

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:	61 (1942)
Artikel:	Materielle Schranken der Verfassungsrevision
Autor:	Nef, Hans
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896272

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: 24.01.2026

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

Materielle Schranken der Verfassungsrevision

Von Privatdozent Dr. Hans Nef, Zürich.*)

Kurz nach der Annahme der neuen Revisionsbestimmungen der schweizerischen Bundesverfassung im Jahre 1891 hatte der damalige Lausanner Staatsrechtslehrer Jacques Berney erklärt, das Schweizervolk könne sich nun in allen Gebieten selbst regieren. Es könne Gesetze geben, Ausländer naturalisieren, Verurteilte begnadigen, Anleihen aufnehmen, Subventionen zusprechen, Staatsverträge abschliessen, Krieg erklären, Frieden schliessen, zum Tode verurteilen — das alles unter nur einer Bedingung, nämlich dass es diese Dinge durch Ausübung des Verfassungsinitiativrechts in die Verfassung schreibe¹⁾. Das war eine etwas zugespitzt formulierte Kritik an der Tatsache, dass die Revisionsbestimmungen der Bundesverfassung nichts darüber sagen, welche Rechtsmaterien in die Verfassung kommen können und welche nicht, an der Tatsache also, dass der Verfassungsrevision und damit dem Verfassungsinitiativrecht des Volkes keine materiellen Schranken gesetzt sind; eine Kritik, die seither von verschiedener Seite geübt wurde, namentlich auch von Fleiner, der daran das Postulat knüpfte, es sollte die Möglichkeit geschaffen werden, solche Initiativbegehren, die in Wahrheit gar keine Verfassungsmaterie beschlagen, beim Bundesgericht als verfassungswidrig anzu-

*) Nach einem am 21. November 1940 im Zürcherischen Juristenverein gehaltenen Vortrag.

¹⁾ Berney, *L'Initiative populaire en droit public fédéral*, in: Université de Lausanne, Recueil inaugural, 1892, S. 88 f.; s. a. S. 86 und 87. Vgl. a. Charles Borgeaud, *Etablissement et Revision des Constitutions en Amérique et en Europe*, 1893, S. 395 f.

fechten²⁾). Das würde logisch eine genaue Abgrenzung der Verfassungsmaterien gegen andere Rechtsmaterien voraussetzen, und eine solche Grenzziehung würde gleichzeitig eine materielle Beschränkung des Verfassungsinitiativrechts bedeuten, so dass das Postulat stillschweigend auf der Annahme beruht, es gebe wohl doch eine solche materielle Schranke der Verfassungsrevision, auch wenn sie nicht ausdrücklich festgelegt worden ist.

Als vor einigen Jahren im Kanton Basel-Land die Initiative auf Wiedervereinigung mit dem Kanton Basel-Stadt lanciert worden war, lehnte es der Regierungsrat ab, diese Initiative dem Volke zur Abstimmung zu unterbreiten mit der Begründung, die Initiative ziele auf eine Beseitigung der Verfassung und des Staates Basel-Land überhaupt ab, das aber könne nicht Gegenstand einer Verfassungsinitiative sein. Die Initianten rekurrierten an das Bundesgericht, und dieses erklärte, dass die Initiative zwar als zulässig zu betrachten sei, da sie nur das Verfahren für die Wiedervereinigung zu regeln bezwecke, dass sie aber dann, wenn sie wirklich auf eine Vernichtung der Verfassung, auf eine Beseitigung des Staates überhaupt ginge, in der Tat unzulässig wäre, da das Initiativrecht an der Existenz des Staates eine materielle Schranke finde³⁾). Hier wird also eine materielle Beschränkung der Verfassungsrevision als bestehend angenommen, obschon die Verfassung von Basel-Land eine solche nicht ausdrücklich statuiert. Und eine solche Bejahung ungeschriebener materieller Schranken, auch im Hinblick auf die Bundesverfassung, findet sich denn auch in einigen andern Äusserungen zum Revisionsrecht. Als im Anschluss an die Volksabstimmung über die Vermögensabgabe im Jahre 1922 in der Bundesversammlung eine ausdrückliche Regelung solcher Schranken angeregt und besprochen wurde, stellte sich in der Diskussion Nationalrat Schöpfer auf den Standpunkt, dass ohnehin schon wenigstens eine solche

²⁾ Fleiner, Bundesstaatsrecht, 1923, S. 398 f.

³⁾ BGE 61 I 166 ff., bes. 169 f., 174.

Schranke als bestehend zu betrachten sei; sie liege darin, dass die in der Bundesverfassung gewährleisteten Freiheitsrechte wohl unter keinen Umständen durch eine Verfassungsrevision angetastet werden könnten⁴⁾. Fleiner hat sich an einer etwas versteckten Stelle dahin ausgesprochen, dass der Sprachenartikel 116 der BV, der einen Minderheitenschutz bedeute, durch eine Verfassungsrevision nicht beseitigt werden könnte und dass wohl auch die Staatsform auf legalem Wege nicht verändert werden könnte⁵⁾. Schliesslich ist ein Staatsrechtler zu erwähnen, der die „Schweiz von aussen gesehen“ geschildert hat, Nawiasky, der zum Schlusse kommt, dass eine jede Verfassungsrevision bei uns vor dem demokratischen Prinzip und vor der föderativen Struktur des Staates unbedingt Halt machen müsste, und zwar von Rechtes wegen, womit wiederum eine ungeschriebene materielle Schranke als bestehend angenommen wird⁶⁾. Von anderer Seite aber, z. B. von Max Huber in seinem Gutachten zu der erwähnten Basler Initiative, ist es bestritten worden, dass es in unserem Staatsrecht solche materiellen Schranken der Verfassungsrevision gebe⁷⁾.

Diese einleitenden Feststellungen sollten zeigen, was unter der Frage, die hier behandelt werden soll, zu verstehen ist. Diese Frage nach materiellen Schranken der Verfassungsrevision ist in der Schweiz noch wenig erörtert worden. Darum soll es sich jetzt vorläufig weniger darum handeln, sofort ganz bestimmte Lösungen vorzutragen und zu verfechten als eher darum, vorerst einmal die Frage in ihren verschiedenen Aspekten zu beleuchten

⁴⁾ Sten. Bull. Nat.rat 1923, S. 155 f.

⁵⁾ Fleiner, Le Droit des Minorités en Suisse, in: Mélanges Hauriou, 1929, S. 290 f.

⁶⁾ Nawiasky, Aufbau und Begriff der Eidgenossenschaft, 1937, S. 39 ff.

⁷⁾ Max Huber, Brief an Dr. Max Vischer, Basel, vom 8. März 1934, als Rechtsgutachten in der Wiedervereinigungsfrage, S. 3 f.; vgl. a. W. Burckhardt, Kommentar zur BV, 3. Aufl., 1931, S. 815.

und zu zeigen, aus welchen Zusammenhängen heraus man zu einer Lösung zu kommen versuchen muss. Die eigene Stellungnahme zu den Fragen soll dann lediglich ein erster Versuch sein.

Aus den einleitenden Bemerkungen geht nun aber zugleich auch schon hervor, dass die Frage nach materiellen Schranken der Verfassungsrevision in zwei sehr verschiedene Fragen zerfällt, die wir auseinanderhalten müssen. Wenn davon die Rede ist, ob solche Rechtsmaterien, die eigentlich gar nicht in die Verfassung, sondern in ein Gesetz oder gar in eine Verordnung gehörten, Gegenstand einer Verfassungsrevision sein können, dann geht es um die Frage, ob der Aufnahme von neuen Artikeln in die Verfassung materielle Schranken gesetzt seien oder nicht. Können Bestimmungen beliebiger Rechtsstufen in die Verfassung aufgenommen werden?, so lautet die erste Frage. Wenn aber die Ansicht vertreten wird, dass beispielsweise die Freiheitsrechte unserer Bundesverfassung durch eine Revision nicht beseitigt werden könnten, dann handelt es sich um die Frage, ob der Abänderung und der Beseitigung von Verfassungsartikeln Schranken gesetzt sind. Gibt es bestimmte Artikel in der Verfassung, die durch eine Revision nicht angetastet werden können?, so lautet die zweite Frage. Diese beiden Fragen sind scharf zu trennen. Man könnte, um sie in eine gewisse Relation zueinander zu setzen, vielleicht sagen, dass es sich bei der ersten Frage gewissermassen um die untere Grenze, bei der zweiten um die obere Grenze aller Verfassungsrevision handle. Was unter der untern Grenze liegt, könnte nicht in die Verfassung aufgenommen werden, was über der obern Grenze liegt, könnte nicht aus ihr verwiesen werden. Diese beiden Fragen nun sind voneinander unabhängig. Das sieht man daran, dass die Stellungnahme zu der einen den Standpunkt in der andern keineswegs präjudiziert. So können die beiden Fragen völlig getrennt behandelt werden. Wir haben hier zuerst zu der ersten Frage einige Bemerkungen

zu machen, wenden uns dann aber in der Hauptsache der zweiten Frage zu, da diese viel bedeutungsvoller ist als die erste.

Eines scheint hinsichtlich der ersten Frage ohne weiteres liquid zu sein; es ist etwas, das sich schon aufdrängt, wenn man die erwähnte Kritik Berneys liest. Diese Kritik schiesst wohl deswegen über das Ziel, weil Berney annimmt, dass man auf dem Wege der Verfassungsinitiative auch individuell-konkrete Rechtssätze in die Verfassung schreiben könnte. Das geht zu weit. Das steht wohl auf alle Fälle fest, dass nur generell-abstrakte Rechtssätze in die Verfassung kommen können und dass individuell-konkrete Rechtssätze aus dem Spiele bleiben müssen. Und zwar hängt diese Beschränkung auf generelle Rechtsnormen schon mit dem Begriff der Verfassung und damit der Verfassungsrevision zusammen. Formell bedeutet die Verfassung doch ein System von generellen Rechtsnormen. So liegt schon im Begriff der Verfassung eine Schranke für die Verfassungsrevision, besagend, dass niemals auf dem Wege der Verfassungsrevision individuell-konkrete Anordnungen getroffen werden können. So ist es namentlich ausgeschlossen, dass der Verfassungsgesetzgeber Rechtsnormen erlassen kann, die sich materiell als Verwaltungsverfügungen oder gar als richterliche Urteile erweisen. Dem steht ganz einfach der formelle Begriff der Verfassung entgegen, und es liegt hier eine materielle Schranke für die Verfassungsrevision vor, die ausdrücklich in den Revisionsbestimmungen zu erwähnen, wie das Berney gewünscht hätte, angesichts dieses unbestrittenen formellen Verfassungsbegriffes überflüssig erscheinen musste. Wenn die Praxis nun auch in einem neuesten Falle diese Schranke überschritten hat⁸⁾, so schliesst das keineswegs aus, dass die Bundesbehörden in einem späteren Falle ein Initiativbegehr, das eine

⁸⁾ BB betr. Kredite zum Ausbau der Landesverteidigung und zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit vom 6. April 1939, Volksabstimmung vom 4. Juni 1939, A. S. 54, 565 ff.

individuell-konkrete Norm in die Verfassung einführen möchte (z. B. Verurteilung des X, Begnadigung des Y, Zusprechung einer einmaligen Subvention), a limine abweisen könnten⁹⁾.

