

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: 69 (1950)

Heft: 4

Artikel: Sinn und Schutz verfassungsmässiger Gesetzgebung und rechtmässiger Verwaltung im Bunde

Autor: Nef, Hans

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896033>

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 13.12.2025

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

Sinn und Schutz verfassungsmäßiger Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung im Bunde

Referat

von Dr. iur. H a n s N e f,
Professor an der Universität Zürich

Einleitung

Als am Juristentag des Jahres 1948 der Präsident des Schweizerischen Juristenvereins im Namen des Vorstandes der Besorgnis über die Schwächung der Verfassungsidee im schweizerischen Bundesstaate Ausdruck verlieh, stellte er fest, daß das ganze Krankheitsbild deutlich genug zutage trete und die Diagnose zu Zweifeln nicht Anlaß geben könne. Was zu suchen bleibe, sei die Therapie. Ein Jahr später teilte er am Juristentage mit, die 20 Mitglieder, die sich inzwischen zu der Frage geäußert hatten, in welcher Weise der Schweizerische Juristenverein sich in den Dienst der Rückkehr zur Verfassungstreue stellen könnte, seien darin einig, daß der vom Vorstand aufgezeigte Krankheitszustand wirklich bestehe und seine Diagnose richtig sei; in der Frage der Therapie jedoch gingen ihre Auffassungen auseinander. Solche Einmütigkeit in der Beurteilung der gegenwärtigen Verfassungslage im Bunde besteht nicht nur zwischen diesen 20 Mitgliedern unter sich und zwischen ihnen und dem Vorstande des Juristenvereins; sie darf vielmehr als allgemein bezeichnet werden; sie verbindet ungezählte Bürger, die unter juristischen oder politischen Aspekten am Staatsgeschehen Anteil nehmen. Und

daß die Bemühungen um die Therapie von solcher Einmütigkeit in der Feststellung und in der Beurteilung der Krankheit ausgehen dürfen, ist auch für das vorliegende Referat bedeutsam.

Wer in einer noch nicht sehr weit zurückliegenden Zeit in Wissenschaft oder Politik für einen Ausbau der rechtsstaatlichen Institute unseres Bundesstaates eintrat, dem pflegte man entgegenzuhalten, daß sein Bemühen überflüssig sei, weil der Gesetzgeber sich bisher keine ins Gewicht fallenden Verfassungsverletzungen habe zuschulden kommen lassen und die Verwaltung keine schwerer wiegenden Rechtsbeugungen begangen habe. Diesen Einwand wird man heute kaum mehr zu erheben wagen. Die Notwendigkeit, neue Garantien verfassungsmässiger Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung zu schaffen, ist heute anerkannt. Offen ist nur noch die Frage, welche Wege hiefür eingeschlagen werden sollen. Das erlaubt uns, in unsern Ausführungen das Schwergewicht auf diese Frage der Therapie zu legen. Es soll in den beiden Hauptteilen der Arbeit der Frage nachgegangen werden, welche Maßnahmen sich empfehlen, wenn in Zukunft die Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung und die Rechtmäßigkeit der Verwaltung im Bunde besser sollen gewährleistet sein. Von den Gegebenheiten, die diese Studien veranlassen, wird dabei nur einleitungsweise kurz die Rede sein. Nicht übergangen werden kann jedoch die Frage, aus welchem Grunde denn die gegenwärtige Lage der Dinge die Schaffung neuer Garantien der Legalität von Gesetzgebung und Verwaltung gebieterisch erheischt. Warum müssen wir zu Verfassung und Gesetz zurückkehren; und warum dürfen wir der «Realpolitik» und der «lebensnahen Verwaltung» dort, wo sie mit Verfassung und Gesetz in Konflikt treten, nicht weiterhin freien Lauf gewähren? Es ist die Frage nach dem Sinn verfassungsmäßiger Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung. Von ihr soll in einem den beiden Hauptteilen vorangehenden ersten Teil des Referates die Rede sein.

1. Teil

Der Sinn der Legalität von Gesetzgebung und Verwaltung

Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung und Rechtmäßigkeit der Verwaltung sind Postulate des Rechtsstaates. Um ihren Sinn zu erkennen, wird man daher in erster Linie nach dem Sinn des Rechtsstaates im allgemeinen fragen müssen. So ist hier in einem ersten Paragraphen vom Postulat des Rechtsstaates zu sprechen. Daran anknüpfend werden zwei weitere Paragraphen die beiden hier in Frage stehenden Forderungen gesondert zum Gegenstande haben, wobei für jedes der beiden Postulate im Anschluß an allgemeine Erwägungen nach dem besondern Sinn zu fragen sein wird, der ihm im schweizerischen Bundesstaate zukommt.

§ 1. Das Postulat des Rechtsstaates

Bevor vom Sinn des Rechtsstaates gesprochen werden kann, muß kurz an die Bedeutung des Postulates erinnert werden.

I. Die Bedeutung des Postulates

1. Das Wesen des Rechtsstaates

Das Wort «Rechtsstaat» wird bekanntlich für verschiedene Begriffe verwendet. Darauf ist hier nicht einzutreten¹. Die Tatsache, daß hier ausschließlich die Postulate der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung und der Rechtmäßigkeit der Verwaltung in Frage stehen, läßt es als selbstverständlich erscheinen, daß es in unserem Zusammenhange nur um einen der verschiedenen Rechtsstaatsbegriffe gehen kann. Es ist der Rechtsstaat im formellen oder im organisatorischen Sinne, das heißt der Staat, in dem sämtliche Staatsorgane an die ihnen übergeordneten Rechtsnor-

¹ Vgl. dazu etwa C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 125 ff.; D. Schindler, Über den Rechtsstaat, Festgabe für Max Huber, 1934; A. Picot, L'Etat fondé sur le Droit et le Droit pénal, ZSR 63, S. 216 a ff.

men gebunden sind und ihre Bindung an das Recht durch Rechtsinstitute sanktioniert ist. Der Gegensatz zum Rechtsstaat in diesem Sinne ist der Machtstaat oder der Willkürstaat, in dem keine solche Bindung der Staatsorgane an übergeordnete Rechtsnormen gegeben ist.

Wesentlich sind für den Rechtsstaat in diesem Sinne insbesondere drei Züge, nämlich

a) daß sämtliche Staatsorgane an die ihnen übergeordneten Rechtsnormen gebunden sind, also namentlich auch der Gesetzgeber und die Verwaltungsorgane. Der Gesetzgeber ist an die Verfassung, die Verwaltung an Verfassung und Gesetz gebunden. Die rechtsstaatliche Forderung an den Richter, dem Rechte und nur dem Rechte zu folgen, hat sich im Postulat der richterlichen Unabhängigkeit ausgeprägt. Diese richterliche Unabhängigkeit aber wird in den Staaten, die dem Rechtsstaatsgedanken auch in neuester Zeit treu geblieben sind, seit langem als so selbstverständlich empfunden, daß im Kampfe für den Rechtsstaat heute die rechtliche Bindung der beiden andern Staatsgewalten in den Vordergrund gestellt wird. Denn die Bindung des Gesetzgebers und der Verwaltungsorgane an die ihnen übergeordneten Rechtsnormen ist bisher vom positiven Recht noch keineswegs in gleichem Maße anerkannt und sanktioniert worden wie die Bindung des Richters an das Recht. So muß heute vom Rechtsstaatsgedanken aus der Akzent auf die Rechtsgebundenheit des Gesetzgebers und der Verwaltungsorgane gelegt werden. Nicht übersehen darf man allerdings die Grenzfrage, die sich hier stellt: Ist auch das höchste Organ eines Staates an Rechtsnormen gebunden? Ist also auch der Verfassungsgesetzgeber an gewisse Rechtsnormen gebunden, sei es an unabänderlich erscheinende Verfassungsnormen, sei es an überpositive Rechtsnormen? Diese Frage braucht hier nicht entschieden zu werden, da wir es in unserer Arbeit nur mit der Verfassungsmäßigkeit der sogenannten einfachen Gesetzgebung zu tun haben.

b) daß Rechtsnormen, nach denen sich die staatlichen Organe richten können, in ausreichendem Maße bestehen.

Das ist für den Rechtsstaat vorausgesetzt. Die Bindung der Staatsorgane an das Recht zu verlangen, ist nur sinnvoll, wenn ihr Verhalten auch tatsächlich in zureichendem Maße durch Rechtsnormen bestimmt wird. Das ist vor allem für Gesetzgebung und Verwaltung zu beachten. Rechtsgebundenheit des Gesetzgebers setzt voraus, daß eine Verfassung besteht, die einerseits sich formell vom einfachen Gesetz unterscheidet und die andererseits materiell so gestaltet ist, daß sie dem Gesetzgeber das Verfahren genau vorzeichnet und ihm präzise Schranken setzt. Rechtsgebundenheit der Verwaltung setzt voraus, daß die Verwaltungsorgane sich auf den Bereichen, auf denen sie grundsätzlich tätig zu sein haben, an ein wohlausgebildetes Verwaltungsrecht halten können, das ihnen den Weg vorzeichnet. Wo die Staatsorgane mangels genügend zahlreicher oder genügend präziser Rechtsnormen weitgehendes freies Ermessen besitzen, kann der Rechtsstaatsgedanke naturgemäß nur in sehr geringem Maße zur Geltung gebracht werden².

c) daß die Bindung der Staatsorgane an das Recht durch Rechtsinstitute sanktioniert ist. Ein Staat, in dem das Prinzip der Bindung der Staatsorgane an das Recht nur eine *lex imperfecta* ist, ist ein unvollkommener Rechtsstaat. Dieses Prinzip muß sanktioniert sein, und die Sanktionen müssen ihrerseits wieder im Rechte verankert sein. Solche Sanktionen bedeuten die Vollendung des Rechtsstaates; sie bilden aber gleichzeitig auch das Problem des Rechtsstaates. Einem jeden Staate sind in dieser Beziehung gewisse in der Natur der

² Vgl. E. Blumenstein, *Der rechtsstaatliche Ausbau der schweizerischen Demokratien*, 1930, S. 6, wo betont wird, daß für den Rechtsstaat der «Ausbau der öffentlichen Rechtsordnung» ebenso wesentlich sei wie der Rechtsschutz; s. a. Ders., *Das statische und das dynamische Moment in der schweiz. Steuergesetzgebung*, Festgabe für Großmann, 1949, S. 31 f., 37, 41; ferner R. Thoma, *Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft*, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Bd. 4, S. 212 f., wo die Vervollkommnung des materiellen Verwaltungsrechts als die vielleicht wichtigste Komponente des Rechtsstaates bezeichnet wird.

Dinge liegende Grenzen gesetzt. Als Sanktionen kommen verschiedene Rechtsinstitute in Frage. In allen Fällen geht es letzten Endes darum, daß die Tätigkeit eines Staatsorganes durch ein anderes Staatsorgan unter dem Gesichtspunkt der Legalität kontrolliert wird. Ein grundsätzlicher Unterschied aber besteht zwischen dem Rechtsstaat, in dem die Bürger diese Kontrolle durch bestimmte Rechtsschutzbehelfe auslösen können, und dem Rechtsstaat, in dem diese Kontrolle durch das zuständige Organ von Amtes wegen ausgeübt wird. Der erstgenannte gilt im allgemeinen als der vollkommenere Rechtsstaat³.

Die Bedeutung des Rechtsstaates in dem hier in Frage stehenden Sinne mag noch plastischer hervortreten, wenn wir uns kurz daran erinnern, in welchem Verhältnis der Rechtsstaat zu den Staatsformen und zu den Staatszwecken steht.

2. Rechtsstaat und Staatsform

Dem Begriff des Rechtsstaates und dem Begriff der Staatsform liegen zwei verschiedene Fragen zugrunde. Zum Begriff der Staatsform führt die Frage, wer das höchste Organ im Staate ist. Zum Begriff des Rechtsstaates führt die Frage, ob die Staatsorgane an das ihnen übergeordnete Recht gebunden sind. Schon das zeigt an, daß wir es bei den verschiedenen Staatsformen einerseits und dem Rechtsstaat andererseits mit interferenten Begriffen zu tun haben. Der Rechtsstaat ist nicht eine besondere Staatsform, und keine Staatsform ist an sich auch schon ein Rechtsstaat. Eine jede Staatsform kann Rechtsstaat sein. Eine jede kann aber auch Machtstaat sein. Das gilt allgemein, unabhängig davon, wie wir die Staatsformen einteilen wollen. Halten wir uns an die klassische Dreiteilung, dann ergibt sich: alle drei, die Monarchie, die Aristokratie und die Demokratie, können Rechtsstaaten sein, sie können aber auch Machtstaaten sein. Denn die Frage, ob die Staatsgewalten an das Recht gebunden seien, hat nichts zu tun mit der Frage, wem sie zustehen.

³ Vgl. E. Blumenstein, a.a.O., S. 13.

Daß der Rechtsstaat sich mit jeder Staatsform verbinden kann, das haben jene Rechtsstaaten bewiesen, die in der abendländischen Geschichte die Bindung aller Staatsorgane an das Recht am eindrucklichsten vorgelebt haben, die antiken griechischen Poleis. Sie mochten Monarchien, Aristokratien oder Demokratien sein, in allen Fällen waren sie «Nomokratien». Sie alle waren Rechtsstaaten, ganz gleichgültig, wie die höchste Staatsgewalt organisiert war. Sie wußten aber auch, daß sich die Rechtsstaatlichkeit für keine der verschiedenen Staatsformen von selbst versteht, sondern in einer jeden der Hege und der Pflege bedarf⁴.

Das spiegelt sich auch in der antiken Lehre von den Staatsformen wieder. Es sei hier nur Platon erwähnt. Wie sich für ihn der Gegensatz Rechtsstaat — Machtstaat und die Unterscheidung der verschiedenen Staatsformen kreuzen, zeigt die Staatsformenlehre in seinem «Staatsmann». Er gelangt hier zu seinen sechs «unvollkommenen» Staatsformen, indem er zuerst zwischen Gesetzesstaaten und Willkürstaaten unterscheidet und sodann innerhalb der beiden Kategorien die einzelnen Staatsformen auf Grund der Anzahl der Herrschenden gewinnt. So kommt er zu drei Arten des Gesetzesstaates und drei Arten des Willkürstaates, und so gibt es mit anderen Worten sowohl eine gesetzesstaatliche wie eine willkürstaatliche Einherrschaft, eine gesetzesstaatliche wie eine willkürstaatliche Mehrherrschaft und eine gesetzesstaatliche wie eine willkürstaatliche Volksherrschaft.

Von aktueller Bedeutung ist für unsern Staat die Folgerung, die aus dem geschilderten Verhältnis zwischen dem Rechtsstaat und den Staatsformen für die Demokratie zu ziehen ist. Die Beziehungen zwischen dem Rechtsstaat und der Demokratie sind komplexer Natur. Der Rechtsstaat kann sehr wohl im Dienste der Demokratie stehen, worauf hier alsbald hinzuweisen sein wird. Er kann aber mit der Demokratie auch in Konflikt treten; hievon wird in diesem Referat noch ausführlich die Rede sein. An dieser Stelle ist einst-

⁴ Vgl. dazu besonders B. Knauß, Staat und Mensch in Hellas, 1940, S. 95 ff.

weilen nur hervorzuheben, daß die Demokratie keineswegs an sich auch schon ein Rechtsstaat ist. Sie kann ein Rechtsstaat sein, sie kann aber auch Willkürstaat sein. Ja wir müssen weiter gehen: es ist nicht einmal so, daß die Demokratie eine Staatsform wäre, die für den Rechtsstaat einen besonders guten Boden bilden würde. Das Gegenteil trifft zu. In der Demokratie stößt die Verwirklichung des Rechtsstaates auf besonders große Schwierigkeiten; und zwar deswegen, weil es schwer hält, dem Volke und der Volksvertretung gegenüber wirksame und politisch erträgliche Sanktionen der Rechtsstaatlichkeit zu schaffen.

Auch in dieser Hinsicht darf an Platon erinnert werden. Seine allerdings etwas mechanistisch anmutende These, wonach sowohl das Prinzip des Gesetzesstaates wie das Prinzip des Willkürstaates um so besser zur Geltung kommen werden, je weniger zahlreich die Herrschenden im Staate sind, führt ihn zum Schlusse, daß die Demokratie als die Staatsform erscheint, die unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaates die unvollkommenste ist. Aber umgekehrt ist sie dann immerhin auch unter dem Gesichtspunkt des Willkürstaates die «unvollkommenste», das heißt aber hier die erträglichste, währenddem hier die Einherrschaft die «vollkommenste», das heißt aber die unerträglichste ist. Wenn man das nicht fatalistisch hinnehmen, sondern sich um «Korrekturen» bemühen will, dann ergibt sich, daß es offenbar in der Demokratie ganz besonderer Sorge für den Rechtsstaat bedarf und er sich keineswegs von selbst versteht.

3. Rechtsstaat und Staatszwecke

Auch der Tatsache, welche Zwecke der Staat verfolgt, steht der Gedanke des Rechtsstaates an sich indifferent gegenüber. Der Staat mit «expansiven» Staatszwecken kann ebensowohl Rechtsstaat sein wie der Staat mit «limitierenden» Staatszwecken. Der Umfang der Staatstätigkeit hat mit dem Rechtsstaat an sich nichts zu tun. Auch im Staat mit «expansiven» Staatszwecken, ja im «totalen» Staat kann sehr wohl die gesamte Staatstätigkeit rechtlich geordnet und die Bin-

dung der Staatsorgane an das Recht statuiert sein. An sich wird das Bedürfnis nach Rechtsstaatlichkeit im Staate, dessen Tätigkeit sich auf zahlreiche Lebensbereiche erstreckt, sogar größer sein als im Staate, der sich mit beschränkterer Wirksamkeit begnügt. Denn je mehr Staatstätigkeit der Bürger über sich ergehen lassen muß, um so mehr wird er es empfinden, wenn die Staatsorgane sich über das Recht hinwegsetzen, und um so größer ist auch die Gefahr, daß sie es tun. Aber umgekehrt stellen sich der Verwirklichung des Rechtsstaates in diesem Staate auch größere Schwierigkeiten entgegen als im Staate mit beschränkterer Tätigkeit. Der große Staatsapparat ist schwerer zu kontrollieren als der kleine. So steht der Rechtsstaat der Tatsache, welche Zwecke ein Staat verfolgt, nur im Prinzip indifferent gegenüber. Hinsichtlich seiner Verwirklichung aber wird er im Staate mit «expansiven» Staatszwecken einen schwereren Stand haben als im Staate mit «limitierenden» Staatszwecken. Und so ergibt sich, daß der Rechtsstaat um so mehr der Sorge bedarf, je mehr der Staat seine Wirksamkeit ausdehnt⁵.

II. Der Sinn des Postulates

Warum sollen alle Staatsorgane, namentlich auch der Gesetzgeber und die Verwaltungsbehörden, an die ihnen übergeordneten Rechtsnormen gebunden sein? Ein Blick auf die klassischen Rechtsstaaten und Rechtsstaatslehren zeigt, daß das Rechtsstaatspostulat sich auf verschiedene Arten begründen läßt und daß sich angesichts der Motivierungen, die dem Postulate bisher zuteil geworden sind, im wesentlichen vier verschiedene Begründungen auseinanderhalten lassen:

⁵ Vgl. dazu z. B. Botschaft des Bundesrates betreffend Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtes vom 20. Dezember 1911, Bbl 1911 V, S. 324 f. und 331; StenBull StR 1912, S. 52 und 71; M. Imboden, Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtssprechung in den Kantonen und im Bund, ZSR 66, S. 88a; H. Zwahlen, Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons, ZSR 66, S. 124 a.

1. Die religiöse Motivierung

Als religiös motiviert darf man den antiken griechischen Rechtsstaat bezeichnen. Die Bindung aller Staatsorgane an den Nomos wurzelte hier in der Anschauung, daß der Nomos etwas Heiliges sei, eine Schöpfung der Götter. Der Nomos ist nicht Menschenwerk. Er entspringt höherer Quelle, und die Menschen, die ihn aufzeichnen, sind nicht eigentlich schöpferisch tätig, sondern mehr nur erkennend⁶. Sie sind aber — ein Lykurg, ein Solon — selbst mit religiöser Weihe umgeben, weil sie etwas Göttliches erschaut haben. An den so verstandenen Nomos ist dann naturgemäß auch das höchste Staatsorgan gebunden. Die Heiligkeit des Nomos beruht nun allerdings auch darauf, daß er nicht nur die Rechtsnormen in sich begreift, sondern auch alle moralischen und alle religiösen Normen umfaßt. Der Nomos ist die ganze Normativordnung schlechthin. Darum ist die «Nomokratie» denn auch mehr als nur «Rechtsstaat»; und die religiöse Verehrung des Nomos und seine unbedingte Verbindlichkeit auch für die Staatsgewaltigen erklären sich auch aus seinem umfassenden Gehalte. Darin läßt das heutige positive Recht sich nicht mit ihm vergleichen.

Auch in unseren Tagen mag solch religiöser Haltung für den Rechtsstaat eine gewisse Bedeutung zukommen. Aber das Gefühl für die Heiligkeit der Verfassung läßt sich, wo es heute überhaupt wach ist, in seiner Intensität und seiner Durchschlagskraft mit dem antiken Empfinden kaum vergleichen. Auch ist es nicht überall gleich lebendig. So scheint es zum Beispiel in den Vereinigten Staaten von Amerika noch tiefer verwurzelt zu sein als bei uns. Wo es aber erloschen ist, wird man es wohl kaum mit «Maßnahmen» wieder erwecken können. Es geht um einen der staatlichen Einwirkung unzugänglichen seelischen Bereich des Menschen.

Denkbar aber wäre, daß in der Gegenwart ein ähnlich intensives Verbindlichkeitsgefühl gegenüber der Verfassung,

⁶ Dieser Auffassung gibt auch Platon in den «Gesetzen» Ausdruck.

wie es die Antike auf Grund religiöser Vorstellungen gegenüber dem Nomos besaß, von einem andern Gedanken aus geweckt würde. Es ist vielleicht nicht mehr ganz am Platze, für die heutigen Verfassungen noch den Charakter der Heiligkeit in Anspruch zu nehmen und zu erwarten, daß die Staatsorgane sich allein schon dieser Eigenschaft der Verfassung wegen an sie gebunden fühlen. Wohl aber sollte man annehmen dürfen, daß sie aus einem andern Grunde ihre Verpflichtung, sich an die Verfassung zu halten, als eine höhere, über eine bloße Rechtspflicht hinausgehende Verbindlichkeit empfinden; nämlich deswegen, weil sie versprochen haben, die Verfassung zu achten. Das Versprechen, der Verfassung treu zu sein, hebt diese Pflicht auf eine höhere Stufe. Jetzt muß die Verfassung allein schon deswegen geachtet werden, weil man es versprochen hat, weil es Pflicht ist, ganz einfach «aus Pflicht», um mit Kant zu sprechen. Wäre es nicht denkbar, daß der Gedanke an das Kategorische, das im selbst beschworenen Gebot der Verfassungstreue liegt, wieder ein neues Verbindlichkeitsgefühl gegenüber der Verfassung weckte?

2. Die Motivierung aus der Gerechtigkeit

Eine Begründung des Postulates des Rechtsstaates, die Geltung für alle Zeiten und alle Staaten beanspruchen darf, ist jene klassische, die im Gedanken der Gerechtigkeit wurzelt. Der Rechtsstaat soll die Gerechtigkeit gewährleisten. Er wird zwar nicht zu bewirken vermögen, daß die Rechtsnormen selbst gerecht sein werden. Er wird nicht von selbst zu «gerechtem Rechte» führen. So ist es nicht gemeint. Er wird aber gewährleisten, daß jene Gerechtigkeit, die in allem generellen Recht an sich schon enthalten ist, auch tatsächlich zur Geltung kommen wird. Es verhält sich so: Die positiven generellen Rechtsnormen können, gemessen an einer höhern Gerechtigkeitsidee, gerecht oder ungerecht sein. Ein Minimum an Gerechtigkeit aber bewirken sie schon immer dadurch, daß sie ihrem Wesen gemäß, weil sie generelle Normen sind, für alle gleich liegenden Tatbestände das Gleiche vorsehen. Was sie vorsehen, mag seiner-

seits gerecht oder aber ungerecht sein. Auf alle Fälle aber ist es schon ein Stück Gerechtigkeit, daß es für alle gleichen Fälle gleich gilt. Denn es ist auch dann, wenn es ungerecht ist, immerhin noch gerechter, daß alle gleichen Fälle gleich ungerecht behandelt werden, als daß sie auch noch ungleich ungerecht, also gewissermaßen potenziert ungerecht behandelt werden. In diesem Sinne liegt in aller generellen Rechtsregelung, mag sie «falsch» oder «richtig» sein, ein Minimum von Gerechtigkeit. Zur Geltung aber kommt nun diese Gerechtigkeit nur dann, wenn die generellen Rechtsnormen auch in allen Fällen richtig angewendet werden. Denn wenn sie nicht in allen gleichliegenden Fällen auch wirklich angewendet werden, dann werden ja die gleichliegenden Fälle nicht gleich behandelt. Daß es zu dieser Anwendung der generellen Rechtsnormen in allen Fällen komme, ist aber dann gewährleistet, wenn die staatlichen Organe, denen die Anwendung obliegt, in allen Fällen an die generellen Rechtsnormen gebunden sind. So liegt die Bindung der Staatsorgane an das ihnen übergeordnete Recht und damit der Rechtsstaat im Sinne der Gerechtigkeit.

In der Staatslehre finden wir diese Begründung des Rechtsstaates überall dort vor, wo der Rechtsstaat als Gegensatz des «Willkürstaates» charakterisiert wird. Willkür ist ja das Gegenstück zu Gleichheit und Gerechtigkeit. So liegt schon in dieser Kontrastierung des Rechtsstaates gegen den Willkürstaat die These eingeschlossen, daß der Rechtsstaat der «Gerechtigkeitsstaat» sei. Diese Gegenüberstellung haben wir bei Platon angetroffen. Als «gerechte» stellt auch Aristoteles die Staaten, die wir heute als Rechtsstaaten bezeichnen, den «ungerechten», die wir Macht- oder Willkürstaaten nennen, gegenüber. Bei ihm liegt dieser Unterscheidung allerdings vorerst ein anderer Gedanke zugrunde, der Gedanke, daß zwischen Staaten, in denen die Herrschenden die Staatsgewalt um des Gemeinwohles willen ausüben, und Staaten, in denen sie es um des eigenen Wohlergehens willen tun, zu unterscheiden ist. Aber im Ergebnis

deckt sich dann seine so gewonnene Einteilung der Staatsformen mit der Einteilung nach dem Kriterium der Rechtsstaatlichkeit. Dieselbe Gegenüberstellung findet sich in der Staatsformenlehre des Thomas von Aquin, die in engstem Anschluß an Aristoteles die Monarchie, die Aristokratie und die Politie (= rechtsstaatliche Demokratie) als die «gerechten» Staatsformen der Tyrannis, der Oligarchie und der Demokratie (= Demagogie) als den «ungerechten» gegenüberstellt.

3. Die demokratische Motivierung

Unter den Begründungen, die das Postulat des Rechtsstaates bisher erfahren hat, läßt sich auch eine Sinngebung vorfinden, die nur für Demokratien bedeutsam ist. In der Demokratie soll maßgeblich sein, was das Volk oder die Volksvertretung als ihren Willen bekunden. Das gilt allgemein, gleichgültig, wie die Demokratie ihrerseits wieder motiviert ist. Ihrem Willen geben Volk und Volksvertretung vor allem in der Form genereller Rechtsnormen Ausdruck. Wenn nun ihr Wille im täglichen Geschehen auch tatsächlich zur Geltung kommen soll, müssen ihre generellen Rechtsnormen von allen zur Anwendung berufenen Staatsorganen befolgt werden. Darum müssen die Staatsorgane daran gebunden sein. So erhebt sich hier die Forderung des Rechtsstaates um der Demokratie willen. Der Rechtsstaat soll sein, damit der Wille des Volkes zur Geltung komme. Damit aber kommt dann auch das zur Geltung, was mit der Demokratie ihrerseits wieder intendiert ist, sei es nun das «gemeine Beste», sei es die individuelle Freiheit. Ohne Bindung der Staatsorgane an die generellen Rechtsnormen könnte der Wille des Volkes illusorisch bleiben. Wo der einfache Gesetzgeber nicht an die vom Volke erlassene Verfassung gebunden ist, besteht die Gefahr, daß der in der Verfassung bekundete Volkswille unverwirklicht bleibt, und wo die Verwaltungsbehörden nicht an die vom Volke oder von der Volksvertretung erlassenen Gesetze gebunden sind, bleibt es möglich, daß der in den

Gesetzen zum Ausdruck kommende Volkswille unreal bleibt; womit dann auch die Werte, auf die die Demokratie ihrerseits bezogen ist, illusorisch bleiben. So bedarf die Demokratie, wenn sie ihren Sinn behalten will, des Rechtsstaates, wenn auch der Rechtsstaat in gewissen Beziehungen mit ihr in Konflikt tritt. Die Demokratie darf ihn in diesen antinomischen Situationen nicht einfach negieren, denn er muß ja gerade auch um ihrer selbst willen sein.

Demokratisch motiviert ist der Rechtsstaatsgedanke z. B. bei zwei Vorkämpfern der neuzeitlichen Demokratie, bei Marsilius von Padua und bei Johannes Althusius. Sie treten beide für Volkssouveränität und in innerem Zusammenhange damit für unbedingte Bindung der Exekutive an das Recht ein. Nach Marsilius von Padua hat die Regierung lediglich die Aufgabe, das vom Volke bzw. von seiner Vertretung Gewollte in die Tat umzusetzen. Sie ist dem Volke hierfür verantwortlich und kann allenfalls abgesetzt, ja sogar bestraft werden. Auch bei Johannes Althusius hat die Regierung sich an den Volkswillen zu halten. Sie steht zum Volke nur in einem jederzeit widerruflichen Auftragsverhältnis, und ihre Bindung an das vom Volke Gewollte ist hier auch dadurch sanktioniert, daß eine besondere Behörde, das Ephorat, die Regierung überwacht und vor Gericht einzuklagen hat, wenn sie eine Rechtsverletzung begeht, wobei das Gericht auf Verwarnung, Absetzung, Vertreibung oder Hinrichtung der Regierung erkennen kann. So postulieren beide Staatsdenker die Bindung der Regierung an das Recht, damit der Volkswille vollstreckt werde. Die gleiche Bedeutung hat die Gesetzesgebundenheit der Regierung auch bei Jean-Jacques Rousseau. Sie ist bei ihm zum Teil auch mit ähnlichen Sanktionen umgeben. Rousseaus Stellung zum Rechtsstaat im allgemeinen bedürfte allerdings differenzierenderer Betrachtung⁷. Ich komme darauf zurück.

⁷ Ich darf hier auf meinen Aufsatz über «Jean-Jacques Rousseau und die Idee des Rechtsstaates», Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte, Bd. 5, S. 167 ff., verweisen.

4. Die liberale Motivierung

Der Sinn des Rechtsstaates kann auch in der Freiheit des Individuums erblickt werden. Das kann man die liberale Motivierung des Rechtsstaates nennen. Sie ist in der Neuzeit die vorherrschende und beansprucht die gleiche Allgemeingültigkeit wie die Motivierung aus der Gerechtigkeit.

Sie geht von der Tatsache aus, daß alle staatliche Macht der Freiheit des Individuums gefährlich werden kann, da sie die Möglichkeit des Mißbrauchs und der Überbordung in sich schließt. Sie muß daher im Interesse der Freiheit des Individuums beschränkt und gebunden werden. Das kann dadurch geschehen, daß man die Tätigkeit der Staatsorgane durch generelle Rechtsnormen ordnet und begrenzt und die Staatsorgane an diese generellen Rechtsnormen bindet. So steht dann die Rechtsgebundenheit der Staatsorgane im Dienste der individuellen Freiheit der Bürger. Bei solcher Sinngebung verbindet sich das Postulat des Rechtsstaates mit den Postulaten der Gewaltenteilung. Auch die sogenannte objektive Gewaltenteilung und vor allem die gegenseitige Gewaltenehemmung werden ja um der individuellen Freiheit willen gefordert. Und sie führen zum Teil auch zu den gleichen Rechtsinstituten wie das Postulat des Rechtsstaates. Daß aber der Rechtsstaat mit der Gewaltenteilung, soweit es sich um die objektive Gewaltenteilung handelt, auch in Konflikt treten kann, davon wird in anderem Zusammenhange noch zu sprechen sein.

Dieser liberalen Motivierung des Rechtsstaates ist aber noch ein anderer Gedankengang eigen: Das Individuum ist von Natur aus frei. Schrankenlose Freiheit aber kann ihm auf die Dauer nicht gewährt werden. Das würde zu einer gegenseitigen Beeinträchtigung der Freiheit führen. Es muß die Freiheit eines jeden zugunsten der verbleibenden Freiheit eines jeden andern eingeengt werden. Das zu tun, ist eine Aufgabe des Rechts. Das Recht schränkt die Freiheit aller zugunsten der verbleibenden Freiheit aller ein. Diese

verbleibende Freiheit aber muß nun dem Einzelnen auch unbedingt gewährleistet sein. Denn je mehr seine Freiheit eingeschränkt wird, um so größer ist sein legitimes Interesse an der ihm verbleibenden Freiheit. Zu dieser Gewährleistung der ihm verbleibenden Freiheit gehört aber, daß das die Freiheit beschränkende und die verbleibende Freiheit garantierende Recht in allen Fällen richtig angewendet wird. Denn gehen die Staatsorgane über das Recht hinaus, dann beschränken sie seine Freiheit mehr, als das Recht es vorsieht, dann verletzen sie also seine ihm verbleibende Freiheit. Darum müssen sie an das Recht gebunden sein, und so steht der Rechtsstaat auch aus diesem Grunde im Dienste der individuellen Freiheit.

Diese Gedanken wurzeln im naturrechtlichen Staatsdenken der Aufklärung und sind in der Philosophie des deutschen Idealismus vertieft worden, bei Kant, bei Fichte und bei Schelling. Es ist etwas zu wenig bekannt, wie sehr vor allem Fichte und Schelling sich um die «Herrschaft des Gesetzes» bemüht haben. Für Fichte steht die Frage, wie es einzurichten sei, daß im Staate das Gesetz und nur das Gesetz herrsche, im Mittelpunkt der Verfassungslehre, und er postuliert dann auch eine allerdings etwas schwerfällig anmutende Verwaltungsgerichtsbarkeit. Schelling betont, daß das Rechtsgesetz wie ein Naturgesetz gelten sollte, das heißt mit der gleichen Regelmäßigkeit und Unverbrüchlichkeit wie das Naturgesetz. Und motiviert ist der Gedanke bei beiden Philosophen durch die individuelle Freiheit, in deren Dienst das Recht steht.

§ 2. Der Sinn verfassungsmäßiger Gesetzgebung

I. Der Sinn verfassungsmäßiger Gesetzgebung im allgemeinen

1. Die Wertbezogenheit der Verfassung

Alle Rechtsnormen ordnen menschliches Verhalten. Das trifft für die «Verhaltensnormen» sowohl wie für die «Ver-

fahrensnormen» zu. Diese Unterscheidung besagt nur, daß es entweder um ein Verhalten der «Rechtsuntertanen» oder um ein Verhalten der Staatsorgane gehen kann. Beides ist menschliches Verhalten. So ordnet auch alles «Verfassungsrecht» im Sinne des «Verfahrensrechts» menschliches Verhalten.

Wenn das Recht menschliches Verhalten ordnet, dann besagt es, wie menschliches Verhalten sein soll. Es hat ein Seinsollen zum Gegenstande. Alles Seinsollen aber ist auf einen Wert bezogen. Alles, was sein soll, soll deswegen sein, weil es wertvoll ist. Wertvoll aber ist etwas dann, wenn es Träger eines Wertes ist, wenn sich in ihm ein Wert verwirklicht oder wenn es der Verwirklichung oder der Erhaltung eines Wertes dient. So ist menschliches Verhalten dann wertvoll, wenn es im Dienste eines Wertes steht, sei es, daß sich in ihm unmittelbar ein Wert verwirklicht, sei es, daß es mittelbar der Verwirklichung eines Wertes oder der Erhaltung eines schon verwirklichten Wertes dient. Wenn nun aber alles, was sein soll, deswegen sein soll, weil es im Dienste eines Wertes steht, das Recht aber ein Seinsollen zum Gegenstande hat, dann ist zu folgern, daß alles Recht wertbezogen ist.

Diese Wertbezogenheit aller Rechtsnormen ist nun zunächst nur eine subjektive. Derjenige, der das Recht setzt, schreibt den Menschen das entsprechende Verhalten deswegen vor, weil er es für wertvoll hält. In diesem Sinne aber ist alles Recht wertbezogen. Wer Rechtsnormen setzt, die die individuelle Freiheit der Bürger sicherstellen sollen, tut es deswegen, weil er diese Freiheit als Wert betrachtet. Wer Recht setzt, das um der Macht der Nation willen diese Freiheit vernichtet, tut es deswegen, weil er diese Macht als Wert betrachtet, der ihm dem Wert der Freiheit vorzuziehen scheint. Eine andere Frage ist es, ob gegebene Rechtsnormen auch objektiv wertbezogen sind. Das führt auf das Problem, ob über die Werte und ihre Rangordnung überhaupt etwas objektiv Richtiges ausgesagt werden kann. Diese Frage ist umstritten; es ist die

Grundfrage der Wertphilosophie und damit der Rechtsphilosophie. Sie braucht in unserem Zusammenhange jedoch nicht entschieden zu werden. Es genügt hier, zu wissen, daß alle Rechtsnormen zum mindesten subjektiv wertbezogen sind, daß mit ihnen auf alle Fälle ein Wert gemeint ist. Es genügt, zu wissen, daß wir es bei allem Recht, wenn auch nur in den Augen derjenigen, die es gesetzt haben, mit Werten zu tun haben; daß wir es also mit etwas Materialem zu tun haben und niemals nur mit einer bloßen «Form».

So stehen auch diejenigen Rechtsnormen, die als die Verfassung erscheinen, im Dienste von Werten. Auch der Verfassungsgesetzgeber schreibt den von ihm angesprochenen Menschen das Verhalten, zu dem er sie verpflichtet, deswegen vor, weil er es für wertvoll hält. Und weil er, der die höchsten Rechtsnormen setzt, die Grundentscheidungen für die ganze Rechtsordnung trifft, wird auch über die Werte mit seinem Recht das Grundsätzlichste entschieden. Er trifft die Auswahl zwischen den möglichen Grundwerten. Weil aber die Verfassung die grundsätzlichen Wertfragen entscheidet, beansprucht sie auch den «Vorrang» und will sie eine beständige und unverbrüchliche Ordnung sein.

Historisch gesehen aber ist nun mit dem neuzeitlichen Verfassungsgedanken eine ganz bestimmte Auswahl von Grundwerten verbunden. Die Verfassung des «Verfassungsstaates» will die Staatsgewalt um der Freiheit des Individuums willen begrenzen und den Bürgern die Selbstgesetzgebung gewährleisten. Wie sich hier in der Idee der Verfassung die Freiheit vom Staate und die Freiheit zum Staate als die grundlegenden Werte mit den Gedanken der Unverbrüchlichkeit und der Beständigkeit der Verfassung organisch verbinden, das hat Werner Käge in seinem Buche über «Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates» meisterhaft dargetan¹. Es bleibt uns nichts Besseres zu tun, als auf seine Ausführungen zu verweisen.

¹ Zürich 1945; vgl. hier besonders S. 39 ff.

2. Verfassung und Verfassungstreue

Wenn der Jurist vom Gesetzgeber Verfassungstreue fordert, dann verlangt er damit, daß die Normen des Gesetzgebers mit andern Normen übereinstimmen. Das scheint eine rein formale Forderung zu sein. So wird dem Juristen, der für unbedingte Verfassungstreue des Gesetzgebers eintritt, nicht selten «Formalismus» vorgeworfen. Aus «doktrinären» Gründen sollte nach ihm die Gesetzesnorm mit einer andern Norm übereinstimmen, währenddem sie doch den Anforderungen des «Lebens» entsprechen sollte. Wegen eines «Satzes» in einer Urkunde aus längst verklungner Zeit sollte über die von der gegenwärtigen «Realität» diktierten «Notwendigkeiten» hinweggegangen werden. Den Erfordernissen der «Realpolitik» stellt er weltfremde «Formalitäten» gegenüber.

Hält man sich gegenwärtig, daß alle Verfassungsnormen im Dienste von Werten stehen, dann leuchtet es ein, daß es nicht richtig sein kann, zwischen der Forderung der Verfassungstreue einerseits und den Anforderungen der Lebensrealitäten andererseits einen prinzipiellen Gegensatz zu konstruieren. Der «Realpolitiker» beruft sich auf bestimmte Werte; aber der Jurist, der sich auf die Verfassung beruft, beruft sich auch auf Werte. Es steht nicht Wert gegen Form, sondern es steht Wert gegen Wert. Denn die Verfassung bedeutet eben die Entscheidung für bestimmte Werte. So ist es verfehlt, der Normentreue die Bedürfnisse des praktischen Lebens als etwas grundsätzlich anderes gegenüberzustellen und die Normentreue als das nur «Formale» zu diskreditieren. Wer für die Beachtung der Verfassungsnormen durch den Gesetzgeber eintritt, tritt für die Werte ein, in deren Dienst sie stehen.

Nun liegt es uns aber fern, «den Spieß umzudrehen» und zu behaupten, das, was der Realpolitiker in Widerspruch zur Verfassung anordnen möchte, wäre an sich wertwidrig. Es verletzt zwar sicherlich die von der Verfassung intendierten Werte. Aber es kann sehr wohl seinerseits im Dien-

ste von Werten stehen. Es besteht kein Anlaß, zu vermuten, daß nicht auch er ein Verhalten vorschreiben möchte, das er für wertvoll hält. Es steht auch von der andern Seite aus gesehen Wert gegen Wert und nicht Wert gegen Unwert. Es liegt eine Wertantinomie vor.

Wie nun aber diese Wertantinomie zu lösen ist, d. h., welcher der beiden Werte vorgehen muß, der von der Verfassung gewollte oder der mit ihm in Widerspruch stehende, das kann nicht zweifelhaft sein. Wenn die Verfassung als über dem Gesetzgeber stehende Normativordnung überhaupt einen Sinn haben soll, dann muß auf alle Fälle der von der Verfassung gewollte Wert vorgehen, ganz gleichgültig, wie der Gesetzgeber in der konkreten Situation die Wertantinomie an sich beurteilt. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, diesem Wert den Vorzug zu geben. Und es wird ihm das um so leichter fallen, je besser er eingesehen hat, daß Verfassungstreue Treue zu Werten ist.

Wenn die Verfassung z. B. in der wirtschaftlichen Freiheit einen Wert erblickt, den sie sicherstellen will, der Gesetzgeber aber in einer konkreten Situation um eines andern Wertes willen eine Anordnung treffen möchte, die diesem Werte widerspricht und für die er sich nicht auf einen verfassungsmäßigen Vorbehalt stützen kann, dann muß er diesen letztern Wert gegenüber dem von der Verfassung gewollten zurückstellen. Denn es steht nicht der von ihm gesehene Wert gegen eine bloße Norm, sondern es steht Wert gegen Wert, und der von der Verfassung gewollte muß vorgehen, wenn Verfassung sinnvoll bleiben soll. Oder wenn die Verfassung für die Rechtssetzung grundsätzlich die Mitwirkung des Volkes vorsieht, weil sie darin einen Wert erblickt, der Gesetzgeber aber um eines andern Wertes willen eine Anordnung treffen möchte, die ihr Ziel nur erreicht, wenn sie sofort, d. h. aber unter Umgehung des Volkes, rechtskräftig werden kann, dann muß, wenn die Verfassung nicht selbst im Interesse anderer Werte eine Ausnahme vorsieht, der von der Verfassung gewollte Wert vorgehen. Auch hier steht nicht Wert gegen

bloße Form, sondern Wert gegen Wert, und für den Gesetzgeber muß der Wert, den die Verfassung verwirklicht sehen will, maßgeblich sein. Denn die Verfassung hat für ihn über die Rangordnung der Werte verbindlich entschieden.

Der Jurist verteidigt die Verfassungsnormen nicht um ihrer selbst willen. Selbstzweck können sie nicht sein. Er verteidigt sie um der Werte willen, in deren Dienst sie stehen. In diesen Werten liegt der Sinn verfassungsmäßiger Gesetzgebung.

