

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:	Die staatsrechtliche Bedeutung des Grundsatzes "Bundesrecht bricht kantonales Recht"
Autor:	Imboden, Max
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896274

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: 12.01.2026

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

Die staatsrechtliche Bedeutung des Grundsatzes „Bundesrecht bricht kantonales Recht“¹⁾.

Von Dr. Max Imboden, Horgen.

Der Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ scheint im schweizerischen Staatsrecht eine feststehende und gesicherte Rechtsformel zu sein. Für den praktischen Juristen ist er gleich wie das Prinzip „lex posterior derogat legi priori“ ein elementares Instrument zur Lösung von Widersprüchen zwischen Rechtssätzen. Man bedient sich seiner ohne viele Bedenken, und so mag es auf den ersten Blick nur schwer verständlich sein, dass dieser Grundsatz überhaupt zu Erörterungen Anlass geben kann. Und doch wirft er bei näherem Zusehen eine Reihe von Problemen auf, die derart weitschichtig sind, dass sich das folgende gezwungenermassen auf einen kleinen Ausschnitt beschränken muss. Eine umfassende Darstellung des ganzen Problemkomplexes würde die Erörterung allzu vieler Vorfragen nötig machen. So kann die Bedeutung und die Tragweite des Prinzips der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes nur bei einer gleichzeitigen Behandlung des Bundesstaatsproblems voll begriffen werden. Der Bundesstaat gehört aber im Bereich des Staatsrechtes zu den sonderbarsten und daher auch umstrittensten Rechtsgebilden. Die Theorie ist wohl nicht zu Unrecht gelegentlich so weit gegangen, ihn als eine „rechtlich unkonstruierbare Anomalie“²⁾ zu bezeichnen.

¹⁾ Vgl. zum nachstehenden Aufsatz die Doktorarbeit des Verfassers, betitelt „Bundesrecht bricht kantonales Recht“, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 77, 1940.

²⁾ Bilfinger, Der deutsche Föderalismus, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 1, 1924, S. 49.

Die Bedürfnisse der Praxis verlangen nach einer möglichst lapidaren Formulierung aller allgemeinen Rechtsgrundsätze. Das Gefährliche dieser Rechtsformeln zeigt sich darin, dass sie mit der Zeit aus ihren natürlichen Zusammenhängen gelöst werden und als scheinbar allgemeingültige Rechtswahrheiten auf Verhältnisse übertragen werden, auf die sie ursprünglich nicht zugeschnitten waren. Für diese Erscheinung bietet die Geschichte des Privatrechtes eine Fülle von Beispielen: Rechtsgrundsätze, die sich unter einem früheren Rechtszustand herauskristallisiert haben, werden in neue Rechtssysteme eingebaut, deren Grundlagen nicht mehr in allem die gleichen sind wie die der früheren Ordnung. Diese Inkongruenz der Fundamente der beiden Rechtssysteme macht die übernommene Rechtsformel zum Fremdkörper. Es ist möglich, dass dieser Widerspruch nach aussen kaum in Erscheinung tritt; in der Regel wird er sich jedoch auch in der Praxis abzeichnen und hier zu schwer lösbarer Streitfragen führen.

Als ein solcher Fremdkörper innerhalb des modernen Staatsrechtes hat der Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ zu gelten. Sowohl die Verfolgung der bei der Anwendung dieses Rechtsgrundsatzes entstehenden praktischen Schwierigkeiten wie auch eine theoretische Betrachtung des Verhältnisses von Bundesrecht und kantonalem Recht führen zur Erkenntnis, dass diese Rechtsformel nicht mehr voll mit der staatsrechtlichen Struktur des modernen Bundesstaates harmoniert. Die Doktrin scheint zwar das Gegenteil zu lehren. Das Prinzip der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes wird herkömmlicherweise als ein wesentliches Element der bundesstaatlichen Rechtsordnung bezeichnet³⁾), ja es wird gerade als Kriterium zur begrifflichen Unterscheidung von Bundes-

³⁾ Fleiner, Bundesstaatliche und gliedstaatliche Rechtsordnung, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 6, 1929, S. 16; Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Aufl., I. Bd., 1901, S. 88.

staat und Staatenbund verwendet⁴⁾). Nur ganz vereinzelt ist in der Literatur auf die hier betonte Inkongruenz aufmerksam gemacht worden⁵⁾. Sie ist indessen der notwendige Ausgangspunkt, um die Widersprüche, die sich in der modernen Bundesstaatslehre mit Bezug auf den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes ergeben haben, zu verstehen und um eine Reihe von praktischen Schwierigkeiten, die aus der Anwendung dieses Prinzipes entstehen, grundsätzlich zu lösen. Im folgenden sind zunächst die Voraussetzungen darzulegen, unter denen das Rechtssprichwort „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ — bzw. die analoge Formel „Reichsrecht bricht Landesrecht“ — konzipiert wurde. Mit diesen historischen Entstehungsbedingungen sollen die Grundzüge des heutigen Bundesstaates verglichen werden. Die eingangs aufgestellte These, dass dieser Grundsatz durch seine Aufnahme in das moderne Bundesstaatsrecht zum Fremdkörper wurde, wird dabei konkrete Gestalt gewinnen.

Mit der Rezeption des römischen Rechtes durch das Deutsche Reich trat den unübersehbar zersplitterten Partikularrechten ein einheitliches und hoch entwickeltes Rechtssystem gegenüber. Zum erstenmal in der abendländischen Rechtsgeschichte stellte sich damit im Grossen das Problem nach dem Verhältnis zweier sich ausschliessender Rechtssysteme, deren Geltung nicht — wie dies im

⁴⁾ So z. B. Burckhardt, Eidgenössisches Recht bricht kantonales Recht, Festgabe für Fritz Fleiner, 1927, S. 59.

⁵⁾ So Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 381/382. Eine genügende Begründung seiner These gibt Schmitt allerdings nicht. Aehnlich auch Doebl, Archiv des öffentlichen Rechtes, N. F. Bd. 12, 1927, S. 38 ff. Der von Doebl vorgeschlagenen Konstruktion, die den Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Rechte als ein Satz der Staatensukzession und damit als ein völkerrechtliches Prinzip betrachtet, kann zwar nicht gefolgt werden. Die Analogie zu völkerrechtlichen Verhältnissen geht fehl, weil die Kantone grundsätzlich nicht als Staaten, auf keinen Fall aber — wie dies das Völkerrecht voraussetzt — als souveräne Staaten gelten können.