Wer nun aber weiterhin sich bei der Beantwortung unserer ersten Frage auch auf den Standpunkt stellt, dass trotz Fehlens einer positivrechtlichen Bestimmung angenommen werden müsse, dass auch gewisse generelle Rechtsnormen nicht in die Verfassung aufgenommen werden könnten, weil sie gar keine Verfassungsmaterien betreffen, sondern eher z. B. in ein Gesetz oder in eine Verordnung gehörten, geht von der Voraussetzung aus, dass man genau sagen könne, was Verfassungsmaterie ist und was nicht; der setzt m. a. W. neben dem oben erwähnten formellen Verfassungsbegriff auch einen materiellen Verfassungsbegriff voraus, einen Verfassungsbegriff, der auch besagt, was eine Verfassung regelmässig zum ausschliesslichen Inhalte hat. Und so verschiebt sich unsere Frage nun auf dieses andere Problem:

⁹⁾ Keine rein individuelle Norm ist die von Berney als Beispiel angeführte ursprüngliche Bestimmung in BV Art. 30: „Für Besorgung des Schneebruchs auf dem St. Gotthard erhalten die Kantone Uri und Tessin eine jährliche Entschädigung von zusammen 40,000 Fr. für so lange, als die Strasse über den Bergpass nicht durch eine Eisenbahn ersetzt sein wird.“ Diese, sowie die jetzige Bestimmung des Absatzes 3 in Art. 30 sind trotz ihrer konkreten Bestandteile immer noch insoweit generelle Normen, als sie auf unbestimmte Zeit hinaus „jährlich“ aufs neue zur Anwendung kommen, also für eine unbestimmte Anzahl von Fällen gelten. Eine individuelle Norm dagegen war zweifellos die Bestimmung, die im Jahre 1916 in die Verfassung des Kantons Solothurn geschrieben wurde, wonach die im Jahre 1916 verfassungsgemäss fällig gewordenen kantonalen Neuwahlen mit Rücksicht auf die unsicheren Kriegszeiten auf das Jahr 1917 verschoben wurden. Nach heutiger Auffassung aber hätte das nicht in die Verfassung geschrieben werden müssen, sondern man hätte auf Grund des Kriegsnotrechtes, das nach jetziger Auffassung auch contra constitutionem gehen kann, die Verschiebung der Wahlen in anderer Rechtsform anordnen können. Vgl. Zentralblatt f. Staats- und Gemeindeverwaltung, Bd. 17, S. 95.

Gibt es einen solchen allgemein anerkannten materiellen Verfassungsbegriff, der eine sichere Grundlage für die Ausscheidung von Verfassungsmaterien einerseits und Gesetzes- und Verordnungsmaterien andererseits bietet? Diese Frage ist angesichts der modernen, materiell sehr bunten Verfassungen zu verneinen. Früher hat man wohl einen solchen materiellen Verfassungsbegriff gekannt. So vermittelt beispielsweise die Definition der Verfassung bei Aristoteles einen durchaus materiell orientierten Verfassungsbegriff¹⁰⁾). Aber später hat sich der Verfassungsbegriff seit dem Aufkommen der geschriebenen Verfassungen immer mehr formalisiert¹¹⁾). So ist uns heute ein solcher materieller Verfassungsbegriff, der für die Gestaltung der Verfassung im formellen Sinne grundlegend sein könnte, völlig verloren gegangen, so dass wir allein vom Begriff der Verfassung aus nicht zu einer festen Schranke für die Verfassungsrevision kommen können, soweit es sich um die generellen Normen handelt¹²⁾). Zwar hat Rudolf Smend gefordert, dass die Staatsrechtswissenschaft unbedingt wieder zu einem materiellen Verfassungsbegriff kommen müsse, indem sie die wesentlichen Bestandteile einer staatlichen Integrationsordnung aufzeige, aber er sagt selbst, dass das ein sehr schwieriges Unternehmen sei, und von einem anerkannten Versuche in dieser Richtung ist heute noch keine Rede¹³⁾). Wobei zu bemerken ist, dass das, was die Wissenschaft heute aus methodischen Gründen etwa als absolut materiellen und relativ materiellen Verfassungsbegriff bezeichnet, praktisch nicht eine genügende Grundlage für die Gestaltung der Verfassung abgeben kann, da diese Begriffe hiefür zu eng sind und unter einem andern Gesichtspunkt gebildet

¹⁰⁾ Aristoteles, *Politik*, IV, 1289a, 16 ff. vgl. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 5. Neudruck der 3. Aufl., 1929, S. 506 ff., Egon Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir constituant*, 1909, S. 9.

¹¹⁾ Vgl. Zweig, a. a. O., S. 6 und 59 ff.

¹²⁾ Vgl. G. Jellinek, a. a. O., S. 532 ff.

¹³⁾ Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, S. 132f.

wurden. So kommt man zum Resultate, dass eine solche untere Grenze der Verfassungsrevision hinsichtlich der generellen Normen nicht besteht, solange sie nicht ausdrücklich geregelt ist¹⁴⁾.

Gelangt man so einerseits zum Ergebnis, dass im allgemeinen für die modernen Verfassungen, in denen sich die verschiedensten Materien geregelt finden, eine untere Grenze für die Revision mangels ausdrücklicher Bestimmung nicht besteht, so kann man sich aber u. E. andererseits fragen, ob in der Schweiz nicht bei einigen Kantonsverfassungen anzunehmen ist, dass eine ungeschriebene materielle Schranke nach unten vorhanden sei. Wir denken an diejenigen Kantonsverfassungen, die sich äusserst kurz fassen und eine auffallende Geschlossenheit in der Materie aufweisen. So etwa Basel-Stadt, Graubünden, Tessin, Neuchâtel, die sich wirklich auf ganz wenige grundlegende Materien beschränken. Hier kann man sich fragen, ob nicht eine Initiative auf Einführung einer neuen Bestimmung, die mit diesen Materien gar nichts zu tun hat und von durchaus untergerodneter Bedeutung ist, als unzulässig betrachtet werden könnte. Hingegen wäre bei der Beurteilung solcher neuen Bestimmungen Vorsicht am Platze, und das führt zu einer letzten Bemerkung zu unserer ersten Frage.

Es muss nämlich — und das gilt auch bei der Kritik von Artikeln der BV — bei solchen Bestimmungen, die materiell nicht in die Verfassung zu gehören scheinen, jeweils sehr genau geprüft werden, ob sie wirklich nicht mit einer schon bestehenden Verfassungsbestimmung in dem Zusammenhang stehen, dass sie eine *lex specialis*

¹⁴⁾ Den Versuch einer positivrechtlichen Umschreibung des Verfassungsinhalts machte die portugiesische Verfassung von 1826, in deren Art. 144 es hiess — in französischer Übersetzung—: „Il n'y a d'actes constitutionnels que ceux qui fixent, soit les limites et les attributions respectives des pouvoirs politiques, soit les droits politiques et individuels des citoyens. Tout acte non constitutionnel peut être modifié par les législatures ordinaires“. Vgl. Borgeaud, a. a. O., S. 112.

dazu darstellen, die dann ja notwendigerweise in die Verfassung geschrieben werden muss. Man hat es bekanntlich in der inländischen und in der ausländischen Literatur immer wieder kritisiert, dass das Schächtverbot zur Bundesverfassungsmaterie erhoben wurde. Es scheint uns das gerade ein sehr unglückliches Beispiel für eine Bestimmung, die eigentlich in eine Verordnung und nicht in die Verfassung gehörte, zu sein. Man muss sich nämlich ver gegenwärtigen, dass im Jahre 1890 der Bundesrat und die Bundesversammlung sich anlässlich eines Rekurses gegen eine Bestrafung auf Grund eines kantonalen Schächtverbotes auf den Standpunkt stellten, das Schächten sei eine rituelle Handlung, die unter dem Schutze der Kultusfreiheit stehe, so dass die Kantone das Schächten nicht schlechthin verbieten könnten. Was blieb da den Gegnern des Schächtens anderes übrig, als dieses Verbot in die Verfassung schreiben zu lassen, als Ausnahmebestimmung zur Kultusfreiheit, die rechtssystematisch an gar keinen andern Ort gehörte als in die Verfassung? Fragen kann man sich nur, ob die Auffassung der Bundesbehörden richtig war. Aber wenn man sich einmal auf diesen Standpunkt stellte, dann musste das Schächtverbot in die Verfassung genommen werden. Und kritisieren muss man dann nur, dass es an ganz falscher Stelle in die Verfassung eingeordnet wurde. Es hätte selbstverständlich zu dem Artikel über die Kultusfreiheit gehört¹⁵⁾. So zeigt es sich, dass gerade das Schächtverbot denkbar ungeeignet ist, immer wieder als Schulbeispiel dafür zu dienen, dass man alles, auch Polizeiverordnungsmaterien, in unsere Bundesverfassung schreiben könne, und man sieht, dass man wohl bei der Beurteilung einzelner Bestimmungen unter diesem Gesichtspunkte wird Vorsicht walten lassen müssen.

Damit kann die erste Frage verlassen werden, und wir haben uns im folgenden nun ausschliesslich mit der zweiten, wichtigeren Frage im Problem der materiellen

¹⁵⁾ Vgl. Salis, Bundesrecht, 2. Aufl., III, S. 85 f. Nr. 1028. His, Geschichte des schweizerischen Staatsrechts, Bd. III, S. 541.

Schranken der Verfassungsrevision zu befassen, mit der Frage, ob es Verfassungsartikel gibt, die durch Revision nicht angetastet werden können. Da ist vorerst darauf hinzuweisen, dass es zwei verschiedene Arten solcher Schranken der Verfassungsrevision geben kann, nämlich heteronome und autonome. Heteronom sind die Schranken dann, wenn sie sich ausserhalb der Verfassung, für die sie gelten, befinden. Hiebei sind wiederum zwei Fälle zu unterscheiden: diese ausserhalb der Verfassung liegenden Schranken können einmal völkerrechtlicher Natur sein. Sowohl das allgemeine Völkerrecht wie besonders die vom betreffenden Staate eingegangenen völkerrechtlichen Verträge können Normen enthalten, die für das Verfassungsrecht materielle Schranken bedeuten. Sodann aber sind heteronome Schranken auch dann gegeben, wenn im Bundesstaate das Verfassungsrecht des Bundes gewisse Normen für die Gestaltung der gliedstaatlichen Verfassungen aufstellt. So bedeutet der Artikel 6 unserer Bundesverfassung eine solche heteronome materielle Schranke für die Kantonsverfassungen¹⁶⁾). Autonom aber sind die Schranken dann, wenn sie sich in der Verfassung, für die sie gelten, selbst befinden; wenn also in der Verfassung selbst Bestimmungen darüber enthalten sind, dass bestimmte Artikel dieser selben Verfassung auf dem Wege der legalen Revision nicht angetastet werden können¹⁷⁾). Die heteronomen Schranken werfen keine besondern rechts-theoretischen Probleme auf, so dass wir darauf nicht näher einzutreten brauchen, wohl aber sind nun die autonomen Schranken zum Gegenstande eingehender Betrachtung zu machen.

Unsere Bundesverfassung und unsere Kantonsverfassungen enthalten keine ausdrücklichen autonomen materiellen Schranken. Wir können daher zu einer ersten Veranschaulichung solcher Schranken nicht auf nahe-

¹⁶⁾ Vgl. dazu Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 376 f.