II. Der Sinn verfassungsmäßiger Gesetzgebung im schweizerischen Bundesstaat

Auch im schweizerischen Bundesstaate liegt der Sinn verfassungsmäßiger Gesetzgebung in den Werten, denen die Verfassung dienen will. Verfassungswidrige Gesetzgebung ist wertwidrige Gesetzgebung, nicht an sich, aber unter dem Gesichtspunkt der von der Verfassung geschützten Werte. Solcher Werte kennt die Bundesverfassung verschiedene. Sie stehen als Werte nicht beziehungslos nebeneinander, sondern sind in mannigfacher Weise miteinander verknüpft. Es sei hier an die Werte erinnert, die man als die Grundwerte der Bundesverfassung bezeichnen kann, und an die Spitze seien jene drei «Konstanten» gestellt, die den Kern der schweizerischen Staatsidee bilden². Es sei hier aber auch zu zeigen versucht, welchen noch tiefer liegenden Werten die Grundwerte der BV ihrerseits wieder zu dienen berufen sind. Sie können nämlich nicht alle als Selbstzweck anerkannt werden; vielfach sind auch sie wieder nur Mittel zu einem Zwecke. Darin liegt eine gewisse Gefahr für sie. Sie lassen sich leicht gegen andere Werte, die als Selbstzwecke erscheinen, ausspielen, obschon sie ihrerseits vielleicht noch höhern Selbstzwecken zu dienen bestimmt sind.

² Vgl. dazu neuestens z. B. Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 30 ff.; W. Kägi, Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus, Festgabe der Juristischen Fakultäten 1948, S. 53 ff.

1. Die individuelle Freiheit

In welcher Weise die Bundesverfassung durch die Gewährleistung negativer Freiheitsrechte, durch das ihr zugrunde liegende Prinzip der Gewaltenteilung und durch Institute des formellen Rechtsstaats dem Werte der individuellen oder persönlichen Freiheit dient, braucht hier nicht dargelegt zu werden. Hervorzuheben ist jedoch, daß diese individuelle Freiheit letzten Endes nicht als Selbstzweck gelten kann. Selbstzweck kann nicht die Freiheit des Individuums sein; Selbstzweck kann nur das Individuum selbst sein. Nur das Individuum selbst gehört zu jenen «letzten» Werten, zwischen denen der Verfassungsgesetzgeber wählen muß³. Die individuelle Freiheit dient ihrerseits der Entwicklung und Entfaltung des Individuums in körperlicher, seelischer und geistiger Beziehung. Die Bundesverfassung steht mit der Gewährleistung individueller Freiheit letztlich im Dienste dieses Wertes. Sie steht damit auf dem Boden des Humanismus eines Wilhelm von Humboldt, für den der höchste und letzte Zweck jedes Menschen «die höchste und proportionierlichste Ausbildung seiner Kräfte in ihrer individuellen Eigentümlichkeit» ist, was «Freiheit des Handelns» voraussetzt.

Wie die individuelle Freiheit im allgemeinen so sind auch ihre Ausprägungen in den einzelnen Freiheitsrechten der BV nicht als Selbstzweck zu verstehen. Die wirtschaftliche Freiheit wird nicht um ihrer selbst willen gewährleistet, sondern um des wirtschaftlichen Fortkommens der Individuen und um der Wirtschaft als solcher willen. Die religiöse Freiheit steht auch im Dienste der Religion selbst. An solchen Beispielen ist ersichtlich, wie die Werte, die hinter den Freiheitsrechten stehen, verschiedenen Ranges sein können. Das zeigt sich auch an den Freiheitsrechten, die neben andern Zwecken die Bestimmung haben, der Demokratie zu dienen. Die Demokratie kann ihrerseits

³ Vgl. dazu z. B. G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932, S. 50 ff.

nicht Selbstzweck sein. Sie dient wieder andern Werten, nicht zuletzt der individuellen Freiheit wiederum selbst. So sind die gegenseitigen Wertbeziehungen komplexer Natur, und die Forderung an den Gesetzgeber, die durch die BV garantierten Freiheitsrechte nicht zu verletzen, empfängt ihren Sinn von mannigfachen Werten aus.

2. Die Demokratie

Die Demokratie bringt dem Bürger politische Freiheit. In noch höherem Maße als für die individuelle Freiheit trifft es für die politische Freiheit zu, daß sie nicht Selbstzweck sein kann. Ihr Sinn liegt in höheren Werten. Es kann die Meinung haben, daß das demokratische Rechtssetzungsverfahren am ehesten zu den sachlich richtigen Ergebnissen führen werde; daß es bei diesem Rechtssetzungsverfahren um das Gemeinwohl am besten bestellt sein werde; daß es das «größte Glück der größten Zahl» bringen werde. Dann liegt der Sinn der Demokratie und damit der Sinn der formell bundesverfassungsmäßigen Gesetzgebung in diesen Werten. Die Demokratie kann aber auch durch die individuelle Freiheit motiviert sein. Das ist sie dann, wenn ihr der Gedanke zugrunde liegt, daß mit der individuellen Freiheit nur solche gesetzliche Beschränkungen der Freiheit grundsätzlich vereinbar sind, denen die Betroffenen zugestimmt haben; größte Freiheit der größten Zahl⁴. So verstanden, dient die Demokratie dem Werte der individuellen Freiheit, die aber ihrerseits, wie ausgeführt, auf noch höhere Werte bezogen ist. Der Sinn der formell bundesverfassungsmäßigen Gesetzgebung liegt dann letztlich in diesen Werten.

Daß die Demokratie mit der individuellen Freiheit auch in Konflikt treten kann, braucht den einfachen Gesetzgeber nicht zu kümmern. Diese Antinomien zu lösen, ist

⁴ Vgl. zu den beiden Motivierungen der Demokratie und zum Verhältnis, in dem sie zueinander stehen, H. Nef, Demokratie und Richtigkeit des Rechts, Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 1947, 377 ff.

Aufgabe des Verfassungsgesetzgebers. Der Bundesverfassungsgesetzgeber hat es getan — wir kommen auf seine Lösungen zurück —, der einfache Gesetzgeber hat sich daran zu halten.

3. Der Föderalismus

Den Wert der föderalistischen Freiheit anerkennt die BV durch die Ordnung des Verhältnisses zwischen dem Bunde und den Kantonen, am entschiedensten durch die Kompetenzausscheidung zwischen dem Zentralstaat und den Gliedstaaten. Auch diese Freiheit aber kann nicht Selbstzweck sein. Sie findet ihre Rechtfertigung in andern Werten. Sie steht in vielfältigen Wertrelationen zur Demokratie und zur individuellen Freiheit und damit indirekt zu jenen höhern Werten, für die Demokratie und individuelle Freiheit bedeutsam sind⁵. Wichtiger aber ist unter unserm Gesichtspunkt, daß die föderalistische Freiheit den höhern Kulturwerten dient. Sie tut das in unserm Lande in einem doppelten Sinne. Soweit die höhern Kulturwerte direkt oder indirekt durch staatliche Maßnahmen gefördert werden können, beruhen sie bei uns deshalb in weitestgehendem Maße auf föderalistischer Freiheit, weil ihre Pflege im wesentlichen den Kantonen überlassen ist. Das ist kein Zufall. Man hat sie ihnen überlassen, weil diese Werte bei den kleinen und kleinsten Gemeinschaften besser aufgehoben sind. Den Kulturwerten dient aber die Autonomie der Gliedstaaten auch dadurch, daß sie die kulturelle Mannigfaltigkeit ermöglicht. Wie der Föderalismus die Grundlage der Mehrsprachigkeit der Schweiz ist⁶, so ist er auch die Grundlage ihres Kulturreichtums. Die Mannigfaltigkeit der Kulturen überbietet die Mehrsprachigkeit noch, da der Föderalismus auch innerhalb desselben Sprachgebietes wieder kulturelle Vielfalt ermöglicht.

⁵ Vgl. dazu Fleiner/Giacometti, a.a.O., S. 31 f. und 33 f.; W. Kägi, a.a.O., Festgabe 1948, S. 65 ff.; G. Meßmer, Föderalismus und Demokratie, 1946.

⁶ Vgl. Fleiner/Giacometti, a.a.O., S. 33 f.

Auch bei andern den Kantonen überlassenen Aufgaben liegt der Kompetenzzuscheidung der Gedanke zugrunde, daß die betreffenden Werte in der kleinen Gemeinschaft besser realisiert werden können als in der großen. Zu denken ist vor allem an die wohlfahrtsstaatlichen und die polizeilichen Befugnisse und Obliegenheiten der Kantone.

In all diesen Werten, für die die föderalistische Freiheit grundlegend ist, liegt der tiefere Sinn kompetenzgemäßer Bundesgesetzgebung.

4. Die Gerechtigkeit

Unter den Individualrechten, die die BV gewährleistet, nimmt die Rechtsgleichheit eine besondere Stellung ein. Sie war ursprünglich politisch motiviert, hat sich aber immer mehr zu einem allgemeinen Willkürverbot entwickelt, das, obschon es seine Prägung in der Anwendung des Rechtsgleichheitsartikels gegenüber den Kantonen erfahren hat, auch für den Bundesgesetzgeber gilt. Indem die BV Willkür verbietet und auch dem Gesetzgeber vorschreibt, wesentlich gleiche Tatbestände rechtlich gleich zu behandeln, verwirklicht sie ein Stück Gerechtigkeit. So ist auch die Forderung an den Bundesgesetzgeber, sich hinsichtlich des Gebotes der Rechtsgleichheit an die BV zu halten, nichts weniger als «formal»; sie stützt sich auf den Gerechtigkeitswert.

5. Die Wohlfahrt

Daß zu den Werten, die die BV verwirklicht wissen will, auch die Wohlfahrt zu zählen ist, wird wohl deshalb etwas seltener hervorgehoben, weil es sich dabei nicht um einen spezifischen Zug unserer Verfassung handelt. Unter Wohlfahrt ist in diesem Zusammenhang etwas Umfassendes zu verstehen. Es sind die Werte gemeint, die die BV im Auge hat, wenn sie den Bundesgesetzgeber zu Maßnahmen auf den Gebieten der Polizei, der Wirtschaftspolitik, der Sozialversicherung, der Fürsorge, des Verkehrswesens, des Schulwesens ermächtigt oder verpflichtet, oder wenn sie

selbst solche Maßnahmen trifft. Dieser Wert der Wohlfahrt aber ist wiederum nicht Selbstzweck. Es geht letzten Endes auch hier um Schutz und Förderung des Individuums in körperlicher, seelischer und geistiger Hinsicht. Die hier in Frage stehenden Verfassungsnormen aber sind heute in viel geringerem Maße der Gefahr der Mißachtung ausgesetzt als die Verfassungsnormen, die die individuelle Freiheit, die politische Freiheit und die föderalistische Freiheit sicherstellen sollen.

§ 3. Der Sinn rechtmäßiger Verwaltung

I. Der Sinn rechtmäßiger Verwaltung im allgemeinen

1. Der Schutz von Freiheit und Eigentum der Bürger

Bei der Frage nach dem Sinn des Rechtsstaates haben wir erkannt, daß dem Postulat der Rechtsgebundenheit der rechtsanwendenden Staatsorgane verschiedene Gedanken zugrunde liegen können. Für alle Staaten bedeutsam sind seine Begründung aus der Gerechtigkeit und seine Begründung aus der individuellen Freiheit¹. Daß die generellen Rechtsnormen allein schon deswegen in allen Fällen richtig angewendet werden müssen, damit jenes Minimum an Gerechtigkeit verwirklicht werde, das in ihnen schon enthalten ist, das ist so selbstverständlich, daß die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht bei der Begründung des Prinzips der «Gesetzmäßigkeit der Verwaltung» das andere in den Vordergrund gestellt hat, die Begründung aus der individuellen Freiheit. Und sie hat der individuellen Freiheit ein anderes Rechtsgut beigesellt: das Eigentum. Der Schutz der Freiheit und des Eigentums erscheinen als der Sinn der «Gesetzmäßigkeit der Verwaltung». Die Verwaltung soll an das Gesetz gebunden sein, damit Freiheit und Eigentum der Bürger nicht mehr beeinträchtigt werden, als das Gesetz es zuläßt. Es geht

¹ Vgl. vorne § 1, II, 2 und 4.

also um den Schutz der «verbleibenden» Freiheit und des «verbleibenden» Eigentums.

Daß für das Postulat der Rechtsgebundenheit der Verwaltung Freiheit und Eigentum der Bürger in den Vordergrund gestellt werden, beruht darauf, daß diese beiden Rechtsgüter im Bereiche der Verwaltung in besonders hohem Maße tangiert erscheinen. Für die Freiheit ist an die mannigfachen Eingriffe zu denken, die Polizeirecht, Militärrecht, Schulrecht mit sich bringen; für das Eigentum an die zahlreichen Beschränkungen, die ihm aus dem Steuerrecht, aus dem Sozialversicherungsrecht erwachsen. So bedürfen Freiheit und Eigentum, wenn sie durch die Tätigkeit der Verwaltung nicht noch mehr eingeschränkt werden sollen, als das Recht es vorsieht, gegenüber den Verwaltungsbehörden besondern Schutzes; und das Minimum, das um ihres Schutzes willen geschehen kann, ist die Bindung der Verwaltungsbehörden an das Recht.

2. Die Verwirklichung der Leistungsansprüche der Bürger

Es ist verständlich, daß die Wissenschaft sich angesichts eines Staates, dessen Verwaltungstätigkeit sich im wesentlichen auf Maßnahmen beschränkte, aus denen sich für die Bürger einerseits Beschränkungen der Freiheit und des Eigentums, andererseits aber bestenfalls «Reflexrechte» ergaben, damit begnügte, den Sinn der «Gesetzmäßigkeit der Verwaltung» im Schutz der verbleibenden Freiheit und des verbleibenden Eigentums zu sehen. Für den heutigen Staat kann das nicht mehr genügen. Heute gewährt das materielle Verwaltungsrecht dem einzelnen Bürger in viel höherem Maße als früher auch individuelle Rechtsansprüche. Es sind Rechtsansprüche auf positive Leistungen des Staates; auf finanzielle Leistungen oder auf Einräumung von Rechten. In erster Linie ist an seine Ansprüche aus dem Sozialversicherungsrecht zu denken; sodann aber auch an die Ansprüche auf Bewilligungen aller Art, auf die Erteilung von Polizeierlaubnissen, von wirtschaftspolitischen

Bewilligungen; aber auch an die Ansprüche auf «Anerkennungen». So muß die Verwaltung heute auch deswegen an das Recht gebunden sein, damit diese Rechtsansprüche des Bürgers verwirklicht werden. Auch hier geht es um Werte für das Individuum, und die «Gesetzmäßigkeit der Verwaltung» findet ihren Sinn in diesen Werten.

II. Der Sinn rechtmäßiger Verwaltung im schweizerischen Bundesstaat

Für den schweizerischen Bundesstaat läßt sich die Forderung legaler Verwaltung überdies aus Besonderheiten unserer Staatsstruktur begründen.

1. Der Schutz der Demokratie

Von der Demokratie aus gesehen erscheint die Rechtsgebundenheit der Verwaltungsbehörden aus zwei sehr verschiedenen Gründen als notwendig.

a) Der eine Grund liegt darin, daß die Demokratie nur sinnvoll sein kann, wenn der in den Gesetzen geäußerte Volkswille auch in die Tat umgesetzt wird². Für die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verbindet sich dieser allgemeine Gedanke mit dem Schutz der individuellen Freiheit und des Eigentums. Wenn es der Sinn der Demokratie ist, daß Freiheit und Eigentum der Bürger nur jenen Beschränkungen unterworfen sind, denen sie selbst zugestimmt haben, dann bedeutet die Legalität der Verwaltung in der Demokratie nicht nur, daß Freiheit und Eigentum ganz allgemein gesehen nicht in höherem Maße beschränkt werden, als das Gesetz es vorsieht, sondern gleichzeitig auch, daß die Bürger darin nicht in höherem Maße beschränkt werden, als sie selbst es, wenigstens mehrheitlich, gewollt haben. Somit aber bedeutet die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in der Demokratie auch Schutz der Demokratie selbst. Denn der Sinn der Demokratie würde illusorisch, wenn die Verwaltung die Freiheit und das Eigentum der Bürger weitergehenden Beschränkungen unterwerfen dürfte

² Siehe dazu das Allgemeine, vorne, § 1, II, 3.

als jenen, welchen die Bürger selbst zugestimmt haben. Aus diesem Grunde tritt Jean-Jacques Rousseau so nachdrücklich für die Legalität der Rechtsanwendung in der Demokratie ein. Ohne Legalität der Verwaltung müßte es auf die Dauer um den Sinn, den er der Demokratie beilegt, damit aber um die Demokratie selbst geschehen sein.

b) Auf ganz anderer Ebene liegt der zweite Grund, warum um der Demokratie willen Legalität der Verwaltung gefordert werden muß. Gesetzmäßige Verwaltung ist auch wegen der Gesinnung der Bürger dem Staate gegenüber wichtig. Unrecht, das dem Bürger durch die Verwaltungsorgane widerfährt, weckt in ihm Verbitterung gegen den Staat überhaupt. Eine negative Staatsgesinnung der Bürger aber erträgt keine Staatsform weniger als die Demokratie. Sie setzt bei den Bürgern Staatsbejahung voraus. Sie muß allein schon deswegen alles tun, um «Negativismus» zu verhindern, weil in der Demokratie der Bürger Gelegenheit hat, sich für das ihm zugefügte Unrecht zu «rächen», was er notgedrungen oft bei unpassender Gelegenheit tun wird.

Das ist eine rein politische Motivierung der Legalität der Verwaltung. Es erstaunt daher nicht, daß die Empfehlung an die Behörden, sich um der Staatsgesinnung der Bürger willen an das Recht zu halten, unter den «Rezepten» Machiavellis zu finden ist. Für die Republik sei Gesetzestreue der Regierung wichtig. Denn Ungesetzlichkeiten führen zu Empörung. Und für Zeiten, in denen die Regierung von Verfassung und Gesetz abweichen muß, solle ihre Notrechtskompetenz ausdrücklich in der Verfassung vorgesehen sein, damit sie auch in diesem Falle legal handeln kann.

2. Der Schutz des Föderalismus

Eine besondere Bedeutung kommt der Legalität der Verwaltung im Bunde auch aus föderalistischen Gründen zu. Es ist selbstverständlich, daß die Autonomie der Kantone auch durch unrechtmäßige Verwaltungsakte des Bundes verletzt werden kann. Die Bindung der Bundes-

verwaltung an das Recht dient daher auch dem Schutze der föderalistischen Freiheit und damit jenen Werten, die auf ihr basieren³.

3. Der Schutz der individuellen Rechte

Soweit das Prinzip rechtmäßiger Verwaltung im Bunde den Bürger in den individuellen Rechten schützt, die die Bundesverwaltung tangieren kann, dient es vor allem dem Schutz verfassungsmäßiger Individualrechte. Es liegt daher auch im Sinne jener Werte, die diese Individualrechte der BV verkörpern. So dient es durch den Schutz von Freiheitsrechten dem Werte der individuellen Freiheit und den ihrerseits darauf beruhenden Werten; und so dient es durch den Schutz der Rechtsgleichheit der Gerechtigkeit. Wenn es richtig ist, daß die schwersten Verletzungen der verfassungsmäßigen Individualrechte von der Regierung auszugehen pflegen⁴, dann kommt der Legalität der Verwaltung und ihrer rechtlichen Sicherung für die Verfassungswerte sogar eine besonders hohe Bedeutung zu.

Die Gesetzmäßigkeit der Bundesverwaltung schützt sodann auch gesetzmäßige individuelle Rechte. In dieser Hinsicht nimmt die Bedeutung der Legalität der Bundesverwaltung fortwährend zu. Die sich immer mehr entfaltende Wirtschafts- und Sozialgesetzgebung des Bundes bringt dem Bürger immer wieder neue Rechtsansprüche; zumeist nicht als Geschenk, sondern im Anschluß an immer weitergehende Beschränkungen seiner Freiheit und Verminderungen seines Eigentums. Es sind Ansprüche auf positive Leistungen, wie sie oben charakterisiert worden sind. Zu erinnern ist an die wirtschaftspolitischen Erlasse des Bundes, an das Clearingrecht, an das Sozialversicherungsrecht. Daß diese Rechte und damit die Werte, die sie in sich schließen, realisiert werden, gehört auch zum Sinn rechtmäßiger Bundesverwaltung.

³ Vgl. dazu vorne, § 2, II, 3.

⁴ Vgl. A. Favre, L'Evolution des droits individuels de la Constitution, ZSR 55, S. 291a ff., 351a f.

2. Teil

Die Garantie der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung

§ 4. Allgemeines

I. Die gegenwärtige Verfassungslage

1. Die Verfassungsverletzungen

Als in den Jahren 1923 und 1924 in der Bundesversammlung Anregungen zur Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen gemacht wurden, konnten sich die Bundesbehörden noch auf den Standpunkt stellen, die Neuerung sei überflüssig, da der Bundesgesetzgeber bisher keine Verfassungsverletzungen begangen habe, die allgemein als solche anerkannt würden. So wurde gegenüber der Motion de Rabours von 1923¹ vom Bundesrat aus gesagt, Verfassungsverletzungen durch den Bundesgesetzgeber seien zwar theoretisch denkbar, der Motionär habe jedoch keine einzige solche namhaft gemacht². Gegenüber dem Postulat Scherer von 1924³ wurde im Parlament vom Bundesrat aus erklärt, es sei eine Frage subjektiver Anschauung, ob eine Gesetzesnorm verfassungswidrig sei⁴. Und in seinem Bericht über dieses Postulat fügte der Bundesrat seinen grundsätzlichen Erwägungen die Feststellung bei, es seien bei der Begründung des Postulates keine konkreten Tatsachen angeführt worden, die das Bedürfnis nach der neuen Institution glaubhaft gemacht hätten⁵. Es war allerdings von wissenschaft-

¹ Vgl. W. Burckhardt, Schweizerisches Bundesrecht, Nr. 936.

² Was tatsächlich ein Mangel der Begründung der Motion war und ihre Bekämpfung erleichterte; vgl. Protokoll über die Verhandlungen des Nationalrates, April 1923, S. 151 ff.

³ Vgl. Burckhardt, a.a.O., Nr. 937.

⁴ StenBull StR 1925, 340.

⁵ Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Postulat Scherer, vom 27. Dezember 1928, Bbl 1929 I 1 ff., S. 10.

licher Seite aus schon damals nachgewiesen worden, daß einzelne Bundeserlasse die Verfassung verletzen⁶. Aber von einem Mißstand oder gar von einer Krise konnte damals in der Tat nicht die Rede sein.

Eine erhebliche Änderung der Dinge trat in den dreißiger Jahren ein. Die durch die politische und die wirtschaftliche Krise veranlaßte Bundesgesetzgebung jener Zeit stand mit der Bundesverfassung unter verschiedenen Aspekten offensichtlich in Widerspruch. Das rief umfassender und scharfer Kritik⁷. Das wurde dann auch durch die Bundesbehörden zugegeben. Als der Bundesrat im Jahre 1937 zum Volksbegehren für die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit, das im Juni 1936 eingereicht worden war, Stellung nehmen mußte, erklärte er in seinem Bericht an die Bundesversammlung vom 17. September 1937⁸ zwar einerseits, die Forderung, daß das Bundesgericht auch über die Bundesgesetzgebung wachen solle, sei nicht durch die Erfahrung, daß Bundesgesetze (im formellen Sinne) die Verfassung verletzt hätten, veranlaßt worden. «Wo gelegentlich einem Bundesgesetz gegenüber der Vorwurf der Verfassungsverletzung erhoben wird — zum Teil geschieht dies gegenüber einigen alten Gesetzen, die seither eine unzweifelhafte Verfassungsgrundlage erhalten haben, so daß die Frage nicht mehr aktuell ist —, hat man es mit subjektiven Meinungsäußerungen zu tun, die meist wenig schlüssig sind. Die Auffassung, daß die betreffenden Gesetzesbe-

⁶ Vgl. besonders Z. Giacometti, Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, 1925.

⁷ Vgl. zum Tatbestand und zur Kritik daran besonders Z. Giacometti, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in der schweizerischen Eidgenossenschaft, Festgabe Fleiner 1937, S. 45 ff.; R. Haab, Krisenrecht, 1936; K. Oftinger, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, ZSR 57, 481 a ff.; P. Renggli, Das Recht auf Handels- und Gewerbefreiheit in der schweizerischen Bundesverfassung, Festgabe Schultheß 1938, 71 ff.; Ders., Artikel «Wirtschaftsrecht» im Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, 1939, Band II, 552 ff.

⁸ Bbl 1937 III 5 ff.

stimmungen mit der Bundesverfassung im Einklang stehen, läßt sich mit soliden Gründen vertreten. Jedenfalls kann es sich nicht um ,offensichtliche' Verfassungsverletzungen handeln⁹.» Andererseits aber anerkannte der Bundesrat, daß mit den dringlichen Bundesbeschlüssen jener Zeit, von denen das Volksbegehren seinen Ausgang nahm, in verfassungsmäßige Individualrechte, z. B. in die Handels- und Gewerbefreiheit, sowie auch in die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen eingegriffen worden sei¹⁰. Und später gab er auch zu, daß damals nicht bei allen dringlichen Bundesbeschlüssen die zeitliche Dringlichkeit vorgelegen hatte, die doch, wie der Bundesrat damals selbst anerkannt hatte¹¹, für die Zulässigkeit des dringlichen Bundesbeschlusses vorausgesetzt ist, und daß man verschiedentlich aus andern Gründen zu dieser Rechtssetzungsform gegriffen hatte¹², aus Gründen, die man von der BV aus gesehen nicht als stichhaltig anerkennen kann. So konnte dann auch bei der Behandlung des Volksbegehrens von 1936 in der Bundesversammlung bereits von einer Krise der Verfassung gesprochen werden¹³. Daß auch seit 1939, d. h. seit der die dringlichen Bundesbeschlüsse betreffenden Revision des Art. 89 der BV, Mißbräuche der Dringlichkeitsklausel vorgekommen seien, bezweifelte dann der Bundesrat allerdings in seinen Berichten über die Volksbegehren für die Rückkehr zur direkten Demokratie¹⁴. Aber weder die zu Ende der dreißiger Jahre

⁹ A.a.O., 17 f.

¹⁰ Siehe a.a.O., 18 f.

¹¹ Vgl. Bericht zum Volksbegehren von 1936, S. 21 f.

¹² Siehe Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren vom 23. Juli 1946 für die Rückkehr zur direkten Demokratie, vom 27. Februar 1948, Bbl 1948 I 1054, S. 1057 und 1069.

¹³ NR Rittmeyer bei der Begründung seines Vorschlages, einen Gegenentwurf aufzustellen, StenBull NR 1938, 270 f.

¹⁴ A.a.O., 1064 f.; und Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das zweite Volksbegehren betreffend Rückkehr zur direkten Demokratie, vom 29. Juli 1948, Bbl 1948 II 980 ff., S. 983.

noch die seither erfolgte Kritik aller andern Verfassungsverletzungen ist jemals im einzelnen widerlegt worden. Es wird heute vielmehr allgemein von einer Verfassungskrise gesprochen, und wenn wir an dieser Stelle an die verschiedenen Arten von Verfassungsverletzungen erinnern, die vom Bundesgesetzgeber in neuerer Zeit begangen worden sind, dann geschieht es nur, um die richtigen Ausgangspunkte für die Frage nach neuen Verfassungsgarantien zu gewinnen¹⁵.

Die gesetzgeberischen Erlasse des Bundes können in dreifacher Hinsicht verfassungswidrig sein, nämlich

formell verfassungswidrig, wenn sie nicht in dem von der BV für die betreffende Materie vorgesehenen Verfahren zustande gekommen sind,

materiell verfassungswidrig, wenn sie in ihrem Inhalte mit Normen der BV in Widerspruch stehen,

kompetenzwidrig, wenn sie sich nicht auf eine der BV zu entnehmende Kompetenznorm zugunsten des Bundes stützen können¹⁶.

a) Die formelle Verfassungswidrigkeit

Ein Bundeserlaß kann in einem doppelten Sinne formell verfassungswidrig sein: er kann formell verfassungswidrig sein, weil er nicht in der verfassungsrechtlich vorgesehenen Rechtssetzungsform (Bundesgesetz, nicht dringlicher allgemeinverbindlicher Bundesbeschluß, dringlicher Bundesbeschluß mit nachträglichem fakultativem Referendum,

¹⁵ Wie diese Verfassungskrise im Bunde als Ausdruck einer allgemeinen Krise des Verfassungsgedankens, ja einer Krise des Normativen überhaupt zu verstehen ist und wo ihre tiefern Gründe zu suchen sind, geht aus dem Buche von W. Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945, hervor.

¹⁶ Vgl. F. Fleiner, *Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetze durch den Richter*, ZSR 53, 1 a ff., S. 27 a; ich bin mir bewußt, daß man die Richtigkeit dieser Dreiteilung unter verschiedenen Gesichtspunkten bezweifeln kann; warum ich sie — vor allem unter praktischen Aspekten — für richtig halte, kann ich hier nicht näher darlegen.

dringlicher Bundesbeschluß mit nachträglichem obligatorischem Referendum, einfacher Bundesbeschluß, Verordnung) ergangen ist; er kann aber auch formell verfassungswidrig sein, weil bei der gewählten Rechtssetzungsform die Formalien nicht erfüllt worden sind, der Erlaß z. B. nicht durch eine gültige Beschlußfassung im betreffenden Organ zustande gekommen oder nicht richtig veröffentlicht worden ist. Die formelle Verfassungswidrigkeit in diesem zweiten Sinne ist in unserm Zusammenhang praktisch nicht von Bedeutung¹⁷. Unter formeller Verfassungswidrigkeit soll hier nur die formelle Verfassungswidrigkeit im erstgenannten Sinne verstanden werden.

aa) Formell verfassungswidrig sind in erster Linie die in der Form des dringlichen Bundesbeschlusses erlassenen Rechtsnormen des Bundes, die in der Form des nicht dringlichen allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses oder des Bundesgesetzes hätten erlassen werden sollen. In Frage stehen die dringlichen Bundesbeschlüsse, bei denen es an der Voraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit gefehlt hatte und die aus andern Gründen mit der Dringlichkeitsklausel versehen wurden. Solche dringlichen Bundesbeschlüsse erwähnen z. B. G. Kunz¹⁸, F. Fleiner¹⁹ und besonders Z. Giacometti in seinem Aufsatz in der Festgabe für Fleiner von 1937²⁰. Die praktische Bedeutung der formellen Verfassungswidrigkeit dieser dringlichen Bundesbeschlüsse lag

¹⁷ Vgl. dazu Fleiner, a.a.O., S. 9a ff.; N. Biert, Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze durch den Richter, 1934, S. 2 f.

¹⁸ Ein allgemeines richterliches Prüfungsrecht gegen verfassungswidrige Gesetze in der Schweiz, Basler Dissertation in Maschinenschrift, 1931, S. 63 ff.

¹⁹ A.a.O., S. 14a f.

²⁰ A.a.O., S. 45 ff.; einen umfassenden Überblick über alle bisher nachweisbar aus verfassungsrechtlich nicht haltbaren Gründen dringlich erklärten allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse bringt eine im Manuskript vorliegende Zürcher Dissertation von Hellmut Hungerbühler, Der dringliche Bundesbeschluß, besonders S. 128 ff.; vgl. ferner Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 782 ff.

bisher darin, daß damit zu Unrecht das fakultative Referendum und damit das Volk als Gesetzgebungsfaktor umgangen wurde. Diese dringlichen Bundesbeschlüsse verletzen somit die Demokratie.

Die formelle Verfassungswidrigkeit der dringlichen Bundesbeschlüsse ist nun aber seit dem Inkrafttreten des neuen Art. 89 bis der BV am 28. Oktober 1949 nicht mehr von der gleichen praktischen Bedeutung wie ehemals. Der Mißbrauch der Dringlichkeitsklausel wird in Zukunft nicht mehr die Ausschaltung des Volkes bewirken. Mit der Dringlichkeitsklausel wird vielmehr entweder ein nachträgliches fakultatives Referendum oder ein nachträgliches obligatorisches Referendum verknüpft sein²¹. Es ist allerdings nicht etwa so, daß nun dringliche Bundesbeschlüsse, bei denen es an der zeitlichen Dringlichkeit fehlte, infolge der Tatsache, daß sie einem nachträglichen fakultativen oder obligatorischen Referendum unterstehen, in der Zeit von ihrem Inkrafttreten bis zum Ablauf der Referendumsfrist bzw. bis zur Volksentscheid nicht formell verfassungswidrig wären. Diese formelle Verfassungswidrigkeit kann erst mit dem unbenützten Ablauf der Referendumsfrist bzw. mit der Annahme durch das Volk als behoben gelten, indem erst in diesem Moment die gleichen formellen Erfordernisse erfüllt sein werden, wie sie für die nicht dringlichen allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse und die Bundesgesetze bzw. für die Verfassungsrevision vorgesehen sind. Die Verfassungswidrigkeit des dringlichen Bundesbeschlusses, bei dem die zeitliche Dringlichkeit nicht gegeben war, ist aber nicht mehr von der gleichen praktischen Bedeutung wie früher, weil die Geltung dieses dringlichen Bundesbeschlusses als eines vom Volke weder ausdrücklich noch stillschweigend genehmigten Erlasses gemäß Art. 89, Abs. 2 und 3, BV auf maximal ein Jahr beschränkt ist. Zu beachten ist jedoch, daß der Art. 89 bis BV eine neue Mög-

²¹ Siehe Z. Giacometti, Der neue Notrechtsartikel der Bundesverfassung, SJZ 1950, 84 ff.; vgl. auch Harald Huber, Zur Problematik des Dringlichkeitsartikels der BV, SJZ 1950, 81 ff.

lichkeit formeller Verfassungswidrigkeit mit sich bringt. Es ist der Bundesversammlung überlassen, zu entscheiden, ob ein dringlicher Bundesbeschluß materiell verfassungsgemäß bzw. kompetenzgemäß und deshalb gemäß Abs. 2 dem fakultativen Referendum zu unterstellen ist oder ob er materiell verfassungswidrig bzw. kompetenzwidrig und deshalb gemäß Abs. 3 dem obligatorischen Referendum zu unterstellen ist. Es würde nun zu einem auch formell verfassungswidrigen dringlichen Bundesbeschluß führen, wenn die Bundesversammlung einen materiell verfassungswidrigen bzw. kompetenzwidrigen dringlichen Bundesbeschluß nur dem fakultativen Referendum unterstellte²². Allerdings wäre auch diese formelle Verfassungswidrigkeit nicht von der gleichen praktischen Bedeutung, wie es der bisherige Mißbrauch der Dringlichkeitsklausel mit seiner vollständigen Ausschaltung des Volkes war.

bb) Formell verfassungswidrig sind sodann einfache Bundesbeschlüsse, die generelle Rechtsnormen enthalten, die in der Form des allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses oder des Bundesgesetzes hätten erlassen werden sollen. Der einfache Bundesbeschluß ist ja überhaupt nicht für den Erlass genereller Rechtsnormen da, sondern für Verwaltungsakte der Bundesversammlung. Nicht übersehen darf man jedoch, daß dann, wenn ein Bundesgesetz oder ein allgemeinverbindlicher Bundesbeschluß die Bundesversammlung zur Regelung einer Materie durch einfachen Bundesbeschluß ermächtigt, in erster Linie der Erlass, der die Ermächtigung enthält, verfassungswidrig ist, weil er die verfassungsmäßige Kompetenzordnung durchkreuzt; und zwar ist er dann auch materiell verfassungswidrig, denn er hat einen verfassungswidrigen Inhalt.

Als formell verfassungswidrig hat man seinerzeit den Bundesbeschluß über die Errichtung von besondern Fonds aus den Einnahmen der zentralen Ausgleichsfonds der

²² Vgl. dazu L. Schürmann, Das Dringlichkeits- und Notrecht in neuem Gewande, Schweizer Monatshefte, 29. Jahrg., Heft 10.

Lohn- und Verdienstersatzordnung vom 24. März 1947 (AS 63, 228) empfunden. Wenn die Bundesbehörden in diesem Beschluß einen Verwaltungsakt sahen, dann hätten sie ihn immerhin wegen seiner «portée générale» als allgemeinverbindlichen Bundesbeschluß ansehen und dem Referendum unterstellen sollen. Formell verfassungswidrig ist aber auch ein einfacher Bundesbeschluß, durch den ein vom Bundesrat abgeschlossener Staatsvertrag genehmigt wird, für den gemäß Art. 89, Abs. 4, BV das fakultative Referendum vorgesehen ist oder der den Bundesrat zum Abschluß eines solchen Staatsvertrages ermächtigt, wenn dieser einfache Bundesbeschluß die Referendums-klausel nicht enthält. So ist es als verfassungswidrig bezeichnet worden, daß der Bundesbeschluß über den Beitritt der Schweiz zur UNESCO dem Referendum nicht unterstellt worden ist²³. Auch in diesen Fällen bedeutet die formelle Verfassungswidrigkeit eine Ausschaltung des Volkes und damit eine Beeinträchtigung der Demokratie.

cc) Formell verfassungswidrig wäre es ferner, wenn die Bundesversammlung einen Erlaß, der gemäß der BV dem fakultativen Referendum zu unterstellen ist, von sich aus der Volksabstimmung unterstellen würde. Das würde zwar nicht gegen die Demokratie verstoßen, wohl aber gegen den Grundsatz, daß ein Staatsorgan die ihm von der Verfassung überbürdete Verantwortung nicht von sich abwälzen darf²⁴.

dd) Formell verfassungswidrig sind sodann Rechtssätze, die in der Form der bundesrätlichen Verordnung erlassen worden sind, wenn sie in der Form des allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses oder des Bundesgesetzes hätten erlassen werden sollen. Das trifft dort zu, wo der Bundesrat zu Unrecht eine selbständige Verordnungskompetenz in Anspruch nimmt, und dort, wo er eine unselbständige Ver-

²³ Z. B. von Bundesrichter Schönenberger in seiner Eingabe an den Juristenverein.

²⁴ Vgl. dazu Burckhardt, Kommentar der BV, 702 und 712; N. Biert, a.a.O., S. 144 f.

ordnungskompetenz überschreitet. Wo er aber innerhalb einer unselbständigen Verordnungskompetenz legifert, kann allenfalls die Delegation der Rechtssetzungskompetenz verfassungswidrig sein; und zwar ist der delegierende Erlaß dann auch materiell verfassungswidrig²⁵. Dasselbe gilt mutatis mutandis für die Verordnungen der dem Bundesrat untergeordneten Amtsstellen.

Zu der Überschreitung unselbständiger Verordnungskompetenzen gehört auch die Übermarchung in der Ausübung der dem Bundesrat durch die Vollmachtenbeschlüsse von 1914 und 1939 erteilten Notverordnungskompetenzen, sei es Übermarchung in sachlicher Beziehung, sei es Übermarchung in zeitlicher Hinsicht.

Und ferner ist es eine formelle Verfassungswidrigkeit, wenn der Bundesrat Staatsverträge ohne Mitwirkung der Bundesversammlung von sich aus abschließt²⁶. Durch diese formellen Verfassungswidrigkeiten wird wiederum die Demokratie beeinträchtigt, indem hier nicht nur das Volk, sondern auch die Volksvertretung von der Rechtssetzung ausgeschaltet wird.

ee) Als gleichzeitig formell verfassungswidrig sind schließlich alle diejenigen Bundeserlasse zu betrachten, die materiell verfassungswidrig oder kompetenzwidrig sind und nicht in dem für die Verfassungsrevision vorgesehenen Verfahren zustande gekommen sind. Diese formelle Verfassungswidrigkeit bedeutet, daß mindestens die obligatorische Mitwirkung des Volkes, wenn nicht die Mitwirkung des Volkes oder der Volksvertretung überhaupt ausgeschaltet wird.

So ergibt sich, daß der Schutz der Verfassung vor solchen formellen Verfassungsverletzungen in den meisten Fällen gleichzeitig Schutz der Demokratie bedeuten würde²⁷.

²⁵ Vgl. dazu Z. Giacometti, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, in Festgabe Fleiner 1937, S. 72 ff.

²⁶ Vgl. dazu Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 827 f.

²⁷ Vgl. H. Marti, Der Schutz der Verfassung, ZBJV 85, 193 ff., S. 199.

b) Die materielle Verfassungswidrigkeit

Alle Erlasse des Bundes, gleichgültig, in welcher Form sie ergehen, können in ihrem Inhalte mit der Bundesverfassung in Widerspruch stehen. Sie können namentlich die durch die BV gewährleisteten Individualrechte verletzen. Soweit sie die negativen Freiheitsrechte und die Rechtsgleichheit tangieren, bedeutet ihre materielle Verfassungswidrigkeit dann eine Beeinträchtigung der individuellen Freiheit und der Gerechtigkeit. Am meisten hat in den letzten fünfundzwanzig Jahren die Handels- und Gewerbefreiheit unter verfassungswidriger Bundesgesetzgebung leiden müssen²⁸. Dabei spielt es für unser Anliegen keine Rolle, daß die die Handels- und Gewerbefreiheit verletzenden Erlasse heute zum Teil als durch die neuen Wirtschaftsartikel der BV legalisiert betrachtet werden können; sie sind es übrigens nur in sehr beschränktem Maße. Das ändert nichts daran, daß sie einst verfassungswidrig waren, daß also materielle Verfassungsverletzungen durch den Bundesgesetzgeber tatsächlich in großem Ausmaß vorgekommen sind. Und ferner ist zu beachten, daß die Gefahr, daß die Handels- und Gewerbefreiheit künftig von neuem in illegaler Weise verletzt werden wird, durch die Aufnahme der neuen Wirtschaftsartikel in die BV zugenommen hat²⁹.

Es können aber auch alle andern Normen der BV durch den Inhalt der Bundesgesetzgebung verletzt werden³⁰. So

²⁸ Vgl. H. Huber, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, ZSR 55, 1 a ff., S. 190, 193; Bericht des Bundesrates über das Volksbegehren von 1936, a.a.O., S. 19; Z. Giacometti, in Festgabe Fleiner 1937, S. 58 ff.; P. Renggli, Das Recht auf Handels- und Gewerbefreiheit, a.a.O., S. 71 ff.; Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 933, Anm. 11.

²⁹ Vgl. das Nähere zur Begründung dieser These bei H. Nef, Der richterliche Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit, in Festgabe der Juristischen Fakultäten 1948, S. 191 ff.; H. Marti, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, 1950, S. 180.

³⁰ Vgl. Beispiele bei Fleiner, a.a.O., S. 20; kritisch dazu Bericht des Bundesrates zum Volksbegehren von 1936, a.a.O., S. 18;

können auch alle Verfassungsnormen organisatorischer Natur durch den Inhalt der Bundeserlasse verletzt werden, wobei dann eine materielle Verfassungsverletzung vorliegt. Das ist besonders dann der Fall, wenn Rechtssetzungskompetenzen zu Unrecht delegiert werden. Ob jede sogenannte Gesetzesdelegation verfassungswidrig sei, ist zwar umstritten. Es scheint mir das weitgehend eine Frage des Maßes zu sein. Auf alle Fälle sind reine Blankettgesetze verfassungsrechtlich nicht als zulässig zu betrachten³¹.

Da materielle Verfassungswidrigkeit in der Mehrzahl der Fälle Verletzung von Individualrechten ist, bedeutet Schutz vor solcher Verfassungswidrigkeit vornehmlich Schutz der individuellen Freiheit. Da materielle Verfassungswidrigkeit aber auch in einer Verletzung organisatorischer Verfassungsnormen bestehen kann, namentlich solcher, die die demokratische Rechtssetzung gewährleisten wollen, kann der Schutz vor solcher Verfassungswidrigkeit auch Schutz der Demokratie bedeuten.

c) Die Kompetenzwidrigkeit

Regelt ein Bundeserlaß eine Materie, die nach der verfassungsmäßigen Kompetenzausscheidung zwischen dem Bund und den Kantonen nicht dem Bunde zusteht, dann verletzt er eo ipso die Freiheit der Kantone. Kompetenzwidrigkeit der Bundesgesetzgebung bedeutet also Beeinträchtigung des Föderalismus. Die Kritik an einer Kompetenzwidrigkeit findet meist weniger Widerhall als die Kritik an einer Verletzung der Individualrechte oder der

Kunz, a.a.O., S. 49 ff.; P. Graff, *Le système de l'administrateur-juge en droit fédéral suisse*, 1943, S. 27 ff., 151.

