 163 (Schack); 42, 105 (Stier-Somlo); 43, 267 (Thoma). *Jur. Wochenschrift* 1919, 901 (Kaufmann); 1924, 527 (Bendix; S. 528. Übersicht der neuesten deutschen Lehrmeinungen); 1564 (Görres). — Für Österreich: Kelsen in dieser Zeitschrift 42, 173. — Für Frankreich und Belgien: E. Lambert, *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, 1921, p. 4; Esmein, *Eléments de droit constit.* (7) I 595, 598; F. Larnaude in *Bull. de la Société de législation comparée* 31 (1901/2), 175, 215 ff., 240.

³¹⁾ Für das Kantonalstaatsrecht vergl. die zit. Abhandlung von Burckhardt.

³²⁾ Ähnlich Thoma in *Arch. des öff. R.* 43, 270; siehe auch diese Zeitschrift 42, 232.

barkeit im Jahre 1803, die Nullifikationsbestrebungen einzelner Staaten, eine typisch bundesstaatliche Schwierigkeit bildete und doch das heutige richterliche Prüfungsrecht von einem Subordinationsverhältnis verschiedener Staaten zueinander völlig unabhängig ist. Ob wohl die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts den Boden vorbereitet für ein allgemeines richterliches Prüfungsrecht, auch der kantonalen Gerichte?³³⁾

Die Verfassungen der englischen Kolonien in Amerika waren in den vom König ausgestellten Charters niedergelegt.³⁴⁾ Die Durchführung des auch für die Kolonien verbindlichen englischen Rechts und der Bestimmungen der Charters, wozu Beschränkungen der kolonialen Legislaturen gehörten, geschah von Amtes wegen³⁵⁾ oder auf Anrufung eines Bürgers durch die Behörden des Mutterlandes (einen Ausschuss des Privy Council, die Lords of Trade and Plantation), aber auch durch die Gerichte der Kolonien selbst.³⁶⁾ Mehrere Erlasse der Kolonien wurden

³³⁾ Letzteres liesse sich auf die Ergänzung stützen, dass es etwas Stossendes hat, den kantonalen Richter zur Anwendung eines Gesetzes zu zwingen, das nach seiner Überzeugung verfassungswidrig ist, da ja das B. Ger. im staatsrechtlichen Rekurs doch zur Aufhebung des kantonalen Urteils kommen muss. So in der Tat Georges Werner, *Le contrôle judiciaire*, 44; ähnlich Du Chast in *Revue judiciaire*, III (1886) 243/4, SJZ 20, 118/19; dagegen Burckhardt a. a. O. 241/2.

³⁴⁾ Für das folgende: J. B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 *Harvard Law Review* (1893/4) 129; ders. *Cases on Constitutional Law* I 149; ders. John Marshall 62. *Two Centuries Growth of Am. Law*, 1901, S. 19. F. Larnaudé in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 31 (1901/2) 213.

³⁵⁾ In Anlehnung daran wurde in der Convention von 1787 der Antrag gestellt, aber abgelehnt, dem Kongress die Kompetenz zu geben, Staatengesetze aufzuheben, McLaughlin 102.

³⁶⁾ Thayer, *Cases* 150: „It was only a usual, necessary procedure when our own courts enforced the same rights that were enforced by the Appellate Court in England.“

in dieser Weise aufgehoben.³⁷⁾ Dadurch gewöhnte sich das Volk an die Vorstellung einer nicht souveränen, abhängigen Legislatur, deren Beschlüsse von anderen Behörden auf ihre Übereinstimmung mit einem Gesetz höherer Ordnung (die charter) geprüft werden konnten. Mit der Revolution nahm die Souveränität des englischen Königs in den Kolonien ein Ende und an seine Stelle trat „the people“, das souveräne Volk. Die neuen Verfassungen und die bisherigen charters, die zum Teil einfach als Verfassungen beibehalten wurden,³⁸⁾ waren nicht mehr Ausfluss einer äusseren Autorität, sondern der höchsten Autorität im Staate selbst. Damit fielen zwar die verschiedenen Behörden weg, deren Aufgabe es gewesen war, dem Willen der englischen Krone Gehorsam zu verschaffen. Der neue Souverän, nachdem die Verfassungen erlassen waren, „had retired into the clouds,“ ohne besondere Organe mit der Aufgabe zu betrauen, seinen Willen gegenüber demjenigen der Behörden durchzusetzen. Aber die bisherigen Methoden wurden beibehalten: die Gerichte überprüften, als ob sich nichts geändert hätte, die Erlasse der Legislaturen auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung.³⁹⁾

So liegen aus der Zeit zwischen der Unabhängigkeitserklärung und 1803 verschiedene Urteile staatlicher Gerichte vor, in denen Staatsgesetze als verfassungswidrig erklärt wurden.⁴⁰⁾ Auch im Supreme Court der Union

³⁷⁾ Zwischen 1735 und 1776 gelangten allein aus Rhode Island 59 Fälle vor den King in Council. A. C. McLaughlin 101.

³⁸⁾ Z. B. in Connecticut bis 1818, in Rhode Island bis 1842.

³⁹⁾ Baldwin, 100. Two Centuries Growth, 26: „Loyalty to law took the place of loyalty to king.“

⁴⁰⁾ Fälle bei Thayer, Cases I 48 ff. A. C. McLaughlin, 19 ff. 40; Haines, 74 ff.; Corwin, 71, 75. In dem berühmten Fall Trevett v. Weeden (Rhode Island 1786) bestand der Widerspruch mit der zur Verfassung erhobenen Charter. Das Gesetz hatte eine gerichtliche Bestrafung unter Ausschluss des Verfahrens vor den Geschworenen vorgesehen für denjenigen, der sich weigern

war die Frage des richterlichen Prüfungsrechts vor 1803 diskutiert und bejaht, aber nie zur Grundlage eines Entschoides gemacht worden.⁴¹⁾

Doch hätte das zur Begründung der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht genügt. Denn das richterliche Überprüfungsrecht war keineswegs allgemein anerkannt. Es wurde nicht nur theoretisch bekämpft,⁴²⁾ sondern seine Ausübung begegnete auch dem Widerstand verschiedener Legislaturen. In einigen Fällen wurde versucht, die Richter, welche sich gegen ein Gesetz ausgesprochen hatten, durch impeachment oder auf andere Weise zu entfernen,⁴³⁾ in einem andern Fall begnügte sich die Legislatur mit einem feierlichen Protest.⁴⁴⁾

Erst das Urteil i. S. Marbury v. Madison vermochte den Streit zugunsten der Gerichte zu entscheiden. Aber selbst Marshalls Stellung war 1803 bedroht. Wenn gegen ihn (als einen Federalist) vom republikanischen Kongress das angedrohte impeachment nicht durchgeführt wurde, so geschah es nur deshalb, weil dieses Verfahren bereits gegen ein anderes Mitglied des obersten Gerichtshofes, Samuel Chase (einen Federalist) wegen „partisanship“ versucht worden, aber erfolglos geblieben war, und man

sollte, Banknoten zum Nominalwert anzunehmen; Cooley, *Constit. Limitations* (7) 229.

⁴¹⁾ McLaughlin, 10.

⁴²⁾ Thayer, *Cases*, 150.

⁴³⁾ So in Rhode Island 1786, nach dem zit. Fall *Trevett v. Weeden*. Ein impeachment gelang nicht, doch wurden die Richter bei der nächsten Erneuerungswahl nicht bestätigt. Noch 1808/9 wurde in Ohio ein impeachment wegen Ausübung der Verfassungsgerichtsbarkeit versucht, das aber misslang. Cooley, *Const. Limitations*, 229/30. In Kentucky kam 1824 die Zweidrittelsmehrheit für das impeachment nicht zustande, doch wurde durch Gesetz, für welches eine einfache Mehrheit genügte, der Court of Appeals aufgehoben und ein neuer mit neuen Richtern geschaffen. Da das bisherige Gericht seine Aufhebung nicht anerkannte, kam es zu einem Streit der Parteien, der 1826 zur Hauptsache mit dem Sieg des bisherigen Gerichts endete. Baldwin, 114 ff.

⁴⁴⁾ So in Georgia 1815, Baldwin, 112.

nicht erwarten konnte, gegen Marshall zu einem andern Resultat zu gelangen.⁴⁵⁾

Trotz diesen Widerständen ist das richterliche Überprüfungsrecht mit Hilfe der öffentlichen Meinung und — schliesslich — der stillschweigenden Zustimmung von Legislative und Exekutive,⁴⁶⁾ zur Anerkennung gelangt. Dieser Vorgang ist nur verständlich, wenn die geschichtlichen Zusammenhänge zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und alt-englischen Rechtsgedanken aufgezeigt werden.

VII. Die Angelsachsen haben, vom römischen Recht wenig beeinflusst, den alten germanischen Rechtsgedanken immer hoch gehalten, dass der Staat nicht allmächtig sei.⁴⁷⁾ Die Macht des Parlaments wurde nur als eine formaljuristisch schrankenlose gedacht. Gleichzeitig war es lebendige Volksüberzeugung, dass das Verhältnis des Bürgers zum Staat von gewissen fundamentalen Prinzipien beherrscht sei, welche der Willkür von König und Parlament entrückt sind.⁴⁸⁾ Diese Vorstellung fand ihre bedeutendste formelle Anerkennung in der Magna Charta (1215), und wurde in den späteren Jahrhunderten im Kampf zwischen Parlament und König immer lebendig erhalten und mehrmals neu bestätigt.⁴⁹⁾ Die Freiheiten, die sich die Engländer errungen hatten, galten auch in Amerika als Landesrecht. Im Mutterland, wo sich die Stellung des Parlaments immer mehr kräftigte, konnten diese Rechte nie gegen den Gesetzgeber geltend gemacht werden.⁵⁰⁾

⁴⁵⁾ Beveridge, 157, 220; Basset, History 294; Bryce, American Commonwealth I, 269.

⁴⁶⁾ McLaughlin, 55.

⁴⁷⁾ Die zit. Bestimmungen der Urner und Nidwaldner Kantonsverfassung (siehe S. 22) sind wohl auch altgermanischen Ursprungs.

⁴⁸⁾ G. Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 3. Aufl. 1919, 73/4; E. S. Corwin a. a. O. 27; A. C. McLaughlin, 85 ff.

⁴⁹⁾ Petition of right 1628, habeas corpus Akte 1679. bill of rights, 1689.

⁵⁰⁾ So Blackstone in den Commentaries.