römischen Altertum und im germanischen Frühmittelalter der Fall gewesen war --- personell, sondern territorial umgrenzt war. Im Jahre 1495 wurde das neugeschaffene Reichskammergericht angewiesen, „nach des Reichs gemeinem Recht“ zu entscheiden. Dieses gemeine Recht sollte in der Regel nur subsidiär zur Anwendung gelangen. Im Widerspruch zwischen den verschiedenen Rechtskreisen sollte allgemein das Recht des engeren Kreises vorgehen; man formulierte „Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Reichsrecht“⁶⁾. Dies war jedoch nicht in allen Fällen so. Einzelnen Erlassen der zentralen Reichsgewalt, so z. B. der *Constitutio Criminalis Carolina* war die „*clausula salvatoria*“ beigegeben. Damit beanspruchten sie unbedingte Geltung; im Konfliktfall sollten sie dem Partikularrecht vorgehen. Es hiess, dass in diesen Ausnahmefällen nicht das Landesrecht das Reichsrecht, sondern das Reichsrecht das Landesrecht breche. Diese beiden gegensätzlichen Rechtsformeln sind in der Folge von der deutschen Pandektistik⁷⁾ und der deutschen Staatsrechtslehre übernommen worden. Von dorther sind sie in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts auch in die schweizerische Rechtslehre, der sie ursprünglich nicht bekannt gewesen waren, gelangt. Da die Schweiz die Rezeption des römischen Rechtes nicht mitmachte, hatte sich in der Eidgenossenschaft die Frage nach dem Rangverhältnis der einzelnen Rechtskreise --- wenn von der Helvetik abgesehen wird --- bis zur Gründung des Bundesstaates nur innerhalb der Kantone gestellt⁸⁾. Hier galten aber keine einheitlichen Grundsätze.

Es ist verschiedentlich unternommen worden, das alte deutsche Reich in die heute gebräuchlichen staatsrechtlichen Kategorien (Staatenbund, Bundesstaat, Ein-

⁶⁾ Schröder-Künssberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 6. Aufl., 1922, S. 872 ff.

⁷⁾ Regelsberger, Pandekten, 1. Bd., 1893, S. 117 ff.

⁸⁾ Huber, System und Geschichte des schweiz. Privatrechtes, Bd. 4, 1893, S. 127 ff. und 201/202.

heitsstaat) einzureihen. Derartige Versuche vermögen einem historischen Rechtszustand nicht gerecht zu werden. Man wird die Verhältnisse des alten Deutschland überhaupt nicht mit den heutigen staatsrechtlichen Maßstäben messen dürfen. Ihr charakteristischer Zug zeigte sich darin, dass die einzelnen Rechtskreise — das gemeine Recht und die verschiedenen Stufen des Partikularrechtes — staatsrechtlich betrachtet *unausgeschieden* nebeneinander lagen. Es fehlte der Begriff und die Vorstellung einer differenzierten Rechtsetzungskompetenz. Mochte auch in der Rechtsanwendung unter Umständen das Recht des einen Kreises vor dem des andern Kreises zurücktreten, so wurde die Unanwendbarkeit von materiellen Rechtsnormen doch nicht als Kompetenzbeschränkung der rechtsetzenden Organe aufgefasst. Würde ein schweizerischer Kanton in Konkurrenz zum geltenden Privatrecht ein eigenes Zivilrecht erlassen, so hätte dieses Gesetzeswerk als nichtig zu gelten; jeder Richter, nicht nur der eidgenössische, sondern auch der kantonale, müsste ihm die Anwendung versagen⁹⁾). Zu begründen wäre dies damit, dass ein solches Gesetz im Hinblick auf Art. 64 BV von einem *inkompetenten* Gesetzgeber erlassen worden wäre. Ein Rechtsbefehl, der von einer *inkompetenten* Stelle ausgeht, ist nach allgemeiner Lehre nichtig. Dieser moderne Begriff der Rechtsetzungskompetenz war dem alten Reich fremd. Der Hauptgrund liegt darin, dass sich

⁹⁾ Während sich die Doktrin darin einig ist, dass jedes Gericht zur Prüfung der Bundesrechtsmässigkeit kantonaler Erlasses verpflichtet ist, wird allerdings in der Praxis den kantonalen Gerichten vielfach das Recht zur Ueberprüfung der kantonalen Gesetze abgesprochen. Vgl. Blätter f. zürch. Rechtsprechung, Bd. 6, Nr. 40; Bd. 24, Nr. 64; anders und zutreffend Bd. 8 Nr. 135, Bd. 24 Nr. 67, vgl. auch BGer 5 S. 439. Es entspricht dem Grundsatz der Nichtigkeit kompetenzwidriger Gesetze, wenn die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung erklärt, dass kantonalen Initiativbegehren auf Erlass eines Gesetzes, zu dem der Kanton nicht zuständig ist, vom Grossen Rat keine Folge gegeben werden darf; BGer 61 I 336; 63 I 172.

der Prozess der Rechtserzeugung vielfach noch auf dem Weg der sogenannten „Rechtsfindung“ vollzog. Weite Rechtsgebiete waren noch nicht ausdrücklich normiert; man entschied nach Gewohnheit, nach Ueberlieferung und letztlich nach freier Einsicht. Noch nach Gründung des Bundesstaates wurde in Deutschland die These vertreten, der Grundsatz „Reichsrecht bricht Landesrecht“ dürfe nicht so aufgefasst werden, dass er unmittelbar auf die Freiheit des Landesgesetzgebers einwirke; dieser behalte vielmehr seine volle Souveränität; lediglich die von ihm erlassenen materiellen Rechtsnormen seien in gewissen Fällen — dann eben, wenn ihnen konträres Reichsrecht gegenüberstehe — unanwendbar¹⁰⁾). In dieser Auffassung spiegelt sich der historische Rechtszustand des alten Reiches. Er lässt sich mit Bezug auf die hier behandelte Rechtsformel dahin umschreiben, dass durch den Grundsatz „Reichsrecht bricht Landesrecht“, gleich wie durch den Grundsatz „Landesrecht bricht Reichsrecht“, eine Normkonkurrenz zur Auflösung gebracht werden sollte. Von einer Normkonkurrenz kann dann gesprochen werden, wenn sich zwei Rechtssätze in der Weise widersprechen, dass beide den gleichen Tatbestand in inhaltlich konträrer Weise regeln. Steht der Richter in einem konkreten Rechtsstreit zwei sich ausschliessenden Entscheidungsnormen gegenüber, kann er überhaupt nur dann zu einem Entscheid kommen, wenn er zuerst diese Normkonkurrenz beseitigt, d. h. wenn er einem der konkurrierenden Rechtssätze den Vorzug gibt und den anderen als in concreto unanwendbar betrachtet. Verbildlicht wird erklärt, dass eine Norm die andere „breche“.