³¹ Vgl. dazu Fleiner/Giacometti, *Bundesstaatsrecht*, S. 770 ff.; F. Kuhne, *Das Problem der Delegation und Subdelegation von Kompetenzen der Staatsorgane*, 1941; Masnata, *La délégation de la compétence législative*, 1942; K. Eichenberger, *Die oberste Gewalt im Bunde*, 1949, S. 256 ff., 325.

Demokratie. Zu Unrecht. Für den Bundesstaat ist die Kompetenzmäßigkeit der Bundesgesetzgebung ebenso wichtig wie ihre formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit. Kompetenzwidrigkeit würde auf die Dauer die Existenz des Bundesstaates als eines föderativen Staatswesens berühren und damit auch die mit dem Föderalismus zusammenhängenden Werte zerstören³². So bedeutet Schutz der Verfassung vor kompetenzwidriger Bundesgesetzgebung Schutz der Kantone und damit des Föderalismus.

Die Kompetenzmäßigkeit eines Bundeserlasses zu beurteilen, ist nicht immer einfach. Diese Frage bietet mehr Schwierigkeiten als die Frage der formellen und der materiellen Verfassungsmäßigkeit, weil bei den Kompetenzbegründungsnormen der BV die Auslegung schwieriger ist als bei den Individualrechten und bei den organisatorischen Bestimmungen. Immerhin kann es nicht zweifelhaft sein, daß sich der Bundesgesetzgeber Kompetenzwidrigkeiten hat zuschulden kommen lassen. Das wird z. B. im Bericht des Bundesrates über das Volksbegehren für die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit von 1936 durch den Bundesrat zugegeben³³. Für die einzelnen Fälle verweisen wir auf die Zusammenstellungen bei Z. Giacometti und bei G. Kunz³⁴.

³² Vgl. H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, S. 30 ff., S. 81 f.; StenBull StR 1925, S. 334; J. Scherer, Die Verfassungsgerichtsbarkeit als Rechtsproblem und dessen staatspolitische Bedeutung in der Schweiz, 1937, S. 45.

³³ A.a.O., S. 19.

³⁴ Z. Giacometti, Die Auslegung der schweizerischen Bundesverfassung, 1925, S. 10 ff., 22 ff. und 29 f.; ders., Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, Festgabe Fleiner 1937, S. 58 ff.; G. Kunz, a.a.O., S. 6 ff. und 21 ff.; vgl. ferner Z. Giacometti, Die lex Splugensis, SJZ 1946, S. 113 ff.; Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 82 f., S. 70, Anm. 7 und 933, Anm. 11.

2. Die bestehenden Verfassungsgarantien

Die Bundesbehörden haben bei der Behandlung von Vorschlägen für den Ausbau des Schutzes der Bundesverfassung vor Verletzungen durch den Bundesgesetzgeber wiederholt darauf hingewiesen, daß Garantien für verfassungsmäßige Gesetzgebung bereits bestehen. Diese Garantien haben sich jedoch offensichtlich als ungenügend erwiesen. Zum Teil bilden die Institute, auf die man hingewiesen hat, an sich schon keine Verfassungsgarantien, zum Teil sind sie ungenügend ausgebaut, zum Teil haben sie versagt.

a) Richtig ist, daß es nach geltendem Verfassungsrecht in erster Linie Aufgabe der Bundesversammlung ist, für die Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetzgebung zu sorgen. Sie hat die ihr unterbreiteten Vorlagen auf ihre Übereinstimmung mit der BV zu prüfen und darf nichts Verfassungswidriges zum Beschluß erheben. Als Garantien hiefür erscheinen der Eid und das Gelübde der Mitglieder der Bundesversammlung³⁵. Ferner hat man als Garantien hiefür auch die Volkswahl und die Volkskontrolle der Bundesversammlung bezeichnet, die Tatsache also, daß die Mitglieder der Bundesversammlung periodisch durch das Volk (einige Ständeräte durch die Volksvertretung) neu gewählt werden müssen und daß das Volk gegen eine Vorlage der Bundesversammlung das Referendum ergreifen kann. Auch soll schon die «öffentliche Meinung» an sich eine Garantie dafür sein³⁶. Auf die be-

³⁵ Vgl. dazu Votum von Bundesrat Häberlin am Juristentag 1934, ZSR 53, S. 296a; Bericht des Bundesrates zum Volksbegehren für die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit, a.a.O., S. 29; StenBull NR 1938, S. 277; Z. Giacometti, Die Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetzgebung und ihre Garantien, SJZ 30, S. 289; K. Eichenberger, Die oberste Gewalt im Bunde, S. 190 f.

³⁶ Vgl. z. B. StenBull StR 1925, S. 341; Verhandlungen des Juristentages 1934, ZSR 53, S. 296a; Bericht des Bundesrates über das Volksbegehren von 1936, a.a.O., S. 29; StenBull NR 1938, S. 274, 277; siehe aber auch Fleiner/Giacometti, S. 934, Anm. 12.

sondere Frage des Referendums kommen wir sogleich zurück.

Die Bundesversammlung hat sich jedoch praktisch nicht als der geeignete Hüter der Bundesverfassung erwiesen. Sie nimmt zwar oftmals die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Entwurfes vor; das ist nicht zu bestreiten. Aber sie tut es nicht in allen Fällen, und für den Entscheid sind vielfach andere Erwägungen ausschlaggebend. Es ist darauf hingewiesen worden, daß die Bundesversammlung wegen ihrer tatsächlichen Zusammensetzung nicht der geeignete Hüter der Verfassung sein könne³⁷. Wenn die Bundesversammlung aber tatsächlich ihre Aufgabe, Hüter der Verfassung zu sein, nicht mehr in genügendem Maße erfüllt, dann kann die umstrittene Frage, ob das Parlament «an sich» für Auslegung und Beschützung der Verfassung besser geeignet wäre als zum Beispiel ein Gerichtshof, praktisch keine Rolle mehr spielen³⁸. Dann kann gegenüber dem Verlangen nach neuen Verfassungsgarantien nicht mehr auf vermeintlich bestehende Garantien hingewiesen werden.

³⁷ Besonders interessant ist hiebei die Feststellung, daß in den Vereinigten Staaten von Amerika, wo es angesichts der bestehenden richterlichen Kontrolle der Gesetzgebung weniger dringend ist, daß die Legislative die Verfassung hütet, das Parlament dazu gemäß seiner Zusammensetzung besser geeignet wäre, als es die schweizerische Bundesversammlung ist, bei der diese Aufgabe aber dringender wäre, weil die richterliche Kontrolle fehlt; M. L. Tripp, *Der schweizerische und der amerikanische Bundesstaat*, Übersetzung von H. Huber, S. 40 f., 157; vgl. auch J. Scherer, a.a.O., S. 75 f., K. Eichenberger, a.a.O., S. 334 und 340 f.

³⁸ Vgl. dazu z. B. D. Schindler, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz*, ZSR 44, S. 19 ff., S. 27, 48; W. Rappard, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge aux Etats-Unis et en Suisse*, ZSR 53, 63a ff., S. 141 f.; *Verhandlungen des Juristentags 1934*, ZSR 53, S. 281a, 293a; *StenBull NR 1938*, S. 279 f.; J. Scherer, a.a.O., S. 75 f.; M. Bridel, *Sur les limites des libertés individuelles*, *Festgabe der juristischen Fakultäten 1948*, 99 ff., S. 113 f.

b) Als eine besonders wichtige Verfassungsgarantie hat man das fakultative Referendum bezeichnet. Die Bürger hätten die Möglichkeit, sich gegenüber einer verfassungswidrigen Vorlage der Bundesversammlung mit der Ergreifung des Referendums zur Wehr zu setzen, und das Volk könne dann die Vorlage verwerfen, wenn es sie für verfassungswidrig halte. Was in den Vereinigten Staaten von Amerika die richterliche Kontrolle der Gesetzgebung bedeute, bedeute bei uns im Bunde das fakultative Referendum³⁹. Das ist wohl nicht richtig. Für die Ergreifung des Referendums und besonders für das Zustandekommen des Referendums und gar für die Volksabstimmung sind andere Motive maßgebend. Die Bürger fragen sich, ob die Vorlage wünschenswert und zweckmäßig ist. Es sind Interessen ausschlaggebend. Nur mit dem Argument der Verfassungswidrigkeit allein kann man eine Gesetzesvorlage kaum wirksam bekämpfen. Ein vom Volke stillschweigend gebilligtes Gesetz, aber auch ein von ihm ausdrücklich angenommenes Gesetz kann daher sehr wohl verfassungswidrig sein. Das Volk hat — bedauerlicherweise — auch zu wenig Interesse für die Verfassungsmäßigkeit⁴⁰. Das fakultative Referendum erscheint zwar gewiß als ein Institut der Gewaltenhemmung. Es bedeutet eine politische Hemmung des Parlamentes⁴¹. Aber nicht alle

³⁹ Besonders ausführlich dazu Bundesrat Häberlin bei der Behandlung der Motion de Rabours von 1923, Protokoll über die Verhandlungen des Nationalrates, April 1923, S. 160 ff.; s. a. S. 169; ferner Bericht des Bundesrates über das Volksbegehren von 1936, a.a.O., S. 29; StenBull NR 1938, S. 274; vgl. auch E. Eggenchwiler, Die rechtliche Natur des staatsrechtlichen Rekurses, 1936, S. 102; J. Scherer, a.a.O., S. 68 f.

⁴⁰ Vgl. dazu F. Fleiner, ZSR 53, 23 und 280; W. Rappard, ZSR 53, S. 283; StenBull StR 1925, S. 336; NR 1938, S. 280; J. Scherer, a.a.O., S. 78; K. von Orelli, Das Verhältnis von Demokratie und Gewaltenteilung und seine Wandlungen insbesondere im schweizerischen Bunde, 1947, S. 151; H. Marti, Der Schutz der Verfassung, ZBJV 35, S. 196, 206.

⁴¹ Vgl. R. H. Großmann, Die staats- und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten

Gewaltenhemmung ist an sich schon Verfassungsschutz. Sie kann es sein und sollte es sein; aber daß sie es ist, ist durch sie selbst keineswegs gewährleistet⁴².

Gegen die Ansicht, das fakultative Referendum sei eine wirksame Verfassungsgarantie, sprechen noch weitere Tatsachen. Vorerst sind hierfür die Entscheidungen des Bundesgerichts aufschlußreich. Bei den in den Bänden 1—74 publizierten Entscheiden der staatsrechtlichen Abteilung handelte es sich in 80 Fällen um staatsrechtliche Rekurse gegen Gesetze oder einzelne Gesetzesbestimmungen, die dem fakultativen Referendum unterstanden hatten, für die das Referendum aber nicht ergriffen worden war. Hievon wurden 44 Anfechtungen geschützt⁴³. In diesen 44 Fällen waren mit anderen Worten Gesetzesbestimmungen als verfassungswidrig zu erklären, für die das Referendum zur Verfügung gestanden hatte, aber nicht benützt worden war. So läßt das Volk also offensichtlich verfassungswidrige Gesetze oder Gesetzesbestimmungen passieren. Das fakultative Referendum sichert nicht vor Verfassungswidrigkeiten. Und erst recht beweiskräftig ist hierfür die Tatsache, daß auch vom Volke ausdrücklich angenommene Gesetze oder Gesetzesbestimmungen vom Bundesgericht vielfach verfassungswidrig erklärt werden müssen. Von insgesamt 145 staatsrechtlichen Rekursen gegen vom Volke ausdrücklich angenommene kantonale Gesetze oder einzelne Gesetzesbestimmungen, für die die Ent- Staaten von Amerika und in der Schweiz, 1948, S. 14; K. Eichenberger, a.a.O., S. 21, Anm. 23.

⁴² Daß die Annahme einer Vorlage durch das Volk oder gar schon die Unterstellung einer Vorlage unter das fakultative Referendum eine materielle Verfassungswidrigkeit oder eine Kompetenzwidrigkeit der Vorlage auch nicht zu heilen vermag, wird unten noch näher darzulegen sein; vgl. § 6, VIII.

⁴³ Bei der Feststellung dieser Daten, die sich aus den Entscheidungen nicht unmittelbar ergeben, ist mir Herr Marcel Baumann, Assistent der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, behilflich gewesen; das gilt auch für die andern hier noch mitzuteilenden Zahlen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

scheide publiziert worden sind, sind vom Bundesgericht 50 geschützt worden. In diesen 50 Fällen also hat das Volk etwas Verfassungswidriges ausdrücklich angenommen.

Nun ging es aber bei diesen Anfechtungen in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle nur um einzelne Artikel eines Gesetzes. Das aber ist gerade auch noch aufschlußreich. Es ist nämlich denkbar, daß die Bürger oder wenigstens einzelne von ihnen die Verfassungswidrigkeit einer einzelnen Bestimmung eines ihnen vorliegenden Gesetzes sehr wohl sehen und auch geltend machen möchten, daß sie aber das Gesetz als Ganzes billigen und begrüßen. Dann werden sie sicherlich das Referendum nicht ergreifen und beim obligatorischen Referendum für das Gesetz eintreten, obwohl sie eine seiner Bestimmungen für verfassungswidrig halten. Das hat sich vor kurzem so ereignet: Eine Vorlage über die Besoldung einer bestimmten Beamtenkategorie fand als Ganzes die Zustimmung der betreffenden Beamten. Seine Bestimmung über die Ruhegehälter jedoch hielten sie für verfassungswidrig. Nun traten sie zunächst für die Annahme des Gesetzes ein, um nachher aber die Ruhegehaltsbestimmung als verfassungswidrig anzufechten. Wenn das Referendum hier nur fakultativer Natur gewesen wäre, hätten sie es sicherlich nicht ergriffen, obschon sie von einer Verfassungswidrigkeit im Gesetze überzeugt waren. Das beweist, daß für das Referendum ganz andere Gesichtspunkte maßgebend sein können als die Verfassungswidrigkeit. Es ist gar nicht zumutbar, daß man wegen der Verfassungswidrigkeit einer einzelnen Bestimmung eines Gesetzes, das man als Ganzes begrüßt, das ganze Gesetz bekämpfen muß. Und doch muß man auch gegen diese Verfassungswidrigkeit geschützt sein. Es bedarf also einer andern Garantie, auch im Bunde.

Sodann ist das fakultative Referendum auch deswegen eine völlig unzureichende Verfassungsgarantie, weil ihm nicht alle Bundeserlasse, die verfassungswidrig sein können, unterstehen. Das gilt für die einfachen Bundesbeschlüsse und gilt, praktisch wichtiger, für die Verordnungen des

Bundesrates und seiner Departemente. Und das galt bis vor kurzem insbesondere für die dringlichen Bundesbeschlüsse. Wie hätte das Referendum vor dem Mißbrauch der Dringlichkeitsklausel, der ja in einer unzulässigen Ausschaltung des Referendums bestand, schützen sollen? Das ist jetzt zwar nicht mehr aktuell; aber den frühern Vorschlägen für den Ausbau des Verfassungsschutzes hätte man das fakultative Referendum nicht entgegenhalten sollen, ging es ihnen doch unter anderem um die Verhinderung verfassungswidriger Umgehungen des Referendums. Auch jetzt noch aktuell aber ist das Argument, daß das Referendum jedenfalls nicht vor Verfassungsverletzungen durch einfache Bundesbeschlüsse und namentlich durch Verordnungen des Bundesrates und seiner Departemente zu schützen vermag⁴⁴.

Schließlich ist für das fakultative Referendum noch folgendes zu beachten: Wir haben schon betont, daß auch das Volk die Verfassung verletzen kann. Es ist die Verfassung aber nicht nur gegen das Parlament zugunsten des Volkes zu schützen, sondern die Verfassung ist allenfalls auch gegen das Volk zugunsten des Einzelnen zu schützen. Es ergibt sich aus dem Sinn verfassungsmäßiger Gesetzgebung, daß auch das Individuum vor Verfassungswidrigkeit gesichert sein muß, und zwar gegebenenfalls auch gegen die Mehrheit des Volkes. Dabei ist namentlich auch zu bedenken, daß sich mit dem Referendum ja nur die stimmberechtigten Bürger gegen eine Verfassungsverletzung wehren können. Es sollten jedoch alle Bürger die Möglichkeit haben, es zu tun.

c) Wiederholt ist ferner das Zweikammersystem als Verfassungsgarantie bezeichnet worden, und zwar mit Recht⁴⁵. Das Zweikammersystem erhöht jedenfalls die

⁴⁴ Vgl. auch J. Scherer, a.a.O., S. 78.

⁴⁵ Vgl. z. B. Protokoll über die Verhandlungen des Nationalrates, April 1923, S. 162; Verhandlungen des Juristenvereins 1934, ZSR 53, S. 596a; N. Biert, a.a.O., S. 45 f.; Bericht des Bundesrates über das Volksbegehren von 1936, a.a.O., S. 29.

Chance, daß die Verfassungsmäßigkeit einer Vorlage in der Bundesversammlung geprüft wird. Auch pflegt die Ständekammer in höherem Maße als die Volkskammer über die verfassungsmäßigen Kompetenzen der Kantone zu wachen. Eine Bestätigung dafür, daß das Zweikammersystem sich als Verfassungsgarantie auswirken kann, bildete die Behandlung der bundesrätlichen Vorlage vom 24. September 1945 über die Revision des Bundesgesetzes von 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, die eine Verfassungswidrigkeit enthielt. Sie wurde vom Nationalrat angenommen, vom Ständerat jedoch nicht.

d) Eine Verfassungsgarantie des geltenden Rechts ist sodann das akzessorische richterliche Prüfungsrecht, wie es sich per argumentum e contrario aus Art. 113, Abs. 3, BV ergibt und von der Praxis anerkannt ist. Die Richter aller Instanzen sind befugt, die rechtssetzenden einfachen Bundesbeschlüsse und die Verordnungen des Bundesrates und der ihm untergeordneten Amtsstellen in einem Streitfalle vorfrageweise auf ihre Verfassungsmäßigkeit und ihre Gesetzmäßigkeit zu überprüfen und ihnen gegebenenfalls die Anwendung zu versagen. Hierbei dürfen allerdings die unselbständigen Verordnungen nur darauf geprüft werden, ob sie sich im Rahmen der Delegation bewegen, nicht aber auch darauf, ob sie verfassungsmäßig sind. Jedoch können die selbständigen Verordnungen unbeschränkt auf ihre Verfassungsmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit geprüft werden.

Dieses akzessorische richterliche Prüfungsrecht aber stellt einen unvollkommenen Verfassungsschutz dar, in erster Linie natürlich wegen seiner Beschränkung auf die einfachen Bundesbeschlüsse und die Verordnungen des Bundesrates und seiner Amtsstellen. Aber auch innerhalb seines engen Umfanges kann es nur von beschränkter Bedeutung sein, indem es angesichts der heutigen Rechtslage bei einer Großzahl von Verordnungen ganz ausgeschlossen erscheint, daß sie jemals in einem Zivil-, Straf- oder Verwaltungsprozeß aktuell werden können. Das gilt

mindestens so lange, als die Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes nicht besser ausgebaut ist. Sodann aber hat das akzessorische richterliche Prüfungsrecht auch durch die Praxis eine Einschränkung erfahren, da das Bundesgericht es ablehnt, die auf Grund der Vollmachtenbeschlüsse von 1914 und 1939 ergangenen Notverordnungen des Bundesrates zu überprüfen⁴⁶.

e) Zu den bestehenden Verfassungsgarantien ist auch die Kompetenzgerichtsbarkeit des Bundes zu zählen, indem die Kantone mit der Kompetenzgerichtsbeschwerde wenigstens kompetenzwidrige einfache Bundesbeschlüsse und Verordnungen anfechten können. Da aber Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse sowie Staatsverträge auch in dieser Gerichtsbarkeit nicht angefochten werden können, ist auch das eine sehr unvollkommene Verfassungsgarantie⁴⁷.

f) Als Verfassungsgarantie gegenüber dem Bundesrate hat man schließlich auch die parlamentarische Kontrolle bezeichnet⁴⁸. Sie hat sich jedoch in der Praxis als unvollkommen erwiesen⁴⁹.

II. Die Notwendigkeit neuer Verfassungsgarantien

Wenn die Bundesgesetzgebung aus den im ersten Teil unserer Ausführungen erwähnten Gründen verfassungsmäßig sein soll, die bestehenden Garantien ihrer Verfassungsmäßigkeit sich aber als unzureichend erwiesen haben, dann sind neue Verfassungsgarantien notwendig. Sie sind

⁴⁶ Vgl. dazu W. Birchmeier, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, 308; N. Biert, a.a.O., S. 58; W. Oswald, Die Gewaltentrennung im schweizerischen Staatsrecht, ZSR 62, 403a ff., S. 443; Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht, 937 ff.

⁴⁷ Vgl. dazu H. Huber, Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen, S. 51 ff.; Fleiner/Giacometti, a.a.O., S. 83, 872 f.

⁴⁸ Vgl. Bericht des Bundesrates über das Postulat Scherer von 1924, a.a.O., S. 9.

⁴⁹ Vgl. z. B. K. Eichenberger, a.a.O. S. 282 ff., 317.

vor allem notwendig um der Verhütung materieller Verfassungswidrigkeiten willen. Es müssen heute namentlich Garantien gegen Verletzungen der Individualrechte, insbesondere der Handels- und Gewerbefreiheit, geschaffen werden⁵⁰; es müssen aber auch Garantien gegen unzulässige Gesetzesdelegationen eingeführt werden; womit für die Garantie materieller Verfassungsmäßigkeit nur das Allerwichtigste genannt ist. Ebenso dringend sind neue Verfassungsgarantien gegen Kompetenzwidrigkeiten. Aber auch wegen des Schutzes vor formellen Verfassungswidrigkeiten sind neue Garantien zu fordern. In dieser Hinsicht ist das Postulat zwar angesichts des neuen Art. 89 bis der BV nicht mehr so dringend wie früher. Aber es muß noch immer erhoben werden, damit Schutz vor formell verfassungswidrigen einfachen Bundesbeschlüssen und vor allem vor formell verfassungswidrigen Verordnungen des Bundesrates und seiner Departemente geboten werde, wobei besonders auch der Schutz vor Überschreitungen der Notverordnungs Kompetenzen ins Auge zu fassen ist⁵¹.

III. Die Möglichkeiten neuer Verfassungsgarantien

1. Grundsätzliches

Es sind der Bezeichnung der in Frage kommenden neuen Garantien verfassungsmäßiger Bundesgesetzgebung einige grundsätzliche Bemerkungen voranzuschicken.

a) Wer zur Behebung eines unbefriedigenden Zustandes im Staatsleben neue rechtliche Institutionen postuliert, bekommt es erfahrungsgemäß mit dem Einwand zu tun, es wäre viel wichtiger, daß sich die geistige Einstellung

⁵⁰ Warum die Handels- und Gewerbefreiheit heute besonders dringend des vermehrten Schutzes bedarf, ist ausgeführt bei H. Nef, Der richterliche Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit, Festgabe der juristischen Fakultäten 1948, S. 191 ff.; vgl. H. Marti, Die Handels- und Gewerbefreiheit, S. 180.

⁵¹ Vgl. H. Huber in seiner Eingabe an den Juristenverein; ders., Das Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit, Referat in der Arbeitsgemeinschaft für den Ausbau des Rechtsstaates, 1949, S. 3 f.

der im Staate Handelnden änderte. Mit neuen Rechtseinrichtungen sei nicht viel gewonnen. Sie setzten selbst eine bestimmte innere Haltung voraus, und wenn diese innere Haltung bestünde, wären sie überflüssig. So sei das Bemühen viel eher auf dieses Geistige zu richten.

Daß sich neue Verfassungsgarantien erübrigten, wenn bei Volk und Behörden der Verfassungsgedanke so lebendig wäre, daß Verfassungsverletzungen zu den Seltenheiten gehörten, und daß mit Rechtseinrichtungen allein nicht alles gewonnen ist, wenn sie sich nicht mit einer entsprechenden innern Einstellung verbinden, das ist indes so selbstverständlich, daß wir uns dabei nicht aufhalten wollen. Wir haben hier von der Tatsache auszugehen, daß diese innere Haltung versagen kann und daß es zu versuchen gilt, die dadurch gefährdeten Werte trotzdem zu schützen. Wie notwendig es aber ist, sich um die Wiedererweckung des Verfassungsgedankens in Volk und Behörden zu bemühen, verkennen wir nicht⁵².

b) Es wird sich empfehlen, mit neuen Maßnahmen so weit als möglich an bestehende Einrichtungen anzuknüpfen. Wir besitzen in unserer Rechtsordnung bewährte Institute, die uns die Richtung weisen und die wir weiterbilden können. Wir besitzen ein zwar beschränktes richterliches Prüfungsrecht; wir besitzen den staatsrechtlichen Rekurs der Bürger wegen Verletzung verfassungsmäßiger

⁵² Wir betonen nachdrücklich, daß der Verfassungsgedanke auch im Volke wieder lebendiger werden sollte. Es fehlt auch im Volke weitgehend am Sinn für den Rechtsstaat in der hier in Frage stehenden Bedeutung, und es fehlt teilweise sogar an der innern Bejahung des Verfassungsinhalts. So wurde den Behörden z. B. die Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit dadurch erleichtert, daß der Gedanke der Wirtschaftsfreiheit im Volke selbst nicht mehr genügend verwurzelt ist. Ein jeder will zwar die wirtschaftliche Freiheit für die «andern», ihn selbst begünstigende interventionistische Maßnahmen aber begrüßt er. Vgl. auch W. Kägi, Der Ausbau des Rechtsstaates, Referat in der Arbeitsgemeinschaft für den Ausbau des Rechtsstaates, 1949; H. Marti, Der Schutz der Verfassung, ZBJV 85, S. 208.

Rechte; wir besitzen die staatsrechtliche Klage der Kantone zur Erhebung des Kompetenzkonfliktes; und wir besitzen im Zusammenhang mit diesen Rechtsschutzbehelfen ein Bundesgericht mit einer für verfassungsrechtliche Fragen spezialisierten Abteilung, die seit langem auch Gesetzgebern gegenüber die Bundesverfassung auszulegen und anzuwenden und damit zu schützen berufen ist, wenn auch nicht dem Bundesgesetzgeber gegenüber. An diese Einrichtungen wird anzuknüpfen sein. Das wird objektiv richtig sein; das wird aber auch «taktisch» richtig sein.

Wir werden zwar auch ausländische Lösungen in Betracht zu ziehen haben. Das kann jedoch nicht in der Absicht geschehen, Lösungen anderer Staaten ohne weiteres zur Rezeption zu empfehlen, auch wenn sie sich andernorts bewährt haben. Wir müssen unsern Weg suchen⁵³. Aber die ausländischen Einrichtungen zeigen uns neue Möglichkeiten, neue Aspekte auf. Sie weisen uns namentlich auf die große Mannigfaltigkeit denkbarer Lösungen hin. Und sie mögen uns in Einzelfragen immerhin dazu anregen, Ähnliches zu versuchen. Denn ohne jedes Wagnis neuer Versuche wird es nicht abgehen können, auch wenn wir von Erprobtem ausgehen dürfen.

c) Für die Verwirklichung neuer Verfassungsgarantien auf dem Wege der Verfassungsrevision und der einfachen Gesetzgebung stellt sich die delikate Frage, ob man schrittweise vorgehen soll oder ob von Anfang an die Lösung zu erstreben ist, die man als die ideale erkannt hat. Soll man sich vorerst mit wenig begnügen, um wenigstens einen Anfang zu besitzen, oder soll man versuchen, gleich das Ganze zu verwirklichen, auf die Gefahr hin, daß man damit scheitert und dann gar nichts in Händen hat? Klüger scheint es zu sein, Schritt für Schritt das Ideal zu erstreben. Gegen dieses Vorgehen aber sprechen z. B. die Erfahrungen, die man mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes hat machen müssen. Dort sagte man, man wolle

⁵³ Vgl. auch F. Fleiner, ZSR 53, S. 1 a f.

etappenweise vorgehen. Es sei zuerst einmal ein bescheidener Anfang zu machen, der Ausbau des Institutes werde dann folgen. Nun sind wir aber nach fast 25 Jahren noch nicht wesentlich weiter gekommen, so daß heute bedauert wird, daß man nicht von Anfang an den ganzen Schritt getan hat. Das spricht dafür, beim Ausbau des Verfassungsschutzes wenigstens nicht allzu behutsam vorzugehen. Aber die Frage ist heikel. Wir wollen daher im folgenden die Lösungen schildern, die uns die erstrebenswerten zu sein scheinen, aber auch zeigen, wie man schrittweise zu ihnen gelangen könnte.

Das ist jedoch nicht nur eine taktische Frage. Es kann bei einem Rechtsinstitut auch sachlich richtig sein, es stufenweise zu verwirklichen. Ein Rechtsinstitut kann auch als solches versagen; es kann versagen, weil man gleich am Anfang zu viel damit gewollt hat. Man kann aber umgekehrt auch zu wenig wollen. Dann kann es sich nicht entfalten und stirbt wieder ab. So stellt sich die hier aufgeworfene Frage auch unter diesem sachlichen Gesichtspunkt.

2. Einzelne Maßnahmen

Es lassen sich unter den denkbaren neuen Verfassungsgarantien präventive und repressive Maßnahmen unterscheiden. Als präventive sollen diejenigen bezeichnet werden, deren primärer Sinn es ist, Verfassungswidrigkeiten zu verhüten. Als repressive erscheinen jene, die primär den Sinn haben, vom Gesetzgeber begangene Verfassungswidrigkeiten zu beseitigen oder den Verstoß gegen die Verfassung zu ahnden. Solche primär repressive Maßnahmen können jedoch immer auch eine präventive Wirkung haben; faktisch sind sie vielfach unter diesem Gesichtspunkt sogar bedeutsamer denn in ihrer Eigenschaft als Maßnahmen repressiver Natur⁵⁴.

Daß Vorbeugen besser ist als Heilen, gilt auch hier. Das erste Bemühen muß deshalb sein, die für die Bundesgesetz-

⁵⁴ Vgl. dazu z. B. H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, a.a.O., S. 43.

gebung geeigneten präventiven Maßnahmen zu bestimmen. Die Sorge für die Prävention aber wird repressive Maßnahmen nicht überflüssig machen, muß doch auch mit dem Versagen der Prävention gerechnet werden⁵⁵.

a) Präventive Maßnahmen

Bei den präventiven Maßnahmen handelt es sich naturgemäß um Maßnahmen innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens. Es geht um die Einschaltung von Kontrollen der Gesetzgebung unter dem Aspekt der Verfassungsmäßigkeit. Für solche Kontrollen kommen verschiedene Organe in Frage, und es können der Intervention des kontrollierenden Organs verschiedene Wirkungen zukommen.

So könnten zunächst besondere Beamte des Bundes die Aufgabe haben, die Vorbereitung der gesetzgeberischen Erlasse innerhalb der Verwaltung und in den Expertenkommissionen unter dem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt zu beaufsichtigen und entsprechende Anträge zu stellen.

So könnte ferner der Bundesrat als Kontrollorgan eingesetzt werden, und es könnte ihm ein suspensiv oder absolut wirkendes Vetorecht gegenüber den Akten der Bundesversammlung zugestanden werden.

Es könnte innerhalb der Bundesversammlung oder innerhalb jeder der beiden Kammern der Bundesversammlung ein besonderer Verfassungsausschuß bestellt werden, der die Verfassungsmäßigkeit der Vorlagen von Amtes wegen zu überprüfen und entsprechende Anträge zu stellen hätte.

⁵⁵ Vgl. dazu etwa R. Grau, Zum Gesetzesentwurf über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen und Reichsverordnungen, Archiv für öffentliches Recht, n. F. Bd. 11, 287 ff., S. 297; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines neuen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 9. Februar 1943, Bbl 1943 I 97, S. 136.

Es könnte eine der beiden Kammern der Bundesversammlung nach berühmten historischen Vorbildern mit der Funktion eines «*Sénat conservateur*» betraut werden⁵⁶.

Es könnte aber auch ein außerhalb der Gesetzgebungsfaktoren stehendes Organ die Befugnis haben, das Gesetzgebungsverfahren zu beaufsichtigen, sei es von Amtes wegen, sei es auf besonderes Begehren hin. Dabei könnte seine Feststellung, daß eine Vorlage verfassungswidrig ist, entweder rein konsultative Bedeutung haben, oder sie könnte bestimmte Rechtswirkungen nach sich ziehen, zum Beispiel daß die Vorlage im Parlament nochmals beraten werden muß und eventuell nur mit einer qualifizierten Mehrheit angenommen werden kann. Es könnte ein neues Organ hiefür geschaffen werden, ein «*Ephorat*»⁵⁷, ein «*comité constitutionnel*» nach dem Vorbild der französischen Verfassung von 1946⁵⁸ oder ein besonderer Verfassungsgerichtshof. Es könnte aber auch das Bundesgericht damit betraut werden. Wesentlich ist hierbei, daß ein solches Aufsichtsorgan von den gesetzgebenden Faktoren in geringerem oder höherem Maße abhängig oder unabhängig sein kann. Wenn es richterliche Unabhängigkeit besitzt, dann kann seine hier in Frage stehende Funktion als präventive Verfassungsgerichtsbarkeit bezeichnet werden.

Denkbar ist schließlich auch, daß ein außerhalb des Staates stehendes *privates* Kollegium geschaffen wird, das die Gesetzgebungstätigkeit überwacht. Seine Meinungsäußerungen aber könnten dann naturgemäß nur konsultativer Natur sein.

Nicht in Frage kommt bei uns jene Verfassungsgarantie, die in gewissen andern Staaten darin liegt, daß der außerhalb der Gesetzgebungsfaktoren stehende Staatspräsi-

⁵⁶ Vgl. dazu z. B. Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, S. 1 f., 9; N. Biert, a.a.O., S. 35 f.; R. H. Großmann, a.a.O., S. 2.

⁵⁷ Vgl. C. Schmitt, a.a.O., S. 1, 7 f.; Großmann, a.a.O., S. 2.

⁵⁸ Vgl. etwa J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, 2. Aufl., 1947, S. 951 ff.

dent im Sinne eines «*pouvoir neutre*» als Hüter der Verfassung amtet⁵⁹.

Mit den erwähnten Möglichkeiten neuer Kontrollmaßnahmen innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens werden wir uns in § 5 befassen. Die besondere Frage der präventiven Verfassungsgerichtsbarkeit jedoch werden wir in § 6 in Zusammenhang mit der Verfassungsgerichtsbarkeit im allgemeinen erörtern.

b) Repressive Maßnahmen

Als bedeutendste repressive Maßnahme steht selbstverständlich die richterliche Kontrolle rechtskräftiger Bundeserlasse in Frage, und zwar in dem Sinne, daß der Richter die Befugnis hätte, den als verfassungswidrig erkannten Erlaß nichtig zu erklären oder ihm die Anwendung zu versagen. Eine solche repressive Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber könnte in einem akzessorischen richterlichen Prüfungsrecht bestehen. Sie könnte auch darin bestehen, daß der Bürger die Verfassungswidrigkeit eines Bundeserlasses mit einem selbständigen Rechtsschutzbehelf, wie ihn der bestehende staatsrechtliche Rekurs darstellt, geltend machen könnte. Sodann könnte die bestehende Kompetenzgerichtsbarkeit in der Weise ausgebaut werden, daß die Kantone mit der Erhebung des Kompetenzkonfliktes auch jene Bundeserlasse als verfassungswidrig anfechten könnten, an die das Bundesgericht heute gebunden ist⁶⁰.

Einige ausländische Verfassungen lassen heute das Parlament oder einen aus Parlamentsmitgliedern und einigen zugezogenen Sachkundigen gebildeten besondern Verfassungsausschuß über die Verfassungsmäßigkeit eines

⁵⁹ Vgl. dazu C. Schmitt, a.a.O., S. 10 f., 132 ff.; J. Laferrière, a.a.O., S. 309.

⁶⁰ Die mannigfachen Möglichkeiten für die Gestaltung einer Verfassungsgerichtsbarkeit im einzelnen werden sich in § 6 zeigen.

⁶¹ So z. B. die Verfassung von Sachsen von 1947, Art. 60; die Verfassung von Sachsen-Anhalt von 1947, Art. 60; die Verfassung von Thüringen von 1946, Art. 43.

rechtskräftigen Gesetzes entscheiden, wenn es von einem Gericht oder etwa von der Regierung oder einer Anzahl von Parlamentsmitgliedern verlangt wird ⁶¹. Das bedeutet jedoch gegenüber einer richterlichen Überprüfung der gesetzgeberischen Erlasse ein Minus und kann neben dem Institut der richterlichen Kontrolle nicht in Frage kommen. Da wir überzeugt sind, daß sich bei uns die richterliche Kontrolle der Bundesgesetzgebung ohne unüberwindliche Schwierigkeiten einführen ließe, ziehen wir die soeben erwähnte Möglichkeit nicht näher in Betracht.

Als Verfassungsgarantie repressiver Natur kommt auch die persönliche rechtliche Verantwortlichkeit der einzelnen Magistrate und der Beamten in Betracht. Bekannt ist das Institut der Ministeranklage wegen Verstoßes gegen die Verfassung. Auf dieser Ebene liegen zwei Vorschläge, die in Eingaben an den Juristenverein gemacht wurden, wonach die Bestimmungen des StGB über die Amtsdelikte verschärft und die Normen des sogenannten Verantwortlichkeitsgesetzes von 1850 revidiert werden sollten ⁶². Diese letztern Anregungen können sich wohl nur auf die Verwaltungstätigkeit der Beamten beziehen. Was aber das Institut der Ministeranklage betrifft, so kann es für uns aus den verschiedensten Gründen nicht in Frage kommen. Es paßt nicht in unser staatsrechtliches System und zu unsern staatsrechtlichen Traditionen; es paßt namentlich nicht zu dem unsere Exekutive charakterisierenden Kollegialprinzip. Es würde praktisch unvorstellbare Schwierigkeiten mit sich bringen und böte zudem keinen direkten Schutz vor Verfassungsverletzungen. Auch wäre es nur eine Garantie gegenüber dem Bundesrat, so daß gegenüber Bundesversammlung und Volk ohnehin noch andere Verfassungsgarantien geschaffen werden müßten.

Endlich mag noch erwähnt werden, daß als repressive Maßnahme auch die Einführung des sogenannten Widerstandsrechts denkbar wäre. Ein Widerstandsrecht als Individualrecht auf Widerstand gegen verfassungswidrig

⁶² Eingaben von Dr. D. Bossard und von Dr. J. Depuoz.

ausgeübte Staatsgewalt proklamiert heute zum Beispiel die Verfassung des Landes Hessen von 1946, in Art. 147. Die Problematik des Widerstandsrechts als eines positivrechtlichen Institutes gäbe zu weit ausholenden Erörterungen Anlaß. Wir müssen uns hier mit der Feststellung begnügen, daß sich die Fragwürdigkeit dieses Institutes sicherlich mit aller Deutlichkeit zeigen wird, wenn von diesem Recht einmal wird Gebrauch gemacht werden. Dann wird man sehen, daß eine Verfassung letzten Endes sich selbst widerspricht, wenn sie dieses Recht gewährleistet.

Es ergibt sich, daß wir an repressiven Maßnahmen nur die erwähnten Institute einer richterlichen Kontrolle näher in Betracht zu ziehen haben. Das wird in den §§ 6 und 7 geschehen.

§ 5. Neue Kontrollen innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens

Von den in § 4 unter III, 2, a, erwähnten Möglichkeiten neuer präventiver Kontrollmaßnahmen scheinen uns drei Neuerungen weder wünschenswert noch notwendig zu sein: das Vetorecht des Bundesrates, die Umwandlung einer Kammer der Bundesversammlung in einen «Sénat conservateur» und die Bildung eines neuen Aufsichtsorgans außerhalb der Gesetzgebungsfaktoren.

Das im Sinne des Gleichgewichts der Gewalten liegende Veto der Exekutive gegenüber der Legislative ist unserm Staatsrecht fremd. Unsere demokratischen Anschauungen haben eine solche von der Regierung ausgehende Hemmung der Legislative nie aufkommen lassen, und es ist auch unwahrscheinlich, daß sich das einführen ließe. Dieses Veto ist zudem ein zweischneidiges Schwert. Es ist zwar sein ursprünglicher Sinn, der Exekutive die Möglichkeit zu geben, gegen Verfassungswidrigkeiten der Legislative einzuschreiten. Aber es kann faktisch auch aus ganz andern Gründen zur Geltung gebracht werden. Ein solches Veto des Bundesrates ist aber auch gar nicht notwendig. Wir müssen bei solchen Fragen die tatsächlichen Verhältnisse in Betracht ziehen. Da zeigt es sich, daß der Bundesrat eine

solche Stärkung seiner Position gegenüber der Bundesversammlung heute nicht nötig hat, auch um des Schutzes der Bundesverfassung willen nicht. Einmal gehen ja die Vorlagen für gesetzgeberische Erlasse faktisch von ihm aus. Wenn er aber eine von der Bundesversammlung in Aussicht genommene Abänderung einer Vorlage mehrheitlich für verfassungswidrig hält, dann kann er sich, wie die Dinge heute liegen, wirksam dagegen wehren und sie sehr wahrscheinlich verhindern, jedenfalls nicht weniger gut, als er es mittels eines Vetos tun könnte, das ja bei uns bestenfalls als ein suspensives in Frage käme.

Eine Kammer der Bundesversammlung in einen besonderen Hüter der Verfassung umzugestalten, ist politisch ausgeschlossen und auch überflüssig. Unser Zweikammersystem ist bundesstaatlich motiviert. Diesen Sinn kann es nur behalten, wenn die Gleichberechtigung der beiden Kammern im Gesetzgebungsverfahren gewahrt bleibt. Nun kann aber eine Kammer nicht entscheidender Gesetzgebungsfaktor und gleichzeitig Aufsichtsorgan über die Gesetzgebung, also Aufsichtsorgan auch über sich selbst sein. Nach unserem Zweikammersystem können bereits beide Kammern als Gesetzgebungsfaktoren Verfassungswidrigkeiten verhindern.

Die Bildung eines neuen Aufsichtsorgans außerhalb der ordentlichen Gesetzgebungsorgane wäre denkbar; aber sie ist nicht notwendig. Ein solches Organ ist auf alle Fälle nur sinnvoll, wenn ihm richterliche Unabhängigkeit zukommt. Ein Organ mit richterlicher Unabhängigkeit, das für die präventive Kontrolle der Bundesgesetzgebung in Frage käme, besitzen wir aber schon in der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts. Wir könnten hier an Bestehendes anknüpfen. Die staatsrechtliche Abteilung des Bundesgerichts ist hiefür zufolge ihrer bisherigen Tätigkeit im Dienste der Bundesverfassung geradezu prädestiniert, wenn eine solche präventive richterliche Kontrolle der Bundesgesetzgebung überhaupt in Frage kommen kann. Zu erörtern wäre aber die Frage, ob die Bestellung des Bundesgerichts bzw. seiner staatsrechtlichen Abteilung im Hin-

blick auf diese neue Aufgabe nicht anders zu ordnen wäre. Wir werden diese letztere Frage, wie die Frage nach einer solchen Kontrollfunktion des Bundesgerichts innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens überhaupt, im Zusammenhang mit der Verfassungsgerichtsbarkeit im allgemeinen zu behandeln haben (s. § 6).

Näher in Betracht zu ziehen aber sind drei andere der in § 4 unter III, 2, a, genannten Möglichkeiten neuer Kontrollmaßnahmen innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens: die Bestellung besonderer Beamter zur Beaufsichtigung der Vorbereitung der gesetzgeberischen Erlasse, die Bildung eines besondern Verfassungsausschusses der Bundesversammlung und die Schaffung eines privaten Kollegiums zur Beaufsichtigung des Gesetzgebungsverfahrens. Das erstgenannte Postulat wäre meines Erachtens dadurch zu verwirklichen, daß die Justizabteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zweckgemäß ausgebaut und in vermehrtem Maße in die Vorbereitung der gesetzgeberischen Erlasse eingeschaltet würde.