¹⁷⁾ Vgl. Walter Jellinek, Grenzen der Verfassungsgesetzgebung, 1931, S. 4 ff.

liegende Bestimmungen verweisen, sondern wir müssen in andern Ländern nach solchen Normen Umschau halten, wenn wir uns vorerst einmal ein Bild von den Möglichkeiten solcher autonomen Schranken machen wollen. Und da stossen wir denn bei einer Reihe von Verfassungen älteren und neueren Datums auf solche ausdrücklich normierte Schranken. Wir wollen uns diese Bestimmungen rasch vergegenwärtigen, um zu sehen, wie solche Schranken überhaupt etwa beschaffen sein können.

Ein Überblick über die in Betracht kommenden Verfassungen zeigt, dass diese Bestimmungen sich in zwei Gruppen scheiden lassen. Zu der einen Gruppe gehören diejenigen Verfassungsbestimmungen, die besagen, dass die Prinzipien oder die Grundlagen oder der Geist der betreffenden Verfassung durch eine Revision nicht angetastet werden dürfen. Hier war wegweisend die norwegische Verfassung von 1814. Deren Artikel 112 legte fest, dass die Verfassungsänderungen den Prinzipien des Grundgesetzes nicht widersprechen dürfen und dass sie nur Modifikationen von Spezialbestimmungen bedeuten und den Geist der Verfassung nicht alterieren dürfen¹⁸⁾. Dieser Bestimmung ist der Artikel 132 der Verfassung von Ecuador von 1861 nachgebildet¹⁹⁾ und dann namentlich der Artikel 107 der griechischen Verfassung von 1864, wonach nur Bestimmungen nicht grundlegender Natur abgeändert werden können²⁰⁾. Die andere Gruppe dieser

¹⁸⁾ Vgl. Borgeaud, a. a. O., S. 120, Henri de Bousquet de Florian, *Revision des Constitutions*, 1891, S. 207 f., R. H. Herrnritt, *Die Staatsform als Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsänderung*, 1901, S. 10 f., Walter Hildesheimer, *Über die Revision moderner Staatsverfassungen*, 1918, S. 27 ff., Bredo Morgenstierne, *Das Staatsrecht des Königreichs Norwegen*, 1911, S. 120 f., Smend, a. a. O., S. 132.

¹⁹⁾ Vgl. Borgeaud, a. a. O., S. 234; H. de Bousquet de Florian, a. a. O., S. 211.

²⁰⁾ Vgl. Borgeaud, a. a. O., S. 137 ff., Bousquet de Florian, a. a. O., S. 221, Herrnritt, a. a. O., S. 10 ff., Hildesheimer, a. a. O., S. 27 f., Nikolaus N. Saripolos, *Das Staats-*

Bestimmungen wird gebildet durch diejenigen Verfassungsartikel, die besagen, dass die Staatsform nicht Gegenstand einer Verfassungsrevision sein könne. Hierher gehört das Beispiel, das uns am nächsten liegt und dessen literarische Bearbeitung uns am besten zugänglich ist, nämlich die Norm des französischen Verfassungsgesetzes von 1884, die folgendermassen lautet: „La forme républicaine de gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision“²¹⁾. In gleicher Weise ist auch in Brasilien nach Artikel 90 der Verfassung von 1891 jeder Antrag auf Beseitigung der republikanischen Regierungsform ausgeschlossen²²⁾, und auch die portugiesische Verfassung von 1911²³⁾ sowie die türkische von 1924²⁴⁾ enthalten denselben Schutz der republikanischen Staatsform. Endlich darf hier erwähnt werden, dass auch einmal eine schweizerische Verfassung eine solche Klausel enthielt, indem die erste helvetische Verfassung in Artikel 2, Absatz 2 erklärte: „La forme de gouvernement, quelques modifications qu'elle puisse éprouver, sera toujours une démocratie représentative“²⁵⁾.

Für uns erhebt sich nun also die Frage, ob es auch bei uns solche Schranken der Verfassungsrevision gibt,

recht des Königreichs Griechenland, 1909, S. 18 f. — Die gleiche Bestimmung auch in der neuen griechischen Verfassung von 1927, Art. 125; vgl. Mirkine-Guetzevitch, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, 1928.

²¹⁾ Vgl. Joseph Barthélemy et Paul Duez, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, 1926, S. 35, 225 f., 691, 697. Borgeaud, a. a. O., 302 ff., Léon Duguit, *Manuel de Droit constitutionnel*, 3. Aufl. 1918, S. 557 ff., A. Esmein, *Eléments de Droit constitutionnel français et comparé*, 8. Aufl. revue par H. Nézard, 1927/28, II, S. 543 ff., Fleiner, *Die Staatsauffassung der Franzosen*, 1915, S. 6. Herrnritt, a. a. O., S. 5 ff.

²²⁾ Barthélemy-Duez, a. a. O., 225 f., Herrnritt, a. a. O., S. 5 ff.

²³⁾ Hildesheimer, a. a. O., S. 30.

²⁴⁾ Mirkine-Guetzevitch, a. a. O., Art. 102.

²⁵⁾ Vgl. Reto Caratsch, *Die Initiative zur Verfassungsrevision*, 1926, S. 94. His, a. a. O., I, S. 215 f.

trotzdem eine ausdrückliche Regelung fehlt, ob es m. a. W. bei uns ungeschriebene Schranken dieser Art gibt. Wir haben gleich zu Anfang gesehen, dass von verschiedenen Seiten diese Frage für unser Staatsrecht bejaht, von anderer Seite aber verneint wird, so dass hier eine nähere Erörterung notwendig ist. Bevor wir aber auf diese zentrale Frage eintreten, müssen ganz kurz noch drei Dinge abgeklärt werden, die für diese Frage wichtig sein werden, die aber besser im Zusammenhang mit den genannten ausdrücklichen Bestimmungen der ausländischen Verfassungen erörtert werden.

Zuerst kurz etwas Theoretisches. Durch die erwähnten Bestimmungen wird in die betreffenden Verfassungen ein Unterschied eingeführt zwischen solchen Artikeln, die revidiert werden können und solchen, die man nicht ändern bzw. beseitigen kann. Die Artikel werden also in zwei Gruppen geschieden. Wenn wir hierauf die Terminologie der normativen Rechtslehre anwenden wollen, dann werden wir sagen können, dass damit die Verfassung in zwei verschiedene Stufen aufgeteilt wird. Die Verfassung bildet nicht mehr nur eine Rechtsstufe, eben die Verfassungsstufe schlechthin, sondern sie enthält nun in sich zwei solche Rechtsstufen, die zueinander in dem üblichen Über- und Unterordnungsverhältnis, wie es von der Stufenlehre geschildert wird, stehen. Für diese normative Rechtslehre also haben die erwähnten Bestimmungen die Konsequenz, dass man die Möglichkeit zweier verschiedener Verfassungsstufen, einer unteren und einer oberen, wird ins Auge fassen müssen.

Ein zweiter Punkt ist von praktischem Interesse. Es ist bei der wissenschaftlichen Bearbeitung der genannten Verfassungsbestimmungen wiederholt gesagt worden, dass solche Artikel im Grunde genommen völlig bedeutungslos seien, da der Verfassungsgeber, der doch die Grundprinzipien antasten oder die Staatsform ändern wolle, zuerst einmal im Revisionsverfahren diese Schranken selbst beseitigen könne, worauf dann der Weg für sein Vorhaben

frei sei. Diesen Standpunkt hat in Frankreich namentlich Léon Duguit vertreten²⁶⁾), und auch Barthélemy sagt, dass es sich hier nur um „barrières de papier“ handle, die man einfach zunächst beiseite schieben könne²⁷⁾). Dasselbe findet man für die norwegische Bestimmung bei Morgenstierne²⁸⁾), und ganz allgemein haben sich Walter Jellinek²⁹⁾ und Hermann Herrnritt in seiner grossen Studie über „Die Staatsform als Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsänderung“ von 1901³⁰⁾ zu dieser Ansicht bekannt. Das scheint uns nun eine sehr formalistische Argumentation zu sein, eine Argumentation, die gar nicht auf das Wesen und den Sinn solcher Bestimmungen Rücksicht nimmt. Wenn eine Verfassung einmal eine solche Schranke aufstellt, dann kann es doch vernünftigerweise nie und nimmer im Sinne dieser Verfassung sein, dass man zu diesem Kniff schreitet und diese Schranke zuerst einmal umstösst. Weder nach der subjektiven Methode der Auslegung, die fragt, was der ursprüngliche Verfassungsgeber gewollt hat, noch nach der objektiven Methode, die darauf achtet, was die Bestimmungen in ihrem Zusammenhang heute objektiv heissen, wird man zum Resultate kommen können, dass dieser einfache Weg eingeschlagen werden kann. Wenn es doch geschieht, dann ist das nicht mehr Verfassungsrevision, sondern Verfassungsbruch. So sagt denn auch Georg Jellinek, dass ein solcher limitierender Satz nur durch Gewalt, nicht aber durch Recht aufgehoben werden könne³¹⁾). Eine Beseitigung einer solchen Schranke scheint mir etwa dasselbe zu bedeuten, wie wenn ein Spaziergänger, der auf seinem Wege irgendwo an eine Verbots-

²⁶⁾ Duguit, a. a. O., S. 557 ff.

²⁷⁾ Barthélemy-Duez, a. a. O., S. 225 f, vgl. a. Bousquet de Florian, a. a. O., S. 126 ff.

²⁸⁾ a. a. O., S. 120 f.

²⁹⁾ a. a. O., S. 12.

³⁰⁾ bes. S. 10.

³¹⁾ Allgemeine Staatslehre, S. 484.

tafel stösst, die ihm den Durchgang verbietet, zuerst diese Verbotstafel umstossen würde und dann nach der vermeintlichen Beseitigung des Verbotes den Weg doch beschritte. Die Legalität des Verfassungsgebers, der die ihm auferlegte Schranke aufhebt und dann die Verfassung unbehindert revidiert, ist keineswegs besser als die Legalität dieses Spaziergängers.

Diese Ansicht ist denn auch in der Literatur an mancher Stelle zur Geltung gekommen. In Frankreich sind vor allem A. Esmein und Gabriel Arnoult der Argumentation Duguits entgegengetreten³²⁾. Und allgemein sagen es etwa Carl Schmitt und Walter Hildesheimer in seiner Abhandlung über die Revision moderner Staatsverfassungen³³⁾.

Schliesslich könnte man zur Begründung dieses Standpunktes im Anschluss an unsere vorhergehende Bemerkung über die beiden Stufen in der Verfassung auch noch folgendes sagen: Wenn durch eine solche materielle Schranke der Verfassungsrevision die Verfassung in eine untere und eine obere Stufe zerteilt wird, dann gehört diese Schranke selbst wohl unzweifelhaft der obern Stufe an. Sie will ja dem Verfassungsgeber, der über die untere Stufe soll verfügen können, eine bestimmte Beschränkung auferlegen. Das kann sie aber nur von der oberen Stufe aus tun. Es ist genau dasselbe, wie die Verfassung regelmässig dem ordentlichen Gesetzgeber Schranken auferlegt. Und genau so, wie der ordentliche Gesetzgeber an die Sätze der

³²⁾ Esmein, a. a. O., S. 547 ff., Arnoult, *De la Révision des Constitutions*, 1895, S. 402. S. dazu M. Fonteneau, *Du Pouvoir constituant en France et de la révision constitutionnelle dans les Constitutions françaises depuis 1789*, 1900, S. 195 ff.

