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: 53 (1934)

Artikel: Die vorsorglichen Verfügungen des Bundesgerichts in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten

Autor: Steinitz, Hans

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896072

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: 07.01.2026

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

Die vorsorglichen Verfügungen des Bundesgerichts in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten.

Von Dr. Hans Steinitz, Basel.

I.

Einleitung.

Die vorsorglichen Verfügungen, die in staats- oder verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten auf Antrag einer der Parteien bis zur endgültigen Erledigung des Streitfalles erlassen werden können, sind in der Literatur zur schweizerischen Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit bisher meist sehr wenig beachtet worden[1]). Sehr

[1]) Das fällt um so mehr auf, wenn man die wissenschaftliche Bearbeitung der entsprechenden Institute der internationalen Gerichtsbarkeit (z. B. Art. 41 des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofs) oder der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit zum Vergleich heranzieht. S. dazu insbes.: Dumbauld, Interim measures of protection in international controversies, The Hague 1932; Guggenheim, Les mesures provisoires de procédure internationale, Paris 1931; Schüle, Das Problem der einstweiligen Verfügung in der deutschen Reichsstaatsgerichtsbarkeit, Berlin 1932, u. a. — Im Schweizer Recht existieren einige Äusserungen zu Art. 63 des alten OG von 1874, jedoch meist nur beiläufige Bemerkungen: Blumer-Morel, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, Basel 1880 ff., 2. Aufl., 2. Bd., II. Abt. S. 182; Dubs, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 1878, 2. Theil S. 85; etwas ausführlicher nur Soldan, Du recours de droit public, ZfschwR NF Bd. 5 S. 258. Nicht viel mehr Bemerkungen liegen zu Art. 185 des neuen OG vor: Reichel, Kommentar zum OG, Bern 1896, S. 146; Lampert, Das schweizerische Bundesstaatsrecht, Zürich 1918. S. 137; Jenny, Die Aufsicht des Bundes über die Kantone, Zürich 1906, S. 98; eine ausführlichere Darstellung findet sich erst in allerjüngster Zeit bei Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichts, Zürich 1933, S. 213 ff.

zu Unrecht; denn es handelt sich bei diesem Institut durchaus nicht nur um ein prozessual-technisches Hilfsmittel von untergeordneter Bedeutung, sondern, wie im folgenden darzulegen sein wird, um einen unentbehrlichen, für den Schutz und die Erhaltung des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit äusserst wichtigen Bestandteil jeder Verfassungsgerichtsbarkeit, — um ein Institut, das jedoch in seinem Umfang und in seinem Geltungsbereich akzessorisch verknüpft ist mit der Rolle und der Bedeutung, die man der Verfassungsgerichtsbarkeit im ganzen zuweist.

Die Funktion der Organe der Verfassungsgerichtsbarkeit ist — um ein aus der deutschen staatsrechtlichen Literatur stammendes Schlagwort anzuwenden — die eines „Hüters der Verfassung"[2]), d. h. die eines mit den Garantien richterlicher Unabhängigkeit ausgestatteten Kontrollorgans in der „Verfassungssphäre". Wer freilich Carl Schmittsche Theorien auf das Schweizer Recht anwenden will, müsste diese unsere Charakterisierung verwerfen; denn Carl Schmitt lehnte — für das Deutschland der Weimarer Verfassung — jede „justizförmige", insbesondere aber die durch den Staatsgerichtshof ausgeübte Verfassungsgarantie ab und schrieb diese Funktion vielmehr dem Staatsoberhaupt, dem Reichspräsidenten, als „pouvoir neutre" zu. Auf Schweizer Verhältnisse angewandt, müsste man dann versuchen, eine Beantwortung der Frage nach dem „Hüter der Verfassung" aus Art. 102 der Bundesverfassung herauszulesen, der die Befugnisse des Bundesrats regelt und ihm in Ziffer 2 die Pflicht auferlegt, „für Beobachtung der Verfassung . . . zu wachen", und ihm in Ziffer 3 die Überwachung der Garantie der Kantonalverfassungen überträgt. Da die Art. 106—114bis BV, die sich mit dem Bundesgericht befassen, eine derartige Generalklausel nicht aufweisen,

[2]) Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1932. Gegen ihn vor allem Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Berlin 1931.

liegt zunächst die Schlussfolgerung nahe, dass nicht das BG, sondern der BR, also ein nichtrichterliches Organ, zum obersten Hüter der Verfassung bestellt ist, was damit also für Carl Schmitts Auffassung sprechen würde. Das ist jedoch unrichtig. Diese Funktion der Behütung der Verfassung wird vom BR nicht in seiner Eigenschaft als Regierung, d. h. als Exekutivorgan, ausgeübt, sondern er wird, wie der 2. Halbsatz in Art. 102, Ziffer 2 beweist, in diesem Sinne als Rechtsprechungsorgan tätig. Der BR übt hier materiell Verfassungs- bzw. Verwaltungsgerichtsbarkeit aus.

Aber man kann trotzdem nicht den BR, weder in seiner Eigenschaft als Exekutiv- noch als Jurisdiktionsorgan, als „Hüter der Verfassung" ansehen. Denn seit dem Inkrafttreten der gegenwärtigen Bundesverfassung, d. h. seit dem Jahre 1874, hat die Bundesgesetzgebung allmählich immer mehr die Rechtsprechungskompetenz des BR als Verfassungs- und Verwaltungsgericht eingeengt und dafür die des BG (genauer: der staatsrechtlichen Abteilung desselben) erweitert. Von dem neuen OG von 1893 wurde diese Tendenz noch verstärkt. Schon darnach wurde in der „bundesstaatlichen Sphäre" das BG als „Wächter der verfassungsmässigen Ordnung"[3]) angesehen. Einen vorläufigen Abschluss dieser Entwicklung und, vom rechtsstaatlichen Standpunkt aus gesehen, eine gewisse Vollendung des Rechtschutzes bedeutet in dieser Hinsicht das Bundesgesetz über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege (VDG) vom 11. Juni 1928, und zwar nicht so sehr wegen der organisatorischen Erweiterung des BG — dessen staatsrechtliche Abteilung in eine staats- und verwaltungsrechtliche umgewandelt wurde —, sondern vor allem deswegen, weil es eine wichtige Lücke des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes ausfüllte: nicht mehr, wie bisher, nur gegen kantonale, sondern auch gegen gewisse eidgenössische Staatsakte, nämlich Verfügungen eidgenössischer Verwaltungsbehörden, steht

[3]) So Reichel, Kommentar zum OG S. X f.

der Rechtsweg offen[4]). Freilich hat man wiederum von einer Generalklausel Abstand genommen; warum, kann hier unerörtert bleiben[5]). Trotzdem kann man heute aus der Tatsache, dass jetzt über fast alle verfassungsmässigen Rechte der Bürger — BV wie kantonale Verfassungen — das BG zu wachen hat, und BR und Bundesversammlung nur noch in ganz wenigen, praktisch minder bedeutenden Fällen zuständig sind, sowie aus den bundesstaatlichen Kontrollfunktionen des BG ohne Übertreibung schliessen, dass die Aufgabe eines obersten, letztlich entscheidenden Hüters der Verfassung in der Schweiz dem BG übertragen ist[6]).

Aber die Frage nach dem Wesen und der Funktion der öffentlich-rechtlichen, insbesondere der Verfassungsgerichtsbarkeit muss noch von einer anderen Seite als der der Suche nach dem „Hüter der Verfassung" betrachtet werden. Es ist dabei auszugehen von einer allgemeinen Erwägung über die Aufgabe und den Zweck der Justiz schlechthin. Dieser ist nämlich in erster Linie darin zu sehen, dass eine Gewalt da ist, die den Rechtsfrieden wahrt und ihn, wenn er gestört ist, schleunigst wiederherstellt. Nicht dass im konkreten Einzelfall immer höchste Gerechtigkeit geübt wird, sondern dass überhaupt eine Stelle existiert, vor der allein und sonst nirgends alle Streitfragen schiedlich-friedlich geklärt und entschieden werden, eine Stelle, deren Spruch geeignet und bestimmt ist, den Streit ein für allemal aus der Welt zu schaffen und somit einen Gefahrenherd, der den Rechtsfrieden bedroht, zu beseitigen, — das ist die Hauptaufgabe der richterlichen Tätigkeit, und zwar im privaten ebenso wie im öffentlichen Recht[7]).

