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: 62 (1943)

Heft: 6

Artikel: Die Gewaltentrennung im Schweizerischen Staatsrecht

Autor: Oswald, Wilhelm

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896495

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 13.02.2026

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

Die Gewaltentrennung im Schweizerischen Staatsrecht

Referat von Dr. Wilhelm Oswald,
Professor an der Universität Freiburg.

Einleitung.

In einer Zeit, wo die Völker mit Warnungen und Enttäuschungen überhäuft sind und durch die Erfahrung belehrt werden, dass sie auch von Ideen leben, die ihnen erst Kraft und Würde verleihen, hat auch die schweizerische Demokratie allen Anlass, sich auf die wahren geistigen Grundlagen ihres staatlichen Daseins zu besinnen und die entscheidenden Lebensfragen von grundsätzlichen Gesichtspunkten aus zu betrachten. Der Staat beansprucht für sich die überlieferte Autorität; er verpflichtet die seiner Herrschaft unterstellten Menschen auf die Teilnahme an seinem Gesamtschicksal. Für die staatsbürgerliche Erziehung zum pflichtgetreuen Dienst am staatlichen Ganzen ist aber ein blosser Pragmatismus, der nur zu leicht die Wesenstiefen des Lebens und der Welt übersieht, keine ausreichende Grundlage. Der Staat muss eine eigene vernunftgemässe und absolute Grundlage besitzen.

Der Satz „Recht ist, was dem Volke nützt" kann, ideenmässig aufgefasst, richtig verstanden werden; denn Recht und Nutzen müssen letzten Endes zusammenfallen. Der moderne Utilitarismus, wie er namentlich in der neueren englischen Philosophie (Spencer u. a.) seine Ausgestaltung gefunden hat, versteht den Begriff der „Nützlichkeit" aber in einem anderen Sinne, nämlich in dem, was dazu dient, bei den Menschen Wohlbehagen zu erzeugen. So aufgefasst, ist die Weltanschauung des Utilitarismus unannehmbar. Unser moralisches und rechtliches Bewusstsein zwingt uns, einen Unterschied zu machen zwischen dem, was unseren materiellen Vorteilen dient und dem, was durch die Pflicht befohlen wird. Die

menschlichen Handlungen müssen nach Bewertungsprinzipien beurteilt werden. Mit blossem Wohlbehagen lässt sich keine ethische Verpflichtungskraft begründen.

Als herrschaftliche Organisation eines Volkes und seiner Zielgemeinschaft ist der Staat, insbesondere unser Staatswesen, kein kulturell chaotischer Betrieb, kein geistig zufälliges Entscheiden und direktionsloses Abwechseln vielgeschäftiger Zugriffe, auch keine blosse Einigung der rationalen Daseinsordnungen der Massen mit der Macht; es geht vielmehr um geistige Ausgestaltung unseres politischen Seinsgesetzes und immer vollkommenere Verwirklichung des Auftrages, der im Begriffe der Eidgenossenschaft und ihrer Gründungsidee enthalten ist. Nur so kann es der vielgestaltigen schweizerischen Nation gelingen, sich wirklich zu organisieren und derart immer mehr Eigenwert und gehobene Bildung in sich aufzunehmen. Bildung ist nicht zuletzt die Fähigkeit, das Wesentliche vom Unwesentlichen zu unterscheiden und das erstere ernst zu nehmen.

Kant verdient Beachtung, wenn er meint, es könne auch für die Staatslehre durch blosses empirisches „Herumtappen" nichts Zweckmässiges jemals gefunden werden. „On ne peut rien entreprendre dans le domaine de l'action sans dépasser le point de vue mesquin de l'immédiat. Il faut voir plus haut et plus loin que le résultat à la petite semaine" (Ausspruch von Lyautey).

Nur das metaphysische Denken, das die Welt als Sachinhalte erfasst, die Grundsätze der Zweckbetrachtung und der ursächlichen Zusammenhänge als heuristisches Prinzip gelten lässt und gerade dadurch zur höchsten Lebensbejahung und gleichzeitig zur vollen Entfaltung der geistig freien Persönlichkeit gelangt, ist imstande, uns Menschen mit einer höheren Welt zu verbinden. Es kommt in erster Linie nicht darauf an, dass etwas geschieht, sondern dass die Beweggründe des Wollens ausgerichtet sind nach kulturell-geistigen Prinzipien und getragen von einem ethischen Bewusstsein. Die wahren Wertungsprinzipien sind nur durch die Vernunft zu erkennen, und das Christentum ist nie müde geworden, den Primat des

Geistigen über das Materielle zu verkünden. Der Kampf um die metaphysische Grundhaltung, die immer das hervorstechende Merkmal aller ungebrochenen Zeitalter war, ist eine grosse Schicksalsfrage auch für die Staatslehre wie überhaupt für den Gesamtbereich der menschlichen Kultur. „Alle im Rückschreiten und in der Auflösung begriffenen Epochen sind subjektiv, dagegen aber haben alle vorschreitenden Epochen eine objektive Richtung" (Goethe, Gespräch mit Eckermann vom 29. Januar 1826). Im subjektivistischen Staatsbewusstsein muss die Freiheit des Menschen verloren gehen und letzten Endes nur die Kraft des klugen Egoismus übrigbleiben. Der Staatsmann und Jurist muss auch Synthetiker sein und eine gute Wesensschau über die Dinge und Lebensverhältnisse besitzen, die zu normieren sind, sonst werden die Gesetze obsolet, bevor sie recht in Kraft getreten sind. Die reine Analyse kann mit der Zeit niemals Schritt halten und den mannigfaltigen Bedürfnissen des ständig sich entwickelnden politischen Lebens gerecht werden. Die richtige Methode des Denkens ist empirisch und spekulativ zugleich, und die Wahrheit liegt nur im analytisch-synthetischen Urteil. Das Metaphysische, die übersinnliche Realität, darf nicht verwechselt werden mit blosser Spekulation ohne realen Boden.

Der starre Doktrinarismus ist inoperant und bedeutet nur die Verschleierung der Ohnmacht. Unter Berufung auf einen anationalen Demokratismus kann insbesondere die so einzigartige Wirklichkeit des schweizerischen Staates nicht erfasst werden. Das vielberufene „Wunder" der Eidgenossenschaft ist nur von ihr selbst her zu begreifen, nicht aber von einer ideologischen Leitlinie oder abstrakten Doktrin her. Als traditionaler Herrschaftstypus ist die Schweiz unentrinnbar an ihre geschichtlichen Voraussetzungen geknüpft und lässt sich nicht auf eine schematische Linie festlegen. Wer tiefer zusieht, wird bald erkennen, dass die demokratische Staatstheorie einer gewissen Schule mehr einen dogmatischen Überbau als die eigentliche Wirkursache des schweizerischen Staatsdenkens bildet. Die Theorie bedient sich gerne gewisser aprioristischer Kategorien, um die spezifisch schweizerische Kon-

zeption hineinzugiessen. Im Grunde aber bleiben die Auseinandersetzungen am Rande des Geschehens. Es wurzelt tiefer, und das staatliche Bewusstsein wird aus ganz anderen Quellen gespiesen. Die Erklärung für die Ohnmacht der Theorie und die Verwirrung, die sie jedenfalls in ihrer doktrinären Form anrichtet, liegt in ihrer lebensfremden Versteifung auf die dogmatische Intolleranz des rational-konstruktiven Demokratismus, wobei der Vernunft lediglich ein ideologischer Charakter zugesprochen wird.

Ins Kraut geschossen ist der doktrinäre Standpunkt vor allem unter dem Einfluss des rationalistischen Denkens der Aufklärung, die im heillosen Glauben befangen war, den Staat rein rational und abstrakt auf „natürliche" Prinzipien stellen und als bloss mechanische Einheit der Erscheinungen in berechenbar gestaltete Funktionen auflösen zu können. Die Naturrechtslehrer jener Zeit wähnten, auf rein deduktivem Wege aus der isolierten Vernunft für alle Zeiten und Völker gültige Dogmen, ein bis in die letzten Teile ausgearbeitetes Gebäude von Rechtsnormen konstruieren und mit Anspruch auf Messbarkeit und Kontrollierbarkeit aller staatlichen Machtbefugnisse ein mechanisches Gleichgewichtssystem der „temperierten bürgerlichen Frömmigkeit und des temperierten bürgerlichen Egoismus" (Günther Holstein) errichten zu können. Bei dieser lebensfremden Spekulation mit ihrer Überbetonung des logisch geschulten Denkens betätigt sich die Vernunft nicht mehr nomognostisch (normerkennend), sondern nomothetisch (normsetzend). Der Mensch wird zum absoluten Selbstzweck und autonomen Messer aller Dinge. Das subjektiv-relativistische „Naturrecht" des Rationalismus ist daher überhaupt kein eigentliches Recht, sondern eine blosse Menschenphantasie.

Die Irrwege des historischen Rationalismus sind wiederholt, neuestens auch von Röpke, der vieles richtig sieht, geschildert worden[1]). Er verdient Beifall, wenn er meint, die Überdemokratie sei ebenso ungeniessbar wie chemisch

---

[1]) Gesellschaftskrisis der Gegenwart, S. 74 ff. und 158 ff.

reines Wasser. Die schweizerische Demokratie hat in der Tat mit ganz anderen Daten aufzuwarten als 1789; sie verdankt ihren Ursprung nicht den Abstraktionen von Theoretikern, sondern dem Freiheitsbewusstsein von Bauern und Bürgern, die ihren Staat von unten her organisch aufgebaut und in heroischem Kampfe behauptet haben.

Die revolutionäre Metaphysik der Aufklärung hat heute ihre Überzeugungskraft eingebüsst; die von ihr heraufbeschworene Rechts- und Staatskrisis dauert aber noch an; auch ergaben sich daraus politische Forderungen, die ihren Niederschlag in den heutigen Verfassungen gefunden haben. Im Vordergrund des Interesses stehen vor allem zwei grundlegende Prinzipien des modernen Staatsdenkens: das sogenannte Verteilungsprinzip oder die Grundrechte und das organisatorische Prinzip der „séparation des pouvoirs".

Es schien uns angebracht, wenigstens andeutungsweise auf den ideologischen Hintergrund dieser beiden grossen Ordnungsideen des konstitutionellen Naturrechts hinzuweisen, die als wahre „idée-force", wie die Franzosen sagen, zur Grundlage für den neuzeitlichen Individualismus und Liberalismus sowie für die moderne Demokratie geworden sind[2]).

A. Sinn und Tragweite des Gewaltenteilungsprinzips.

I. Die Lehre von Montesquieu und ihre ideologische Überspitzung in der Folgezeit.

Es herrscht ein unfruchtbarer Schulstreit darüber, wer der eigentliche „Entdecker" der berühmten Maxime von der „Gewaltenteilung" sei, die als verfassungspolitisches Ideal des Liberalismus einen so nachhaltigen Einfluss auf die Praxis und Wissenschaft des modernen Staatsrechts ausgeübt hat. Die Lehre davon ist u. a. bereits von John

---

[2]) Vgl. dazu auch meinen Beitrag in der Festschrift der juristischen Fakultät Freiburg für den schweizerischen Juristentag 1943 „Ideologie und Wirklichkeit in der demokratischen Staatstheorie".

Locke und in einem gewissen Sinne schon von Aristoteles vorbereitet gewesen. Eine „Gewaltenteilung" in irgendeiner Form ist in jeder politischen Gemeinschaft festzustellen. Die an sich einheitliche Staatsgewalt[3]) muss zum Zwecke ihres Vollzugs unter verschiedene Organe verteilt werden. Eine Konzentration aller staatlichen Aufgaben in einer einzigen Hand ist höchstens in primitiven staatlichen Zuständen denkbar, wird aber mit fortschreitender Entwicklung des Staatswesens unmöglich. Je grösser die technische Differenzierung der Organe und ihrer Aufgaben, desto vollkommener ist der Organismus selbst. Aufgabe der Verfassung ist es, den Aufbau der höchsten Gewalt des Staates und deren Ausübung in einer bestimmten Weise festzulegen. Insofern hat jeder Staat eine Verfassung. Die konstitutionelle Doktrin fasst den Begriff der Verfassung aber in einem engeren Sinne und meint mit dem Verfassungsstaate jene besondere Ordnung der öffentlichen Gewalt, welche bereits eine gewisse Gewähr für die staatsbürgerliche Freiheit bietet. Der eigentliche Begriff der Gewaltenteilung ist in diesem staatspolitischen Sinne zu verstehen.

Charles de Montesquieu (1689—1755), der Richter am „Parlement" de Bordeaux war und die bedeutsamste Formulierung der sogenannten séparation des pouvoirs gefunden hat, ist eine der markantesten wissenschaftlichen Gestalten in der Vorhut der französischen Aufklärung, doch ist sein geistiger Habitus weniger doktrinär und rationalistisch, als der Geist seiner Zeit erwarten liesse. Er will nicht die Schilderung eines schlechthin vorbildlichen und naturgewollten Staates geben. Wiewohl erfüllt von den „idées générales" und dem Glauben an die Berechenbarkeit zukünftiger Gestaltung, ist er doch vorwiegend Analytiker und zuverlässiger in Einzelheiten als in grundsätzlichen Fragen. Extremen Lösungen abhold, warnt er ausdrücklich vor vorschnellen Verallgemeinerungen und

[3]) Vgl. darüber auch Leifer, Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht, 1914.

misst den geopolitischen Faktoren, besonders dem Klima, erhebliche Bedeutung zu. Die beste Regierung ist diejenige, die sich am besten mit der Beschaffenheit des Volkes verträgt. „La vertu même a besoin de limites; l'excès de la raison n'est pas toujours désirable... Je le dirai toujours, c'est la modération qui gouverne les hommes et non pas les excès."

Seine Stärke liegt in der geschichtlichen Methode und ihrer Anwendung auf die Staatslehre. Ein Irrtum ist ihm dabei freilich insofern unterlaufen, als die Darstellung, die er von der englischen Verfassung gegeben hat, unzutreffend ist. Er glaubte, dass in England eine Staatsform der politischen Freiheit bestehe, und stellte die Frage, von welchen äusseren Umständen diese Freiheit abhänge und welches die Bedingungen seien, die sie möglich gemacht hätten. Die Lösung dieses Geheimnisses und damit ein vorbildliches Staatsideal glaubte er in dem Grundsatze von der Teilung der Gewalten gefunden zu haben.

In seinem Hauptwerke „De l'esprit des lois" (1748), das in der Folge einen wahren Siegeszug durch die Kulturwelt angetreten und eine revolutionierende Wirkung gezeitigt hat, unterscheidet Montesquieu drei Gewalten im Staate:

a) die Gesetzgebung („puissance législative"), der die Setzung genereller abstrakter Normen obliegt, welche das menschliche Zusammenleben zwingend regeln und zugleich die massgebenden Schranken für das Wirken der staatlichen Organe festzusetzen haben. Die Gesetze sind „notwendige Beziehungen, die aus der Natur der Dinge entspringen", also ein sinnvoller geistiger Zusammenhang, etwas Vernünftig-Allgemeines, ein dictamen rationis, nicht der Ausfluss des Willens der Menschen. Dieser richtige Gedanke wird von Montesquieu aber nicht näher ausgeführt; er behandelt nicht das allgemeine Wesen jener Beziehungen, sondern begibt sich alsbald an die Prüfung der einzelnen Gesetze und Rechtseinrichtungen, um deren Erklärung auf Grund der besonderen Tatsachen und Um-

stände zu unternehmen. Dem Werke von Montesquieu fehlt insofern der umfassende organische Aufbau[4]).

b) die vollziehende oder verwaltende Aufgabe des Staates („puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens"). Wie aus dieser Formulierung hervorgeht, dachte Montesquieu vor allem an die Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten, an den Schutz des Staates und der Staatsangehörigen gegen aussen und innen. Die Verwaltung umfasst die vielgestaltige, auf Einzeltatbestände gerichtete staatliche Tätigkeit, soweit sie der Erreichung gesellschaftlicher Zwecke dient; sie sorgt für die Ausführung und Konkretisierung des Gesetzeswillens, die Vollstreckung richterlicher Urteile und sichert damit deren Wirksamkeit. Für die Verordnungsgewalt („pouvoir réglementaire") der Exekutive ist im Schema Montesquieus keine Stelle vorgesehen.

c) die richterliche Gewalt („puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit civil"). Sie umfasst nur die Straf- und Ziviljustiz und hat die Aufgabe, bestrittenes Recht festzustellen. Montesquieu verlangt für die Justiz strenge Normgebundenheit; der Richter ist nur „la bouche qui prononce les paroles de la loi", ein mechanisch-logischer Vollzieher des Gesetzes.

Mit dieser objektiven Dreiteilung der Gewalten verbindet Montesquieu die Forderung, dass die ausgeschiedenen Staatsfunktionen organisatorisch getrennt und, voneinander unabhängig, verschiedenen Personen anvertraut werden müssen (subjektive Gewaltenteilung). „Tout serait perdu si le même homme ou le même corps de principaux, ou de nobles, ou le peuple, exerçait ces trois pouvoirs" (Liv. XI, chap. VI). Der Grundsatz dieser „organisationstechnischen Isolierung" (Kelsen) zielt vor allem darauf ab, zu verhindern, dass dem Staatsorgane, welchem die Gesetzgebung (legis latio) obliegt, gleichzeitig auch die Anwendung und der Vollzug der Gesetze (legis executio) anver-

---

[4]) Del Vecchio, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, S. 102.

traut ist. Wenn ein und dasselbe Staatsorgan die allgemeine Norm aufzustellen und sie im Einzelfalle anzuwenden hätte, dann wäre der Willkür Tür und Tor geöffnet, es würde alsdann die unerlässliche Gewähr für die Sachlichkeit und damit für die Gerechtigkeit fehlen. Montesquieu lag daher vor allem auch die Gewährleistung der Unabhängigkeit der Justiz am Herzen. Ihre Tätigkeit wie diejenige der Verwaltung muss sich aber in Unterordnung unter das Gesetz vollziehen (sogenannter Vorrang des Gesetzes), denn dieses ist der unmittelbarste Ausdruck der staatlichen Souveränität.

Um einen Missbrauch der Gewalt unmöglich zu machen, fordert Montesquieu weiterhin, dass die eine Gewalt durch die andere gehemmt wird („il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir"), d. h. die Gewalten müssen derart organisiert werden, dass sie sich gegenseitig Schranken auferlegen, dass also unter ihnen ein System wechselseitiger Hemmungen besteht, wobei aber die Gewaltenträger „par le mouvement nécessaire des choses" gezwungen werden, zusammenzuarbeiten. Der Staat soll so in ein statisches Gleichgewicht gebracht werden, damit er mit mechanischer Notwendigkeit funktioniert und mit der gleichen Sicherheit wie eine Maschine abläuft. Oberster Zweck dieses Balancesystems der „Gewichte und Gegengewichte", der „freins et contrepoids" ist die bestmöglichste Gewährleistung der Freiheit des Individuums vor der staatlichen Gewalt. Der Staat wird der „streng kontrollierte Diener der Gesellschaft" (Schmitt).

Nach der Ansicht von Montesquieu bedarf am meisten der Mässigung die legislative Gewalt. Er verspricht sich eine moderierende Gewaltenhemmung vom Zweikammersystem sowie vom Vetorecht der Exekutive gegenüber gesetzgeberischen Erlassen und vom Recht des Richters, die Gesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu überprüfen. Diese Gedanken haben besonders in der Verfassung der Vereinigten Staaten Ausdruck gefunden, welche die Lehre von der Gewaltenteilung am reinsten rezipiert haben.

Diese rationale Mechanik des Staates steht in einer merkwürdigen dialektischen Spannung zu der radikaldemokratischen Ausprägung der Volkssouveränität bei Rousseau. Er verlegt die Staatspersönlichkeit in die souveräne Gesamtheit des Volkes und verwirft jede moderierende Gewaltenbalance als Schwächung der „volonté générale", wiewohl im übrigen auch er für eine Ausscheidung der Legislative von der Exekutive eintritt[5]). Die Regierung hat aber keine eigene politische Existenz und kann vom Souverän jederzeit aufgehoben werden. „Vor dem ‚peuple en corps' sinkt die ganze bestehende Rechtsordnung kraftlos zu Boden" (Gierke). Ganz anders die Meinung von Montesquieu: „La démocratie et l'aristocratie ne sont point des états libres par leur nature. La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés."

Die französische Nationalversammlung bemühte sich, diesen Widerstreit zwischen Montesquieu und Rousseau, zwischen Art. 3 und 16 der „Déclaration des droits de l'homme et du citoyen" einigermassen in Einklang zu bringen durch die berühmte Entdeckung des „pouvoir constituant", der verfassunggebenden Gewalt des Volkes, der alle anderen Gewalten untergeordnet, lediglich „pouvoirs constitués" sind. Sie verkörpern in sich abgeschlossene Teilstücke der an und für sich unteilbaren Staatsgewalt und werden in strenger gegenseitiger Unabhängigkeit der Gewaltträger unter sich in Gleichordnung gebracht. Sieyès hat dafür den Satz geprägt: „Unité toute seule est despotisme, division toute seule est anarchie, division avec unité donne la garantie sociale..."

Es ist eine Erfahrungstatsache, dass sowohl eine starre Gewaltenkoordination wie eine vollständige Zerteilung

[5]) Rousseau verfällt häufig in offensichtliche Widersprüche; ihn leitete mehr das Gefühl als systematische Überlegung. Es fällt daher auch nicht auf, wenn die einen (z. B. O. W. Kägi, Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzipes, S. 73) ihn als Gegner der Gewaltenteilung anführen, während andere ihn geradezu zum Kronzeugen dieses Prinzips machen (so Boissier, Séparation des pouvoirs, S. 27).

nicht durchführbar ist; denn sie wäre mit dem Erfordernis der Einheit der Souveränität unvereinbar. Ein einheitlicher Staatswille kann nur in einem Zusammenwirken aller Organe seinen Ausdruck finden. In Frage stehen nicht verschiedene Gewalten, sondern eben verschiedene Organe, welche nach den ihnen zugewiesenen Aufgaben zu unterscheiden sind, aber auch dies nicht in der ausschliessenden Weise, dass jedes Organ stets nur eine einzige der drei Funktionen wahrzunehmen hätte. Es lassen sich vielmehr überall Verflechtungen beobachten.

Eine Überbetonung hat die Gewaltenteilung vor allem auch im abstrakten Staat der „reinen Vernunft" bei Kant erfahren, der den „allgemein vereinigten Willen in dreifacher Form" nach Massgabe eines a priori geltenden Syllogismus abwandelt.

Eine weitreichende dogmatische Verfeinerung hat der Grundsatz der Gewaltenteilung schliesslich durch die neuzeitliche Lehre von den „formellen" und „materiellen" Staatsfunktionen erfahren, die freilich auch zu unzähligen Kontroversen den Anlass gegeben hat.

Der vielgestaltigen Dogmengeschichte des Grundsatzes, für den schon unerhört viel Scharfsinn aufgewendet worden ist, in allen Einzelheiten hier nachzugehen, besteht um so weniger Anlass, als die „Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzipes" vor nicht langer Zeit (1937) in Werner Kägi einen Bearbeiter von bemerkenswerter Aufgeschlossenheit und philosophischer Tiefe gefunden hat. Seine Arbeit, die weit über den Rahmen einer gewöhnlichen Dissertation hinausgeht, verdient alle Beachtung.

Wie schwankend unter dem Einfluss der vielen Theorien die Beurteilung der Lehre Montesquieus geworden ist — es finden sich alle Haltungen, von der überschwenglichsten Lobpreisung bis zur schärfsten Gegnerschaft —, mag ein summarischer Hinweis auf Werturteile zeigen, die von Kägi (S. 10 f.) zusammengestellt worden sind: „sacred maxim" (Madison), „fundamentales Strukturelement sämt-

licher Konstitutionen der modernen Staaten" (Thoma), „Kernpunkt unserer Verfassungen" (Smend), „allgemeingültiges Konstitutionsprinzip" (Knust), „Organisationsprinzip des liberal-bürgerlichen Rechtsstaates" (Carl Schmitt), „simple règle d'art politique" (Barthélemy/Duez), „naturrechtlicher Popanz" (Merkl), „Verdunkelung der Erkenntnis" (Kelsen), „verwerfliche Theorie" (Laband), „Unsinn" (Welcker), „rein theoretische Spielerei der Phantasie" (Treitschke), „chimère" und „notion obscure" (Moreau), „théorie artificielle" und „mystère de la trinité politique" (Duguit), „vaine formule" (Cahen), „une conception désuète et malfaisante" (Bigne de Villeneuve) usw. Von einer communis opinio doctorum kann also wirklich nicht die Rede sein!

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass der Lehre von Montesquieu der umfassende organische Aufbau fehle. Ein streng geschlossenes Begriffsgebäude lässt sich mit seinem Schema überhaupt nicht errichten. Wichtige Fragen, wie die saubere Ausscheidung der Justiz von der Verwaltung, deren ungeheure Vielgestaltigkeit und schöpferische Einmaligkeit, wie sie uns im Begriffe der Regierung entgegentritt (Problem der „vierten Funktion"!), mit der Formel der blossen Gesetzesvollziehung nicht aufgefangen werden können, bleiben ungelöst. „Die Gefahr, dass das staatliche Leben an allen Stellen, wo nicht formuliertes Gesetz Ziel und Richtung des Handelns absteckt und in Gang bringt, in Quietismus und Stagnation fällt und damit zu Schwäche und Selbstabdankung der Staatsgewalt führen kann, ist nahe gerückt."[6])

„Nur langsam und mit ständigen Rückfällen", schreibt Kägi[7]), „emanzipiert sich die liberal-rechtsstaatliche Theorie vom ‚naturrechtlichen Popanz' des Gewaltenteilungsprinzipes. Zwar ist die Lehre, welche ‚Gewaltenteilung' und ‚Verfassung' schlechthin identifizierte und im Gewal-

---

[6]) Günther Holstein, Geschichte der Staatsphilosophie, S. 79.
[7]) A. a. O. S. 244.

tenteilungsprinzip die Wesenserkenntnis des modernen Staates erblickte, heute ziemlich allgemein überwunden. In Ideologie und Praxis hat sich das Schwergewicht des ‚Rechtsstaates' auf ganz andere Momente verlagert. Allgemein kann diese Wendung als Abkehr vom verfassungspolitischen Apriorismus zum Pragmatismus charakterisiert werden ... Diese Wendung wird überall dort evident, wo nicht mehr auf die dogmatisierte Form der Gewaltenteilungslehre, sondern unmittelbar auf ihre ratio, d. h. die Sicherung der individuellen Freiheit, zurückgegriffen wird."

II. Der Wahrheitsgehalt der Lehre von der Gewaltenteilung.

„C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser" (Montesquieu).

1. Nach Nietzsche, der für machtvolle Erscheinungen in der Geschichte begeistert war, beruht das bewusste Wollen auf dem Willen zur Macht. „Aneignen, herrschen, mehr werden, stärker werden, das ist der Kern des Daseins." Die Macht ist in der Tat eine Realität, die von Natur aus vorhanden ist. Der Mensch, getragen von einem elementaren Selbstbewusstsein oder Selbstwertgefühl, bekundet sie durch seine Handlungen und sein Verhalten im allgemeinen. Doch kann nicht zugegeben werden, dass hieraus die kühnsten Folgerungen gezogen werden dürfen, wie die Machtheoretiker dies wahr haben wollen[8]). Die Äusserungen der Macht können letzten Endes von dem sie betätigenden Subjekte als Ganzem nicht abgelöst werden. Mag der Mensch manchmal auch sehr unvernünftig handeln (Schopenhauer meint: „Werdet nie müde, die Vernunftnatur des Menschen zu betonen, doch erwartet in concreto

---

[8]) Zum Ganzen vgl. auch Vierkandt, Machtverhältnis und Machtmoral (1916), Spranger, Lebensformen (1930[7]), S. 212 bis 236 und W. Nef, Die Macht und ihre Schranken (1941). Siehe auch Benjamin Constant, Über die Gewalt, übers. und hrsg. mit einer Einleitung von Hans Zbinden, Bern 1942.

nie, dass er sich vernünftig benimmt"!), so bringt er doch — aufs Ganze gesehen — seine Vernunftnatur zum Ausdruck, indem er seine Handlungen beurteilt und bewertet. Daher stellt auch das angebliche Recht des Stärkeren eine sinnlose Formel dar.

Die Machttheorien erklären sich aus dem allgemeinen materialistischen Zuge, alles Qualitative in Quantitatives umzusetzen und als real nur das anzuerkennen, was sich nach Zahl, Mass und Gewicht bestimmen lässt.

Auf dem Vernunftoptimismus hat schon die Antike, insbesondere Sokrates und Plato, ihre Staatskonstruktion aufgebaut. Auch Cicero vertraute, ganz im Sinne des altrömischen Satzes „quisque praesumitur bonus", auf den von einem angeborenen Rechtssinn erfüllten, vor unnatürlicher Grausamkeit zurückschreckenden Staatsbürger. Tatsache ist indes, dass die Menschen sich nicht immer von Vernunftgründen leiten lassen. Blaise Pascal verdient Beachtung, wenn er meint: „Il y a plus de passion dans l'intelligence que de l'intelligence dans les passions." Irgendein Bewusstsein von dieser Tatsache hat die Menschheit zu allen Zeiten besessen. Keiner aber hat die hemmungslose Gewalt der Leidenschaft, die grenzenlose Selbstsucht und Erbärmlichkeit des verdorbenen Menschen in ihrer politischen Bedeutung besser durchschaut als Macchiavelli, der Wegbereiter des modernen kontinentalen Machtstaates. Keiner hat auch die unheimliche Dämonie der Macht, jene Besessenheit des Willens zur Herrschaft, die gefährlich zerstörende Kräfte in sich schliesst, mit solcher Rücksichtslosigkeit und in geschichtlichen Visionen von eindrucksvoller Grösse ins Licht gestellt wie er. Mag auch seine Auffassung vom Wesen der Politik als eines totalen Kämpfertums zu schroff sein, so behält doch seine Einsicht in das Wesen des politischen Machtkampfes überzeitliche Gültigkeit. Er wusste, dass der Machtrausch sich nicht bloss bei despotischen Herrschern findet, sondern auch in freien Völkern vorhanden ist und dass gerade solche Völker sich durch die Leidenschaft demagogisch erregter Massen zu den

unsinnigsten Abenteuern verführen lassen[9]). Auch die Schweizergeschichte weiss von tragischen Schicksalen hervorragender, aber allzu ruhmsüchtiger, gewalttätiger Persönlichkeiten, denen aber, wie Hans Waldmann, nach einem glänzenden Aufstieg von ihren Mitbürgern ein jähes Ende bereitet wurde[10]). Das „dämonische" Wesen der Macht zeigt sich nicht zuletzt darin, dass zwar scheinbar unter Berufung auf das Gemeinwohl für ein ideales Ziel, im Grunde aber doch meistens für die Durchsetzung eines selbstsüchtigen Eigenwillens gekämpft wird. Diese Macht, die nur durch persönliche Tüchtigkeit erstritten wird und darum auch nur selten von Dauer sein kann, ist expansiv, ihrem innersten Wesen nach unersättlich und neigt zum Missbrauch; sie kann nur um den Preis der Freiheit errungen werden[11]). Diese ist im Gegensatz zu der inneren Hohlheit der Macht eine innere Fülle und genügt sich selber[12]). Die Eidgenossenschaft, deren Lebensgesetz die Freiheit ist, hat sich seit Jahrhunderten gegen die Macht entschieden[13]). Es ist interessant, festzustellen, dass gerade die Berührung mit der deutschen Schweiz, ihrer christlichen Volkssitte und dem starken Rechtsempfinden des germanischen Menschen Macchiavelli trotz seines idealistischen Glaubens an die Macht zum Erlebnis geworden ist und in ihm so etwas

---

[9]) Vgl. dazu G. Ritter, S. 87, sowie Röpke, S. 134 und 152, der von der „illiberalen" Tendenz der reinen Demokratie und ihrer Veranlagung zum Umschlagen in die Diktatur spricht.

[10]) Vgl. über politisches Führertum Akeret, Regierung und Regierungsform der schweizerischen Eidgenossenschaft, S. 84 f.

[11]) Vgl. Willi Nef, Die Macht und ihre Schranken, bes. S. 50 bis 79.

[12]) Näheres darüber bei Bauhofer, Eidgenossenschaft, Abschnitt „Freiheit oder Macht?" S. 115—125. Vgl. hierzu auch D. Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur (1932).

[13]) „Unserer Geschichte fehlt der Diktator. Wir ertragen ihn nicht; wir stürzten ihn, bevor er da war" (Arnold Jaggi, Vom Kampf und Opfer für die Freiheit, S. 27). „Der Kleinstaat hat nichts als die wirkliche Freiheit, wodurch er die gewaltigen Vorteile des Grosstaates, selbst dessen Macht, ideal aufwiegt" (Jakob Burckhardt).

wie Sehnsucht nach einer moralisch reineren Kulturstufe geweckt hat, stellt er doch seinen eigenen „verderbten" Landsleuten die Rechtschaffenheit und Redlichkeit der Schweizer und ihre altererbten Freiheiten als Vorbild hin[14]).

Die Schweiz mit ihren verschiedenen ethnischen, politischen, sozialen und konfessionellen Gruppen ist von Natur aus auf Mässigung und Gleichgewicht angewiesen. Ihre politische Geisteshaltung und Gemütsart neigt zur Weisheit in der Mitte, zum Ideal des „juste milieu"; sie sucht die Notwendigkeiten der Ordnung mit der Wohltat der Freiheit zu versöhnen und könnte keinen Gewaltenmonismus ertragen. In der richtigen Mitte zwischen zwei Extremen hat schon die griechische Philosophie den ethischen Wert gesehen. Das Tugendhafte ist das Massvolle (μέτριος), das, richtig aufgefasst, keineswegs gleichbedeutend ist mit schwächlicher Grundsatzlosigkeit.

Montesquieu hat diesen alten Gedanken der klassischen Philosophie in der Verfassungspolitik auszuwerten gesucht. Als politisches Postulat, als „règle de sagesse politique" entspricht seine „moderatio" durchaus unserm Empfinden und Staatsdenken. Praktische Grundsätze können aber nicht doktrinär in alle logischen Konsequenzen verfolgt werden, ohne Rücksicht auf die natürlichen Gegebenheiten. Es ist eine verfassungspolitische Frage und bedingt durch das Gesetz der wachsenden Staatstätigkeit, wie die Schwergewichte im Staate verlagert werden sollen. Einfache Verhältnisse ertragen eher eine Gewaltenkonzentration als komplizierte Verwaltungsstaaten, deren Aufgaben sich täglich mehren mit der Ausdehnung der staatlichen Befugnisse. Der Grundsatz der Gewaltenteilung ist standortgebunden und nach den Anforderungen des praktischen Lebens zu beurteilen, aber nicht umgekehrt. Er darf auch nicht aufgefasst werden als a priori gültiger Naturrechtssatz und erträgt keine starre, logizistische Überspitzung.

---

[14]) Discorsi, Buch 1, Kap. 55; Kleinere Schriften (München 1925), Bd. 2, S. 164 ff.

2. Die Gewaltentrennung ist schliesslich auch nicht die einzige, ja nicht einmal die hauptsächlichste organisatorische Sicherung der Freiheit. Viel wirksamer ist die genossenschaftliche Ausgliederungsordnung unseres Staates von unten nach oben. Die Keimzellen aller wahren Demokratie sind die Selbstverwaltungskörper, insbesondere die politischen Gemeinden, und der Föderalismus ist mit guten Gründen schon als die „bedeutsamste politische Garantie der staatlichen Ordnung" (Jellinek), als die „fruchtbarste und angenehmste Grundlage der Freiheit" bezeichnet worden[15]).

Der Akzent liegt daher auf dem Bestand der Kantone und weniger auf der Gewaltenteilung. Die Breite, die diese in der schweizerischen Rechtslehre einnimmt, läuft auf eine theoretische Verkennung des staatsrechtlichen Problems des Föderalismus hinaus, vielleicht beeinflusst durch die deutsche Doktrin, die vornehmlich auf der Konzeption des Machtstaates beruht, so dass die deutschen Theoretiker, die wie Konstantin Franz für ein grossdeutsches föderatives Reich mit organischem Aufbau des Staatswesens auf christlicher Grundlage eintraten, als Aussenseiter behandelt wurden. Der Föderalismus als schöpferisches Aufbauprinzip, das sich erst allmählich aus einem kulturpolitischen zu einem staatsrechtlichen entwickelt hat, ist recht eigentlich die Lebensgrundlage und der Rechtsgrund der schweizerischen Staatsidee[16]).

---

[15]) Tripp/Huber, Der schweizerische und amerikanische Bundesstaat, S. 6. — Auf S. 122 dieses interessanten Buches wird anderseits auf die Erfahrungstatsache hingewiesen, „dass in den Bundesstaaten die Gewaltentrennung besonders betont wird, wodurch die Unabhängigkeit und die Macht der Exekutive und damit auch der Justiz anwächst".

