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: 55 (1936)

Artikel: Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte

Autor: Huber, Hans

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895714

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: 13.12.2025

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

Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte.

Referat von Bundesrichter Dr. Hans Huber, Lausanne.

Inhaltsverzeichnis:

I. Ideen- und institutionengeschichtliche Einleitung . 5a

II. Naturrecht und Verfassungsrecht 39a

III. Verfassungs- und Verhaltungsrecht 47a

IV. Grundrecht und subjektives öffentliches Recht . . 54a

V. Individualrechte und objektives Recht 62a

VI. Grundrechte und Gesetz 74a
1. Bloss gesetzmässige Grundrechte 74a
2. Grundrechte und Gesetzmässigkeit der Verwaltung 82a
3. Die Geltungskraft der Grundrechte 91a

VII. Eidgenössische und kantonale Grundrechte . . . 110a

VIII. Die Arten der Grundrechte 115a
1. Die Freiheitsrechte 116a
2. Die Rechtsgleichheit 122a
3. Die Gewaltentrennung 124a
4. Bundesstaatliche Grundrechte 129a
5. Die politischen Staatsbürgerrechte 130a
6. Rechte auf staatliche Leistungen 132a
7. Die Gemeindeautonomie 133a
8. Institutionelle Garantien und Institutsgarantien 135a

IX. Die Auslegung der Grundrechte 135a

X. Ausgewählte Fragen aus Theorie und Praxis . . . 157a
1. Zur Willkürbeschwerde 157a
2. Über die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde 169a
a) Allgemeines 169a
b) Die Legitimation zur Anfechtung von Vergünstigungen und Privilegien 181a

XI. Das Wesen der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit 186a

XII. Die Zukunft der Grundrechte 190a

Die Völker haben die Frage nach dem Verhältnis von staatlicher Autorität und individueller Freiheit nach Zeit und Umständen und ihrer geschichtlichen Erfahrung verschieden beantwortet. Die verfassungsmässigen Rechte der Bürger, insbesondere die Freiheitsrechte, sind ein Teil einer bestimmten Antwort auf diese Frage, der Antwort des liberal-demokratischen Rechtsstaates des 19. Jahrhunderts. Sie sind konstitutionelle Verankerungen einer bestimmten Staatsauffassung, oder, wie Richard Thoma[1]) sie nennt: „Stationen in dem ewig hin und her flutenden Prozess the man versus the state."

In der Gegenwart wird auch in der Schweiz nach einer langen positivrechtlichen Epoche die Frage wieder aufgeworfen, wie das Verhältnis von Staat und Mensch, Autorität der Rechtsgemeinschaft und individueller Freiheit, geordnet sein solle. Wenn der Staat bedrängt und von Gefahren umbrandet ist — und zurzeit ist er durch das Fehlen der Staatsgesinnung und die geistige Desorientiertheit[2]) fast bis zum Zerfall bedrängt —, gebietet die Staatsraison, dass er seinen Gegnern die Freiheit ihrer individuellen Sphäre und die Freiheit der Mitwirkung bei seiner Willensbildung beschränke; die Antwort droht selbst im Kleinstaat zugunsten der Autorität zu lauten. Allein die Unterbindung der Freiheit schwächt die Verantwortung des Einzelnen, und das schadet wiederum der Erfüllung der Staatsaufgaben, namentlich der gesetzgeberischen. Wo die Grenze zu ziehen sei, entscheidet der Staat selber. Die Frage war aber vielleicht seit einem Jahrhundert noch nie so zugespitzt, die Gefahr einer voreiligen oder falschen Antwort noch nie so gross. Auch die verfassungsmässigen Rechte der Bürger werden von den Entscheidungen betroffen werden; auch sie gehören in diese brennende

---

[1]) In der Festgabe für das preussische Oberverwaltungsgericht 1925 S. 187.

[2]) J. Wackernagel, Der Wert des Staates 1934 S. 267 ff.; W. Burckhardt, Staatliche Autorität und geistige Freiheit 1936 S. 30.

Problematik. Darum ist es nicht ohne Wert, sie zuerst besser kennenzulernen.

Einzelne Gegenstände früherer Beratungen des Schweizerischen Juristenvereins haben sich mit den verfassungsmässigen Grundrechten der Bürger berührt[3]). Die Bedeutung dieser Rechte im System des Rechts und innerhalb des Verfassungsrechts ist aber noch nie behandelt worden. Auch in der schweizerischen staatsrechtlichen Literatur sind die Abhandlungen über die Grundrechte dünn gesät[4]),

---

[3]) Wie der staatsrechtliche Rekurs (Referate von Schoch und Carrard 1886 in Schaffhausen), das Doppelbesteuerungsverbot (Referate von Speiser 1886 in Schaffhausen, von Speiser und Borel 1902 in Sarnen), das Pressedelikt im Schweizerischen Strafgesetzbuch (Referate von Paccaud und David 1894 in Basel), die eidg. Verwaltungsgerichtsbarkeit (Referate von Vogt und Chappaz 1897 in Zermatt, von Werner 1919 in Genf und von Fleiner 1921 in St. Gallen), Kinematograph und Gewerbefreiheit (Referate von Guex und Henggeler 1916 in Olten), Recht und Staat (Referate von Burckhardt und Schindler 1931 in Schaffhausen) und die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze durch den Richter (Referate von Fleiner und Rappard 1934 in Lausanne).

[4]) Affolter, Die individuellen Rechte nach der bundesgerichtlichen Praxis 2. Aufl. 1915; Bernheimer, Begriff und Subjekte der verfassungsmässigen Rechte nach der Praxis des Bundesgerichts 1930; Blumer-Morel, Handbuch des schweiz. Bundesstaatsrechts 3. Aufl. 1891 I 354 ff.; Burckhardt, Kommentar der BV 2. Aufl. 1914 Einleitung S. 21 ff., 3. Aufl. 1931 S. 779 und dort N. 1 zit. Lit.; Fleiner, Bundesstaatsrecht 1923 S. 318 ff.; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 1933 S. 1 ff., 46 ff.; Ed. His, Schweiz. Staatsrecht 1920 u. 1929; Kirchhofer, Über die Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurs, Ztschr. f. schw. Recht n. F. 55 S. 136; Lampert, Bundesstaatsrecht 1918 S. 40 ff.; Ruck, Staatsrecht 1933 S. 49 ff.; Schollenberger, Die schweiz. Freiheitsrechte 1888; Schollenberger, Bundesstaatsrecht 1920 S. 131 ff.; Steinitz, Ztschr. f. schw. Recht n. F. 53 S. 199 ff. Eingehender die ältere Literatur, besonders Dubs, Das Öffentliche Recht der Schweiz. Eidgenossenschaft 1877 S. 149 ff. (auf den wegen seiner Betonung der amerikanischen und Ablehnung der Rousseauschen Einflüsse auf die europäischen Menschen- und Bürgerrechte G. Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 4. Aufl. 1927 S. XIII,

obwohl sie seit bald einem Jahrhundert den Mittelpunkt der staatsrechtlichen Rechtsprechung bilden und im Gegensatz zum Schrifttum des Deutschen Reiches, wo während der kurzen Geltung der Weimarer Verfassung nicht nur die einzelnen Grundrechte in zahlreichen Monographien, sondern auch Ideengeschichte und rechtliche Bedeutung der Grundrechte oft dargestellt wurden[5]).

---

aufmerksam machte), und Kaiser, Schweizerisches Staatsrecht 1858 Buch I S. 101—253.

[5]) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches 7. Aufl. S. 296 ff.; Beyersdorff, Die Staatstheorien in der verfassungsgebenden deutschen Nationalversammlung; Bredt, Der Geist der deutschen Reichsverfassung S. 241 ff.; Bühler, Kommentar zur Reichsverfassung 3. Aufl. S. 118 ff.; Buschke, Die Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes; Düringer, Grundrechte und Grundpflichten, Jur. Wochenschrift 1919 S. 701 ff.; Fleiner, Institutionen 8. Aufl. S. 177 ff.; Gerber, Die weltanschaulichen Grundlagen des Staates; Giese, Die Verfassung des Deutschen Reiches 8. Aufl. S. 241 ff.; Hatschek, Deutsches und preussisches Staatsrecht 2. Aufl. Bd. I S. 211 ff.; Hensel, Grundrechte und Rechtsprechung, Reichsgerichtspraxis Bd. I S. 1 ff.; Hensel, Grundrechte und politische Weltanschauung; Hofacker, Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen; Hofacker, Die Auslegung der Grundrechte; E. R. Huber, Bedeutungswandel der Grundrechte, Archiv f. öff. Recht 23 S. 1 ff.; Holstein, Elternrecht, Archiv f. öff. Recht n. F. 12 S. 187 ff., S. 199 ff.; W. Jellinek, Verwaltungsrecht 3. Aufl. S. 208; Kelsen, Allg. Staatslehre S. 154 ff.; Liepmann, Die Bedeutung der Reichsverfassung für die geistige Kultur Deutschlands; Meissner, Das Staatsrecht des Reiches und seiner Länder S. 219 ff.; Nadolski, Die Unterscheidung und Einteilung der Grundrechte; Oeschey, Die Freiheitsrechte nach deutschem Reichs- und Landesstaatsrecht, Blätter f. adm. Praxis Bd. 66 S. 63 ff., 81 ff.; Planitz, Zur Ideengeschichte der Grundrechte, Nipperdey Bd. III S. 597 ff.; Planitz, Politische Freiheitsrechte; Poetzsch-Heffter, Handkommentar, 3. Aufl. S. 392 ff.; Salander, Vom Werden der Menschenrechte; R. Schmidt, Einführung in die Rechtswissenschaft S. 194 ff.; Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 194 ff.; Carl Schmitt, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, im Handbuch des deutschen Staatsrechtes Bd. II S. 572 ff.; Smend, Verfassung und Verfassungsrecht S. 161 ff.; Smend,

Die Verfassungsrechte der Bürger in der Bundesverfassung und den Kantonsverfassungen sollen nicht einzeln und systematisch dargestellt werden, denn nicht nur gebricht es dem Verfasser an Raum und Zeit, sondern diese Rechte bilden unter sich auch kein System; sie sind gewissermassen historische Grössen, wenn sie ihre innere Berechtigung auch nicht verloren haben. Dagegen sollen zum Schluss etliche besonders aktuelle Fragen herausgegriffen werden.

Die Handels- und Gewerbefreiheit ist aus dem Rahmen der Betrachtung ausgeschieden worden, weil sie teilweise ihre eigene Geschichte[6]) und gewiss auch ihre eigene Zukunft hat.

I. Ideen- und institutionengeschichtliche Einleitung.

In jedem Staat besteht ein mehr oder weniger freiheitliches Verhältnis der Menschen zum Staat. Wer die Geschichte der Grundrechte einfach als die Geschichte der menschlichen Freiheit[7]) auffasst, indem er an die wichtig-

---

Das Recht der freien Meinungsäusserung, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer Heft 4 S. 44 ff.; Stier-Somlo, Die Verfassung des Deutschen Reiches 3. Aufl. S. 74 ff.; Stier-Somlo, im HWB der Rechtswissenschaft Bd. II S. 506 ff., Bd. III S. 45 ff., 50 ff.; Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, Nipperdey Bd. I S. 1 ff.; Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt, in der Festgabe für das preussische Oberverwaltungsgericht S. 183 ff.; Ule, Auslegung der Grundrechte, Archiv für öffentliches Recht Bd. 21 S. 100 ff.; Wolgast, Die Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen im Lichte des Theorems Gemeinschaft und Gesellschaft, Kölner Vierteljahrshefte für Soziologie Bd. V S. 45 ff.

[6]) H. Huber, Die Handels- und Gewerbefreiheit in der Gegenwart, Jahrbuch der NHG 1933; H. Huber, Die Handels- und Gewerbefreiheit 1933.

[7]) D. h. der rechtlichen, nicht der sittlichen Freiheit. Diese sind nicht zu verwechseln, denn mit der Sicherstellung rechtlicher Freiheit ist über die Willensfreiheit noch nicht entschieden. N. Hartmann, Ethik 1926 S. 580 ff.

sten Grundrechte, die Freiheitsrechte, denkt, der kann für jeden Staat eine solche Geschichte der Freiheit oder Unfreiheit schreiben und muss weit zurückgehen. Es ist denn auch wiederholt versucht worden[8]), die Vorläufer der Grundrechte in den abendländischen Staaten der Antike, des Mittelalters, der Renaissance und der Glaubenskriege oder in der staatsrechtlichen Doktrin dieser Zeiten festzustellen: bei Aristoteles, der schon die Freiheit der Mitwirkung im Staate von der individuellen Freiheit von der Staatsgewalt unterschied und im Gegensatz zu Platos Aufgehen des Einzellebens in der Gemeinschaft einen unverlierbaren Anspruch des Menschen auf Eigensein im Staate als zugleich natürlichen und sittlichen Anspruch anmeldete, ohne im Gegensatz zu den Sophisten den Staat aufzulösen[9]), im Postulat des Dikaiarchos[10]), der, freilich in völliger ideengeschichtlicher Isolierung, damals schon die Erhebung der Freiheit zum Verfassungsrecht verlangte, in der provocatio ad populum des römischen Staatsrechtes der republikanischen Zeit[11]), in den germanischen Institutionen der Frieden (Land-, Haus-, Gerichtsfrieden usw.), im mittelalterlichen Widerstandsrecht, im Staat als Teil der göttlichen Gnadenordnung bei Augustin, der staatliche Treue und soziale Gesinnung nicht nur auf den äussern Zwang, sondern auf das christliche Gewissen gründete[12]), in den Gütern der Freiheit, des Lebens

---

[8]) Vgl. namentlich His a. a. O. I S. 61 ff.; Sauter, Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts 1932; Planitz a. a. O. S. 598 ff.; Richard Schmidt, Die Vorgeschichte der geschriebenen Verfassungen 1916.

[9]) Vgl. Menzel, Beiträge zur Staatslehre 1929 S. 136 ff.; Günther Holstein, Geschichte der Staatsphilosophie 1933 S. 18 ff.

[10]) Dikaiarchos (Dicäarchus), Aristotelesschüler auf Sizilien. Fragmente, herausgegeben von Fuhr 1841.

[11]) Im allgemeinen erschien den Römern eine von der Freiheit des Volkes unabhängige Freiheit des Einzelnen als absurd. Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 158.

[12]) Günther Holstein a. a. O. S. 34 ff.

und des Eigentums bei Thomas von Aquino[13]), die — schon meldet sich das katholische Naturrecht — dem Eingriff des Staates entzogen sind, in den bürgerlichen Freiheiten des Bartolus de Sassoferrato und des Marsilius von Padua, in Calvins Lehre vom göttlichen Schutz der Freiheitsrechte des Volkes, in der Beschränkung der königlichen Macht durch das geschriebene Recht und die Gehorsamsaufkündigung bei Bodin[14]).

Die Geschichte der Grundrechte, wie wir sie hier begreifen, d. h. der verfassungsmässigen Rechte der Bürger, die ihrerseits zweifellos auf die amerikanischen und französischen Deklarationen gegen Ende des 18. Jahrhunderts zurückgehen, beginnt jedoch in ziemlich selbständiger Weise erst und nur mit den englischen Volksrechten und der naturrechtlichen Doktrin Englands und des Kontinents. Was sich früher oder daneben nachweisen lässt, sind nur entfernte Analogien oder dürftige geistige Zusammenhänge.

Die englischen Volksrechte nehmen ihren Anfang mit der Magna Charta von 1215, einer von König Johann nach Entgegennahme der von den Baronen vorgetragenen Beschwerden des Landes bewilligten rechtlichen Begrenzung der weltlichen Hoheitsrechte[15]). Die Magna Charta ist wiederholt feierlich bestätigt worden[16]). Ihr schlossen sich in spätern Jahrhunderten als weitere Begrenzungen der staatlichen Macht an die Petition of Rights von 1627, eine Anerkennung von Forderungen der beiden Häuser des Parlaments durch König Carl I.[17]), die Habeas-Corpus-Acte, ein Grundgesetz von 1679 zum Schutz der persönlichen Freiheit vor willkürlicher Verhaftung, und die Bill of Rights, der 1688 der von einer Parlamentskommission ausgearbeiteten Declaration of Rights Gesetzeskraft ver-

[13]) Westphalen-Fürstenberg, Das Problem der Grundrechte 1935 S. 8.

[14]) Günther Holstein S. 60; Kotowitsch, Die Staatstheorien im Zeitalter der Fronde 1912 S. 32 ff.

[15]) Gneist, Englische Verfassungsgeschichte 1882 S. 240 ff.

[16]) Vgl. Gneist a. a. O. S. 257 ff.

[17]) Gneist S. 550.

leihende Erlass nach dem Sturz Jakobs II., der „glorreichen Revolution" und der Landung Wilhelms III. von Oranien. Auch das Entwurf gebliebene Agreement of the people von 1647 gehört hierher, die Forderung des Cromwellschen Heeres auf Herstellung der bürgerlichen Gleichheit. Diese altenglischen Volksrechte sind zunächst ihrem Inhalte nach zu Vorbildern der spätern Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte geworden. Mehrere der verbrieften Rechte finden sich entweder in den Erklärungen und den modernen Verfassungen wieder, andere bilden wenigstens Fragmente heutiger Grundrechte, z. B. aus der Magna Charta: der Grundsatz der Angemessenheit der Polizeibussen und das beneficium competentiae bei der Vollstreckung von Polizeibussen, vor allem aber die Garantie des verfassungsmässigen Richters und Gerichtsverfahrens für alle Freien[18]); aus der Petition of Rights: der Grundsatz, dass ohne Parlamentsbeschluss keine Steuern erhoben werden dürfen, dass Verhaftungen nur auf gesetzlicher Grundlage zulässig sind; aus der Habeas-Corpus-Acte: das Recht des Verhafteten auf Vorführung und Einvernahme innert Frist; aus der Bill of Rights: der Grundsatz, dass ohne Parlamentsbeschluss Gesetze nicht suspendiert werden dürfen, die Petitionsfreiheit, die Wahlfreiheit, die Freiheit der Meinungsäusserung im Parlament, das Verbot übermässiger Prozessbürgschaften. Ferner haben die altenglischen Volksrechte mit den Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte auch äusserlich gemeinsame Züge. Sie sind wie diese als Kataloge, Aufzählungen von Grundsätzen verkündet worden, die besonders wichtig erschienen und sich nicht systematisch, sondern nur in eine Hierarchie der Werte einordnen lassen, und sie gipfeln eigentlich wie diese in erster Linie in Vorwürfen gegen bisherige Unterdrückungen dieser Rechte, werden aber für die Zukunft

---

[18]) Art. 39: Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur aut dissaisiatur aut utlagetur aut exuletur aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale judicium parium suorum, vel per legem terre.

positiv formuliert und sollen mitunter eine erfolgreiche Auflehnung rechtfertigen[19])[20]). Immerhin dürfen auch die Unterschiede nicht übersehen werden[21]). Die englischen Volksrechte sind Pflichten des Königs gegenüber dem ganzen Volk, auch wo der Einzelne der Nutzniesser ist, nicht Rechte des Individuums. Das Subjektive ist überhaupt nicht betont; es handelt sich mehr um die Bindung der Staatsgewalt an Recht und Gesetz, um die staatliche Organisation. Die englischen Rechte anerkennen die Allmacht des Parlamentes und wollen nur an der Garantie des Parlamentsbeschlusses festhalten; die amerikanischen Deklarationen dagegen verkünden Rechte, über die sich auch das Parlament nicht hinwegsetzen darf. Die englischen Bills stellen hauptsächlich althergebrachtes Recht fest und bekräftigen es, die amerikanischen Erklärungen proklamieren neues, revolutionäres Recht. Die englischen Rechte sind von alters her überliefert und gelten nur für das englische Volk, die englischen Untertanen, die amerikanischen dagegen gelten für alle Völker[22]). Die englischen Grundsätze

[19]) Justus Hashagen, Zur Entstehungsgeschichte der nordamerikanischen Erklärungen der Menschenrechte, Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft 1924 S. 473 ff., weist nach, dass die amerikanischen Kolonien, als sie von England abfallen wollten, ihre Beschwerden gegen die königliche Gewalt in die Form positiver Rechtssätze über staatsfreie Sphäre, Freiheits- und Herrschaftsrechte brachten und nachher die Unabhängigkeit gerade mit diesen maskierten Vorwürfen rechtfertigten. Doch für diese Art Rechtfertigung eines revolutionären Vorgangs hatte England selbst den Kolonien ein Beispiel gegeben: die Bill of Rights nach der Verjagung Jakobs II. In der Folge freilich bekämpfte man dann in Amerika die neue Front der eigenen Regierung mit den Rechten, die bei der Abwehr der königlichen Gewalt und Erringung des positiven Kriegszieles, der Unabhängigkeit, verkündet worden waren. Hashagen S. 482.

[20]) Vgl. Bancroft, History of the United States Bd. 7 S. 296 ff.

[21]) Darüber Jellinek a. a. O. S. 34 ff.; Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 157; E. R. Huber a. a. O. S. 3 f.; Koellreutter, Grundriss der allg. Staatslehre S. 101 f.

[22]) „The Virginia declaration came out of the heart of nature,

werden als zweiseitige Abmachungen zwischen Volk und König gedacht, die amerikanischen sind von Natur verliehen, vor Begründung einer Staatsgewalt. Mit einem Wort, in den englischen Volksrechten spürt man noch nicht das Naturrecht, das die geistige Wurzel der amerikanischen und französischen Erklärungen ist.

Das Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts hat die Umbildung der englischen Volksrechte in die allgemeinen Menschen- und Bürgerrechte vollzogen, wie sie dann aus den amerikanischen und französischen Deklarationen hervorgegangen sind[23]). Eine naturrechtliche Philosophie gab es freilich schon im Mittelalter, die aristotelisch-thomasische und scholastische Philosophie der Kirche, die dem heute noch gelehrten katholischen Naturrecht zugrunde liegt, und die so weit ging, das Recht als Gottes Vernunft entsprossen, aber von seinem Willen unabhängig darzustellen[24]). Allein dieses Naturrecht ist auf die Grundrechtserklärungen ohne nennenswerten Einfluss geblieben, denn es stand doch nicht in dem entscheidenden Gegensatz zum Droit divin, das die absoluten Monarchien stützte, sondern behandelte die Natur, wenn es davon sprach, immerhin als Gottesgeschenk, und verdiente seinen Namen hauptsächlich im Hinblick auf den Gegensatz zum spätern Positivismus[25]). In der Tat, erst das Naturrecht der Aufklärung nahm den revolutionären Charakter an, der die Krise des europäischen Bewusstseins um die Wende des

---

and announced governing principles for all peoples in all future times." Bancroft, a. a. O. Bd. 7 S. 243.

[23]) Als Napoleon I. nach St. Helena verbannt wurde, bestürmten zahlreiche Engländer den mit der Fortschaffung beauftragten Admiral, den Auftrag nicht auszuführen, da die Verbannung eine Verletzung der Habeas-Corpus-Rechte sei und diese Rechte jedem Menschen garantiert seien. Um diese Zeit war also der Bedeutungswandel der englischen Volksrechte vollendet.

[24]) Trentin, La Crise du Droit et de l'Etat 1935; Gurvitch, L'Idée du Droit social 1932 S. 174 ff.

[25]) Über die Mehrdeutigkeit der Bezeichnung Naturrecht Gurvitch a. a. O. S. 172.

17. Jahrhunderts kennzeichnet, es erst bedeutete die gründliche Abkehr von dem göttlichen Recht, das unmittelbar aus der christlichen Heilslehre abgeleitet wurde und auf das sich namentlich der Staat Ludwigs XIV. berief[26]). Das Naturrecht war rationalistisch, verwarf das Übernatürliche und damit das Göttliche, und es setzte an Stelle des Gotteswillens die immanente Ordnung der Natur. Die Natur wird als das sicherere Fundament des Rechts betrachtet, als Gott; denn sie wäre auch da „et si deus non esset".

Vom Naturrecht der Aufklärung empfingen die Menschen- und Bürgerrechte ihre Eigenschaften: sie sind unveräusserlich und unverjährbar, natürlich und angeboren, sie gelten für alle Zeiten, Völker und Breitegrade, sind vor- und überstaatlich, und heilig und unantastbar im rationalistischen Sinn. Naturrechtlich gedacht war aber auch, dass überhaupt solche Rechte verkündet werden sollten, dass ein neues Staatsethos proklamiert werden und dass der Staat seine Existenzberechtigung in etwas Negativem, der Wahrung der Freiheit der von Natur aus freien Menschen gewinnen sollte. Naturrechtlich war der individualistische Staat.

Es wäre reizvoll, den Ursprüngen der Menschenrechte bei den einzelnen Vertretern des Naturrechtes nachzugehen. Einige Hinweise müssen aber genügen:

In Deutschland vertrat schon Johannes Althusius (1557—1638), der noch zu den protestantischen Monarchomachen gehörte, in seiner Politica den Gedanken gewisser für den Staat unantastbarer Rechte; das Individuum habe beim Abschluss des Sozialvertrages nur in dem unumgänglichen Mass auf seine natürliche Souveränität

[26]) Bekanntlich vertrat dieser Staat die Devise: Un roi, une foi, une loi. Das Droit divin ist dargestellt in der „Politique tirée des propres paroles de l'Ecriture Sainte", publiziert 1709. Eine eingehende Darstellung der Wendung des Droit Divin zum Droit naturel enthalten J. N. Figgis, The Divine Rights of Kings, 2. Aufl. 1914, und Paul Hazard, La Crise de la Conscience Européenne, 3 Bde 1935 Bd. II S. 45 ff.

verzichtet[27]). Desgleichen führte Hugo Grotius (1583 bis 1645) diese Lehre fort; wenn er auch universalistischer eingestellt war als die meisten Naturrechtler[28]), hob doch auch bei ihm der Staat das Naturrecht nicht auf, sondern modifizierte es nur, und von den angeborenen Rechten erschienen die meisten im bürgerlichen Zustande wieder, als wahre, wenn auch vielleicht nicht hinreichend geschützte Ansprüche gegen den Staat. Die nächste Juristengeneration in Deutschland hat das subjektive Naturrecht weiter ausgebaut: Pufendorf (1632—1694) nahm eine obligatio imperfecta des Herrschers auf Behandlung des Einzelnen als Mensch und Bürger an[29]), und verneinte, dass es ohne Beobachtung der naturrechtlichen Sätze überhaupt eine geordnete Gesellschaft geben könne[30]), Thomasius (1655 bis 1728) und J. H. Boehmer (1674—1749), die vor allem auch die religiöse Freiheit im bürgerlichen Zustand als Naturrecht betonten[31]), und Christian Wolff (1679 bis 1754), der auseinandersetzte, dass weder das Individuum auf seine Rechte verzichten noch der Staat sie entziehen könne. Eigentlich vollendet hat das subjektive Naturrecht aber John Locke (1632—1704). Die einzelnen Elemente seiner Lehre waren alle schon vorgedacht worden, aber er fügte sie in einer Weise zusammen, dass eine überwältigende Wirkung auf die englisch-amerikanische Welt eintrat, noch mehr als von Blackstone (1723—1780)[32]), denn er galt als der klarste der Naturrechtslehrer, als begabt mit dem gesunden Menschenverstand, der bei den angloamerikanischen Völkern beliebt ist. In seinen Traetises of government nannte er Leben, Freiheit und Eigentum als angeborene Individualrechte, die bei der Staatsgrün-

---

[27]) Gierke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien 2. Aufl. 1902 S. 112.

[28]) Gurvitch a. a. O. S. 173 ff.

[29]) Gierke a. a. O. 114 N. 96.

[30]) Hazard Bd. II S. 54 ff.

[31]) Gierke a. a. O. S. 114.

[32]) Hashagen a. a. O. S. 486.

dung dem Schutze des Staates anvertraut werden[33]). Namentlich die Religionsfreiheit soll eine bevorzugte Stellung geniessen. Auch die Gewaltentrennung wird hier vor Montesquieu am englischen Vorbild erläutert: Exekutive und Legislative werden getrennt, und eine Regierung, welche die Freiheit des Volkes missachtet, darf abberufen werden[34]). Die Garantie des Eigentums wird gerechtfertigt als Gewährleistung dessen, was der Mensch durch Mühe und Arbeit der Natur abringt. Locke verstand es, Gedanken der englischen Staatsorganisation für das Naturrecht fruchtbar zu machen und auch eine Brücke zwischen dem Naturrecht und dem Protestantismus zu schlagen.

Gegen das Ende der Aufklärungszeit verlegte sich der Schwerpunkt immer mehr auf das subjektive Naturrecht. Die natürlichen Rechte werden ausgedehnt und vermehrt; in England wird sogar die Pressfreiheit verwirklicht. Schritt für Schritt wird aber auch der Staat reduziert auf eine Anstalt zum Schutz dieser Rechte. Der Einzelne wird zum Träger eines absoluten Wertes, und seine private Sphäre ist etwas prinzipiell Unbegrenztes, der Staat aber ist nur ein Mittel, relativ, abgeleitet, begrenzt und von Privaten kontrollierbar[35]). Seine Aufgaben schrumpfen, wenn man ihn auf den Schutz der Menschenrechte beschränkt, zu den Funktionen einer Versicherungsanstalt für Personen und Eigentum zusammen[36]). Kaum ein Ausspruch ist aufschlussreicher als der des jungen Wilhelm von Humboldt[37]), dass ein Gesetz erlassen werden müsse, wonach jede moralische Person oder Gesellschaft

---

[33]) Redslob, Die Staatstheorien der französ. Nationalversammlung 1912 S. 79 ff.; Planitz a. a. O. S. 605.

[34]) Hazard Bd. II S. 62.

[35]) Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 158 ff.

[36]) Gierke a. a. O. S. 305; Lassalle nannte diesen Staat bekanntlich den Nachtwächterstaat.

[37]) In seinen Ideen zu einem Versuche, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, 1792. Dazu Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur 1932 S. 88 ff.

nichts weiter sei als die Vereinigung der jedesmaligen Mitglieder[38]). Aber auch bei Kant ist der Staat nichts weiter als eine Vereinigung von Menschen unter Rechtsgesetzen, seine einzige Aufgabe der Rechtsschutz[39])[40]).

Im amerikanischen Befreiungskrieg und der Französischen Revolution begannen diese Knospen zu spriessen, begann das Naturrecht positives Recht zu werden. Damals setzte der Prozess ein, der als Verwirklichung der Menschen- und Bürgerrechte gedacht war, ohne dass zum allgemeinen Bewusstsein kam, dass Naturrecht gerade durch Überführung in positives Recht seine Heiligkeit und Unantastbarkeit einbüsst. Wie sollte naturgegebenes Recht auch der Verwirklichung bedürfen?

Am 12. Juni 1776, noch kurz vor der Unabhängigkeitserklärung vom 4. Juli 1776, aber immerhin nach der ersten gemeinamerikanischen Beschwerdeschrift des Kongresses von Philadelphia gegen das Mutterland[41]), erliess die fünfte Konvention (Volksvertretung) der südlichen Kolonie Virginia zu Williamsburgh die erste Erklärung der

---

[38]) Vgl. aber über den spätern Humboldt: Kaehler, Wilhelm von Humboldt und der Staat 1927.

[39]) Larenz, Die Rechts- und Staatsphilosophie des deutschen Idealismus und ihre Gegenwartsbedeutung 1933 S. 101 ff.

[40]) Der Staat als Apparat zur Sicherung des Einzelnen ist wohl nie ganz in die schweizerische Auffassung von der Freiheit eingegangen, so wenig als in die deutsche (Plessner, Das Schicksal deutschen Geistes im Ausgang seiner bürgerlichen Epoche 1935 S. 41 ff.), und daher erklärt es sich, dass die Freiheitsrechte in der Schweiz in ihrer Abstraktheit neben der Freiheit als allgemeiner Freiheit und als Unabhängigkeit nicht die Bedeutung erlangt haben wie in den Staaten der westlichen Aufklärung. Schindler a. a. O. S. 133 ff. führt aus, dass Freiheit die Negation jeder Bindung, Gleichheit die Negation jeder Unterordnung sei, dass aber Freiheit und Gleichheit nie die Demokratie ausmachen, und er gibt der schweizerischen Lösung auch ein Lob, weil in ihr das im engern Sinn Ideologische verdrängt worden sei.

[41]) Über die staatsrechtlichen Verhältnisse der Kolonien vor der Unabhängigkeit vgl. His a. a. O. I S. 13 ff.; Naumann, Vom Staatsrecht der Neu-England-Kolonien im 17. Jahrhundert 1930.

Menschen- und Bürgerrechte, die Virginia Bill of Rights[42]). In der Einleitung zur Virginischen Verfassung von 1776, die auf Aufforderung des Kongresses von Philadelphia hin erlassen und deren Autor Thomas Jefferson (1743 bis 1826) der spätere Präsident der Vereinigten Staaten war, aber auch in der Bill of Rights selbst, wird der Einfluss der englischen Volksrechte offenbar: es wird protestiert gegen die Auflösung der Volksvertretungen durch den König, gegen die Haltung von stehenden Heeren und Kriegsschiffen, gegen die Unabhängigkeit der militärischen Gewalt von der bürgerlichen, gegen die Einquartierungen, gegen die Unterbindung des Handels in Kriegszeiten, gegen die Einbrüche in die Rechte im Strafverfahren der Habeas-Corpus-Acte, gegen fremde Jurisdiction, gegen die Auferlegung von Steuern ohne Zustimmung der General Assembly, wie durch die Stempelakte von 1765, gegen die Missachtung des Petitionsrechtes, und es werden die entsprechenden Rechte für die Zukunft feierlich proklamiert, also sachlich aus den englischen Rechten herübergenommen, wenn auch zu Menschenrechten verallgemeinert[43]). Verfasser der Erklärung war George Mason, doch hat Madison (1751—1836), der spätere Präsident der Vereinigten Staaten, es durchgesetzt, dass — eine der bedeutendsten Bestimmungen — nicht nur religiöse Toleranz verkündet, sondern Bekenntnisfreiheit gewährleistet wurde[44]). Aber auch der naturrechtliche Einfluss ist un-

[42]) Über die Geschichte dieser Erklärung Bancroft a. a. O. S. 236 ff.

[43]) Section VI: The men cannot be taxed or deprived of their property for public uses, without their own consent or that of their representatives. Section XIII: That a well-regulated militia, composed of the body of the people, trained to arms, is the proper, natural und safe defence of a free State; that standing armies, in time of peace, should be avoided, as dangerous to liberty, und that in all cases the military should be under strict subordination to, und governed by, the civil power. Hier findet sich also sogar eine naturrechtliche Begründung des Milizsystems.

[44]) Die Virginier Hamilton, Jefferson und Madison haben später auch regen Anteil an der Ausarbeitung der heute noch

verkennbar, namentlich derjenige von Locke[45]). Der Zweck des Staates wird in der Virginia Bill individualistisch, ja teilweise sogar rein negativ umschrieben als Sorge für das Höchstmass von Glück und Sicherheit des Einzelnen und Bekämpfung schlechter Verwaltung (Section III), die Volkssouveränität wird behauptet und es wird beigefügt, dass alle Gewalt durch das Volk nur delegiert, aber nicht aufgegeben werden könne (Section II), die Gewaltentrennung wird mit der Volkssouveränität kombiniert[46]), und es wird sogar eine allgemeine Erklärung über menschliche Freiheit vorausgeschickt[47]). Von heutigen Individualrechten sind schon in der virginischen Erklärung enthalten: die persönliche Freiheit, namentlich ihre Garantien im Strafverfahren (Section I und X), die Eigentumsgarantie (Section I), die Pressfreiheit[48]), die Wahlfreiheit und, soweit dafür nötig, auch die Versammlungsfreiheit (Section VI), die Bekenntnisfreiheit[49])

---

geltenden Verfassung der Vereinigten Staaten vom 4. März 1789 genommen. Hamilton war der Führer der Federalists, Jefferson ihr Gegner, doch bedeutete Federalist sein, Anhänger der Ausdehnung der Bundesgewalt sein. Wie aus dem Federalism im Sinn eines Ausgleichs zwischen Zentral- und Partikulargewalt allmählich der Nationalism, d. h. der Zentralismus in unserm Sinne wurde, zeigt im Spiegel der Rechtsprechung des obersten Bundesgerichtes Corwin, The Twilight of the Supreme Court 1934 S. 1—51.

[45]) Salander S. 34 ff.

[46]) Section V: That the legislative and executive powers of the State should be separate und distinct from the judiciary . . .

[47]) Section I: That all men are by nature equally free and independent und have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot by any compact deprive or divest their posterity, namely, the enjoyment of life und liberty, with the means of acuiring and possessing property und pursuing and obtaining happiness and safety.

[48]) Section XII: That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments.

[49]) Section XVI: That religion or the duty which we owe to our Creator and the manner of discharging it, can be directed only by reason and conviction not by force and violence; and

und gewisse weitere Rechte im Strafverfahren, wie die Garantie der Geschwornengerichte (Section VIII).

Von den andern Staaten der ursprünglichen Union haben mehr oder weniger nach dem Vorbild Virginiens Erklärungen der Menschenrechte erlassen: Pennsylvania 1776, Maryland 1776, Nord-Carolina 1776, Vermont 1777, Massachusetts 1780 und New Hampshire 1783; andere, wie New Jersey, Süd-Carolina, New York und Georgia haben darauf verzichtet. In Massachusetts wurden die Menschenrechte ausdrücklich als natürlich, angeboren und unveräusserlich bezeichnet; ebenso wurde dort der Zweck des Staates noch individualistischer gefasst als in Virginia[50]), in Maryland wurde das Widerstandsrecht gegen Willkür aufgestellt und seine Bestreitung als sklavisch, absurd, destruktiv und gegen die Menschheit gerichtet bezeichnet, in Massachusetts wurde der Staat als Institut der Freiwilligkeit gepriesen, in Pennsylvania wurde die Pressfreiheit als Freiheit der Meinungsäusserung überhaupt, auch in Versammlungen, aufgefasst, in Vermont wurde die Entschädigungspflicht bei Enteignungen aufgestellt. Dagegen finden sich noch keine Ansätze für die Vereinsfreiheit und für das richterliche Prüfungsrecht der Verfassungsmässigkeit der Gesetze; besonders in Virginia genoss die Verfassung keinen andern Schutz als das Gesetz, und Jefferson sagte selbst: „The ordinary legislature may alter the Constitution itself.“[51])

Heute haben die meisten Staaten der Union nicht mehr die ursprünglichen Verfassungen; besonders die Südstaaten haben sie wegen der Sklavereikonflikte wiederholt erneuert. Fast alle haben aber in ihren geltenden Ver-

therefore all men are equally entitled to the free exercise of religion, according to the dictates of conscience, and that it is the mutual duty of all to practise Christian forbearance, love and charity towards each other.

[50]) Preamble: The end . . . is to furnish the individuals who compose it with the power of enjoying, in safety und tranquillity, their natural rights and the blessings of life.

[51]) Salander S. 88 ff.

fassungen, entweder am Anfang oder am Ende, Declarations of Rights aufgenommen, die sich mehr oder weniger an die Erklärungen von 1776—1783 anlehnen[52]). Die originellste ist wohl die Verfassung von Kalifornien[53]). Neu in allen oder einzelnen Verfassungen sind: die Trennung von Kirche und Staat und das Verbot der Ausrichtung öffentlicher Mittel an kirchliche Körperschaften, das Recht der Bewegungsfreiheit auf öffentlichen Wegen in Mississippi und Louisiana, das Verbot aller rückwirkenden Gesetze in Pennsylvanien und Texas, der Versuch des Staates Kentucky (in der Verfassung von 1850), zur Beibehaltung der Sklaverei die Eigentumsgarantie als auch durch Verfassungsrevision unabänderlich zu behandeln, die allgemeine Versammlungsfreiheit, die schickliche Beerdigung von Selbstmördern, die Abschaffung des Schuldverhafts, der freie Eigentumserwerb von Ausländern[54]). In der Gegenwart haben die meisten der programmatischen Sätze der Einzelstaatsverfassungen keine grosse Bedeutung mehr, weil sie Gemeingut geworden sind und nicht mehr missachtet werden[55]).

Die Unionsverfassung enthielt anfänglich keine Grundrechtserklärung, mit Ausnahme der Niederlassungsfreiheit in Art. 1 Sect. 9[1]. Doch schon der erste Kongress schritt dazu, zehn Revisionsartikel, Amendments, auszuarbeiten, die alle zu gleicher Zeit in Kraft getreten und den Grundrechten gewidmet sind. Man hat sie nicht mit Unrecht als Anhang, statt als Zusätze, bezeichnet[56]). Sie proklamieren die Religionsfreiheit, die Rede- und Pressfreiheit,

---

[52]) Freund, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika 1911 S. 8.

[53]) Abgedruckt bei J. Bryce, The American Commonwealth 1889 Bd. 1 S. 709 ff.

[54]) Vgl. die Übersicht bei Bryce a. a. O. S. 422 ff.

[55]) „Die Schiessscharten der bürgerlichen Staatsburg zeigen alle nach einer Seite, wo längst kein Feind mehr ist.“ Coester, Verwaltung und Demokratie in den Staaten von Nordamerika 1913 S. 14 f.

[56]) Bryce a. a. O. S. 357.

die Versammlungsfreiheit, die Petitionsfreiheit, das Recht, Waffen zu tragen, die Freiheit von Einquartierungen in Friedenszeiten, die persönliche und Wohnungsfreiheit, die Institution der Geschwornengerichte, Habeas-Corpus, das Verbot übermässiger Geld- und Freiheitsstrafen und Kautionen, und sie fügen noch bei, dass die Aufzählung den ungeschriebenen Rechten nicht schaden dürfe. Im Gegensatz zur Schweiz, wo die kantonalen Individualrechte, die schon in der Bundesverfassung enthalten sind, keine selbständige Bedeutung haben, die Individualrechte des Bundes aber auch für die Kantone verbindlich sind, kennen die USA. keine Bindung der Einzelstaaten an die Grundrechte der Unionsverfassung. So hat das oberste Bundesgericht zum erstenmal im Falle Baron von Baltimore 1834 entschieden[57]). Doch trifft das nur für die Rechte der ersten zehn Zusatzartikel zu. Einige andere Sätze der Bundesverfassung binden auch die Staaten, so der Schutz der wohlerworbenen Rechte gegen Gesetze (Laws impairing the obligation of contracts, Art. 1 section 10 § 1) und die Gewährleistung gehörigen Verfahrens für den Entzug von Leben, Freiheit und Eigentum (Due process of law, Amendment 14 von 1868)[58]).

In der Rechtsprechung des obersten Bundesgerichtes spielen die Rechte der ersten zehn Zusatzartikel im Vergleich zu den übrigen Verfassungsbestimmungen keine grosse Rolle mehr[59]). Die Verfassungswidrigkeit von Unionsgesetzen wird meist mit der Verletzung bundesstaatlicher

---

[57]) Sammlung Peters Bd. 7 243.

[58]) Das Amendment 14 in Section 5 sieht vor, dass es erst durch Gesetze des Kongresses ausgeführt werden müsse, doch hat der Supreme Court diese Bestimmung einfach ignoriert. Lambert, Le Gouvernement des Juges 1921 S. 39 ff., 110. Vgl. auch Freund a. a. O. S. 31; Gourd, Les Chartes Coloniales et les Constitutions des Etats-Unis 1903 Bd. III S. 584 ff.

[59]) Erich Kaufmann, Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika 1908 S. 187, 241; Galland, La méthode américaine de protection des libertés individuelles 1932.

Kompetenzbestimmungen oder der Due process of law-Klausel begründet. So sind die aufsehenerregenden Urteile gegen die NIRA (National Industrial Recovery Act) 1935 und gegen die AAA (Agricultural Adjustment Act) 1936 mit Einbrüchen in einzelstaatliche Kompetenzen gerechtfertigt worden[60]).

[60]) Die Bedeutung der Individualrechte in der Rechtsprechung der amerikanischen Gerichte kann hier nicht weiter verfolgt werden. Siehe im allgemeinen Rappard, Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le Juge aux Etats-Unis et en Suisse, Zeitschrift f. schweiz. Recht n. F. 53 S. 36a ff. und vor allem Lambert, Le Gouvernement des Juges 1921, und Warren, The supreme Court in United States history 1924 Bd. III S. 22, 244. Die politische Nebenregierung der Richter und die allmähliche Entfernung von der Verfassung wird eingehend behandelt von Corwin, The twilight of the Supreme Court 1934, und Merriam, The written Constitution and the unwritten attitude 1931. Die Problematik der amerikanischen Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem richterlichen Prüfungsrecht in der Gegenwart und in Anbetracht der Notgesetzgebung ist kein Geheimnis; der gegenwärtige Chief Justice Hughes selbst hat das Wort geprägt: „We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is.“ Charles Evan Hughes, The Supreme Court of the United States, Its foundation, Methods and Achievements, an Interpretation 1927. Noch nie ist auch die Motivierung der Mehrheit des Gerichtes derart offen als Missbrauch der richterlichen Gewalt durch die Minderheit hingestellt worden wie im Urteil gegen die AAA im Hoosac Mills case. Vgl. McBain (Professor des Verfassungsrechtes an der Columbia University), The Issue: Court or Congress, im New York Times Magazine January 1936 Nr. 7, der die drei Vorschläge behandelt: Das richterliche Prüfungsrecht ganz aufzuheben, es zu einem blossen, mit qualifiziertem Mehr des Kongresses überwindlichen Veto auszugestalten oder für die Annahme der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes innerhalb des Gerichtshofes selbst ein qualifiziertes Mehr oder Einstimmigkeit vorzuschreiben. Ferner Krock, An Inquiry as to whether the members of the Supreme Court can be strictly judicial. Nine Judges and nine men, too (The New York Times Magazine March 1936 Nr. 7.) Die Minderheit kann ihre abweichende Auffassung motivieren. Auch ein für die amerikanische Verfassungsgerichtsbarkeit so eingenommener Autor wie der ehemalige Generalstaatsanwalt der Vereinigten Staaten, James Montgomery Beck, stellt in seinem

Am 11. Juli 1789 stellte Lafayette in der französischen Nationalversammlung den Antrag, die Menschen- und Bürgerrechte zu proklamieren. Die Versammlung stimmte zu, und an der Ausarbeitung nahm Abbé Siéyès, einer der besten Köpfe der Konstituante, massgebenden Anteil, während Mirabeau und seine Genfer Freunde anfänglich auch mitmachten, bald aber zu erbitterten Gegnern der Deklarationen wurden, die sie als theoretische Abschweifungen betrachteten. Die Erklärungen der amerikanischen Einzelstaaten schwebten als Vorbilder vor, kannten doch einzelne Abgeordnete das amerikanische Staatsleben aus eigener Anschauung[61]). Am 26. August 1789 erliess die Nationalversammlung die berühmte „Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen". Anklänge an die englischen Volksrechte ertönen nicht häufig. Dafür ist der Einfluss des Naturrechtes um so stärker, und theoretische Erörterungen nehmen einen breiten Raum ein. Die Menschen werden als von Geburt gleich und frei gepriesen. Der Staat hat keinen andern Zweck als den Schutz der natürlichen und unverjährbaren Menschenrechte, wie Freiheit, Eigentum, Sicherheit und Widerstand gegen Unterdrückung und Willkür (Art. 1 und 2). Die Volkssouveränität wird als Souveränität der Nation verkündet. Die Freiheit des einen findet eine Schranke nur an der Freiheit des andern (Art. 4). Was durch das Gesetz nicht

Buch über die amerikanische Verfassung fest, dass das richterliche Prüfungsrecht der Verfassungstreue des Volkes und seiner Vertreter nur geschadet habe. J. M. Beck, Die Verfassung der Vereinigten Staaten, übersetzt von A. Friedmann, mit einer Einleitung von Reichsgerichtspräsident Dr. W. Simons, 1926 S. 258 ff. Dazu kommt der Nachteil, dass jedes Verfahren, in dem die Verfassungswidrigkeit nur par voie d'exception geltend gemacht werden kann, nicht durch ein Rechtsmittel, keine grundsätzlichen Lösungen schafft. Triepel, Staatsgerichtsbarkeit S. 26.

[61]) Über die Beratungen der Nationalversammlung und die geistigen Einflüsse auf die erste Deklaration Voegelin, Der Sinn der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789, Zeitschr. f. öffentliches Recht 1929 S. 82 ff.; Redslob a. a. O. S. 91 ff.

verboten ist, ist erlaubt (Art. 5). Das Gesetz ist der Ausdruck der Volonté Générale[62]). Keine Strafe ohne Gesetz! (Art. 7). In dubio pro reo! (Art. 9). Die Gedanken-, Glaubens- und Kultusfreiheit sind gewährleistet (Art. 10), ebenso das Recht der freien Meinungsäusserung (Art. 11). Das Eigentum ist garantiert, Enteignungen erheischen eine volle Entschädigung (Art. 17).

Die Deklaration wurde wörtlich der Verfassung vom 3. September 1791 vorangestellt. Doch enthält diese Verfassung im ersten Titel noch weitere „Fundamentalsätze". Beide Teile sind vereinigt in der Jakobiner-Verfassung von 1793[63]), dann wieder getrennt in der Direktorialverfassung von 1795, die zum erstenmal — darin ist sie das Vorbild der deutschen Verfassung vom 11. August 1919 — auch Grundpflichten der Bürger proklamiert. Die Konsularverfassung von 1799 verzichtete auf eine Grundrechtserklärung, die Charten der beiden Königreiche Ludwigs XVIII. und Louis Philipps enthalten nur einzelne Grundrechtsverbürgungen, und die Verfassung von 1848 verweist im wesentlichen auf die Erklärung von 1789[64]). Die heute geltenden Verfassungsgesetze von 1875 kennen keinen Individualrechtskatalog. Die Staatsrechtslehrer sind geteilter Meinung, ob trotzdem die Déclaration von 1789 neben der Verfassung und im gleichen Rang wie sie gelte[65]). Die Frage ist jedoch von geringer praktischer

---

[62]) Hier kommt Rousseau zum Wort, der sonst keinen Raum hatte für Menschenrechte, dessen Gedanken aber auf die französischen Erklärungen überhaupt mehr gewirkt haben als auf die amerikanischen. Voegelin a. a. O. S. 92 ff.

[63]) Über den girondistischen Entwurf Condorcets, der nie Verfassung wurde vgl. His a. a. O. I 68 f.

[64]) Präambel Art. 3.

[65]) Hauriou, Précis 1929 S. 276 ff.; Lebon, Das Verfassungsrecht der franz. Republik 1909 S. 174; Schmitt, Verfassungslehre 128, 159; Esmein-Nézard, Eléments de Droit constitutionnel 1921 I S. 560 ff.; Duguit, Droit Constitutionnel 2. Aufl. 1923 Bd. II S. 159, III S. 563 bejahen die Frage; Joseph-Barthélemy-Duez, S. 220 verneinen sie.

Bedeutung, denn erstens werden die Individualrechte in Frankreich jedenfalls nicht als unmittelbar, auf Grund der Verfassung, verbindlich anerkannt, sondern es wird angenommen, dass sie der Ausführung durch Gesetze bedürfen[66]), und zweitens sind auch in Frankreich verfassungswidrige Gesetze verbindlich, d. h. das Parlament entscheidet selbst über die Verfassungsmässigkeit seiner Gesetze. Das will jedoch nicht heissen, dass die verfassungsmässigen Rechte missachtet würden. Wie in England wird der fehlende Schutz gegen Parlamentsbeschlüsse ersetzt durch die politische Einstellung des ganzen Volkes, das die Freiheiten hochhält[67]).

In der belgischen Verfassung von 1831 wurden unter dem Titel „Des Belges et de leurs Droits" die Individualrechte von 1789, teilweise auch als Protest gegen das überwundene niederländische Regime, aufgenommen, doch nicht ohne Änderungen. Der Staat darf sich nicht mit der Ernennung von Priestern und kirchlichen Würdenträgern befassen. Die Ziviltrauung hat der kirchlichen voranzugehen. Der Gebrauch der in Belgien gesprochenen Sprachen ist gewährleistet[68]).

Der Katalog der italienischen Freiheits- und Bürgerrechte nach der Verfassung von 1848 mutet bei einem Vergleich mit demjenigen anderer Staaten als unvollständig an. Doch sind auch Rechte stets anerkannt worden,

---

[66]) So ist z. B. die Pressfreiheit durch das Gesetz vom 29. Juli 1881, die Vereinsfreiheit durch das Gesetz vom 1. Juli 1901 über die Vereine, die persönliche Freiheit durch das Gesetz vom 7. Februar 1933 ausgeführt worden. Vgl. Hauriou, Précis de droit constitutionnel 1929 S. 631 ff.; Esmein-Nézard a. a. O. I S. 562; Duguit, Traité, 2. Aufl. Bd. V S. 420, und über die Ausführung der persönlichen Freiheit durch die verschiedenen Gesetze bis 1933: Denys, Les garanties de la Liberté individuelle 1933.

[67]) H. Berthélemy im Vorwort zu H. Galland, Le contrôle judiciaire de la Constitutionnalité des lois aux Etats-Unis 1932 S. 15.

[68]) Vgl. im Einzelnen Errera, Das Staatsrecht des Königreichs Belgien 1909.

die nicht ausdrücklich genannt waren, wie die Vereinsfreiheit. Als neu erscheinen folgende Bestimmungen: Es ist ein Gesetz gegen die Missbräuche der Pressfreiheit zu erlassen, und Bibeln, Katechismen und ähnliche Schriften dürfen ohne Erlaubnis des Bischofs überhaupt nicht gedruckt werden. Die öffentlichen Schulden werden garantiert und sind unverletzlich, Zwangskonversionen sind verboten (Art. 31)[69]. Im fascistischen Staat sind die Individualrechte teilweise ausdrücklich, durch Gesetze, wie die Korporationsgesetze, teilweise stillschweigend beseitigt worden: die persönliche und die Auswanderungsfreiheit sind eingeschränkt, desgleichen die Meinungs-, Lehr- und Gewissensfreiheit, es ist ein Presseregime eingeführt worden, dessen Leitsatz nicht mehr die Pressfreiheit ist, die Vereins- und Versammlungsfreiheit sind aufgehoben worden, und auch andere Grundrechte, wie die Gemeindeautonomie, existieren nicht mehr[70].

Grundrechtsverbürgungen enthalten sodann die Verfassung der Niederlande von 1848[71], die norwegischen Grundgesetze von 1814 und die dänische Verfassung von 1866[72]. Hier finden sich immer wieder dieselben Rechte: persönliche Freiheit, Unverletzlichkeit der Wohnung und des Eigentums, Glaubens- und Gewissensfreiheit, Press-, Vereins- und Versammlungsfreiheit und in den Niederlanden auch das Briefgeheimnis.

---

[69]) Vgl. Trentin, Les Transformations récentes du Droit public italien 1929 S. 123 ff.; Presutti, Istituzioni di diritto costituzionale, 2. Aufl. 1920 S. 339 ff.

[70]) Trentin, S. 377 ff.

[71]) Die Niederländer hatten sich schon 1579 bei der Joyeuse Entrée der Brabanter und 1581 bei der Absage an die Spanier auf das Naturrecht berufen. His a. a. O. 11, Wolzendorff, Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht 1915 S. 379.

[72]) Hartog, Das Staatsrecht des Königreichs der Niederlande 1886; Morgenstierne, Das Staatsrecht des Königreichs Norwegen 1911; Goos u. Hansen, Das Staatsrecht des Königreichs Dänemark 1913.

In Deutschland ist die Grundrechtsidee nach dem Ende der Aufklärung und der Klassik wieder erfroren[73]). Es blieb bei der Aufhebung der Zunftverfassung durch Hardenberg; ein Entwurf von Grundrechten für die Aufnahme in die deutsche Bundesakte von 1815, verfasst von Wilhelm von Humboldt, scheiterte am Widerstand der souverän sein wollenden Länder Süddeutschlands, und dann brach die Reaktionszeit herein; Metternich trachtete darnach, die Rechte der Volksvertretungen einzuschränken, und Karl Ludwig von Haller und Hegel betonten die Allmacht des Staates und kannten keine individualrechtlichen Begrenzungen. Ihre Renaissance förderte dann aber das Parlament der Frankfurter Paulskirche. Es stellte einen Grundrechtskatalog auf und bestimmte, dass er für die Länder verbindlich, nur durch Reichsverfassungsrevision abänderlich sei. Sachlich lassen sich amerikanische, französische und belgische Einflüsse nachweisen; als mehr oder weniger neu hervorzuheben sind die Freizügigkeit, die Auswanderungsfreiheit und die Freiheit der wissenschaftlichen Lehre[74]). Die Frankfurter Verfassung von 1848 ist jedoch nie in Kraft getreten, ebensowenig diejenige des Erfurter Parlamentes von 1849, die manche Grundrechte der Paulskirche übernahm, aber gegenüber den Einzelstaaten nicht mehr „reichsverfassungskräftig", d. h. mit dem Rang der Reichsverfassung ausgerüstet, erklärte. In der Folge entschlossen sich immerhin die wichtigsten deutschen Länder, Ausschnitte aus den Frankfurter Grundrechten in ihre Verfassungen zu übernehmen. Doch wurden namentlich in Preussen die hauptsächlichen Freiheitsrechte zu bloss „gesetzeskräftigen" degradiert, d. h. sie konnten auf dem Gesetzesweg eingeschränkt werden[75]).

---

[73]) Über die Grundrechte in der Verfassung des Königreiches Westfalen vgl. Westphalen-Fürstenberg a. a. O. 19.