In Art. 13 der Weimarer Reichsverfassung ist der Grundsatz „Reichsrecht bricht Landesrecht“ positives Recht geworden. Schon nach der Bismarckschen Reichsgründung ging die offizielle These in Erinnerung an das alte Rechts-

¹⁰⁾ Heinze, Ueber die Tragweite des § 5 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund, Gerichtssaal, 1878, S. 561 ff.

sprichwort dahin, dass nun im Gegensatz zu früher generell der Grundsatz vom Vorrang des gemeinen Rechtes Geltung habe. Seiner rechtlichen Struktur nach war der neue deutsche Bundesstaat indessen etwas völlig anderes als das rechtlich schwer übersehbare Gebilde, welches das alte Kaiserreich darstellte. Er war im Unterschied zu diesem eine einheitliche Rechtsordnung, die als geschlossener Delegationszusammenhang begriffen werden kann. Der organisatorische Grundgedanke des Bundesstaates ist die Aufteilung der materiellen Gesetzgebungs-kompetenzen zwischen zwei verschiedene Gebietskörper-schaften; für einzelne staatliche Aufgaben soll der Zentral-staat und für andere der Gliedstaat zuständig sein. Diese Kompetenzausscheidung ist notwendigerweise eine alter-native¹¹⁾. Ein reibungsloses Funktionieren der Rechts-ordnung ist nur dann gewährleistet, wenn die beiden bundesstaatlichen Rechtssphären — der Zentralstaat auf der einen und der Gliedstaat auf der anderen Seite — nicht in Kollision geraten. Dem Zwecke einer klaren Kompetenz-abgrenzung dient die Verfassung dadurch, dass sie nur die einer Stelle zukommenden Kompetenzen — im schwei-zerischen Recht wie in den meisten anderen Bundesstaaten sind es die dem Bund übertragenen Kompetenzen — aus-drücklich aufzählt und die andere Stelle zur Normierung sämtlicher übrigen, d. h. aller nicht ausdrücklich genannten Gebiete zuständig erklärt (Art. 3 BV). Kommt es dazu, dass ein eidgenössischer und ein kantonaler Rechtssatz etwas Gegenteiliges bestimmen, ist die Kompetenzabgren-zung zwischen Bund und Kanton keine eindeutige mehr. Als Illustrierung diene folgendes Beispiel: Ein Kanton erklärt den allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag für zulässig, der Bund hingegen erklärt ihn für unzulässig¹²⁾.

¹¹⁾ Nawiasky, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, 1920, S. 22.

¹²⁾ BGer 64 I 16 ff. — In der schweiz. Staatsrechtspraxis ist es der klassische Fall eines Widerspruchs zwischen Bundes-recht und kantonalem Recht, dass bundesrechtlich gültige Ver-träge vom Kanton als ungültig erklärt werden; vgl. auch BGer 37 I 44 ff., 527 ff.; 63 I 176.

Hier liegt ohne Zweifel — im Sinne unserer früheren Ausdrucksweise — eine Normkonkurrenz vor. Verbot und Gestattung heben sich in ihren Wirkungen auf. Soll der Richter in einem konkreten Fall über die Zulässigkeit eines allgemeinverbindlichen Arbeitskontraktes befinden, so steht er zwei konkurrierenden, d. h. zwei sich materiell ausschliessenden Entscheidungsnormen gegenüber. Hinter dieser Normkonkurrenz steht aber zugleich eine Kompetenzkonkurrenz, ein positiver Kompetenzkonflikt¹³⁾. Die Frage nach der Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Rechtsatzes ist gleichbedeutend mit der Frage nach der Kompetenz, bzw. der Inkompetenz der Behörde, durch die dieser erlassen wurde. Eine materielle Divergenz zwischen eidgenössischem und kantonalem Recht ist nur deshalb möglich, weil beide Stellen, Bund und Kanton, dieselbe Zuständigkeit beanspruchen: nämlich die Befugnis, über die Zulässigkeit des allgemeinverbindlichen Arbeitsvertrages zu befinden. Die Normkonkurrenz ist lediglich die zufällige Folge und der sekundäre Ausdruck dieser Kompetenzkonkurrenz. Die Kompetenz der gesetzgebenden Behörde stellt gegenüber den von ihr erlassenen Rechtsvorschriften das Primäre dar. So will denn auch die staatsrechtliche Organisation des Bundesstaates in erster Linie eine klare Abgrenzung der gliedstaatlichen und der zentralstaatlichen Befugnisse sichern. Im alten deutschen Kaiserreich war eine Rückführung der Normkollision auf einen Kompetenzkonflikt deshalb nicht möglich, weil die Vorstellung fehlte, dass die Rechtssetzungsgewalt zwischen dem Reich und den Ländern aufgeteilt sei. Im heutigen Staatsrecht jedoch ist diese Rückführung nicht nur möglich, sie ist sogar geboten. Durch den Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ kommt innerhalb des modernen Bundesstaates grundsätzlich nicht mehr eine Normkonkurrenz, son-

¹³⁾ Huber, Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen, 1926, S. 64 ff.

dern ein Kompetenzkonflikt zur Auflösung. Wenn somit ein Gericht in Anwendung dieses Grundsatzes dem Bundesrecht den Vorzug gibt, hat es nicht nur die Unanwendbarkeit des widersprechenden kantonalen Rechtsatzes ausgesprochen; in erster Linie hat es vielmehr die Inkompétence des kantonalen Gesetzgebers zum Erlass einer derartigen Vorschrift festgestellt.

Diese Unterscheidung mag überspitzt erscheinen. Ein Beispiel möge dartun, dass es sich hier nicht um eine praktisch bedeutungslose Begriffsdogmatik handelt. Denkbar ist nämlich, dass zwischen den beiden bundesstaatlichen Rechtssphären ein Kompetenzkonflikt entsteht, der nicht eine Normkonkurrenz zur Folge hat. Ein derartiges Beispiel bieten die beiden vor einigen Jahren im Kanton Basel-Stadt eingebrachten Gesetzesinitiativen auf Verbot gewisser als staatsgefährlich bezeichneter Vereinigungen von Ausländern. Diese Initiative wurde vom Bundesgericht im Kompetenzkonfliktsverfahren (Art. 113, Ziff. 1 BV) mit Recht als unzulässig erklärt¹⁴⁾. Das Bundesrecht enthält zwar keine Vorschrift, die die genannten Vereinigungen gestattet¹⁵⁾; aber es erklärt, dass für die Regelung der Beziehungen mit dem Ausland allein der Bund zuständig sei¹⁶⁾. Das beanstandete Gesetz des Kantons Basel-Stadt stand also zum Bundesrecht nicht in Normkonkurrenz¹⁷⁾, es war lediglich kompetenzwidrig. Man kann hier im Gegensatz zum Fall, in dem sich das kantonale und das eidgenössische Recht inhaltlich ausschliessen, von einer einfachen Kompetenzwidrigkeit

¹⁴⁾ BGer. 65 I S. 106 ff.

¹⁵⁾ Auf die Vereinsfreiheit (Art. 56 BV) konnten sich diese nicht berufen, da die Praxis dieses Freiheitsrecht nur Schweizerbürgern zugestehrt.

¹⁶⁾ BV Art. 8 und Art. 102 Ziff. 8 und 9.