[16]) „Zwar ist der staatsrechtliche Föderalismus und die mit ihm gegebene Auffassung über das Verhältnis der Souveränitätssphären von Kantonen und Bund nicht einfach ein Anwendungsfall des sozialphilosophischen Prinzips der Subsidiarität, das in den Sozialenzykliken der letzten Päpste eine so grosse Rolle spielt . . . Aber es trifft sich so, dass gerade diese Eigentümlichkeit

Mit dem Föderalismus steht als weitere organisatorische Garantie der Freiheit in einem gewissen Sinne auch das Kollegialsystem in Zusammenhang, das ebenfalls bis in die Anfänge unserer Geschichte zurückreicht[17]). Selbst das gegenwärtige Vollmachtenregime ist gewissermassen gemildert durch den Umstand, dass wir ein Kollegium von „Diktatoren" haben!

3. Last not least ist im übrigen immer wieder zu betonen, dass die Freiheit ihren besten Halt überhaupt nicht in organisatorischen Vorkehren finden kann. Die Rechtssicherheit hängt letzten Endes nur an der Energie des nationalen Rechtsbewusstseins; sie wird keinem Volke geschenkt und muss von jeder Generation immer wieder neu errungen werden. „Das Volk muss um sein Recht kämpfen wie um eine Mauer" (Plato). Die politische Ordnung befestigt nur, erzeugt aber nicht den Hort der menschlichen Sicherung. „Aller wirkliche demokratische Fortschritt ist in erster Linie eine Frage der geistigen Umstellung und der staatsbürgerlichen Erziehung."[18]) Das Bekenntnis zur Ordnung von Freiheit und Recht setzt eine metaphysische Staatsbegründung, eine geistig-sittliche Lebensordnung voraus. Sie bedingt eine tiefere und nicht bloss äusserliche Bindung zwischen der eidgenössischen

unseres staatsrechtlichen Aufbaus in weitestgehendem Masse jenem in der katholischen Sozialphilosophie verfochtenen Grundsatz entspricht, wonach es für die verschiedenen Lebenskreise auch verschiedene Herde der Verantwortung gibt" (Bauhofer, S. 215—216). Vgl. auch Piller, Le Fédéralisme suisse (1925) und Fritz Ernst, Die Sendung des Kleinstaats (1940).

[17]) Akeret, S. 85 und 93 ff.

[18]) Werner Kägi, Die Überwindung des Parteienstaates als Problem der Demokratie, Jahrbuch der Helv. Gesellschaft 1943, S. 56; vgl. daselbst auch Brunner, Die Grundlagen nationaler Erziehung, ferner Mgr. Besson, L'éducation nationale, ses bases morales et religieuses. — Dazu ein Ausspruch von Georges Clemenceau: „Ich bin sicher, dass es unmöglich ist, eine gesellschaftliche Ordnung auf dem Unglauben aufzubauen", ferner Ph. A. von Segesser: „Der christliche Staat war ein grosses Ideal, aber ein noch grösseres ist zweifellos ein Staat von Christen."

Staatsidee und der „schwergefährdeten, christlichen abendländischen Kultur"[19]).

Im christlichen Staatsdenken ist der Staat nicht bloss eine Technik zur Organisation der öffentlichen Macht, kein aus einem frei aufgegebenen Naturzustand hervorgehendes Vertragswerk zwischen Regenten und Regierten. In ihm gelangt vielmehr die organische Natur des Staates und damit auch der Zweckbegriff, die den staatlichen Organismus von innen heraus bestimmende und gestaltende Formalursache zur Anerkennung und sittlichen Rechtfertigung. Sie gibt dem Staate die Autorität, das innere Prinzip der sozialen Einheit, wodurch er zu seinem Ziele, dem bonum commune, hingelenkt wird. In dieser Staatsidee tritt ferner auch zutage das Prinzip der Solidarität im Sinne eines Miteinanderdienens und Miteinanderverantwortens im Geistesbau einer echten Gemeinschaft. „Es gehört zum ewigen idealen Wesen einer vernünftigen Person, dass ihr ganzes geistiges Sein und Tun ebenso ursprünglich eine selbstbewusste und selbstverantwortliche individuelle Wirklichkeit ist, als auch bewusste mitverantwortliche Gliedwirklichkeit in einer Gemeinschaft"[20]). „Im Streben nach der Idee der sozialen Gerechtigkeit empfängt alles Politische zuerst seinen höheren Sinn und seine eigentliche Bestimmung"[21]). Das ganze soziale Leben ist vom Rechtsbewusstsein durchtränkt und getragen. Der liberale Rechtsstaatsgedanke kann sich auch nur auf dieser unverrückbaren Grundlage und der dauernden inneren Bezugslinie zur Gerechtigkeit und zur Natur der Dinge und Lebensverhältnisse richtig entfalten. Mit blosser Legalität und reiner Formallogik, die jedwede Anordnung nur deshalb als „rechtsgültig" erklärt, weil sie positiv gegeben ist, kann die gewollte Sicherung nicht des „Individuums" (das findet sich auch im Ameisenstaat), wohl aber der menschlichen „Person" nicht hinreichend verbürgt werden, ebensowenig

[19]) Hans Huber, Demokratie und staatliche Autorität, S. 13.
[20]) Max Scheler, Vom Ewigen im Menschen, I S. 149.
[21]) Kägi, Parteien, S. 57.

wie mit der übertriebenen gesetzgebungsstaatlichen Tendenz, die wo möglich alles auf ein Gesetz im formellen Sinn zurückführen möchte.

Im System des extremen Rechtspositivismus hat der Begriff der Normgeltung den inneren Zusammenhang mit Werthaftigkeiten und mit sachhaltigen normativen Ideen völlig eingebüsst. Dementsprechend verliert auch der Begriff der Verbindlichkeit und Verpflichtungsfähigkeit die ihm zugrunde liegende natürliche Beziehung zur sittlichen Ordnung.

Eine Norm, die nur wegen ihrer „Positivität", d. h. wegen des faktischen Umstandes der Gesetztheit durch einen obersten Machtwillen gelten soll, kann gar nicht dem wahren Rechtsbegriff genügen; denn es kommt dabei ja nicht mehr auf sachgemässe Ordnungsfunktion und Berechtigung an, sondern lediglich auf die nackte, aber rechtsphilosophisch unerhebliche Tatsache, dass etwas von einem Machthaber gewollt ist und als gewollt promulgiert wurde. Solche Willkürnormen verpflichten auch den Urheber derselben zu gar nichts; je nach Belieben wird er sie anwenden oder nicht anwenden oder auch andere abweichende Normen setzen; denn er fühlt sich souverän und kann angeblich nicht „Unrecht" im rechtspositivistischen Sinne tun. Er ist omnipotent und fühlt sich wie ein Gott, dessen Befugnis auf sich selbst beruht[22]).

Dieses korrupte Rechtsbewusstsein zersetzt letzten Endes auch den Staat als Rechtserscheinung und zerstört den Begriff und die Aufgabe der Staatsautorität; denn es fehlt der prinzipielle Wille und die Einsicht, dem immanenten Staatszweck zu genügen. Der Staat ist schliesslich nicht mehr Sache eines einheitlichen Volksganzen und wird leicht die Beute eigensüchtiger Gruppen, die vorgeben, Allgemeininteressen zu vertreten. Dem richtig-

---

[22]) Vgl. zur Kritik des Rechtspositivismus auch die Arbeiten von D. Schindler, Der Kampf ums Recht in der neueren Staatsrechtslehre, in Festgabe zum schweiz. Juristentag 1928; ferner ders.: Verfassungsrecht und soziale Struktur, 1932.

verstandenen Staatszwecke aber ist das Prinzip der öffentlichen Wohlfahrt inhärent.

Was der Einzelfamilie ihre gesunde physisch-materielle und geistig-moralische Kraft fördert, was die Volksfamilie hebt und veredelt, was die Menschheitsfamilie einigt und ihre Gegensätze ausgleicht, das alles ist erstrebenswerte Kultur. Nur in dieser Lebensform kann die Gesellschaft gerettet werden. Die erhabene Sendung der Schweiz muss es sein, Europa die heissersehnte Synthese von Individualismus und Kollektivismus im Sinn und Geiste des christlichen Staatsgedankens vor Augen zu führen[23]).

B. Die Rezeption des Gewaltenteilungsprinzips im schweizerischen Staatsrecht.

Die Schweiz ist wohl dasjenige Land Europas, das der Durchführung der Gewaltentrennung den grössten Widerstand entgegengesetzt hat. Die Gründe für diese Erscheinung, die mit der allgemeinen Rechts- und Verfassungsgeschichte aufs engste verflochten ist, sind oft untersucht worden[24]).

Der Eidgenossenschaft der dreizehn alten Orte war die Gewaltentrennung völlig fremd, ja eine unvollziehbare Vorstellung. Der beschränkte Staat des Mittelalters

---

[23]) Vgl. hierzu die bemerkenswerte Schrift „Gemeinschaft in der Schweiz", eine Aufsatzsammlung, hrsg. von der Arbeitsgruppe des Forum Helveticum (1943). Vgl. zum Grundsätzlichen auch F. Frodl, Gesellschaftslehre, 1936; ferner auch Messner, Die soziale Frage, 1938[5]; Jacques Maritain, Gesellschaftsordnung und Freiheit, 1936; August Egger, Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 1939.

[24]) Vgl. zum Folgenden vornehmlich Boissier, Le principe de la séparation des pouvoirs dans l'établissement de la démocratie en Suisse, S. 38 ff.; Ed. His, Geschichte des neuern schweiz. Staatsrechts, Bd. I, S. 181—212, Bd. II, S. 247—257; Walter Burckhardt, Über Gewaltentrennung und Unvereinbarkeit im schweiz. Staatsrecht (Festgabe Philipp Lotmar), S. 71 ff.; F. Brown, Das Prinzip der Trennung der Gewalten in der Rechtsprechung des schweiz. Bundesgerichtes, S. 9 ff.

war nicht Träger einer einheitlichen Staatsgewalt im heutigen Sinne; seine Aufgabe erschöpfte sich zur Hauptsache darin, das Recht im Lande zu schützen. Die dem älteren Justizstaate zugrunde liegende Idee von der Universalität der Rechtsschutzgewalt beherrschte alles und führte auch, als die Staatsgewalt sich mit der Zeit konsolidierte und neue Aufgaben hinzukamen, nicht zu einer Trennung der Justiz von der Verwaltung. In den „Ländern" lag der Schwerpunkt der Machtstellung in dem für die Verfassungsgeschichte so bedeutsamen Fortbestand der altgermanischen Gemeinde mit ihrem starken Kerne freier Bauerngeschlechter; in den Urkantonen dominierten die Landsgemeinden, und in den „Städten" konzentrierten sich unausgeschieden alle Gewalten in den Händen einiger weniger Organe (Kleiner und Grosser Rat), die sich gegenseitig unterstützten und im Besitze der Macht sicherten.

Die Geschichte des Gewaltenteilungsprinzips im schweizerischen Staatsrecht beginnt erst mit der Helvetik und ist von besonderem Reiz wegen dem raschen Wechsel der politischen Systeme und ihrer dialektischen Gegensätzlichkeit[25]).

Die unter französischem Drucke zustandegekommene Verfassung der ersten „unteilbaren" Helvetischen Republik vom 12. April 1798, die mit allem Herkommen brüsk aufräumte und an Stelle der örtlichen Souveränität den extremen Einheitsstaat aufrichtete, ersetzte in Anlehnung an die französischen Vorbilder die bisherige Gewaltenkonzentration durch eine überspitzte Trennung und Isolierung der Gewalten und führte damit auch vor Augen, zu welchen Irrungen die doktrinäre Überspannung eines politischen Grundsatzes verleiten kann. Das missratene und überstürzte helvetische Experiment, das die ausschliesslich auf Gesetzgebung beschränkte Legislative

[25]) Das Verfassungsrecht ist wohl eines der bewegtesten Rechtsgebiete und wandelt ganz in den dialektischen Schritten Hegels. „Könige stürzen, Minister gehen, doch es bleibt des Amtes Schimmel ewig gleich im Stalle stehen!"

(Senat und Grosser Rat) derart von der Exekutive (Direktorium) absonderte, dass beide nur schriftlich miteinander verkehren durften, gab zu ständigen Reibereien zwischen den Gewalten Anlass und endigte sehr bald in einem allgemeinen Chaos und in der Diktatur einer willkürlichen Regierung, die auch vor schweren Eingriffen in die Unabhängigkeit der Justiz nicht zurückschreckte. Das ad absurdum geführte Dogma des revolutionären Naturrechts wurde schliesslich zu einer gefährlichen Waffe im Kampf gegen das Direktorium, das durch den Staatsstreich der Legislative vom 7. Januar 1800 beseitigt wurde. Nachdem sieben Monate später (7. August 1800) auch das Schicksal der helvetischen Räte besiegelt war, verschwand die starre Form der Gewaltenteilung für immer aus dem schweizerischen Staatsrechte. Der doktrinäre Standpunkt musste sich bereits in der Verfassung von Malmaison (29. Mai 1801) sowie in der zweiten helvetischen Verfassung vom 25. Mai 1802 Retuschierungen seines politischen Idealbildes gefallen lassen im Sinne einer Unterordnung der Exekutive unter die Legislative.

Die Vermittlungsakte Napoleons (19. Februar 1803 bis 29. Dezember 1813), die den Versuch unternahm, die neuen Ideen mit den alten Traditionen der schweizerischen Kantone in Einklang zu bringen, vollendete die Rückkehr zum Staatenbunde und führte die Gewaltenteilung nur in den sechs neuen Kantonen mit einiger Folgerichtigkeit durch. Namentlich in den Städtearistokratien trat wieder die vorrevolutionäre Vermengung und gegenseitige Abhängigkeit der Gewalten in Erscheinung mit starker Betonung des Exekutivstaates im Kleinen Rate, der zwar durch den Grossen Rat gewählt wurde, diesen aber faktisch beherrschte zufolge der Tatsache, dass die Mitglieder des Kleinen Rates Sitz und Stimme und kraft ihres Ansehens eine überwiegende Stellung im Grossen Rate innehatten und als alleinige Inhaber der Gesetzesinitiative ausserdem einen ausschlaggebenden Einfluss auf die Gesetzgebung ausübten.

Mit dem Sturze Napoleons (Ende 1813), dem Wegfall des französischen Protektorates über die Schweiz und der Mediationsverfassung hatte auch für unser Land die Stunde der nun in ganz Europa einsetzenden reaktionären Bewegung der Restauration geschlagen (1814—1830). Im Kampfe gegen die revolutionäre Metaphysik und in der Absicht, die alten Gewalten, welche durch die Umwälzungen der französischen Revolution unterwühlt und umgestürzt worden waren, wieder herzustellen, beriefen sich die konservativen Politiker auf die geschichtliche Überlieferung der Völker und bemühten sich, die sozialen Bindungen wieder ins Leben zu rufen, welche dem Mittelalter eigen waren. Die „Heilige Allianz", welche die Herrscher von Österreich, Preussen und Russland zur Verteidigung ihrer bedrohten Throne im Jahre 1815 abgeschlossen hatten, ist die bezeichnendste Bekundung dieser Bestrebungen, die unter Metternichs Führung und weitgehender, auch ideeller Bevormundung seitens der alliierten Mächte auch in der Schweiz mächtigen Auftrieb erhielten. Hand in Hand damit entwickelte sich eine geistige Bewegung, welche die Verteidigung der nämlichen Bestrebungen in theoretischer Form bezweckte und sich gegen alles richtete, was das Programm der Revolution gebildet hatte.

Die Ziele der Restauration machen es verständlich, dass auch für den Grundsatz der Gewaltentrennung kein Verständnis mehr vorhanden war. Carl Ludwig von Haller, der einflussreiche Antipode von J. J. Rousseau, sprach es deutlich aus: „Diese seltsame und unausführbare Idee von einer gänzlichen Trennung der gesetzgebenden, vollziehenden und richterlichen Gewalt ist bekanntermassen von Montesquieu in seinem sogenannten ‚Esprit des lois' erdichtet worden. Sie war der Übergang, um dem Volke die gänzliche Souveränität in die Hände zu spielen."[26])

Die Landsgemeinde-Kantone behielten die rein demokratischen Institutionen der Mediationszeit zwar bei; in den repräsentativen Kantonen hingegen wuchs die Supre-

[26]) Restauration der Staatswissenschaften, S. 31, Anm. 9.

matie der Kleinen Räte durch die Vermengung von vollziehender und gesetzgebender Funktion derart an, dass die Grossen Räte fast ganz ausgeschaltet waren. Die Unerträglichkeit dieses Zustandes wurde namentlich noch gesteigert durch die enge Verquickung der politischen Gewalten mit der Justiz sowohl in objektiver wie in subjektiver Hinsicht. Die Folge davon war eine schleichende Rechtskrisis und ein bedrückendes Gefühl von Unfreiheit und Unsicherheit.

Nicht unerwähnt bleibe, dass auch rücksichtlich der zentralen Bundesgewalt jener Zeit von einer Gewaltentrennung nicht gesprochen werden kann, weder zur Zeit der Vermittlungsakte von 1803 noch unter der Herrschaft des Bundesvertrages von 1815. Der Staatenbund, dem nur wenige Aufgaben zugewiesen waren und der überhaupt kein eigentlicher Staat mit eigener Gebietshoheit ist, kannte zwar neben der Tagsatzung ein eidgenössisches Vollzugsorgan sowie eine bundesrechtliche Vermittlungsinstanz für interkantonale Differenzen, doch handelte es sich dabei um unselbständige, von den Kantonen abhängige Funktionen. Die Tagsatzung selber, deren Beschlüsse nur galten, wenn sie von den einzelnen Kantonen ratifiziert wurden, war nicht Trägerin einer wirklichen Legislativgewalt und übte ausserdem vollziehende und richterliche Funktionen aus.

Die Restauration hatte alle Wesenszüge der Zeitwidrigkeit und einer wenig dauerhaften Reaktion an sich und vermochte die grundlegenden politischen Errungenschaften der neuen Zeit nicht mehr aufzuhalten. Die liberale Bewegung der dreissiger Jahre hat den konservativen Obrigkeitsstaat endgültig gesprengt und ein Organisationssystem geschaffen, das im grossen und ganzen noch heute die Grundlage für die Kompetenzverteilung der staatlichen Organe bildet.

Die Regeneration (1830—1848), die grosse demokratische Neugestaltungsperiode der kantonalen Verfassungen, ist so zur politischen Werkstatt unseres öffentlichen Rechts geworden, das im heftigen Kampfe einer leidenschaftlich erregten Zeit und im Widerstreit von inter-

nationalen Theorien und einheimischem Staatsdenken eine eigenartige Ausprägung erfahren hat.

Die Bestrebungen der Regenerationszeit liefen in erster Linie auf eine Betonung der Souveränität des Volkes und daher auf eine Stärkung der Macht der Volksvertretung gegenüber der Regierung hinaus. Die vernachlässigte Gewaltentrennung wurde scharf verteidigt und fand einen mächtigen Widerhall, freilich nicht im Sinne einer strengen Ausscheidung der Befugnisse der beiden politischen Gewalten, wohl aber im Bestreben, die aus direkter Volkswahl hervorgehenden Grossen Räte von der Bevormundung durch die Kleinen Räte, jetzt meist Regierungsräte genannt, zu befreien und die Verwaltung der Kontrolle und Einwirkung der Volksvertretung zu unterstellen. Das Repräsentativorgan der Volkssouveränität, dem nun auch die volle Gesetzesinitiative zukam, wurde indes nicht auf die Gesetzgebung beschränkt, sondern auch mit wichtigen Verwaltungsfunktionen betraut (Ausübung der sogenannten Souveränitätsrechte, insbesondere des Begnadigungsrechts, Truppenaufgebot, Wahl und Instruktion der Tagsatzungsabgeordneten, Überwachung der Gerichte, Festsetzung des Budgets, Ratifikation von Verträgen und Anleihen, Ernennung höherer Funktionäre usw.). Die Grossen Räte, die von jeher eine grössere Liebe für konkrete Fälle als für sachverständige Gesetzgebungsarbeiten bekundeten, hatten im Zweifel die Vermutung der Zuständigkeit für sich und waren als Delegierte des souveränen Volkes auch berufen, die Regierung zu wählen und Kompetenzkonflikte zwischen der richterlichen und vollziehenden Gewalt zu entscheiden. Angesichts dieser Überlastung mit neuen Kompetenzen kann nicht von einer Legislative, sondern bestenfalls von einem Deliberationskollegium gesprochen werden.

Im Misstrauen gegen die Regierung[27]) verwandelte sich die frühere Gewaltenkonzentration im Kleinen Rate

[27]) „Sonst sind die neuen Verfassungen alle in einem Zuge sich gleich im Misstrauen gegen die Regierung" (Thomas Bornhauser nach einem Zitat bei Boissier, a. a. O. S. 171).

in eine Gewaltenvermengung zugunsten des Grossen Rates. Die Rollen waren bloss vertauscht, und die Zeitströmung duldete keine mächtige Exekutive mehr. Gelähmt in ihrer Initiative und beschränkt auf Gegenstände, für die eine vielköpfige Versammlung sich nicht eignet, sanken die Regierungen zu blossen Vollzugsorganen der Beschlüsse des Grossen Rates herab, der auch in den Verfassungen ausdrücklich als „oberste Gewalt" bezeichnet wurde[28]). Das steht in fühlbarem Gegensatz zu der Gewaltenbalance Montesquieus und bedeutet eine Anlehnung an die Ideen Rousseaus im Sinne einer Aussöhnung seiner Volkssouveränitätslehre mit dem Repräsentativsystem, wiewohl in erster Linie nicht das zur Schau getragene Festhalten an revolutionären Dogmen, sondern vielmehr praktische und politische Erwägungen den Ausschlag gegeben haben. Das trifft vor allem auch zu rücksichtlich der subjektiven Gewaltentrennung, die nicht auf der ganzen Linie durchzudringen vermochte[29]). Die Befugnisse von Parlament und Regierung sind in den einzelnen Kantonen auch verschieden ausgestaltet worden. Das Bedürfnis nach einer strengeren Ausscheidung stellte sich, wie noch zu zeigen sein wird, erst später heraus, als die Verwaltung allmählich komplizierter und für das Parlament unübersichtlicher wurde.

Ein weiteres Postulat der dreissiger Jahre und einer ihrer wichtigsten Programmpunkte, dessen Durchsetzung der liberalen Bewegung hoch anzurechnen ist, war die Verselbständigung der Justiz im Sinne einer scharfen Trennung der richterlichen von der vollziehenden Gewalt, die in den Verfassungen der Restaurationszeit nicht überall durchgeführt war. Eine Unvereinbarkeit von Richter- und Grossratsstellen wurde indes nicht gefordert, wiewohl auch

---

[28]) Boissier, a. a. O. S. 7 ff., unterzieht diese merkwürdige Subordination der Exekutive unter die Legislative einer einlässlichen Untersuchung.

[29]) Vgl. darüber Burckhardt, Gewaltentrennung und Unvereinbarkeit, S. 73 ff.

die Justiz als gleichberechtigte Gewalt neben der Exekutive der Oberaufsicht des Grossen Rates unterstellt wurde.

Die durch das reine Repräsentativsystem und die Machtfülle der Grossen Räte heraufbeschworene Gefahr ist bald erkannt worden und hat in der Folgezeit zu einer Depossedierung ihrer überragenden Stellung durch den weiteren Ausbau der Volksrechte geführt. Die Einführung des fakultativen oder obligatorischen Referendums, das Initiativrecht des Volkes, die Möglichkeit der Abberufung des Grossen Rates, wenn ein gewisses Quorum der Aktivbürgerschaft (regelmässig 6000—100000 Stimmen) sie fordert, die Wahl der Regierung durch das Volk und überhaupt seine direkte Einflussnahme auf die öffentlichen Angelegenheiten sind die Etappen auf dem Wege von der in der Regeneration eingeführten repräsentativen zur reinen Demokratie. Für ihren Ausbau war im Sinne von Benjamin Constant, dem grossen Waadtländer Publizisten, nicht zuletzt der Gedanke mitbestimmend, es müsse über den drei Gewalten eine sie beaufsichtigende, selbst unbeteiligte vierte Macht als Einheitspunkt stehen und von höherer Warte aus gleichsam als Schiedsrichter zum Rechten sehen. Die grossrätliche Allgewalt hat dadurch eine starke Einbusse erlitten[30]). Das frühere Misstrauen gegen die Regierung verwandelte sich in einen Argwohn gegen die Parlamente.

Die „organische Gewaltenkonfusion"[31]) aber ist geblieben und als besondere Eigentümlichkeit der schweizerischen Demokratie auch in das eidgenössische Recht

---

[30]) Die antiparlamentarische Wirkung der Volksrechte betont auch Akeret, a. a. O. 47 ff. und 137 ff. — Fleiner (Politik als Wissenschaft, S. 12) zieht daraus den Schluss: „Aus einem Kampfmittel des Radikalismus hat sich das Referendum in eine organische, konservative Staatseinrichtung umgewandelt und sich dabei gegen seine Urheber selber gekehrt. Es wirkt heute ähnlich wie ein konservatives Oberhaus."

[31]) Dubs, Das öffentliche Recht der schweiz. Eidgenossenschaft, Bd. II, S. 71.

übergegangen[32]). Als nach der Auflösung des alten Staatenbundes im Jahre 1848 der bundesstaatliche Gedanke und damit die Einsetzung einer wirklichen Zentralgewalt nach wiederholten Anläufen endlich seine Verwirklichung fand, wurde die Kompetenzzuweisung an die verschiedenen Organe ganz nach dem Vorbilde der regenerierten Kantonsverfassungen gestaltet. Das Verfassungsrecht, zumal eines so komplizierten Organismus, wie ihn der schweizerische Bundesstaat darstellt, muss auf die historischen und politischen Gegebenheiten Rücksicht nehmen. Die Bundesverfassung vom 16. November 1848 hat in kluger Mässigung aus den wechselvollen Experimenten eines halben Jahrhunderts nur das Fazit gezogen. Ein campus inexpeditus war freilich die Aussöhnung des wesenhaft schweizerischen und immer noch lebendigen bündischen Elementes mit der neuen Einheitsidee. Die föderative Zusammenfassung von 25 souveränen Staatsgebilden zu einem Gesamtstaat, der deren Bestand wahrt, der Machtausgleich zwischen Zentralismus und gliedstaatlicher Eigenständigkeit ist eine der heikelsten staatsrechtlichen Aufgaben. Es kann daher nicht wundernehmen, dass in erster Linie die Gestaltung der bundesstaatlichen Struktur und die dadurch bedingte Einführung kombinierter Mehrheitssysteme, wie das von Amerika inspirierte Zweikammersystem, Anlass zur Debatte gaben. Der Trennungsgrundsatz wurde, wiewohl implicite anerkannt, nicht besonders erörtert und vor allem nicht zum Gegenstand doktrinärer Auseinandersetzungen gemacht, sondern nach organisatorischen und politischen Zweckmässigkeitserwägungen durchgeführt.

Die Tagsatzung, die schon unter dem Bundesvertrag von 1815 den Rang einer „obersten Bundesbehörde" einnahm, wurde abgelöst durch die Bundesversammlung und einen schweizerischen Parlamentarismus, die als Repräsen-

---

[32]) „So ist, durchaus im Sinne Rousseaus, nicht die Séparation, sondern die Concentration des pouvoirs das Kennzeichen des schweizerischen demokratischen Staates" (Fleiner, Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz, 1916, S. 10).

tanten des Volkes und der Kantone erschienen und demgemäss mit einer alles überragenden Machtstellung ausgestattet wurden. Die staatspolitische Erkenntnis Montesquieus, dass die Gewaltentrias gegenseitig ausbalanciert sein sollte, vermochte nicht durchzudringen, da man die Kompetenzen der Exekutive nicht ausdehnen wollte. Dies führte zu einem Bundesrat, der trotz weitgehenden persönlichen Einflusses, namentlich in der ersten Zeit des Bundesstaates, auf ein enges Zusammenwirken mit dem übergeordneten Parlamente angewiesen war. Die Betonung dieses Zusammenwirkens entspricht ebensosehr schweizerischer Überlieferung wie die Betreuung der Legislative mit administrativen und sogar richterlichen Funktionen. Die schweizerischen Parlamente haben bis heute diesen gemischten Charakter beibehalten.

An dieser Grundstruktur hat — abgesehen von vermehrter Zentralisation der staatlichen Einrichtungen (Schulartikel, Militärwesen usw.) sowie verschiedenen Neuerungen (Einführung des fakultativen Gesetzesreferendums, der vollen Glaubens- und Gewissensfreiheit usw.) — auch die revidierte Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 nichts Wesentliches geändert.

Art. 94 der ersten Bundesverfassung bestimmte: „Zur Ausübung der Rechtspflege, soweit dieselbe in den Bereich des Bundes fällt, wird ein Bundesgericht aufgestellt", das nicht ständig war und von den Einflüssen der vollziehenden Gewalt unabhängig gemacht wurde. Mitglieder des Bundesrates und von diesem gewählte Beamte durften nicht gleichzeitig dem Bundesgerichte angehören. Für das heutige Bundesgericht sieht Art. 108 der geltenden Bundesverfassung überdies vor, dass auch die Mitglieder der Bundesversammlung nicht gleichzeitig Bundesrichter sein können und dass diese keine andere Beamtung im Dienste des Bundes oder der Kantone bekleiden, noch irgendeinen anderen Beruf oder ein Gewerbe ausüben dürfen[33]).

[33]) Vgl. zu allem Vorstehendem ausführlicher Ed. His, Geschichte des neueren schweiz. Staatsrechts, Bd. III, S. 28 ff., 82 ff.

Diese kurze historische Betrachtung schien uns notwendig, um eine sichere Grundlage für das Folgende zu gewinnen.

C. Die Ausgestaltung des Trennungsgrundsatzes im geltenden Verfassungsrecht.

I. Die Entgegensetzung von formaler und sachlicher Gewaltentrennung, von Konstitutionalismus und politischer Wirklichkeit.

Das Problem der Gewaltenteilung aufwerfen, heisst im Grunde genommen, alle wichtigeren Fragen der Staatslehre aufs Tapet bringen; denn diese ist ja recht eigentlich die Wissenschaft von den Funktionen des Staates. Im beschränkten Rahmen dieses Referates kann es sich aber unmöglich darum handeln, den vielgestaltigen, weitgehend auf Herkommen, ja blossem Zufall beruhenden und darum keine gesamtschweizerische Entwicklung aufweisenden Ausbau des Gewaltenteilungsprinzips im Bunde und in den Kantonen erschöpfend darzustellen und zu der ganzen ungemein reichhaltigen Literatur, die darüber entstanden ist, in allen Einzelheiten Stellung zu nehmen. Dies um so weniger, als fast jede Spezialfrage bereits zum Gegenstand besonderer Monographien gemacht worden ist, so dass es schwer hält, hier noch wesentlich neue Gesichtspunkte zu relevieren[34]). Wir müssen uns damit begnügen, die Grundzüge aufzuzeigen. Der weitschichtige Stoff erweist sich schon in dieser Beschränkung als recht widerspenstig, zumal gerade die Zentralprobleme, insbesondere die unscharf abgegrenzten Kompetenzkreise der Legis-

---

und 314 ff. — Betreffend die schweiz. Bundesgerichtsbarkeit in der Periode des Übergangs von der alten zur neuen Eidgenossenschaft vgl. vor allem Karl Heiz, Das „eidgenössische Recht" 1798—1848, Aarau 1930.

[34]) Ausser den bekannten Lehrbüchern und Kommentaren sei zu allem Folgenden auf die dem Referate beigegebene Spezialbibliographie verwiesen.

lative und Exekutive, sich oft überschneiden und dermassen von heterogenen Faktoren und Imponderabilien beeinflusst werden, dass man fast versucht wäre, mit Mephistopheles im Faust zu seufzen: „Zwar ist's mit der Gedankenfabrik wie mit einem Weber-Meisterstück, wo ein Tritt tausend Fäden regt, die Schifflein herüber-hinüberschiessen, die Fäden ungesehen fliessen, ein Schlag tausend Verbindungen schlägt."

1. Bundesrecht.

Wenn die geltende Bundesverfassung sich so lange halten konnte, so verdankt sie das vielleicht nicht zuletzt dem Umstande, dass sie in wichtigen Fragen unklar ist und eine Mehrdeutigkeit der Lösungen offenbar in Kauf genommen hat. Das Dunkle, Dubiose hat es uns jedenfalls angetan. Unscharfen Kompetenznormen kann man unterschieben, was man will; sie zwingen zu keiner präzisen Bindung und rufen mitunter das ominöse Wort in Erinnerung: „Und legst du's nicht aus, so leg ihm was unter."

Das gilt insbesondere rücksichtlich des nebulosen und schon viel untersuchten Verhältnisses zwischen den Art. 71, 84, 85, 95 und 102 BV, aus denen sich Kollisionen zwischen formeller und materieller Zuständigkeit der Bundesversammlung und des Bundesrates ergeben können[35]). Sachlich lauten die Regierungskompetenzen der eidgenössischen Räte ähnlich wie diejenigen des Bundesrates.

BV Art. 71, der die Bundesversammlung als die „oberste Gewalt" des Bundes erklärt, wurde, abgesehen vom Zusatz „unter Vorbehalt der Rechte des Volkes und der Kantone", aus der BV von 1848 (Art. 60) übernommen und stammt somit aus einer Zeit, wo die Bundesversammlung noch alleinige Gesetzgeberin war. Diese allgemeine Präambel zum Abschnitt über die Bundesbehörden hat

---

[35]) Vgl. darüber Burckhardt, Kommentar der schweiz. BV, S. 639 ff., 661 ff.; Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 131 ff.; Bossard, Das Verhältnis zwischen Bundesversammlung und Bundesrat, S. 7 ff.; Akeret, a. a. O. S. 14 ff. u. S. 22 ff.

offenbar nicht die Bedeutung eines bestimmten Rechtssatzes über das Verhältnis der Bundesversammlung zu den anderen Bundesbehörden und will jedenfalls nicht besagen, dass das Parlament alles und das gleiche tun könne wie der Bundesrat[36]). Es besteht auch in den Kantonen noch vielfach die unrichtige Meinung, der Grosse Rat habe in der Verwaltung die nämlichen Befugnisse wie der Regierungsrat[37]). Eine solche Interpretation müsste zu einer bedenklichen Vermischung der Kompetenzen führen und notwendigerweise auch ihre nachteiligen Folgen auf die Verantwortlichkeit der Behörden, insbesondere der Regierung haben; denn verantwortlich gemacht werden kann nur der-

---

[36]) „Im Rahmen einer verfassungsgesetzlichen Regelung kann es keine unbegrenzten Befugnisse geben und ist jede Zuständigkeit begrenzt" (Schmitt, Verfassungslehre, S. 102); vgl. auch Kuhne, Das Problem der Delegation und Subdelegation von Kompetenzen der Staatsorgane, S. 25.

[37]) Einen sehr lehrreichen Fall, der allerdings nicht einen Grossen Rat, sondern die Landsgemeinde von Nidwalden betraf, hatte das Bundesgericht am 7. Juli 1933 zu entscheiden (Bannalprekurs). Es anerkannte bei diesem Anlass, dass auch die höchste Behörde eines Kantons nicht allgewaltig sei, vielmehr die Befugnisse der andern Behörden zu achten haben (BGE 59 I 114).

Mit dem Hinweis auf die Souveränität der Landsgemeinde (KV Nidwalden Art. 43) dürfen die Kompetenzgrenzen nicht verwischt werden. Die Landsgemeinde hat nicht schlechthin die Aufgabe der Gesetzgebung wie etwa die Bundesversammlung, sondern ist beschränkt, nicht der Materie nach, wohl aber funktionell, da sie zur Ausarbeitung der Gesetze nicht zuständig ist. Das hat vielmehr der Regierungsrat zu besorgen. Der Landsgemeinde steht es daher z. B. auch nicht zu, seine Tätigkeit durch die Ernennung einer vorbereitenden Spezialkommission auszuschalten. Die Bundesversammlung hingegen hätte (was ausserordentlich wäre und m. W. noch nie vorgekommen ist, aber wohl möglich wäre) die Befugnis, eine Spezialkommission zu beauftragen, einen Gesetzestext auszuarbeiten, weil sie das volle Recht der Gesetzesberatung hat. Ein solches Vorgehen würde sich freilich nicht empfehlen; denn die Einsetzung einer derartigen Spezialkommission ist das klassische Mittel, die Regierung zu schwächen.

jenige, der sich selbständig entschliessen kann[38]). Lassen sich bei einem kleinen Kollegium noch gewisse Verantwortlichkeiten, deren rechtliche Sanktion übrigens gering, deren politische Bedeutung aber nicht zu unterschätzen ist, feststellen, so ist das bei einem vielköpfigen Parlamente rein unmöglich. Wenn die Sache schief herauskommt, wenn sie allzuviel Geld kostet, so will niemand schuld daran gewesen sein, wohl aber im Falle des Gelingens jedermann das Verdienst für sich in Anspruch nehmen. Soweit daher die BV oder die Gesetzgebung nicht ausdrücklich Ausnahmen zulassen, ist an dem Grundsatze festzuhalten, dass der Bundesrat, der in Art. 95 BV als die „oberste vollziehende und leitende Behörde der Eidgenossenschaft" bezeichnet wird, allein zuständig ist, Verwaltungshandlungen vorzunehmen. Die konstitutionelle Qualifikation der Bundesversammlung als oberster Gewalt des Bundes erklärt sich historisch und ist insofern gerechtfertigt, als ihr grundsätzlich das höchste Attribut der Staatsgewalt, die Gesetzgebung, zukommt und sie — wie noch zu zeigen sein wird — verfassungsrechtlich auch wegen der ihr zustehenden anderweitigen Kompetenzen (BV Art. 85) über den Bundesrat präpondiert[39]). Wenn aber von einer Gewaltenteilung überhaupt die Rede sein soll, muss man eine nur durch ausdrückliche Anordnung der Verfassung umstossbare Vermutung für die Kompetenz jeder der drei Gewalten

---

[38]) Vgl. über die Art dieser Verantwortlichkeit Burckhardt, Gewaltentrennung und Unvereinbarkeit, S. 92 f.; derselbe, Kommentar, S. 640 ff.