[74]) Vgl. Planitz a. a. O. S. 615 ff.; Eckhardt, Die Grundrechte vom Wiener Kongress bis zur Gegenwart 1913.

[75]) Planitz a. a. O. S. 617; Anschütz, Kommentar S. 100 ff.; Huber, Bedeutungswandel S. 8.

Im Reichstag von 1871 unterlagen alle Anträge, Grundrechte in die Reichsverfassung einzuführen[76]). Bismarck war wie die Mehrheit des Hauses „schönen Worten" abgeneigt, Heinrich von Treischke bekämpfte den Versuch des Zentrums, wenigstens einzelne Grundrechte, besonders die Freiheit der Religionsgesellschaften und die Pressfreiheit, aufzustellen, und den Ausschlag gab die Erwägung, dass die eben errungene Reichseinheit nicht durch Debatten über die Grundrechte wieder gefährdet werden dürfe. Später verwirklichten mehrere Reichsgesetze einzelne Grundrechte, so die Freizügigkeit, die Unverletzlichkeit der Person und der Wohnung, das Briefgeheimnis, die Press-, Glaubens-, Gewissens-, Gewerbe- und Vereins- und Versammlungsfreiheit, wenn auch teilweise mit Vorbehalten.

Zwischen den Menschen- und Bürgerrechten von 1776 und 1789 und der Verfassung der deutschen Republik vom 11. August 1919 liegt nicht nur das ganze 19. Jahrhundert, sondern auch der Krieg. Deutschland war gezwungen und entschlossen, seinen Staat auf liberaldemokratischer Grundlage neu aufzubauen, und es lag daher nahe, dass die Überlieferung bei der Frankfurter Verfassung wieder aufgenommen wurde. Allein die Staatsschöpfer mussten auch einsehen, dass der extreme Individualismus der westlichen Aufklärung nicht nur überlebt, sondern dem deutschen Wesen überhaupt fremd geblieben war, dass die negative Einstellung zum Staat einer positiven zu weichen hatte[77]). Die Grundrechte mussten ihrer Absolutheit entkleidet, der Staat musste vom Mittel wieder zum Ziel, der Verkörperung der Gemeinschaft, erhoben werden. Es sollte auch deutsches Gedankengut und solches des modernen Wohlfahrtsstaates in die Verfassung überführt werden, ja es wurde sogar das Wagnis unternommen, die Form der Grundrechte für die Verwirklichung von Postulaten zu verwenden, die dem

---

[76]) Eckhardt a. a. O. S. 129 ff.

[77]) Planitz a. a. O. S. 622.

Liberalismus fremd oder entgegengesetzt sind, teilweise sogar für sozialistische Postulate. Der liberal-demokratische Rechtsstaat sollte dem 20. Jahrhundert angepasst werden. So ist der zweite Hauptteil der Weimarer Verfassung des Deutschen Reiches entstanden, 57 Artikel über die „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen", ein kühner Versuch, auch neuen Wein in die alten Schläuche zu giessen, aber ein Versuch, der schliesslich gescheitert ist, vielleicht, weil es überhaupt nicht gelingt, die brennenden verfassungspolitischen Fragen in der Form der Grundrechte zu lösen[78]), vielleicht auch, weil zu viele brüchige Kompromisse beschlossen wurden und die Grundrechte ganz im Gegensatz zu den Erklärungen von 1789 nicht mehr aus einem Guss, sondern ein „interfraktionelles Parteiprogramm" waren[79]). Die Eigenart des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung von 1919 kann darin erblickt werden, dass naturrechtliches Beiwerk weggelassen wurde, dass Vorbehalte, neue Grundrechte und eine Reihe von Grundpflichten beigefügt wurden, die alle zum Zweck haben, jene positive Einstellung zum Staat zu dokumentieren. Das Gesagte wird deutlich anhand einer Aufzählung der Neuerungen im Vergleich zu den hergebrachten Katalogen der liberalen Staaten: die Frauen haben die gleichen staatsbürgerlichen Rechte wie die Männer (Art. 109). Die Auswanderungsfreiheit ist gewährleistet (Art. 112). Jeder Deutsche hat Anspruch auf diplomatischen Schutz gegenüber dem Ausland und auf Nichtauslieferung an das Ausland (Art. 112). Die sprachlichen Minderheiten dürfen in ihrer volkstümlichen Entwicklung und im Gebrauch ihrer Sprache nicht gehindert werden (Art. 113). Rückwirkende Strafgesetze sind un-

---

[78]) Tiefer sucht Plessner, Das Schicksal deutschen Geistes im Ausgang seiner bürgerlichen Epoche 1935 S. 22 ff., die Gründe: Schon die Geburtsstunde des Bismarckschen Reiches sei in eine Zeit der Skepsis am Wertsystem des Humanismus gefallen.

[79]) Vgl. die Kritik der Heterogenität der Weimarer Verfassung bei Carl Schmitt, im Handbuch II S. 582 ff.

zulässig (Art. 116). Das Recht der freien Meinungsäusserung erstreckt sich nicht nur auf Wort, Schrift, Druck, Bild, sondern auch auf jede sonstige Weise, z. B. durch Film, Funkspruch usw. (Art. 118). Die freie Meinungsäusserung darf auch durch Private, z. B. den Arbeitgeber, nicht beeinträchtigt werden (Art. 118). Schund- und Schmutzliteratur können auf dem Gesetzgebungsweg bekämpft werden (Art. 118). Die Ehe beruht auf der völligen Gleichberechtigung der Geschlechter und steht unter dem besondern Schutz der Verfassung. Kinderreiche Familien haben Anspruch auf besondere Fürsorge. Die Mutterschaft hat Anspruch auf besondern Schutz des Staates (Art. 119). Die Erziehung durch die Eltern ist nicht nur Recht, sondern auch Pflicht (Art. 120). Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Bedingungen zu schaffen wie den ehelichen (Art. 121). Die Jugend hat verfassungsmässigen Anspruch auf Schutz gegen Ausbeutung und Verwahrlosung (Art. 122). Versammlungen unter freiem Himmel können anmeldepflichtig erklärt und bei unmittelbarer Gefahr für die Sicherheit verboten werden (Art. 123). Wahlfreiheit und Wahlgeheimnis sind garantiert (Art. 125). Die Selbstverwaltung der Gemeinden und Gemeindeverbände ist ein Grundrecht derselben (Art. 127). Männer und Frauen haben alle nach Massgabe des Gesetzes den gleichen Zutritt zu den öffentlichen Ämtern (Art. 128). Die Beamten dürfen nicht Diener einer Partei sein (Art. 130). Jeder Deutsche ist verpflichtet, ehrenamtliche Tätigkeiten zu übernehmen (Art. 132). Der Sonntag und die gesetzlichen Feiertage sind geschützt (Art. 139). Kunst und Wissenschaft und ihre Lehre sind frei (Art. 142). Das gesamte Schulwesen steht unter Aufsicht des Staates; der Staat ist zur Unterhaltung der Schulen verpflichtet (Art. 144). Die Denkmäler der Geschichte, der Kunst, der Natur und die Landschaft geniessen den Schutz des Staates (Art. 150). Die Ordnung des Wirtschaftslebens muss den Grundsätzen

der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen; nur in diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit garantiert (Art. 151). Eigentum verpflichtet (Art. 153). Die Verteilung und Nutzung des Bodens wird überwacht (Art.155). Private Unternehmungen können gegen Entschädigung in den Besitz der Gesellschaft überführt werden (Art.156). Die Arbeitskraft steht unter dem Schutz des Reiches (Art. 157). Die Gewerkschaftsfreiheit ist für jedermann und alle Berufe gewährleistet (Art. 159). Jeder Deutsche hat Anspruch auf Ausübung der staatsbürgerlichen Rechte auch gegenüber dem Arbeitgeber (Art. 160). Das Reich ist verfassungsmässig verpflichtet, ein umfassendes Sozialversicherungswerk für Alter, Schwäche und die Wechselfälle des Lebens zu schaffen (Art. 161). Jeder Deutsche hat ein Recht auf Arbeitsgelegenheiten, und wenn das nicht möglich ist, auf Fürsorge (Art. 163). Ausserdem finden sich grundrechtsähnliche Garantien im ersten Teil der Verfassung, wie die Garantie des Bestandes von Verwaltungsgerichten in Reich und Ländern, das Verbot der Ausnahmegerichte usw. Ein umfassendes rechtliches Mittel zum Schutz der Individualrechte, wie es bei uns der staatsrechtliche Rekurs ist, war im Reich nicht gegeben[80]); die Verfassung war durch die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden des Reiches und der Länder anzuwenden, wo sich in einem Verfahren Gelegenheit bot[81]). Das richterliche Prüfungsrecht der Gesetze war in der Wissenschaft umstritten, während es sich in der Praxis vom Reichs-

---

[80]) Einzelne Länder kannten Verfassungsbeschwerden, so Bayern. § 93 der Verfassung, Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 112.

[81]) Carl Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung. Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben 1929 Bd. 1 S. 159 ff. Die Rechtsprechung der Zivil- und Strafsenate des Reichsgerichtes ist behandelt bei Hensel, Grundrechte und Rechtsprechung, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben 1929 Bd. 1 S. 1 ff.

gerichtsurteil vom 4. November 1925 an[82]) langsam Eingang verschaffte, aber von der häufigen Anwendung des Diktaturparagraphen des Reichspräsidenten (RV Art. 48) an wieder illusorisch wurde[83]) [84]). Der nationalsozialistische Staat ist mit den Grundrechten verfahren wie der fascistische Italiens. Der zweite Hauptteil der Weimarer Verfassung gilt als ausser Kraft gesetzt, obschon er nicht durch eine andere Verfassung oder ein Gesetz aufgehoben worden ist[85]). Gerechtfertigt wird die Beseitigung der Grundrechte damit, dass der Staat des 19. Jahrhunderts sich selbst „in den Herzen der Menschen die Würde geraubt" habe; an die Stelle des Staates, der nur zum Zweck habe, den Einzelnen in der Ruhe seines Besitzes zu schützen, müsse der Staat als autoritäre Herrschaft treten, dem Grundrechte ein Fremdkörper seien[86]) [87]).

Die österreichische Verfassung vom 1. Oktober 1920 enthielt keinen Grundrechtskatalog, da die Parteien sich über die Grundrechte der verschiedenen Entwürfe nicht

---

[82]) RGZ 1925 III S. 320 ff. W. Jellinek, Jur. Wochenschrift 1925 S. 454.

[83]) Vgl. Hippel, Das richterliche Prüfungsrecht, im Handbuch des Deutschen Staatsrechtes Bd. II S. 546 ff.; Hensel a. a. O S. 5 ff.

[84]) Art. 19 RV sah für die Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes, in welchem kein Verfassungsgerichtshof bestand, die Zuständigkeit des Reichsstaatsgerichtshofes vor, doch waren darunter nicht etwa Streitigkeiten der Bürger über Grundrechte verstanden. Triepel, Staatsgerichtsbarkeit S. 22.

[85]) Nicolai, Der Neuaufbau des Reiches nach dem Reichsreformgesetz vom 30. Januar 1934, 1934 S. 34.

[86]) Gerber, Staatsrechtliche Grundlinien des neuen Reiches 1933 S. 15 ff.; Koellreutter, Allgemeine Staatslehre S. 101 ff.

[87]) Über die Erklärung der „Rechte des werktätigen und ausgebeuteten Volks" durch den allrussischen Sowjetkongress von 1918, welche die Freiheit religiöser und antireligiöser Propaganda anerkannte und Press-, Vereins- und Versammlungsfreiheit nur den Arbeitern und Bauern gewährte, vgl. Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 160 ff.; Alexejew, Die Entwicklung des russischen Staates in den Jahren 1923—1925 (Jahrbuch des öff. Rechts 1926 S. 324, 402).

hatten einigen können. Doch liess man wenigstens die Bestimmungen des Gesetzes der Monarchie von 1867 über die persönliche Freiheit, das Hausrecht und die Vereins- und Versammlungsfreiheit weiter gelten[88]). Die Verfassung des österreichischen Bundesstaates vom 1. Mai 1934 kennt in Art. 15—33 eine Anzahl Grundrechtsverbürgungen; die Press-, Vereins- und Versammlungsfreiheit sind nur nach Massgabe der Gesetze garantiert[89]) [90]).

Die Verfassung der tschechoslowakischen Republik vom 29. Februar 1920 enthält in ihrem fünften Hauptstück unter starker Anlehnung an das deutsche Vorbild „Grundrechte und Grundpflichten", von denen ein Teil Rechtssatzcharakter hat, ein Teil aber nur als programmatisch, der Ausführung durch Gesetz bedürftig gilt. Da sind einmal die geläufigen Grundrechte: die Rechtsgleichheit (§ 128), die persönliche Freiheit (§ 107), die Glaubens- und Gewissensfreiheit und die Kultusfreiheit (§ 121), die Aufenthalts- und Niederlassungs- sowie die Auswanderungsfreiheit (§§ 108, 110), das Recht der Unverletzlichkeit des Hauses (§ 112), der Schutz des Briefgeheimnisses (§ 116), die Vereins- und Versammlungsfreiheit (§ 113), die durch ein neueres Gesetz aber eingeschränkt worden ist, die Freiheit der Meinungsäusserung und der Presse (§ 117), die Freiheit der Wissenschaft und Kunst (§ 118), das Petitionsrecht (§ 115), die Eigentums-

[88]) Kelsen, Österreichisches Staatsrecht 1925 S. 220.

[89]) Vgl. im Einzelnen Ender, Die neue Österreichische Verfassung 1934; Adamovich u. Fröhlich, Die neue österreichische Verfassung 1934. Über die Beratung von Grundrechten im Reichstag von 1848: Fischel, Die Protokolle des Verfassungsausschusses über die Grundrechte 1912.

[90]) Über die Individualrechte im Stato della Città del Vaticano vgl. Fumasoli, I diritti pubblici subbiettivi nella legislazione vaticana 1933. Zahlreiche Einschränkungen der Rechte durch Vorbehalte ergeben sich aus der Eigenart dieses Staates: So besteht keine Kultusfreiheit, wohl aber die Glaubens- und Gewissensfreiheit, und die Rechtsgleichheit ist eingeschränkt durch Privilegien des Papstes, des Gouverneurs, der Kardinäle und des Klerus. Es besteht auch keine Pressfreiheit.

garantie (§ 109), das Recht des Erwerbes von Liegenschaften (§ 108), die Freiheit der Erwerbsbetätigung (§ 108). Ausserdem ist die tschechoslowakische Republik dazu geschritten, die Bestimmungen der Staatsverträge vom 10. September 1919 über die nationalen Minderheiten zu verfassungsmässigen Rechten auszugestalten: die Minderheiten haben den gleichen Anspruch auf Schutz von Freiheit und Leben, auf die Staatsbürgerrechte und die Ausübung der Religionsbekenntnisse wie die Mehrheit; ferner ist ihnen der Gebrauch der Muttersprache im privaten und Geschäftsverkehr gewährleistet, und im Amtsverkehr ist die Minderheitensprache anerkannt, sofern im betreffenden Sprengel 20% der Bevölkerung der Minderheit angehören; eine ähnliche Bestimmung gilt für die Amtssprache in den Selbstverwaltungskörpern[91]).

Grundrechte enthält endlich auch die Verfassung der spanischen Republik vom 9. Dezember 1931; die Reaktion gegen das gestürzte monarchische Regime führte sogar zu einer starken Betonung liberaler Grundsätze unter dem Einfluss spanischer Philosophen der Gegenwart, und in Anlehnung an die deutsche Weimarer Verfassung wurde auch versucht, den Wohlfahrtsstaat grundrechtlich zu konstituieren[92]) [93]).

---

[91]) Vgl. Ludwig Adamovich, Grundriss des tschechoslowakischen Staatsrechtes 1929 S. 56—93. Über das Problem der Minderheitenrechte als Grundrechte Westphalen-Fürstenberg a. a. O. S. 107 ff.

[92]) Hans Gmelin, Die Entwicklung des Verfassungsrechts in Spanien von 1913—1932, Jahrbuch des öffentlichen Rechts Bd. 21 S. 400 ff.

[93]) Man vergleiche auch den einlässlichen Grundrechtskatalog der Verfassung der Republik Estland vom 15. Juni 1920 und 16. Oktober 1933, Jahrbuch des öffentlichen Rechts Bd. 22 S. 435 und v. Csekey, Die Verfassungsentwicklung Estlands 1929—1934, Jahrbuch Bd. 22 S. 411 ff. Die Grundrechte im argentinischen Verfassungsrecht behandelt Sina, Die Grundlagen des argentinischen Staatsrechts, im Jahrbuch Bd. 19 S. 427 ff. Grundrechte kennen auch die andern baltischen

In der Schweiz haben die Menschen- und Bürgerrechte im Anschluss an die Französische Revolution, nach dem Untergang der alten Eidgenossenschaft, plötzlich Eingang gefunden. Eine Entwicklung, wie die englisch-amerikanische es gewesen war, gab es nicht, und es ist auch für die Geschichte der Individualrechte in der Schweiz bezeichnend, dass die erste helvetische Verfassung vom 12. April 1798, die zum erstenmal Grundrechte in Gestalt von „Principes fondamentaux" enthielt, von Peter Ochs in Paris im Auftrag des französischen Direktoriums ausgearbeitet worden war: ein Spiegel der Zeit zwischen der französischen Direktorial- und der Konsularverfassung[94]). Die Überlieferung der alten Eidgenossenschaft war abgebrochen, und es lässt sich in den schweizerischen Grundrechtskatalogen — neben der Gemeindeautonomie — kaum viel schweizerisches Gedankengut entdecken. Eine Anzahl der neuen Rechte bezweckten ja gerade, mit den bisherigen Zuständen aufzuräumen: die Rechtsgleichheit löste die Standesunterschiede in den innerschweizerischen Demokratien und den städtischen Patriziaten und Zunftaristokratien auf, die Glaubensfreiheit trat an die Stelle der kantonalen Glaubenseinheiten und der Parität in den Untertanenländern, die Pressfreiheit führte zur Aufhebung der staatlichen Aufsicht über die Presse, wenn auch aus politischen Gründen die helvetische Regierung bald selbst nicht mehr ohne Vorzensur auskam; die Petitionsfreiheit war neu, da in der alten Eidgenossenschaft Bittschriften wiederholt als gefährlich unterdrückt worden waren und das Stanser Verkommnis sie sogar verboten hatte[95]), ja sogar die Niederlassungsfreiheit wurde gewährleistet und trat an Stelle der unzähligen Beschränkungen der Freizügigkeit (Weg- und Einzugsverbote, Einzugs- und Hintersässengelder, Ausweisungen),

---

Staaten und Polen, doch waren die Verfassungen dem Verfasser nicht zugänglich.

[94]) His a. a. O. S. 70.

[95]) His a. a. O. I S. 471.

zu schweigen von der Gewerbe- und Eigentumsfreiheit, welche wohl die grössten Umwälzungen bewerkstelligten. Aber auch Rechtssätze, welche wenigstens sachlich als Vorläufer der Individualrechte aufgefasst werden könnten, findet man in der alten Eidgenossenschaft nur in spärlicher Zahl: so kann man in dem Satz des Bundesbriefes vom August 1291, dass fremde Richter nicht anerkannt werden, an die heutige Garantie des verfassungsmässigen Richters denken, bei dem Satz des Pfaffenbriefes von 1370, dass die Geistlichen vor dem weltlichen Gericht Recht zu nehmen haben, an die Rechtsgleichheit; im Sempacherbrief, der den Leuten verwehrt, in der Eidgenossen Häuser zu laufen, liegt ein Ansatz zur Garantie der Wohnung, und im vierten Landfrieden von 1712 bemühten sich die Orte, mit dem Grundsatz der Parität doch eine beschränkte Kultusfreiheit und Garantie der konfessionellen Feiertage zu verbinden.

Die erste Verfassung der helvetischen Republik vom 12. April 1798 enthielt an der Spitze in vierzehn Artikeln die „Hauptgrundsätze“[96]: „Die Einheit des Vaterlandes und das allgemeine Interesse vertritt künftig das schwache Band, welches fremdartige, ungleiche, in keinem Verhältnis stehende, kleinlichen Lokalitäten und einheimischen Vorurteilen unterworfene Teile zusammenhielt und aufs Geratewohl leitete. Solange alle einzelnen Teile schwach waren, musste auch das Ganze schwach sein. Die vereinigte Stärke aller wird künftig eine allgemeine Stärke bewirken.“ (Art. 1.) In Art. 2 wird die Volkssouveränität verkündet, in Art. 4 die Aufklärung als die Grundlage des öffentlichen Wohls gepriesen. Die Art. 5 bis 13 garantieren eine Anzahl Grundrechte: die natürliche Freiheit, die Gewissensfreiheit, die Pressfreiheit, das Eigentum. Daneben werden auch neue Rechtssätze aufgestellt: der Staat darf kein Privateigentum haben, ausser das unumgänglich notwendige; die Beamtenbesoldungen müssen nach Arbeit und Be-

[96]) Die Verfassungen der Helvetik sind abgedruckt bei Hilty, Öffentliche Vorlesungen über die Helvetik 1878 S. 731 ff.

gabung abgestuft sein. Endlich hat sich der Verfassungsgesetzgeber nicht gescheut, auch Sätze der Moral in die Verfassung aufzunehmen: das Gesetz muntert auf, Gutes zu tun. Der Bürger hält die Freundschaft heilig und schwört persönlichem Hass und Eitelkeit ab. Diese Verfassung weicht insofern von der Erklärung von 1789 ab und bedeutet trotz alles naturrechtlichen und aufklärerischen Beiwerks eine gewisse Ernüchterung, als nicht mehr von Menschenrechten die Rede ist, die in einer besondern Deklaration zusammengefasst werden[97]). Ochs stand offenbar schon unter dem Einfluss des beginnenden Konsularregimes in Frankreich. Jedenfalls werden die Principes fondamentaux als Verfassungsrecht angesehen wie die andern Teile der Verfassung auch; die Positivierung der Menschenrechte setzt ein.

Der Entwurf einer helvetischen Verfassung von Malmaison von 1801, wie auch die spätern Entwürfe der Tagsatzung von 1801 und von Redings von 1801 verzichten auf Grundrechtserklärungen. Ihrem Vorbild ist die zweite helvetische Verfassung vom 2. Juli 1802 gefolgt. Nur die Kultusfreiheit wird in beschränktem Umfang gewährleistet, im übrigen ist es Sache des Gesetzgebers, die Freiheit auszugestalten. Die Verfassung beginnt gleich mit Abschnitten über Gebietseinteilung, Bürgerrecht und Behördenorganisation. Erst die Regenerationsverfassungen haben dem Organisationsrecht wieder allgemeine Grundsätze vorausgeschickt und damit in beschränktem Umfang die Ansichten der französischen Revolution wieder aufgenommen. Auffallend ist schliesslich, dass die Helvetik von Anfang an keine Grundsätze über die Rechte im Strafverfahren aufnahm[98]).

Die Mediationsakte vom 19. Februar 1803 brach

---

[97]) His a. a. O. I S. 71 macht darauf aufmerksam, dass dann die Verfassungsentwürfe der helvetischen Senatskommission von 1799 und des Senates von 1800 der Erklärung von 1789 wieder ähnlicher waren.

[98]) His a. a. O. I S. 71 ff.

vollends mit der Übung der Revolutionsverfassungen. Nur an der Rechtsgleichheit (Abschaffung der Privilegien) und der Niederlassungsfreiheit wurde festgehalten (Art. 3 und 4 der Mediationsakte). Die Glaubensfreiheit wich mit der Wiedereinsetzung der kantonalen Gesetzgebung der Glaubenseinheit, ja sogar dem Glaubenszwang, oder doch dem Grundsatz der Parität[99]), die Pressfreiheit wurde nach dem Beispiel der französischen Konsularverfassung von 1799 nicht mehr garantiert und die Kantone machten von der Möglichkeit der Einführung der Zensur ausgiebigen Gebrauch, die politischen Vereine und Versammlungen waren schon gegen das Ende der helvetischen Republik unterdrückt worden und lebten nun nicht wieder auf, die Niederlassungsfreiheit wurde in verfassungswidriger Weise durch einzelne Kantone verletzt, bis unter dem Drucke Frankreichs der Abschluss eines Konkordates 1806 sie rettete[100]).

Der Bundesvertrag vom 7. August 1815 beschränkte sich auf die Wiederaufrichtung des Staatenbundes, wenn es diesmal auch ein einheitlicher Bund und kein Bündel von Bünden mehr war; an gemeinsame Grundsätze über das Verhältnis von Individuum und Staat dachte niemand mehr; die Kantone kamen wieder in den Vollgenuss ihrer Souveränität. Die Rechtsgleichheit wurde fast in allen Kantonen wieder in Frage gestellt, alte Vorrechte wurden wieder eingeführt[101]). Überhaupt ist die Restaurationszeit dadurch gekennzeichnet, dass man mit der autoritären Regierung gerade die Rechte bewusst unterdrückte, die vorher als Errungenschaften verkündet worden waren; die schweizerischen Kantone gebärdeten sich nicht anders als die europäischen Grossmächte.

Noch vor der französischen Julirevolution glückte dem Tessin am 4. Juli 1830 eine liberale Verfassungsrevision. Von grossem Einfluss auf die Regeneration in den Kantonen

---

[99]) His a. a. O. I S. 399 ff.
[100]) His a. a. O. I S. 488 ff.
[101]) Vgl. His a. a. O. II S. 41 ff.

war dann aber neben der lebendigen Erinnerung an die Helvetik der französische Liberalismus, dessen Hauptvertreter und Führer im französischen Parlament, Benjamin Constant, seit seiner Geburt rege Beziehungen mit der Schweiz unterhalten hatte, und der seinen verfassungsrechtlichen Ausdruck in der Charte Louis-Philippes vom 14. August 1830 fand, einer Verfassung, die wieder in elf Artikeln Droits des Français voranstellte[102]). Die Verfassungen von Zürich, Bern, Glarus, Aargau und Baselland aus den 30er Jahren gewährleisteten die Glaubens- und Gewissensfreiheit, wenn sie auch den anerkannten Kirchen einen besondern Schutz angedeihen liessen, und Benjamin Constant, der in Paris lebende frühere helvetische Minister Philipp Albert Stapfer und vor allen Alexandre Vinet schufen wirkungsvolle Begründungen für die unbedingte religiöse Freiheit[103]). Ebenso wurde die Pressfreiheit in sämtliche regenerierte Kantonsverfassungen aufgenommen, nachdem das Fremdenkonklusum von 1823, mit dem die Tagsatzung den Gazetten Zurückhaltung in auswärtigen Angelegenheiten auferlegt hatte, schon 1829 wieder aufgehoben worden war und Männer wie Heinrich Zschokke, Paul Usteri, Kasimir Pfyffer und Landammann Sidler von Zug mit grosser Entschiedenheit dafür eingetreten waren. Die Versammlungsfreiheit wurde in den Kantonsverfassungen der 30er Jahre nicht ausdrücklich garantiert, aber sie wurde aus der Volkssouveränität abgeleitet, und die grossen Landsgemeinden in Uster, Münsingen usw., welche die Umwälzungen dieser Zeit angebahnt hatten, wurden denn auch damit gerechtfertigt. Zur Zeit der

---

[102]) Text bei Duguit et Monnier, Les Constitutions et principales lois politiques de la France 1898 p. 213.

[103]) Vgl. besonders Alexandre Vinet, Essai sur la manifestation des convictions religieuses S. 455. Allein die Auffassung, dass der Staat seine Gewalt missbrauche, wenn er überhaupt in den Bereich des Geistes eingreife, ist nicht haltbar. Die rechtliche Ordnung des Materiellen ist selbst auch eine geistige Aufgabe. Burckhardt, Staatliche Autorität und geistige Freiheit S. 13 ff.

Freischarenzüge schritten freilich etliche Kantone auf Anregung der Tagsatzung zu einschränkenden Massnahmen[104]). Gleichzeitig wurde auch der Bewilligungszwang für die Vereinsbildung aufgehoben und in mehreren Kantonen ausdrücklich die Vereinsfreiheit gewährleistet, wenn auch sofort mit dem Vorbehalt der Rechtswidrigkeit und Staatsgefährlichkeit ausgestattet. Weiter wurde das freie Petitionsrecht wieder zu Ehren gezogen. Nur zögernd wurde die Niederlassungsfreiheit eingeführt. In dem von den zwölf bedeutendsten Kantonen am 10. Juli 1819 unterzeichneten Konkordat wurde Niederlassung nur den Angehörigen der Konkordatskantone zugesichert, und ausserdem sollten Ausweise, z. B. über ein genügendes Auskommen für den Bewerber und seine Familie, verlangt werden können[105]). Nur wenige Kantone entschlossen sich, in ihren neuen Verfassungen weiter zu gehen und allen Schweizern (mit oder ohne Gegenrechtsvorbehalt) die Niederlassungsfreiheit einzuräumen: St. Gallen, Thurgau, Bern und Baselland. Endlich kamen in mehreren oder einzelnen Verfassungen der Regeneration dazu die persönliche Freiheit, die Unterrichtsfreiheit, die Ehefreiheit, die Eigentumsgarantie[106]). Heute anerkennen auch die Kantone, die an der Bewegung der 30er Jahre nicht teilgenommen oder sich sogar im Sonderbund zusammengeschlossen haben, in ihren geltenden Verfassungen unter den Überschriften „Allgemeine Grundsätze", „Principes et garanties", „Rechte und Freiheiten" usw. verfassungsmässige Rechte der Bürger.

Die Entwürfe für eine Bundesverfassung von 1832 und 1833 waren vorsichtig in der Garantie von Freiheits-

---

[104]) His a. a. O. II S. 397. Nach dem geltenden Verfassungsrecht können Märsche grosser Menschenmengen von Kanton zu Kanton von der Art der Freischarenzüge oder dergl. nicht mehr als Versammlungen angesehen werden. BGE 61 I S. 32 ff.

[105]) His a. a. O. II S. 413.

[106]) Über die Geschichte der Handels- und Gewerbefreiheit His a. a. O. II S. 419 ff.

rechten. Die Freizügigkeit z. B. wurde an die Schranke geknüpft, dass die niedergelassenen Kantonsfremden keine politischen Rechte erhielten[107]). Sämtliche konfessionellen Fragen wurden überhaupt übergangen; von einer Gewährleistung der Glaubens- und Gewissensfreiheit war deshalb in den Entwürfen nicht die Rede. Sogar die Pressfreiheit einzuführen wurde den Kantonen überlassen.

Die Bundesverfassung von 1848 enthielt keinen zusammenhängenden Katalog von Verfassungsrechten der Bürger; nur zerstreut unter den Bundeskompetenzen finden sich einzelne solcher Rechte: die Handelsfreiheit von Kanton zu Kanton, die Niederlassungsfreiheit zugunsten der Schweizerbürger christlicher Konfession und ohne Stimmrecht in Gemeindeangelegenheiten, das Verbot des Bürgerrechtsentzuges, die Petitionsfreiheit, die Kultusfreiheit zugunsten der christlichen Konfessionen, die Pressfreiheit mit der Ermächtigung an die Kantone, Gesetze gegen Missbräuche zu erlassen, die Vereinsfreiheit in der Fassung des heutigen Art. 56. Auch der Gerichtsstand des Wohnortes für persönliche Klagen wurde dem zahlungsfähigen Beklagten damals schon garantiert. Die geltende Verfassung von 1874 brachte dann, im wesentlichen in Übereinstimmung mit der verworfenen Vorlage von 1872, die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Niederlassungsfreiheit, die Handels- und Gewerbefreiheit, das Doppelbesteuerungsverbot.

II. Naturrecht und Verfassungsrecht.

Die Menschen- und Bürgerrechte wurden gegen Ende des 18. Jahrhunderts „erklärt", nicht aber erlassen, durch einen Staatsakt mit Gesetzeskraft erst begründet. Die Form der Erklärung an Stelle des Gesetzes entsprach der naturrechtlichen Auffassung der Zeit, dass diese Rechte

---

[107]) Burckhardt, Kommentar 3. Aufl. S. 359, Bericht über den Entwurf einer Bundesurkunde von Pellegrino Rossi, 1833 S. 34 ff.

angeboren, dem Menschen durch die Natur verliehen und nicht, auch durch Gesetz nicht, entziehbar seien. Sie wurden denn auch ursprünglich in mehreren Staaten Nordamerikas und in Frankreich nicht der Verfassung einverleibt, sondern in besondern Deklarationen zusammengestellt. So waren sie zunächst eine Beschränkung des Pouvoir constituant[108]). Sie wurden im Gegensatz zum Recht der staatlichen Organisation nicht als positives Recht betrachtet und sollten nicht das Schicksal der Verfassung teilen, selbst dort nicht, wo, wie in Nordamerika, die Verfassungsänderung erschwert wurde. Sie sollten jenseits der konstituierenden Befugnisse liegen und auch für die Zukunft von der verfassunggebenden Gewalt emanzipiert sein. So stellte Robespierre bei der Beratung der Deklaration von 1793 diese als eine lex in perpetuum valitura allen Verfassungen gegenüber[109]). Aber auch als sie nach kurzer Zeit, oder in einzelnen Unionsstaaten sogar von Anfang an, als mehr oder weniger abgehobene Teile in die Verfassungsurkunden aufgenommen wurden, geschah das zuerst mehr um der besondern Feierlichkeit willen, ohne dass daran gedacht wurde, ihre naturrechtlichen Eigenschaften aufzugeben und die Schranken des Pouvoir constituant fallen zu lassen. Freilich wurden in Frankreich nicht nur die Revolutionsverfassungen revidiert, sondern auch immer wieder neue Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte beschlossen. Doch während mit den Verfassungsrevisionen bestimmte gesetzgebungspolitische Ziele verfolgt wurden, erwecken die Beratungen der Deklarationen den Eindruck, man habe das Naturrecht nur besser erkennen wollen, als es 1789 gelungen war. So steht die erste Epoche nach 1776 und 1789 unter dem

---

[108]) Zweig, Die Lehre vom pouvoir constituant 1909 S.240 ff., aus dessen Darstellung aber hervorgeht, dass einzelne Mitglieder der französischen Nationalversammlung die Begrenzung des Pouvoir constituant durch die Menschen- und Bürgerrechte von Anfang bestritten.

[109]) Zweig a. a. O. S. 251.

Zeichen eines Gegensatzes zwischen den Menschenrechten und dem Pouvoir constituant, obschon die damalige Auffassung von der verfassunggebenden Gewalt derselben geistigen Quelle entflossen war wie die Menschenrechte. Das Pouvoir constituant hat zur Grundlage die Lehren von der Volkssouveränität und von der Gewaltentrennung und weist damit ebenfalls auf das Naturrecht der Aufklärung. Das ist nicht der einzige innere Widerstreit der Teile des rationalistischen Individualismus. Allmählich aber ging der Gegensatz verloren und die Menschenrechte wurden zu Verfassungsrechten. Sie wurden mit derselben, keiner höhern, Geltung ausgestattet als das Recht der staatlichen Organisation. Die Entwicklung vom Gewohnheitsrecht zum geschriebenen Recht, vom lokalen zum nationalen Recht und von der einfachen Gesetzgebung zum Staatsgrundgesetz fing auch die Menschenrechte in sich auf, und das Pouvoir constituant erwies sich als stärker als das Naturrecht[110]). Die Positivierung der Menschenrechte wurde einerseits durch die Erschwerung der Verfassungsänderung gefördert, anderseits aber auch durch den Umstand, dass, auch bei Erleichterung der Verfassungsänderung, niemand daran dachte, die Grundrechte zu bekämpfen, nachdem die Zeit der Restauration abgelaufen war. Ferner trat der Gedanke der Unverlierbarkeit der Menschenrechte, gerade weil sie nicht mehr ernsthaft angefochten wurden, zurück vor dem Gedanken, dass sie besonders zu schützen seien, dass man sie im höchsten zur Verfügung stehenden Erlass, der Verfassung, verankern sollte, ja dass sie notwendiges Verfassungsrecht seien, so gut wie das Recht der Behördenorganisation. Es macht das Wesen der liberalen Verfassungen aus, dass sie neben der Organordnung das Verhältnis des Staates zum Individuum durch Aufzählung von Grundrechten ordnen

---

[110]) In den Beratungen der Frankfurter Nationalversammlung ist der Gegensatz nochmals aufgelodert: Zahlreiche Abgeordnete verlangten, dass die Grundrechte als überstaatliche zu garantieren seien, Eckhardt S. 85 ff.

wollen[111]). Merkwürdig genug: das naturrechtliche Bestreben, die Deklarationen von den Verfassungen zu trennen, begegnet sich früh mit dem Motiv, geschriebene Verfassungen zu erlassen, um die Grundrechte verbürgen zu können. Die Erniedrigung der Grundrechte durch ihre Positivierung in der Verfassung fiel weniger ins Gewicht, weil man das Pouvoir constituant als ein Pouvoir des Volkes ansah und erwartete, dass das Volk so eifersüchtig auf den Schutz seiner Freiheiten bedacht sei, als ob es Naturrechte wären. Die Geschichte des Verhältnisses der Grundrechte zu den Verfassungen ist nicht weniger verwickelt als andere Teile der Geistesgeschichte. Hier genügt aber der Hinweis darauf, dass das Naturrecht auch dadurch abgedankt wurde, dass die Menschenrechte positiviert, zu Verfassungsrechten „erniedrigt" wurden. Das ist freilich auch eine für die Gegenwart bedeutende Erkenntnis. Die Staaten, in deren Verfassungen die geläufigen Grundrechte gewährleistet sind, regeln somit das Verhältnis von Individuum und Staat teilweise, soweit nicht die Verwischung der Gewaltentrennung und die moderne Gesetzgebung eingegriffen haben, sachlich immer noch gleich, wie das Naturrecht der Aufklärung es haben wollte, aber ihre Unverlierbarkeit haben die Rechte durch die Revisionsmöglichkeit der Verfassungen und die Abdankung des Naturrechtes eingebüsst. Es kann eine Bresche in sie geschlagen werden. Das fällt rechtlich nicht schwer in den Staaten, in denen die Verfassungsrevision erleichtert ist, wie in der Schweiz, wo die Vorfahren forderten, dass „der Fortschritt" sozusagen in jedem Jahrzehnt wieder seinen Ausdruck in einer neuen Verfassung finde. Ja da die naturrechtliche Verankerung der Grundrechte beseitigt ist, pflegen auch gegen ihre Antastung durch Dringlichkeitsbeschlüsse und Notverordnungen nur die Einwendungen erhoben zu werden, die im allgemeinen gegen diese Formen erhoben werden, z. B. dass die Verfassung unter

---

[111]) Richard Schmidt a. a. O. S. 82.

Dringlichkeit nur die zeitliche Dringlichkeit, nicht die sachliche verstehe, oder dass die Not für eine Notverordnung noch nicht gross genug sei. Mit dem Naturrecht ist schon früh ein Schutzwall des bürgerlichen Rechtsstaates sowohl gegen fremde Staatsauffassungen als auch gegen die Aushöhlung durch seine eigenen Organe wieder weggefallen, und niemand behauptet heute z. B. mit der Deklaration von Virginia, dass überhaupt nur despotische Regierungen die Pressfreiheit beschränken[112]).

In den Vereinigten Staaten von Nordamerika hat man die Positivierung der Menschenrechte als eine Schwäche empfunden und sie nicht nur durch die Erschwerung der Verfassungsrevision zu mildern gesucht[113]), sondern auch durch die Erstreckung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf die Amendments. Freilich hat der oberste Gerichtshof noch nicht endgültig Stellung genommen, obwohl die Frage sich beim 18. Amendment (Prohibition des Alkohols) aufdrängte. Aber im Schrifttum besteht eine verbreitete Meinung, die nur solche Amendments als verfassungsmässig bezeichnet, welche mit dem Sinn der ursprünglichen Verfassung vereinbar sind[114]). Wenn die Verfassung

---

[112]) Es wäre unrichtig, anzunehmen, dass sich das Gesagte nur auf die Handels- und Gewerbefreiheit beziehe; auch andere Grundrechte werden durch die Notgesetzgebung berührt, in der Schweiz etwa die Rechtsgleichheit und die Pressfreiheit, diese z. B. durch den in der amtlichen Sammlung überhaupt nicht, sondern nur im Bundesblatt unter „Verhandlungen des Bundesrates" publizierten Bundesratsbeschluss vom 26. März 1934 über „Ausschreitungen der Presse gegenüber dem Ausland". Die Frage der Verfassungsmässigkeit einzelner Dringlichkeitsbeschlüsse oder Notverordnungen unter dem Gesichtspunkt der Grundrechte soll hier nicht etwa entschieden werden. Es sollte nur bemerkt werden, dass die Grundrechte nicht ungefährdet sind.

[113]) Die Amendments der Unionsverfassung bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung der gesetzgebenden Behörden von $^3/_4$ aller Gliedstaaten und können nur vorgeschlagen werden, wenn $^2/_3$ der Mitglieder beider Häuser des Kongresses es verlangen. Article V.

[114]) Einen ähnlichen Versuch für Deutschland hatten W.

selbst ihre Revision geordnet habe, so um ihrer Stabilität willen, nicht um ihren Umsturz zu ermöglichen[115]). Diese Auffassung ersetzt also den naturrechtlichen Schutz durch die Lehre von der Begrenzung der Revisionsgewalt zur Erhaltung des ursprünglichen (liberalen) Sinnes der Verfassung[116]). In der Schweiz ist schon versucht worden[117]), den Bestand der Gliedstaaten durch Beschränkung der Revisionsgewalt zu sichern und so einzelnen Bestimmungen der Verfassung den Verfassungscharakter zu nehmen und Vertragscharakter beizulegen: ein Rückgriff weniger auf das Völkerrecht, dessen positive Natur übrigens in Frage steht[118]), als auf das Naturrecht. Aber eine Lehre, welche in analoger Weise die Grundrechte vor der Revisionsgewalt schützen wollte, fehlt, und es kann, wie übrigens auch in Deutschland unter der Herrschaft der Verfassung von 1919, als fast einhellige Auffassung bezeichnet werden, dass es keine unbedingt unabänderliche, unaufhebbare und unantastbare Grundrechte der Verfassung mehr gibt[119]). Die Verfassung ist die notwendige Bedingung des Verhaltungsrechtes, des materiellen Rechtes, ihre logische Voraussetzung; eben deshalb wäre es ein methodischer Fehler, wenn heute noch angenommen werden wollte, es gebe verfassungsbeständige Rechte[120])[121]).

Jellinek, Die Grenzen der Verfassungsgesetzgebung 1931 und Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 163 unternommen.

[115]) M. William Marbury, The limitations upon the amending powers. Harvard Law Review 1919/20 S. 223 ff.

[116]) Vgl. über das richterliche Prüfungsrecht der Verfassungsrevisionen in Amerika Lambert a. a. O. S. 109 ff.

[117]) Max Huber, Die Entwicklungsstufen des Staatsbegriffes, Zeitschr. f. schweiz. Recht n. F. 23 S. 15 ff.

[118]) Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft S. 374 ff., 416.

[119]) Burckhardt, L'Etat et le droit S. 162 a; Carl Schmitt, im Handbuch II S. 575.

[120]) Burckhardt, Methode und System des Rechts 1936 S. 134 f.

[121]) Als Kuriosum mag immerhin beigefügt werden, dass die deutsche Reichsregierung durch das Ratifikationsgesetz zum

Die Geltung einer Verfassung oder einer Verfassungsbestimmung hängt nicht davon ab, ob die Revisionsvorschriften der frühern Verfassung beobachtet worden sind oder nicht. Die Revisionsvorschriften stehen nicht über der geltenden Verfassung. Sie können nicht entscheiden, unter welchen Voraussetzungen neues Verfassungsrecht gelten soll, da sie selbst mit dem geltenden fallen. Die Revision der Verfassung ist rechtlich stets ein revolutionärer Vorgang, ob die Revisionsvorschriften beobachtet werden oder nicht, und die Revisionsvorschriften taugen denn auch nicht, um daraus die rechtliche Natur des Staates zu bestimmen[122]). Wenn also durch Erschwerung der Revision versucht wird, die Unentziehbarkeit der Grundrechte zu garantieren, so ist das wirklich nur ein Versuch: man bleibt damit auf der Ebene des positiven Rechtes, und die naturrechtlichen Eigenschaften der Menschenrechte sind endgültig verloren. Damit soll den Revisionsvorschriften nicht jeder Sinn abgesprochen werden. Aber sie können die Unantastbarkeit der Grundrechte nicht gewährleisten. Positives Recht ist stets antastbar. Und die amerikanische Lehre von der inhaltlichen Verfassungswidrigkeit der Verfassungsrevisionen, von der sachlichen Schranke der Revisionsgewalt, ist denn auch etwas anderes als eine Rückkehr zum Naturrecht oder ein vollwertiger Ersatz für dasselbe: sie will nicht die Unentziehbarkeit der Rechte der ursprünglichen Verfassung schlechthin garantieren, sondern nur die Werteinheitlichkeit der Verfassung vor „Fremdkörpern" schützen.

Londoner Abkommen von 1924 verpflichtet wurde, dafür zu sorgen, dass die Bewohner der Rheinlande im Genuss der allgemeinen Menschenrechte nicht geschmälert würden. RG vom 30. August 1924 § 3 a, Reichsgesetzblatt 1924 II S. 289; hier wurden die Menschenrechte als Naturrecht anerkannt. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht S. 164.

[122]) Burckhardt, Verfassungs- und Gesetzesrecht, Politisches Jahrbuch Bd. 26 S. 48 ff., Organisation der Rechtsgemeinschaft S. 213 ff.; Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 88 ff.

Wenn hier davon die Rede war, dass die Menschenrechte ihre naturrechtlichen Eigenschaften verloren haben, so wurde freilich das heute geltende Verfassungsrecht mit einem Recht verglichen, das keine Geltung hatte, mit einem erdachten Recht. Der Verlust ist also nur ein scheinbarer, denn das Naturrecht der Aufklärung samt den Deklarationen war kein positives Recht, und soweit es geltendes Recht wurde, war es nicht mehr Naturrecht. Das Naturrecht der Aufklärung bleibt eine Erscheinung der Geistesgeschichte, es war aber keine frühere positive Rechtsordnung. Das Problem der Geltung wird sich immer stellen, wo versucht wird, unabhängig von gegebenen tatsächlichen Verhältnissen zu bestimmen, was gerecht ist, und das Bestimmte als anwendbare Rechtssätze darzustellen[123]).

Die Naturrechtslehren der Gegenwart, die Nutzniesser der allgemeinen Abkehr vom Positivismus sind, hüten sich in der Regel wohl, die ganze Reihe der Menschenrechte der Aufklärung als Naturrecht zu übernehmen[124]). Bei Leonhard Nelson z. B. werden Freiheit und Gleichheit als reine Vernunftprinzipien begründet; die Freiheit ist beschränkt durch die Bedingung der persönlichen Gleichheit, aber weitere Prinzipien nach Art des Kataloges der Menschenrechte werden nicht abgeleitet, ausser etwa dasjenige der Toleranz[125]). Die katholische Naturrechtslehre

---

[123]) Burckhardt, Das Recht als Tatsache und als Postulat, Festgabe für Max Huber 1934 S. 1.

[124]) Eine Ausnahme macht François Gény, der die Freiheitsrechte und die Rechtsgleichheit als trotz der Einschränkungen letztlich unverletzliche individualistische Naturrechtssätze behandelt. Le conflit du droit naturel et de la loi positive, Zeitschr. f. schw. Recht n. F. 49 S. 94, Science et technique en droit privé positif, vol. 4 1924 p. 72 ss., 84 ss. Vgl. auch Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 2e éd. 1929 p. 636 ss.

[125]) Nelson, System der philosophischen Rechtslehre und Politik 1924 2. Abt.; Gysin, Die Lehre vom Naturrecht bei Leonhard Nelson und das Naturrecht der Aufklärung 1924 bes. S. 133.

unserer Zeit hat zwar einen Katalog, aber einen abweichenden, durch die religiös fundierten Aerkennung der Persönlichkeit bestimmten[126])[127]).

So ist heute die Ideologie des rationalistischen Individualismus des 18. Jahrhunderts überwunden, und die Geschichte der Grundrechte ist in hohem Masse eine Geschichte der Abwendung von der Ideologie und Zuwendung zu den praktischen Forderungen. An der Auffassung, dass der Staat um der Einzelnen willen da sei, kann nicht mehr festgehalten werden. Aus den Rechten, die den Staat beschränken und die doch seinem Schutz anvertraut sein sollten, ist objektives Recht geworden. Doch hat die theoretische Begründung der Menschenrechte bis heute auf die praktischen Forderungen abgefärbt. Es gilt nun, allen Ballast abzuwerfen, damit das Augenmerk vollständig auf den praktischen Ausgleich zwischen staatlicher Autorität und individueller Freiheit konzentriert werden kann. Ballast ist die Auffassung, dass die Freiheitsrechte und die Rechtsgleichheit notwendiges Verfassungsrecht seien, dass es subjektive öffentliche Rechte gebe, dass die Legitimation zur Verfassungsbeschwerde an solche Berechtigungen geknüpft werden könne usw.

III. Verfassungs- und Verhaltungsrecht.

Nach einem allgemeingültigen Kriterium versteht man unter Verfassungsrecht die Zuständigkeitsordnung zur Rechtsverwirklichung, die Normen über die Bildung, den Aufgabenkreis und das Verfahren der Behörden. Aus diesen Normen ergibt sich, wie die Regeln des Verhaltens

---

[126]) Vgl. Cathrein, Moralphilosophie, Bd. 2 1904 S. 91 ff., ferner die zit. Abhandlung von Fumasoli über die Verfassungsrechte in der Vatikanstadt; Richard Gutzwiller, Die Katholiken und die Schweiz 1935 und Nawiasky, Staatstypen der Gegenwart 1934 S. 33.

[127]) De Page, L'idée du droit naturel, Zeitschr. f. schweiz. Recht 1936 S. 5 ff., bes. S. 33 bezeichnet als Naturrecht nicht eine erdachte Rechtsordnung, sondern die Form, welche der

der Rechtsgenossen aufgestellt, angewendet und erzwungen werden sollen. Das Verfassungsrecht in diesem Sinn ist also der Gegensatz zum Verhaltungsrecht[128]). Die Zuständigkeitsordnung ist notwendiges Verfassungsrecht. Es fällt aber nicht zusammen mit dem Recht der Verfassungsurkunde. In der Verfassungsurkunde kann auch Verhaltungsrecht enthalten sein, wie umgekehrt einfache Gesetze Organisationsrecht sein können[129]). Es fällt dem Verfassungsgesetzgeber mitunter ein, sogar untergeordnete Regeln des Verhaltens in der Verfassung abzulagern, zumal wo das Volk die Verfassungsinitiative hat, und es können auch organisatorische Fragen als untergeordnete dem einfachen Gesetzgeber überlassen werden. Die Unterscheidung zwischen Verfassungsrecht im Sinne von Organisationsrecht und Verhaltungsrecht deckt sich also nicht mit der Unterscheidung zwischen Verfassungsurkunde und Gesetz, denn jene ist eine allgemeingültige, diese eine positivrechtliche, nämlich wenn festgestellt wird, was Gesetzesrecht und was Verfassungsrecht ist, jedenfalls aber eine praktische, wenn gefragt wird, was im Gesetz und was in der Verfassungsurkunde geordnet werden soll.

Allein es wäre verfehlt, nun zu untersuchen, ob die Grundrechte zum Verfassungs- oder zum Verhaltungsrecht gehören, oder ob am Ende einzelne von ihnen hier, andere dort einzuordnen sind. Jede Rechtsnorm ist Verfassungs- oder Verhaltungsrecht, tertium non datur. Aber der Gegensatz ist kein ausschliesslicher, sondern die öffentlichrechtlichen Verhaltungsnormen sind zugleich Kompetenz-

---

Protest gegen die positive Rechtsordnung annimmt, eine „attitude insurrectionnelle". Damit wird aber doch wohl nur ein historisches Faktum ausgewiesen, wie wir es auch bei den amerikanischen Deklarationen bemerkt haben; eine Auseinandersetzung mit dem Begriff des Naturrechtes ist das nicht.

[128]) Vgl. Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft S. 123 ff., Methode und System des Rechts 1936 S. 132 ff., 224.

[129]) Burckhardt, Methode S. 132 N. 2.

regeln[130]). Wenn der Gewerbetreibende seinen Laden abends 7 Uhr zu schliessen hat, so ist die Norm, die das anordnet, zugleich eine Verhaltungsnorm, indem sie ihm eine Pflicht auferlegt, und eine Kompetenzbestimmung, indem sie die Polizeibehörde ermächtigt, die Schliessung zu verlangen. Zu diesen Normen mit dem doppelten Sinn gehören nach ihrer Positivierung die meisten Grundrechte: die Niederlassungsfreiheit berechtigt den Bürger, unter gewissen Voraussetzungen sich ausserhalb seines Heimatkantons niederzulassen, und ordnet insofern sein Verhalten, sie umgrenzt aber zugleich die Zuständigkeit der Behörden des Niederlassungskantons, die Niederlassung zu gewähren, zu verweigern oder zu entziehen. Das Doppelbesteuerungsverbot ist sowohl Verhaltungsnorm für den Steuerpflichtigen als interkantonale Kollisions- und insofern Organisationsnorm. Gewiss sind auch Grundrechte denkbar, die nur Organisationsrecht sind; wenn z. B. eine Kantonsverfassung die Einsetzung eines Verwaltungsgerichtes zum Grundrecht erheben wollte[131]), hätte man es ausschliesslich mit einer Organisationsnorm über die bundesstaatliche Pflicht zur Organisation einer Behörde zu tun, doch wäre es eben deshalb widerspruchsvoll, eine reine Organisationsnorm zum „Recht" des Bürgers zu erheben, dessen Verhalten nicht in Frage steht. Grundrechte als nichtzwingende Verhaltungsnormen sind kaum denkbar; die Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes in Art. 59 BV z. B. ist nicht dispositives Recht, denn der Bürger kann nicht auf die Garantie verzichten, sondern nur im einzelnen Fall Gerichtsstandsvereinbarungen abschliessen. Jedenfalls gehören die Grundrechte sozusagen ohne Ausnahme zu den doppelseitigen Normen, die Verhaltungs- und Verfassungsfunktion haben.

---

[130]) Burckhardt, Methode S. 153.

[131]) Art. 107 der Weimarer Verfassung, der den Ländern Verwaltungsgerichte vorschreibt, wird nicht als Begründung eines Rechts des Einzelnen angesehen, Anschütz bei Nipperdey I S. 136; Genzmer, im Handbuch II S. 517.

Der Zusammenhang von organisatorischem und materiellem Recht ist von praktischer Bedeutung:

Daraus folgt nämlich, dass zwischen einem Eingriff in eine Kompetenz und materieller Rechtswidrigkeit nicht unterschieden werden kann. Bei der Abgrenzung von Kompetenzen kann von der Überprüfung der materiellen Rechtmässigkeit in der Regel nicht abgesehen werden, sondern ob sich eine Behörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit gehalten hat, kann nur unter Anwendung des Rechtes entschieden werden, das zugleich Organisations- und materielles Recht ist. So erscheinen z. B. die Niederlassungsfreiheit, die Handels- und Gewerbefreiheit, die Ehefreiheit als Kompetenznormen, und wenn ein Kanton sie durch ein Gesetz oder einen Akt der Rechtsanwendung verletzt, greift er in eine Kompetenz des Bundes ein. Die Erscheinung, dass dieselbe Regel zugleich als Verhaltungs- und Kompetenznorm fungiert, findet sich auch im bundesstaatlichen Verhältnis zwischen Bund und Gliedstaaten. Wenn das Bundesgericht bei Beschwerden wegen Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (BV Art. 2 ÜB) nicht nur prüft, ob der Kanton sich mit seiner Vorschrift im Rahmen seiner Zuständigkeit gehalten hat, sondern auch, ob der kantonale Rechtssatz bundesrechtmässig ist — was eben dasselbe ist und nur verschieden formuliert wird —, so baut es seine Entscheidung darauf auf, dass zwischen Rechtmässigkeit und Kompetenzmässigkeit nicht unterschieden werden kann, wobei allerdings beizufügen ist, dass die Kompetenzen zur Rechtsetzung sehr oft keine echten Kompetenzen sind: Art. 64 BV z. B. enthält, obschon man ohne nähere Untersuchung das Gegenteil annehmen würde, gerade keine echte Kompetenzbestimmung, denn um eine echte zu sein, hätte der Gesetzgeber in Art. 64 sagen müssen, was unter Zivilrecht zu verstehen sei, und das hätte er nur so sagen können, dass er das Zivilrecht aufgestellt hätte[132]). Aber auch

[132]) Burckhardt, Eidg. Recht bricht kant. Recht, Festgabe für Fleiner 1927 S. 66, Grundsätzliches über die Abgrenzung der

wo der Verfassungsgesetzgeber als Gegenstand eines Verfassungsstreites die Kompetenzfrage bezeichnet hat, wie in Art. 113 Ziff. 1 BV für den Kompetenzkonflikt zwischen Bund und Kantonen, hat er damit nicht sagen wollen, dass der zuständige Richter das Unmögliche versuchen solle, nämlich die materielle Frage von der Kompetenzfrage zu trennen, sondern nur, dass für ihn der Streit namentlich als Kompetenzstreit den verfassungsgerichtlichen Schutz verdiene[133]). So stellen sich die Normen der Bundesverfassung und der Kantonsverfassungen, die Grundrechte verbürgen, unter dem Gesichtspunkt der Unterscheidung zwischen Verfassungs- und Verhaltungsrecht nach ihrer Aktualisierung[133a]) als nichts anderes dar, denn als öffentlich-rechtliche Normen mit Kompetenz- und materiellem Charakter. Damit ist aber auch gesagt, dass sie nicht notwendiges Verfassungsrecht sind, so wenig als das übrige öffentliche Recht. Der Gedanke des rationalistischen Konstitutionalismus, dass das Verhältnis von Staat und Individuum durch die Aufnahme von Grundrechten in der Verfassung selbst geordnet werden müsse, lässt sich nicht verwirklichen, weil das gesamte öffentliche Recht das Verhältnis von Staat und Individuum ordnet. Welchen Sinn es dennoch hat, einzelne öffentlich-rechtliche Programmsätze herauszugreifen und in der Verfassungsurkunde zu verankern, obwohl sie denselben Doppel-

Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen. Zeitschr. des bern. Jur.vereins 1932 S. 311 ff.