---

[4]) S. hierzu vor allem Burckhardt, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Z. f. d. ges. Staatswissenschaft, Bd. 90 S. 225 ff., insbes. S. 227.

[5]) Dazu Burckhardt a. a. O. S. 233.

[6]) S. auch Ruck, Schweizerisches Staatsrecht, S. 218.

[7]) Ähnlich Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Bern 1931, S. 778: „Die Hauptsache

Auch die Organe der Verfassungsgerichtsbarkeit haben, innerhalb der ihnen von der Rechtsordnung zugewiesenen Kompetenz, dieselbe Aufgabe. Sie korrespondiert mit der im vorigen geschilderten Aufgabe der „Behütung der Verfassung" und ergänzt sie. Denn wenn der Verfassungsgerichtsbarkeit die Kontrolle der Rechtmässigkeit der staatlichen Willensbildung und die Schlichtung und Entscheidung von Streitigkeiten und Komplikationen in der Verfassungssphäre oder, darüber hinaus, im gesamten öffentlich-rechtlichen Bereich obliegt, so ist das im Grunde nichts anderes als jene aus der allgemeinen Aufgabe eines jeden Richters fliessende Pflicht zur Sicherung, Behütung und Wiederherstellung des Rechtsfriedens. Es scheint dies eine sehr banale Feststellung zu sein; sie wird hier aber so hervorgehoben, weil wir später, bei der Untersuchung unseres eigentlichen Themas, der Frage der vorsorglichen Verfügungen, sehr weitgehende Konsequenzen für Umfang und Ausgestaltung dieses Instituts aus dieser Feststellung ziehen werden.

Von der gewonnenen Erkenntnis des BG als des Hüters der Verfassung, der Rechtsordnung und des Rechtsfriedens aus, und zwar nur von ihr aus, lassen sich die wichtigsten Prinzipien des von dem BG in seiner Eigenschaft als Verfassungsgerichtshof anzuwendenden Verfahrensrechts bestimmen.

Alle Verfahrensnormen sind Hilfsnormen, d. h. sie bilden die Brücke, mit deren Hilfe die reinen Imperative des materiellen Rechts in unmittelbare, reale, das Individuum berührende Anordnungen der Obrigkeit umgesetzt werden. Vom Standpunkt des Richters aus sind sie Hilfsnormen, weil nur durch die Sätze des Verfahrensrechts der Richter überhaupt in Tätigkeit treten kann. Die ihm

---

ist, dass überall für die Beobachtung des eidgenössischen Rechts gesorgt wird." Wie oben der Text, vor allem auch die völkerrechtliche Literatur, z. B. Lammasch, Rechtskraft internationaler Schiedssprüche, S. 62 f. Unrichtig Frauchiger, Der schweizerische Bundesstaat, S. 199.

durch das materielle Recht gestellte Aufgabe realisiert er mit Hilfe der ihm zur Verfügung gestellten Prozessnormen. Daraus folgt bereits, dass die Ausgestaltung der Prozessnormen im einzelnen abhängig ist von der Aufgabe, der das Gericht dienen soll. Das materielle Recht ist also stets das primäre; die prozessualen Hilfsnormen, als von ihm abhängig, sind sekundär. Aus diesem Grundsatz, den wir als die „Akzessorietät des Verfahrensrechts" bezeichnen, sind eine Reihe sehr weitgehender Konsequenzen zu ziehen. Diese prozessuale Akzessorietät verlangt, dass dem Gericht alle verfahrenstechnischen Hilfsmittel und Massnahmen zur Verfügung stehen müssen, deren es zur Durchführung seiner Aufgabe bedarf. Der Umfang und das politische Gewicht der besonderen Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit bringt es nun mit sich, dass ihre Organe eine besondere, durchaus einmalige, von dem übrigen Justiz- und Prozessaufbau verschiedene Stellung einnehmen. Zwar ist, daran muss festgehalten werden, die verfassungsgerichtliche Tätigkeit echte Rechtsprechung[8]); aber zuzugeben ist, dass die — nolens volens — politisch beeinflusste und unendlich differenzierte Aufgabe von den Organen der Verfassungsgerichtsbarkeit andere Methoden der Rechtsfindung verlangt, als wir sie in der ordentlichen Zivil- und Strafgerichtsbarkeit finden. Sie müssen mehr Bewegungsfreiheit haben als diese; ihre Rechtsfindung kann und muss in viel höherem Masse rechtsschöpferisch, ihre Beweiswürdigung freier, die Zahl der sie einengenden, zwingenden Normen des Prozessrechts geringer sein.

Diese prozessuale Freiheit findet, im allgemeinen wenigstens, ihren Ausdruck in den Verfahrensordnungen der in Betracht kommenden Gerichte, insofern nämlich, als diese das Verfahren nicht erschöpfend regeln, sondern Lücken für die lebendige Rechtsentwicklung, für einen

---

[8]) Anderer Ansicht Kelsen, der in ihr eine „verkappte negative Gesetzgebung" sieht; Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. V, S. 54 und 87.

sich bildenden usus fori lassen[9]). Diese Lücken sind durch die Gerichtspraxis selbst auszufüllen, und zwar durch Ableitung aus dem materiellen Recht, aus Zweck und Funktion des Gerichts heraus, keinesfalls aber durch „ergänzende" oder „analoge" Anwendung von Normen aus dem Zivilprozess. Diese allzubequeme Methode muss hier mit aller Schärfe zurückgewiesen werden; sie trägt Begriffe in das öffentliche Recht hinein, die ihm fremd sind und ihm schaden müssen. Das Rechtsschutzbedürfnis und die Interessenlage in staats- und verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten ist vom Zivilprozess so prinzipiell, wesensmässig verschieden, dass eine analoge Übernahme einzelner Institutionen und Rechtsfiguren, wenn überhaupt, dann nur in Einzelfällen und nach jedesmaliger erneuter sorgfältiger Prüfung möglich ist. Wir werden dieses strikte Verbot jeglicher zivilistischer Analogie im weiteren Verlauf unserer Untersuchung sorgfältig beachten müssen, da bei der Betrachtung der öffentlich-rechtlichen vorläufigen Massnahmen, als eines zuerst im Zivilprozess ausgebildeten Instituts, diese Gefahr besonders naheliegt.

II.

Der Grundsatz des Art. 185 OG.

In den Normen, die das öffentliche Recht der Schweizer Eidgenossenschaft enthalten, ist die Befugnis zum Erlass vorläufiger Massnahmen, „vorsorglicher Verfügungen", mehrfach ausdrücklich verliehen worden. Es wurde schon erwähnt, dass als Organ der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht allein die staats- und verwaltungsrechtliche Abteilung des BG fungiert, sondern dass auch, freilich heute in seiner praktischen Bedeutung zurückgedrängt, der BR ein Stück materieller Verfassungsgerichtsbarkeit

[9]) Am deutlichsten sieht man das in dem höchst unvollkommenen deutschen Gesetz über den Staatsgerichtshof, vom 9. Juli 1921; aber auch das viel ausführlichere OG, soweit es sich mit der Staatsrechtspflege beschäftigt, hat Lücken, wie unten noch zu zeigen sein wird.

ausübt[10]). Der Systematik des OG entsprechend, das die Verfahrensnormen für BG und BR getrennt aufführt, ist auch das Recht zum Erlass vorsorglicher Verfügungen für beide Organe besonders genannt; allerdings ist Art. 191, der von den Interimistica des BR handelte, durch das VDG aufgehoben worden.

Grundnorm und Ausgangspunkt für die weitere Untersuchung ist Art. 185 OG, Nachfolger des Art. 63 des alten OG vom 24. Juni 1874. Insgesamt ist das BG zum Erlass vorläufiger Massnahmen ermächtigt nach Art. 185 OG sowie durch Art. 12 f., 21 II und 36 VDG, der BR nach Art. 25 und 31 VDG. Hinzu kommen noch die vorläufigen Dienstenthebungen von Beamten im Disziplinarverfahren nach Art. 52 des Ges. über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927.