³³⁾ Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 105 f., Hildesheimer, a. a. O., S. 29 ff. „Denn nimmt einmal eine Staatsverfassung einen derartigen Satz wie jenen Paragraphen des Artikels 8 in sich auf — es ist von der französischen Bestimmung die Rede — so liegt darin zugleich, glauben wir, ein Verbot ihn abzuändern“. Vgl. a. noch Caratsch, a. a. O., S. 94, Nawiasky, a. a. O., S. 40 f.; Zweig, a. a. O., S. 320.

höheren Rechtsstufe, also der Verfassung im allgemeinen, gebunden ist, so ist auch der Verfassungsgeber der unteren Stufe an die nächsthöhere Rechtsstufe, also an die obere Verfassungsstufe gebunden. So wenig derjenige, der eine Verordnung erlässt, zuerst eine gesetzliche Schranke beseitigen darf, so wenig wie der ordentliche Gesetzgeber zuerst eine Verfassungsschranke entfernen kann, so wenig kann der Verfassungsgeber der unteren Stufe eine Bestimmung der oberen Stufe antasten. Es geht eben gerade um eine Beschränkung des Verfassungsgebers selbst, um eine Beschränkung der verfassunggebenden Gewalt. Eine Beschränkung einer Gewalt aber kann immer nur durch Normen einer höheren Stufe erfolgen, und an diese Normen der höheren Stufe ist die betreffende Gewalt dann regelmässig gebunden. So kommt man auch von der Stufentheorie aus wiederum zum gleichen Ergebnis.

Wie aber, wenn der Verfassunggeber sich nun trotzdem über diese Schranke entweder einfach hinwegsetzt oder sie pro forma zuerst beseitigt? Diese Frage führt uns zu der dritten Bemerkung, die hier noch zu machen ist.

Gewiss, dass solche Schranken allein nicht genügen, um eine grundlegende Veränderung der Verfassung, einen Umsturz der Verfassung zu verhindern, ist ohne weiteres einleuchtend. Das sahen wir gerade vor kurzem, als man sich in demjenigen unserer Nachbarländer, dessen bisherige Verfassung eine solche ausdrückliche Schranke enthielt, sich dieser Schranke nicht mehr zu erinnern schien. Für uns ist nun aber entscheidend, dass es sich in einem solchen Falle, in dem die Verfassung trotz der bestehenden Schranke umgestürzt wird, nicht mehr um eine legale Revision, sondern schlechtweg um Revolution handelt. Das ist selbstverständlich immer möglich, dass die Verfassung auf ausserrechtlichem Wege, durch Gewalt, durch Staatsstreich beseitigt oder verändert wird. Das aber steht auf einem andern Blatte. Uns interessiert hier nur die rechtsgemässen Revision der Verfassung. Wir fragen nicht, ob eine Verfassung, die solche Schranken enthält,

überhaupt umgestossen werden könne oder nicht, sondern wir fragen ausschliesslich, ob sie auf rechtlichem Wege als Ganzes beseitigt werden könne. Das ist durchgehend festzuhalten, dass es uns nur um die Rechtsfrage zu tun ist und dass wir nicht fragen, was tatsächlich möglich ist, sondern was rechtlich möglich ist. Und auf den nahe-liegenden Einwand, dass das eine praktisch uninteressante Frage sei, weil man ja jederzeit sich über das Recht hinweg-setzen könne, ist zu antworten, dass dieser Einwand von der Vorstellung extremer Fälle ausgeht. Gerade nach den Revisionsbestimmungen unseres Verfassungsrechts kann es Fälle geben, bei denen die Rechtsfrage praktisch erheblich werden kann und in denen man eine Revision, die gegen allfällige materielle Schranken verstossen würde, auf rechtlichem Wege verhindern könnte, ohne dass dann gerade schon ein Umsturz durch Gewalt eintreten müsste. Man stelle sich beispielsweise vor, dass wir zum Resultate kämen, dass die in der BV gewährleisteten Freiheitsrechte als unantastbar zu gelten hätten, und man stelle sich weiter vor, dass beim Bundesrate einmal eine von ungefähr 60,000 Unterschriften bedeckte Initiative auf Beseitigung der Pressfreiheit einginge. Da wäre wohl die Rechtmässigkeit dieser Initiative zu verneinen, und Bundesrat und Parlament brauchten diese Initiative gar nicht erst dem Volke zu unterbreiten, sondern könnten sie a limine abweisen³⁴⁾. Ein ausschliesslich rechtlicher Vorgang. Und ein Vorgang,

³⁴⁾ Diese Befugnis der Bundesbehörden, eine formell zwar gültige, aber materiell unzulässige Initiative zurückzuweisen, wäre übrigens trotz Fehlens einer diesbezüglichen Bestimmung zu bejahen. Das hat das Bundesgericht in einem Falle einer materiell verfassungswidrigen kantonalen Gesetzesinitiative so entschieden, dass der Regierungsrat sie auch ohne eine ihn hiezu ermächtigende positive Bestimmung zurückweisen dürfe. BGE 61 I 331 ff., bes. 335 ff. Dass das schon manchmal so gehandhabt wurde, geht hervor aus Walther Burckhardts Ausführungen im Polit. Jahrbuch der schweiz. Eidgenossenschaft, 1912, S. 363. In genau gleicher Weise müsste auch die entsprechende Befugnis der Bundesbehörden bejaht werden.

der nun sicher nicht etwa eine Revolution zur Folge hätte, indem diese verschwindend kleine Minderheit des Volkes, die die Initiative eingereicht hat, doch nicht in der Lage sein wird, nun erfolgreich mit Gewalt vorzugehen. So hätte hier das Recht und allein das Recht wirksam gespielt, und wir sehen, dass sich durchaus Fälle denken lassen, in denen die Rechtsfrage praktisch relevant werden kann. Und tatsächlich praktisch geworden ist unsere Frage ja denn auch schon in der erwähnten Basler Wiedervereinigungsangelegenheit. Die Revolution ist immer nur ein Grenzfall, an den man zuerst denkt, der aber die Bedeutung der Rechtsfrage nicht so sehr herabzumindern vermag, wie es zuerst den Anschein hat. — Und in diesem Zusammenhang ist auch anzumerken, dass man diesen materiellen Schranken nicht einfach den Rechtscharakter absprechen darf, weil man sich gegebenenfalls über sie hinwegsetzen könnte. Die Tatsache, dass eine Rechtsnorm nicht für jeden Fall eine wirksame Sanktion bei sich führt, spricht nicht gegen ihre Rechtsnatur. Da könnte man auch von andern Sätzen des Verfassungsrechts sagen, sie seien keine Rechtssätze, weil sie nicht mit Zwang durchgesetzt werden können. Der Zwangscharakter allen Rechts kann u. E. nicht heissen, dass jeder einzelne Rechtssatz in jedem Falle muss erzwungen werden können, wenn überhaupt er ein Rechtssatz sein soll. Sondern wesentlich ist nur, dass eine Rechtsordnung als Ganzes gesehen überhaupt eine Macht zur Verfügung hat, die ihre Durchsetzung mit Zwang verbürgt. Gewiss, wo einer ganzen Rechtsordnung die Möglichkeit einer Verwirklichung durch Zwang überhaupt fehlt, da ist nicht mehr von Recht zu sprechen, denn in diesem Sinne ist der Zwang ein wesentliches Merkmal des Rechts, aber das schliesst nicht aus, dass einzelne Sätze dieser Rechtsordnung dann doch einfach nicht erzwungen werden können. Deswegen aber gehören sie doch als integrierende Bestandteile zu dieser Rechtsordnung und können als solche Bestandteile, die ja regelmässig systematisch mit allem andern Recht ver-

bunden sind, gar nichts anderes sein als Rechtssätze. In dieser Weise scheint uns die rechtsphilosophische Lehre von dem Zwangscharakter des Rechts durchaus vereinbar zu sein mit der Annahme, dass auch einzelne letztlich unerzwingbare Normen Rechtssätze sind³⁵⁾.

Diese drei Bemerkungen, die im Anschluss an die ausländischen Beispiele ausdrücklicher materieller Schranken der Verfassungsrevision noch zu machen waren, wären auch von Bedeutung, wenn wir auch für unser Staatsrecht das Vorliegen solcher Schranken, allerdings ungeschriebener Schranken, bejahren müssten. Damit kann nun auf diese Hauptfrage, ob auch ungeschriebene Schranken dieser Art denkbar sind, eingetreten werden.

Es lohnt sich, auch hier vorerst einen Blick auf einige ausländische Äusserungen zu der Frage zu werfen. Die Weimarer Verfassung von 1919 kannte keine ausdrückliche materielle Schranke der Revision, und so entstand in Deutschland eine Auseinandersetzung über diese Frage, ob nicht trotzdem das Bestehen solcher Schranken angenommen werden müsste. Verneint wurde diese Frage von dem Kommentator Anschütz und von Thoma. Nach Anschütz hätte man sämtliche Bestimmungen der Weimarer Verfassung in dem vorgesehenen Verfahren revidieren können, „einschliesslich solcher, die sich auf die rechtliche Natur des Reichsganzen (Bundesstaat), die Zuständigkeitsverteilung zwischen Reich und Ländern, die Staats- und Regierungsform des Reichs und der Länder (Republik, Demokratie, Wahlrecht, Parlamentarismus, Volksentscheid, Volksbegehren) und andere prinzipielle Fragen (Grundrechte!) beziehen“³⁶⁾. Jede andere Ansicht, sagt er, finde im geltenden Recht keinen Anhaltpunkt. Man habe die ganze Verfassung zur Disposition der verfassungsändernden Gewalt stellen wollen. Und

³⁵⁾ Vgl. G. Jellinek, a. a. O., S. 620 f., Hildesheimer, a. a. O., S. 32.

³⁶⁾ Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl., 1933, Art. 76, S. 400 ff., bes. S. 403 ff.

Thoma glaubt, dass die Verfassung es ausdrücklich hätte sagen müssen, wenn sie dieser Gewalt hätte Schranken auferlegen wollen. Sie hat das aber bewusst nicht getan, denn es sei vom liberalen und vom demokratischen Standpunkt aus konsequenter, dem obersten Gesetzgeber in der Gestaltung der Verfassung völlige Freiheit zu lassen, ein Punkt, auf den wir speziell zurückkommen werden. Die gegenteilige Lehre sei eine „wunschrechliche Behauptung“, die sich nicht auf positives Recht stützen könne³⁷⁾.

Diese gegenteilige Lehre finden wir nun bei Carl Bilfinger, bei Ottmar Bühler und namentlich bei Carl Schmitt vor. Nach Carl Bilfinger ist es ein ungeschriebener Rechtsgrundsatz, der sich aus dem Wesen einer jeden Verfassung ergibt, dass jede Verfassungsrevision an den Grundprinzipien des gegebenen Verfassungsrechts ihre Grenze finden muss. Jede Verfassung ist ein bestimmtes Ordnungssystem, aus dem nicht einzelne wesentliche Teile herausgenommen werden können. „Dieses System besitzt einen Kern integrierender Bestandteile, durch welche die Einheit des Ganzen, im Sinne der Verfassung, bedingt wird. Daher kann es rechtlich nicht zulässig sein, aus diesem System eine Grundlage herauszubrechen oder fundamental umzugestalten, die anderen Grundlagen aber unberührt stehen zu lassen“. So widerspräche es auch dem vernünftig ausgelegten Sinn der Weimarer Verfassung, dass es zulässig sein sollte, „ihr System durch einseitige Einbrüche und Verstümmelungen zu destruieren, dass dem übrigbleibenden Torso die Merkmale eines in sich geschlossenen Verfassungssystems nicht mehr zugesprochen werden könnte“³⁸⁾. Ottmar Bühler fragt sich, ob nach der Weimarer Verfassung auf dem

³⁷⁾ Anschütz und Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts, 1929/30, I, 182 ff., 193 f., II, 140 ff.