In den Kolonien hingegen kamen sie zur vollen Durchbildung. In der Form der radikalen Ideen (insbesondere der Religionsfreiheit), welche in England im Kampf gegen die Stuarts angerufen worden waren, wurden sie hier verwirklicht und weiter entwickelt.⁵¹⁾ — Ähnlich erging es den im englisch-amerikanischen Recht so wichtigen gerichtlichen Präjudizien. Von Einfluss auf Amerika war vor allem die Tätigkeit des bedeutenden englischen Chief Justice Coke.⁵²⁾ In dem Kampf, den er mit dem absolutistischen Jakob I. um die Stellung der Richter führte, äusserte er Ansichten, welche sich nicht nur gegen den Absolutismus des Königs, sondern auch gegen den Absolutismus des Parlaments richteten. „When a act of parliament is against common right and reason, or repugnant or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such act to be void.“⁵³⁾ In England blieb diese Ansicht, gegenüber dem erstarkenden Parlament, die persönliche Meinung Cokes und einiger seiner Anhänger,⁵⁴⁾ in Amerika aber, wo ein souveränes Parlament nie existierte, wurde diese Doktrin „the prime authority for the guiding principle of the American doctrine of judicial supremacy.“⁵⁵⁾

Die alten Rechte der Engländer hatten, wie Jellinek nachwies, in den amerikanischen Kolonien eine innere Umwandlung erfahren, sie waren zu allgemeinen Menschen- und Bürgerrechten geworden.⁵⁶⁾ Die nähere Durchbildung dieser Ideen erfolgte unter dem Einfluss des Naturrechts, insbeson-

⁵¹⁾ McLaughlin, 91.

⁵²⁾ 1548—1634. Vergl. Hatschek, Englische Verfassungsgeschichte, 1913, 349.

⁵³⁾ Dr. Bonhams case, 8 Co. 118 a, b zit. Haines, 31; Corwin, 28.

⁵⁴⁾ In den späteren Auflagen von Blackstones Commentaries und im Fall Stewart u. Lawton wird die zit. Ansicht Cokes so angeführt, als finde sie nur Anwendung, wenn ein Gesetz „required something impossible to be done“! Haines 32 A. 34.

⁵⁵⁾ Haines, 34, 51; McLaughlin, 106.

⁵⁶⁾ Jellinek a. a. O., spez. S. 64 ff.

dere der Werke von Locke,⁵⁷⁾ Vattel,⁵⁸⁾ Blackstone. Von stärkstem praktischem Einfluss waren aber die Schriften des Amerikaners Otis, welcher die aus der englischen und amerikanischen Geschichte und aus dem Naturrecht stammenden Rechtsgedanken auf die Streitigkeiten zwischen den Kolonien und dem Mutterland anwandte.⁵⁹⁾

Für die Entwicklung des amerikanischen Staatsrechts wurde es ferner von grosser Bedeutung, dass dem Bruch mit England eine zehn Jahre lang dauernde öffentliche Diskussion der Grundlagen von Staat und Recht vorausging.⁶⁰⁾ Während dieser Zeit wurden die revolutionären naturrechtlichen Ideen zum Gemeingut aller Amerikaner und erlangten damit eine weltgeschichtlich einzig dastehende Kraft und Lebendigkeit. Sie beherrschten die praktische Politik. Die dem Staat vom Naturrecht gezogenen Schranken wurden in der Vorstellung der Amerikaner zu rechtlichen Schranken,⁶¹⁾ welche den sie verletzenden

⁵⁷⁾ Lockes Lehren wurden während der Revolution nicht nur sehr häufig angerufen, sondern auch von den Amerikanern weitergeführt. So behaupteten sie die Existenz eines Rechts, welches die Legislatur bindet, wie es sich aus Locke nicht deutlich ergibt. McLaughlin, 69.

⁵⁸⁾ In vielen Prozessen, auch in dem zit. Falle *Trevett v. Weeden*, wurden von den Parteien längere Stellen aus Vattels *Law of Nations* zitiert. Auch sonst war Vattel von grossem Einfluss. Haines, 37. Nächst ihm Grotius und Pufendorf. McLaughlin, 94.

⁵⁹⁾ Vor allem in der Schrift: *The Rights of the British Colonies Asserted and Proved* (1764). Otis behauptete, dass „acts of Parliament contrary to right and justice and to the inherited privileges of Englishmen are unconstitutional and void and need not be obeyed.“ W. W. Willoughby in *Cyclopedia of American Government* III 719; auch Jellinek, 66; Haines, 69.

⁶⁰⁾ McLaughlin in *Cyclopedia* III 222.

⁶¹⁾ McLaughlin, *The Const. etc.* 75, 76; daher betrachteten sich die Amerikaner nicht als Rebellen, „they were preserving constitutional limitations“. Streitig ist, ob die amerikanischen Gerichte je Gesetze ungültig erklärten, weil sie den „laws of nature“ widersprachen. Thayer, 151, behauptet, dass immer noch ein Verstoß gegen geschriebene Verfassungsbestimmungen

Staatsakt nichtig machen.⁶²⁾ Für die spätere Ausbildung der Verfassungsgerichtsbarkeit war entscheidend, dass diese Schranken gegen das englische Parlament — das sich eine unbeschränkte Gesetzgebungsgewalt über die Kolonien angemasst hatte — geltend gemacht wurden.

Bei der Ausgestaltung der selbständig gewordenen Kolonien fanden nun die rechtlichen und politischen Ideen, welche die Lostrennung von England gerechtfertigt hatten, ihre positiv-rechtliche Verwirklichung. Jene allgemeinen Grundsätze, welche eine Schranke aller Staatstätigkeit bilden, wurden in den geschriebenen Verfassungen (bills of rights) niedergelegt. Dass die Verfassungen über der Gesetzgebung stehen, kam schon äusserlich dadurch zum Ausdruck, dass erstere von besonders gewählten Verfassungskonventionen ausgearbeitet und vom Volk angenommen wurden,⁶³⁾ während letztere der Legislatur zustand. Das Volk, als der Souverän, hatte durch den Gesellschaftsvertrag — die Verfassung — der Legislatur gewisse Kompetenzen übertragen. So erschien der Gesetzgeber lediglich als Delegatar des Volkes. Die Idee eines souveränen Gesetzgebers ist in Amerika nie aufgekommen.⁶⁴⁾ In der gleichen Richtung wirkte die allgemeine Tendenz, den Staat zu beschränken, dem Missbrauch der Regierungsgewalt vorzubeugen,⁶⁵⁾

geltend gemacht wurde. Die bills of rights sind aber kaum etwas anderes als schriftlich fixiertes Naturrecht. Ähnlich wie Thayer Willoughby, I 41, und Cooley, 233.

⁶²⁾ So vor allem auch von Hamilton, im Federalist Nr. 78, der auch sehr energisch die Kompetenz der Gerichte befürwortet, verfassungswidrige Gesetze nichtig zu erklären.

⁶³⁾ Diese Methode wurde zuerst von Massachusetts 1778/80 angewandt und später von den andern Staaten nachgeahmt. Ch. Borgeaud, Etablissement et Revision des Constitutions, 1892, 165 ff.; A. W. Holcombe, State Government in the U. S., 1920, 40, 92.

⁶⁴⁾ Selbst die Verfassungskonventionen sind nicht souverän; Borgeaud, 221.

⁶⁵⁾ „It was the negative side of government with which the Patriots were most concerned.“ C. E. Merriam, A History of American Political Theories, 1920, 63, 83.

welche sich vor allem in der, unter Montesquiens Einfluss durchgeführten, scharfen Gewaltentrennung äusserte.

Zugunsten der Verfassungsgerichtsbarkeit wirkte ferner die hervorragende Stellung, welche die Gerichte von jeher in der englisch-amerikanischen Rechtsentwicklung eingenommen haben. Zur Zeit der Durchbildung des englischen Rechtssystems (Eduard II. bis Heinrich VIII.) spielte die Gesetzgebung eine verhältnismässig unwichtige Rolle,⁶⁶⁾ das Recht wurde durch die Gerichte geschaffen, oder richtiger, ausgesprochen (declared). Es war dies um so eher möglich, als nach alt-englischer Auffassung alles Recht allmählich zu entdecken ist und nicht aus dem freien Willen eines physischen Gesetzgebers entspringen kann.⁶⁷⁾ Heute noch ist die Gerichtspraxis eine sehr wichtige Rechtsquelle. Was Dicey für England sagt: „As all lawyers are aware, a large part and, as many would add, the best part of the law of England is judge-made law,“⁶⁸⁾ gilt auch für Amerika. In weiten Kreisen geniesst heute noch das von den Gerichten ausgehende common law höhere Achtung als das vom Parlament ausgehende Gesetzesrecht.⁶⁹⁾ Die gerichtliche Praxis gilt als die reinere Rechtsquelle als die Gesetzgebung.

Zugleich war es von jeher Sache der ordentlichen Gerichte, die Rechtskontrolle über die Verwaltung auszuüben,⁷⁰⁾ eine Kompetenz, die sich die Gerichte gegen

⁶⁶⁾ R. Pound, Common Law and Legislation in 21 Harvard Law Review, 389.

⁶⁷⁾ R. Pound, The Spirit of the Common Law, 1921, 183. Hatschek, Engl. Staatsrecht, I 95.

⁶⁸⁾ A. V. Dicey, Law and Public Opinion in England, 1920, 361. In gewissen Rechtsgebieten sind nach Dicey a. a. O. 362 neun Zehntel aller Rechtsregeln judge-made law.

⁶⁹⁾ Pound, H.L.R. a. a. O.

⁷⁰⁾ A. V. Dicey, Law of the Constitution, 1915, 189, 365; nach englischer Auffassung ist diese allgemeine Rechtskontrolle ein Ausfluss des „rule of law“. F. J. Goodnow, Administrative Law of the U. S. 1905, 378. O. Koellreutter, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England, 1912.

die Tudors und Stuarts erkämpften. So setzte sich die Vorstellung fest, dass es Sache der Gerichte sei, Schutz vor Verletzung individueller Rechte zu gewähren, auch wenn die Verletzung vom Staat ausgehe. Der Ausschluss öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten von der Kompetenz der ordentlichen Gerichte, wie er von der französischen Revolution mit grosser Schärfe proklamiert wurde, ist dem Engländer und Amerikaner ganz unverständlich.