Beginnen wir zunächst mit denjenigen vorläufigen Massnahmen, die nur zu einem ganz bestimmten, ausdrücklich genannten Zweck erlassen werden dürfen. Bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor dem BG (Art. 4 ff. VDG) darf das BG[11]) durch vorsorgliche Verfügung den Vollzug des Verwaltungsentscheides, gegen den vorgegangen wird, bis zu seiner endgültigen Entscheidung aufschieben, soweit nicht, was allerdings nur in Ausnahmefällen zutrifft[12]), der Einlegung der Beschwerde automatisch Suspensiveffekt zukommt, Art. 12 VDG. Zu demselben Zweck kann im Disziplinarverfahren eine vorsorgliche Verfügung vom Präsidenten des BG erlassen werden, Art. 36 VDG, und ebenso im Verfahren vor dem BR,

---

[10]) Diese Teilung der Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen BG und BR kommt schon äusserlich darin zum Ausdruck, dass die Kompetenzen von beiden (Art. 175, 178, 180, 189 OG) gemeinsam im 4. Abschnitt des OG, der die Überschrift „Staatsrechtspflege" trägt, geregelt wurden.

[11]) Genauer: der Präsident der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung.

[12]) Z. B.: Bundesbeschluss vom 28. 9. 1920 betr. neue ausserordentliche Kriegssteuer, Art. 113 II. Über die normale, nicht suspendierende Wirkung s. Entsch. BG Bd. 12 S. 120.

Art. 25 und 31 VDG. Eigenartigerweise besteht aber auch in denjenigen Fällen, in denen die Aufgabe der Interimistica nicht genau bestimmt, also auch zu anderen Zwecken als der Erzielung eines Suspensiveffektes zulässig ist, wie in Art. 185 OG und den auf ihn verweisenden Art. 13 und 21 II VDG, — auch in diesen Fällen besteht nur eine Praxis in der Suspendierung der Wirkung von kantonalen bzw. eidgenössischen Staatsakten[13]). Die Ursache dafür ist in zwei Besonderheiten des Schweizer Rechts zu finden. Einmal steht im Mittelpunkt der eidgenössischen öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeit die „Beschwerde" im engeren Sinne, d. h. der staatsrechtliche Rekurs wegen Verletzung von Individualrechten durch Gerichte, Verwaltungsbehörden und kantonale Gesetzgeber, sowie die Verwaltungsbeschwerde gegen kantonale letztinstanzliche Entscheide oder Entscheide von Departementen des BR (Art. 8 VDG); sodann aber, was noch wichtiger ist, darf durch die vorsorgliche Verfügung nur der bestehende Zustand festgehalten (Art. 185 OG), nicht aber ein neuer Zustand, wenn auch nur vorübergehend, geschaffen werden. Dieses unbedingte starre Festhalten am status quo wird auch von der Rechtsprechung betont[14]). Wenn nun eine Beschwerde vor dem BG oder dem BR schwebt, so bleibt, da sich das Interimisticum auf die Erhaltung des bestehenden Zustandes beschränken muss, faktisch als einziger Anwendungsfall der vorsorglichen Verfügung die Suspension der Wirkung des angefochtenen Staatsaktes übrig. — Auch bei der anderen Alternative im Art. 185 OG: „um den bestehenden Zustand festzuhalten oder bedrohte rechtliche Interessen einstweilen sicherzustellen", wäre also

[13]) Auch die Literatur spricht nur von dieser einen Funktion; s. z. B. Giacometti, S. 214.

[14]) Burckhardt, Schweizer Bundesrecht, Nr. 1013 I: „... die Voraussetzungen des Art. 185 OG seien nicht gegeben, da durch die begehrte Verfügung nicht ein bestehender Zustand festgehalten würde, sondern neue Verhältnisse geschaffen würden." Ebenso noch einmal a. a. O. Nr. 1013 IV.

nach dem Gesagten die Schaffung eines völlig neuen Zustandes ausgeschlossen. Die in concreto zu schützenden Rechte müssen also bereits bestehen oder bestanden haben; ein neues Recht „provisorisch" zu verleihen wäre demnach nicht angängig. Man wird jedoch u. E. dieses Prinzip nicht überspannen dürfen. Wenn der status quo offensichtliche krasse Ungerechtigkeiten enthält, so kann man dem Beschwerdeführer nicht zumuten, ihm nur die Wahl zu lassen zwischen zwei Übeln: dem sofortigen, ihm vielleicht unersetzlichen Schaden bringenden Vollzug des Entscheides, gegen den er doch rekurriert hat, einerseits, und der Aufrechterhaltung des ungerechten status quo andererseits. In einem solchen Fall müsste das BG, seiner hohen Funktion als Wahrer von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit eingedenk, über den Wortlaut des Art. 185 OG hinaus, praeter legem diejenigen provisorischen Anordnungen treffen, durch die ein alle Beteiligte, wenn auch nicht restlos, so doch wenigstens einigermassen zufriedenstellender modus vivendi geschaffen wird, — auch auf die Gefahr hin, dass bei der Sicherstellung der „bedrohten rechtlichen Interessen" der status quo überschritten wird.

Betrachten wir nun die Voraussetzungen, wie sie, da das Gesetz schweigt, in der Praxis des BG und des BR allmählich herausgebildet wurden. Wichtigste Bedingung für den Erlass einer vorsorglichen Verfügung ist, dass im konkreten Fall ein Bedürfnis vorliegt, d. h., wie der BR einmal formulierte, der Antragsteller muss „zwingende Gründe für den Erlass einer solchen Verfügung" vorbringen und muss nachweisen, dass ihm sonst „bedeutende Nachteile erwachsen" würden[15]). Wann diese Voraussetzung zutrifft, lässt sich nicht generell, sondern nur nach Würdigung sämtlicher Merkmale des zu beurteilenden Einzelfalles entscheiden[16]).

---

[15]) Burckhardt, Schweizer Bundesrecht, a. a. O. — Auch Giacometti, S. 215, betont, dass die vorsorgliche Verfügung nur dann zulässig ist, wenn sie — objektiv — erforderlich ist.

[16]) Ebenso Giacometti, S. 216.

Wenn das BG bzw. der BR das Vorliegen eines Bedürfnisses bejaht hat, prüft es, bevor es dem Antrag stattgibt, erst noch, ob dem vom Rekurrenten geltend gemachten Bedürfnis nicht ein anderes, höherwertiges Bedürfnis entgegensteht, entsprechend dem Grundprinzip des öffentlichen Rechts, dass Interessen und Rechtsvorteile der Einzelnen, singulorum utilitas, den übergeordneten Allgemeininteressen, dem „status rei publicae", zu weichen haben[17]). Aber selbst wenn unbestrittenermassen ein Bedürfnis vorliegt, und wenn auch kein öffentliches Interesse dem Erlass eines Interimisticums entgegensteht, so wird dieses doch nicht erlassen, wenn das Gericht nach oberflächlicher Prüfung der Sach- und Rechtslage — eine gründliche Prüfung würde dem Wesen des vorsorglichen Verfügungsverfahrens widersprechen — zu der Überzeugung kommt, dass die Beschwerde doch unbegründet ist und in der Endentscheidung wahrscheinlich doch verworfen werden wird[18]). Freilich muss man sich darüber klar sein, dass diese beiden Einschränkungen gefährliche Waffen sind, vor deren leichtfertiger Anwendung man im Interesse eines möglichst lückenlosen Rechtsschutzes warnen muss[19]). — Sind alle diese Klippen glücklich umschifft, d. h. liegt das Bedürfnis nach der vorsorglichen Verfügung

---

[17]) Der BR hat (Burckhardt, Schweizer Bundesrecht Nr. 1013 VII) ausgesprochen, dass dem Antrag auf Erlass einer vorsorglichen Verfügung dann entsprochen werden solle, wenn „nicht die Abweisung mit Rücksicht auf das allgemeine Interesse dringend geboten erscheine".

[18]) Burckhardt, Schweizer Bundesrecht, a. a. O.: „... wenn sich der Rekurs nicht von vorneherein als unbegründet herausstellt." Etwas zu eng die Formulierung Giacomettis, S. 215: „Die vorsorgliche Verfügung kann somit nur unter der Voraussetzung der Gutheissung des Beschwerdeantrages . . . ergehen."