[39]) „Die BV hat die Stellung der Bundesversammlung so gestaltet, dass sie weit bedeutsamer ist als die Rechtsstellung der ausländischen Volksvertretungen" (Lampert, Das schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 92). — „Das liberal-demokratische System hat einen relativ gewaltenteilenden Gesetzgebungsstaat kreiert, in welchem die Exekutive der Legislative, die Regierung dem Parlament, verfassungsmässig untergeordnet ist" (Akeret, a. a. O. S. 29; Giacometti, SJZ, Bd. 31, S. 260). Vgl. über die Gewaltenteilung als liberal-rechtsstaatliches Prinzip auch Kuhne, a. a. O. S. 79 f.

zu allen Obliegenheiten gelten lassen, für die sie von Hause aus zuständig sind.

Die Meinungen über die Tragweite des Gewaltenteilungsprinzipes im schweizerischen Bundesstaatsrecht sind im übrigen geteilt[40]). Expressis verbis ist der Grundsatz in der BV nirgends ausgesprochen, doch liegt er dem Plane ihrer Behördenorganisation zugrunde, insofern für jede der drei Gewalten besondere Organe mit selbständiger Verantwortlichkeit aufgestellt wurden (sogenannte formale Trennung)[41]).

Die materielle Gewaltentrennung ist, wennschon durch viele Abweichungen durchbrochen, wenigstens in den Grundlinien durchgeführt. Wie weit Staatstheorien in die Praxis umgesetzt werden sollen, bestimmt eben die Verfassung, und man hat sich an sie zu halten. Im konstitutionellen System haben die Organe nur verfassungsmässige Kompetenzen und müssen mit der Verfassung regieren.

In Tat und Wahrheit sieht die politische Wirklichkeit aber ganz anders aus. Die BV gibt keinen zuverlässigen Beurteilungsmassstab mehr an die Hand. Die immanente Logik des Geschehens einer harten Gegenwart war stärker als das Ideal einer wirklichkeitsfremden Ideologie. Das allgemeine Anwachsen der Staatsgewalt, bedingt durch die Überhandnahme der Bundeskompetenzen und den Interventionismus eines Staates, der sich unter dem Drucke der veränderten Verhältnisse aus seiner eigenen Sphäre hat heraustreiben lassen und nun ausserhalb seiner eigentlichen Wirksamkeit mit vielgeschäftigem Zugriff seine Ratlosigkeit in den beunruhigten wirtschaftlichen und kulturellen Ordnungen zu verdecken sucht, die Schwächen des Parlamentarismus mit seiner Parteienzersplitterung und ge-

---

[40]) S. die Hinweise auf kritische Äusserungen bei Akeret, a. a. O. S. 16 f., sowie bei Kuhne, a. a. O. S. 82.

[41]) Burckhardt, Kommentar, S. 785, und Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweiz. Bundesgerichtes, S. 56, sprechen von einer Anerkennung „implicite".

hemmten Willensbildung, kurzum die fortschreitende Komplizierung aller Verhältnisse, insbesondere auch der Verwaltung, die vermehrte Sachkenntnis erheischt und die Kontrollmöglichkeit erschwert, haben eine theoretisch und praktisch unabwendbare Abkehr von der Verfassung, eine sogenannte Verfassungswandlung zur Folge gehabt. Das staatspolitische Schwergewicht ist damit wesentlich vom Parlament auf den Bundesrat verlagert worden, der immer mehr die Staatsführung übernommen hat und dazu kraft seiner konstitutionellen Stellung (feste Amtsdauer und damit gegebene Kontinuität der Staatslenkung) sowie grosser Sachkenntnis und Arbeitsfreudigkeit auch befähigt war. Der überwuchernde Legislativstaat, wie ihn der historische Verfassungsgesetzgeber sich vorgestellt hatte, ist damit unvermutet in einen stark ausgeprägten Regierungsstaat umgewandelt worden. Für das Verständnis dieses Staates ebenso wichtig wie die reine Verfassungskunde ist daher die Kenntnis der Praxis, wie die Rechtsnormen gehandhabt werden[42]).

2. Kantonales Recht.

Der Grundsatz der „séparation des pouvoirs" hat auch in das kantonale Staatsrecht Einzug gehalten. Er ist zwar — ähnlich wie im Bunde — in fünf Kantonsverfassungen (Zürich, Schwyz, Obwalden, Appenzell I.-Rh., Graubünden) nicht förmlich ausgesprochen worden, gilt aber nach ständiger Praxis des Bundesgerichts implicite dadurch, dass die Verfassungsurkunde die drei staatlichen Funktionen verschiedenen Organen zuweist[43]). Die übrigen Kantone statuieren den Grundsatz ausdrücklich, wenn auch bloss

---

[42]) Vgl. zur angedeuteten Verfassungswandlung die einlässlichere Schilderung bei Giacometti, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in der schweiz. Eidgenossenschaft (Festgabe Fleiner 1937), S. 46 ff.; Schindler, SJZ, Bd. 31, S. 305; Akeret, a. a. O. S. 34—65.

[43]) Vgl. BGE 5, 339; 15, 172; 16, 70; 46 I 256; 52 I 154.

formal und in verschiedener Formulierung[44]). Gesetzgeber ist das Parlament, der Grosse Rat, in Verbindung mit dem Volke. Die Vollziehung der Gesetze liegt zur Hauptsache beim Regierungsrat und den ihm unterstellten Verwaltungsbehörden. Die Rechtsprechung wird durch die kantonalen Obergerichte sowie die unter oder neben ihnen stehenden Gerichtsbehörden ausgeübt. Diese organisatorische Scheidung gibt dem einzelnen Bürger auch bei kleinen Verhältnissen eine weit grössere Garantie für die Sicherheit seiner Person und seines Eigentums, als wenn die gesamte Staatsmacht bei einer einzigen Behörde zusammengefasst wäre.

Man stelle sich aber ja nicht vor, dass der Trennungsgrundsatz inhaltlich in uneingeschränkter Weise durchgeführt sei. Es herrscht vielmehr überall die buntschekkigste Gewaltenkonfusion und vor allem eine Gewaltenkonzentration beim Volke. Die Befugnisse der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt gehen vielfach ineinander über. Die Grossen Räte begnügen sich nicht mit der Aufsicht über die Staatsverwaltung, sondern vollziehen selbst Akte der Verwaltung, sei es, dass Verfassung und Gesetz ihnen diese Kompetenz übertragen, sei es, dass das Parlament in irrtümlicher Auslegung seiner Aufgaben sich die Befugnis zulegt. Wie die Bundesversammlung, so haben also auch die kantonalen Legislativen ein Doppelgesicht. Die verfassungsmässige Bezeichnung des Grossen Rates als „oberste gesetzgebende und aufsehende Behörde" hat hier nicht die Meinung einer abschliessenden Kompetenzumgrenzung, sondern bezweckt lediglich eine allgemeine Charakterisierung seiner Stellung und Festlegung seiner Hauptfunktion[45]). Die Verfassungen begnügen sich meistens mit der Aufstellung summarisch gehaltener Kompe-

---

[44]) Vgl. die Aufzählung bei His, a. a. O., Bd. III, S. 319; Giacometti, Das Staatsrecht der schweiz. Kantone, S. 276; Brown, a. a. O. S. 34.

[45]) Vgl. BGE 38 I 127; ferner O. H. Müller, Die Verordnungskompetenzen der kantonalen Legislativen, S. 91.

tenznormen und überlassen die nähere Ausführung der Gesetzgebung.

II. Der rechtliche Schutz des Grundsatzes der Gewaltentrennung.

Der Anspruch des einzelnen Bürgers auf Beachtung der Gewaltentrennung wird gewährleistet durch die Existenz eines unabhängigen Richterstandes. Der Grundsatz der Nichteinmischung der politischen Gewalten in die Justiz ist zwar im Bunde nicht förmlich ausgesprochen, gilt aber, auch in den Kantonen, als anerkannt, soweit die Gerichte in Ausübung ihrer verfassungsmässigen Befugnisse handeln. Das Oberaufsichtsrecht der Legislative erstreckt sich nur auf die Justizverwaltung, nicht aber auf die Rechtsprechung[46]). Die Unabhängigkeit der Gerichte ist ein Fortschritt, den wir Schweizer nicht mehr preisgeben werden. Sie äussert sich nach den folgenden zwei Richtungen.

1. Das richterliche Überprüfungsrecht.

a) In den Kantonen sind die Gerichte zwar regelmässig an die bestehenden Gesetze gebunden, können somit deren Verfassungsmässigkeit nicht überprüfen, wohl aber in einem gewissen Umfange die formelle Seite ihres Erlasses[47]). Jedenfalls haben sie, wennschon hierüber nirgends ausdrückliche Bestimmungen bestehen, das Recht und auch die Pflicht, im Anwendungsfalle Verordnungen des Grossen Rates oder des Regierungsrates auf ihre Gesetzmässigkeit

---

[46]) Vgl. auch Schindler, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA und in der Schweiz, ZSR NF Bd. 44, S. 46.

[47]) Vgl. Biert, Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze durch den Richter, S. 3; Ruck, Basel als Rechtsstaat, Festgabe zum schweiz. Juristentag 1920, S. 49 ff.; abweichend Giacometti, Staatsrecht, S. 63. — Siehe auch die Hinweise bei O. H. Müller, a. a. O. S. 337.

hin nachzuprüfen[48]). Dieser Grundsatz gilt einmal für die Verwaltungsgerichte, soweit die Kantone solche eingerichtet haben. Die nämliche Befugnis steht auch dem Zivilrichter und insbesondere dem Strafrichter mit Rücksicht auf den Grundsatz „nulla poena sine lege" zu. Regelmässig sind die Gerichte dabei allerdings nicht befugt, eine regierungsrätliche Verordnung allgemein aufzuheben; denn sie haben nicht die Prärogativen eines Staatsgerichtshofes; sie können vielmehr nur für den einzelnen Fall die Anwendbarkeit der Verordnung ablehnen[49]).

b) Gemäss BV Art. 113 i. f. ist auch das Bundesgericht an die Bundesgesetze und allgemeinverbindlichen Beschlüsse gebunden, und zwar mit Bezug auf seine gesamte Rechtsprechung (sogenannter Fehlerkalkül, d. h. keine Nichtigkeitsfolge für den Fall, dass sie im Widerspruch mit der Verfassung stehen sollten). Dagegen ist auch es befugt, wie sich durch Argumentum e contrario daraus ergibt, die rechtssetzenden Erlasse des Bundesrates bei ihrer Anwendung vorfraglich, d. h. in Ausübung des sogenannten akzessorischen richterlichen Prüfungsrechtes, auf ihre Verfassungs- und Gesetzmässigkeit zu prüfen. Dieses Recht steht ihm nach konstanter Praxis nicht nur als Staatsgerichtshof zu, sondern auch in Zivil-, Straf- und Verwaltungssachen. Die Fälle, in denen insbesondere der bundesgerichtliche Kassationshof von diesem Gesichtspunkte aus zu bundesrätlichen Verordnungen Stellung genommen hat, sind zahlreich[50]).

---

[48]) Ausführliche Angaben bei Giacometti, Staatsrecht, S. 61; Rüegg, Die Verordnung nach zürcherischem Staatsrecht, S. 152; Kuhne, a. a. O. S. 178.

[49]) Vgl. hiezu den grundsätzlichen Entscheid des aarg. Obergerichtes vom 3. Mai 1912 in „Vierteljahresschrift f. aarg. Rechtsprechung", Bd. 13, S. 37.

[50]) Vgl. z. B. BGE 52 I 342 betr. die VO zum Lebensmittelgesetz; 54 I 162 betr. den Gebührentarif zum SchKG; 57 I 45 betr. die Handelsregisterverordnung; ferner BGE 22 S. 629; 39 I 410; 50 I 335 f.; 51 I 451; 53 I 433; 54 I 59; 55 I 252; 56 I 416 f. — S. auch Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 90f.

Mit Rücksicht auf ihren subsidiären Charakter ist die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung eines verfassungsmässigen Rechtes durch einen kantonalen Hoheitsakt nur insoweit statthaft, als diese Verletzung nicht mit einem andern eidgenössischen Rechtsbehelf gerügt werden kann. Gegen Strafurteile, die unter Anwendung einer eidgenössischen Strafnorm und in Ausführung eines vom Bundesrat bei Erlass dieser Norm erteilten Auftrages gefällt werden, ist nur die Kassationsbeschwerde zulässig. Mit diesem Rechtsmittel kann nicht nur geltend gemacht werden, dass die Vorschriften vom kantonalen Richter unrichtig ausgelegt und angewendet wurden, sondern auch dass sie verfassungswidrig und daher nicht rechtsbeständig seien[51]). Diese Frage kann aber nur entschieden werden, wenn die Prüfungsbefugnis des Kassationshofes sich auf alle Verfassungsbestimmungen, unter Einschluss derjenigen, die individuelle Rechte begründen, erstreckt. Eine Teilung der Kompetenzen zwischen Kassationsgericht und Staatsgerichtshof wäre unbefriedigend. Dem Strafrichter wird denn auch ganz allgemein ein dermassen unbeschränktes Überprüfungsrecht zuerkannt[52]).

Sogenannte unselbständige Verordnungen, also Normen, die der Bundesrat gestützt auf eine in einem Bundesgesetz oder allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss enthaltene Delegation hin erlassen hat, können infolge der in Art. 113, Abs. 3 BV aufgestellten Schranke nur daraufhin überprüft werden, ob sich der Erlass im Rahmen der

---

[51]) BGE 33 I 414; 50 I 335 f.

[52]) Vgl. z. B. Rosin, Polizeiverordnungsrecht, S. 284. — Guhl, Bundesgesetz, Bundesbeschluss und Verordnung nach schweiz. Staatsrecht, S. 105, meint, die kantonalen Gerichte seien an die Rechtssätze der Bundesverordnungen wie an diejenigen der Bundesgesetze gebunden. Diese Ansicht steht im Widerspruch mit der heutigen Praxis. Die kantonalen Strafrichter überprüfen meistens auch die Verordnungen des Bundesrates im gleichen Rahmen wie die kantonalen Verordnungen, dürfen aber nicht weiter gehen als das Bundesgericht.

Delegationsnorm bewege[53]). Selbständige Verordnungen des Bundesrates hingegen sind unbeschränkt, also auf deren Übereinstimmung mit den Vorschriften der Bundesverfassung, zu überprüfen[54]). Dagegen hat es das Bundesgericht in ständiger Praxis abgelehnt, Notverordnungen des Bundesrates auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu überprüfen. Diese sind daher für das Bundesgericht und um so mehr auch für den kantonalen Richter in der gleichen Weise verbindlich wie Bundesgesetze[55]).

2. Der Trennungsgrundsatz als verfassungsmässiger Rechtsanspruch.

In den meisten Kantonsverfassungen wird der Grundsatz der Gewaltentrennung und damit das Recht auf Behandlung einer Angelegenheit durch die zuständige Behörde dem einzelnen Bürger als ein Individualrecht gewährleistet. Dies gilt implicite auch für jene Kantone, die darüber keine besondere Vorschrift aufgestellt haben. Bei Übergriffen kantonaler Behörden in ihre gegenseitigen Kompetenzkreise, vor allem bei Eingriffen der vollziehenden Gewalt in das Gebiet der Gesetzgebung oder der Justiz, kann beim Bundesgericht staatsrechtlicher Rekurs erhoben werden (BV Art. 113 Ziff. 3). Die Anfechtung des Erlasses als solchen, z. B. einer regierungsrätlichen Verordnung, ist zwar nur innerhalb der Frist von 30 Tagen seit der Veröffentlichung möglich. Dagegen kann im Anwendungsfalle jede Verfügung, die sich auf eine mit dem Gesetz nicht übereinstimmende Verordnung stützt, frist-

---

[53]) BGE 57 I 451; 61 I 369; 62 I 79; 63 I 326; 64 I 223; 67 I 24; 67 II 95.

[54]) Ob auch im Falle einer nachträglichen Genehmigung seitens der eidgenössischen Räte, darüber herrscht Unstimmigkeit zwischen der staatsrechtlichen Abteilung und dem Kassationshof, s. BGE 56 I 413; 64 I 365; 68 II 308.

[55]) Hingegen überprüfbar auf Ermessensüberschreitung, s. BGE 63 I 326; 68 I 129. Vgl. im übrigen BGE 44 I 44, 87, 553; 46 I 308; 56 I 416; 68 II 308; ferner die Glossen zu dieser Praxis von Henri Deschenaux in „Journal des Tribunaux", 1943, S. 185 ff.

gemäss angefochten und vom Bundesgericht aufgehoben werden[56]). Es wird noch zu zeigen sein, nach welchen Richtungen die kantonalen Behörden versucht haben, den Trennungsgrundsatz zu durchbrechen. Dieser verleiht indes lediglich einen Anspruch auf getrennte Organisation der Gewalten, nicht aber darauf, dass die Ausscheidung nach bestimmten Grundsätzen zu geschehen habe. Diese ist vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers. Dem Grundsatz kommt daher in erster Linie Bedeutung de lege ferenda zu[57]).

Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes bildet, was die Behörden der Kantone anbelangt, einen recht wirksamen Schutz gegen Verletzungen des Grundsatzes. Sie versagt dagegen gegenüber Erlassen des Bundesrates, da gemäss Organisationsgesetz Art. 178 Ziff. 1 auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses nur Erlasse und Verfügungen kantonaler Behörden angefochten werden können[58]).

Rücksichtlich der Legitimation ist kontrovers, auch im Schosse des Bundesgerichtes, ob das politische Stimmrecht für sich allein zur staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung der Gewaltentrennung berechtige[59]). Die neuere Praxis neigt dazu, die Beschwerde des nicht persönlich betroffenen Aktivbürgers nicht zuzulassen[60]). Ich vermag in dieser Einschränkung der Legitimation keine

---

[56]) BGE 25 I 81; 52 I 290 f.

[57]) BGE 6 S. 420; 9 S. 243; 27 I 490; 29 I 158; 35 I 57. Vgl. auch His, a. a. O. III S. 320; Brown, a. a. O. S. 37.

[58]) Betr. die bundesgerichtliche Praxis zur Gewaltentrennung vgl. auch die Zusammenstellung im Komm. von Burckhardt S. 785 f.

[59]) Vgl. darüber Blocher in der Festgabe für Goetzinger, S. 15 ff., der mit Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 169, die Auffassung vertritt, dass gegen den Erlass selbst jeder Aktivbürger rekurrieren könne, der bei seinem Zustandekommen um sein Mitspracherecht gebracht wurde. Auf einem engeren Standpunkt steht Kirchhofer, SJZ Bd. 30 S. 240.

[60]) BGE 50 I 232; 55 I 111; bes. 56 I 161. — Für die ältere Praxis sei verwiesen auf den Fall Dürrenmatt (1899) in BGE 25 I 470; ferner BGE 17 S. 49; 23 II 995; 30 I 718 und 45 I 64.

„Krisis der Demokratie" zu erblicken. Der einzelne ist nicht der berufene Hüter der öffentlichen Ordnung, und die Popularnörgelei ist kein erstrebenswertes Ziel. Gewiss ist es zweckmässig, wenn die Frage, ob ein allgemeinverbindlicher Erlass wider den Grundsatz der Gewaltentrennung verstosse, schon durch einen Rekurs gegen den Erlass als solchen abgeklärt werden kann und damit nicht zugewartet werden muss, bis der Erlass auf einen Einzelfall zur Anwendung kommt. Es genügt aber, wenn die Legitimation auch dann angenommen wird, wenn der Rekurrent nachweist, dass er wenigstens virtuell unter den angefochtenen Erlass fallen kann[61]). Ein aktuelles rechtliches Interesse wurde m. W. nie gefordert.

Bei der Prüfung der Frage, ob ein kantonaler Erlass wider den Grundsatz der Gewaltentrennung verstosse, sind vorangegangene Entscheide kantonaler Behörden für das BGer. unverbindlich, und es ist auch nicht wie bei der Auslegung kantonalen Gesetzesrechts auf den Willkürstandpunkt beschränkt[62]). Anderseits hat der Staatsgerichtshof stets der von der obersten kantonalen Behörde vertretenen Auslegung der kantonalen Verfassung grosses Gewicht beigelegt und sie nur beim Vorliegen zwingender Gründe als unzulässig verworfen[63]).

III. Ausnahmen und missbräuchliche Abweichungen vom Gewaltenteilungsprinzip.

Der Grundsatz der Gewaltentrennung ist weder im Bunde noch in den Kantonen in absoluter Weise durchgeführt worden. Die ganze Entwicklungsgeschichte unseres Staatsrechts stand dem entgegen. Die herkömmlichen Ausnahmen vom Grundsatz sind zahlreich und lassen sich am besten nach der Funktionentrias gruppieren, doch emp-

---

[61]) Vgl. in diesem Sinne BGE 65 I 240.

[62]) Vgl. schon BGE 8 S. 68, ferner 45 I 311 und oft.

[63]) S. zu dieser beschränkten Kognition Praxis und Kritik bei Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 233.

fiehlt es sich, die personelle Trennung ad modum unius zu behandeln.

1. Vereinbarkeit von Amtsstellen der verschiedenen Gewalten.

Die strenge Durchführung des Grundsatzes würde es mit sich bringen, dass ein Bürger, der in der gesetzgebenden Behörde sitzt, gleichzeitig kein Amt der vollziehenden oder der richterlichen Gewalt bekleiden dürfte. Allein in den Kantonen ist dieser Grundsatz keineswegs rein durchgeführt worden. In einzelnen wenigen Kantonen (Schwyz, Zug, Genf, früher auch Freiburg) dürfen die Mitglieder der Regierung dem Grossen Rate angehören. In den übrigen Kantonen und im Bund (BV Art. 101) dürfen sie wenigstens bei den Sitzungen des Parlamentes anwesend sein, bei den Beratungen mitwirken und Anträge stellen, freilich ohne Stimmrecht. Die politischen Gewalten sind eben auf engen Kontakt angewiesen.

Den Mitgliedern des Obergerichts und der Bezirksgerichte wird häufig gestattet, das Mandat eines Grossratsmitgliedes auszuüben. Im Kt. Aargau z. B. gilt der Grundsatz, dass mit Ausnahme der Mitglieder des Regierungsrates alle vom Volk gewählten Beamten in den Grossen Rat wählbar sind, vor allem also die Gerichtspräsidenten und die Bezirksamtmänner.

Ebensowenig hat man je daran Anstoss genommen, dass richterliche Beamte in regierungsrätlichen Kommissionen sitzen, selbst in solchen, denen eigene Befugnisse zukommen, wie z. B. der Notariatskommission. Regelmässig gehören die Vertreter des Obergerichts den Prüfungskommissionen für Notare und urkundsberechtigte Gemeindeschreiber an.

In Bern ist sogar für die kleineren Amtsbezirke die Stelle eines Gerichtspräsidenten mit derjenigen des Regierungsstatthalters zusammengelegt worden, was sicherlich einen weitgehenden Einbruch in das System der Gewalten-

trennung bedeutet[64]). Auch die zürcherischen Oberamtmänner üben richterliche Funktionen aus. Auf die Trennung der vollziehenden von der richterlichen Gewalt wurde sonst immer grösstes Gewicht gelegt.

Im eidgenössischen Recht ist die personelle Trennung streng vollzogen (BV Art. 77, 81, 97, 108)[65]).

2. Kompetenzbeschränkungen zum Nachteil der Exekutive.

a) Die verwaltungsrechtlichen Befugnisse des Parlaments.

Wie schon oben (C I) bemerkt wurde, sind sowohl der BVers. wie den kantonalen Parlamenten mannigfache Befugnisse übertragen, die eigentlich in den Aufgabenkreis der vollziehenden Gewalt gehören[66]). Das ist bei uns altes Herkommen und steht mit der Auffassung im Zusammenhang, dass die drei Gewalten nicht koordiniert, die Parlamente als Träger der gesetzgebenden Gewalt vielmehr der Regierung und den Gerichten übergeordnet sind. Niemand wird sich darüber aufhalten, soweit wesentliche Interessen des Staates und der Bürger dadurch nicht beeinträchtigt werden und solange das Parlament sich nicht mit Angelegenheiten beschäftigt, zu deren Erledigung es zufolge seiner Zusammensetzung und Mitgliederzahl nicht geeignet ist.

---

[64]) Vgl. dazu Burckhardt, Unvereinbarkeit, S. 79; ferner Göschke, Die bernische Staatsverwaltung, S. 26, 62, 82.

[65]) Burckhardt, a. a. O. S. 94, meint: „Weniger verständlich erscheint uns heute der Grundsatz des Art. 77 BV, dass die Mitglieder des Bundesrates und die von ihm gewählten Beamten nicht zugleich Mitglieder des Nationalrates sein können . . . Heute, wo sein Beamtenheer auf über 65 000 (1941 sogar auf über 70 000 ohne die Kriegswirtschaftsämter) angewachsen ist, ist die Tragweite der Bestimmung beträchtlich; es wird dadurch beinahe einem Vierzehntel der Wählerschaft der Eintritt in den Nationalrat, wenn nicht verunmöglicht, so doch ausserordentlich erschwert, da sie diese Ehre mit dem Verlust ihres Amtes bezahlen müssen."

[66]) Vgl. darüber die Ausführungen bei Giacometti, Staatsrecht, S. 324 ff.

Der Exekutive werden meistens schon kraft Verfassungsrechts gewisse, ihr von Hause aus an sich zugehörige Kompetenzen genommen. BV Art. 85 liefert dafür ein berühmtes Beispiel. Dem Parlamente können indes im Rahmen der verfassungsmässigen Kompetenznormen durch Gesetz noch weitere Befugnisse administrativer Natur eingeräumt werden[67]). Den eidgenössischen und Grossen Räten, deren Aufgabe in erster Linie die Mitwirkung bei der Rechtssetzung sein sollte, stehen vor allem gewisse Kontrollrechte gegenüber der Exekutive zu.

a) Eine weitgehende „Umkrempelung der gesetzgebenden Behörde zum Verwaltungsorgan“ [68]) hat namentlich auf dem Gebiete der **Finanzverwaltung** stattgefunden.

Den Grossen Räten steht überall der Entscheid über den jährlichen Voranschlag sowie die Prüfung und Genehmigung der Staatsrechnung und der Rechenschaftsberichte zu; sie besitzen also die sogenannte Finanzhoheit. Die kantonalen Regierungen können nur so weit Ausgaben beschliessen, als das Parlament ihnen die Befugnis hiezu auf dem Budgetweg oder durch Bewilligung ausserordentlicher Kredite einräumt.

Im Bunde liegt die Finanzgewalt prinzipiell ebenfalls in den Händen der eidgenössischen Räte, die auch die Verantwortung für die Finanzlage des Bundes zu tragen haben, dies um so mehr, als die Budgetbeschlüsse, die inhaltlich Verwaltungsakte sind, nicht allgemeinverbindlich und daher auch dem fakultativen Referendum entzogen sind. Ohne Ermächtigung durch die BVers. kann der Bundesrat über die Geldmittel des Staates grundsätzlich nicht verfügen. Gemäss BV Art. 102 Ziff. 14 hat er lediglich für die Verwaltung der Finanzen, die Rechnungstellung sowie für die Entwerfung des Voranschlages zu sorgen. Die BVers. ist aber an den Entwurf nicht gebunden. Ohne ihre Vollmacht kann der Bundesrat auch keine Anleihen auf-

---

[67]) Vgl. Anm. 37 hiervor sowie BGE 38 I 127.

[68]) Landolt, Die Kompetenzen des aargauischen Grossen Rates und Regierungsrates, S. 63.

nehmen (BV Art. 85 Ziff. 11). Eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltentrennung zuungunsten des Bundesrates liegt auch darin, dass die Festsetzung der Besoldung und Entschädigung der Mitglieder der Bundesbehörden und der Bundeskanzlei sowie die Errichtung bleibender Beamtungen und die Bestimmung ihrer Gehalte in den Geschäftskreis der beiden Räte verwiesen wird (BV Art. 85 Ziff. 3) [69]).

Dass der Legislative, in gewissen Kantonen sogar dem Volke in Gestalt des Finanzreferendums, ein entscheidendes Mitwirkungsrecht bei der Ausübung der Finanzgewalt eingeräumt wird, trifft mehr oder weniger für alle konstitutionellen Staaten zu und ist nicht weiter auffällig. Die Finanzkontrolle des Parlamentes ist geeignet, eine wirksame Garantie für die rechtmässige Verwendung der öffentlichen Geldmittel zu schaffen. Dem öffentlichen Wohle wäre es nicht zuträglich, wenn ein Einzelner oder ein kleiner Kreis von Personen nach Gutfinden darüber bestimmen könnte, ohne durch unbequeme Kontrollinstanzen dabei irgendwie eingeschränkt zu werden. Es war von jeher ein schwieriges Problem, der Korruption im staatlichen Leben Einhalt zu gebieten. Das Vertrauen müsste erschüttert werden, wenn jede ernstliche Kontrolle abgeschafft und damit denjenigen, welche die Macht in Händen haben, ermöglicht würde, sich und ihren Anhang beliebig zu bereichern.

Anderseits ist schon wiederholt der Vorschlag gemacht worden, das Budgetrecht des Parlamentes in dem Sinne zu beschränken, dass es wohl den ihm von der Regierung vorgelegten Finanzplan zu prüfen hat und befugt sein soll, einzelne Posten zu streichen oder vorgesehene Ausgaben herabzusetzen, dass ihm aber verwehrt würde, Ausgaben zu bewilligen, welche die Regierung nicht verantworten zu

---

[69]) In Einzelheiten sei verwiesen auf Bossard, a. a. O. S. 35 ff., sowie auf O. H. Müller, a. a. O. S. 89 f., wo auch die Verordnungskompetenzen der Legislative als oberster Finanzverwaltungsbehörde untersucht werden.

können glaubt. Würde diesem einfachen Grundsatze nachgelebt, so läge darin schon eine wichtige Verbesserung des Parlamentsbetriebes. Der Demagogie wäre ein wichtiges Tätigkeitsgebiet entzogen und die Gelegenheit, zum Fenster hinaus zu reden, eingeschränkt. Wir wollen dabei gar nicht davon sprechen, welche Weiterungen das Budgetrecht, so wie es heute verstanden wird, in den Parlamentsbetrieb trägt, wo jede Strassen- und Bachkorrektion dem Parlamente unterbreitet und von ihm diskutiert werden muss. Jede kleine Änderung an einer Eisenbahnkonzession beschäftigt jeweils die beiden eidgenössischen Räte.

β) Den Grossen Räten ist öfters durch Verfassung und Gesetz die Befugnis erteilt, Beschwerden gegen Entscheidungen des Regierungsrates in Verwaltungssachen zu erledigen (sogenannte **jurisdiktionelle Kontrolle**) [70]).

Vielenorts hat die durchaus irrtümliche Ansicht Platz gegriffen, es könne jeder Verwaltungsakt der Regierung auf dem Beschwerdeweg an das Parlament weitergezogen werden. In Wirklichkeit besteht aber ein solches Rekursrecht nur da, wo es ausdrücklich vorgesehen ist. Das Parlament sollte als Beschwerdeinstanz ausgeschaltet werden; denn eine so zahlreiche Behörde ist zur sachlichen Erledigung von Verwaltungsstreitigkeiten gar nicht in der Lage.

Im Bunde hat die Entwicklung denn auch bereits weitgehend dazu geführt, die Erledigung von Streitigkeiten, die früher dem Bundesrat und der BVers. zustand, dem Bundesgerichte zu übertragen (vgl. die Art. 180 und 189 des Org. Gesetzes für die Bundesrechtspflege in der Fassung von 1911 sowie auch VDG Art. 8). Art. 74 Ziff. 15 der BV von 1848 hatte die BVers. noch allgemein zur Beschwerdeinstanz gegenüber dem Bundesrat gemacht. Die Beseitigung dieser sehr weitgehenden Rekursmöglichkeit bedeutet einen grossen Fortschritt gerade vom Standpunkt der Gewaltentrennung aus, da sie eine vollständige Vermengung der Kompetenzen zur Folge hatte. Mit Burckhardt

[70]) Vgl. diesbezüglich Giacometti, Staatsrecht, S. 337 Anm. 88.

vertritt die Mehrheit der Autoren heute die Ansicht, dass ausser den Beschwerden gegen Entscheidungen des Bundesrates über ihm noch verbliebene „Administrativstreitigkeiten" (BV Art. 85 Ziff. 12) ein Rekurs gegen Verfügungen des Bundesrates als obersten Verwaltungsbehörde nicht statthaft ist, sofern diese Möglichkeit nicht ausdrücklich vorgesehen ist[71]). Auch die Kantone sollten ihre Verfassungen und Gesetze daraufhin überprüfen, ob nicht der Grosse Rat als Beschwerdeinstanz auszuschalten wäre.

γ) Zu einer Überspannung der Befugnisse der Legislative hat namentlich auch die missbräuchliche Ausdehnung der **parlamentarischen Kontrolle** geführt.

Die BVers. (BV Art. 85 Ziff. 11) und die Grossen Räte besitzen gegenüber der Exekutive und den Gerichten das Oberaufsichtsrecht. Es besteht nach richtiger Auffassung bloss darin, dass das Parlament jederzeit, vor allem bei Behandlung des jährlichen Geschäftsberichtes (BV Art. 102 Ziff. 16) sowie durch Interpellation, die Möglichkeit hat, sich von der Regierung über ihre Tätigkeit Aufschluss geben zu lassen, an der Verwaltung Kritik zu üben und zu prüfen, ob und wie die Regierung und die ihr unterstellten Beamten und Angestellten ihre Pflicht erfüllt haben[72]). Daraus ist nun vielfach die Forderung abgeleitet worden, das Parlament müsse berechtigt sein, jede unbedeutende Kleinigkeit zu überprüfen und sich in einzelne Fälle einzumischen.

Einige Beispiele mögen zeigen, auf welchen Abweg man mit dieser Überspannung der Befugnisse des Parlamentes geraten kann: Ein Mitglied des Nationalrates macht durch ein Postulat den Bundesrat auf den Tiefstand der Fett-

[71]) Vgl. über das kontroverse Verhältnis von BV Art. 85 Ziff. 12 zu Art. 102 Ziff. 2 Burckhardt, Komm. S. 733 f.; derselbe, Der Rekurs an die BVers. gegen verfassungswidrige Verfügungen des Bundesrates (Gutachten i. S. Spähni), 1905; Bossard, a. a. O. S. 22 ff.; ferner die abweichende Ansicht von Guhl, a. a. O. S. 110 f.

[72]) Vgl. Ed. Bosshart, Die parlamentarische Kontrolle nach schweiz. Bundesstaatsrecht, 1926; Akeret, a. a. O. S. 42.

schweinepreise aufmerksam und fragt ihn an, ob er nicht auch der Meinung sei, dass einer weiteren Vermehrung der Produktion Einhalt zu gebieten sei. Eine Interpellation im Nationalrat beschäftigt sich in ähnlicher Weise mit dem Tiefstand der Häute- und Fellpreise. Am 28. Oktober 1924 wurde im aargauischen Grossen Rate eine Motion eingebracht, wodurch der Regierungsrat eingeladen wurde, die VO betreffend das Verwaltungs- und Rechnungswesen von 1887 in dem Sinne auszulegen, dass die Gemeinden befugt sein sollen, ihre Gelder bei Raiffeisenkassen anzulegen. Die Regierung bestritt dem Grossen Rate die Kompetenz zur Erteilung einer solchen Weisung, da es sich hier um einen Akt der Verwaltung handle, für den der Regierungsrat allein die Verantwortung trage und zu dessen Vornahme er daher vom Grossen Rate nicht gezwungen werden könne. Der Konflikt fand schliesslich dadurch seine Erledigung, dass der Regierungsrat von sich aus unter gewissen Bedingungen diese Geldanlage zuliess. Anlässlich der Aufstellung des Voranschlages für 1931 nötigte der gleiche Grosse Rat nach langer Diskussion die Regierung zur Fortführung eines vollkommen unrentablen Ziegeleibetriebes in der Strafanstalt Lenzburg. Es scheint aber, dass diesem Beschluss in der Praxis dann doch nicht nachgelebt wurde. Der nämliche Grosse Rat unterhielt sich längere Zeit darüber, ob sein Sitzungsgebäude mit Ziegeln oder mit Blech zu bedecken sei, wobei von der Regierungsbank aus witzig bemerkt wurde, der Grosse Rat verstehe sich besser aufs „Blechen", der Regierungsrat dagegen aufs „Löten".