So genossen die Gerichte hohe Achtung.⁷¹⁾ Gegen die Legislaturen aber entstand in den selbständig gewordenen Staaten ein tiefes Misstrauen.⁷²⁾ Selbst das bald eingeführte Veto des Gouverneurs⁷³⁾ vermochte das Misstrauen, das eben auch gegen die Exekutive bestand, nicht zu beseitigen. So war der Boden vorbereitet für das Prüfungsrecht der Gerichte gegen Akte der Legislatur. Die Gerichte erschienen als diejenige Gewalt, welche „the least dangerous to the liberties of the people“⁷⁴⁾ war. In der Tat hatten schon Madison, Webster und Kent die Verfassungsgerichtsbarkeit „upon grounds of expediency“ befürwortet. Das richterliche Prüfungsrecht hat sich denn auch in denjenigen Staaten am kräftigsten entwickelt, in denen die Gerichte ursprünglich am schwächsten waren und daher die gesetzgebenden Körperschaften ihre Gewalt am schlimmsten missbrauchen konnten.⁷⁵⁾ Wohl sind die Staatsverfassungen stark ausgedehnt und detailliert worden, um die Gesetzgebung zu binden,⁷⁶⁾ aber es bedurfte

⁷¹⁾ So auch Esmein, I 595.

⁷²⁾ Bald nach der Revolution zeigte sich, dass die grösste Gefahr für die Freiheit „the aggressive disposition of the legislature“ war. C. E. Merriam, A History of American Political Theories, 1920, 110.

⁷³⁾ Holcombe a. a. O. 55, 110. Die Einführung des Veto beweist auch, dass man das Parlament nie für souverän hielt.

⁷⁴⁾ Merriam a. a. O. 115; The Federalist Nr. 78.

⁷⁵⁾ Holcombe, 358.

⁷⁶⁾ Bryce, The American Commonwealth, I 444, 474; ders. Modern Democracies, II 154. W. Wilson, The State, ed. 1918, 303.

doch wieder des richterlichen Überprüfungsrechts, um diese „constitutional limitations“⁷⁷⁾ auch wirksam zu gestalten. Wenn heute noch die richterliche Kontrolle für heilsam und unentbehrlich betrachtet wird, so erklärt sich dies aus der Art der Gesetzgebung, „die eine derartige Kontrolle geradezu zur Notwendigkeit macht“.⁷⁸⁾

Die historischen und politischen Gründe der Verfassungsgerichtsbarkeit, welche im Vorstehenden dargestellt wurden, mögen in den Worten von Burgess⁷⁹⁾ zusammengefasst werden: „Die Erklärung der Verfassungsgerichtsbarkeit finden wir nur, wenn wir über Verfassung und Gesetze hinausgehen. Hinter diesem liegt aber nichts als die politische Überzeugung des Volkes (public opinion). Es ist das Bewusstsein des amerikanischen Volkes, dass die Grundlagen des Rechts Vernunft und Gerechtigkeit sind, dass die Verfassung eine reinere Formulierung der Grundsätze von Vernunft und Gerechtigkeit ist als die Gesetze, dass die Gerichte besser befähigt sind, diese Grundsätze anzuwenden als die Legislatur, — es ist dieses Bewusstsein, welches der Auslegung der Verfassung durch den Supreme Court so grosse Autorität gegeben hat. Dieses Bewusstsein wurde dadurch geweckt und gefördert, dass die politische Erziehung des Volkes von Juristen und nicht von Kriegern oder Priestern ausging; und es ist eine Wirkung dieser Erziehung, wenn in den Vereinigten Staaten eine „aristocracy of the robe“

⁷⁷⁾ T. M. Cooley, *Constitutional Limitations*, 7. Aufl., 1903.

⁷⁸⁾ Freund, *Jahrbuch d. öff. Rechts*, II 658; ders. *Das öff. Recht der Ver. Staaten*, 88. Die geringe Qualität der grossen Masse der amerikanischen Gesetzgebung hat verschiedene Ursachen; die wichtigste liegt darin, dass wegen der starren Gewaltentrennung die Vorbereitung und Einbringung der Gesetze nicht Sache der Exekutive ist, sondern in der Regel durch die einzelnen Abgeordneten aus eigenem Antrieb geschieht. Zudem verhindert die Überlastung der Parlamente sehr häufig eine gründliche Diskussion.

⁷⁹⁾ J. W. Burgess, *Political Science and Comparative Constitutional Law*, 1890, II 365.

herrscht.⁸⁰⁾ Ich zögere nicht, das Regierungssystem der Vereinigten Staaten „aristocracy of the robe“ zu nennen; und ich zögere nicht, dies als die beste Aristokratie, welche die Welt für die Zwecke der Regierung je hervorgebracht hat, zu bezeichnen.“

VIII. Es mag auffallen, dass das richterliche Prüfungsrecht, das ja durch die amerikanischen Rechtsideen nahegelegt war, in den Verfassungen nicht ausdrücklich statuiert wurde. Tatsächlich bestand bei den Schöpfern der Verfassungen wenig Neigung, den Gerichten eine Mitwirkung bei der Gesetzgebung zu gewähren.⁸¹⁾ Man suchte den Schutz vor Missbrauch der legislativen Gewalt in politischen Mitteln:⁸²⁾ Ausdehnung des Wahlrechts, kurze Amtsdauer, Zweikammersystem, Veto der Exekutive. In einigen Staaten bestanden allerdings unter dem Namen Council of Revision oder Council of Censors besondere Behörden zum Schutz der Verfassung.⁸³⁾ Bei der Beratung der Bundesverfassung wurden aber solche Behörden vorgeben für die Union vorgeschlagen.⁸⁴⁾ Auch die Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit wurde offen gelassen, jedenfalls in der Absicht, den Gegnern der Verfassung nicht einen Angriffspunkt zu bieten.⁸⁵⁾ Die Schöpfer der Unions-

⁸⁰⁾ Auf den starken Einfluss der Juristen auf das öffentliche Leben der Vereinigten Staaten hat schon Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, II 169, hingewiesen.

⁸¹⁾ Thayer, *Cases* 153.

⁸²⁾ Wie in der Schweiz, siehe unten.

⁸³⁾ In New York 1777—1821, Pennsylvania 1776—1790, Vermont 1777—1870. In New York übte der C. of R. ein Veto gegenüber allen Gesetzen aus, in Pennsylvanien und Vermont handelte es sich um eine Aufsichtsbehörde, welche u. a. jede Verfassungsverletzung durch eine der drei Gewalten zu rügen hatte. Thayer a. a. O. *Cyclopedia*, I 487.

⁸⁴⁾ Haines, 143 ff.

⁸⁵⁾ Dies die plausible Auslegung in D. K. Watson, *The Constitution of the U. S.*, 1910, II 1174; ebenso Thayer a. a. O. Die Frage, wie sich die Verfassungskonvention von 1787 zur Verfassungsgerichtsbarkeit stellte, ist äusserst kontrovers. Vergl. C. A. Beard, *The Supreme Court and the Constitution*, 1912;

verfassung begnügten sich mit dem System der bekannten „checks and balances“.⁸⁶⁾

IX. Wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit im amerikanischen Sinne bei uns nicht besteht, so liegt dies daran, dass die historischen und politischen Gründe, welche in Amerika dem richterlichen Prüfungsrecht zum Siege verhelfen, bei uns fehlen.

Es fehlen bei uns einmal die historisch gewordenen Rechte der Engländer. Wohl wurden auch in unserer Vergangenheit verbrieft Rechte angerufen. Aber statt sich zu entwickeln, verkümmerten sie. Auch handelte es sich weniger um Rechte des einzelnen Individuums, als um Rechte bestimmter Orte, die zudem so mannigfaltig waren, dass daraus kaum die Idee moderner Freiheitsrechte herauswachsen konnte. Aber selbst wenn das möglich gewesen wäre, verhinderten die Ereignisse des Jahres 1798 jede organische Fortentwicklung der alten Rechtsvorstellungen.⁸⁷⁾ Die englisch-amerikanischen Rechtsideen hingegen erfreuten sich von den Anfängen bis heute eines natürlichen Wachstums- und Umbildungsprozesses.⁸⁸⁾ Nach der Lostrennung von England wurden in den Vereinigten Staaten die Fundamente des neuen Staatsrechts nicht mehr in Frage gestellt; die Tendenzen der Revolution auf Schwächung der Staatsgewalt konnten sich ruhig in alle Konsequenzen auswirken. Anders bei uns.

B. Coxe, *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation*, 1893. Weitere Zitate bei Lambert, 31. Auf die tatsächliche Einführung des Prüfungsrechts waren die Diskussionen der Verfassungskonvention nicht von Einfluss, denn sie wurden erst 1819 veröffentlicht. B. F. Moore, 36; Beveridge, 119.

⁸⁶⁾ Glänzend dargestellt von Wilson, *Congressional Government*, 1885.

⁸⁷⁾ Ausgenommen der altgermanische Rechtsgedanke der Volksgesetzgebung (Fleiner, *Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien etc.*, 1916, 8), welcher aber der Verfassungsgerichtsbarkeit eher widerspricht.

⁸⁸⁾ Es fand nie ein Bruch statt, weshalb heute noch in den V. St. englische Präjudizien aus der Zeit vor 1776 gelegentlich angerufen werden.

Das Jahr 1798 brachte einen radikalen Bruch mit dem Bisherigen. Der neue Staat war auf doktrinären Grundlagen aufgebaut und noch lange Zeit nicht im Volksbewusstsein verwurzelt. Die geistige Vorbereitung für das neue Staatswesen, wie sie in den Vereinigten Staaten stattfand, hatte bei uns kaum Platz greifen können. Die Ereignisse der innern und äussern Politik machten auch nach 1798 auf lange hinaus eine ruhige Entwicklung der neuen Gedanken unmöglich. Als in den 1830er Jahren die Ideen der Volksherrschaft endlich aus eigener Kraft zum Durchbruch gelangten, befand sich der neue Staat noch zu sehr in Kampfstellung gegen die Anhänger des Ancien Régime, — die sich nicht, wie im Fall der Vereinigten Staaten, weit ausser Landes befanden —, als dass ihm eine wesentliche Schwächung möglich gewesen wäre. Er konzentrierte die Gewalt, wie die Städtekantone der vorrevolutionären Zeit, in den Räten.