I. Ausbau und vermehrte Einschaltung der Justizabteilung

Wenn eine präventive Kontrolle des Gesetzgebungsverfahrens so aussichtsreich als möglich sein soll, muß sie schon im frühesten Stadium des Verfahrens einsetzen; und sie muß dort spielen, wo tatsächlich das Schwergewicht des Verfahrens liegt. Dieses Schwergewicht bestimmt sich unter dem hier in Frage stehenden Aspekt nicht danach, wo die verbindlichen Entscheidungen über einen gesetzgeberischen Erlaß fallen, sondern es fragt sich, wo die gründlichsten und die für den Inhalt der Vorlage tatsächlich ausschlaggebenden Beratungen stattfinden. So gesehen, liegt das Schwergewicht des Gesetzgebungsverfahrens heute einerseits bei der Vorbereitung des Entwurfes durch die in der Sache zuständige Verwaltungsstelle und gegebenenfalls durch eine Expertenkommission und andererseits bei den

Beratungen der parlamentarischen Kommissionen¹. An diesen Stellen muß die Kontrolle einsetzen. Damit setzt sie dann gleichzeitig auch am Ursprung ein.

In diesen Stadien sollten daher Juristen mitwirken, die in besonderer Weise berufen sind, die Entwicklung der Dinge unter dem Gesichtspunkt der Verfassungsmäßigkeit zu verfolgen. Das ist nun aber heute nicht der Fall. Es wirken gewiß Juristen der betreffenden Verwaltungsabteilung mit. Aber sie sind vielfach zu sehr auf ihre Materie spezialisiert und besitzen nicht den erforderlichen Überblick über das gesamte Bundesrecht. Auch kennen sie bisweilen nicht einmal die Bundesverfassung in genügendem Maße. Wie sollen sie dann aber Verfassungswidrigkeiten sehen können? Denkbar wäre, neben den Experten, die um der Materie willen beigezogen werden, auch Experten für Verfassungs- und Gesetzgebungsfragen zu engagieren. Das ist jedoch nicht notwendig. Denn wir besitzen ja in der Bundesverwaltung eine Abteilung, die ihrem Namen und ihrer Berufung nach für die «Pflege des Rechts» bestimmt ist, die Justizabteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. Es ist ein Hauptmangel des heutigen Gesetzgebungsverfahrens, daß die Justizabteilung nicht in zureichendem Maße mitwirkt. Gewiß können alle Verwaltungsabteilungen, die sich vor Rechtsfragen gestellt sehen, bei der Justizabteilung ein Gutachten darüber einholen. Aber ob sie es tun wollen, ist ihnen anheimgestellt. Die Justizabteilung sollte von Amtes wegen bei aller Gesetzgebung mitzuwirken haben. Es sollte eine jede Amtsstelle, die mit einer gesetzgeberischen Aufgabe beschäftigt ist, verpflichtet sein, die Justizabteilung zu konsultieren und sie dauernd beizuziehen. Namentlich sollte die Justizabteilung auch in jeder Expertenkommission vertreten sein. Es wirken in diesen Kommissionen heute nur die an der Materie «interessier-

¹ Wir verweisen für den tatsächlichen Verlauf des heutigen Gesetzgebungsverfahrens auf die umfassende Darstellung von K. Eichenberger, Die oberste Gewalt im Bunde, 1949.

ten» andern Amtsstellen mit, die Justizabteilung als solche nicht. Es ist oft geradezu paradox: man schafft Recht, und alles ist dabei, nur das Rechtsdepartement nicht!

Nicht zu übersehen ist zwar, daß die Justizabteilung vielfach selbst die Amtsstelle ist, die die Gesetzesvorlagen vorzubereiten und daher auch die Expertenkommissionen einzuberufen und zu leiten hat. Aber das trifft im wesentlichen nur für die sogenannte Rechtsgesetzgebung oder Justizgesetzgebung zu. Heute stehen aber andere Gesetzgebungsmaterien im Vordergrund, und so ist die Justizabteilung dort, wo heute das Schwergewicht der Gesetzgebung liegt, nicht dabei.

Es genügt auch nicht, daß die Justizabteilung die Gesetzgebungsarbeit nur «von außen» verfolgt, indem sie etwa die Ergebnisse der Beratungen der Expertenkommission und der Arbeit der Amtsstelle zur Kenntnis nehmen und dann allenfalls schriftlich dazu Stellung nehmen kann. Die juristischen Fragen müssen in Verbindung mit den sachlichen und den technischen Fragen gelöst werden. Darum muß die Justizabteilung an den Beratungen beteiligt sein.

Nun wird man aber einwenden, daß die Beamten der Justizabteilung gar keine Zeit haben für eine so große neue Aufgabe; daß sie überlastet sind mit andern Geschäften, die sie voll in Anspruch nehmen und ihnen auch gar nicht die Muße lassen, sich mit all den Fragen, die sich heute im Gesetzgebungsverfahren stellen, eingehend zu beschäftigen. Das ist richtig. Die Juristen der Justizabteilung sind heute mit Geschäften überbürdet, die auf ganz anderer Ebene liegen. Die nicht in Spezialämtern (Amt für das Handelsregister, Amt für den Zivilstandsdienst, Grundbuchamt usw.) tätigen Juristen sind zwar gewiß zum Teil mit Gutachten und Berichten in Gesetzgebungs- und Rechtsanwendungsfragen beschäftigt; aber sie haben vor allem konkrete Rechtsfälle internationalrechtlicher Natur (jährlich durchschnittlich gegen 100 Vormundschaftssachen und gegen 2000 Erbschaftssachen) zu behandeln und sich mit

² Vgl. die Geschäftsberichte des Bundesrates.

der Instruktion von Verwaltungsbeschwerden an den Bundesrat (jährlich etwa 400) zu befassen². Es ist bedauerlich, daß die hochqualifizierten Kräfte der Abteilung nicht in höherem Maße für Arbeiten gesetzgeberischer Natur eingesetzt werden können.

So bedarf es eines Ausbaus der Justizabteilung. Es müssen neue Arbeitskräfte zugezogen werden. Entweder wird man neue Juristen für die hier postulierte Mitwirkung der Justizabteilung im Gesetzgebungsverfahren einstellen müssen, oder man wird neue Juristen für die der Abteilung bereits obliegenden Pflichten zuziehen müssen, damit die heutigen Angehörigen der Abteilung sich von nun an dieser neuen Tätigkeit widmen können.

Auf alle Fälle bedarf die Justizabteilung einer bestimmten Anzahl von Juristen — sie besitzt deren im Vergleich mit andern Verwaltungsabteilungen ohnehin nur wenig —, die sich ausschließlich mit dieser Aufgabe werden befassen können. Diese Juristen sollten Zeit und Muße haben, um sich, vorerst ganz unabhängig von konkreten Fragen, eingehend mit dem Verfassungsrecht und der bestehenden Bundesgesetzgebung im allgemeinen zu beschäftigen, als Vorbereitung auf ihre Tätigkeit. Sie sollten «von Amtes wegen» die Judikatur, die Rechtsentwicklung in andern Staaten und die rechtswissenschaftliche Literatur verfolgen dürfen. Und sie wären dann mit der Mitwirkung an der Gesetzgebung, so wie sie hier umschrieben wurde, zu betrauen.

Es müßte sich meines Erachtens um etwa 5 Juristen handeln. Denn es ist, obwohl ein jeder den Überblick über das Ganze haben sollte, doch unvermeidlich, daß eine gewisse Arbeitsteilung eintritt; nicht eine zu weit gehende Spezialisierung; aber immerhin eine gewisse Spezialisierung. Es ist nämlich ausgeschlossen, daß heute eine Person die ganze Bundesgesetzgebung innerlich so beherrschen kann, wie es für diese Tätigkeit erfordert ist. Der Rechtsstoff ist heute so groß, daß notwendigerweise, um mit dem Philosophen Nicolai Hartmann zu sprechen, das «adäquate Be-

wußtsein» fehlen muß, das heißt, daß infolge der Natur des menschlichen Geistesvermögens niemand mehr in der Lage sein kann, die ganze objektive Rechtsgegebenheit auch subjektiv in seinem Bewußtsein zu haben. Das macht eine gewisse Spezialisierung notwendig. Ich würde mir die Sache in großen Zügen etwa so vorstellen, daß beispielsweise je einer dieser Juristen sich in besonderem Maße mit einem der folgenden Komplexe befassen würde:

Finanz- und Zollrecht (Finanzrecht in einem weitesten Sinne genommen),

Verkehrsrecht (einschließlich Wasserrecht, Elektrizitätsrecht usw.),

Sozial- und Wirtschaftsrecht (einschließlich Gewerbe-polizei),

Justizgesetzgebung (materielles Zivil- und Strafrecht, Rechtspflege auf allen Rechtsgebieten),

Militärrecht, Bürgerrecht, Fremdenpolizeirecht, eventuell Völkerrecht.

Diese Spezialisierung aber sollte nicht ausschließen, daß ein jeder auch die übrigen Gebiete im Überblick kennt. Sie wird auch erfordern, daß ein jeder mit den betreffenden Verwaltungsabteilungen Kontakt hat, damit er die Praxis verfolgen kann und sieht, wie die Fragen liegen. Aber dieser Kontakt darf nicht erst im konkreten Falle aufgenommen werden, sondern muß ein dauernder sein.

Wenn nun in einer Verwaltungsabteilung ein neuer gesetzgeberischer Erlaß vorbereitet und allenfalls in einer Expertenkommission besprochen wird, dann werden unter Umständen mehrere dieser Juristen der Justizabteilung beigezogen werden müssen, denn es können sich ja Fragen aus verschiedenen Rechtsgebieten stellen. Wenn es zum Beispiel gälte, ein Gesetz über die Invalidenversicherung zu erlassen, dann müßten sowohl der für das Sozialrecht spezialisierte wie auch der für die Justizgesetzgebung spezialisierte Jurist beigezogen werden, denn es werden möglicherweise auch Strafnormen aufzustellen sein, und es werden sich Fragen der Verwaltungsrechtspflege stellen.

Wir sind nun mit diesen Vorschlägen über den rein verfassungsrechtlichen Aspekt hinausgegangen. Mit aller Absicht. Denn es läßt sich nun mit dieser neuen Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetzgebung durch die Justizabteilung manch anderes verbinden, das auch dringend ist. Es wird heute auch über andere Mängel der Bundesgesetzgebung geklagt. Sie sei unübersichtlich und unzugänglich. Es fehle an Koordination der einzelnen Erlasse, an Planmäßigkeit und an klaren Linien. Die Gesetzgebung enthalte Lücken und Widersprüche. Es werde auch auf das Formale zu wenig Sorgfalt verwendet, auf die Anordnung und die Gliederung des Stoffes, auf die Sprache des Gesetzes³. Solche Mängel können nur vermieden werden, wenn Juristen mit am Werke sein können, die den Überblick über ein größeres Rechtsgebiet und wenn möglich über das Ganze besitzen und die «allgemeinen Lehren» beherrschen. Wer auf ein eng umgrenztes Gebiet spezialisiert ist, kann nicht für Koordination der verschiedenen Erlasse sorgen. Auf all diese Dinge muß vor allem auch bei der Fortbildung der Verfassung geachtet werden. Es ist eine Voraussetzung des Verfassungsschutzes, daß die Verfassung selbst klare und präzise Normen enthält, daß sie innerlich widerspruchslös und geschlossen ist, daß sie einwandfrei redigiert ist. — In allen diesen Belangen wird man zu Walther Burckhardt in die Schule gehen müssen. Er hat gelehrt, welche Methode zu befolgen ist, wenn man gutes Recht schaffen will.

Dieser Ausbau der Justizabteilung brächte noch einen weitem Vorteil mit sich. Die Justizabteilung hat die Aufgabe, die an den Gesamtbundesrat gerichteten Verwal-

³ Vgl. dazu etwa W. Zumstein, Kritische Betrachtungen zum Verwaltungsjustizverfahren, ZBJV 82, 353 ff., S. 354 ff.; H. Fritzsche, Volkstümliche Rechtspflege, 1949, S. 15 f.; über Planlosigkeit und mangelnde Koordination wird namentlich bei kritischer Würdigung der Fortbildung der Verwaltungsrechtspflege im Bunde geklagt; eine Neuorientierung in diesen Dingen läge daher auch im Sinne einer Verbesserung der Verwaltungsjustiz, von der im dritten Teil unserer Ausführungen zu sprechen sein wird.

tungsbeschwerden zu instruieren. Es soll nun heute oft vorkommen, daß der mit einer solchen Instruktion beschäftigte Beamte zunächst bei der Amtsstelle, von der die Verfügungsanweisung ursprünglich ausgegangen ist, Informationen einholen muß. Das ist unbefriedigend und liegt nicht im Sinne dieser Einrichtung der Instruktion durch das Justizdepartement. In Zukunft könnten nun diese Juristen, die bei der Gesetzgebung mitzuwirken hätten, auch diese Instruktion der Verwaltungsbeschwerden besorgen, und sie könnten das auf Grund ihrer Kenntnisse selbständig tun. Erst so könnte in Erfüllung gehen, was der Bundesrat seinerzeit bei der Einführung dieser Instruktion der Verwaltungsbeschwerden durch das Justizdepartement erhoffte, daß nämlich dieses Departement auf die gesamte Rechtspflegeleistung der Verwaltung einen regulierenden Einfluß werde auszuüben vermögen, «der durchaus in der Richtung geht, wie ihn die unentwegten Vorkämpfer des Verwaltungsgerichts nur von einer richterlichen Instanz glauben erwarten zu dürfen»⁴.

Wir haben einstweilen gesagt, daß diese Juristen der Justizabteilung bei der Vorbereitung der gesetzgeberischen Erlasse in der Verwaltung und in den Expertenkommissionen mitwirken müßten. Darüber hinaus aber sollten sie auch an den Beratungen der parlamentarischen Kommissionen teilnehmen. Hier sind zwar die von der zuständigen Amtsstelle beigezogenen Vertreter anderer Bundesämter sonst nicht mehr anwesend. Aber die Vertreter der Justizabteilung sollten hier ein Privileg haben. Es ist wichtig, daß das Juristische und das Gesetzestechnische auch hier in vermehrtem Maße zur Geltung gebracht werden können⁵.

Des weitern müßten diese Juristen auch bei der Vorbereitung der bundesrätlichen Verordnungen und der generellen «Verfügungen» der Departemente mittun.

⁴ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 25. März 1925, Separatausgabe, S. 69.

⁵ Vgl. auch K. Eichenberger, a.a.O., S. 161.

Es sollte dann ein allgemeiner Grundsatz werden: Keine Rechtssetzung ohne Justiz! — Es ließe sich nun allerdings auch prüfen, ob man nicht statt der Justizabteilung die Bundeskanzlei in der Weise ausbauen sollte, wie es hier für die Justizabteilung postuliert worden ist. Das ist erwägenswert. Der Vorteil bestünde darin, daß diese Kontrolle der Rechtssetzung von einer Stelle ausginge, die gewissermaßen außerhalb und überhalb aller Departemente steht. Auch hat die Bundeskanzlei sich ohnehin bei allen Erlassen um das Redaktionelle und das Technische zu kümmern und die Übersetzungen zu überwachen. So ließen sich diese Dinge mit dem Juristischen besser verbinden. Für diese Lösung würden auch die guten Erfahrungen sprechen, die man damit in verschiedenen Kantonen bisher gemacht hat, wo die Staatskanzlei die gesamte Rechtssetzung betreut und überwacht⁶. Auf der andern Seite aber spricht der Umstand, daß die Justizabteilung auf alle Fälle die Verwaltungsbeschwerden an den Bundesrat instruieren muß und die für die Kontrolle der Gesetzgebung beizuziehenden Juristen auch mit dieser Aufgabe betraut werden sollten, wieder eher dafür, sie der Justizabteilung einzugliedern. — Für das hier Postulierte ist das Entscheidende nicht, wie es geschieht, sondern daß es geschieht.

Die Maßnahme, die wir hier empfohlen haben, setzt weder eine Verfassungsrevision noch eine Gesetzesrevision voraus. Daß sie den gewünschten Erfolg zeitigen wird, ist durch sie selbst nicht gewährleistet. Wenn es vorkommen kann, daß im Bundesrat nicht einmal der Justizminister selbst durchzudringen vermag, wenn er einen geplanten Rechtssatz für verfassungswidrig hält⁷, dann mag man bezweifeln, ob den Juristen seiner Justizabteilung immer Gehör geschenkt würde. Aber der Versuch sollte gemacht werden⁸.

⁶ Vgl. dazu auch G. Buser, Zur Geschichte und Reform der aargauischen Verwaltungsrechtspflege, ZSR 62, 241 ff., S. 289 f., wo das gleiche für den Kanton Aargau angeregt wird.

⁷ Vgl. K. Eichenberger, a.a.O., S. 200.

⁸ Einem Referat über «La législation fédérale et les cantons», das Edouard Krafft in der Vereinigung für Rechtsstaat und Indi-

II. Die Bildung eines Verfassungsausschusses der Bundesversammlung

Soweit die Bundesversammlung die Verfassungsmäßigkeit der gesetzgeberischen Vorlagen prüft, geschieht es in den parlamentarischen Kommissionen sowohl wie im Plenum stets in Verbindung mit allen andern Fragen, die sich stellen. Es könnte nun der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit dadurch mehr Gewicht beigelegt werden, daß sie im vorbereitenden Stadium der Kommissionsberatungen von den andern Fragen getrennt und einem besondern Gremium übertragen würde und daß darüber im Plenum im Anschluß an die Berichterstattung der Kommission gesondert referiert würde. Diese Aussonderung würde an sich schon der Frage der Verfassungsmäßigkeit ein ganz besonderes Gewicht verleihen. Sie hätte aber namentlich auch den Vorteil — und hier liegt ihr wesentlicher Sinn —, daß die Verfassungsfrage von einem Gremium geprüft würde, das man ausschließlich unter diesem einen Gesichtspunkt zusammensetzen könnte. Es könnte bei allen Vorlagen das gleiche Gremium amten; das wäre sogar empfehlenswert; so würde es sich um einen ständigen Verfassungsausschuß handeln.

Am einfachsten wäre es, wenn man für beide Kammern einen gemeinsamen ständigen Verfassungsausschuß bilden könnte. Diese Abweichung vom Zweikammersystem ließe sich meines Erachtens in dieser Angelegenheit verantworten. Das ist jedoch eine sekundäre Frage. Schlüssig

vidualrechte gehalten hat, entnehme ich die bemerkenswerte Tatsache, daß der Kanton Waadt im Jahre 1939 einem von seinem «Service de justice et de législation» eigens hiefür in Dienst genommenen Juristen die Aufgabe stellte, die in Vorbereitung stehenden Bundeserlasse stetsfort unter den die Kantone interessierenden Aspekten zu verfolgen und den Staatsrat allenfalls auf bevorstehende Beeinträchtigungen der kantonalen Souveränität aufmerksam zu machen, damit dieser die ihm gut scheinenden Maßnahmen ergreifen könnte. Die Neuerung konnte jedoch infolge des Krieges nicht zur Entfaltung gelangen, verdient aber alle Beachtung.

werden müßte man sich ferner darüber, ob dieser Ausschuß sämtliche Vorlagen von Amtes wegen in Beratung ziehen müßte, oder ob er es nur tun müßte, wenn irgendwie Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit eines Entwurfes laut werden. Im erstern Falle müßte dann im Plenum für den Verfassungsausschuß nur referiert werden, wenn der Ausschuß selbst das Bedürfnis dazu empfände. Ich würde die erstgenannte Lösung vorziehen. Sie belastet den Ausschuß etwas mehr. Aber er brauchte sich bei liquid erscheinenden Fällen nicht lange aufzuhalten. Jedenfalls würde der Vorteil einer umfassenden Kontrolle der Bundesgesetzgebung durch einen solchen ständigen Verfassungsausschuß diesen Nachteil aufwiegen.

III. Die Frage der Bildung eines privaten Kollegiums

Es ist selbstverständlich, daß die Bildung eines privaten Kollegiums zur ständigen Überwachung der Bundesgesetzgebung unter dem Gesichtspunkt ihrer Verfassungsmäßigkeit nur dann sinnvoll ist, wenn man auf Grund der Gestaltung, die das Kollegium erfährt, erwarten darf, daß die Bundesbehörden seinen Äußerungen Gehör schenken werden. Ein Kollegium einzusetzen, dem solches Gewicht zukäme, kann heute nur der Schweizerische Juristenverein berufen sein.

Ob der Schweizerische Juristenverein die Bildung eines solchen Kollegiums an die Hand nehmen soll, ist eine Frage, die nicht nur unter dem Aspekt der Wünschbarkeit und der Zweckmäßigkeit für den Verfassungsschutz behandelt werden darf, sondern auch unter dem Gesichtspunkt ihrer Bedeutung für den Verein selbst zu würdigen ist. Von den zwanzig Mitgliedern des Juristenvereins, die der Einladung des Vorstandes, sich über die Frage zu äußern, ob und wie der Juristenverein im Dienste des Verfassungsschutzes tätig werden könnte, nachgekommen sind⁹, haben sich sechs für die Bildung eines solchen ständigen Kollegiums und

⁹ Vgl. ZSR 67, S. 548a f., und 68, S. 318a ff.

drei dagegen ausgesprochen. So sehr man die von den Befürwortern hervorgehobenen Vorzüge einer solchen Kommission wird anerkennen müssen, so wenig wird man auf der andern Seite die Gefahren, die daraus dem Juristenverein erwachsen könnten, übersehen dürfen. Ich teile die Bedenken, die Herr Bundesrichter Schönenberger in seiner Eingabe an den Juristenverein geäußert hat. Durch die Tätigkeit einer solchen Kommission würde sich der Juristenverein unvermeidlich in die politische Diskussion einlassen. Das könnte zu parteimäßigen Spaltungen führen, was den Verein in seinem innersten Wesen treffen und lähmen müßte¹⁰. Es ist die große crux einer jeden präventiven Maßnahme zur Vermeidung verfassungswidriger Rechts-erlasse, daß die Stellungnahme in der verfassungsrechtlichen Frage sich im Ergebnis notwendigerweise stets mit einer politischen Stellungnahme decken muß. Wer eine Vorlage als verfassungswidrig bezeichnet, wirkt genau so gegen sie wie jener, der sie aus politischen Gründen ablehnt, so daß man ihn mit dem letztern solidarisch glaubt. Auch wird er vom Politiker sogleich für seine Ansicht in Anspruch genommen. Das ist bedauerlich, scheint sich aber nicht vermeiden zu lassen. Aus diesem Grunde ist es zweierlei, ob Juristen vor dem Entscheid des Gesetzgebers oder aber erst nach seinem Entscheid zur verfassungsrechtlichen Frage Stellung nehmen. Ist die politische Auseinandersetzung einmal abgeschlossen und haben die Parteien sich wieder andern Dingen zugewandt, dann erscheint die Stellungnahme des Juristen nicht mehr gleichzeitig als Unterstützung eines politischen Standpunktes. An diesen Sachverhalt wird auch zu denken sein, wenn es gilt, zwischen präventiver und repressiver Verfassungsgerichtsbarkeit abzuwägen. Wir werden daher dort an das soeben Gesagte anknüpfen müssen¹¹.

¹⁰ Vgl. ZSR 68, S. 320 a.

¹¹ Vgl. § 6, V.

§ 6. Die Verfassungsgerichtsbarkeit¹

I. Die Ausgangslage

Unter Verfassungsgerichtsbarkeit wird hier verstanden: die richterliche Überprüfung von Rechtsakten auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung. Das Wesentliche ist, daß es sich um die Prüfung durch eine richterliche Instanz handelt, im Gegensatz zu den Kontrollen, die durch

¹ In diesem Paragraphen werden folgende Publikationen nur mit dem Namen des Verfassers zitiert: N. Biert, Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze durch den Richter, 1933; G. Dreyer, Le recours de droit public au Tribunal fédéral, 1940; E. Eggenschwiler, Die rechtliche Natur des staatsrechtlichen Rekurses, 1936; F. Fleiner, Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetze durch den Richter, ZSR 53 (1934), 1 aff.; Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1949; Z. Giacometti, Die Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetzgebung und ihre Garantien, SJZ 30 (1933/34), S. 289 ff.; R. Grau, Zum Gesetzentwurf über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen und Reichsverordnungen, Archiv für öffentliches Recht, n. F. 11 (1926), S. 287 ff.; R. H. Grossmann, Die staats- und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, 1948; H. Huber, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, ZSR 55 (1936), S. 1a ff.; W. Kägi, Die Verfassung als Grundordnung des Staates, 1945; H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, (1929) S. 30 ff.; Külz, Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts, DJZ 31 (1926), S. 837 ff.; G. Kunz, Ein allgemeines richterliches Prüfungsrecht gegen verfassungswidrige Gesetze in der Schweiz, Basler Dissertation in Maschinenschrift, 1931; J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, 2. Aufl., 1947; H. Marti, Der Schutz der Verfassung, ZBJV 85 (1949), S. 193 ff.; W. E. Rappard, Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge aux Etats-Unis et en Suisse, ZSR 53 (1934), S. 36a ff.; J. Scherer, Die Verfassungsgerichtsbarkeit als Rechtsproblem und dessen staatspolitische Bedeutung in der Schweiz, 1937; D. Schindler, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, ZSR 44 (1925), S. 19 ff.; C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 1931; G. Solyom, La juridiction constitutionnelle aux Etats-Unis et en Suisse, 1923;

politische Organe ausgeübt werden². Diese Prüfung kann sich sowohl auf gesetzgeberische Erlasse (Rechtssetzung — generelle Normen) wie auf richterliche Urteile und Verwaltungsakte (Rechtsanwendung — individuelle Normen) beziehen. An dieser Stelle steht für uns einstweilen nur die richterliche Überprüfung von gesetzgeberischen Erlassen in Frage.

Die Rechtsfolgen der richterlichen Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines gesetzgeberischen Erlasses können verschieden sein. Es lassen sich nämlich verschiedene Arten der Verfassungsgerichtsbarkeit unterscheiden, und bei diesen einzelnen Arten sind die Rechtsfolgen verschieden, ja sie können auch innerhalb derselben Art wieder verschieden sein.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit kann entweder eine *praeventive* oder eine *repressive* sein. Es kann schon innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens eine richterliche Prüfung stattfinden; sie bezieht sich dann auf noch nicht rechtskräftige gesetzgeberische Erlasse und hat den Sinn, Verfassungswidrigkeit zu verhüten. Das ist die *praeventive* oder *vorgängige* Verfassungsgerichtsbarkeit. Bezieht sich die Verfassungsgerichtsbarkeit auf rechtskräftige Erlasse und hat sie den Sinn, Verfassungswidrigkeiten zu beseitigen oder unwirksam zu machen, dann ist sie *repressive* oder *nachträgliche* Verfassungsgerichtsbarkeit³.

H. Triepel, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, (1929) S. 2 ff. Ferner werden folgende amtliche Publikationen mit den hier in Klammern angeführten Bezeichnungen zitiert: Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Postulat Scherer betreffend Anfechtung von Bundesbeschlüssen und bundesrätlichen Erlassen, vom 27. Dezember 1928, Bbl 1929 I 1 ff. (Bericht 1928); Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren für die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit, vom 17. September 1937, Bbl 1937 III 5 ff. (Bericht 1937).

² Vgl. zu diesem Gegensatz etwa Laferrière, 310 ff.; M. Duverger, *Manuel de droit constitutionnel*, 1948, 197 ff.

³ Vgl. dazu zum Beispiel Biert, S. 109 ff.

Innerhalb der repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit lassen sich wieder zwei grundsätzlich verschiedene Unterarten auseinanderhalten. Der Richter kann ermächtigt sein, anlässlich eines Rechtsstreites zivilrechtlicher, strafrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Natur auf «Einrede» hin oder von Amtes wegen den in Frage stehenden Rechtsersaß vorfrageweise auf seine Verfassungsmäßigkeit zu prüfen und ihm gegebenenfalls die Anwendung zu versagen (Verfassungsgerichtsbarkeit «par voie d'exception»). Das ist das sogenannte akzessorische richterliche Prüfungsrecht. Wir können diese Verfassungsgerichtsbarkeit die unselbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit nennen. Kann hingegen die Verfassungswidrigkeit eines Erlasses mit einem besondern Rechtsschutzbehelf selbständig, d. h. unabhängig von einem Rechtsstreit zivilrechtlicher, strafrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Natur geltend gemacht werden (Verfassungsgerichtsbarkeit «par voie d'action»), dann liegt eine selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit vor⁴. So ergeben sich drei Hauptarten der Verfassungsgerichtsbarkeit:

die praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit

die unselbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit

die selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit.

Diese drei Arten lassen sich im Einzelnen noch sehr verschieden ausgestalten, so daß man weitere Unterarten bilden kann (siehe dazu unten unter V—VII).

⁴ Vgl. dazu z. B. Z. Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes, 1933 (im folgenden mit «Verfassungsgerichtsbarkeit» zitiert), S. 6 f.; Fleiner, S. 23 ff.; Biert, S. 151 f.; Bericht 1937, S. 13 f.; Duverger, Manuel de droit constitutionnel, S. 198 ff.; Laferrière, S. 312 ff.; Marti, S. 203; H. Huber, Das Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit, Referat in der Arbeitsgemeinschaft für den Ausbau des Rechtsstaates, 1949, S. 6; C. Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, Festgabe für das Reichsgericht, 1929, S. 167 ff.

Für die Frage, in welcher Weise eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber gestaltet werden könnte, ist vorerst zu beachten, daß die Verwirklichung der einen Art der Verfassungsgerichtsbarkeit die Verwirklichung der beiden andern Arten nicht ausschließt. Es können vielmehr die drei Arten miteinander kombiniert werden. So mag das Ideal in einer Verwirklichung aller drei Arten erblickt werden. Für das praktische Vorgehen ist jedoch wesentlich, daß wir eine Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz bereits besitzen und daß diese Verfassungsgerichtsbarkeit im wesentlichen eine selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit ist. Sie besteht im Institut des staatsrechtlichen Rekurses an das Bundesgericht. Daneben besteht in beschränktem Ausmaße auch die unselbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit, in der Form des akzessorischen richterlichen Prüfungsrechts gegenüber einfachen Bundesbeschlüssen und Verordnungen⁵. Mit dem staatsrechtlichen Rekurs können jedoch nur kantonale Rechtsakte als verfassungswidrig angefochten werden, und auch vom akzessorischen richterlichen Prüfungsrecht sind die wichtigsten Bundeserlasse ausdrücklich ausgeschlossen, gemäß Art. 113, Abs. 3 der BV. Angesichts dieser bereits bestehenden Verfassungsgerichtsbarkeit pflegen daher jene, die eine richterliche Kontrolle der Bundesgesetzgebung postulieren, ganz einfach nur von einer «Erweiterung» oder einem «Ausbau» oder einer «Ausdehnung» der Verfassungsgerichtsbarkeit zu sprechen, sei es, daß sie an die Einführung des staatsrechtlichen Rekurses gegen Bundeserlasse denken, sei es, daß sie die Unterstellung sämtlicher Bundeserlasse unter das akzessorische richterliche Prüfungsrecht im Auge haben.

Es erhebt sich jedoch die Frage, ob eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen in einer dieser beiden Formen nicht etwas grundsätzlich anderes wäre als die bestehende Verfassungsgerichtsbarkeit. Wäre es

⁵ Vgl. oben § 4, I, 2.

wirklich eine gewissermaßen nur quantitative «Erweiterung» eines bestehenden Rechtsinstitutes, oder wäre es etwas qualitativ anderes? Darin gehen die Meinungen auseinander. Die Befürworter einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen stellen sich bisweilen auf den Standpunkt, daß dieses Institut an sich nichts grundsätzlich neues bedeuten würde. Auf der andern Seite aber wird gelegentlich betont, daß es zweierlei sei, ob das Bundesgericht kantonale Erlasse zu kontrollieren oder ob es auch Bundeserlasse zu überprüfen habe. Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bunde sei etwas grundsätzlich anderes als Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen⁶.

Beide Ansichten scheinen uns zu weit zu gehen und einseitig zu sein. Es kann nicht übersehen werden, daß die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen in verschiedener Hinsicht etwas grundsätzlich anderes wäre als die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen. Einmal ist schon der Unterschied der Dimensionen der in Frage stehenden Staatswesen so groß, daß die Quantität hier in Qualität umschlägt. Sodann aber kommt dem Bundesgericht gegenüber der Bundesversammlung und dem Bundesrat eine ganz andere Rechtsstellung zu als gegenüber den kantonalen Gesetzgebungsorganen. Bundesversammlung und Bundesrat sind Behörden desselben Staates, dem auch das Bundesgericht als Organ angehört. Die kantonalen Gesetzgeber aber sind Organe eines andern Staates, vom Bundesgericht aus gesehen. Deshalb steht das Bundesgericht zu den letztern nicht in den gleichen Rechtsbeziehungen wie zu den Bundesorganen. Als Organ des Bundes ist es mit den andern Bundesorganen immer irgendwie verknüpft. Es wird heute von der Bundesversammlung gewählt, und die Bundesversammlung überwacht seine Geschäftsführung; und solche Verknüpfungen mit

⁶ Vgl. etwa Solyom, S. 9 f., 115; Bericht 1937, S. 28; StenBull StR 1937, S. 426, NR 1938, S. 268; H. Huber, Das Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit, a. a. O., S. 5.

den andern Bundesorganen werden immer bestehen müssen, man mag die Dinge im Einzelnen ordnen wie man will. — Auf der andern Seite aber ist mit Nachdruck zu betonen, daß in vielen andern Beziehungen zwischen einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen und einer solchen gegenüber den Kantonen kein grundsätzlicher Unterschied bestehen würde. In vielen wesentlichen Punkten ginge es nicht um etwas grundsätzlich anderes. Es sind den Befürwortern einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen bisher Argumente entgegengehalten worden, die ebenso gut gegenüber der bestehenden Verfassungsgerichtsbarkeit geltend gemacht werden könnten. So ist mit Recht gesagt worden, daß die meisten der Argumente, die der Bundesrat in seinem Bericht über das Volksbegehren von 1936 gegen das Institut anführte, auch gegen die schon bestehende Verfassungsgerichtsbarkeit sprächen und konsequenterweise zu ihrer Beseitigung führen müßten⁷. Aber diese Argumente sind nicht stichhaltig. Denn die Inkonvenienzen, die die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Bundeserlassen angeblich mit sich brächte, hätten sich schon längst auch in der bestehenden Verfassungsgerichtsbarkeit zeigen müssen, haben es aber nicht getan. Das wird hier in den folgenden Abschnitten im Einzelnen nachzuweisen sein.

Auf alle Fälle aber werden wir, wenn wir die neue Verfassungsgarantie verwirklichen wollen, an die bestehende Verfassungsgerichtsbarkeit anknüpfen müssen. Das Institut ist eingespielt. Es ist erprobt, und es hat sich bewährt. Das Bundesgericht hatte sich nach und nach in die Materie einarbeiten können, indem man ihm in der Staatsrechtspflege vorerst nur beschränkte Kompetenzen gab, sie dann aber mit der Zeit schrittweise erweiterte. Und zwar ist das Bundesgericht in den Schutz der Bundesverfassung eingearbeitet. Es hat die Bundesverfassung vor den kantonalen Behörden zu schützen und nicht nur die kantonalen Verfassungen. So hat es Übung und Erfahrung in

⁷ Vgl. StenBull NR 1938, S. 270, 273.

der Auslegung und Anwendung der Verfassung, um die es sich hier handelt.

Bevor man zur Tat schreitet, wird man aber auch bedenken müssen, daß schon verschiedene Versuche, eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen einzuführen, hinter uns liegen und daß diese Versuche bei den Behörden sowohl wie auch beim Volke auffallend wenig Anklang gefunden haben. Man wird sich vor allem an die Motion de Rabours von 1923⁸, an das Postulat Scherer von 1924⁹ und an das Volksbegehren von 1936¹⁰ erinnern und prüfen müssen, aus welchen Gründen diese Versuche scheiterten. Es sind immer wieder die gleichen Argumente gewesen, die man diesen Bestrebungen entgegengehalten hat, und mit diesen Argumenten werden wir uns auseinandersetzen müssen. Es geht dabei einerseits um Probleme, die für alle Verfassungsgerichtsbarkeit ihre Rolle spielen¹¹, und andererseits um Fragen, die sich besonders in unserm Staate stellen¹². Auch wird zu untersuchen sein, ob den bisher gemachten Vorschlägen gewisse Mängel anhafteten, die künftig zu vermeiden wären.

Unsere Aufgabe wird es ferner sein, die verschiedenen erwähnten Arten der Verfassungsgerichtsbarkeit auch unabhängig von der bei uns schon bestehenden Verfassungsgerichtsbarkeit in Betracht zu ziehen, auf ihre Vor- und Nachteile hinzuweisen und sie unter diesen Gesichtspunkten miteinander zu vergleichen¹³.

Sodann wird sich auch die Frage erheben, welche Bundeserlasse sollten angefochten werden können und aus welchen Gründen es sollte geschehen können¹⁴.

⁸ Vgl. W. Burckhardt, Schweizerisches Bundesrecht, Nr. 936; Biert, S. 44 ff.; Fleiner, S. 6; Rappard, S. 136 f.,

⁹ Vgl. Burckhardt, a. a. O., Nr. 937; Fleiner, S. 6; Rappard, S. 137.

¹⁰ Vgl. Bbl 1936 II 555 ff., 1937 III 5 ff.; AS 55, S. 241.

¹¹ Siehe unter II.

¹² Siehe dazu unter III und IV.

¹³ Siehe unter V—VII.

¹⁴ Siehe unter VIII und IX.

Endlich wird auch zu prüfen sein, nach welchen Richtungen hin auch dann, wenn man an das Bestehende anknüpfen will, für die neue Verfassungsgerichtsbarkeit gewisse Änderungen gegenüber der bestehenden sich empfehlen. Die heute bestehende Verfassungsgerichtsbarkeit dient im wesentlichen dem Schutz von Individualinteressen¹⁵. Darauf ist denn auch die Ordnung der Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurs zugeschnitten. Es wird sich fragen, ob nicht gegenüber dem Bundesgesetzgeber auch Verfassungsnormen sollten geschützt werden können, die nach dem geltenden System im Verfahren des staatsrechtlichen Rekurses nicht wohl angerufen werden könnten, und ob daher für die Legitimation etwas neues vorzusehen wäre. Auch werden die Frage nach der Wahl des Bundesgerichts und einige Fragen organisatorischer Natur unter dem neuen Aspekt zu Erörterungen Anlaß geben¹⁶.

Bei künftigen Versuchen wird man die Tatsache nicht übersehen dürfen, daß nicht nur die Bundesbehörden, sondern auch die Bürger die Einführung einer richterlichen Kontrolle der Bundeserlasse einst mehrheitlich abgelehnt haben. Das Volksbegehren von 1936, das 58 690 Unterschriften aufgewiesen hatte, ist seinerzeit vom Volke mit 347 000 gegen 141 000 Stimmen und von sämtlichen Ständen verworfen worden. Auch bekundete das Volk ein sehr geringes Interesse für die Materie, betrug doch die Stimmbeteiligung nur 46 %, ein Minimum, wie es nur selten vorkommt¹⁷. Selbst wenn man annimmt, die Stimmung im Volke habe sich inzwischen gewandelt, wird es noch erheblicher Anstrengungen bedürfen, um alle Bürger von der Wünschbarkeit des Institutes, das ja in ihrem eigenen Interesse liegt, zu überzeugen. — An den bisherigen Auseinandersetzungen um die Erweiterung der Verfassungsge-

¹⁵ Vgl. Schindler, S. 53; Huber, S. 186 ff.

¹⁶ Siehe unter X und XI.

¹⁷ Vgl. a. StenBull NR 1938, S. 267; Marti, S. 198 f.; Kägi, Der Ausbau des Rechtsstaates, Referat in der Arbeitsgemeinschaft für den Ausbau des Rechtsstaates, 1949, S. 2, 4.

richtsbarkeit fällt auf, daß das Theoretisch-Abstrakte im Vordergrund stand und das Praktisch-Konkrete vernachlässigt wurde. Es ist zu wenig auf die Realitäten abgestellt worden. Die Dinge sind vielfach auch auf zu einfache Formeln gebracht worden. Auch hat man vieles dramatisiert. Es scheint uns notwendig zu sein, vor allem die Probleme ins richtige Licht zu rücken und die Gesichtspunkte aufzuzeigen, unter denen die Fragen entschieden werden müssen. Darum ist es uns an dieser Stelle weniger darum zu tun, einen bestimmten persönlichen Standpunkt zu verfechten, als vielmehr darum, auf die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten mit ihren Vorteilen und ihren Nachteilen hinzuweisen.

II. Die Problematik der Verfassungsgerichtsbarkeit im allgemeinen

1. Die Richterregierung

Die Verfassungsgerichtsbarkeit hat naturgemäß zur Folge, daß ein Staatsorgan, das von Hause aus zur Rechtsanwendung in der Form der Rechtssprechung berufen und deshalb dem Gesetzgeber insofern untergeordnet ist, als es sich an die von ihm erlassenen generellen Rechtsnormen zu halten hat, die Befugnis bekommt, über Akte des Gesetzgebers zu urteilen und allenfalls sie nichtig zu erklären. So wandelt sich das Verhältnis des Gerichts zum Gesetzgeber. In seiner verfassungsrichterlichen Tätigkeit erscheint das Gericht dem Gesetzgeber übergeordnet. Hier setzt die Kritik der Verfassungsgerichtsbarkeit ein. Es wird geltend gemacht, das Gericht werde zu mächtig. Es werde geradezu zum höchsten Organ im Staate, indem es dem Organ, das sonst als das oberste erscheint, noch übergeordnet wird. So werde das Gericht zur «Regierung» des Staates; Richterregierung, «gouvernement des juges». Diese Kritik ist durch die Verfassungsgerichtsbarkeit der Vereinigten Staaten von Amerika ausgelöst worden¹⁸. Man hat sie dann aber verallge-

¹⁸ Vgl. das klassische Buch von Ed. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, 1921.

meinert, und heute ist das Argument der «Richterregierung» geradezu zum Schlagwort geworden¹⁹.

Auch bei uns wirkt dieses Argument der Verfassungsgerichtsbarkeit entgegen. Schon der umstrittene Art. 113, Abs. 3 der BV ist seinerzeit aus dem Gedanken erwachsen, das Bundesgericht könnte zur Übermacht im Staate werden, wenn es die Erlasse des Gesetzgebers überprüfen könnte²⁰. Das ist aber auch seither immer wieder geltend gemacht worden; so gegenüber dem Postulat Scherer und gegenüber dem Volksbegehren von 1936²¹.

Das Argument stützt sich auf die bekannte Tatsache, daß der amerikanischen Verfassungsgerichtsbarkeit verschiedene sozialpolitische und wirtschaftspolitische gesetzgeberische Erlasse, die man als Fortschritt betrachtet hatte, zum Opfer gefallen sind²².

Ob nun aber eine Verfassungsgerichtsbarkeit auch bei uns zu einer «Richterregierung» und zu einer Behinderung des sozialen Fortschritts führen müßte, läßt sich nicht mit dem Hinweis auf die Verhältnisse in Amerika entscheiden. Es ist denkbar, daß bei uns die Voraussetzungen für eine Verfassungsgerichtsbarkeit anders liegen als dort und daß sich daraus eine bessere Prognose ergibt. Das ist schon mehrfach so behauptet worden. Es sei bei uns keine «Richterregierung» zu befürchten; und es sei namentlich nicht damit zu rechnen, daß auch bei uns die Verfassungsgerichtsbarkeit den sozialen Fortschritt hemmen würde, wurde ge-

¹⁹ Vgl. Laferrière, S. 951.

²⁰ Vgl. Fleiner, S. 3; Rappard, S. 128; P. Lachenal, La séparation des pouvoirs, ZSR 62, 339 a ff., S. 395.

²¹ Vgl. Bericht 1928, S. 9; Bericht 1937, S. 13 und 26; s. a. Sten Bull StR 1912, S. 69; StR 1937, 420, 426; NR 1938, S. 265; Biert, S. 76, 107 f., 170 f.

²² Vgl. z. B. Schindler, S. 55 f.; Rappard, S. 40 ff.; Biert, S. 97 ff.; Laferrière, S. 326 ff.; Bericht 1937, S. 13; Sten Bull NR 1938, S. 263. Der Motion de Rabours ist entgegengehalten worden, der Motionär beabsichtige offenbar, daß auch bei uns der Richter allfällige Maßnahmen gegen Trusts und Kartelle im Interesse des Großkapitals rückgängig machen könnte; siehe Protokoll über die Verhandlungen des Nationalrats, April 1923, S. 168.

sagt²³. Dietrich Schindler hat darauf aufmerksam gemacht, daß die Fälle, in denen in Amerika sozialpolitische Erlasse verfassungswidrig erklärt wurden, bei uns wohl anders entschieden worden wären, da sie unsere Verfassungsgerichtsbarkeit nicht unter den gleichen Aspekten betrachtet hätte²⁴. Auf der andern Seite aber ist auch auf Schwierigkeiten hingewiesen worden, die sich aus der Verschiebung des Verhältnisses zwischen dem Bundesgericht und den politischen Bundesbehörden ergeben könnten²⁵.