[19]) Allerdings gibt die bisherige Praxis des BG zu derartigen Befürchtungen noch keinen Anlass. Wie oben der Text auch Dubs, 2. Theil S. 85: „Natürlich soll . . . von diesem Recht nur da Gebrauch gemacht werden, wo sonst unabwendbarer Schaden entstünde. Es ist dies ein Punkt, der in der Anwendung grosse Vorsicht erheischt."

unbestritten vor, steht kein dringendes öffentliches Interesse entgegen und erscheint auch die Beschwerde nicht von vorneherein als unbegründet, dann „soll" das Provisorium erlassen werden[20]). Man wird daraus zu schliessen haben, dass die Praxis dem Antragsteller in diesem Falle, bei Vorliegen aller Voraussetzungen, einen Rechtsanspruch auf Erlass der vorsorglichen Verfügung zuerkennt. Doch kann das nicht absolut gelten. Art. 185 OG gibt seinem Wortlaut nach („Der Präsident ist befugt . . .") nur eine Berechtigung, nicht aber eine Verpflichtung, lässt also in jedem Fall dem richterlichen Ermessen in concreto noch einen weiten Spielraum. Wenn schon das BG nicht von Amts wegen einschreiten darf, sondern erst die Stellung eines Antrages abwarten muss, so muss man ihm, als dem Hüter der Verfassung und der Rechtsordnung überhaupt, zumindest die Freiheit zubilligen, mit dem Antrage nach Zweckmässigkeitsgesichtspunkten zu verfahren; — natürlich nur innerhalb der Grenzen, die ihm durch das positive Recht gesetzt sind, und unter strikter Vermeidung von Willkür[21]).

Es ist bisher das Problem der vorsorglichen Verfügungen nur in bezug auf die Verfassungs-, bzw. Verwaltungsbeschwerde geprüft worden, nicht aber in bezug auf die anderen Kompetenzen des BG, nämlich auf die Zuständigkeit zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten zwischen Bundesbehörden und Kantonalbehörden andererseits und Streitigkeiten zwischen Kantonen (Art. 113 BV, Art. 178 Ziffer 1 u. 2 OG). Angesichts des Fehlens jeglicher Praxis auf diesen anderen Gebieten muss man sich fragen, ob auch in den ersten beiden Fällen des Art. 113 BV vorsorgliche Verfügungen erlassen werden können. Diese Frage ist vorbehaltlos zu bejahen. Wenn ein Bedürfnis nach Suspendierung oder irgendwelchen andern rechtspolizeilichen Massnahmen provisorischen Charakters bei

[20]) BR in Burckhardt, Schweizer Bundesrecht, a. a. O.

[21]) Das Verbot der Willkür muss als allgemeines Rechtsprinzip wie überall, so auch hier angewendet werden.

derartigen Streitigkeiten entsteht, so kann der BG-Präsident sie auch erlassen. Dass sich Art. 185 seinem Wortlaut nach („. . . nach Eingang der Beschwerdeschrift . . .") auf den Rekurs beschränkt, steht dem nicht entgegen. Der von uns oben aufgestellte Grundsatz von der „Akzessorietät des Verfahrensrechts", der alle diejenigen prozessualen Institute gestattet, deren das Gericht zur vollständigen Erfüllung seiner Aufgaben bedarf, findet hier seine praktische Nutzanwendung. Einzig und allein das Bedürfnis nach derartigen Provisorien in der staatsrechtlichen Praxis entscheidet hier über die Frage der Zulässigkeit[22]).

III.

Einschränkungen und Begrenzungen der grundsätzlichen Zulässigkeit vorsorglicher Verfügungen.

Mit der Darstellung des im Art. 185 OG und den entsprechenden Artikeln des VDG normierten Grundsatzes der Zulässigkeit vorsorglicher Verfügungen im Interesse von Friedenserhaltung und Prozeßschutz ist erst der erste Teil unserer Untersuchung beendet. Es bleibt noch die Frage offen, ob diese Befugnis schrankenlos ist, oder ob nicht gewisse Begrenzungen gezogen werden müssen, Begrenzungen, die sich notwendig aus den das öffentliche Recht beherrschenden Prinzipien im allgemeinen oder aus der Funktion der provisorischen Massnahmen im besonderen ergeben. Diese Einschränkungen können materieller Art sein, sie können sich aber auch aus den für das BG geltenden Verfahrenssätzen ergeben, mithin prozessualer Art sein.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit, als Produkt und zugleich Krone und Vollendung der rechtsstaatlichen Ga-

---

[22]) Ebenso H. Huber, Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen, Berner Diss. v. 1926, S. 169, für den Kompetenzkonflikt.

rantien[23]), ist auch notwendigerweise an die Gesetze und Grenzen dieses staatsrechtlichen Systems gebunden, und zwar sowohl als Ganzes als auch in ihren einzelnen Rechts- und Prozessinstituten, wie etwa in den hier zur Erörterung stehenden vorsorglichen Verfügungen. Grenzen, die die BV der Entscheidungskompetenz des BG setzt, gelten naturgemäss auch für dessen Interimistica: wenn dem BG die Befugnis entzogen ist, Bundesgesetze auf ihre Übereinstimmung mit der BV zu prüfen (Art. 113 III BV), so sind auch vorsorgliche Verfügungen unzulässig, die in das materielle richterliche Prüfungsrecht hineinreichen. Ferner kann das BG Staatsakte (Verfügungen, kantonale Gesetze oder Gerichtsurteile), gegen die rekurriert wird, nur aufheben (kassieren) oder gutheissen (genehmigen), nicht aber inhaltlich abändern[24]), und zwar weder endgültig noch provisorisch.

Schwieriger ist, die Einschränkungen zu ziehen, die sich aus dem OG selbst, insbesondere aus dem Art. 185 ergeben. Man wird die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen jedenfalls dann ablehnen müssen, wenn durch ihren Erlass zwar dem Antragsteller geholfen, aber dem Rechtsfrieden im ganzen damit nicht gedient wird. Der BR hat diese Einschränkung in der Formulierung „durch das öffentliche Interesse geboten" zum mindesten mittelbar zum Ausdruck gebracht[25]). Bei dem praktisch häufigsten Fall der Schweizer Verfassungsgerichtsbarkeit, dem staatsrechtlichen Rekurs, wo der Antragsgegner stets ein öffentliches Gemeinwesen ist, wird, wenn dem Antragsgegner „unersetzlicher Schaden" entstehen würde, stets

[23]) Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 448: „Diese Verfassungsgerichtsbarkeit erfüllt im Leben des schweizerischen Volksstaats eine besondere Aufgabe. In der Demokratie ist das letzte Bollwerk für Verfassung und Recht der Richter. Auf das Vertrauen zu ihm gründet sich das Gefühl der Rechtssicherheit."

[24]) So Jenny, Die Aufsicht des Bundes über die Kantone, S. 105 f.

[25]) Burckhardt, Schweizer Bundesrecht, Nr. 1013 VII.

das öffentliche Interesse berührt; aber auch in den anderen zur Zuständigkeit des BG als Staatsgerichtshof gehörenden Kompetenzen wird man, über die zitierte Formulierung des BR hinaus, zu erwartende irreparable Schäden des anderen Streitteils als Grenze der Zulässigkeit vorsorglicher Verfügungen festlegen müssen.

In einigen der Bestimmungen des VDG, die von vorsorglichen Verfügungen handeln (Art. 12, 25, 31, 36), werden Provisorien überhaupt nur zu dem Zweck zugelassen, den Vollzug von gewissen Staatsakten aufzuschieben. In diesem Falle ist also, anders als in Art. 185 OG und in Art. 21 VDG, eine sehr deutliche Grenze im Gesetz selbst gezogen. Dafür enthält Art. 185 OG eine andere Einschränkung, nämlich die, dass ein neuer Zustand durch die vorsorgliche Verfügung nicht geschaffen, sondern nur der bestehende aufrecht erhalten werden kann. Dass diese Begrenzung nur relativen Charakter hat, dass im Falle offenbarer Ungerechtigkeit des status quo durch vorläufige Massnahmen praeter legem auch ein neuer tatsächlicher Zustand geschaffen werden kann, wurde schon ausgeführt. Weitere Begrenzungen materieller Natur sind nicht mehr aufzustellen; dagegen sind noch Einschränkungen prozessualer Art zu beachten.