[133]) Wenn das Bundesgericht den Kantonen einen wirklichen Schutz gegen Übergriffe des Bundes gewähren will, muss es auch auf die materielle Frage eintreten; hat es aber Bedenken, zur Berufungsinstanz gegenüber politischen Behörden zu werden, während in der Verwaltungsgerichtsbarkeit Entscheide des Gesamtbundesrates nicht angefochten werden können, so muss die notwendige Zurückhaltung auf anderem Weg gesucht werden, als durch die Unterscheidung von Kompetenz- und materieller Frage. Burckhardt, Kommentar S. 775; Huber, Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen 1926 S. 67 ff.

[133a]) S. 141a ff.

charakter haben wie das übrige zwingende, öffentliche Recht, soll nachher erörtert werden. Hier genügt der Hinweis, dass die Rechtfertigung auf dem Gebiet des Ethischen liegen wird. Die Verfassung als Zwangsapparat rechtfertigt sich ethisch nur als das unentbehrliche Erfordernis einer materiellen Rechtsordnung; weil sie aber die höchste Ordnung ist, obschon ethisch die untergeordnete, sollen ihr die materiellen Normen einverleibt werden, die dem Volk als besonders heilig erscheinen.

Es drängt sich noch eine terminologische Frage auf: Man pflegt in der Schweiz gerne die Gerichtsbarkeit nach Art. 113 Ziff. 3 BV, die Rechtsprechung über die Beschwerden der Bürger wegen Verletzung ihrer verfassungsmässigen Rechte als Verfassungsgerichtsbarkeit, ja sogar als die Verfassungs- oder Staatsgerichtsbarkeit, und das Bundesgericht in dieser Funktion als Verfassungs- oder Staatsgerichtshof zu benennen. Dafür lässt sich anführen, dass die Grundrechte in der Verfassungsurkunde gewährleistet sind. Allein wenn Missverständnisse vermieden werden sollen, darf nicht vergessen werden, dass gemeinhin unter Verfassungs- oder Staatsgerichtsbarkeit die Gerichtsbarkeit über Verfassungsstreitigkeiten zwischen Behörden und zwischen Bund und Gliedstaaten und zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat verstanden wird, also die Gerichtsbarkeit z. B. nach Art. 113 Ziff. 1 u. 2 BV und in den Kantonen die Kompetenzkonflikte zwischen Exekutive und Justiz. Verfassungsgerichtsbarkeit im eigentlichen Sinne ist die Gerichtsbarkeit, wo der Richter Hüter der eigentlichen Verfassung, Hüter der verfassungsmässigen „Gleichgewichtslage" zwischen den verschiedenen Gewalten ist[134]), also in Deutschland unter der Weimarer Verfassung die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofes, nach Art. 15 RV Mängel bei der Vollziehung der Reichsgesetze durch die

---

[134]) Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung 1931; Carl Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 6 Bde, Bd. 1 S. 154 ff.

Länder festzustellen, sowie die Verfassungsstreitigkeiten nach Art. 19 RV. Die verfassungsrechtliche Beschwerde der Bürger wird sonst nicht als Verfassungsstreitigkeit angesehen, sondern als Verwaltungsstreitigkeit, die nach Verfassungsrecht zu entscheiden ist[135]), eine Kennzeichnung, die für die Schweiz freilich nur zum Teil zutrifft[136]). Das Bundesgericht ist in der Schweiz, wie noch zu zeigen sein wird, nicht der Hüter der Verfassung in diesem Sinne; die Verfassung kann missachtet werden, die Stellung der Gewalten kann sich grundlegend verschieben, das Referendum kann ausgeschaltet werden, ohne dass der Richter intervenieren könnte, und das hängt nicht nur mit dem Fehlen des richterlichen Prüfungsrechtes und der Beschränkung der staatsrechtlichen Beschwerde auf kantonale Staatsakte zusammen. Hier stellt sich eben die Frage nach der Möglichkeit eines reinen Justizstaates, nach der Möglichkeit eines Staates, wo selbst die Beobachtung der Verfassung durch die obersten politischen Organe zum Gegenstand einer Gerichtsbarkeit gemacht wird, mit einem Wort: nach der Möglichkeit des gerichtlichen Verfassungsschutzes. Schon Montesquieu[137]) wollte den Verfassungsschutz im eigentlichen Sinn nicht dem Richter anvertrauen: „Des trois puissances, dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle. Il n'en reste que deux, et comme elles ont besoin d'une puissance réglante

---

[135]) Wenn Verfassungsstreitigkeit jede Streitigkeit wäre, welche nach „Verfassungsnormen" zu entscheiden ist, wäre es angebracht, die gewöhnliche Gerichtsbarkeit Gesetzesgerichtsbarkeit zu nennen. Verfassungsgerichtsbarkeit kann aber nur die Gerichtsbarkeit sein, die notwendiges Verfassungsrecht zum Gegenstand hat.

[136]) Friesenhahn, im Handbuch II S. 523 ff.; Haenel, Deutsches Staatsrecht 1892 S. 567; Jerusalem, Die Staatsgerichtsbarkeit 1930 S. 54; Triepel, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Veröff. der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer 1929 S. 1. ff.; Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 112.

[137]) Esprit des lois, Livre XI Chapitre VI.

pour les tempérer, la partie du corps législatif qui est composée de nobles est très propre à produire cet effet."[137a])

Abgesehen vom Terminologischen ist daran zu erinnern, dass das Bundesgericht auch dort, wo es zuständig war, wenig Gelegenheit hatte, die eigentliche Verfassungsgerichtsbarkeit auszubauen, da die Streitigkeiten nach Art. 113 Ziff. 1 u. 2 BV — glücklicherweise — selten waren. Zudem ist das Bundesgericht wiederholt auf staatsrechtliche Rekurse des Bundes gegen einen Kanton oder eines Kantons gegen einen andern eingetreten, ohne näher zu untersuchen, ob nicht hiefür die Verfassungsstreitigkeit (Art. 113 Ziff. 1 u. 2 BV) der gegebene Austrag gewesen wäre[138]).

IV. Grundrecht und subjektives öffentliches Recht.

Wenn die Naturrechtslehre der Aufklärung die Deklarationen der Menschen- und Bürgerrechte durch Prägung einzelner unverlierbarer Individualrechte vorbereitet hat, so hat sie doch nicht etwa eine allgemeine Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte aufgestellt. Das haben erst im 19. Jahrhundert einzelne Staatsrechtslehrer unternommen. Zur Zeit des rationalistischen Individualismus war nicht nur die konstitutionelle Doktrin mit der Stufen-

[137a]) Vgl. auch Carl Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung S. 176; Triepel, Staatsgerichtsbarkeit S. 13, der den Ausspruch Lockes zitiert, dass es zwischen Praerogative und Legislative keinen Richter geben könne!

[138]) BGE 54 I S. 169, 58 I S. 363 ff., 19 S. 86 ff., 33 I S. 706 f., 35 I S. 386, 49 I S. 377, 54 I S. 36, 169, anders BGE 47 I S. 119, und Urteile vom 25. Februar 1921 i. S. SBB. c. Tessin und vom 13. Dezember 1935 i. S. Schweiz. Bundesrat c. Kanton Glarus. Burckhardt, Kommentar S. 777; Bernheimer a. a. O. S. 156; Giacometti S. 161 ff. Freilich können Beschwerden des Bundes oder eines Kantons gegen einen andern, wenn es sich um die Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geld- oder Sicherstellungsansprüche handelt, damit gerechtfertigt werden, dass der Staat als Fiskus auftrete, da das öffentliche Recht keine andere als die Vollstreckung wie für private Forderungen kenne. Kirchhofer, Über die Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurs, Zeitschr.

ordnung von Verfassung und Gesetz erst im Entstehen begriffen, sondern auch die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht selbst auf dem Festland noch nicht geläufig; es konnte infolgedessen auch noch niemandem einfallen, zu behaupten, dass es im öffentlichen Recht überhaupt, nicht nur im Verfassungsrecht, subjektive öffentliche Rechte gebe, und darzustellen, welches das Wesen dieser Rechte sei, wie sie sich vom objektiven Recht und vom subjektiven Privatrecht unterscheiden. Ja da die Grundrechte vorerst als vor- und überstaatliche, d. h. eben als Naturrechte gedacht waren und ihre Positivierung, wie wir gesehen haben, erst nachträglich eingesetzt hat, fasste man sie nicht als subjektive öffentliche Rechte, d. h. als Rechte des öffentlichen Rechtes auf. Vielmehr lag das subjektive öffentliche Recht noch ausserhalb des wissenschaftlichen und philosophischen Interesses der Naturrechtslehre. Damit soll nicht gesagt werden, dass es eine Frage des positiven Rechtes sei, ob subjektive öffentliche Rechte anerkannt seien, denn wenn es sich um eine allgemeingültige Frage handelt, ist sie auch allen positiven Rechten gemein[139]). Sondern es soll nur gesagt werden, dass das Problem der subjektiven öffentlichen Rechte kein naturrechtliches ist. Erst als man sich wieder mit dem positiven Rechte abzugeben begann, als die Grundrechte Eingang in die Verfassungen gefunden hatten, stiess man auf die allgemeingültige Frage, ob es im öffentlichen Recht subjektive Rechte gebe.

---

f. schw. Recht n. F. 55 S. 146. Die Zulassung staatsrechtlicher Beschwerden eines Kantons gegen einen andern an Stelle der staatsrechtlichen Streitigkeiten nach Art. 113 Ziff. 2 BV mit der Begründung, dass u. U. ein Kanton der Hoheit eines andern unterworfen sei, scheint mir nicht unanfechtbar zu sein, da es in der Schweiz nur eine Rechtsordnung gibt, die gesamtschweizerische des Bundes und der Kantone, und die völkerrechtliche (staatenbündische) Vorstellung verschiedener Hoheiten damit nicht vereinbar ist.

[139]) Burckhardt, Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht, Festgabe für das Bundesgericht 1924 S. 20 ff.

Die Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte ist jedoch nie dazu gelangt, das Verhältnis dieser Rechte zu den Grundrechten einwandfrei abzuklären. Man würde meinen, sie hätte die Grundrechte als eine besondere Art der subjektiven öffentlichen Rechte aufgefasst, so wie das öffentliche Verhaltungsrecht der Verfassung ein Teil des öffentlichen Rechtes ist, aber nicht das einzige. Allein nur einzelne Schriftsteller teilen diese Auffassung[140]). Andere haben betont, dass gerade die Grundrechte keine subjektiven öffentlichen Rechte seien, sondern objektive Schranken der Staatsgewalt, d. h. objektives Recht[141]), und wieder andere scheinen die Grundrechte als die alleinigen subjektiven öffentlichen Rechte anzusehen. Aber auch darüber herrschte Uneinigkeit, ob auch der Staat Träger von subjektiven öffentlichen Rechten sein könne[142]) und ob die Rechte des Bürgers Pflichten des Staates, die Pflichten Rechte des Staates seien, ob Rechte und Pflichten also korrelativ seien, wie Schuld und Forderung im privaten Schuldverhältnis; so steht nicht fest, ob der Versammlungsfreiheit eine subjektive Unterlassungspflicht des Staates entspricht, dem Entschädigungsanspruch bei der Enteignung eine subjektive Zahlungspflicht, ja es herrschte

---

[140]) Darunter freilich G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905 S. 94 ff., der die Freiheitsrechte als Rechte des negativen Status behandelt; O. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung 1914 S. 61 ff.; O. Bühler, Zur Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte, in der Festgabe für Fleiner 1927 S. 54 ff.; Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928 S. 177 ff.

[141]) Darunter der eigentliche Begründer der öffentlichen Rechte, C. F. von Gerber, Über öffentliche Rechte 1852 (dessen Auffassung dann von Gneist, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl. 1879 bekämpft wurde, der überhaupt subjektive öffentliche Rechte in Abrede stellte); Labaud, Staatsrecht des deutschen Reiches, 5. Aufl. III S. 207 und Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 1895 I S. 75.

[142]) Bejahend G. Jellinek a. a. O. S. 193 ff., verneinend Bühler, in der Festgabe für Fleiner S. 36.

auch Streit darüber, unter welchen Voraussetzungen ein subjektives Recht dieser Art entstehe: wenn z. B. das Recht der Niederlassungsfreiheit ein subjektives Recht wäre, das zweifellos durch einen Rechtssatz der Bundesverfassung begründet wäre, würde sich fragen, ob es schon mit dem Erlass des Art. 45 und der Geburt eines Schweizerbürgers „entstehe", so dass vier Millionen Schweizerbürger 24 subjektive Rechte auf freie Niederlassung hätten, nämlich gegen alle Kantone ausserhalb des Heimatkantons, oder ob das subjektive Recht der Aktualisierung oder Konkretisierung bedarf, damit es überhaupt entsteht, ähnlich wie ein Schadenersatzanspruch aus Delikt erst mit dem Delikt zum subjektiven Recht wird[143]). Neben den subjektiven Rechten wurde auch von Reflexwirkungen des objektiven Rechtes gesprochen, doch die einen Autoren bestritten, dass sich subjektives Recht und Reflexwirkung genau unterscheiden lassen[144]), andere bejahten diese Möglichkeit[145]). Wenn das Bundesgericht den Grundpfandgläubiger zur staatsrechtlichen Beschwerde wegen Entzuges eines Wirtschaftspatentes legitimiert, bedeutet das, dass auch der Grundpfandgläubiger ein subjektives Recht auf Erteilung des Patentes an den Wirt unter gewissen Voraussetzungen habe, oder nur, dass er im Falle der Erteilung des Patentes oder der Verweigerung von Re-

---

[143]) Bühler a. a. O. S. 55 bemerkt, dass ein Recht „die Sicherung einer Betätigungsmöglichkeit gegen sonst drohende Verbote oder Beschränkungen" voraussetze. Daraus könnte man also schliessen, dass kein Recht vorhanden ist, wo eine Bedrohung fehlt. Ob das ein hinreichendes Kriterium ist?

[144]) Fleiner, Institutionen S. 176. Allein eine Unterscheidung ohne Merkmal hat doch wohl keinen Sinn, wo es sich nicht um eine bloss zweckmässige Gruppierung (Typisierung) historischer Tatbestände handelt, sondern um eine theoretische Aufgabe. Burckhardt, Methode S. 147. Gerade der Streit um die Reflexwirkungen zeigt, dass wieder mit der Fragwürdigkeit der subjektiven öffentlichen Rechte überhaupt begonnen werden muss und dass auf diesem Begriff Scheinprobleme aufgebaut worden sind.

[145]) Bühler a. a. O. S. 26 ff.

flexwirkungen, günstigen oder ungünstigen, betroffen werde?[146]) Der Mangel eines Kriteriums verlockte die Theoretiker des subjektiven öffentlichen Rechtes auch immer wieder, Halt am Prozessrecht zu suchen und als subjektives Recht das verwaltungsgerichtlich verfolgbare zu bezeichnen. Dabei wurde übersehen, dass sich für die Verwaltungsgerichte gerade fragte, welche „Rechte" verfolgbar seien, m. a. W., ob jemand legitimiert sei[147]). Schliesslich wurde auch argumentiert, Verfassung und Gesetz selbst sprächen in ihren öffentlich-rechtlichen Bestimmungen, z.B. in Art.111, 112, 118 der deutschen Reichsverfassung, von Rechten, nämlich vom Recht, sich niederzulassen, auszuwandern, seine Meinung frei zu äussern[148]). Allein wenn eine allgemeingültige Frage gestellt ist, kann nicht der Sprachgebrauch des Gesetzes die Lösung geben.

Trotz der Unklarheiten über das Verhältnis zwischen subjektiven öffentlichen und Grundrechten steht ausser Zweifel, dass die Theorie der öffentlichen subjektiven Rechte an den Menschenrechten „emporgewachsen" ist. Hatten die Naturrechtslehrer einige bestimmte Rechte gegen den Staat als angeborene konstruiert, so war nach der Positivierung dieser Rechte die Versuchung gross, die in diesem Zusammenhang scheinbar doch nur zufällige Unterscheidung von Verfassung und Gesetz zu ignorieren

---

[146]) BGE 48 I S. 47. Auch die Legitimation des Grundeigentümers, der die Wirtschaft nicht selbst betreiben will (Urteile vom 15. Juni 1934 i. S. Hôtel de la Couronne und vom 22. Februar 1935 i. S. Wyss), berührt dieselbe Frage, denn bei den Wirtschaftspatenten handelt es sich im Gegensatz zu den ehehaften Tavernenrechten um gewerbepolizeiliche Bewilligungen nach Massgabe des Bedürfnisses; das Eigentum ist also direkt nicht berührt.

[147]) Darauf hat W. Burckhardt schon in seinem Aufsatz über die verfassungsmässig garantierten Individualrechte hingewiesen, Kommentar 2. Aufl. S. 29 ff.; Stier-Somlo, bei Nipperdey Bd. I S. 168.

[148]) Bühler a. a. O. S. 55.

und das gesamte öffentliche Verhaltungsrecht in Rechte gegen den Staat aufzulösen[149]).

Das subjektive Recht gehört grundsätzlich dem Privatrecht, der Domäne der Privatautonomie an. Es ist ein relatives Recht, des einen Recht ist des andern Pflicht, Schuld, und weil es ein subjektives Recht ist, ist sein Träger ein Rechtssubjekt. Es kann darauf verzichtet werden. Das gilt auch für die Rechte, die nicht kraft der Privatautonomie entstehen, sondern unabhängig vom Willen des Berechtigten, z. B. für den Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung: er ist ein subjektives Recht gegenüber einem Verpflichteten. Anders die Rechte des (zwingenden) öffentlichen Verhaltungsrechtes: sie bestehen nicht gegenüber einem Verpflichteten, der Begünstigte ist nicht etwa Gläubiger des Verpflichteten und eben deshalb nicht Träger eines subjektiven Rechts, nicht Rechtssubjekt, sondern Rechtsgenosse, Bürger, man könnte sogar sagen: Rechtsuntertan. Auf seine „Berechtigung" kann er auch nicht verzichten, z. B. auf die Niederlassungsfreiheit[150]). Sehr oft stellen sich solche Berechtigungen aus öffentlichem Recht übrigens zugleich als Pflichten heraus, z. B. das Recht auf den Schulbesuch. Und wo der Einzelne kraft öffentlichen Rechtes berechtigt, d. h. begünstigt ist, da

---

[149]) Von der Überspitzung der individualistischen Staatstheorie in der Lehre von den subjektiven öffentlichen Rechten handelt der Aufsatz von Maunz, Das Ende der subjektiven öffentlichen Rechte, in der Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft 1935 S. 71 ff.

[150]) Allerdings kann das zwingende Recht auch den Erwerb verzichtbarer Ansprüche vorschreiben, welche dann subjektive Rechte sind, wie den Erwerb von Grundeigentum im Güterzusammenlegungsverfahren oder den Erwerb eines Anspruches auf eine Rente der obligatorischen Unfallversicherung. Wo aber die zwingende gesetzliche Regel nicht den Erwerb eines subjektiven Rechtes vorschreibt, sondern die Bürger anderswie begünstigt, z. B. durch den Gemeingebrauch der Strassen, stellt sich die Frage der Verzichtbarkeit nicht, sondern nur die Frage, ob das „Recht" ausgeübt werden müsse oder nicht, z. B. das Stimmrecht. Burckhardt, Methode S. 177.

entspricht seinem Recht keine subjektive Pflicht auf Seiten des Staates, sondern eine Kompetenz der Behörde, die zugleich als Recht und Pflicht aufgefasst werden muss. Die Kompetenzen des Staates bestehen aber nicht in Beziehung auf bestimmte Privatpersonen, sondern der Staat ist allgemein gehalten, das objektive Recht anzuwenden und zu vollziehen, und der Bürger hat nur den allgemeinen Anspruch, dass er es tue.

Die allgemeingültigen Unterscheidungen von Verfassungsrecht und Verhaltungsrecht, zwingendem und nichtzwingendem Recht, die allein eine haltbare Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht liefern, soweit nicht bloss positivrechtliche Fragen gestellt werden[151]), bildet zugleich die Kritik der Theorie von den subjektiven öffentlichen Rechten. Diese soll hier nicht weiter fortgeführt werden; es sei auf die Werke von Prof. Walther Burckhardt verwiesen, denen sie verdankt werden muss[152]).

So ist das Verhältnis des Staates zum Bürger, soweit es durch das öffentliche Verhaltungsrecht beherrscht ist, kein Rechtsverhältnis aus subjektiven Rechten und Pflichten, sondern der Staat setzt das objektive Recht, wendet es an und vollzieht es, und dem Bürger erwachsen Begünstigungen, aber keine subjektiven Rechte, auf die er verzichten kann, der Staat aber hat Zuständigkeiten seiner Organe, zu deren Ausübung sie berechtigt und verpflichtet sind[153]). Da es keine subjektiven öffentlichen

---

[151]) Z. B. nach der Zuständigkeit der Zivilgerichte oder des Bundesgesetzgebers nach Art. 64 BV.

[152]) „Organisation der Rechtsgemeinschaft" und „Methode und System des Rechts".

[153]) Auch die Lehre, z. B. von G. Jellinek a. a. O. S. 294 ff., nach der sogar die Zuständigkeiten des Bundes und der Gliedstaaten im Bundesstaat in ein Verhältnis von subjektiven Rechten und Pflichten gebracht werden, ist überwunden; die Zuständigkeiten der Kantone beruhen letztlich auf dem objektiven Recht des Bundes, und der Bundesstaat unterscheidet sich vom Einheitsstaat nur dadurch, dass die Autonomie der Gliedstaaten auf der

Rechte gibt, d. h. die Schranken der Staatsgewalt keine solchen sind, fällt auch das Problem der Unterscheidung von subjektivem Recht und Reflexwirkung als Scheinproblem dahin.

Die verfassungsmässigen Individualrechte sind, wie wir gesehen haben, öffentliches Verhaltungsrecht, zugleich aber Verfassungsrecht; sie ordnen das Verhalten der Bürger und die Kompetenzen der Behörden. Die Bestimmungen, aus denen die Individualrechte abgeleitet werden, begründen jedoch, wie wir nun ebenfalls gesehen haben, keine subjektiven Rechte, sondern sind objektives Recht, so gut wie andere Bestimmungen der Verfassungsurkunde und der Gesetze. Die Verfassungsurkunde enthält nur objektives Verfassungsrecht, nämlich öffentliches Verhaltungsrecht und eigentliches Organisationsrecht. Die Grundrechte als subjektive Rechte sind der Überwindung der subjektiven Rechte ebenfalls zum Opfer gefallen, sie sind dogmengeschichtlich betrachtet nicht nur positiviert, sondern auch objektiviert worden. Sie sind nur noch objektive Schranke der Staatsgewalt. Ihre Bedeutung hat sich gewandelt[154]), weil die Ideologie des Liberalismus gefallen ist und damit auch die Spiegelung dieser Ideologie im theoretischen Unterbau praktischer Forderungen. Aber die praktischen Forderungen selbst bestehen weiter und stellen sich immer wieder aufs neue.

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat die Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte keinen Ausdruck gefunden[155]); weder ist die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde auf der Unterscheidung von subjektivem Recht und Reflexwirkung aufgebaut worden,

---

Verfassung des Bundes gegründet ist, die zugleich Verfassung des Gesamtstaates ist. Burckhardt, Organisation S. 153 ff.; Schlesinger in der Zeitschr. f. öff. Recht 1936 S. 87 ff.

[154]) E. R. Huber, Der Bedeutungswandel der Grundrechte, Archiv f. öff. Recht Bd. 23 S. 1 ff.; Maunz a. a. O S. 72 ff.

[155]) In BGE 22 S. 1011 ist die Theorie erwähnt, aber als für die Entscheidung gleichgültig bezeichnet worden, desgleichen in BGE 32 I S. 309. Vgl. auch Kirchhofer, SJZ 30 S. 238/39.

noch ist anerkannt worden, dass die Legitimation auch bei blosser Reflexwirkung u. U. bejaht werden müsse, noch hat das Bundesgericht Definitionen des subjektiven Rechtes gesucht, um die Legitimationsfrage zu beurteilen oder um zu ermitteln, ob eine Verfassungsbestimmung eines Kantons überhaupt ein Recht gewährleiste[156]). Doch in der Legitimationsfrage sollte die Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte sich bewähren! Es ist nach dem Gesagten kein Zufall, dass sie das nicht tut[157]).

V. Individualrecht und objektives Recht.

Wenn die individualrechtlichen Bestimmungen der Verfassung sich nicht durch die Begründung subjektiver Rechte vom bloss objektiven Verfassungsrecht unterscheiden, sondern selbst auch nur objektives Recht sind, entfällt damit das subjektive Recht als Kriterium für die Lösung der Frage, welche Verfassungsverletzungen mit der staatsrechtlichen Beschwerde angefochten werden können. Und doch beschäftigt diese Frage das Bundesgericht bei einzelnen Bestimmungen der Kantonsverfassungen ziemlich häufig. Sie hängt mit der Frage der Legitimation

---

[156]) Das Schulbeispiel für die Unterscheidung bildet im deutschen Schrifttum wohl der Fall, wo der Nachbar des Bewerbers sich darüber beschwert, dass der baupolizeiliche Abstand bei Erteilung der Baubewilligung nicht innegehalten worden sei. Bühler a. a. O. S. 34; W. Jellinek, Verwaltungsrecht 3. Aufl. 1931 S. 202; Fleiner S. 175. Doch gerade in solchen Fällen pflegt das Bundesgericht die Legitimationsfrage nicht mit der Theorie der subjektiven Rechte zu lösen. BGE 59 I S. 77 ff. Von persönlichen Ansprüchen spricht dagegen BGE 53 I S. 399 ff.

[157]) Auch die deutsche Verwaltungsrechtsprechung ist im Ergebnis zu keiner Unterscheidung zwischen subjektivem Recht und Reflexwirkung gelangt; meist wurde als subjektives Recht einfach dasjenige bezeichnet, zu dessen Schutz der Weg an die Verwaltungsgerichte offen ist. Vgl. im Einzelnen Fleiner, Institutionen S. 172 ff. Für die Verwaltungsgerichte frägt sich jedoch gerade, welche „Rechte" dieses Schutzes teilhaftig sind. Über die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde vgl. auch unten S. 169a ff.

zusammen, ist aber nicht identisch mit ihr. Wenn von einer Verfassungsbestimmung angenommen werden muss, dass sie kein Individualrecht verbürge, stellt sich die Frage der Legitimation nicht mehr. Aus der objektiven Natur des gesamten in der Verfassung enthaltenen Verhaltungsrechtes darf nun aber nicht geschlossen werden, dass das Rekursrecht gegen die Verletzung irgendeiner Verfassungsbestimmung gegeben sei. Das Rekursrecht ist nur gegeben, wenn der Rekurrent legitimiert ist, doch besteht noch eine weitere Schranke: die verletzte Verfassungsbestimmung muss individualrechtlicher Natur sein[158]). Die Verfassung hat sich nicht der Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte verschrieben, aber der Theorie, dass es Individualrechte gebe. Ist das aber nicht dasselbe? Wird damit nicht wieder Rückgriff auf ein Merkmal genommen, das unzuverlässig ist, auf eine subjektive Berechtigung, wo doch nur objektives Recht gilt? Nein, denn nun ist nicht zu entscheiden, ob aus einer allgemeingültigen Frage der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechtes abgeleitet werden kann. Sondern hier ist nur noch eine positivrechtliche Frage zu entscheiden, und sie ist nach den Bedürfnissen des positiven Rechtes zu entscheiden. Es ist die Frage, welche Bestimmungen der Verfassung den verfassungsgerichtlichen Schutz in dem auf die Privatinteressen zugeschnittenen Rekursverfahren verdienen. Ist eine Bestimmung nicht individualrechtlicher Art, so kann sich niemand beschweren. Das ist eine praktische Entscheidung, bei der dem Richter keine allgemeingültigen Begriffe, wie der des subjektiven Rechtes es angeblich ist, zu Hilfe kommen. Nicht auf eine Theorie darf es dem Richter hier ankommen, sondern auf die einleuchtende positivrechtliche Entscheidung, und wenn sich am Ende aus einer Reihe von Entscheidungen über die individualrechtliche Natur der verschiedensten Verfassungsbestimmungen allmählich ein Begriff des Individual-

[158]) BV 113 Ziff. 3 spricht nicht von der Verletzung von Verfassungsbestimmungen, sondern verfassungsmässiger Rechte.

rechtes abzuheben beginnt, so ist das wiederum ein positivrechtlicher Begriff, genau wie der Begriff der Zivilrechtsstreitigkeit im Sinne des Art. 48 Abs. 1 OG ein positivrechtlicher, an den praktischen Bedürfnissen orientierter ist, der mit dem allgemeingültigen Begriff des Zivilrechtes nicht übereinzustimmen braucht. Damit wird nun aber auch nicht etwa in den Fehler zurückverfallen, dass man sich am Prozessrecht orientiert. Unrichtig wäre es, zu sagen, dass ein Individualrecht die Bestimmung sei, deren Verletzung mit staatsrechtlichem Rekurs gerügt werden könne[159]). Sondern Individualrecht ist die Bestimmung, die nach dem richterlichen Urteil den verfassungsgerichtlichen Schutz verdient, und ob dieser Schutz verdient ist, liegt eben als praktische Entscheidung dem Richter ob; die Logik nimmt sie ihm nicht ab.

Dass der Verfassungsrichter unter den Verfassungsbestimmungen eine Auswahl zu treffen habe, kann ja nicht zweifelhaft sein, denn abgesehen davon, dass Art. 113 Ziff. 3 diese Auswahl anordnet, ist nicht alles Verfassungsrecht geeignet, durch den Richter behütet zu werden. Der Rechtsstaat als Justizstaat hat seine Grenzen[160]). Das Bundesgericht war in der Gewährung des Rekursrechtes freigebig. Es hat sich oft auch mit der Untersuchung begnügt, ob eine Verletzung objektiven Rechtes gerügt werde und der Rekurrent legitimiert sei[161]). In einer Reihe von Urteilen ist immerhin am Erfordernis der individualrechtlichen Natur festgehalten worden[162]). So

---

[159]) Kirchhofer a. a. O. S. 147 ff.

[160]) Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung 1931 S. 36 ff.

[161]) Burckhardt, Kommentar S. 780; Kirchhofer, Über die Legitimation . . . S. 150, SJZ 1933/34 S. 239, BGE 32 I S. 308, 48 I S. 83, 55 I S. 110.

[162]) Wenn Giacometti S. 59 ff. ausführt, dass das Bundesgericht zwischen Verfassungsbestimmungen, die subjektive Rechte begründen, und anderen unterscheide und das Rekursrecht auch bei Verletzung objektiven Rechtes gewähre, ist das nicht richtig. Die bundesgerichtliche Judikatur ist nicht auf der Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte aufgebaut, wie die zit. Urteile

wurde Art. 49 der frühern Schaffhauser Verfassung, wonach der Regierungspräsident am Sitzort zu wohnen hatte, als nichtindividualrechtlicher Natur beurteilt[163]), ebenso die Bestimmung des Tessiner Rechts über das Placet bei Pfarrwahlen[164]), die Bestimmung der Solothurner Kantonsverfassung, dass das Obergericht die Aufsicht über die Rechtspflege ausübe[165]), die Bestimmung der aargauischen Verfassung von 1885, dass die Prozessordnung innert zwei Jahren im Sinne der Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens zu revidieren sei[166]), die weitere Bestimmung der aargauischen Verfassung, dass den Mitgliedern des Grossen Rates ein Taggeld und eine Reiseentschädigung ausbezahlt werden[167]).

Jedenfalls können nicht die Kantone bestimmen, welche ihrer Verfassungsnormen individualrechtlicher Natur seien, oder genauer: sie können es nicht verbindlich für den Bund bestimmen. Wenn der Bund in seiner Verfassung auch den Schutz der kantonalen Individualrechte seiner Gerichtsbarkeit unterwirft, diese auch für die kantonalen Individualrechte zur Verfügung stellt, muss er auch bestimmen können, welches diese Rechte seien. Freilich gibt Art. 52 Ziff. 2 OG den Kantonen die Möglich-

---

BGE 22 S. 1011, 32 I S. 308 ff., 42 I S. 192, 48 I S. 83 zeigen, sondern das Bundesgericht hat nur nicht immer untersucht, ob es sich um ein Individualrecht handle. Individualrecht und subjektives Recht sind aber nicht dasselbe, denn der Begriff des Individualrechtes ist ein positivrechtlicher, an den Bedürfnissen des Verfassungsgerichtsschutzes orientierter, und darum in einem gewissen Sinn auch ein historischer. So denn auch Giacometti S. 60/61.

[163]) BGE 1 S. 315.

[164]) BGE 2 S. 113.

[165]) BGE 7 S. 437.

[166]) BGE 27 I S. 490, wo allerdings eine Auseinandersetzung mit der Theorie der subjektiven Rechte enthalten ist.

[167]) Urteil vom 18. Oktober 1935 i. S. Müller u. Kons.; vgl. auch BGE 20 S. 713 betr. Art. 3 BV, 33 I S. 711 betr. authent. Interpretation, 34 I S. 310 betr. BV 64, 35 I S. 752, 47 I S. 399, 48 I S. 273.

keit, durch Verfassung oder Gesetz Streitigkeiten an das Bundesgericht zu weisen, doch dürfen darunter nur zivilrechtliche Streitigkeiten verstanden werden, oder doch — da Art. 52 OG auch von nicht rein zivilrechtlichen Streitigkeiten spricht — Streitigkeiten aus den Grenzgebieten von öffentlichem Recht und Privatrecht[168]).

Bei der Entscheidung, ob eine Verfassungsbestimmung ein Individualrecht begründe, darf die historische Methode nicht zum vornherein verurteilt werden, obschon im allgemeinen überwiegende sachliche Gründe gegen sie sprechen[169]); denn da die Individualrechte trotz ihres Bedeutungswandels Überreste einer entschwundenen Zeit sind, läge es nahe, als Individualrechte diejenigen zu behandeln, die damals als solche aufgefasst wurden, oder doch diejenigen, die zur Zeit des Inkrafttretens der Bundesverfassung als solche angesehen wurden. Man würde sich so gewissermassen mit dem Ablauf jener Zeit abfinden. Allein damit würden als Individualrechte nur noch diejenigen den verfassungsgerichtlichen Schutz geniessen, deren individualrechtliche Natur nicht streitig ist: die Freiheitsrechte, die Rechtsgleichheit, und vielleicht einige bundesstaatliche Sätze: das Doppelbesteuerungsverbot, der Wohnsitzgerichtsstand. Nicht nur würde die Fortbildung des Verfassungsrechtes verhindert, sondern die Zeugnisse über den tatsächlichen Willen des historischen Verfassungsgesetzgebers wären auch so dürftig, dass man zu Fiktionen gezwungen wäre. Wer aber untersucht, ob der Verfassungsgesetzgeber von 1848 und 1874 eine später erlassene Bestimmung einer Kantonsverfassung als individualrechtlicher Natur beurteilt hätte, wenn er davon gewusst hätte, der wendet schon nicht mehr die historische

---

[168]) Vgl. Schurter-Fritzsche, Das Zivilprozessrecht des Bundes S. 280.

[169]) Burckhardt, Methode S. 277, vgl. auch Du Pasquier, Modernisme Judiciaire et Jurisprudence Suisse, Recueil de Travaux de la Faculté de Droit de Neuchâtel offert à la Société Suisse des Juristes 1929 S. 191 ff.

Methode an, sondern macht einen Umweg, um vom historischen zum vernünftigen Gesetzgeber zu gelangen. Eines ist freilich richtig: zur verfassungsgerichtlichen Beurteilung als Individualrechte eignen sich nur Verfassungsbestimmungen, die zum liberal-demokratischen Rechtsstaat gehören oder die ihm doch nicht entgegenstehen. Wenn ein Kanton versuchen würde, Grundsätze einer andern Staatsauffassung zu verankern, hätte das Bundesgericht Mühe, den verfassungsgerichtlichen Schutz zu gewähren, auch wenn der Kanton noch so sehr auf die individualrechtliche Natur pochen würde[170]). Insofern darf man die Grundrechte als historische Grössen bezeichnen, wiewohl die praktischen Forderungen, die sie verkörpern, immer noch aktuell sind. Ihre Zahl kann aber nicht beliebig vermehrt werden, weil das rechtsstaatliche Programm etwas Abgeschlossenes ist.

Ob eine Verfassungsbestimmung individualrechtlicher Natur ist, ist keine Frage der Auslegung, weder der Auslegung der Bestimmung selbst noch der Auslegung des Art. 113 Ziff. 3 BV oder Art. 175 Ziff. 3 und Art. 178 Ziff. 2 OG. Ausgelegt wird ein unklarer Gesetzeswortlaut. Hier ist der Wortlaut aber durchaus klar, doch ist eine Entscheidung zu treffen, die selbst Verfassungsgesetzgebung ist, ähnlich der Positivierung der Programmsätze der Verfassung[171]).

Ob ein Individualrecht vorliegt, kann nur bei der einzelnen Verfassungsbestimmung, nicht allgemein entschieden werden. Man hat nun gesagt, dass es darauf ankomme, ob eine Norm nicht nur dem allgemeinen, sondern auch dem privaten Interesse diene. Ein Individualrecht

---

[170]) Z. B. schon beim sog. Recht auf Arbeit würde das Problem auftauchen. Der Verfassungsrichter kann nicht Arbeit verschaffen, eine Funktion des Fürsorgestaates übernehmen, wo er für den Rechtsstaat eingesetzt ist. Er könnte höchstens eine Entschädigung gewähren, wie bei der Enteignung, und auch das nur durch Rückweisung an die Verwaltungsbehörde.

[171]) Unten S. 141a ff.

sei vorhanden, wenn durch eine Verfassungsbestimmung auch ein privates Interesse befriedigt werden solle. Das ist nicht richtig. Gewiss dienen die Freiheitsrechte und die Rechtsgleichheit dem individuellen Interesse. Aber bei ihnen ist die individualrechtliche Natur auch nicht streitig, und eben deshalb sind sie Überreste einer historischen Staatsauffassung[172]). Wo die individualrechtliche Natur einer Bestimmung aber streitig ist, da liegt auch keine Bestimmung vor, welche nicht ausschliesslich dem öffentlichen Interesse dienen würde. Es gibt im öffentlichen Recht keine Bestimmungen, die das private Interesse begünstigen wollen. Private Interessen können begünstigt sein, aber nur tatsächlich, nicht rechtlich. Wenn eine kantonale Verfassungsbestimmung anordnen würde, dass der Invalide vom Kapitaleinkommen weniger Steuer zu bezahlen habe als arbeitsfähige Personen, so könnte das zwar ein Individualrecht sein, aber nicht, weil die Bestimmung ein privates Interesse befriedigen soll; denn sie will lediglich die Steuerpflicht umschreiben; das private Interesse fängt immer dort an, wo die Pflicht aufhört, wenn es überhaupt vorhanden ist, und es ist widersinnig und zudem überflüssig, anzunehmen, dass das öffentliche Recht immer dann ein privates Interesse habe befriedigen wollen, wenn eine öffentliche Pflicht, z. B. die Steuerpflicht, oder die Pflicht, ohne polizeiliche Bewilligung etwas nicht zu tun, umschrieben wird[173]).

Die Entscheidung, ob eine Verfassungsbestimmung individualrechtlicher Natur sei, kann nicht anhand eines der Bestimmung immanenten Kriteriums entschieden werden, sondern nur durch wertende Abwägung, und zwar kommt es darauf an, ob die Bestimmung den Schutz

---

[172]) Es soll nicht gesagt werden, dass keine Gewissensfreiheit, keine Niederlassungsfreiheit usw. mehr herrschen solle, sondern nur, dass die Niederlassungsfreiheit, die Glaubensfreiheit usw. in Gestalt verfassungsmässiger Individualrechte mit der heutigen Rechtslehre nicht mehr harmonieren.

[173]) Siehe unten S. 179a.

in dem auf die tatsächlichen und zufälligen Privatinteressen zugeschnittenen Parteiverfahren der staatsrechtlichen Beschwerde verdient oder nicht. Das tatsächliche Interesse ist also schon hier, nicht nur bei der Legitimationsfrage, wegleitend. Wo ein solches Interesse vermutlich überhaupt fehlt oder nur entfernt vorhanden ist, da kann die individualrechtliche Natur überhaupt verneint werden. Wo Individualinteressen tatsächlich begünstigt sind, der öffentlich-rechtliche Charakter der Norm aber erlaubt, sie zu übergehen, oder wo die Anwendung von Amtes wegen genügt, weil das öffentliche Interesse das private gewissermassen erdrückt, da darf ein Individualrecht abgelehnt werden. Hierher zählen die Organisationsvorschriften, mit Ausnahme der Gewaltentrennung, der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes und eventuell auch der Gemeindeautonomie, wie z. B. die Einteilung eines Kantons in Geschworenen- oder Forstkreise[174]), aber auch Verhaltungsrecht, wie die Wohnsitzpflicht von Behördemitgliedern, Notwendigkeit der behördlichen Zustimmung zu einer Pfarrwahl usw. Hier zeigt sich eben der Zusammenhang mit der Legitimationsfrage. Im Widerspruch mit dem Wesen des öffentlichen Rechts, das dem öffentlichen, nicht dem privaten Interesse dient, das von Amtes wegen anzuwenden ist und das eigentlich eine private Beschwerde ausschliesst oder dann doch der Popularklage ruft, d. h. auch das ideelle Interesse des Bürgers als legitim anzusehen verlangt, ist die Legitimation de lege lata vom privaten Interesse abhängig, das tatsächlich auch bei der Anwendung öffentlichen Rechts vorhanden sein kann. Deshalb rechtfertigt es sich, schon bei der Bestimmung der individualrechtlichen Verfassungsvorschriften darauf abzustellen, ob die privaten Interessen im Vergleich zu den öffentlichen genügend in Erscheinung treten. Der Widerspruch zwischen dem Wesen des öffentlichen Rechtes, das nicht um privater Interessen willen erlassen worden ist, und der

---

[174]) BGE vom 13. Dezember 1935 i. S. Lanz.

Ordnung der Legitimation, muss also schon hier in Kauf genommen werden, wo es abzuklären gilt, welche Verfassungsvorschriften die Beschwerde überhaupt eröffnen. Man könnte freilich versucht sein, die Voraussetzung, dass ein Individualrecht verletzt sein muss, aufzugeben und nur noch die Legitimation des Rekurrenten zu verlangen. Das erscheint auf den ersten Blick als die sauberere Lösung. Allein bei der Legitimation wäre der Widerspruch doch vorhanden. In der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird heute, wo die Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte aufgegeben ist — und das trifft in den Kantonen mit Verwaltungsgerichtsbarkeit fast ohne Ausnahme zu — so verfahren: ob Generalklausel oder Enumeration gilt, es wird nur geprüft, ob eine Bestimmung des objektiven Verwaltungsrechtes verletzt und ob der Beschwerdeführer legitimiert ist; nicht mehr geprüft wird, ob die objektive Norm ein subjektives Recht begründe[175]). Auf diese Weise würde sich in der Verfassungsgerichtsbarkeit der Begriff des Individualrechtes in der Legitimationsfrage erschöpfen, und eine Bestimmung würde dann in Beziehung zu einem Bürger ein Individualrecht begründen, nämlich wenn er durch ein genügendes Interesse legitimiert ist, in Beziehung zu einem andern aber nicht. Gegen diese Auflösung der individualrechtlichen Natur der Bestimmungen in der Legitimationsfrage bestehen Bedenken. Auch das Bundesgericht ist ihr freilich gelegentlich erlegen[176]). Es gibt

[175]) Wenn bei der eidg. Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Rechtsverletzung verlangt (VDG Art. 9 Abs. 1) und darunter nicht nur ein Interesse zur Beschwerdeführung wegen Verletzung objektiven Rechts verstanden werden wollte, würde die Ordnung auf einer Verkennung des Wesens des öffentlichen Rechts beruhen. Vgl. Kirchhofer, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht 1930 S. 35.

[176]) Oben S. 64a ff. Burckhardt, Kommentar S. 780, BGE 27 I S. 490, 32 I S. 309, 48 I S. 83, 55 I S. 110 und dort zit. Urteile. Gelegentlich sind die Fragen auch auseinandergehalten worden, aber es ist die Frage der individualrechtlichen Natur auch als Legitimationsfrage bezeichnet worden. Kirchhofer a. a. O. N. 24 S. 147 ff.

Verfassungsbestimmungen, deren individualrechtliche Natur unabhängig vom tatsächlichen Interesse des Bürgers zum vornherein verneint werden muss, etwa die Bestimmung, dass ein Kanton in so und so viele Bezirke eingeteilt sei. Und es gibt andere Verfassungsbestimmungen, die zwar nicht dem Organisationsrecht angehören, bei denen aber doch zum vornherein gesagt werden kann, die Begünstigung sei bei keinem Bürger so unmittelbar, dass die Legitimationsfrage je bejaht werden könnte. Weil sehr oft die Verfassungsverletzung noch anderswo liegt, z. B. in der Ausschaltung des Referendums für ein sachlich verfassungswidriges Gesetz, das zwar keine individualrechtliche Bestimmung verletzt, braucht das Bundesgericht häufig auch nicht Stellung zu nehmen.

Bei den echten Grundrechten, d. h. den Freiheitsrechten, liegt, wie gesagt, die individualrechtliche Natur offen zu Tage. Ihr Sinn besteht ja gerade darin, durch Freiheitssphären das Individuum zu schaffen. Dass sie dem öffentlichen Interesse dienen, kann nur behauptet werden, wenn man mit der liberalen Staatstheorie annimmt, die Freiheit des Einzelnen liege auch im öffentlichen Wohl. Sie sind denn auch nicht verletzt, wenn jemand zu stark begünstigt wird, wenn z. B. jemand nicht wegen Gotteslästerung bestraft wird, der ohne Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit bestraft werden könnte[177]). Nur bei den unechten Grundrechten wird die individualrechtliche Natur mitunter zweifelhaft. Hier ist aber in der genannten Weise vorzugehen, d. h. bei der einzelnen Bestimmung abzuwägen, ob neben dem öffentlichen Interesse auch das private genügend begünstigt sei, ob das tatsächlich vorhandene Privatinteresse neben dem öffentlichen genügend in Erscheinung tritt, um legitim zu sein.

So ist auch hier das Interesse massgebend. Auf eine Abwägung kommt es also an. Das bedeutet auch, dass Vorsicht geboten ist: mit der Behauptung, dass eine Be-

[177]) Kirchhofer, Über die Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurs S. 148/149.

stimmung überhaupt nicht individualrechtlicher Natur sei, darf es nicht leicht genommen werden, denn in einem spätern Rekursfall kann sich zeigen, dass doch ein wichtiges Privatinteresse besteht. In manchen Fällen ist es daher trotz der geäusserten Bedenken vorzuziehen, die Zulässigkeit der Beschwerde einfach unter dem Gesichtspunkt der Legitimation zu prüfen oder, wenn die Beschwerde abgewiesen werden muss, die Eintretensfrage gänzlich offen zu lassen.

Mitunter ist man versucht, die individualrechtliche Natur zu verneinen, weil die Prinzipien der Verfassung zu allgemein gehalten sind. Das trifft namentlich bei den Anweisungen an den Steuergesetzgeber zu, z. B. bei der Anweisung, dass jeder nach seiner Leistungsfähigkeit zu besteuern sei[178]). Der Grundsatz der solothurnischen Verfassung, dass die Progression das Doppelte nicht überschreiten dürfe, ist als Individualrecht behandelt worden[179]).

Das Bundesgericht hat auch schon ausgesprochen, dass ein Individualrecht verneint werden müsse, wenn der Richter ausserstande sei, durch Gutheissung der Beschwerde die Beachtung der Verfassungsvorschrift zu erzwingen[180]). Ob das ein zureichendes Kriterium sei, erscheint als fraglich; jedenfalls ist es unklar und zu weit formuliert. Die sogenannte kassatorische Natur der staatsrechtlichen Beschwerde wird häufig missverstanden. Das Bundesgericht kann nicht nur kassieren, sondern auch — ob im Dispositiv oder den Motiven, ist hier gleichgültig — eine Behörde positiv verpflichten, z. B. die Niederlassung zu bewilligen, eine Entschädigung zu gewähren, eine Untersuchung über die Gemeindeverwaltung durchzuführen[181]). Auch ein solches Urteil ist zu beachten und

[178]) Zürich, KV Art. 19 Abs. 1. BGE 32 I S. 308, 48 I S. 83; Kirchhofer, Über die Legitimation ... S. 151.

[179]) Urteil vom 13. Juli 1934 i. S. Miller u. Kons.

[180]) BGE 27 I S. 495. Es war die erwähnte aargauische Verfassungsvorschrift, dass die Zivilprozessordnung innert zwei Jahren nach bestimmten Richtungen zu revidieren sei.

[181]) Urteil vom 12. Juli 1934 i. S. Gsponer u. Kons.

wenn nötig nach Art. 45 Abs. 2 OG zu vollziehen. Diese Vollziehung ist in der Regel keine Vollstreckung eines Anspruches, wie im Betreibungsverfahren, sondern Erzwingung eines behördlichen Verhaltens durch Androhung von Nachteilen zu Lasten des Kantons, eventuell auch durch Androhung der Ersatzvornahme. Meist sind die erforderlichen Verfügungen, die der Bundesrat nach Art. 45 Abs. 2 OG zu erlassen hat, wenn dem Urteil nicht nachgelebt wird, Massnahmen zur indirekten Erzwingung. Wo aber eine solche Erzwingung möglich ist, genügt sie auch; wo also mit der Kassation des angefochtenen Entscheides nicht geholfen ist, darf nicht schon die individualrechtliche Natur der Verfassungsbestimmung abgelehnt werden, denn es besteht eben immer noch die Möglichkeit der Erzwingung.

Richtig ist dagegen, dass die Möglichkeit der direkten Erzwingung bei organisatorischen Normen nicht besteht[182]). Die Beobachtung einer organisatorischen Vorschrift, z. B. dass ein Gesetz erlassen werden müsse über den unlautern Wettbewerb oder die Kreditversicherung, kann nicht selbst erzwungen werden, und die Gesetzgebung als schöpferische Aufgabe sollte auch nicht erzwungen werden müssen. Allein die Verpflichtungen, die in bundesgerichtlichen Urteilen in staatsrechtlichen Beschwerdesachen festgestellt werden, sind sehr oft derartige Pflichten, die direkt nicht erzwungen werden können, und doch eröffnet Art. 45 OG den Weg der indirekten Erzwingung durch „die erforderlichen Verfügungen". Die ganze Vollstreckung nach Art. 45 OG ist ein Notbehelf: grundsätzlich ist zu erwarten, dass die blosse Feststellung im Urteil genügt, und es sollte nicht dazu kommen, dass ein Teil des staatlichen Zwangsapparates einen andern Teil — Bund und Kantone sind auch hier Teile eines Gesamtstaates — zwingen muss. Ergebnis: Die mangelnde direkte Erzwingbarkeit ist kein Kriterium, um die individualrechtliche

[182]) Vgl. Burckhardt, Vom Rechtszwang. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Bd. 29 S. 166.

Natur einer Verfassungsbestimmung abzulehnen. Nur in dem Falle, wo die Pflicht im Erlass eines Gesetzes oder Befolgung einer programmatischen Anweisung im Gesetz besteht, wird eine Ausnahme zu machen sein[182a]); denn wenn der Gesetzgeber seine Pflicht missachtet, soll auch kein „platonisches" bundesgerichtliches Urteil erlassen werden, für dessen Vollzug die erforderlichen Verfügungen zu treffen der Bundesrat Mühe hätte[183]).

Eine andere Frage ist, ob auch Verfassungsbestimmungen individualrechtlicher Natur seien, die einen Hinweis auf die Billigkeit oder freies Ermessen enthalten, z. B. die Bestimmung, dass die Minderheiten in den Behörden gebührend zu berücksichtigen seien, ohne dass geradezu der Grundsatz der Proportionalität aufgestellt wird. Das Bundesgericht hat die Frage nicht schlechthin verneint, sondern bemerkt, dass ein solches Individualrecht nur verletzt sei, wenn „eine erhebliche Minderheit systematisch und bei mehreren Gelegenheiten, bei denen sie hätte berücksichtigt werden können und wo sie sich mit einem geeigneten Kandidaten um eine Vertretung bewarb, übergangen wurde[184]).

VI. Grundrechte und Gesetz.

1. Bloss gesetzmässige Individualrechte.

Wenn die BV in Art. 113 Ziff. 3 Beschwerden nur wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte zulässt,

---

[182a]) BGE 11 S. 280.

[183]) Das Organisationsrecht ist lex imperfecta. Im bundesstaatlichen Verhältnis hat sich der Bund bei Vernachlässigung der Gesetzgebungspflicht durch einen Kanton schon damit beholfen, dass er dem Kanton den Verordnungsweg eröffnet hat. Der Bürger ist mitunter nicht nur daran interessiert, dass ein Gesetz nicht verfassungswidrig sei, sondern höchlich auch daran, dass überhaupt ein Gesetz gemacht wird. Weil die Verfassungsgerichtsbarkeit die Pflicht des Gesetzgebers, zu handeln, nicht erfasst, ist sie auch immer lückenhaft, und sie wäre es auch bei Einführung des richterlichen Prüfungsrechtes im Bunde.

[184]) BGE 52 I S. 18.

stellt sie auf den Unterschied zwischen Verfassungs- und Gesetzesform ab. Verfassungsmässige Rechte sind die in der Verfassungsform gewährleisteten Rechte. Immerhin kommt es nicht darauf an, ob die Rechte in der Verfassung stehen oder nicht, sondern darauf, ob sie durch Gesetz oder bloss durch Verfassungsrevision abänderlich sind. Die Formen unterscheiden sich durch das Abänderungsverfahren. Würde in einer Kantonsverfassung stehen, dass der Grundsatz nulla poena sine lege nur bis zum Erlass eines neuen Strafgesetzes garantiert sei, das dann den Satz nullum crimen sine poena zu verankern habe, so würde es sich nur noch um ein gesetzmässiges Recht handeln. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist nur vorübergehend von diesem Begriff des verfassungsmässigen im Gegensatz zum gesetzmässigen Recht abgekommen[185]).

Wenn nun geprüft werden soll, ob es trotz Art. 113 Ziff. 3 auch bloss gesetzmässige Grundrechte gebe, deren Verletzung mit staatsrechtlicher Beschwerde gerügt werden kann, ist zunächst der Begriff des bloss gesetzmässigen Grundrechtes festzulegen. In Frankreich sind alle Grundrechte in einem gewissen Sinn bloss gesetzmässige Grundrechte. Auch wenn dort die Mehrzahl der Schriftsteller annimmt, die alten Deklarationen gelten neben der Verfassung, bedürfen sie doch, damit der Einzelne sich darauf berufen kann, der Ausführung durch die Gesetze, und solange sie nicht ausgeführt sind, sind es blosse Programmpunkte, unverbindliche Versprechen, an die nicht einmal der Gesetzgeber rechtlich gebunden ist[186]). Die französischen Individualrechte fliessen den Bürgern also aus den Ausführungsgesetzen zu: „Leur exercice suppose une réglementation, que doit en faire le législateur.“ Die französische Theorie beruft sich dabei auf Art. 4 der

---

[185]) BGE 29 I S. 497 anders als BGE 27 I S. 505, 33 I S. 531. Burckhardt, Kommentar S. 779 ff.; Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 274 ff.; Giacometti S. 47.

[186]) Hauriou a. a. O. S. 631; Esmein und Nézard a. a. O. I S. 561 f.

Deklaration von 1789, der in der Tat von den gesetzlichen Schranken der natürlichen Rechte spricht. Die schweizerische Auffassung ist eine andere: nicht nur sind die verfassungsmässigen Rechte auch für den Gesetzgeber des Bundes und der Kantone verbindlich, sondern der Bürger kann sich auch ohne gesetzliche Ausführung, jedenfalls gegenüber den Staatsakten der Kantone, darauf berufen, ja es sind gerade verfassungsmässige Individualrechte, weil er sich unmittelbar darauf berufen kann. Zwischen verfassungsmässigen und gesetzmässigen Rechten muss also in der Schweiz unterschieden werden.