Solche Auswüchse der parlamentarischen Kontrolle haben ebensowenig ihre Berechtigung wie die Einmischung der Parlamente in den Aufgabenkreis der Gerichte. Die Meinung ist abwegig, die gesetzgebende Behörde habe in Verwaltungssachen die nämliche Befugnis wie die Exekutive und könne kraft ihres Aufsichtsrechtes der Regierung jederzeit verbindliche Weisungen erteilen, sie zu irgendeinem beliebigen Verwaltungsakt zwingen oder davon abhalten, Verfügungen aufheben oder abändern. Das ist

nicht der Sinn der parlamentarischen Kontrolle. Diese soll sich vielmehr auf die Oberaufsicht beschränken und darf nicht zu einer Einmischung in die verfassungsmässigen Kompetenzen der Regierung führen. In einem wohlgeordneten Staatswesen muss jede Behörde ihre genau abgegrenzten Befugnisse haben. Aus dem Oberaufsichtsrecht, das eine politische Kontrolle ist, ergeben sich keine normativen Kompetenzen im Einzelfalle; allgemeine Instruktionen sind dagegen zulässig. Wenn das Parlament mit der Regierung nicht einig ist, hat es stets die Möglichkeit, die Gesetze zu ändern und so inskünftig der Exekutive den zu befolgenden Weg vorzuschreiben. Auch wird die Regierung auf die Dauer nicht ohne Not der Behörde, bei der letzten Endes die Finanzgewalt steht, Widerstand leisten. Das schweizerische Regierungssystem kennt weder im Bunde noch in den Kantonen die sogenannten Ministerkrisen[73]).

Wenn politische Parteien ihre Ziele durchsetzen wollen, so kümmern sie sich nicht immer um staatsrechtliche Grundsätze. Besonders unklar sind noch immer die Begriffe in den Kantonen, wo die Befugnisse des Parlamentes von denjenigen der vollziehenden Gewalt nicht überall scharf geschieden sind. Die Verwischung der Kompetenzen hat notwendigerweise auch ihre nachteiligen Folgen auf die Verantwortlichkeit der Behörden, insbesondere der Regierung.

Man versteht deshalb durchaus die Forderung, dass das Parlament wieder auf seine eigentlichen Aufgaben, die Vorbereitung der Gesetze und die Aufsicht über die Staatsverwaltung, zu verweisen sei. Daraus folgt dann von selbst eine Stärkung der Autorität der Regierung, aber auch eine schärfere Umschreibung ihrer Verantwortlichkeit. Nicht nur im Bunde sollte dieses Postulat verwirklicht werden, sondern auch in der Grosszahl der Kantone. Die Durchführung im einzelnen ist indes Sache sorgfältiger Ab-

[73]) Vgl. darüber Akeret, a. a. O. S. 45 und die dortige Bezugnahme auf das Schrifttum.

wägung der Interessen und kann nur auf Grund genauer Kenntnis der Kompetenzabgrenzung geschehen, wie sie heute zu Recht besteht oder tatsächlich geübt wird.

δ) Eine Abhängigkeit der vollziehenden Gewalt vom Parlament und damit eine weitere Ausnahme vom Grundsatz der Gewaltentrennung ergibt sich aus dem **Genehmigungsvorbehalt** rücksichtlich gewisser Rechtsakte, die entweder nur durch Mitwirkung des Parlamentes gültig zustande kommen (sogenannte konstitutive Genehmigung) oder bei Nichtgenehmigung nachträglich hinfällig werden.

Das schweizerische Staatsrecht kennt viele Fälle einer derartigen administrativen Kontrolle. Die meisten KV machen z. B. nicht nur den Abschluss von Staatsverträgen und die Aufnahme von Anleihen, sondern auch den Ankauf sowie die Veräusserung oder die Verpfändung von Staatsgütern von einer Bewilligung des Grossen Rates abhängig. In den beiden Halbkantonen von Unterwalden ratifiziert der Kantons- bzw. Landrat die Salzlieferungsverträge und bestimmt den Salzpreis. In manchen Kantonen wird auch die Genehmigung autonomer Satzungen durch die Legislative vorgenommen[74]).

Für das Bundesstaatsrecht sei verwiesen auf BV Art. 85 Ziff. 4 Abs. 2 („Der Bundesgesetzgebung bleibt vorbehalten, auch die Vornahme oder Bestätigung weiterer Wahlen der BVers. zu übertragen") sowie BV Art. 85 Ziff. 5 betr. die Gutheissung von Verträgen der Kantone unter sich oder mit dem Ausland. Eine unerfreuliche Verwischung der Kompetenzen und damit der Verantwortlichkeit ergibt sich aus den sogenannten Genehmigungsverordnungen mit konstitutivem Charakter, die zwar verfassungsrechtlich nirgends vorgesehen, aber sowohl im Bunde wie namentlich in den Kantonen in Erscheinung getreten sind[75]).

---

[74]) Vgl. O. H. Müller, a. a. O. S. 117, Anm. 54.

[75]) Vgl. darüber Bossard, a. a. O. S. 67 ff.; O. H. Müller, a. a. O. S. 117 ff. — Guhl, a. a. O. S. 88 f., hält die Genehmigung von bundesrätlichen Verordnungen theoretisch für möglich, aber nicht für empfehlenswert.

ε) Entscheidenden Einfluss erhält die BVers. namentlich durch die ihr zustehende **Wahl** des Bundesrates, des Bundesgerichtes, des Kanzlers sowie des Generals der eidgenössischen Armee (BV Art. 85 Ziff. 4)[76]).

Auch die Grossen Räte sind in weitem Umfange Wahlbehörde. Regelmässig wählen sie das kantonale Obergericht, während die Wahl des Regierungsrates und der Mitglieder des Ständerates in den meisten Kantonen dem Volke zusteht. Im Aargau wählt der Regierungsrat den Staatsschreiber, der Grosse Rat hingegen den Staatsanwalt. Im Bunde ist es gerade umgekehrt. Die Kompetenzen gehen also auch in diesem Punkte durcheinander.

ζ) Wie im Bunde (BV Art. 84 Ziff. 7 und Art. 92), befindet auch in den Kantonen das Parlament über **Begnadigung und Amnestie,** worin eines der Hauptattribute seiner souveränen Stellung zu erblicken ist. Nach dem Gewaltenteilungsschema wäre die Begnadigung als Verwaltungsakt der Exekutive zuzuweisen[77]). Rücksichtlich des Militärstrafrechtes steht die Begnadigung in Friedenszeiten tatsächlich beim Bundesrat, im Falle des Aktivdienstes beim General, sofern das Urteil nicht auf Todesstrafe lautet oder von einem ausserordentlichen Militärgerichte gefällt ist (MilStGO Art. 214). Vgl. auch Art. 394 des schweiz. StGB.

Die Grossen Räte erteilen auch das **Kantonsbürgerrecht.** In gewissen Kantonen (z. B. Wallis, KV Art. 26) können sie auch die Gemeindegrenzen abändern.

η) Im Bund (BV Art. 85 Ziff. 13 in Verbindung mit Art. 92) wie in den Kantonen, mit Ausnahme von Waadt

---

[76]) S. rücksichtlich der Volkswahl des Bundesrates die befürwortenden und ablehnenden Argumente bei Akeret, a. a. O. S. 75 ff.

[77]) Über den Unterschied von Amnestie und Begnadigung s. Bossard, a. a. O. S. 77 ff. Über das Begnadigungswesen (so wie es gelegentlich praktiziert wird, würde man besser von einem Begnadigungsunwesen sprechen) vgl. auch Burckhardt, Komm., S. 680 und die dort Zitierten; ferner Hafter, Lehrbuch des schweiz. Strafrechts, S. 400 ff.

und Wallis, die besondere Kompetenzgerichtshöfe besitzen[78]), entscheidet das Parlament als repräsentative Behörde des souveränen Volkes **Kompetenzstreitigkeiten** zwischen der richterlichen und der vollziehenden Gewalt. Hier handelt es sich eigentlich um Funktionen der Rechtsprechung, für die indes die Legislative sich wenig eignet. Es sollte für die Beurteilung dieser heikle Fragen aufwerfenden Streitigkeiten eine besondere Instanz geschaffen werden. Kompetenzkonflikte vor dem Forum der BVers. sind mir nicht bekannt, dagegen haben sich die Grossen Räte hin und wieder damit zu beschäftigen gehabt. Beim positiven Kompetenzkonflikt, der regelmässig von den Verwaltungs- bzw. Justizbehörden erhoben wird (der einzelne hat lediglich die Möglichkeit eines Gesuches an den Regierungsrat oder das Kantonsgericht), entscheidet das Parlament endgültig. Im Falle einer Verletzung verfassungsmässiger Rechte bleibt jedoch dem Privaten der staatsrechtliche Rekurs gewahrt. Der negative Kompetenzkonflikt kommt praktisch einer formellen Rechtsverweigerung gleich im Sinne des „denegare jurisdictionem" oder des „non audire" des römischen Rechts (D 4, 6, L 26, § 6) und ermöglicht daher die Erhebung einer Willkürbeschwerde vor Bundesgericht[79]).

Wenn der Grosse Rat selbst mit einer der anderen Gewalten in Konflikt gerät, so gibt es im Kanton keine obere Behörde mehr, die den Konflikt entscheiden könnte. Derartige Kompetenzkonflikte können auch auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses nicht gelöst werden, es wäre denn, dass gleichzeitig Bürger oder Korporationen in ihren verfassungsmässigen Rechten verletzt wären. Sonst aber sind innerkantonale Konflikte dieser Art nach den kantonalen Verfassungs- oder Gesetzesbestimmungen und,

---

[78]) Loi vaudoise sur les conflits de compétence vom 26. Januar 1832. KV Wallis, Art. 65.

[79]) Vgl. BGE 23 II 991; 29 I 56; 33 I 393; ferner Brown, a. a. O. S. 80 ff.

wenn solche fehlen, auf dem Gesetzgebungswege zum Austrag zu bringen[80]).

b) Das Parlament als Träger von Regierungsfunktionen.

Im Schrifttum ist zur Genüge darauf hingewiesen worden, dass der Begriff der Exekutive keineswegs alle Funktionen erfasst, die nach Abzug von Gesetzgebung und Justiz übrigbleiben[81]). Im Dreiteilungsschema des liberalen Verfassungsstaates bleibt kein Platz mehr für jenes dynamische und treibende Element, das man meint, wenn man von „Regierung", politischer Führung und Oberleitung des Ganzen spricht und an Aufgaben denkt, die — wie die Landesverteidigung, die Aussenpolitik, die Aufrechterhal-

---

[80]) Das Amtsgericht Solothurn-Lebern hatte in dem Inserat eines Schuhgeschäftes die Auskündigung eines nach § 8 der kantonsrätlichen VO betreffend die Ausverkäufe vom 28. April 1933 patentpflichtigen Ausverkaufs erblickt und den Geschäftsinhaber, der keine Bewilligung eingeholt hatte, zu einer Busse von 100 Fr. sowie zur Nachzahlung der Patenttaxe verurteilt. Das Kantonsgericht aber sprach — per fas oder per nefas — den Mann frei mit der Begründung, die VO über die Ausverkäufe sei unwirksam, weil der Kantonsrat zu ihrem Erlasse nicht zuständig war. Darob entstand in solothurnischen Landen grosse Aufregung. In der Presse hob ein regelrechter Juristenstreit an, so dass man mit Logau hätte meinen können: „Ob der rechte Rechtsverstand je sei worden wem bekannt, ist zu zweifeln: allem Meinen will stets was zuwiderscheinen; ist also, was zweifelhaft, schwerlich eine Wissenschaft." (?) — Das Ende vom Vers war ein staatsrechtlicher Rekurs, der von 78 Kantonsräten sowie von allen fünf Mitgliedern des Regierungsrates eingereicht wurde. Das Bundesgericht ist aber auf dieses staatsrechtliche Kuriosum schon wegen des fehlenden Nachweises eines aktuellen praktischen Interesses an der Entscheidung über die geltend gemachte Rechtsverletzung nicht eingetreten (nicht publizierter Entscheid der staatsrechtlichen Abteilung vom 27. Januar 1933).

[81]) Vgl. zum Problem der „vierten Funktion" Kägi, Gewaltenteilung, S. 184 ff., der meint: „Es darf wohl mit Fug gesagt werden, dass der hier in Frage stehende Funktionsbereich, den man in seiner Gesamtheit als ‚Regierung' bezeichnen kann, in der rationalen Staatstheorie die eigentliche ‚partie honteuse' darstellt."

tung von Ruhe und Ordnung im Innern — unzertrennbar mit dem Schicksal einer Nation verbunden sind und mit den Mitteln der Rechtssetzung und blosser Vollziehung nicht restlos erfüllt werden können. Das Ideal des Liberalismus, der zur Hauptsache mit einer verwaltenden Regierung auszukommen glaubte und das Parlament zum Träger wichtiger Regierungsfunktionen gemacht hat (vgl. für den Bund BV Art. 85 Ziff. 4, 5, 6 und 9), konnte auf der ganzen Linie praktisch auch nicht durchgehalten werden. Der Bundesrat, dessen Befugnisse als prinzipieller Inhaber der Regierungsgewalt in BV Art. 102 Ziff. 1 und besonders Ziff. 8—12 konstitutionell verankert sind, ist auf allen Gebieten immer mehr zum Führer der eidgenössischen Staatsgeschäfte geworden und hat sich namentlich auf dem Gebiete der Aussenpolitik und der allgemeinen Staatsleitung eine dominierende Stellung gegenüber der BVers. verschafft.

Das Gefühl, dass wir auch in Friedenszeiten eine starke und unabhängige Regierung mit grösserer innerer Autorität haben sollten, im Bunde wie in den Kantonen, ist weitverbreitet und nicht unberechtigt[82]).

Die Verfassungsreform der dreissiger Jahre des 19. Jahrhunderts hat der damaligen Volksvertretung ein entschiedenes Übergewicht über die vollziehende Gewalt verschafft, und zwar mit bewusster Absicht, als Reaktion gegen die Zustände vor 1830. Heute übt das Parlament die gesetzgebende Gewalt nirgends mehr für sich allein aus, sondern nur in Verbindung mit dem Volke, in der Gestalt des fakultativen oder obligatorischen Referendums. Dem Parlament sind aber — wie wir gesehen haben — weit-

---

[82]) Vgl. den Aufsatz von Schindler im Sonderheft der „Neuen Schweizer Rundschau" zur Totalrevision, Juli 1934, S. 200; ferner Akeret, a. a. O. S. 48 f. und 74, der das vielverschlungene schweizerische Regierungssystem so lichtvoll dargestellt hat, dass wir uns in diesem speziellen Zusammenhang mit einem Hinweis darauf begnügen können. Mit Auslegungsschwierigkeiten beschäftigt sich auch Bossard, a. a. O. S. 101 ff.

gehende Befugnisse geblieben, die mit der Gesetzgebung nichts zu tun haben, sondern ins Gebiet der regierenden und verwaltenden Tätigkeit fallen.

Es stellt sich daher die Frage, ob an der heute üblichen und reichlich unklaren Abgrenzung der Befugnisse des Parlamentes von denen der Regierung festzuhalten oder nicht vielmehr eine Bereinigung im Sinne einer Stärkung der Regierungsgewalt vorzunehmen sei. Man wird dieser letzteren Auffassung zustimmen können, zumal es sich in erster Linie darum handelt, die Kompetenzen zwischen der Volksvertretung einerseits und der Regierung und Justiz andererseits reinlicher auszuscheiden. Damit wäre schon viel gewonnen.

Im übrigen wird mit Bezug auf jede einzelne Befugnis des Parlamentes sorgfältig zu untersuchen sein, ob sie nicht einzuschränken oder in vollem Umfang an die Regierung, vielleicht auch an die Gerichte zu übertragen sei. Es könnte dadurch Zeit für die eigentlichen Aufgaben des Parlamentes, namentlich die Vorbereitung der Gesetze und die Kontrolle der Staatsverwaltung und Rechtspflege, erspart werden. Die Parlamente brauchen verhältnismässig zuviel Zeit für die Behandlung öffentlicher Bauten, von Fluss- und Bachkorrektionen, von lokalen Verkehrsfragen usw. Auf dem Wege von Interpellationen wird oft Auskunft über alle möglichen Dinge verlangt, die der Fragesteller vom zuständigen Regierungsvertreter ohne weiteres erfahren könnte.

All das lässt sich schliesslich ändern; die Abgrenzung der Befugnisse ist nichts Unwandelbares. Von einer Abschaffung des parlamentarischen Systems aber, von dem in der sogenannten Erneuerungsliteratur behauptet wurde, dass es sich auch bei uns überlebt habe, da es den Parteiegoismus fördere und die Zusammenarbeit im Interesse des gesamten Volkes hindere, kann nicht die Rede sein. Im Bunde schon nicht mit Rücksicht auf den föderativen Aufbau unseres Staatswesens und die Souveränität der Kantone, deren Schicksal mit der Beibehaltung des Zwei-

kammersystems aufs engste verbunden ist. Einen eigentlichen Parlamentarismus in dem Sinne, dass die Regierung durch das Staatsoberhaupt ernannt wird, zur Ausübung ihres Amtes aber das Vertrauen der Volksvertretung nötig hat, kennen wir ja weder im Bund noch in irgendeinem Kanton. Wir besitzen im Gegenteil die stabilste Regierung der Welt. Speziell der Bundesrat braucht nicht zurückzutreten, wenn ihn das Parlament im Stiche lässt oder gar das Volk eine von ihm ausgearbeitete Vorlage verwirft. Anderseits erträgt gerade die föderative Struktur der Eidgenossenschaft in normalen Zeiten keine zu autoritäre Staatsführung. Das Parlament wurde seinerzeit geschaffen, um zwischen Regierung und Volk ein Bindeglied einzuschalten, das man sich nicht ohne weiteres wegdenken kann. Die Frage ist nur, ob es allenfalls nicht auf andere Art als nach den Grundsätzen des allgemeinen Wahlrechtes bestellt werden sollte. „Die Gefahr für die Demokratie liegt nicht in der Vielheit der Parteien, sondern in ihrer Entartung."[83])

c) *Verwaltungsrechtliche Befugnisse der Justizbehörden.*

Wiewohl die Justizverwaltung zu keinen kritischen Bemerkungen Anlass gibt, sei zur systematischen Abrundung doch noch darauf hingewiesen, dass auch die Gerichte vielfach Befugnisse haben, die über den Rahmen der Rechtsprechung hinausgehen. Sie sind durchwegs Wahlbehörden für ihr Kanzleipersonal und üben da und dort Aufsichtsbefugnisse aus, so über das Handelsregister, das Grundbuch- und Vormundschaftswesen, das Notariat, die Anwälte und Geschäftsagenten, während in andern Kantonen diese nämlichen Befugnisse einer Verwaltungsbehörde zustehen. Vgl. auch SchKG Art. 15 betreffend das Oberaufsichtsrecht des Bundesgerichtes im Schuldbetreibungs- und Konkurswesen. Es ist ohne weiteres klar, dass auch

---

[83]) Werner Kägi, Die Überwindung des Parteienstaates als Problem der Demokratie, S. 51.

die Abnahme von Prüfungen als Verwaltungstätigkeit anzusehen ist[84]).

3. Verschiebungen und Übergriffe im Bereiche der richterlichen Gewalt.

a) Der Gegensatz von öffentlichem Recht und Privatrecht als Grundlage des Dreiteilungsschemas.

Wennschon Voltaire die mit Ernst vorgetragene Zahlenmystik der pythagoreischen Schule einen Galimathias genannt hat, so haben Zahlengebilde merkwürdigerweise doch immer einen bestrickenden Zauber ausgeübt, nicht nur auf den illusionsfähigen Sinn der Masse, sondern gelegentlich auch auf starke und subtile Geister, sogar auf den hochgebildeten Geist des Aristoteles. Nach Lorenz Oken, dem Haupt der Naturphilosophie des letzten Jahrhunderts, ist alles Reale schlechterdings nichts anderes als eine Zahl; ihre Grundsätze werden als das eigentlich Wesenhafte auch auf sittlichem und politischem Gebiet erklärt. Die Heiligkeit der Dreizahl tritt uns schon bei Homer entgegen[85]). Montesquieu scheint diesem Gedankenspiel auch unterworfen gewesen zu sein, sonst hätte er die Möglichkeit einer wissenschaftlichen Lokalisierung aller Rechtsverhältnisse in seinem Dreiteilungsschema als problematisch empfinden müssen. Seine anspruchslose Umschreibung der richterlichen Gewalt („puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit civil") ist keine Zauberformel, mit deren Hilfe die entsprechenden „Machtbezirke" der Verwaltung und der Rechtspflege (Justiz) sich

---

[84]) Vgl. Aeppli, Die staatsrechtliche Stellung des OG und des RR in Justizverwaltungssachen nach zürch. Recht, ZblStGV, Bd. 24, S. 121.

[85]) Auf die religiösen Entsprechungsformeln auf dem Gebiete des Rechts hat vor allem C. A. Emge in seinen verschiedenen Schriften, besonders in „Vorschule der Rechtsphilosophie", 1925, hingewiesen. Vgl. auch derselbe, Der philosophische Gehalt der religiösen Dogmatik, 1929.

sauber ausscheiden lassen; sie erinnert vielmehr an das „berühmt gewordene Bett des attischen Briganten Prokrustes“ [86]) und kann jedenfalls nicht davon entheben, in vorsichtiger Analyse an Hand theoretisch haltbarer und praktisch durchführbarer Ausscheidungskriterien die massgebende Rechtsordnung und damit den Kompetenzbereich der richterlichen und vollziehenden Gewalt zu bestimmen.

Seit Ulpianus den berühmten Satz geschrieben hat: „huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem“ (Dig I 1. 2), ist die Frage, was das Typische dieser beiden „Hemisphären“ der Rechtsordnung sei und was ihre spezifische Differenz ausmache, schon unzählige Male gestellt und auf die mannigfachste Weise beantwortet worden. Der Meinungsstreit um diese Frage, wohl eine der schwierigsten der praktischen Jurisprudenz überhaupt, ist namentlich in den letzten Jahren sehr lebhaft gewesen. Der fragliche Gegensatz bildet recht eigentlich das Rückgrat der ganzen rechtstheoretischen Systematik und ist allen Sachentscheidungen, wo das Verhältnis von Justiz und Verwaltung in Frage steht, frontal vorgelagert. So hängt die Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Klage gemäss VDG Art. 17 von der Unterscheidung des öffentlichen vom Privatrecht ab. Nach Massgabe von Art. 48 OrgG beurteilt das Bundesgericht als einzige Instanz „zivilrechtliche Streitigkeiten“, und der gleiche Begriff ist auch massgebend für die Berufung gemäss Art. 56 l. c. Es ist ein Rechtssatz des täglichen Lebens, dass in allen diesen Fällen die Zuständigkeit von Amtes wegen geprüft werden muss; denn die Frage ist grundsätzlicher Natur.

Ausnahmsweise entscheidet der Gesetzgeber selbst darüber, ob eine konkrete Beziehung der öffentlichen Gewalt zu den Bürgern dem Privatrecht unterstellt sein soll oder

---

[86]) Max Gutzwiller, Der Geltungsbereich der Währungsvorschriften (Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Universität Freiburg), S. 10.

nicht. So trifft z. B. VDG Art. 19, lit. b, die Entscheidung selber, indem es die Ansprüche aus dem Tarifwesen der Bundesbahnen dem Privatrecht unterstellt und von der verwaltungsgerichtlichen Klage ausschliesst. Der Gesetzgeber reiht ferner die Beziehungen der Beamten zum Staate dem öffentlichen Rechte ein, unterstellt aber dennoch die Amtsbürgschaft dem Privatrecht (OR Art. 504). De lege ferenda mag man diese Lösung ablehnen, de lege lata aber hat man sich daran zu halten.

Nicht immer liegt die Lösung so einfach zur Hand. Wenn der Gesetzgeber schweigt, was meistens der Fall ist, so haben Wissenschaft und Praxis das Schiedsrichteramt zu übernehmen und festzustellen, wo — um einen Ausdruck von Savigny zu verwenden — das strittige Rechtsverhältnis seinen Sitz hat. Aus der Gesamtanschauung der Verhältnisse gilt es dann, sich klar zu werden, ob es unter das öffentliche oder Privatrecht fällt. Dabei ist auf die innere Natur des Rechtssatzes, bzw. den Rechtsgrund des zu beurteilenden Anspruchs abzustellen[87]). Es steht fest, dass weder der Vermögenswert noch die berühmte Theorie von den Privatrechtstiteln ein brauchbares Kriterium für die Abgrenzung des öffentlichen vom Privatrecht zu geben vermag.

Auch der Begriff der „Rechtsprechung" hilft nicht weiter. Die ältere Literatur steht zwar auf dem Standpunkt, als Rechtsprechung könne nur gelten, was von unabhängigen Gerichten geübt werde. Die Begriffe „Rechtsprechung" und „Rechtspflege" (Justiz) sind für sie identische Vorstellungen. Dieses grundsätzliche Rechtsprechungsmonopol der Justiz wird auch heute noch von gewichtigen Stimmen vertreten. Als Beweis sei Fritz Fleiner angeführt: „Der Kompetenzbereich der Gerichte, Verwaltungsbehörden und Gesetzgebungsorgane ist nicht reinlich abgegrenzt . . . Jeder der drei Gewalten ist ein kleines Stück aus der Kompetenzsphäre der anderen Gewalt

---

[87]) Vgl. schon BGE 6 S. 290, 8 S. 752, 17 S. 422 und oft.

zugeschieden worden. Aber eine bestimmte Tätigkeit ist für eine jede von ihnen eigentliches Lebenselement: für die Gerichte das Rechtsprechen, für die Verwaltungsbehörden das Verwalten, für die Gesetzgebungsorgane das Rechtsetzen.“ [88]) Hier begegnet uns also die Ansicht, dass Rechtsprechung von Hause aus nicht die Aufgabe der Verwaltung sein könne und als störendes Element „eigentlich“ aus ihr ausgemerzt werden sollte.

Schon früh erhob sich jedoch die Stimme der Kritik, die sich der Tatsache nicht verschliessen konnte, dass auch die Verwaltung unter Umständen Recht spreche und Recht sprechen müsse. Die abwegige Ansicht, dass die Rechtsprechung grundsätzlich Monopol der Justiz sei, ist besonders von Bernatzick in seiner berühmten Schrift „Rechtsprechung und materielle Rechtskraft“ (1886) [89]) sorgfältig durchleuchtet worden. Mit Gründen, deren Stichhaltigkeit man sich kaum verschliessen kann, weist dieser anregende Schriftsteller nach, dass „Rechtsprechung“ und „Verwaltung“ im modernen Rechtsstaat keine Gegensätze sind, sondern dass es Rechtsprechung mit allen ihren entscheidenden Begriffsbestandteilen sowohl in der Verwaltung wie in der Justiz gibt. Das ist auch die Ansicht von Otto Mayer, wenn er sagt: „Rechtsprechungsakte bestanden schon vor der Einführung einer Verwaltungsrechtspflege und bestehen jetzt noch zahlreich neben und ausser ihr.“ [90]) Es ist daher nicht einzusehen, wieso das Rechtsprechen bloss ein „Lebenselement“ der Justiz und nicht auch „eigentliche“ Verwaltungstätigkeit sein sollte dort, wo zweifelsohne — wie z. B. im Steuerveranlagungsverfahren — einer Verwaltungsbehörde Rechtsprechungsfunk-

---

[88]) Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts (7. Aufl.), S. 108. Noch unbedenklicher drückt sich Mäder aus (Der Rechtsschutz in Steuersachen im Kt. St. Gallen, S. 58), wenn er sagt: „Wir identifizieren hier die Bezeichnungen Justiz, Rechtspflege und Rechtsprechung.“

[89]) §§ 4, 5 und 6.

[90]) Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 134 f.

tionen übertragen sind. Kennzeichnend für die Justiz ist bloss das Rechtsprechen im prozessualen Parteiverfahren, nicht aber das Rechtsprechen an und für sich[91]).

Eine weitere Auffassung erblickte in der Ordnung des Rechtsschutzes das massgebende Kriterium für die Ausscheidung des öffentlichen vom Privatrecht. Dieser Anhaltspunkt ist aber nicht zuverlässig. Aus reinen Zweckmässigkeitsgründen kann eine sog. „Erweiterung des Rechtsweges" vorgenommen werden. Das wird namentlich häufig sein bei einem Gesetzgeber, der nicht nach einem fein durchdachten Plan arbeitet. Wo dagegen die rechtsetzenden Instanzen durchgeschulte Juristen sind, werden sie für öffentlichrechtliche Belange den Weg der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde vorschreiben, andernfalls den Weg der Zivilklage.

Im Bunde sind die Verhältnisse namentlich auch deshalb unübersichtlich geworden, weil der Begriff der Zivilrechtsstreitigkeit gemäss OrgG Art. 48 weiter gefasst wird als bei der Frage der Zulässigkeit der zivilrechtlichen Berufung nach Art. 56 l. c.[92]). Die Unterscheidung zwischen zivilrechtlichen und öffentlichrechtlichen Ansprüchen im Sinne des Art. 48 OrgG deckt sich auch nicht mit derjenigen des Art. 17 VDG. Während hier ganz die öffentlichrechtliche Auffassung der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft zum Durchbruch kommt, hat das Bundesgericht in zahlreichen Urteilen ausgesprochen, der Begriff

---

[91]) Weitere Ausführungen zu dieser Frage finden sich bei W. Oswald, Die Steuerveranlagung, S. 43 ff.

[92]) BGE 41 II 162.

Für das Bundesgericht unerheblich ist, ob der geltend gemachte Anspruch nach dem kantonalen Prozessrecht durch die ordentlichen Zivilgerichte des Kantons zu beurteilen gewesen wäre; die bundesgerichtliche Kompetenz muss vielmehr nach einheitlichen Begriffen ausgerichtet sein: BGE 40 II 87; 49 II 417; Burckhardt, Komm., S. 757. Nicht entscheidend ist ferner, wie die Parteien ihren Anspruch bezeichnen, sondern ob er bei objektiver Beurteilung öffentlichrechtlicher oder zivilrechtlicher Natur ist: BGE 15 S. 908; 17 S. 796; 19 S. 612; 29 II 426; 52 II 259.

der Zivilrechtsstreitigkeit im Sinne von Art. 48 OrgG brauche mit demjenigen der Theorie nicht übereinzustimmen, da er gewissermassen ein historischer sei, indem schon die BV von 1848 (in Art. 97 und 101) in erster Linie Schutz vor einem unabhängigen Forum bieten wollte[93]). An diesem historischen Begriff der Zivilrechtsstreitigkeit hat das Bundesgericht bis heute konsequent festgehalten. Man hat ihm zwar schon vorgehalten, seine auf Art. 48 OrgG gestützte Praxis verlaufe im Zickzack. In Wirklichkeit halten die darauf bezugnehmenden Urteile wenigstens im Dispositiv eine feste Linie ein, wennschon die Begründung mitunter zu wünschen übriglässt und gelegentlich versucht wurde, die Urteile mit Unterscheidungen der modernen Doktrin zu verzieren, anstatt schlankweg auf die historische Auslegung zurückzugreifen[94]). Auch das deutsche Reichsgericht kam dazu, die „Zivilrechtsstreitigkeit" — man nennt sie dort die „Zulässigkeit des Rechtsweges" — in einem historischen Sinne aufzufassen, so wie die Bestimmung galt zur Zeit ihres Erlasses[95]).

Der entscheidende Grund für diese Ausdehnung der Zivilrechtsstreitigkeit ist das Bedürfnis nach Gewährung eines unabhängigen Rechtsschutzes. Das Bundesgericht hat es aber mit Recht abgelehnt, bloss aus diesem Grunde in der Anwendung von Art. 48 OrgG, diesem Residuum aus der Zeit des Polizeistaates, noch weiter zu gehen als die alte Fiskustheorie, auf die bei der Auslegung von Art. 48 zurückzugreifen ist[96]). Wollte man bloss aus dem

---

[93]) Vgl. statt aller BGE 41 II 162; 49 II 415.

[94]) Vgl. diesbezüglich BGE 41 II 162; 44 II 312; 50 II 97. — Für die Praxis zum Art. 48 OrgG sei im übrigen verwiesen auf BGE 3 S. 228; 9 S. 93; 35 II 716; 40 II 87; 41 II 162; 42 II 613; 43 II 721; 44 II 308; 47 II 73; 49 II 404; 50 II 297; 55 II 111; 58 II 463.

[95]) Zahlreiche Entscheide, vgl. u. a.: RGZ **103** S. 56; **106** S. 409.

[96]) Vgl. insbes. den Nichteintretensbeschluss der staatsrechtlichen Abteilung vom 23. Oktober 1936 i. S. Fédération suisse des ouvriers sur métaux et horlogers c. Neuchâtel, Canton.

Bedürfnis des Rechtsschutzes alle möglichen Verhältnisse in den Art. 48 l. c. einbeziehen, dann würde das Bundesgericht eine wahre Flut solcher Zivilprozesse erleben.

Der Grundgedanke, welcher der Fiskustheorie zugrunde lag, ist der: Wenn der Staat durch Hoheitsakte (Amtshandlungen) eingreift in das Vermögen der Privaten, dann schuldet er Schadenersatz, und diese Frage hat der Richter zu entscheiden. Legt der Staat mit seiner obrigkeitlichen Gewalt dem einzelnen ein besonderes Opfer auf, so wird der Fiskus dem Betroffenen die angemessene Vergütung schuldig, auf welche er vor den Zivilgerichten verklagt werden kann. „Da man gegen den Staat selbst nichts ausrichten kann und der Fiskus als ‚Privatmann' nicht mehr tun kann als zahlen, so läuft alle Garantie der bürgerlichen Freiheit im Polizeistaate auf den Satz hinaus: dulde und liquidiere." [97]) Der Fiskus als Privatrechtssubjekt wurde so zum allgemeinen „Prügeljungen" für den Staat, wobei immer nur die Geldfrage im Spiele steht.

Voraussetzung für die Anwendung von Art. 48 OrgG ist daher regelmässig, dass ein vermögensrechtlicher Anspruch gegen den Staat vorliegt. Das genügt aber noch nicht. Es sind schon wiederholt vermögensrechtliche Ansprüche Privater gegen den Staat als öffentlichrechtliche behandelt worden [98]). Auch im Schrifttum wird nicht die Meinung vertreten, dass vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Staat früher schlechthin als privatrechtliche betrachtet worden seien, sondern nur, dass dies im allgemeinen der Fall gewesen sei [99]). Notwendige Voraussetzung des Art. 48 OrgG ist das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses, das zur Zeit der Entstehung des Gesetzes als privatrechtlich betrachtet wurde. Es sind dies zwei Gruppen von Ansprüchen:

---

[97]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 53.

[98]) Vgl. BGE 44 II 314; 50 II 298; zu weit in der Formulierung indes BGE 55 II 111.

[99]) Vgl. Burckhardt, Komm., S. 757; Schurter-Fritzsche, Das Zivilprozessrecht des Bundes, S. 277.

α) Die Schadenersatzklagen, die sich gründen auf einen rechtswidrigen Eingriff durch pflichtwidriges Verhalten eines Beamten. Ferner Schadenersatzklagen auf Grund eines rechtmässigen Eingreifens des Staates, soweit in diesem Falle ausnahmsweise eine Schadenersatzpflicht gesetzlich begründet und anerkannt ist (Problem der sogenannten öffentlichrechtlichen Entschädigung)[100]).

Die Umwandlung in einen Schadenersatz- oder Bereicherungsanspruch macht indes — wie auch das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat[101]) — aus einem öffentlichrechtlichen Verhältnis kein zivilrechtliches. Die Praxis hat wiederholt daran festgehalten, dass sich im öffentlichen Recht die Verpflichtung zu einer Leistung, bzw. zu der Unterlassung eines Eingriffes bei Nichterfüllung nicht ohne weiteres in einen Anspruch auf Schadenersatz auflöse, wie im Privatrecht, sondern nur da, wo es gesetzlich vorgesehen ist oder sich aus der besonderen Natur des betreffenden Verhältnisses ergibt[102]).

β) Neben den Schadenersatzklagen gibt es noch eine zweite Klasse von Arten, die nach der alten Fiskustheorie die Voraussetzungen des Art. 48 OrgG erfüllen. Es sind dies Ansprüche aus gewissen Staatsakten, die im Jahre 1848 noch als Vertrag aufgefasst wurden, wie z. B. die Konzession, das Beamtenverhältnis bzw. der Gehaltsanspruch, die condictio des öffentlichen Rechts, der Anspruch auf Expropriationsentschädigung u. a.[103]).

Anderweitige pekuniäre Ansprüche gegen den Staat, insbesondere Subventionen und sonstige obligationes ex lege, die der Staat einseitig und ohne pseudokontraktische Grundlage gewährt, wurden auch in der Maienblüte der

---

[100]) Das Bundesgericht hat wiederholt Schadenersatzansprüche gegen das Gemeinwesen als privatrechtlicher Natur bezeichnet: BGE 9 S. 93; 42 II 613; 43 II 721; 47 II 74.

[101]) Vgl. z. B. RGZ 113 S. 134; 121 S. 10; 129 S. 288; 130 S. 270, 316, 327.

[102]) BGE 47 II 73 (Fall Lombardi); ferner BGE 49 I 572.

[103]) S. die in Anm. 94 angeführte Praxis.