Die Unterscheidung zwischen *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué* und die daraus folgende Beschränkung der Legislatur ist zwar auch unserem Staatsrecht nicht fremd.⁸⁹⁾ Aber sie ist nie mit jener Intensität erfasst und popularisiert worden wie in den Vereinigten Staaten. Deshalb ist daraus auch nie die praktische Folgerung, das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Akten der koordinierten Legislatur, gezogen worden.⁹⁰⁾

Die Entwicklung des schweizerischen Staatsrechts stand ferner nicht in dem Masse wie diejenige des amerikanischen unter dem entscheidenden Einfluss von Juristen, sondern folgte mehr den Wünschen der breiten Massen, die in erster Linie ein Mitspracherecht im Staate

⁸⁹⁾ E. His, Geschichte des neueren schweiz. Staatsrechts, 1920, 172 ff; R. Jagmetti, Der Einfluss der Lehren von der Volkssouveränität und vom *pouvoir constituant* auf d. schweiz. Verf.recht, Zürch. Diss. 1920; Egon Zweig, Die Lehre vom *Pouvoir Constituant*, 1909.

⁹⁰⁾ Über derartige Projekte zur Zeit der Helvetik vergl. His, 199 ff. Über das heute geltende Recht vergl. oben.

verlangen und denen die Beschränkung der Staatsgewalt, insbesondere der Gesetzgebung, an der sie sich ja selbst beteiligen wollen, ferner liegt. Nachdem der Liberalismus der 1830er Jahre das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen nicht eingeführt hatte — es wäre unter dem Repräsentativsystem und bei dem damaligen Einfluss juristischer Kreise nicht so fern gelegen —, konnte diese Neuerung in den demokratischen und staatssozialistischen Bewegungen der späteren Zeit noch weniger zur Durchführung gelangen. Die schweizerische Demokratie sucht die Abhilfe gegen Misstände in erster Linie auf politischem, nicht auf juristischem Gebiet.⁹¹⁾ Es ist deshalb auch nicht wahrscheinlich, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit je durch eine Volksinitiative eingeführt wird.⁹²⁾

Mit der geschichtlichen Entwicklung hängt die verschiedene Einstellung des Amerikaners und des Europäers zu Staat und Recht zusammen. Der Amerikaner achtet das Recht — das hat schon Tocqueville festgestellt und es war für die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit von entscheidender Bedeutung⁹³⁾ —, aber im Staat sieht er eher ein notwendiges Übel; der Europäer hingegen verehrt den Staat und sieht im Recht den „Willen“ des Staates. Solche Auffassungen haben praktische Wirkungen: die amerikanische führt zur effektiven Bindung der Staatsorgane, spez. der Legislatur an ein

⁹¹⁾ Fleiner in Jahrbuch d. öff. R., I 411, Beamtenstaat und Volksstaat, 53.

⁹²⁾ Sicher nicht auf Initiative eines Parlamentes, denn keines ist bereit, „sich selbst ein Misstrauensvotum auszustellen“. (Bundesrat Häberlin in Beantwortung der Motion de Rabours, 27. April 1923.) — In den Kantonen ist die Einführung deshalb nicht dringlich, weil die Frage der Übereinstimmung kantonaler Verfügungen und Erlasse mit der (Bundes- und Kantons-) Verfassung durch den staatsrechtlichen Rekurs vor dem Bundesgericht aufgeworfen werden kann.

⁹³⁾ Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, II 126; Baldwin in *Two Centuries Growth of American Law*, 26.

höheres Verfassungs- selbst Natur-Recht, die europäische führt dazu, das Parlament als souverän anzusehen.

X. Ausser diesen allgemeinen geschichtlichen Momenten finden wir im schweizerischen und amerikanischen Staatsrecht eine Reihe wichtiger Einrichtungen, welche, wenn sie auch auf die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht direkt Bezug haben, doch je nach ihrer Ausgestaltung dafür oder dagegen wirken.

Der Unterschied zwischen Verfassung und Gesetzgebung ist in Amerika schärfer ausgeprägt als bei uns und er war es vor allem zur Zeit der Einführung und Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Es standen sich das Volk als Verfassungsgesetzgeber und das Parlament als ordentlicher Gesetzgeber deutlich gegenüber. Unter der Herrschaft des Gesetzesreferendums hat sich bei uns der Unterschied verwischt.⁹⁴⁾ Wo, wie in der Mehrzahl der Kantone, das obligatorische Referendum für Gesetze besteht, unterscheiden sich Verfassungsgesetzgebung und ordentliche Gesetzgebung nur durch kleine Verschiedenheiten des Verfahrens.⁹⁵⁾ Die Sanktion geht in beiden Fällen vom Volke aus. Verfassungsgesetzgeber und ordentlicher Gesetzgeber sind identisch. Es erscheint unnatürlich,⁹⁶⁾ dass die Gerichte — welche zudem dem Volke, als dem Souverän, untergeordnet sind — den einen Erlass des Volkes gegen den andern in Schutz nehmen.⁹⁷⁾ Diese

⁹⁴⁾ Darauf weist auch Burckhardt hin, a. a. O. S. 241. In den Vereinigten Staaten besteht kein obligatorisches Gesetzesreferendum, wohl aber etwa in der Hälfte der Staaten ein fakultatatives. W. B. Munro, *The Government of the U. S.*, 1921, 504; Lowell, *Public opinion and popular government*, 1919, 173.

⁹⁵⁾ E. v. Waldkirch, *Die Mitwirkung des Volkes bei der Rechtssetzung*, 1918, 36.

⁹⁶⁾ Obwohl juristisch möglich.

⁹⁷⁾ So wird in der englisch-amerikanischen Literatur unser System gerechtfertigt. Bryce, *Am. Commonwealth*, I 261; Lowell, *Governments and Parties*, II 219: „With a general referendum on all laws it would hardly be possible for the court to exercise such a power“ (wie in den V. St.). 297: Mit der allgem.

Erwägung liegt offenbar auch dem Art. 113 al. 3 BV zugrunde, ist doch dem Bundesgericht nur die Prüfung solcher Erlasse verwehrt, welche (abgesehen von den Staatsverträgen, wo Rücksichten der internationalen Politik massgebend sind), normalerweise dem fakultativen Referendum unterliegen. (Art. 89 al. 2 BV.)⁹⁸⁾

Wenn der Bund die Kantonsverfassungen gegen Verletzung durch kantonale Gesetze schützt, so geschieht es auf Grund der besonderen Gewährleistung der ersteren (BV Art. 5 und 6).⁹⁹⁾ Den kantonalen Gerichten hingegen erscheint die kantonale Verfassung zwar nicht bloss als „maxims of political morality“,¹⁰⁰⁾ wohl aber als *lex generalis*, welche nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn sie nicht durch eine *lex specialis*, ein Gesetz näher ausgeführt ist. Oder auch: das kantonale Gesetz erscheint als authentische Interpretation der kantonalen Verfassung.¹⁰¹⁾

Annahme des Referendums würde in den V. St. die Verfassungsgerichtsbarkeit bedroht, denn „there would cease to be any reason for considering one law more sacred than another.“ Ähnlich Adams and Cunningham, *The Swiss Confederation*, 1889, 268 über BV 113, al. 3. Wenn Westerkamp, *Staatenbund und Bundesstaat*, 1892, 350, diese Begründung verwirft, so vergisst er, dass die Rechtfertigung des positiven Staatsrechts in politischen, nicht in logisch-juristischen Motiven zu suchen ist. Ähnlich wie Westerkamp Esmein, I 594.

⁹⁸⁾ Immerhin ist unter dem fakultativen Referendum ein Prüfungsrecht der Gerichte leichter möglich als unter dem obligatorischen, und es ist wohl nicht zufällig, dass der einzige Kanton, in welchem die Gerichte dieses Recht in Anspruch genommen haben, Genf (oben S. 22), nur das fakultative Gesetzesreferendum kennt.

⁹⁹⁾ Über die Bedeutung der Gewährleistung für die Unterscheidung von kant. Verf.- und Gesetzesrecht siehe Burckhardt in *Pol. Jahrbuch* 24, 42.

¹⁰⁰⁾ Wie Dicey, *Law of the Const.*, 1915, 130, die franz. Verfassung bezeichnet.

¹⁰¹⁾ Jellinek, *System* 97. — Aus den zwei Formulierungen des Textes ergibt sich, dass das Gericht die Verfassung nur dann nicht zur Anwendung bringen darf, wenn sie durch ein

Ferner ist von Bedeutung, dass in der Schweiz die obersten Gerichte der Kantone und des Bundes in stärkerem Masse vom Parlament abhängig sind, als die entsprechenden Gerichte in den Vereinigten Staaten.¹⁰²⁾ In der Eidgenossenschaft und in den meisten Kantonen werden die Richter vom Parlament auf eine bestimmte Amtsdauer gewählt. In der Union sind sie vom Präsidenten, mit Zustimmung des Senates, lebenslänglich (during good behaviour) ernannt (U.S.Verf. Art. 2, § 2). In fast allen Einzelstaaten werden sie vom Volk auf eine bestimmte Amtsdauer gewählt.¹⁰³⁾ Lebenslänglichkeit und Volkswahl sichern Unabhängigkeit gegen die Legislatur. Wie wichtig die Unabhängigkeit für die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit war, zeigt die Tatsache, dass das Urteil *Marbury v. Madison* nicht hätte gefasst werden können, wenn der Supreme Court nach dem Wunsch der damals im Kongress herrschenden Republikaner zusammengesetzt gewesen wäre.¹⁰⁴⁾ — In der Schweiz besteht

Gesetz näher ausgeführt ist. Es ist falsch, wenn das zch. Obergericht gelegentlich sagt, es könne nicht prüfen, ob ein Gesetz oder eine Verordnung der Verfassung entspreche. Bl. zch. R.spr. 14, Nr. 96 E. 2. Der Ausschluss der Überprüfbarkeit folgt aus der Natur des Rechtssatzes, dessen Gültigkeit zu prüfen ist (Gesetz), nicht aus der Natur des Rechtssatzes, der für die Gültigkeit massgebend ist (Verfassung).

¹⁰²⁾ Eine gewisse Abhängigkeit ergibt sich in allen Fällen aus dem Gesetzgebungs- und Budgetrecht des Parlaments. Als der amerikanische Kongress die Überprüfung der Reconstruction Acts durch den Supreme Court der Union verhindern wollte, schloss er durch eine Gesetzesnovelle die Weiterziehung der bezüglichen Entscheide an den Supreme Court aus. Deshalb konnte das Gericht einen bereits anhängigen Fall nicht beurteilen. (Ex parte *McCardle* 7 Wall. 506.) Baldwin, 116. Der Kongress könnte auch durch seine Befugnis, die Zahl der Richter des Supreme Court festzusetzen, einen Einfluss auf den Inhalt der Rechtsprechung gewinnen. Bryce, *American Commonwealth*, I 276. Doch kommen solche missbräuchlichen Anwendungen der Kompetenz nicht vor.