³⁸⁾ Carl Bilfinger, Verfassungsumgehung, in Archiv des öffentlichen Rechts, N. F., Bd. 11, 1926, S. 163 ff., bes. S. 179 ff. Ders., Nationale Demokratie als Grundlage der Weimarer Verfassung, 1929, S. 12 ff.

Wege der legalen Revision auch die Staatsform abgeändert werden könnte. Und er kommt zum Schluss, dass das wohl theoretisch denkbar wäre, sagt dann aber wörtlich: „In Wirklichkeit wäre das aber nicht mehr Verfassungsänderung, sondern Verfassungsbruch; ein solches Vorhaben würde von Reichspräsident und Reichsregierung (wie auch von Reichstag und Reichsrat) eine ganze Reihe von Handlungen verlangen, die mit dem Geist der Verfassung aufs stärkste in Widerspruch stehen und daher verfassungsrechtlich unzulässig sind“³⁹⁾. Am ausführlichsten entwickelt und ins Grundsätzliche hinübergeführt hat nun aber diese Lehre Carl Schmitt, so dass wir uns mit seinem Standpunkt noch näher zu befassen haben.

Der Gedankengang Carl Schmitts — von 1928 — lässt sich so zusammenfassen: Der Akt der Verfassunggebung bedeutet in jedem Falle eine einmalige Entscheidung über die politische Existenzform eines Volkes. Einer jeden Verfassung liegt eine politische Grundentscheidung des Trägers der verfassunggebenden Gewalt zugrunde. Für die Weimarer Verfassung setzte sich diese grundlegende politische Entscheidung zusammen aus der Entscheidung für die Demokratie, der Entscheidung für die bundesstaatliche Struktur des Reichs, der Entscheidung für die sogenannten Grundrechte und für das Prinzip der Gewaltenteilung. Die aus diesen Grundentscheidungen hervorgegangenen Verfassungsbestimmungen konstituieren die Verfassung im Sinne eines Ganzen. Von der Verfassung schlechthin in diesem Sinne sind nun aber die sogenannten Verfassungsgesetze zu unterscheiden. Das sind diejenigen Bestimmungen einer Verfassung, die nicht direkt aus diesen Grundentscheidungen hervorgegangen sind, sondern erst auf ihnen aufbauen, auf ihnen beruhen, sie schon voraussetzen, kurz Bestimmungen sekundärer

³⁹⁾ Die Reichsverfassung, 3. Aufl., 1929, S. 103. Vgl. a. noch Heinrich Triepel, Das Abdrosselungsgesetz, in DJZ 1926, Sp. 845 ff.

Bedeutung. Diese Unterscheidung zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz ist nun entscheidend bei der Frage der Verfassungsrevision. Nach dem in einer Verfassung vorgesehenen Revisionsverfahren nämlich können regelmässig nur die Verfassungsgesetze revidiert werden, niemals aber die Verfassung im Sinne der politischen Grundentscheidung. Wenn also der Artikel 76 der Weimarer Verfassung die Revision regelt, dann gilt das ausschliesslich für die Revision der sekundären Bestimmungen; die Verfassung als Ganzes aber kann auf Grund dieses Artikels nicht geändert werden. Denn die Verfassung als Ganzes kann überhaupt niemals auf Grund in ihr selbst liegender Verfahrensnormen beseitigt werden. Jede von einer Verfassung selbst vorgesehene Revisionsmöglichkeit findet an der von ihr getroffenen politischen Grundentscheidung eine notwendige Schranke. So könnte eine Demokratie nicht in dem ordentlichen Revisionsverfahren in eine absolute Monarchie oder in eine Sowjet-Republik verwandelt werden; so dürfen niemals bestehende Grundrechte vernichtet werden, denn auch sie gehören zur Substanz der Verfassung; so wäre es ein Verstoss gegen eine bundesstaatliche Verfassung, wenn die Revisionsmöglichkeit planmässig zur Beseitigung der politischen Selbständigkeit der Gliedstaaten benutzt würde. Die Verfassung im Sinne der politischen Grundentscheidung darf nicht angetastet werden, und wo das noch durch ausdrückliche Bestimmungen in der Art der von uns oben erwähnten Beispiele festgelegt wird, handelt es sich nur um eine ausdrückliche Bestätigung dieses Sachverhalts, der für eine jede Verfassung ohnehin gilt⁴⁰⁾.

Für jede Verfassung, und das muss noch besonders betont werden, dass Schmitt diese Lehre also nicht etwa nur im Hinblick auf die Weimarer Verfassung verstanden wissen will. Sie dient ihm nur als Beispiel. Sondern diese Lehre soll Bestandteil einer allgemeinen Verfassungs-

⁴⁰⁾ Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, *passim*.

lehre sein und demgemäß überall gelten, wo überhaupt von Verfassung die Rede ist, gleichgültig, wie das Revisionsverfahren im einzelnen konkret geordnet ist und gleichgültig namentlich, wem die verfassungsändernde Gewalt zusteht⁴¹⁾.

Das scheint uns eine sehr beachtenswerte Lehre zur Verfassungsrevision zu sein. Für das schweizerische Verfassungsrecht hätte sie die Bedeutung, dass auch bei uns die liberalen und die demokratischen Grundlagen sowie die föderative Struktur des Staates durch eine Verfassungsrevision im Sinne der Revisionsbestimmungen nicht angetastet werden dürften. Die politische Grundentscheidung, aus der unsere Verfassung hervorgegangen ist, ist ebenfalls die Entscheidung für die Demokratie, für die Freiheitsrechte, für die bundesstaatliche Organisation. Und so müsste eine jede Revision vor diesen Grundfesten unserer Verfassung unbedingt Halt machen. Es scheint uns das Bedeutende der Lehre Schmitts zu sein, dass sie auf die überragende Bedeutung solcher Grundentscheidungen hinweist und die Konsequenzen daraus zieht und dass sie auch darauf aufmerksam macht, dass die Verletzung oder gar die Vernichtung eines Grundelementes eben eine Verletzung oder eine Vernichtung des ganzen Sinnzusammenhangs einer Verfassung bedeuten würde, wodurch eben klar wird, dass es etwas grundsätzlich anderes ist, ob irgend eine sekundäre Bestimmung der Verfassung geändert wird oder eine primäre. Bevor wir prüfen wollen, ob wir auch von andern Überlegungen aus zu einem gleichen Ergebnis kommen können, wollen wir im gegenwärtigen Zusammenhang noch einen Blick auf eine andere ausländische Äusserung zur Frage der ungeschriebenen materiellen Schranken der Verfassungsrevision werfen.

⁴¹⁾ Vgl. a. Paul Hartmann, Kritik der Lehre Carl Schmitts über die Verfassungsänderung, in: Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, Bd. VII, S. 248 ff., bes. S. 258.

Als in den Vereinigten Staaten von Amerika der Verfassungszusatz über die Prohibition ergangen war (18. Zusatz), rekurrierten einige geschäftlich Interessierte, nachdem sie wegen Übertretung des Verbotes bestraft worden waren, an den Obersten Gerichtshof mit dem Antrag, es sei dieser Zusatz verfassungswidrig zu erklären und aufzuheben. Ein Rechtsgelehrter, William L. Marbury, kam ihnen dabei in dem Sinne zu Hilfe, dass er die theoretische Begründung dieses Standpunktes ausarbeitete und publizierte. Hiebei machte er geltend, dass dieser Zusatz gegen ungeschriebene materielle Schranken der Verfassungsrevision verstösse. Eine Verfassungsänderung sei nicht unbeschränkt möglich, sagte er. Die Verfassung wollte nicht die Möglichkeit verschaffen, das ganze Gebäude umzuwerfen. Die grundlegenden Bestimmungen sollten unberührt bleiben. Und das könne man sogar noch aus der Verfassung selbst indirekt herauslesen. Sie enthalte nämlich die Anordnung, dass kein Gliedstaat ohne seine Zustimmung der gleichen Vertretung im Senate beraubt werden dürfe. Wenn aber die Verfassungsrevisionsmöglichkeit — so schliesst Marbury — schon für einen solchen sekundären Zug der Verfassung ausgeschlossen ist, dann ist sie *a fortiori* für die Prinzipien, die die Seele der Verfassung bilden und die nicht gestrichen werden können, ohne dass ein ganz neues Regierungssystem an die Stelle des bisherigen tritt. Der 18. Zusatz aber verstösse gegen die Grundsätze der föderativen Struktur des Staates und sei daher unzulässig⁴²⁾. Der Oberste Gerichtshof ist dann auf diese Frage der materiellen Schranken nicht besonders eingetreten. Er hat den Antrag abgelehnt und sich bei der Begründung darauf beschränkt, die Argumente formeller Natur zu entkräften. Über das Materielle schwieg er sich sozusagen aus, so dass

⁴²⁾ William L. Marbury, *The Limitations upon the amending Power*, in *Harvard Law Review*, Bd. 33, 1919/20, S. 223 ff. Vgl. dazu Carl Schmitt, a. a. O., S. 106. Edouard Lambert, *Le Gouvernement des Juges*, 1921, S. 109 ff., bes. S. 111 ff.

die Frage in diesem Verfahren im Grunde keine Abklärung erfahren hat. Das ist aber in unserem Zusammenhange gleichgültig. Es handelte sich hier nur darum, auch auf den Versuch eines amerikanischen Gelehrten, ungeschriebene materielle Schranken der Verfassungsrevision nachzuweisen, aufmerksam zu machen.

So ergibt sich, dass sich schon mehrfach gewichtige Stimmen zu unserer Frage hören liessen und für das Bestehen ungeschriebener Schranken der Verfassungsrevision eintraten. Stimmen, auf die man auch bei uns achten muss, weil sie in ihren Argumentationen Allgemeingültiges treffen wollen und Dinge sagen, die für die Verfassungen aller Länder und aller Zeiten gelten sollen. Wie wollen wir uns nun zu dieser Bejahung ungeschriebener materieller Schranken stellen? Können wir das annehmen, dass auch unser Verfassungsrecht solche Schranken enthalte, oder müssen wir diesen Gedanken ablehnen und die geschilderten Theorien verwerfen?

Auch hier wiederum scheint vorerst ein Punkt liquid zu sein. Es ist der Punkt, zu dem bereits auch das schweizerische Bundesgericht anlässlich der Basler Wiedervereinigungsangelegenheit Stellung zu nehmen Gelegenheit hatte. Es wurde in jenem Entscheid über die Frage der Zulässigkeit der betreffenden Verfassungsinitiative vom Bundesgericht gesagt, dass die Initiative dann als unzulässig betrachtet werden müsste, wenn sie von vorneherein die Beseitigung der Verfassung des Kantons Basel-Land überhaupt zum Ziele hätte; wenn sie nicht auf Abänderung, sondern auf Vernichtung der Verfassung ginge. Das wäre ja gar keine Verfassungsrevision mehr, sondern eben Verfassungsvernichtung; das Institut der Verfassungsinitiative aber ist dazu bestimmt, dem Volke die Möglichkeit zu geben, die Verfassung aus eigenem Antrieb zu revidieren⁴³⁾. So wird man auch hier sagen können, dass sich eine selbstverständliche Schranke des Verfas-

⁴³⁾ BGE 61 I 166 ff.

sungsinitiativrechts schon aus dem Begriffe der Verfassungsrevision ergibt. Wie der Ausschluss der individuell-konkreten Normen sich aus dem Begriffe der Verfassung in dem Terminus „Verfassungsrevision“ ergab, so ergibt sich der Ausschluss der Möglichkeit einer Verfassungsbeseitigung aus dem Begriffe der Revision. Und wir können wohl mit a. W. auch sagen, dass also die Verfassungsrevision an der Existenz der Verfassung und damit des Staates eine unbedingte Schranke finde⁴⁴⁾.