¹⁷⁾ So erklärt das Bundesgericht auf S. 122 des erwähnten Entscheides die Initiative für unzulässig, „weil eben für das in Frage stehende Verbot die kantonale Kompetenz überhaupt zu verneinen ist, ohne Rücksicht darauf, was der Bund in der Sache bereits vorgekehrt hat“.

sprechen. Die Fehlerhaftigkeit des erwähnten kantonalen Gesetzes hätte dieses, wäre es erlassen worden, ohne weiteres ungültig gemacht. Wäre aber diese Ungültigkeit eine Folge des Grundsatzes „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ gewesen oder hätte sie auf einem anderen Rechtstitel, nämlich auf dem der Kompetenzwidrigkeit, beruht? Diese Frage ist nicht nur, wie es vielleicht den Anschein macht, ein müßiges theoretisches Problem; sie ist auch von erheblicher praktischer Bedeutsamkeit. Das Bundesgericht hat die Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes in die Kategorie der „verfassungsmässigen Rechte der Bürger“ eingereiht¹⁸⁾). Gegen jede Verfügung, die den Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ missachtet, kann der betroffene Private, falls ihm ein anderes Rechtsmittel fehlt, den staatsrechtlichen Rekurs ans Bundesgericht ergreifen. In der Frage, ob dem einzelnen gegen das fragliche kantonale Gesetz dieser Rechtsbehelf zugestanden hätte, hätte somit das Problem, ob auch eine einfache Kompetenzwidrigkeit eine Missachtung der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes impliziere, praktisch werden können. Eine sichere Lösung dieser Frage ist nur dann möglich, wenn man sich auf die grundsätzliche Bedeutung besinnt, die dem Prinzip „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ innerhalb der heutigen Rechtsordnung zukommt. Da — wie dargetan — hinter jeder Normkonkurrenz notwendigerweise eine Kompetenzkonkurrenz steht und da die Lösung dieses Kompetenzkonfliktes und somit die Garantie einer eindeutigen Zuständigkeitsverteilung zwischen Zentralstaat und Gliedstaat das Primäre ist, muss auch der Fall der einfachen Kompetenzwidrigkeit als Verletzung der derogatorischen Kraft gelten. Gegen das genannte Initiativbegehrten wäre somit der staatsrechtliche Rekurs zulässig gewesen. Dieses Ergebnis wird durch die praktische Ueberlegung erhärtet, dass die Unterscheidung von inhaltlicher Unrichtigkeit

¹⁸⁾ Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts, 1933, S. 57.

und Kompetenzwidrigkeit eines Rechtssatzes in gewissen Fällen überhaupt nicht durchführbar erscheint¹⁹⁾). Verallgemeinernd ist zu sagen, dass auch dann eine gesetzgebende Behörde gegen ihre Kompetenz verstossen hat, wenn sie einen Rechtssatz erlässt, der lediglich deshalb unrechtmässig ist, weil er zu einer Rechtsnorm mit stärkerer Geltungskraft — z. B. zu einem Grundsatz der Verfassung — in einem inhaltlichen Widerspruch steht. Daraus ist der weitere praktische Schluss zu ziehen, dass auch eine staatsrechtliche Klage wegen Vorliegens eines Kompetenzkonfliktes zwischen Bund und Kanton im Sinne von Art. 113 Ziff. 1 BV allgemein dann zulässig sein muss, wenn der kantonale Gesetzgeber in irgendeiner Beziehung gegen das Bundesrecht verstösst. Es kann auch hier keine Rolle spielen, ob der kantonale Gesetzgeber eine Rechtsvorschrift verletzt, die herkömmlicherweise als Kompetenznorm gilt, oder ob er lediglich inhaltlich — so z. B. dadurch, dass er gegen ein in der Bundesverfassung garantiertes Individualrecht verstösst — dem Bundesrecht widerspricht²⁰⁾. Durch den Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ wird somit jede richterliche Behörde bei Anlass der konkreten Anwendung einer kantonalen Vorschrift in gleicher Weise zur Prüfung der Bundesrechtmässigkeit der kantonalen Gesetze und Verordnungen verpflichtet, in der im Kompetenzkonfliktsverfahren die Bundesrechtmässigkeit kantonaler Erlasse auf Klage des

¹⁹⁾ Ein Beispiel: Nach Art. 1 Abs. 3 des BG vom 29. April 1920 über die öffentlichrechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses sind die Kantone kompetent, gesetzlich zu bestimmen, dass in gewissen Fällen ein Konkursit oder ein fruchtlos Gepfändeter im Stimmrecht eingestellt werden kann. Angenommen, das kantonale Recht spreche die Stimmrechteinstellung in anderen als in den bundesrechtlich sanktionierten Fällen aus; liegt dann eine Normkonkurrenz oder eine Kompetenzwidrigkeit vor? Die Frage ist ohne Willkür überhaupt nicht zu lösen.

²⁰⁾ Huber, Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen, 1926, S. 77.

Bundes durch das Bundesgericht zu überprüfen ist²¹⁾. Eine Bestätigung dafür, dass jede Anrufung des Grundsatzes „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ der Geltendmachung eines Kompetenzkonfliktes gleichkommt, hat auch die neueste bundesgerichtliche Praxis erbracht. Diese erklärt, es sei der Berufung auf Art. 2 der Uebergangsbestimmungen zur Bundesverfassung — diese Vorschrift gilt nach der Rechtsprechung als verfassungsmässige Verankerung des Prinzips der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes — gleichzusetzen, wenn in einem staatsrechtlichen Rekurs als verletztes verfassungsmässiges Recht eine Kompetenzvorschrift der Bundesverfassung, z. B. Art. 64 BV, bezeichnet wird^{21a)}.

Die herrschende Lehre allerdings lässt es ungewiss, ob auch bei einfacher Kompetenzwidrigkeit der Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ missachtet sei. Zwar fehlt es an eingehenden Aeusserungen zu dieser Frage; die Lehrmeinungen gehen indessen ohne nähere Begründung bald von dieser und bald von jener Auffassung aus²²⁾. Dieses Schwanken ist wohl kein Zufall; es ist der Ausdruck der Tatsache, dass die Rechtsformel „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ in ihrer historischen Sinngebung nicht mehr voll auf die heutigen staatsrechtlichen Verhältnisse passt. In seiner überkommenen Bedeutung ist sie ein Satz der Normkonkurrenz. Grundsätzlich ist aber im Bundesstaat jede Normkonkurrenz der Ausdruck eines Kompetenzkonfliktes. Soll somit das Prinzip von der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes mit den

²¹⁾ Huber, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1936, S. 130a.

^{21a)} BGer 64 I 190; 66 I 55.

²²⁾ Vgl. z. B. Sträuli, Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen im Gebiete der Gesetzgebung, 1932; die Kompetenzwidrigkeit eines kantonalen Gesetzes wird zuerst ausdrücklich vom Fall einer Missachtung der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes getrennt (S. 88); an anderer Stelle (S. 209 und 226) jedoch werden die beiden Fälle einander unbesehen gleichgestellt.