Die den öffentlich-rechtlichen Interimistica des BG und des BR ähnlichen vorläufigen Massnahmen, die in der völkerrechtlichen, internationalen Schiedsgerichts- und Gerichtsbarkeit anerkannt sind — wichtigstes Beispiel: Art. 41 des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofs —, werden in ihrer praktischen Anwendbarkeit und Wirksamkeit durch drei wichtige prozessuale Faktoren erheblich eingeschränkt: nämlich erstens durch die voraussichtliche sachliche Unzuständigkeit des Gerichts und die Unzulässigkeit des Klagantrages, zweitens das Verbot der Vorwegnahme des Endurteils, d. h. das Verbot, Provisorien zu erlassen, die irreparabel sind und die endgültige Regelung des Streitgegenstandes illusorisch machen, — und drittens das Verbot der einfachen Übernahme des Rechtsstand-

punktes des Antragstellers, d. h. die positive Anordnung, die Rechte und Interessen des Antraggegners auch im Provisorienverfahren nicht unbeachtet zu lassen[26]).

In der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit sind diese drei prozessualen Einengungen des Geltungsbereiches der vorsorglichen Verfügungen zwar auch vorhanden und zu beachten, spielen jedoch eine bedeutend geringere Rolle als im Völkerrecht. Einmal hat das BG eine viel weitergehende Kompetenz als der Ständige Internationale Gerichtshof, die Gefahr einer voraussichtlichen Unzuständigkeit ist also praktisch viel geringer, und zweitens gestattet die innerstaatliche Rechtsordnung, in ihrem gegenüber der z. Z. noch sehr lockeren Bindung der Völkerrechtsgemeinschaft erheblich festeren Gefüge, viel mehr Freiheit und Unabhängigkeit von politischen Rücksichten und neben den juristischen einherlaufenden Erwägungen anderer Art. Die letztgenannte Einschränkung, Verbot der Übernahme des Rechtsstandpunktes des Antragstellers, wird überdies dadurch so gut wie vollständig eliminiert, dass das BG und der BR bei Vorliegen aller erforderlichen Voraussetzungen wenigstens grundsätzlich einen Rechtsanspruch des Antragstellers auf Erlass der vorsorglichen Verfügung anerkennen. Kommt es dabei einem Antrag auf Suspension des Vollzuges einer kantonalen Verfügung oder eines Gerichtsurteils nach, so bleibt ihm kaum etwas anderes übrig, als den Rechtsstandpunkt des Rekurrenten — vorläufig! — zu übernehmen.

Bemerkenswert bleibt schliesslich nur noch die verfahrenstechnische Einschränkung, dass das Provisorienverfahren abhängig ist von der Erschöpfung des vorangehenden Instanzenzuges. An sich ist beim staatsrechtlichen Rekurs nicht immer die vergebliche Anrufung der sämtlichen kantonalen Instanzen Voraussetzung; es hängt

---

[26]) Über das Provisorienverfahren vor dem Ständigen Internationalen Gerichtshof s. insbes. Dumbauld, S. 155 ff., und Guggenheim, S. 54 ff.

dies ab von dem Gegenstand des Rekurses im einzelnen Falle[27]). Für den besonderen Fall des vorsorglichen Verfügungsverfahrens muss dieses Erfordernis jedoch immer gelten — vorausgesetzt natürlich, dass im konkreten Fall eine kantonale Instanz überhaupt vorgesehen ist. Es würde auch eine Legalisierung der Rechtsunsicherheit bedeuten, wenn mitten in ein schwebendes Verfahren vor einer kantonalen Instanz oder vor der Anrufung einer solchen eine — doch nur nach oberflächlicher Prüfung der Sach- und Rechtslage erlassene! — vorsorgliche Verfügung eines Bundesorgans eingreifen würde[28]). Diese Begrenzung bedeutet in keiner Weise eine Einschränkung des Rechtsschutzes oder eine Schlechterstellung des Rekurrenten; denn der Vollzug der Entscheidung der höchsten kantonalen Instanz, der allein ihm Schaden bringen könnte, kann immer noch durch die Sistierungsverfügung des BG oder BR bis zur endgültigen Erledigung des Streites durch ein Bundesorgan aufgeschoben werden.

Auf ein weiteres Erfordernis, auf das der BR in seiner zitierten Entscheidung hinweist, nämlich die Rechtshängigkeit der Streitsache vor dem betr. zuständigen Bundesorgan — was mit dem eben genannten Erfordernis der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges korrespondiert —, wird im folgenden noch genauer einzugehen sein.

---

[27]) Äusserungen zu dieser Frage bei v. Salis, Schweizerisches Bundesrecht, 2. Aufl. Bd. IV Nr. 280—287, Bd. III Nr. 1010 f.; Burckhardt, Schweizer Bundesrecht, Nr. 997; Affolter, Die individuellen Rechte nach der bundesgerichtlichen Praxis, S. 98, u. a.

[28]) Nicht ganz hierher gehörig ist der Fall Burckhardt, Schweizer Bundesrecht, Bd. III Nr. 997. Die Ablehnung des beantragten Interimisticums begründete der BR damit, dass die Sache noch vor der höchsten kantonalen Instanz schwebe, weshalb der BR nicht auf die Beschwerde eintreten könne; zum Erlass einer vorsorglichen Verfügung sei er nur dann befugt, wenn die Hauptsache schon vor ihm rechtshängig sei. Zu dieser besondern Frage s. unten unter IV.

IV.

Das Verfahren bei Erlass und Vollstreckung vorsorglicher Verfügungen.

Nach Abgrenzung des materiellen Geltungsbereichs der vorläufigen Massnahmen haben wir uns nunmehr noch mit den formalen Fragen ihres Erlasses und ihrer Vollstreckung zu beschäftigen. Der erste Punkt, der zur prozessualen Frage des Erlasses gehört, ist der der Parteifähigkeit und der Aktivlegitimation, — Fragen, die jedoch für das Provisorienverfahren nicht anders zu beantworten sind als für das Hauptverfahren. Zum staatsrechtlichen Rekurs vor dem BG sind nach Art. 178 Ziffer 2 OG „Bürger" (Private und Korporationen) befugt[29]). Für die besonderen Regeln des Provisorienverfahrens bietet die Frage der Klagebefugnis jedenfalls nichts Neues.

Bedeutsamer sind jedoch andere Punkte, die man als „prozessuale Voraussetzungen" des Erlasses bezeichnen kann. Da ist zunächst das Erfordernis der Rechtshängigkeit des Streites; d. h. es kann im verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine vorläufige Anordnung nur beantragt werden, wenn die Hauptsache schon anhängig gemacht ist oder zum mindesten, wenn beide Anträge, der auf Endentscheidung und der auf Erlass des Provisoriums, gleichzeitig gestellt werden. Ohne dieses Erfordernis würde das ganze Verfahren noch mehr in die Länge gezogen werden, als dies ohnehin schon geschieht. Ein solches Hinauszögern des Endurteils mag im Zivilprozess allenfalls erträglich sein; im öffentlichen Recht, wo durch die vorsorglichen Verfügungen tief eingreifende Massnahmen in das ganze Staatsleben und die ganze

---

[29]) Doch muss der Antragsteller ein eigenes Interesse geltend machen; eine Popularklage ist ausgeschlossen. S. dazu Silbernagel, Die Gleichheit vor dem Gesetz und die bundesgerichtliche Praxis, ZfschwR NF Bd. 21 S. 88: „Eine Aktion zur Wahrung des eigenen Interesses"; ferner Bernheimer, Der Begriff und die Subjekte der verfassungsmässigen Rechte nach der Praxis des BG, Zürcher Diss. v. 1930, S. 127 ff.

Staatstätigkeit getroffen werden können und wo infolgedessen ein Interesse an der möglichst schnellen endgültigen Klärung des Streitfalles besteht, muss man das Verfahren zur Anordnung der vorsorglichen Verfügung und das zur Sach- und Endentscheidung in möglichst engen und zeitlich nahen Zusammenhang bringen. Dieser Gedanke dürfte die ratio legis der im Art. 185 OG enthaltenen Klausel „nach Eingang der Beschwerdefrist" sein.

Als zweite „prozessuale Voraussetzung" müssen wir die Frage stellen, wer den Anstoss zur Ingangsetzung des Provisorienverfahrens gibt, d. h. ob Antrag eines Streitteils erforderlich ist oder ob auch das BG von Amts wegen Interimistica erlassen kann. Dem Wesen der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, als dem Wächter der verfassungsmässigen Ordnung, und der rechtspolizeilichen Funktion der Provisorien entspricht das letztere System mehr[30]). Das BG ist jedoch ausdrücklich nur zum Einschreiten auf Antrag ermächtigt, Art. 185 OG: „. . . auf Ansuchen einer Partei"; aus dieser Formulierung geht hervor, dass etwa beim staatsrechtlichen Rekurs nicht nur der Rekurrent, sondern auch diejenige Behörde, gegen die seine Beschwerde gerichtet ist, zur Stellung des Antrages berechtigt ist.