Was nun aber die Frage nach weiteren ungeschriebenen Schranken der Verfassungsrevision in unserem Rechte betrifft, so scheint uns eine Möglichkeit, einer Lösung dieser Frage näher zu kommen, darin zu liegen, dass man auf die ideellen Grundlagen der Revisionsbestimmungen unserer BV und unserer Kantonsverfassungen zurückgreift und prüft, ob nicht von da aus neues Licht auf unsere Frage falle. Diese ideellen Grundlagen aber sind in jener Staatstheorie zu suchen, die man als die Lehre vom *pouvoir constituant* bezeichnet. So wollen wir versuchen, das Wesen dieser Lehre vom *pouvoir constituant* uns zu vergegenwärtigen und uns dann fragen, ob nicht daraus gewisse Konsequenzen für unsere Hauptfrage zu ziehen sind.

Die Lehre vom *pouvoir constituant*⁴⁵⁾, als deren Begründer der Abbé Siéyès zu betrachten ist⁴⁶⁾ und die im Zuge der französischen Revolution entwickelt wurde, stellt theoretisch eine Synthese dar zwischen der Lehre von der Volkssouveränität und der Lehre von der Gewaltenteilung. Es ist nach ihr die verfassunggebende Gewalt von allen andern auf der Verfassung beruhenden Gewalten zu unterscheiden, es sind der *pouvoir constituant* und die *pouvoirs constitués* auseinanderzuhalten. Dieser Gedanke

⁴⁴⁾ Vgl. a. Oskar Bauhofer, Eidgenossenschaft, S. 27 f.

⁴⁵⁾ Siehe zum folgenden bes. Egon Zweig, Die Lehre vom *Pouvoir constituant*, 1909.

⁴⁶⁾ Siéyès, *Qu'est-ce-que le Tiers Etat?*, 3. Aufl., 1789, bes. S. 110 ff.

setzt logisch die Doktrin von der Gewaltenteilung voraus. Der *pouvoir constituant* nun steht nach dieser Lehre dem Volke zu. Das Volk ist von Naturrechts wegen verfassunggebende Gewalt. Darin äussert sich der Gedanke der Volkssouveränität. So sind Gewaltenteilung und Volksouveränität, oder Montesquieu und Rousseau miteinander verbunden⁴⁷⁾.

Dieser Kernsatz der Lehre vom *pouvoir constituant*: die von den konstituierten Gewalten zu unterscheidende verfassunggebende Gewalt steht dem Volke zu, findet seinen positivrechtlichen Niederschlag in den Revisionsbestimmungen der Verfassungen. Er äussert sich hier so, dass dem Volke das Recht zugestanden wird, seine Verfassung jederzeit zu revidieren. Wir haben vorerst bei diesem Kernsatz stehen zu bleiben, kommen aber nachher noch auf einen weitern Punkt dieser Theorie zu sprechen. Es hat sich nämlich bei allen Diskussionen über die Gestaltung der Revisionsbestimmungen zur Zeit der französischen Revolution das folgende, das für uns sehr wichtig ist, gezeigt: Einerseits stand man auf dem Standpunkt, dass das Volk das unbeschränkte Recht haben müsse, die Verfassung wirklich jederzeit zu revidieren. Andererseits aber machte sich in auffallend starkem Masse die Tendenz geltend, diese Revisionsmöglichkeit doch irgendwie zu beschränken, was sich namentlich darin äusserte, dass man entweder eine temporäre Rigiditätsklausel anbringen oder die Verfassungsrevision nur in gewissen zeitlichen Abständen gestatten wollte. Endlos waren die Auseinandersetzungen über diese beiden Prinzipien, über die Prinzipien der Biegsamkeit und der Starrheit, der Flexibilität und der Rigidität der Verfassung⁴⁸⁾. Und

⁴⁷⁾ Vgl. a. H. de Bousquet de Florian, a. a. O., S. 66 f., Herrnritt, a. a. O., 30 ff., bes. 36 ff., Hildesheimer, a. a. O., S. 37 ff., His, a. a. O., I S. 172 ff., III, S. 296, G. Jellinek, a. a. O., 144, 466, 501, 507, 522 ff., Robert Redslob, Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789, 1912, S. 151 ff., Schmitt, a. a. O., S. 49, 78 ff., 98.

⁴⁸⁾ Vgl. bes. Zweig, a. a. O., *passim*.

dieses Aufeinanderprallen der beiden Anschauungen nun scheint uns sehr bedeutsam zu sein. Wir glauben, dass hier wirklich eine tiefere Antinomie zugrunde liegt⁴⁹⁾. Und das ist ein entscheidender Punkt für unsere Frage. Gewiss, die Ansicht, dass die verfassunggebende Gewalt dem Volke zustehe, bringt zunächst die Notwendigkeit mit sich, dem Volk positivrechtlich die Möglichkeit zu geben, die Verfassung jederzeit in allen Teilen zu revidieren. Diese Ansicht aber muss logisch notwendig — und das ist der springende Punkt — sie muss logisch notwendig gleichzeitig das Postulat mit sich bringen, dass diese positivrechtlich gewährleistete Möglichkeit für immer erhalten bleibe, also selbst nicht wieder durch eine Revision angetastet werden dürfe. Wenn ich mich auf den Standpunkt stelle, dass dem Volke das unveräußerliche Recht zukomme, die Verfassung jederzeit nach seinem Gutdünken zu gestalten, dann muss ich mich mit logischer Notwendigkeit auch auf den Standpunkt stellen, dass dort, wo dieser Grundsatz positivrechtlich festgelegt worden ist, dieses Recht des Volkes niemals beseitigt werden kann. Denn es ist ja eben gerade sein Sinn, jederzeit zu bestehen. Hier liegt der tiefere Grund für jene endlosen Auseinandersetzungen über die beiden genannten Prinzipien. In der Tendenz, der Verfassung Rigidität zu verleihen, äussert sich nichts anderes als das mit der Lehre von der verfassunggebenden Gewalt des Volkes notwendig verbundene Prinzip, dass dieser Grundsatz, dass das Volk die Verfassung jederzeit revidieren kann, selbst nicht soll angetastet werden können. Daraus ist das Bestreben, die Revisionsmöglichkeit doch weitgehend einzuschränken, zu erklären. Das hat man so gefühlt, dass in dem Kernsatz der Lehre vom *pouvoir constituant* diese Antinomie verborgen ist, dass einerseits jederzeitige unbeschränkte Revidierbarkeit sollte gewährleistet werden, dass aber an-

⁴⁹⁾ Siehe a. Borgeaud, a. a. O., S. 417, Bousquet de Florian, a. a. O., S. 4 ff., Hildesheimer, a. a. O., S. 1 ff., Zweig, a. a. O., bes. S. 81 und *passim*.

dererseits gerade dieses Recht selbst dann gegen eine Revision gesichert werden sollte.

Diese Antinomie, die in dem Hauptsatz der Lehre vom *pouvoir constituant* zutage tritt, kann nun u. E. gar keine andere Konsequenz haben als die, dass überall dort, wo dem Volke das Recht zusteht, die Verfassung jederzeit zu revidieren, angenommen werden muss, dass diese Revisionsbefugnis an diesem Rechte selbst eine unbedingte Schranke findet. Wo dieses Recht positivrechtlich verwirklicht ist, beruht es auf diesem Grundsatz von der unveräußerlichen verfassunggebenden Gewalt des Volkes, und dieser Grundsatz bringt es ohne weiteres mit sich, dass dieses Recht selbst nicht angetastet werden darf, so dass man zum Ergebnis kommt, dass in einem solchen Falle die Revision sich auf alles erstrecken kann, nur nicht auf dieses Recht des Volkes, die Verfassung jederzeit zu revidieren, selbst. Hier stösst die Revisionsmöglichkeit an eine unbedingte materielle Schranke.

Da nun die Lehre vom *pouvoir constituant* auch den Revisionsbestimmungen unserer Verfassungen zugrunde liegt, wie das Riccardo Jagmetti in einer besondern Abhandlung gezeigt hat⁵⁰⁾), scheint uns der entwickelte Satz auch für unser Verfassungsrecht zu gelten. Unser Verfassungsrecht gewährt dem Volke das Recht, die Verfassung jederzeit zu revidieren, es beruht auf der Ansicht, dass das ein unveräußerliches Recht des Volkes sei, folglich muss es mit logischer Notwendigkeit auch auf dem Standpunkt stehen, dass dieses Recht selbst von Rechtes wegen nicht beseitigt werden kann. Es besteht nach unserm Verfassungsrecht die materielle Schranke aller Verfassungsrevision, dass die verfassunggebende Gewalt dem Volke nicht entzogen werden kann.

⁵⁰⁾ Der Einfluss der Lehren von der Volkssouveränität und vom *Pouvoir constituant* auf das schweizerische Verfassungsrecht, Zürcher Diss., 1920. Vgl. a. His, a. a. O., II, S. 241 ff., III, S. 296 ff.

Auf den naheliegenden Einwand nun, dass das Volk ja wohl selbst seine Souveränität nicht preisgeben werde und dass, wenn es sie doch preisgebe, es sein gutes Recht sei und man es daran nicht zu hindern brauche, ist zu antworten, dass die Beseitigung der verfassunggebenden Gewalt des Volkes durch das Volk selbst eben etwas grundsätzlich anderes wäre als jede andere Verfassungsrevision. Mit dieser Revision nämlich würde ja das Prinzip selbst, dass das Volk jederzeit sich die ihm gutscheyende Verfassung geben kann, beseitigt. M. a. W. das Volk hätte dann nachher gar nicht mehr die rechtliche Möglichkeit, sich wiederum einmal eine andere Verfassung zu geben. Denn gerade diese Möglichkeit hätte es ja preisgegeben. Bei jeder andern Verfassungsrevision kann man gegebenenfalls auch wieder einmal zurückrevidieren. Bei dieser Revision aber wäre das ja völlig ausgeschlossen. Man hätte auf Grund des Prinzips das Prinzip selbst beseitigt. So hatte auch bei der Basler Wiedervereinigungsinitiative der Regierungsrat sich auf den Standpunkt gestellt, dass die Initiative auch deswegen verfassungswidrig sei, weil sie etwas verlange, das man nachher nie mehr rückgängig machen könnte, während es bei einer normalen Verfassungsrevision immer so sei, dass damit nichts Unabänderliches geschaffen werde. Und das Bundesgericht ist denn auch auf dieses Argument eingetreten, aber es ist dann eben zum Schluss gekommen, dass die Initianten einstweilen nur das Verfahren ordnen wollten, was man ja dann immer noch abändern könnte, bevor wenigstens die Vereinigung vollzogen wäre. Auch hier schimmert es durch, dass es wohl niemals der Sinn der Verfassungsrevisionsbefugnis sein kann, diese Befugnis selbst beiseite zu schieben und auf immer zu vernichten. Im Souveränitätsakt kann nicht die Souveränität selbst beseitigt werden⁵¹⁾.