Fiskustheorie nie als Zivilrechtsstreitigkeit behandelt. Es wäre verfehlt, heute in rückläufiger Bewegung dem Art. 48 OrgG, diesem Ichthyosaurier aus längst entschwundener Zeit, auf gewaltsamem Wege neues Leben einzuhauchen. Das ist nicht der richtige Weg. Die Kantone sollen vielmehr die Verwaltungsgerichtsbarkeit ausbauen. Das blosse Rechtsschutzbedürfnis darf — wie das Bundesgericht rechtzeitig erkannt hat — nicht zu einem ärmlichen Opportunismus der höchstrichterlichen Tätigkeit verleiten. Die dargelegte „Erweiterung des Rechtsweges" hat ohnehin zu einer ansehnlichen Übermarchung bei der Justiz geführt. Insonderheit die Kantone stehen noch stark im Banne des Justizstaates.

Grundsätzlich bleiben den ordentlichen Gerichten alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen vorbehalten. Die Verfassungen umschreiben diese Begriffe aber nicht näher und überlassen die nähere Abgrenzung der Gesetzgebung[104]). Diese hat denn auch überall Verschiebungen vorgenommen und der Justiz, bzw. den Verwaltungsbehörden Kompetenzen in grösserem oder geringerem Umfange übertragen. Das Bundesgericht ist daran gebunden und kann bloss Gesetzeslücken nach grundsätzlichen Gesichtspunkten ausfüllen. Der Grundsatz der Gewaltentrennung ist nur verletzt, wenn die verschiedenen Gewalten im Widerspruch mit Verfassung und Gesetz sich willkürlich Befugnisse anmassen.

Rücksichtlich des wichtigen Prinzips der gegenseitigen Unabhängigkeit und Anerkennung der von der anderen Gewalt erlassenen rechtsgültigen Akte sei noch bemerkt, dass die Behörde, welche zur materiellen Beurteilung eines Rechtsverhältnisses zuständig ist, die Kompetenz hat — sofern der Gesetzgeber für bestimmte Materien nicht anders verfügt —, alle erheblichen Vorfragen incidenter zu entscheiden. Die Vorfragenentscheidung bildet aber lediglich ein Element für die Urteilsfindung; sie bedeutet

---

[104]) Vgl. BGE 6 S. 420; 8 S. 752; 11 S. 145; 10 S. 228.

nichts Definitives und nimmt daher auch nicht an der Rechtskraft teil. Das ist heute allgemeine Meinung der Doktrin und Praxis, und ich habe keinen Anlass, näher dabei zu verweilen[105]).

b) Die Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege.

Wo nichts anderes vorgesehen ist, gilt die Regel, dass der endgültige Entscheid über öffentlichrechtliche Streitigkeiten in die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden fällt[106]). Das gleiche gilt auch für die Ausübung der

---

[105]) BGE 32 I 630; 33 I 133; 55 I 406.

[106]) Übergriffe der richterlichen Gewalt in das Gebiet der vollziehenden sind seltener als die Fälle vice versa. — Durch Urteil vom 29. März 1927 hatte das waadtländische Kassationsgericht einen Militärpflichtigen, der die obligatorische Schiesspflicht versäumt und auch den von ihm deswegen geforderten Militärpflichtersatz nicht bezahlt hatte, gleichwohl freigesprochen, weil es annahm, dass in diesem Falle der Bezug des Militärpflichtersatzes gar nicht in Betracht gekommen wäre. Dieses Urteil wurde jedoch vom bundesgerichtlichen Kassationshof aufgehoben, da es dem Strafrichter nicht zustehe, eine von den Verwaltungsbehörden rechtskräftig vorgenommene Veranlagung zum Militärpflichtersatz zu überprüfen (BGE 53 I 242). — Vgl. ferner betr. Zuweisung von Fällen aus dem Gebiet der Finanzhoheit an die Verwaltungsbehörden: BGE 6 S. 420, 7 S. 624, 16 S. 513, 17 S. 422, 24 I 33 und oft. Betr. Hoheit an Strassen und Gewässern: BGE 11 S. 145, 8 S. 752. Betr. die Beziehungen der Benützer zu den öffentlichrechtlichen Anstalten: BGE 41 I 240, 42 I 108. Betr. Eigentumsabtretungen zugunsten von Bodenverbesserungsunternehmungen: BGE 52 I 149. Hingegen wurde auf den Zivilweg verwiesen in BGE 16 S. 70 die Frage der privatrechtlichen Wirkung eines verwaltungsrechtlich beeinflussten Kaufvertrages (Gemeindewaldungen). Betr. die zivilprozessuale Geltendmachung wohlerworbener Rechte vgl. BGE 8 S. 868 ff. (berühmter Fall des Curé Vuarin in Genf), 11 S. 309. Vgl. ferner BGE 14 S. 572, 20 S. 777, 28 I 349. Weitere Fälle s. bei Brown, a. a. O. S. 77 ff. — Ein krasser Fall von Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung, der für den Staat Genf Schadenersatzpflicht nach sich zog, findet sich in der Semaine judiciaire, Bd. 64, S. 129. Ein Vermieter hatte gegenüber seinem Mieter ein Urteil auf Hausausweisung erwirkt; die Verwaltungsbehörden verweigerten aber mehrere

Disziplinargewalt[107]). Die Staatsaufsicht über die Selbstverwaltungskörper bildet grundsätzlich ebenfalls nicht Gegenstand eines Zivilstreites[108]). Die grundsätzliche Zuweisung dieser Kompetenzen an die Verwaltungsbehörden entspricht auch dem Teilungsschema Montesquieus; denn es unterliegt kaum einem Zweifel, dass in der Nachprüfung von Verwaltungsakten durch unabhängige Gerichte, zumal in der Form des Justizstaates, eine Abweichung von der ursprünglichen Auffassung der Gewaltentrennung liegt[109]).

Monate lang dessen Vollstreckung und gewährten widerrechtlich dem Mieter Fristen. Darin lag sicher ein Übergriff in das Gebiet der richterlichen Gewalt.

[107]) Vgl. indes betr. unzulässigen Eingriff in die richterliche Gewalt bei Entzug des Anwaltpatentes: BGE 18 S. 482 sowie i. S. Jecker c. Solothurn vom 8. November 1929; ferner den Berner Fall in BGE 35 I 433. Die Disziplinargewalt über die Anwälte betreffen weiterhin BGE 67 I 80, 59 I 193, 54 I 96, 46 I 318, 26 I 81. Vgl. auch Kehrli, in ZbJV 1938, S. 1 ff.

Zum Gebrauch von Disziplinarmitteln auf dem Gebiete der obrigkeitlichen Fürsorge (Vormundschaft, Armenpflege usw.) sind regelmässig die Verwaltungsbehörden ermächtigt; s. BGE 11 S. 26. Vgl. indes betreffend vorsorgliche Massnahmen während eines Bevormundungsverfahrens (Aargau): BGE 2 S. 439, 17 S. 600. — Die Mehrzahl der Kantone haben für die Entmündigung die Verwaltungsbehörden zuständig erklärt (ZGB Art. 373).

Rücksichtlich der Kognition des Kirchenrates in kirchlichen Disziplinarfällen ist zu verweisen auf BGE 23 II 1503.

[108]) Vgl. BGE 40 I 245, 34 I 476, 9 S. 243. — Vertragliche Verpflichtungen einer Gemeinde zu bestimmten Leistungen wurden indes, unter Vorbehalt spezieller Ermächtigung, als Justizfrage behandelt (BGE 21 S. 1001), ebenso die Verletzung privatrechtlicher Ansprüche durch kraft Aufsichtsrecht ergangene Zwangsakte (BGE 15 S. 172, 27 I 204). Die Verwaltungsbehörden entscheiden andererseits selber, ob ein Rechtssubjekt ihrer Aufsicht untersteht (BGE 40 I 245).

[109]) Der bedeutendste Wortführer der justizstaatlichen Lösung war Otto Bähr mit seiner bekannten Schrift „Der Rechtsstaat" (1864), während Rudolf von Gneist, dessen organisatorische Vorschläge in Deutschland weitgehend Verwirklichung gefunden haben, die Einführung besonderer Verwaltungsgerichtshöfe befürwortete. Seine Kampfschrift gegen Bähr trägt ebenfalls den Titel „Der Rechtsstaat" (1872).

Das rechtsstaatliche Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung hat einzelne Kantone (vor allem St. Gallen und Tessin) sogar veranlasst, den Rekurs, insbesondere in Steuersachen, an die Zivilgerichte gehen zu lassen[110]). Diese Ausgestaltung des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens bedeutet eine fühlbare Abschwächung des ohnehin nicht scharf ausgeprägten Gegensatzes von Justiz und Verwaltung[111]).

In Graubünden (KV Art. 20) beurteilt der Grosse Rat zweitinstanzlich die vom Kleinen Rat entschiedenen Rekurse „politischer und administrativer Natur", wenn nicht durch Spezialgesetze der Weiterzug ausgeschlossen ist oder andere Behörden dafür bestimmt sind[112]).

Unabhängige Verwaltungsgerichte bestehen heute im Bunde[113]) und in den Kantonen Aargau, Basel-Stadt und Bern[114]).

Die Ansichten über die Zweckmässigkeit dieser gerichtlichen Kontrolle über die Anwendung des Verwaltungsrechts gehen heute noch weit auseinander. Es ist hier nicht der Ort, diese alte Streitfrage eingehend zu erörtern.

---

[110]) Vgl. Blumenstein, Schweiz. Steuerrecht, Bd. 2, S. 561; Wyssa, Le contentieux administratif en Suisse, S. 60.

[111]) Für den Kt. Freiburg, der die Verwaltungsstreitigkeiten ebenfalls in weitgehendem Masse den ordentlichen Gerichten überträgt, ist zu verweisen auf Art. 731 und 732 seiner ZPO.

[112]) Ähnlich Uri (KV Art. 59, lit. n), Nidwalden (KV Art. 57, Ziff. 14), Glarus (KV Art. 44, Ziff. 11).

[113]) BG über die eidg. Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928 (VDG). — Vgl. darüber die vorbildlichen Darstellungen von Kirchhofer, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, 1930; derselbe, Die Disziplinarrechtspflege beim Bundesgericht, 1933.

[114]) Aargau: Ges. über das Verfahren bei Verwaltungsstreitigkeiten vom 25. Brachmonat 1841. — Vgl. dazu W. Oswald, Der Rechtsschutz in Steuersachen nach aargauischem Recht, 1932. — Basel-Stadt: Ges. über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. März 1905. — Bern: Ges. betr. die Verwaltungsrechtspflege vom 31. Oktober 1909. — Vgl. auch Zellweger, Die Verwaltungsjustiz der Kantone im Gebiete ihrer direkten Steuern, 1926.

Bemerkt sei bloss, dass man in den Kantonen, wo das Verwaltungsgericht existiert, diese Einrichtung nicht mehr missen möchte. Voraussetzung für ihr gutes Funktionieren ist allerdings, dass die Befugnisse des Verwaltungsgerichtes nicht überspannt werden und durch seine Zusammensetzung dafür gesorgt wird, dass es für sachgemässe Entscheidung mehr Garantie bietet als der ordentliche Zivilrichter. Das wird schwer zu verwirklichen sein namentlich in kleinen Kantonen, die ohnehin Mühe haben, ihre ordentlichen Gerichte zu bestellen. Verwaltungsgerichte können den rechtsstaatlichen Anforderungen nur genügen, wenn sie mit verwaltungsrechtlich vorgebildeten Richtern besetzt sind, die ein weitgehendes Verständnis für die Bedürfnisse der Verwaltung haben und sich in möglichster Unabhängigkeit von der Verwaltung befinden.

c) Ausübung richterlicher Funktionen durch Verwaltungsbehörden.

Selbst in dieser Hinsicht ist die Gewaltentrennung nicht restlos durchgeführt. Es gibt Kantone, in welchen der Regierungsrat als Kassationsinstanz in Strafsachen amtet (Graubünden), und andere, in denen ihm das EinfG. z. ZGB Funktionen übertragen hat, die anderswo die Gerichte ausüben, z. B. den Entscheid über die Zuerkennung eines Notwegrechtes (Luzern und St. Gallen)[115]).

In Appenzell I.-Rh. (KV Art. 30 i. f.) fungiert die Standeskommission sogar als Kassationsbehörde für letztinstanzliche Zivil- und Strafurteile in Fällen von vor-

---

[115]) Sofern der Streitwert eines Notwegrechts 4000 Fr. beträgt, ist — da es sich im Grunde genommen um eine Zivilrechtsstreitigkeit handelt — auch rücksichtlich dieser Kantone die zivilrechtliche Berufung gemäss Art. 56 OrgG zulässig (vgl. BGE i. S. Häfliger vom 31. Mai 1935 sowie i. S. Kaufmann c. Luzern, RR., vom 25. Januar 1935). — Die Luzerner Lösung (EinfG z. ZGB § 91) ist übrigens insofern nicht sehr glücklich, als der Notweg durch den Gemeinderat zugewiesen, die Entschädigung aber durch den Richter festgesetzt wird. Es ist ein alter Satz der Prozessökonomie, dass causae connexae nicht aufgespalten werden sollen.

gekommenen Formfehlern, was zweifelsohne einen schweren Verstoss gegen den Grundsatz der Gewaltentrennung bedeutet, der freilich von diesem Kanton nicht ausdrücklich rezipiert worden ist[116]). An sich ist das in gewissen Kantonen vorgesehene Aufsichtsrecht des Regierungsrates über die Gerichte disziplinärer Natur und ausschliesslich auf dem subjektiven Schuldprinzip aufgebaut. Die Befugnis der Aufsichtsinstanz beschränkt sich daher auf die Reprobation von Willensfehlern; ein Eingehen in die Meritalentscheidung ist ihr untersagt[117]).

In verschiedenen Kantonen, so z. B. im Aargau, amten die Gemeinderäte als Polizeigerichte, vor allem mit Bezug auf die Anwendung des eigenen Verordnungsrechts der Gemeinden, gelegentlich aber auch rücksichtlich der Übertretung staatlicher Gesetze, z. B. des Wirtschaftsgesetzes, des Hausiergesetzes usw. Niemand hat bis jetzt gegen diese Rechtsprechung etwas eingewendet, die geringe Kosten verursacht und übrigens der gerichtlichen Kontrolle unterstellt ist. Die Übertragung der Polizeigerichtsbarkeit auf die Verwaltungsbehörden muss sich aber auf einen ermächtigenden Rechtssatz stützen können, der nicht unbedingt an den Vorbehalt des Gesetzes (im formellen Sinne) gebunden ist[118]). Grundsätzlich aber fällt die Verfolgung und Bestrafung von Polizeidelikten in die Kompetenz der ordentlichen Strafgerichte, nicht aber schon die blosse An-

---

[116]) Vgl. BGE 6 S. 230, 8 S. 244.

[117]) Vgl. zur „querela protractae vel denegatae justitiae" oder Dienstaufsichtsbeschwerde auf dem Verwaltungswege Heusler, Der Zivilprozess der Schweiz, S. 150; ferner Oswald, Rechtsschutz in Steuersachen, S. 53 ff. — Betr. Genf und Nidwalden ist zu verweisen auf BGE 23 II 997 und 36 I 471.

[118]) Die glarnerischen Gemeinderäte sind nach Massgabe bestehender Gemeindegesetze Strafrichter für Frevel in den Gemeindewaldungen sowie für Übertretungen ortspolizeilicher Vorschriften (KV Art. 71); vgl. auch BGE 35 I 57. — Betreffend die Zuständigkeit der bündnerischen Gemeinden zur Beurteilung von Feldpolizeidelikten, vgl. BGE 8 S. 23.

drohung von Sanktionen[119]). Dem Strafrichter bleibt auch die Frage der Unterstellung konkreter Fälle unter eine Verbotsnorm vorbehalten, dies jedenfalls da, wo die Verwaltungsentscheide nicht einer Nachprüfung durch ein Verwaltungsgericht unterstehen[120]).

Zur Hauptsache steht auch im Bunde die Kompetenz zur Beurteilung von Verwaltungsdelikten nicht den Verwaltungsbehörden, sondern den Gerichten zu. Das BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 statuiert aber wichtige Ausnahmen rücksichtlich der Übertretung fiskalischer und anderer Bundesgesetze. Für die Verfolgung und Beurteilung dieser Übertretungen ist die Verwaltung zuständig, sofern nicht auf Freiheitsstrafe zu erkennen ist. Dem Bundesrat steht ausserdem die Überweisung an das Bundesstrafgericht frei (Art. 281, 321, 322 und 325 l. c.)[121]).

Zu einer nicht unberechtigten Polemik hat die auf dem Vollmachtenwege geschaffene spezielle Strafgerichtsbarkeit für die Ahndung von Verstössen gegen kriegswirtschaftliche Massnahmen Anlass gegeben. Ihre Ausgestaltung lässt gerade vom Standpunkt der Gewaltentrennung aus zu wünschen übrig. Die strafrechtlichen Kommissionen des EVD, die erfreulicherweise grösstenteils mit erfahrenen Richtern und Juristen besetzt worden sind, haben sich zwar trotz ihrer Bestellung durch den

---

[119]) BGE 11 S. 26, 14 S. 224, 17 S. 593, 21 S. 679, 50 I 49, wo den neuenburgischen Gemeindebehörden polizeirichterliche Befugnisse abgesprochen werden.

[120]) Mit Beschluss vom 12. September 1921 verbot der Regierungsrat des Kantons Aargau den Inhabern einer Sprachheilanstalt in Laufenburg den Betrieb dieser Anstalt. Das Bundesgericht hob jedoch diese Verfügung auf, da nach § 40 des aarg. Sanitätsgesetzes von 1919 der Strafrichter zu entscheiden habe, ob eine bestimmte Tätigkeit als Übertretung des Gesetzes anzusehen sei. Erst wenn er diese Frage bejaht habe, so seien die Organe der Gesundheitspolizei befugt, durch Zwangsmassnahmen die weitere Tätigkeit des Fehlbaren zu verhindern (BGE 47 I 429).

[121]) Vgl. auch Emilio Moser, Die Rechtsverordnungen des Bundesrates, S. 82 ff.

Bundesrat als selbständige und unabhängige Gerichte erwiesen. Ein nicht geringer Teil der kriegswirtschaftlichen Strafrechtspflege ruht aber in den Händen des Generalsekretariates des EVD und seiner ihm angegliederten Rechtsdienste. Sie sind nicht nur Aufsichts- und Vollzugsinstanz, sondern gleichzeitig Untersuchungs- und Weisungsbehörde und vereinigen in sich eine grosse Machtfülle. Eine derartige Häufung richterlicher Funktionen bei einer ausgesprochenen Verwaltungsbehörde steht zweifelsohne nicht in Einklang mit dem Grundsatz der Gewaltentrennung[122]).

4. Abweichungen von der Demarkationslinie bei der rechtsetzenden Gewalt.

a) Das Verordnungsrecht der Parlamente.

Der gewaltenteilende Verfassungsstaat hat für die Rechtssetzung, d. h. den Erlass genereller abstrakter Normen, die mit der zweiseitig verbindlichen Kraft des Rechtssatzes Interessensphären abgrenzen und die Kompetenzen der staatlichen Organe festsetzen (Gesetze im materiellen Sinn), eine besondere Form, nämlich das Gesetz im formellen Sinn, ausgebildet. Dieser schon unzählige Male definierte, aber immer noch schwankende Begriff kann für die schweizerische Referendumsdemokratie nicht einfach — in Anlehnung an Laband und die deutsche Doktrin der konstitutionellen Monarchie — dem Parlamentsbeschluss gleichgestellt werden[123]). Die schweizerische Staatstheorie

---

[122]) Vgl. über die Reform-Notwendigkeit des kriegswirtschaftlichen Strafrechtes J. Duft, Kampf ums Recht, 1943.

[123]) Die Behauptung, dem schweizerischen Staatsrecht fehle der formelle Gesetzesbegriff (vgl. z. B. — freilich mit Bezugnahme auf BV 1848 — Guhl, a. a. O. S. 22), ist nicht unwidersprochen geblieben. S. darüber die kritische Stellungnahme von O. H. Müller, a. a. O. S. 6 ff.; ferner Giacometti, Rechtsverordnungsrecht, S. 362, sowie Bossard, a. a. O. S. 168, der ebenfalls die praktische Bedeutung des formellen Gesetzesbegriffes betont. — Masnata, La délégation de la compétence législative, S. 34 ff.

tut überhaupt recht daran, ihre Selbständigkeit gegenüber der ausländischen, unter ganz anderen politischen Voraussetzungen stehenden Dogmatik zu wahren. Mit der blossen, namentlich bei Dissertanten so beliebten unkritischen Bezugnahme auf fremde Autoren, insbesondere auch auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts, können wir nie zu einer eigenen Wissenschaft des öffentlichen Rechts gelangen.

Wie wir gesehen haben, erfüllen die schweizerischen Parlamente, deren Hauptfunktion immerhin die Gesetzesberatung ist, auch Verwaltungsaufgaben, und zwar in einem Masse, wie dies im Auslande kaum anzutreffen ist. Es wäre daher sinnlos, alle diese Verwaltungsakte, die in der Beschlussform publiziert werden, als Gesetze im formellen Sinne zu bezeichnen. Im schweizerischen Staatsrecht gelten als solche lediglich referendumspflichtige Erlasse, also verfassungsunmittelbare Rechtserzeugungsakte höchster Geltungskraft[124]). Das Gesetz ist Willensäusserung eines Volkes, sobald es politische Gestalt angenommen hat und zu einer nationalen Einheit zusammengefügt ist. „*Lex est communis reipublicae sponsio*" oder wie Gaius (Inst. I 3) sich ausdrückt: „*Lex est quod populus constituebat.*" Diese römisch-rechtlichen Definitionen nehmen Bezug auf die Art und Weise, wie in Rom Gesetze zustande gekommen sind (nämlich durch Annahme des Gesetzesvorschlages „rogatio"), und stehen daher ohne weiteres auch im Einklang mit der schweizerischen Auffassung.

(Definition S. 87), der den Gesetzesbegriff in seinem ganzen Umfange einer einlässlichen Analyse unterzieht und den Zusammenhang mit obersten organischen Gesichtspunkten betont, verwirft die rein formelle, d. h. lediglich auf die Verschiedenheit des Verfahrens der Rechtssetzung abstellende Grenzziehung zwischen dem Gesetz i. e. S. und der Verordnung und stellt auch den Inhalt des Gesetzes in Gegensatz zum Inhalt der Verordnung, der grundsätzlich, d. h. auch ohne spezielle Ermächtigung, die sogenannten sekundären oder Ausführungsnormen zugewiesen werden sollen. Seine auch rechtsphilosophisch interessanten Ausführungen verdienen weitgehend Zustimmung.

[124]) Vgl. Moser, a. a. O. S. 11; O. H. Müller, a. a. O. S. 10.

In der reinen Demokratie steht die Rechtssetzungsgewalt unmittelbar in Form des fakultativen oder obligatorischen Referendums der Aktivbürgerschaft zu[125]). Das Volk ist dadurch selbst zu einem Organ der Gesetzgebung geworden und hat die Legislative weitgehend depossediert. Die Waadt kennt freilich bloss das Vetorecht des Volkes in der Form des sogenannten Referendums post legem. Die Gesetze im formellen Sinne treten im Bund wie in gewissen Kantonen in verschiedenen Formen in Erscheinung. Die BV hat dafür in Art. 85 Ziff. 2 und Art. 89 zwei Varianten zur Verfügung gestellt: das *Bundesgesetz* und den *allgemeinverbindlichen nicht dringlichen Bundesbeschluss*[126]). Der Anteil des Volkes am Rechtssetzungsverfahren ist für beide der gleiche.

Der gewaltenteilende liberale Rechtsstaat sieht seine Aufgabe in der verfassungsmässigen Sicherung einer Freiheitssphäre des einzelnen und glaubt, dass das Gesetz als die Äusserung des allgemeinen Willens die beste Schranke gegen behördliche Willkür sei, da es in der Regel das ausspreche, was von dem Volksbewusstsein als richtig gefordert wird. Niemand kann zu Handlungen oder Unterlassungen gezwungen werden, zu denen ihn das Gesetz nicht verpflichtet[127]). Der Grundsatz der Gesetzmässig-

---

[125]) Vgl. dazu Zinsli, Studien über das schweizerische Referendum, 1908; ferner W. E. Meyer, Die staatsrechtliche Bedeutung der Volksvertretung im parlamentarischen Staat und in der reinen Demokratie, 1933.

[126]) Vgl. darüber ausser der Monographie von Guhl (Bundesgesetz, Bundesbeschluss und Verordnung) die Arbeit von Walter Sulzer, Der allgemeinverbindliche Bundesbeschluss nach Art. 89 BV, 1932.

[127]) Fr. J. Stahl, Philosophie des Rechts (1878), Bd. 2^2, S. 137, hat die moderne Rechtsstaatsidee in die klassische Formel gefasst: „Der Staat soll Rechtsstaat sein. Das ist die Losung und ist in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neuen Zeit. Er soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern.“ — Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 96, fasst die sich daraus ergebenden Postulate in den

keit der Verwaltung in dem Sinne, dass kein belastender Verwaltungsakt ohne gesetzliche Grundlage ergehen darf, ist schon von Montesquieu ausgesprochen worden, nur dachte er dabei offenbar an Willensäusserungen der Legislative, nicht aber an Gesetze, die unter Mitwirkung der Aktivbürgerschaft geschaffen werden.

Satz zusammen: „Der Rechtsstaat ist der Verfassungsstaat mit möglichst rechtssatzmässiger und möglichst gebundener Verwaltung, in dem auf Grund möglichst genauer gesetzlicher Ermächtigung mittels förmlicher Verwaltungsakte verwaltet und der Rechtsschutz durch Gerichte ausgeübt wird, die als solche und deren Mitglieder persönlich von den verwaltenden Behörden unabhängig sind.“ Er fügt bei: „Während des Krieges und in den ersten Jahren nach ihm ging eine mächtige polizeistaatliche Welle durch das Land ... Schon hörte man Stimmen, die Tage des Rechtsstaates seien gezählt. Er habe sich als eine liberale Einrichtung überlebt und müsse einer erneuten Stärkung der Staatsgewalt Platz machen ... Trotz allem wird es in Deutschland beim Rechtsstaat bleiben. Ein Volk, das die Erzählung vom Michael Kohlhaas ersann, das die Rütliszene schuf, das die Antwort des Müllers von Sanssouci von Geschlecht zu Geschlecht überlieferte, das die richterliche Unabhängigkeit durch ein Martyrium erzwang, lässt sich sein Ideal weder durch ausländische Einflüsse noch durch vorübergehende Staatsnotwendigkeiten rauben.“ — Die Zeitgeschichte lehrt, wie diese Weissagung, ehe noch die Druckerschwärze recht trocken war, Lügen gestraft worden ist.

Der sogenannte nationale Rechtsstaat lehnt den individualistischen Ausgangspunkt des liberalen Rechtsstaates ab und stellt an die Spitze den Gedanken, dass das höhere Recht der Gemeinschaft dem Rechte des einzelnen vorgeht. Er betont stark das Ordnungs- und Machtmoment sowie die nationalpolitischen Lebensnotwendigkeiten und ist bewusster Führerstaat. Max Weber (Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1921, S. 124 ff.) hat dafür den Ausdruck „charismatischer Herrschaftstypus“ geprägt. Der nationale Rechtsstaat lehnt folgerichtig auch die Dreiteilung der Gewalten sowie die Grundrechte des Einzelnen und die Verfassungsgerichtsbarkeit ab. Die Unabhängigkeit der Gerichte hat er anfänglich beibehalten, schliesslich aber auch in diesem Belang den Rubikon überschritten. Vgl. darüber Darmstaedter, Rechtsstaat oder Machtstaat? (1932); Koellreuter, Der nationale Rechtsstaat (1932); Dennewitz, Das nationale Deutschland als Rechtsstaat (1933); Del Vecchio, a. a. O. S. 389 f.

Ein Rechtssetzungsverfahren, an dem Parlament und Bürgerschaft beteiligt sind, ist schwerfällig, zeitraubend und teuer und muss mit Mass ins Werk gesetzt werden. Nebensächliche Gesetzesbestimmungen, die in erster Linie den Juristen interessieren, verwirren nur den Referendumsbürger; er hat übrigens durch seine Teilnahmslosigkeit bei Volksabstimmungen, die nachgerade als beunruhigendes Symptom der „Staatsverdrossenheit" zum Aufsehen mahnt, zur Genüge bewiesen, dass er sich bestenfalls für grundsätzlich wichtige Entscheidungen zu bemühen gewillt ist[128]). Dazu kommt, dass die demokratische Willens-

---

[128]) Hans Huber, der in seinem Vortrag über „Demokratie und staatliche Autorität" die demokratische Apparatur vom Referendumsstandpunkt aus gewürdigt hat, meint (S. 25): „Auf dem Gebiete der Wirtschaftspolitik ist das Referendum fragwürdig, und da hat es sich bis jetzt auch nicht bewährt. Man kann von keinem Bürger erwarten, dass er gegen seine eigenen materiellen Interessen stimmen werde, dass er sich den Brotkorb selber höher hänge, und er tut es in der Regel auch nicht. Darum ist jede wirtschaftspolitische Volksabstimmung ein Messen der materiellen Interessen aneinander, und das Ergebnis ist nur die Photographie der Interessenlage im Volk. Eine solche Volksabstimmung ist etwas Sinnloses und Brutales, denn es ist keineswegs gesagt, dass die unterlegene, überstimmte wirtschaftliche Minderheit nicht ebenso schutzwürdige Interessen besitze wie die Mehrheit, die in der Abstimmung gesiegt hat. Hier, auf dem wirtschaftspolitischen Gebiet, kann tatsächlich ein Mehrheitsentscheid zum Unsinn oder gar zur Ungerechtigkeit werden."

William Rappard (Vortrag über „L'Individu et l'Etat en Suisse") erblickt in der immer wachsenden Zahl von Aufgaben, die der Staat, namentlich auf dem Gebiete der Wirtschaftspolitik, an sich zu ziehen strebt, eine Gefährdung der politischen Freiheit: „entre la liberté politique, à laquelle nous demeurons fidèlement attachés, et la liberté économique, que nous avons totalement abandonnée, il y a des liens qu'on ne brise pas impuniment" S. 33).

Gewiss ist das Eingreifen des Staates auf ein vernünftiges Mass zu beschränken und in normierende Bahnen zu lenken; es im Sinn und Geiste der „klassischen liberalen Schule" aber gänzlich ausschliessen zu wollen, wäre doch eine Zeitwidrigkeit. Die Aufgabe des Staates erschöpft sich nicht in der negativen Siche-

bildung mit der ständigen Ausdehnung des staatlichen Aufgabenkreises schwieriger geworden ist. Auch sind die heutigen gesellschaftlichen Verhältnisse in ein labiles Gleichgewicht gekommen und ändern sich fortwährend mit dem unaufhaltsam sich vollziehenden Umbruch der sozialen Struktur. Der Verfassungsgesetzgeber war daher gut beraten, dass er im Institut des *allgemeinverbindlichen dringlichen Bundesbeschlusses* (BV Art. 89 Abs. 3) ein vereinfachtes Rechtssetzungsverfahren geschaffen und damit der BVers. die Möglichkeit raschen Handelns unter Ausschluss des Referendums gegeben hat. Diese selbständige generelle Rechtsverordnungskompetenz des Parlamentes wird zu Unrecht von Giacometti als ein durch die BVers. ausgestaltetes generelles Notverordnungsrecht hingestellt[129]). Provisorische Erlasse mit befristeter Geltungsdauer wurden mit Recht nicht an den Vorbehalt des Gesetzes im for-

---

rung der menschlichen Persönlichkeit; er darf schon kraft seiner Natur den Fragen der öffentlichen Wirtschaft und der Kultur nicht gleichgültig und fremd gegenüberstehen und auf die Förderung des gesellschaftlichen Wohles verzichten. Die soziale Frage ist für unsere Generation zur eigentlichen Schicksalsfrage geworden, ohne deren Lösung auch die Persönlichkeitsrechte einen grossen Teil ihres Wertes und ihrer Durchsetzungsmöglichkeit einbüssen würden. Die Einzelpersönlichkeit muss in der Volksgemeinschaft ihre Ergänzung finden, damit sie „festlich ihre wahre Natur erleben" kann („celebra la sua vera natura", Vico). — Die staatliche Macht kämpft heute nicht gegen das Individuum, sondern leiht ihm die helfende Hand, um es nicht untergehen zu lassen im Kampf gegen Wirtschaftskräfte, die sich der Aufsicht des Staates zu entziehen gewusst oder sogar seine Beherrschung an sich gerissen haben, und von deren Überwachung nicht zuletzt der Fortbestand der Demokratie abhängt. — Vgl. auch Fichte, Der geschlossene Handelsstaat, 1800. Zur Problematik des „Kulturstaates" in unserem föderativen Staatswesen sei verwiesen auf Bauhofer, Eidgenossenschaft, S. 61 ff., 91 ff. Zum liberalen Rechtsstaatsbegriff vgl. insbes. auch Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 125 ff.

[129]) Giacometti, Rechtsverordnungsrecht, S. 368 ff.; Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation, S. 77; Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, S. 48. — Vgl. im Sinne des Textes mit näherer zutreffender Begründung Moser, a. a. O. S. 12.

mellen Sinne gebunden. In gewissem Umfange steht auch den kantonalen Parlamenten eine Befugnis zum Erlasse von Rechtsordnungen zu[130]).

b) Das Verordnungsrecht der vollziehenden und richterlichen Behörden.

Von grösserer Bedeutung als die Ausnahmen vom ordentlichen „Wege der Gesetzgebung" bei der Legislative als solcher ist die weitgehende Verordnungskompetenz, die der vollziehenden Gewalt, vor allem dem Bundesrate und den Regierungsräten, vielfach durch Verfassung und Gesetz übertragen ist. Im Vordergrunde stehen zunächst die sogenannten unselbständigen Verordnungen.

α) Die Vollziehungsverordnungen.

Theorie und Praxis sind darüber einig, dass die sogenannten Verwaltungsverordnungen, zu deren Erlass die Vollzugsorgane von Hause aus berufen sind, keinen Einbruch in den Grundsatz der Gewaltentrennung bedeuten; denn diese Massnahmen bestimmen nur die Art und Weise der Gesetzesanwendung und -vollziehung im einzelnen, so dass ihnen insoweit auch nicht der Charakter allgemeinverbindlicher Rechtsnormen oder von Gesetzen im materiellen Sinne zukommt. Der Grund für das Dasein derartiger Verordnungen liegt in der Notwendigkeit, die im Gesetze niedergelegten allgemeinen Gedanken an Hand der auf den Einzelfall abgestimmten Sondervorschriften der praktischen Durchführung nahezubringen.

In aller Regel machen die Ausführungs- oder Vollziehungsverordnungen dabei aber nicht Halt, sondern setzen bewusst materielles Recht. Die Versuchung dazu liegt nahe und lässt sich in Anbetracht der unscharfen

[130]) O. H. Müller, Die Verordnungskompetenzen der kantonalen Legislativen (1942), hat dieser eigentümlichen Erscheinung des schweizerischen Staatsrechts eine sehr eingehende und gute Monographie gewidmet. Vgl. auch Paul Reichlin, Verfassung, Gesetz und Verordnung im Kt. Schwyz, ZblStGV, 1943, Nr. 11 und 12.

Grenzlinie zwischen Verwaltungs- und Rechtsvorschriften kaum immer vermeiden. Die Gesetze lassen für ihre Durchführung im einzelnen den Regierungsstellen regelmässig einen gewissen Spielraum. Aufgabe der Vollziehungsverordnung ist es, die Einschränkungen für die Ermessensbefugnisse festzulegen und zu bestimmen, wie die Vollzugsorgane sich ihres Ermessens zu bedienen haben. So erklärt es sich, dass diese Verordnungen meistens ein Gemenge von Rechts- und Verwaltungsvorschriften darstellen. Ein rigoroser Standpunkt hat darin einen Verstoss gegen den Grundsatz der Gewaltentrennung erblicken wollen. Da die Praxis sich aber aus Zweckmässigkeitsgründen und innerer Notwendigkeit damit abfinden musste, suchten die Gerichte nach einem hinlänglichen Rechtfertigungsgrund und fanden ihn schliesslich in der Annahme einer Delegation implicite seitens des Gesetzgebers. Diese Erklärung ist uns von der Schule her geläufig, zumal auch das Bundesgericht es deutlich ausgesprochen hat: Wenn ein Gesetz das Recht zum Erlass einer Ausführungsverordnung der dafür verfassungsmässig schon zuständigen vollziehenden Behörde noch ausdrücklich einräumt, so darf sich diese „nicht nur instruktionsmässig an die ihr unterstellten Organe wenden, sondern auch rechtssatzmässig an die Individuen". Die Vollziehungsverordnung braucht sich somit nicht ausschliesslich auf Verwaltungsbestimmungen zu beschränken; sie kann auch Rechtsverordnung sein. Dabei darf sie freilich nicht über den aus dem Zwecke seiner Bestimmung sich ergebenden allgemeinen Rahmen des Gesetzes hinausgehen. Innert dieser Grenzen aber darf die vollziehende Behörde das Gesetz nicht nur erläutern, sondern auch dessen Inhalt ergänzende Normen aufstellen[131]).