Problematisch ist eine richterliche Kontrolle der Gesetzgebung sicherlich dann, wenn der Richter auf Grund sehr allgemeiner, wenig konkreter Verfassungsklauseln ganze Gesetze aufhebt und es auch dann tut, wenn man «in guten Treuen verschiedener Ansicht» sein kann. Das ist nun aber von einer schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit nicht zu befürchten. Wir müssen auf den Charakter unserer Verfassungsnormen abstellen, und wir dürfen mit der Haltung rechnen, die das Bundesgericht in seiner verfassungsrichterlichen Tätigkeit bisher schon eingenommen hat. Bei uns hätte es der Verfassungsrichter mit präzisen Verfassungsnormen zu tun, und bei uns ist das Gericht gegenüber den kantonalen Gesetzgebern bisher sehr zurückhaltend gewesen.

Was vorerst die Verfassungsnormen betrifft, so sind sie zwar auch bei uns zum Teil sehr allgemein formuliert. Auch wir kennen allgemeine Grundsätze, die an sich nichts Konkretes aussagen, wie zum Beispiel den Art. 4 der BV. Und es bedürfen ja auch die Freiheitsrechte der BV anerkanntermaßen der nähern Umschreibung (Konkretisierung, Positivierung) durch die rechtsanwendenden Organe. Heute aber sind nun diese allgemeinen Normen genügend konkretisiert. Es ist bei ihnen die ganze nähere Umschreibung, die sie in der bestehenden Verfassungsgerichtsbarkeit erfahren

²³ Vgl. z. B. Kirchhofer, Verhandlungen des Juristentags 1934, ZSR 53, S. 288a; StenBull NR 1938, S. 269.

²⁴ Schindler, S. 55 f.

²⁵ Vgl. H. Huber, a. a. O., S. 4 f.

haben, hinzuzudenken. Sie sind durch richterliches Recht präzisiert worden, und dieses richterliche Recht würde ganz zweifellos auch von einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen beachtet. Solche präzisen Verfassungsnormen sind gewiß eine Voraussetzung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Wo sie fehlen, stößt sie an Grenzen²⁶. In unserm Staate besitzen wir jedoch heute präzise Verfassungssätze. Und es ist denn auch interessant, daß früher bei der Frage, welche Materien man dem Bundesgericht in der Staatsrechtspflege zuscheiden solle, regelmäßig die Überlegung eine maßgebliche Rolle spielte, ob man es mit genügend konkreten Verfassungsnormen zu tun habe oder nicht. Schien es an genügender Präzision zu fehlen, dann schied man die Materie einstweilen nicht dem Bundesgerichte zu. War die Präzision dann aber als Folge der rechtsanwendenden Tätigkeit anderer Behörden erreicht, dann hielt man den Moment für gekommen, um die Materie dem Bundesgericht zu übertragen²⁷.

Die Gefahr der «Richterregierung» hätte also viel eher damals bestanden, als man die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen einführte. Heute besteht sie unter diesem Gesichtspunkt der Präzision der Verfassungsnormen auf alle Fälle nicht mehr im gleichen Maße. Als zu wenig präzise können heute nur noch einige erst neuerdings hinzugekommene Verfassungsnormen betrachtet werden. Hier aber besteht aus dem andern hier gleich anzuführenden Grunde wohl keine wesentliche Gefahr richterlicher Überbordung²⁸.

Daß es bei uns weder zu einer «Richterregierung» noch zu einer Hemmung der vom Volke als fortschrittlich empfundenen Gesetzgebung käme, ist sodann durch die Zu-

²⁶ Vgl. Schmitt, S. 15 f.

²⁷ Vgl. z. B. Botschaft des Bundesrates zum Organisationsgesetz von 1893, Bbl 1892 II 273 ff., S. 381 f.; Botschaft des Bundesrates betr. Revision des OG, vom 11. Mai 1911, Bbl 1911 III 55 ff., S. 64 ff.

²⁸ Vgl. dazu a. Scherer, S. 73.

rückhaltung garantiert, die das Bundesgericht bei der Beurteilung von Bundesgesetzen aller Voraussicht nach üben würde. Es ist bekannt, wie zurückhaltend das Bundesgericht gegenüber dem kantonalen Gesetzgeber ist, wenn ein Erlaß auf Grund der Kantonsverfassung angefochten wird. Das Bundesgericht weicht von der Interpretation, die der kantonale Gesetzgeber der kantonalen Verfassung gegeben hat, ohne Not nicht ab. Es genügt ihm nicht, daß es selbst den Erlaß für verfassungswidrig hält, wenn auch die gegenteilige Ansicht sich irgendwie vertreten läßt. So hebt es einen Erlaß nur auf, wenn die Verfassungsverletzung offensichtlich ist und der Erlaß sich verfassungsrechtlich in keiner Weise rechtfertigen läßt²⁹.

Diese Zurückhaltung hat sich das Bundesgericht freiwillig auferlegt. Sie wird gelegentlich als zu weitgehend empfunden.³⁰ Aber sie hat auf alle Fälle den Vorteil, daß sicherlich nicht von einer «Richterregierung» gesprochen werden kann.

Es ist nun nicht daran zu zweifeln, daß sich das Bundesgericht gegenüber dem Bundesgesetzgeber die gleiche Zurückhaltung auferlegen würde³¹. Ja, es ist anzunehmen, daß es ihm gegenüber noch zurückhaltender wäre. Man muß eher fürchten, daß es allzu zurückhaltend wäre, so zurück-

²⁹ Es ist für den Bürger oft schwer verständlich, daß das Bundesgericht sagen kann, ein Rechtsakt sei zwar nach seiner Ansicht falsch, aber nicht falsch genug, um aufgehoben werden zu können! — Vgl. zu dieser Zurückhaltung des Bundesgerichts z. B. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 233 f.; Biert, S. 133 f.; Bericht 1937, S. 28; Dreyer, S. 98; Zwahlen, Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons, ZSR 66, S. 95 a ff., S. 162 a; W. Birchmeier, Handbuch des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege, S. 330, 595; Marti, S. 207.

³⁰ Schindler, S. 56; vgl. a. die Eingabe an den Juristenverein von Dr. A. Im Hof, wo für eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bunde postuliert wird, daß das Gericht auf diese Zurückhaltung verzichte.

³¹ Vgl. Giacometti, S. 292; StenBull NR 1938, S. 276.

haltend, daß das Institut beinahe illusorisch würde³². Jedenfalls ist es ganz ausgeschlossen, daß das Bundesgericht überborden würde und daß es zu einer unerträglichen «Richterregierung» und zu einer Behinderung des sozialen Fortschrittes käme. Man könnte allenfalls daran denken, es im positiven Recht ausdrücklich vorzusehen, daß das Bundesgericht die Bundesgesetze nur bei offensichtlicher Verfassungswidrigkeit aufheben dürfe. Das ist aber wohl angesichts der Haltung, die das Gericht bisher aus freien Stücken eingenommen hat, nicht notwendig.

So liegen die Voraussetzungen für eine Verfassungsgerichtsbarkeit bei uns anders als in den Vereinigten Staaten von Amerika. Dort geht es vielfach um sehr allgemein gehaltene Verfassungsklauseln, und der Verfassungsrichter übt dort nicht die gleiche Zurückhaltung wie unser Bundesgericht. Deshalb kann die Kritik, die an der amerikanischen Verfassungsgerichtsbarkeit geübt worden ist, nicht einfach auf unsere Verhältnisse übertragen werden.

In diesem Zusammenhang ist noch etwas weiteres festzustellen. Es erweckt beim Bürger nicht die richtige Vorstellung von der Verfassungsgerichtsbarkeit, wenn man die Frage einfach so stellt: soll der Richter «Gesetze» aufheben können? So wird der Bürger meinen, es werde sich in allen Fällen um die Aufhebung ganzer Gesetze handeln. Das wäre aber nicht der Fall. Man braucht sich die Sache nicht so vorzustellen, als ob nun täglich ganze Steuergesetze oder Prozeßgesetze oder Sozialversicherungsgesetze oder gar ganze Gesetzbücher des Bundes beim Bundesgericht angefochten würden. Es ist sogar unwahrscheinlich, daß das überhaupt in nennenswertem Maße geschehen wird; und noch unwahrscheinlicher ist, daß das Bundesgericht dann ganze Gesetze in der Mehrzahl dieser an sich schon wenigen Fälle aufheben würde. Wir tun gut daran, auch hier die bisherige Praxis des Bundesgerichts hinsichtlich der kanto-

³² Das befürchtet zum Beispiel A. Favre, *L'Evolution des droits individuels de la constitution*, ZSR 55, 291 a ff., S. 351 f., 392.

nalen Gesetzeserlasse zu konsultieren. Bei den in den Bänden 1—74 publizierten Entscheidungen der staatsrechtlichen Abteilung hat es sich in total 291 Fällen um die direkte oder indirekte Anfechtung kantonaler Gesetznormen gehandelt. Dabei wurde nur in 34 Fällen ein ganzes Gesetz angefochten. In allen übrigen Fällen aber ging es um die Anfechtung einzelner Artikel oder eines einzigen Artikels eines Gesetzes. Geschützt worden sind vom Bundesgericht von diesen 34 Anfechtungen ganzer Gesetze 10 Anfechtungen, und zwar 6 ganz und 4 teilweise.

Das wäre sicherlich im Bunde ähnlich. Es würde sich sowohl mit den Anfechtungen wie mit ihrer Guttheißung ungefähr gleich verhalten. Gewiß wird gelegentlich ein ganzes Gesetz angefochten werden. Aber man wird wohl selten z. B. ein ganzes Steuergesetz oder ein ganzes Sozialversicherungsgesetz anfechten können, wenn wenigstens es nicht offensichtlich an der verfassungsrechtlichen Grundlage fehlt. Wohl aber wird man einzelne Artikel solcher Gesetze anfechten, z. B. aus Art. 4 BV; etwa Bestimmungen über Steuerleistungen, Gebühren, über Beiträge und Leistungen in der Sozialversicherung. Dann fällt aber nicht das ganze Gesetzeswerk in sich zusammen, sondern dann erfährt es durch die Guttheißung einer Beschwerde eine gewisse Korrektur, wie das bei kantonalen Gesetzen der Fall ist, wenn einzelne Artikel davon ganz oder teilweise nichtig erklärt werden³³. Auch das muß man sich vergegenwärtigen, wenn von der Gefahr der «Richterregierung» die Rede ist.

2. Die Politisierung der Justiz

a) Der Gesetzgeber entscheidet politische Fragen. Er ist zwar in seiner Tätigkeit durch die Verfassung begrenzt. Aber innerhalb dieses Rahmens fällt er seine Entscheidungen unter politischen Gesichtspunkten. Wenn nun der Richter über seine Entscheidungen unter dem Gesichtspunkt ihrer Verfassungsmäßigkeit befindet, dann beurteilt

³³ Vgl. a. Kelsen, S. 73; Marti, S. 206.

er zwar eine Rechtsfrage. Aber sein Ergebnis tangiert auch die vom Gesetzgeber getroffene politische Entscheidung. Hebt er den gesetzgeberischen Erlaß auf, dann befriedigt er gleichzeitig die Wünsche jener, die den Erlaß politisch bekämpft hatten. Läßt er ihn bestehen, dann entspricht er gleichzeitig den Intentionen jener, die ihn politisch gewollt und erkämpft hatten. Das hat schon vielfach einen Grund für die Ablehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit gebildet. Der Richter solle von politischen Auseinandersetzungen fern gehalten werden. Auch wenn es seine Aufgabe sei, lediglich die Rechtsfrage zu beurteilen, so bestehe doch die Gefahr, daß er auch unter politischen Gesichtspunkten entscheide. Das aber wäre das Ende einer unparteiischen Justiz. Auch würde die Bestellung des Gerichts, die ja notwendigerweise einem andern Staatsorgan zustehen muß und zumeist einem Staatsorgan zustehen wird, das an den politischen Entscheidungen beteiligt ist, immer mehr unter politischen Gesichtspunkten erfolgen, in der Annahme, daß der Richter auch bei der Entscheidung der Rechtsfrage seine politische Herkunft nicht ganz verleugnen können. So bestehe die Gefahr der «Politisierung» der Justiz, die zu vermeiden sei³⁴.

Was die Bestellung des Gerichtshofes betrifft, so leuchtet die Argumentation ein. Für die Wahlen in unser Bundesgericht aber ist von einer Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit in dieser Hinsicht nichts neues zu befürchten, aus dem einfachen Grunde, weil sie schon politisiert sind³⁵. Dabei aber möchten wir hier folgendes unterstreichen: an der Politisierung der Wahlen trägt nicht die dem Bundesgericht zustehende Staatsrechtspflege die Schuld. Die Wahlen wären heute nicht weniger politisch, wenn das

³⁴ Vgl. Protokoll über die Verhandlungen des Nationalrates, April 1923, S. 163; Bericht 1937, S. 26; StenBull StR 1937, S. 421, 426; NR 1938, S. 265, 274, 278; Fleiner, S. 3a; Verhandlungen des Juristentags 1934, ZSR 53, S. 288a, 296a.

³⁵ Das ist auch in der Bundesversammlung selbst zugegeben worden, siehe StenBull NR 1938, S. 278.

Bundesgericht nur Zivil- und Strafgericht wäre. Das beweist eindeutig die Lage in den Kantonen, wo die politischen Parteien ihre «Proporzansprüche» auch bei Gerichten geltend machen, die lediglich Zivil- und Strafgerichte sind. Das ist heute eine allgemeine Erscheinung, die nicht der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Last fällt. Selbst wenn aber angenommen werden müßte, daß durch die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit die Wahlen in das Bundesgericht noch mehr politisiert würden, dann spräche das nicht gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern für eine Reform des Wahlmodus. Diese Frage stellt sich für uns ohnehin. Wir kommen darauf zurück³⁶.

Daß man die Richterwahlen vollständig wird «entpolitisieren» können, glaube ich nicht. Aber auch wenn das möglich wäre, so bestünde trotzdem die Gefahr, daß bei einzelnen Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes auch das politische Credo seiner Mitglieder mitspielte. Die Richter sind alle auch Bürger, die am politischen Geschehen nicht weniger innern Anteil nehmen werden als die andern Bürger. Und auch für sie ist es wohl nicht immer ganz leicht, das Rechtliche und das Politische völlig zu trennen. So besteht sicherlich eine gewisse Gefahr, daß gelegentlich das Politische mitbestimmend ist.

Man könnte nun allerdings auch hier daran denken, daß wir eine Verfassungsgerichtsbarkeit schon besitzen und daß sich die «Politisierung» daher bereits hätte geltend machen müssen. Auch wenn das Bundesgericht zu kantonalen Gesetzeserlassen Stellung nehmen muß, muß es sich mit politischen Entscheidungen politischer Behörden auseinandersetzen³⁷. In diesem Punkte werden die Dinge jedoch bei einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber anders liegen als bei einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den kantonalen Gesetzgebern. Wenn der Gerichtshof es mit einem kantonalen Gesetz zu

³⁶ Siehe unter XI.

³⁷ Worauf H. Nawiasky, Ein Nachwort, SJZ 31 (1934/35), 113 ff., S. 114 aufmerksam macht.

tun hat, dann liegt eine Angelegenheit vor, der die Richter i. d. R. völlig unbeteiligt gegenüberstehen werden. An der Entstehung der Bundeserlasse und den sie begleitenden politischen Auseinandersetzungen hingegen haben sie sicherlich als Bürger des in Frage stehenden Staatswesens innern Anteil genommen, vielleicht auch äußern, indem sie in der Volksabstimmung ihre Stimme dazu abgeben mußten. Das werden sie nicht ganz vergessen haben, wenn es gilt, solche Erlasse verfassungsrechtlich zu überprüfen. So ist hier also die Gefahr, daß sich gelegentlich politische Erwägungen einschleichen, größer als bei der richterlichen Kontrolle kantonaler Erlasse.

Allein es besteht nur eine gewisse Gefahr. Die Verfassungsgerichtsbarkeit bringt es nicht notwendigerweise mit sich. Die Gefahr, daß Motive mitspielen, die nicht zur Sache gehören, besteht schließlich bei aller Rechtssprechung, ja bei aller menschlichen Tätigkeit überhaupt. Es ist ebenso gut möglich, daß die Richter die Kraft und die Überlegenheit besitzen, um ausschließlich nach dem Recht zu entscheiden. Und wir haben keineswegs Anlaß, unserm Bundesgericht ein Mißtrauensvotum auszusprechen. So wie die Dinge heute bei uns konkret liegen, darf der Versuch gewagt werden.

b) Eine «Politisierung» der Justiz durch die Verfassungsgerichtsbarkeit wird nun aber noch aus einem andern Grunde befürchtet. Man glaubt, es gehe in der Verfassungsgerichtsbarkeit infolge der Natur der Materie in zahlreichen Fällen notwendigerweise um politische Entscheide. Der Verfassungsrichter bekomme es mit Fragen zu tun, die schon an sich keine Rechtsfragen sind, sondern politische Fragen³⁸.

Soweit das auf der Anschauung basiert, alles Verfassungsrecht sei an sich «politisches» Recht, wie das bei Heinrich Triepel zutrifft³⁹, so kann die These keinesfalls als richtig anerkannt werden. In dem hier in Frage stehen-

³⁸ Vgl. z. B. Bericht 1937, S. 26; StenBull StR 1937, S. 421, 426.

³⁹ Vgl. Triepel, S. 8, 16.

den Sinne kann das Verfassungsrecht als solches nicht als «politisch» bezeichnet werden⁴⁰. Fraglich aber ist, ob ein Verfassungsgericht bei der Entscheidung gewisser Rechtsfragen notwendigerweise auch rein politische Fragen entscheiden muß, gemäß der Natur der Sache. Man denkt etwa an den Entscheid der Frage, ob bei einem dringlichen Bundesbeschluß tatsächlich die zeitliche Dringlichkeit vorlag, ob ein Verein tatsächlich staatsgefährlich ist, ob eine politische Versammlung die öffentliche Ordnung gefährden würde, ob ein Wirtschaftszweig in seiner Existenz bedroht ist. Solche Fragen entscheidet nun das Bundesgericht heute schon in der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen⁴¹. Aber auch hier wird die Ansicht vertreten, das Gericht müßte in einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber in viel höherem Maße politische Fragen entscheiden, ja hier etwa zu «hochpolitischen» Fragen Stellung nehmen⁴².

Es ist richtig, daß zwischen den Fragen, die der Richter bei der Beurteilung kantonaler Erlasse zu entscheiden hat, und den Fragen, die ihm die Bundesgesetzgebung aufgeben wird, ein Gradunterschied besteht. Aber es ist grundsätzlich unrichtig, in solcher Weise zwischen rechtlichen und politischen Fragen zu unterscheiden⁴³. Die sogenannten politischen Fragen erweisen sich nämlich ganz einfach als Tatfragen. Und in aller Gerichtsbarkeit geht es neben den Rechtsfragen um Tatfragen. Diese Tatfragen stellen nun gewiß den Verfassungsrichter in einzelnen Fällen vor größere Schwierigkeiten, als die Tatfragen in andern Zweigen der Rechtspflege es tun mögen. Und die Schwierigkeiten können hinsichtlich des Bundes größer sein als hinsichtlich der Kantone. Jedoch dürfen die Dinge auch hier

⁴⁰ Vgl. die Kritik dieser Anschauung bei Kägi, S. 134 ff., bes. 138 f., 149.

⁴¹ Vgl. z. B. BGE 71 I 312; siehe a. Marti, S. 204 f.

⁴² Bericht 1937, S. 28; StenBull StR 1937, S. 426.

⁴³ Vgl. z. B. F. W. Jerusalem, Die Staatsgerichtsbarkeit, 1930, S. 86; Marti, S. 204 f.

nicht dramatisiert werden. Auch wenn man solche Fragen «hochpolitisch» nennen will, so werden sie sicherlich nicht das tägliche Brot unseres Verfassungsrichters bilden. Man wird auch hier daran denken müssen, um was es zur Hauptsache faktisch gehen wird. Die wichtigste «politische» Frage, auf die man bisher hingewiesen hat, wird übrigens praktisch keine Rolle mehr spielen, nämlich die Frage der zeitlichen Dringlichkeit bei dringlichen Bundesbeschlüssen; denn da wir jetzt das Referendum gegen dringliche Bundesbeschlüsse besitzen, wird man diese Frage kaum je vor den Verfassungsrichter ziehen wollen⁴⁴. Eine Garantie dafür, daß das Bundesgericht in wichtigen «politischen» Fragen nicht ohne Not vom Entscheid der politischen Behörden abweichen wird, liegt in der Zurückhaltung, die von ihm zu erwarten ist⁴⁵.

Wie problematisch die Unterscheidung zwischen rechtlichen und politischen Fragen ist, zeigt auch der Werdegang der bestehenden Verfassungsgerichtsbarkeit, was die Kompetenzen des Gerichtes angeht. Dem Bundesgericht standen bekanntlich nicht von Anfang an sämtliche Materien zu, über die es heute zu befinden hat. Man hat sie ihm nach und nach übertragen. Und zwar hängt das zum Teil damit zusammen, daß man gewisse Materien zunächst als politische Materien ansah, sodaß man sie bei den politischen Bundesbehörden beließ, daß dann aber eine nächste Generation die gleichen Materien als rechtliche Materien betrachtete, sodaß dann das Gericht hierfür geeignet erschien. Dafür sind die Gesetzesmaterialien zu den verschiedenen Bundesgesetzen über die Organisation der Bundesrechts-

⁴⁴ Es ist eindrucksvoll, in der deutschen Literatur von der hochpolitischen Natur aller Verfassungstreitigkeiten zu lesen — man denkt übrigens dabei zum Teil an Fragen, die bei uns ohnehin keine Rolle spielen — und hernach die Praxis unseres Bundesgerichts zu konsultieren und dabei festzustellen, daß es sich in der Verfassungsgerichtsbarkeit etwa darum handelt, ob für die Coiffeure der Fähigkeitsausweis eingeführt oder ob die Tätigkeit der Hebammen kommunalisiert werden darf.

⁴⁵ Vgl. oben unter 1; siehe a. Giacometti, S. 292.

pflege instruktiv⁴⁶. Es ist zu vermuten, daß das auch heute und in Zukunft sich wieder so zutragen wird. Was heute eine «politische» Frage zu sein scheint, wird eine kommende Generation als rechtliche Frage ansehen. —

c) Von einer «Politisierung» der Justiz durch die Verfassungsgerichtsbarkeit spricht man noch unter einem weitem Gesichtspunkt. Der Verfassungsrichter kann zumeist die Normen der Verfassung nicht unmittelbar zur Anwendung bringen. Sie bedürfen der Auslegung, der nähern Umschreibung, der Konkretisierung⁴⁷. Indem der Richter den Verfassungsnormen einen präzisen Inhalt gibt, wird er aber selbst rechtsschöpferisch tätig. Er nimmt an der Rechtssetzung teil; er wird selbst zum «Gesetzgeber» und zwar zum «Verfassungsgesetzgeber». Der Bericht des Bundesrates zum Volksbegehren von 1936 drückt das so aus: «Der Gegenstand der richterlichen Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen würde sich daher im wesentlichen mit der Arbeit decken, die der Gesetzgeber leisten muß. Die «Auslegung» der Bundesverfassung ist etwas anderes als die Auslegung von Gesetzen; sie ist eine rechtsschöpferische Tätigkeit. Die Verfassungsbestimmungen können nur durch ein wertendes Urteil ausgelegt werden. Die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes ist eine gesetzgebungspolitische Aufgabe, nicht etwa eine Frage logischer, verstandesmäßiger Deduktion. Um sie zu beantworten, muß der Urteilende in die Haut des Gesetzgebers schlüpfen. Die dem Gesetzgeber gestellte Aufgabe ist, in abwägender Bewertung der Interessen eine Norm zu finden, die das von ihm zu fällende Werturteil enthält. Im Gegensatz hiezu haben die das Gesetz anwendenden

⁴⁶ Vgl. Botschaft zum OG von 1874, Bbl 1874 I 1059 ff., S. 1077 ff.; Bericht der ständerätlichen Kommission dazu, Bbl 1874 I 1188 ff., S. 1197; Botschaft zum OG von 1893, Bbl 1892 II 273 ff., S. 379 ff.; Botschaft zur Revision des OG von 1911, Bbl 1911 III 55 ff., S. 64 ff.; StenBull StR 1911, S. 139 ff., NR 1911, S. 274 ff.; vgl. a. Verhandlungen des Juristentags 1886, ZSR 1886, S. 638 ff.

⁴⁷ Vgl. oben unter 1.

Behörden, sofern die Norm vollständig ist, keine Bewertung vorzunehmen, sondern nur die fertige Norm folgerichtig anzuwenden. Die Bewertung, die richtige Abwägung der Interessen, ist die spezifische Aufgabe des Gesetzgebers; die Anwendung der so gefundenen Normen in logischer Folgerichtigkeit ist die Aufgabe des Richters und der Verwaltung»⁴⁸. Wenn aber der Verfassungsrichter gesetzgeberisch tätig ist, dann ist er in gleicher Weise wie der Gesetzgeber selbst «politisch» tätig. Politische Tätigkeit eignet sich aber nicht für die Justiz. «Die Aufgabe, die sich der prüfenden Instanz stellt und im wesentlichen darin besteht, rechtspolitische Urteile zu fällen, ist dem Gesetzgeber als Organ der Rechtssetzung besser gemäß als dem Richter, der ein Organ der Rechtsanwendung ist»⁴⁹.

Daß der Verfassungsrichter in hohem Maße rechtsschöpferisch wirkt, ist zweifellos richtig. Dieser grundsätzliche Unterschied jedoch, der hier zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und aller andern Rechtsanwendung konstruiert wird, kann nicht als richtig anerkannt werden. Daß der Richter auch rechtsschöpferisch wirkt, ist keine spezifische Eigenart der Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern das trifft bei aller Rechtssprechung zu. Selten ist Rechtssprechung rein logische Subsumtion eines Tatbestandes unter eine klare Gesetzesnorm. Zumeist bedarf die generelle Norm der Auslegung. Auslegung aber ist immer letzten Endes Rechtsschöpfung. Das hat Walther Burckhardt, an den die wiedergegebenen Sätze aus dem Bericht des Bundesrates zum Volksbegehren von 1936 erinnern, selbst immer wieder festgestellt. Gewiß bedarf es dann, wenn die generelle Norm «vollständig» ist, keiner Auslegung. Aber wie oft ist sie das? In welchem Maße aller Rechtspflege tatsächlich auch rechtsschöpferische Funktion zukommt, darf hier als bekannt vorausgesetzt werden. Es besteht zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und

⁴⁸ a. a. O., S. 24; s. a. S. 25.

⁴⁹ Bericht 1937, S. 25; vgl. dazu auch Schindler, S. 48; Schmitt, S. 45; Huber, S. 188; StenBull NR 1938, S. 265.

den andern Zweigen der Rechtspflege in dieser Hinsicht zwar ein Gradunterschied, indem der Verfassungsrichter es häufiger mit auslegungsbedürftigen Normen zu tun hat als andere Richter. Aber ein grundsätzlicher Unterschied besteht nicht. So spricht allein die Tatsache, daß der Verfassungsrichter rechtsschöpferisch tätig werden muß, nicht gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit.

Unzukömmlichkeiten hätten sich schon bei der bestehenden Verfassungsgerichtsbarkeit zeigen müssen. Unser Verfassungsrichter ist seit langem rechtsschöpferisch tätig. Praktische Inkonvenienzen haben sich daraus nicht ergeben. Im Gegenteil. Das aus der Verfassungsgerichtsbarkeit hervorgegangene richterliche Recht gilt gerade als eine besonders verdienstvolle Leistung unseres Verfassungsrichters. Man denke nur an die Rechtssprechung zu Art. 4 BV. Unser Verfassungsgericht hat also in der Rechtsschöpfung Übung und Erfahrung, und es hat damit Erfolg gehabt⁵⁰.

Endlich ist auch hier wieder zu bedenken, daß die Auslegung der Normen der BV bereits in hohem Maße erfolgt ist, durch die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen. Der Auslegung werden künftig noch einige neuere Verfassungsnormen bedürfen. Die alt überkommenen aber hat das Bundesgericht bereits so sehr konkretisiert, daß es hier kaum mehr zu einer wirklich nennenswerten neuen Rechtsschöpfung wird kommen müssen.

3. Quis custodiet custodes?

Auch der Verfassungsrichter kann irren. Auch sein Werk wird wie alles Menschenwerk unvollkommen sein. Daher die Frage: Quis custodiet custodes? Auch das spielt in der Auseinandersetzung um die Verfassungsgerichtsbarkeit eine gewisse Rolle⁵¹.

Die Frage ist letzten Endes unlösbar. Einmal muß das letzte Wort gesprochen werden; und es muß von Men-

⁵⁰ Vgl. dazu a. Solyom, S. 111 f.; Scherer, S. 23.

⁵¹ Vgl. z. B. StenBull StR 1911, S. 139; NR 1938, S. 278, 281; Biert, S. 75 ff.; Rappard, S. 135a; ZSR 53, S. 296a.

schen gesprochen werden, die irren können⁵². Auch das aber ist nicht eine spezifische Schwierigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit. Sie besteht in aller Rechtspflege. In aller Rechtspflege muß einmal ein letzter Entscheid gefällt werden, gegen den man nicht mehr appellieren kann, auch wenn man ihn für unrichtig hält. Wir müssen uns fragen: wie ist eine letztinstanzliche Kontrolle optimal, das heißt so gut es unter Menschen möglich ist, zu gestalten? Und wenn es sich zeigt, daß eine Kontrolle des Gesetzgebers notwendig ist, dann muß geprüft werden, wie sie zu organisieren ist, damit sie wenigstens den denkbar besten Erfolg zeitigt. Daß sie selbst wieder nicht vollkommen sein kann, spricht allein nicht gegen sie. Sie ist auch gerechtfertigt, wenn sie wenigstens eine Verbesserung der Verhältnisse mit sich bringt⁵³.

III. Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie

1. Das Problem

Auf besondere Schwierigkeiten stößt der Gedanke der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie. Einem konsequent demokratischen Denken fällt es schwer, einem kleinen Richterkollegium die Befugnis zuzugestehen, Gesetze, die aus dem Willen der Volksvertretung oder des ganzen Volkes selbst hervorgegangen sind, zu überprüfen und allenfalls nichtig zu erklären. Die Verfassungsgerichtsbarkeit steht für solches Denken im Widerspruch zur Demokratie. Der Gedanke der Demokratie verlangt, daß der Wille der Volksvertretung oder des Volkes unbedingt gelte. Der Gedanke der Verfassungsgerichtsbarkeit verlangt, daß auch Erlasse der Volksvertretung und des Volkes vom Richter gegebenenfalls aufgehoben werden können. Darin drückt sich die Antinomie aus, die zwischen dem demokratischen Gedanken und der Rechtsstaatsidee im allgemeinen

⁵² Vgl. Schindler, S. 27; Biert, S. 78 f.; Scherer, S. 76.

⁵³ Vgl. dazu auch Fleiner/Giacometti, S. 934, Anm. 13, letzten Absatz.

besteht. Der demokratische Gedanke fordert konsequenterweise, daß Volksvertretung und Volk den höchsten Entscheid fällen, der nicht mehr angefochten und beseitigt werden darf. Die Rechtsstaatsidee fordert, daß auch die Erlasse der Volksvertretung und des Volkes beseitigt werden können, wenn sie gegen die Verfassung verstoßen, so daß dann notwendigerweise der Volksvertretung und dem Volke ein ihre Erlasse überprüfendes Staatsorgan übergeordnet werden muß. Soweit der Rechtsstaatsgedanke diese Beschränkung der Volksgewalt um des Schutzes der in der Verfassung gewährleisteten Freiheit des Individuums willen fordert, erscheint diese Antinomie zwischen der Demokratie und dem Rechtsstaat ihrerseits wieder als Ausprägung jener allgemeineren Antinomie, die man als die Antinomie zwischen der Demokratie und dem Liberalismus bezeichnet. Der Demokratismus fordert, daß die Volksgewalt unbeschränkt sei und sich allenfalls auch ungestraft über die individuelle Freiheit hinwegsetzen dürfe. Der Liberalismus fordert, daß die Volksgewalt an der individuellen Freiheit eine unbedingte Schranke finden müsse. Soll die Mehrheit des Volkes den Einzelnen vergewaltigen dürfen, auch wenn es um seine verfassungsmäßige individuelle Freiheit geht, oder soll der Einzelne als «Minderheit» in seiner individuellen Freiheit auch gegenüber der «Diktatur des Parlamentes» oder der «Tyrannei der Mehrheit» geschützt sein? Es ist der alte Gegensatz zwischen einem J. J. Rousseau, der in seiner absoluten Demokratie für eine Beschränkung der Volksgewalt und damit für eine Verfassungsgerichtsbarkeit keinen Platz hat, und einem B. Constant, einem A. de Tocqueville, einem J. St. Mill, einem H. Spencer, die den Einzelnen vor überbordender Volksgewalt geschützt wissen wollen⁵⁴.

Die Schwierigkeiten, denen die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie begegnet, sind nun aber nicht in

⁵⁴ Vgl. dazu z. B. Kägi, S. 152 ff., 175 ff.; H. Nef, Jean Jacques Rousseau und die Idee des Rechtsstaates, Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte, Bd. 5, S. 167 ff.

allen Demokratien gleich groß. Sie sind in der repraesentativen Demokratie sicherlich geringer als in der direkten Demokratie⁵⁵. Und sie sind in der direkten Demokratie geringer, wenn nur ein fakultatives Referendum besteht, als wenn ein obligatorisches Referendum oder gar das Volksversammlungssystem besteht⁵⁶. So würde man in unserer Demokratie auf geringere Schwierigkeiten stoßen, wenn man der Verfassungsgerichtsbarkeit vorerst einmal nur die Erlasse der Bundesversammlung und des Bundesrates unterstellte und die vom Volke angenommenen Erlasse davon ausnähme. Ob das aber nicht unter andern Gesichtspunkten unratsam erscheint, wird noch zu prüfen sein⁵⁷.

Das Verhältnis zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie darf nun aber nicht lediglich auf den Nenner der erwähnten Antinomie gebracht werden. So einfach liegen die Dinge nur in jener Demokratie, in der alle generellen Rechtsnormen nur in einer Rechtssetzungsform erlassen werden. Wo aber zwischen Verfassungsgesetzgebung und einfacher Gesetzgebung ein formeller Unterschied besteht und wo auch innerhalb der einfachen Gesetzgebung wiederum verschiedene Formen unterschieden werden, z. B. Volkserlasse und Parlamentserlasse, da hat das Verhältnis zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie noch einen andern Aspekt. Hier kann die Verfassungsgerichtsbarkeit in doppelter Weise in den Dienst der Demokratie treten.

Vorerst wird dort, wo die einfachen Gesetze von der Volksvertretung oder vom Volke selbst stammen, auch die Verfassung ein Volkserlaß sein; ja sie wird es, wie das bei uns der Fall ist, in noch höherem Maße sein als die einfachen Gesetze. Wenn nun der Richter die Verfassung vor einer Verletzung durch die einfachen Gesetze zu schützen hat, indem er die letztern aufheben darf, wenn sie verfas-

⁵⁵ Vgl. Fleiner, S. 33a.

⁵⁶ Vgl. Schindler, S. 44, Anm. 98.

⁵⁷ Vgl. unten unter VIII.

sungswidrig sind, dann schützt er damit einen Volkserlaß. Dann steht seine Tätigkeit also gerade im Dienste des Volkswillens. Er schützt dann gegenüber dem Volkswillen einen Volkswillen, und zwar einen potenzierten Volkswillen. Man hat sich allerdings gefragt, ob das nicht unnatürlich ist, daß der Richter den einen Volkserlaß gegen den andern Volkserlaß schützt⁵⁸. Darauf kommen wir noch zurück⁵⁹. Auf alle Fälle aber steht diese richterliche Tätigkeit hier nicht einfach in Widerspruch zur Demokratie. Es wird vielmehr durch sie Volkswille geschützt⁶⁰.

Sodann aber kann die Verfassungsgerichtsbarkeit in einer solchen Demokratie auch deswegen Schutz der Demokratie sein, weil hier die Möglichkeit besteht, daß die Volksvertretung zu Unrecht allein Recht setzt und das Volk von der Rechtssetzung ausschaltet. So bedeutet die Verfassungsgerichtsbarkeit auch dort, wo sie einen Erlaß der Volksvertretung aufhebt, weil er zu Unrecht nicht unter der Mitwirkung des Volkes zustande gekommen ist, Schutz der Demokratie⁶¹.

So ist das Verhältnis zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie in solchen Demokratien komplexer Natur. Die Verfassungsgerichtsbarkeit kann hier nicht einfach unter Hinweis auf ihre Kollision mit der Demokratie abgelehnt werden.

2. Die Lösung des Problems in der Schweiz

a. de lege lata

In der Schweiz ist man, wenigstens was den Bund betrifft, bis zur Stunde darüber hinweggegangen, daß die Verfassungsgerichtsbarkeit im Dienste der Demokratie stehen kann. Man hat die Verfassungsgerichtsbarkeit als Wider-

⁵⁸ Vgl. z. B. Schindler, S. 43 f.; Großmann, S. 44.

⁵⁹ Vgl. unten unter VIII.

⁶⁰ Vgl. a. Laferrière, S. 951.

⁶¹ Vgl. z. B. Scherer, S. 69 f.; K. von Orelli, Das Verhältnis von Demokratie und Gewaltenteilung und seine Wandlungen insbesondere im schweizerischen Bunde, 1947, S. 153.

spruch zur Demokratie empfunden. So war für den Ausschluß der richterlichen Überprüfung der Bundesgesetze und der allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse durch Art. 113, Abs. 3, der BV von 1874 der demokratische Gedanke mitbestimmend. Die «demokratische Bewegung» war einerseits den Gerichten gegenüber mißtrauisch und setzte andererseits Vertrauen in die Volksvertretung. Gegen eine allfällige Überbordung der Volksvertretung aber sollte die Volkskontrolle in der Form des fakultativen Referendums, das ja damals gleichzeitig eingeführt wurde, Schutz bieten. An die Gefahr einer «Parlamentsdiktatur» dachte man nicht. Aber auch den spätern Bestrebungen auf Einführung einer richterlichen Kontrolle der Bundesgesetzgebung stand unter anderem der demokratische Gedanke hindernd entgegen, wie ja überhaupt in unserer Verfassungsentwicklung an jenen Stellen, wo Demokratie und Liberalismus miteinander in Konflikt treten, bisher stets dem Demokratischen der Vorrang eingeräumt worden ist. Die Gefahr einer Übermacht des Parlamentes ist auch in neuerer Zeit noch etwa in Abrede gestellt worden⁶².

Daß bei uns der demokratische Gedanke vorwaltet und bisher der Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Bunde hindernd im Wege stand, unterscheidet unsern Bundesstaat bekanntlich von den Vereinigten Staaten von Amerika, wo der liberal-rechtsstaatliche Gedanke den Vorrang besitzt und zur richterlichen Kontrolle der Gesetzgebung geführt hat. Bei uns Allmacht der Legislative ohne richterlichen Schutz des Individuums vor ihrer Überbordung; dort Furcht vor der Volksvertretung und richter-

⁶² Vgl. StenBull StR 1912, S. 63; StR 1925, S. 336; StR 1937, S. 421; NR 1938, S. 277; Bericht 1937, S. 29; Schindler, S. 40; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 27/42; Fleiner, S. 12a, 21a f., 33a; Rappard, S. 135 ff., 138 ff.; Scherer, S. 68 f.; von Orelli, a. a. O., S. 149 ff.; Großmann, S. 47, 131; Marti, S. 195; A. Brunner, Rechtsstaat gegen Totalstaat, 1948, II, S. 191 ff.; E. Ruck, Freiheit und Rechtsstaat, Festgabe der Juristischen Fakultäten 1948, S. 75 ff., S. 85; Fleiner/Giacometti, S. 932 f.; Eichenberger, a. a. O., S. 213.

licher Schutz des Individuums vor ihr. Bei uns Volkskontrolle des Parlaments als vermeintliche Verfassungsgarantie und als Hindernis einer Verfassungsgerichtsbarkeit; dort Gesetzgebung des Parlamentes ohne Mitwirkung des Volkes, aber Sicherung des Individuums vor dem Parlament durch Verfassungsgerichtsbarkeit. Bei uns «*foi démocratique*»; dort «*peur de la démocratie*» (William Rappard)⁶³.

Die Demokratie hat aber bei uns nur einer richterlichen Kontrolle der Gesetzgebung des Bundes entgegengewirkt. Daß aber ein kleines Richterkollegium kantonale Gesetze überprüfen und gegebenenfalls aufheben darf, hat man von der Demokratie aus nicht verhindert, obwohl es auch hier um Erlasse der Volksvertretung und des Volkes selbst geht. Es geht hier sogar noch in höherem Maße als bei den Bundesgesetzen um Volkserlasse, indem hier vielfach das obligatorische Gesetzesreferendum oder gar das Volksversammlungssystem besteht. Das ist bisher in den Darstellungen unserer Rechtseinrichtungen im Vergleich mit den Vereinigten Staaten von Amerika zu kurz gekommen. Daß bei uns das höchste Gericht dank der ihm zustehenden Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen schon seit langem die Befugnis besitzt, vom Volke angenommene Gesetze aufzuheben, ist eine Tatsache, die nicht nur *de lege lata* der Erwähnung verdient, sondern auch *de lege ferenda* bedeutsam ist.

b. *de lege ferenda*

Das Eine steht wohl fest: Juristisch gesehen haben sich alle Faktoren der einfachen Gesetzgebung, mithin auch das Volk, an die Bundesverfassung zu halten. Auch das Volk

⁶³ Dieser Unterschied zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika ist bei uns schon oft und ausführlich dargestellt worden; vgl. z. B. Schindler, *passim*; Biert, S. 8 ff.; Rappard, *passim*; Großmann, *passim*; M. L. Tripp, *Der schweizerische und der amerikanische Bundesstaat*, Übers. von H. Huber, 1942, S. 48; Kägi, S. 155, 158; siehe a. Protokoll über die Verhandlungen des Nationalrates, April 1923, S. 158 ff.; Verhandlungen des Juristentags 1934, ZSR 53, S. 291 af.; Triepel S. 9.

aber kann die Bundesverfassung verletzen. Die Bestätigung durch das Volk vermag eine Verfassungswidrigkeit juristisch gesehen nicht zu heilen. Eine vom Volke genehmigte Verfassungswidrigkeit ist juristisch nichts anderes als eine von einer Behörde ausgehende Verfassungswidrigkeit. Und wenn der Schutz der Verfassung vollkommen sein soll, muß die Verfassung auch gegen das Volk geschützt werden. Es muß namentlich der einzelne Bürger in seinen Individualrechten auch gegen die Volksmehrheit geschützt sein. Die Minderheit ist gegen die Mehrheit zu schützen. Das ist wohl unbestritten.

Das Argument, das man der Verfassungsgerichtsbarkeit vom Gedanken der Demokratie aus bisher entgegengehalten hat, ist nicht juristischer, sondern politischer Natur. Es wird behauptet, das Volk selbst würde es nicht verstehen und nicht billigen, daß ein von ihm genehmigter Erlass durch ein kleines Richterkollegium aufgehoben werden kann. Es halte seinen Entscheid selbst für unfehlbar und würde es nicht dulden, daß er einer Überprüfung unterzogen wird.

Ob zur Stunde diese Haltung im Volke wirklich vorherrscht, ist sehr fraglich. Daß das Volk die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegen Bundeserlasse vor einem Dezennium tatsächlich abgelehnt hat, ist hiefür nicht schlüssig. Nach der damaligen Vorlage wären ja vom Volke ausdrücklich angenommene Bundeserlasse von der Verfassungsgerichtsbarkeit ausgenommen gewesen. So konnte auf alle Fälle der Grund ihrer Verwerfung nicht darin liegen, daß vom Volke angenommene Erlasse der richterlichen Überprüfung unterstellt worden wären. Auch stünde keineswegs fest, ob sich die Anschauungen inzwischen nicht gewandelt haben. Wie das Volk heute denkt, könnte nur in einer neuen Volksbefragung festgestellt werden, wobei die Frage sich auch auf die vom Volke ausdrücklich angenommenen Bundeserlasse beziehen müßte.