¹⁰³⁾ Bryce, *American Commonwealth*, I 511; Munro, 493.

¹⁰⁴⁾ Beveridge, 109. Vergl. ferner oben Seite 31.

ferner die dem Amerikaner völlig fremde parlamentarische Kontrolle gegenüber den Gerichten.¹⁰⁵⁾ Wenn damit auch kein Einfluss auf den Inhalt der Rechtsprechung ausgeübt wird, so hat diese Kontrolle doch eine psychologische Wirkung. Sie erzeugt — vor allem in Verbindung mit dem Wahlrecht — ein Gefühl der Unterordnung, welches den Richter verhindert, zum Zensor des Gesetzgebers zu werden.

Am wichtigsten aber ist, dass unsere Gerichte keine allgemeine Rechtskontrolle über die Verwaltung ausüben können.¹⁰⁶⁾ Unsere ordentlichen Gerichte sind Zivil- und Strafgerichte. Nur in vereinzelten Fällen haben sie öffentlich-rechtliche Fragen zu entscheiden¹⁰⁷⁾ — und dann häufig auch nur als Vorfrage in einem Zivil- oder Strafprozess. Auch heute wird die Verbesserung des Rechtsschutzes in der Verwaltung nicht durch Ausdehnung der Kompetenz der ordentlichen Gerichte, sondern durch Errichtung besonderer Verwaltungsgerichte angestrebt. Wenn man aber den ordentlichen Gerichten nicht die juristische Kontrolle der Verwaltung zutraut, so kann man von ihnen noch viel weniger die Überprüfung der Gesetzgebung, bei welcher Fragen von grösserer Tragweite und stärkerem politischen Einschlag zu entscheiden sind, erwarten. Dazu kommt, dass meistens der einzig gangbare Weg zur Aufrollung der Verfassungsfrage (nach amerikanischer Erfahrung) über die Anfechtung einer Verfügungsverfügung, welche das verfassungswidrig zu erklärende Gesetz anwendet, führt. Da dieser Weg uns ver-

¹⁰⁵⁾ Das amerikanische Recht kennt sie auch nicht gegenüber der Exekutive. — Vergl. auch Ad. Streuli, Die Unabh. d. Rechtsprechung u. d. Aufsichtsrecht d. Parlamente über d. Gerichte. Zch. Diss. 1922.

¹⁰⁶⁾ Es ist bezeichnend, dass in Norwegen, wo das richterliche Prüfungsrecht gegen Gesetze besteht, die Gerichte auch gegenüber der Verwaltung eine ähnliche Rechtskontrolle ausüben wie in den Vereinigten Staaten. Morgenstierne, 114.

¹⁰⁷⁾ L. Jenny, Die Verwaltungsrechtspflege in d. Schweiz. Eidgenossenschaft, 1910, 10 ff.

geschlossen ist (ausgenommen im staatsrechtlichen Rekurs), wäre der Rechtsschutz, den eine gerichtliche Kontrolle über die Gesetzgebung böte, höchst lückenhaft.¹⁰⁸⁾ Überliesse man aber die Kontrolle sowohl den Zivil- und Straf-, wie den Verwaltungsgerichten, so fehlte die, für diese wichtige Funktion erforderliche, Einheitlichkeit der Rechtsprechung.

Immerhin wird von Theorie und Praxis fast widerspruchslos angenommen, dass die Gerichte Erlasse der Administrativbehörden, speziell also Verordnungen¹⁰⁹⁾ auf ihre Gesetzmässigkeit prüfen können.

Diese verschiedene Behandlung von Gesetzen und Verordnungen mit Bezug auf die Überprüfbarkeit ist begründet. Wenn zwar gesagt wird, die Begründung liege darin, dass Justiz und Verwaltung einander gleichgeordnet, der Gesetzgebung aber untergeordnet seien,¹¹⁰⁾ so ist das eine *petitio principii*. Die Rechtfertigung liegt vielmehr m. E. darin, dass der Gesetzgeber in höherem Masse zur Auslegung der Verfassung, als die Exekutive zur Auslegung der Gesetze, qualifiziert ist. Ordentlicher Gesetzgeber und Verfassungsgesetzgeber sind, wie erwähnt, in der Mehrzahl der Kantone identisch, in den übrigen Kantonen und im Bunde ist es, dank dem fakultativen Referendum, jederzeit möglich, diese Identität tatsächlich (nicht rechtlich) herzustellen. Zudem sind die Verfahren für die Bildung von Verfassung und Gesetz annähernd gleich, sie umfassen das Maximum von Sicherungen, wel-

¹⁰⁸⁾ Darauf weist auch Burckhardt, 239, hin.

¹⁰⁹⁾ Und zwar auch Erlasse, die vom Parlament ausgehen oder genehmigt worden sind. Fleiner, Bundesstaatsrecht, 416. Für Zürich: Bl. f. zch. Rspr. 11 Nr. 77 S. 122, 13 Nr. 85, 14 Nr. 96 S. 216, 18 Nr. 20; gilt nicht für Notverordnungen: 16 Nr. 153, Nr. 191. Für Bern siehe oben Note 11.

¹¹⁰⁾ So wird die herrschende Ansicht von Burckhardt, 236, resümiert. — Die Argumentation versagt auch für die Begründung des von einigen kantonalen Gerichten (z. B. SJZtg 20, 118/9 u. 294) mit Recht in Anspruch genommenen Prüfungsrechts gegenüber bundesrätlichen Verordnungen.

ches die Demokratie aufbringt (öffentliche Verhandlung im Schoss der zahlreichsten Behörde, Referendum, event. Initiative). Diese Sicherungen fehlen bei der Entstehung einer Verordnung; es ist daher begreiflich, wenn das richterliche Prüfungsrecht zur Verhütung von Rechtsverletzungen zugelassen wird.

Für den Ausschluss der Verfassungsgerichtsbarkeit war wohl auch die Anschauung von Einfluss, dass die Auslegung der Verfassung nicht auf die gleiche Stufe gestellt werden kann, wie die Auslegung der Gesetze. Erstere ist, im Gegensatz zur letzteren, eine hauptsächlich rechtsschöpferische Tätigkeit, vor allem, wenn es sich um die Auslegung einer neuen Verfassung handelt.¹¹¹⁾ Dass sich dafür die Gerichte nicht eignen, scheint eine weit verbreitete Überzeugung gewesen zu sein. Sie hat dazu geführt, dass 1848 und 1874 die Auslegung der Bundesverfassung auf dem Wege der Rekurspraxis ganz oder zum Teil in die Hände der politischen Bundesbehörden gelegt wurde.¹¹²⁾ Man wollte ihnen die Möglichkeit geben, „das Bundesrecht praktisch fortzubilden und in freiem Geiste zu entwickeln“. ¹¹³⁾ Noch 1888 hat Bundesrichter Hafner¹¹⁴⁾ nur für solche

¹¹¹⁾ In der Tat ist die Ansicht v. Mohls, dass die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes einfach eine Aufgabe der juristischen Logik sei (Staatsrecht, Völkerrecht und Politik 85/6) falsch. Die besten amerikanischen Juristen haben richtiger gesehen. Nach Thayer (Cases 153) muss der mit dieser Aufgabe betraute Richter besitzen eine „combination of a lawyer's rigor with a statesman's breadth of view“. Nach Justice Holmes ist die Bedeutung der Verfassungssätze „vital not formal; it is to be gathered not simply by taking the words and a dictionary, but by considering their origin and the line of their growth“. Gompers v. U. S. 233 U. S. 604, 610.

¹¹²⁾ Oben S. 20. Mitgewirkt hat auch die Erinnerung an die Stellung der bisherigen Tagsatzung.

¹¹³⁾ Munzinger, Studie, 91, 107; Ch. Soldan, *Étude sur le recours de droit public au tribunal fédéral*, Verh. schw. Juristenverein 1886, 6 ff.; G. Schoch, Der staatsrechtliche Rekurs nach Bundesrecht, ebenda, 10 ff.

¹¹⁴⁾ In den Motiven zu seinem Entwurf eines Org.gesetzes.

verfassungsmässigen Rechte den Schutz durch ein Gericht postuliert, welche so scharf und klar umschrieben sind, dass es dem Richter möglich ist, auf logischem Wege die Konsequenzen zu ziehen. „Wo dagegen die praktische Anwendung einer Verfassungsbestimmung nicht anders geschehen kann als durch Ergänzung der Arbeit des Gesetzgebers, ist es allerdings wohl richtiger, dieselbe . . . in die Hand des Gesetzgebers selbst zu legen . . .“¹¹⁵⁾ In dem Masse, in dem durch die Praxis der politischen Bundesbehörden die Verfassungsbestimmungen einen konkreten Inhalt erhielten, überliess man die Kompetenz zur Rekursentscheidung dem Bundesgericht.¹¹⁶⁾ Wenn sogar der Entscheid über eine Verfassungsfrage im einzelnen Fall in letzter Instanz in die Hände des Parlamentes gelegt wurde, so musste diesem um so mehr die endgültige Auslegung der Verfassung auf dem Wege der Gesetzgebung zustehen. So ergab sich auch aus dem Postulat einer freien, rechtsschöpferischen Tätigkeit des Gesetzgebers das Verbot der Überprüfung seiner Erlasse durch die Gerichte. Solche Anschauungen haben sicher auch mitgewirkt bei dem — übrigens stillschweigend — erfolgten Ausschluss der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Kantonen. Es waren die gleichen Männer, deren Ansichten im Bund und in den Kantonen massgebend waren.

¹¹⁵⁾ Salis, I 750. Vergl. auch S. 737, 752, 754 und Hilty, Pol. Jahrbuch, 8, 288/90.

¹¹⁶⁾ Vergl. Fleiner, Bundesstaatsrecht, 443. — Das Bundesgericht hatte so Gelegenheit, sich allmählich in die staatsrechtliche Praxis hineinzuarbeiten, eine Aufgabe, die vorher kein Gericht in der Schweiz auszuüben hatte. — In der Botschaft, in welcher der Bundesrat die Überweisung weiterer staatsrechtlicher Kompetenzen an das Bundesgericht beantragt (BBl. 1911 III 64), wird gesagt: „Die Praxis von 35 Jahren hat den Verfassungsgrundsätzen, die anfangs dem Richter keinen sichern Boden zu geben schienen, feste Umrisse verliehen . . .“ — Die Gerichte Canadas und Australiens suchen bei der Auslegung der bundesstaatlichen Verfassungen dieser Länder sichern Boden zu gewinnen, indem sie sich in weitgehendem Masse der Praxis des obersten Bundesgerichtes der Vereinigten Staaten anschliessen.