Wir können unsere Argumentation noch durch folgendes vervollständigen: Man hat auch in der Schweiz

⁵¹⁾ Vgl. a. Zweig, a. a. O., S. 299.

schon mehrfach die einleuchtende Ansicht vertreten, dass derjenige sich nicht auf die Freiheitsrechte berufen könne, der nur von ihnen Gebrauch machen will, um sie selbst zu beseitigen. Wer die Pressfreiheit dazu benützt, für eine Beseitigung der Pressfreiheit zu wirken, soll sich nicht auf die Pressfreiheit berufen können. Man soll nicht das Prinzip zu seiner eigenen Beseitigung brauchen oder eben besser gesagt missbrauchen dürfen. So wäre es auch ein Missbrauch des Revisionsrechts, wenn man es nur zu seiner Beseitigung verwenden würde. Es kann nicht der Sinn der Revisionsbestimmungen sein, dass man auf ihrem Grunde sie selbst beseitigt. Und man ist versucht, hier auch die Frage aufzuwerfen, ob denn nicht auch bei diesen staatsrechtlichen Normen und Instituten schliesslich Ähnliches gilt wie im Privatrecht. In jener Diskussion in der Bundesversammlung über die Festlegung von Beschränkungen des Initiativrechts im Abschluss an die Abstimmung über die Vermögensabgabe hatte ein Redner die Frage aufgeworfen, ob das Verbot des Rechtsmissbrauchs nicht auch im öffentlichen Rechte gelte⁵²⁾). Aber auch wenn man die Frage nicht so formulieren will, ob Art. 2 ZGB für unsere ganze Rechtsordnung gelte oder nicht, kann man sich doch auf den Standpunkt stellen, dass wohl auch im Staatsrecht genau wie im Privatrecht es Maxime ist, dass ein Rechtsinstitut nicht zu einem Zwecke missbraucht werden darf, der seinem tiefsten Sinne widerspricht, auch wenn dieser Sinn nicht in positiv-rechtlichen Normen zutage tritt. Im ZGB steht nirgends all das über den Sinn der Ehe, das man nun angeführt hat, um zu zeigen, dass die Bürgerrechtsverein einen Missbrauch des Institutes darstelle. So steht auch die Tatsache, dass der Sinn der Revisionsbestimmungen nicht ausdrücklich erwähnt wird, sondern aus ihren ideellen Grundlagen heraus verstanden werden muss, dem nicht entgegen, dass man einen Gebrauch dieser Bestimmungen

⁵²⁾ Sten. Bull. 1923, Ständerat, S. 94.

zu einem Zwecke, der diesem Sinn widerspricht, als einen Missbrauch betrachtet.

Es scheint uns also tatsächlich eine ungeschriebene Schranke der Verfassungsrevision bei uns zu geben. In praktischer Hinsicht braucht man wiederum nicht ausschliesslich an den Grenzfall zu denken, in dem die überwältigende Mehrheit des Volkes eine solche Beseitigung der verfassunggebenden Gewalt des Volkes will. Man stelle sich vielmehr vor, dass vorerst eine kleine Minderheit eine solche Initiative einreiche, dass es aber noch unsicher erscheint, wie der Volksentscheid ausfallen würde; da könnte man u. E. von einer Volksabstimmung Umgang nehmen mit der Begründung, das Begehren verstosse gegen die erwähnte notwendig vorauszusetzende Schranke aller Verfassungsrevision.

Anzumerken ist noch, dass sich die oben erwähnte Antinomie auch auf der politischen Ebene bemerkbar macht. Als im Parlamente über die Frage einer ausdrücklichen Regelung der Beschränkung des Verfassungsiniziativrechts gesprochen wurde, vertrat jemand die Ansicht, dass dies eine abzulehnende Verkürzung der Volksrechte bedeute und dem demokratischen Gedanken widersprechen würde⁵³⁾). Da hätte man entgegnen können, dass die Beschränkung ja gerade selbst noch viel mehr im Sinne des demokratischen Gedankens liege, da ja dadurch das demokratische Recht gerade besonders geschützt werden soll. Auch diese paradox erscheinende politische Situation ist ein Ausfluss aus der geschilderten Antinomie.

Dies ist also die Konsequenz, die aus dem Kernsatz der Lehre vom *pouvoir constituant* unserer Ansicht nach zu ziehen ist. Zu beachten ist, dass es sich bei dieser einen materiellen Schranke nun nicht etwa ganz allgemein um die demokratischen Institutionen unserer Verfassung schlechthin handeln kann. Jenen, die einfach sagen, dass das Demokratische als besonders wichtige

⁵³⁾ Sten. Bull. 1923, Nat.rat, S. 154.

Grundlage unserer Verfassungen als besonders geschützt betrachtet werden müsste und also nicht beseitigt werden dürfte, können wir so allgemein nicht beipflichten. Ableiten lässt sich in der geschilderten Weise einzig und allein der erhöhte Schutz des Volksrechts der Verfassungsrevision, also der Institute der Verfassungsinitiative und des Verfassungsreferendums; für alle andern demokratischen Institute lässt sich nicht ohne weiteres dasselbe behaupten; für sie trifft unsere Argumentation keineswegs zu. Und so möchten wir betonen, dass sich unsere These vom Vorliegen einer materiellen Schranke der Verfassungsrevision einstweilen ausschliesslich und allein auf die Befugnis des Volkes, die Verfassung jederzeit zu revidieren, bezieht. Nur dieses demokratische Recht scheint uns besonders geschützt sein zu müssen, für alle andern Volksrechte können wir dasselbe nicht behaupten.

Nun ist nochmals auf die Lehre vom *pouvoir constituant* zurückzukommen, denn es scheint uns noch ein weiterer ihrer Bestandteile für unsere Frage wichtig zu sein.

Es zeigt sich nämlich, dass nach der Lehre vom *pouvoir constituant* die verfassunggebende und verfassungändernde Gewalt nun ohnehin doch eine wesentliche materielle Schranke findet, eine Schranke, die nach der Staatsauffassung der Revolutionszeit und nach der französischen Staatsauffassung überhaupt eine Grenze aller staatlichen Tätigkeit bildet: diese Schranke liegt in den angeborenen und unveräußerlichen Menschenrechten. Die Menschenrechte, so wie sie in den Rechteerklärungen der Verfassungen zutage treten, sind eine immer bestehende absolut unübersteigliche Grenze jeder staatlichen Gewalt, also auch der höchsten, der verfassunggebenden Gewalt. In ihnen wird dem Individuum eine Freiheitssphäre gewährleistet, die der Staat als solcher zu beachten hat. Das geht aus den Verfassungsdebatten und aus theoretischen Äusserungen der Revolutionszeit hervor, dass die an die Spitze des Staatsrechts gestellten

Rechteerklärungen auch den *pouvoir constituant* binden sollten. So sagt z. B. Faustin-Adolphe Hélie, der den umfassendsten Kommentar zu den Verfassungen Frankreichs geschrieben hat, über die Verfassung von 1795: „*La constitution de l'an III, comme celle de 1791, débute, après avoir invoqué le Créateur, par la proclamation des droits de l'homme et du citoyen. Cette proclamation est la condition nécessaire de toute constitution libre, puisque ces droits forment la limite du pouvoir constituant*“⁵⁴⁾). Und dass diese Überordnung der Menschenrechte über die gesamte Staatstätigkeit ein wesentlicher Zug der französischen Staatsanschauung überhaupt ist, geht beispielsweise aus den Ausführungen Duguits hervor, der sagt, dass in Frankreich regelmässig die Rechteerklärungen als höchste Rechtsstufe, die auch der Verfassunggeber nicht antasten dürfe, von der übrigen Verfassung, an die nur der ordentliche Gesetzgeber gebunden sei, zu unterscheiden sei⁵⁵⁾). Und auch Fleiner betrachtet es als Merkmal der französischen Staatslehre, dass die angeborenen Menschenrechte dem Staate überhaupt gegenüberstehen, also eine jede Staatsgewalt binden⁵⁶⁾).

Wir erkennen es also als einen wesentlichen Bestandteil der Lehre vom *pouvoir constituant*, dass die verfassunggebende Gewalt des Volkes wenigstens an den in der Verfassung gewährleisteten Menschenrechten eine unbedingte Schranke finde. Wenn nun auch bei uns diese

⁵⁴⁾ *Les Constitutions de la France*, 1880, S. 466.

⁵⁵⁾ *Manuel*, S. 300.

⁵⁶⁾ *Die Staatsauffassung der Franzosen*, 1915, S. 16 f., vgl. a. noch Jagmetti, a. a. O., S. 23: „Nur eine Schranke findet das *pouvoir constituant*, und das sind die Rechteerklärungen; denn diese verkündigen ja Rechte, die als angeborene mit der menschlichen Natur untrennbar verbunden sind. Diese Menschenrechte fliessen aus einer vor- und überstaatlichen Rechtsordnung und bilden daher die unüberwindliche Grenze für jede, auch für die höchste staatliche Funktion“. Zweig, a. a. O., S. 225, 240 f., 250 f., Carl Schmitt, a. a. O., S. 162 f., 178, 179.

Lehre vom *pouvoir constituant* übernommen und in positives Recht umgesetzt worden ist, so scheint es uns nahezuliegen, dass man sagt, damit sei implicite auch dieser Bestandteil übernommen worden und es sei anzunehmen, dass auch bei uns die verfassunggebende Gewalt des Volkes an den in der Verfassung statuierten Freiheitsrechten eine materielle Schranke finde.

Allein diese Argumentation lässt sich noch vertiefen und befestigen. Es tritt nämlich in dem Satz, dass das Volk seine Verfassung jederzeit in allen Teilen revidieren könne, dass es aber dabei wenigstens an die Freiheitsrechte gebunden sei, aufs neue eine bedeutsame Antinomie zutage. Es ist die Antinomie zwischen dem Gedanken der Volkssouveränität und dem Gedanken der Freiheit des Individuums, oder m. a. W. die Antinomie zwischen dem demokratischen Gedanken und dem liberalen Gedanken i. e. S. Diese beiden Gedanken, die sich geistesgeschichtlich und auch staatsgeschichtlich zwar miteinander verbunden haben, können nämlich auch in Widerspruch zueinander treten, und dieser mögliche Widerspruch macht sich nun auch bei unserem Gegenstande bemerkbar⁵⁷⁾. Der demokratische Gedanke will, dass das Volk die Verfassung jederzeit und unbeschränkt revidieren könne, der liberale Gedanke fordert, dass die individuelle Freiheit über allem, also auch über der verfassungändernden Gewalt stehe, dass also diese Gewalt nicht völlig unbeschränkt, sondern an diese eine Schranke gebunden sei. Hier zeigt sich nun, dass es nicht richtig ist, wenn Thoma sagt, es entspreche dem demokratischen und dem liberalen Denken in gleicher Weise, dass dem Volke bei der Verfassungsrevision keine Schranken auferlegt werden⁵⁸⁾. Das entspricht zwar dem demokratischen Gedanken, nicht aber dem liberalen.

⁵⁷⁾ Vgl. eine andere Situation, in der sich die Antinomie geltend macht, bei Giacometti, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichts*, 1933, S. 44 f.

⁵⁸⁾ Anschütz-Thoma, *Handbuch*, I, S. 193 f.

Und so ist es eben doch fraglich, ob eine Verfassung, die auf den beiden Gedanken beruht, in der Frage der Verfassungsrevision sich wirklich nur einseitig dem einen Gedanken verschreiben wollte. Und so müssen wir uns auch für unsere Verfassung fragen, ob nicht aus dieser Situation gewisse Konsequenzen zu ziehen sind⁵⁹⁾.