Hiebei müßte nun aber das Volk selbst zuerst einmal darauf aufmerksam gemacht werden, daß es die rich-

terliche Überprüfung von Volkserlassen tatsächlich seit langem duldet. Es duldet sie, wie schon angetönt, in der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen. Jahr für Jahr werden seit 1874 vom Volke ausdrücklich angenommene Gesetze und Gesetzesbestimmungen beim Bundesgericht angefochten und zum Teil durch den Richter nichtig erklärt. Es ist auch hier wieder festzustellen, daß es sich bei den in den Bänden 1—74 publizierten Entscheidungen des Bundesgerichts über staatsrechtliche Rekurse in 145 Fällen um die Anfechtung von kantonalen Gesetzen oder Gesetzesbestimmungen handelte, die vom Volke ausdrücklich angenommen worden waren; und hiebei ist es in 50 Fällen zur Aufhebung von angefochtenen Bestimmungen gekommen. Bemerkenswert ist hiebei, daß in relativ zahlreichen Fällen es um die Anfechtung von Erlassen ging, die der reinsten Demokratie entstammten, nämlich der Landsgemeindedemokratie. In 41 Fällen sind Gesetze oder Gesetzesbestimmungen angefochten worden, die von einer Landsgemeinde ausgegangen waren, wobei es in 18 Fällen zu einer Nichtigklärung kam⁶⁴. Wenn der Schweizerbürger es wirklich als stoßend empfinden würde, daß ein Gericht vom Volke angenommene Gesetze überprüfen kann, dann hätte sich das schon längststens in einer Auflehnung gegen die bestehende Verfassungsgerichtsbarkeit, soweit sie sich auf Gesetze bezieht, geltend machen müssen. Sollte nun aber derselbe Bürger, der die richterliche Überprüfung eines kantonalen Gesetzes, dem er zugestimmt hat, duldet, die richterliche Aufhebung eines Bundesgesetzes, dem er zugestimmt hat, grundsätzlich nicht dulden? Es kann dabei nicht etwa eingewendet werden, die

⁶⁴ In diesem Zusammenhang ist auch die Tatsache interessant, daß der Kanton Nidwalden eine Verfassungsbestimmung kennt, wonach man an den Richter gelangen kann, wenn man sich durch einen Landsgemeindebeschuß in seinen Privatrechten verletzt fühlt; eine gleiche Bestimmung kannte seinerzeit auch der Kanton Uri; vgl. dazu Schindler, S. 22; Triepel, S. 10.

Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen beruhe ursprünglich auf einem andern Motiv; sie sei um der einheitlichen Anwendung des Bundesrechts willen eingeführt worden. Das spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Entscheidend ist hier einfach die Tatsache, daß nach geltendem Recht vom Volke beschlossene Rechtsnormen durch ein Richterkollegium nichtig erklärt werden können⁶⁵.

Auch in diesem Zusammenhange wird man dem Volke ferner sagen müssen, daß es sich in einer Verfassungsgerichtsbarkeit nicht immer und nicht einmal in der Mehrzahl der Fälle um die Aufhebung eines ganzen Gesetzes handeln wird, sondern zumeist um die Nichtigerklärung einiger einzelner Bestimmungen eines Gesetzes, vielleicht einiger Bestimmungen, für die sich die Bürger bei der Annahme des Gesetzes gar nicht besonders interessiert hatten.

Sodann wird man den Bürgern auch zu bedenken geben müssen, daß sie alle jederzeit in den Fall kommen können, in der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht als «Angeklagte», sondern als «Kläger» zu erscheinen. Es ist eigentlich unwahrscheinlich, daß der Bürger, wenn man ihn über die Verfassungsgerichtsbarkeit richtig aufklärt, in erster Linie und ausschließlich daran denken wird, daß ein Erlaß, den er gewollt hat, ungültig erklärt werden könnte. Er wird doch sicherlich auch daran denken, daß er Gelegenheit bekäme, gegen etwas vorzugehen, das er nicht gewollt hat und das er als Unrecht empfindet. Und schließlich wird zu betonen sein, daß durch diese Gerichtsbarkeit ein Erlaß geschützt wird, der auch ein Volkserlaß ist und daß diese Gerichtsbarkeit namentlich auch das Volk selbst in seinen politischen Rechten beschirmen will. —

Nun ist aber in der Diskussion um die Verfassungsgerichtsbarkeit wiederholt schon betont worden, daß auf alle Fälle das Eine stoßend wäre und vom Volke nicht verstanden würde: daß nämlich ein Gericht, das aus 7 Richtern besteht, mit 4 gegen 3 Stimmen einen Erlaß des Volkes

⁶⁵ Siehe dazu auch die sehr einleuchtende Überlegung, die Marti, S. 206, anstellt.

oder der Volksvertretung nichtig erklären kann. Solche sog. «Einmann-Entscheide» beweisen, wird gesagt, daß die Ansichten über die Verfassungsmäßigkeit eines Erlasses im Kreise der höchsten Richter geteilt sein können. Und wenn sie in so hohem Maße auseinandergehen, daß die Stimmen gleichgeteilt sind, dann sollte nicht ein Zufallsmehr für die Nichtigkeitserklärung des Erlasses ausschlaggebend sein können. Das würde das Volk nicht verstehen⁶⁶. Man hat auch darauf hingewiesen, daß solche Einmann-Entscheide in der Verfassungsgerichtsbarkeit der Vereinigten Staaten von Amerika häufig sind und auch dort vielfach als unbefriedigend empfunden werden⁶⁷.

Dieses Bedenken scheint mir berechtigt zu sein. Auch der Einmann-Entscheid ist zwar eine Erscheinung, die wir schon in der bestehenden Verfassungsgerichtsbarkeit kennen und die das Volk bisher hingenommen hat. Aber es wäre wohl klug, bei der Errichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen der Möglichkeit Rechnung zu tragen, daß Einmann-Entscheide im Volke gelegentlich zu einer Mißstimmung führen könnten. Hingegen braucht man deswegen nicht auf die richterliche Überprüfung der Volkserlasse überhaupt zu verzichten. Es lassen sich in ganz einfacher Weise Kautelen dafür schaffen, daß es nicht möglich sein wird, daß das Gericht einen Volkserlaß durch Einmann-Entscheid aufhebt. Davon wird bei der Frage der Organisation des Verfassungsgerichtshofes zu sprechen sein⁶⁸.

IV. Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung

Dem Postulat der richterlichen Überprüfung der Bundeserlasse ist bisher auch das Argument entgegengehalten worden, die Verfassungsgerichtsbarkeit widerspreche dem

⁶⁶ Vgl. StenBull StR 1937, S. 421; NR 1938, S. 263, 277.

⁶⁷ Vgl. Schindler, S. 62; StenBull StR 1925, S. 341; Biert, S. 98 f., 101 f.; Bericht 1937, S. 13; StenBull NR 1938, S. 263; Laferrière, S. 327, Anm. 2.

⁶⁸ Vgl. unten unter XI.

der Organisation des Bundes zugrunde liegenden Prinzip der Gewaltenteilung. Wenn der Richter einen gesetzgeberischen Erlaß aufhebe, dann sei seine Tätigkeit materiell gesehen Rechtssetzung, wenn auch nur negative Rechtssetzung. So greife er damit im Widerspruch zum Grundsatz der Gewaltenteilung in die Funktion anderer Staatsorgane über. Es käme zu einer Gewaltenvermischung. Auch werde das Verhältnis, in dem die Gewalten des Bundes zueinander stehen, gestört. Nach Art. 71 BV sei die Bundesversammlung, unter Vorbehalt der Rechte des Volkes und der Kantone, die «oberste Gewalt» des Bundes. Das wäre sie aber nicht mehr, wenn sie richterlicher Kontrolle unterstellt würde. Es sei wünschenswert, daß die Bundesversammlung die «oberste Gewalt» bleibe. Die Verfassungsgerichtsbarkeit bringe auch eine Aufteilung der Verantwortung für die Gesetzgebung mit sich. Die Verantwortung für die Gesetzgebung müsse bei einem Staatsorgan liegen. Eine Zersplitterung der Verantwortlichkeiten sei unerwünscht. Und hinsichtlich der richterlichen Überprüfung bundesrätlicher Verordnungen sei festzustellen, daß nach geltendem Verfassungsrecht der Bundesrat und das Bundesgericht einander koordiniert seien, was nicht mehr der Fall wäre, wenn das Bundesgericht den Bundesrat kontrollieren könnte⁶⁹.

Nun ist aber andererseits auch immer wieder die These vertreten worden, die Verfassungsgerichtsbarkeit liege gerade im Sinne des Prinzips der Gewaltenteilung. Die klassische Gewaltenteilungslehre fordere eine solche «Hemmung» des Gesetzgebers. Sie intendiere ein «Gleichgewicht» der Gewalten, und hiez zu trage auch die richterliche Kontrolle der Rechtssetzung bei. Ihr Ausschluß widerspreche

⁶⁹ Vgl. StenBull StR 1925, S. 340 f.; Bericht 1928, S. 9; Bericht 1937, S. 25 f.; StenBull StR 1937, S. 426; siehe auch Verhandlungen des Juristenvereins 1934, ZSR 53, S. 286 a f.; Biert, S. 60, 96, 107 f.; Huber, S. 125 a.

⁷⁰ Vgl. z. B. Kelsen, 55; Fleiner, 24 a f.; Rappard, 130 a; Scherer, 6, 11 f.; Marti, 195.

der Gewaltenteilung⁷⁰. Wie ist es zu erklären, daß man das Verhältnis der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Gewaltenteilung so verschieden ansehen kann?

Es beruht auf der Tatsache, daß das Postulat der Gewaltenteilung verschiedene Grundsätze enthält, die zum Teil miteinander in Konflikt treten können. Das Postulat der Gewaltenteilung baut sich in vier verschiedenen Stufen auf. Das Erste ist die logische Unterscheidung der staatlichen Funktionen. Die Gewaltenteilungslehre geht davon aus, daß sich an der Tätigkeit des Staates verschiedene Funktionen unterscheiden lassen, zum Beispiel die drei klassischen Funktionen der Gesetzgebung, der Rechtssprechung und der Verwaltung. Das ist jedoch an sich noch kein staatsrechtliches Postulat, sondern eine rein gedankliche Operation, die sich auch dort anstellen läßt, wo alle drei Funktionen durch ein- und dasselbe Staatsorgan ausgeübt werden. Ein Postulat an den Verfassungsgesetzgeber ist erst das Zweite, nämlich die Forderung, daß für jede dieser drei Funktionen ein besonderes Organ gebildet werde, wobei jedes der drei Organe sich auf die Ausübung der ihm zugeschienenen Funktion zu beschränken und sich jeder Einmischung in die Ausübung der andern Funktionen zu enthalten hat. Das ist die objektive Gewaltenteilung. Ihr Sinn ist, daß die Staatsgewalt um der Freiheit des Individuums willen geteilt werde. Als Drittes kommt dazu die Forderung, daß diesen drei staatlichen Organen nicht dieselben Personen angehören dürfen. Das ist die subjektive Gewaltenteilung. Damit aber ist das klassische Gewaltenteilungspostulat noch nicht vollendet. Es wird etwas Viertes gefordert, nämlich das, was man die gegenseitige Hemmung der Gewalten nennt. Die individuelle Freiheit scheint durch die objektive Gewaltenteilung allein noch nicht genügend gesichert. Die gegenseitige Unabhängigkeit der drei Organe genügt nicht. Es müssen noch besondere Vorkehrungen dafür getroffen werden, daß die einzelnen Organe nicht überborden. Hiefür soll dadurch gesorgt werden, daß die Organe sich gegen-

seitig zu überwachen befugt sind. Sie sollen sich gegenseitig kontrollieren und in Schach halten können. Sie sollen sich mit anderen Worten gegenseitig hemmen können. Es muß dafür gesorgt sein, «que le pouvoir arrête le pouvoir». So kommt es zu einem Gleichgewicht der Gewalten, das allein ein genügender Garant der individuellen Freiheit sein kann. Und als eine solche Kontrolle der einen Gewalt durch die andere erscheint auch die richterliche Kontrolle des Gesetzgebers⁷¹.

Daß für das Verhältnis zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Gewaltenteilung zwei Thesen aufgestellt werden können, die sich zu widersprechen scheinen, beruht nun darauf, daß es bei der Verwirklichung der Gewaltenteilung zwischen zwei der in dem Postulat enthaltenen Forderungen zu einem Konflikt kommen kann, nämlich zwischen der objektiven Gewaltenteilung und der gegenseitigen Hemmung der Gewalten. Wenn die gegenseitige Hemmung der Gewalten konsequent verwirklicht wird, dann kommt sie mit der objektiven Gewaltenteilung, wenn auch sie rein verwirklicht werden soll, unvermeidlich in Kollision. Kann zum Beispiel ein Gericht Akte der Legislative ungültig erklären, dann greift es damit in den Tätigkeitsbereich der Legislative ein, wenn auch nur in negativem Sinne. So sehen wir: von der gegenseitigen Hemmung der Gewalten aus ist die Verfassungsgerichtsbarkeit gefordert, mit der objektiven Gewaltenteilung steht sie in Widerspruch. Wer behauptet, sie widerspreche der Gewaltenteilung, denkt an die objektive Gewaltenteilung; wer sie um der Gewaltenteilung willen

⁷¹ Vgl. dazu z. B. W. Kägi, Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips; ders., Das Problem der Gewaltenteilung im allgemeinen, in Die Durchführung der Gewaltenteilung in der Schweiz, 1949, S. 10 ff.; W. Oswald, Die Gewaltentrennung im schweizerischen Staatsrecht, ZSR 62, 403 a ff.; H. Nef, Jean Jacques Rousseau und die Idee des Rechtsstaates, Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte, Band 5, S. 167 ff., S. 177 f.

fordert, denkt an die gegenseitige Hemmung der Gewalten⁷².

Die Bekämpfung der Verfassungsgerichtsbarkeit vom Prinzip der objektiven Gewaltenteilung aus hängt bei uns mit dem Vorwalten des demokratischen Gedankens zusammen. Die Spannung zwischen objektiver Gewaltenteilung und gegenseitiger Hemmung der Gewalten erscheint im demokratisch organisierten Staate als eine Ausprägung der bereits erwähnten Antinomie zwischen der Demokratie und dem Liberalismus. Die Demokratie kann es nicht dulden, daß der Volksvertretung und dem Volke eine andere Staatsgewalt entgegenwirken kann. Sie tritt für die unbedingte Überordnung des Volkes und seiner Vertretung ein. Der Liberalismus aber muß um der individuellen Freiheit willen fordern, daß auch Volk und Volksvertretung an einem andern Organ eine Schranke finden; er muß auch hinsichtlich des Gesetzgebers für das Gleichgewicht der Gewalten eintreten und deshalb eine Hemmung des Gesetzgebers durch ein anderes Organ postulieren. Es ist der Gegensatz zwischen Rousseau, der für absolute objektive Gewaltenteilung eintritt und irgendeine Hemmung der Volksgesetzgebung nicht billigen kann, und Montesquieu, für den die gegenseitige Hemmung der Gewalten das Entscheidende ist. Bei uns hat in der Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit im Bunde bisher der demokratische Gedanke obgesiegt. Die gegenseitige Hemmung der Gewalten haben wir vernachlässigt⁷³.

Dieser demokratisch motivierte Vorrang der objekti-

⁷² Vgl. dazu z. B. Triepel, S. 12 ff.; Kelsen, S. 54 f.; Scherer, S. 6 f.; K. von Orelli, a.a.O., S. 158 ff.; Eichenberger, a.a.O., S. 20 f.; H. Nef, a. a. O., S. 179; so erklärt es sich auch, warum man die Norm in Art. 113, Abs. 3 der BV gleichzeitig als Widerspruch zur Gewaltenteilung und als Folgerung aus der Gewaltenteilung bezeichnen kann; vgl. etwa Rappard, S. 130 a; Marti, S. 195.

⁷³ Vgl. Verhandlungen des Juristenvereins 1934, ZSR 53, S. 284 a; Oswald, a.a.O., S. 411, 423, 432; H. Nef, a.a.O., S. 179 f.; Ders., Die Gewaltenteilung im Bund, in Die Durchführung der Gewaltenteilung in der Schweiz, 1949, S. 20 ff., bes. S. 30 ff.

ven Gewaltenteilung ist nun aber nur so lange berechtigt, als der demokratische Gesetzgeber die individuelle Freiheit nicht verletzt. Hält er sich aber nicht mehr an die Verfassung, dann muß um der individuellen Freiheit willen auch die gegenseitige Hemmung der Gewalten gefordert werden. Die objektive Gewaltenteilung darf nicht zum Dogma erstarren. Wenn zum Schutz der in der Verfassung verankerten Werte eine Hemmung der legislativen Gewalt notwendig erscheint, dann darf sie nicht mehr mit der Begründung abgelehnt werden, sie widerspreche der objektiven Gewaltenteilung; das wäre doktrinär.

Diese Situation besteht heute im Bunde. Der Bundesgesetzgeber bedarf um des Schutzes der Verfassung willen der richterlichen Beaufsichtigung. Wir müssen von der Gewaltenhierarchie zum Gewaltengleichgewicht fortschreiten.

Der Einwand, die Verfassungsgerichtsbarkeit widerspreche der objektiven Gewaltenteilung, ist umso weniger berechtigt, als dieses Prinzip sich ohnehin nicht rein verwirklichen läßt. Auch bei uns ist es zu verschiedenen Durchbrechungen dieses Grundsatzes gekommen. Eine jede der drei Gewalten hat auch Befugnisse, die zu den angestammten Funktionen der beiden andern Gewalten gehören. Das ist bekannt. In unserm Zusammenhange ist aber namentlich auch die Tatsache interessant, daß es im Bunde durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit bereits zu einer Beeinträchtigung der objektiven Gewaltenteilung gekommen ist, die grundsätzlich schwerer wiegt, als es eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber tun würde. Soweit nämlich die Verwaltungsgerichtsbarkeit reformatorischer Natur ist, beeinträchtigt sie die objektive Gewaltenteilung grundsätzlich in höherem Maße als eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Gesetzgeber, die ja immer nur kassatorischer Natur sein könnte. Diesen Vergleich mag man insofern als schief empfinden, als die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht die «oberste Gewalt» des Bundes tangiert. Aber vom Prinzip der

objektiven Gewaltenteilung an sich genommen aus macht das keinen Unterschied aus⁷⁴. —

Was die Teilung der Verantwortlichkeit für die Gesetzgebung betrifft, so ist zu bedenken, daß nach der geltenden verfassungsrechtlichen Ordnung diese Verantwortlichkeit bereits geteilt ist. Sie ist auf die verschiedenen Teilorgane der Bundesgesetzgebung verteilt. Man wird für die Gesetzgebung nicht nur das jeweils letztinstanzlich entscheidende Organ verantwortlich machen dürfen. Auch wenn das Volk ein Gesetz annimmt, bleiben der Bundesrat und die Bundesversammlung für ihr Teil mitverantwortlich. So ist die Teilung der Verantwortlichkeit an sich nichts neues, und diese Folge der Verfassungsgerichtsbarkeit kann nicht gegen sie sprechen⁷⁵.

V. Die praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit

Die Einführung einer praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit ist seinerzeit von Fritz Fleiner in seinem Referat für den Juristentag des Jahres 1934 postuliert worden⁷⁶. Nach seinem Vorschlag sollte eine Verfassungsgerichtsbeschwerde vor der Vollziehung eines Bundesgesetzes oder eines Bundesbeschlusses eingereicht werden können. Bei Erlassen, die dem Referendum unterstehen, wäre sie binnen 30 Tagen nach der Publikation im Bundesblatt, mit der die Referendumsfrist eröffnet wird, zu erheben, wobei im Falle ihrer Gutheißung die Volksabstimmung zu unterbleiben hätte, bzw. das Gesetz oder der Beschluß nicht in Kraft treten dürften. Bei Erlassen der Bundesversammlung, die nicht dem Referendum unterstehen — was seit der Annahme des Art. 89 bis der BV nicht mehr im gleichen Maße aktuell ist —, wäre sie binnen 30 Tagen nach der Publikation in der Gesetzessammlung zu erheben, wobei der Präsident des Bundesgerichts ihr aufschiebende Wirkung beilegen könnte. Unabhängig von dieser Verfassungsgerichts-

⁷⁴ Vgl. etwa StenBull NR 1938, S. 272 f.; Dreyer, S. 100.

⁷⁵ Vgl. a. Kelsen, S. 54.

⁷⁶ Vgl. Fleiner, S. 30a ff.

beschwerde, für die Fleiner die Frage der Legitimation offen ließ⁷⁷, sollten die an der Gesetzgebung beteiligten Bundesbehörden (Bundesrat, Nationalrat, Ständerat) die Befugnis bekommen, bei Meinungsverschiedenheiten über die Verfassungsmäßigkeit eines geplanten Erlasses schon vor dem Abschluß des Gesetzgebungsverfahrens beim Bundesgericht ein verbindliches Gutachten über die Verfassungsfrage einzuholen. Die bundesrätlichen Verordnungen aber sollten wie bisher lediglich dem akzessorischen richterlichen Prüfungsrecht unterstehen.

Eine praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit postulieren ferner Prof. Dr. H. Huber, Regierungsrat Dr. A. Im Hof und Fürsprech Dr. R. Pfund in ihren Eingaben an den Schweizerischen Juristenverein. Prof. H. Huber schlägt vor, daß bei Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit einer Vorlage im Stadium der parlamentarischen Beratungen auf Begehren einer Minderheit in jedem der beiden gesetzgebenden Räte ein unverbindliches Gutachten des Bundesgerichts eingeholt werden müßte, wobei aber zu erwägen wäre, ob das Gutachten, wenn es die Verfassungsmäßigkeit verneint, nicht wenigstens die Wirkung haben sollte, daß der betreffende Erlaß von der Bundesversammlung nur mit einem qualifizierten Mehr angenommen werden könnte. Nach dem Vorschlag von Dr. A. Im Hof sollte das Bundesgericht während des Gesetzgebungsverfahrens auf Antrag einer bestimmten Minderheit eines der beiden Räte ($\frac{1}{8}$ oder $\frac{1}{6}$ z. B.), eines Kantons oder eventuell auch einer bestimmten Anzahl von Stimmbürgern (z. B. 1000) über die Verfassungsfrage absprechen mit der Wirkung, daß der Erlaß, den das Bundesgericht für verfassungswidrig erklärt, nur mit Zustimmung des Volkes und der Stände gültig zustande kommen könnte. Das ist jedoch nur der Kernpunkt seines Vorschlages. Er legt in präzise differenzierenden Ausführungen dar, wie diese praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit im Einzelnen zu gestalten wäre, und

⁷⁷ Er verlangte lediglich, daß auch die kantonalen Regierungen beschwerdeberechtigt seien.

er postuliert darüber hinaus auch eine repressive Verfassungsgerichtsbarkeit. Dr. R. Pfund schlägt vor, daß das Bundesgericht von Amtes wegen jedes Bundesgesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit prüfen müßte und daß ein von ihm als verfassungswidrig bezeichnetes Bundesgesetz dem Volke und den Ständen zur Abstimmung zu unterbreiten wäre.

Auch in der Bundesversammlung ist einst die Einführung einer praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit vorgeschlagen worden. Im Jahre 1938 wollte Nationalrat Dr. L. Rittmeyer dem Volksbegehren für die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit von 1936 einen Gegenvorschlag gegenüberstellen, wonach der Bundesrat, eine bestimmte Anzahl von Kantonsregierungen oder ein bestimmtes Quorum von Bürgern gegen Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse binnen einer bestimmten Frist (30 oder 60 Tage z. B.) nach ihrer Annahme durch die Bundesversammlung eine Verfassungsgerichtsbeschwerde hätten einreichen können⁷⁸.

Heute lanciert der Landesring der Unabhängigen eine Verfassungsinitiative, die zwar eine repressive Verfassungsgerichtsbarkeit intendiert, aber darüber hinaus folgende Norm in die Bundesverfassung einführen will: «Bevor die Volksabstimmung über ein Bundesgesetz oder einen Bundesbeschluß angesetzt wird, muß über dessen Verfassungsmäßigkeit ein Gutachten des Bundesgerichtes eingeholt und veröffentlicht werden; verneint dieses die Übereinstimmung mit der Verfassung, so ist zur Annahme der Vorlage die Mehrheit der Stimmenden und der Stände nötig». So will die Initiative mit der repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit eine praeventive kombinieren.

Der Bericht des Bundesrates zum Volksbegehren von 1936 hatte sich mit der lapidaren Feststellung begnügt, daß eine solche praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit in einer Ausdehnung auf alle Bundeserlasse «praktisch unmöglich» sei und daß sie namentlich weder auf dringliche Bundesbeschlüsse noch auf Erlasse des Bundesrates ange-

⁷⁸ StenBull NR 1938, S. 262, 271 ff.

wendet werden könnte⁷⁹. Diese Vorschläge zeigen, daß eine praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit in verschiedenen Formen verwirklicht werden kann. Das bestätigt auch ein Blick ins Ausland. Nach den Verfassungen von Columbia von 1886 (Art. 90) und Panama von 1904 (Art. 105) hat der Staatspräsident im Falle, daß er einen Gesetzesentwurf für verfassungswidrig hält und das Parlament trotzdem daran festhalten will, den Entwurf dem obersten Gerichtshof zu unterbreiten. Bejaht dieser die Verfassungsmäßigkeit, dann ist die Vorlage in Kraft zu setzen; andernfalls fällt sie dahin. Ein ähnliches Verfahren sieht die Verfassung von Ecuador von 1929 in Art. 67 vor⁸⁰. Nach der Verfassung des Landes Württemberg-Baden von 1946 (Art. 91, Abs. 3) hat der Staatsgerichtshof auf Antrag der Regierung oder eines Drittels der Mitglieder des Landtags Zweifelsfragen über die Auslegung der Verfassung zu entscheiden. Art. 96 der Verfassung des Landes Baden von 1947 sieht vor, daß bei Meinungsverschiedenheiten darüber, ob ein Gesetz die unerläßlichen Grundbestandteile einer demokratischen Verfassung verletzt oder beseitigt oder den Vorschriften über Verfassungsänderungen unterliegt, der Staatsgerichtshof die für die Regierung und den Landtag verbindliche Entscheidung trifft⁸¹. Nach Art. 130 der Verfassung von Rheinland-Pfalz von 1947 können die Regierung, der Landtag und jede Landtagsfraktion und jede Körperschaft des öffentlichen Rechts, die sich in ihren Rechten beeinträchtigt glaubt, sowie jede politische Partei, die bei der letzten Landtagswahl 10 vom Hundert der gültigen Stimmen erhalten hat, eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes darüber beantragen, ob eine Gesetzesvorlage verfassungswidrig ist⁸².

⁷⁹ Bericht 1937, S. 14.

⁸⁰ Vgl. Laferrière, S. 315, Anm. 1.

⁸¹ Vgl. auch Art. 95.

⁸² Vgl. für die Vorschläge auf Einführung einer praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit im deutschen Reich zur Weimarer Zeit die in Anm. 1 erwähnte Arbeit von Külz.

Zu erwähnen ist auch die Verfassung von Rumänien von 1923 (Art. 76), wonach ein besonderer Gesetzgebungsrat über jedes Gesetzesprojekt von Amtes wegen ein die Verfassungsmäßigkeit betreffendes unverbindliches Gutachten abgeben mußte⁸³. Ob das in der Verfassung von Frankreich von 1946 in den Art. 91 bis 93 vorgesehene Verfahren als «Gerichtbarkeit» bezeichnet werden kann, ist sehr fraglich. Es kann beim «Comité constitutionnel» angesichts seiner Bestellung und seiner Organisation kaum von einem unabhängigen Gericht die Rede sein. Seine Funktion aber ist jedenfalls eine praeventive Kontrolle der Gesetzgebung⁸⁴.

1. Die Vorteile

Die praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit hat gegenüber der repressiven in erster Linie den Vorteil, daß sie verfassungswidrige gesetzgeberische Erlasse verhindern hilft. Es ist selbstverständlich besser, daß verfassungswidrige Erlasse gar nicht in Kraft treten, als daß sie vorerst einmal rechtskräftig werden und nachträglich wieder aufgehoben werden müssen. Wird ein Gesetz nachträglich nichtig erklärt, dann bedeutet das gleichzeitig auch die Feststellung, daß durch seine bereits erfolgte Anwendung Unrecht geschehen ist, das sich in den seltensten Fällen wieder wird gutmachen lassen. Der repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit wird auch etwa vorgeworfen, es bedeute eine Rechtsunsicherheit und schwäche die Autorität des Gesetzes, wenn gesetzgeberische Erlasse noch nach Jahren bei ihrer Anwendung als verfassungswidrig angefochten werden können. Wie man sich auch dazu stellen mag, so ist es auf alle Fälle ein Vorteil der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit, daß sie diese Gefahr nicht mit sich bringt⁸⁵.

⁸³ Vgl. aber auch Art. 103.

⁸⁴ Vgl. die skeptischen Bemerkungen zu der in verschiedener Hinsicht unzulänglichen Einrichtung von Laferrière, S. 951 ff., und M. Duverger, *Manuel de droit constitutionnel*, 5. Auflage, 1948, S. 374 ff.

⁸⁵ Vgl. Fleiner, S. 25 a, 30 a f.; Grau, S. 297; Solyom, S. 73; Scherer, S. 88; StenBull NR 1938, S. 275.

Ein anderer, sehr bemerkenswerter Vorteil der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit besteht darin, daß bei ihr jene Frage, die die Auseinandersetzung um die Verfassungsgerichtsbarkeit bei uns bisher so sehr kompliziert hat, hinfällig ist: die Frage, ob auch gesetzgeberische Erlasse, die vom Volke ausdrücklich angenommen worden sind, der richterlichen Überprüfung unterstellt werden sollen⁸⁶. Dieses schwerwiegende Problem stellt sich bei der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit, wie sie bei uns vorgeschlagen wird, nicht, da der Richter vor dem Stadium der Volksabstimmung sprechen würde⁸⁷. Und damit im Zusammenhang kann man es als Vorteil der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit bezeichnen, daß der Verfassungsrichter nicht der letzten Instanz im Gesetzgebungsverfahren übergeordnet wird. Das Argument, daß nicht nach dem Volksentscheid nochmals ein anderes Organ sprechen dürfe, fällt dahin. Auch wird derjenige, der in einer Verfassungsgerichtsbarkeit die Gefahr einer «Richterregierung» erblickt, einer praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit jedenfalls eher zustimmen können als einer repressiven.

Bei der repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit ist es nicht ganz einfach, die Frage der Legitimation zur Anfechtung eines Gesetzes so zu ordnen, daß alle Verfassungswidrigkeiten geltend gemacht werden können. Auch in dieser Beziehung bietet die praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit einen Vorteil. Die Instanzen, die nach den erwähnten Vorschlägen ans Bundesgericht gelangen könnten, dürften es natürlich auch dann tun, wenn sie kein «persönliches Interesse» haben. Sie könnten also jede Verfassungswidrigkeit rügen. Mit der repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit könnte ein gleiches nur erreicht werden, wenn man die Legitimation zur Verfassungsgerichtsbeschwerde wesentlich anders ordnet, als es in unserer heute bestehenden Verfassungsgerichtsbarkeit der Fall ist; das aber ist nicht ganz unproblematisch⁸⁸.

⁸⁶ Vgl. dazu unten unter VIII.

⁸⁷ Vgl. Scherer, S. 90ff.; StenBull NR 1938, S. 275; Marti, S. 203.

⁸⁸ Vgl. dazu unten unter X.

2. Die Nachteile

Wir haben festgestellt, daß die Verfassungsgerichtsbarkeit eine gewisse Gefahr der «Politisierung» der Justiz in dem unter II, 2, a, erwähnten Sinne in sich birgt, daß wir aber unter den bei uns zur Zeit waltenden Umständen die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber trotzdem wagen sollten. Nun wird aber bei einer praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit diese Gefahr der «Politisierung» der Justiz wesentlich größer sein als bei einer repressiven. Das ist als ein gewichtiger Nachteil der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit zu buchen⁸⁹. Daß eine praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit unter diesem Gesichtspunkt weniger zu empfehlen ist als eine repressive, hängt mit dem in § 5 unter III Gesagten zusammen. Es macht einen wesentlichen Unterschied aus, ob der Gerichtshof in einem Zeitpunkt zu sprechen hat, in dem die Vorlage noch im Mittelpunkt der parteipolitischen Auseinandersetzung steht, oder ob er erst später, wenn der politische Kampf abgeschlossen ist, entscheiden muß⁹⁰.

Der am schwersten wiegende Nachteil der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit liegt darin, daß sie nur gegen Verfassungswidrigkeiten zu schützen vermag, die beim Erlass der Normen unmittelbar sichtbar sind. Die Erfahrung lehrt jedoch — die bundesgerichtliche Rechtssprechung bestätigt es Jahr für Jahr —, daß sich Gesetzesnormen vielfach erst bei ihrer Anwendung als verfassungswidrig erweisen. Der Mangel wird oft erst nach Jahren, ja nach Jahrzehnten deutlich. So wäre denn auch unsere bestehende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen bei weitem nicht so bedeutsam, wenn man die kantonalen Gesetze nicht auch anläßlich ihrer Anwendung jederzeit noch anfechten könnte. In den in den Bänden 1—74 publizierten Entscheiden des Bundesgerichts handelte es sich

⁸⁹ Vgl. Solym, S. 73.

⁹⁰ Vgl. Verhandlungen des Juristenvereins 1934, ZSR 53, S. 285 a.

bei den 291 staatsrechtlichen Rekursen gegen Gesetze nur in 75 Fällen um eine direkte Anfechtung von Gesetzesnormen innerhalb der nach ihrem Erlaß laufenden Rekursfrist. In den andern Fällen ging es um indirekte Anfechtungen von Gesetzesnormen im Anschluß an ihre Anwendung. Eine vollkommene Verfassungsgerichtsbarkeit muß sich also auch auf die spätere Anwendung der Gesetze erstrecken können. Dieser Anforderung kann eine praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit naturgemäß nicht genügen⁹¹.

Dieses Nachteils der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit sind sich ihre Befürworter bewußt⁹². Die einen nehmen ihn aber um der Vorteile und um der Vermeidung der mit der repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit ihrerseits verbundenen Nachteile wegen in Kauf, währenddem z. B. Dr. A. Im Hof daraus die Konsequenz zieht, daß mit der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit eine repressive zu verbinden sei. Auf alle Fälle hat dieser Nachteil der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit zur Folge, daß sie allein nicht als die ideale Lösung betrachtet werden kann. Sie könnte lediglich als ein erster Schritt in Frage kommen. Das scheint auch die Auffassung von Prof. H. Huber zu sein. Aber auch als ein solcher Anfang kann die praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit nur in Frage kommen, wenn sie eine ganz bestimmte Ausgestaltung erfährt.

3. Die Ausgestaltung

Wir haben gesehen, daß die praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit unter mehreren Gesichtspunkten in verschiedenen Varianten auftreten kann.

a) Die wichtigste Frage ist, ob der Entscheid des Gerichts ein für die Gesetzgebungsfaktoren unverbindliches

⁹¹ Vgl. z. B. Verhandlungen des Juristenvereins 1934, ZSR 53, S. 285a, 301a; Z. Giacometti, Juristische Erläuterungen zur Initiative betr. Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichtes, von 1936, S. 4; StenBull NR 1938, S. 279; Marti, S. 202 ff.

⁹² Vgl. z. B. Fleiner, S. 33a.

Gutachten sein soll oder ob ihm verbindliche Rechtswirkungen zukommen sollen. Ich bin der Auffassung, daß die praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit nur in Frage kommen kann, wenn dem Entscheid des Gerichts verbindliche Rechtswirkungen beigelegt werden. Es schiene mir des Bundesgerichts unwürdig zu sein, wenn sein Urteil nur ein unverbindliches Gutachten wäre. Eine solche begutachtende Funktion eines Gerichts ist zwar an sich denkbar; Prof. H. Huber hat in seiner Eingabe auf die internationale Gerichtsbarkeit hingewiesen; aber er hat auch zugegeben, daß das nicht ganz dasselbe ist. Eine solche Funktion würde meines Erachtens dem Ansehen des Bundesgerichts schaden. Es ist anzunehmen, daß im einzelnen Falle diejenigen, die eine vom Bundesgericht als verfassungswidrig bezeichnete Vorlage politisch wünschen oder eine vom Bundesgericht als verfassungsmäßig bezeichnete Vorlage politisch nicht wünschen, Gegengutachten einholen würden. Es käme dann vor der Bundesversammlung oder vor dem Volke zu einem «Prozeß» zwischen der Auffassung des Bundesgerichts und diesen andern Gutachten. Das aber wäre des Bundesgerichts unwürdig. Aber selbst dann, wenn es nicht zu Gegengutachten käme, wäre es dem Ansehen des Bundesgerichts abträglich, wenn die Gesetzgebungsfaktoren sich über sein Gutachten ohne weiteres hinwegsetzen dürften. Der Spruch des Bundesgerichts muß irgendwie vollstreckt werden, wenn das Bundesgericht nicht der Gefahr einer Entwürdigung ausgesetzt sein soll.

An Rechtswirkungen des Gerichtsentscheides kommt wieder verschiedenes in Frage. Es wird etwa erwogen, ob die richterliche Feststellung, daß eine Vorlage verfassungswidrig ist, bewirken soll, daß sie vom Parlament nur mit einem qualifizierten Mehr angenommen werden kann. Meiner Auffassung nach darf nur Eines in Frage kommen: wenn das Bundesgericht einen Entwurf als verfassungswidrig bezeichnet, dann muß er entweder dem Volk und den Ständen unterbreitet werden oder aber fallen gelassen werden. Eine jede mindere Rechtswirkung scheint

mir nicht annehmbar zu sein. Wenn die Verfassungswidrigkeit festgestellt ist, dann darf eine Vorlage nur rechtskräftig werden, wenn sie in dem für die Verfassungsrevision vorgesehenen Verfahren zustande kommt. Das allein entspricht jener Logik, wie sie auch dem neuen Art. 89 bis der BV zugrunde liegt und seine Stärke bildet. Wenn man sich mit einer weniger weit gehenden Rechtswirkung begnügen wollte, dann würde der Eindruck erweckt, unsere BV stehe auf dem Standpunkt, daß ein qualifiziertes Mehr im Parlament oder etwa eine Zustimmung des Volkes, nicht auch der Stände, eine Verfassungswidrigkeit zu heilen vermöge. Es ist klar, daß die Befürworter einer solchen Wirkung der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit das nicht so ansehen. Aber es muß vermieden werden, daß bei den Bürgern der Eindruck entsteht, unsere BV sehe es so an. Und es muß schließlich um des Schutzes der BV selbst willen gefordert werden, daß ihr in keinem andern Verfahren entgegengehandelt werden kann als in jenem der Verfassungsrevision⁹³. Daß wir damit Verfassungsrecht außerhalb der Verfassungsurkunde bekämen, darf nicht ausschlaggebend sein, umso weniger als das Prinzip der einheitlichen Verfassungsurkunde nun durch Art. 89 bis der BV ohnehin schon durchbrochen worden ist.

b) Nicht von derselben grundsätzlichen Bedeutung ist die Frage, ob das Gericht sämtliche gesetzgeberischen Vorlagen von Amtes wegen prüfen oder es nur auf Antrag tun müßte. Obschon ein Gericht im allgemeinen nur in Funktion tritt, wenn ein «Kläger» gegeben ist, wäre die erstgenannte Lösung denkbar. Sie hätte den für die praktische Durchführung der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit nicht zu unterschätzenden Vorteil, daß die etwas heikle Frage der Legitimation zur Anfechtung hinfällig würde. Wenn man das Bundesgericht nur auf Antrag hin will tätig werden lassen, dann wird man die Legitimation vorerst einmal dem Bundesrat und den beiden Kam-

⁹³ Unter diesem Gesichtspunkt ist die Lösung der französischen Verfassung von 1946 konsequent gedacht.

mern der Bundesversammlung zusprechen, wobei sie selbstverständlich einer Minderheit der Mitglieder einer jeden Behörde zustehen müßte. Auch die Kantone müßten in irgendeiner Form zur Anfechtung legitimiert sein. Schwieriger liegt das Problem, in welcher Weise die einzelnen Bürger zur Anfechtung zuzulassen wären. Es wäre ein Mangel einer Verfassungsgerichtsbarkeit, wenn nicht auch ein Einzelner eine Verfassungswidrigkeit geltend machen könnte. Das ist, so viel ich sehe, für die praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit bisher nicht ausdrücklich postuliert worden. Man hat davon gesprochen, daß eine bestimmte größere Anzahl von Bürgern, allenfalls nur von Stimmbürgern, legitimiert sein sollte. Bei F. Fleiner, der die Frage der Legitimation offen ließ, scheint mir jedoch stillschweigend die Meinung bestanden zu haben, daß jeder Einzelne an das Bundesgericht gelangen könnte, denn er wollte ja das neue Institut soweit als möglich der bestehenden Verfassungsgerichtsbarkeit nachbilden. Wenn man nicht die Lösung wählen will, daß das Gericht alle Erlasse von Amtes wegen prüfen muß, dann sollte m. E. wenn immer möglich versucht werden, eine solche individuelle Beschwerde vorzusehen. —

Ich komme für die praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit zum Ergebnis, daß sie bestenfalls als ein erster Schritt vorgesehen werden kann und daß sie nur in Frage kommen darf, wenn man dem Entscheid des Gerichts die unter a postulierte Rechtswirkung beilegen will.

VI. Die unselbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit

Im Gegensatz zur praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit bildet die unselbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen (das akzessorische richterliche Prüfungsrecht) ein Rechtsinstitut, das im Ansatz schon besteht. Der Richter darf nach geltendem Recht rechtssetzende einfache Bundesbeschlüsse und bundesrät-

liche Verordnungen anlässlich eines Streitfalles überprüfen⁹⁴. Das folgert die Praxis *e contrario* aus Art. 113, Abs. 3 BV. De lege ferenda ergibt sich daraus, daß die Praxis konsequenterweise ein akzessorisches richterliches Prüfungsrecht gegenüber den andern Bundeserlassen schon dann anerkennen müßte, wenn man den Richter von der Verpflichtung, die in Art. 113, Abs. 3 genannten Erlasse zu beachten, entbinden, mit anderen Worten Art. 113, Abs. 3 streichen würde. Das ist denn auch schon mehrfach gefordert worden. Wer für eine Beseitigung der dem Richter in Art. 113, Abs. 3 BV auferlegten Schranke eintritt, tritt somit für einen Ausbau der unselbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit im Bunde ein.

Die Bestrebungen auf Streichung des Art. 113, Abs. 3 BV und damit auf Einführung der unselbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber allen Bundeserlassen gehen im Grunde schon auf die Zeit der Entstehung des Art. 113, Abs. 3 zurück. Es hatten sich schon damals einzelne Stimmen gegen diese Bindung des Richters erhoben; aber sie waren nicht zahlreich⁹⁵. Jakob Dubs, der die Norm des Art. 113, Abs. 3 BV vorgeschlagen hatte, trat später selbst für ein akzessorisches richterliches Prüfungsrecht ein⁹⁶. Am Juristentag des Jahres 1890 plädierte Gustav Vogt mit inzwischen klassisch gewordenen Worten für die Beseitigung des Art. 113, Abs. 3 BV⁹⁷. Auch in den Auseinandersetzungen um die verfassungsrechtliche Verankerung der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit in Art. 114 bis BV (von 1914) machten sich wieder Stimmen gegen den Grundsatz der Bindung des Richters an die BG und BB laut⁹⁸. Eine unselbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit hatte dann auch die

⁹⁴ Vgl. § 4, I, 2, d.

⁹⁵ Vgl. Fleiner, S. 3a ff.; Rappard, S. 126a ff.

⁹⁶ Vgl. J. Dubs, Das öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft, 1877/78, I, S. 118.

⁹⁷ Vgl. ZSR Band 9, 566 ff., S. 585 f.

⁹⁸ Vgl. Rappard, S. 134a ff.