Verhältnissen des modernen Staates in Einklang gebracht werden, darf man es nicht mehr als einen Satz der Normkonkurrenz betrachten; man muss es vielmehr als Auflösungsformel für einen Kompetenzkonflikt bewerten. Eine solche Umdeutung ist notwendig, um diesen Fremdkörper den staatsrechtlichen Grundbedingungen des modernen Bundesstaates zu assimilieren. Dessen scheint sich aber die Doktrin nicht immer bewusst zu sein. Dem überkommenen Sprachgebrauch entsprechend wird der Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ immer wieder in die gleiche Kategorie eingeordnet wie z. B. die Parömie „lex posterior derogat legi priori“. Das Prinzip von der lex posterior aber, da es vernünftigerweise nur zwischen Rechtssätzen, die von der gleichen Instanz erlassen wurden, zur Anwendung gebracht werden kann²³⁾, bringt niemals eine Kompetenzkonkurrenz zur Auflösung; es ist ein typischer Satz der Normkonkurrenz. Dieser uneinheitlichen Verwendung des Grundsatzes „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ entspricht die Kontroverse um gewisse praktische Fragen. Zwei solche Streitfragen sollen im folgenden näher erörtert werden. Es wird sich daran erweisen, wie auch praktische Schwierigkeiten völlig anders zu lösen sind, je nachdem die staatsrechtliche Grundnatur der Formel „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ ge deutet wird.

Was z. B. ist die Folge, wenn ein Rechtssatz des Bundes, der einem kantonalen Rechtssatz derogiert, nachträglich dahinfällt? Tritt die verdrängte Partikularvorschrift *ipso iure* wieder in Kraft oder bleibt sie endgültig vernichtet? Diese Frage ist schon verschiedentlich praktisch geworden: so war in der Bundesverfassung von 1874 eine unbeschränkte Garantie der Handels- und Gewerbe freiheit enthalten. Dies hatte zur Folge, dass die in verschiedenen kantonalen Wirtshausgesetzen enthaltene Be-

²³⁾ Anders Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, 1923, S. 233; derselbe, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates, Archiv des öffentlichen Rechtes, N. F. Bd. 37.

dürfnisklausel für Alkoholwirtschaften als bundesrechtswidrig dahinfiel. Im Jahre 1885 wurde Art. 31 BV in dem Sinne abgeändert, dass die Gastwirtschaften „den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen“ unterworfen wurden; man wollte damit u. a. auch den Weg zur Wiedereinführung der verpönten Bedürfnisklausel öffnen. Es stellte sich nun die Frage, ob die alten Bestimmungen der kantonalen Wirtshausgesetze, die die Bedürfnisklausel enthielten, von Rechts wegen wieder vollziehbar würden. Der Bundesrat und mit ihm eine Reihe Kantone haben damals diesen Standpunkt eingenommen²⁴⁾. Es wurde erklärt, dass das kantonale Recht während der Geltungsdauer des widersprechenden Bundesrechtes latent weitergegolten habe. Das Bundesgericht²⁵⁾ und in einem ähnlichen Fall aus Deutschland, der ungefähr gleichzeitig entschieden wurde, auch das deutsche Reichsgericht²⁶⁾ waren jedoch anderer Auffassung. Die beiden Gerichtshöfe erklärten — und dies mit Recht —, dass das partikuläre Recht endgültig nichtig sei und es somit zu seiner Wiedereinführung eines neuen gesetzgeberischen Erlasses bedürfe^{26a)}. Diese Auffassung ist allerdings in der Doktrin nicht unbestritten geblieben. Namhafte Juristen vertreten die Ansicht, dass das Landesrecht vom Reichsrecht nicht vernichtet, sondern nur suspendiert würde²⁷⁾. Stellt man sich auf den Standpunkt, der Grundsatz

²⁴⁾ Bundesblatt der Eidgenossenschaft, 1886, Bd. III, S. 666.

²⁵⁾ BGer. Bd. 15, S. 157 und 170.

²⁶⁾ Reichsgericht in Zivilsachen, Bd. 19, S. 181 ff.

^{26a)} Nur ausnahmsweise wird das kantonale Recht durch das Bundesrecht lediglich in seiner Wirksamkeit suspendiert. Dies trifft zu, wenn das Bundesrecht von vornehmest als eine bloss vorübergehende Ordnung erlassen wurde. So ist das kantonale Recht, das nur dem auf Grund des Vollmachtenbeschlusses vom 30. August 1939 (Bundesbeschluss über die Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität) ergangenen Bundesvorschriften widerspricht, nicht nichtig; es wird nur bis zum Dahinfall der Noterlasse suspendiert.

²⁷⁾ So z. B. Frank, Kommentar zum deutschen Strafgesetz, 18. Aufl., 1931, S. 850.

„Reichsrecht bricht Landesrecht“ bringe lediglich eine Normkonkurrenz zur Auflösung, lässt sich diese Meinung in der Tat vertreten. Im alten Reich hatte diese Rechtsformel niemals eine andere Bedeutung, als die, einen Rechtssatz in einem konkreten Fall für unanwendbar zu erklären. Geht man aber davon aus, dass durch das Prinzip der derogatorischen Kraft des Bundesrechts Kompetenzkonflikte zu beheben sind, so ist man zur Annahme gezwungen, dass das partikuläre Recht durch den Akt des Bundesgesetzgebers endgültig vernichtet wird. Ist der Gliedstaat zur Regelung einer Rechtsfrage a limine unzuständig, dann kann das von ihm ausgehende Recht auch nicht eine latente Verbindlichkeit beanspruchen. Dieses ist vielmehr radikal nichtig, d. h. es ist überhaupt kein Recht mehr.

Noch zugespitzter erscheint das Problem in einem anderen Fall. Quid iuris, wenn das eidgenössische Recht und das kantonale Recht gleichlauten, wenn sie nicht inhaltlich konträr, sondern inhaltlich identisch sind? Der Fall ist in der Schweiz relativ häufig. So sind viele Individualrechte der Kantonsverfassungen bereits durch die BV garantiert; ferner werden die prozessrechtlichen Bestimmungen des ZGB und des SchKG durch die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen reproduziert. Man mag versucht sein, das hier aufgeworfene Problem als eine völlig nutzlose Begriffsspielerei zu erklären. Sicherlich ist es eine müsige Frage, ob eine sowohl im Bundesrecht wie im kantonalen Recht verankerte Vorschrift als Bundesrecht oder als kantonales Recht Geltung habe. Das Problem wird jedoch praktisch, sobald die mit dem kantonalen Recht übereinstimmende Bundesnorm aus irgendeinem Grunde dahinfällt. Es gibt einen berühmten Präzedenzfall aus Deutschland: Kurz nach 1870 erklärte der Reichsgesetzgeber für das ganze Reichsgebiet ein Verbot des Jesuitenordens. Verschiedene Einzelstaaten hatten schon früher ein gleiches Verbot erlassen. 1913 machte der Reichstag seinen Beschluss rückgängig. Einzelne Länder