Allein unter bloss gesetzmässigen Rechten sind hier nicht irgendwelche Gesetzesvorschriften verstanden. Vielmehr frägt es sich, ob es auch Gesetzesvorschriften gibt, deren Verletzung wie die Verletzung von Verfassungsvorschriften mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden kann, als ob es verfassungsmässige Individualrechte wären. Und auch so ist die Frage noch nicht genügend präzisiert: es gibt zweifellos Gesetzesvorschriften, deren Verletzung mit staatsrechtlicher Beschwerde gerügt werden kann und die das Bundesgericht frei überprüft, z. B. die Verletzung des Art. 81 SchKG im interkantonalen Verhältnis. Allein hier handelt es sich nicht um ein gesetzmässiges Individualrecht, sondern Art. 81 SchKG gilt hinsichtlich der zivilrechtlichen Geld- und Sicherstellungsansprüche als Ausführung des Art. 61 BV[187]), und wenn daher die Verletzung des Art. 81 SchKG mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden kann, liegt der Grund darin, dass die Verfassung mitverletzt ist. Die Frage, inwieweit das Bundesgericht die Gesetzesverletzung bei Behandlung staatsrechtlicher Beschwerden wegen Verfassungsverletzung überprüfen kann, soll unten erörtert werden. Hier ist nur auszuführen, ob es auch gesetzmässige Individualrechte gebe, die der „Verfassungsgerichtsbarkeit" unterworfen sind, auch wenn das betref-

[187]) BGE 28 I S. 248, 29 I S. 443, 35 I S. 546, 36 I S. 607, 39 I S. 211, 41 I S. 121.

fende Gesetzesrecht nicht Ausführungsrecht zu Verfassungsvorschriften ist und überhaupt keine enge Beziehung zum Verfassungsrecht hat.

Ausnahmsweise lässt in der Tat das Organisationsgesetz auch eine Beschwerde wegen blosser Gesetzesverletzung zu, die im gleichen Verfahren zu beurteilen ist (OG Art. 180), z. B. Beschwerden betr. Verzicht auf das Schweizerbürgerrecht (OG Art. 180 Ziff. 1), Beschwerden betr. die Stimmberechtigung und die kantonalen Wahlen und Abstimmungen (OG Art. 180 Ziff. 5), Einsprachen gegen die Auslieferung an das Ausland (Art. 181), sofern man sie der Beschwerde gleichachten will, und Beschwerden betr. Gerichtsstandsfragen in Nichtzivilsachen (OG Art. 189 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 87 Ziff. 3)[188]). Die Verfassungsmässigkeit dieser Bestimmungen des OG kann nicht bezweifelt werden, da Art. 114 BV die Grundlage bildet. Soweit nun aber das Organisationsgesetz in diesen Fällen auch die Überwachung der Gesetzesanwendung dem Bundesgericht überträgt, spricht man besser nicht von Individualrechten, sondern von einer Beschwerde wegen Verletzung objektiven Rechtes.

Ausserdem hat das Bundesgericht auch ohne Grund-

---

[188]) Wenn Burckhardt, Kommentar S. 780, schreibt, dass das OG die staatsrechtliche Beschwerde allgemein auch gegen die Verletzung gesetzmässiger Individualrechte eröffne, ist das wohl nicht richtig und auf das frühere OG zurückzuführen, das diese Möglichkeit vorsah. Gestützt auf Art. 114 BV könnte freilich die Kompetenz des Bundesgerichtes auch auf die gesetzmässigen Rechte ausgedehnt werden. Wenn Art. 189 Abs. 2 OG die Beschwerde an den Bundesrat auch gegen Verletzung der Bundesgesetze zulässt, soweit keine abweichenden Vorschriften bestehen, ist nicht die staatsrechtliche Beschwerde gemeint, sondern die formlose Verwaltungsbeschwerde, die aus der Vollziehungskompetenz abgeleitet wird. VDG Art. 22. Wie weit, gesetzgebungspolitisch betrachtet, bei einer künftigen Revision des OG die Anwendung der staatsrechtlichen Beschwerde auf die Gesetze ausgedehnt werden soll, ist keine aktuelle Frage mehr, denn die Vermehrung des Rechtsschutzes wird wohl durch die verwaltungsrechtliche Beschwerde geschehen müssen.

lage im OG einzelne Gesetzesbestimmungen dem Schutz der Verfassungsgerichtsbarkeit unterstellt: so namentlich die Verletzung des BG über die Auslieferung zwischen Kantonen vom 24. Brachmonat 1852 zu Lasten des Extradendus[189]), vor dem Inkrafttreten des ZGB auch die Handlungsfähigkeit gemäss BG von 1882[190]). Auf Art. 114 kann es sich freilich nicht berufen, da Art. 114 BV die Zuweisung weiterer Fälle nur durch die Bundesgesetzgebung einräumt. Jedenfalls füllte aber der staatsrechtliche Rekurs in diesen Fällen eine empfindliche Lücke im Rechtsmittelsystem aus, ähnlich wie früher auch in eidg. Strafsachen[191]).

Im allgemeinen aber gibt es keine bloss gesetzmässigen Individualrechte, welche dem Schutz der Verfassungsgerichtsbarkeit unterstellt wären. Das Organisationsgesetz von 1874 hatte solche Rechte in Art. 59 lit. a vorgesehen, wenn es bestimmt hatte, dass die Beschwerde auch wegen Verletzung derjenigen Rechte erhoben werden könne, die durch in Ausführung der Bundesverfassung erlassene Gesetze gewährleistet sind. Doch ist diese Bestimmung in Art. 175 des geltenden Organisationsgesetzes weggefallen[192]). Auch im Schrifttum ist die Ansicht ver-

---

[189]) BGE 14 S. 190, 23 I S. 547 und Urteil vom 14. Dezember 1934 i. S. Marpaz.

[190]) Giacometti S. 48.

[191]) BGE 9 S. 473, 10 S. 224. Auch heute noch ist es angebracht, dass das Bundesgericht wenigstens die Willkür etwas weitherziger fasst, wo es an einem eidg. Rechtsmittel offenbar gebricht, z. B. in Rechtsöffnungs- und Nachlassvertragssachen.

[192]) Art. 182 Abs. 1, wonach wegen Verletzung privatrechtlicher und strafrechtlicher Vorschriften des eidg. Rechts nicht Beschwerde geführt werden kann, erinnert noch daran. Diese Bestimmung will aber nicht heissen, dass in Zivil- und Strafsachen überhaupt keine staatsrechtliche Beschwerde erhoben werden könne, sondern nur, dass nur wegen Verfassungsverletzung, nicht aber wegen Verletzung von Gesetzen in Zivil- und Strafsachen, kein Rekurs eingereicht werden kann.

lassen worden[193]), dass verfassungsmässige auch alle bundesgesetzlichen mit Ausnahme der polizeigesetzlichen seien[194]). Das Bundesgericht hat es sogar mit der Unterscheidung von Verfassung und Gesetz mitunter sehr streng genommen. So ist es z. B. auf eine Beschwerde wegen Umgehung des durch einfaches Gesetz vorgeschriebenen bernischen Finanzreferendums (unter der Herrschaft der frühern Kantonsverfassung) nicht eingetreten[195]).

Von praktischer Bedeutung ist die Unzulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung einfacher Gesetze zunächst bei den kantonalen Gesetzen. Dadurch, dass ein Kanton ein Recht im Gesetz statt in der Verfassung garantiert, entscheidet er auch über die Zuständigkeit des Bundesgerichtes. Wenn z. B. ein Kanton das Recht auf Arbeitslosenunterstützung, das leider im Wandel der Zeiten für viele wichtiger geworden ist als etwa die Kultusfreiheit, in der Kantonsverfassung garantieren würde, der Nachbarkanton nur in einem einfachen Gesetz, wäre das Bundesgericht gegenüber einem Kanton zuständig, gegenüber dem andern nicht. Allein als die Bundesverfassung auch die kantonalen Verfassungsrechte der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes unterwarf, dachte man gewissermassen, „die Summe der Grundrechte sei konstant", und man dachte noch nicht an einen Abbau der Grundrechte zugunsten der bloss gesetzmässigen Ordnung. Wenn dieser Abbau, von dem noch zu sprechen sein wird, fortschreitet, wird sich auch die Frage stellen, ob der Bund nicht in dem Masse, als alte Grundrechte in einfachen Gesetzen neue Gestalt empfangen oder als neues Gesetzesrecht entsteht, den Kantonen auch die eidg. Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Verfügung stellen sollte. Dieses Postulat ist nur deshalb nicht dringlich, weil die kantonalen Verwaltungsbehörden im allgemeinen das Lob

---

[193]) Botschaft vom 5. April 1892 zum OG von 1893, Reichel, Kommentar S. XIV.

[194]) Burckhardt, Kommentar S. 780.

[195]) BGE 11 S. 277.

verdienen, sich auch ohne eingehende Kontrolle an das Gesetz zu halten, und weil die Willkürbeschwerde nach Art. 4 BV in allerdings nur beschränktem Umfang die Rolle einer verwaltungsrechtlichen Beschwerde gegenüber den Kantonen innehält.

Ein kleiner Exkurs soll immerhin zeigen, dass das Problem des Rechtsschutzes auf dem Gebiet, welches das Gesetz der Verfassung abgerungen hat, nicht übergangen werden darf. Die Handels- und Gewerbefreiheit lässt nach Art. 31 lit. e BV polizeiliche Massnahmen zu, und nach Art. 34ter BV ist auch dem Bund die Kompetenz erteilt worden, gewerbepolizeiliche Bestimmungen aufzustellen. Allein die wirtschaftspolitischen Bundeserlasse, die der Handels- und Gewerbefreiheit widersprechen und deshalb auch nicht auf Art. 34ter gestützt werden können, wie etwa das Hotelbau- und Warenhaus- und Filialverbot, oder das für das BG gegen den unlautern Wettbewerb verlangte, ebenfalls verfassungswidrige Verbot der Schleuderpreise[196]), stellen nicht Ausführungsrecht dar, wie die gewerbepolizeilichen Bestimmungen der Kantone aufgefasst werden können, sondern die „Ausführung" der Verfassung ist hier Verletzung der Verfassung, wie überhaupt die echten Grundrechte eine Ausführung gar nicht dulden[197]). Eine gesetzlich geregelte Handels- und Gewerbefreiheit ist keine Freiheit im Sinne des Verfassungsgesetzgebers mehr, denn die Verfassung wollte auch dem Gesetzgeber verbieten, sich in diese Sphäre zu mischen. Wenn nun auch diese Erlasse des Bundes in der Mehrzahl nicht Gesetze sind — Bund und Kantone versuchen infolge der Schwierigkeiten des Gesetzgebungsweges immer häufiger kürzere Wege einzuschlagen und begehen so neben materiellen auch formelle Verfassungsverletzungen[198]) —, so zeigen sie

---

[196]) Vgl. das vortreffliche Gutachten von Fleiner im Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 37. Jahrgang S. 217 ff.

[197]) Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 166 f., unten S. 103a.

[198]) Giacometti S. 48.

doch die auch in der Schweiz rege Tendenz, die Freiheitssphären aufzuheben, an die Stelle der Grundrechte gesetzliche Ordnungen mit Rechten und Pflichten zu setzen. Es ist nicht mehr beliebt, in der Verfassung nur einen Grundsatz, und gar nur den Grundsatz der Nichteinmischung, aufzustellen und das andere dem Richter zu überlassen, sondern die polizeiliche und wirtschaftspolitische Ordnung triumphiert. Was aber nicht Schritt hält, das ist der Rechtsschutz. Mit dem Abbau der Handels- und Gewerbefreiheit ist eine Schmälerung des verfassungsgerichtlichen Schutzes der Bürger verbunden, eine Schmälerung, die auch die andern Grundrechte treffen würde, wenn sie durch Gesetze oder Noterlasse beschränkt werden sollten. Wenn es früher einem Kanton eingefallen wäre, die Zahl der Gaststätten oder Schuhmacherwerkstätten einzuschränken, hätte der Betroffene an das Bundesgericht rekurrieren können. Dass er gegen die Erlasse als solche nun nicht rekurrieren kann, ist kaum zu beanstanden. Aber er kann ja heute gegen eine Beschränkung, z. B. gegen ein Verbot der Vermehrung der Bettenzahl in einem Hotel, selbst dann nicht an den Richter gelangen, wenn er die Verfassungsmässigkeit des Erlasses gelten lassen will, aber behauptet, dass in seinem Fall die Bestimmungen unrichtig angewendet worden seien. Abgesehen von der Kassationsbeschwerde in eidg. Strafsachen und der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde in eidg. Abgabesachen (VDG Art. 5) ist der Rechtsschutz auf dem Gebiet des neuen Wirtschaftsrechtes nicht ausgebaut worden. Wo der Bund aber zur Zwangssyndizierung, zur Anordnung der wirtschaftspolitischen Bedürfnisklausel oder zu ähnlichen Mitteln der modernen Wirtschaftspolitik greift, sollte er auch auf den Rechtsschutz bedacht sein, zumal das Expertenwesen nicht genügt[199]). Das Postulat ist freilich

[199]) Vgl. über die deutschen Versuche, den Rechtsschutz im Wirtschaftsrecht auszubauen E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht 1932 S. 148 ff., und über die Unzulänglichkeit des interessegebundenen Expertenwesens Carl Schmitt, Hüter der

schwer zu erfüllen, da es schwierig ist, die Ordnung nach Grundsätzen zu treffen und Grundsätze allein sich für die Gesetzesform und den Rechtsschutz durch den Richter eignen. Lieber gibt man dem konkreten Unternehmen X Steuerfreiheit, dem Warenhaus Y eine Ausnahmebewilligung. Das Wirtschaftsrecht besteht grösstenteils aus Verfügungen von Notfall zu Notfall, nur verschwindet die Not nicht und das Recht bildet sich fort: in der historischen Erscheinung, die man, namentlich auf dem wirtschaftspolitischen Gebiet, die Abbröckelung des Rechtsstaates nennen muss.

2. Grundrechte und Gesetzmässigkeit der Verwaltung.

Die deutsche Theorie nennt Vorbehalt des Gesetzes die Forderung, dass „Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers" der Gesetzesform bedürfen[200]), oder formeller: Die Gesamtheit der Rechtssätze, welche für gewisse Staatsakte die Gesetzesform erheischen[201]). Der Vorbehalt des Gesetzes steht im Zusammenhang mit dem „Vorrang des Gesetzes", das höchster Staatswille ist. Diese Doktrin ist ein Ausfluss der konstitutionellen Doktrin des 19. Jahrhunderts, und sie verbirgt schlecht ihren politischen Ursprung, den Kampf der gesetzgebenden Gewalt gegen die vollziehende, ein Kampf, der ja schliesslich mit der Modifikation des Vorbehaltes des Gesetzes durch eine ausgedehnte Verordnungsgewalt geendet hat[202]). Wenn die

Verfassung S. 105 ff.; Bernard Lavergne, Le gouvernement des Démocraties modernes, 2 Bde 1933 Bd. I S. 184 ff., 291, 307.

[200]) Fleiner, Institutionen S. 131; Otto Mayer a. a. O. I S. 72 ff.

[201]) Richard Thoma, Der Vorbehalt des Gesetzes im preussischen Verwaltungsrecht. Festgabe für Otto Mayer 1916 S. 168, Richard Thoma, im Handbuch II S. 221.

[202]) In der Schweiz ist in Bund und Kantonen jedenfalls in Polizeisachen von jeher auch ein selbständiges Verordnungsrecht der Regierung angenommen worden, d. h. es bedarf keiner Delegation des Gesetzgebers und es braucht sich nicht nur um Aus-

Verfassung wirklich sagen wollte, welche Rechtssätze in die Gesetzesform gehören, müsste sie sie auch schon aufstellen; es zeigt sich hier also dieselbe Schwierigkeit wie bei der Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen: man kann nicht bestimmen, ob ein Rechtssatz zulässig oder der Gesetzesform bedürftig sei, ohne ihn zu kennen[203]). Überdies gibt es Eingriffe in Freiheit und Eigentum, die vor- und überrechtlich wären, gar nicht, da Freiheit und Eigentum hier Rechtsbegriffe sind[204]). Damit soll aber nicht geleugnet werden, dass Bundes- und Kantonsverfassungen sich gelegentlich auch dieser Doktrin verschrieben haben.

Wenn die Normen, welche die „Rechts- und Freiheitssphäre der Bürger" betreffen, der Gesetzesform bedürfen, so ist damit noch nicht ohne weiteres gesagt, dass konkrete Verfügungen, die solche Eingriffe bedeuten, unstatthaft seien; denn Verfügungen sind eben keine Normen. Aber die deutsche Theorie hat neben dem Vorbehalt des Gesetzes auch den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung aufgestellt, nach dem jeder Verwaltungsakt der gesetzlichen (oder doch gewohnheitsrechtlichen) Grundlage bedarf, die Verwaltung also nur die Gesetze anzuwenden, nicht selbständige Verfügungen zu treffen hat[205]). Ob wirklich zwischen gesetzlicher Grundlage einer Verfügung und Gesetzmässigkeit derselben unterschieden werden kann, wie das Bundesgericht gelegentlich anzunehmen scheint, ist nachher zu erörtern. Jedenfalls hat das

---

führungsvorschriften zu handeln. Schindler, SJZ 1934/35 S. 305 ff. und die dort S. 310 zit. Urteile des Bundesgerichts. Burckhardt, Kommentar S. 786; Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 321. Gegen das selbständige Verordnungsrecht des Bundesrates in Polizeisachen Giacometti, SJZ 1934/35 S. 257.

[203]) Burckhardt, Grundsätzliches über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, Zeitschr. des bern. Jur.V. 1932 S. 305 ff.; Huber, Kompetenzkonflikt S. 51 ff.

[204]) Burckhardt, Methode S. 211.

[205]) Fleiner, Institutionen S. 130.

Bundesgericht den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung nicht unter seinen Schutz gestellt. Es hat diesen Grundsatz nicht als kantonales Grundrecht behandelt, und es gibt übrigens auch keinen Kanton, der ihn in seiner Verfassung ausdrücklich gewährleistet hätte. Wenn die Gesetzmässigkeit der Verwaltung ein kantonales verfassungsmässiges Grundrecht wäre, so würde das Bundesgericht zum obersten kantonalen Verwaltungsgericht mit freier Überprüfung: der Gesetzmässigkeit der Verwaltung. Aber eben indem das Bundesgericht diese Konsequenz nicht gezogen hat, hat es auch eine Seite des Rechtsstaates, den Rechtsstaat als Gesetzesstaat, nicht in seinen Schutz einbezogen[206]). Dabei waren gewisse Widersprüche unvermeidlich. Es hat nämlich auch als Verletzung des kantonalen Grundrechtes der Gewaltentrennung nur den Erlass von (nichtpolizeilichen) Rechtssätzen durch die vollziehende Behörde ohne gesetzliche Ermächtigung beurteilt und aufgehoben, nicht die konkrete Verfügung ohne gesetzliche Grundlage[207]). Wird eine Verwaltungsverfügung aber wegen Verstosses gegen Art. 4 BV angefochten, so weigert sich das Bundesgericht, sie schon bei Gesetzesverletzung aufzuheben und beschränkt sich auf die Prüfung der Willkür. Wenn nun nicht in jeder gesetzwidrigen Verfügung, z. B. Steuertaxation, ein Verstoss gegen Art. 4 BV liegt, versteht es sich fast von selbst, dass das Bundesgericht noch weniger mit freier Prüfung gegen Verfügungen einschreiten kann, die nicht gesetzwidrig sind, sondern nur der gesetzlichen Grundlage entbehren. Wenn z. B. ein Strassenanstösser ohne gesetzliche Grundlage unter Androhung einer Busse aufgefordert wird, Sand auf das gefrorene Trottoir zu streuen, liegt nicht ohne weiteres ein Verstoss gegen Art. 4 BV vor. Allein just mit dieser Erwägung entsteht der Widerspruch mit

---

[206]) Über die Geltung des nicht unter Verfassungsgerichtsschutz gestellten Satzes, dass erlaubt ist, was nicht verboten ist, im Polizeirecht, vgl. Burckhardt, Methode S. 212.

[207]) BGE 56 I S. 163. Burckhardt, Kommentar S. 785 ff.

der Rechtsprechung zum Grundsatz der Gewaltentrennung. Wenn es nämlich der vollziehenden Behörde im allgemeinen verwehrt sein soll, ohne Ermächtigung Rechtssätze aufzustellen, und wenn das Bundesgericht die Frage der Ermächtigung frei prüfen kann[208]), sollte es der vollziehenden Behörde, würde man meinen, erst recht verwehrt sein, ohne erst einen Rechtssatz aufzustellen, schlankweg zu verfügen. Tut sie das, so schreitet das Bundesgericht jedoch nur bei Willkür ein. Das ist in der Tat ein unlösbarer Widerspruch, dass die kantonale Rechtsanwendung durch die Verwaltung der bundesgerichtlichen Kontrolle nur in beschränktem Mass, nach Art. 4 BV, unterliegt, dass aber die Rechtssetzung durch die Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung wegen Verletzung der Gewaltentrennung schlechthin, mit Ausnahme des polizeilichen Gebietes, unstatthaft sein soll. So tut eine kantonale Behörde, die sich der bundesgerichtlichen Kontrolle entziehen will, besser, gleich zu verfügen, statt erst etwas zu verordnen. Gewiss hat das Bundesgericht die Frage der Ermächtigung durch den Gesetzgeber auch gelegentlich nur auf Willkür hin geprüft[209]). Allein dann wird der Grundsatz der Gewaltentrennung, d. h. der Trennung der vollziehenden von der gesetzgebenden Gewalt, soweit die vollziehende Behörde kraft einer Ermächtigung vorgeht, auf das Willkürverbot zurückgeschraubt, das schon in Art. 4 BV enthalten ist. Entweder anerkennt man, dass mit der Gewaltentrennung eine freiere Prüfung verbunden sei, dann gerät man in Widerspruch mit der Rechtsprechung zu Art. 4 BV, oder man beschränkt die Trennung der beiden Gewalten auf das Willkürverbot, dann hat die Gewaltentrennung ihren Sinn teilweise verloren. Auch bei der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes kommt das Bundesgericht mitunter in Versuchung, die Bundesrechtmässigkeit einer kantonalen Norm frei, die Bundesrechtmässigkeit einer blossen Verfügung dagegen

[208]) BGE 48 I S. 542.
[209]) BGE 48 I S. 242, 55 I S. 162.

nur auf Willkür hin zu prüfen, was ebenfalls widerspruchsvoll ist. So ist das vorläufige Ergebnis das, dass die kantonale Verwaltung von Verfassung wegen im allgemeinen nicht dem Gebot der Gesetzmässigkeit der Verwaltung unterworfen ist, dass aber auf dem Wege über einzelne Grundrechte, wie Gewaltentrennung, Vorrang des Bundesrechtes usw., die Kontrolle dann doch auf die Gesetzmässigkeit wenigstens der Normen ausgedehnt wird, was zu Widersprüchen mit der Behandlung der blossen Verfügungen führt.

Bundes- und Kantonsverfassungen huldigen wiederholt dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung. Sie schreiben da und dort vor, dass ein Grundrecht nur auf dem Gesetzgebungsweg nach bestimmten Richtungen eingeschränkt werden könne, so Art. 31 lit. c BV (Bedürfnisnachweis für Wirtschaften), Art. 14 Abs. 2 der solothurnischen Kantonsverfassung, der Beschränkungen des Hausrechtes dem Strafgesetz vorbehält. Mitunter scheint der Verfassungsgesetzgeber aber auch auf dem Gebiet der Polizei Verfügungen ohne gesetzliche Grundlagen oder doch ein selbständiges Verordnungsrecht der Regierung einzuräumen, z. B. in Art. 12 Ziff. 5 der solothurnischen Verfassung, wonach der Regierungsrat mit Genehmigung des Kantonsrates Massnahmen gegen gottesdienstliche Handlungen zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit beschliessen kann.

Das Bundesgericht hat aber auch schon entschieden, dass Eingriffe in einzelne Grundrechte der gesetzlichen Grundlage bedürfen, selbst wenn die Verfassung dieses Erfordernis nicht aufstellt. Das Beispiel ist die Eigentumsgarantie. In zahlreichen Urteilen ist erkannt worden, dass die Eigentumsgarantie das Eigentum nicht unbeschränkt garantiere, sondern nur innert der Schranken, die ihm im öffentlichen Interesse durch ein Gesetz oder durch einen auf gesetzlicher Ermächtigung beruhenden allgemeinverbindlichen Rechtssatz gezogen sind[210]). Hier

[210]) BGE 42 I S. 204, 47 I S. 511, 56 I S. 272, 60 I S. 271.

ist die schon angetönte Frage aufzuwerfen, ob zwischen gesetzlicher Grundlage und richtiger Gesetzesanwendung unterschieden werden kann. Wie soll entschieden werden, ob eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung, z. B. die Verfügung, dass bei einer Neubaute eine alte Linde in der Nähe nicht gefällt werden dürfe, eine gesetzliche Grundlage habe, wenn dabei das Gesetz nicht ausgelegt, die Gesetzesanwendung nicht frei überprüft werden darf? Eine Grundlage hat die Verfügung nur dann, wenn sie gesetzmässig ist. Entweder lässt der Verfassungsrichter auch eine unzutreffende, wenn auch nicht völlig abwegige Berufung der Verwaltungsbehörde auf eine Gesetzesbestimmung gelten, dann beschränkt er sich auf die Prüfung der Willkürfrage und nimmt dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage seinen rechtsstaatlichen Sinn, oder er prüft, ob die Verfügung wirklich eine gesetzliche Grundlage habe, und legt sich so die freie Prüfung bei. Tertium non datur. Wenn daher das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie immer wieder erkannt hat, dass eine Eigentumsbeschränkung eine gesetzliche Grundlage haben müsse, dass sie „être justifiée par une disposition de la loi" sein müsse, so ist damit entweder nur das Willkürverbot ausgesprochen oder die freie Prüfung der Gesetzesanwendung verlangt. Es frägt sich doch gerade, ob die Berufung der Verwaltungsbehörde auf eine bestimmte Gesetzesvorschrift zutreffend sei. Der Hinweis des Bundesgerichtes auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage ist ein Hinweis auf den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, den zu handhaben sich das Bundesgericht aber, aus naheliegenden Gründen, scheut. In einem neuen Urteil ist unmissverständlich ausgesprochen worden, dass die erforderliche Grundlage für einen Eingriff schon dann vorliege, wenn eine Gesetzesbestimmung vorhanden sei, aus der die Ermächtigung zu zu dem Eingriff ohne Willkür gefolgert werden dürfe[211]). Also ist doch nicht garantiert, dass Eingriffe nur auf

[211]) BGE 60 I S. 273.

gesetzlicher Grundlage unternommen werden. Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage wird durch das Bundesgericht aufgestellt, aber nicht durchgesetzt. Die Eigentumsgarantie erschöpft sich grösstenteils im Willkürverbot[212]). Fast nur bei der (freilich praktisch sehr wichtigen) Entschädigungsfrage zeigt sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass die Eigentumsgarantie sich nicht einfach mit dem Art. 4 BV deckt. Wenn die Beschränkung des Eigentums einer Aufhebung oder Aushöhlung gleichkommt, besteht wie bei der Enteignung eine Entschädigungspflicht[213]). Aber auch wo eine Enteignung oder Quasienteignung (materielle Enteignung) nicht in Frage steht, sollte immerhin darauf geachtet werden, dass nur Beschränkungen im öffentlichen Interesse zugelassen werden, und sollte frei geprüft werden, ob das angerufene Interesse seiner Art nach als öffentliches betrachtet werden darf, ähnlich wie das auch bei der Berechtigung einer eigentlichen Enteignung geschieht[214]); nur die Tatfrage, ob das geltend gemachte Interesse auch gegeben sei, sollte nur auf Willkür hin geprüft werden[215]). Die Frage des öffentlichen Wohls darf also nicht einfach als durch das Gesetz bejaht behandelt werden. Wenn es z. B. dem Gemeinwesen einfallen sollte, eine Baulinie so zu legen, dass ein Platz entsteht und das bestehende Gebäude kraft des mit der Baulinienführung verbundenen künftigen Enteignungsrechtes beseitigt werden kann, aber nur um den Anstössern an den künftigen Platz das Höherbauen zu ermöglichen, z. B.

---

[212]) Vgl. auch BGE 29 I S. 395, ebenso schon BGE 17 S. 59 und Haab, Kommentar N. 2 ff. u. N. 9 zu Art. 641 ZGB; Burckhardt, Kommentar S. 783; Bosshardt, Die Eigentumsgarantie 1930 S. 107 ff.

[213]) Urteil vom 19. Februar 1932 i. S. Gadola. Affolter a. a. O. S. 25.

[214]) BGE 24 I S. 296, 28 I S. 360, 41 I S. 481, Burckhardt, Kommentar S. 784.

[215]) Richtig BGE 47 III S. 511, 56 I S. 277, 60 I S. 271 ff. Urteil vom 14. Februar 1936 i. S. Mahle.

nach § 62 des zürcherischen Baugesetzes, stellt sich abgesehen von der Entschädigungsfrage das Problem, ob der Missbrauch der Baulinie zu privaten Zwecken gegen die Eigentumsgarantie verstösst[216]). Das Bundesgericht darf also nicht einfach auf das kantonale Gesetzesrecht abstellen, wenn die Eigentumsgarantie nicht illusorisch werden soll[217]). Die Eigentumsgarantie richtet sich auch an den Gesetzgeber.

In der Hauptsache stehen die Grundrechte aber in einem Widerspruch mit dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung. Das ist ein weiterer Widerstreit von Teilen der individualistischen, konstitutionellen Staatstheorie. Die Grundrechte gebieten nach schweizerischer Auffassung auch dem Gesetzgeber Halt. Er darf sie weder aufheben noch, wenn es nicht vorgesehen ist, einschränken. Der Verfassungsgesetzgeber wollte dem Bürger eine Sphäre individueller Freiheit gewährleisten, und er unterstellte diese Sphäre, wenigstens gegenüber den Kantonen, dem Verfassungsgerichtsschutz; aber er übersah, dass auf diese Weise der Bürger das für ihn geltende Recht nicht mehr abschliessend dem Gesetz entnehmen kann[218]). Die Freiheitssphären, die nicht der Gesetzgeber durch Verteilen von Rechten und Pflichten ordnet, sondern die der Richter misst, indem er das Programm durch Schaffung von Rechtssätzen verwirklicht[219]), heben den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung auf weiten Gebieten auf.

---

[216]) In der Zeit der Arbeitslosigkeit ist das Gemeinwesen leicht geneigt, das private Interesse an der Errichtung einer Baute als öffentliches zu beurteilen, weil so und so viele Arbeiter beschäftigt werden könnten. Allein das ist kein öffentliches Interesse, gegen das der Schutz der Eigentumsgarantie versagen soll, sonst könnte man eine ganze Stadt abbrechen und enteignen, um Leute zu beschäftigen.

[217]) Vogt, Rechtmässige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte 1909 S. 77; Burckhardt, Kommentar S. 784.

[218]) Burckhardt, Eidg. Recht bricht kant. Recht S. 73.

[219]) Unten S. 141a ff.

So steht der Rechtsstaat als liberaler Staat, der die Freiheitsrechte verbrieft, in einem gewissen Widerspruch zum Rechtsstaat als Gesetzgebungsstaat; dort wo der Verfassungsrichter normlos entscheidet, das Recht erst schafft, nach dem er entscheidet, ist der Gesetzgebungsstaat durchbrochen.

Bei den unechten Grundrechten ist das nicht dasselbe; wenn ein unechtes Grundrecht unklar oder lückenhaft ist, füllt der Verfassungsrichter es aus oder interpretiert es; durch unklare, d. h. auslegungsbedürftige und lückenhafte, d. h. unvollständige Rechtssätze wird die Gesetzmässigkeit der Verwaltung nicht in Frage gestellt, wie durch die Kompetenz des Verfassungsrichters, Freiheitsrechte und die Rechtsgleichheit auch gegenüber dem Gesetzgeber anzuwenden. Immerhin ist die Unvollständigkeit bei den unechten Grundrechten oft besonders auffallend, z. B. die Auslegungsbedürftigkeit des Doppelbesteuerungsverbotes. Wenn etwa der Zivilrichter des Kantons Graubünden seine Zuständigkeit verneint, weil der Beklagte als Saisonarbeiter keinen zivilrechtlichen Wohnsitz dort hat, obschon die kantonale ZPO auch den Arbeitsort als Wohnsitz bezeichnet, ist sein Inkompetenzentscheid zwar verfassungsmässig (BV Art. 59), aber er entbehrt insofern der gesetzlichen Grundlage, als erst durch Auslegung des Art. 59 ermittelt werden kann, dass unter Wohnsitz der zivilrechtliche Wohnsitz verstanden ist.

Die bundesgerichtliche Praxis über die wiederholte Bestrafung wegen schwerer Vergehen, die zur Ausweisung des Kantonsfremden berechtigt (BV Art. 45), ist Grundrechtspraxis, aber nicht Gesetzespraxis. Besonders deutlich wird das beim Doppelbesteuerungsverbot. Es wird nicht an einer Norm gemessen, sondern an einer weitläufigen Gerichtspraxis über ein Grundrecht, ja sogar — welche Ironie — über ein Grundrecht, das ursprünglich gar nicht als solches gedacht war, sondern als Auftrag an den Gesetzgeber, ein Gesetz über die Doppelbesteuerung

zu erlassen[220]). Eine kantonale Einschätzung kann, z. B. hinsichtlich des Schuldenabzuges, nicht nur der gesetzlichen Grundlage entbehren, sondern dem kant. Steuergesetz geradezu widersprechen[221]), es genügt, dass sie mit der Doppelbesteuerungspraxis im Einklang ist[222]).

3. Die Geltungskraft der Grundrechte.

In Deutschland sind unter der Herrschaft der Weimarer Verfassung je nach der Abänderbarkeit folgende Arten von Grundrechten unterschieden worden[223]):

1. Verfassungskräftige Grundrechte schlechthin. Das sind Grundrechte, die nur durch Verfassungsänderung

---

[220]) BV Art. 46 Art. 2, Blumenstein, Schweizerisches Steuerrecht 1926 Bd. I S. 133.

[221]) BGE 41 I S. 188.

[222]) Das bernische Verwaltungsgericht hat in Steuersachen gelegentlich den Standpunkt eingenommen, es habe sich lediglich an die kantonale Gesetzgebung zu halten, das Doppelbesteuerungsverbot habe das Bundesgericht anzuwenden. Das ist wohl auch nach dem kant. Recht über die Kompetenz der obersten Rekursinstanz nicht richtig, da die Doppelbesteuerungsgrundsätze wie Gesetzesrecht zu behandeln sind; begreiflich wäre nur, wenn das Verwaltungsgericht in Fällen, wo noch keine Praxis besteht, den Entscheid dem Bundesgericht überlassen und einstweilen zugunsten des eigenen Kantons urteilen würde. Sollte das Verwaltungsgericht aber nach dem kant. Recht zur Anwendung des Doppelbesteuerungsverbotes nicht zuständig sein, so wäre die Folge die, dass die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung des Art. 46 BV nicht erst gegen das Urteil des Verwaltungsgerichtes erhoben werden könnte, dass es also umgangen werden müsste, was aber zu grossen praktischen Schwierigkeiten führen würde. Es könnte sich übrigens fragen, ob eine solche kantonale Ordnung des Rekurses an das Verwaltungsgericht nicht geradezu bundesrechtswidrig wäre, denn die Grundrechte der BV sind für alle kantonalen Behörden verbindlich, und ein kantonales Gesetz sollte keine Rekursinstanz ermächtigen dürfen, bundesrechtswidrige Entscheide in Einschätzungssachen zu fällen.

[223]) Richard Thoma, bei Nipperdey Bd. I S. 31 ff.; Carl Schmitt, im Handbuch Bd. II S. 576 ff.; Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 179.

aufgehoben oder geändert, z. B. mit Ausnahmen versehen werden dürfen, wie etwa das Verbot der Ausnahmegerichte (RV 105) u. a.[224]). In der Schweiz sind das die Mehrzahl der Grundrechte, z. B. die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Niederlassungsfreiheit u. a. Dabei ist der Schutz dieser Rechte insofern noch stärker, als er es im Deutschen Reich gewesen war, als in der Schweiz die Verfassung durch Gesetze nicht geändert wird, die in dem für die Verfassungsgesetzgebung massgebenden Verfahren, also mit Volks- und Ständemehr, zustandegekommen sind[225]).

2. Verfassungskräftige Grundrechte zweiten Grades. Das sind die Grundrechte, die durch Anwendung des Diktaturparagraphen des Reichspräsidenten vorübergehend ganz oder teilweise ausser Kraft gesetzt werden konnten (RV Art. 48 Abs. 2), wie die persönliche Freiheit, das Hausrecht, das Briefgeheimnis, die Meinungsfreiheit, die Vereins- und Versammlungsfreiheit und die Eigentumsgarantie. Solche Grundrechte sind in der Schweiz unbekannt, da der Bund keinen Diktaturparagraphen kennt. Wo in den Kantonen bei drohender Gefahr, hohen Staats-

---

[224]) Grundrechte, die auch der Verfassungsänderung trotzen, gab es in Deutschland nicht. Carl Schmitt, im Handbuch II S. 575. Die Lehre Schmitts, die er früher, Verfassungslehre S. 163, vertreten hatte, dass die grundlegenden Prinzipien der Reichsverfassung, in denen sich die politische Gesamtentscheidung des deutschen Volkes für den bürgerlichen Rechtsstaat äussere, auch durch Verfassungsgesetz nicht geändert werden dürfen, war von der herrschenden Auffassung nicht akzeptiert worden. Vgl. die Widerlegung von Richard Thoma bei Nipperdey Bd. I S. 38 ff.

[225]) BV 119 und 121 stimmen zwar mit RV 76 darin überein, dass für die Verfassungsänderung der Weg der Gesetzgebung vorgeschrieben wird; allein in Deutschland genügte es für eine Änderung, dass im Reichstag das Zweidrittelmehr erreicht war, während in der Schweiz das Ständemehr nicht genügt, wenn der Wille gar nicht auf Änderung der Verfassung gerichtet ist. Das Ständemehr kann auch deshalb nicht genügen, weil ein einfaches Gesetz nur dem fakultativen Referendum unterstellt ist.

interesses usw., eine Behörde ermächtigt ist, Massnahmen zu treffen, wie nach Art. 55 Ziff. 14 KV in St. Gallen, müssen sich diese an die Verfassung halten.

3. Gesetzeskräftige Grundrechte. Darunter sind die Grundrechte zu verstehen, die zwar in der Verfassung genannt, die aber nur nach Massgabe der einfachen Gesetze garantiert sind, die ihren Inhalt also von der einfachen Gesetzgebung empfangen und grundsätzlich durch einfache Gesetze nicht nur beschränkt, sondern auch aufgehoben werden könnten. Dazu gehörten in Deutschland die Freizügigkeit (RV 111), die Auswanderungsfreiheit (RV 112) u. a. Man kann weiter unterscheiden zwischen reichs- (bundes-) und bloss landes- (kantons-) gesetzkräftigen Grundrechten[226]). Solche Rechte werden in der Schweiz, wie wir gesehen haben, nicht als Grundrechte behandelt.

4. Polizeifeste Grundrechte[227]).

Diese Einteilung ist jedoch, namentlich für das schweizerische Recht, ohne grosse praktische Bedeutung. Auch in Deutschland war übrigens bei den bloss reichsgesetzeskräftigen Grundrechten vorausgesetzt, dass der einfache Gesetzgeber diese Grundrechte zwar ausführen oder einschränken, aber nicht aufheben werde. Das führt uns zu der Frage der Ausführung der Grundrechte durch einfache Gesetze. Sowohl die Individualrechte der Bundesverfassung als die der Kantonsverfassungen sind oft mit Vorbehalten zugunsten der einfachen Gesetzgebung verbunden, sei es, dass dem Gesetzgeber einfach Abweichungen anheimgestellt werden, sei es, dass diese Abweichungen nur nach bestimmten Richtungen gehen dürfen: so wird in zahlreichen Kantonsverfassungen die persönliche Freiheit garantiert, aber dem Gesetzgeber ohne nähere Anweisun-

---

[226]) Richard Thoma bei Nipperdey I S. 33; Carl Schmitt, im Handbuch II S. 576.

[227]) Richard Thoma, in der Festgabe für das preussische Oberverwaltungsgericht 1925 S. 187 ff.; Anschütz, Kommentar S. 457.

gen überlassen, die Ausnahmen (Freiheitsentzug durch Verhaftung und Bestrafung) zu bestimmen, z. B. Glarus KV Art. 5, St. Gallen KV Art. 30; andere geben dem Gesetzgeber immerhin bestimmte Anweisungen, z. B. die Anhörung des Verhafteten innert bestimmter Frist, wie Thurgau KV Art. 9 Abs. 3. Oder die Bundesverfassung bestimmt in Art. 45, dass der Bund ein Ausführungsgesetz zur Niederlassungsfreiheit über die Höhe der Gebühr für die Niederlassungsbewilligung zu erlassen habe, in Art. 55, dass die Kantone in ihren Gesetzen Vorschriften gegen den Missbrauch der Pressfreiheit aufstellen dürfen. Durch den Begriff des Missbrauches wird hier der einfachen Gesetzgebung also der Weg gewiesen.

Es ist jedoch nicht ganz dasselbe, ob der Bund ein Ausführungsgesetz zu einem Grundrecht der Bundesverfassung oder ob ein Kanton ein Ausführungsgesetz zu einem Individualrecht der Bundes- oder Kantonsverfassung erlässt. Man kann nämlich nicht im gleichen Sinne davon sprechen, dass das Individualrecht seinen Inhalt und Sinn dann teilweise vom Gesetz empfange. Gewiss hat sich der Bundesgesetzgeber so gut wie der kantonale an die Direktiven der Verfassung zu halten, und keiner darf etwa das Grundrecht gänzlich aufheben. Aber das eigentliche Problem liegt, wie wir noch sehen werden, nicht bei der Frage: Verfassungskraft oder Gesetzeskraft? Es liegt im Verhältnis des Ausführungsgesetzes zur Grundrechtsbestimmung. Da das Bundesgericht an den Entscheid des Bundesgesetzgebers über die Verfassungsmässigkeit seiner Gesetze gebunden ist (BV Art. 113 Abs. 3), hat es sich nicht nur an die (verfassungswidrige) Aufhebung eines Grundrechtes durch den Bundesgesetzgeber zu halten, sondern auch ein Gesetz, das bei Ausführung der Verfassungsvorschrift (verfassungswidrige) Einschränkungen des Grundrechtes in sich aufgenommen hätte, zu respektieren. Wenn es dem Bundesgesetzgeber einfallen sollte, das Recht zur Ehe auf dem Gesetzgebungsweg im Sinne der Rassentheorien einzuschränken, wäre das

Recht zur Ehe, wie es in Art. 54 BV garantiert ist, seinen Inhalt teilweise aus dem Gesetz empfangen. Wenn dagegen ein kantonales Gesetz oder eine kantonale Verordnung eine Grundrechtsbestimmung der Bundes- oder Kantonsverfassung ausführt, hat das Bundesgericht die Verfassungsmässigkeit des Gesetzes oder der Verordnung zu prüfen, und zwar kann nach der bekannten Praxis eine Verfassungswidrigkeit auch noch bei der Anwendung der Gesetzesbestimmung im Einzelfall geltend gemacht werden[228]). Aus kantonalen Gesetzen empfangen die Grundrechte ihren Inhalt also nur, wenn es sich um Ausführungsgesetze im eigentlichen Sinne handelt, d. h. wenn sie im Rahmen der Verfassung bleiben[229]).

Die Ausführungsgesetze des Bundes zu Grundrechten haben freilich nicht immer die gleiche Bedeutung. Verletzungen des Art. 81 SchKG z. B. werden im interkantonalen Verkehr als Verletzungen des Art. 61 BV betrachtet[230]). Das ist also Ausführungsrecht, dessen Verletzung zugleich eine Verletzung der BV ist. Die anwendende Behörde ist gehalten, eine solche Ausführungsvorschrift so auszulegen, dass sie sich im Rahmen der Verfassung hält, ja jede Gesetzesverletzung ist hier sogar Verfassungsverletzung. Auf dem Gebiet der Pressfreiheit dagegen hat das Bundesgericht entschieden, dass die Ausführung des Grundrechtes durch das Zivilrecht hinsichtlich der Schadenersatz- und Genugtuungspflicht das Grundrecht selbst abgelöst habe, und dass auch das künftige eidg.

---

[228]) Giacometti S. 79 ff.

[229]) Aus dem Gesagten darf natürlich nicht geschlossen werden, dass es dem Bundesgesetzgeber freistehe, in den Gesetzen den Grundrechten einen beschränkten Sinn zu geben. Im Gegenteil: dadurch, dass die BV den Entscheid über die Verfassungsmässigkeit der Gesetze dem Gesetzgeber selbst anvertraut hat, hat sie auch eine uneingeschränkte Verfassungstreue des Gesetzgebers vorausgesetzt und erhöhte Anforderungen an ihn gestellt. Siehe das Vorwort von Prof. Burckhardt zur 3. Aufl. seines Kommentars!

[230]) Oben N. 187, Giacometti S. 76 N. 1.

Strafgesetzbuch die Pressfreiheit teilweise ablösen werde[231]). Das ist also Ausführungsrecht, das an die Stelle des Grundrechtes getreten ist, und die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verfassungswidrigkeit ist, unter Vorbehalt der Willkür, selbst dann nicht zulässig, wenn der Streitwert für eine Berufung nicht vorhanden ist[232]).

Es gibt in einem weitern Sinne aber noch andere Ausführungsgesetze zu Grundrechten, und zwar eidgenössische und kantonale: alle Gesetze des Bundes und der Kantone, die Lücken der Verfassung ausfüllen und die in der rechtlichen Beziehung zu Grundrechten des Bundes oder Kantons stehen, dass man sie als verfassungsmässig oder verfassungswidrig bezeichnen könnte, sind Ausführungsgesetze. Hierher gehören einmal die Gesetze, die auf Grund eines individualrechtlichen Vorbehaltes erlassen worden sind, z. B. auf Grund des Art. 31 lit. e BV, der die Kantone zu polizeilichen Anordnungen ermächtigt. Hierher gehören sodann die Gesetze, die ein Grundrecht näher präzisieren, z. B. Gesetze über das Stimmrecht, ferner Gesetze, die erst die Voraussetzung eines Grundrechtes bilden, z. B. kantonale Strafgesetze hinsichtlich des Grundrechtes nulla poena sine lege, Gesetze, die Anwendungsfälle eines Grundrechtes sind, wie das BG vom 19. Dez. 1877 betr. die Freizügigkeit des Medizinalpersonals hinsichtlich der Art. 31 u. 33 BV[233]), und Gesetze, die ein Verfahren ordnen, wie das baselstädtische Niederlassungsgesetz vom 24. Januar 1881 und das st. gallische

---

[231]) BGE 43 I S. 42 ff.

[232]) Mit dieser Rechtsprechung der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes stehen einige Urteile der I. Zivilabteilung wenigstens formell im Widerspruch, in denen nicht nur untersucht worden ist, ob die zivilrechtlichen Bestimmungen, OR Art. 41 ff., Art. 49, verletzt worden seien, sondern auch, ob die beanstandete, zum Gegenstand eines Schadenersatz- oder Genugtuungsbegehrens gemachte Presseäusserung unter den Schutz der Pressfreiheit falle. BGE 55 II S. 97 ff., 60 II S. 406 ff., Urteil vom 27. April 1932 i. S. Dellberg.

[233]) Giacometti S. 71 ff.

vom 17. Mai 1899, die dem Ausgewiesenen den Beweis auferlegen, dass die Gründe zur Verweigerung der Niederlassung weggefallen sind. Hier stellt sich aufs neue die Frage, inwieweit das Bundesgericht als staatsrechtliche Beschwerdeinstanz die Anwendung des Gesetzesrechtes überprüfen kann, frei oder nur auf Willkür hin. In Theorie und Praxis ist diese Frage umstritten[234]). Hier kommt es jedoch nicht so sehr darauf an, ob das Bundesgericht für die Gesetzmässigkeit der Verwaltung zu sorgen habe, als darauf, ob nicht ein Grundrecht, wenn das zugehörige Ausführungsgesetz nur auf Willkür hin geprüft wird, dem Schutze des Bundesgerichtes entzogen und im blossen Willkürverbot aufgelöst werde. Das scheint in der Tat die Gefahr zu sein. Die Linie der Rechtsprechung ist nicht immer gerade; bald hat das Bundesgericht Ausführungsgesetze frei überprüft, bald nur auf Willkür hin, und ein Kriterium lässt sich aus den Urteilen nicht in allen Fällen ablesen[235]). Auf dem Gebiet der politischen Rechte ist das Gericht mit der Überprüfung der Anwendung einfacher Gesetze weiter gegangen als auf andern Gebieten[236]). Es hat ausgeführt, dass die Beschwerde nach OG Art. 180 Ziff. 5 auch wegen Verletzung solchen kantonalen Gesetzesrechtes erhoben werden könne, durch das das verfassungsmässige Stimmrecht „nach Inhalt und Umfang näher normiert" werde[237]). Es hat sich also von der Erwägung leiten lassen, dass ein Recht wie das Stimmrecht illusorisch würde, wenn es in seinen verfassungsmässigen und seinen bloss gesetzmässigen Inhalt aufgeteilt werden müsste. Freilich gibt es auch hier Schwierigkeiten; wenn im kantonalen Wahlgesetz z. B. auch das Verfahren geordnet ist (Ort und Zeit der Stimmabgabe, Erfordernis des Auf-

[234]) Vgl. die Kritik der Rechtsprechung bei Giacometti S. 71 ff.

[235]) Giacometti S. 75.

[236]) BGE 41 I S. 398, 42 I S. 289, 46 I S. 121, 49 I S. 540 ff., Urteil vom 25. Oktober 1935 i. S. Association Radicale de Vernier u. Kons.

[237]) BGE 41 I S. 398.

klebens einer Legitimationsmarke auf den Stimmzettel usw.), so frägt es sich, ob auch bei der Rüge der Verletzung solcher Verfahrensbestimmungen freie Prüfung herrscht, z. B. wenn ein Stimmzettel ungültig erklärt worden ist. Das Stimmrecht muss eben in einem bestimmten Verfahren ausgeübt werden, in einer bestimmten Form, und wenn infolge eines Formfehlers eine Stimme ungültig erklärt wird, aber zu Unrecht, so ist das für den betreffenden Bürger dasselbe, wie wenn ihm das Stimmrecht überhaupt aberkannt worden wäre[238]). Auf andern Gebieten als dem der politischen Rechte dagegen ist für das Bundesgericht zumeist wegleitend gewesen, dass es nicht oberste Instanz für die Gesetzesanwendung, sondern Verfassungsgerichtshof sei, dass die Autonomie der Kantone geachtet werden solle und dass die schrankenlose Überprüfung der Gesetzesanwendung zu einer masslosen Überlastung führen würde[239]).

Zu der für die Praxis massgeblich gewesenen Lösung gelangt man, wenn man die individualrechtlichen Verfassungsbestimmungen als Schranken, sowohl für den Gesetzgeber als die rechtsanwendenden Behörden, be-

[238]) Grundsätzlich ist die freie Prüfung des Gesetzesrechtes in Wahl- und Abstimmungssachen, wie das Bundesgericht sie pflegt, gerechtfertigt, denn es handelt sich da um demokratische, nicht um liberale Rechte, die den vollen Schutz verdienen, auch wenn die Ausführung dem Gesetz überlassen ist. Das Stimmrecht gehört dem staatlichen Organisationsrecht an, dieses aber duldet nicht, dass es selber nicht „zum Klappen" komme, nur weil es teilweise Gesetzesrecht ist.

[239]) Giacometti S. 77. Nicht richtig dürfte die Annahme dieses Verfassers sein, dass die Praxis die Kognition davon abhängig mache, ob das Gesetz ein eidgenössisches oder ein kantonales sei. Auch scheint es anfechtbar zu sein, sämtliche Verletzungen der Ausführungsgesetze in diesem Sinn als mittelbare Verfassungsverletzungen zu bezeichnen, z. B. jede extensive Auslegung einer Strafbestimmung als Verletzung des Satzes nulla poena sine lege. Die Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Verfassungsverletzungen ist nicht fruchtbar. Kirchhofer, SJZ 1933/34 S. 239. Doch wird sie auch von Triepel, Staatsgerichtsbarkeit S. 5, verwendet.

trachtet. Dann liegt es dem Verfassungsrichter lediglich ob, zu untersuchen, ob die kantonalen Staatsakte sich in diesen Schranken gehalten haben. Ist diese Frage im Einzelfall zu bejahen, so beschränkt sich die weitere Prüfung der Gesetzesanwendung auf die Frage der Willkür. Darnach wären also die Verfassungsbestimmungen Anweisungen, nicht darüber hinauszugehen. Sie selbst könnten nicht angewendet, sondern nur respektiert werden[240]). Wird ein kantonales Gesetz wegen Verstosses gegen ein Grundrecht angefochten, so ist die Verfassungsmässigkeit frei zu prüfen. Wird das kantonale Gesetz erst bei der Anwendung als verfassungswidrig angefochten — was die Praxis zulässt —, so ist wiederum frei zu prüfen, ob das Gesetz, auf das sich die angefochtene Verfügung stützt, verfassungsmässig sei. Das geschieht in der Weise, dass der Richter untersucht, ob das Gesetz, wenn es ausdrücklich so lauten würde, wie es ausgelegt worden ist, verfassungsmässig sei. Wird diese Frage verneint, so ist der anwendende Staatsakt aufzuheben, wird sie bejaht, so stellt sich nur noch die Frage, ob das Gesetz willkürlich angewendet worden sei. Es wäre also zu allgemein ausgedrückt, zu sagen, dass das Bundesgericht die Gesetzesanwendung nicht anders als auf Willkür hin zu prüfen habe; denn Ausführungsgesetze können auch dadurch unrichtig ausgelegt und angewendet werden, dass die Schranken der Verfassung missachtet werden[241]). Bundesgesetze und bundesgesetzmässige kantonale Verfügungen dagegen kann das Bundesgericht nicht wegen Verfassungswidrigkeit aufheben. Dennoch kann auch hier der Richter in beschränktem Umfang für die Verfassungsmässigkeit sorgen: wenn

---

[240]) Kirchhofer a. a. O.

[241]) In seinem Urteil vom 29. September 1933 i. S. Migros AG. ca. Schaffhausen Regierungsrat hat das Bundesgericht ausdrücklich ausgeführt, dass frei zu prüfen sei, ob ein kantonales Gesetz einen unzulässigen Eingriff in die Gewerbefreiheit bedeute, und dass diese Frage u. U. mit der Frage der richtigen Auslegung des Gesetzes identisch sei.

eine kantonale Verfügung, die sich auf ein Bundesgesetz stützt, angefochten wird, kann geltend gemacht werden, dass die beanstandete Auslegung des Bundesgesetzes verfassungswidrig sei, dass aber eine andere Auslegung die Schranken der Verfassung achten würde. Wo also ein Bundesgesetz der Auslegung bedarf, kann das Bundesgericht die Auslegung durchsetzen, die der Verfassung entspricht, ohne dass es selbst Art. 113 Abs. 2 missachten würde.

Wenn die verfassungsmässigen Schranken respektiert worden sind, ist die Verfassung nicht, auch mittelbar nicht, verletzt, und das Bundesgericht ist nicht zuständig, die übrigbleibende Frage der Gesetzesanwendung frei zu prüfen. Sofern, wenn die Rüge erhoben worden ist, zuerst geprüft wird, ob der Rahmen der Verfassung beachtet worden sei, ist aber auch nicht richtig, dass das Bundesgericht die Ausführungsgesetze zu Grundrechten zu Anwendungsfällen des Art. 4 BV degradiert habe[241a]); denn Ausführungsgesetze sind diese Gesetze eigentlich doch nur insoweit, als sich die Frage der Verfassungsmässigkeit stellt. Wenn z. B. ein Hausiergesetz sich an die Schranken des Art. 31 lit. e BV hält, aber bei der Anwendung ein Hausierer zu der Kategorie A statt zu der Kategorie B gezählt und deshalb mit einer höhern Gebühr belastet worden ist, die BV sich aber eben zu der Gebührenabstufung „neutral" verhält, ist nicht einzusehen, wieso das Bundesgericht frei prüfen und eine Verfassungsverletzung annehmen soll. Freilich hat das Bundesgericht gelegentlich auch verfassungsmässiges Gesetzesrecht der freien Prüfung unterworfen, z. B. gerade Polizeirecht im Sinne des Art. 31 lit. e BV, wenn auch mit einer besondern Begründung[242]). Das sind aber Abweichungen von der Praxis. So sehr also auf den ersten Blick der Eindruck aufkommt, dass das Grundrecht seinen Schutz einbüsse,

---

[241a]) Wie Giacometti S. 77 meint.