Motion de Rabours im Auge, wenn sie für eine Modifikation des Art. 113, Abs. 3 BV eintrat⁹⁹. In der Literatur ist ein solcher Ausbau der unselbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit seither etwa von G. Solyom, H. Marti, E. Ruck postuliert worden¹⁰⁰. Sodann regt Dr. P. Kaufmann in seiner Eingabe an den Schweizerischen Juristenverein ein allgemeines akzessorisches richterliches Prüfungsrecht an.

Was das Ausland betrifft, so ist das berühmteste Beispiel der unselbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit die richterliche Überprüfung der Gesetzgebung in den Vereinigten Staaten von Amerika¹⁰¹. Bekannt ist aber auch, daß die Verfassung von Österreich von 1920 und die Gesetzesbestimmungen der Tschechoslowakei von 1920 neben der selbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit auch die unselbständige kannten¹⁰². Zu erwähnen sind ferner die Verfassung von Rumänien von 1923 (Art. 103) und von 1938 (Art. 75), von Portugal von 1933 (Art. 122), von Irland von 1937 (Art. 34) und die Verfassungen verschiedener südamerikanischer Staaten¹⁰³. Von den neuesten Verfassungen kennen diejenige Italiens von 1947 (Art. 134/137 und das in Ausführung von Art. 137 ergangene Verfassungsgesetz vom 9. Februar 1948) und diejenigen der deutschen Länder Bayern (Art. 92), Württemberg-Baden (Art. 92), Hessen (Art. 133), Württemberg-Hohenzollern (Art. 62), Baden (Art.

⁹⁹ Vgl. Burckhardt, Schweizerisches Bundesrecht, Nr. 936; Fleiner, S. 6a; Rappard, S. 136a f.; Biert, S. 44 f.; Eggenchwiler, S. 9 f.

¹⁰⁰ Vgl. Solyom, bes. S. 129 ff.; Marti, S. 204 ff., bes. 207 f.; Ruck, Freiheit und Rechtsstaat, Festgabe der Juristischen Fakultäten 1948, S. 85 f.

¹⁰¹ Vgl. bes. Schindler, Rappard, Großmann, Biert, S. 8 ff., 96 ff.; Laferrière, S. 316 ff.

¹⁰² Vgl. Kelsen, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates nach der österreichischen Bundesverfassung von 1920, ZSR 42, 173 ff., bes. S. 192 f.; Biert, S. 18 ff. und 22 ff.

¹⁰³ Vgl. Laferrière, S. 329.

114) und Rheinland-Pfalz (Art. 130,3) ein richterliches Prüfungsrecht, währenddem es einige Verfassungen der in der Ostzone gelegenen deutschen «Länder» ausdrücklich ausschließen¹⁰⁴. Darüber hinaus aber wird das richterliche Prüfungsrecht praktisch bisweilen auch in Staaten anerkannt, in denen es nicht ausdrücklich vorgesehen ist¹⁰⁵. Vielfach aber gibt das Schweigen der Verfassung zu Meinungsverschiedenheiten über das Bestehen des richterlichen Prüfungsrechts Anlaß¹⁰⁶.

1. Die Vorteile

Es ist der bedeutendste Vorzug der unselbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit, daß die Gesetze anläßlich ihrer Anwendung als verfassungswidrig angefochten werden können, zeigt sich doch ihre Verfassungswidrigkeit, wie wir schon festgestellt haben, oft erst bei ihrem Vollzug¹⁰⁷. Bei der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit ist das ausgeschlossen, und bei der selbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit ist es jedenfalls nicht notwendigerweise so, daß die Gesetze auch noch bei ihrer Anwendung angefochten werden können, währenddem es für die unselbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit begriffswesentlich ist. Das ist unter allgemeinen Gesichtspunkten ihr wichtigster Vorteil¹⁰⁸.

Beachtenswert ist auch, daß bei der unselbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit die Gefahr der «Poli-

¹⁰⁴ Vgl. z. B. Mark Brandenburg, Art. 37, Sachsen, Art. 60, Sachsen-Anhalt, Art. 60, Zif. 3, Thüringen, Art. 43.

¹⁰⁵ Vgl. dazu Laferrière, S. 329.

¹⁰⁶ Vgl. z. B. für Frankreich: Laferrière, S. 330 ff., 956 f.; Duverger, a.a.O., S. 374 ff.; Biert, S. 35 f.; für Deutschland zur Weimarer Zeit: Biert, S. 7 f., 28 ff., 33 f.; Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 111, S. 320 ff.; C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 195 f.; Külz, S. 837 ff.

¹⁰⁷ Vgl. oben unter V, 2.

¹⁰⁸ Vgl. ZSR 53, S. 285a, 301a; Bericht 1937, S. 14; StenBull NR 1938, S. 279; Giacometti, Erläuterungen., S. 4 f.; Eggen-schwiler, S. 114, 154 f.; Marti, S. 202 ff.

tisierung» der Justiz am geringsten ist. Es kommt hier auf alle Fälle erst in einem gewissen zeitlichen Abstand zum Erlaß des Gesetzes, oft aber erst nach Jahren oder gar nach Jahrzehnten zur richterlichen Überprüfung des gesetzgeberischen Aktes. So geht es hier um die Verfassungsgerichtsbarkeit, die am denkbar weitesten von der politischen Auseinandersetzung um das Gesetz entfernt ist, womit sie den Gegenpol zur praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit bildet. So hat Heinrich Triepel sagen können, das amerikanische System bedeute die beste «Entpolitisierung» der Verfassungsgerichtsbarkeit; es sei das «objektivste» System¹⁰⁹. Auch wird hier der «Konflikt» zwischen dem Richter und dem Gesetzgeber am wenigsten empfunden werden¹¹⁰. In Betracht zu ziehen ist auch, daß die unselbstständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit im Bunde im Ansatz schon besteht und daß ihre Erstreckung auf sämtliche Bundeserlasse nichts weiteres voraussetzen würde als die Beseitigung oder die Abänderung des Art. 113, Abs. 3 und des Art. 114 bis, Abs. 3 der BV.

Als weiteren Vorteil der unselbstständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit bezeichnet man es etwa, daß der gesetzgeberische Erlaß selbst nicht aufgehoben wird. Er bleibe an sich bestehen; es werde ihm nur die Anwendung versagt¹¹¹. Das ist jedoch zu formalistisch gedacht. Wenn das höchste Gericht des Landes eine Gesetzesnorm für verfassungswidrig erklärt und nicht anwendet, dann wird sie damit faktisch gesehen außer Kraft gesetzt, auch wenn sie formell nicht aufgehoben wird. Das lehrt uns die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen, und das lehrt im Grunde genommen eine jede Rechtssprechung¹¹².

¹⁰⁹ Triepel, S. 16, 26.

¹¹⁰ Vgl. Laferrière, S. 315.

¹¹¹ Vgl. z. B. StenBull StR 1925, S. 341; C. Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in «Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben», Festgabe für das Reichsgericht, 1929, S. 167 ff.

¹¹² Vgl. auch Laferrière, S. 316, 318.

2. Die Nachteile

Als Nachteil der unselbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit fällt in erster Linie die Rechtsunsicherheit in Betracht, die dadurch entsteht, daß die gesetzgeberischen Erlasse jederzeit als verfassungswidrig angefochten werden können. Die Gültigkeit der Erlasse ist gewissermaßen dauernd in Frage gestellt. Sämtliche bisher ergangenen Bundeserlasse könnten fortan zum Gegenstand richterlicher Überprüfung gemacht und gegebenenfalls nach Jahrzehnten noch als ungültig bezeichnet werden. Das wäre bei der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit nicht so, und bei der selbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit könnte man das dadurch umgehen, daß man die Anfechtung nur binnen einer bestimmten Frist nach dem Erlaß des Gesetzes zuließe und die Anfechtung der Gesetznormen anlässlich ihrer Anwendung ausschlosse¹¹³.

Das ist ein Nachteil, den man beim akzessorischen richterlichen Prüfungsrecht in Kauf nehmen müßte. Mit dem Vorteil, daß man die Erlasse bei ihrer Anwendung anfechten kann, ist notwendigerweise dieser Nachteil der Rechtsunsicherheit verbunden. Hier muß man sich entscheiden, ob man um des Vorteils willen den Nachteil in Kauf nehmen oder aber wegen des Nachteils auf das Institut verzichten will. Eine «mittlere Lösung» gibt es nicht.

Hingegen darf man auch hier die Dinge nicht dramatisieren. Es wäre übertrieben, anzunehmen, daß nun etwa das ganze ZGB, das ganze OR, das ganze StGB, das ganze SchKG und andere große Bundesgesetze in ihrem ganzen Umfange für immer in Frage gestellt würden. Es ist bei weiten Partien der Bundesgesetzgebung gar nicht denkbar, daß sie als verfassungswidrig angefochten werden könnten. Außerdem wird auch hier wieder zu bedenken sein, daß sich Unzukömmlichkeiten schon längst in den Kantonen hät-

¹¹³ Vgl. dazu Fleiner, S. 25a; ZSR 53, S. 294a; Bericht 1937, S. 14 ff., 22 f.; StenBull StR 1937, S. 425; NR 1938, S. 264, 267, 272; Giacometti, S. 292.

ten zeigen müssen. In der bestehenden Verfassungsgerichtsbarkeit können ja auch die Anwendungsakte angefochten werden, und in dieser Hinsicht kommt die bestehende Verfassungsgerichtsbarkeit einem akzessorischen richterlichen Prüfungsrecht gleich¹¹⁴. Es ist jedoch bisher in den Kantonen nicht über eine unerträgliche Rechtsunsicherheit geklagt worden¹¹⁵. Es soll aber umgekehrt nicht verkannt werden, daß diese Rechtsunsicherheit auf dem Boden des Bundes angesichts der Größenunterschiede vielleicht stärker empfunden würde als in den Kantonen.

Ein schwer wiegender Nachteil der unselbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit ist es ferner, daß auf diesem Wege nicht alle Verfassungswidrigkeiten gerügt werden können. Verfassungswidrigkeiten können hier vom Bürger nur beanstandet werden, wenn es in der betreffenden Materie zu einem Zivilprozeß, zu einem Strafprozeß oder zu einem Verwaltungsprozeß vor Gericht kommen kann. Das aber trifft bei weitem nicht bei allen Materien der Bundesgesetzgebung zu und wird es auch in Zukunft niemals tun. Zur Zeit würde sich hier vor allem die Tatsache ungünstig auswirken, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde noch nicht weiter ausgebaut ist. Wenn man sich in der Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem akzessorischen richterlichen Prüfungsrecht begnügen wollte, müßte man auch unter dem Gesichtspunkt des Verfassungsschutzes fordern, daß gleichzeitig auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit erheblich erweitert werde. Ein Beispiel: Ein BG führt gestützt auf Art. 31 bis, Abs. 3 der BV für ein bestimmtes Gewerbe den obligatorischen Fähigkeitsausweis ein und bedroht die Ausübung des Gewerbes ohne die auf Grund des Fähigkeitsausweises erlangte Bewilligung mit Strafe. Nun sind unter unserm Gesichtspunkt zwei Möglichkeiten denkbar: Ein Bürger, der den Fähigkeitsausweis nicht besitzt und das BG für verfassungswidrig hält, weil die Voraussetzungen des Art. 31 bis Abs. 3 der

¹¹⁴ Vgl. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 80 f.

¹¹⁵ Vgl. Marti, S. 206.

BV nicht gegeben sind, kann unter dem System des akzessorischen richterlichen Prüfungsrechts diese Verfassungswidrigkeit dadurch geltend machen, daß er um die Erteilung der Bewilligung nachsucht, damit abgewiesen wird und gegen diese Abweisung mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gelangt, um dabei vorfrageweise die Verfassungswidrigkeit des BG geltend zu machen. Das aber ist nach geltendem Recht nur möglich, wenn das BG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde für diesen Fall ausdrücklich vorsieht. In dieser Weise ist die Wirksamkeit der unselbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit vom Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit abhängig. Oder aber der Bürger übt das Gewerbe einfach ohne Bewilligung aus, wird dafür bestraft und macht dann die Verfassungswidrigkeit des BG im Strafverfahren geltend. Das ist nur möglich, soweit überhaupt Strafnormen bestehen, und das Stoßende ist hier, daß man sich, um die Möglichkeit zu bekommen, die Verfassungswidrigkeit eines BG geltend machen zu können, zuerst absichtlich strafbar machen muß; das ist auch deswegen unbefriedigend, weil man ja nicht wissen kann, ob man vom Bundesgericht dann tatsächlich geschützt werden wird. Die Verfassungsgerichtsbarkeit sollte nicht in solcher Weise mit andern Rechtsinstituten verknüpft sein und den Bürger nötigen, zu künstlichen und für ihn riskanten Mitteln zu greifen, wenn er eine Verfassungswidrigkeit will geltend machen können¹¹⁶.

So kann auch die unselbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit bestenfalls als ein erster Schritt in Frage kommen. Sie bietet ihrer Natur nach nur einen unvollkommenen Verfassungsschutz, indem man auf diesem Wege niemals alle Verfassungswidrigkeiten wird geltend machen können.

¹¹⁶ Vgl. dazu auch Schindler, S. 56 ff.; Solyom, S. 75; für Fälle, in denen das akzessorische richterliche Prüfungsrecht versagen würde, siehe auch Kunz, S. 10 ff., 60 f., 63 ff.; siehe auch Giacometti, S. 291 f.

Als Nachteil wird der unselbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit auch angerechnet, daß sie nur eine «Gelegenheitsgerichtsbarkeit» sei, die keine grundsätzlichen Lösungen zu schaffen vermöge¹¹⁷. Das kann jedoch gegenüber den erwähnten Vorteilen und neben den andern Nachteilen nicht entscheidend ins Gewicht fallen.

3. Die Ausgestaltung

Auch die unselbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit kann unter einzelnen Gesichtspunkten verschieden gestaltet werden.

a) Es erhebt sich vor allem die Frage, ob das akzessorische richterliche Prüfungsrecht allen Gerichten des Landes oder nur dem höchsten, also bei uns nur dem Bundesgericht zustehen sollte. Es scheint mir empfehlenswert zu sein, die Dinge so zu ordnen, daß die Prüfung der Bundeserlasse durch alle Gerichte vorgenommen werden darf. Wenn die untern Instanzen die Prüfung nicht vornehmen dürften, dann hätten sie den Prozeß durchzuführen und den betreffenden Erlaß anzuwenden, obschon immer die Möglichkeit bestünde, daß am Ende ganz anders entschieden würde, weil das Bundesgericht den Erlaß für verfassungswidrig hält. Das wäre nicht ökonomisch. So sollten alle Gerichte die Bundeserlasse überprüfen dürfen¹¹⁸. Eine andere Frage aber ist, ob auch alle Gerichte die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Bundeserlasse sollen entscheiden dürfen. Das ist durch die Tatsache, daß sie die Prüfung vornehmen dürfen, noch nicht prejudiziert. Wenn man ihnen auch die Entscheidungsbefugnis gibt, dann muß ihr Entscheid auf alle Fälle letzten Endes an das Bundesgericht weiter gezogen werden können. Denn letzten Endes muß um der Rechtseinheit willen ein bestimmtes Ge-

¹¹⁷ Triepel, S. 26, Schmitt, S. 18 f., Biert, S. 164, Huber, S. 21.

¹¹⁸ Siehe auch Bundesrat Häberlin, Verhandlungen des Juristenvereins 1934, ZSR 53, S. 291a; vgl. auch Schindler, S. 20.

richt in allen Fällen den letzten Entscheid treffen¹¹⁹. Und zwar müßte der Entscheid der Vorfrage selbständig bis ans Bundesgericht weiter gezogen werden können; denn es wäre wiederum nicht ökonomisch, wenn die untern Instanzen den Prozeß durchführen würden, obschon die Möglichkeit besteht, daß das Bundesgericht wegen der Vorfrage allein schon anders entscheiden wird. Näher liegend aber ist wohl eine andere Lösung: Wenn beim untern Gericht die Einrede der Verfassungswidrigkeit des in Frage stehenden Bundeserlasses erhoben wird, dann müßte das Gericht in der Sache aussetzen und die Vorfrage dem Bundesgericht zum Entscheid unterbreiten. Und zwar müßte es das immer tun, nicht nur dann, wenn es selbst mehrheitlich der Auffassung ist, daß der Erlaß verfassungswidrig ist, wie das in einigen Verfassungen deutscher Länder (Bayern, Hessen, Baden usw.) heute vorgesehen ist. Es ist ökonomisch, wenn die Einrede der Verfassungswidrigkeit in allen Fällen sofort einen Entscheid des Bundesgerichts auslöst. Die Einrede könnte dann also bei allen Gerichten erhoben, aber nur vom Bundesgericht entschieden werden.

b) Weiterhin fragt es sich, ob die Gerichte die Verfassungsmäßigkeit der Bundeserlasse von Amtes wegen oder nur auf Antrag sollen prüfen dürfen¹²⁰. Daß sie sie von Amtes wegen prüfen müssen, schiene mir zu weit zu gehen. Daß sie sie aber von Amtes wegen prüfen dürfen, dagegen ist wohl nichts einzuwenden. Es ist aber auch nicht unbedingt notwendig. Wenn die Prüfung auch von den untern Instanzen vorgenommen werden darf, dann müßte in diesem Falle vorgesehen werden, daß schon bei Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit eines Bundeserlasses das Bundesgericht anzugehen wäre, nicht nur, wenn das Gericht mehrheitlich den Erlaß für verfassungswidrig hält¹²¹.

¹¹⁹ Vgl. Fleiner, S. 30a f.; Rappard, S. 115a; Külz, Spalte 841; Grau, S. 307 f.

¹²⁰ Vgl. Kelsen, a.a.O., S. 193.

¹²¹ Vgl. Grau, S. 301 ff.

VII. Die selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit

Es ist nicht erstaunlich, daß bei den Bemühungen um die Verwirklichung einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber bisher der Gedanke der selbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit im Vordergrund gestanden hat, besitzen wir doch in der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts gegenüber den Kantonen bereits eine innerhalb ihrer Grenzen wohlausgebaute und erprobte selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit, währenddem eine unselbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit nur in bescheidenen Ansätzen verwirklicht ist. F. Fleiner hatte sich bekanntlich auf den Standpunkt gestellt, daß der Verfassungsgesetzgeber schon mit Art. 113 der Bundesverfassung von 1874 eine sich auch auf Bundeserlasse beziehende selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit errichten wollte und daß die Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf kantonale Erlasse und Verfügungen ein verfassungswidriges Werk des einfachen Gesetzgebers war. Es dürfte jedoch heute feststehen, daß der historische Verfassungsgesetzgeber, obschon er es in der BV nicht ausdrücklich gesagt hat, tatsächlich nur eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen einführen wollte¹²². In der Bundesversammlung ist eine selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit durch das Postulat Scherer von 1924 angeregt worden¹²³. Es sollte danach ein staatsrechtlicher Rekurs gegen Bundesbeschlüsse, die nicht dem Referendum unterstanden hatten, sowie gegen Verordnungen des Bundesrates geschaffen werden. Die durch die

¹²² Vgl. dazu insbes. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 41 ff., 93 ff.; vgl. auch Bbl 1874 I S. 1076; Bbl 1892 II, S. 377; StenBull StR 1925, S. 340; Rappard, S. 132a f.; Scherer, S. 67 ff.; Eggenschwiler, S. 84 f.; Fleiner/Giacometti, S. 886 f.

¹²³ Siehe W. Burckhardt, Schweizerisches Bundesrecht, Nr. 937.

Krisengesetzgebung der dreißiger Jahre ausgelösten Bestrebungen auf Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber kristallisierten sich in dem schon mehrfach erwähnten Volksbegehren von 1936, womit ebenfalls eine selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit intendiert wurde¹²⁴. Dabei hätten Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse, die in einer Volksabstimmung angenommen worden waren, nicht angefochten werden können. Eine selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit sieht auch die Verfassungsinitiative des Landesrings der Unabhängigen, die vor kurzem lanciert worden ist, vor. Auch sie nimmt die in einer Volksabstimmung angenommenen Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse von der richterlichen Überprüfung aus. Daß diese Initiative daneben eine praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit vorsieht, ist schon erwähnt worden¹²⁵. Die Einführung einer selbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber ist auch im Schrifttum vielfach gefordert worden. Es darf wohl angenommen werden, daß überall dort, wo bei uns ganz einfach «die Verfassungsgerichtsbarkeit» gegenüber Bundeserlassen postuliert wird, an die selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit gedacht wird. Es sei an dieser Stelle lediglich daran erinnert, wie Prof. Z. Giacometti sich in allen seinen Publikationen unablässig für eine solche Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen eingesetzt hat. In den Eingaben an den Schweizerischen Juristenverein wird eine selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit von Dr. E. Curti, Dr. A. Schreiber und alt Regierungsrat Dr. A. Im Hof befürwortet, wobei letzterer, wie erwähnt, die repressive Verfassungsgerichtsbarkeit mit einer praeventiven verbinden möchte. Demgegenüber lehnt Dr. F. Balmer eine solche Verfassungsgerichtsbarkeit ab.

¹²⁴ Vgl. Bbl 1936 II 555 ff., 1937 III 5 ff., 1938 II 854, 856, 1205, 1207; AS 55, 241.

¹²⁵ Vgl. oben unter V.

Was die Verwirklichung der selbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit im Ausland betrifft, so ist auf die Verfassung von Columbien von 1886 (Art. 151), die Verfassung von Österreich von 1920, die Gesetzesbestimmungen der Tschechoslowakei von 1920, die Verfassungen von Haiti von 1928 (Art. 99), von Spanien von 1931 (Art. 121), von Venezuela von 1931 (Art. 120), von Cuba von 1934 (Art. 78), von Bayern von 1946 (Art. 66 und 120), von Hessen von 1946 (Art. 131, 132 und 17), von Rheinland-Pfalz von 1947 (Art. 130, 135) sowie auf die Bonner Verfassung von 1949 (Art. 93) zu verweisen, wobei aber die Legitimation zur Verfassungsgerichtsbeschwerde in diesen Verfassungen sehr verschieden geordnet ist¹²⁶.

1. Die Vorteile

Mit dem Institut des akzessorischen richterlichen Prüfungsrechts teilt die selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit den Vorteil, daß die gesetzgeberischen Erlasse auch angefochten werden können, wenn sie sich bei ihrer Anwendung als verfassungswidrig erweisen¹²⁷. Dieser Vorteil ist allerdings der selbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit nicht schon ihrem Wesen gemäß eigen; aber sie kann jedenfalls so gestaltet werden, daß man die Erlasse auch noch anläßlich ihrer Anwendung anfechten kann.

Ihr entscheidender Vorzug gegenüber der unselbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit aber besteht darin, daß in ihr grundsätzlich alle Verfassungswidrigkeiten geltend gemacht werden können und die Verfassungswidrigkeit nicht nur dann gerügt werden kann, wenn in der Materie ein Zivil-, ein Straf- oder ein Verwaltungsprozeß vor Gericht möglich ist. Das setzt allerdings eine

¹²⁶ Vgl. etwa Kelsen, a. a. O., passim; Biert, S. 18 ff., 22 ff.; Laferrière, S. 312 ff.; vgl. für die Vorschläge in Deutschland zur Weimarer Zeit Külz, Spalte 838, 842 f.

¹²⁷ Vgl. oben unter V, 2 und VI, 1.

entsprechende Gestaltung der Legitimation zur Verfassungsgerichtsbeschwerde voraus, was nicht ganz einfach ist¹²⁸. Aber auch dann, wenn man für die Legitimation etwa das «persönliche Interesse» voraussetzt, können in dieser Verfassungsgerichtsbarkeit auf alle Fälle bedeutend mehr Verfassungswidrigkeiten geltend gemacht werden als in der unselbständigen. Auch muß hier die Möglichkeit der Anfechtung eines Erlasses niemals mit künstlichen Mitteln herbeigeführt werden¹²⁹.

Vorteilhaft ist ferner, daß hier die Gefahr der «Politisierung» der Justiz jedenfalls geringer ist als bei der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit, da der Richter erst nach Abschluß der parteipolitischen Auseinandersetzung um den Erlaß spricht¹³⁰.

Sodann ist für unser Land bedeutsam, daß wir mit dieser Verfassungsgerichtsbarkeit an ein schon bestehendes Rechtsinstitut anknüpfen könnten. Damit hebt sich die selbständige Verfassungsgerichtsbarkeit für uns einerseits von der unselbständigen ab, für die wir in unserem geltenden Recht kein ebenbürtiges Vorbild besitzen, und andererseits von der praeventiven, für die wir in unserem geltenden Recht überhaupt kein Vorbild besitzen.

Wem eine Verfassungsgerichtsbarkeit, in der man die Gesetze jederzeit auch noch anläßlich ihrer Anwendung anfechten kann, problematisch erscheint, weil sie eine gewisse Rechtsunsicherheit mit sich bringt¹³¹, der wird es auch als ein Vorteil der selbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit betrachten, daß man diesen Nachteil hier dadurch umgehen kann, daß man die Anfechtung eines Gesetzes nur binnen einer bestimmten Frist nach seinem Erlaß gestattet und seine Anfechtung anläßlich späterer Anwendungen ausdrücklich ausschließt. Allein damit gäbe man dann gleichzeitig den erwähnten Vorteil preis, der in

¹²⁸ Vgl. unten unter X.

¹²⁹ Vgl. oben unter VI, 2.

¹³⁰ Vgl. oben unter V, 2 und VI, 1.

¹³¹ Vgl. oben unter VI, 2.

dieser Möglichkeit, die Erlasse auch noch bei ihrer Anwendung anzufechten, liegt. Auch hier muß man sich entscheiden, ob man wegen dieses Vorteils den Nachteil der Rechtsunsicherheit in Kauf nehmen oder aber um der Vermeidung der Rechtsunsicherheit willen auf den Vorteil verzichten will. Für mein Empfinden wiegt die Gefahr der Rechtsunsicherheit nicht so schwer, als daß man auf den Vorteil der dauernden Anfechtungsmöglichkeit verzichten müßte.

Schließlich ist als Vorteil der selbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit noch zu buchen, daß ihr zweifellos eine gewisse praeventive Wirkung zukäme, ohne daß damit die Nachteile der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit verbunden wären¹³².

2. Die Nachteile

Wenn die selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit so gestaltet wird, daß die Erlasse auch bei jeder Anwendung noch angefochten werden können, dann bringt sie den Nachteil der schon mehrfach erwähnten Rechtsunsicherheit mit sich¹³³.

Des weitern bedeutet es einen Nachteil gegenüber der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit, daß sich hier die heikle Frage stellt, ob auch vom Volke ausdrücklich angenommene Erlasse sollen angefochten werden können¹³⁴.

Als Nachteil dieser Verfassungsgerichtsbarkeit erscheint ferner die Tatsache, daß durch die richterliche Aufhebung einer Gesetznorm eine Lücke in der Rechtsordnung entstehen kann. Man steht dann vor einem rechtsleeren Raum. Es kann zu einem sachlich unbefriedigenden Zustand, also zu einer unechten Lücke kommen; oder es kann zu einem logischen Mangel, also zu einer echten Lücke kommen. Und es kann unter Umständen durch den Wegfall einer

¹³² Vgl. auch Bericht 1937, S. 28 f.; Bbl 1943 I S. 136.

¹³³ Vgl. dazu das oben unter VI, 2 und VII, 1 Gesagte.

¹³⁴ Vgl. dazu oben unter V, 1 und unten unter VIII.

Rechtsnorm das Gesetz als Ganzes oder wenigstens in einzelnen weitem Partien wertlos werden¹³⁵.

Daß unechte Lücken entstehen können, darf m. E. keine Rolle spielen. Es hat auf alle Fälle die Verfassung vorzugehen und nicht das, was der Gesetzgeber in Widerspruch zu ihr für sachlich richtig hält. Nicht vorübergehen aber darf man an der Tatsache, daß echte Lücken entstehen können. Hingegen braucht man deswegen auf die selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit nicht zu verzichten.

Einmal ist zu beachten, daß nicht in allen Fällen, in denen der Richter eine Gesetzesnorm aufhebt, eine echte Lücke entstehen muß. Es gibt Fälle, in denen das keineswegs zutrifft. Wenn der Richter z. B. die von Fleiner als verfassungswidrig bezeichnete Norm des Art. 277 des ZGB aufheben würde, dann würde ganz einfach die Norm der BV, der sie angeblich widerspricht, nämlich der Art. 49 Abs. 3 BV, in die Lücke treten, wie ja denn überhaupt oftmals die entsprechende Verfassungsnorm «Ersatz» für eine ihr widersprechende und deswegen nichtig erklärte Gesetzesnorm bieten würde¹³⁶. Man stelle sich ferner folgendes vor: Der Richter hält eine bestimmte Besteuerung einer gewissen Personenkategorie für verfassungswidrig. Ist die Besteuerung überhaupt unzulässig, dann hat sie einfach dahinzufallen. Ist sie aber nur in dem vom Gesetz vorgesehenen Maße unzulässig, dann wird man sie von nun an ganz einfach in dem vom Richter als zulässig bezeichneten Maße erheben. Vielleicht stellt der Richter z. B. eine Rechtsungleichheit fest; er sagt z. B., daß bestimmte Personen gleich besteuert werden müssen wie bestimmte andere Personen nach dem gleichen Gesetz. Dann wird von nun an für die erstern Personen die Norm, die für die letztern gilt, anzuwenden sein. Dasselbe wäre z. B. hinsichtlich Beitragsleistungen an Sozialversicherungen denkbar. Solches ist ja von der bestehenden Verfassungsgerichts-

¹³⁵ Vgl. dazu vor allem Biert, S. 121 ff.; ferner Bericht 1937, S. 27; StenBull NR 1938, S. 265.

¹³⁶ Vgl. Fleiner, S. 20a.

barkeit gegenüber den Kantonen her geläufig; und es ist denn auch hier wieder festzustellen, daß sich Unzukömmlichkeiten unter diesem Aspekt seit langem in den Kantonen hätten zeigen müssen, wenn sie mit dieser Verfassungsgerichtsbarkeit verbunden wären. Das aber ist bisher nicht der Fall gewesen, und es ist in dieser Beziehung von einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber nichts anderes zu befürchten.

Wichtiger aber ist, daß für die Fälle, in denen tatsächlich eine echte Lücke entstehen würde, Maßnahmen getroffen werden könnten, durch die der Mangel sich beheben ließe. Es könnte z. B. vorgesehen werden, daß der Richter in einem solchen Falle verfügt, daß die betreffende Gesetzesnorm erst auf einen bestimmten Tag außer Kraft tritt, damit der Gesetzgeber die Möglichkeit hat, bis dahin eine neue Norm zu schaffen, wie das in der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit so der Fall war¹³⁷. Oder der Richter könnte ermächtigt werden, unter Umständen zu erklären, es treten die Normen wieder in Kraft, die früher gegolten hatten. Diese Rechtsfolge könnte der richterlichen Aufhebung einer Gesetzesnorm unter Umständen auch von Gesetzes wegen beigelegt werden¹³⁸. Das zeigt, daß man dieses Nachteils wegen auf die selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit nicht einfach verzichten muß. Man kann diesem Umstande bei ihrer Ausgestaltung Rechnung tragen.

Als Nachteil der selbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit hat man es auch bezeichnet, daß sich hier die schwierige Frage stellt, ob der richterlichen Aufhebung einer Rechtsnorm Wirkung *ex nunc* oder Wirkung *ex tunc* zukommen soll. Streng logisch genommen müßte die Aufhebung *ex tunc* wirken. Das wäre in vielen Fällen auch die gerechte und die billige Lösung. Aber es ist vielfach praktisch nicht möglich, den bereits erfolgten Vollzug einer Gesetzesnorm wieder rückgängig zu machen, und im ein-

¹³⁷ Vgl. Kelsen, S. 72; Ders., a. a. O., S. 195 f.

¹³⁸ Vgl. Kelsen, S. 72; Ders., a. a. O., S. 195 f.

zelnen Falle kann von der Billigkeit aus unter Umständen auch die Wirkung *ex nunc* gefordert sein. Der Bundesrat hat das einst als eine Frage bezeichnet, bei der, wie man sie auch regeln würde, gewaltige praktische Schwierigkeiten und unbillige Folgen nicht ausbleiben würden, was für den Bundesrat dann neben vielen andern Momenten gegen diese Verfassungsgerichtsbarkeit sprach¹³⁹.

Dieses Problem darf aber nicht allzu schwer genommen werden. Es würde sich mit voller Schärfe eigentlich nur dann stellen, wenn der Richter auch bei den gegen die Anwendungen des Gesetzes gerichteten Beschwerden die Gesetzesnorm förmlich aufheben würde¹⁴⁰. Nach der Praxis in unserer bestehenden Verfassungsgerichtsbarkeit ist das aber nicht der Fall. Danach wird das Gesetz nur dann förmlich aufgehoben, wenn es sich um eine direkte Anfechtung des Gesetzes selbst binnen bestimmter Frist nach seinem Erlaß handelt. Bei der Anfechtung eines Anwendungsaktes wird dem Gesetz nur die Anwendung versagt, und dabei ist es nicht unbillig, wenn die «Nichtigerklärung» zunächst nur für den Bürger wirkt, der sich gewehrt hat, für frühere Fälle aber nicht mehr. So stellt sich das Problem nur bei der Aufhebung einer Gesetzesnorm infolge direkter Anfechtung des Gesetzes selbst binnen bestimmter Frist nach seinem Erlaß; und weil diese Frist relativ kurz bemessen sein könnte, ist die Frage der rückwirkenden Kraft der Aufhebung einer Gesetzesnorm nicht allzu schwer zu nehmen. Auf alle Fälle kann diese Schwierigkeit nicht gegen die selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt sprechen. — Was die Lösung dieser Frage betrifft, so wird die Wirkung *ex tunc* kaum in Frage kommen. Man wird sich aus praktischen Gründen für die Wirkung *ex nunc* entscheiden müssen¹⁴¹.

¹³⁹ Vgl. Bericht 1928, S. 10; siehe auch Grau, S. 325 f.; Eggenschwiler, S. 154, Anm. 2.

¹⁴⁰ Vgl. Eggenschwiler, S. 154, Anm. 2.

¹⁴¹ So auch Grau, S. 325 f.; vgl. auch Kelsen, S. 49; Ders., a. a. O., S. 194, 197.

Schließlich sei hier noch registriert, daß die selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit auch mit der Begründung abgelehnt wird, es handle sich hier im Gegensatz zur unselbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit für den Richter darum, eine Norm mit einer andern Norm zu vergleichen, währenddem es doch das Wesen aller Rechtssprechung sei, einen Tatbestand unter eine Norm zu subsumieren¹⁴². Es ist richtig, daß der Richter in der selbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit über eine Norm abspricht. Aber er hat es auch hier vorerst mit einem Sachverhalt zu tun. Wenn er z. B. bestimmen muß, ob ein Gesetz gegen ein negatives Freiheitsrecht verstößt, dann hat er scheinbar nur eine Norm mit einer andern Norm zu vergleichen. Aber es ist genau besehen so: der Gesetzgeber wird sich für das betreffende Gesetz auf einen Vorbehalt gegenüber dem Freiheitsrecht berufen, z. B. auf einen polizeilichen Vorbehalt. Und nun wird der Richter prüfen müssen, ob der Sachverhalt so ist, daß die polizeiliche Beschränkung des Freiheitsrechts gerechtfertigt ist. Er muß Tatsachen ins Auge fassen, z. B. ob tatsächlich eine Gefahr für die polizeilichen Güter besteht. Wenn die Gefahr tatsächlich besteht, dann wird er die polizeiliche Norm für zulässig halten, andernfalls nicht. So hat er es auch bei der selbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit mit einem «Tatbestand» zu tun. Er vergleicht Tatsachen mit Verfassungsnormen und zieht dann den entsprechenden Schluß für die Gesetzesnorm, die angefochten ist.

3. Die Ausgestaltung

Auch die selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit kann nach einzelnen Richtungen hin verschieden

¹⁴² Vgl. C. Schmitt, S. 41 ff.; Ders., Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, a. a. O., S. 161 ff.; so ist für C. Schmitt das akzessorische richterliche Prüfungsrecht etwas grundsätzlich anderes als die selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit und etwas Begrüßenswertes.

gestaltet werden. Es erhebt sich vor allem die Frage der anfechtbaren Erlasse. Sollen alle generellen Normen des Bundes angefochten werden können, oder sollen einzelne Kategorien davon der richterlichen Überprüfung entzogen werden? Es stellt sich ferner die Frage, aus welchen Gründen man die Verfassungsgerichtsbeschwerde soll erheben können. Und es ist die Frage der Legitimation zur Verfassungsgerichtsbeschwerde zu lösen. Diese Fragen sind so wichtig, daß sie je gesonderter Behandlung bedürfen, zumal dabei zum Teil auch noch entsprechende Feststellungen für die andern Arten der Verfassungsgerichtsbarkeit zu machen sein werden. —

Die Würdigung der verschiedenen Arten der Verfassungsgerichtsbarkeit führt zum Ergebnis, daß sowohl die praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit wie die unselbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit nur als ein erster Schritt in Frage kommen könnten. Voll zu befriedigen vermag nur die selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit, da sie allein so gestaltet werden kann, daß grundsätzlich alle Verfassungswidrigkeiten angefochten werden können und es auch noch bei der Anwendung der Erlasse geschehen kann.

VIII. Die anfechtbaren Erlasse

Unter einem rein juristischen Gesichtspunkt wird man verlangen, daß alle generellen Rechtsnormen des Bundes, die sich unterhalb der Verfassungsstufe befinden, der Verfassungsgerichtsbarkeit unterstellt werden. Es ist jedoch zu prüfen, ob nicht unter gewissen andern Aspekten einzelne Kategorien der generellen Rechtsnormen des Bundes von der richterlichen Überprüfung ausgenommen werden sollten. So sind hier die verschiedenen Rechtssetzungsformen des Bundes getrennt ins Auge zu fassen.

1. Die Bundesgesetze und die nicht dringlichen allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse

Das Postulat Scherer von 1924 wollte von den Erlassen der Bundesversammlung nur jene der richterlichen

Überprüfung unterstellen, die nicht dem Referendum unterstanden haben¹⁴³. Es wären also, nach damaligem Recht, die Bundesgesetze und die nicht dringlichen allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse von der Verfassungsgerichtsbarkeit ausgenommen worden; die richterliche Überprüfung hätte sich, was die Erlasse der Bundesversammlung betrifft, nur auf die dringlichen BB und die einfachen BB erstreckt. Nach dem Volksbegehren von 1936 hätten die BG und BB, die vom Volke ausdrücklich angenommen worden waren, nicht angefochten werden können. In der Zivil- und Strafrechtspflege wäre das Bundesgericht überdies auch an die übrige Bundesgesetzgebung gebunden gewesen¹⁴⁴. So hätte sich diese Verfassungsgerichtsbarkeit im Gegensatz zu jener, die das Postulat Scherer forderte, auch auf diejenigen BG und BB erstreckt, die zwar dem fakultativen Referendum unterstanden hatten, für die es aber nicht ergriffen worden war. Die gleiche Lösung wie das Volksbegehren von 1936 sieht die jetzt aktuelle Verfassungsinitiative des Landesrings der Unabhängigen vor. Wiederum sollen die vom Volke ausdrücklich angenommenen BG und BB von der Verfassungsgerichtsbarkeit ausgenommen sein, wobei jetzt auch die vom Volke ausdrücklich angenommenen dringlichen BB zu dieser Kategorie gehören würden.

Diesen Ausschluß der vom Volke ausdrücklich angenommenen Bundeserlasse hat man bisher aus politischen Gründen für notwendig betrachtet. Man hält es für politisch untragbar, daß der Richter auch solche Erlasse nichtig erklären kann¹⁴⁵; oder man hält es jedenfalls für klug, diese Erlasse auszuschließen¹⁴⁶.

¹⁴³ Vgl. W. Burckhardt, Schweizerisches Bundesrecht, Nr. 937.

¹⁴⁴ Vgl. Bericht 1937, S. 5 f.

¹⁴⁵ Vgl. Giacometti, S. 292; Ders., Juristische Erläuterungen zur Initiative von 1936, S. 2.

¹⁴⁶ Rappard, Verhandlungen des Juristenvereins 1934, ZSR 53, S. 283a.

Daß die Verfassungsgerichtsbarkeit mit der Demokratie in Konflikt kommen kann und daß sich die Antinomie bei den vom Volke ausdrücklich angenommenen Erlassen am meisten zuspitzt, haben wir bereits festgestellt¹⁴⁷. Ich kann mich jedoch mit diesem Ausschluß der Volkserlasse (wie ich die vom Volke ausdrücklich angenommenen BG und BB hier kurz nennen möchte) nicht befreunden und bin der Meinung, daß er in künftigen Vorschlägen sollte fallen gelassen werden. Es ist hier an das anzuknüpfen, was wir in § 4 unter I, 2, b, und in diesem § unter III festgestellt haben, und es sind im Anschluß daran folgende Erwägungen anzustellen:

a) Es ist davon auszugehen, daß auch Volkserlasse verfassungswidrig sein können. Es besteht keine Garantie dafür, daß gegen verfassungswidrige Vorlagen das Referendum ergriffen wird; und es besteht keine Garantie dafür, daß das Volk, wenn es zur Abstimmung kommt, eine verfassungswidrige Vorlage verwirft. Das Referendum ist keine Verfassungsgarantie¹⁴⁸. Es geht auch zu weit, wenn das Bundesgericht annimmt, das Volk interpretiere in der Ausübung seines Referendumsrechts die Verfassung¹⁴⁹. Das Volk beurteilt eine Vorlage unter ganz andern Gesichtspunkten¹⁵⁰. Unrichtig wäre es auch, anzunehmen, die Billigung einer verfassungswidrigen Vorlage durch das Volk oder gar schon die Unterstellung einer verfassungswidrigen Vorlage unter das fakultative Referendum vermöge die Verfassungswidrigkeit zu heilen¹⁵¹. Da-

¹⁴⁷ Vgl. oben unter III.

¹⁴⁸ Vgl. § 4, I, 2, b; StenBull StR 1925, S. 336; StR 1937, S. 421 f.; Rappard, ZSR 53, S. 283a; Marti, S. 206; H. Huber, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des BE über wirtschaftliche Maßnahmen gegenüber dem Ausland von 1933, in «Wirtschaft und Recht» 1949, S. 198.

¹⁴⁹ Vgl. z. B. besonders weitgehend BGE 73 I 117.

¹⁵⁰ Vgl. § 4, I, 2, b.

¹⁵¹ Vgl. Fleiner, S. 23a; Solyom, S. 128; Großmann, S. 46 f.; Kägi S. 152 f.; von Orelli, a.a.O., S. 150 f.; Marti, S. 206; Giacometti, SJZ 1946, S. 121, Anm. 46; Eichenberger, a.a.O., S. 214 f.

mit würde der Unterschied zwischen dem Verfahren der Verfassungsrevision, für die es der Zustimmung des Volkes und der Stände bedarf, und dem Verfahren der einfachen Gesetzgebung illusorisch. Dieser Unterschied ist gewiß im Bunde nicht sehr groß. Aber er besteht, und er ist politisch immerhin von den Kantonen aus gesehen bedeutsam. Näme man an, die Verfassungswidrigkeit eines BG oder eines BB werde durch die Zustimmung des Volkes oder gar schon durch die Unterstellung unter das fakultative Referendum geheilt, dann verlöre er seinen Sinn.

b) Nicht mehr umstritten dürfte unter den heutigen Befürwortern der Verfassungsgerichtsbarkeit sein, daß es auf alle Fälle zu weit ginge, die BG und BB, die dem Referendum unterstanden, für die es aber nicht ergriffen wurde, von der Verfassungsgerichtsbarkeit auszunehmen. Auch wenn man der Auffassung ist, die Volkserlasse dürften vom Richter nicht überprüft werden, wird man jedenfalls diese Erlasse nicht zu den auszuschließenden zählen wollen. Es hat hier etwa die Überlegung eine Rolle gespielt, das Volk habe die Erlasse, für die das Referendum nicht ergriffen wurde, stillschweigend angenommen¹⁵². Das aber ist kaum zutreffend. Das ist eine sehr irrealen Fiktion. Es kann in realistischer Betrachtung der Dinge nicht angenommen werden, daß das Volk Erlassen, für die das Referendum nicht ergriffen worden ist, bewußt zugestimmt habe. Es hat vielmehr in diesen Fällen keinen Willen geäußert, keinen Entscheid gefällt¹⁵³.

¹⁵² Bericht 1928, S. 8; Bericht 1937, S. 16 f.; StenBull StR 1937, S. 425; NR 1938, S. 264.