---

[131]) BGE 38 I 124; 39 I 86; 45 I 66. — Vgl. dazu Rosin, Polizeiverordnungsrecht, S. 35 N. 5; Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. II[5], S. 88f.; Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., S. 672 f.; Guhl, a. a. O. S. 84 ff.

Die Vollziehungsverordnung muss m. a. W. secundum legem erlassen werden, wobei sie auch praeter legem gehen darf, aber auf keinen Fall derart, dass sie contra legem wirkt. Damit ist zugleich die Grenze ihrer Gültigkeit umschrieben. Wenn die Vollziehungsverordnung die ihr gezogenen Schranken durchbricht, verfällt sie nicht in toto, wohl aber rücksichtlich jener Bestimmungen, welche mit dem Gesetz nicht übereinstimmen, der Nichtigkeit. Die Gerichte haben dies festzustellen und ihr die Anwendung zu versagen[132]).

Die Vollziehungsverordnung ist also gekennzeichnet durch ihre Abhängigkeit vom Gesetze, zu dem sie erlassen ist. Sie tritt mit dem Gesetze ohne weiteres ausser Kraft, ohne dass es für sie einer besonderen Aufhebung bedarf.

Zum Erlass ermächtigt ist im Bunde (BV Art. 102 Ziff. 5) wie in der Mehrzahl der Kantone die Regierung. In elf Kantonen besitzt die Legislative auf Grund der Verfassung eine generelle Kompetenz zum Erlasse von Vollziehungsverordnungen, nämlich in allen fünf Landsgemeindekantonen und in sechs Kantonen mit obligatorischem Gesetzesreferendum (Bern, Uri, Schwyz, Basel-Landschaft, Schaffhausen und Graubünden)[133]).

Ausnahmsweise steht die Befugnis zum Erlass von Verordnungen auch richterlichen Behörden zu. Das ergibt sich z. B. aus Art. 15 SchKG, wonach das Bundesgericht die zur Vollziehung dieses Gesetzes erforderlichen Verordnungen und Reglemente erlässt[134]). Es unterliegt keinem Zweifel, dass in diesen Verordnungen neben blossen Vollziehungsvorschriften auch Rechtssätze enthalten sind.

Ähnlich verhält es sich mit der sogenannten Bekanntmachung des aargauischen Obergerichts vom 8. Dezember 1886, wodurch das Beschwerdeverfahren in Steuersachen

---

[132]) S. oben S. 440a f.

[133]) Vgl. O. H. Müller, a. a. O. S. 126.

[134]) Das ist denn auch in erheblichem Umfang geschehen; vgl. z. B. die Verordnung vom 3. November 1910 betr. die Beschwerdeführung in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen.

vollständig neu gestaltet wurde, und zwar in bewusster Abweichung vom Gesetz über das Verfahren in Verwaltungsstreitigkeiten vom Jahre 1841[135]).

Durch das Reglement über die Anwaltsprüfungen vom 7. Februar 1938 hat das aargauische Obergericht die Bedingungen der Zulassung zur Anwaltsprüfung neu umschrieben und dabei insbesondere auch eine praktische Tätigkeit von einem Jahr vorgesehen, die in dem heute längst veralteten Gesetz vom 5. Wintermonat 1849 leider nicht erwähnt war[136]).

Wie erwähnt, behilft sich die herrschende Meinung rücksichtlich dieser Ausführungsverordnungen mit der Annahme einer Delegation seitens des Gesetzgebers. Zum Ersatz dafür berufen sich die grundsätzlichen Gegner dieser Theorie, die ohne eine gewisse Rechtssetzungsbefugnis der Vollzugsorgane ebenfalls nicht auskommen können, auf ein verfassungsmässiges Vollziehungsverordnungsrecht der Exekutive. Aus der ausdrücklichen Kompetenz der Verwaltungsbehörden, für die Vollziehung der Gesetze zu sorgen, schliessen sie auf die stillschweigende Befugnis, zu diesem Zwecke ohne weiteres Ausführungsverordnungen zu erlassen[137]). Praktisch ist das Resultat der beiden Stand-

---

[135]) Aarg. Ges.Sammlung N. F., Bd. 2, S. 257 ff. S. dazu meine kritischen Erörterungen (Der Rechtsschutz in Steuersachen nach aarg. Recht, S. 22 ff. und bes. S. 36 f.). Starke Retuschierungen der Verfahrensvorschriften der Steuergesetze hat auch die VV des Reg.rates vom 13. August 1926 (Ges.Sammlung N. F., Bd. 12, S. 311 ff.) vorgenommen. Vgl. dazu W. Oswald, Steuerveranlagung, S. 4 ff.

[136]) Vi. f. aarg. R-Spr., 38, S. 101. Vgl. betr. Vollziehungskompetenz des aarg. Reg.rates auch BGE 38 I 125.

[137]) Diese Lehrmeinung gewinnt immer mehr Anhänger; vgl. Giacometti, Staatsrecht, S. 495; Bossard, a. a. O. S. 165; sehr entschieden auch Masnata, a. a. O. S. 68; ferner mit vielen Hinweisen auf Schrifttum und Judikatur O. H. Müller, a. a. O. S. 111 f., der meint, die Anerkennung einer verfassungsmässigen Rechtsverordnungskompetenz der Exekutive bedeute zwar eine gewisse Überwindung des rigorosen Gewaltenteilungsprinzips, doch sei die Abweichung nur gering und berechenbar. Vgl. auch BGE 63 I 11.

punkte so ziemlich das gleiche, so dass in erster Linie die Theoretiker für diese Kontroverse Interesse zeigen.

β) Die gesetzesvertretenden Verordnungen und das Delegationsproblem.

Wie vorstehend dargetan wurde, kann die Vollziehungsverordnung in besonderen Fällen neues Recht schaffen und damit die Wesenseigenschaften eines wirklichen Gesetzes haben. Erlasse mit gesetzesvertretendem Charakter, d. h. solche, welche primäre Rechtssätze enthalten und Materien normieren, die noch keine abschliessende gesetzliche Regelung erfahren haben, treten vor allem in Erscheinung, wenn es sich um organisatorische Normen über die Schaffung von Organen, ihre Kompetenzverteilung und Wirkungsweise handelt[138]). Das Bestreben, auf gut Glück eine gesetzesvertretende Verordnung herauszugeben, um sodann zu versuchen, durch weitere Verordnungen allfällige Nachteile zu beheben, hat sich namentlich auf dem Gebiete der Verwaltungsrechtspflege, insbesondere der Steuerjustiz, wo Organisations- und Zweckmässigkeitsfragen eine grosse Rolle spielen, bemerkbar gemacht[139]). Diese Methode darf natürlich nicht überspannt werden, bietet aber innert vernünftiger Grenzen unbestreitbare Vorteile. Wie einerseits in den Verfassungen mancherlei steht, das eigentlich in ein Gesetz gehört, so sind die Gesetze überfüllt mit allen möglichen Vorschriften, die weit besser in einer Verordnung Platz fänden, weil es sich dabei um Vollzugsmassnahmen, Verfahrensvorschriften usw. handelt. So

---

[138]) Vgl. darüber Burckhardt, Methode und System des Rechts, S. 237 f.; O. H. Müller, a. a. O. S. 251 ff.

[139]) So war in der aarg. Vorlage zu einem neuen Steuergesetz vom Jahre 1922, die dann freilich verworfen wurde, in § 71 Abs. 3 vorgesehen, die Organisation des in Aussicht genommenen Steuergerichts und das von ihm zu beobachtende Verfahren in der Hauptsache durch eine Verordnung des Grossen Rates zu ordnen. S. dazu W. Oswald, Rechtsschutz in Steuersachen, S. 42 ff. Vgl. zur Frage auch Blumenstein, Gutachten betr. die Neuregelung des bernischen Administrativprozesses, S. 20; ferner O. H. Müller, a. a. O. S. 73.

werden alle diese Regeln zum Gesetz im formellen Sinn und können nur noch auf dem Weg über das Referendum revidiert werden. Diese Überlastung des Gesetzes erzeugt Unbehagen und ist der Demokratie nicht förderlich. Verfahrensnormen eignen sich nach ihrer ganzen Beschaffenheit wenig für einlässliche parlamentarische Beratungen.

Das Gesagte trifft manchmal auch zu für die Vollziehungsverordnungen zu Bundesgesetzen und Konkordaten. In den Kantonen besteht denn auch vielfach die Auffassung, dass Vorschriften, die zur Vollziehung von Bundesgesetzen dienen oder zufolge eines ausdrücklichen Vorbehaltes zugunsten des kantonalen Rechtes erlassen werden, in die Form einer blossen Verordnung gekleidet werden können. Das Bundesgericht hat aber mehrmals diese Auffassung als irrig zurückgewiesen[140]). In einzelnen Fällen hat allerdings der Bundesgesetzgeber selber die Kantone ermächtigt, Anordnungen, deren das Bundesgesetz zu seiner Ausführung bedarf, auf dem Ver-

---

[140]) Vgl. BGE 45 I 315 betr. Verletzung der Gewaltentrennung durch Erlass einer der kantonalgesetzlichen Grundlagen entbehrenden Vorschrift, worin von einer bundesrechtlich den Kantonen eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht wird. Gemäss Art. 20 der eidg. GBV können die Kantone vorschreiben, dass die Inhaberschuldbriefe und Inhabergülten durch eine Urkundsperson zur Eintragung anzumelden seien. Die aarg. Grossratsverordnung über das Notariatswesen hat in § 38 Abs. 3 von dieser Befugnis Gebrauch gemacht. Das BGer. erklärte jedoch, dass das nur auf gesetzlicher Grundlage hätte geschehen können. Da im EinfG. z. ZGB (spez. § 4) keine gesetzliche Delegation zu erblicken sei, müsse § 38 Abs. 3 der Notariatsverordnung als verfassungswidrig aufgehoben werden. — Vgl. ferner BGE 53 I 296 betr. Weisung des thurg. Grossen Rates an den Reg.rat, auf dem Verordnungswege das Jagdsystem zu ändern. Das BGer. erklärte auch diesen Beschluss als verfassungswidrig, da es sich nicht um eine blosse Vollziehung des BG über Jagd und Vogelschutz handle und im Kt. Thurgau Vorschriften über das Jagdsystem nur auf dem Wege der Gesetzgebung erlassen werden können. — Vgl. betr. die VV z. BG auch O. H. Müller, a. a. O. S. 127 ff.

ordnungswege zu erlassen[141]). Soweit das aber nicht geschehen ist, gelten auch auf diesem Gebiet die Vorschriften des kantonalen Staatsrechts über den Erlass von Gesetzen und Verordnungen.

Die Übertragung der gesetzgebenden Gewalt kann weiterhin zweckdienlich sein, wenn besondere Umstände den ordentlichen Weg der Gesetzgebung nicht zulassen[142]).

Nicht selten herrscht Unklarheit darüber, welche Behörde zum Erlass gesetzesvertretender Verordnungen zuständig sei, ob der Grosse Rat, unter Ausschaltung des Volkes, der Regierungsrat oder beide zusammen[143]). Die aargauische Praxis z. B. hat diese Frage nie grundsätzlich beantwortet. Die Kompetenz des Grossen Rates wurde jeweils bejaht bei Verordnungen von besonderer Bedeutung, oft auch bei solchen, für deren Erlass man Zeit hatte. Gemäss KV AG Art. 33, lit. e und m, hat der Grosse Rat die Befugnis, gewisse Materien auf dem Verordnungswege zu regeln, die in anderen Kantonen und auch im Bund auf dem Gesetzeswege geordnet worden sind. Gemeint sind vor allem die dem Staat zukommenden Gebühren sowie die Festsetzung der Gehalte aller vom Staate besoldeten Beamten. Hierin liegt unzweifelhaft eine von der Verfassung anerkannte Ausnahme vom Grundsatz der Gewaltentrennung; denn im Kt. Aargau ist der Grosse Rat nicht für sich allein Gesetzgeber, sondern nur in Verbindung mit dem Volke. Eine Gesetzesdelegation an den Grossen Rat hat insbesondere auch im aarg. Einführungsgesetz z. ZGB stattgefunden[144]). Das Gesetz über das

---

[141]) Vgl. z. B. Art. 49 des BG betr. die Bekämpfung von Tierseuchen vom 13. Juni 1917.

[142]) Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 67 I 27.

[143]) Betr. die Zuständigkeitsordnung in den einzelnen Kantonen, besonders die konkurrierende Kompetenz der Legislative und des Reg.rates, sei verwiesen auf O. H. Müller, a. a. O. S. 49 ff. und 109 ff.

[144]) Gemäss § 4 l. c. erlässt der Grosse Rat eine Verordnung über die Patentierung der Notare usw. Diese VO, Notariatsverordnung genannt, ist am 28. November 1911 erlassen worden. § 159

öffentliche Gesundheitswesen vom 28. November 1919 ermächtigt den gleichen Grossen Rat, die einzelnen Zweige der öffentlichen Gesundheitspflege auf dem Verordnungswege zu regeln. Es handelt sich dabei um eine Art Rahmengesetz, das insbesondere durch die aarg. Grossratsverordnung vom 8. November 1920 seine nähere Ausführung erfahren hat. Gerade bei diesem Gesetz ist nun aber dem Grossen Rat nicht die ausschliessliche Befugnis zum Erlass von Verordnungen zuerkannt worden. § 32 dieses Gesetzes ermächtig vielmehr den Regierungsrat zum Erlass von Vorschriften über das sogenannte medizinische Hilfspersonal und, nach Massgabe von § 30 Abs. 2, über die Einrichtung, den Betrieb und die Beaufsichtigung der Apotheken. Die Zahl der auf dem Gebiete des Gesundheitswesens durch den Regierungsrat erlassenen Verordnungen ist verhältnismässig gross. Es ist nicht zweifelhaft, dass es sich hier um eine vom Gesetzgeber gewollte Delegation zur Aufstellung neuer Rechtssätze handelt, die über die blosse Gesetzesvollziehung hinausgehen[145]). Aus all dem

---

des nämlichen Gesetzes ermächtigt den Grossen Rat, die näheren Vorschriften über die Führung der Interimsregister, die Bereinigung der Fertigungsprotokolle, die Anlegung des Grundbuches usw. zu erlassen. Diese Verordnung, die sog. kant. Grundbuchverordnung, ist am 5. Juli 1911 erlassen worden.

[145]) Fraglicher ist, ob eine Delegation des Gesetzgebungsrechtes in folgenden Fällen vorliegt. § 164 des Einf. z. ZGB ermächtigt den Grossen Rat, das Flurgesetz unter Berücksichtigung der durch das schweiz. ZGB und das kantonale EinfG. geschaffenen Änderungen neu herauszugeben. Liegt nun hierin eine Befugnis zur authentischen Auslegung in dem Sinne, dass der Grosse Rat von sich aus bestimmen kann, welche Vorschriften des Flurgesetzes vom 24. November 1875 durch die am 27. März 1912 erfolgte Neuausgabe abgeändert, bzw. aufgehoben worden sind? Schon aus praktischen Gründen wird man die Frage bejahen müssen. Etwas anders liegt der Fall beim 4. Ergänzungsgesetz betr. die Strafrechtspflege vom 22. März 1932. Durch § 19 wurde der Reg.rat ermächtigt, die früheren Strafgesetze neu herauszugeben, und zwar so, dass in den Neuausgaben der geltende Rechtszustand zum Ausdruck kommen soll. Hier ist nun nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber das Recht zur authentischen

ergibt sich, dass im Kt. Aargau keine Klarheit darüber besteht, welche Behörde gesetzesvertretende Verordnungen erlassen soll. Sicher ist nur, dass diese Befugnis weder dem Grossen Rat noch dem Regierungsrat zusteht, wenn sie ihnen nicht durch die Verfassung oder durch gesetzliche Delegation verliehen worden ist. Die Kompetenz zum Erlass eigentlicher Vollziehungsverordnungen steht dagegen grundsätzlich dem Regierungsrat zu. Das wurde von jeher aus Art. 39 lit. b der aarg. Staatsverfassung abgeleitet, wonach der Regierungsrat für die Vollziehung der Gesetze, Dekrete und Beschlüsse des Grossen Rates zu sorgen hat.

In allen Fällen von Übertragung des Gesetzgebungsrechts ist es üblich, die endgültige Fassung des Gesetzes nach einer allgemeinen Aussprache im Parlament den vollziehenden Organen zu **delegieren.** Im Bereiche des Bundesrechts können durch Bundesgesetz oder Bundesbeschluss nicht nur der Bundesrat, sondern auch (gemäss BV Art. 103 Abs. 2, bzw. durch Subdelegation) seine Departemente, ferner das Bundesgericht, ja sogar die BVers. selber zur Rechtssetzung ermächtigt werden. Das berechtigte Organ erfüllt alsdann die ihm übertragene Aufgabe mittels einer unselbständigen, d. h. von der Delegationsnorm abhängigen Verordnung, welche den Inhalt eines Gesetzes hat und die Stelle eines wirklichen Gesetzes einnimmt.

Dieses ausserordentliche Gesetzgebungsverfahren, das der reinen Demokratie seit bald unvordenklicher Zeit anhaftet, versteht sich indes, sofern die Verfassung selber es nicht ausdrücklich oder implicite zulässt, nicht von selbst und hat denn auch zu lebhaften wissenschaftlichen Auseinandersetzungen geführt, nicht nur in der Schweiz, sondern auch im Ausland[146]). Abgesehen von KV Bern,

Interpretation an den Reg.rat habe delegieren wollen. Von praktischer Bedeutung ist allerdings die Frage nun nicht mehr, da mit dem 1. Januar 1942 alle diese Gesetze ausser Kraft getreten sind. — Vgl. zur authentischen Interpretation durch Verordnung O. H. Müller, a. a. O. S. 165 ff.

[146]) Das ganze Schrifttum ist bei Masnata, a. a. O. S. 105 ff., und den andern erwähnten Autoren bereits ausgiebig berücksich-

Art. 27, der dem Grossen Rat die Übertragung der ihm durch die Verfassung ausdrücklich zugewiesenen „Verrichtungen" untersagt, bieten die schweizerischen Verfassungen inklusive BV keine genügenden Anhaltspunkte für eine sichere Lösung der Frage. Sie enthalten meistens nur ein Programm der Gesetzgebung und bestimmen, dass gewisse Sachgebiete durch Gesetz geregelt werden sollen. Die Frage, ob dabei das Wort „Gesetz" bloss im materiellen oder auch im formellen Sinne, d. h. in seiner Gegensätzlichkeit zur Verordnung, gemeint sei, ist damit noch nicht entschieden. Die Mehrzahl der Autoren haben sich im letzteren Sinne, d. h. für Formvorschrift und damit für eine Regelung im „Wege der Gesetzgebung" entschieden[147]). Bei dieser Annahme könnte also von einem Spezialvorbehalt des Gesetzes gesprochen und vermutet werden, der Verfassungsgesetzgeber habe in allen übrigen Fällen die Gesetzgebung auf dem Verordnungswege nicht ausschliessen wollen. Die liberal-rechtsstaatliche Doktrin legt diesen speziellen Kompetenznormen im allgemeinen aber keinen konstitutiven Charakter im angegebenen Sinne bei, sondern sieht darin blosse Hinweise auf den „*Allgemeinvorbehalt des Gesetzes*", unter dem im Rechtsstaate grundsätzlich alle primären, d. h. an die Privaten gerichteten, generell-abstrakten und auf die Dauer

---

tigt worden, so dass es sich erübrigt, hier näher darauf einzutreten. Die Meinungen gehen namentlich auch in Frankreich weit auseinander. In der von Laband angeführten deutschen Theorie wird die Zulässigkeit der Delegation meistens und sogar restlos bejaht. Vgl. Laband, Deutsches Staatsrecht, Bd. 2, S. 96 ff.; Jellinek, Gesetz und Verordnung S. 333; Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, S. 14; Triepel, Archiv f. öff. Recht, Bd. 39, S. 470. S. auch den Überblick von Carl Schmitt, Zeitschrift f. ausländisches Recht, Bd. 5, S. 250 ff.

[147]) Vgl. Ruck, Schweizerisches Staatsrecht, S. 115. Guhl, a. a. O. S. 39, hingegen meint, es handle sich in der Regel nicht um die Festsetzung einer Form, sondern um Zuteilung einer Befugnis an die Legislative.

gedachten Normen stehen sollen[148]). Alle Gegenstände also, die an sich und ihrer Natur nach dem Gebiet der Gesetzgebung angehören, wären daher, sofern die Verfassung nicht selbst Ausnahmen vorsieht, formell durch Gesetz zu ordnen, damit sie am „Vorrang des volksbeschlossenen Gesetzes" (Thoma) teilhaben können (sog. *Gesetzgebungsstaat*)[149]).

---

[148]) Vgl. Thoma, Der Vorbehalt des Gesetzes im preussischen Verfassungsrecht (Festschrift für Otto Mayer, 1916), S. 167 ff.; O. H. Müller, a. a. O. S. 72, und die dort Zitierten.

[149]) Kägi, a. a. O. S. 222, releviert trefflich den Unterschied zwischen dem Gesetzesstaat und dem Gesetzgebungsstaat (Etat légal), der einen Vorrang nicht nur der Gesetzgebung als normativer Funktion, sondern des Gesetzgebers in sich schliesst und die Legislative, bzw. die Volonté générale zur „letzten Legalitätsquelle und letzten Legitimitätsgrundlage" (C. Schmitt) macht. „Dieser totalitäre Positivismus kann voraussetzungsgemäss nur zur ‚juristischen Allmacht' (Anschütz) oder ‚formalen Omnipotenz' (Thoma) des Gesetzgebers führen." Kägi untersucht das gesetzgebungsstaatliche Dependenzsystem im Zusammenhang mit der Problematik von Demokratie und Gewaltenteilung und schreibt: „Die reale Demokratie ist immer eine Mischung des politischen Formprinzips der Demokratie mit dem liberal-rechtsstaatlichen Organisationsprinzip der Gewaltenteilung . . . Der konstitutionelle Idealfall muss in der Demokratie vor allem deshalb ein labiler Zustand bleiben, weil ihr der Stabilisationsfaktor der ‚sozialen Gewaltenteilung' fehlt. Mit dem Entfallen der normalen Situation stellt sich das Volk als ‚principium et fons' aller Staatsgewalt der Demokratie mehr und mehr neben oder gar über die Verfassung . . . Diese gewaltenmorphologische Umschichtung kann sich in verschiedener Weise manifestieren, sei es, dass das Volk gewisse Institutionen der direkten Demokratie, die unter der Normalsituation durchaus nur in Ausnahmefällen (als Sicherheitsventile) funktionieren sollen (fakultatives Referendum, Initiative usw.), zum regelmässigen Ausdrucksmittel des staatsbestimmenden Willens erhebt, oder sei es, dass sich die demokratische Legitimität einer ganz bestimmten Gewalt mitteilt (vgl. z. B. die plebiszitäre Präsidentschaft Roosevelts) . . . Auch die Hilfskonstruktion des formellen Gesetzes vermag hier nicht mehr über den Einbruch eines in seinen letzten Konsequenzen absolut rechtsstaatsfeindlichen politischen Formprinzipes hinwegzutäuschen."

Der liberale Rechtsstaatsgedanke und — was damit konnex ist — der Grundsatz der „Gesetzmässigkeit der Verwaltung" (dieser Ausdruck soll von Fritz Fleiner geprägt worden sein) ist nicht immer mit dem Gesetzgebungsstaat im geschilderten Sinne identifiziert worden. Geht man nämlich dem Streit der Meinungen um die juristische Bedeutung der Maxime „ne contra legem, ne ultra legem, sed intra legem" nach, so erkennt man bald, dass die Theorie um eine klare Antwort verlegen ist. Die einen Autoren wollen die Sache historisch — sc. im Gegensatz zu der konventionellen Auffassung des Polizeirechts im Vorverfassungsstaate — als eine Herauskristallisierung des den Freiheitsrechten zugrundeliegenden (vagen) Gedankens in dem Sinne auffassen, dass jeder staatliche und insbesondere jeder polizeiliche Eingriff in Freiheit und Eigentum des Bürgers der positiven Ermächtigung bedarf. Andere wollen den Grundsatz der „gesetzmässigen Verwaltung" lediglich als formales Prinzip im Sinne des erkenntnistheoretischen Satzes anerkennen, dass ein Verwaltungsakt des Staates, sofern er überhaupt juristisch gewertet sein soll, notwendig irgendwie in Relation mit der Rechtsordnung gedacht werden müsse[150]). Laband und andere hingegen wollen das Prinzip der „gesetzmässigen Verwaltung" unmittelbar aus dem Wesen des Rechtsstaates ableiten[151]). Für Otto Mayer endlich ist die be-

Es sei in diesem Zusammenhang auf die reichhaltige Bibliographie über die Gewaltenteilung in der schweizerischen Bundesverfassung verwiesen, die Kägi auf S. 231 seiner verdienstvollen Arbeit zusammengestellt hat.

[150]) In diesem Sinn z. B. Weyr (auch ein Vertreter der „Reinen Rechtslehre") in der österreich. Zeitschr. f. öff. Recht, 3. J., S. 370. — Nach Otto Koellreuter, Der Staat und die Herrschaftsrechte im öffentlichen Recht (gleiche Zeitschrift, J. 1916, S. 326), ist der Rechtsstaat ein Staat, „in dem alles unter der Rechtsordnung steht". S. dazu auch die Ausführungen Koellreuters in seinem Buche: „Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England", S. 219.

[151]) So bemerkt z. B. Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, S. 34: „Der vollendete Rechts- und

rühmte Maxime gleichbedeutend mit dem „Vorbehalt des Gesetzes“[152]).

Mit diesen abweichenden Auffassungen hängt auch die Meinungsverschiedenheit um die Frage zusammen, wann eigentlich das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung entstanden sei[153]).

Diese Kontroversen hängen im Grunde mit der juristischen Erkenntnismethode zusammen, auf die wir uns hier nicht näher einlassen können. Für unsere Zwecke mag es genügen, darauf hinzuweisen, dass angesichts der Misshelligkeit im Schrifttum das Schweigen unserer Verfassungen nicht wohl eindeutig im Sinne einer extrem gesetzgebungsstaatlichen Tendenz interpretiert werden darf[154]). Der Grundsatz, dass es zu einem Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen einer Ermächtigung in Ge-

---

Verfassungsstaat fordert nicht bloss die Unterwerfung der Verwaltung unter das Gesetz, sondern auch die Unterwerfung des Gesetzes oder des Gesetzgebers unter die höchsten, die Freiheit der Individualität sichernden Rechtsideen der Menschheit.“

[152]) Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 70. — Fleiner, Zur Technik des Verwaltungsrechts (Festgabe z. schweiz. Juristentag 1928), S. 3, formuliert den rechtsstaatlichen Gedanken so: „Die Einführung des Verfassungsstaates und der Trennung der Gewalten seit der Französischen Revolution schuf in allen Staaten die Möglichkeit, nicht nur die Justiz, sondern auch die Verwaltung an das Gesetz zu binden. Die gesetzmässige Verwaltung wurde so zum Eckpfeiler des modernen Rechtsstaates. Aber unter ‚Gesetzmässigkeit‘ verstand man nicht bloss die Abhängigkeit von einem Erlass der gesetzgebenden Gewalt, denn damit hätte man den Gelegenheitsgesetzen, die auf einen konkreten Fall gemünzt waren, das Tor offen gehalten. Es waren vielmehr bestimmte Eigenschaften des Gesetzes, durch die die neue Ordnung der Verwaltung hergestellt werden sollte: die abstrakte, für alle Fälle gleiche Regelung und die Allgemeinverbindlichkeit.“

[153]) Vgl. darüber die ausführliche Stellungnahme von W. Jellinek im Arch. f. öff. Recht, Bd. 22, S. 580—610.

[154]) „Wenn die Verfassung das nicht sagt (sc. Zulassung bzw. Ausschluss der Delegation), ist, wie bei jeder Auslegung, in sachlicher Abwägung, nicht in logischer Schlussfolgerung aus Begriffen zu entscheiden“ (Walter Burckhardt an dem in Anm. 184 hiernach angeführten Orte). S. daselbst auch die weiteren Zitate.

setzesform bedarf, ist nun freilich schon von Montesquieu ausgesprochen worden[155]). Man wird ihn prinzipiell anerkennen, aber auf das fundamental Wichtige, auf die Grundzüge der Gesetze beschränken müssen, wenn wir nicht in den Polizeistaat zurückfluten wollen. Dass indes jede Delegation des Gesetzgebungsrechts durch die Legislative grundsätzlich abzulehnen sei, kann nicht die Meinung des historischen Verfassungsgesetzgebers gewesen sein. Das ist praktisch auch nicht möglich. Die Natur der Dinge ist oft stärker als ein rechtspolitisches Ideal. Das Gewaltenteilungsschema muss sich hier eine gewisse Korrektur gefallen lassen. In keinem Staate ist die Gesetzgebung ausschliesslich an ein bestimmtes Organ gebunden.

Die Lehre von der sog. Geschlossenheit der rationalkonstruktiven Staatstheorien in dem Sinne, dass sie auch aus Gründen und Notwendigkeiten der politischen und rechtlichen Existenz nicht durchbrochen werden dürfen, ist eine Illusion. Die Schweiz ist in diesem Sinne kein vollendeter Rechtsstaat[156]).

Der Begriff des Rechtsstaates muss an seiner Gegenidee, dem Machtstaate, gewonnen werden, der sich nicht an das Recht, sondern an seine Staatsraison gebunden fühlt. Der Staat ist aber nicht um der Macht willen da, sondern um des Rechts willen. Ich pflichte Bauhofer bei[157]), wenn er meint, die schweizerische Staatsidee sei nicht bloss die Verwirklichung einer politischen Idee und rationalistisch-technischen Ordnung, sie verkörpere vielmehr einen Wert, der der geistigen, metaphysischen Ordnung angehört. Nur insofern der Staat in dieser Idee des Rechts gründet, kann er jene höchste Verwirklichung der Staatlichkeit erreichen, die allein den Namen „Rechtsstaat" verdient. Dieses Namens würdig ist auch noch nicht ein Staat, der bloss allen Bürgern gleiches Recht sichert, sondern jener, „der schon in seinem Aufbau Recht

---

[155]) Vgl. W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 122.

[156]) Vgl. auch Reber, Das Notrecht des Staates, S. 74 ff.

[157]) Eidgenossenschaft, S. 47 und 89 ff.

verwirklicht" (Bauhofer). Die richtige Idee des schweizerischen Rechtsstaates geht also über die Konzeption des liberalen Rechtsstaatsgedankens durch eine metaphysische Bindung und vertieftere Verknüpfung mit den Gesetzen geistiger Ordnung hinaus. Sie ist gleichzeitig Erfüllung und Überwindung der liberalen Rechtsstaatsidee.

Die unumgängliche Delegationsbefugnis lässt sich auch nicht mit den Mitteln der rein formalen Logik durch ein generelles Kriterium begrenzen[158]). Die Frage, was Gegenstand der Gesetzgebung sei und was durch blosse Verordnung geregelt werden könne, lässt sich nur von Fall zu Fall für jede in Betracht kommende Materie besonders beantworten[159]). Diese Frage dem pflichtgemässen Ermessen der Legislative anheimzustellen, bedeutet sicherlich noch keine Gefährdung unserer Demokratie.

In hohem Masse verwirklicht ist der Vorbehalt des Gesetzes im Steuerrecht. Die kantonalen Verfassungen enthalten hier meistens einen Spezialvorbehalt, und die Praxis pflegt es damit ernst zu nehmen. Im Polizeirecht führte der Grundsatz nur in zwei Kantonen (Basel-Stadt und Luzern) zum Erlass von Polizeistrafgesetzen[160]). Die anderen Kantone pflegen der Polizei nur Richtlinien allgemeinster Art für den Erlass von Polizeiverordnungen und -verfügungen zu erteilen.

Rücksichtlich der Ortspolizeivorschriften darf auch nicht ausser acht gelassen werden, dass in gewissen Kantonen die Gemeindeautonomie zu einer äusserst wichtigen Rechtsquelle geworden ist, die im Rahmen des staatlichen Gesetzes gestattet, alles das polizeilich zu ordnen, was im besonderen Interesse der Gemeinde und

---

[158]) Diese Meinung vertritt auch W. Burckhardt, Komm. S. 666.

[159]) BGE 30 I 706; 41 I 500.

[160]) Basel-Stadt hat in seinem Polizeistrafgesetz vom 23. September 1872 in vorbildlicher Weise über die Polizeiverordnungskompetenzen Klarheit geschafft. Für den Kanton Luzern ist zu verweisen auf das Organisationsgesetz vom 8. März 1899 und das Polizeistrafgesetz vom 29. November 1915.

ihrer Angehörigen liegt. Die Gemeindeautonomie, die — wenn ich richtig sehe — grundsätzlich überhaupt nicht unter dem Allgemeinvorbehalt des Gesetzes im angegebenen Sinne steht, ist ein Produkt der deutschen Rechtsentwicklung und daher nicht für alle Kantone zu vermuten. Sie besteht z. B. in der Waadt bei weitem nicht in so grossem Umfange wie etwa im Kanton Zürich.

Auch für anderweitige Verpflichtungen, die — wie z. B. Anliegerbeiträge an die Pflästerung von Strassen und sonstige kommunale Arbeiten — gestützt auf ein Gemeindereglement zu erfüllen sind, ist eine gesetzliche Grundlage im Sinne des „Vorbehaltes" nicht erforderlich, wiewohl diese These von den Formaljuristen sehr oft als absolutes Axiom aufgestellt wird[161]).

Nicht selbstverständlich ist auch die weitere Behauptung, der Grundsatz nulla poena sine lege schliesse im Gebiete des Verwaltungsstrafrechts die Formvorschrift des Gesetzes in sich. Das Bundesgericht hat mit Recht ausgesprochen, dem Axiom sei Genüge getan, wenn der Tatbestand und die Strafsanktion durch eine abstrakte Norm umschrieben werden und diese von einem Organ ausgehe, welches von dem Gesetze mit Rechtssetzungsgewalt ausgestattet ist[162]). Die rechtssatzmässige Grundlage kann sehr wohl durch eine autonome Satzung der Gemeinde geschaffen werden.

Ähnliche Erwägungen gelten auch rücksichtlich der Rechtssätze, die den Inhalt und Umfang des Eigentums bestimmen (öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen). Die Eigentumsgarantie bietet bloss Schutz gegen Beschränkungen ohne Grundlage im positiven Recht.

---

[161]) Vgl. im Sinne des Textes Bühler, Zürcherische Gemeindebauordnungen, 1932; ferner den nicht publizierten BGE i. S. Anzani e Reali c. Lugano vom 9. Juli 1937.

[162]) BGE 32 I 107; 39 I 79; 41 I 491; 55 I 162; 57 I 276; 63 I 329; 64 I 368. — Vgl. auch Hafter, Schweizerisches Strafrecht, S. 6 und 11; Rüegg, a. a. O. S. 120 ff.; Moser, a. a. O. S. 78 ff.; ferner Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 273 ff.

In der Regel wird der einschränkende Rechtssatz eine „gesetzliche Norm" sein. Doch ist ein Gesetz im formellen Sinne nicht nötig. Es genügt auch eine Rechtsverordnung oder autonome Satzung[163]). Auch gewohnheitsrechtlich fundierte Eigentumsbeschränkungen kommen vereinzelt vor[164]). Im Gebiet der Polizei enthalten schon die allgemein-polizeilichen Kompetenzen dafür eine hinlängliche Grundlage. Es besteht eine allgemeine Pflicht des Eigentümers, die Sache in polizeimässigem Zustande zu erhalten, d. h. in einem solchen, der den Anforderungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit entspricht. Dies gilt auch gewohnheitsrechtlich, ohne dass ein besonderer positiver Rechtssatz es anordnet[165]).

Unter Berufung auf den Allgemeinvorbehalt des Gesetzes wollen Giacometti und seine Schüler[166]) in der Delegation des Gesetzgebungsrechts, sofern sie sich nicht ausdrücklich durch Paragraphen legitimieren lässt, den Ausdruck einer undemokratischen, „autoritären" Geisteshaltung und zudem eine „Verschiebung verfassungsmässig statuierter Kompetenzgrenzen" erblicken, die „logisch unmöglich" und rücksichtlich der starren Verfassung „selbstverständlich" unzulässig sei, da ein verfassungsmässig für bestimmte Funktionen bestelltes Organ nicht über seine eigene Kompetenz verfügen könne. Die Unvereinbarkeit der Gesetzesdelegation mit dem Prinzip

---

[163]) Vgl. die schöne literarische Gabe von Kirchhofer, Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkung und Enteignung (ZSR N. F. Bd. 58), S. 141; ferner Vogt, Rechtmässige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte.

[164]) Vgl. z. B. BGE 45 I 54.

[165]) Vgl. Haab, Komm. z. Sachenrecht, Art. 702, N. 8; Ruck, Festgabe der jur. Fakultät Basel für Speiser, S. 20 ff.; ferner BGE 20 S. 796; 36 I 691; 56 I 273 (berühmter Fall betr. die Tretrechte am Bodensee).