[242]) Kirchhofer S. 239. Vgl. nun aber das zit. Urteil i. S. Migros AG.

wenn die eigentliche Gesetzesanwendung nur auf Willkür hin überprüft wird, ist er doch nur ein scheinbarer. Wenn die persönliche Freiheit durch das Strafgesetz, die Versammlungsfreiheit durch ein Polizeigesetz „ausgeführt" ist, gewinnen sie als Grundrechte eigentlich an Festigkeit, gerade durch die gesetzliche Ausführung, und im übrigen ist durch die verfassungsmässigen Schranken und durch die Bindung auch der Gesetzesanwendung an Art. 4 BV für Schutz genügend vorgesorgt[243]). Gelegentlich muss die freie Prüfung der Gesetzesanwendung durch das Bundesgericht übrigens auch deshalb abgelehnt werden, weil das im Wesen des angerufenen Verfassungsrechtes liegt; wenn beispielsweise nicht jede Verletzung kantonaler Gesetzesnormen über die richterliche Zuständigkeit als Verletzung der Garantie des verfassungsmässigen Richters (BV Art. 58) angesehen werden kann, hängt das damit zusammen, dass Art. 58 überhaupt nicht die kantonalen gesetzlichen Kompetenzabgrenzungen garantiert[244]). Freilich ist es schwierig, Art. 58 überhaupt noch einen Sinn beizulegen, wenn man sich weigert, den gesetzwidrigen Richter auch als den verfassungswidrigen zu behandeln, da die Verfassung selbst keine Zuständigkeitsregeln für die Gerichte aufstellt und es einen verfassungsmässigen Richter eigentlich nicht gibt[245]). Diese Schwierigkeit treffen wir noch bei andern Grundrechten, welche Gesetzesrecht voraussetzen; immer wenn sich das Bundesgericht weigert, solches Gesetzesrecht als Ausführungsrecht und seine Verletzung als Verfassungsverletzung zu behandeln, wirft sich die Frage auf, ob das verfassungsmässige Recht neben dem Gesetzesrecht und neben Art. 4 BV überhaupt noch eine Bedeutung habe, z. B. eben das Recht auf den verfassungsmässigen Richter, auf die Ehe, den Satz nulla poena und sogar die Vereinsfreiheit.

---

[243]) Burckhardt, Kommentar S. 780.
[244]) A. A. Giacometti S. 76 N. 33.
[245]) Affolter S. 131.

Die Praxis hat sich also mit der meist nur beschränkten Überprüfung der Gesetzesanwendung abgefunden, und die Lösung der Praxis hat sich bewährt und die kantonale Autonomie nicht über Gebühr berührt. Die Theorie der Grundrechte aber wird über Einwendungen nicht hinwegkommen, welche die Natur der Grundrechte überhaupt und ihr Verhältnis zum Gesetz betreffen. Sind alle Grundrechte nur Schranken, Freiheitssphären, oder gibt es nicht auch Grundrechte, die anwendbare Rechtssätze sind, wie anderes Recht auch? Und wenn es solche Grundrechte gibt, ist es nicht widerspruchsvoll, dass ihr Schutz nur teilweise besteht, je nachdem sie ihren vollen Inhalt aus der Verfassung empfangen oder teilweise aus Ausführungsgesetzen? Die Grundrechte, die wirklich nur Schranken sind, richten sie sich nicht auch an den Gesetzgeber in dem Sinn, dass er Ausführungsgesetze überhaupt nicht erlassen, sich nicht einmischen soll?

Echte Grundrechte, wie das Aufklärungszeitalter sie verstand, sind nur die Freiheitsrechte des Einzelmenschen: Gewissensfreiheit, persönliche Freiheit, Hausrecht, Meinungsfreiheit, Kultusfreiheit, Vereins- und Versammlungsfreiheit. Sie beruhen auf dem Gedanken, dass einer prinzipiell unbegrenzten Freiheitssphäre des Individuums eine prinzipiell begrenzte Eingriffsmöglichkeit des Staates gegenüberstehe[246]). Es sind Freiheiten vom Staate, Rechte im negativen Sinn, Schranken wie oben beschrieben. Und es sind absolute Rechte, sie sind nicht nach Massgabe des Gesetzes gewährleistet, sondern soweit gesetzliche Ordnungen überhaupt als zulässig gedacht waren, sollten sie die kontrollierbaren Ausnahmen bilden. „Der Vorbehalt des Gesetzes ist hier niemals Inhaltsangabe, sondern immer nur Vorbehalt einer Ausnahme, die als solche prinzipiell begrenzt, berechenbar, nachprüfbar sein

---

[246]) Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 164 nennt diesen Gedanken das fundamentale Verteilungsprinzip des bürgerlichen Rechtsstaates.

muss."[247]) Diese Grundrechte waren also nach den Intentionen ihrer Urheber grundsätzliche Vorbehalte von Freiheitssphären. Räumliche Vorstellungen mochten mitgewirkt haben, als sie ausgedacht wurden: ein Teil der natürlichen, vor- und überstaatlichen Freiheit sollte durch solche Reservate in den gesellschaftlichen Zustand hinübergerettet werden, sollte eben reserviert werden, wie ein Naturschutzgebiet vor Bebauung bewahrt wird, ja diese Reservate sollte den grössten Teil des Landes bedecken, das „Bauland" sollte die Ausnahme sein. Die Freiheitsrechte sollten die Grenzen der Reservate der natürlichen Freiheit sein. Grenzen aber bedürfen keiner Ausführung, sie bestehen oder bestehen nicht, aber durch Ausführungsrecht geordnet werden müssen sie nicht. Im Gegenteil, soweit nicht bestimmte Ausnahmen von der Freiheit zugelassen wurden, wie etwa die Verhaftung nach Strafprozessgesetz als Ausnahme von der persönlichen Freiheit und die Unterdrückung staatsgefährlicher Vereine als Ausnahme von der Vereinsfreiheit, widersprach nach dieser ursprünglichen Auffassung jede gesetzliche Ausführung dem Freiheitsrecht. Die Freiheitssphäre der Individuen sollte auch vor dem Gesetzgeber geschützt sein, und zwar von den eng umschriebenen Ausnahmen abgesehen absolut, so, dass sich die Frage der Verfassungsmässigkeit gesetzlicher Anordnungen gar nicht stellen konnte, weil es keine Gesetze geben sollte. Es war eine Sphäre der Nichteinmischung des Staates schlechthin. Gesetzliche Einmischung war ebenso unbefugte Einmischung wie die der Exekutive. Es gibt nach dieser Auffassung gar kein Ausführungsrecht zu Freiheitsrechten, das verfassungsmässig wäre, denn abgesehen von den eng umschriebenen Ausnahmen sollte die Verfassung keines dulden. Jede Ausführung wäre unzulässige Einschränkung der Freiheit, wäre eine andere, engere Grenzziehung an dem Reservat. Von dieser Auffassung war auch noch unser Verfassungs-

[247]) Carl Schmitt, im Handbuch II S. 591 ff.; Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 166.

gesetzgeber beherrscht. Mag er die begrenzten Ausnahmen von den Freiheiten im Vergleich zum Zeitalter des Naturrechtes vermehrt haben, so dachte er doch immer noch, dass es möglich sei, die Freiheit nicht als gesetzliche zu ordnen, sondern in der Form grundsätzlicher Vorbehalte zu gewährleisten[248]). Übersehen aber wurde, dass einzelne der Freiheitsrechte, mochte man sie irrtümlich als Sphären der Nichteinmischung des Gesetzgebers betrachten, eine gesetzliche Ordnung geradezu voraussetzen: die Eigentumsgarantie setzt eine gesetzliche Eigentumsordnung voraus, die Vereinsfreiheit eine gesetzliche Ordnung des Vereinswesens; wenn der Gesetzgeber nicht sagt, was ein Verein ist, ob er vor Gericht klagen kann, und welches sonst die zwingenden Vereinsbestimmungen sind, so steht auch die Vereinsfreiheit der Verfassung auf dem Papier. Sobald aber die gesetzliche Ordnung erlassen ist, ist es auch schwierig, dem verfassungsmässigen Recht neben der gesetzlichen Ordnung noch einen Sinn beizulegen[249]); wenn Art. 56 BV nicht bestehen würde, die Bürger aber gleichwohl nach Massgabe des Zivilgesetzbuches das Recht hätten, Vereine zu bilden, sofern diese nichts rechtswidrig sind (ZGB Art. 52 Abs. 3, Art. 78), wäre die Freiheit nicht weniger gross als nach Art. 56 BV. Nur bei der Glaubens- und Gewissensfreiheit kann man eigentlich sagen, dass sie eine gesetzliche Ordnung nicht voraussetze, denn sie ist eine Freiheit des forum internum, nicht eine Freiheit sozialen Charakters. So ist das Ergebnis das, dass die Freiheitsrechte, d. h. die echten Grundrechte, als Sphären der Nichteinmischung auch des Gesetzgebers gedacht waren, so dass sich die Frage der Verfassungsmässigkeit der Ausführungsgesetze und ihrer Anwendung gar nicht hätte stellen sollen. Nur weil übersehen wurde, dass einzelne Freiheitsrechte eine gesetzliche Ordnung

---

[248]) Burckhardt, Eidgenössisches Recht bricht kantonales Recht S. 73 ff.

[249]) Hensel, Grundrechte und politische Weltanschauung 1931 S. 4.

doch voraussetzen, wie z. B. die Eigentumsgarantie das gesetzliche Eigentum, konnte die Frage doch auftauchen, in welchem positiven Verhältnis die Freiheitsrechte zum Gesetz stehen, und damit auch die praktische Frage, wieweit das Bundesgericht die Gesetzesanwendung zu überprüfen habe.

Die Freiheitsrechte sind denn auch als problematisch und überlebt bezeichnet worden[250]). Es ist zuzugeben, dass, abgesehen von der Gewissensfreiheit, wie gesagt die Freiheit nicht notwendig kleiner ist, wenn sie gesetzlich geordnet ist, als wenn sie den Gegenstand eines Freiheitsrechtes bildet: enthält die Verfassung keine Bestimmung über die Meinungsfreiheit, erlaubt aber die gesetzliche Ordnung keine Unterdrückung der freien Meinungsäusserung, so besteht sachlich doch Meinungsfreiheit. Auch ist die Zerlegung rechtlicher Freiheit in verschiedene Sphären stets problematisch; die Freiheit, sich zu bewegen, kann u. U. einmal ebenso wichtig werden wie die Freiheit, sich niederzulassen, die Freiheit, Tabak rauchen zu dürfen, so wichtig wie das Recht, einen Verein zu bilden[251]). Welchen Sinn es dennoch hat, wenn die Verfassungen Freiheitsrechte garantieren, soll nachher erörtert werden; man kann die Beibehaltung der Grundrechte rechtfertigen, indem man postuliert, dass die freiheitliche Staatsauffassung zu einem Bekenntnis in der Verfassung führen müsse; man kann auch daran denken, dass das Rechtsmittel der Verfassungsbeschwerde sich eingebürgert hat. Jedenfalls besteht aber heute die Tendenz des einfachen Gesetzgebers, die Freiheitsrechte misszuverstehen und Ausführungsgesetze auch dort zu erlassen, wo weder ein Ausführungsgesetz vorbehalten noch vorausgesetzt ist. Wir leben in einer Zeit, wo der im Sinne der Grundrechte liberale Staat zum modernen Gesetzesstaat wird, gleichzeitig wird aber

---

[250]) von Kelsen, Allg. Staatslehre 1925 S. 154 ff. Da Kelsen der Schöpfer der österreichischen Verfassung von 1920 ist, enthält diese nicht nur zufällig keine Grundrechte.

[251]) Kelsen a. a. O.

auch dieser Gesetzesstaat schon wieder angefochten durch den wirtschaftspolitisch intervenierenden Staat, der das Gesetz nur mit Ermächtigungen füllt und des Gesetzes im materiellen Sinne, das Rechte und Pflichten verteilt, entbehrt.

Den Freiheitsrechten stehen die unechten Grundrechte gegenüber, die keine Freiheitssphären reservieren; z. B. die Staatsbürgerrechte, die Rechte auf Leistungen des Staates, die sog. institutionellen Garantien[252]), wie etwa das Verbot der Ausnahmegerichte in Art. 58 BV. Diese Rechte verbieten nicht nur nach ihrer Herkunft nicht eine Ausführung in Gesetzen, sie rufen sogar darnach, wenn sie selbst lückenhaft sind. Sie stehen also zu den Ausführungsgesetzen in einem andern Verhältnis als die Freiheitsrechte: sie sind selbst auch anwendbares Recht, nicht nur Schranke, auch wenn sie als Verbote formuliert sind. Zwischen der Verfassungsbestimmung und dem Ausführungsgesetz besteht hier kein qualitativer Unterschied; das Ausführungsgesetz füllt einfach durch Rechtssetzung die Lücken der Verfassung aus, es ist ihre Vollendung, ihre Ausführung. Eben deshalb ist es hier ein Widerspruch, wenn die freie Prüfung nicht auf das Gesetz erstreckt wird, so gewichtige praktische Erwägungen auch dagegen ins Feld geführt werden können. Warum soll gegenüber einem Kanton, der ein solches Grundrecht abschliessend in der Verfassung geordnet hat, freie Prüfung gehandhabt werden, gegenüber einem andern, der das Grundrecht in einem Gesetz näher ausgeführt hat, aber nur beschränkte? Bei den Staatsbürgerrechten hat die Praxis das eingesehen, wie schon ausgeführt wurde. Allein die Einwendung[253]), dass der bundesgerichtliche Schutz auf halbem Weg Halt mache, trifft theoretisch eben bei allen Grundrechten zu, die nicht bloss Schranke, nicht bloss Freiheit vom Staate sind; denn bei allen ist es nicht im Wesen der Sache begründet, dass auf den Zufall abgestellt

[252]) Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 170 ff., unten S. 135a.
[253]) Von Giacometti S. 77.

wird, ob das Recht in der Verfassung abschliessend geordnet ist. Bei allen diesen Grundrechten, die nicht Freiheitsrechte sind, sondern die Grundsätze verankern, nicht den Grundsatz der Nichteinmischung, könnte die freie Prüfung auch der Gesetzesanwendung, nicht nur der Verfassungsanwendung, mit genau derselben Begründung eingeführt werden, wie etwa die freie Prüfung der Anwendung des Art. 81 SchKG eingeführt worden ist: Mit der Begründung, dass Gesetzesrecht, das Verfassungsrecht ausführe, der freien Prüfung rufe, weil die Verfassung mitverletzt sei[254]), und es wäre nur Art. 182 Abs. 1 OG zu beachten, der für eidgenössische Zivil- und Strafgesetze eine Ausnahme macht. Dafür spricht auch die Erwägung, dass sogar gegenüber den Kantonen, wo ein Ausführungsgesetz zu einem unechten Grundrecht nicht besteht, das Grundrecht in der Verfassung selbst aber nur lückenhaft geordnet, d. h. eben ausführungsbedürftig ist, freie Prüfung eintritt, der Bürger aus diesem Kanton hinsichtlich der Kognition also durch die Praxis besser gestellt worden ist als ein Bürger aus einem Kanton mit Ausführungsgesetz. Dasselbe gilt, wenn nicht ein echtes Grundrecht selbst, aber ein Vorbehalt, eine Einschränkung zu einem echten Grundrecht, durch Gesetz ausgeführt wird, etwa der Vorbehalt zur Versammlungsfreiheit, dass staatsgefährliche Versammlungen verboten werden können. Auch dort sollte streng genommen freie Prüfung eintreten; denn auch dort ist die Verfassung mitverletzt, wenn das Ausführungsgesetz verletzt ist. Warum soll es z. B. einen Unterschied ausmachen, ob der Begriff der Staatsgefährlichkeit einer Versammlung dem Richter überlassen oder ob er in einem Gesetz noch näher ausgeführt wird? Wenn ein Gesetz wirklich den Charakter eines Ausführungsgesetzes zur Verfassung hat, so ist doch gerade damit gesagt, dass mit dem Gesetz auch die Verfassung verletzt ist. Nur bei den Freiheitsrechten hat also die Praxis, nach der die Anwendung verfassungsmässiger Ausführungsgesetze nur

[254]) BGE 39 I S. 211, 41 I S. 122.

auf Willkür hin überprüft wird, ihre innere Berechtigung, sofern das Ausführungsgesetz die Freiheit selbst „ausführen" und nicht etwa nur einen Vorbehalt zur Freiheit betreffen will: doch widerspricht gerade eine solche Ausführung einer Freiheit durch Gesetz dem Wesen der Freiheitsrechte, weil sie nicht ausführungsbedürftig sind und jede Ausführung auch schon Einmischung ist. Das ist eine Schwierigkeit der schweizerischen Verfassungsbeschwerde, welche für die Praxis unüberwindlich ist: bei den unechten Grundrechten und den Vorbehalten und Einschränkungen zu echten Grundrechten ist im Grunde genommen jede Verletzung eines Ausführungsgesetzes auch Verfassungsverletzung und die blosse Willkürprüfung nicht anders zu rechtfertigen als durch die Ablehnung einer zu starken Belastung des Bundesgerichtes und das Gebot an die Kantone, in der Verfassung möglichst abschliessend zu sein, um zu ermöglichen, der staatsrechtlichen Beschwerde den Charakter als Verfassungsbeschwerde zu wahren. Bei den Freiheitsrechten aber sollte es nach der ursprünglichen Auffassung Ausführungsgesetze der Freiheit selbst gar nicht geben und bedeutete jedes Ausführungsgesetz auch schon eine andere Grenzziehung, eine Einmischung; wo aber durch ein Freiheitsrecht eine gesetzliche Ordnung geradezu vorausgesetzt ist — was der Verfassungsgesetzgeber übersehen hatte —, da wird die Freiheit in Form eines solchen Reservates überhaupt problematisch, weil es in Wirklichkeit das Gesetz ist, das sagt, inwieweit Freiheit herrscht.

Der Verfassungsgesetzgeber wollte z. B. die persönliche Freiheit garantieren, aber bestimmt umschriebene Ausnahmen zulassen: die Verhaftung und Einsperrung nach Strafgesetz und Strafprozessgesetz. Auf diese Weise wird die Freiheit zur Regel, das gesamte Strafgesetz sozusagen zur Ausnahme. So stellt das Strafgesetz das Ausführungsgesetz zu einem Vorbehalt dar, der bei einem Freiheitsrecht gemacht worden ist, und da ein solcher Vorbehalt eine Einschränkung der Freiheit bedeutet,

würde das, wenn man den Intentionen des Verfassungsgesetzgebers treu bleiben wollte, dazu führen, dass die Verletzung des Strafgesetzes, z. B. die Nichtgewährung des bedingten Straferlasses, als Verfassungsverletzung aufgefasst werden müsste. In der Tat, sieht man davon ab, dass gegen Verletzungen des Strafgesetzes andere Rechtsmittel gegeben sind, so stellt sich das Problem der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des gesamten Strafgesetzes, wenn die Strafe eine Freiheitsstrafe ist: Wann soll denn die verfassungsmässig garantierte persönliche Freiheit verletzt sein, wenn nicht bei einem Freiheitsentzug unter Verletzung des Strafgesetzes? Allein auch dieses Beispiel zeigt, dass die Freiheitsrechte ihre Bedeutung teilweise eingebüsst haben und dass deshalb auch die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde, abgesehen von den andern Rechtsmitteln, die zur Verfügung stehen, nicht mehr verstanden würde: das Strafgesetz wird nicht mehr nur als Ausnahme eines Freiheitsrechtes verstanden, sondern das Strafgesetz erfüllt eine der vornehmsten Aufgaben des Staates, die Rechtsverwirklichung durch Ahndung von Vergehen; es ist keine Ausnahme zu Lasten des Individuums, denn die Rechtfertigung der Strafe ergibt sich nicht aus der Freiheit, sondern aus der Gerechtigkeit. So hat sich das Verhältnis von Freiheit und Gesetz bei einzelnen Freiheitsrechten verschoben: das Strafgesetz wird nicht mehr als Ausnahme von einer Freiheit aufgefasst, von der persönlichen Freiheit, die Gewerbepolizei nicht mehr als Ausnahme von der Gewerbefreiheit, sondern die Gesetze sind gewissermassen „die Regel" geworden, und die Freiheiten sind verblasst; die Gesetzgebung auf diesen Gebieten stellt sich als Erfüllung staatlicher Aufgaben, als rechtsatzmässige Abgrenzung von individueller Freiheit und staatlicher Autorität dar. Dem Freiheitsbedürfnis ist Genüge getan, wenn das Gesetz den Freiheitsentzug ohne Grund nicht erlaubt, dass das Verbot auch noch in der Verfassung stehe, verlangt es eigentlich nicht mehr. So hat das Gesetz der Verfassung die Reservate

der Freiheiten teilweise abgerungen, und insoweit hängt die Frage, ob die Anwendung von Ausführungsgesetzen frei überprüft werden solle, mit der viel allgemeinern Frage zusammen, ob es verfassungspolitisch noch verantwortet werden kann, Nichteinmischungssphären zu garantieren, statt die Freiheit als gesetzliche rechtsatzmässig auszugestalten. Damit soll nicht geleugnet werden, dass die persönliche Freiheit der kantonalen Verfassungen, wie sie vom Bundesgericht verstanden wird, nämlich als das Verbot gesetzwidrigen Freiheitsentzuges, in manchen Fällen noch ihre Dienste tut; so wenn jemand durch eine Verwaltungsbehörde ohne gesetzliche Grundlage eingesperrt werden will[255]). Wenn jedoch das Bundesgericht erkannt hat, dass niemandem die Freiheit ohne gesetzliche Grundlage entzogen werden dürfe[256]), aber auch, dass das Bundesgericht die Gesetzesanwendung nicht frei zu überprüfen habe[257]), so ist nicht möglich, aus der persönlichen Freiheit etwas anderes als das Willkürverbot herauszulesen; fällt es aber schwer, diesem Verfassungsrecht neben dem Willkürverbot noch einen besondern Sinn beizulegen, obwohl doch die persönliche Freiheit seit den Deklarationen von 1776 und 1789 stets in der vordersten Linie der Grundrechte war, so zeigt das wiederum, dass die moderne Gesetzgebung die Rolle übernommen hat, welche man 1776 und 1789 der Verfassung oder gar der menschlichen Natur zudachte. Die Gesetzgebung sagt heute, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Formen die persönliche Freiheit beschränkt werden darf, und sie sagt es auf andere Weise als die Verfassung: rechtssatzmässig, nicht durch Schaffung von Reservaten der Nichteinmischung.

VII. Eidgenössische und kantonale Grundrechte.

Es macht für den Schutz des Bürgers keinen Unter-

---

[255]) Burckhardt, Kommentar S. 782.
[256]) BGE 18 S. 73, 21 S. 702.
[257]) BGE 8 S. 494, 9 S. 66.

schied aus, ob ein Grundrecht in der Bundes- oder der Kantonsverfassung gewährleistet ist; in beiden Fällen kann er sich gegen kantonale Staatsakte beim Bundesgericht beschweren[258]). Unter der Bundesverfassung von 1848 war es anders; Beschwerden wegen Verletzung kantonaler Verfassungsbestimmungen gingen an den Bundesrat, während Rekurse wegen Verletzung bundesverfassungsmässiger Rechte durch die Bundesversammlung dem Bundesgericht überwiesen werden konnten[259]). Der bundesstaatliche Aufbau des Staates macht sich dennoch auch bei den Grundrechten in der Weise stark bemerkbar, dass die Grundrechte der Bundesverfassung einerseits und der Kantonsverfassungen anderseits nicht nach einem Kriterium ausgeschieden worden sind, sondern dass gewissermassen der historische Zufall entschieden hat, und dass einzelne Grundrechte eigentlich „zwischen Stuhl und Bänke" geraten sind. Grundrechte, die im Zeitalter des Naturrechtes zu den zentralen Garantien des Individuums gehörten, wie die persönliche Freiheit, die Eigentumsgarantie und die Versammlungsfreiheit, stehen nicht in der Bundesverfassung, sondern nur in den Kantonsverfassungen, und zwar nicht in allen[260]), und umgekehrt enthält die Bundesverfassung Individualrechte, von denen man nach dem Stand der Kompetenzen des Bundes um 1874 vielleicht eher angenommen hätte, dass sie den Kantonen überlassen worden seien, wie das Recht zur Ehe, BVArt. 54, oder die Abschaffung des Schuldverhaftes, BV Art. 59. Einzelne Rechte wurden in der Bundes- oder einer Kantonsverfassung gerade deshalb nicht verbürgt, weil man sich auf den andern Teil verliess; so ist die Eigentumsgarantie

[258]) Es gibt nur wenige Verfassungsbestimmungen des Bundes, deren Verletzung beim Bundesrat anzufechten ist: OG Art. 189 Ziff. 1—4.

[259]) Bickel, Kantonales Verfassungsrecht in den Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes 1900 S. 1 ff.

[260]) Tessin kennt die Eigentumsgarantie nicht, viele Kantone gewährleisten die Versammlungsfreiheit nicht, so Solothurn, St. Gallen, Graubünden, Aargau u. a.

nicht in die Bundesverfassung aufgenommen worden, weil man voraussetzte, dass die Kantone sie ohne Ausnahme hätten, ebenso persönliche Freiheit und Hausrecht[261]); anderseits sind die Grundrechtskataloge einzelner Kantone aus demselben Grunde rudimentär, und einige Kantonsverfassungen sprechen auch ausdrücklich aus, dass sie Rechte, die schon in der Bundesverfassung enthalten seien, nur nachMassgabe derselben garantieren, also wiederholen[262]).

Eine gewisse Verbesserung schafft der Vorrang des Bundesrechtes vor dem kantonalen Recht; soweit ein kantonales Grundrecht mit einem solchen des Bundes völlig übereinstimmt, ist es ohne rechtliche Bedeutung, wie die Praxis wiederholt entschieden hat[263]). Eine inhaltliche Verschiedenheit kann jedoch schon bei übereinstimmendem Wortlaut vorhanden sein, wenn ein kantonales Grundrecht abweichend ausgelegt wird. Wenn z. B. eine kantonale Bestimmung über die Rechtsgleichheit mit Art. 4 BV wörtlich übereinstimmen würde, durch die Praxis aber dahin aufgefasst würde, dass nebst dem Willkürverbot auch die Gesetzmässigkeit der Verwaltung von der Rechtsgleichheit gefordert sei, hätte sie neben Art. 4 BV eine selbständige rechtliche Bedeutung. Von der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes werden sodann auch die wörtlich oder dem Sinn nach nicht übereinstimmenden kantonalen Grundrechte betroffen, die dem Bundesrecht widersprechen, und zwar z. B. selbst dann, wenn die kantonale Verfassung einer Bundesverordnung widerspricht[264]). Wenn also z. B. ein Kanton ein Grund-

---

[261]) Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 318; Ruck, Das Eigentum im schweizerischen Verwaltungsrecht, Festgabe für Speiser 1926 S. 28; Bosshardt a. a. O. S. 3.

[262]) So Aargau Art. 21.

[263]) Giacometti S. 47.

[264]) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können freilich kantonale Verfassungsbestimmungen nicht als kantonale Erlasse angefochten werden, s. BGE 22 S. 4, 1019, Giacometti S. 110 ff., doch bestehen Bedenken gegen diese Praxis, da die

recht aufstellen würde, dass der Arbeitnehmer mit der Steuererklärung keinen Lohnausweis beizubringen habe, und wenn diese Bestimmung auch auf die Krisenabgabe anwendbar sein wollte, wäre sie bundesrechtswidrig.

Garantiert eine Kantonsverfassung ein bundesverfassungsmässiges Grundrecht in einem weitern Rahmen als die Bundesverfassung, so hat der Unterschied rechtliche Bedeutung[265]). So garantiert Art. 18 der aargauischen Kantonsverfassung nicht nur die freie Meinungsäusserung durch die Presse, sondern die freie Meinungsäusserung überhaupt; wenn also das Bundesgericht an seiner Auffassung festhält, dass in Art. 55 BV nur die Pressfreiheit verbürgt sei, nicht die freie Meinungsäusserung überhaupt[266]), ist doch die freie Meinungsäusserung wenigstens gegenüber aargauischen, aber z. B. auch gegenüber schaffhausischen Staatsakten (KV Art. 9) gewährleistet; gegen das Verbot eines Lehrfilms z. B. könnte man sich beschweren[267])[268]). Aber auch wo die Freiheit inhaltlich

---

Genehmigung einer kantonalen Verfassungsbestimmung nach BV Art. 6 deren Bundesrechtmässigkeit nicht rechtskräftig feststellt; die Genehmigung ist nur ein Sieb mit groben Maschen. Die Bedenken sind eingehend dargestellt bei Giacometti a. a. O. Vgl. auch Burckhardt, Kommentar S. 69 ff.

[265]) BGE 11 S. 158; Giacometti S. 47.

[266]) Urteile vom 14. Juni 1918 i. S. Burckhardt u. Kons. und vom 30. Januar 1931 i. S. Praesensfilm A.-G.

[267]) Zu unterscheiden von der Frage, ob mit der Pressfreiheit die freie Meinungsäusserung überhaupt garantiert sei, ist die andere Frage, ob durch den Film überhaupt eine Meinung geäussert werden könne, ob er Träger einer echten Diskussion sei. Diese Frage wird verneint durch Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 168, und durch das zit. Urteil i. S. Burckhardt u. Kons., bejaht von Rothenbücher, in den Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer 1927 S. 16—20. Vgl. auch BGE 36 I S. 41, 42 I S. 82. Dass die Pressfreiheit nur ein Anwendungsfall des Rechtes der freien Meinungsäusserung überhaupt sei, wird betont in BGE 8 S. 176, 14 S. 512, 24 I S. 51.

[268]) Auch nach der aargauischen Verfassung, Art. 18, der von der Meinungsäusserung durch Wort, Schrift und Bild spricht, bleibt übrigens ein Problem bestehen: Dass die Redefreiheit

dieselbe ist wie in der Bundesverfassung, aber die Einschränkungen verschieden lauten, hat die Verschiedenheit rechtliche Bedeutung, sofern die kantonale weitherzigere Bestimmung nicht etwa bundesrechtswidrig ist.

Im Vergleich zu den Deklarationen von 1776 und 1789 erscheint der schweizerische Grundrechtskatalog, auch wenn man Bundes- und Kantonsverfassungen zusammenhält, als unvollständig und unharmonisch. Er verrät, dass trotz der Wiederbelebung des Individualismus durch den Liberalismus der 30er Jahre die Begeisterung für die Grundrechte nicht mehr so gross war; das geht auch daraus hervor, dass die Grundrechte in den Verfassungen zerstreut sind. Allein darin liegt nicht etwa nur ein ästhetisches Gebrechen, sondern die Hierarchie der Werte in unserm liberalen Staate weist fühlbare Lücken auf. Bilden die Grundrechte auch kein System[269]), so haben sie doch eine eigene Hierarchie der Werte. Ginge es z. B. an, dass ein Kanton das Eigentum garantieren, der Nachbarkanton und der Bund hingegen entschädigungslos für öffentliche Interessen enteignen würden? Ist das Bundesgericht befugt, zu erkennen, dass die Eigentumsgarantie nicht nur aus den Kantonsverfassungen, die sie kennen, abgeleitet werden müsse, sondern auch aus dem gesellschaftlichen Zustand[270]), ist es also befugt, zu sagen, dass auch die tessinischen Behörden an die Eigentumsgarantie gebunden seien, obschon die tessinische Verfassung dieses Grundrecht nicht kennt[271])? Muss nicht ferner angenommen werden, dass die Versammlungsfreiheit in allen Kantonen garantiert sei, obwohl sie nicht in allen Kantonsverfassungen steht? Welcher Art sind diese Lücken in

garantiert ist, ist zwar klar, ob aber der Film als Bild, die Radiosendung als Wort anzusehen seien, wäre noch zu erörtern.

[269]) Für die Gesamtheit der materiellen Rechtssätze besteht überhaupt kein System, sondern die Gesichtspunkte der Systematik der Rechtsordnung sind organisatorische. Burckhardt, Methode S. 167 ff. Aber auch die grundrechtlichen Sätze unter sich stehen in keinem logisch-systematischen Zusammenhang.

[270]) BGE 35 I S. 571.

der Bundes- und den Kantonsverfassungen und darf der Verfassungsgerichtshof sie ausfüllen? Diese Fragen sollen unten im Abschnitt über die Auslegung der Grundrechte erörtert werden.

VIII. Die Arten der Grundrechte.

Je nach der Geltungskraft kann man verfassungskräftige (ersten und zweiten Grades), gesetzeskräftige (bundes- und kantonsgesetzeskräftige) und bloss polizeifeste Grundrechte unterscheiden[272]). Je nach der Einverleibung der unter Verfassungsschutz gestellten Bestimmung in die Verfassungsurkunde oder in ein einfaches Gesetz gibt es verfassungsmässige und ausnahmsweise auch bloss gesetzmässige Grundrechte[273]). Endlich führt die Zugehörigkeit zur bundesstaatlichen oder zur gliedstaatlichen Verfassung zur Unterscheidung von eidgenössischen und kantonalen Grundrechten[274]).

Das sind formale Einteilungen. Ihre Zahl könnte noch vermehrt werden. Z. B. könnte man Bestimmungen, die in programmatischen Anweisungen an den Gesetzgeber bestehen, etwa dass er die Zivilprozessordnung im Sinne der Mündlichkeit des Verfahrens zu revidieren habe, doch als Grundrechte bezeichnen und folgeweise unterscheiden zwischen Grundrechten, die den verfassungsgerichtlichen Schutz geniessen, und andern, die ihn nicht geniessen. Soweit Einteilungen und Begriffsprägungen aber keinem praktischen Bedürfnis entsprechen, haben sie auch keinen Wert.

Die bedeutendste Einteilung, die einen Einblick sowohl in das Wesen der Grundrechte als in ihre Geschichte eröffnet, ist die inhaltliche. Nach ihrem Inhalt betrachtet müssen unter den Grundrechten die Freiheitsrechte allen

---

[271]) Bosshardt a. a. O. S. 3.
[272]) Oben S. 91a ff.
[273]) Oben S. 91a ff.
[274]) S. 110a ff.

andern gegenübergestellt werden[275]). Die andern Grundrechte sind verschiedener Art und weisen abgesehen vom gemeinsamen verfassungsgerichtlichen Schutz keine gemeinsamen Merkmale auf. Dazu gehören die Rechtsgleichheit und die Gewaltentrennung als Grundrechte eigener Art, die bundesstaatlichen Rechte, die demokratischen Staatsbürgerrechte, die Rechte auf staatliche Leistungen, die Rechte öffentlicher Körperschaften gegen den Staat und institutionelle und Institutsgarantien sowie Garantien des Status quo. Grundpflichten kennt die Schweiz nicht.

1. Die Freiheitsrechte.

Das Wesen der Freiheitsrechte wurde schon erläutert[276]). Es sind Schranken des Staates, Freiheiten vom Staate, Gewährleistungen von Freiheitssphären des Individuums, aus denen diesem in Gestalt des verfassungsgerichtlichen Schutzes Abwehransprüche zufliessen, Abwehransprüche gegen Einmischungen des Staates in ein prinzipiell unbegrenztes Reservat des Individuums. Die Freiheitsrechte sind die Zeugen des sehr angefochtenen, nichtintervenierenden Staates in unserer Zeit. Es sind grundsätzliche Vorbehalte, entflossen aus der individualistischen Staatsauffassung des Aufklärungszeitalters. Es sind absolute, nicht nur nach Massgabe der Gesetze garantierte Rechte, und wir haben auch gesehen, dass sie auch in dem Sinne gegen den Gesetzgeber gerichtet sind, als abgesehen von eng umschriebenen Ausnahmen Ausführungsgesetze mit ihnen unvereinbar sind; sie bedürfen grundsätzlich keiner Ausführung, setzen mitunter Gesetze aber doch voraus.

Diese Freiheitsrechte sind im schweizerischen Recht[277]):

---

[275]) Carl Schmitt, Handbuch II S. 590 macht terminologische Bedenken dagegen geltend, dass diese andern „Verbürgungen, Zusicherungen, Sicherungen, Gewährleistungen, Unverletzlicherklärungen usw.“ überhaupt als Grundrechte bezeichnet werden.

[276]) Oben S. 102a ff.

[277]) Giacometti S. 49 f.

die Glaubens- und Gewissensfreiheit (BV Art. 49), die Kultusfreiheit (BV Art. 50), die Handels- und Gewerbefreiheit (BV Art. 31), die Freiheit der Person und der Wohnung, eventuell auch das Postgeheimnis nach den kantonalen Verfassungsrechten, die Petitionsfreiheit (BV Art. 57), die Pressfreiheit (BV Art. 55) und das Recht der freien Meinungsäusserung überhaupt nach den kantonalen Verfassungsrechten, die Niederlassungsfreiheit (BV Art. 45), das Recht auf Gebrauch der Nationalsprachen (BV Art. 116), die Vereinsfreiheit (BV Art. 56), die Versammlungsfreiheit nach den kantonalen Verfassungsrechten, so man sie nicht als durch die Bundesverfassung garantiert ansieht[278]), die Unterrichtsfreiheit nach den kantonalen Verfassungsrechten. Es sind Rechte des isoliert gedachten Individuums oder doch Rechte, wo das Individuum als mit einzelnen andern Individuen in Beziehung tretend gedacht wird, nicht aber Rechte eines Menschenzusammenschlusses. Ob auch die Eigentumsgarantie zu den Freiheitsrechten zu zählen ist, hängt davon ab, ob sie nur nach Massgabe der Gesetze garantiert ist; da das Bundesgericht diese Frage bejaht hat — wenn auch nur mit Ausnahmen: auch der Gesetzgeber ist an die Entschädigungspflicht bei Quasienteignung und an das öffentliche Interesse gebunden —, gehört die Eigentumsgarantie nicht zu den Freiheitsrechten[279])[280]).

---

[278]) Unten S. 156a ff.

[279]) Ebenso für Deutschland Carl Schmitt, im Handbuch II S. 590 hinsichtlich des Art. 153 RV.

[280]) Die Handels- und Gewerbefreiheit (BV Art. 31) war in der Schweiz im Unterschied zu den meisten Staaten, z. B. Deutschland RV Art. 151, Carl Schmitt a. a. O. S. 591, als echtes Freiheitsrecht gedacht; das gesamte Gebiet der Wirtschaft sollte dem Einzelnen als Sphäre der Nichteinmischung des Staates vorbehalten sein. Allein indem der schweizerische Verfassungsgesetzgeber so vorging, schuf er für eine Zeit wie die unsrige, wo vermehrte Intervention mitunter geboten ist, eine unnötige Schwierigkeit: Während in andern Staaten die ohnehin nur nach Massgabe der Gesetze garantierte Gewerbefreiheit durch ein weiteres Gesetz nach der einen oder andern Richtung geordnet, beschränkt wird, steht bei uns die Verfassung der gesetzlichen Ordnung ent-

Der Bürger hat die Freiheit, zu glauben, was seiner Überzeugung entspricht, mit andern Vereine zu bilden, Versammlungen zu veranstalten, seine Meinung zu äussern usw. Die Freiheiten sind also sachlich angedeutet durch Begriffe wie Meinung, Presse, Verein, Versammlung usw. Nach der naturrechtlichen, individualistischen Doktrin hatte jedoch noch eine allgemeine, umfassende, sachlich nicht weiter bestimmte Freiheit bestanden: die angeborene Freiheit vom staatlichen Zwang. Diese Freiheit war der prinzipiell grenzenlose Bereich, in dem das Individuum von staatlichem Zwang frei ist, in den der Staat sich nicht mischen soll. Sie war der Ausgangspunkt der Staatsauffassung, die den Staat zugunsten des Einzelnen möglichst beschränkt, das Korrelat der weit vorgeschobenen Grenze des individuellen Reiches. Ja der Staat war überhaupt nur gerechtfertigt, soweit er diese Grenze respektiert, d. h. eben diese allgemeine Freiheit schützt. Die sachlich bestimmten einzelnen Freiheiten aber sind gewissermassen nur Anwendungsfälle dieser allgemeinen Freiheit.

Es ist jedoch immer wieder behauptet worden, dass diese allgemeine Freiheit nicht nur der geistesgeschichtliche Ursprung der positiven Freiheitsrechte sei, sondern dass sie selbst auch dem heutigen positiven Rechte angehöre. Wo eine staatliche Massnahme einen ungehörigen Eingriff bedeute, aber keine sachlich bestimmte Freiheit verletzt sei, da sei doch die allgemeine Freiheit verletzt. Die allgemeine Freiheit ist dann das Recht auf Freiheit von ungesetzlicher Einschränkung im Gebrauch der natürlichen Kräfte. Sie tritt nach dieser Ansicht überall in die

---

gegen. Die Freiheit ist nicht notwendig kleiner in einem Staat, der die Handels- und Gewerbefreiheit nicht in unserm Sinne kennt, aber ein solcher Staat ist in einer Zeit wirtschaftlicher Not und Umstellung von einer Fessel befreit, welche doch nur lästig und wobei die Legalität keineswegs verbürgt ist. H. Huber, Die Handels- und Gewerbefreiheit in der Gegenwart. Die Schweiz 1933 S. 61 ff.

Lücken, welche die sachlich bestimmten Freiheiten offen gelassen haben. Es ist die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft, welche diese Lehre besonders ausgebildet hat. Es gebe eine umfassende Freiheit des Individuums von ungesetzlichem Zwang. In der Verfassung sei diese Freiheit nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber implicite durch sie gesetzt und deshalb doch ein Grundrecht[281]). Ohne Rücksicht darauf, dass das positive Recht ausdrücklich eine solche allgemeine Freiheit nicht garantiert, nimmt man also an, dass staatliche „Eingriffe" einer besondern Rechtfertigung bedürfen: so sind „Eingriffe" in Freiheit und Eigentum nur zulässig, wenn sie eine gesetzliche Grundlage haben. Dabei wird übersehen, dass Eigentum und Freiheit hier selbst auch Rechtsbegriffe sind[282]) und dass es weder Freiheit noch Eigentum geben und dass auch nicht in sie „eingegriffen" werden kann, bevor es Gesetze gibt, denn diese sind die logische Voraussetzung. Ferner wurde in der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft angenommen, dass für die Freiheit die Vermutung spreche[283]). Allein abgesehen davon, dass der Gebrauch von Vermutungen zu beanstanden ist[283a]), wenn nicht Tatsachen festzustellen, sondern Rechtssätze anzuwenden sind, ist auch diese Vermutung nicht durch das Gesetz oder die Verfassung begründet, sondern ein Kunststück einer politisch angehauchten Theorie. Es ist nichts anderes als der Versuch, die allgemeine, naturrechtliche Freiheit in das positive Recht überzuführen, neben den sachlich bestimmten noch eine allgemeine Freiheit anzunehmen. Allein bei näherm Zusehen zeigt sich, dass diese Freiheit in der deutschen Lehre im Grunde kein Individualrecht ist, sondern nur die Ab-

---

[281]) Georg Jellinek, System S. 94 ff.; Affolter, Die individuellen Rechte S. 20; Fleiner, Institutionen S. 389; Thoma, bei Nipperdey I S. 15 ff.

[282]) Oben S. 83a.

[283]) Fleiner, Institutionen S. 389 ff.

[283a]) Burckhardt, Methode S. 212.

straktion aus dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung: die allgemeine Freiheit ist eine Freiheit bloss von ungesetzlichem Zwang, und wenn der Zwang gesetzlich ist, ist auch der Freiheit Genüge getan[284]). Doch mit diesem Sinn, als Freiheit von ungesetzlichem Zwang, kann die allgemeine Freiheit in der Schweiz nicht als Grundrecht betrachtet werden, da der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung selbst auch kein Grundrecht ist[285]). Wenn in der Schweiz die Frage gestellt wird, ob es eine allgemeine Freiheit des positiven Rechtes gebe, so denkt man übrigens an eine echte Freiheit, die auch für den Gesetzgeber verbindlich wäre: an eine Freiheit nicht nur von ungesetzlichem, sondern von unzulässigem staatlichem Zwang überhaupt; der Gesetzgeber dürfte sie auch nicht missachten.

Allein gerade gegen eine solche allgemeine und umfassende Freiheit, die sich auch an den Gesetzgeber richten würde, bestehen grosse Bedenken[286]). Die gesamte öffentliche Rechtsordnung, die der Staat zu verwirklichen hat, wird in Frage gestellt; die Rechtssätze müssen, um zulässig zu sein, erst an jener allgemeinen, angeblich positivrechtlichen Freiheit gemessen werden. Der Staat würde wieder bloss zum Schutzherr der Freiheit[287]). Die Auf-

---

[284]) Die Lehre von der Polizei in der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft hat freilich Ansätze, neben dem gesetzlichen noch ein materielles Erfordernis aufzustellen: Beschränkungen der Freiheit müssen, um zulässig zu sein, der Sorge für die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung entsprungen sein. Allein auch da gibt es Fragezeichen. Wenn ein Kanton einen Tatbestand statt zu einem polizeilichen zu einem kriminellen macht, z. B. die Verunreinigung von Trinkwasser, erhebt sich die Frage der Abgrenzung der Polizei vom Strafrecht; die Schwierigkeit hängt damit zusammen, dass eben nicht die gesamte Rechtsordnung gewissermassen als Eingriff in eine vorgefasste Freiheit beurteilt werden kann.

[285]) Oben S. 84a.

[286]) Stier-Somlo, bei Nipperdey Bd. I S. 168.

[287]) Wie sehr übrigens die Verwaltungsrechtswissenschaft noch in der individualistischen Staatsauffassung wurzelt, zeigt

fassung, dass der Staat um der Einzelnen, um ihrer Freiheit willen seine Existenzberechtigung habe, darf aber als überwunden gelten[288]). Mag dieser Staat in den einzelnen, sachlich bestimmten Freiheiten noch weiterleben, so sollte doch nicht versucht werden, die Auffassung durch Annahme eines allgemeinen positiven Freiheitsrechtes fortzupflanzen. Die Gesetze sollen verfassungsmässig sein, gewiss, aber dass die Rechtsnormen auch noch an einer allgemeinen Freiheit gemessen werden, das fordert die Verfassung nicht. Es wäre auch eine naturrechtliche Forderung, die allzuleicht zu politischen Zwecken missbraucht würde. Die Freiheit wäre auch kein Massstab. Es gibt keine allgemeine Freiheit von staatlichem Zwang als Grundrecht, sondern unter welchen Voraussetzungen erzwingbare Massnahmen zulässig sind, bestimmt die Rechtsordnung. Durch die Rechtsordnung ist die Grenze der individuellen Freiheit festgelegt, nicht durch eine positivrechtliche Freiheit, und soweit einfache Gesetze diese Grenze bestimmen, genügt es, dass sie die einzelnen, sachlich bestimmten Freiheiten, Glaubensfreiheit, Vereinsfreiheit usw., achten; eine allgemeine Freiheit gibt es nicht zu achten, denn das wäre Naturrecht. Bestimmt ein einfaches kantonales Gesetz, dass sog. Direktträgerreben verboten sind[289]), so mag man untersuchen, ob die Handels- und Gewerbefreiheit oder die Rechtsgleichheit verletzt seien, eine allgemeine Freiheit kann es nicht sein.

Es gibt freilich mitunter Fälle, wo eine kantonale Behörde etwas verbietet, das nicht unter den Schutz einer besondern Freiheit fällt, wobei aber das Verbot doch auf Bedenken stösst, z. B. das Verbot des Gemeinschafts-

---

sich auch darin, wie wenig sie mit der Wohlfahrtspflege anzufangen weiss, z. B. mit den Gesetzen über die Förderung der Landwirtschaft, der Rindviehrasse, des Weinbaues usw., die sie nicht der Polizei zuzählt.

[288]) Über das Verhältnis von Staat und Recht Burckhardt, L'Etat et le droit. Zeitschr. f. schw. Recht n. F. 1931 S. 137 ff.

[289]) Urteil vom 15. März 1935 i. S. Pfrunder u. Brennwald.

bades, sofern dieses die Gebote der Sittlichkeit nicht verletzt[290]). In einem Fall hat das Bundesgericht selbst schon zur Annahme eines allgemeinen Freiheitsrechtes Zuflucht genommen, als nämlich in Luzern die Feuerbestattung verboten wurde[291]). In solchen Fällen zeigt sich freilich, dass die Aufteilung der allgemeinen Freiheit des Naturrechtes in einzelne, sachlich bestimmte Freiheiten immer unvollständig ist; warum nicht auch eine Badefreiheit (mit Vorbehalten), eine Bewegungsfreiheit usw. annehmen? Andererseits dürfte Art. 4 BV helfen, wo ein Verbot wirklich durch keinen vernünftigen Grund gerechtfertigt ist, ähnlich wie z. B. bei der Versammlungsfreiheit angenommen wurde, dass es jedenfalls keine Versammlungsfreiheit auf öffentlichen Strassen und Plätzen gebe, dass aber völlig grundlose Verbote solcher Versammlungen gegen Art. 4 BV verstossen[292]).

2. Die Rechtsgleichheit.

Die Rechtsgleichheit oder Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz ist ein besonderes Grundrecht, das seinen Platz neben den Freiheitsrechten des Individuums hat[293]). Mit allen seinen Ausstrahlungen ist es nicht minder umfassend als die Freiheitsrechte. Wie diese hilft es in der Schweiz den Rechtsstaat begründen. Es verbietet den rechtsanwendenden Behörden Rechtsverweigerungen und Verweigerungen des rechtlichen Gehörs und gebietet den rechtsetzenden und rechtsanwendenden Behörden die formelle Rechtsgleichheit, die Unterlassung von Privilegien und Sonderbehandlungen. Darüber hinaus ist die Rechtsgleichheit durch eine jahrzehntelange Praxis mit dem Willkürverbot und dem Verbot unsachlicher Differenzierungen zu dem

---

[290]) Urteil vom 21. Juni 1930 i. S. Kurhaus Weissbad ca. Appenzell I.-Rh., Grosser Rat.

[291]) BGE 45 I S. 132 ff. Vgl. auch BGE 5 S. 437.

[292]) Urteil vom 1. März 1935 i. S. Parti socialiste de Fribourg.

[293]) Carl Schmitt, im Handbuch II S. 593; Giacometti S. 54.

das gesamte Staatsleben beherrschenden Gerechtigkeitsprinzip gesteigert worden[294]).

Das Prinzip, das wegleitend ist, kann aber nur eine Idee sein, nämlich die Rechtsidee, nicht schon eine Norm oder eine Mehrheit von Normen, d. h. konkreten Entscheidungen, welche von Raum und Zeit unabhängig wären[295]). Der Verfassungsrichter, der zuständig ist, rechtsanwendende und rechtsetzende Staatsakte wegen Willkür, Verletzung materieller Rechtsgleichheit aufzuheben, verschafft daher täglich der Idee der Gerechtigkeit Eingang in das Staatsleben, er ist ein Werkzeug des Rechtsidealismus[296]).

---

[294]) Im Deutschen Reich bestand Meinungsverschiedenheit darüber, ob der Gleichheitssatz (RV Art. 109) sich auch an den Gesetzgeber wende. Nachdem als erster Triepel, Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien 1924 die Frage bejaht hatte, schlossen sich ihm zahlreiche Schriftsteller an, so Stier-Somlo, bei Nipperdey I S. 177 ff; Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz 1925, und im Archiv f. öff. Recht n. F. Bd. 12 S. 4 ff; Erich Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, Heft 3 der Veröff. der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer 1927. Die schweizerische Praxis ist dabei nicht ohne Einfluss gewesen; vgl. Aldag, Die Gleichheit vor dem Gesetze in der Reichsverfassung 1925 S. 22—38. In Deutschland ist die Praxis jedoch zurückhaltend geblieben. Carl Schmitt, Handbuch II S. 593. Zum Teil sehr scharf gegen die Ausdehnung der Rechtsgleichheit auf ein Gerechtigkeitsprinzip Mainzer, Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht 1929, der die schweizerische Auffassung S. 122 als eine Irrlehre bezeichnet, und Hofacker, Auslegung S. 19, der von Irrwegen der schweizerischen Rechtsprechung spricht. Ausführliche Literaturverzeichnisse über die deutsche Auseinandersetzung finden sich bei Huber, Bedeutungswandel S. 32, und Bindewald, Der Gleichheitsgedanke im Rechtsstaat der Gegenwart 1931.

[295]) Burckhardt, L'Etat et le droit S. 202a ff.; Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, Archiv f. öff. Recht n. F. 12 S. 3 ff.

[296]) Im Sinne Holsteins, Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft, Archiv f. öff. Recht n. F. Bd. 11 S. 29.

3. Die Gewaltentrennung.

Die Trennung oder Teilung der Gewalten beruht auf der Unterscheidung der gesetzgebenden, vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt (Legislative, Exekutive und Justiz). Diese Einteilung ist nicht allgemeingültig, weil man sich sehr wohl einen Staat ohne Rechtsprechung denken kann[297]). Sie hat aber seit Montesquieu, der sie im englischen Staatsrecht weitgehend verwirklicht sah[298]), der Begründung des praktischen Postulates gedient, dass jede dieser Funktionen besondern Behörden anzuvertrauen sei. Immerhin konnte man sich, trotzdem man einen Vorrang einer Gewalt vor einer andern nicht auf sich nehmen wollte, mit einem zusammenhanglosen Nebeneinander der drei Gewalten nicht abfinden, und man baute daher Brücken, Verbindungen, aber in kunstvoller Weise: zur Trennung der Gewalten kam die Wiedervereinigung mit einem System von Hemmungen und Beschränkungen, die der Ausbalancierung zu dienen hatten[299]). Besonders in der Verfassung der Vereinigten Staaten von Nordamerika sind die Gewalten weitgehend getrennt und durch ein um so kunstvolleres Balancierungssystem wieder miteinander verbunden[300]).

Im Bunde ist in der Schweiz die Trennung der Gewalten nicht streng durchgeführt. Nicht nur ist die Rolle des Volkes als Staatsorgan mit der Trennung nicht verein-

---

[297]) Burckhardt, Methode S. 142.

[298]) Brown, Das Prinzip der Trennung der Gewalten in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts 1934 S. 1 ff. Über die Vorläufer Montesquieu's vgl. Marcel de la Bigne de Villeneuve, La fin du principe de séparation des pouvoirs 1934 S. 9 ff.

[299]) De la Bigne de Villeneuve S. 65 ff.; Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 182 ff.

[300]) Vgl. James M. Beck a. a. O. S. 279 ff. und vor allem Woodrow Wilson, The New Freedom, der mit den Hemmungen und Gegengewichten scharf ins Gericht ging und bemerkte, dass die Verfassungsschöpfer einen Staat konstruiert hätten, wie Newton ein Planetarium, S. 45 ff.

bar, es sind auch Funktionen der Legislative der Exekutive übergeben und umgekehrt, und einen weitern Einbruch bedeutet gerade die Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Weil die Trennung nicht streng durchgeführt ist, konnte der Verfassungsgesetzgeber auf ein raffiniertes System von gegenseitigen Hemmungen und Einwirkungen verzichten. Es ist schon zu oft ausgeführt worden, dass die Schweiz hier dem amerikanischen Beispiel nicht gefolgt ist und dafür keine schlechtere Verfassung hat, als dass es hier wiederholt werden müsste[300a]). Dasselbe gilt von den Kantonen[301]). In zahlreichen Kantonsverfassungen wird jedoch die Gewaltentrennung durch eine besondere Bestimmung angeordnet, sei es, dass alle drei Gewalten voneinander getrennt werden[302]), sei es, dass nur die Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt von der vollziehenden verkündet wird[303]), sei es, dass nur die Unabhängigkeit der Gerichte proklamiert wird[304]); einzelne Kantone kennen die Gewaltentrennung, erwähnen sie aber in ihren Verfassungen nicht ausdrücklich[305]). Es frägt sich daher, welches der Sinn solcher Verfassungsbestimmungen sei: entweder ist die Gewaltentrennung durch die verfassungsmässige Behördenorganisation eines Kantons mehr oder weniger streng durchgeführt, dann enthält die ausdrückliche Bestimmung nichts Neues, oder sie ist nicht durchgeführt, dann kann auch die Bestimmung sie nicht an-

---

[300a]) Vgl. z. B. Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 132 ff.; Bryce, Moderne Demokratien 1923 Bd. I S. 380 ff.

[301]) Siquet, Die Durchführung der Gewaltentrennung in der Schweiz nach Kantonsrecht 1930. Über die Geschichte der Gewaltentrennung in der Schweiz: W. Burckhardt, Über Gewaltentrennung und Unvereinbarkeit im schweizerischen Staatsrecht, Festgabe für Lotmar 1920 S. 71 ff.

[302]) Z. B. Uri Art. 14, Freiburg Art. 31, St. Gallen Art. 101, Thurgau Art. 19.

[303]) Z. B. Bern Art. 10, Luzern Art. 18, Basel-Stadt Art. 8, Appenzell A.-Rh. Art. 34.

[304]) Wallis Art. 60.

[305]) Z. B. Graubünden und Appenzell I.-Rh.

ordnen, denn sie hat keine höhere Kraft als die andern Verfassungsbestimmungen über die Behördenorganisation. Soll die ausdrückliche Bestimmung aber heissen, dass einfache Gesetze die Gewalten nicht vermengen dürfen, so wäre auch das kein vernünftiger Sinn; denn dass ein Gesetz nicht vermengen darf, was die Verfassung getrennt hat, versteht sich auch sonst. Der Sinn der Proklamationen liegt darin, dass der Bürger aus der Gewaltentrennung ein Individualrecht ableiten darf, darauf, dass keine Gewalt in den Bereich einer andern übergreife. Das Bundesgericht hat in ständiger Rechtsprechung angenommen, dass ein solches Individualrecht bestehe, und zwar auch in den Kantonen, die den Grundsatz nicht oder nur beschränkt proklamieren[306]). Auch diese Annahme beruht, wie die Verbindlichkeit der Eigentumsgarantie für alle Kantone, auf dem Gedanken, dass unter der gleichen Rechtsordnung nicht Kantone Platz haben, welche die Werte des liberaldemokratischen Rechtsstaates verleugnen, neben andern, die sie achten[307]). Immerhin werden die Kompetenzen nicht abschliessend durch die Kantonsverfassungen verteilt, sondern die Ausführung ist dem Gesetz überlassen, und soweit das Gesetz die Kompetenzen ordnet, ist die Überprüfung des Bundesgerichtes auf die Frage der Willkür beschränkt[308]). Aber auch mit dieser Begrenzung ist die

---

[306]) BGE 5 S. 344, 7 S. 500, 15 S. 177, 16 S. 70, 46 I S. 256, 52 I S. 154, Burckhardt, Kommentar S. 785, Brown a. a. O. S. 34.