Heute sind diese Anschauungen verlassen.¹¹⁷⁾ Sie dürften auch in Zukunft kaum wieder aufkommen. Denn je mehr in den Parlamenten die wirtschaftlichen Gesichtspunkte hervortreten, je weniger die Gesetzgebung von einer kompakten Mehrheit in einheitlichem Geiste ausgeübt werden kann, desto weniger sind die Parlamente zur Schaffung neuer Rechtsgedanken besonders qualifiziert. Desto mehr aber ist es Aufgabe der Gerichte, die Idee des Rechts im Staate aufrechtzuerhalten. Sie können das auch dann, wenn sie an die Gesetze gebunden sind, denn sie haben die Möglichkeit einer freien Auslegung. Das Verhältnis zwischen Parlament und Gerichten hängt letzten Endes von der öffentlichen Meinung ab. Diese wird demjenigen Organ den Vorzug geben, das qualitativ höher steht.

II. Die Form des Rechtsstreites.

I. Die Verfassungswidrigkeit eines Erlasses kann weder in der Schweiz noch in den Vereinigten Staaten von Amtes wegen geltend gemacht werden. Nur auf Begehren einer interessierten Partei kommt das Gericht dazu, einen Erlass auf seine Übereinstimmung mit der Verfassung zu prüfen. Ein Streit um die Verfassungsmässigkeit ist daher materiell immer ein Streit zwischen einer Partei, welche an der Erklärung der Verfassungswidrigkeit interessiert ist und dem Staat als dem Urheber der angefochtenen Verfügung.

In der Schweiz entspricht die Form des Rechtsstreites der tatsächlichen Interessenlage. Der staatsrechtliche Rekurs richtet sich gegen „kantonale Verfügungen und Erlasse“. Kläger ist der verletzte Bürger (Private) oder eine Korporation, Beklagter der Kanton. Es kann die Aufhebung eines allgemein verbindlichen Erlasses¹¹⁸⁾ oder einer konkreten Verfügung (Verwaltungsakt, Urteil) ver-

¹¹⁷⁾ Kritik derselben vor allem in der zit. Studie von Munzinger.

¹¹⁸⁾ Innerhalb der Frist von 60 Tagen seit der Veröffentlichung.

langt werden.¹¹⁹⁾ Beide werden dem Kanton, resp. einer Gemeinde des Kantons, zugerechnet.

In den Vereinigten Staaten ist die Form des Rechtsstreites um die Verfassungsmässigkeit in keiner Weise auf die dabei im Spiele stehenden Interessen zugeschnitten. Der Staat, der am Ausgang des Streites in erster Linie interessiert ist, erscheint in der Regel nicht als Prozesspartei.¹²⁰⁾ Das ist eine Folge des englisch-amerikanischen Grundsatzes, dass der Staat von einem Privaten nicht vor Gericht beklagt werden kann.¹²¹⁾ („The sovereign can do no wrong.“)¹²²⁾ Daher ist ein Rechtsmittel ähnlich dem

¹¹⁹⁾ BV Art. 113 Ziff. 3, Org.Ges. Art. 175 ff.; Fleiner, Bundesstaatsrecht §§ 25, 30, 49; A. Affolter, Die individuellen Rechte nach der bundesgerichtlichen Praxis, 1915, 149 ff.

¹²⁰⁾ Die Nachteile dieses Systems, das den Streit um die Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes in die Hände von Privaten legt, stellt dar H. A. Davis, The Judicial Veto, 1914. Er verlangt, dass der Prozess gegen den Staat gehe und dass die Aufhebung des Gesetzes mit gleicher Sorgfalt erfolge, wie dessen Erlass. Die amerikanische Literatur weist sehr häufig darauf hin, dass ein Mangel der Verfassungsgerichtsbarkeit darin liege, dass die amerikanischen Gerichte sich nicht eine gründliche Kenntnis der tatsächlichen Voraussetzungen, vor allem der sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen, eines Gesetzes verschaffen können und daher häufig wegen ungenügender Kenntnis der Wirklichkeit ein Gesetz verfassungswidrig erklären. Vergl. Zitate in den Noten 134 u. 135. Ein Gesetz von New York von 1913 ermächtigt die Gerichte „to request the attendance of the attorney general in support of an act of the legislature when its constitutionality is brought into question“. 29 Harvard Law Review, 372.

¹²¹⁾ Das oberste amerikanische Bundesgericht hatte auf Grund der Unionsverfassung im Jahre 1793 die Klage eines Bürgers gegen einen Staat zugelassen. (Chisholm v. Georgia, 2 Dallas, 419.) Um dies in Zukunft zu verunmöglichen, wurde 1798 das 11. Amendment angenommen, das seinem Wortlaut nach eine authentische Interpretation der Verfassung darstellt und daher rückwirkend war. Bezeichnend ist, dass man schon damals einen neuen Verfassungsartikel als nötig erachtete zur Korrektur der Gerichtspraxis.

¹²²⁾ Die Nichtbeklagbarkeit des Staates ist durch eine Reihe von Ausnahmen eingeschränkt. Wenn nämlich der Staat als

staatsrechtlichen Rekurs unmöglich. Deshalb besteht auch nicht die Möglichkeit, einen allgemeinen Erlass als solchen anzufechten, da die Klage nur gegen den Staat selbst gehen könnte.

Die Amerikaner haben darauf verzichtet, eine besondere Klage- oder Prozessart für den Entscheid verfassungsrechtlicher Fragen zu schaffen. Es stehen ihnen nur diejenigen Prozessformen zur Verfügung, welche schon bekannt waren, als man noch nichts von geschriebener Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit wusste. Sie können die Verfassungsmässigkeit nie direkt angreifen. Die Frage der Verfassungsmässigkeit kann immer nur als Vorfrage in einem Rechtsstreit aufgeworfen werden.¹²³⁾

Das ist von Einfluss auf das Urteil. Wird durch die Klage der Erlass selbst angefochten (wie es beim schweiz. staatsrechtlichen Rekurs geschehen kann), so lautet das

Kläger auftritt (im Zivil- oder Strafprozess), kann der Private als Gegenpartei sowohl die Sache im Instanzenzug weiter ziehen, als auch eine Widerklage erheben. Vereinzelt wurden besondere Gerichte für Klagen gegen den Staat errichtet (court of claims, court for private land claims der Union, court of claims in New York) oder die ordentlichen Gerichte dafür zuständig erklärt (California, Florida, Ohio). Sonst steht für die Geltendmachung einer Forderung an den Staat nur der Weg der Petition an die Legislatur offen. Cyclopedia, I 291; F. J. Goodnow, *The Principles of the Administrative Law of the U. S.*, 1905, 383 ff.; P. S. Reinsch, *Readings in Amer. State Government*, 1911, 168: *Claims against the State*. Siehe auch unten zu Note 140. Auch das schweiz. Bundesrecht unterscheidet bei Streitigkeiten zwischen dem Bund und Privaten die Fälle, in denen der Private Kläger ist, von Fällen, in denen der Bund klagt: BV Art. 110 Ziff 2. Das Bundesgericht ist nur für die erste Kategorie von Fällen ausschliesslich zuständig (Ausnahmen siehe Fleiner, *Bundesstaatsrecht*, 431 N. 15). Die Beibehaltung der Zuständigkeit der kantonalen Gerichte für die zweite Kategorie von Fällen ist eine Konzession an den Grundsatz von BV Art. 59. Vergl. Abschiede 1847 IV 151/2, 278/9; Burckhardt, *Kommentar*, 766 f. B. Ger. 46 II 74.

¹²³⁾ Freund, 88.

Urteil, bei Gutheissung der Klage, auf Aufhebung des Erlasses.¹²⁴⁾ Bildet aber die Rechtmässigkeit des Erlasses nur eine Vorfrage, so ist der Entscheid darüber nur in den Motiven, nicht im Dispositiv des Urteils möglich.¹²⁵⁾ Die verfassungswidrige Bestimmung wird nicht aufgehoben, sondern einfach nicht angewandt.¹²⁶⁾

II. Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit dient dem Schutz von Individualrechten.¹²⁷⁾ Das amerikanische System ist nicht speziell auf den Schutz des Bürgers zugeschnitten, die Gerichte prüfen ganz allgemein die Übereinstimmung der Gesetze mit der Verfassung.¹²⁸⁾ Aus der Verschiedenheit des theoretischen Ausgangspunktes ergeben sich praktische Unterschiede. Mit Bezug auf die Legitimation zur Aufwerfung der Verfassungsfrage dürfte zwar zwischen den Vereinigten Staaten und der Schweiz kaum eine wesentliche Differenz bestehen. Denn einerseits hat die bundesgerichtliche Praxis

¹²⁴⁾ Das gutheissende Urteil des Bundesgerichts ist kassatorischer Natur. Immerhin mit Ausnahmen: Bei Gutheissung einer Beschwerde auf Grund von BV Art. 61 kann Rechtsöffnung erteilt werden, B.Ger. 42 I 101.

¹²⁵⁾ Freund, 88. Wenn die Rekursfrist abgelaufen ist, kann auch das Bundesgericht einen allgemein verbindlichen Erlass nur noch in den Motiven, nicht mehr im Dispositiv (das sich nur noch auf die konkrete Anwendung beziehen kann) als verfassungswidrig erklären.

¹²⁶⁾ Die Rechtslage in den Vereinigten Staaten wurde von Justice Sutherland im Namen des obersten Gerichtshofes vor kurzem (Massachusetts v. Mellon, 262 U. S. 447, 488 [1923]) in folgender Weise umschrieben: „We have no power per se to review and annul acts of Congress on the ground that they are unconstitutional. That question may be considered only when the justification for some direct injury suffered or threatened, presenting a justiciable issue, is made to rest upon such an act.“ . . . the power „amounts to little more than the negative power to disregard an unconstitutional enactment, which otherwise would stand in the way of the enforcement of a legal right.“

¹²⁷⁾ BV Art. 113 Ziff. 3.