Eine weitere prozessuale Frage ist, ob dem Erlass eines Interimisticums eine mündliche Verhandlung in Anwesenheit der Parteien, bzw. ihrer Prozessvertreter vorangehen muss, oder ob nicht zum mindesten schriftlich beiden Parteien Gelegenheit gegeben werden muss, zu der Frage einer provisorischen Regelung Stellung zu nehmen. Aus dem OG kann eine Beantwortung dieser Frage nicht entnommen werden. Die bundesgerichtliche Praxis fordert — was u. E. durchaus zu billigen ist — jedoch stets auch den Antragsgegner auf, seine Stellung zu dem Antrag mitzuteilen. Schweigt er auf diese Aufforderung,

[30]) Der Ständige Internationale Gerichtshof hat die Befugnis, provisorische Massnahmen ex officio anzuordnen; Art. 57 II seiner 1931 revidierten Geschäftsordnung.

so wird das vom BG — mit Recht — als Einverständnis mit dem Provisorium ausgelegt[31]). Eine mündliche Verhandlung mit Gegenüberstellung der Parteien ist darnach nicht erforderlich; ein schriftliches Verfahren wird zur Information des BG immer genügen[32]).

Hier knüpft nun eine andere Frage an, nämlich die nach der Begründung des eingereichten Antrages. Das Provisorienverfahren, seinem Wesen nach auf Schnelligkeit eingestellt, kann eine umfassende Beweisaufnahme, wie sie im Hauptverfahren unerlässlich ist, nicht zulassen. Die „oberflächliche Prüfung", die als erforderlich und genügend angesehen werden muss, muss jedoch ausser der Prüfung der Aktivlegitimation und einer wenn auch noch nicht endgültigen Prüfung der Zuständigkeit in der Hauptsache, vor allem die Überprüfung der Schlüssigkeit des Antrages umfassen. In tatsächlicher Hinsicht lässt das vorsorgliche Verfügungsverfahren dem BG noch weniger Raum; im Prinzip wird es sich mit einer Glaubhaftmachung durch die Parteien begnügen müssen.

Es bleibt schliesslich noch die mehrfach bedeutsam gewordene Frage offen, in welcher Zusammensetzung das Gericht im Provisorienverfahren tätig wird, d. h. ob das Gericht in pleno, oder nur dessen Präsident, oder beide nebeneinander zuständig sind. Hierauf erteilt das OG eine klare und eindeutige Antwort: nur der Präsident des BG, d. h. seiner staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung, hat die vorsorglichen Verfügungen zu erlassen, Art. 185 OG, Art. 12 VDG. Nach Art. 63 des alten OG von 1874 konnte gegen den Erlass durch den Präsidenten, bzw. seine Ablehnung des Antrages an das Plenum des Gerichts rekurriert werden; das neue OG hat diese Bestimmung, die also nur eine weitere Verzögerung ver-

---

[31]) Giacometti, S. 218, mit Hinweis auf die gedruckten Formulare der BG.skanzlei.

[32]) Ebenso das Verfahren beim Erlass vorläufiger Massnahmen in der internationalen Gerichtsbarkeit; s. Art. 57 III der Geschäftsordnung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs.

ursachen würde, mit Recht nicht übernommen[33]). Anders ist es jedoch bei denjenigen Fällen, die in die Kompetenz des BR fallen. Der BR wird grundsätzlich als Behörde, d. h. als Ganzes tätig, Art. 103 BV, Art. 30 I VDG. Das muss auch bei den vorsorglichen Verfügungen gelten, obwohl Art. 191 OG, der dies ausdrücklich feststellte („ . . . ausschliesslich dem BR selbst . . ."), durch das VDG ausser Kraft gesetzt worden ist. Da der BR ein in Permanenz tagendes Organ ist, dürfte dem Rechtsschutzbedürfnis auch in den dringendsten Fällen damit hinreichend gedient sein. Wird der Beschwerdeentscheid des BR an die Bundesversammlung weitergezogen, so werden auch in diesem Verfahrensabschnitt die evtl. erforderlich werdenden provisorischen Sistierungsverfügungen vom BR erlassen, Art. 29 II VDG.

Schliesslich muss noch auf die Frage eingegangen werden, ob und wie die erlassenen Verfügungen vollstreckt werden können. Verhältnismässig einfach lässt sich diese Frage zunächst für die Endurteile des BG entscheiden. Ganz allgemein heisst es in der BV, Art. 102 Ziffer 5, dass der BR „die Urteile des BG" vollzieht. Die genauere Anweisung gibt erst das OG (Art. 45): „Die Kantone sind verpflichtet, die Entscheidungen der mit der Bundesrechtspflege betrauten Behörden in gleicher Weise zu vollziehen wie die rechtskräftigen Urteile ihrer Gerichte. Wegen mangelhafter Vollziehung kann beim BR Beschwerde erhoben werden. Der BR trifft die erforderlichen Verfügungen." Diese Bestimmung steht im allgemeinen Teil des OG und gilt also auch für die staats- und verwaltungsrechtlichen Urteile ebenso wie für Zivil- und Strafsachen; zuständig ist, für diese wie für jene, der ordentliche Vollstreckungsapparat der Kantone[34]). Problematisch wird dieses Vollziehungssystem erst, wenn

---

[33]) Hierzu die klare und ausführliche Entscheidung BG Bd. 20, S. 309.

[34]) S. dazu Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 231.

eine Entscheidung gegen den Bund zu vollstrecken ist. Wenn in einem solchen Fall die betr. Bundesbehörden nicht freiwillig die ihnen durch das Urteil auferlegten Pflichten erfüllen, ist das BG als Verfassungsgerichtshof damit an der Grenze seines Machtbereiches angelangt; eine zwangsweise Vollstreckung gegen den Bund ist juristisch nicht möglich[35]). Von dieser Ausnahme abgesehen, sind also die staatsrechtlichen Entscheidungen des BG vollstreckbar; und das gilt nun nicht nur für die sachlichen Endentscheidungen, sondern auch für die vorsorglichen Verfügungen. Zwar ist richtig, dass das Interimisticum gegenüber dem Endurteil nicht ein minus, sondern ein aliud ist; zwar ist auch richtig, dass die Bestimmung des Art. 44 VDG: „als Entscheide im Sinne dieses Gesetzes gelten auch Verfügungen" nur für dieses Gesetz gilt und überdies in einem ganz anderen Sinne gemeint ist, — aber trotzdem bejahen wir die Vollstreckungsmöglichkeit der vorläufigen Massnahmen. Ein „Hüter der Verfassung", der nur ermahnen, Gutachten abgeben, an die „Gutwilligkeit der Streitteile"[36]) appellieren kann, würde seine Aufgabe nur schlecht erfüllen; er muss wenigstens die Möglichkeit haben, auf irgendeinem Wege zwangsweise seine Rechtssprüche zu verwirklichen, wenn er nicht selbst seine Autorität erschüttern will. Aus diesem Grunde muss auch für die vorsorglichen Verfügungen des BG der kantonale Staatsapparat, unter Aufsicht des BR gemäss Art. 45 OG, zur Verfügung stehen. Weigert sich ein Kanton, die ihm durch eine vorsorgliche Verfügung auferlegten Verpflichtungen zu erfüllen, so hätte notfalls Bundesexekution einzutreten[37]).

---

[35]) Dieselbe Problematik galt auch für den deutschen Staatsgerichtshof, dessen Entscheidungen nach Art. 19 II der Weimarer Verfassung vom Reichspräsidenten zu vollstrecken waren.

[36]) Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 135 f.

[37]) Ebenso Giacometti, S. 218. Das gleiche wie für die bundesgerichtlichen Interimistica gilt auch für diejenigen des BR. Ein Beispiel für die Exekution einer bundesrätlichen Sistie-

Wenn nun aber die vorsorglichen Verfügungen bindende Befehle an die Parteien, bzw. nur an den Antragsgegner sind, und nicht blosse Appelle an deren guten Willen, blosse Empfehlungen und Aufforderungen darstellen, so muss man auch aus dieser Feststellung gewisse Konsequenzen für die Frage ziehen können, ob und inwieweit die Interimistica einer Rechtskraft fähig sind. Die Beantwortung dieser Frage wird den Abschluss unserer Untersuchung bilden.