[307]) Oben S. 114a.

[308]) Burckhardt, Kommentar S. 785; Giacometti S. 76, der aber darauf aufmerksam macht, dass die Praxis nicht einheitlich ist. In BGE 48 I S. 560, 53 I S. 69, 55 I S. 162 wurde die gesetzliche Kompetenzgrenze nur auf Willkür hin geprüft, in BGE 45 I S. 317 dagegen frei. Auch wenn die Kompetenzgrenze auf der Verfassung selbst beruht, ist die Praxis schwankend; soll z. B. die Frage, ob eine Verordnung eine Ausführungsverordnung sei oder diesen Rahmen überschritten habe, nur auf Willkür hin überprüft werden, wenn eine Kantonsverfassung die vollziehende Behörde allgemein zum Erlass von Ausführungsverordnungen ermächtigt, auch wenn das Gesetz keine besondere

Trennung der Gewalten als kantonales Individualrecht ein weiteres wichtiges Grundrecht neben den Freiheitsrechten und der Rechtsgleichheit: die Trennung der Gewalten macht mit den Rechtsstaat aus, insbesondere die Verwirklichung des Postulates, dass nicht dieselbe Behörde das Gesetz anwenden soll, die es erlassen hat[309]). Doch auch zur Rüge der Verletzung der Gewaltentrennung muss der Bürger in seinen Interessen betroffen sein, um legitimiert zu sein[310]). Die ältere Praxis hatte freilich auch den stimmberechtigten Kantonseinwohner als legitimiert bezeichnet, ohne dass ein weiteres Interesse vorhanden zu sein brauchte, sofern der angebliche Übergriff ein solcher der vollziehenden Gewalt in das Gebiet der gesetzgebenden war, begangen durch Erlass einerAnordnung in Form eines blossen Verwaltungsaktes, da das Mitwirkungsrecht bei der Gesetzgebung hier zur Legitimation genüge[311]). In neuern Urteilen ist die Richtigkeit der ältern Praxis bezweifelt, die Frage aber offen gelassen worden[312]). Das Erfordernis, dass der Rekurrent wegen Verletzung der Gewaltentrennung durch ein Interesse legitimiert sein

Delegation enthält? Wie unabgeklärt das Verhältnis der Gewaltentrennung zu Art. 4 BV und damit der besondere Sinn der Gewaltentrennung neben Art. 4 BV ist, zeigt auch BGE 56 I S. 161 ff. mit seinen Distinktionen.

[309]) Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 185, S. 125 ff., bezeichnet die Gewaltentrennung neben den Grundrechten und dem rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff als Grundprinzip des Rechtsstaates.

[310]) BGE 33 I S. 690; Kirchhofer a. a. O. S. 152 ff.

[311]) BGE 25 I S. 470, 30 I S. 718, 45 I S. 64.

[312]) BGE 50 I S. 232, 55 I S. 111, 56 I S. 161 und eingehend Eugen Blocher, Berechtigt das politische Stimmrecht zur staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung der Gewaltentrennung? Festgabe für Fritz Götzinger 1935 S. 15 ff.; ebenso setzt sich Kirchhofer a. a. O. S. 153 ff. trotz mancher Bedenken für die ältere Praxis ein, da sie sich eingelebt habe und da ausserdem die Fälle, in denen der Bürger die Veranstaltung einer Abstimmung verlangt, nicht immer leicht unterscheiden lassen von denen, wo er einfach Aufhebung des angefochtenen Staatsaktes fordert.

müsse, zeigt besonders deutlich den Widerspruch, der dem staatsrechtlichen Rekurs überhaupt eigen ist: ein Prinzip, wie die Gewaltentrennung, von dem man annehmen würde, es sei von Amtes wegen zu wahren, wird an das private und zufällige Interesse des Bürgers geknüpft, die staatliche Organisation wird zum Individualrecht erhoben. Allein gerade dieser Widerspruch entspricht dem Ziel, das die Schöpfer der Gewaltentrennung sich gesetzt hatten: um der Einzelnen willen sollten nach Montesquieu die Gewalten geteilt werden[313]). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die die Gewaltentrennung trotz ihrer inhaltlichen Eigenheiten und Schwierigkeiten einfach zum Grundrecht erhoben und unter Verfassungsgerichtsschutz gestellt hat, verdient daher jedenfalls das Lob der Konsequenz[314]).

In der Gegenwart dürfte die Gewaltentrennung eines der meist angefochtenen Grundrechte, eines der meist kritisierten Teile des Rechtsstaates sein. Sie ist in der Tat weiter abgebaut worden: die Verordnungsgewalt der Exekutive hat sich ausgedehnt, und vor allen Dingen hat sich die Exekutive praktisch teilweise durch ihr Gesetzesvorschlagsrecht der Gesetzgebung bemächtigt. Angefochten ist aber besonders das System der Unvereinbarkeiten: Beamte finden Eingang im Parlament, und das hat seinen tiefern Grund in der Intervention des Staates: die Kategorien der Gewaltentrennung lassen sich längst nicht mehr widerspruchslos selbst auf den Staat anwenden, der der bewussten Gewaltenvereinigung abhold ist[315])[316]).

---

[313]) Montesquieu, De l'esprit des lois, Ausgabe Garnier 1874 Buch XI Kapitel VI S. 143: Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté . . .

[314]) Vgl. auch Heller, Allg. Staatslehre 1934 S. 273.

[315]) Burckhardt, Über Gewaltentrennung S. 102.

[316]) Im Führerstaat wird die Gewaltentrennung verworfen und die Einheit der Staatsgewalt angestrebt, daher sogar der bundesstaatliche Aufbau abgelehnt; dem Staat mit Gewaltentrennung wird vorgeworfen, dass in ihm kein politisches Sein

4. Bundesstaatliche Grundrechte.

Nicht wie die Gewaltenteilung im Interesse des Einzelnen gedacht ist der bundesstaatliche Satz, dass eidgenössisches Recht kantonales bricht, d. h. dass bei Widersprüchen das Bundesrecht den Vorrang hat und das kantonale Recht ungültig ist. Dieser Satz ist vielmehr ein Grundprinzip des Bundesstaates; ohne ihn kann ein Bundesstaat, d. h. ein Staat mit einer Rechtsordnung, aber verfassungsmässiger Autonomie von Gliedstaaten, nicht widerspruchslos gedacht werden[317]). Die derogatorische Kraft des Bundesrechtes ist also von Haus aus kein Grundrecht des Individuums, sondern objektives Organisationsrecht, und es ist nicht ersichtlich, welches Interesse des Einzelnen damit verknüpft wäre. Dennoch hat die bundesgerichtliche Praxis den Vorrang des Bundesrechtes stets als Grundrecht behandelt und wegen Verletzung die staatsrechtliche Beschwerde eröffnet[318]). Diese Praxis ist kritisiert worden[319]), doch hat sie für sich, dass ein Bedürfnis besteht, den Vorrang des Bundesrechtes in möglichst weitem Umfang zur Geltung zu bringen, und dass der staatsrechtliche Rekurs gerade wegen seines umfassenden Charakters diesem Bedürfnis der Rechtssicherheit dient. Während im deutschen Bundesstaat nach Art. 13 RV sämtliche Konflikte betreffend den Satz „Reichsrecht bricht Landrecht" durch die beteiligten Behörden vor

---

und Handeln möglich, keine Hoheit vereinigt sei. Ernst Rudol Huber, Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts, in Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft 1935 S. 170 ff. Deshalb läuft auch Carl Schmitt's Kritik des rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffes auf eine Ablehnung des Rechtsstaates hinaus, der Führerstaat will kein Rechtsstaat mehr sein. Carl Schmitt, Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat? Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft 1935 S. 194 ff.

[317]) Burckhardt, Eidgenössisches Recht bricht kantonales Recht S. 74.

[318]) BGE 28 I S. 35, 44 I S. 168, 48 I S. 232, 55 I S. 102.

[319]) Von Burckhardt, Kommentar S. 823 ff.

den Staatsgerichtshof gebracht werden konnten[320]), ist in der Schweiz die im Schrifttum vertretene Auffassung, dass jeder Normkonflikt zugleich ein Kompetenzkonflikt im Sinne des Art. 113 Ziff. 1 BV sei, noch nicht durchgedrungen[321]). Eine Einschränkung des staatsrechtlichen Rekurses wegen Verletzung des Art. 2 ÜB BV wäre also nur zu verantworten, wenn gleichzeitig der Kompetenzkonflikt ausgebaut würde. Aber auch dann wäre zu gewärtigen, dass die beteiligten Behörden sich nicht genügend wehren würden; Gerichte z. B. pflegen nicht gerne Rechtsmittel zu ergreifen, weshalb man z. B. im kantonalen Kompetenzkonfliktsverfahren zwischen Justiz und Verwaltung sehr oft genötigt war, nicht nur bei negativen Konflikten, das Rechtsmittel auch dem Einzelnen zu verleihen.

Weitere Grundrechte, die das Verhältnis von Bund und Kantonen betreffen, gibt es nicht; aus Art. 3 BV leitet die neuere Praxis mit Recht kein Grundrecht mehr ab, da Art. 3 überhaupt keinen vernünftigen Sinn mehr hat[322]). Dagegen gibt es noch eine Anzahl bundesstaatliche Grundrechte, die das Verhältnis der Kantone unter sich betreffen: das Doppelbesteuerungsverbot, das nur interkantonal, nicht innerkantonal, und international gilt (BV Art. 46), die interkantonale Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes (BV Art. 59 Abs. 1) und die interkantonale Pflicht zur Vollstreckung von Zivilurteilen (BV Art. 61).

5. Die politischen Staatsbürgerrechte.

Den gleichen Schutz wie die Freiheitsrechte, ja wegen der freien Überprüfung auch der Gesetzesanwendung sogar

---

[320]) Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, in der Festgabe für Kahl 1923 S. 52 ff.

[321]) Burckhardt, Kommentar S. 773 ff., Eidg. Recht bricht kant. Recht S. 60; Giacometti S. 16 ff., 163 ff.; Huber, Kompetenzkonflikt S. 51 ff.

[322]) Burckhardt, Kommentar S. 13 ff.; Giacometti S. 57.

einen vermehrten Schutz[323]), geniessen die politischen Staatsbürgerrechte, in der Schweiz auch Volksrechte genannt; es sind im wesentlichen die Rechte auf Mitwirkung bei der staatlichen Willensbildung: das Stimmrecht bei Abstimmungen über Bundes- und Kantonsverfassungen, Bundes- und kantonale Gesetze und Gemeindeerlasse, das Recht zur Unterzeichnung eidgenössischer Verfassungs- und kantonaler Verfassungs- und Gesetzesinitiativen sowie kommunaler Initiativen, das Recht zur Unterzeichnung eidgenössischer und kantonaler Referendumsbegehren, das aktive Wahlrecht bei eidgenössischen und kantonalen (kommunalen) Wahlen, das passive Wahlrecht bei Volkswahlen, ferner als Garantie auch das Wahlgeheimnis.

Diese Rechte sind z. T. im Grunde genommen Pflichten, auch wenn sie nicht mit Sanktionen versehen sind, die unentschuldigte Nichtteilnahme an einer Abstimmung z. B. nicht gebüsst wird. Man braucht sich nur vorzustellen, dass kein Bürger das Recht ausüben würde, um einzusehen, dass dann der Staat stillgelegt würde. Das Volk ist im demokratischen Staat auch Staatsorgan, und es liegt auch hier ein Widerspruch im Grundrechtsgebäude: Staatsorgane haben keine Rechte auf ihre Zuständigkeiten, und die Personen, welche die Staatsorgane bilden, haben auch keine Rechte, Organ sein zu dürfen. Allein die Ausgestaltung der Staatsbürgerpflichten als Grundrechte hat in der Demokratie doch ihren Sinn: die Bezeichnung als Rechte will sie als Errungenschaften kennzeichnen. Wenn der Bürger ein Recht hat, nimmt er es auch mit seiner Verantwortung strenger; die Ausgestaltung als Recht soll der Strenge der Pflicht die Freude und das Verantwortungsbewusstsein beigesellen. Auch verlangt die Rechtssicherheit, dass die politischen „Rechte" der gerichtlichen Kontrolle zugänglich seien; die Ausgestaltung als Grundrechte ermöglicht das[324]).

---

[323]) Oben S. 97a ff.

[324]) Art. 160 RV gewährte jedem Staatsbürger auch ein

In der liberalen Demokratie, in welcher Freiheitsrechte verbrieft sind, soll der Einzelne zugleich konstituierendes Element des Staates sein und doch Freiheit vom Staate geniessen. Die Freiheitsrechte sind eine gewisse Bremse, ein Schutz auch gegen die demokratische Mehrheit. Umgekehrt bilden die Staatsbürgerrechte eine Moderation der liberalen Abwehr des Staates: sie ziehen den Bürger wieder zum Aufbau heran[325]).

6. Rechte auf staatliche Leistungen.

Rechte auf staatliche Leistungen sind nicht Grundrechte des liberalen Rechtsstaates, sondern Rechte des Wohlfahrtsstaates[326]). Dazu gehört in der Schweiz in erster Linie das Grundrecht auf Besuch der öffentlichen und unentgeltlichen Primarschule, das wegen des Obligatoriums zugleich eine Pflicht ist. Die Eltern haben einen grundrechtlichen Anspruch, ihre Kinder ohne Beeinträchtigung der Glaubens- und Gewissensfreiheit in die Schule schicken zu dürfen[327]). Dieses Grundrecht des Art. 27 BV ist jedoch nach OG Art. 189 Ziff. 2 der Kontrolle des Bundesrates, nicht des Bundesgerichtes unterstellt. Der Gesetzgeber ist von der richtigen Erwägung ausgegangen,

Recht auf Freizeit zur Ausübung der Staatsbürgerrechte und Ehrenämter. Über die Ausgestaltung dieses Grundrechtes gegen den Arbeitgeber vgl. Oertmann, bei Nipperdey Bd. III S. 435 ff. Die Beeinträchtigung der Wahlfreiheit durch den Arbeitgeber hingegen, z. B. durch Drohung von Entlassung, fiel in Deutschland nicht unter die Bestimmung über Wahlfreiheit und Wahlgeheimnis (RV Art. 125), sondern unter das Strafgesetzbuch. Kaisenberg, bei Nipperdey Bd. II S. 165.

[325]) Der Status negativus der Freiheitsrechte wird durch den Status aktivus der politischen Rechte relativiert. E. R. Huber, Bedeutungswandel a. a. O. S. 8. Immerhin sind Rechte wie das Referendum dazu sehr wenig geeignet, da die Mitarbeit an der Gesetzgebung keine schöpferische, sondern eine kassierende ist und bei der Aufspaltung des Volks in Interessentengruppen geradezu zerstörlich werden kann.

[326]) Carl Schmitt, im Handbuch II S. 594.

[327]) Burckhardt, Kommentar S. 202 ff.

dass Rechte auf Leistungen sich für die eigentliche Verfassungsgerichtsbarkeit nicht eignen, weil der Verfassungsrichter wohl Verfassungswidrigkeiten feststellen, aber nicht ohne Schwierigkeiten Leistungen bemessen kann[328]).

7. Die Gemeindeautonomie.

Den Gemeinden steht ein verfassungsmässiges Recht auf Autonomie zu, und zwar auch in den Kantonen, deren Verfassungen die Gemeindeautonomie nicht ausdrücklich gewährleisten[329]). Es handelt sich streng genommen aber nicht um ein Individualrecht, denn in ihrer Autonomie wird die Gemeinde nicht als Person des Privatrechtes betroffen, sondern als Träger öffentlicher Aufgaben. Auch die Bezeichnung als korporatives Recht ist nicht genau, da die Gemeinde zwar nach schweizerischer Auffassung als Korporation des öffentlichen Rechtes angesehen wird, in Wirklichkeit aber im Verhältnis zum Kanton eine ähnliche Stellung hat wie die Kantone im Verhältnis zum Bunde; die Gemeindeautonomie ist ein organisatorisches Prinzip des objektiven Rechtes, und ein Streit über die Gemeindeautonomie ist gleich einem Streit zwischen Bund und Kanton als Meinungsverschiedenheit über objektives Recht zu achten[330]). Dass es sich nicht um ein Individualrecht handelt, zeigt sich auch darin, dass die Gemeinde, die sich beschwert, nicht noch durch ein besonderes Interesse legitimiert sein muss. Die Behandlung der Gemeindeautonomie als Individualrecht in der

---

[328]) Die deutsche Verfassung hat versucht, noch eine ganze Reihe von Grundrechten auf Leistungen aufzustellen und dem Gesetzgeber Anweisungen zu geben: Fürsorge für kinderreiche Familien (RV Art. 119 Abs. 2), Fürsorge für die Mutterschaft (RV Art. 119 Abs. 3), Schutz von Kunst-, Geschichts- und Naturdenkmälern (RV Art. 150) usw.

[329]) BGE 52 I S. 361, vgl. auch 46 I S. 384.

[330]) Vgl. auch Kirchhofer, N. 50 und Brauweiler, bei Nipperdey II S. 199 ff.

schweizerischen Praxis[331]) entspricht freilich dem geschichtlichen Werdegang.

Nach der frühern Praxis ist auch der einzelne Gemeindegenosse befugt, sich wegen Verletzung der Gemeindeautonomie zu beschweren[332]). In neuern Urteilen ist die Frage wieder offen gelassen worden[333]). Jedenfalls ist es eine Frage nicht der Legitimation, sondern der inhaltlichen Bestimmung der Gemeindeautonomie. Es frägt sich eben, ob die Gemeindeautonomie auch dem Einzelnen ein Recht gebe. Dass ein an sich organisatorisches Prinzip zum Individualrecht erhoben würde, wäre an sich nichts Besonderes, da wir das schon bei der Gewaltentrennung gesehen haben. Man könnte in der Tat daran denken, dass ähnlich wie bei der Gewaltentrennung um der Freiheit des Einzelnen willen bei der Gemeindeautonomie um der Gemeindezugehörigkeit des Einzelnen willen ein Individualrecht angenommen würde. Allein es ist nicht zu übersehen, dass bei der Gewaltentrennung die Behörde, in deren Gewalt eingegriffen wurde, selbst nicht rekurrieren kann[334]), so dass nicht die Gefahr eines Widerspruches besteht; bei der Gemeindeautonomie aber könnte vorkommen, dass die Gemeinde selbst eine Verletzung der Autonomie verneint, und das Recht des einzelnen Gemeindegenossen wäre somit ein Minderheitenrecht; durch die Beschwerdeführung könnte der Gemeindegenosse der Gemeinde einen Standpunkt aufzwingen, den weder sie noch die kantonale Behörde akzeptieren wollen. Ausserdem ist nicht einwandfrei, wenn das Bundesgericht zur Legitimation des einzelnen Gemeindegenossen bald das Stimmrecht, bald die Eigenschaft als Steuerzahler hat genügen lassen[335]); das

[331]) BGE 6 S. 232, 19 S. 119, 22 S. 28, 33 I S. 369, 34 I S. 472, 40 I S. 278, 48 I S. 109.

[332]) BGE 20 S. 808, 42 I S. 191 ff., 46 I S. 384.

[333]) BGE 55 I S. 112, Urteile vom 8. Februar 1935 i. S. Rieder und vom 8. Mai 1936 i. S. Weber.

[334]) BGE 48 I S. 106 und Urteil vom 27. Januar 1933 i. S. Solothurn ca. Bachmann und dort zit. Judikatur.

[335]) Vgl. die oben N. 332 zit. Urteile.

Stimmrecht wird durch einen Eingriff in die Autonomie nicht berührt, so wenig das Stimmrecht der Kantonsbürger bei der Gesetzgebung berührt wird, wenn eine kantonale Behörde zu Unrecht annimmt, das kantonale Gesetz sei bundesrechtswidrig.

8. Institutionelle Garantien und Instituts-garantien.

Darunter versteht man[336]) die besondere Gewährung eines verfassungsrechtlichen Schutzes für bestimmte öffentlich-rechtliche Institute: für das Berufsbeamtentum (RV 128 ff.), die Trennung von Kirche und Staat, die theologischen Fakultäten, für die Ehe usw., sowie bestimmter Normenkonlexe des Privatrechtes, z. B. der verfassungsrechtliche Schutz des Erbrechtes (RV Art. 154). In der Schweiz kann man zu diesen Garantien zählen: die Abschaffung des Schuldverhaftes und der geistlichen Gerichtsbarkeit, das Verbot von Ausnahmegerichten usw.

IX. Die Auslegung der Grundrechte.

Es ist versucht worden, für die Verfassung eine besondere, von der Gesetzesauslegung abweichende Auslegungsmethode zu rechtfertigen[337]). Daran ist richtig, dass sich jede Auslegungslehre zuerst zu vergewissern hat, was auszulegen ist, welches der Gegenstand der Auslegung sei. Gegenstand der Auslegung kann bei der Verfassung nur der Wortlaut einer Verfassungsbestimmung sein. Durch Auslegung wird der Sinn eines unklaren Wortlautes ermittelt[338]). Wenn also z. B. entschieden werden soll, ob eine Verfassungsbestimmung individualrechtlicher Na-

---

[336]) Seit Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 170 ff., Handbuch Bd. II S. 595, vgl. auch Klein, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutionsgarantien 1934; Giacometti S. 55 ff.

[337]) So z. B. Giacometti, Die Auslegung der schweizerischen Bundesverfassung 1925 S. 20 ff.

[338]) Burckhardt, Methode S. 270 ff.

tur sei, ist nicht ein Text auszulegen, sondern eine Entscheidung hinsichtlich einer Bestimmung zu treffen, die durchaus klar sein kann; nämlich die Entscheidung, ob die Bestimmung den verfassungsgerichtlichen Schutz in dem auf die Privatinteressen zugeschnittenen Parteiverfahren verdient, und da das etwas anderes ist als Auslegung, ist auch zum vornherein kein Raum für die Anwendung der Methode, die man vielleicht für die Auslegung der Verfassung empfiehlt. Allein gerade das Gebot, erst den Gegenstand der Auslegung zu ermitteln[339]), führt zur Ablehnung einer einheitlichen Auslegungsmethode für die ganze Verfassung. Die Verfassung enthält neben Rechtssätzen auch blosse Anweisungen, postulatsmässige Vorschriften, Richtlinien zur Formulierung von Rechtssätzen, die wohl einigermassen erkennen lassen, welche Rechtssätze der Gesetzgeber nicht aufstellen darf, die aber selbst wie gesagt keinen Rechtssatz liefern und die den Bürger nicht berechtigen und verpflichten, z. B. Art. 64 BV, der dem Bund die Zivilgesetzgebung übergibt[340]). Solche Richtlinien können in ihrem Wortlaut auch unklar sein, und doch ist es nicht dasselbe, wenn ein Rechtssatz der Verfassung ausgelegt wird und wenn eine Richtlinie „interpretiert" wird. Der Rechtssatz wird ausgelegt, damit er angewendet werden kann. Eine Richtlinie aber wird überhaupt nicht angewendet: das Obligationenrecht und das Zivilgesetzbuch sind nicht Anwendungen des Art. 64 BV, da die Gesetzgebung überhaupt nicht Anwendung der Kompetenzanweisungen der Verfassung ist. Der geklärte, d. h. eben ausgelegte Wortlaut eines Rechtssatzes bedarf keiner Wertung mehr, sondern durch eine blosse Subsumtion ist die Norm auf den Tatbestand anwendbar[341]). Die geklärte Richtlinie dagegen wird überhaupt nicht angewendet; die Gesetzgebung beruht auf

---

[339]) Ule a. a. O. S. 38 ff.

[340]) Burckhardt, Eidgenössisches Recht bricht kantonales Recht S. 67 ff., BGE 13 S. 432, 28 I S. 37.

[341]) Burckhardt, Methode S. 271.

einer wertenden Tätigkeit ihres Schöpfers, auch nachdem ein allenfalls unklarer Wortlaut der Richtlinie der Verfassung, die den Gesetzgeber anweist, das Gesetz zu erlassen, geklärt ist[342]). So erscheint es sogar als terminologisch unrichtig, die Klärung der Richtlinien der Verfassung, die nicht Rechtssatzcharakter haben, überhaupt als Auslegung zu bezeichnen; denn von Auslegung sollte man nur sprechen, wo der Sinn einer auf einen Tatbestand anwendbaren Norm zu erforschen ist. Bei blossen Richtlinien aber ist es eine verfehlte Methode, zuerst auszulegen und dann zur Aufstellung der Rechtssätze zu schreiten; die Kompetenzfrage, d. h. die Frage, welche Rechtssätze aufzustellen der Gesetzgeber befugt ist, kann nicht vorgängig der Frage entschieden werden, welche Rechtssätze er aufstellen soll. So ist z. B. der Begriff des Zivilrechtes im Sinne des Art. 64 ein solcher Wertbegriff, ein gerechtes und gesetzestechnisch gutes Zivilgesetzbuch ist zugleich verfassungsmässig, eben weil der Gesetzgeber im Grunde genommen nicht dem Begriff Zivilrecht nach Art. 64 BV einen Sinn zu verleihen und nachher an seine eigentliche Aufgabe, die Schaffung des Zivilrechts, heranzutreten hätte, sondern dem Begriff Zivilrecht nach Art. 64 dadurch Sinn verleiht, dass er das Gesetz erlässt. Das liegt auch in dem Satz ausgesprochen, dass der Zivilgesetzgeber die Rechtseinheit auch durch prozessuale Bestimmungen

---

[342]) Gegen die Auffassung der Gesetzgebung als Anwendung der Verfassung auf einen Tatbestand eingehend Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung S. 42 ff., ebenso Burckhardt, in der Zeitschr. f. schw. Recht n. F. 53 S. 307 ff. Die meisten Anhänger des richterlichen Prüfungsrechts übersehen, dass die Frage, ob ein Gesetz verfassungsmässig sei, aufs engste zusammenhängt mit der Frage, ob es gut und gerecht sei, also mit einer Frage, die zu entscheiden die eigentliche Aufgabe des Gesetzgebers und nicht des Richters ist. Auch ob sich der Bundesgesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenz gehalten hat, kann nicht entschieden werden, ohne dass das Gesetz vorliegt, die dem Gesetzgeber obliegende Aufgabe also erfüllt ist. Burckhardt a. a. O. S. 324/25.

garantieren dürfe, z. B. durch die freie Beweiswürdigung im Scheidungsprozess (Art. 158 Ziff. 4 ZGB); der Gesetzgeber wertet so, welches Gesetz das richtige sei, und diese Wertung ist die Auslegung des Art. 64 BV. Gewiss darf der Gesetzgeber nicht unter der Flagge des Zivilrechtes und ohne jede Not öffentlich-rechtliche Bestimmungen treffen; das würde Art. 64 widersprechen, wäre aber zugleich ein bedenkliches Gesetz. Es fällt denn auch niemand ein, zuerst den Begriff des Zivilrechtes im Sinne des Art. 64 BV zu ermitteln; das könnte auch nicht anders geschehen als durch die Erfüllung der Aufgabe, die der Gesetzgeber zu lösen hat.

So bleiben für die Auslegung der Verfassung als Gegenstand nur die Rechtssätze der Verfassung. Aber auch hier empfiehlt es sich, jede scheinbar nur logische Auslegungsmethode zu verwerfen: es geht nicht an, für die Auslegung der Verfassung das argumentum e contrario abzulehnen oder anzupreisen, für eine einschränkende oder eine ausdehnende Interpretation einzutreten, den Analogieschluss zu empfehlen usw. Mit allen diesen Methoden wird der Logik eine Aufgabe zugeschoben, die sie nicht lösen kann. Wie ein unklares Gesetz auszulegen ist, dafür gibt es nicht eine Methode mit logischen Mitteln, sondern das ist Gegenstand wertender Abwägung[343]). Insbesondere die sog. restriktive Auslegung[344]) kann nicht gebilligt werden als spezielle Methode für die Verfassung. Einen Wortlaut restriktiv auslegen kann vernünftigerweise nur heissen, den nächstliegenden Wortsinn auswählen[345]), was sich aber nicht immer sachlich begründen lässt, oder es kann heissen, eine Bestimmung sei so auszulegen, dass sie etwas Bestehendes, z. B. die Freiheit des Bürgers oder die Autonomie der Kantone, möglichst wenig einschränke, was aber wiederum nicht immer sachlich begründet werden kann[346]).

---

[343]) Burckhardt, Methode S. 282.
[344]) die von Giacometti a. a. O. S. 24 vertreten wird.
[345]) Burckhardt, Methode S. 287.
[346]) Burckhardt, Methode S. 288.

Aber auch die sog. teleologische Methode ist nicht gerechtfertigt[347]), sofern darunter eine Auslegung als Mittel zu einem bestimmten Zweck verstanden wird, den der Gesetzgeber verfolgt haben soll; denn der auslegende Richter hat zu entscheiden — und das wird bei der Unklarheit der auszulegenden Bestimmung gerade streitig sein —, welches der Zweck ist; das ist aber keine Frage der Zweckmässigkeit: Auslegung ist Entscheidung, welcher Zweck verdient, verfolgt zu werden[348]).

Die unechten Grundrechte, die Rechtssätze sind[349]), müssen ausgelegt werden, wie Rechtssätze überhaupt auszulegen sind: durch ein wertendes Urteil. Darauf verweist ja Art. 1 ZGB, der dem Richter aufgibt, nach der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Das gilt nicht nur für das Zivilrecht, sondern darf als die richtige Auslegung überhaupt bezeichnet werden. Aber auch wo gesetzliche Widersprüche aufzulösen oder echte Gesetzeslücken auszufüllen sind, ist der Fehler des Gesetzes durch diese wertende Abwägung der rechtsanwendenden Behörde zu beheben[350]). Ob also der Verfassungsrichter ein unechtes Grundrecht mit unklarem Wortlaut auslegt, ob er eine Lücke in einem solchen Rechtssatz ausfüllt oder einen Widerspruch mit einem andern Rechtssatz behandelt, immer ist seine Tätigkeit eine schöpferische, die sich von der wertenden Tätigkeit des Gesetzgebers selbst qualitativ nicht unterscheidet, sondern nur dadurch, dass eine Auslegung bei Weitergeltung des Gesetzes geändert werden kann, dass also eine Auslegung nur durch die konkrete Entscheidung „Geltung" erlangt. In Art. 59 BV z. B. sind zwei unechte Grundrechte enthalten: der Wohnsitzgerichtsstand für das interkantonale Verhältnis und die Abschaffung des Schuld-

---

[347]) Vgl. z. B. Giacometti a. a. O. S. 24; O. A. Germann, in der Zeitschr. d. bern. Juristenvereins Bd. 60 S. 410 ff.

[348]) Burckhardt, Methode S. 102.

[349]) Oben S. 106a.

[350]) Burckhardt, Methode S. 270 ff.

verhaftes. Was persönliche Ansprachen sind, ob auch öffentlich-rechtliche Schulden nicht durch Freiheitsentzug vollstreckt werden dürfen, ob die Umwandlung einer Geldstrafe in eine Gefängnisstrafe bei Nichtzahlung, und ob auch die Bestrafung wegen schuldhaften Vermögenszerfalls[350a]) der Leibhaft gleichzustellen ist usw., das sind lauter Auslegungsfragen, bei denen die richtige Auslegungsmethode dieselbe ist wie bei einem Gesetz. Oder wenn Art. 62 Abs. 5 der solothurnischen Kantonsverfassung bestimmt, dass geringe Vermögen arbeitsunfähiger Personen steuerfrei seien, ist durch Auslegung zu ermitteln, was ein geringes Vermögen und was eine arbeitsunfähige Person sei.

Ebenso sind rechtssatzmässige Vorbehalte von echten Grundrechten (Freiheitsrechten) auszulegen; durch wertendes Urteil ist der Sinn des unklaren Wortlautes festzustellen. Wenn beispielsweise Art. 32quater BV als Ausnahme von der Handels- und Gewerbefreiheit die Kantone ermächtigt, die Bedürfnisklausel für Wirtschaften einzuführen, ist auszulegen, was eine Wirtschaft sei, ob z. B. auch eine alkoholfreie und eine Festwirtschaft darunter falle. Ebenso ist bei Art. 45 BV auszulegen, was ein schweres Vergehen, was eine wiederholte Bestrafung ist.

Unter unechten Lücken des Gesetzes oder der Verfassung versteht man ethische Mängel; Verfassung oder Gesetz enthalten eine Bestimmung nicht, die sie gerechterweise enthalten sollten[351]). Für die unechten Grundrechte und die rechtsatzmässigen Vorbehalte zu echten Grundrechten gilt ohne weiteres der Satz, dass diese unechten Lücken durch den Verfassungsrichter nicht ausgefüllt werden dürfen, dass er die Verfassung nicht korrigieren darf. Wenn z. B. Art. 59 nicht bestimmt, dass der Bundesgesetzgeber vom Grundsatz des Art. 59 ab-

---

[350a]) BGE vom 6. März 1936 i. S. Wolf.
[351]) Burckhardt, Methode S. 261.

weichen und den Unfallgerichtsstand einführen dürfe, ist das eine solche unechte Verfassungslücke[352]).

Schwierigkeiten hinsichtlich der Auslegung und Lükkenfüllung bieten die echten Grundrechte oder Freiheitsrechte und die Rechtsgleichheit. Bei diesen Grundrechten ist über die „Auslegung" etwas Besonderes zu sagen. Hier versagt die gewöhnliche Auslegungsmethode, selbst wenn unter Auslegung richtigerweise die Erforschung des Sinnes durch wertende Abwägung verstanden wird, denn der Gegenstand der vermeintlichen Auslegung ist ein anderer. Die Freiheitsrechte sollen nach der schweizerischen Auffassung[352a]), die hier in einem fundamentalen Gegensatz zur französischen steht, allgemeinverbindlich sein, jedermann berechtigen. Sie sollen Rechtssätze sein so gut wie die unechten Grundrechte. Jeder soll sich darauf berufen können, um sich der Übergriffe des Staates in seine „natürlichen Rechte" zu erwehren[353]). So berechtigt nach der schweizerischen Auffassung die Niederlassungsfreiheit jeden Bürger, ohne dass es einer gesetzlichen Ausgestaltung der Niederlassungsfreiheit bedürfte, wie in Frankreich die Freiheitsrechte als blosse Programmsätze erst ausgestaltet worden sind. Der Bürger kann sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen und er hat ein Rechtsmittel, die staatsrechtliche Beschwerde, wenn ihm die Niederlassung verweigert wird. Ebenso ist die Eigentumsgarantie nicht nur eine programmatische Anweisung an den Gesetzgeber, die Enteignung nicht ohne Entschädigung zuzulassen, und die Versammlungsfreiheit ist nicht nur

---

[352]) In der Praxis hat man freilich angenommen, dass der Bundesgesetzgeber an Art. 59 BV überhaupt nicht mehr gebunden sei. Homberger, Zeitschr. f. schw. R. n. F. 49 S. 57a. Für eine Verfassungsrevision ist jedoch vorzumerken, dass der Bundesgesetzgeber ermächtigt werden sollte, vom Wohnsitzgerichtsstand abzuweichen.

[352a]) Ebenso für Deutschland Häntzschell, Zeitschr. f. öff. R. 1926 S. 210 ff. und Ule, a. a. O. S. 92.

[353]) Burckhardt, Eidgenössisches Recht bricht kantonales Recht S. 73; Giacometti S. 5 ff., 50 ff.

ein Programm für den Gesetzgeber, die Versammlungsfreiheit möglichst freiheitlich auszugestalten, sondern der Bürger kann sich darauf berufen. Selbst der Gesetzgeber, nicht nur die rechtsanwendende Behörde, ist an die Freiheitsrechte gebunden, und zwar nicht nur wie in Frankreich der Gesetzgeber an das Programm gebunden ist, sondern wie der Gesetzgeber an einen Rechtssatz gebunden ist: seine Arbeit ist nicht nur dem Urteil unterworfen, ob das Programm mehr oder weniger verwirklicht worden sei, sondern ob das Gesetz verfassungsmässig oder verfassungswidrig sei. Wenn die Bürger sich nicht auf die Freiheitsrechte und die Rechtsgleichheit berufen könnten, dann wären es nur Programmsätze ohne allgemeine Verbindlichkeit, wie in Frankreich, wo, wie gesagt, die Ausübung der Freiheitsrechte die gesetzliche Ausgestaltung voraussetzt[354]).

Trotzdem die Freiheitsrechte in der Schweiz als echte Individualrechte aufgefasst werden, haben sie aber nicht die Fassung von Rechtssätzen. Der Aufbau eines Rechtssatzes ist der: jeder Rechtssatz besteht aus der Bezeichnung des Subjektes des Verpflichteten und der Bezeichnung des Inhaltes der Pflicht[355]). Die Niederlassungsfreiheit sagt nicht, dass der Bürger etwas zu tun, zu dulden oder zu unterlassen habe; sie sagt aber auch nicht, dass eine Behörde etwas Bestimmtes zu tun, zu dulden oder zu unterlassen habe. Sie lässt uns einfach im Stich, wenn wir in ihr einen Rechtssatz erblicken wollen. Sie ist von Haus aus kein Rechtssatz, keine bestimmte Verpflichtung eines bestimmten Verpflichteten. Ein Rechtssatz ist z. B. die Vorschrift des kantonalen Niederlassungsgesetzes, dass

---

[354]) Esmein u. Nézard a. a. O. I S. 561 ff.

[355]) Burckhardt, Methode S. 226 ff. Die Bezeichnung des Berechtigten ist nicht notwendiger Bestandteil eines öffentlichen Rechtssatzes, weil es im öffentlichen Recht keine subjektiv Berechtigten gibt, und die Bezeichnung der Voraussetzungen der Pflicht fällt sachlich, wenn auch nicht immer in der sprachlichen Formulierung, mit dem Inhalt der Pflicht zusammen.

der Bewerber für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung eine Gebühr von Fr. 6.— zu entrichten habe, die Niederlassungsfreiheit selbst ist kein Rechtssatz, sondern, wie wir gesehen haben, gerade der Ausschluss von Rechtssätzen, der verfassungsmässige Vorbehalt einer Freiheitssphäre. Wortlaut und Sinn der Freiheitsrechte sind sozusagen im Stadium des blossen Postulates, des blossen Programmes stehengeblieben. Man braucht sie nur zu lesen, um zu erkennen, dass ihre Fassung die von Postulaten ist, nicht die von Rechtssätzen: „Die Pressfreiheit ist gewährleistet" (BV Art. 55), „Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist unverletzlich" (BV Art. 49 Abs. 1), „Das Privateigentum ist unverletzlich" (St. Gallen KV Art. 31 Abs. 1), „Die persönliche Freiheit ist gewährleistet" (Glarus KV Art. 5 Abs. 1) usw. Der Unvoreingenommene nimmt an, es seien Anweisungen, Direktiven an den Gesetzgeber, das Programm zu verwirklichen, das Privateigentum möglichst wenig anzutasten, die Glaubens-und Gewissensfreiheit zu respektieren usw. Aber dass der Einzelne sich auf eine solche Freiheit, aus der keine Verpflichtung und kein Verpflichteter ersichtlich ist, solle berufen können, um ein Gesetz oder eine rechtsanwendende Anordnung als verfassungswidrig zu erklären, das leuchtet nicht ohne weiteres ein und wird vom ausländischen Beobachter unseres Staatswesens auch nicht leicht verstanden. Warum soll es einen Richter geben, der über den Gesetzgeber gestellt ist, wenn auch nur über den kantonalen, und der das Gesetz an etwas misst, das selbst nicht Gesetz, nicht Rechtssatz ist, sondern nur Programm?

Wenn die Freiheitsrechte anwendbares Recht sein sollen, wie es der schweizerischen Auffassung entspricht, so muss vor der Anwendung der Verfassungsrichter eine Aufgabe erfüllen, die nicht Auslegung ist, eine Aufgabe, die in Frankreich der Gesetzgeber vollbracht hat: er muss die Freiheitsrechte in Rechtssätze umgiessen. Und da auch die kantonalen Behörden und die andern Bundesbehörden an die Bundesverfassung gebunden sind, fällt

auch ihnen diese Aufgabe zu. Wenn der Verfasser einer atheistischen Schrift wegen Gotteslästerung bestraft wird und eine staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit einreicht, kann nicht ein Rechtssatz auf einen Tatbestand angewendet werden, so wie vielleicht vorher der kantonale Strafrichter den Strafparagraphen über die Gotteslästerung auf den Tatbestand angewendet hat. Anwendbar im eigentlichen Sinn ist denn auch nur das Strafgesetz, nicht die Glaubens- und Gewissensfreiheit. Diese wird nicht auf einen Tatbestand angewendet, sondern es frägt sich, ob sich der angefochtene Entscheid in den Schranken der Verfassung hält. Das ist zunächst aber gar nicht die Frage, was der Angeschuldigte tun und schreiben durfte, und was nicht. Vielmehr hat der Verfassungsrichter aus Art. 49 erst einen anwendbaren Rechtssatz zu bilden, z. B. hier den Rechtssatz, dass die Vertretung atheistischer Auffassung, wenn sie ohne Verhöhnung des Glaubens anderer geschieht, nicht verboten werden darf. Erst wenn aus dem Freiheitsrecht ein Rechtssatz gebildet ist, liegt etwas Anwendbares vor, nämlich eben dieser Rechtssatz. Erst dann ergibt sich, was der Angeschuldigte tun, d. h. ob er wegen seiner Tat bestraft werden durfte[355 a]).

Diese Tätigkeit des Verfassungsgerichtshofes, aus den Freiheitsrechten anwendbares Recht zu machen, die Programmsätze, Postulate in Rechtssätze zu verwandeln, ist nicht Auslegung der Verfassung, sondern eine schöpferische Tätigkeit sui generis, die sich der Verfassungsgesetzgebung noch mehr nähert als die Verfassungsauslegung. Auslegung wäre sie nur, wenn es gälte, einen unklaren Wortlaut zu erforschen. Allein der Wortlaut der Freiheitsrechte ist nicht unklar in diesem Sinn; er ist nicht unklarer als der Wortlaut anderer Programme auch. Wer behauptet, die Freiheitsrechte seien unklar im Wortlaut, der verkennt das Wesen eines blossen Postulates und macht

[355a]) Giacometti S. 5 ff., 50 ff. nennt diese verfassungsrichterliche Tätigkeit die Positivierung der Verfassung.

dem Verfassungsgesetzgeber einen Vorwurf, den er nicht verdient[356]). Die Bundesverfassung und die Kantonsverfassungen würden ja an Unklarheiten strotzen. In Wirklichkeit sind die Freiheitsrechte wie alle blossen Postulate einfach nicht anwendungsbereit. Der Satz, dass die Glaubens- und Gewissensfreiheit unverletzlich sei. kann gar nicht ausgelegt werden und bedarf nicht der Auslegung wie der Satz, dass der Schuldverhaft abgeschafft sei. Er ist nicht verschwommener als andere Programme, z. B. Parteiprogramme. Gewiss mögen grosse Schwierigkeiten auftauchen, wenn es gilt, ein Programm zu verwirklichen, aber das ist immer so und die Schwierigkeiten sind nicht solche der Auslegung. Wenn das Bundesgericht erkannt hat, dass der fliegende Gerichtsstand der Pressfreiheit widerspreche, ist es nicht durch Auslegung dazu gekommen, sondern durch eine Sinnverleihung, die nicht Auslegung, sondern Verwandlung des Freiheitsrechtes in einen Rechtssatz ist. Ebenso verhält es sich, wenn es erkannt hat, dass Baulinien und die damit verbundenen Bauverbote im öffentlichen Interesse der Eigentumsgarantie nicht widersprechen, auch wenn eine Entschädigung nicht gewährt wird. Wer wollte da von Auslegung sprechen? Mit der Umwandlung eines freiheitlichen Programmsatzes in einen Rechtssatz wird ein Sinn verliehen, bei der das sprachliche Mittel, der Wortlaut des Freiheitsrechtes, bedeutungslos ist[357]). Zu entscheiden, ob jüdische Eltern und Adventisten gezwungen werden können, ihre Kinder am Sabbat in die Schule zu schicken, oder ob das dem Art. 49 Abs. 1 BV widerspricht[358]), ist etwas anderes, als zu befinden, was ein schweres Vergehen im Sinn des Art. 45 Abs. 3 BV ist. Die Verfassungsgerichtsbarkeit

---

[356]) Smend, Verfassung und Verfassungsrecht S. 161.

[357]) So macht auch Smend, Verfassung und Verfassungsrecht S. 165 geltend, dass der Wortlaut der Grundrechte vor dem sachlichen Gehalt zurücktreten müsse.

[358]) Burckhardt, Bundesrecht Bd. II Nr. 505 III; Salis, Bundesrecht Bd. III Nr. 998.

besteht nicht in der Auslegung von Wörtern wie Glauben, Gewissen, Eigentum, Verein, Person usw., und die Freiheitsrechte kann man nicht dadurch anwendungsbereit machen, indem man wertend abwägt, was unter Glauben usw. zu verstehen sei. Gewiss hat auch die rechtsanwendende Behörde Werturteile zu fällen, wenn in einem Rechtssatz solche axiologische Begriffe verwendet werden, z. B. der Begriff des Automobilhalters in Art. 37 MFG oder der Begriff der groben Fahrlässigkeit in Art. 129 Abs. 2 KUVG, und die nützliche Arbeit der Wissenschaft ist, die mangelnde Bewertung des Gesetzgebers zu ergänzen[359]), doch sind die Freiheitsrechte nicht nur deshalb blosse Programmsätze, weil solche Begriffe verwendet werden, sondern weil sie überhaupt nicht in die Form von Rechtssätzen gekleidet sind[360]).

[359]) Burckhardt, Das Recht als Tatsache und als Postulat S. 10.

[360]) Heller, Souveränität 1927 S. 46 ff, 127 ff., Der Begriff des Gesetzes, Veröffentlichungen der Vereinigungen deutscher Staatsrechtslehrer Heft 4 1928 S. 118 ff., 257, Allgemeine Staatslehre S. 254 ff., anerkennt ebenfalls, dass die Freiheitsrechte und die Rechtsgleichheit keine Rechtssätze sind, sondern wegen ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit blosse Rechtsgrundsätze. Ebenso Anschütz a. a. O. S. 452 f., und Herrfahrt, Staatsgerichtsbarkeit, Diskussionsvotum S. 110 ff. (vgl. dazu aber Ule a. a. O. S. 80). Die Tätigkeit des Verfassungsrichters nennt Heller Konkretisierung der Rechtsgrundsätze zu Entscheidungsnormen kraft Blankovollmacht an den Richter. Allgemeine Staatslehre S. 258. Sodann führt auch Smend, Verfassung und Verfassungsrecht S. 164 aus, dass die Rechtsgrundsätze inhaltlich zu unbestimmt seien, als dass ein normgemässes Verhalten möglich wäre, und dass sie vor der Anwendung der Positivierung bedürfen. Hensel, Grundrechte und politische Weltanschauung 1931 S. 3, und Huber, Bedeutungswandel S. 12 nennen die verfassungsrichterliche Tätigkeit Aktualisierung der Grundrechte. Wenn Heller, Allg. Staatslehre S. 258 die Rechtsgrundsätze als die Einfallsstore bezeichnet, „durch die die positiv bewertete gesellschaftliche Wirklichkeit täglich in die staatliche Normativität eindringt", ist daran richtig, dass die durch den Verfassungsrichter aus den Postulaten geschöpften Normen der Wirklichkeit, d. h. den Realien der Gesetzgebung (E. Huber, Recht und Rechts-

Gewiss ist auch die Auslegung eines unechten Grundrechtes, d. h. eines Rechtssatzes, mitunter nicht leicht, etwa die Auslegung einer kantonalen Verfassungsbestimmung, dass bei direkten Steuern nur eine mässige Progression zulässig sei. Die „Anwendung" der Freiheitsrechte ist auch nicht etwa Lückenfüllung oder Hebung von Widersprüchen, denn die Freiheitsrechte sind weder lückenhaft noch widerspruchsvoll. In Art. 49 Abs. 1 BV z. B. sind nicht Fragen offengelassen, die ohne Widerspruch nicht unbeantwortet bleiben können, sondern es liegt im Wesen eines blossen Postulates, dass es Fragen offenlässt, und von einer Lücke kann man nur sprechen, wenn man verlangt, dass das Postulat anwendbares Recht werde: dann ist es eben der Verfassungsrichter, der diese blosse Programmlücke ausfüllt. Wer annimmt, die jahrzehntelange Rechtsprechung des Bundesgerichtes als Staatsgerichtshof bestehe in der Erledigung von Auslegungsfragen der Verfassung, der verkennt sie, und dem ist auch der Unterschied zwischen der Tätigkeit der Zivilabteilungen und derjenigen des Staatsgerichtshofes nicht bewusst. Gewiss beruht auch schon die Auslegung von unklaren Gesetzes- und Verfassungsbestimmungen (bei unechten Grundrechten) auf wertender Abwägung. Die Tätigkeit des Verfassungsrichters, der die Freiheitsrechte anwendungsbereit macht, nähert sich jedoch noch mehr der Verfassungsgesetzgebung, insofern nämlich, als die Verfassung nicht einmal einen auslegungsbedürftigen und

---

verwirklichung 1925 S. 31 ff.; Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur 1932 S. 35) leichter folgen können, als gesetztes Recht; die Bewertung dagegen, die zur Konkretisierung der Rechtsgrundsätze gehört, erfolgt nicht durch die gesellschaftliche Wirklichkeit, sondern durch das wertende Urteil des Verfassungsrichters, wenn auch nicht zu verkennen ist, dass die harten Tatsachen nicht nur den Gesetzgeber, sondern oft auch den Richter zwingen, „von der Idealität seines Planes vom iur optimae reipublicae", wie Leibnitz sagte, „manches preiszugeben und die Unbedingtheit seiner Forderung zu relativieren". (Burckhardt, Das Recht als Tatsache und als Postulat S. 14.)

auslegungsfähigen Wortlaut an die Hand gibt, sondern überhaupt nur ein Programm[361]). Deshalb spielt auch die Praxis im Verfassungsgerichtshof eine noch bedeutendere Rolle, als wo es sich um Auslegung handelt, und die Änderung der Praxis durch den Verfassungsrichter ist Verfassungsrevision insofern, als das anwendbare Recht selber wechselt und nur das Programm dasselbe bleibt.

In diesen Zusammenhang lässt sich auch Art. 4 BV stellen[362]). Auch Art. 4 ist von Haus aus Postulat und wird durch den Verfassungsrichter zur Allgemeinverbindlichkeit erhoben[363]). Nicht durch Auslegung kann das Willkürverbot aus Art. 4 gewonnen werden[364]). Wer freilich den Verfassungsrichter wie eine rechtsanwendende Behörde auf Auslegung beschränken will, der wird die gesamte Rechtsprechung zu den Freiheitsrechten und zu Art. 4 BV als Überschreitung der richterlichen Gewalt beanstanden müssen, der kann mit diesen Rechten aber auch nichts anfangen; er lässt sie zur Bedeutungslosigkeit herabsinken[365]). Die Rechtsgleichheit lediglich als Anwendungs-

---

[361]) Carl Schmitt, Hüter der Verfassung S. 36 ff.

[362]) Heller, Allg. Staatslehre S. 257.

[363]) Die Zahl der Rekurse wegen Verletzung des Art. 4, schreibt Zetter a. a. O. S. 75, sei ein Zeichen der Unklarheit des Art. 4; Gesetze seien nicht dazu da, möglichst viele Beschwerden zu verursachen, und je mehr dem Art. 4 der Charakter eines allgemeinen, die ganze Rechtsordnung beherrschenden Prinzips zugesprochen werde, desto mehr sei er würdig, abgeschafft zu werden; es müsse ihm durch gesetzliche Ausgestaltung ein fester Sinn verliehen werden. Diese Arbeit beweist, welches Unheil privatrechtliches Denken auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts anrichten kann. Art. 4 ist nicht unklar und einer konkreten Ausgestaltung auch gar nicht fähig. Wer den Sinn der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht darin erblicken kann, dass sie das Recht schafft, nicht anwendet, der wird ihn nie ergründen.

[364]) Vgl. auch Erich Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 RV., Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer Heft 3 S. 10 ff.

[365]) So führt Nawiasky, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 RV, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer Heft 3 S. 36 aus, dass die materielle

gleichheit aufgefasst[366]), besagt eine Trivialität, da ein allgemeines Gesetz anwenden nichts anderes heisst als es gleichmässig anwenden[367]). Eine Auslegung des Art. 4 wird nur zu dem Satz vorstossen, dass Privilegien abgeschafft seien, der aber ebenfalls nur beschreibend ist, da dem Gesetzesstaat Privilegien in der Tat feind sind. Ob es gegen die Rechtsgleichheit verstiess, wenn Obwalden und Schwyz die Geistlichen vom persönlichen Erscheinen vor Gericht zur Zeugnisablegung befreiten[368]), war z. B. keine Auslegungsfrage[369]). Wenn aus den Grundrechten nur „herausgeholt" werden darf, was durch Auslegung gewonnen werden kann, bleiben sie, jedenfalls zum grössten Teil unverbindliches Programm, eine Sammlung von Posulaten und Bekenntnissen[370]).

Rechtsgleichheit nicht in die Verfassung hineininterpretiert werden dürfe. Damit wird die schweizerische Grundrechtsauffassung überhaupt in Frage gestellt.

[366]) Wie sie Anschütz, Kommentar zur preuss. Verf. 1912 I S. 108 vertritt.

[367]) Kaufmann a. a. O. S. 6.

[368]) Schollenberger, Freiheitsrechte S. 2.

[369]) Es soll unten S. 157a noch erörtert werden, dass historisch betrachtet die Annahme des Bundesgerichts, erstmals in BGE 5 S. 41, in der Rechtsgleichheit sei auch das Gebot materieller Rechtsgleichheit, das Willkürverbot, enthalten, keineswegs unvermittelt war, wie z. B. Ziegler, Zeitschr. f. schw. Recht n. F. 54 S. 53a meint, sondern in der staatsrechtlichen Vergangenheit ihre Vorbilder findet.

[370]) Wenn Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 448, den Schutz der Individualrechte durch die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit als das glänzendste Stück der Organisation der Bundesgewalt bezeichnet, das nur der Tüchtigkeit und Einsicht der frühern Richter zu verdanken sei, so will das wohl eben heisen, dass das Gericht selbst es verstanden hat, das liberaldemokratische Programm, das in der Rechtsgleichheit und den Freiheitsrechten liegt, durch eine schöpferische Tätigkeit, die nicht Auslegung, sondern Verfassungsgesetzgebung ist, fruchtbar zu machen. Wenn umgekehrt Hofacker, Die Auslegung der Grundrechte S. 19 ff., die schweizerische Praxis als Irrgang bezeichnet und überhaupt in Deutschland unter der Weimarer Verfassung den Kampf gegen jede Umwandlung der Programm-

Die Folge der schweizerischen Auffassung ist freilich die, dass der Verfassungsrichter über den Gesetzgeber gestellt ist, nämlich über den kantonalen.

In Deutschland herrschte eben Streit darüber, ob die Grundrechte aktuelle Bedeutung hätten, und ein Teil der Lehrmeinung wandte sich dagegen mit der Begründung, dass in einem Gesetzesstaat die Vermutung gegen die Ausschaltung des Gesetzgebers spreche[371]). In der Schweiz konnte sich derselbe Streit nicht entfalten, weil er durch die Verfassung, d. h. durch die Institution der staatsrecht-

---

sätze in Rechtssätze geführt hat, so war das ein bewusster Kampf gegen den liberalen Rechtsstaat; der Rechtsstaat als liberaler Staat, Burckhardt, Methode S. 214, wurde abgelehnt. Die Auseinandersetzung, die in Deutschland unter der Weimarer Verfassung über die Bedeutung der Grundrechte geführt wurde, und die in einem fast unübersehbaren Schrifttum ihren Niederschlag gefunden hat, lässt sich auf diesen Gegensatz der Meinungen zurückführen: ob das Programm der Verfassung durch Umgiessung in Rechtssätze verwirklicht werden dürfe, oder ob die rechtsanwendende Behörde auf Auslegung beschränkt sei, das Programm demnach unverbindlich bleiben müsse. Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze, bei Nipperdey I S. 1 ff.; Ule a. a. O. S. 78; E. R. Huber, Bedeutungswandel. Diejenigen, welche sich auf die Auslegung beschränken wollten, gaben denn auch zu, dass der Grundrechtskatalog nichts weiter sei als eine Art Beschreibung, eine Sammlung von Bekenntnissen usw. Hofacker S. 39, welcher die Gestaltung als Individualrechte als Rechtsaufblähung bezeichnet. Ähnlich nennt Kelsen, Österreichisches Verfassungsrecht S. 50 den Gleichheitsartikel einen unklaren Gemeinplatz des politischen Liberalismus. Diese deutschen Schriftsteller anerkennen aber teilweise doch, die schweizerische Auffassung gipfle darin, dass die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit Verfassungsgesetzgebungsfunktion habe Mainzer a. a. O. S. 115. Das Reichsgericht hat aber wie das schweizerische Bundesgericht, wenn auch nur zögernd, einzelne Grundrechte zu Individualrechten erhoben, auf die sich auch der Bürger berufen konnte, z. B. Art. 131 RB über die Haftung des Staates für Beamte, RGZ 102 S. 168, 393, 104 S. 291, 292, 105 S. 335, 106 S. 34 und Art. 153 RV über die Eigentumsgarantie in RGZ 111 S. 328.