¹²⁸⁾ Auf diesen Unterschied weist Fleiner a. a. O. 276 N. 8 u. 761 hin.

den Begriff des verfassungsmässigen Rechtes weit gefasst¹²⁹⁾ und die Möglichkeit, allgemein verbindliche Erlasse wegen Verletzung der Rechte der Aktivbürgerschaft anzugreifen, macht den staatsrechtlichen Rekurs in solchen Fällen praktisch zur Popularklage. Auf der andern Seite kann vor den amerikanischen Gerichten die Verfassungsfrage nur aufgeworfen werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse an deren Entscheidung nachweist.¹³⁰⁾

Unterschiede in der materiellen Entscheidung bestimmter Rechtsfragen ergeben sich aber daraus, dass der amerikanische Richter in der Verfassung im wesentlichen eine Schranke für die Legislatur sieht, der schweizerische hingegen eine Garantie individueller Rechte. Der Richter wird leicht anders entscheiden, wenn er fragt: Durfte die Legislatur die angefochtene Bestimmung erlassen? als wenn die Frage lautet: Wird durch eine Verfügung in die individuellen Rechte eines Bürgers eingegriffen? Typisch in dieser Beziehung ist die verschiedene Behandlung der Doppelbesteuerung. In der Schweiz wurde die interkantonale Doppelbesteuerung schon vor dem ausdrücklichen Verbot des Art. 46 der BV als unzulässig erklärt und das Rekursrecht an die Bundesbehörden anerkannt aus dem Gesichtspunkt des Schutzes des Bürgers.¹³¹⁾ Die amerikanische Praxis hingegen lässt gleichzeitige Besteuerung durch zwei Gliedstaaten zu, denn „aus der Tatsache, dass ein Staat seine Hoheit im Steuerwesen oder sonstwie ausgeübt hat, kann offenbar für einen andern Staat nicht die Verpflichtung folgen, die Hoheit, die er besitzt, nicht auch auszuüben.“¹³²⁾ Aus der verschiedenen Fragestellung folgt ein verschiedener Entscheid. —

¹²⁹⁾ Fleiner a. a. O. 279/80, 445.

¹³⁰⁾ H. C. Black, American Constitutional Law, 1910, 63.

¹³¹⁾ Ullmer, II Nr. 694; Burckhardt, 420; Fleiner, 80.

¹³²⁾ W. W. Willoughby, Principles, 395, Coe v. Errd 116 U. S. 517 (1886), Blackstone v. Miller 188 U. S. 189 (1903), Shaffer v. Charter 252 U. S. 37 (1919).

Die amerikanische Auffassung schliesst auch die Gefahr eines gewissen richterlichen Doktrinarismus in sich. So wurden viele Arbeiterschutzgesetze für verfassungswidrig erklärt als eine unzulässige Einschränkung der Vertragsfreiheit, welche nach der Auffassung der Gerichte durch das 14. Amendment der Unionsverfassung sowohl dem Arbeitgeber als dem Arbeitnehmer garantiert ist ¹³³⁾, folglich eine Schranke der Legislaturen bildet. Im berühmten Lochner oder bakeshop case (1905) wurde ein Gesetz von New York, welches die Arbeitszeit in den Bäckereien auf 60 Wochenstunden beschränken wollte, als inkonstitutionell erklärt.¹³⁴⁾ Der Begriff der Vertragsfreiheit, welcher der Motivierung dieses und ähnlicher Urteile zugrunde liegt, ist ein rein negativer, des konkreten Inhalts entbehrender.¹³⁵⁾ Hätte sich aber das Gericht fra-

¹³³⁾ Die entscheidende Stelle des 14. Amendment lautet: „nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.“ Das 5. Amendment enthält die gleiche Bestimmung mit Gültigkeit für die Union. — Diese besondere amerikanische Fragestellung vermag allerdings die Praxis mit Bezug auf die Arbeitergesetze für sich allein nicht zu erklären. Vergl. die im folgenden zit. Literatur.

¹³⁴⁾ Lochner v. New York, 198 U. S. 45. Lochner hatte Angestellte seiner Bäckerei mehr als 60 Stunden pro Woche arbeiten lassen und war deshalb bestraft worden. Er zog die Sache bis vor den U. S. Supreme Court, welcher das zit. Urteil fällte. Vergl. dazu u. a.: E. Freund, Standards of Am. Legislation, 1917; ders. in Jahrbuch d. öff. Rechts II 651; ders.: Limitations of Hours of Labor and the Federal Supremo Court 17 The Green Bag, 411 (1905); R. Pound, Liberty of Contract, 18 Yale Law Journal, 454 (1908); F. Frankfurter, Hours of Labor and Realism, 29 Harvard Law Review, 352 (1916).

¹³⁵⁾ Die Praxis in der Behandlung der Arbeiterschutzgesetze ist sehr schwankend. Zum Teil wurde die verfassungsmässige Grundlage durch eine Verfassungsrevision geschaffen. Die Literatur über die Frage ist sehr umfangreich. Vergl. z. B. Freund, Standards; Frank J. Goodnow, Social Reform and the Constitution, 1911; L. B. Boudin, Der Kampf der Arbeiterklasse gegen die richterliche Gewalt in den V. St., im Archiv f. d. Geschichte

gen müssen, ob durch das Gesetz ein verfassungsmässiges Recht eines Bürgers verletzt worden sei, so hätte es die Frage kaum in dieser abstrakten Weise anpacken können.¹³⁶⁾

Die amerikanische Fragestellung schliesst die Gefahr in sich, dass das richterliche Ermessen einfach an Stelle des Ermessens des — politisch allein verantwortlichen — Gesetzgebers tritt,¹³⁷⁾ vor allem bei Anwendung so unbestimmt formulierter Verfassungsbestimmungen wie der „due process“-Klausel.¹³⁸⁾ Die schweizerische Fragestellung scheint weniger geeignet, zu diesen praktisch unerwünschten Folgen zu führen; jedenfalls hat sie nicht dazu geführt.¹³⁹⁾

III. Die Verfassungsfrage — die ja immer eine Vorfrage ist — kann aufgeworfen werden im Zivilprozess, im Strafprozess oder im Prozess um die „prerogative writs“. Die Entscheidung öffentlich-rechtlicher Vorfragen im Zivil- oder Strafprozess ist auch bei uns möglich. Insbesondere der Strafprozess — wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen, wegen Übertretung von

des Sozialismus und der Arbeiterbewegung IV (1914) 30 (einseitig); Walter Loewy, Die bestrittene Verfassungsmässigkeit der Arbeitergesetze in den V. St., Heidelberg, Diss. 1905; E. Lambert, Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis, 1921 (vollständige Verarbeitung der amerikanischen Literatur); E. Lambert et H. C. Brown, La lutte judiciaire du capital et du travail organisés aux Etats-Unis, 1923.

¹³⁶⁾ Es wäre wohl nicht um die Überlegung herum gekommen, dass das Gesetz, auch wenn es mit einem abstrakten Freiheitsbegriff in Widerspruch steht, doch in seinen tatsächlichen Wirkungen die persönliche Freiheit nicht beschränkt, sondern fördert.

¹³⁷⁾ Freund, Standards, 5.

¹³⁸⁾ Oben Note 133. Diese Klausel ist in der praktischen Wirkung und in der Häufigkeit der Anwendung ein genaues Analogon zu Art. 4 der schweiz. Bundesverfassung.

¹³⁹⁾ Das Bundesgericht verfällt eher dem andern Extrem, dem Ermessen der kantonalen Behörden allzu viel Spielraum zu lassen.

Polizeiverboten etc. — kann oft tatsächlich der gerichtlichen Kontrolle gewisser Zweige der Verwaltung dienen. Die amerikanische Regelung unterscheidet sich hier von unserem Recht nur dadurch, dass sie die Möglichkeit der Ausdehnung dieser Kontrolle auf Verfassungsfragen gibt. Die Aufwerfung der Verfassungsfrage in den verschiedenen Prozessformen soll an einigen Beispielen gezeigt werden.

1. Im Zivilprozess zwischen Privatpersonen sind einige der wichtigsten Entscheidungen über amerikanisches Verfassungsrecht gefallen. Von besonderer Bedeutung ist aber, dass die Beamten keine Immunität geniessen und von jedem Privaten, den sie durch Kompetenzüberschreitung (*ultra vires act*) geschädigt haben, vor den ordentlichen Gerichten auf Schadenersatz belangt werden können.¹⁴⁰⁾¹⁴¹⁾ Dies gilt auch, wenn sie ein verfassungswidriges Gesetz vollziehen, z. B. verfassungswidrige Steuern erheben.¹⁴²⁾ Denn die rechtswidrige Handlung gilt als rein persönlicher Akt des Beamten, er ist „stripped of his official character and subjected in his person to the consequences of his individual conduct“.¹⁴³⁾ Die Beamtenhaftpflicht ersetzt somit die Haftbarkeit des Staates. In vereinzeltten Fällen hat sich der Staat durch Gesetz

¹⁴⁰⁾ Immerhin mit Ausnahmen, wie für den Präsidenten, die Gouverneure, die Departementsvorsteher, und mit Einschränkungen, wie für Richter und für Beamte, welche bloss Befehle auszuführen haben, vor allem Militärpersonen. Goodnow, 398.

¹⁴¹⁾ Beruht der Schaden auf einer Unterlassung des Beamten, so hat der Private nur ein Klagerecht, wenn er Anspruch auf die Vollziehung des unterlassenen Aktes hatte „not as part of the public, but as an individual“ (Goodnow, 403), d. h. wenn ihm ein subjektives öffentliches Recht, kein blosses Reflexrecht, zustand.

¹⁴²⁾ *The Collector v. Day*, 11 Wall. 113 (1870): die Union darf das Einkommen von Beamten der Einzelstaaten nicht besteuern. Der Fall kam vor die Gerichte, weil Day, ein Richter von Massachusetts, die unter Protest bezahlte Steuer vom collector of internal revenue auf dem Zivilprozesswege zurückverlangte.

¹⁴³⁾ *Ex parte Young*, 209 U. S. 123 (1908).

verpflichtet, den Schadenersatz an Stelle des verurteilten Beamten zu zahlen.¹⁴⁴⁾

2. Der absichtliche Ungehorsam gegen ein Gesetz ist ein beliebtes Mittel, um die Frage seiner Verfassungsmässigkeit im Strafprozess zum gerichtlichen Entscheid zu bringen.¹⁴⁵⁾ Allerdings besteht die Gefahr, dass die Strafe vollzogen wird, wenn das Gesetz als gültig erkannt wird. Die Praxis hat aber doch den versuchsweisen Ungehorsam indirekt als zulässig erklärt. Sehr hohe Strafandrohungen, die einen einmaligen Ungehorsam zum Zwecke der gerichtlichen Überprüfung des Gesetzes tatsächlich unmöglich machen, sind nämlich als ein Verstoss gegen „the equal protection of the law“, verfassungswidrig.¹⁴⁶⁾ — Auch der Strafprozess gegen einen fehlbaren Beamten kann zur gerichtlichen Überprüfung eines Gesetzes führen.