V.

Die Wirkungen der verfassungsgerichtlichen Interimistica.

Die Frage nach der Rechtskraftwirkung öffentlichrechtlicher Interimistica kann nicht beantwortet werden, ohne dass wir uns vorher generaliter die Frage nach der Rechtskraftwirkung im öffentlichen Recht gestellt haben. Es muss schon von vorneherein bemerkt werden, dass sich eine einheitliche Antwort darauf nicht finden lassen wird. Vielmehr wird das Resultat, zu dem wir schliesslich gelangen werden, dass nämlich der Umfang der Rechtskraftwirkung abhängig ist von Art und Charakter und Bedeutung des konkreten einzelnen Streitfalles, zeigen, dass es soviel Variationen der Rechtskraftwirkung, und zwar in objektiver wie in personeller und zeitlicher Hinsicht gibt, wie Streitfälle, die vor den Gerichten des öffentlichen Rechts ausgetragen werden.

Das Wort „Rechtskraft" oder „Feststellungswirkung" wird gemeinhin nur im Zusammenhang mit richterlichen Entscheidungen gebraucht; und zwar ist unter materieller Rechtskraft die Wirkung zu verstehen, die ein formell rechtskräftiges, d. h. durch ein Rechtsmittel nicht oder nicht mehr anfechtbares Urteil auslöst. Notwendige

---

rungsverfügung (durch Entsendung eines Bundeskommissärs) s. bei v. Salis, Schweizerisches Bundesrecht, 2. Aufl. Bd. I Nr. 174. Dazu auch Vogt, Zur Tessiner Frage, Zürich 1889.

Voraussetzung ist also stets das Bestehen einer formellen Rechtskraft. Da in der Schweiz — ebenso wie in Deutschland, in Österreich, in der Tschechoslowakei — die Verfassungsgerichtsbarkeit stets von höchstinstanzlichen Gerichten ausgeübt wird, spielt diese Frage hier keine Rolle; die staats- und verwaltungsrechtlichen Entscheidungen des Schweizer BG sind grundsätzlich, von der Möglichkeit der Revision und des Erläuterungsbegehrens abgesehen (Art. 188, 95 OG), „mit der Ausfällung rechtskräftig und vollziehbar", Art. 195 OG, Art. 13, 21 VDG; ebenso die Entscheidungen des BR (Art. 28, 31 I VDG), soweit sie nicht — Art. 31 II VDG — an die Bundesversammlung weitergezogen werden können. Für deren Entscheidungen gilt in bezug auf ihre Rechtskraft die dem Art. 195 OG entsprechende Bestimmung des Art. 196 OG. Wenn aber hier immer nur von „Rechtskraft" schlechthin gesprochen wird, so kann man aus dem Zusammenhang, in dem dieses Wort gebraucht wird („rechtskräftig und vollziehbar"), nur die Tatsache einer formellen Rechtskraft folgern, aber noch nichts über die Tatsache einer materiellen Feststellungswirkung, geschweige denn über deren Umfang[38]), d. h. über die Frage, ob sich die Feststellungswirkung des Urteils nur auf die Parteien erstreckt (Rechtskraft inter partes) oder ob eine Wirkung „für und gegen alle" die Gesamtheit der Rechtsgenossen, die Gerichte und die Verwaltungsbehörden eintritt (Rechtskraft inter omnes). Es muss also zunächst gefragt werden, ob es in der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts überhaupt eine materielle Rechtskraftwirkung gibt, geben kann, oder ob nicht vielleicht jene früher einmal vom BG vertretene Auffassung richtig ist, dass „die Einrede der res iudicata . . . ihrem Wesen nach eine Institution des bürgerlichen Privatrechts" ist[39]). Wir können uns dieser Meinung nicht anschliessen, sondern vertreten den Standpunkt, dass auch in staats- und verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten

[38]) Ebenso Giacometti, S. 250.
[39]) BG Bd. 5 S. 576.

die Urteile einer materiellen Rechtskraft fähig sind[40]), d. h. für Behörden, Gerichte, Körperschaften des öffentlichen Rechts usw. — ob für alle oder nur für die am Streit Beteiligten, bleibe zunächst noch dahingestellt — verbindlich und zu beachten sind. Würde man nämlich diesen Urteilen die Rechtskraftwirkung nehmen, so würden diese verfassungsgerichtlichen Institutionen nicht mehr Kontrollorgane, „Hüter der Verfassung", sondern bloss noch unverbindliche Gutachter, Ratgeber der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalten sein. Solange aber die Gesetzgeber nicht ausdrücklich die Verfassungsgerichte in diese Funktion zurückgedrängt haben, muss die Rechtskraftwirkung notwendig mit der ganzen Institution und ihren Entscheidungen verbunden bleiben[41]).

Welches ist nun aber der Umfang der Rechtskraft, wenn man die Tatsache als solche bejaht? Man wird ausgehen müssen von dem — auch den Zivilprozess beherrschenden — Prinzip der Rechtskraft inter partes. Wenn, wie das im Zivilprozess die Regel ist, eine Partei gegen eine andere einen Anspruch geltend macht, so genügt es, dass das Urteil den beiden Parteien gegenüber feststellt, was in diesem Falle Rechtens ist, und dass die beiden Parteien, und nur sie, durch das Urteil berechtigt und verpflichtet werden; dritte Personen oder gar die Öffentlichkeit haben an diesem Urteilsspruch zunächst überhaupt kein Interesse. Ebenso muss es im öffentlichen Recht dann sein, wenn eine echte Parteistreitigkeit vorliegt, d. h. wenn das Gericht nur über einen einzelnen geltend gemachten Anspruch zu befinden hat. Wollen sich in einem solchen Fall Dritte auf das Urteil berufen,

---

[40]) So mehrfach das BG selbst, anders als in der eben zitierten Entscheidung, z. B. Bd. 1 S. 281, Bd. 35 I S. 318.

[41]) Hierzu: Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927, S. 61—69; allerdings weniger weitgehend als oben der Text; ferner Gerber, Grundsätze eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, Verwaltungsarchiv (Berlin), Bd. 36 S. 81.

so können sie es nur im Hinblick auf die gerichtliche Praxis im allgemeinen, nicht aber in Hinblick auf die Rechtskraft der einen konkreten Entscheidung. Es besteht bei derartigen Fällen, wo nur über einzelne Rechtsverhältnisse entschieden wird, kein Bedürfnis nach einer über die Parteien hinausreichenden Rechtskraftwirkung.

Anders ist es jedoch in den Fällen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in denen nicht ein einzelner Anspruch zur Entscheidung steht, sondern in denen das „Bestehen oder Nichtbestehen einer Zuständigkeit, eines Hoheitsrechts, Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Rechtsnorm"[42]) festgestellt werden soll. In diesen Fällen wird die Verteilung der Parteien meist eine rein zufällige sein; denn wer eine derartige Streitigkeit, häufig doch nur eine juristische Meinungsverschiedenheit zwischen Behörden, vor das Gericht bringt, ist für die Sachentscheidung letzten Endes unerheblich. Es hat aber dann auch keinen Wert, die Rechtskraftwirkung des Urteils auf die Parteien zu beschränken; es besteht vielmehr ein Bedürfnis bei allen Gerichten, Verwaltungsbehörden, parlamentarischen und kommunalen Körperschaften usw., autoritativ erklärt zu bekommen, ob die betreffende Rechtsnorm oder Kompetenz besteht oder nicht. An einem solchen Urteil ist damit die Öffentlichkeit, die Gesamtheit unmittelbar interessiert; soll hier das BG seine Aufgabe erfüllen, den gestellten Anforderungen gerecht werden, so müssen seine Aussprüche inter omnes wirksam sein[43]). Dem könnte

---

[42]) So die klassisch gewordene Formulierung von Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, Festgabe f. Wilhelm Kahl, Tübingen 1923, S. 113 ff.