[371]) C. Schmitt, im Handbuch 2 S. 602.

lichen Beschwerde, schon entschieden war: wenn das Bundesgericht zum Schutz der verfassungsmässigen Rechte eingesetzt war, konnte es nicht anders, als diese Rechte aktualisieren[372]). Der Verfassungsrichter ist nicht auf Rechtsanwendung beschränkt, sondern in der Form der Rechtsprechung erfüllt er eine Aufgabe der Verfassungsgesetzgebung. Wer de lege ferenda die schweizerische Lösung anficht, der stellt für das Bundesgericht die Vertrauensfrage, der wird[373]) den Verfassungsrichter als Allesbesserwisser bezeichnen und sich auf die Rechtssicherheit berufen. Dass nicht mehr alles verbindliche Recht dem Gesetz entnommen werden kann, wenn der Verfassungsrichter es erst zu schaffen hat, das ist freilich die notwendige Folge der schweizerischen Lösung[374]); wenn die Eigentumsgarantie auch für den Gesetzgeber verbindlich ist und das Bundesgericht z. B. eine durchaus gesetzmässige Verfügung aufhebt, durch die bei einer Quasienteignung, etwa einem vollständigen Bauverbot für ein Terrain, eine Entschädigung versagt wird, so schafft es einen verfassungsrechtlichen Enteignungsbegriff, der vom gesetzlichen verschieden ist.

Die staatliche Tätigkeit erschöpft sich daher, wenn die Gesetze erlassen sind, nicht im Anwenden der Normen, sondern es bleibt ein weiter Raum für Entscheidungen, die normlos sind: auch der Rechtsstaat kann des Dezisionismus nicht entraten[375]), und das ist nicht nur eine Folge der Unvollkommenheit der Gesetze. Solche Türen, wo nicht das Gesetz gilt, sondern das Recht vorzu geschaffen wird, sind unentbehrlich, und der Art. 4 BV ist in der Schweiz wohl die grossartigste. Bedenklich ist nicht, dass der Richter hier zum Gesetzgeber wird, sondern bedenklich

---

[372]) E. R. Huber, Bedeutungswandel S. 12.

[373]) Mit Hofacker S. 23 ff.

[374]) Burckhardt, Eidgenössisches Recht bricht kantonales Recht S. 73, oben S. 89a.

[375]) Über Dezisionismus Carl Schmitt, Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens 1934 S. 24 ff.

wäre nur, wenn er sich nicht mehr von der Rechtsidee leiten liesse.

Welches die Methode des Verfassungsrichters bei der Aktualisierung der Grundrechte sei, soll hier nicht erörtert werden, denn es ist die allgemeine Methode des Gesetzgebers, der Erkenntnis der gerechten Ordnung[376]). Nicht richtig ist, wenn versucht wird, dem Richter die Entscheidung dadurch abzunehmen, dass er auf eine allgemeine Wertentscheidung verwiesen wird, welche die Verfassung schon enthalten soll, wenn also z.B. gesagt wird, dass „im Zweifel" diejenige „Auslegung" einer Bestimmung geboten sei, welche sich als Verwirklichung der in der Verfassung getroffenen Wertentscheidung darstelle[377]).

Eine andere, nicht methodische, sondern sachliche Frage ist, ob der Verfassungsrichter, z.B. in der Rechtsprechung zur Glaubens- und Gewissensfreiheit, zur Pressfreiheit, zur Versammlungsfreiheit, etwa bei der Beurteilung, ob ein Verein staatsgefährlich sei, einen gänzlich neutralen Staat „repräsentiere". Diese Frage muss verneint werden, der Staat ist nicht trennbar von der ganzen sittlichen Ordnung; er kann nicht in Gestalt der Verfassungsrechtsprechung plötzlich „aus seiner Haut" schlüpfen und sich neutral erklären, er ist kein neutraler, indifferenter Vermittler zufälliger Bestrebungen[378]), und deshalb werden die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen immer in einer gewissen Übereinstimmung sein mit der im Lande herrschenden Ethik. Der ethisch neutrale Staat ist ein Widerspruch, und auch die Freiheitsrechte garantieren nicht die Neutralität des Staates in diesem Sinn, sondern nur die Zurückhaltung[379]). Dass z. B. bei der Pressfreiheit

[376]) Vgl. Burckhardt, Methode S. 243 ff.

[377]) Wie Hensel, Grundrechte und politische Weltanschauung S. 10 meint; richtig Smend, Verfassung und Verfassungsrecht S. 166.

[378]) Burckhardt, Staatliche Autorität und geistige Freiheit, S. 30.

[379]) Vgl. Burckhardt, Staatliche Autorität und geistige Freiheit und das Korreferat von Prof. Favre.

und der freien Meinungsäusserung absolute Neutralität nicht geboten ist, zeigt sich nicht nur in der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Bestrafung wegen gewisser Religionsdelikte, sondern auch im Polizeirecht; in Deutschland ist schon vor der nationalsozialistischen Revolution anerkannt worden, dass die polizeilichen Befugnisse auch zum Schutze „der lebenswichtigen geistigen Gemeinschaftsgüter" gegeben seien; das christliche und nationale Empfinden wurde also besonders geschützt[380]).

Gibt es unter den Freiheitsrechten auch Lücken? Ist es z. B. eine Lücke, wenn die tessinische Verfassung das Eigentum nicht garantiert? Und welcher Art ist diese Lücke? Als echte Lücken eines Gesetzes bezeichnet man es, wenn das Gesetz auf eine Frage, die zur Anwendung des Gesetzes notwendig beantwortet werden muss, keine Antwort gibt[381]). Solche echte Lücken gibt es im Katalog der Freiheitsrechte nicht, weil diese kein geschlossenes System von Normen bilden, sondern eine Aufzählung von Programmsätzen, die an sich nicht anwendungsbereit sind. Die Verfassung stellt keine Fragen, die für die Anwendung notwendig beantwortet werden müssten, weil sie gar nicht angewendet werden muss. Wenn der Tessin zur Enteignung ohne Entschädigung schreiten würde, so wäre das entweder ein Verstoss gegen ein kantonales Gesetz, oder wenn das Gesetz dazu ermächtigen würde, wäre das Gesetz ungerecht, d. h. unecht lückenhaft[382]).

---

[380]) Drews, Preussisches Polizeirecht, Allg. Teil S. 15; Lassar, Allg. Polizeirecht 1931 S. 23.

[381]) Burckhardt, Methode S. 260.

[382]) Burckhardt, Methode S. 261. Wenn freilich ein Kanton, der die Eigentumsgarantie nicht kennt, zur vollständigen Enteignung des Privateigentums, also zur Sozialisierung schreiten würde, würde ein logischer Widerspruch entstehen, denn dieser Kanton würde das Privateigentum des ZGB illusorisch machen, und er hätte unter derselben Rechtsordnung nicht Platz neben andern Kantonen, die das Privateigentum respektieren. Das hängt aber mit der Einheitlichkeit der Rechtsordnung im Bundesstaat und damit zusammen, dass die Eigentumsgarantie eine

Bedeutet das Fehlen eines Freiheitsrechtes in einer Kantonsverfassung (oder in der Bundesverfassung) aber eine unechte Verfassungslücke, d. h. einfach eine ungerechte Ordnung, die ohne Verfassungsrevision nicht geändert werden kann? Mit andern Worten, hat sich das Bundesgericht mit diesem Fehlen abzufinden? Oder darf es auch Freiheitsrechte schützen, die überhaupt nicht ausdrücklich garantiert sind? Eine unechte Lücke liegt vor, wenn die Verfassung einen ethischen Mangel hat, wenn sie eine Bestimmung nicht enthält, die sie gerechterweise enthalten sollte. Unechte Lücken darf der Richter im allgemeinen nicht ausfüllen, er darf das Gesetz nicht korrigieren[383]). Darf aber der Verfassungsrichter solche Lücken im Programm der Verfassung korrigieren, besteht für ihn eine Ausnahme? Das Fehlen eines Freiheitsrechtes bedeutet eine sachliche Unrichtigkeit der Verfassung nur dann, wenn der Verfassungsrichter die Freiheitsrechte, die an sich blosse Postulate sind, in Individualrechte umzuwandeln hat, wie der schweizerische Verfassungsrichter nach Art. 113 Ziff. 3 BV es tun soll. Wenn die Freiheitsrechte Postulate bleiben würden, könnte man überhaupt nicht von Lücken, auch nicht von unechten sprechen; denn Programme sind auch nicht unecht lückenhaft, nicht der Kritik nach dem Massstab der Gerechtigkeit unterworfen wie verbindliches Recht. Programme sind zu unfertig dazu. Das Fehlen eines Freiheitsrechtes ist also jedenfalls zunächst nur Programmlücke. Die Frage, ob der Richter sie ausfüllen darf, stellt sich in der Schweiz praktisch bei der Eigentumsgarantie und der Versammlungsfreiheit, weil Bundes- und Kantonsverfassungen dort Lücken im Programm des liberalen Rechtsstaates aufweisen. Für die Bejahung sprechen folgende Erwägungen: wenn das Bundesgericht ein fehlendes Freiheitsrecht als

---

Privatrechtsordnung voraussetzt. Die durchgreifende Enteignung in einem Kanton wäre denn auch bundesrechtswidrig; sie würde gegen das ZGB verstossen.

[383]) Burckhardt, Methode S. 261.

ungeschriebenes gelten lässt, korrigiert es nicht die Verfassung; denn von Korrektur kann man nur sprechen, wo die Verfassung in ihrem Wortlaut den Sinn enthält, der Sinn aber als ungerecht beanstandet wird. Die Freiheitsrechte bedürfen aber, wie wir gesehen haben, erst der Sinngebung, bevor sie als Individualrechte angewendet werden können, und diese Sinngebung ist wie gesagt nicht Auslegung. Die Sinngebung ist auch nicht Entfernung von einem durch den Wortlaut gegebenen Sinn, denn einen Sinn als Rechtssatz hat die Bestimmung noch gar nicht. Da also der Wortlaut eines Freiheitsrechtes bei der dem Verfassungsgerichtshof obliegenden Sinngebung, d. h. der Verwandlung des Postulates in einen Rechtssatz, nicht die Bedeutung hat wie der Wortlaut bei Auslegung eines unklaren Rechtssatzes, ist es im Grunde genommen dasselbe, ob ein Wortlaut überhaupt gegeben ist oder der Verfassungsrichter die Freiheit als Postulat erst aufstellt. Wenn das Bundesgericht entscheiden würde, dass die Versammlungsfreiheit auch für die Kantone verbindlich sei, die sie nicht ausdrücklich gewährleisten,würde es deren Verfassungen nicht korrigieren, sowenig von Korrektur gesprochen werden kann, wenn es die Handels- und Gewerbefreiheit „anwendet", d. h. anwendungsbereit macht; der Wortlaut eines Freiheitsrechtes ist in der Verfassungsrechtsprechung sozusagen gleich unbedeutend wie das Fehlen eines Wortlautes. Die Entscheidung, dass die Versammlungsfreiheit, mit den nötigen Einschränkungen, in der ganzen Schweiz gelte, wäre nicht kühner als die Entscheidung, dass in Art. 4 BV das Willkürverbot enthalten sei, und nicht gewagter als das Urteil, wonach prohibitive Gewerbesteuern dem Art. 31 BV widersprechen; denn sie würde sich nicht mehr und nicht weniger von einem Text und seinem Sinn entfernen. Dass der Verfassungsgesetzgeber der Kantone die Versammlungsfreiheit nicht habe gewährleisten wollen, ist keine begründete Einwendung; denn auch die Vereinsfreiheit, die Glaubensfreiheit usw. sind Programme, nicht Willensentscheidungen

des Verfassungsgesetzgebers, und wenn sie zu Individualrechten geworden sind, ist es das Werk des Staatsgerichtshofes. Weisheit in der Ausstattung der ungeschriebenen Freiheitsrechte mit Vorbehalten, z. B. dass rechtswidrige und staatsgefährliche Versammlungen verboten, solche auf öffentlichem Grund von einer Bewilligung abhängig gemacht werden können, ist gewiss geboten, doch hat es die Rechtsprechung an solcher Weisheit bis anhin gewiss nicht fehlen lassen.

Bei der Eigentumsgarantie[384]) hat sich das Bundesgericht nicht gescheut, in diesem Sinn die Programmlücke auszufüllen und dieses Individualrecht auch für den Kanton Tessin verbindlich zu erklären; es hat erkannt, dass die Eigentumsgarantie nicht nur aus den Kantonsverfassungen abgeleitet werden müsse, sondern auch aus dem gesellschaftlichen Zustand[385]). Doch sollte dieselbe Entscheidung auch bei der Versammlungsfreiheit getroffen werden. Gründe der praktischen Vernunft lassen sich in Fülle anführen: Es wäre unbegreiflich, wenn die freie Meinung in einem demokratischen Staat nur durch die Presse, aber nicht durch Versammlungen geäussert werden dürfte. Gewisse Versammlungen werden durch das Bundesrecht geradezu gefordert, z. B. die Versammlung der Wahlmänner im Nationalratswahlverfahren. Wenn sodann Wahlversammlungen in einem Kanton grundlos verboten werden könnten, im andern nicht, wäre die Nationalratswahl nicht in allen Kantonen das Ergebnis der gleichen Überzeugungsmöglichkeit. Dazu kommt, dass, geschichtlich betrachtet, die Versammlungsfreiheit zweifellos im 19. Jahrhundert als selbstverständlich angesehen oder aus der Volkssouveränität abgeleitet wurde. Programmlücken verleiten wie unechte Gesetzeslücken sonst leicht zu künst-

---

[384]) Und bei den politischen Rechten, Burckhardt, Kommentar S. 61.

[385]) BGE 35 I S. 571, Bosshardt a. a. O. S. 3. Diese Begründung ist aber wenig tief. Zur Gemeindeautonomie vgl. oben S. 133a.

lichen Konstruktionen[386]); eine solche ist der Versuch, die Versammlungsfreiheit aus der Vereinsfreiheit abzuleiten. Denn öffentliche Versammlungen sind etwas anderes als Vereine und Vereinsversammlungen, man denke nur an die heutigen Massenversammlungen[387]). Wenn die Frage der Versammlungsfreiheit bis jetzt nicht entschieden werden musste, ist das darauf zurückzuführen, dass eine Anzahl Kantone sie kennen und dass Art. 4 BV eine genügende Handhabe geboten hätte, gegen völlig grundlose Versammlungsverbote einzuschreiten.

So ermöglicht eine Erörterung über die Auslegung der Grundrechte einen Einblick in das Wesen der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit, die hinsichtlich der Freiheitsrechte und der Rechtsgleichheit als Verwirklichung des liberalen und demokratischen Rechtsstaates in den Kantonen, in der Form der Rechtsprechung, doch sachlich als Verfassungsgesetzgebung anzusehen ist.

X. Ausgewählte Fragen aus Theorie und Praxis.

1. Zur Willkürbeschwerde.

In einer jahrzehntelangen Praxis hat das Bundesgericht[388]) willkürliche Staatsakte, rechtsetzende und rechtsanwendende, als gegen Art. 4 BV verstossend aufgehoben. Auch im schweizerischen Schrifttum herrscht

[386]) Burckhardt, Methode S. 268.

[387]) Burckhardt, Kommentar S. 526, a. A. Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 368 u. a.

[388]) Dass die Bundesversammlung, die von 1848 bis 1874 Rechtsgleichheitsbeschwerden zu beurteilen hatte, nicht bis zur materiellen Rechtsgleichheit vorstiess, ist wegen des parlamentarischen Charakters dieser Behörde begreiflich; auch wäre die materielle Rechtsgleichheit in der Hand einer politischen Behörde nicht ungefährlich; ob mit Art. 4 Willkür verboten sein solle, lässt sich nicht ganz trennen von der Frage, wer das Verbot handhaben solle. Immerhin hat sogar die Bundesversammlung vor 1874 aus Art. 4 das Verbot der Rechtsverweigerung abgeleitet, was aber Ziegler a. a. O. S. 533a ebenfalls beanstandet, soweit sich die Bundesversammlung auch auf Art. 5 BV berufen hat.

die Lehre, dass Art. 4 BV den Bürger auch vor materiell rechtsungleicher Behandlung schütze[389]), und unter materieller Rechtsungleichheit des Gesetzgebers versteht man die Aufstellung von Rechtssätzen mit ungerechten Unterscheidungen, unter materieller Rechtsungleichheit der rechtsanwendenden Behörde die offenbar unrichtige Gesetzesanwendung, d. h. eben die willkürliche Gesetzesanwendung[390]). Was hat aber Willkür mit Ungleichheit zu tun, warum darf man von materieller Ungleichheit sprechen? Das zeigt sich just bei den Ungleichheiten, die sich der Gesetzgeber zuschulden kommen lässt. Dann ist der Massstab nicht das positive Recht, und doch findet ein Vergleich statt: sachlich nicht begründete Unterscheidungen sind ungerecht und willkürlich[391]). Jedenfalls, die Willkür des Gesetzgebers besteht immer in der Anordnung einer ungerechtfertigten Ungleichheit. Aber auch die Willkür der rechtsanwendenden Behörde, wie sie durch das Bundesgericht aufgefasst wird, bedeutet eine materielle

---

[389]) Burckhardt, Kommentar S. 25 ff.; Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 282 ff., 287, der mit seiner Ablehnung der Unterscheidung zwischen formeller und materieller Ungleichheit keineswegs verlangt, dass bei Willkür nicht eingeschritten werde; Lampert, Bundesstaatsrecht S. 42; Affolter, Die individuellen Rechte S. 40 ff.; Curti, Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz 1888 S. 92 ff.; Fürer, Willkür, ein Verstoss gegen die Rechtsgleichheit 1928; Zetter, Das Prinzip der Rechtsgleichheit in der Rechtsprechung des schweiz. Bundesgerichts 1908; Blumer-Morel, Bundesstaatsrecht I S. 363 ff. Schon Kaiser, Schweiz. Staatsrecht Buch I 1858 S. 146, führte aus, es wäre der richtige Weg, positivrechtlich ein allgemeines Prinzip der Gleichheit aufzustellen.

[390]) Burckhardt, Kommentar S. 29, 32.

[391]) Erich Kaufmann a. a. O. S. 10 ff. Mit der Rechtsgleichheit, schreibt Burckhardt, Kommentar S. 5, wird nicht die ganze Rechtsidee erfasst, sondern die Rechtsgleichheit drückt eine Relation aus, im Verhältnis zu einem andern ist ein Rechtssatz ungleich, z. B. die Schlechterstellung der Adoptivkinder zu den natürlichen Kindern im Erbschaftssteuerrecht. E. Huber, Recht und Rechtsverwirklichung 2. Aufl. 1925 S. 56 ff.; Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft 1911 S. 359.

Ungleichheit: es wird vom Gesetz abgewichen, es wird anders entschieden, als das Gesetz es will, es wird im Vergleich zum Gesetz eine ungerechtfertigte Unterscheidung gemacht. Soweit die materielle Ungleichheit der rechtsanwendenden Behörde zur Last fällt, wird das Gesetz vorausgesetzt: die materielle Ungleichheit der anwendenden Behörde besteht in einer bestimmten Art der Gesetzesanwendung, oder, wo ein Gesetz fehlt, ist die materielle Ungleichheit dieselbe wie beim Gesetzgeber, eine Ungerechtigkeit. Wenn aber die rechtsanwendende Behörde das Gesetz nicht anwendet, obschon es vorhanden ist, wenn sie es beiseite schiebt, z. B. durch Abschluss eines Steuerabkommens mit einem mächtigen Steuerpflichtigen, der mit Wegzug droht, ist zwar die Rechtsgleichheit auch verletzt, und zwar a fortiori[392]), denn Privilegien sind mit der Rechtsgleichheit unvereinbar. Doch liegt der Verstoss dann eben darin, dass das Gesetz, das angewendet werden sollte, nicht nur unrichtig angewendet oder geradezu willkürlich angewendet wird, sondern dass es gänzlich beiseite geschoben wird. Wenn die Schaffung von Privilegien durch den Gesetzgeber als Verstoss gegen die formelle Rechtsgleichheit unstatthaft ist, indem der Gesetzgeber sich so in Widerspruch mit sich selbst setzt[393]), ist die Schaffung von Privilegien durch die rechtsanwendende Behörde erst recht anfechtbar: gewissermassen eine doppelte Ungleichheit[394]).

Wenn der angefochtene Entscheid einer rechtsanwendenden Behörde sich auf keine Bestimmung beruft, weil das Gesetz lückenhaft ist, ist das Bundesgericht manchmal geneigt, zu sagen, dass eine Willkür schon deshalb ausgeschlossen sei, weil das Gesetz keine Bestimmung enthalte und deshalb verschiedene Lösungen denkbar seien. Allein Willkür der rechtsanwendenden Behörde kann nicht nur

[392]) Burckhardt, Kommentar S. 28.

[393]) Burckhardt, Kommentar S. 28.

[394]) Über die Legitimation zur Anfechtung von Privilegien unten S. 181a ff.

in der Abweichung von einem Wortlaut liegen, sondern auch in einer unbilligen Entscheidung dort, wo das Gesetz selbst keine Lösung gibt. Wenn das thurgauische Wasserrechtsgesetz nicht sagt, ob die Verpflichtung zum Unterhalt eines nicht mehr benützten Stauwehres nach Untergang des Wasserrechtes eine dingliche Pflicht (Reallast) oder eine persönliche (baupolizeiliche) Pflicht sei, ist damit noch nicht gesagt, dass beide möglichen Lösungen dem Vorwurf der Willkür standhalten[395]). Ob die Wertung der kantonalen Behörde willkürlich ist, ist freilich auch in diesem Fall selber eine Frage der Wertung; begriffliche Erörterungen über den „Willkürbegriff" führen nicht zum Ziele[396]).

Vollständig verfehlt ist es, Willkür nur dann anzunehmen, wenn die Behörde in Ansehung der Person entschieden hat, die Willkür also subjektiv aufzufassen und von der Rechtsidee zu entfernen. Entscheidend ist nicht, welche subjektiven Motive den Richter bewogen haben mögen, sondern ob seine Verfügung den Anforderungen der Gerechtigkeit entspricht[397]).

Die Kritik wendet sich namentlich gegen die Zulassung der Willkürbeschwerde gegen rechtsanwendende Staatsakte; dieses Rechtsmittel wird als überflüssig, der Willkürbegriff als „vorgeschoben" betrachtet, um die Kontrolle der kantonalen Staatstätigkeit zu ermöglichen[398]). Allein die Anfechtbarkeit rechtsetzender Staatsakte wegen materieller Ungleichheit konnte nicht eingeführt werden ohne Anfechtbarkeit auch der rechtsanwendenden Staatsakte wegen Willkür; denn wenn schon Gesetze als un-

---

[395]) Vgl. das Urteil v. 29. Mai 1936 i. S. Rüesch.

[396]) Ruck, Schweizerisches Staatsrecht S. 46.

[397]) Es wäre höchst bedauerlich, wenn die (notwendige) Tendenz zur Eindämmung mutwilliger Willkürbeschwerden dazu führen würde, dass die Willkür auf die Fälle beschränkt würde, wo der kantonalen Behörde subjektive Parteinahme vorgeworfen werden kann. Vgl. die Ausführungen von Leibholz im Archiv f. öff. Recht n. F. 12 S. 35/6.

[398]) Ziegler a. a. O. S. 534a.

gerecht sollen annulliert werden können, sollen die positivrechtlichen Ungerechtigkeiten erst recht nicht passieren dürfen, das wäre widerspruchsvoll[399]). Der Staat, der die Anfechtung der Gesetze als ungerecht zulässt, erteilt dem Positivismus eine Absage; er kann ihn aber nicht zur Hintertür dadurch wieder hereinlassen, dass bei der Anwendung der Gesetze selbst die schlimmsten Verstösse geduldet werden; denn auch dieser Staat setzt voraus, dass die Gesetze dem Postulat der Gerechtigkeit entsprechen und dass eine materiell ungleiche, geradezu willkürliche Gesetzesanwendung ungerecht sei. Darauf ist zurückzuführen, dass in Deutschland die rege Auseinandersetzung über die Bedeutung des Art. 109 RV in der Regel nicht als die Frage gestellt wurde, ob auch eine materielle Ungleichheit unzulässig sei, sondern als die Frage, ob sich Art. 109 RV auch an den Gesetzgeber wende; man sah also ohne weiteres ein, dass sofern sich Art. 109 auch an den Gesetzgeber richtet, die materielle Rechtsgleichheit auf der ganzen Linie garantiert sein muss[400]). Wer umgekehrt die Willkürbeschwerde gegen die Gesetzesanwendung in Frage stellt, der stellt sie überhaupt in Frage.

Es soll hier nicht versucht werden, die Gewährleistung der materiellen Rechtsgleichheit nochmals zu rechtfertigen; es sei auf die Schriften verwiesen, die es mit Auszeichnung

---

[399]) Carl Schmitt, Jur. Wochenschrift 1926 II S. 2271.

[400]) Kaufmann a. a. O. S. 10 ff.; Anschütz, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer Heft 3 S. 48; Triepel, daselbst S. 50; Stier-Somlo, bei Nipperdey I S. 200. Nawiasky, a. a. O. S. 36, lehnte für Deutschland die schweizerische Auffassung ab, mit der Begründung, dass zwischen persönlicher und sachlicher Gleichheit unterschieden werden müsse und die Reichsverfassung, wie übrigens auch die Bundesverfassung, die sachliche Rechtsgleichheit nicht kenne, doch ist die Unterscheidung von persönlicher und sachlicher Gleichheit mit Recht abgelehnt worden durch Triepel a. a. O. S. 51, Leibholz, im Archiv f. öff. Recht 12 S. 13 ff., und Stier-Somlo a. a. O. S. 196; das Sachliche lässt sich nicht vom Persönlichen trennen, und es lässt sich nicht für dieses allein die Gleichheit durchführen.

getan haben[401]). Dem Geist der Zeit würde eine Beseitigung der Willkürbeschwerde jedenfalls nicht entsprechen; denn auch wenn man zugibt, dass die materielle Rechtsungleichheit sich nicht definieren lässt, so wenig als die Rechtsgleichheit selbst[402]), kann man an der Überwindung des Positivismus arbeiten, die im Gange ist, und den Gleichheitssatz für praktisch bedeutsam halten[403]). Die unter der Weimarer Verfassung entstandene deutsche Literatur, selbst von der schweizerischen Rechtsprechung erheblich beeinflusst, hat die Rechtfertigung noch vertieft[404]). Dazu kommt, dass in den unruhigen Zeiten, die wir durchmachen, mehr Willkürlichkeiten passieren; Behörden sind nervös oder durch den Finanzbedarf gezwungen, die Steuerschraube anzuziehen. Durch ihre blosse Existenz vermag die Willkürbeschwerde Willkür zu vermeiden[405]). Der Einwand, dass in Zivilsachen die Willkürbeschwerden verkappte Berufungen seien, die zum Zweck haben, die Streitwertgrenze zu umgehen, ist nicht stichhaltig; denn die Zahl der Beschwerden aus dem Gebiet des Zivilrechtes ist im Vergleich zu denen aus dem Prozessrecht, dem Strafrecht und besonders dem Verwaltungsrecht unbedeutend; ausserdem müssen verkappte Berufungen, in denen von

---

[401]) Leo Weber, in der Ansprache am Lausanner Juristentag von 1903, Zeitschr. f. schweiz. Recht n. F. 22 S. 675 ff.; Silbernagel, Die Gleichheit vor dem Gesetz und die bundesrechtliche Praxis, Zeitschr. f. schweiz. Recht n. F. 21 S. 85 ff., namentlich gegenüber Jellinek, System S. 92; Burckhardt, Kommentar S. 33 ff.

[402]) Burckhardt, Kommentar S. 33; Heller, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer Heft 3 S. 57.

[403]) Heller, Allg. Staatslehre S. 257.

[404]) Vgl. die bei Jahrreiss, im Handbuch II S. 624 Anm. 1, und bei Stier-Somlo a. a. O. zit. Lit., insbesondere aber Erich Kaufmann a. a. O. S. 2 ff. und Richard Schmidt, daselbst S. 46 ff., Carl Schmitt, Jur. Wochenschrift 1926 II S. 2271.

[405]) Wie auch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorbeugend wirkt, Schindler, SJZ 22 S. 675 ff.; Burckhardt, Kommentar S. 34.

Willkür nicht die Rede sein kann, abgewiesen werden. Ebenso ist nicht richtig, dass die Willkürbeschwerde die Kantone gehindert hätte, ihre Verwaltungsgerichtsbarkeit auszubauen[406]); denn die kantonale Verwaltung ist einerseits im allgemeinen so gut, dass eine eingehendere Prüfung als nur auf Willkür kaum einem grossen Bedürfnis entspricht[407]), und anderseits sind die Kantone in der Hauptsache nicht imstande, ein Verwaltungsgericht befriedigend zu besetzen[408]); die Willkürbeschwerde bietet ihnen eine Hilfe, und sie hat sich bewährt, weil sie unsern politischen und organisatorischen Verhältnissen entspricht.

Hingegen soll noch versucht werden, zu zeigen, dass die Einführung der materiellen Rechtsungleichheit durch das Bundesgericht keineswegs so unvermittelt war, wie manche annehmen. Soweit die materielle Rechtsungleichheit durch Art. 4 garantiert ist, mag man die materielle Rechtsungleichheit, die zur Aufhebung des angefochtenen Staatsaktes führt, Willkür nennen. Dass aber der Gedanke, der Bürger müsse sich gegen Willkür zur Wehr setzen können, und zwar ganz allgemein, seit den Anfängen des Naturrechtes verbreitet war, soll die folgende historische Auslese zeigen:

Schon Calvins Institutio religionis Christianae 1559 führte aus, dass es ein Widerstandsrecht insofern gebe, als es einer zur Brechung fürstlicher Willkür eingesetzten Behörde nicht nur nicht verboten, sondern zur Pflicht gemacht sei, der Willkür entgegenzutreten, ja dass sie pflichtvergessen handle, wenn sie von ihrer Kompetenz

---

[406]) Ziegler a. a. O. S. 535a.

[407]) Dass die schweizerische Verwaltung im allgemeinen ein gutes Zeugnis auch hinsichtlich des Schutzes der Rechte der Bürger verdient, ist auch das Ergebnis einer Studie ausländischer Beurteiler: Friedrich and Taylor Cole, Responsible Bureaucracy, a study of the Swiss Civil Service 1932.

[408]) Burckhardt, Kommentar S. 34.

keinen Gebrauch mache[409])[410]). Zwingli kennt das Widerstandsrecht ebenso; gegen die unrechtmässig herrschende Obrigkeit darf das Volk tätigen Widerstand leisten und sie absetzen[411]). Bei Althusius tritt das Widerstandsrecht auf als das den Landständen übertragene Recht des Volkes, sich gegen notorische, beharrliche und mit andern Mitteln nicht zu beseitigende Tyrannei aufzulehnen[412]). Auch die andern Naturrechtslehrer kennen es, Grotius, der es den Ständen sogar gegen Kompetenzübergriffe des Königs geben will[413]), Milton, Locke, der es zum Schutz der natürlichen Freiheit gewährleistet wissen wollte[414]), Algernoun Sidney[415]), Jurieu, der Widerstand gegen die Antastung der unveräusserlichen Rechte lehrte (in seinen Lettres pastorales), Ulrich Huber, der in seinen drei Büchern über das Staatsrecht (1674) in einem Staat mit beschränkter Herrschergewalt das Widerstandsrecht eben zum Schutz dieser Schranken gelten lassen wollte,

---

[409]) Buch IV cap. XX 30: Nam si qui nunc sint populares magistratus ad moderandam regum libidinem constituti adeo illos ferocienti regum licentiae pro officio intercedere non veto, ut si regibus impotenter grassantibus et humili plebeculae insultantibus conniveant, eorum dissimulationem nefaria perfidia non carere affirmem, quia populi libertatem. cuius se Dei ordinatione tutores positos norunt, fraudulenter produnt. Willkür heisst hier in zutreffender Übersetzung libido.

[410]) Über das Widerstandsrecht bei den andern, protestantischen und katholischen Monarchomachen siehe Wolzendorff a. a. O. S. 98 ff.

[411]) Huldreich Zwinglis sämtl. Werke, Corpus reformatorum 1905 II 342, 26: So sy (die Obrigkeit) aber untrülich und usser der schnur Christi faren wurdind, mögend sy mit got entsetzt werden. Farner, Die Lehre von Kirche und Staat bei Zwingli S. 62 ff.; Wolzendorff a. a. O. S. 180 ff.

[412]) Althusius, Politica Cap. 38: De tyrannide ejusque remediis; Gierke a. a. O. S. 29 ff.; Wolzendorff S. 203 ff.

[413]) Hugo Grotius, De iure belli ac pacis Lib. I XIII; Wolzendorff a. a. O. S. 249 ff.

[414]) Bluntschli, Geschichte des allg. Staatsrechtes und der Politik 1864 S. 169 ff.

[415]) Wolzendorff S. 269 ff.

der leges fundamentales[416]). Gegen das Ende des 18. Jahrhunderts tritt im Naturrecht das Widerstandsrecht immer individualistischer auf; aus einem Widerstandsrecht des Volkes wird ein Widerstandsrecht auch des Einzelnen, so bei Abbé Mably[417]). Um diese Zeit hat in der Schweiz auch de Vattel das Widerstandsrecht gegen alle „actes injustes" der Regierung gelehrt; er war ein Schüler Christian Wolffs und führte ausdrücklich an, dass auch die verfassungsmässige Gewalt des Fürsten ihre Grenzen habe[418]).

In den amerikanischen Erklärungen der Menschenrechte und in der französischen Erklärung von 1793 wurde versucht, das Widerstandsrecht staatsrechtlich zu verankern. Es war teilweise freilich nur ein Versuch, denn im Grunde genommen blieben die Erklärungen im Naturrechtlichen stecken. Bemerkenswert aber ist der Umstand, dass hier wieder wie bei Calvin der Widerstand gegen Willkür gepredigt wurde; mochte früher mehr von Tyrannei die Rede gewesen sein, in einzelnen Fällen auch von Ungerechtigkeit, so kam jetzt immer mehr der Terminus Willkür auf. Die Erklärungen von Virginia, Massachusetts, Pennsylvania und Vermont gaben das Widerstandsrecht der Volksmehrheit, da sie es aus der Volkssouveränität ableiteten[419]). Allgemein und gegen jede Willkür stellte das Widerstandsrecht auf Maryland[420]).

---

[416]) Wolzendorff S. 308 ff., 319.

[417]) Mably, Des droits et devoirs des citoyens 1758.

[418]) de Vattel, Le droit des gens ou principes de la loi naturelle 1758 Liv. I Cap. IV § 50 ss. Vgl. auch Wolzendorff S. 333 N. 1 und Ed. Béguelin, En souvenir de Vattel, Recueil de Travaux offert par la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel à la Société Suisse des Juristes 1929.

[419]) Virginia Section 3: . . . and that, when any government shall be found inadequate or contrary to these puposes, a majority of the community hath an indubitable, inalienable and indefeasible right to reform, alter or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal.

[420]) Section 4: The doctrine of nonresistance, against arbitrary power and oppressionem is absurd, slavish and destructive

Die französische Erklärung von 1793 unterschied deutlich zwischen dem Widerstandsrecht des Volkes[421]) und dem Widerstandsrecht des Einzelnen, das wiederum gegen Willkür gegeben ward[422]). Es war dann Condorcet vorbehalten, im girondistischen Verfassungsentwurf der Frage näherzutreten, wie das Widerstandsrecht als unveräusserliches Menschenrecht des Einzelnen ausgeübt werden solle. Er kam zum Ergebnis, dass jeder Bürger ein gesetzliches Mittel haben müsse, das Widerstandsrecht auszuüben. Deshalb nennt der girondistische Entwurf einer neuen Erklärung der Menschenrechte auch das Widerstandsrecht unter den Menschenrechten[423]); es ist gegeben gegen Willkürakte[424]) und ausgeübt wird es ganz wie unter der geltenden schweizerischen Verfassung, „als Recht des Bürgers, zur Verhinderung unrechtmässiger Ausübung der Staatsgewalt eine durch die Verfassung eingerichtete Rechtschutzorganisation in Bewegung zu setzen[425])[426]).

---

of the good and happiness of mankind. Über die Anerkennung des Widerstandsrechtes in den amerikanischen Staatsverfassungen Wolzendorff S. 369, Hägermann, Die Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte in den ersten amerikanischen Staatsverfassungen 1910 S. 139 ff.

[421]) Déclaration des droits de l'homme et du citoyen Art. 35: Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs.

[422]) Art. 2: Tout acte exercé contre un homme hors des cas et sans les formes que la loi détermine, est arbitraire et tyrannique; celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence, a le droit de le repousser par la force.

[423]) Art. 1er: Les droits naturels, civiles et politiques des hommes sont: la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété, la garantie sociale et la résistance à l'oppression. Das Resistenzrecht wird hier also nicht aus der égalité abgeleitet.

[424]) Art. 32 des Deklarationsentwurfes: Il y a oppression, lorsque des actes arbitraires violent les droits des citoyens contre l'expression de la loi.

[425]) Wolzendorff S. 394.

[426]) Welcher Instanz diese Kontrolle übergeben werden sollte, interessiert hier nicht weiter; Sieyès hatte eindringlich ein jury

Nachdem der girondistische Entwurf im französischen Staatsleben kein Gehör gefunden hatte und überhaupt durch die Ereignisse längst überholt war, tauchten in der Literatur stets wieder neue Versuche auf, das Widerstandsrecht in das Staatsrecht überzuführen. So führte der schweizerische Philosoph Ignaz Paul Vital Troxler[427]) als Mittel, das konstitutionelle Verhältnis „der oberherrlichen und der unterthänigen Staatsbürger" zu bewahren, an: „Das Widerstandsrecht im right of resistance, welches in England constitutionel eingeführt, und eben dadurch unschädlich gemacht ist. Wo immer die Regierung die allgemein anerkannten Rechte des Bürgers antastet, hat er die Befugnis, sich zu widersetzen, und die Gerichte des Landes entscheiden zwischen ihm und der Gewalt." Er war dabei beeinflusst von Blackstone[428]). In Deutschland widmeten sich Jordan und Grövell der Frage der Ausübung des Widerstandsrechtes im Staatsrecht; Jordan[429]) verlangte eine „rechtliche Ordnung des Staatslebens im Rechtsstaat durch Anerkennung der Allgemeinheit der richterlichen Gewalt, die die Verfassungswidrigkeit der Befehle festzustellen hat"; am 5. Januar 1831 wurden seine Bestrebungen gekrönt durch die kurhessische Verfassung, die in Art. 35 dem Bürger, der durch Benachteiligung in seinen Interessen legitimiert ist, eine Verfassungsbeschwerde gewährte[430]). Ein weiterer Schweizer,

---

constitutionnel verlangt, während Franklin in Pennsylvanien einen Council of censors gegründet und Fichte ein Ephorat verteidigt hatte. In der Schweiz schwebt manchen Anhängern der Verfassungsgerichtsbarkeit im Bunde heute eine Art Staatsrat vor. Vgl. Triepel, Staatsgerichtsbarkeit S. 13 ff.

[427]) In seiner Philosophischen Rechtslehre der Natur und des Gesetzes mit Rücksicht auf die Irrlehren der Liberalität und der Legitimität 1820 S. 175 ff.

[428]) D. h. dessen Commentaries on the law of England mussten ihm bekannt gewesen sein. Wolzendorff S. 432.

[429]) Versuche über Staatsrecht in systematischer Ordnung und mit Bezugnahme auf Politik 1926 S. 406 ff.

[430]) Bovensiepen, Die kurhessische Verfassungsurkunde

K. L. von Haller[431]), knüpfte das Widerstandsrecht wieder mehr an vorrevolutionäre Auffassungen an. Allein bis weit ins 19. Jahrhundert hinein finden sich auch Juristen, welche das individuelle Widerstandsrecht gegen „unrechte Befehle" als Verfassungsbeschwerde postulieren, so R. Mohl[432]). Zwar ist in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes allmählich erstorben, das Widerstandsrecht des Bürgers aber wurde entsprechend den Postulaten der zahlreichen Autoren, die es vertraten, da und dort auch in Gestalt der Verfassungsbeschwerde in das positive Staatsrecht überführt. Es wird in eine rechtliche Organisation umgeleitet, in ein Rechtsmittel verwandelt[433]). Mochte damit auch sein ursprünglicher Charakter als unorganisiertes Recht verlorengegangen sein, so können doch die geschichtlichen Zusammenhänge nicht verkannt werden; auch in der Schweiz sind diese Zusammenhänge nicht unterbrochen worden, und die Verfassungsbeschwerde wegen Willkür, welche das Bundesgericht durch seine Sinndeutung des Art. 4 BV geschaffen hat, ist die Nachfolgerin des Widerstandsrechtes eines Condorcet u. a. Noch im Jahre 1858 hat Simon Kaiser[434]) bei seiner Darstellung der Rechtsgleichheit das Willkürverbot postuliert, und es ist also nicht so, als ob erst nach 1874 das ständige Bundesgericht die „Erfindung" gemacht hätte[435]). Freilich lässt sich

vom 5. Januar 1831, Archiv f. öff. Recht Bd. 34 S. 11; über die Urheberschaft Jordans S. 99.

[431]) Die Restauration der Staatswissenschaft oder Theorie des natürlich-geselligen Zustandes der Chimäre des künstlich-bürgerlichen entgegengesetzt. 1820 S. 410 ff. Buch I cap. 15.

[432]) Das Staatsrecht des Königreichs Würtembercg 2. Aufl. 1840 I S. 324, vgl. Wolzendorff S. 455.

[433]) Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 164.

[434]) Schweizerisches Staatsrecht S. 149 ff.

[435]) Kaiser a. a. O. S. 149: Gleiche Behandlung in allen vorkommenden Fällen muss hier die Richtschnur bilden und alle Willkür ferne halten. Auch Dubs, Das öffentliche Recht der Schweiz. Eidgenossenschaft S. 154 ff., hat schon die materielle Rechtsgleichheit postuliert.

nicht nachweisen, welche Bücher die Richter von 1874 und 1878 gelesen hatten, aber das ist auch nicht nötig. Die Willkürbeschwerde erweist sich also als die staatsrechtliche Ausgestaltung des frühern Widerstandsrechtes in seiner individualistischen Abart; materiell ist sie durch das Bundesgericht zur Beschwerde gegen besonders krasse Ungerechtigkeiten ausgestaltet worden, und sie ist so das Einfallstor geworden, durch das die Idee der Gerechtigkeit täglich auch dem positiven Rechte gegenüber siegen kann.

2. Über die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde.

a) Allgemeines[436]).

Art. 178 Ziff. 2 OG regelt die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde. Sie steht nicht jedermann zu, sondern nur den Korporationen und Bürgern, die durch allgemeinverbindliche oder sie persönlich betreffende Verfügungen oder Erlasse Rechtsverletzungen erlitten haben[437]). Die staatsrechtliche Beschwerde ist also keine Popularbeschwerde, wie das Bundesgericht wiederholt festgestellt hat[438]). Sobald aber zu bestimmen ist, wie die im Erfordernis der Beschwerdelegitimation liegende Beschränkung aufzufassen, was unter einer Rechtsverletzung zu verstehen sei, beginnen die Schwierigkeiten.

---

[436]) Die Legitimation kann und soll hier nicht abschliessend behandelt, sondern es soll nur auf die grundsätzliche Frage hingewiesen werden, die sich stellt. Vgl. Kirchhofer, Über die Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurs, Zeitschr. f. schw. Rekurs n. F. 55 S. 136; Giacometti S. 166 ff.

[437]) Ebenso spricht der italienische Gesetzestext von „persone o corporazioni che si trovano lese nei loro diritti da decisioni o decreti", während der französische nicht Rechtsverletzungen verlangt, sondern einfach Verletzungen: „particuliers ou corporations lésés par des décisions ou arrêtés."

[438]) BGE 27 I S. 492, 28 I S. 163, 47 I S. 501, 56 I S. 160, Urteil v. 27. Januar 1933 i. S. Solothurn, v. 3. April 1936 i. S. Binz.

Eine Rechtsverletzung im Sinne des Art. 178 Ziff. 2 OG hat jemand nicht dadurch erlitten, dass ihm gegenüber sein verfassungsmässiges Individualrecht verletzt worden ist, welche Verletzung er eben durch die Beschwerdeführung rügen will. Der Bürger oder die Korporation ist also nicht dann legitimiert, wenn er oder sie eine Verletzung der Pressfreiheit, der Eigentumsgarantie usw. erlitten hat. Gewiss ist die staatsrechtliche Beschwerde gegeben, um solche Verletzungen der Individualrechte anzufechten, haben wir doch gesehen, dass die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit zum Kernstück eben den Individualrechtsschutz hat. Wenn aber schon derjenige legitimiert wäre, dessen verfassungsmässiges Individualrecht durch den angefochtenen Erlass oder die angefochtene Verfügung verletzt worden ist, hätte das Bundesgericht lediglich zu prüfen, ob die Verfassungsbestimmung, auf welche sich der Rekurrent beruft, ein Individualrecht begründet und wenn ja, ob es verletzt worden ist. Müsste die individualrechtliche Natur der angerufenen Bestimmung bejaht werden, so würde die Frage, ob der Rekurrent legitimiert sei, zusammenfallen mit der Frage, ob der Rekurs gutgeheissen werden muss. Auf diese Weise wäre die staatsrechtliche Beschwerde doch eine Art Popularbeschwerde; jedermann, dessen Beschwerde gutgeheissen werden müsste, könnte sich beschweren. Art. 178 Ziff. 2 OG hat aber eine Auswahl treffen wollen. Beschwerdevoraussetzung kann nicht die Rechtsverletzung sein, die das Urteil erst zu bejahen oder zu verneinen hat[439]).

Legitimiert ist aber auch nicht derjenige, dessen Beschwerde gutgeheissen werden müsste, wenn das Individualrecht in der Weise verletzt wäre, wie er es in der Beschwerde behauptet. Die Darstellung des Sachverhaltes und der Rechtslage in der Beschwerde ist für die Legitimationsfrage überhaupt bedeutungslos, anders als im Zivilprozess, wo es mitunter für die Entscheidung einer

[439]) Kirchhofer a. a. O. S. 160.

Frage auf den Anspruch ankommt, so wie er begründet ist. Die Rechtsverletzung, von der Art. 178 Ziff. 2 OG spricht, hat überhaupt nicht etwa hypothetische Bedeutung[440]). Die Hypothese wäre die, dass die Beschwerde begründet wäre. Die Begründetheit der Beschwerde kann nicht zur Prozessvoraussetzung gemacht werden, also will man die Legitimation nicht mit der materiellen Frage zusammenfallen lassen, sondern lediglich unter einer Hypothese entscheiden: dass die Beschwerde begründet sei. So wird ausgeführt[441]), die Legitimation sei zu bejahen, wenn nachgewiesen sei, dass der Rekurrent durch den angefochtenen Staatsakt, falls dieser wirklich eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte enthalte, seinerseits eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte erleide. Allein damit ist nichts gewonnen; denn wie soll der Rekurrent nachweisen, dass er in seinem Individualrecht verletzt sei, sofern überhaupt ein Individualrecht verletzt sei? Es wird vorausgesetzt, dass die Frage, ob das durch eine Verfassungsbestimmung gewährleistete Individualrecht verletzt sei, verschieden sei von der Frage, ob das Individualrecht des Rekurrenten verletzt sei. Das ist aber dieselbe Frage. Es gibt nicht Individualrechte im allgemeinen, die verletzt werden, und Individualrechte bestimmter Personen, sondern ob ein Individualrecht in einer Bestimmung liegt, kann allgemein entschieden werde, ob es aber verletzt ist, nur im Hinblick auf eine bestimmte Person.

Unter den Verletzungen, von denen Art. 178 Ziff. 2 spricht, sind nicht Verletzungen der Individualrechte zu verstehen, sondern Verletzungen bestimmter Interessen. Die individualrechtliche Verfassungsbestimmung, deren Verletzung gerügt wird, gibt kein Kriterium ab, um die Legitimationsfrage zu entscheiden. Art. 178 Ziff. 2 kann unter den Rechten, die verletzt sein müssen, damit der Rekurrent legitimiert ist, jedenfalls nicht die Verfassungs-

---

[440]) A. A. Kirchhofer a. a. O. S. 160.

[441]) Giacometti S. 166 ff.

rechte, wie Gewerbefreiheit, Vereinsfreiheit usw., verstanden haben; denn ob diese Rechte verletzt sind, kann nur im Urteil entschieden werden und für die Legitimationsfrage nichts besagen.

Das Bundesgericht hat denn auch in seiner Rechtsprechung den Entscheid in der Legitimationsfrage nicht davon abhängig gemacht, ob ein Individualrecht des Rekurrenten verletzt sei oder unter einer bestimmten Hypothese verletzt wäre. So wurde z. B. der Rekurs einer Anzahl Bürger wegen angeblicher Verletzung der Rechtsgleichheit und der Gewissensfreiheit gegen die Ernennung eines protestantischen, der Freimaurerloge angehörenden Laien als Religionslehrer am Lehrerseminar Pruntrut mangels Legitimation abgelehnt, aber nicht weil ihre Individualrechte nicht berührt seien, sondern weil sie weder Schüler des Seminars noch gesetzliche Vertreter von Schülern seien, weil sie also kein genügendes Interesse hatten[442]). Oder es wurde mangels Legitimation nicht eingetreten auf eine Beschwerde eines Bürgers gegen den Entscheid der Verleihungsbehörde, welche der Übertragung einer Wasserrechtskonzession auf einen andern Unternehmer unter Ausdehnung gewisser steuerrechtlicher Vergünstigungen zugestimmt hatte, aber nicht weil der Bürger keine Verletzung der Rechtsgleichheit erlitten habe, sondern weil er persönlich nicht interessiert sei und nur ein öffentliches Interesse geltend mache, das von jedem andern Angehörigen des Kantons auch ins Feld geführt werden könnte[443]). Oder wenn einer Anzahl St. Galler Bürger die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen die Bewilligung des Glücksspieles im Kursaal Ragaz durch den Regierungsrat im bundesgerichtlichen Urteil[444]) aberkannt wurde, geschah das wiederum, weil die Rekurrenten nicht persönlich betroffen seien.

In einzelnen Fällen hat das Bundesgericht freilich

[442]) BGE 28 I S. 163 ff.
[443]) BGE 48 I S. 225.
[444]) BGE 56 I S. 160.

unter den Rechten, die zur Bejahung der Legitimation nach Art. 178 Ziff. 2 OG verletzt sein müssen, die Individualrechte verstanden, deren Verletzung der Beschwerdeführer rügen wollte. Allein das sind auch die Fälle, in denen es die Frage, ob eine Verfassungsbestimmung ein Individualrecht garantiere, vermengte und verwechselte mit der Frage, ob der Rekurrent legitimiert sei. Diese Fragen müssen aber auseinandergehalten werden[445]). So wurde in einem Urteil die Frage, ob Art. 1 der freiburgischen Verfassung, der die Staatsform des Kantons umschreibt, ein Individualrecht begründe, als Legitimationsfrage abgewandelt[446]).

Die Annahme, dass Art. 178 Ziff. 2 OG unter den verletzten Rechten die Individualrechte verstehe, widerspricht auch der Lehre und Praxis, wonach die verletzten Interessen rechtlich geschützte sein müssen, damit die Legitimation angenommen werden kann. Rechtlich geschützt sind nach dieser Lehre Interessen, wenn sie durch das von der kantonalen Instanz angewendete öffentliche Recht geschützt sind, nicht etwa durch die Verfassungsbestimmung, deren Verletzung gerügt wird. Wenn beispielsweise wiederholt die staatsrechtliche Beschwerde eines Nachbars gegen die Erteilung einer Baubewilligung mangels Legitimation als unzulässig behandelt wurde[447]), und wenn das damit begründet wurde, dass das vorhandene Interesse an der Nichterteilung der Baubewilligung ein öffentliches sei und private Interessen durch das Zivilrecht genügend geschützt seien, war der Gedanke der, dass das öffentliche Baupolizeirecht private Interessen nicht schütze, dass also das vorhandene Interesse des Rekurrenten, z. B. dass ein öffentlich-rechtlicher Abstand innegehalten werde, nicht rechtlich geschützt, sondern nur ein tatsächliches Interesse sei. Allein wenn es überhaupt richtig wäre,

---

[445]) Kirchhofer a. a. O. S. 147 ff., oben S. 62a ff.

[446]) BGE 36 I S. 647.

[447]) BGE 53 I S. 400, 59 I S. 79, Urteile v. 9. Juni 1928 i. S. Steiner, v. 8. Juni 1933 i. S. Michel.

zwischen tatsächlichen und rechtlich geschützten Interessen zu unterscheiden, müsste doch beachtet werden, dass der rechtliche Schutz des Interesses kein Schutz durch die individualrechtliche Verfassungsbestimmung wäre, sondern ein Schutz durch das von der kantonalen Behörde angewendete Recht. Bald soll anhand dieses angewendeten Rechtes, z. B. des Baupolizeirechtes, entschieden werden, ob der Rekurrent legitimiert ist, bald anhand der Verfassungsbestimmung, deren Verletzung gerügt wird! Und doch kann nur das eine oder andere richtig sein[448]).

Lehnt man es ab, unter den Rechten im Sinne des Art. 178 Ziff. 2 OG die Individualrechte zu verstehen, so frägt sich, ob darunter subjektive öffentliche Rechte im allgemeinen zu verstehen seien, ob z. B. zur Beschwerde gegen die Verweigerung eines Wirtschaftspatentes derjenige legitimiert sei, der ein subjektives Recht auf das Patent habe, der Gesuchsteller und eventuell auch der Grundeigentümer. Diese subjektiven Rechte wären dann keine solchen der Verfassung, sondern der verschiedensten Gesetze; gegen die willkürliche Verweigerung eines Fahrzeugausweises für ein Automobil könnte derjenige rekurrieren, der nach dem BG über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr vom 15. März 1932 ein „subjektives Recht" auf den Ausweis hätte. Allein wir haben gesehen, dass es subjektive Rechte im öffentlichen Recht gar nicht gibt. Die Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte sollte sich in der Legitimationsfrage bewähren, kann es aber nicht; wenn entschieden werden muss, ob jemand zur

---

[448]) Das Bundesgericht hat selbst schon Ausnahmen machen müssen, wenn durch die angefochtene Baubewilligung nicht nur über die Bebauung der Liegenschaft des Rekursbeklagten entschieden wird, sondern gleichzeitig auch eine spätere Bebauung der Liegenschaft des Rekurrenten berührt wird, z. B. dadurch, dass der Rekurrent dann laut Gesetz an die Grenze zu bauen oder einen bestimmten Abstand zu wahren hat. Dann hat das Bundesgericht die Frage der Legitimation bejaht. Urteile v. 30. Nov. 1928 i. S. Gard und v. 29. Mai 1936 i. S. Fontana.

Beschwerde legitimiert sei, kann nicht so verfahren werden, dass man prüft, ob ihm und nicht einem andern das subjektive Recht zusteht, denn solche Rechte gibt es nicht[449]). Warum bietet die Legitimation nie Schwierigkeiten, wenn Zivilurteile durch staatsrechtliche Beschwerde, z. B. wegen Willkür, angefochten werden? Das rührt daher, dass zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen ein Zivilurteil der subjektiv Berechtigte, der Kläger oder Beklagte, legitimiert ist. Nur wenn auch die Legitimation im Zivilprozess streitig war, kann sich der Streit auch auf das staatsrechtliche Beschwerdeverfahren übertragen; dann ist es aber ein anderer Streit, nicht über ein vermeintliches öffentliches Recht, sondern über die Zuständigkeit eines Privatrechtes. Es ist schon ausgeführt worden, dass die bundesgerichtliche Legitimationspraxis keinen Halt an der Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte gesucht hat und suchen konnte[450]). Wenn beispielsweise entschieden werden muss, ob gegen die Verweigerung eines Führerausweises für einen Chauffeur auch sein Dienstherr rekurrieren kann, zeigt es sich sofort, dass keine subjektiven Rechte bereitliegen, um die Legitimationsfrage zu beurteilen.

So ist das vorläufige Ergebnis das, dass der Rekurrent nicht in seinen Rechten verletzt sein muss, damit die Legitimation bejaht werden kann, sondern in seinen persönlichen Interessen. Am Wortlaut des Art. 178 Ziff. 2 hat man sich nicht zu stossen, abgesehen davon, dass der französische Text nicht von Rechtsverletzungen spricht; denn wo es keine Rechte gibt, um die Legitimationsfrage zu entscheiden, kann auch das Organisationsgesetz keine hervorzaubern. Art. 178 Ziff. 2 OG wäre besser so gefasst worden: „Bürger und Korporationen können gegen die Verletzung eines verfassungsmässigen Rechtes staatsrechtliche Beschwerde führen, wenn sie in ihren Interessen durch einen allgemeinverbindlichen Erlass oder eine Verfügung betroffen worden sind."

[449]) Oben S. 54a ff. Kirchhofer S. 138, 141.
[450]) Oben S. 61a.