[166]) Vgl. Giacometti, Staatsrecht, S. 492 ff.; Rechtsverordnungsrecht, S. 368; Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation, S. 25 ff.; Kuhne, a. a. O. S. 39 ff., 67 ff., 72 ff.; Masnata, a. a. O. S. 99 ff., 120 f.; O. H. Müller, a. a. O. S. 103 ff.

der Gewaltentrennung müsse logischerweise zur Verneinung ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit führen. Wie die Delegation wird auch die Subdelegation, d. h. die Weiterübertragung der in einer Delegationsnorm enthaltenen Ermächtigung seitens des Delegaten an eine untergebene Behörde, als eine Abänderung der staatlichen Zuständigkeitsordnung qualifiziert und daher als verfassungswidrig ebenfalls abgelehnt[167]).

Die Vertreter dieser unter Aufwand von viel Scharfsinn und mit tödlichem Ernste vorgetragenen Lehrmeinung sind in banger Sorge, die Bejahung der juristischen Möglichkeit der Gesetzesdelegation könnte mit der Zeit zur Preisgabe der liberalen Demokratie führen. „Die schweizerische Praxis, insbesondere das Bundesgericht, hat aber diese grundsätzliche Tragweite des Problems der Gesetzesdelegation nicht immer erkannt.“ [168])

Die formal-logischen Emanationen dieser „Reinen Rechtslehre“ sind indes nicht überall als Dogma hingenommen worden. Emilio Moser[169]) meint: „Diese Begründung (sc. Verschiebung verfassungsmässig statuierter Grenzen) scheint einleuchtend, beruht aber auf einer petitio principii. Sie trägt nämlich in die Definition bereits das hinein, was sie aus ihr nachher entnehmen will . . . Die Legislative hat zweifelsohne kein Verfügungsrecht über ihre Kompetenz. Sie will sich aber auch nicht der Legislativgewalt entkleiden und die delegierte Behörde auf den Thron des Gesetzgebers erheben. Wäre das der Fall, so könnte sie ja eine Delegation überhaupt nicht mehr nachträglich abändern oder aufheben. Dass sie das kann, bestreiten aber auch die unbedingten Gegner der Delegation nicht . . . Die Delegationsnorm ist ein rechtssetzender Akt mit eigenartigem Inhalt. Diesen Inhalt bildet unbestrittenermassen die Ermächtigung eines Delegaten, einen Erlass der Legislative durch Rechtssätze zu vollziehen,

---

[167]) Kuhne, a. a. O. S. 149 ff.; Masnata, a. a. O. S. 156 ff.

[168]) Giacometti, Staatsrecht, S. 494.

[169]) A. a. O. S. 17.

oder (nach der Wiener Schule) einen Rechtssatz weiter zu konkretisieren . . . Sofern eine Verfassung nur die Form der Gesetzgebung festlegt (was regelmässig der Fall ist), nicht aber deren Inhalt, so steht nichts entgegen, zum Inhalt einer Norm eine Ermächtigung der genannten Art zu machen. Das ist denn auch der Standpunkt der herrschenden Lehre."

Gegenüber der Annahme, der Begriff der nur formal bestimmten Gesetzgebungskompetenz umfasse implicite auch die Delegationsmöglichkeit, erheben die Delegationsgegner nun freilich die Einwendung, eine Referendumsdemokratie ohne einen materiellen Gesetzesbegriff sei eine klare Unmöglichkeit. Wegen ihrer Unbeschränktheit sei die Delegation auch politisch „äusserst bedenklich"[170]).

Es ist klar, dass der Gesetzgeber nicht schlechtweg das ihm zustehende Recht der Gesetzgebung zugunsten der Verwaltungsbehörden preisgeben darf. In diesem absoluten Sinne hat die schweizerische Rechtstheorie auch nie einen bloss formellen Gesetzesbegriff vertreten, der „materiell alles Mögliche sein könne". Es wurde bloss gesagt, dass Grenzen und Inhalt der Delegationsbefugnis sich nicht a priori durch ein generelles Unterscheidungsmerkmal bestimmen lassen[171]). Die Kriterien materieller Natur weisen regelmässig verschwommene Konturen auf. Es kommt in der Praxis immer auf das Zusammenspiel mehrerer, nicht zum vornherein bestimmbarer Momente an. Das ist nicht der einzige Fall, wo die Grenzziehung zwischen Recht und Unrecht, Billigkeit und Unbilligkeit, Vernunft und Unsinn Schwierigkeiten macht. Es darf füglich dem pflichtgemässen Ermessen der Legislative überlassen werden, hier die erträgliche Mitte zu finden. So meinte es offenbar auch der Verfassungsgesetzgeber.

---

[170]) O. H. Müller, a. a. O. S. 105; Kuhne, a. a. O. S. 135.

[171]) Vgl. das oben zu Anm. 158 Gesagte; ferner Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 382 ff., der allerdings die Delegationslehre überspannt.

Wo übrigens, wie im Bunde, Verfassungsgesetzgeber und Gesetzgeber nicht identisch sind, ist die Delegationsbefugnis schon durch die Verfassung begrenzt und nur beschränkt zulässig[172]). Abgesehen von der sogenannten Notverordnung, die sich überhaupt nicht direkt auf die Verfassung berufen kann, muss die Delegation in der Weise eingeschränkt werden, dass das Gesetzgebungsrecht nur mit Bezug auf bestimmt umschriebene Punkte übertragen werden darf[173]).

Für den Fall, dass die gesetzgebenden Organe ihrem Vorgehen eine Richtung geben sollten, die sich mit dem Geiste der Verfassung nicht mehr vertrüge, könnte — wenigstens im Notfall — gegen die Delagationsnorm, bzw. den sie enthaltenden Erlass, das Referendum ergriffen werden. Beim allgemeinverbindlichen dringlichen Bundesbeschluss ist freilich das Referendum ausgeschaltet. Doch wäre auch in diesem Falle als ultima ratio immer noch die Möglichkeit gegeben, auf dem Wege der Verfassungsinitiative Abhilfe zu schaffen gegenüber Ordnungswidrigkeiten in der Aufgabenerledigung der gesetzgebenden Körperschaften. Tatsächlich hat die Dringlichkeitspraxis der Krisengesetzgebung zwei Volksinitiativen ausgelöst[174]). Eines dieser Begehren hat in der Volksabstimmung vom 22. Januar

---

[172]) Vgl. über die Rechtsstellung des Bundesrates als Delegaten der Gesetzesdelegation sowie über Form und Inhalt derselben Moser, a. a. O. S. 18 und 24 ff.

[173]) Moser, a. a. O. S. 36: „Die referendumspflichtige Delegation stösst sich schon an der Gesetzesschranke, die nichtreferendumspflichtige jedenfalls an der Verfassungsschranke. Ueberdies ist letztere streng provisorischer Natur.“ (Befristete Geltungsdauer der dringlichen Bundesbeschlüsse gemäss der neuen Fassung von BV Art. 89 Abs. 3). — „Es ist eine unbestrittene Tatsache, dass die Praxis der Bundesbehörden nicht mehr vollständig den Grundsätzen der BV entspricht oder besser umgekehrt, dass die BV nicht mehr den Anforderungen der heutigen Zeit gewachsen ist.“ (Moser, a. a. O. S. 40). Vgl. auch Schindler, SJZ 1935, S. 305, ferner Masnata, a. a. O. S. 124 ff., der sich einlässlich zur Lex ferenda äussert.

[174]) S. BBl 1938 I 717 ff. und 1939 I 533.

1939 wohl zu einer Einschränkung in der Anwendung der Dringlichkeitsklausel geführt (siehe die jetzige Fassung von BV Art. 89 Abs. 3); die Delegationsbefugnis der Bundesversammlung wurde dadurch aber weder ausgeschlossen noch beschränkt. Dies dürfte, meint Moser[175]), „vielleicht der treffendste Beweis dafür sein, dass die Zulässigkeit der Gesetzesdelegation und die bald sechzigjährige Delegationspraxis der BVers. als mit dem Geiste der Bundesverfassung keineswegs in Widerspruch stehend angesehen werden kann". Die Delegationsgegner sind denn auch weniger durch schweizerische Vorgänge als vielmehr durch Ereignisse im Ausland aus ihrem dogmatischen Schlummer aufgeschreckt worden.

In der Tat ist der deutsche Nationalsozialismus auf den Schultern Labands mit seinem übertriebenen Souveränitäts- und blutleeren Gesetzesbegriff auf dem Delegationswege „legal" zur Herrschaft gelangt[176]). Bloss deshalb braucht aber unserer über 600 Jahre alten Demokratie noch nicht bange zu werden. Dagegen wäre ich, offen gestanden, ernstlich in Sorge um die Zukunft unseres schönen Landes, wenn die logizistische Überspitzung des „normologischen Delegationszusammenhanges" der „Reinen Rechtslehre" weiterhin Schule machen sollte. Jeder akademische Lehrer wird sicherlich schon das Bedürfnis empfunden haben, den ohnehin hohen Abstraktionsgrad der Jurisprudenz durch möglichste Einfachheit der Lehre in etwas zu mildern. Was soll aus unserer Bauerndemokratie denn noch werden, wenn selbst wir Juristen, die wir doch sicherlich an abstraktes Denken gewöhnt sind,

---

[175]) A. a. O. S. 21.

[176]) Art. 1 des deutschen Ermächtigungsgesetzes vom 24. März 1933 lautet: „Reichsgesetze können ausser in dem in der Reichsverfassung vorgesehenen Verfahren auch durch die Reichsregierung beschlossen werden." — Neuaufbaugesetz vom 30. Januar 1934, Art. 4: „Die Reichsregierung kann neues Verfassungsrecht setzen." — Koellreuter, Deutsches Verfassungsrecht: „Gesetz ist der Ausdruck des politischen Willens der Führung." S. dazu Masnata, a. a. O. S. 29 f.

Mühe haben, der Problematik der „Reinen Rechtslehre" zu folgen, die sich in bloss formalem Begriffsdenken erschöpft und jede tiefere metaphysische Staats- und Rechtsbegründung ausschliesst. Der Rückfall unseres Zeitalters in den Irrationalismus kann nicht wundernehmen, wenn man sieht, welche Blüten die dogmatische Intoleranz des rational-konstruktiven Demokratismus noch immer treibt[177]).

Theorien, die im Widerspruch stehen mit einer von jeher geübten Praxis[178]), haben einen schweren Stand. Giacometti behalf sich daher zunächst mit der Annahme eines Gewohnheitsrechts, von dem er aber ein Jahr später wieder abgerückt ist[179]). Seine feindselige Einstel-

---

[177]) Ich muss daher vorbehaltlos Schindler Beifall zollen, wenn er schreibt (Notrecht und Dringlichkeit, S. 32): „So will es die ad absurdum getriebene und juristische Logik! Wenn Professor Giacometti auf Grund des gleichen positiven Rechts und auf Grund der gleichen Praxis zu Folgerungen gelangt wie kein anderer schweizerischer Rechtslehrer, so dürfte das dem Umstand zuzuschreiben sein, dass er als einziger unter ihnen die Thesen der sogenannten „Reinen Rechtslehre" Kelsens weitgehend übernommen hat. Es handelt sich um eine Lehre, die, trotz scharfer Ablehnung, in den 1920er Jahren in Wien bei den dort tonangebenden Kreisen Erfolge hatte und ihrem Schöpfer eine heute verblasste Berühmtheit verschaffte. Ich kann mich je länger, desto weniger des Eindrucks erwehren, dass, wo die Lösung grundsätzlicher Fragen mit den Begriffen dieser Lehre, die das positive Recht in ein Spiel angeblich logischer Relationen auflöst, versucht wird, schwere Irrtümer und Verzeichnungen die Folge sind." — Vgl. zur Kritik der „Reinen Rechtslehre" auch D. Schindler, Der Kampf ums Recht in der neueren Staatsrechtslehre, 1928; derselbe, Verfassungsrecht und soziale Struktur, 1932; ferner meinen in Anm. 2 hiervor erwähnten Beitrag „Ideologie und Wirklichkeit in der demokratischen Staatstheorie", bes. S. 9 ff.

[178]) Vgl. dazu Moser, a. a. O. S. 19 bes. N. 34; ferner BGE 29 I 43 ff.; 30 I 68 ff. und 719; 33 I 414; 39 I 410; 50 I 337; 51 I 451; 52 I 61 und 342; 62 I 79. Betreffend das richterliche Prüfungsrecht sei verwiesen auf die Ausführungen S. 440a ff. hiervor.

[179]) „Ueber das Rechtsverordnungsrecht im schweizerischen Bundesstaate", S. 390, wo gesagt wird: „Dieser durch die praktischen Bedürfnisse des Lebens bedingte Verfassungsbruch muss

lung zum Gewohnheitsrecht, welches „das rechtstheoretische Bedürfnis im allgemeinen nicht ohne weiteres zu befriedigen vermag“[180]), ist besonders scharf akzentuiert worden in dem neuesten Werke „Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone“, auf das schon mehrmals Bezug genommen wurde und das eine schöne Leistung schweizerischen Gelehrtenfleisses darstellt. Mit Befremden indes liest man dort: „Auch als Gewohnheitsrechtsbildung kann die Gesetzesdelegation nicht angesehen werden. Ein Gewohnheitsrechtssatz contra constitutionem erscheint nämlich allein dann möglich, wenn die Verfassung dies zulässt; denn Recht ist nur das, was auf die oberste staatliche Zuständigkeitsordnung zurückführbar ist, da keine der Verfassung gleichwertige Rechtsquelle besteht.“[181])

Was würden wohl die Klassiker der schweizerischen Jurisprudenz, ein Philipp Anton von Segesser, ein Andreas Heusler, ja selbst Fritz Fleiner, der gelegentlich zu Unrecht als Kronzeuge für den grundsätzlichen Ausschluss der Gewohnheit auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts angerufen wird, zu dieser mit apodiktischer Selbstverständlichkeit vorgetragenen Rechtsquellenlehre sagen, die bereits Schule zu machen beginnt[182]). Zwar haben sich die Geister

---

aber nunmehr als durch die Zeit geheilt betrachtet werden; mit andern Worten, die Gesetzesdelegation hat sich als Gewohnheitsrecht durchgesetzt.“ Für die entgegengesetzte Ansicht vgl. Giacometti, Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation, S. 91.

[180]) Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 233, meint: „Dem Historiker, der den Tatsachen nachgeht, ein Schmaus, aber ein Greuel dem Dogmatiker, der mit dem Recht, Gewohnheitsrecht zu bilden, in seinem System nichts anfangen kann.“ — Dass ein Neukantianer mit diesem „Greuel“ nicht fertig wird, leuchtet ohne weiteres ein. Nicht alle Dogmatiker befinden sich aber in diesem Dilemma, wie Siegrist, Die selbständigen Rechtsverordnungskompetenzen der Kantonsregierungen, S. 19, dies wahrhaben will.

[181]) Giacometti, Staatsrecht, S. 494.

[182]) Kuhne, a. a. O. S. 96; Masnata, a. a. O. S. 126; O. H. Müller, a. a. O. S. 51 und 113. In allen diesen Schriften

in der Frage, ob derogierendes Gewohnheitsrecht auf der Verfassungsstufe anzunehmen sei, seit den Zeiten der historischen Rechtsschule bis heute nicht restlos gefunden. Die Aufhebung selbst von Verfassungsrechtssätzen kann aber, sofern es sich nicht um die höchsten Prinzipien handelt, die dem Einfluss der fortschreitenden Rechtsbildung überhaupt entrückt sein sollen, sehr wohl das Werk der Rechtsüberzeugung eines Volkes sein und ist in allen Ländern vorgekommen. Namhafte Rechtsgelehrte, ja wohl die Mehrzahl derselben, stehen auf diesem Standpunkt[183]).

Bei der Delegation, rücksichtlich derer sich aus der Verfassung weder nach Wortlaut noch nach Auslegung etwas Bestimmtes ergibt, steht aber gar nicht eine Abänderung, sondern vielmehr eine Ergänzung der Verfassung in Frage[184]).

---

wird das Gewohnheitsrecht als „problematisch", als „gefährlich" usw. hingestellt.

[183]) Walter Jellinek z. B., Verwaltungsrecht, S. 123 f., ordnet das Gewohnheitsrecht ganz allgemein unter die ursprünglichen Rechtsquellen ein: „So wenig es dem Gesetzgeber gelingen wird, die Bildung von Gewohnheitsrecht durch ein Verbot zu verhindern, denn gerade das Verbot selbst kann gewohnheitsrechtlich ausser Kraft gesetzt werden, so wenig vermag es ein Machtspruch der Wissenschaft. Die katholische Kirche hat diese Unwiderstehlichkeit des Gewohnheitsrechts kluger Weise dadurch anerkannt, dass sie selbst bei gesetzlichem Verbot gewohnheitsrechtlicher Rechtsbildung die Bildung von Gewohnheitsrecht zulässt, allerdings unter erschwerenden Bedingungen . . . Dass es überhaupt möglich ist, ist nicht wunderbarer als die Möglichkeit eines rechtsverbindlichen Gesetzes." — Vgl. auch Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechtes, 1880, S. 14 f.

[184]) Guhl, a. a. O. S. 74: „Es konnte nicht die Absicht der Verfassung sein, auch die unbedeutendsten und nebensächlichsten rechtschaffenden Anordnungen von der Bundesversammlung allein ausgehen zu lassen und von ihr so beim Erlass von Gesetzen die Regelung aller Detailfragen und somit die Voraussicht jeder Änderung in den Verhältnissen zu verlangen. Vielmehr hat das Schweigen der Verfassung nur die Bedeutung, dass sie nicht selbst diese Fälle ausscheiden wollte, wo der Bundesrat Rechts-

Praeter constitutionem hat das Gewohnheitsrecht heute noch eine grosse Bedeutung, nicht zuletzt deshalb, weil Verfassungsrevisionen mit Schwierigkeiten verbunden sind und sich nur langsam vollziehen können, ganz abgesehen davon, dass unser Volk es oft nicht für nützlich erachtet, besondere Bestimmungen über staatsrechtliche Fragen zu erlassen, diese aber doch einer Beantwortung bedürfen. Zweckmässigkeitserwägungen und die notwendige Rücksicht auf die Besonderheiten der Zeitumstände können es nahelegen, von der Aufstellung fester Normen abzusehen und dem Verfassungsleben jene Anpassungsfähigkeit zu belassen, welche ihm bei seiner gewohnheitsrechtlichen Ausgestaltung sicher gewährleistet ist.

Abwegig ist auch die Behauptung, es bestehe keine der Verfassung gleichwertige Rechtsquelle. Die Gewohnheit bringt die Willens- und Bewusstseinsrichtung eines Volkes, insonderheit des Schweizervolkes, das in seinem innersten Wesen nicht rational, sondern traditional eingestellt ist, ebenso gut oder noch besser zum Ausdruck wie das geschriebene Gesetz. Beide haben übrigens eine gemeinsame Grundlage. Die grundsätzliche Gleichordnung der beiden Rechtsquellen ist schon von Julianus mit den klassischen Worten umschrieben worden: „*Nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges*

sätze aufstellen und die Tätigkeit des Gesetzgebers ausüben konnte, sondern dass die Bundesversammlung als höchste Behörde diese Rolle übernehmen und dem Bundesrat überall da, wo sie es als zweckmässig erachten würde, den Auftrag zum Erlass von Rechtsvorschriften erteilen sollte.“ — Burckhardt, Methode und System des Rechts, S. 89, meint (unter Berufung auf Carré de Malberg): „Allein aus dem Begriff einer solchen Delegation, d. h. Kompetenzerklärung, kann nicht entnommen werden, ob die zunächst kompetente Behörde ihre Befugnis einer anderen zur Ausübung ‚übertragen‘ kann. Wenn die Verfassung das nicht sagt, ist, wie bei jeder Auslegung, in sachlicher Abwägung, nicht in logischer Schlussfolgerung aus Begriffen zu entscheiden.“ — Vgl. auch Rüegg, a. a. O. S. 78, der ebenfalls eine Lücke der Verfassung annimmt. — Kuhne, a. a. O. S. 84 f.

non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur." (D 1, 3, 32). Diese durch Jahrhunderte festgehaltene Anschauung der universalen Jurisprudenz läuft auch nicht, wie Kuhne behauptet[185]), auf die Zerstörung der staatlichen Ordnung hinaus, aber man begreift, dass sie im System des extremen Rechtspositivismus keinen Platz finden kann. Mit blosser Legalität im Sinne der „Reinen Rechtsschule" kann auch die verpflichtende Kraft des gesetzten Rechtes nicht nachgewiesen werden.

Als allgemeiner Satz ist ferner auch die Behauptung nicht haltbar, das Gewohnheitsrecht gelte nur, wenn die Verfassung es anerkenne. Der Rechtstrieb zwingt auch den Staat; er kann die Überzeugung des Volkes, in der auch die geschriebene Verfassung die Grundlage ihres Ansehens und damit ihrer Geltung finden muss, nicht verhindern. Der Staat kann vernünftigerweise den Einfluss, den die fortwährende Entwicklung des nationalen Lebens und seiner grundlegenden Bedürfnisse in der Gewohnheit ausübt, nicht verbieten wollen. Das wurde schon von Aristoteles betont, und wegen der unzweifelhaften Rechtsüberzeugung, die das Gewohnheitsrecht auszeichnet, verbot Lykurg geradezu die Aufzeichnung der Gesetze.

Die Annahme eines Gewohnheitsrechts bedeutet auch nicht „eine Belohnung für das hartnäckige Beharren der Behörden in der Verfassungswidrigkeit", wie O. H. Müller meint[186]). Gewiss können blosse Übungshandlungen von Behörden, die den Charakter einer bewussten, wenn auch stillschweigenden Konnivenz haben, nicht Gewohnheitsrecht bilden. Dieses ist vielmehr der Ausdruck eines in Masse bekundeten Rechtsgefühls, das der menschlichen Natur innewohnt und als wichtigste psychologische Grundtatsache nicht aus der Welt geschafft werden kann, auch wenn die Formaljuristen dafür wenig Verständnis zeigen. Der tiefere Grund der Rechtsgewohnheit beruht auf einer

[185]) A. a. O. S. 96.
[186]) A. a. O. S. 51.

Macht des Rechts über das Volk; sie geht aus innerer Notwendigkeit hervor, die unwillkürliches Handeln erzeugt. Die Übung ist daher nicht der Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts, sondern nur die äussere Bekundung seiner Geltung. Im letzten Grund ist es die Macht der sittlichen Weltordnung, die als ein Bewusstsein der Gebundenheit das Handeln der Menschen bestimmt.

Auf dem Boden dieser grundsätzlichen Stellungnahme kann Moser beigepflichtet werden, wenn er schreibt: „Selbst wenn sich eine juristische Begründung (im formal-positivistischen Sinne! Der Verf.) für die Zulässigkeit der Gesetzesdelegation nicht finden liesse, was ja nicht der Fall ist, würde diese Delegation durch die ‚normative Kraft des Faktischen' längst ihre Rechtfertigung gefunden haben."[187]) Im Hinblick auf den Scharfsinn, der anderweitig schon für Einzelheiten des Delegationsproblems aufgewendet worden ist, schien es uns angebracht, den Hauptakzent auf die grundsätzliche Seite des weitschichtigen Fragenkomplexes zu legen[188]).

γ) Die selbständigen Polizeiverordnungen.

Die vorstehenden Gedankengänge sprechen ohne weiteres für eine tunlichste Anerkennung der sogenannten selbständigen Polizeiverordnungskompetenz der Exekutive, und zwar sowohl des Bundesrates (BV Art. 102 Ziff. 8—10) wie der kantonalen Regierungen. Es liesse sich sehr vieles darüber sagen, doch müsste auf Einzelheiten eingetreten

---

[187]) A. a. O. S. 21. Ruck, Schweiz. Staatsrecht, S. 121, nimmt ebenfalls an, dass die Rechtsverordnung sich auch da, wo eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Zulassung der Delegation fehlt, „schon längst als allgemein anerkannte gewohnheitsrechtliche Erscheinung" durchgesetzt habe. Ebenso Schneider, Die Verordnung im Rechtsstaat, S. 70 ff. Vgl. ferner Homberger, Das Tatsächliche als Element der Rechtsbildung (ZbJV Bd. 77), S. 1 ff., sowie die Hinweise auf das ausländische Schrifttum bei Kuhne, a. a. O. S. 96, N. 12.

[188]) Eine gute Übersicht über die Praxis und die sich stellenden Einzelfragen gibt die mehrmals angezogene Berner Dissertation von Emilio Moser, 1942.

werden, und anderseits hätten blosse Andeutungen keinen grossen Wert, dies um so weniger, als alle einschlägigen Fragen bereits zum Gegenstand weitwendiger Erörterungen gemacht worden sind[189]). Der ganze Fragenkomplex hat zu einer lebhaften Kontroverse zwischen Giacometti und Schindler den Anlass gegeben[190]). Wesentlich neue Gesichtspunkte lassen sich nicht mehr wohl relevieren. Ich lege aber Wert darauf zu betonen, dass ich mich vorbehaltlos auf den von Professor Schindler vertretenen Standpunkt stelle[191]).

Der engherzige heuristische Apparat Giacomettis und seiner Schüler vermag auch in diesen Fragen nicht restlos zu überzeugen. Es ist nicht einzusehen, wieso für Verfassungsurkunden eine von den bewährten Interpretationsgrundsätzen abweichende Hermeneutik gelten sollte[192]). Die grammatische und reale Interpretation müssen sich

---

[189]) Für die selbständigen Rechtsverordnungen des Bundesrates sei verwiesen auf Moser, a. a. O. S. 55 ff., und Bossard, a. a. O. S. 166 ff., die beide die Verordnungskompetenz des Bundesrates bejahen. Betreffend BRB vom 25. August 1936 (Verbot der Teilnahme an den Feindseligkeiten in Spanien) vgl. BGE 64 I 368. — Rücksichtlich der selbständigen Rechtsverordnungskompetenz der Kantonsregierungen sind die Unterlagen gut zusammengestellt in der bereits erwähnten Zürcher Dissertation von Siegrist, 1939. Die Auslegung, die er den einzelnen Kantonsverfassungen angedeihen lässt, vermag indes nicht zu befriedigen; sie sind im Zweifel mit umgekehrtem Vorzeichen zu interpretieren.

[190]) Giacometti, Das selbständige Rechtsverordnungsrecht des Bundesrates, SJZ 1935, S. 257 ff. und die Erwiderung darauf von Schindler, Die selbständige Polizeiverordnung nach schweizerischem Staatsrecht, SJZ 1935, S. 305 ff.

[191]) Vgl. auch Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 321: „In der Schweiz hat die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit von jeher kraft Gewohnheitsrecht als oberste Aufgabe der leitenden Regierungsbehörden der Kantone und des Bundes gegolten, mag die Verfassung sie ihnen ausdrücklich übertragen oder als stillschweigende Zuständigkeit vorausgesetzt haben."

[192]) Vgl. Giacometti, Die Auslegung der schweiz. BV, S. 18 ff., wo lediglich die restriktive Methode als zulässig erachtet wird.

gegenseitig ergänzen, wenn etwas Erspriessliches herauskommen soll. „*Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita, judicare vel respondere*“ *(Celsus, D. 1, 3, 24).* Die einseitige Betonung der Wortinterpretation führt zu Formalismus und geistloser Behandlung der Rechtsnormen, wobei formale Gründe dem ursprünglichen ethischen Gedanken vorangesetzt werden. „Der Buchstabe tötet, aber der Geist macht lebendig.“ Die richtige Erfassung der ratio legis gibt den Wink, ob extensiv oder restriktiv interpretiert werden darf. Nur in ihrem Geiste darf auch die Verfassungsurkunde fortgebildet oder eingeschränkt werden.

Ein vernünftiges Mass selbständiger Verordnungskompetenzen der schweizerischen Regierungen im Kampf für Ruhe, Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit ist als altes Erbstück unserer Demokratie seit Jahrhunderten im Rechtsbewusstsein unseres Volkes verwurzelt und daher nur dort auszuschliessen, wo die Verfassung eine unzweifelhafte Handhabe für die gegenteilige Annahme bietet. Mit dem blossen Hinweis darauf, die Polizeiverordnungen seien zur Zeit des Erlasses der kantonalen Verfassungen noch als blosse Verwaltungsverordnungen aufgefasst worden, inzwischen aber unter dem Einfluss der liberal-rechtsstaatlichen Ideologie zu Rechtsnormen geworden, kann ein Jahrhunderte altes Gewohnheitsrecht nicht unterbrochen werden. „Der vollziehenden Gewalt wohnen die besonderen Gaben inne, das Gemeinwohl zu erkennen; daher ihre Pflicht, es zu schirmen. Da der Gesetzgeber stillschweigend oder ausdrücklich die Sorge für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit zur Staatsaufgabe macht, so ist ohne weiteres der Adressat des Gesetzesbefehls die Verwaltungsbehörde (Polizei); sie hat die erforderlichen Warnungstafeln an gefährlichen Strassenkreuzungen anzubringen und mit den ihr zu Gebote stehenden technischen und rechtlichen Mitteln auch im übrigen für die Sicherheit des Verkehrs auf den Strassen zu sorgen; ihr liegt ob, bei Seuchengefahr die Grenzen zu sperren oder andere Be-

schränkungen anzuordnen; ihr kommt es zu, festzustellen, ob das in der Verfassung vorgesehene öffentliche Interesse die Zwangsenteignung verlange u. a. m. In allen diesen Fällen liegt schon in der Zuweisung der Aufgabe an die Verwaltungsbehörde der Hinweis darauf, dass diese gemäss ihrer Amtspflicht und ihrer besonderen Einsichten die Entscheidung darüber zu treffen hat, was das Gemeinwohl verlangt. Selbstverständlich gilt dies alles nur, sofern Verfassung oder Gesetz diese Entscheidung nicht durch eine spezielle Anordnung vorweggenommen haben."[193])

Von diesem Standpunkt aus ist nur ein kleiner Schritt zur Anerkennung einer verfassungsmässigen Polizeiverordnungskompetenz, soweit das Gesetz dafür noch Spielraum lässt. In gewissen Ländern gilt denn auch ganz allgemein der Satz, dass die Polizeibehörde freie Hand hat, ob sie durch Verordnung oder durch Verfügung einschreiten will. Der abstrakten, für alle Fälle gleichen Regelung gebührt jedenfalls der Vorzug gegenüber der Einzelanordnung, da sie allein die Rechtsgleichheit verbürgt. Die Normgemässheit ist immer ein Zeichen allen Kulturfortschrittes.

In der Praxis nehmen grundsätzlich alle Regierungen ein gewisses Polizeiverordnungsrecht in Anspruch, und das Bundesgericht ist ihnen in erfreulicher Aufgeschlossenheit so weit wie möglich entgegengekommen. So hat es mehrmals den kantonalen Regierungsräten die Befugnis zuerkannt, zur Abwehr unmittelbar drohender Störungen Versammlungsverbote zu erlassen und Zuwiderhandlungen unter Strafe zu stellen. Es handelte sich dabei um die Ausübung der allgemeinen Polizeigewalt, welche der obersten Vollziehungsbehörde eines Kantons verfassungsmässig zustehen muss. Voraussetzung ist dabei allerdings, dass solche Verordnungen nicht für die Dauer, sondern nur im

---

[193]) So wörtlich Fritz Fleiner, Zur Technik des Verwaltungsrechts, S. 5.

Hinblick auf die bestehenden ausserordentlichen Verhältnisse erlassen werden[194]).

Die Gewaltentrennung schliesst nicht aus, dass der vollziehenden Gewalt ein gewisses vernünftiges Mass von Verordnungskompetenzen eingeräumt wird. Man wird diesen Standpunkt vertreten dürfen, ohne sich dem Vorwurf einer undemokratischen Geisteshaltung auszusetzen. Es ist sicherlich eine schiefe Alternative, das Erstarken der Exekutive in seinen verschiedenen Formen in die Nachbarschaft autoritärer, d. h. antidemokratischer Auffassungen

---

[194]) Vgl. mit Bezug auf den Kt. Basel-Stadt BGE 60 I 197; mit Bezug auf den Kt. Aargau BGE 57 I 266.

Fraglicher ist, ob die vom Reg.rat des Kts. Aargau am 26. März 1938 erlassene Verordnung über den Fähigkeitsausweis zur Erlangung eines Wirtschaftspatentes sich auf das Wirtschaftsgesetz vom 2. März 1903, speziell dessen § 8, stützen könne; denn beim Erlass dieses Gesetzes war von einem solchen Fähigkeitsausweis und von einer vom Bewerber abzulegenden Prüfung noch nirgends die Rede. Vernünftigerweise hat aber noch niemand die genannte Verordnung angefochten, da sie materiell sicherlich einem legitimen Bedürfnis entspricht.

Zu lebhaften Auseinandersetzungen hat das selbständige Polizeiverordnungsrecht im Kt. Zürich geführt, dessen Reg.rat von jeher, gestützt auf KV Art. 21, eine eigene Rechtssetzungsbefugnis auf dem Gebiet des Gewerbewesens in Anspruch genommen hat. Vgl. darüber Rüegg, a. a. O. S. 66, sowie Siegrist, a. a. O. S. 34 ff., ferner BGE 54 I 271, wo das BGer. die berühmte Verordnung des zürcherischen Reg.rates vom 20. Mai 1919 über den Tanzunterricht geschützt hat, freilich mit der Begründung, die Kompetenz des Reg.rates zum Erlass dieser Verordnung lasse sich schon aus dem Gewerbegesetz vom Jahre 1832 herleiten.

Im nämlichen Sinn entschied das BGer. mit Bezug auf das vom Reg.rat des Kts. Bern am 21. Februar 1928 erlassene Reglement für Skilehrer. Vgl. BGE 55 I 158.

Vgl. im übrigen KV: Genf Art. 86, Neuenburg Art. 50, Schaffhausen Art. 17, Graubünden Art. 10, Thurgau Art. 15, wo für bestimmte Gebiete und in verschiedener Formulierung neben den gesetzlichen ausdrücklich auch polizeiliche Vorschriften vorbehalten werden. — Vgl. weiterhin betr. Luzern BGE 32 I 112, 38 I 531; BGE 48 I 72 (Schaffhausen); BGE 42 I 121 (Zug); BGE 46 I 284 (Tessin); BGE 46 I 260 (Solothurn); BGE 32 I 179 (Wallis).

zu bringen und diese allgemeine Erscheinung mit der Preisgabe individueller Freiheitsrechte und schlussendlich mit der Verleugnung des rechtsstaatlichen Gedankengutes auf eine Linie zu stellen. Die Dinge liegen viel komplizierter.

c) Rechtswidrige Eingriffe in die Kompetenz der gesetzgebenden Gewalt.

Es mag an Hand der reichen bundesgerichtlichen Praxis noch kurz gezeigt werden, auf welchen Gebieten die Exekutive besonders geneigt ist, sich in den Bereich der gesetzgebenden Gewalt einzumischen[195]). Die Gründe solcher Überschreitungen der verfassungsmässigen Befugnisse sind mannigfach und lassen sich kurz folgendermassen andeuten.

Steuergesetze sind regelmässig nicht gerade populär. Die Versuchung liegt daher nahe, neue Steuern durch grossrätliche Dekrete oder regierungsrätliche Verordnungen zu beschliessen, was häufig unter dem Namen einer Gebühr zu geschehen pflegt. Das Bundesgericht stellte sich von jeher auf den Standpunkt, dass neue Steuern nur auf dem Wege der Gesetzgebung eingeführt werden können[196]).

Vollziehungsverordnungen zu Bundesgesetzen oder Konkordaten ohne ausreichende kantonal-gesetzliche

---

[195]) Eingriffe in das Gebiet der gesetzgebenden Gewalt können indes nur geschehen durch Erlass von Rechtssätzen, nicht aber durch subjektive Sachentscheidung. BGE 29 I 288 und 56 I 161. Vgl. auch BGE 52 I 234.

[196]) Zahlreich sind die Grenzziehungsfälle zwischen Steuer und Gebühr, vgl. z. B. BGE 48 I 433, 56 I 514. — In BGE 51 I 11 hat das BGer. die in einer Vollziehungsverordnung statuierte Verpflichtung zur Entrichtung eines im Gesetz nicht vorgesehenen Verzugszinses für rückständige Steuern als nicht im Widerspruch mit der Gewaltentrennung stehend bezeichnet. Dieser Entscheid ist freilich in beschränkter Kognition (BV Art. 4) gefällt worden und daher vom Standpunkt einer freien Prüfung aus mit Vorsicht aufzunehmen. Vgl. im gegenteiligen Sinne Blumenstein, Steuerrecht, § 14 IV 1; Lutz, Verzugszinsen für Steuerforderungen im ZbStGV 1935, S. 401 f., ferner Vj. f. aarg. RSpr. Bd. 40, S. 60.

Grundlage sind ebenfalls eine ziemlich häufige Erscheinung[197]).

Verhältnismässig zahlreich sind die Fälle, in welchen die vollziehende Gewalt ein ihr nicht zustehendes Vollziehungsverordnungsrecht in Anspruch genommen, bzw. dessen Grenzen überschritten hat. Vor allem in den Kantonen mit obligatorischem Referendum liegt die Versuchung nahe, unbequeme gesetzliche Bestimmungen auf dem Verordnungswege zu beseitigen, bzw. Bestimmungen, die als zweckmässig erachtet werden, auf diesem Wege einzuführen[198]).

D. Das Notverordnungsrecht.

I. Problem und Begründung.

1. Wohl die bedeutendste Tangierung der Gewaltenteilungslehre stellt sich mit dem Problem des sogenannten Notrechts. Der Ausdruck „Notrecht" wird im Sprach-

---

[197]) Vgl. dazu die in N. 140 hiervor angeführten Fälle.