(so z. B. Württemberg) griffen nun auf ihre alten Jesuitengesetze zurück und erklärten das Verbot als weiterhin fortbestehend. Dies war insofern eine politisch sehr bedeutsame Angelegenheit, als die Lage in den Ländern vielfach so war, dass ein Neuerlass der Jesuitengesetze auf kaum überwindbare Widerstände gestossen wäre. Die deutschen Juristen haben dieses Vorgehen der Länder damals mehrheitlich sanktioniert²⁸⁾). In der schweizerischen Literatur sind die Auffassungen über das Grundsätzliche dieser Frage geteilt, ohne dass die eine Auffassung als die vorherrschende bezeichnet werden könnte. Eine Richtung der Lehre hält streng daran fest, dass das gleichlautende kantonale Recht vom Bundesrecht nicht vernichtet sei²⁹⁾). Auf diesem Standpunkt scheint in konsequenter Rechtsprechung auch das Bundesgericht zu stehen. Es hat in verschiedenen Entscheiden erklärt, dass jenen Bestimmungen der Kantonsverfassungen, die ein bereits in der BV garantiertes Freiheitsrecht reproduzieren, „für die Dauer der Bundesverfassung keine selbständige Bedeutung zukomme“³⁰⁾). Würde die bundesrechtliche Vorschrift dahinfallen, so würde also die kantonale Vorschrift ipso iure an ihre Stelle treten. Dass ihr, solange die gleichlautende Vorschrift der BV in Kraft steht, keine „selbständige Bedeutung“ zukommt, will lediglich besagen, dass die Konkurrenz der Rechtswege unzulässig ist. So gingen Rekurse wegen Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit früher an den Bundesrat; hingegen musste die Verletzung eines kantonalrechtlich garantierten Freiheitsrechtes beim Bundesgericht geltend gemacht werden. Hatte neben dem Bund auch ein Kanton die Handels-

²⁸⁾ Siehe z. B. Bonin, Reichsrecht und Landesrecht in der Jesuitenfrage, 1914, Archiv des öffentl. Rechtes, Bd. 32, S. 329.

²⁹⁾ Burckhardt, Kommentar zur Bundesverfassung, 1933, S. 823.

³⁰⁾ BGer. Bd. 5, S. 335; Bd. 11, S. 158 und 733; Bd. 64 I, S. 189; ähnlich Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden, Heft 1 (1927) Nr. 6.

und Gewerbefreiheit garantiert, so sollte der einzelne nicht beim Bundesgericht und beim Bundesrat, sondern nur beim Bundesrat vorstellig werden können. Ebenso sollte nicht der Kantonsrat, sondern die Bundesversammlung Begnadigungsinstanz sein, wenn ein kantonales Strafgesetz einen im Bundesstrafrecht enthaltenen Deliktsstatbestand reproduziert³¹⁾. Eine weitere Nachwirkung des Bundesrechtes auf das gleichlautende kantonale Recht hat das Bundesgericht nicht anerkannt. Diese Auffassung ist folgerichtig, wenn man den Satz „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ als Satz der Normkonkurrenz deutet. Gleichlautende Vorschriften können logischerweise nicht in eine inhaltliche Konkurrenzbeziehung treten. Die in der Literatur gebräuchliche Argumentation, dass es in diesem Fall „nichts zu brechen gebe“³²⁾ ist durchaus zutreffend. Das gemeine Recht kann dem partikulären Recht unter dem Gesichtspunkt der Normkonkurrenz ebenso wenig derogieren, wie etwa die *lex posterior* der gleichlautenden *lex anterior* zu derogieren vermag. Anders aber, wenn am Gesichtspunkt des Kompetenzkonfliktes festgehalten wird: ein Kompetenzkonflikt zwischen Justiz und Verwaltung z. B. liegt nicht nur dann vor, wenn eine Administrativbehörde anders entscheidet als eine richterliche Behörde, sondern auch dann, wenn sie denselben Streitfall gleich entscheidet. In gleicher Weise ist ein Kompetenzkonflikt zwischen Bundesgesetzgeber und kantonalem Gesetzgeber auch dann vorhanden, wenn beide Stellen einen materiell gleichlautenden Rechtssatz erlassen. Eine solche Identität ist ja nur darum möglich, weil Bund und Kanton denselben Gegenstand, dasselbe soziale Substrat zu normieren beanspruchen. Es ist somit dem Gliedstaat nicht nur versagt, dem Bundesrecht inhaltlich zu widersprechen, sondern auch, es inhaltlich zu bestätigen. Hält sich der gliedstaatliche Gesetzgeber nicht an diese

³¹⁾ Salis, Schweizerisches Bundesrecht, 1903, Nr. 1670.

³²⁾ Handbuch des deutschen Staatsrechtes, herausg. von Anschütz und Thoma, 1930, 1. Bd., S. 320, Anm. 2.

Schranke, so erlässt er mit der gleichlautenden Norm keinen Rechtssatz; er macht lediglich eine rechtlich irrelevante Aussage. Diesem logischen Ergebnis folgen auch die praktischen Interessen. Wie wäre es z. B. mit der Rechts-sicherheit bestellt, wenn nach Dahinfall eines Bundesgesetzes plötzlich eine Menge kantonaler Gesetze wieder aufleben würden? Ueber das Ergebnis, dass auch das gleichlautende kantonale Recht nichtig ist, kann somit kein Zweifel bestehen³³⁾. Indessen ist es offensichtlich, dass die Anwendung des Grundsatzes „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ zwischen inhaltlich identischen Rechts-sätzen nicht mit dem Wortlaut dieser Formel harmoniert. Nur durch diese Umdeutung — oder genauer gesagt: durch diese Ausweitung — kann sie jedoch mit den Grundbedin-gungen des modernen Bundesstaates in Uebereinstim-mung gebracht werden.

Damit rückt auch die in der Literatur viel diskutierte Frage, ob der Grundsatz „Gemeines Recht bricht parti-kuläres Recht“ dem Bundesstaat wesentlich sei, in ein neues Licht. Als wesentlich ist dieses Prinzip dann zu bewerten, wenn es schlechterdings ausgeschlossen ist, dass ein Bundesstaat ohne diese Rechtsformel auskommt, oder anders gesagt: wenn mit Ablehnung dieses Grundsatzes begrifflich auch der Bundesstaat verneint wäre. Wie bereits angeführt wurde, gilt das Prinzip der derogatori-schen Kraft des Bundesrechtes herkömmlicherweise als ein wesentliches Element der bundesstaatlichen Rechts-ordnung. Diese Auffassung der herrschenden Lehre kann dann und nur dann akzeptiert werden, wenn der hier behandelte Grundsatz, wie es hier versucht wurde, auf die Linie des Kompetenzkonfliktes gebracht wird. Würden auch gliedstaatliche Erlasse, die gegen die Kompetenz-vorschriften der Bundesverfassung verstossen, rechtlich Bestand haben, so wäre — da das kompetenzwidrige

³³⁾ Giacometti, Ueber die rechtliche Tragweite des Prin-zips Bundesrecht bricht kantonales Recht, Schweizerische Ju-ristenzeitung, Bd. 26, S. 292 ff.