Die Antinomie ist eine echte; es können nicht beide Prinzipien gleichzeitig ganz verwirklicht werden. Das Recht des Volkes, die Verfassung jederzeit zu revidieren, kann nicht im Sinne des demokratischen Gedankens unbeschränkt und gleichzeitig im Sinne des liberalen Gedankens beschränkt sein. Da liegt ein Entweder-Oder vor, bei dem man sich entscheiden muss, und der Entscheid wird niemals beiden Prinzipien gleichzeitig Rechnung tragen können. Ein jeder Entscheid wird notwendigerweise das eine der beiden Postulate zugunsten des andern verletzen müssen. Wie liegen die Dinge nun in dieser Hinsicht bei uns?

In der Schweiz bilden das Demokratische und das Liberale in gleicher Weise Grundpfeiler der staatlichen Ordnung. Wir haben es mit einem liberal-demokratischen Staatswesen im strengsten Sinne der Begriffe zu tun. Die beiden Elemente sind uns dabei genau gleich wesentlich, und es entspricht unsren politischen Grundanschauungen, wenn sie beide in der staatsrechtlichen Wirklichkeit in gleicher Weise berücksichtigt werden. Wir haben nun oben festgestellt, dass das durch den demokratischen Ge-

⁵⁹⁾ Siehe zu der Antinomie zwischen dem Liberalen und dem Demokratischen in grundsätzlicher Hinsicht etwa: Benjamin Constant, *Cours de Politique constitutionnelle*, in *Collection complète des Ouvrages*, 1818, Bd. 1, S. 173 ff., ders., *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, a. a. O., Bd. IV, S. 238 ff., *passim*. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., 1929, S. 6 ff., Gerhard Leibholz, *Die Auflösung der liberalen Demokratie in Deutschland und das autoritäre Staatsbild*, 1933, S. 19 f., 51. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., 1932, S. 62 ff., Carl Schmitt, a. a. O., S. 201, 224 f., 309.

danken geforderte Recht des Volkes, seine Verfassung jederzeit zu revidieren, als besonders geschützt erscheinen müsse, indem eine jede Verfassungsrevision vor diesem Recht des Volkes selbst unbedingt wird Halt machen müssen. Damit erscheint das Demokratische in seiner wichtigsten positivrechtlichen Ausprägung als besonders gesichert. Ist es nun nicht eine naheliegende Konsequenz, dass dem Liberalen seine Ebenbürtigkeit dadurch gewahrt wird, dass man annimmt, auch die wichtigste Ausprägung des liberalen Gedankens, wie sie sich in den Freiheitsrechten darstellt, stehe unter besonderm Schutz? Und muss dieser Schutz nicht konsequenterweise gerade darin bestehen, dass eine jede Verfassungsrevision auch vor den Freiheitsrechten Halt zu machen hat? Nur wenn man das annimmt, ist der Ausgleich zwischen den beiden grundlegenden Prinzipien wieder geschaffen. Dieser Ausgleich aber ist dann gegeben, wenn man unsere gegenwärtige Frage in dieser Weise löst, dass man dem Liberalen den Vorzug gibt und das demokratische Recht der Verfassungsrevision in dem Sinne als beschränkt betrachtet, dass es die Freiheitsrechte ihrer Substanz nach nicht antasten darf. Damit wird gewiss das demokratische Prinzip in dieser konkreten Situation verletzt, zugunsten des liberalen Prinzips beschränkt. Aber es erfolgt das nur in Rücksicht auf die Tatsache, dass dieses Prinzip selbst schon erhöhten Schutz geniesst und dass es im Sinne der Ebenbürtigkeit der beiden Prinzipien liegt, wenn auch das Liberale nun dieses erhöhten Schutzes teilhaftig wird. Das scheint uns eine notwendige Folge aus der Tatsache sein zu müssen, dass unser Staatswesen essentiell eine Synthese der beiden Prinzipien darstellt. Dieser erhöhte Schutz aber wird dem Liberalen nur dann zuteil, wenn man annimmt, dass die Freiheitsrechte eine materielle Schranke der Verfassungsrevision bilden. Es liegt im Geiste, in der Substanz unserer Verfassungen begründet, dass die beiden politischen Grundentscheidungen im Sinne Carl Schmitts gleicherweise an einer erhöhten Be-

ständigkeit teilhaben. So ist es wohl nicht nur ein Ausfluss aus der Lehre vom *pouvoir constituant*, sondern auch ein immanentes Prinzip einer solchen liberal-demokratischen Verfassung, dass alle Verfassungsrevision nicht nur vor dem Recht des Volkes, die Verfassung zu revidieren, sondern auch vor den Freiheitsrechten unbedingt Halt machen muss⁶⁰⁾.

Die Besinnung auf die ideellen Grundlagen unserer Revisionsbestimmungen scheint uns also zum Ergebnis führen zu müssen, dass unser Verfassungsrecht ungeschriebene materielle Schranken der Verfassungsrevision enthält, Schranken, die besagen, dass auf dem Wege des Rechts weder das Recht des Volkes, seine Verfassung zu revidieren, noch die in der Verfassung verbrieften Freiheitsrechte durch eine Revision angetastet werden können. In diesem Sinne sind die tiefsten Grundlagen der liberalen Demokratie besonders geschützt. Dieser Gedanke an die Grundlagen unserer staatlichen Existenzform aber erinnert daran, dass bei uns neben dem Demokratischen und dem Liberalen auch noch ein Drittes als unerschütterliches Fundament gilt: der Gedanke des Bundesstaates, die föderative Struktur unseres Staatswesens. Wir haben gehört, dass nach der Ansicht Carl Schmitts in einem Bundesstaat auch dieses Element zu den politischen Grundentscheidungen gehört und daher einer legalen Revision entzogen ist und dass auch bei jenem konkreten Fall in Amerika behauptet wurde, dass der 18. Zusatz deswegen die Grenzen einer jeden Verfassungsrevision

⁶⁰⁾ Das soll selbstverständlich nicht heißen, dass die Verfassungsartikel, die Freiheitsrechte gewährleisten, überhaupt nicht Gegenstand einer Verfassungsrevision sein könnten, z. B. um weitere polizeiliche Beschränkungen anzubringen, sondern es geht lediglich um die Substanz der Freiheitsrechte. Es könnte nicht eine andere „Grundentscheidung“ an ihre Stelle gesetzt werden. Das wäre dann der Fall, wenn man im allgemeinen oder für einzelne Bereiche den Satz: erlaubt ist, was nicht ausdrücklich verboten ist, der im Grunde genommen sämtliche Freiheiten in sich begreift, durch das Gegenteil: verboten ist, was nicht ausdrücklich erlaubt ist, ersetzen würde.

überschreite, weil er gegen die Grundsätze des föderativen Aufbaus des Staates verstosse. Von diesen Theorien aus gesehen, die wie gesagt allgemeingültig sein wollen, wäre also auch bei uns eine weitere Schranke darin zu sehen, dass die Bundesstaatlichkeit nicht angetastet werden darf. Diese Frage berührt wohl noch viel mehr als das bisher Besprochene den eigentlichen Lebensnerv unseres Staatswesens, aber sie ist gerade deswegen auch einfacher. Man hat es in letzter Zeit in historischen und in juristischen Zusammenhängen oft betont, dass es hier schlechthin um die Existenz der schweizerischen Eidgenossenschaft überhaupt gehe. Und diese Formulierung ist meinem Empfinden nach keineswegs übertrieben. Würde der Bundesstaat in einen Einheitsstaat verwandelt, dann wäre das wiederum ein Untergang der Eidgenossenschaft, so wie man das Ereignis von 1798 als Untergang der alten Eidgenossenschaft bezeichnet, womit nicht nur der Verlust der Unabhängigkeit nach aussen gemeint ist, sondern auch intern das Verschwinden der einzelnen Gliedstaaten und damit des Bundes. Es wird aber auch noch in einem andern Sinne staatliche Existenz berührt, nämlich die Existenz der Kantone. Eine Verfassungsrevision im Sinne der Aufrichtung eines Einheitsstaates würde die Vernichtung der Existenz von 22 beziehungsweise 25 Staaten bedeuten. Wir stünden vor der Tatsache, dass durch die Revision der Verfassung eines Staates 25 andere Staaten ganz einfach beseitigt würden. Hier wird es wohl ohne weiteres klar, dass da die Revisionsmöglichkeit wiederum an eine Grenze stösst. Sie wird vor der Existenz anderer Staaten unbedingt Halt machen müssen. Macht sie es nicht, dann verlässt sie die Legalität und wird ganz einfach zum Umsturz. Das hat ja auch das Bundesgericht im Basler Fall gesagt, und wir haben es oben zu unserer These gemacht, dass die Existenz des Staates durch eine Verfassungsrevision nicht berührt werden dürfe. A fortiori, möchte man fast sagen, darf eine Revision wohl nicht die Existenz eines andern Staates antasten.

Und wenn selbst 21 Kantone und die überwiegende Mehrheit des Volkes sich für eine Beseitigung des föderativen Aufbaus aussprechen würden, würde damit ein Gliedstaat, nämlich der 22. Kanton, gegen seinen Willen durch einen Staatsakt eines andern Staates in seiner Existenz vernichtet⁶¹⁾). Das aber kann nicht mehr Legalität sein, sondern nur noch Unterdrückung. Hier kommt man mit den Revisionsbestimmungen nicht mehr aus. Die Revision stösst erneut an eine Grenze; wir haben eine neue materielle Schranke vor uns: die föderative Struktur der Eidgenossenschaft kann durch eine Verfassungsrevision im Sinne der Revisionsbestimmungen nicht angetastet werden⁶²⁾.

So glauben wir, die Frage nach ungeschriebenen materiellen Schranken in unserem Verfassungsrechtsrecht bejahen zu müssen, und wir stimmen in grundsätzlicher Hinsicht mit jenen überein, die sich für das Vorliegen solcher Schranken ausgesprochen haben, mussten aber im einzelnen in der Begründung und in der näheren Umschreibung solcher Schranken teilweise eigene Wege gehen.

⁶¹⁾ Was die Frage der praktischen Durchführung der Basler Wiedervereinigung betrifft, so scheint uns die Revision der beiden Kantonsverfassungen nicht der richtige Ausgangspunkt zu sein. Es handelt sich um eine Angelegenheit, für die die Verfassungsrevision überhaupt nicht das adäquate Verfahren bildet. Das Ziel ist verfassungsrechtlich gesehen ja nicht die Revision von Verfassungen, sondern die Vernichtung von zwei Verfassungen und die Erstellung einer ganz neuen Verfassung. — Ohne Bedenken dagegen könnte in diesem Falle dann, wenn die beiden Kantone einmal ihren Wiedervereinigungswillen geäussert haben, vom Bunde der Art. 1 der Bundesverfassung entsprechend revidiert werden, denn dann würden ja die beiden Staaten nicht entgegen ihrem Willen, sondern auf ihren eigenen Wunsch hin aufgelöst, und von einer widerrechtlichen Vernichtung von Staaten seitens eines andern Staates könnte keine Rede sein. — Vgl. zu diesen Fragen, die hier nicht weiter verfolgt werden können, die Gutachten zur Basler Wiedervereinigungsangelegenheit von Walther Burckhardt, Fritz Fleiner und Max Huber.

⁶²⁾ In diesem Sinne hält Oskar Bauhofer den Art. 1 der BV für unantastbar; a. a. O., S. 83, vgl. a. S. 28.