[198]) Vgl. z. B. BGE 64 I 313: Verletzung der Garantie der Gewaltentrennung (Aargau KV Art. 3) durch eine Verordnungsvorschrift zu einem neuen, die wohnörtliche Armenfürsorge einführenden Gesetz, weil jene Vorschrift für einen Sonderfall die gesetzlich vorgesehene Übernahme der Unterstützung durch den Staat an Stelle der Heimatgemeinde ausschliesst. — In BGE 41 I 319 wurde die grossrätlich genehmigte Verordnung des luzernischen Reg.rates vom 21. April 1915, welche die nach Gesetz bisher freie Angelfischerei von der Erwerbung eines Patentes abhängig machen wollte, vom BGer. als verfassungswidrig erklärt. — In BGE 37 I 81 wird die Gewährung einer gesetzlich nicht vorgesehenen Besoldungserhöhung an einen Beamten unter der Bedingung des im Gesetz auch nicht vorgesehenen Verzichts auf bestimmte Arten von Nebenbeschäftigungen als Eingriff in die gesetzgebende Gewalt erklärt. — In BGE 46 I 259 wurde die Vorschiebung einer gesetzlichen Polizeistunde um eine Stunde unter Berufung auf die Wirtschaftskrise und die ernste politische Lage auf dem Verordnungswege als Verstoss gegen die Gewaltentrennung bezeichnet. — Weitere Hinweise auf die Praxis finden sich bei Brown, a. a. O. S. 46 ff.

gebrauch nicht einheitlich verwendet. Im Bund wie in den Kantonen erscheint die Notgesetzgebung in zweierlei Gestalt: einmal in der Form der dringlich erklärten, dem Referendum entzogenen Beschlüsse des Parlaments und sodann in Form des Notrechts im engeren Sinne, das auf Grund allgemeiner, vom Parlament erteilter Vollmachten von der vollziehenden Gewalt erlassen wird[199]). Im Gegensatz zum sogenannten Dringlichkeitsbeschluss hat das echte Notrecht die Kraft, sogar die Verfassung abzuändern. Es enthält also Bestimmungen, die normalerweise eine Verfassungsrevision oder doch ein Bundesgesetz voraussetzen[200]).

a) Schon der ursprüngliche Art. 89 der Bundesverfassung von 1874 sah die Möglichkeit des Erlasses dringlicher Bundesbeschlüsse vor, ohne sich jedoch über diesen Begriff und über das Zustandekommen dieser Beschlüsse näher auszusprechen. Während der Krisenzeit, d. h. in den Jahren 1932/37, wurden vielfach solche Bundesbeschlüsse erlassen. Es sei vor allem erinnert an die wichtigen Erlasse vom 13. Oktober 1933 betreffend Massnahmen zur Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichts im Bund und vom 14. Oktober 1933 über wirtschaftliche Massnahmen gegenüber dem Ausland[201]). Diese Beschlüsse waren befristet. Sie stellten gewisse allgemeine Grundsätze auf, so z. B. mit Bezug auf die Krisenabgabe, ermächtigen aber im übrigen den Bundesrat zum Erlass vollziehender Massnahmen. Oftmals wurden sie vor Ablauf der Geltungsdauer auf weitere zwei Jahre verlängert, so derjenige vom 14. Oktober 1933 am 11. Dezember 1935 und am 23. Dezember 1937.

---

[199]) Vgl. hinsichtlich der in den Kantonsverfassungen statuierten Notverordnungskompetenzen die einlässliche Darstellung von O. H. Müller, a. a. O. S. 205 ff.

[200]) Der Unterschied ist gut herausgearbeitet in BBl 1938 I 723 und 1939 I 539. S. dazu auch Schindler, Notrecht und Dringlichkeit, S. 11 ff. und 35 ff.

[201]) Vgl. Secrétan, L'initiative populaire et la législation de crise, in: Recueil de Travaux de la Faculté de Droit, Lausanne 1934, S. 140.

In der Rechtsliteratur ist häufig kritisiert worden, dass in der Praxis der Bundesbehörden die Dringlichkeit nicht bloss im zeitlichen, sondern auch im materiellen Sinne als bestehend angenommen wurde. Je mehr die Zahl der dringlichen Bundesbeschlüsse anstieg, umsomehr nahm im Volk ein gewisses Unbehagen zu, weil es das Gefühl hatte, dass dieses vereinfachte Verfahren der Gesetzgebung mit dem Sinne und Geiste der Bundesverfassung nicht in Einklang stehe. Unter dem Eindruck dieser Volksstimmung entschlossen sich die eidgenössischen Räte, dem Volk und den Ständen den Entwurf einer Ergänzungsbestimmung zu BV Art. 89 vorzulegen[202]). Die neue Vorschrift, die am 22. Januar 1939 von Volk und Ständen angenommen wurde, sieht nun ausdrücklich vor, dass dringliche Bundesbeschlüsse nur dann erlassen werden dürfen, wenn ihr Inkrafttreten keinen Aufschub erleidet. Ausserdem ist für ihr Zustandekommen die Mehrheit aller Mitglieder in beiden Räten erforderlich; sie sind überdies zu befristen. Der neue Wortlaut des Art. 89 trat am 3. Februar 1939 in Kraft; er konnte sich aber bis jetzt kaum auswirken, da Ende August 1939 der Bundesrat allgemeine Vollmachten erhielt und dadurch die dringlichen Bundesbeschlüsse überflüssig wurden. Die Vorschrift ist aber nicht unnötig; mit der Wiederkehr glücklicherer Zeiten wird man sich daran erinnern müssen, dass im Referendumsstaat nicht unnötig mit dringlichen Bundesbeschlüssen regiert werden soll; denn sie bedeuten eine Ausnahme vom Grundsatz der Gewaltentrennung und die Ausschaltung des Volkes als gesetzgebenden Faktors. Das erzeugt aber Spannungen im Volkskörper und ist auf die Dauer der Demokratie nicht zuträglich.

b) Wie schon im ersten Weltkrieg 1914—18 erteilte die BVers. am 30. August 1939 zu Beginn des neuen Krieges dem Bundesrat allgemeine Vollmachten, wodurch die Exekutive ermächtigt wurde, zur Aufrechterhaltung der Neutralität und der Wahrung der Landesinteressen auf dem Verordnungswege alles Nötige vorzukehren. Der Bun-

[202]) BBl 1938 I 717 und 1939 I 533.

desrat hat von dieser ausserordentlichen Befugnis unter dem Zwang der Verhältnisse ausgiebigen Gebrauch gemacht, sein Recht häufig an die Departemente delegiert, welche dann ihrerseits die Ermächtigung an ihnen untergeordnete Amtsstellen weitergaben. Das ist insbesondere von seiten des eidg. Volkswirtschaftsdepartementes geschehen. Die sogenannte Notgesetzgebung ist heute noch in voller Entwicklung. Manche Erlasse sind durch die Verhältnisse überholt und durch neue ersetzt worden; ihre Zahl geht ins Gigantische und ist noch in ständigem Steigen begriffen. Es fällt selbst dem Juristen schwer, sich in diesem unübersichtlichen Labyrinth von Erlassen und ihrer durch scharfe Strafsanktionen geschützten Bestimmungen zurechtzufinden. Sie können in diesem speziellen Zusammenhang kaum gestreift, geschweige denn einlässlich behandelt werden. Julius Lautner hat sich die verdienstvolle Aufgabe gestellt, diesen weitschichtigen Stoff in systematischer Form zu bearbeiten[203]). Was vom konstitutionellen Standpunkt dabei augenfällig in Erscheinung tritt, ist vor allem die Tatsache, dass diese ohne Mitwirkung der gesetzgebenden Organe der BVers. und des Volkes zustandegekommenen rechtssetzenden Erlasse des Bundesrates fühlbare Eingriffe in die Individualrechte und den Zuständigkeitsbereich der Kantone mit sich gebracht haben.

2. Mit dieser mächtigen, wenn auch vorübergehenden Gewaltenkonzentration in der Hand der Exekutive ist natürlich auch das Latein der Gewaltenlehre vorläufig zu Ende. Es kann daher nicht wundernehmen, dass die Notrechtsgesetzgebung innerhalb des liberal-rechtsstaatlichen Ideenkreises eine Welle der Beunruhigung erzeugt, starke Bedenken erweckt und sowohl in der öffentlichen Meinung wie auch in der Staatsrechtswissenschaft eine noch lange nicht abgeklungene Diskussion ausgelöst hat[204]).

---

[203]) Vgl. Julius Lautner, System des schweiz. Kriegswirtschaftsrechts, Zürich 1942 f.

[204]) Vgl. Schindler, Notrecht und Dringlichkeit, SA. aus NZZ., Okt.—Dez. 1942; derselbe, Die verfassungspolitische Lage,

Ganz besonders sind es die beiden Grundelemente unseres staatlichen Daseins, der Rechtsgedanke und die Institutionen der politischen Freiheit, die im Spiele stehen und die Geister auf den Plan riefen. Das versteht sich umso mehr, als im Zuge der gegenwärtigen Weltkrise die freiheitliche Staatsidee anscheinend eine Wertminderung erfährt. Als theoretisches Problem bietet sich besonders dem Juristen hier eine Aufgabe, deren Ernst weit über das nurjuristische Denken hinaus seine vitalsten Interessen zu wecken vermag.

a) Dass der in dieser Frage zunächst Betroffene, nämlich der Bundesrat selber, es mit der rechtlichen Begründung dieses ausserordentlichen Notrechts nicht leicht genommen hat, dafür scheint uns sein Bericht vom 3. April 1939 das beste Zeugnis abzulegen; seine klassisch schöne Begründung des Notrechts würde es an sich verdienen, im ganzen Umfang wiedergegeben zu werden. Mit Rücksicht auf den beschränkten Raum, der uns zur Verfügung steht, sei wenigstens anmerkungsweise auf einige treffende Stellen hingewiesen[205])

in „Neue Schweiz. Rundschau", 1940, S. 389 ff. Vgl. ferner Giacometti, Die Abwertung des schweizerischen Verfassungsbegriffes, in „Basler Nachrichten" vom 15. November 1942; derselbe, Die gegenwärtige Verfassungslage der Eidgenossenschaft, in „Schweiz. Hochschulzeitung" Sept.—Okt. 1942.

[205]) „Schon 1914 bei Ausbruch des Weltkrieges mit seiner sofort ersichtlich einsetzenden Bedrohung unserer staatlichen und wirtschaftlichen Unabhängigkeit war der Notstand besonders sinnenfällig. Aber auch die Wirtschaftskrise von bisher ungeahntem Ausmasse hat die Grundlage der Existenz weiter Kreise der Bevölkerung erschüttert und die Fundamente unserer Wirtschaft untergraben, so dass eine schwere Gefahr unser Land bedrohte. In derartigen Zeiten müssen zur Erhaltung des Staatswesens ausserordentliche Massnahmen getroffen werde . . . Kein Staat vermag ohne Notstandskompetenzen auszukommen . . . Insbesondere die Referendumsdemokratie bedarf eines Ventils, das den Behörden gestattet, bei einem Staatsnotstand die zur Abwendung der Gefahr unerlässlichen Massnahmen vorzukehren. Weil die demokratische Verfassung Freiheitsrechte gewährleistet und enge Kompetenzschranken aufstellt, bedarf die Demokratie in Notzeiten einer

Wie daraus hervorgeht, beruft sich der Bundesrat zur Rechtfertigung der ihm zuteilgewordenen ausserordentlichen Vollmachten auf den Notstandsgedanken und auf den zu allen Zeiten und bei allen Völkern geltenden Grundsatz: „*Salus publica suprema lex esto*" (Cicero, De legibus, Liber III, cap. 3).

Es verdienen auch die weiteren vom Bundesrat in diesem Zusammenhang geäusserten naturrechtlichen Gedanken höchste Beachtung. Die Berufung auf so feierliche und ausserordentliche Maximen setzt freilich auch das Vorhandensein eines geeigneten tatsächlichen Substrates voraus. Für Massnahmen ganz untergeordneter Bedeutung, denen jedes Merkmal der Notwendigkeit und Dringlichkeit fehlt, dürfte wohl eine Berufung auf den Notstandsgedanken kaum angebracht sein. Auf der andern Seite darf füglich aner-

---

gewissen Beweglichkeit, um eine Anpassung an die tatsächlichen Verhältnisse und Bedürfnisse möglich zu machen. Die Demokratie würde versagen, wenn nicht für die nötige Handlungsfähigkeit in Notzeiten gesorgt würde. Zur Erhaltung der Rechtsordnung, die die Freiheit schützt und der Gerechtigkeit dient, werden bei einem Staatsnotstand ausserordentliche Massnahmen nötig, die vorübergehend vom normalen Verfassungsrecht oder vom Gesetzesrecht abweichen, um die Notzeit überbrücken zu können und so den Staat und die Verfassung trotz der drohenden Gefahren zu erhalten. Abgesehen vom Zollnotrecht (letzter Absatz von Art. 29), enthält die BV keine ausdrückliche Bestimmung über Notrecht. Wie wir schon in unsern Berichten vom 17. September 1937 und 10. Mai 1938 über die Volksbegehren für Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit und für Einschränkung der Anwendung der Dringlichkeitsklausel ausgeführt haben, ist es auch ohne eine ausdrückliche Verfassungsbestimmung zulässig, im Falle des Notstandes Massnahmen zu treffen, die vom normalen Verfassungsrecht oder vom Gesetzesrecht abweichen, soweit die Not es erfordert. Die Rechtfertigung des ungeschriebenen Notrechts ergibt sich aus der Überlegung, dass die verfassungsmässigen Rechte der Bürger und die verfassungsmässigen Kompetenzgrenzen den Bestand des Staatswesens zur Voraussetzung haben. Geht die Eidgenossenschaft unter, so geht damit auch die Verfassung zugrunde, und dann ist es auch mit den Freiheitsrechten von Bund und Kantonen aus." (BBl 1939 I 539 ff.) — Interessant ist auch die Stellungnahme des BGer. zu dieser Frage; vgl. BGE 41 I 553.

kannt werden, dass der Bundesrat durch seine Argumentation zum Ausdruck gebracht hat, dass er nicht gewillt ist, sich in die Nachbarschaft uns wesensfremder Staatsideen zu begeben.

Das Vollmachtenrecht ist ein übernationales Kennzeichen der Demokratie. Ein Blick auf ausländische Verfassungsverhältnisse, soweit es sich um gesunde Demokratien handelt, beweist das zur Genüge. Die gleiche Notlage hat auch anderwärts zu sehr ähnlichen Massnahmen geführt. Die Weltereignisse bedingen eine Strukturverschiebung der Demokratie, wenn anders diese sich nicht selbst preisgeben will. Die Bundesbehörden haben diesen Sachverhalt klar erkannt und damit einen wertvollen Beitrag zur theoretischen Rechtfertigung der Notrechtsgesetzgebung geliefert.

b) Der Bundesrat hat denn auch ein deutliches Echo beim Volke gefunden. Weit entfernt, das „Vollmachtenregime" mit Anwürfen zu überhäufen, hat das Schweizervolk trotz aller kritischen Reserve eine im grossen ganzen positive Haltung eingenommen. Immer noch dem staatlichen Grundgesetz, der Verfassung, in Sorge zugewandt, hat es volles Verständnis dafür bewiesen, dass eine buchstabengetreue Verfassungsinterpretation sich in ausserordentlichen Zeiten gegen deren Bestand wenden müsste. Erneut hat sich bei dieser Gelegenheit der dem Schweizervolk eigene sensus politicus bewährt.

c) Die Rechtswissenschaft, zumal jene Lehrgebäude, die im Staate nicht nur die letzte Quelle der Legalität, sondern auch des Rechts erblicken, hatten anderseits Mühe, eine rechtliche Begründung des Notrechtes zu finden, das als „pathologischer Fall" eben schwer sich einreihen lässt in das angeblich logisch geschlossene System des Rechtspositivismus. Es haben sich bereits schon soviele Lehrmeinungen zum Wort gemeldet, dass es uns in diesem Rahmen auch nicht annähernd möglich ist, auf die Behandlung einzugehen, die das Notrechtsproblem in der Literatur gefunden hat. Der Staatsrechtslehre schloss sich

überdies eine politische Publizistik an, die eine beachtliche Höhe staatspolitischen Denkens bezeugt[206]).

d) Eine letzte Rechtfertigung der Notrechtsgesetzgebung weist zweifelsohne über die positiv-rechtliche Fragestellung hinaus und führt in das sehr komplexe Gebiet der Rechtsphilosophie. Das Notrecht findet hier den letzten Erklärungsort und die Prinzipien seines Geltungsgrundes.

Die bereits angeführten schweizerischen Staatsrechtslehrer wie auch die mehr den Tagesbedürfnissen dienende politische Publizistik beziehen alle mehr oder weniger ausgesprochen eine rechtsphilosophische Position. Es wäre

---

[206]) Soweit nicht schon angegeben, sei auf das folgende Schrifttum verwiesen:

1. Monographien zum Notrecht: v. Waldkirch, Die Notverordnungen im schweiz. Bundesstaatsrecht, 1915; Hoerni, De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse, Genf 1917 (bes. S. 7 und 17); Zoller, Die Notverordnung und ihre Grundlagen, 1928 (bes. S. 113—122); Krafft, Essai d'une Réglementation constitutionnelle des mesures de nécessité, 1935; Favre, Le droit de nécessité, 1937; Reber, Das Notrecht des Staates, 1938; Haab, Krisenrecht, Rektoratsrede, Basel 1936;

2. weitere Stellungnahmen: Bluntschli, Staatswörterbuch, Bd. 2, Art. „Notrecht"; derselbe, Die Lehre vom modernen Staat, Teil 2, S. 237 ff.; W. Burckhardt, Gedanken eines Neutralen, Pol. Jahrbuch der schweiz. Eidgenossenschaft, Bd. 28, 1914, und in ZSR, N. F. Bd. 35, S. 622 ff.; derselbe, Komm. S. 670; Lampert, Bundesstaatsrecht, S. 124 f.; Wackernagel, Zur Lehre vom Staatsnotstand, ZSR N. F. Bd. 56, S. 169 ff.; Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 217 f.; Giacometti, Über das Rechtsverordnungsrecht im schweiz. Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1927); Oeri, StenBull. NR 1934, 1043; Duft, StenBull. NR 1936, 582; Schneller, StenBull. NR 1936, 562; His, Zur Frage des staatsrechtlichen Charakters des Bundesbeschlusses vom 3. August 1914 und der bundesrätlichen Notstandsmassnahmen, ZSR, Bd. 36, S. 287; Homberger, in ZbJV, 1941, S. 10; Moser, Die Rechtsverordnungen des Bundesrates, 1942, S. 12; O. H. Müller, Die Verordnungskompetenzen der kantonalen Legislativen, 1942, S. 205 ff.; Lautner, System des schweiz. Kriegswirtschaftsrechts, 1942 f., Vorwort; Hans Huber, Verfassung und Notrecht, Vortrag, Bern 1943.

reizvoll, darüber eine einlässliche Untersuchung anzustellen. Nur soll auch an dieser Stelle der Hinweis darauf nicht unterbleiben, dass mit einem blossen Spiel formaler Begriffslogik die unerlässlichen Prämissen für den immer noch geltenden Satz: „Salus publica suprema lex esto" nicht aufgefunden werden können.

Mutatis mutandis gilt letzten Endes auch hier, was Hans Reichel[207]) rücksichtlich der ungerechtfertigten Bereicherung so schön formuliert hat: „Ist im einzelnen Falle der Verstoss gegen Gerechtigkeit und soziale Sicherheit ein so klarer und starker, dass die bedingungslose Durchhaltung des rechtskräftigen Urteils eine augenfällige Verkürzung überwiegender sozialer Werte bedeuten würde, so wäre es Baalsdienst, den Gedanken der formalen Ordnung auch hier noch festzuhalten. Hier zu helfen ist vielmehr die unerbittliche Pflicht des Juristen. Seine heilige Pflicht nicht nur um der Gerechtigkeit willen, die ihm im Gewissen wohnt, sondern auch um des Rechtes willen, dessen Diener er ist."

Gewiss hinkt hier diese Analogie mit dem Privatrecht. Man wird aber, so oder so, doch in vielen Fällen bei der Beurteilung öffentlichrechtlicher Fragen auf die Lehren der universalen Jurisprudenz zurückgreifen müssen. Hinter jeder Gesetzesnorm steckt letzten Endes ein allgemeiner Rechtsgedanke, zu dem man aufsteigen muss. Damit bekommt die Rechtsordnung — wie Fleiner sich auszudrücken pflegte — „etwas eminent Organisches". Gerade die condictio ist ein schönes Beispiel für den sieghaften Durchbruch des Equitätsgedankens gegenüber der formalen Ordnung. „Natura aequum est, neminem cum alterius damno fieri locupletiorem."

Das riecht nun stark nach Naturrecht, verwegen wie das Freirecht unserer Tage. Ein positivistisches Juristengemüt will sich damit nicht begnügen. Die Bedenken gegen obige Auffassung sind aber nicht tödlich; denn das Ergebnis ist gesund.

---

[207]) Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung (Festschrift f. Adolf Wach), S. 102.

Der Bekräftigung und Förderung des Rechtsbewusstseins im Volke ist es nicht zuträglich, wenn in der Jurisprudenz etwas als Recht behauptet wird, was in den Augen aller Nicht-Juristen Unrecht ist, oder wenn Dinge, die nach gesundem Menschenverstand juris sind, für den Juristen nicht juris, weil nicht legis sind. Unser rechtliches und moralisches Bewusstsein lehnt sich dagegen auf, das Staatsgesetz als letzte und einzige Quelle des Rechts anzuerkennen. Als Willenssubjekt, das die positive Rechtsordnung gestaltet, ist der Staat lediglich Ausstrahlungsmittelpunkt für Rechtssätze und Legalitätsquelle insofern, als er dem Rechte die förmliche positive Geltung verleiht. Insoweit das Staatsnotrecht vom Rechtsbewusstsein eines ganzen Volkes und seiner verantwortlichen Behörden getragen ist, besitzt es den vollen Wesensgehalt des Rechts. Allen gegenteiligen Behauptungen zum Trotz, führt es ein eigenes objektives Dasein und weist sogar einen Geltungsgrad der Positivität auf, der selbst die Legalität in den Schatten stellen kann. Der Not eines Volkes und seinem daraus geborenen gemeinsamen Willen wohnt selbst die Kraft inne, sogar eine festere Einheit und Schicksalsgemeinschaft hervorzubringen, als selbst eine Verfassungsurkunde dies zu bewerkstelligen vermag. Es ist daher ein dogmatisches Vorurteil, hervorgerufen durch die fiktive Unterstellung eines in sich logisch geschlossenen Positivismus, rücksichtlich des Staatsnotrechts von einem „Verfassungsbruch", von „kommissarischer Diktatur" und anderen Ungereimtheiten zu reden. Die Einheit der Rechtsordnung ist nur unter der Voraussetzung allgemeingültiger Rechtsprinzipien, einer metaphysischen Staats- und Rechtsbegründung und in Anerkennung auch ausserkonstitutioneller Kräfte der Rechtserzeugung zu retten. Nur auf dieser Grundlage kann auch die einzigartige, für den Rechtspositivismus widersinnig erscheinende Gestaltung eines Staatsnotrechts hinreichend erklärt werden. Es kann sich zwar durch keine Verfassungsartikel legitimieren, besitzt aber dennoch Geltung, weil es von einem allumfassen-

den nationalen Lebenswillen eingehalten wird, im Bewusstsein, dass die Staatsmaschine der Theorie der Formaljuristen zulieb nicht ins Stocken geraten darf. Als Ausdruck unseres nationalen Bewusstseins ist die Bundesverfassung, ungeachtet aller Formulierungslücken, eine ehrwürdige, ja bewundernswerte Verkörperung der helvetischen Lebens- und Schicksalsgemeinschaft. Sie ist aber doch nur Form, die dem Lebensgesetz und dem Lebenssinn der Eidgenossenschaft zur Gestalt verhilft. Nicht zu überzeugen vermag daher eine Lehre, die glaubt, in restriktiver Interpretation einer vielfach unklaren und lückenhaften Urkunde den letzten Halt ihres Rechtssystems zu finden. Der Staat kommt ohne Anerkennung allgemeiner natürlicher Pflichten nicht aus; sie ergeben sich schon aus dem naturrechtlichen Satze, dass die verantwortliche Obrigkeit berechtigt sein muss, alles zu tun, was zur Erfüllung ihrer Aufgaben nötig ist. Zum Begriff der Gemeinschaft gehört die Organisation; ihr oberster ungeschriebener Zweck aber ist die Erhaltung und das Gedeihen ihrer selbst. Die Verpflichtung zur Verfassungstreue, die auch wir betonen, kann nur auf dieser metaphysischen Grundlage richtig überzeugen. Der Formalismus ist inoperant und läuft letzten Endes auf die Hintansetzung vitaler nationaler Interessen hinaus. Damit ist nicht gesagt, dass man sich mit Leichtigkeit über die Verfassung hinwegsetzen soll, so dass schliesslich von ihr nichts mehr übrig bleibt[208]).

---

[208]) Die interessanten Fragen, die durch das Notrecht zur Diskussion gestellt werden, würden den Versuch einer rechtsphilosophischen Vertiefung sicherlich rechtfertigen. Der Verfasser beabsichtigt, auf erweiterter Grundlage in einer besonderen Publikation darauf noch zurückzukommen, zumal das Bedürfnis nach einer auch weltanschaulich befriedigenden Abklärung dieses Fragenkomplexes in der schweizerischen Literatur noch allenthalben spürbar ist.

II. Die Frage des Notrechtsartikels.

Die Tatsache, dass ein Notrecht in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich vorgesehen ist, hat zur Forderung geführt, eine klare Regelung des Notrechts in die Bundesverfassung aufzunehmen.

Der Meinungsstreit um diese Frage ist recht lebhaft gewesen und bis heute nicht zur Ruhe gekommen. Es handelt sich dabei um einen Lösungsversuch, welcher die theoretische Forderung der Gewaltenteilungslehre mit praktischen und staatspolitischen Notwendigkeiten des staatlichen Daseins zu vereinigen trachtet. Auch liessen sich gewisse praktische Gründe für einen Notstandsartikel finden. Die Tatsache, dass die Zahl der in Vorschlag gebrachten Formulierungen eines Notstandsartikels ins Unwahrscheinliche gestiegen ist, zeigt indes die ganze Problematik eines solchen Lösungsversuches, der geeignet ist, die eifrigsten Befürworter zu Zweifeln anzuregen[209]).

Die Bedeutung eines Notstandsartikels darf jedenfalls nicht überschätzt werden. Ausser einem psychologischen Effekt der Beruhigung bliebe inhaltlich wohl alles beim alten. Schindler hat übrigens nicht unrecht, wenn er bemerkt, die Bedenken, die das Notrecht vom freiheitlich-demokratischen Standpunkt aus erweckt, könnten durch

---

[209]) Aus der Fülle der Vorschläge sei folgendes angeführt: von Waldkirch, Die Notverordnungen im schweiz. Bundesstaatsrecht, 1915, S. 115; Hoerni, De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse, 1917, S. 195; Oeri, in „Jahrb. der NHG." 1934, S. 71; Fleiner, Ziele und Wege einer eidg. Verfassungsrevision, 1934, S. 10; Verfassungsreform, Sonderheft der „Schweiz. Rundschau", 1934, Kapitel „Notrecht"; Krafft, Essai d'une Réglementation constitutionnelle des mesures de nécessité, 1935, S. 6; Jungliberale Bewegung, Verfassungsentwurf von 1935; von Greyerz, in „Jahrb. der NHG." 1937; Favre, Le droit de nécessité de l'Etat, 1937, S. 39; Spoerri, Schweizerische Demokratie und Wirtschaftsordnung, 1937; Giacometti, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis (Festgabe Fleiner 1937), S. 37. — Vgl. auch das Schrifttum zur Totalrevision der BV, dazu ein unübersehbares Material aus politischen Reden und Presseartikeln.

eine ausdrückliche formelle Legalisierung noch verstärkt werden[210]). Reber meint ebenfalls, die Aufstellung einer positiven Notrechtsbestimmung, die er „Umschaltartikel" zu einer neuen, wenn auch vorübergehend gedachten Verfassung nennt, habe wenig Sinn[211]).

Über die Zweckmässigkeit der Aufnahme eines Notstandsartikels kann man in guten Treuen verschiedener Ansicht sein. Im Grunde genommen ist auch nicht der Grundsatz des Notrechts ernstlich bestritten, es gehen vielmehr die Meinungen über dessen Anwendung im Einzelfall oft auseinander. Die Frage, ob in concreto ein Notstand vorliege, ob gerade die in Aussicht genommene Massnahme nötig und richtig sei, könnte aber auch mit der Aufnahme eines Notstandsartikels nicht beantwortet werden. „Das Vertrauen hängt nicht etwa von einer schriftlichen Fixierung des Notrechtsprinzips ab, sondern von der Einsicht in das Vorhandensein des Notstandes und in die Notwendigkeit der einzelnen Massnahme."[212])

E. Schlussfolgerungen und Postulate.

Das Verfassungsleben der letzten Jahre war in fast allen Ländern gekennzeichnet durch den Machtzuwachs der Exekutive auf Kosten der Legislative. Die Gründe für diese Erscheinung, die weit mehr einen Gesinnungswandel und eine Umschichtung der sozialen Kräfte als eine Abänderung des politischen Formprinzips andeutet, sind schon von verschiedener Seite dargelegt worden[213]).

---

[210]) Notrecht und Dringlichkeit, S. 41.

[211]) A. a. O. S. 94 ff.

[212]) BBl 1939 I 549.

[213]) Vgl. u. a. Schindler, Notrecht und Dringlichkeit, S. 43, der mit Recht betont, wenn von einer „Krise der Demokratie" gesprochen wurde, so brauchen sich die Schweiz und die anderen alten Demokratien nicht getroffen zu fühlen; denn die Krise, die wir erleben, sei in der Hauptsache eine Rückwirkung der Krise der Weltwirtschaft und Weltpolitik. Zwar seien Dringlichkeitspraxis und das heutige Vollmachtenrecht der Ausdruck einer

Verfassungswandlungen vollziehen sich in erster Linie in einem anderen Bereich; Strukturänderungen der Gesellschaft und der Wirtschaft werfen aber ihre Reflexe auch in das Verfassungsleben, wobei trotz veränderter Formen die politische Grundhaltung nicht einmal berührt zu werden braucht.

Dem heutigen Staat stellen sich Aufgaben, die nach Umfang und Charakter eine neue Situation bedeuten. Das braucht uns nicht zu erschrecken. Die freiheitlich-schweizerische Demokratie wird ihren Fortbestand sichern können, wenn sie sich den neuen Erfordernissen gewachsen zeigt. So wenig die freiheitliche Demokratie, unsere Aufgabe und Verpflichtung, ein Opfer der neuen Bedürfnisse werden soll und darf, so wenig kann in missverstandenem Konservativismus das Rad der Zeit einer abstrakten Theorie zulieb aufgehalten werden. Die richtigen Lösungen müssen mit dem praktischen Verstande aufgesucht werden.

Es konnte sich bei der uns zugedachten Aufgabe nicht darum handeln, einen helvetischen Reformplan zu entwerfen. Mehr als andere Rechtsgebiete ist das Staatsrecht

---

spezifisch demokratischen Problematik, die aber allgemein sei und jeden demokratischen Staat betreffe. Sie liege in der ständigen Ausdehnung des demokratischen Aufgabenbereiches und der Unmöglichkeit, allen diesen Aufgaben auf dem Wege der demokratischen Willensbildung und unter voller Achtung der überlieferten individuellen Freiheitssphären gerecht zu werden. — S. auch das soeben in deutscher Übersetzung erschienene interessante Buch von Carr, Conditions of Peace (Grundlagen eines dauernden Friedens, Zürich 1943), wo gesagt wird: „Die bedenklichste Gefahr für die (britische) Demokratie von heute liegt in dem Konservativismus, mit dem man aus dem 19. Jahrhundert ererbte demokratische Einrichtungen für sakrosankt hält, ohne zu begreifen, dass ein Wandel in diesen Institutionen wesentlich ist, wenn die Demokratie im 20. Jahrhundert eine echte Wirklichkeit bleiben soll.“ (S. 188.) — „Was in der Kriegskrise notwendig war, wird in der Nachkriegszeit nicht weniger nötig sein. Nur mittels einer vermehrten Übertragung der Vollmachten der gesetzgebenden Versammlung auf die Exekutive können die ausserordentlich komplexen Probleme der Nachkriegszeit in Angriff genommen werden.“ (S. 179.)

verflochten mit politischen Problemen, deren Lösung in erster Linie in die Kompetenz des Staatsmannes fällt. Wenn wir mehrmals vor einer ideologischen Übersteigerung des demokratischen Prinzips gewarnt haben, so möchten wir uns ebenso entschieden gegen Lösungen wenden, welche die schweizerische Demokratie und ihre Freiheitsrechte kompromittieren könnten. Unser föderatives Staatswesen ist auf Mass und Gleichgewicht angewiesen und könnte keine überwuchernde Gewaltenkonzentration ertragen.

Postulate:

1. Der Grundsatz der Gewaltentrennung ist im Bund wie in den Kantonen beizubehalten und, wo das nicht schon geschehen ist, in der Verfassung ausdrücklich festzulegen.
2. Von einer absoluten Durchführung des Grundsatzes kann bei uns nicht die Rede sein. Vielmehr sind im Rahmen des historisch Gewordenen Ausnahmen vom Grundsatz zuzulassen.
3. Der Grundsatz der Gewaltentrennung ist mit Bezug auf die Ausscheidung der Befugnisse des Parlamentes und der Regierung schärfer durchzuführen, als das bis jetzt geschehen ist.
4. Das Verordnungsrecht des Parlaments und der Regierung ist in den Verfassungen ausdrücklich zu ordnen, und zwar im Sinne einer rationellen Verteilung der Kompetenzen zwischen dem Gesetzgeber und der vollziehenden Gewalt.
5. Nach Rückkehr normaler Zeiten ist die gegenwärtige Notgesetzgebung schrittweise abzubauen, und die Rechtssätze, deren dauernde Beibehaltung als notwendig oder doch zweckmässig erscheint, sind in die ordentliche Gesetzgebung überzuführen.
6. Im Bund wie in den Kantonen ist durch Verfassungsrevisionen dafür zu sorgen, dass die ordentliche Gesetzgebung reibungslos zu funktionieren vermag und ihre Mängel keinen Vorwand zur Verfassungsverletzung mehr geben können.

INHALTSÜBERSICHT.

Einleitung 403a

A. Sinn und Tragweite des Gewaltenteilungsprinzips.

I. Die Lehre von Montesquieu und ihre ideologische Überspitzung in der Folgezeit 407a

II. Der Wahrheitsgehalt der Lehre von der Gewaltenteilung 415a

1. Die moderatio als ethischer Wert 415a
2. Anderweitige organisatorische Sicherungen der Freiheit 419a
3. Metaphysische Staatsbegründung 420a

B. Die Rezeption des Gewaltenteilungsprinzips im schweizerischen Staatsrecht.

Die Eidgenossenschaft der dreizehn alten Orte — Die Helvetik — Die Mediation — Die Restauration — Die Regeneration — Die Bundesverfassung von 1848 . . 423a

C. Die Ausgestaltung des Trennungsgrundsatzes im geltenden Verfassungsrecht.

I. Die Entgegensetzung von formaler und sachlicher Gewaltentrennung, von Konstitutionalismus und politischer Wirklichkeit 433a

II. Der rechtliche Schutz des Grundsatzes 440a

1. Das richterliche Überprüfungsrecht 440a
2. Der Trennungsgrundsatz als verfassungsmässiger Rechtsanspruch 443a

III. Ausnahmen und missbräuchliche Abweichungen vom Gewaltenteilungsprinzip 445a

1. Vereinbarkeit von Amtsstellen der verschiedenen Gewalten 446a
2. Kompetenzbeschränkungen zum Nachteil der Exekutive 447a
   a) Die verwaltungsrechtlichen Befugnisse des Parlamentes 447a
   b) Das Parlament als Träger von Regierungsfunktionen 457a
   c) Verwaltungsrechtliche Befugnisse der Justizbehörden 460a

3. Verschiebungen und Übergriffe im Bereiche der richterlichen Gewalt 461a
a) Der Gegensatz von öffentlichem Recht und Privatrecht als Grundlage des Dreiteilungsschemas 461a
b) Die Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege 470a
c) Ausübung richterlicher Funktionen durch Verwaltungsbehörden 473a
4. Abweichungen von der Demarkationslinie bei der rechtsetzenden Gewalt 476a
a) Das Verordnungsrecht der Parlamente . . 476a
b) Das Verordnungsrecht der vollziehenden und richterlichen Behörden 482a
Die Vollziehungsverordnungen 482a
Die gesetzesvertretenden Verordnungen und das Delegationsproblem 486a
Die selbständigen Polizeiverordnungen . 508a
c) Rechtswidrige Eingriffe in die Kompetenz der gesetzgebenden Gewalt 513a

D. Das Notverordnungsrecht 514a

E. Schlussfolgerungen und Postulate 526a