Partikularrecht niemals der Bundesverfassung zugerechnet werden kann — die Einheit der bundesstaatlichen Rechtsordnung gesprengt. Fasst man diese Rechtsformel aber als einen Satz der Normkonkurrenz auf, muss seine Wesentlichkeit für den Bundesstaatsbegriff verneint werden. Meines Wissens ist der herrschenden Lehre in ihrer Bewertung des Grundsatzes „Gemeines Recht bricht partikuläres Recht“ einzig von der reinen Rechtslehre widersprochen worden³⁴⁾). Sie geht so weit, zu erklären, dass diese überkommene Rechtsformel dem Wesen des Bundesstaates widerspreche. Als Beweis wird die österreichische Bundesverfassung von 1920 angeführt, auf deren Besonderheiten wir noch kurz zu sprechen kommen werden. Diese Gegensätzlichkeit der Standpunkte erklärt sich daraus, dass die reine Rechtslehre, ohne es jemals ausdrücklich zu sagen, davon ausgeht, der Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ könne nur als Satz der Normkonkurrenz interpretiert werden. Macht man diese Annahme, so ist die reine Rechtslehre konsequent. Es ist durchaus denkbar, dass eine Normkonkurrenz zwischen Bundesrecht und Partikularrecht, ohne dass dadurch der Bundesstaat in Frage gestellt erscheint, nach einem anderen Modus als der Formel vom Vorrang des gemeinen Rechts zur Auflösung gelangt. Dies ist regelmässig dann der Fall, wenn der Bundesstaat seine organisatorische Vollendung erfährt, d. h. wenn er am reinsten verwirklicht wird. Im folgenden sei dies näher ausgeführt.

Das Postulat der Verfassungsgerichtsbarkeit ist im schweizerischen Bundesstaat bekanntermassen nicht voll realisiert; es finden sich lediglich bescheidene Ansätze zu seiner Verwirklichung³⁵⁾). Bundesgesetze und allgemein-

³⁴⁾ Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 221; Festgabe für Fritz Fleiner, 1927, S. 181; Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 5, 1929, S. 83; Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. Bd. 42, S. 191.

³⁵⁾ Darüber Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes, 1933, S. 10 ff.

verbindliche Bundesbeschlüsse sind unabhängig von ihrer materiellen oder formellen Verfassungsmässigkeit unbedingt rechtsbeständig (Art. 113 Abs. 3 BV); das Bundesgericht und konsequenterweise auch alle andern rechtsanwendenden Instanzen haben sie in jedem Fall als voll verbindlich zu taxieren. Diese Tatsache ist von fundamentaler Bedeutung für das Verhältnis der beiden bundesstaatlichen Rechtssphären. Erlässt der Bund ein Gesetz über eine Materie, die nach der Bundesverfassung den Kantonen vorbehalten bleibt, so ist dieses Gesetz, obwohl es kompetenzwidrig ist, nicht ungültig. Das kantonale Recht hat also auch dem unzuständigerweise erlassenen Bundesrecht zu weichen. Die Frage nach der politischen Opportunität des Institutes der Verfassungsgerichtsbarkeit soll hier offen bleiben. Wichtig ist in diesem Zusammenhang lediglich die Feststellung, dass durch den Fortfall einer voll wirksamen institutionellen Verfassungsgarantie die bundesstaatlichen Kompetenzvorschriften eine Entkräftung³⁶⁾ erfahren. Die in der Bundesverfassung enthaltenen Grundsätze über die Kompetenzverteilung zwischen Zentralstaat und Gliedstaaten stellen für den Bundesgesetzgeber keine unbedingten Schranken dar; sie sind — wie gelegentlich gesagt wurde — nur postulierte, nicht wirkliches Recht. In diesem Sinne ist es richtig, wenn die reine Rechtslehre erklärt, die Verfassungsgerichtsbarkeit — oder genauer: die Kompetenzgerichtsbarkeit — werde durch das Wesen der bundesstaatlichen Rechtsordnung gefordert. Sicherlich bildet sie die begriffliche Vollendung des bundesstaatlichen Organisationsprinzipes. Ist aber dieses Postulat Wirklichkeit geworden, ist also von Verfassungs wegen dafür gesorgt, dass nur das kompetenzgemäss, nicht aber das kompetenzwidrige Bundesrecht in Geltung bleibt, wird im Fall des Widerspruches zwischen den beiden Rechtskreisen völlig anders vorgegangen als

³⁶⁾ Es kann hier im Sinne von Merkl (vgl. Die Lehre von der Rechtskraft, 1923, S. 293) von einem „Fehlerkalkül“ gesprochen werden.

bei Anwendung des Grundsatzes „Bundesrecht bricht kantonales Recht“. Mit der Feststellung des Widerspruches, d. h. der Normkonkurrenz, ist noch nicht entschieden, welcher Rechtssatz dem anderen zu weichen hat. Wie dargelegt wurde, ist die Kompetenzverteilung zwischen Gliedstaat und Zentralstaat eine alternative; kollidieren eine gemeine und eine partikuläre Vorschrift, so muss folgerichtigerweise die eine oder die andere Norm kompetenzwidrig sein. Während bei fehlender Verfassungsgerichtsbarkeit in jedem Fall der bundesrechtlichen Norm der Vorzug gegeben wird, ist bei vorhandener Verfassungsgerichtsbarkeit jene Norm ungültig, die kompetenzwidrig ist. Es muss also möglicherweise das Bundesrecht und nicht das gliedstaatliche Recht weichen. Nur das kompetenzwidrige Partikularrecht ist nichtig. Man kann dies so ausdrücken, dass bei vorhandener Verfassungsgerichtsbarkeit nicht das Bundesrecht, sondern nur die in der Bundesverfassung enthaltenen Kompetenzvorschriften das kantonale Recht „brechen“. Im Falle der Normkonkurrenz ist also der Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ überhaupt ausgeschaltet. Er ist nur noch bei einfachen Kompetenzwidrigkeiten von Bedeutung. So verhält es sich denn auch heute in der nordamerikanischen Union, im kanadischen und im südafrikanischen Bundesstaat; gleich war es früher im österreichischen Bundesstaat. Der angelsächsischen Bundesstaatspraxis ist eine Formel analog derjenigen wie sie früher in Deutschland verwendet wurde und wie sie heute in der Schweiz gebräuchlich ist, fremd. Man kennt nur den Grundsatz, dass das gegen die Kompetenzvorschriften der Bundesverfassung verstossende Partikularrecht ungültig ist und vom Richter — und zwar von jedem Richter — als unwirksam erklärt werden kann. In Österreich bestand im Gegensatz zu den angelsächsischen Bundesstaaten kein allgemeines akzessorisches richterliches Prüfungsrecht; gemäss ausdrücklicher Verfassungsvorschrift durfte lediglich ein zentraler Verfassungsgerichtshof über die

Ungültigkeit von Landesgesetzen befinden³⁷⁾). Da nun aber auch dem ordentlichen Richter für den Fall der Normkonkurrenz eine Entscheidungsformel gegeben werden musste, erklärte die österreichische Staatsrechtspraxis³⁸⁾, dass bei Vorliegen eines materiellen Widerspruches zwischen Bundesrecht und Landesrecht nach dem Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“ zu verfahren sei³⁹⁾). Damit war nach der Meinung der reinen Rechtslehre für den Grundsatz „Bundesrecht bricht Landesrecht“ innerhalb der positiven Rechtsordnung kein Raum mehr. In Wirklichkeit traf dies jedoch nur insoweit zu, als dieses Prinzip als Satz der Normkonkurrenz gedeutet wird.