[43]) Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Giacometti S. 253, allerdings mit einer anderen Begründung. Nach ihm haben Entscheidungen über „solche Rechtsverhältnisse, die nicht dem Wechsel unterliegen" absolute Rechtskraft. Doch gilt das für ihn nur in zeitlicher Hinsicht; subjektiv nimmt er stets nur eine inter partes-Wirkung an. — Auf die Fragen der Rechtskraft gibt auch Biert in seiner sonst gründlichen Untersuchung: Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze durch den

entgegengehalten werden, dass für den häufigsten Fall der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit, die Verfassungsbeschwerde, den staatsrechtlichen Rekurs wegen Verletzung von Individualrechten, die Frage wenig praktisch ist, weil in diesen Fällen das Urteil ja stets auf den einzelnen geltend gemachten Anspruch zugeschnitten ist, nach dem oben Ausgeführten eine inter omnes-Wirkung mithin gar nicht eintreten kann. Daraus folgt jedoch nun, dass es eben nicht angeht, allein auf die Formulierung des Urteilstenors abzustellen; dann würde man nämlich dem Gericht die Möglichkeit geben, von sich aus willkürlich durch die Tenorformulierung den Rechtskraftumfang seiner Entscheidungen von Fall zu Fall festzusetzen. Man wird also auf die — freilich etwas unmoderne — Theorie Savignys von der „Rechtskraft der Urteilselemente" zurückgreifen müssen[44]). Darnach nehmen nicht nur die Formulierungen des Urteilstenors selbst, sondern auch diejenigen Teile der Urteilsbegründung an der Rechtskraftwirkung teil, die besonders wichtige, entscheidende „Elemente" des Urteils sind, richterliche Feststellungen und Wertungen, auf denen die Entscheidung aufgebaut ist. In Anwendung dieser Theorie kann man also auch bei der in die Form einer echten Parteistreitigkeit gekleideten Verfassungsbeschwerde, über das im Tenor entschiedene Rechtsverhältnis hinweg, eine Rechtskraftwirkung inter omnes annehmen, wenn der Kreis der an dem Streit Beteiligten oder zum mindesten der an seinem Ergebnis Interessierten so gross ist, dass ein dringendes Bedürfnis diese Erweiterung rechtfertigt.

Richter, Berner Diss. v. 1933, keine völlig befriedigende Antwort. Sein Ergebnis, S. 159 ff., dass das Parteiverfahren zur Austragung derartiger Streitigkeiten nicht geeignet sei, ist de lege ferenda höchst beachtlich, hilft aber nicht über die Schwierigkeiten des geltenden Rechts hinweg. Aber auch für Biert „liegt es nahe, dem Entscheid . . . Wirkung inter tertios, . . . nicht nur inter partes, wie im Zivilprozess . . . zu geben".

[44]) v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VI, Berlin 1847, S. 350 ff.

Die aus der vorangegangenen Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse darüber, in welchem Umfange öffentlich-rechtliche Richtersprüche rechtskräftig werden, sind nun auf die Frage nach der Rechtskraftwirkung der vorsorglichen Verfügungen anzuwenden; das ist aber erst dann möglich, wenn die höchst zweifelhafte Frage, ob überhaupt bei Interimistica eine Feststellungswirkung möglich, logisch denkbar ist, bejaht wird. Eine klare Antwort erteilt hierauf nicht einmal der Zivilprozess. Hier steht zunächst nur fest, dass das Urteil im einstweiligen Verfügungsverfahren niemals sachliche Rechtskraft wegen des Anspruches selbst, d. h. also mit Wirkung auf den Hauptprozess begründen kann; was, als dem Begriff des Provisoriums immanent, auch für das öffentliche Recht anzuerkennen ist. Andererseits ist für das erlassene Interimisticum zunächst einmal eine formelle Rechtskraft anzunehmen, denn es würde dem Sinn der vorsorglichen Verfügung als einem provisorischen Notbehelf widersprechen, wenn es gegen ihren Erlass noch ein Rechtsmittel geben würde. Die formelle Rechtskraft tritt vielmehr sofort mit dem Erlass, bzw. mit der Zustellung unangreifbar ein und wird nur durch die besonderen noch aufzuzählenden Endigungsgründe aufgehoben.

Schwieriger ist es jedoch bei der materiellen Rechtskraft. Leugnet man sie völlig, so würde das bedeuten, dass, wenn das Gericht einmal einen Antrag auf Erlass von vorsorglichen Verfügungen zurückgewiesen hat, dieselbe Partei denselben Antrag in derselben Angelegenheit noch einmal stellen könnte, da das Rechtsschutzbedürfnis ja immer noch vorhanden ist. Es würde also dem Missbrauch der Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit mit einer solchen Auffassung Tür und Tor geöffnet sein. Um ein derartiges Ergebnis zu verhindern, ist zunächst eine negative materielle Rechtskraft anzunehmen, dahingehend, dass die Ablehnung eines Antrages auf Erlass einer vorsorglichen Verfügung rechtskräftig wird — und zwar inter partes, was in diesem Falle immer genügen

wird — und erneute Anträge in derselben Sache ausschliesst.

Aber das erlassene Provisorium zeitigt auch positive Wirkungen. Wenn ein Organ der Verfassungsgerichtsbarkeit eine vorsorgliche Verfügung erlassen hat, wird grundsätzlich die Tatsache einer Rechtskraftwirkung zu bejahen sein, wenn auch nicht in dem Sinne, dass ein für allemal damit res iudicata geschaffen wird, aber doch in dem Sinne einer bindenden Verpflichtung der Adressaten, das erlassene Provisorium strikt zu befolgen. Diese Wirkung der vorsorglichen Verfügung ist vom BG deutlich genug ausgesprochen worden[45]). Es wird sich dabei um eine „eingeschränkte" Rechtskraft handeln, und zwar, wie sich aus dem vorher Ausgeführten ergibt, je nach dem Charakter des betreffenden Streitfalles inter partes oder inter omnes. „Eingeschränkt" ist dabei im Sinne von zeitlich eingeschränkt, befristet, zu verstehen. Demnach haben also die Parteien, bei inter omnes-Wirkung auch Gerichte, Verwaltungsbehörden usw. das Provisorium als massgeblich zu beachten[46]); lediglich das BG — bzw. der BR —, das in der Endentscheidung zu der Frage noch einmal Stellung zu nehmen hat, wird in seiner Entscheidungsfreiheit in bezug auf diesen Fall durch das erlassene Provisorium nicht beeinträchtigt. Ebenso wird auch der Gesetzgeber nicht durch die rechtskräftige vorsorgliche Verfügung der Verfassungsgerichtsbarkeit gebunden. Er kann sich darüber hinwegsetzen[47]), allerdings, wie man wohl einschränkend hinzufügen muss, nur mit einem generellen, nicht mit einem ad hoc gedachten Gesetz.

---

[45]) BG Bd. 9, S. 5: „Das Bezirksgericht hatte offenbar der, gestützt auf Art. 63 OG erlassenen Verfügung des BG-Präsidenten ohne weiteres Folge zu leisten und war in keiner Weise befugt, die Befolgung derselben . . . abzulehnen."

[46]) Friedrichs, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 6 S. 403: „Der einstweilen geordnete Zustand gilt als rechtmässig."

[47]) Ebenso Giacometti, Fussnote auf S. 251.

Endlich sind noch einige zusammenfassende Bemerkungen über die Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen und ihrer Wirkungen erforderlich. Einige Möglichkeiten der Aufhebung sind schon erwähnt worden. Dazu gehört vor allem der „normale" Weg, Aufhebung des Provisoriums und des von ihm geschaffenen Zustandes durch sachentscheidendes Endurteil, sowie der ebenfalls schon genannte durch Ausspruch des Bundesgesetzgebers. Daneben bestehen jedoch noch andere Möglichkeiten der Aufhebung. Es ist denkbar und möglich, dass die vorsorgliche Verfügung aufgehoben wird durch ein neues, von der Gegenseite beantragtes Provisorium, etwa dann, wenn durch neue Tatsachen oder Eingriffe Dritter während der Rechtshängigkeit des Streites die durch das erste Interimisticum geschaffene Lage nun ihrerseits unhaltbar geworden ist und „irreparable Schäden" mit sich bringen würde, so dass Rechts- und Prozessicherheit ein neues provisorisches Eingreifen des Richters erfordern. Das Primat dieser beiden Prinzipien gestattet eine solche Konstruktion, die noch einmal damit die grosse Bedeutung des Instituts der vorsorglichen Verfügungen für die Erhaltung des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit unterstreicht.