3. Die bisher genannten Prozessformen ergeben nur eine lückenhafte Kontrolle der Gerichte über die Verwaltung und bieten dem Bürger keinen genügenden Schutz. Das englische Recht hat daher eine Reihe besonderer Rechtsmittel ausgebildet, welche es ermöglichen, nicht erst nachträglich geschehenes Unrecht gutzumachen, sondern schon die drohende Rechtsverletzung seitens der Verwaltungsbehörden und untergeordneter richterlicher Behörden zu verhindern. Diese Rechtsmittel heissen „prerogative writs“ oder „extraordinary legal remedies“.¹⁴⁷⁾

¹⁴⁴⁾ So die Union, bei Rückforderung zu viel bezahlter Steuern; Goodnow, 393; Freund, 96/7.!

¹⁴⁵⁾ H. A. Davis a. a. O. 25.

¹⁴⁶⁾ Ex parte Young, 209 U. S. 123 (1908). Doch sagt das Gericht auch, dass keine Norm bestehe, wonach ein einmaliger Ungehorsam, zum Zwecke der Aufwerfung der Verfassungsfrage, straflos bleiben könnte.

¹⁴⁷⁾ Goodnow, 418; Freund, Das öff. Recht, 97; A. K. Kuhn, Grundzüge des englisch-amerik. Privat- und Prozessrechts, Zürich 1915, 59; Hatschek, Engl. Staatsrecht, II 609; Koellreutter, 140.

Sie stellen Befehle der Gerichte an die Behörden dar.¹⁴⁸⁾ Der Bürger wendet sich mit dem Gesuch um Erlass eines solchen Befehls an das Gericht, die betroffene Behörde wird (von einzelnen Ausnahmen abgesehen) zu Gegenbemerkungen eingeladen, und daraus entwickelt sich der Rechtsstreit, der an die höheren Gerichtsinstanzen weitergezogen werden kann. Diese writs sind das am besten geeignete und am häufigsten angewandte Mittel, um die Frage der Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes vor die Gerichte zu bringen. Es bestehen folgende writs:

- a) Mandamus: der Beamte wird gezwungen, eine Amtshandlung, deren Vornahme er verweigert hatte, zu vollziehen. Beispiele: Ein Gesuch um mandamus führte zum Urteil i. S. Marbury v. Madison (siehe S. 23 ff.). — Ohio hatte 1912 durch Verfassungsrevision das fakultative Referendum eingeführt. Die neue Verfassungsbestimmung sollte angefochten werden, da sie der durch die Unionsverfassung (Art. 4 § 4) den Staaten garantierten „republican form of government“ widerspreche (!). Anlass dazu bot eine Volksabstimmung auf Grund des neuen Verfassungsartikels, in welcher ein Gesetz verworfen wurde. Das Gesuch wurde gestellt, die Beamten durch mandamus zu zwingen, das Gesetz doch anzuwenden.¹⁴⁹⁾

Interessant, wenn auch für die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht von Bedeutung, ist, dass mandamus selbst gegen die Abgeordnetenversammlung einer Gemeinde möglich ist, um sie zur Bezahlung einer Schuld und,

¹⁴⁸⁾ Das Befehlsverfahren unseres Zivilprozesses richtet sich nur gegen Private, nicht gegen Behörden; Bl. f. zch. Rechtspr. 4 Nr. 34, 10 Nr. 96, 12 Nr. 170, 13 Nr. 127, 18 Nr. 10 und 147.

¹⁴⁹⁾ Davis v. Ohio, 241 U. S. 565 (1916). Mit der gleichen Begründung war die Einführung des Referendums schon früher bekämpft worden: Pacific States Telephon Co. v. Oregon, 223 U. S. 118 (1912). Das Gericht trat auf die Klagen nicht ein, da es sich um eine, in die ausschliessliche Kompetenz des Kongresses fallende, politische Frage handle.

wenn nötig, zur Erhebung der dafür nötigen Steuer zu zwingen.¹⁵⁰⁾ Ob mandamus auch gegen die Legislatur eines Staates möglich wäre, ist eine Frage, die noch offen steht.¹⁵¹⁾

- b) Prohibition oder injunction: dem Beamten oder einem Privaten wird die Vornahme einer Handlung verboten, sei es gänzlich (permanent injunction) oder nur als vorsorgliche Massnahme (temporary injunction). Die temporary injunction darf nur gebraucht werden „in a case reasonably free from doubt, and when necessary to prevent great and irreparable injury“¹⁵²⁾. Beispiele: Zur Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Gebühren, welche für die Kontrolle von Leuchtöl erhoben wurden, wurde eine injunction gegen die Kontrollbeamten verlangt, um ihnen die Erhebung der Gebühr zu verbieten.¹⁵³⁾ — Um die Frage der Verfassungsmässigkeit von gesetzlich festgesetzten Eisenbahntaxen vor die Gerichte zu bringen, wird gegen den mit der Durchführung des Gesetzes betrauten Beamten eine injunction begehrt.¹⁵⁴⁾ — Häufig ist die Verwendung der injunction zur Verhinderung von Ausschreitungen bei Streiks. Ein Gesetz von Arizona, welches den Gebrauch von injunctions bei Arbeitsstreitigkeiten stark einschränkte, wurde vom U. S. Supreme Court

¹⁵⁰⁾ Goodnow, 438.

¹⁵¹⁾ Virginia v. West Virginia, 246 U. S. 565 (1918).

¹⁵²⁾ Caranough v. Looney, 248 U. S. 453, 456 (1919); Ex parte Young, 209 U. S. 123 (1908).

¹⁵³⁾ Red „C“ Oil Man. Co. v. North Carolina, 222 U. S. 380 (1912).

¹⁵⁴⁾ Z. B. Missouri v. Chicago, Burlington & Quincy R. R. Co., 241 U. S. 533 (1916). Nach ständiger Praxis der amerikanischen Gerichte sind Eisenbahntarife, welche so niedrig sind, dass die Gesellschaft nur mit Verlust arbeiten kann, verfassungswidrig, denn durch das Tarifgesetz verstösst der Staat gegen das Verbot „to deprive any person of . . . property without due process of law“ (14. Amendment). Black, 414/5; Freund, 263: „Regulierung“ darf nicht in „Konfiskation“ ausarten.

als verfassungswidrig erklärt.¹⁵⁵⁾ Der durch Streik und Boykott geschädigte Arbeitgeber hatte trotz des Gesetzes injunctions verlangt und dadurch das Gesetz zur richterlichen Überprüfung gebracht.¹⁵⁶⁾

- c) Quo warranto: zur Verhinderung der rechtswidrigen Anmassung von Vorrechten, spez. von öffentlicher Gewalt. Für die Verfassungsgerichtsbarkeit ist dieser writ nicht von grosser praktischer Bedeutung.
- d) Habeas corpus: gegen unrechtmässige Freiheitsberaubung. Dieser writ ist rechtshistorisch der wichtigste, kann aber für die richterliche Überprüfung von Gesetzen seiner Natur nach nur selten gebraucht werden.
- e) Certiorari: zur Überprüfung und event. Aufhebung eines Verwaltungsaktes, dem ein Beschlussverfahren vorangegangen ist. Beispiel zu den beiden letzterwähnten writs: Eine Eisenbahngesellschaft wollte ein Tarifgesetz von Minnesota anfechten. Der „versuchsweise Ungehorsam“ war wegen der masslosen Strafandrohungen praktisch ausgeschlossen (siehe S. 58). Daher verbot ein unteres Bundesgericht durch eine injunction dem Staatsanwalt von Minnesota die Verfolgung der Übertretungen des Tarifgesetzes. Da dieser das Verbot nicht beachtete, wurde er wegen contempt

¹⁵⁵⁾ *Truax v. Corrigan*, 257 U. S. 312 (1921).

¹⁵⁶⁾ Die Nichtbefolgung der injunction wird als contempt of court bestraft (ohne Geschworene). — Die Bestrafung von Delikten durch die Strafgerichte ist häufig sehr mangelhaft wegen der Bestimmung, dass die Schuldfrage immer von Geschworenen, und zwar einstimmig, bejaht werden muss, und dass die Geschworenen aus dem Bezirk gewählt werden müssen, in dem das Verbrechen begangen wurde. Daher wird in solchen Fällen häufig die Bestrafung auf dem Umweg über eine injunction gesucht. Dies kann allerdings zu Missbräuchen führen, dem sog. „government by injunction“. Die politischen Parteien haben dagegen in ihren „platforms“ Stellung genommen. Goodnow, 410; *Cyclopedia*, II 88, 180, III 438. Vergl. auch Roosevelts Message von 1906 in P. S. Reinsch, *Readings on American Federal Government*, 1909, 724.

of court verhaftet, worauf „on petition for writs of habeas corpus and certiorari“ der Fall vor den obersten Gerichtshof der Union kam.¹⁵⁷⁾

Diese wenigen Beispiele sollen genügen, um einen Begriff zu geben von den vielerlei Prozessformen, in welchen der Amerikaner den Entscheid über die Verfassungsmässigkeit von Gesetzen suchen muss. Sie mögen auch zeigen, wie eine rechtsschöpferische Gerichtspraxis vorhandene Formen verwenden kann, um eine Neuerung von grosser Kühnheit, wie die Verfassungsgerichtsbarkeit, in das Rechtsleben eines Volkes einzuführen.

Nachtrag: Seit Abschluss des Manuskripts hat in den Vereinigten Staaten der Wahlkampf um die Präsidentschaft stattgefunden, bei welchem auch die Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit eine Rolle spielte. Die Erfahrung, dass nicht selten wichtige Gesetze vom Obersten Gerichtshof der Union mit fünf zu vier Stimmen als verfassungswidrig erklärt werden, hat einer Bewegung auf Einschränkung der richterlichen Befugnisse gerufen. Nachdem schon Roosevelt 1912 gewisse Beschränkungen gefordert hatte, stellte 1924 der progressive Kandidat La Follette das Postulat auf, dem Kongress sei durch eine Verfassungsrevision die Kompetenz zu geben, Gesetze, die von den Gerichten als inkonstitutionell erklärt würden, trotzdem endgültig in Kraft zu setzen. Der Misserfolg La Folettes bei den Wählern wird zum Teil dieser als umstürzlerisch angesehenen Forderung zugeschrieben.

¹⁵⁷⁾ Ex parte Young, 209 U. S. 123 (1908).