Erinnern wir uns nochmals an den zurückgelegten Weg: Wir erklärten, dass der Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ im heutigen Bundesstaatsrecht einen Fremdkörper darstelle. Wir haben diesen Fremdkörper dadurch zu assimilieren versucht, dass wir dieser Rechtsformel eine Bedeutung gaben, die nicht in ihrer ursprünglichen Intention liegt. So erklärten wir, dass das widersprechende kantonale Recht nicht suspendiert, sondern vernichtet sei; wir haben sodann die derogatorische Wirkung des Bundesrechtes auch auf inhaltlich gleichlautendes kantonales Recht ausgedehnt, und wir setzten den Fall der einfachen Kompetenzwidrigkeit demjenigen der Normkonkurrenz gleich. Es ist offensichtlich, dass das Prinzip der derogatorischen Kraft ursprünglich nicht

³⁷⁾ Art. 89 der österreich. BV vom 1. Oktober 1920.

³⁸⁾ Froehlich, Merkl, Kelsen, Die Bundesverfassung von 1920, S. 78.

³⁹⁾ In der Anwendung des Grundsatzes von der lex posterior zwischen den beiden bundesstaatlichen Rechtssphären liegt, streng genommen, ein Widerspruch zum bundesstaatlichen Organisationsprinzip. Uebermarchungen des gliedstaatlichen Gesetzgebers werden damit zeitlich — bis zum Entscheid des Verfassungsrichters — sanktioniert. Konsequenter ist die Zuerkennung des allgemeinen akzessorischen richterlichen Prüfungsrechtes. Dieser Widerspruch wurde in Oesterreich allerdings dadurch praktisch ausgeglichen, dass der Bundesregierung über die Landesgesetzgebung eine starke Präventivaufsicht zustand (Art. 98 österreich. BV).

diesen Sinn **hatte**. Da nun aber diese Rechtsformel in der Praxis allgemein gebräuchlich ist, muss sie folgerichtigerweise in diesem Sinn umgedeutet werden. Aber auch dadurch kann die aufgezeigte Inkongruenz nicht restlos ausgeglichen werden. Eine letzte grundsätzliche Disharmonie bleibt bestehen. Dies wird dann am deutlichsten, wenn wir die Funktion dieses Grundsatzes innerhalb der „reinsten Form des Bundesstaates“, d. h. bei bestehender Verfassungsgerichtsbarkeit, in Betracht ziehen. Ist dafür Vorsorge getroffen, dass auch das kompetenzwidrige Bundesrecht als ungültig erklärt werden kann, so ist lediglich das den verfassungsrechtlichen Kompetenzvorschriften widersprechende Partikularrecht unwirksam. Das gliedstaatliche Recht kann also lediglich durch die bundesstaatlichen Kompetenzvorschriften, nicht aber durch das übrige Bundesrecht „gebrochen“ werden. Eine solche Aussage — die nämlich, dass das kompetenzwidrige Partikularrecht ungültig sei — ist aber nichts mehr als eine Tautologie. Sie besagt lediglich, dass das kompetenzgemäße und nicht das kompetenzwidrige Recht gültig sei, also etwas, was bereits im Begriff der Kompetenz liegt⁴⁰). Es ergibt sich also, dass gerade dann, wenn das bundesstaatliche Organisationsprinzip seine Vollendung erfährt, der Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ zu einer schlichten Selbstverständlichkeit wird. Sobald man ihn unter dem Gesichtspunkt des Kompetenzkonfliktes betrachtet, verflüchtigt sich sein spezifischer Eigengehalt. Er stellt nicht mehr im vollen Sinne des Wortes ein „Prinzip“ — d. h. etwas „Anfängliches“ — dar; er reduziert sich gewissermassen auf eine bloss „repetitorische Aussage“, indem er lediglich das wiederholt, was bereits die Grundintention der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung ist⁴¹).

⁴⁰⁾ Burckhardt, Methode und System des Rechts, 1936, S. 96.

⁴¹⁾ Giacometti (Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, 1941, S. 28) bezeichnet diesen Grundsatz als etwas Selbstverständliches.

Das soll nun aber nicht heissen, dass diese Rechtsformel im schweizerischen Staatsrecht jeglicher praktischen Bedeutung entbehre. Die Praxis arbeitet vielfach erfolgreich mit Hilfsvorstellungen, die der Theoretiker als bedenklich registriert. Drei Momente sind zu berücksichtigen: Zunächst das Fehlen der Verfassungsgerichtsbarkeit bezüglich Bundesgesetze und allgemeinverbindlicher Bundesbeschlüsse. Sodann die Weitherzigkeit, mit der die verfassungsrechtlichen Kompetenzbestimmungen zugunsten des Bundes ausgelegt werden. Diese Neigung zur Extensivinterpretation der geschriebenen Bundeskompetenzen hat zur Folge, dass auch dort, wo das Bundesgericht — wie z. B. gegenüber den Bundesverordnungen — zur Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von generellen Bundeserlassen berechtigt ist, nur äusserst selten ein dem kantonalen Recht widersprechender Bundesrechtssatz als kompetenzwidrig und damit als ungültig erklärt wird. Schliesslich kennt die schweizerische Bundesverfassung — im Gegensatz zur Weimarer Verfassung und zur österreichischen Verfassung von 1920 — fast keine ausschliesslichen Bundeskompetenzen⁴²⁾. Die Gesetzgebungshoheit der Kantone erfährt in der Regel erst durch die materielle Bundesgesetzgebung — nicht schon durch die Bundesverfassung — ihre unmittelbare Beschränkung; die Bundesgesetze bestimmen aber in der Regel, dass das kantonale Recht nur insoweit ungültig ist, als es dem Bundesrecht inhaltlich widerspricht⁴³⁾. Das bedeutet, dass die Kompetenzwidrigkeit eines kantonalen Gesetzes sozusagen ausnahmslos eine Normkonkurrenz nach sich zieht. Die drei angeführten Momente haben zur Folge, dass man mit der Interpretation als Satz der Normkonkurrenz praktisch in den meisten Fällen auskommt. Der Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ erfüllt somit in seiner her-

⁴²⁾ Sträuli, Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete der Gesetzgebung, 1932, S. 76 ff.

⁴³⁾ Vgl. z. B. Art. 95 des eidg. Fabrikgesetzes vom 18. Juni 1914.

kömmlichen Bedeutung gewissermassen die Funktion einer Arbeitshypothese, indem er schwer übersehbare staatsrechtliche Probleme auf einen einfachen — d. h. bewusst vereinfachten — Nenner bringt. Mag er seiner Natur nach auch problematisch erscheinen, so wüsste ihn die Praxis in Anbetracht der immer unübersehbarer werdenden Verflechtung von Bundesrecht und kantonalem Recht doch kaum mehr zu entbehren.