Nun wird aber immer wieder betont, dass nicht jedes Interesse für die Legitimation genüge. Das ist richtig, doch die Wege, welche Theorie und Praxis für die Auswahl der genügenden Interessen gesucht haben, waren nicht immer gangbar. In zahlreichen Urteilen hat das Bundesgericht erklärt, dass ein öffentliches Interesse nicht genüge, dass die staatsrechtliche Beschwerde nur dem Schutze der persönlich Verletzten diene und dass zur Wahrung der öffentlichen Interessen die Behörden eingesetzt seien und die politischen Rechte ausgeübt werden können[451]). Auch das ist nach dem positiven Recht richtig[451a]), wiewohl gerade darin de lege ferenda eine bedenkliche Lösung liegt: das zufällige und materielle, nicht ideale Interesse entscheidet; das Mittel zur Wahrung der Rechtsordnung wird demjenigen versagt, dessen Motive nicht durch subjektive Nebenabsichten getrübt sind[452]), und bedeutende Rechtsfragen aus dem Gebiet des Verfassungsrechts kommen nicht zur Entscheidung, weil niemand legitimiert ist, ja gewisse Individualrechte sind wegen der gesetzlichen Ordnung der Legitimation in Art. 178 Ziff. 2 OG überhaupt nur bruchstückhaft garantiert[453]).

Sofern aber ein Rekurrent persönlich betroffen ist, darf nicht darauf abgestellt werden, ob die Norm, die durch die kantonale Instanz aufgestellt oder angewendet worden ist, dem öffentlichen Interesse dient, öffentlichrechtlicher Natur ist. Sämtliche Rechtssätze des öffentlichen Rechtes dienen dem öffentlichen Interesse, und wenn private Interessen auch davon begünstigt werden, ist das eine zufällige Nebenfolge. Dass ein Rechtssatz dem öffentlichen Interesse dient, schliesst eine solche Begünstigung privater Interessen nicht aus, aber unrichtig ist,

---

[451]) BGE 16 S. 323, 19 S. 59, 23 II S. 1565, 27 I S. 492, 32 I S. 308, 36 I S. 646, 47 I S. 501, 48 I S. 225, 56 I S. 159, 59 I S. 79.

[451a]) BGE 56 I S. 160.

[452]) Vgl. das in BGE 56 I S. 160 zit. Gutachten Burckhardt.

[453]) Unten S. 179a.

anzunehmen, dass die Legitimation nur dann bejaht werden könne, wenn die angewendete Norm nur dem privaten Interesse diene. Der Entscheid in Baupolizeisachen, dass die Einspracherechte des Nachbars gegen eine Baute ausschliesslich durch das Zivilrecht und eventuell durch die weitere Legitimation zur kantonalen Beschwerde umschrieben seien, dass der Nachbar aber gegen die Erteilung der Baubewilligung keine staatsrechtliche Beschwerde erheben könne[454]), fusst auf dieser unrichtigen Begründung; denn das Nachbarrecht schliesst nicht aus, dass der Nachbar auch an der Beobachtung des Baupolizeirechtes, z. B. der Vorschriften über Abstände, Höhe, Brandmauertiefe usw. ein Interesse habe. Dass das Baupolizeirecht zum ausschliesslichen Zweck habe, private Interessen zu schützen, kann für die Legitimation nicht verlangt werden, denn auch andere öffentlich-rechtliche Vorschriften dienen dem öffentlichen Interesse und haben die Begünstigung privater Interessen nur zur Folge: mit der vom Bundesgericht gewählten Begründung könnte die Legitimation überhaupt stets verneint werden, denn alle öffentlich-rechtlichen Normen dienen dem öffentlichen Interesse[455]).

Wie soll das zur Legitimation genügende Interesse aber festgestellt werden? Wie schon gesagt, haben Theorie und Praxis auch versucht, zwischen tatsächlichen und

---

[454]) BGE 53 I S. 399, 59 I S. 80, Urteil v. 17. Sept. 1932 i. S. Heller, v. 3. April 1936 i. S. Binz.

[455]) Die Praxis in Baupolizeisachen ist wohl nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis zu beanstanden. Es ist zu bedauern, dass gegen die Erteilung von Baubewilligungen nicht soll rekurriert werden können. Das Interesse des rekurrierenden Nachbars kann u. U. ein sehr bedeutendes, die Verletzung kann einschneidend sein. Ein Nachbar ist von der Baubewilligung u. U. doch in ganz anderer Weise betroffen als irgendein Bürger, der nur für das öffentliche Interesse sorgen will, das die Behörde freilich schon von Amtes wegen zu berücksichtigen hat. Auch sind z. B. gewisse Bauabstände im einen Kanton Gegenstand nachbarrechtlicher Regelung, im andern aber Gegenstand baupolizeilicher; es ist nicht leicht einzusehen, wieso der Rechtsschutz sogar bei Willkür im Falle baupolizeilicher Regelung so viel geringer sein soll.

rechtlich geschützten Interessen zu unterscheiden und nur diese als hinreichend zu bezeichnen[456]). Allein, rechtlich geschützte Privatinteressen gibt es auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes überhaupt nicht; das private Interesse mag tatsächlich und zufällig begünstigt werden, aber es ist der öffentlich-rechtlichen Norm fremd. Öffentlich-rechtliche Normen, die nach dem Willen des Gesetzgebers ganz oder teilweise dem privaten Interesse dienen sollen, gibt es nicht, sonst wären sie nicht öffentlich-rechtliche[457]). Die Norm des Baupolizeirechtes, die einen Bauabstand bis zur Grenze des Nachbargrundstücks vorschreibt, dient dem öffentlichen Interesse: dem Interesse der öffentlichen Hygiene, des Städtebaues, vielleicht auch dem Schutz vor Feuersgefahr usw., aber nicht dem Interesse des Nachbars; sie muss auch beobachtet werden, wenn der Nachbar seinerseits nicht zu bauen beabsichtigt, ja sogar wenn er sein Grundstück derelinquiert, oder wenn er auf den Abstand verzichten wollte. Das Interesse des Nachbars ist also ein zufälliges, es bildet nicht den Gegenstand des rechtlichen Schutzes, und wenn die Legitimationsfrage[458]) doch bejaht werden muss, so nicht deshalb, weil das Interesse rechtlich geschützt wäre. Ein rechtlich geschütztes Interesse wird von der Praxis z. B. angenommen, wenn sich jemand gegen die Verletzung einer steuerrechtlichen Verfassungsvorschrift beschwert, z. B. der Vorschrift, dass nur das reine Einkommen steuerpflichtig sei[459]). Diese Vorschrift will jedoch nicht das private Interesse schützen, sondern die Steuerpflicht umschreiben, wenn auch in Gestalt eines Individualrechtes. Was wäre das denn für ein geschütztes Privatinteresse? Es wäre das Interesse,

[456]) Kirchhofer S. 167 ff., BGE 56 I S. 161, 58 I S. 375. In vielen Fällen liess das Bundesgericht einfach ein Interesse genügen, ohne zu untersuchen, ob es rechtlich geschützt sei. Kirchhofer S. 168 N. 75, BGE 22 S. 1012, 32 I S. 308, 48 I S. 83.

[457]) Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft S. 23 ff.

[458]) Gemäss der in N. 455 oben geäusserten Auffassung.

[459]) BGE 32 I S. 306 ff.

nicht mehr Steuern bezahlen zu müssen als die Verfassung und das Gesetz verlangen. Allein wenn es richtig wäre, hier von einem rechtlich geschützten Privatinteresse zu sprechen, hätten sämtliche Normen, die Bürgerpflichten umschreiben, Rechtsschutz- oder Interessenschutzcharakter; denn dort, wo das Gesetz die Pflicht begrenzt, fängt oft das Interesse des Bürgers an, Interessenschutz in diesem Sinn wäre einfach die Kehrseite der Pflichtauferlegung. Gewiss ist ein Bürger immer dann legitimiert, wenn ihm eine Pflicht auferlegt wird, z. B. die Steuerpflicht; aber der Begründung der Legitimation damit, dass er ein geschütztes Interesse habe, dass die Pflicht nicht abweichend vom Gesetz beurteilt werde, bedarf es nicht[460]). Oder wenn derjenige, dem irgendeine Polizeibewilligung verweigert worden ist, z. B. ein Wirtschaftspatent, ein Fähigkeitsausweis für den Rechtsanwaltsberuf, ein Führer- oder Fahrzeugausweis, eine Baubewilligung usw., als legitimiert anzusehen ist, hat er keineswegs ein rechtlich geschütztes Interesse im Gegensatz zu demjenigen, der gegen die Erteilung einer solchen Bewilligung an einen andern rekurrieren will. Die Annahme eines rechtlich geschützten Interesses beruht hier auf der irrtümlichen Auffassung, die Bestimmungen, welche unter bestimmten Voraussetzungen die Erteilung solcher Bewilligungen vorsehen, dienen dem privaten Interesse am Empfang der Bewilligung. Irrtümlich ist diese Auffassung deshalb, weil diese Bestimmungen keineswegs das private Interesse im Sinne haben, dass solche Bewilligungen erteilt werden, sondern das öffentliche, dass sie nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen erteilt werden. Zweck der Bestimmungen ist, wenn man von einem solchen sprechen will, die Ordnung des Bewilligungszwanges, nicht der Schutz privater Interessen; wenn nicht im öffentlichen Interesse der polizeiliche Erlaubniszwang eingeführt wäre, würde ja das private Interesse am Empfang der Bewilligung auch gar keine Rolle spielen. Das Interesse des Bewerbers um ein

[460]) Vgl. auch BGE 48 I S. 83.

Wirtschaftspatent ist deshalb nicht mehr und nicht weniger ein rechtlich geschütztes als das Interesse des Grundeigentümers, dass für den Bewerber das Patent erteilt und die Liegenschaft nicht durch die Patentverweigerung entwertet werde[461]).

Es gibt überhaupt kein Kriterium, um die Legitimation zu bestimmen, sondern es ist zwar erforderlich, dass der Rekurrent ein privates Interesse an der Anfechtung des kantonalen Staatsaktes habe[462]); ob aber das private Interesse, wenn es, als tatsächliche Begünstigung durch die öffentlich-rechtliche Norm, vorhanden ist, genügt, hat der Richter durch wertende Abwägung zu entscheiden, ohne dass er sich auf ein begriffliches Kriterium als Krücke stützen könnte[463]). So wie sich der Verfassungsrichter bei der Frage, ob ein Freiheitsrecht oder die Rechtsgleichheit verletzt ist, frei von einem Verfassungstext bewegt und nicht durch Auslegung die Lösung findet, sondern durch Positivierung, durch Sinnverleihung, so tritt schon bei der Legitimationsfrage in einem prozessualen Gewand eine solche Aufgabe an ihn heran: weder durch Auslegung des Art. 178 Ziff. 2 OG noch durch Suchen anderer Kriterien gibt sich eine befriedigende Lösung, sondern durch

---

[461]) Deswegen ist nicht gesagt, dass auch in allen Fällen der Eigentümer oder gar der Grundpfandgläubiger legitimiert sei, sondern es ist nur die Begründung mit dem rechtlichen Interessenschutz abgelehnt. Vgl. über die Legitimation bei Wirtschaftspatenten Kirchhofer S. 168 ff.

[462]) Bei der Anfechtung allgemeinverbindlicher Erlasse ist notwendig, dass der Beschwerdeführer wenigstens virtuell unter den Erlass fällt. Eine Frau kann also nicht eine Gesetzesbestimmung als verfassungswidrig anfechten, durch die das Stimmrecht der Männer auf bestimmte Weise geordnet wird. BGE 23 S. 1565, 48 I S. 265, 595. Über die Anfechtung organisatorischer Bestimmungen Kirchhofer S. 165.

[463]) Es ist logisch unmöglich, die Legitimation zu umschreiben. Burckhardt, Ztschr. b. JV. 1934 S. 37. Das Interesse an der Vermeidung einer höhern Steuerbelastung genügt nicht, wie das BGer. mit Recht angenommen hat, BGer. 48 I S. 228, 55 I S. 111.

die Entscheidungspraxis in der Legitimationsfrage wird die Beschwerde erst geschaffen.

Die Lehre von der Unterscheidung zwischen den faktischen und den rechtlich geschützten Interessen ist übrigens nichts als eine Wiederholung der Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte in anderer Formulierung. Ein rechtlich geschütztes Privatinteresse ist das subtive öffentliche Recht, ein faktisches Interesse die Reflexwirkung. Doch gibt es auf dem ganzen Gebiet des öffentlichen Rechtes keine rechtlich geschützten Privatinteressen, sondern nur das öffentliche Interesse; die privaten Interessen sind stets faktische. Das Interesse des Bewerbers um eine Polizeibewilligung ist auch nur ein faktisches, denn die Bestimmung, welche den Bewilligungszwang einführte, will nicht dem privaten Interesse dienen, sondern dem öffentlichen. Darum hat der Bewerber auch nicht ein qualitativ anderes Interesse, als etwa wer weiter noch interessiert ist, z. B. der Mieter beim Gesuch um eine Baubewilligung; das Interesse des Mieters ist ebenso ein faktisches, nur ein entfernteres, obschon er nach dem kantonalen Recht vielleicht nicht selber die Baubewilligung einholen kann. Das Interesse des Bürgers ist der öffentlich-rechtlichen Norm immer fremd; es kann fehlen, wo der historische Gesetzgeber vielleicht gedacht hat, es sei vorhanden, und es kann ein tatsächliches Interesse vorhanden sein, wo niemand daran gedacht hat.

b) Die Legitimation zur Anfechtung von Vergünstigungen und Privilegien.

Wie verhält es sich hinsichtlich der Legitimation, wenn ein anderer in Abweichung vom Gesetz eine Vergünstigung erhält? Wir wollen unbekümmert um rechtsgeschichtliche Erwägungen sämtliche Vergünstigungen, die in Abweichung vom Gesetz gewährt werden, einstweilen Privilegien nennen. Es ist jedoch zu unterscheiden die Frage, ob jemand zur Anfechtung eines Staatsaktes

legitimiert sei, durch den ein anderer privilegiert wird, von der Frage, ob jemand bei Anfechtung eines Staatsaktes, der ihn persönlich betrifft, die gleiche Vergünstigung für sich verlangen könne, die zuvor einem andern gewährt worden ist.

Zur zweiten Frage hat das Bundesgericht wiederholt, wenigstens auf dem Gebiet des Steuerwesens, erkannt, dass Begünstigungen anderer Personen eine Beschwerde wegen formell rechtsungleicher Behandlung höchstens dann zu rechtfertigen vermögen, wenn diese Begünstigungen auf Gesetz oder allgemeiner Praxis beruhen. In der Tat ist das keine Frage der Legitimation, sondern die Frage, ob eine Rechtsungleichheit, die zur Gutheissung der Beschwerde führt, auch dann vorliege, wenn die günstigere Behandlung eines andern sich nicht auf das Gesetz stützen kann. Die Praxis, welche die Frage verneint, ist begründet, weil die Rechtsgleichheit nicht verlangt, dass die Behörden einen einmal begangenen Fehler wiederholen und dauernd vom Gesetz abweichen; vielmehr soll ihnen ermöglicht werden, auf die gesetzliche Verwaltung zurückzukommen[464]). Der Vorbehalt, den das Bundesgericht gemacht hat, dass eine günstigere Behandlung eines andern immerhin ins Feld geführt werden könne, wenn sie auf Gesetz oder allgemeiner Praxis beruhe, ist freilich nur teilweise richtig. Wenn die günstigere Behandlung eines andern auf Gesetz beruht, verlangt allerdings die Rechtsgleichheit, dass sie auch dem Rekurrenten zuteil werde, aber das ist dann nichts anderes als das Gebot, dass das Gesetz angewendet werde; auch kann die ungünstigere Behandlung des Rekurrenten als Änderung der Praxis gewollt sein, was zulässig ist, weil das Gebot richtiger Gesetzesanwendung dem Gebot gleicher Gesetzesanwendung vorgeht[465]).

---

[464]) Vgl. BGE 43 I S. 13 und Urteile v. 27. April 1928 i. S. Schnydrig, v. 22. März 1929 i. S. Brunner, v. 18. Sept. 1931 i. S. Corti e Locatelli, v. 31. Januar 1936 i. S. Konsumverein Davos, v. 1. Mai 1936 i. S. Brasserie d'Orbe S. A.

[465]) BGE 49 I S. 300 ff.

Wenn die günstigere Behandlung eines andern aber auf einer blossen Praxis beruht, die dem Gesetz widerspricht, so sollte der Rekurrent sie nicht auch für sich beanspruchen können.

Wie steht es aber, wenn jemand nicht in eigener Sache die gesetzwidrige Begünstigung eines andern durch staatsrechtliche Beschwerde anfechten möchte? Sollte ihm das nicht durch Bejahung der Legitimation ermöglicht werden, damit dem Übel der Abweichung vom Gesetz von Anfang an ein Riegel vorgeschoben wäre, zumal der Rekurrent nachher in eigener Sache, wenn er Gleichbehandlung verlangt, abgewiesen werden muss? Die ältere Praxis hat diese Frage auf dem Gebiet des Steuerwesens bejaht; ein Bürger konnte das einem andern gewährte Steuerprivileg anfechten, z. B. also Steuerabkommen, die in Abweichung vom Gesetz niedrigere Ansätze vorsahen[466]). Die neuere Praxis hat dagegen gefunden, dass der Bürger kein legitimes Interesse an der Anfechtung der Begünstigung eines andern habe, das vom allgemeinen Interesse an der Beobachtung der Gesetze verschieden wäre[467]). Unter der älteren Rechtsprechung wurden freilich die Rekurse dann oft materiell abgewiesen, indem sie Privilegien als zulässig bezeichnete[468]), doch ist sie insofern zu beanstanden; Privilegien sind mit dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz unvereinbar, weil was gerecht ist unter gleichen Umständen ausnahmslos durchgesetzt werden soll[469]).

Diese neuere Rechtsprechung ist nicht unbedenklich, weil sie nichts anderes besagt, als dass mangels Legitimation das Bundesgericht gegen eine eigentliche Privilegien-

[466]) BGE 10 S. 317, 23 II S. 1565, 30 I S. 718.

[467]) BGE 48 I S. 225 ff., Urteile v. 21. Sept. 1928 i. S. Pfenninger, v. 1. Mai 1936 i. S. Brasserie d'Orbe.

[468]) BGE 10 S. 318.

[469]) Burckhardt, Kommentar S. 28. Zulässig ist die Privilegierung von öffentlichen Unternehmungen, z. B. Eisenbahngesellschaften, wenn die Regel als allgemeine aufgestellt wird. BGE 23 II S. 1565.

wirtschaft auf dem Gebiet des Steuerwesens nicht einschreiten kann und dass so die Rechtsgleichheit dort teilweise unbeachtet bleibt, und dies in einer Zeit, wo der Konkurrenzkampf der Gemeinden und Kantone in der Heranziehung neuer Industrien und finanzkräftiger Steuerzahler immer heftiger, die offensichtliche Benachteiligung sowohl der Kantone und Gemeinden, die den Wettlauf nicht mitmachen, als Alteingesessener durch Steuerabkommen mit Zugezogenen immer grösser wird. Gewiss wäre das Einschreiten eine heikle Aufgabe für das Bundesgericht, doch nicht heikler als manche Frage aus dem Doppelbesteuerungsrecht. Es soll hier versucht werden, noch eine Lanze für die ältere Rechtsprechung zu brechen: Art. 178 Ziff. 2 OG regelt die Legitimation zur Anfechtung allgemeinverbindlicher Erlasse und Verfügungen. Privilegien sind weder allgemeinverbindliche Erlasse noch Verfügungen; denn allgemeinverbindliche Erlasse sind Rechtssätze, Verfügungen rechtsanwendende Staatsakte, durch die Privilegierung setzt sich eine Behörde über diesen Gegensatz aber hinweg; sie stellt keinen Rechtssatz auf, sondern macht eine Ausnahme von einem Rechtssatz, und sie wendet das Gesetz nicht an, sondern schiebt es beiseite. Der Begriff des Privilegs ist die Negierung der Begriffe Rechtssetzung und Rechtsanwendung, er entzieht sich diesem Gegensatz. Art. 178 Ziff. 2 gibt also für die Legitimation zur Anfechtung von Privilegien keine Regelung, weil er voraussetzt, dass nur Rechtssätze, keine Privilegien aufgestellt werden, und dass die Rechtssätze angewendet, nicht missachtet werden.

Die Gleichheit vor dem Gesetz setzt das Gesetz überhaupt voraus. Wo das Gesetz nicht unrichtig angewendet, sondern übergangen wird, da jedenfalls ist mit dem Gesetz auch die Gleichheit verletzt. „Die Gleichheit vor dem Gesetz ist dem rechtsstaatlichen Begriff des Gesetzes immanent, d. h. Gesetz ist nur das, was in sich selbst der Möglichkeit nach eine Gleichheit enthält, also eine generelle Norm. Der richtig verstandene Begriff der

Gleichheit ist mit dem richtig verstandenen Begriff des Gesetzes untrennbar verbunden."[470]) Dass Privilegien also der Rechtsgleichheit widersprechen, kann nicht zweifelhaft sein. Die Legitimation aber muss bejaht werden, weil man nicht sagen kann, das Interesse des Rekurrenten an der Anfechtung der gesetzwidrigen Begünstigung eines andern sei nur ein öffentliches, nämlich dasjenige an der Aufstellung genereller Normen und an der Gesetzmässigkeit der Verwaltung. Das Interesse des Rekurrenten ist auch sein eigenes, privates, er hat ein privates Interesse an der Beobachtung des Gesetzes und damit der Gleichheit, weil von dem Moment an, da das Gesetz durch Privilegierungen beiseite geschoben werden darf, überhaupt nur noch Privilegierungen und Benachteiligungen möglich sind, die Gleichheit also in das Gegenteil verkehrt wird. Das Interesse, dies zu verhindern, ist auch ein privates, und zwar in einem qualifizierten Sinn; denn Privilegien sind der Anfang des Endes des Rechtsstaates, und dass der Rechtsstaat auf einem bestimmten Gebiet nicht ausgeschaltet werde, daran ist jeder interessiert, der sich in gleichen Umständen befindet. Ist der Rekurrent als legitimiert zu betrachten, so ist damit noch nichts darüber gesagt, unter welchen Voraussetzungen der Rekurs gutzuheissen ist. Eine Begünstigung durch unrichtige Anwendung des Gesetzes genügt noch nicht, unrichtige Anwendung ist auch nicht schon Privilegierung. Wenn aber das Gesetz überhaupt nicht angewendet wird, wenn die Abweichung vom Gesetz als Willkür anzusehen ist, dann freilich besteht Anlass, die Rechtsgleichheit herzustellen. Das Privilegienverbot ist doch schon nach dem Wortlaut der erste Sinn des Art. 4 BV. Es besteht kein Grund, es nicht zu einem Individualrecht zu erheben,

---

[470]) E. R. Huber, Bedeutungswandel S. 35; Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 154; Carl Schmitt, Jur. Wochenschrift 1926 II S. 2270 ff. „L'égalité consiste en ce que la loi est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse." Constitution de l'an III art. 3.

wenn die Privilegierung unter gänzlicher Ausserachtlassung des Gesetzes, d. h. unter Willkür zustandegekommen ist.

XI. Das Wesen der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit.

Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit hat, wenn man von den Kompetenzkonflikten zwischen Bund und Kantonen und den staatsrechtlichen Streitigkeiten zwischen Kantonen absieht, nur die individuellen Grundrechte zum Gegenstand, also nicht notwendiges Verfassungsrecht. Die Staatsverfassung des Bundes und der Kantone i. e. S., d. h. die staatliche Organisation, geniesst den verfassungsgerichtlichen Schutz nicht, da zur Wahrung nichtindividualrechtlicher Verfassungsbestimmungen das Bundesgericht nicht angerufen werden kann, da Behörden zur Ergreifung der staatsrechtlichen Beschwerde, auch wegen Verletzung der Gewaltentrennung, nicht befugt sind und somit zahlreiche Verfassungswidrigkeiten in Bund und Kantonen passieren können, ohne dass das Bundesgericht einschreiten könnte. Das Bundesgericht ist somit nur zum Schutze der Grundrechte eingesetzt, aber, mit wenigen Ausnahmen, nicht zum Schutze der Verfassung. Es ist keineswegs der Hüter der Verfassung in dem von Carl Schmitt gekennzeichneten Sinn[471]).

---

[471]) Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung 1931. Ob das richterliche Prüfungsrecht das Bundesgericht zum Hüter der Verfassung erheben würde, hängt von seiner Ausgestaltung ab; wenn lediglich der Bürger, der durch ein Interesse legitimiert ist, die Prüfung herbeiführen könnte, und nur wenn ein Individualrecht der Bundesverfassung durch ein Bundesgesetz verletzt wäre, wenn also lediglich der staatsrechtliche Rekurs auch auf Bundesgesetze ausgedehnt würde, wäre das Bundesgericht immer noch nicht Hüter der Verfassung; nichtdringliche Dringlichkeitsbeschlüsse könnten z. B. immer noch nicht als verfassungswidrig angefochten werden, wenn sie nicht ein Individualrecht verletzen würden. Gegen die Erhebung des Bundesgerichtes zum Hüter der Verfassung schlechthin, nicht nur der Grundrechte, bestehen aber Bedenken, die mit den sachlichen Grenzen der Justiz zusammen-

Die Eigenart der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit besteht sodann im Schutze von Privatinteressen. Ob eine Verfassungsbestimmung ein Individualrecht garantiere und ob der Rekurrent legitimiert sei, hängt vom privaten Interesse ab. Dass der Gesetzgeber oder die rechtsanwendende Behörde die Verfassung verletzt habe, genügt nicht zum Einschreiten des Bundesgerichtes. Der Bürger, der kein Interesse hat, aber geltend machen will, dass Recht Recht bleiben solle, wird nicht zugelassen. Das materielle Interesse hat den Vorrang vor dem ideellen. Ja auf dem Widerspruch des privaten Interesses mit dem Wesen des öffentlichen Rechtes ist die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz aufgebaut. Was im öffentlichen Interesse angeordnet worden ist, das wird nicht von Amtes wegen und auch nicht auf Einsprache eines jeden ideal eingestellten Bürgers hin geschützt, sondern nur, wenn ein Privater ein zufälliges Interesse hat, das immer nur ein tatsächliches, der Sache fremdes Interesse ist[472]).

Dazu kommt die Eigenart des Verfahrens, das ein Einspracheverfahren ist, in dem aber den Behörden, welche die angefochtenen Staatsakte erlassen haben, eine Parteirolle zugewiesen ist, obschon sie sachlich nicht Partei wie in einem Zivilprozesse sind[473]).

---

hängen. Oben S. 53a. Schmitt, Der Hüter der Verfassung S. 22 ff. Dagegen ist richtig, dass in den Staaten, die überhaupt keinen Hüter der Verfassung haben und die doch in Anbetracht des Zusammentreffens der interventionistischen Entwicklung mit dem Pluralismus der Parteien auseinanderzubrechen drohen, in denen also „die Verfassungslage" ausserordentlich gespannt ist, das Bedürfnis nach einer neutralen Gewalt, etwa in Gestalt eines Staatsrates oder in der Rolle, die Carl Schmitt a. a. O. S. 132 ff. dem deutschen Reichspräsidenten hat zuweisen wollen, sich bemerkbar macht.

[472]) Burckhardt, in der Zeitschr. des bern. Juristenvereins 1934 S. 37.

[473]) Vgl. über dieses Auseinanderklaffen der formellen Parteirolle der Behörden mit ihrer sachlichen Stellung Burckhardt, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Eid-

Sodann kennzeichnet sich die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Qualität der richterlichen Tätigkeit: der Verfassungsgerichtshof hat die echten Grundrechte, von Haus aus blosse Rechtsgrundsätze, Programmsätze ohne Rechtssatzcharakter, in Rechtssätze zu verwandeln, bevor er sie anwenden kann, und diese Tätigkeit ist nicht Auslegung und Anwendung, sondern Verfassungsgesetzgebung; sie bewegt sich auf dem Felde der Politik, wenn auch nicht der Tagespolitik.[474])

---

genossenschaft, Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft Bd. 90 S. 225 ff.; H. Huber, Kompetenzkonflikt S. 185 ff.

[474]) Daher bilden die Verfassungsstreitigkeiten nicht etwa als Rechtsstreitigkeiten einen Gegensatz zu den politischen Streitigkeiten. „Das Politische aus dem Begriff der Verfassungsstreitigkeit herausnehmen heisst die Schale ihres Kerns berauben.“ Triepel, Staatsgerichtsbarkeit S. 8. Sehr richtig hat dieser Autor aber auch beigefügt, dass das Wesen der Verfassung bis zu einem gewissen Grad in einem Widerspruch mit der Verfassungsgerichtsbarkeit sei. Oben S. 53a ff. Nur weil die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit auf die Individualrechte und kantonale Staatsakte beschränkt ist, ist sie auch auf ihre eigenen Grenzen, d. h. eben auf diesen Widerspruch, nicht in dem Mass gestossen wie etwa die deutsche Staatsgerichtsbarkeit in dem bekannten Konflikt zwischen dem Reich und Bayern. Wenn auch die Verfassungsmässigkeit aller eidg. Staatsakte durch das Bundesgericht nachzuprüfen gewesen wäre, hätte die Verfassungsgerichtsbarkeit zweifellos eine andere Wendung genommen; der Richter hätte z. B. Bedenken gehabt, dem Art. 4 BV die weite Bedeutung beizulegen, die er ihm gegenüber den Kantonen beilegen konnte. Triepel a. a. O. S. 8 ff., der auch den Ausspruch Bismarcks zitiert, dass von einem Richterspruch nicht die Zukunft des Landes, die Machtverteilung der obersten Staatsorgane abhängen dürfe, und den Satz Benjamin Constants: „L'esprit subtil de la jurisprudence est opposé à la nature des grandes questions, qui doivent être envisagées sous le rapport public, national, quelquefois même européen.“ Nur eine gewisse Verzweiflung an den politischen Behörden kann auf den Gedanken bringen, dem Richter die hochpolitischen Landesfragen in Gestalt der Verfassungsmässigkeitsfrage zu überbürden. „La justice perderait tout, la politique n'aurait rien à gagner.“ Guizot, Des conspirations et de la justice politique 1846 S. 101.

Damit ist aber noch nicht in Rechnung gestellt, was der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit erst recht den Stempel aufdrückt: dass nämlich die staatsrechtliche Beschwerde nur gegen kantonale Erlasse und Verfügungen zulässig ist[475]). Die Verfassungsgerichtsbarkeit will den Einzelnen schützen, aber gegen die Kantone. Gegenüber diesen bestand 1848 und 1874 noch ein gewisses Misstrauen, sie könnten sich der Verwirklichung der liberalen und demokratischen Postulate entgegenstellen. So will die Verfassungsgerichtsbarkeit die liberaldemokratische Rechtsstaatlichkeit in den Kantonen garantieren. Sie ist in den Formen der Rechtsprechung eine Aufsicht des Bundes über die Kantone im Interesse der Einzelnen. Dadurch, dass man glaubte, die Kantone einer solchen Aufsicht unterstellen zu können, dass man aber die Verfassungsgerichtsbarkeit im Bunde ablehnte, indem man die Grenzen des Justizstaates beachtete, drückte man allerdings eine gewisse Geringschätzung der Kantone aus: man glaubte, dass die hochpolitischen Fragen, die man im Bunde nicht dem Richter übergeben wollte, im Verhältnis der Bürger zu den Kantonen kaum von Bedeutung sein würden, und man hat damit in Anbetracht der Entwicklung, die den Kantonen nach 1874 zahlreiche Gebiete weggenommen und die grossen politischen Entscheidungen auf dem Boden des Bundes treffen liess, Recht behalten[476]).

---

[475]) OG Art. 178 Ziff. 1. Diese Bestimmung ist bekanntlich durch Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 277 als verfassungswidrig bezeichnet worden. Doch hat schon Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 113 darauf aufmerksam gemacht, dass die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz eine bundesstaatliche ratio habe. Ebenso nun, eingehend anhand der Verfassungsgeschichte Giacometti S. 41 ff.

[476]) Eine Analogie fand sich in Deutschland unter der Weimarer Verfassung; diese übergab wohl Streitigkeiten zwischen den höchsten Organen eines Landes dem Staatsgerichtshof, nicht aber Streitigkeiten zwischen den höchsten Organen des Reiches. Triepel S. 22.

XII. Die Zukunft der Grundrechte.

Kann sich der Bürger wegen Verletzung grundrechtlicher Verfassungsbestimmungen durch Staatsakte des Bundes auch nicht beschweren, so hat der Verfassungsgesetzgeber doch vorausgesetzt, dass die Bundesbehörden die Verfassung auch ohne richterliche Kontrolle respektieren[477]). Da der Bund aber begonnen hat, in verfassungswidriger Weise einzelne Grundrechte, namentlich die Handels- und Gewerbefreiheit, anzutasten, ist auch die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen in eine teilweise heikle Situation geraten: den Kantonen muss durch das Bundesgericht, das sich nur an die Verfassung halten kann, täglich untersagt werden, was der Bund sich unter der gleichen Verfassung fast täglich erlaubt, z. B. Bedürfnisklauseln in freien Berufen einzuführen, und doch sollte man meinen, dass wenn die Not wirklich am Mann ist, wie es der Bund zur Rechtfertigung seiner Dringlichkeitsbeschlüsse behauptet, dann auch die Kantone auf ihrem Kompetenzgebiet dazu ermächtigt

---

[477]) Eine richterliche Kontrolle auch der Verfassungsmässigkeit ist nun teilweise eingeführt durch die eidg. Verwaltungsgerichtsbarkeit. Soweit die verwaltungsgerichtliche Beschwerde sich gegen kantonale Verfügungen richtet, kann der Beschwerdegrund der Verletzung von Bundesrecht auch bestehen in der Verletzung eines verfassungsmässigen Rechtes, z. B. der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes oder der Rechtsgleichheit. VDG Art. 10, Kirchhofer, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht S. 43. Manche Grundrechte sind nicht aktuell, weil die verwaltungsrechtlichen Beschwerdematerien kaum daran denken lassen, dass solche verletzt sein können, z. B. die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Pressfreiheit usw. Aber auch soweit sich die verwaltungsgerichtliche Beschwerde gegen eine eidg. Instanz, namentlich ein Departement, richtet, kann der Beschwerdeführer geltend machen, die Verletzung des Bundesrechtes (VDG Art. 10) bestehe in der Verletzung eines verfassungsmässigen Grundrechtes: es darf nicht bestritten werden, dass z. B. auch die Willkürbeschwerde gegen Departementalentscheide in den Beschwerdematerien zulässig ist. Das ist in Theorie und Praxis vielleicht noch zu wenig beachtet worden.

sein sollten; was dem einen recht ist, ist dem andern billig. Der Abbau der Grundrechte durch den Bund bringt die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen in eine nicht ungefährliche Lage, und der Verfassungsrichter steht mitunter in einem argen Konflikt zwischen Verfassungstreue, seiner eigentlichen Berufung, und der Einsicht in harte Existenzsorgen.

Zahlreiche politische Postulate, die gegenwärtig verfochten werden, betreffen die verfassungsmässigen Rechte: es wird die Einschränkung der Niederlassungsfreiheit postuliert, entweder im Interesse des Arbeitsmarktes und der Verhinderung der Abwanderung der Landbevölkerung in die Städte, oder im Interesse der Verhinderung einer Überfremdung der sprachlichen Minderheiten[478]), oder gar zur Änderung der parteipolitischen Verhältnisse eines Kantons. Die Pressfreiheit wird betroffen durch die Forderungen, es sei allgemein der Berichtigungszwang einzuführen[479]), es sei zur Stärkung der Regierungsautorität der Regierung der Weg auch in die Oppositionsblätter (sog. Leitartikelzwang) zu öffnen usw. Ferner wird die Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes angefochten und postuliert, dass jedenfalls Klagen aus unerlaubter Handlung auch am forum delicti commissi angebracht werden können. Die Handels- und Gewerbefreiheit soll nach der Meinung mancher Verbände und Schriftsteller überhaupt abgeschafft oder eingeschränkt werden. Was unter einer Einschränkung zu verstehen ist, ist freilich nicht klar; denkbar ist eigentlich nur, dass die Handels- und Gewerbefreiheit nur noch nach Massgabe der Bundesgesetzgebung gewährleistet wird, was aber irgendwie voraussetzt, dass weite Gebiete der Wirtschaftskompetenzen auf den Bund übergehen. Die korporativen Postulate sind mit der Handels-

---

[478]) Vgl. z. B. Rigassi, im Jahrbuch der NHG „Die Schweiz" 1936 S. 80 ff.

[479]) Für den es aber kaum einer Verfassungsrevision bedarf, da er als Kampf gegen den Missbrauch der Pressfreiheit aufgefasst werden kann. BV Art. 55 Abs. 2.

und Gewerbefreiheit unvereinbar und verlangen daher ebenfalls ihre Beseitigung. Endlich berühren gerade die korporativen Postulate auch die Rechtsgleichheit und den rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff. Allgemeinverbindliche Verbandsbeschlüsse sind keine Verbandsbeschlüsse, sondern objektives Recht; da dieses Recht aber nur für bestimmte Rechtskreise gilt, taucht die Frage auf, wie sich dieses Recht zu den von den staatlichen Behörden erlassenen Gesetzen verhält, und ausserdem, ob Gesetze, die in Form von Verbandsbeschlüssen erlassen worden sind, aber über den Verband hinaus und doch nicht für jedermann Geltung haben sollen, mit der Rechtsgleichheit vereinbar sind[480]). Auf der andern Seite gibt es auch Forderungen, welche auf eine Vermehrung oder Ausdehnung der Individualrechte tendieren, z. B. die Forderung, dass die Versammlungsfreiheit und das Recht der freien Meinungsäusserung in der Bundesverfassung zu garantieren seien, dass die Niederlassungsfreiheit durch Beseitigung der Ausweisung wegen wiederholter Bestrafung für schwere Verbrecher ausgedehnt werde[481]), ferner das Postulat des Rechtes auf Arbeit. Schliesslich erstreben einzelne Postulate eine Überführung der Verfassungsgerichtsbarkeit in die Verwaltungsgerichtsbarkeit; so würde, wenn der Bundesgesetzgeber das ihm durch Art. 46 BV aufgegebene BG gegen die Doppelbesteuerung erlassen würde, die Verfassungsbeschwerde durch eine Verwaltungsbeschwerde wegen Verletzung dieses Gesetzes abgelöst werden müssen.

Zu allen diesen politischen Fragen soll hier nicht Stellung genommen werden; die Aufzählung sollte nur zeigen, dass auch die Grundrechte dem Strudel der künftigen verfassungspolitischen Diskussionen nicht entzogen sein werden.

In der Hauptsache wird sich die verfassungspolitische

---

[480]) Vgl. auch Burckhardt, Gedanken eines Juristen über den Korporationenstaat, Zeitschr. des bern. Jur. vereins 1934 S. 97 ff., bes. S. 131.

[481]) Vgl. Burckhardt, Kommentar S. 400.

Diskussion der nächsten Jahre aber auf die Wirtschaftsverfassung konzentrieren. Das bedeutet, dass die Freiheitsrechte mit Ausnahme der Handels- und Gewerbefreiheit nicht den Mittelpunkt dieser Auseinandersetzungen bilden werden[482]). Die Freiheitsrechte[483]) sind denn etwas verblasst[484]). Die Staatsauffassung, nach der der Staat seine Rechtfertigung nur im Schutze dieser Freiheiten fand, ist überwunden, und das einfache Gesetz wird, auch wenn es ein polizeiliches ist, nicht mehr nur als Ausnahme von einer Freiheit zugestanden, sondern als positivrechtliche Verwirklichung einer gerechten Ordnung. Die Freiheit ist nicht notwendig weniger gross, wenn sie aus einer gesetzlichen, aber freiheitlichen Ordnung resultiert, als wenn sie Freiheit verfassungsmässiger Rechte ist, und wo die Verwaltung gut oder zur Anfechtung von Gesetzesverletzungen die Anrufung eines Verwaltungsgerichtes

---

[482]) Es soll aber nicht heissen, dass die Ordnung der Wirtschaft für die geistige Freiheit ohne Belang sei. Die geistige Freiheit ist nicht Gegenstand eines bestimmten Verfassungsrechtes. Die Wahl der Wirtschaftsverfassung aber ist von Belang für die politische Verfassung und für die geistige Freiheit, und wenn der Staat in die Wirtschaft eingreift, kann er es nur mit seinen ungeistigen Mitteln tun, muss also Zurückhaltung üben, soll er nicht die Wirtschaft ordnend den Geist töten. W. Burckhardt, Staatliche Autorität und geistige Freiheit 1936 S. 13 ff., S. 23.

[483]) Die unechten Grundrechte können hier übergangen werden; es ist eine Frage zweiter Ordnung, welche Rechtssätze als unechte Grundrechte in die Verfassung aufgenommen werden sollen und welche lediglich in das Gesetz gehören; meist wird entscheidend sein, ob man die staatsrechtliche Beschwerde eröffnen will. Wenn aber der Rechtsschutz auch sonst gewährleistet ist, etwa durch die verwaltungsrechtliche Beschwerde, wie z. B. nach Erlass des Bundesgesetzes gegen die Doppelbesteuerung, wird niemand etwas dagegen haben, dass das Verfassungsrecht in eine bloss gesetzliche Ordnung umgewandelt wird.

[484]) Die Skepsis der europäischen Intelligenz gegen die spezifisch europäischen Errungenschaften der persönlichen Freiheit, des freien Wettbewerbes und des zivilisatorischen Fortschritts sei gewachsen, schreibt Plessner, Das Schicksal deutschen Geistes im Ausgang seiner bürgerlichen Epoche 1935 S. 13/14.

möglich ist, da leuchtet nicht mehr sehr ein, warum das individuelle Verfassungsrecht nicht einer gesetzlichen Ordnung Platz machen solle, zumal durch eine gesetzliche Ordnung dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung besser gedient ist als durch allgemeine Vorbehalte[485]). Dazu kommt nun, dass der Schutz der geistigen Freiheit durch die Individualrechte keineswegs gewährleistet ist. Diese garantieren nur Bruchstücke geistiger Freiheit, z. B. die Pressfreiheit[486]). Wieviel geistige Freiheit in einem Staat herrscht, ergibt sich nicht daraus, wie viele Individualrechte er verbürgt hat, sondern aus der gesamten Rechtsordnung dieses Staates; es ergibt sich daraus, ob die Rechtsordnung mit ihren Zwangsmitteln die Grenzen respektiert, die in jedem Staat der freie Geist fordert. Nur die Frage: Staatliche Autorität oder geistige Freiheit stellt ein ewiges Problem, nicht die Frage: Staatliche Autorität oder verfassungsmässige Freiheiten, und da der Staat selbst durch seine gesamte Rechtsordnung die Entscheidung fällt, inwieweit die Freiheit des Geistes gegenüber der staatlichen Macht garantiert sein solle, ist auch der Kampf um die Freiheit auf einen falschen, viel zu engen Boden gestellt, wenn man ihn als Kampf um die Freiheitsrechte auffasst. Damit hängt auch zusammen, dass im Verlaufe der Zeit auf der Stufe der einfachen Gesetzgebung rechtspolitische Probleme aufgetaucht sind, die für den Einzelnen nicht weniger bedeutungsvoll sind als der Kampf für oder gegen einzelne Freiheitsrechte: Fragen aus dem Gebiet des Steuerrechts, der Arbeitslosenunterstützung, des diplomatischen Schutzes im Ausland usw., teilweise sehr materielle Dinge. Endlich ist der Schutz einzelner Freiheitsrechte durch den Staat gegen den Staat teilweise illusorisch geworden, weil die, welchen die Rechte garantiert sind, sie nicht mehr schätzen, sondern

---

[485]) Burckhardt, Eidg. Recht bringt kant. Recht S. 73, oben S. 89a ff.

[486]) Die Freiheitsrechte sind in hohem Masse blosse Instrumente geworden, die individualistische Ideologie ist entflogen.

selber untergraben: die Versammlungsfreiheit hat keinen Sinn mehr, wenn Versammlungen ungestraft gestört werden können[487]). Auch die Vertragsfreiheit und die Handels- und Gewerbefreiheit sind problematisch geworden, wenn durch Verträge die Vertragsfreiheit selbst bis fast zur Aufgabe der wirtschaftlichen Persönlichkeit ausgeschaltet werden kann. Wenn an diesen Freiheitsrechten festgehalten werden soll, ist erforderlich, dass der Staat die Störungen der Freiheit durchPrivate entweder bestraft, wie bei den Versammlungen[488]), oder dass er ordnend eingreift, wie bei der Vertrags- und Gewerbefreiheit durch Eindämmung der Boykotte, Ordnung des Verbandswesens, Erleichterung der Kündigungsmöglichkeit und Aufsicht über Kartelle[489])[490]).

---

[487]) Die beängstigende Erscheinung, dass immer häufiger Versammlungen durch politische oder wirtschaftliche Gegner gestört oder gesprengt oder gar durch Boykottandrohungen unterbunden werden, hängt zweifellos mit der historischen Tatsache zusammen, dass das Bedürfnis nach sachlicher Kritik abgenommen hat und dass an Stelle der früher geübten Diskussion, die ein Mittel zur Bildung von Überzeugungen war, das Pochen auf die Macht getreten ist, dem es nicht um die Wahrheit, sondern um den Erfolg zu tun ist; in einem grössern Zusammenhang schildert auf vortreffliche Weise diese Erscheinungen als Kulturniedergang Huizinga a. a. O., bes. S. 54 ff., 147 ff.

[488]) Vorbildlich für ihre Zeit waren die Strafbestimmungen von Genf, gegen Angriffe auf die Gewerbefreiheit, die Arbeitsfreiheit, die Unterrichtsfreiheit, die Niederlassungsfreiheit, die Kultusfreiheit, die Pressfreiheit, die Vereins- und Versammlungsfreiheit durch Private, zit. bei Schollenberger a. a. O. S. 3 ff.

[489]) Hier liegt eine dringliche Aufgabe des Gesetzgebers; der Schutz der Gewerbefreiheit gegenüber dem Staat durch den Verfassungsgerichtshof bedarf dringend der Ergänzung durch einen Schutz der Freiheit vor den Privaten selbst. Vgl. Feldmann, Kartelle, Trusts und Monopole 1931 S. 136 ff.; Gysin, Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, Zeitschr. f. schw. Recht n. F. 49 S. 420 ff.; Böhler, im Aprilheft 1936 der Neuen Schweizer Rundschau, und für Frankreich Hauriou, Précis S. 651 und die dort zit. Lit. der Bibliothèque de droit comparé de Lyon.

[490]) Das eidg. Justiz- und Polizeidepartement hat in einem

Die Freiheitsrechte unter den Grundrechten werden sich dennoch halten und wahrscheinlich eine Verfassungsrevision überstehen. Ihre Überführung in eine gesetzliche Ordnung würde auf zu grosse Schwierigkeiten stossen. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit kann überhaupt nicht gesetzlich ausgeführt werden, und die andern Freiheitsrechte würden, wenn sie wie in Frankreich und wie im frühern Deutschland in eine gesetzliche Ordnung, in ein Press-, ein Gewerbe-, ein Versammlungsgesetz usw. aufgelöst würden, einer noch eingehenderen Kontrolle aller Rechtsfragen durch ein Oberverwaltungsgericht des Bundes rufen[491]). Aus bundesstaatlichen Gründen wird man also der Beibehaltung der Grundrechte den Vorzug geben. Überhaupt wird die Rechtskontinuität sich bei solchen Fragen behaupten, wenn nicht eine Revision geradezu mit einer Revolution verbunden ist, welche das bisherige Staatsrecht aus den Angeln zu heben trachtet. Endlich würden viele zu Unrecht mit den Grundrechten in ihrer jetzigen Form die geistige Freiheit überhaupt als gefährdet betrachten.

Gutachten den Standpunkt eingenommen, dass eine Kartellgesetzgebung der Handels- und Gewerbefreiheit widersprechen würde. Kartellrundschau Bd. 28 S. 249 ff. Allein Verträge, welche die Vertragsfreiheit ausschalten, geniessen nicht ihren Schutz, und im Ausland, namentlich in den USA, sind die Kartellgesetze denn auch in einer weniger formalistischen Art als Schutzgesetze angesehen worden. Vgl. Gysin, Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, a. a. O. S. 428; H. Huber, Die Handels- und Gewerbefreiheit 1933 S. 20.

[491]) Mit Recht macht Triepel, Staatsgerichtsbarkeit S. 21, darauf aufmerksam, dass zwar die meisten Staaten deshalb die Streitigkeiten über Grundrechtsverletzungen (im Gegensatz zur Schweiz) als Verwaltungs- und nicht als Verfassungsstreitigkeiten behandeln, weil die Grundrechte nicht als Teil des Staatlichen, sondern als seine Beschränkung aufgefasst wurden, dass aber auch rein organisationstechnische Momente stets eine Rolle spielen werden: die Furcht vor der Überlastung der Staatsgerichtshöfe (der man in der Schweiz durch Ausschaltung der Prüfung blosser Gesetzmässigkeit begegnet ist), der Mangel ausreichender Verwaltungsgerichte (z. B. in den kleinen Kantonen) und dergl.

Wenn die Beibehaltung der Freiheitsrechte aber einen Sinn haben soll, so kann es nur der eines Bekenntnisses sein: durch die Freiheitsrechte wird die ethische Legitimation des Staates in der Verfassung dokumentiert, und zwar in der Weise, dass der Machtstaat abgelehnt wird, der keine Schranken respektiert, und dass diese Schranken hingestellt werden als etwas Positives; sie bezeugen, dass der Staat nicht das Mass aller Dinge sein soll, und dass namentlich auch den Minderheiten in unserm Staat die geistige Freiheit gewährt werden soll[492]). Die Konsequenz des wertblinden Staates ist längst überwunden, ebenso die Konsequenz des auf dem Gebiet des geistig völlig enthaltsamen Staates, doch dass ein Mindestmass geistiger Freiheit unerlässlich ist, wenn nicht der Staat mit seinen Zwangsmitteln auf seine moralische Berufung verzichten soll, das besagen die Freiheitsrechte als Bekenntnis, wenn sie auch selbst die geistige Freiheit nicht in vollem Umfang garantieren[493]). So hat sich der Sinn der Grundrechte von ihrem historischen Ursprung, dem Naturrecht der Aufklärung und der amerikanischen und französischen Revolution losgelöst; die Staatsauffassung jener Zeit ist abgestorben, aber die Menschenrechte sind nicht nur die Zeugen jener Zeit, sondern der Hinweis auf ein ewiges Problem, das Problem des Ausgleiches zwischen staatlicher Autorität und geistiger Freiheit, und der gesamtschweizerischen Auffassung, die schon vor dem 18. Jahrhundert rege war, entspricht es, wenn nicht nur betont wird, dass Freiheit nur in einer geordneten Gemeinschaft möglich ist, sondern auch, dass die Autorität nur berechtigt ist,

---

[492]) Wie sehr in der ausländischen Staatslehre auf die ethische Legitimation des Staates verzichtet wird, zeigt an der Theorie Carl Schmitts, dass der Begriff des Politischen auf den selbständigen Kategorien Freund-Feind aufgebaut sei, Jan Huizinga, Im Schatten von Morgen 1935 S. 96 ff.

[493]) Von einem ganz andern Boden aus anerkennt auch Smend, Verfassung und Verfassungsrecht S. 158 ff., und Das Recht der freien Meinungsäusserung S. 44 ff., dass die Grundrechte „integrierende Kraft" haben.

wenn sie zur Freiheit erzieht[494])[495]). Welche Vorbehalte neu an die Freiheitsrechte geknüpft werden sollen, um die Existenz des Staates in der Arglist unserer Zeit zu sichern, soll hier nicht erörtert werden[496]).

Gefährdeter ist die Rechtsgleichheit. Soweit sie Gleichheit in der Rechtsanwendung ist, setzt sie das Gesetz voraus. Die Gesetze verunmöglichen heute aber oft eine gleiche Anwendung, weil sie keine Normen mehr enthalten, sondern nur Ermächtigungen an die Behörden, ob sie nun eigentliche Gesetze oder blosse Dringlichkeits-

---

[494]) Burckhardt, Staatliche Autorität S. 30.

[495]) Dass eine gesamtschweizerische, der Freiheit zugeneigte Staatsauffassung besteht, das zeigt sich gewissermassen auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes als Verfassungsgericht. Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung S. 36 ff., hat nachgewiesen, dass der Richter nicht unabhängig ist, weil er der Richter ist, sondern insofern er das Gesetz anwenden kann; die Unabhängigkeit der Gerichte ist nur ihre Möglichkeit, sich auf das Gesetz zu berufen. Verlässt der Richter das Gebiet, auf welchem eine tatbestandsmässige Subsumtion unter generelle Normen und infolgedessen eine Bindung an das Gesetz möglich ist, so ist er nicht mehr unabhängiger Richter im Sinne des bürgerlichen Rechtsstaates, und kein Schein von Justizförmigkeit kann diese Folgerung abwenden. Carl Schmitt, in der Festgabe für das Reichsgericht S. 165/66. Wo aber, wie in unserer Verfassungsgerichtsbarkeit, die Arbeit des Richters diese Möglichkeit nicht hat, sondern der Sache nach Verfassungsgesetzgebung ist, da besteht aber auch nicht Unabhängigkeit im gleichen Sinn. Wenn trotzdem gesagt werden darf, dass die bundesgerichtlichen Entscheidungen über Beschwerden wegen Verletzung von Freiheitsrechten nicht einfach ein Überstimmen der Richter nationaler oder konfessioneller Minderheiten durch die andern war, so ist das eben darauf zurückzuführen, dass die fehlende Möglichkeit des Gerichtshofes, sich auf einen Verfassungswortlaut zu stützen, in reichem Mass ersetzt wird durch eine die sprachlichen und konfessionellen Grenzen oft überbrückende gemeinsame Staatsauffassung.

[496]) Grundsätzlich darf der Staat sich sehr wohl herausnehmen, „auch die freie Meinungsäusserung, die die Geister gegen ihn mobilisiert und seine ethische Autorität angreift, zu unterdrücken, bis seine äussere Autorität wiederhergestellt ist". Burckhardt, Staatliche Autorität und geistige Freiheit S. 18, 29.

beschlüsse sind. Eine Ermächtigung an eine Behörde[497]) trägt in sich nicht die Möglichkeit, gleichmässig angewendet zu werden, weil sie die Pflicht noch gar nicht aufstellt, die für alle gelten soll, und sich erst bei Gebrauch der Ermächtigung zeigt, ob die Rechtsgleichheit gewahrt wird. Ermächtigungsgesetze sind stets Einbrüche in die Rechtsgleichheit, weil die Aufstellung der Verpflichtungen, die gleich angewendet werden sollen, noch verschoben wird, weil eine Ermächtigung keine generelle Norm ist. Aber auch wo das Gesetz selbst die Verpflichtung enthält, da wird heute versucht, es in einzelnen Fällen nicht anzuwenden, z. B. das Bankengesetz nebst den zugehörigen Verordnungen bei der Sanierung einer grössern Bank. Der intervenierende Staat stürzt sich gern auf das Konkrete; er hilft dem Unternehmen A auf diese Weise, dem Unternehmen B auf jene Weise und lehnt die Hilfe für das Unternehmen C ab. Die generelle Ordnung und damit ein guter Teil der Rechtsstaatlichkeit geht verloren. Der übernommene Gesetzesbegriff hat längst Schaden gelitten, und es wird eine der künftigen Auseinandersetzungen sein, inwieweit er in eine Neuordnung der Beziehungen von Staat und Wirtschaft hinübergerettet werden kann[498]).

---

[497]) Z. B. das Monopol zum Import von Backmehl einzuführen, BV Art. 23bis Abs. 3.

[498]) „Es wird vom Rechtsstaat gesprochen, als ob noch alle die sozialen, wirtschaftlichen und politischen Voraussetzungen vorhanden wären, auf denen er beruht. Es darf aber nicht verkannt werden, dass der Rechtsstaat als solcher in einer gewaltigen Krise begriffen ist, und wir dürfen nicht über Verfeinerungen sprechen, während der Boden schwankt, auf dem wir stehen.“ Erich Kaufmann, Der Schutz des öffentlichen Rechts. Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer Heft 2 1925, Diskussionsvotum S. 115. Die konkreten Akte der staatlichen Wirtschaftspolitik, wie Gründung von Zwangssyndikaten, Subventionierung von Unternehmerzusammenschlüssen (z. B. in der Uhrenindustrie) usw. sind der Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit gar nicht zugänglich, doch wandelt dadurch der Staat auch sein Gesicht, er verliert den rechtsstaatlichen Charakter.

Es konnte hier nur angedeutet werden, dass die grossen verfassungspolitischen Entscheidungen der Zukunft also nicht um die Freiheitsrechte fallen werden. Man mag an ihnen festhalten, nicht nur als Instrumente, sondern auch als Ausdrucksformen einer freiheitlichen Staatsauffassung. Doch das Erbe des 19. Jahrhunderts, der Epoche des Illusionsverlustes, das uns zugefallen ist, bürdet uns auf, uns nicht in Bekenntnissen zu erschöpfen, sondern die verfassungspolitischen Aufgaben in Angriff zu nehmen, die am Wege liegen: Ordnung der Beziehung von Wirtschaft und Staat, Ordnung der Gesetzgebung nach den Anforderungen der Zeit.