¹⁵³ Siehe auch Giacometti, S. 292; Eichenberger, a.a.O., S. 64, 214 f.; so ist namentlich auch die Überlegung im Bericht des Bundesrates zum Volksbegehren von 1936 abwegig, wonach das Volk solchen Erlassen sogar noch in höherem Maße zugestimmt habe als den von ihm ausdrücklich angenommenen, indem es nicht einmal das Referendum ergriffen hat, so daß dann der Ausschluß nur der ausdrücklich angenommenen Erlasse von der Verfassungsgerichtsbarkeit deswegen ungerechtfertigt erschiene, weil diese Erlasse vom Volke in weniger hohem Maße

c) Für die Frage, ob es politisch möglich wäre, die Verfassungsgerichtsbarkeit auch für Bundeserlasse vorzusehen, die vom Volke ausdrücklich angenommen worden sind, ist für mich in erster Linie wesentlich, daß bei uns das Volk die richterliche Überprüfung von Volkserlassen tatsächlich seit langem duldet, in der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen. Davon ist oben unter III, 2, b die Rede gewesen. Und es ist erneut zu betonen, daß in dieser Hinsicht zwischen kantonalen Volkserlassen und Volkserlassen des Bundes kein grundsätzlicher Unterschied besteht. Psychologisch macht es für den einzelnen Bürger keinen grundsätzlichen Unterschied aus, ob, wie man sich etwa ausdrückt, 7 Herren in Lausanne ein Gesetz, das in einer kantonalen Volksabstimmung oder von einer Landsgemeinde angenommen worden ist, oder ein Gesetz, das in einer eidgenössischen Volksabstimmung angenommen worden ist, aufheben können. Wenn man es schon rein politisch nimmt, dann geht es einfach um den Volkswillen, über den sich ein Gesetz hinwegsetzen darf. Und psychologisch ist vielleicht eher etwas anderes relevant: das Verhältnis zwischen Mehrheit und Minderheit bei der Annahme eines Gesetzes. Es ist möglich, daß der Bürger es stoßender findet, wenn das Gericht ein kantonales Gesetz, das mit 80 000 gegen 10 000 Stimmen angenommen worden ist, aufhebt, als wenn er ein Bundesgesetz, das mit 500 000 gegen 450 000 Stimmen angenommen worden ist, nichtig erklärt. Jedenfalls dürfen wir die Bürger nun wirklich einmal darauf hinweisen, daß sie selbst bisher dieses Institut geduldet haben.

d) Sodann ist auch zu bedenken, daß die Möglichkeit, einen Volkserlaß vom Richter aufheben zu lassen, vom Bürger nur so lange als politisch unmöglich empfunden werden könnte, als er sich vorstellt, er gehöre zu denjenigen, die das betreffende Gesetz angenommen haben. Sobald er sich vorstellt, es gehe um ein Gesetz, das er abgebilligt wurden als solche, für die die Verfassungsgerichtsbarkeit dann bestünde; vgl. Bericht 1937, S. 16 f.

gelehnt hatte und das ihn vielleicht in einem verfassungsmäßigen Freiheitsrecht verletzt, wird er die Möglichkeit richterlicher Aufhebung nicht nur für tragbar, sondern für sehr begrüßenswert halten. Ein jeder aber kann, wie schon ausgeführt, in diese Lage kommen.

e) In Betracht zu ziehen ist sodann, daß es auch bei der Anfechtung von Volkserlassen in den seltensten Fällen um ein ganzes Gesetz gehen wird. Zumeist richtet sich der Angriff gegen einzelne wenige Gesetzesbestimmungen oder gar nur gegen eine einzige Gesetzesnorm. Nun muß man sich aber fragen, ob bei einem Volkserlaß, der aus zahlreichen Artikeln besteht, anzunehmen ist, daß das Volk jedem einzelnen Artikel ausdrücklich zugestimmt hat. Kann man z. B. aus dem StGB irgendeinen einzelnen Artikel herausnehmen und sagen, diesem Artikel habe das Schweizervolk ausdrücklich zugestimmt, weil es das StGB angenommen hat? Rein juristisch gesehen ist es so. Die einzelnen Artikel eines Gesetzes gelten als vom Volke angenommen. Aber ist es auch tatsächlich der Fall? Wenn wir schon über das Juristische hinausgeführt werden und es mit der These zu tun haben, daß die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Volkserlassen aus tatsächlichen Gründen nicht möglich sei, dann müssen wir die Dinge auch unter diesem Gesichtspunkt prüfen. Und da bin ich der Auffassung, daß es zu weit geht, anzunehmen, das Volk habe jedem einzelnen Artikel eines Gesetzes bewußt und tatsächlich zugestimmt. Das Volk stimmt über das Grundsätzliche ab, über die Grundzüge eines Gesetzes. Beim StGB z. B. ging es bei der Volksabstimmung sogar im wesentlichen nur um die Frage der Vereinheitlichung des Strafrechts als solcher und daneben um einige wenige Grundzüge des Gesetzes und vielleicht noch um einige ganz bestimmte einzelne Artikel. Daß das Volk auch allen andern einzelnen Artikeln ausdrücklich zugestimmt habe, das aber ist eine Fiktion. Wir müssen in diesem Zusammenhange auf die Realitäten abstellen; und die sehen anders aus. Ja wir müssen noch weiter gehen: es ist sogar denkbar,

daß das Volk einen bestimmten Artikel eines Gesetzes mehrheitlich ablehnte, ihn aber um anderer Bestimmungen wegen in Kauf genommen hat. Wenn der Richter diesen Artikel aufhöbe, würde er nicht einen «Volkserlaß» aufheben. Es ist zu bedenken, daß das Volk zu den einzelnen Artikeln gar nicht Stellung nehmen kann. Es muß ja mit einer Antwort zum ganzen Gesetz Stellung beziehen. Von einer ausdrücklichen Annahme der einzelnen Artikel kann beim Parlament die Rede sein, weil hier über die einzelnen Bestimmungen gesondert abgestimmt wird. Beim Volke kann bei realistischer Betrachtung solches nicht wohl angenommen werden. Daraus aber folgt, daß man nicht supponieren darf, der Richter hebe vom Volke ausdrücklich angenommenes Recht auf, wenn er einen einzelnen Artikel eines Volkserlasses nichtig erklärt. Und so sollte diese Befugnis des Richters bei realistischer Betrachtungsweise auch politisch tragbar sein.

f) Der Ausschluß der Volkserlasse scheint mir auch deswegen bedenklich zu sein, weil der Eindruck entstünde, unsere BV stehe auf dem Standpunkt, die ausdrückliche Annahme eines Erlasses durch das Volk vermöge die Verfassungswidrigkeit zu heilen. Gewiß sehen die Befürworter der Verfassungsgerichtsbarkeit, die für diesen Ausschluß plädieren, die Dinge nicht so an. Sie sind, so viel ich zu beurteilen vermag, selbst der Ansicht, es wäre richtiger, wenn der Richter auch die Volkserlasse überprüfen könnte. Aber sie wollen nicht etwas vorschlagen, das ihnen politisch unmöglich zu sein scheint. Das wird aber die Verfassungsnorm dann nicht zum Ausdruck bringen können, daß dieses Motiv bestimmend war. Die Verfassungsnorm würde vielmehr den Eindruck erwecken, die BV stehe auf dem Standpunkt, die Annahme durch das Volk vermöge an der Verfassungswidrigkeit etwas zu ändern. Das aber muß gerade vermieden werden. Es muß heute vielmehr bei jeder Gelegenheit zum Ausdruck gebracht werden, daß auch die Volksmehrheit Verfassungsverletzungen begehen kann.

g) Der Ausschluß der Volkserlasse hätte auch die merkwürdige Folge, daß unter den gegebenen Umständen z. B. das StGB der Verfassungsgerichtsbarkeit entzogen wäre, das ZGB nicht. Ob wohl das Volk das verstehen würde?

h) Mit Recht ist gegen den Ausschluß der Volkserlasse auch geltend gemacht worden, diese Ordnung könnte die eigentümliche Folge haben, daß inskünftig die Befürworter einer Vorlage das Referendum ergreifen würden, damit es zu einem der richterlichen Überprüfung entzogenen, vom Volke angenommenen Erlaß kommt¹⁵⁴. Ja es bestünde dann die Gefahr, daß insbesondere bei offensichtlich verfassungswidrigen Vorlagen von jenen, die sie wollen, in der erwähnten Absicht, das Referendum ergreifen würde. Sie riskieren dann zwar, daß das Volk die Vorlage verwirft. Aber wenn sie das Referendum nicht ergreifen, dann riskieren sie, daß das Gericht den Erlaß aufhebt, währenddem das Referendum immerhin die Chance bringt, daß das Volk zustimmt und die richterliche Nichtigkeitsklärung dann ausgeschlossen ist¹⁵⁵.

i) Zu der Frage, ob es nicht unnatürlich wäre, wenn das Gericht den einen Volkserlaß (die BV) gegen einen andern Volkserlaß (ein BG oder einen BB) schützte, ist vorerst festzustellen, daß immerhin schon ein formeller Unterschied zwischen den beiden Volkserlassen besteht. Auch wenn dieser Unterschied, wie schon erwähnt, nicht sehr groß ist, so ist doch zu bedenken, daß sich nicht zwei formell ganz gleichwertige Volkserlasse gegenüberstehen. Es wird immerhin ein Erlaß des Volkes und der Stände gegen einen Erlaß des Volkes geschützt. Im Übrigen aber darf wohl diese Frage nicht abstrakt-formal entschieden werden. So kann man sie gar nicht entscheiden. Es kommt auf den Inhalt der beiden sich gegenüberstehenden Volkserlasse an. Unnatürlich wäre es sicherlich, wenn ein materiell wichtigerer Erlaß vor einem materiell viel weniger be-

¹⁵⁴ H. Huber, Verhandlungen des Juristenvereins 1934, ZSR 53, S. 303a; StenBull StR 1937, S. 425 f.

¹⁵⁵ Vgl. auch Scherer, S. 90.

deutsamen weichen müßte. Nun ist es aber so, daß die BV im großen und ganzen das Grundsätzliche enthält, das materiell Wichtigste. Es sind in ihr die Grundentscheidungen gefallen. Es ging in ihr, wie wir gesehen haben, um die Wahl zwischen den möglichen Grundwerten. Und so lange sie materiell das bedeutet, ist es nicht unnatürlich, daß sie gegen andere Volkserlasse geschützt wird. Richtig aber ist umgekehrt, daß ihr dieser Charakter eines grundsätzlichen Erlasses auch erhalten bleiben muß, wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit sinnvoll sein können. Die Gefahr, daß sie mit materiell unwesentlichen Einzelheiten überwuchert wird, besteht. Wer sich um ihren Schutz bemüht, wird auch dafür eintreten müssen, daß nicht noch weitere Dinge untergeordneter Natur in die BV aufgenommen werden. Heute aber sind wohl tatsächlich einzelne ihrer grundlegenden Normen durch die einfache Gesetzgebung gefährdet; es wird in einer Verfassungsgerichtsbarkeit praktisch z. B. um die Handels- und Gewerbe-freiheit gehen und nicht um die Bestimmung über die Enzianwurzeln. Diejenige Norm, die über unser Wirtschaftssystem grundsätzlich entscheidet, gegen eine vom Volke für einen bestimmten engern Bereich beschlossene unzulässige Abweichung davon zu schützen, ist aber nicht unnatürlich.

2. Die Staatsverträge

Das Volksbegehren von 1936 hatte auch die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge von der richterlichen Überprüfung ausgenommen. Dasselbe sieht heute die Initiative des Landesrings der Unabhängigen vor. Dem ist wohl ohne weiteres zuzustimmen. Es muß hier auf das Verhältnis der Schweiz zu den andern Staaten Rücksicht genommen werden. Wenn das Bundesgericht Staatsverträge nichtig erklären oder ihnen die Anwendung versagen könnte, wären Konflikte mit den Vertragspartnern zu befürchten. Auch würde die Verhandlungsfähigkeit der Schweiz gegenüber den ausländischen Staaten beein-

trächtig¹⁵⁶. So dürfte man, auch wenn man sich einstweilen mit der Ermöglichung des akzessorischen richterlichen Prüfungsrechts durch Beseitigung der in Art. 113 Abs. 3 BV statuierten Schranke begnügen möchte, diese Bestimmung nicht einfach streichen; sie wäre vielmehr in dem Sinne zu revidieren, daß sie nur noch die Bindung des Bundesgerichts an die Staatsverträge vorsähe. Dasselbe würde für Art. 114bis, Abs. 3 gelten.

3. Die dringlichen Bundesbeschlüsse

Bei der Frage der Anfechtung von dringlichen Bundesbeschlüssen sind vier verschiedene Fälle auseinanderzuhalten:

a) Es ist denkbar, daß ein dringlicher BB materiell verfassungsmäßig und kompetenzgemäß ist, daß es aber bei seinem Erlaß an der zeitlichen Dringlichkeit gefehlt hat. Ein solcher dringlicher BB ist bei seinem Inkrafttreten formell verfassungswidrig. Wird gegen diesen dringlichen BB das nachträgliche fakultative Referendum im Sinne von Art. 89bis Abs. 2 BV nicht erhoben, oder wird er in der Volksabstimmung angenommen, dann wird diese formelle Verfassungswidrigkeit dadurch behoben. Denn dann ist er in der gleichen Form zustande gekommen wie der nicht dringliche allgemeinverbindliche BB und das BG, sodaß das Fehlen der zeitlichen Dringlichkeit keine Rolle mehr spielen kann. Während der Zeit von seinem Inkrafttreten an bis zur Volksabstimmung oder bis zum Ablauf des Jahres, für das er gemäß Art. 89bis Abs. 2 auf alle Fälle in Geltung bleibt, ist dieser dringliche BB aber formell verfassungswidrig. Er sollte demgemäß während dieser Zeit wegen dieser formellen Verfassungswidrigkeit angefochten werden können. Praktisch aber würde dieser Fall kaum

¹⁵⁶ Vgl. Bbl 1874 I 1080; 1892 II 390; Schindler, S. 44; Fleiner, S. 17a f., 27a f.; Verhandlungen des Juristenvereins 1934, ZSR 53, S. 299a; Giacometti, Erläuterungen zum Volksbegehren von 1936, S. 2; vgl. auch Kelsen, S. 61 f.; Külz, Spalte 845; skeptisch aber Grau, S. 316 f.

bedeutsam werden, da ja entweder der dringliche BB selbst oder aber seine formelle Verfassungswidrigkeit spätestens nach einem Jahr schon dahinfallen. Hingegen besteht auch kein Grund, diese Anfechtungsmöglichkeit auszuschließen.

b) Denkbar ist ferner, daß bei einem dringlichen BB die zeitliche Dringlichkeit gegeben war, daß er aber materiell verfassungswidrig oder kompetenzwidrig ist und daß demgemäß die Bundesversammlung ihn im Sinne von Art. 89bis Abs. 3 BV dem nachträglichen obligatorischen Volks- und Ständereferendum unterstellt. Ein solcher dringlicher BB braucht in keinem Stadium angefochten werden zu können. Seine materielle Verfassungswidrigkeit oder Kompetenzwidrigkeit muß selbstverständlich bis zur Annahme durch Volk und Stände oder bis zum Ablauf des Jahres, für das er gemäß Art. 89bis Abs. 3 auf alle Fälle in Kraft bleibt, geduldet werden; denn es gehört ja gerade zum Sinn des Art. 89bis Abs. 3 und ist von ihm vorausgesetzt, daß die Bundesversammlung mit einem dringlichen BB unter Vorbehalt des nachträglichen obligatorischen Volks- und Ständereferendums von der BV abweichen kann. Nach der Annahme durch Volk und Stände aber ist die materielle Verfassungswidrigkeit oder die Kompetenzwidrigkeit selbstverständlich als behoben zu betrachten, da der dringliche BB nun dieselbe Form hat wie Verfassungsrecht, der Verfassung also während seiner Geltungsdauer derogiert.

c) Denkbar ist aber auch — und das ist für die Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit hinsichtlich der dringlichen BB der wichtigste Fall —, daß bei einem dringlichen BB die zeitliche Dringlichkeit gegeben war, daß er aber materiell verfassungswidrig oder kompetenzwidrig ist und daß die Bundesversammlung ihn in verfassungswidriger Weise nur dem nachträglichen fakultativen Referendum im Sinne von Art. 89bis Abs. 2 unterstellt, weil sie ihn für materiell verfassungsgemäß und kompetenzgemäß hält. Dagegen muß man sich zur Wehr setzen können, denn das nachträgliche fakultative Referendum vermag die

materielle Verfassungswidrigkeit oder die Kompetenzwidrigkeit selbstverständlich nicht zu heilen. Es sind hier zwei Wege denkbar: Das Einfachste wäre, wenn dieser dringliche BB in dem Falle, daß das fakultative Referendum nicht ergriffen wird oder daß er vom Volke angenommen wird, als materiell verfassungswidrig oder kompetenzwidrig angefochten werden kann, in gleicher Weise wie andere allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse und Bundesgesetze. Denn er stellt ja dann nichts anderes dar als einen materiell verfassungswidrigen allgemeinverbindlichen Bundesbeschluß. Diese Lösung aber ist nur dann denkbar, wenn man, wie wir es für richtig halten, auch die Volkserlasse der Verfassungsgerichtsbarkeit unterstellt. Andernfalls müßte ein anderer Weg eingeschlagen werden: Man müßte sich gegen den Beschluß der Bundesversammlung, wonach dieser dringliche BB nur dem fakultativen Referendum unterstellt wird, beim Verfassungsrichter beschweren können, und der Richter müßte dann die Bundesversammlung gegebenenfalls anweisen, den dringlichen BB dem obligatorischen Referendum zu unterstellen.

d) Schließlich ist denkbar, daß ein dringlicher BB materiell verfassungswidrig oder kompetenzwidrig ist und daß die zeitliche Dringlichkeit bei seinem Erlass nicht gegeben war. Dieser dringliche BB ist von Anfang an auch formell verfassungswidrig, denn für alle dringlichen BB ist selbstverständlich die zeitliche Dringlichkeit vorausgesetzt. Währenddem aber die materielle Verfassungswidrigkeit bis zur Annahme durch Volk und Stände oder bis zum Ablauf des in Art. 89 bis Abs. 3 vorgesehenen Jahres geduldet werden muß, braucht man streng genommen diese formelle Verfassungswidrigkeit während dieser Zeit nicht hinzunehmen. Auch sie wird dann durch die Zustimmung von Volk und Ständen zwar geheilt; aber bis dahin sollte sie gerichtlich geltend gemacht werden können. Allein auch für diesen Fall gilt, daß die Anfechtungsmöglichkeit praktisch kaum bedeutsam würde,

aus dem gleichen Grunde wie in dem unter a erwähnten Falle. Sollte ein solcher dringlicher BB von der Bundesversammlung zu Unrecht nur dem fakultativen Referendum unterstellt werden, dann würde dadurch diese formelle Verfassungswidrigkeit zwar geheilt, aber hinsichtlich der materiellen Verfassungswidrigkeit gälte dann dasselbe wie für den unter c besprochenen Fall.

4. Die rechtssetzenden einfachen Bundesbeschlüsse

Die Anfechtung von rechtssetzenden einfachen Bundesbeschlüssen bringt als solche keine besonderen Probleme mit sich. Wenn auch die vom Volke ausdrücklich angenommenen Bundesgesetze und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse angefochten werden können, dann wird man alle rechtssetzenden einfachen Bundesbeschlüsse anfechten können. Werden aber die Volkserlasse von der Verfassungsgerichtsbarkeit ausgenommen, dann hat das notwendigerweise zur Folge, daß die auf einer in einem Volkserlaß enthaltenen Delegation beruhenden rechtssetzenden einfachen Bundesbeschlüsse nur darauf geprüft werden können, ob sie sich im Rahmen der Delegation halten, da eine weitergehende richterliche Überprüfung eine indirekte Überprüfung des betreffenden Volkserlasses bedeuten würde.

5. Die Verordnungen des Bundesrates

Als besonders dringend erscheint heute das Postulat, daß die bundesrätlichen Verordnungen und die Verordnungen der dem Bundesrat untergeordneten Amtsstellen in vermehrtem Maße der richterlichen Überprüfung unterstellt werden. Das ist schon deswegen wichtig, weil diese Rechtssetzungsform heute rein quantitativ gesehen eine hervorragende Rolle spielt¹⁵⁷. Diese Forderung ist denn bisher auch auf weniger Widerstand gestoßen als das Postulat der richterlichen Überprüfung von Bundesgesetzen und

¹⁵⁷ Vgl. z. B. O. K. Kaufmann, Verfassung, Gesetz und Verordnung im schweizerischen Rechtsstaat, ZSGV 1949, S. 6 f., 14.

Bundesbeschlüssen. Und sie wird auch dort etwa erhoben, wo man an der Bindung des Richters an die Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse festhalten möchte¹⁵⁸.

Die Verordnungen können vom Richter in beschränktem Maße heute schon vorfrageweise überprüft werden¹⁵⁹. Wenn man aber das akzessorische richterliche Prüfungsrecht auf die Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse ausdehnen würde, könnten die Verordnungen von nun an unbeschränkt überprüft werden. Allerdings müßte es in dem Falle, daß man die Volkserlasse von der richterlichen Überprüfung ausnähme, bei den unselbständigen Verordnungen bei der Überprüfung auf die Übereinstimmung mit dem Delegationserlaß bleiben, soweit es sich um vom Volke ausdrücklich angenommene Delegationserlasse handelte. Wenn die Volkserlasse aber in die richterliche Überprüfung einbezogen würden, könnten auch diese Verordnungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft werden.

Richtet man aber eine selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen ein, dann könnten die Verordnungen selbständig angefochten werden, wobei es aber für das Ausmaß der richterlichen Überprüfung wiederum darauf ankäme, ob die Volkserlasse in die selbständige Verfassungsgerichtsbarkeit einbezogen sind oder nicht¹⁶⁰.

Wie man die Dinge auch ordnen mag, so ist auf alle Fälle zu postulieren, daß das Bundesgericht künftig auch die auf Grund von außerordentlichen Vollmachten des Bundesrates erlassenen Verordnungen (Notverordnungen) auf ihre Übereinstimmung mit dem Delegationserlaß überprüfe. Das hätte das Bundesgericht schon nach geltendem

¹⁵⁸ StenBull StR 1937, S. 424; Kaufmann, a.a.O., S. 18; siehe auch Verhandlungen des Juristenvereins 1947, ZSR 66, S. 480 f.

¹⁵⁹ Vgl. § 4, I, 2, d.

¹⁶⁰ Vgl. Bericht 1928, S. 8; Bericht 1937, S. 17; Fleiner/Giacometti, S. 936 f.; nach dem Vorschlag von Fleiner hätten die Verordnungen nach wie vor nur dem akzessorischen richterlichen Prüfungsrecht unterstanden; Fleiner, S. 28a.

Recht tun dürfen; aber es hat es, wie erwähnt, abgelehnt, es zu tun. So müßte es dazu ausdrücklich ermächtigt und verpflichtet werden¹⁶¹.

IX. Die Beschwerdegründe

Wenn man es für ratsam hält, eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen nur schrittweise zu verwirklichen, kann man, wie sich aus dem bisher Gesagten ergibt, vorerst nur eine bestimmte Art der Verfassungsgerichtsbarkeit einführen, z. B. nur die praeventive oder nur die unselbständige repressive; oder man kann der Verfassungsgerichtsbarkeit zuerst nur bestimmte Kategorien von Erlassen unterstellen, z. B. die Volkserlasse vorerst davon ausnehmen. Man könnte aber auch hinsichtlich der Beschwerdegründe schrittweise vorgehen. Es wäre denkbar, die Verfassungsgerichtsbeschwerde vorerst nur zur Geltendmachung von bestimmten verfassungsmäßigen Rechten einzuräumen und sie dann nach und nach auf weitere verfassungsmäßige Rechte zu erstrecken. Daß das praktisch möglich ist, beweist die Entstehungsgeschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen. Dort war dieses Vorgehen allerdings zum Teil dadurch motiviert, daß gewisse Verfassungsnormen vorerst noch zu wenig konkretisiert erschienen. Das trifft heute, wie wir schon festgestellt haben, nur noch für einige neuere Verfassungsnormen zu.

So ist vorgeschlagen worden, in erster Linie einmal gegen Verletzungen der «geistigen Freiheitsrechte» richterlichen Schutz zu gewähren¹⁶². Denkbar wäre aber z. B. auch, vorerst einmal eine Beschwerde gegen die heute in besonders hohem Maße gefährdete Handels- und Gewerbefreiheit zu geben¹⁶³. Eine solche Beschränkung der Be-

¹⁶¹ Vgl. H. Huber, Eingabe an den Juristenverein; Ders., Das Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit, Referat 1949, S. 4; v. Orelli, a. a. O., S. 155 f.; Fleiner/Giacometti, S. 939.

¹⁶² O. K. Kaufmann, a. a. O., S. 17 ff.

¹⁶³ Siehe H. Nef, Der richterliche Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit, Festgabe der juristischen Fakultäten 1948, S. 191 ff.

schwerdegründe aber ließe sich nur durch die Erwägung rechtfertigen, daß man sehr behutsam vorgehen und zuerst einen sehr vorsichtigen Versuch machen möchte. Als Ziel ist aber auch in dieser Beziehung eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit zu postulieren. Hingegen könnte im Verfassungstext sehr wohl einfach von einer Beschwerde «wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte» gesprochen werden, denn das Bundesgericht würde das wohl in einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen ebenso weitherzig interpretieren wie bisher in der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen. Eine gewisse Beschränkung der Beschwerdegründe aber wird sich möglicherweise automatisch aus der Ordnung der Legitimation zur Verfassungsgerichtsbeschwerde ergeben.

X. Die Beschwerdelegitimation

Für die *praeventive* Verfassungsgerichtsbarkeit ist zur Frage der Legitimation das Notwendige schon gesagt worden. Bei der *unselbständigen repressiven* Verfassungsgerichtsbarkeit stellt sich dieses Problem naturgemäß nicht. Besonderer Behandlung aber bedarf es für die *selbständige repressive* Verfassungsgerichtsbarkeit.

Es leuchtet ein, daß die *selbständige repressive* Verfassungsgerichtsbarkeit nicht gegen alle Verfassungsverletzungen Schutz bieten könnte, wenn man die Legitimation zur Verfassungsgerichtsbeschwerde in der gleichen Weise ordnen würde, wie es heute für die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen der Fall ist¹⁶⁴. Wenn man die Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit, die diese Ordnung der Legitimation mit sich bringt, vermeiden und sie auf alle Verfassungsverletzungen ausdehnen will, muß man für die Legitimation etwas anderes vorsehen. Es sind verschiedene andere Lösungen denkbar.

1. Es könnte die sogenannte *Popularbeschwerde* vorgesehen werden. Der einzelne Bürger könnte dann jede

¹⁶⁴ Vgl. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 166 ff.; Solyom, S. 121 f.; Bericht 1937, S. 18; Huber, S. 186a ff.

Verfassungswidrigkeit rügen, nicht nur diejenige, die ihn persönlich trifft¹⁶⁵. Sie ist schon postuliert worden, unter anderem auch deswegen, weil sie den «Geist des schroffen Individualismus» etwas mildern würde¹⁶⁶. Gegen die Popularbeschwerde wird geltend gemacht, sie fördere das Querulantentum und die Trölerei; eine «Populärnörgelei» sei kein erstrebenswertes Ziel¹⁶⁷. Demgegenüber ist allerdings zu bedenken, daß jeder Rechtsschutzbehelf mißbraucht werden kann und daß die Gerichte selbst immer wieder Abwehrmittel dagegen finden werden¹⁶⁸. Mildern könnte man die Nachteile dieses Institutes dadurch, daß man die Popularbeschwerde nur einer bestimmten größeren Anzahl von Bürgern zugestünde¹⁶⁹. Zu beachten ist auch, daß die Praxis des Bundesgerichts in der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen die Popularbeschwerde in einem gewissen Maße und in einem bestimmten Sinne schon zugelassen hat¹⁷⁰.

2. Denkbar wäre aber auch, daß man eine Amtsstelle errichtete, die die Aufgabe hätte, die Bundesgesetzgebung zu verfolgen und zu überwachen und die legitimiert wäre, die Verfassungsgerichtsbeschwerde zu erheben. Sie könnte dann alle Verfassungsverletzungen rügen. Man käme damit zu einem «Verfassungsanwalt», der dem Staatsanwalt in der Strafrechtspflege nachgebildet wäre¹⁷¹.

3. Schließlich aber könnten auch bestehende Behörden zur Einreichung einer Verfassungsgerichtsbe-

¹⁶⁵ Siehe z. B. die Verfassung Spaniens von 1931, Art. 123.

¹⁶⁶ Eggenschwiler, S. 100 ff., 107 f.; vgl. H. Huber, Die Staats- und Verwaltungsrechtspflege im neuen Organisationsgesetz, ZSGV 1944, 361 ff., S. 364.

¹⁶⁷ Oswald, a. a. O., S. 445a; vgl. auch Kelsen, S. 74.

¹⁶⁸ Siehe Eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit, Gesetzgebungsmaterialien II, S. 109 f.

¹⁶⁹ Vgl. z. B. die Verfassung von Hessen von 1946, Art. 131, Abs. 2.

¹⁷⁰ Vgl. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 174 ff.; Eggenschwiler, S. 102 ff.

¹⁷¹ Vgl. dazu Kelsen, S. 75.

schwerde legitimiert erklärt werden. Wie man solches für die praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit vorsehen müßte, so könnte man es auch für die selbständige repressive ins Auge fassen. Nach der Verfassung von Hessen von 1946 (Art. 131 Abs. 2) können die richterliche Prüfung von Gesetzen unter anderem beantragen: der Landtag, ein Zehntel der gesetzlichen Zahl seiner Mitglieder, die Landesregierung, der Ministerpräsident. Und nach der Verfassung von Rheinland-Pfalz von 1947 (Art. 130) können es unter anderem die Regierung, der Landtag und jede Landtagsfraktion tun¹⁷². Von dieser Lösung darf man sich jedoch nicht zu viel versprechen. Für uns wäre, wenn wir so weit als möglich an Bestehendes anknüpfen wollen, die Popularbeschwerde vorzuziehen, auch wenn sie ihrerseits Nachteile hat. Sie müssen, wenn man die Anfechtung aller Verfassungswidrigkeiten ermöglichen will, in Kauf genommen werden. Man steht auch hier vor einem Entweder-Oder.

XI. Das Gericht

1. Die Wahl der Richter

Der Gedanke, das Bundesgericht mit einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber zu betrauen, begegnet begreiflicherweise dem Einwand, das Bundesgericht verfüge nicht über die für eine solche Rechtssprechung vorausgesetzte Unabhängigkeit gegenüber der Bundesversammlung, da die Bundesversammlung Krea-tionsorgan des Bundesgerichts ist und die Bundesrichter sich periodisch einer Wiederwahl durch die Bundesversammlung unterziehen müssen. Auch würde eine solche Verfassungsgerichtsbarkeit der «Politisierung» der Bundesrichterwahlen vermehrten Auftrieb geben. So werden von einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundes-

¹⁷² Vgl. auch die seinerzeitige Verfassungsgerichtsbarkeit der Tschechoslowakei, Biert, S. 23; siehe auch Külz, Spalte 837, 842 f.; Grau, S. 294 f.

gesetzgeber Unzukömmlichkeiten befürchtet, wenn nicht die Wahl der Bundesrichter anders geordnet wird¹⁷³.

Es wird nun etwa erwogen, ob für diese neue Verfassungsgerichtsbarkeit nicht ein besonderer Verfassungsgerichtshof errichtet werden sollte, der nicht durch die Bundesversammlung zu kreieren wäre und dessen Mitglieder auf Lebenszeit gewählt würden¹⁷⁴. Das scheint mir nicht ratsam zu sein. Wir sollten wohl nicht den immensen Vorteil preisgeben, der darin liegt, daß wir die neue Verfassungsgerichtsbarkeit einem Gerichtshof übertragen können, der seit langem eine Verfassungsgerichtsbarkeit erfolgreich ausübt und dabei die Bundesverfassung interpretiert und anwendet. Die Gefahr der «Politisierung» der Richterwahlen bestünde auch bei einem besondern Verfassungsgerichtshof; ja sie bestünde hier sogar in vermehrtem Maße, weil seine Mitglieder es nur mit der Beurteilung von Akten des Bundesgesetzgebers zu tun hätten. Es ist so, wie F. Fleiner es schrieb: «Die Besetzung der Richterstellen eines besondern Verfassungsgerichtes, dessen Urteile notwendigerweise auf das politische Gebiet ausstrahlen, würde die parteipolitischen Forderungen noch stärker in Bewegung setzen, als es bei Wahlen in das Bundesgericht heute zutrifft»¹⁷⁵. Einleuchtend ist, daß man einen neuen Wahlmodus zu finden versucht und daß man die Lebenslänglichkeit des Richteramtes postuliert. Beides aber kann man auch für das Bundesgericht vorsehen. Man braucht aus diesen Gründen nicht ein neues Gericht zu schaffen. Das Problem ist, ob sich ein Wahlmodus, der die Unabhängigkeit der Richter von der Bundesversammlung gewährleistet, finden läßt.

Für einen neuen Wahlmodus sind verschiedene Vor-

¹⁷³ Vgl. Schindler, S. 45; Rappard, ZSR 53, S. 284a; Bericht 1937, S. 26; StenBull StR 1937, S. 420 f.; NR 1938, S. 265, 274, 277 f.; Kägi, Die Überwindung des Parteienstaates als Problem der Demokratie, Jahrbuch der NHG 1943, S. 62 f.

¹⁷⁴ Vgl. z. B. Rappard, a. a. O., S. 286a f.

¹⁷⁵ Fleiner, S. 29a.

schläge gemacht worden. So wird etwa an die Wahl der Bundesrichter durch das Volk oder gar durch das Volk und die Stände gedacht¹⁷⁶. Damit würde aber, wie Giacometti hervorhebt, auch die umstrittene Frage der Volkswahl des Bundesrates wieder aufgeworfen. Und die Gefahr politischer Wahlen würde dadurch eher noch größer. Denkbar wäre, daß die Bundesversammlung die Bundesrichter auf Vorschlag anderer Instanzen wählen müßte, z. B. auf Vorschlag des Bundesrates, des Bundesgerichts, der kantonalen Obergerichte, der kantonalen Regierungen, der juristischen Fakultäten, wobei die verschiedensten Kombinationen in Frage kämen¹⁷⁷. Es könnte auch ein neues Organ für die Bundesrichterwahlen gebildet werden, etwa aus Mitgliedern der obersten kantonalen Gerichte, der juristischen Fakultäten, des Bundesgerichts, allenfalls des Bundesrates und der Bundesversammlung¹⁷⁸. Denkbar wäre auch, daß die Bundesrichter zum Teil von der Bundesversammlung gewählt würden, autonom oder auf Vorschlag anderer Instanzen, zum Teil von einem andern Organ oder von mehreren andern Organen. Auch an die Möglichkeit der Kooptation ist zu denken, vielleicht wenigstens an eine partielle¹⁷⁹.

Solche Vorschläge zeigen, daß die Zahl der Möglichkeiten und der Kombination verschiedener Möglichkeiten unbeschränkt ist. Es ist nicht möglich, an dieser Stelle die Vorteile und die Nachteile aller dieser Möglichkeiten gegeneinander abzuwägen. Hingegen ist zu bedenken, daß eine völlige «Entpolitisierung» der Richterwahlen in keinem Falle möglich sein wird. Die Politik wird zwar nicht in allen Fällen die gleich große Rolle spielen, aber gänzlich ausschalten läßt sie sich nicht. Jedoch spricht der Gedanke der Unabhängigkeit der Bundesrichter von der Bundesversammlung trotzdem für eine Änderung des

¹⁷⁶ Siehe z. B. Scherer, S. 84 f.; Giacometti, S. 292 f.

¹⁷⁷ Vgl. z. B. Rappard, a.a.O., S. 286a f.; Marti, S. 208.

¹⁷⁸ Vgl. Kägi, a.a.O., S. 63.

¹⁷⁹ Vgl. Kägi, a.a.O., S. 63; Kelsen, S. 56 f.

Wahlmodus. Diese Unabhängigkeit aber würde auch allein schon dadurch ganz erheblich gefördert, daß man die Bundesrichter auf Lebenszeit wählte. Wenn man sich nun vergegenwärtigt, in welchem Maße eine Neuordnung der Bundesrichterwahlen die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber komplizieren und die hierfür notwendige Verfassungsrevision mit schwer wiegenden Problemen belasten würde, dann wird man sich fragen müssen, ob man es, in voller Anerkennung der Gegenargumente, nicht einstweilen mit dem bisherigen Wahlmodus versuchen und sich mit der Lebenslänglichkeit des Richteramtes begnügen sollte. Es muß ja in dieser Frage auch auf die zur Zeit gegebenen tatsächlichen Umstände ankommen. Diese scheinen mir so zu liegen, daß man es für einmal riskieren dürfte, das Bundesgericht ohne Änderung des Wahlmodus mit der neuen Verfassungsgerichtsbarkeit zu betrauen. Es wird ja schon nicht ganz leicht sein, die Lebenslänglichkeit des Richteramtes einzuführen, da sie unsern Traditionen widerspricht¹⁸⁰. Umso eher sollte man auf weiter gehende Neuerungen für den Anfang wenn möglich verzichten¹⁸¹. Macht man dann ungünstige Erfahrungen, dann können die Dinge immer noch neu erwogen werden.

2. Die Zahl der Richter

Wenn die neue Verfassungsgerichtsbarkeit der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts zugewiesen wird, erhebt sich die Frage, mit wie vielen Richtern die Abteilung bei der Ausübung dieser Gerichtsbarkeit im einzelnen Falle besetzt sein soll. Ein aus sieben Richtern bestehender Gerichtshof schiene mir zu klein zu sein. Es ist sowohl sachlich wie auch psychologisch richtiger, einen etwas größeren Gerichtshof vorzusehen. Er sollte aus mindestens neun, eher

¹⁸⁰ Vgl. dazu z. B. Solyom, S. 136; H. Fritzsche, Volkstümliche Rechtspflege, 1949, S. 12.

¹⁸¹ Siehe auch Marti, S. 208.

aber aus elf Richtern bestehen. Es ist schon vielfach als selbstverständlich bezeichnet worden, daß bei der Beurteilung von generellen Rechtsnormen mehr Richter mitwirken sollten als bei andern Geschäften des Gerichts, und wenn das schon für die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen verlangt wird, muß es umso eher für eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber postuliert werden. Es ist vor allem dann unerläßlich, daß ein relativ großer Gerichtshof amtet, wenn auch Volkserlasse angefochten werden können. So ist denn verschiedentlich von neun oder von elf Richtern gesprochen worden¹⁸².

Ein großes Gericht hat auch den Vorteil, daß die Wahrscheinlichkeit, daß es zu sogenannten Einmann-Entscheidungen kommt, geringer ist als bei einem kleinen Gericht. Bei einem aus sieben Richtern bestehenden Gerichtshof beträgt diese Wahrscheinlichkeit 25 %, bei einem aus elf Richtern bestehenden Gerichtshof nur 16,67 %. Das spielt jedoch nur dann eine Rolle, wenn man gegen diese Einmann-Entscheidungen nicht etwas anderes vorkehren will, wovon sogleich zu sprechen ist.

3. Die Willensbildung

Es ist oben unter III, 2, b, gesagt worden, daß die Möglichkeit der Einmann-Entscheidungen ausgeschlossen werden sollte. Das kann nur dadurch geschehen, daß für die Nichtigerklärung eines Bundeserlasses eine qualifizierte Mehrheit des Gerichts verlangt wird. Wenn der Gerichtshof aus elf Richtern besteht, sollte er einen Bundeserlaß nur aufheben können, wenn acht Richter dafür votieren. Ein relativ hohes qualifiziertes Mehr zu verlangen, rechtfertigt sich namentlich für die Aufhebung von Volkserlassen. Es

¹⁸² Vgl. z. B. A. Ziegler, Soll die Organisation der Bundesrechtspflege revidiert werden? ZSR 54, 217a ff., S. 247a ff.; W. Yung, L'Organisation judiciaire fédérale doit-elle être modifiée? ZSR 54, 391a ff., S. 406a; Fleiner, S. 29a; Scherer, S. 85; H. Huber, a. a. O., ZSGV 1944, S. 362.

hält zwar bei uns im allgemeinen nicht leicht, im öffentlichen Recht das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit aufzustellen. Daß jedoch ein Bundeserlaß nur von relativ vielen Personen aufgehoben werden kann, ist hier wichtiger als der Gedanke, daß nicht eine Minderheit der Mehrheit soll im Wege stehen können. Wir übernehmen damit eine Einrichtung, wie sie beim Schwurgericht bekannt ist. Wie beim Schwurgericht für das «Schuldig» ein qualifiziertes Mehr erfordert ist, so sollte auch für das «Schuldig» des Bundesgesetzgebers ein solches besonderes Quorum von Stimmen vorausgesetzt sein¹⁸³.

§ 7. Die Kompetenzgerichtsbarkeit

Wenn heute im Sinne einer bessern Gewährleistung verfassungsmäßiger Gesetzgebung auch eine Erweiterung der unserm Bundesgericht zustehenden Kompetenzgerichtsbarkeit gefordert wird, dann liegt der Grund hiefür darin, daß das Bundesgericht durch die Norm in Art. 113, Abs. 3 der Bundesverfassung auch in seiner Kompetenzgerichtsbarkeit an die Bundesgesetze und die allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse gebunden ist. Die Kantone sind daher nicht in der Lage, die Kompetenzwidrigkeit von Bundesgesetzen und allgemein verbindlichen Bundesbeschlüssen geltend zu machen. Soweit es sich in dieser Gerichtsbarkeit um die Anfechtung von Rechtssetzungsakten handelt, können seitens der Kantone nur die einfachen Bundesbeschlüsse und die Verordnungen der Bundesverwaltung angefochten werden, wobei aber zudem noch dieselben Beschränkungen gelten wie beim akzessorischen richterlichen Prüfungsrecht¹. Somit ist die Kompetenzgerichtsbarkeit nur sehr einseitig ausgebaut. Der Bund ist in ihr bevorzugt. Die

¹⁸³ Vgl. dazu z. B. Huber, S. 20a, Anm. 60; Laferrière, S. 327, Anm. 2, 328, Anm. 1; Schindler, S. 62; Scherer, S. 86; Giacometti, S. 292.

¹ Vgl. § 4, I, 2, d.

kantonale Kompetenzsphäre ist nur sehr mangelhaft geschützt².

Im Bundesstaate ist nun aber der Schutz der verfassungsmäßigen Kompetenzen der Gliedstaaten ebenso wichtig und dringend wie der Schutz der verfassungsmäßigen Individualrechte. Die um die föderative Struktur des Staates Besorgten werden ihn sogar noch als wichtiger empfinden als die Gewährleistung der Rechte der Bürger. Wenn der Zentralstaat sich in seiner Rechtssetzung ungestraft über die verfassungsmäßigen Kompetenzen der Gliedstaaten hinwegsetzen kann, dann wird auf die Dauer der Bundesstaat in seiner Existenz tangiert. Man hat es auch so ausgedrückt: Das mit dieser einseitigen Kompetenzgerichtsbarkeit zusammenhängende Prinzip, daß kompetenzwidriges Bundesrecht dem kompetenzgemäßen Recht der Gliedstaaten faktisch vorgeht, ist für den Bundesstaat auf die Dauer gefährlich. Kompetenzwidriges Bundesrecht hat nicht mehr Existenzberechtigung als kompetenzwidriges gliedstaatliches Recht. Es sollte nur kompetenzgemäßes Bundesrecht dem Recht der Gliedstaaten derogieren. Kompetenzwidriges Bundesrecht sollte dem kompetenzgemäßen Recht der Gliedstaaten weichen müssen. Ein Schutz der verfassungsmäßigen Kompetenzen der Gliedstaaten ist bei uns zudem auch deswegen wichtig, weil dann, wenn der Bundesgesetzgeber sich über die Kompetenzausscheidungsordnung hinwegsetzen kann und es auch häufig tut, die Mitwirkung der Stände bei der Verfassungsrevision ihren Sinn verliert und damit auch der wesentliche Unterschied zwischen Verfassungsgesetzgebung und einfacher Gesetzgebung des Bundes bedeutungslos wird³.

² Vgl. H. Huber, Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen, 1926, S. 51, 53f., 57f., 67; Fleiner, a.a.O., S. 5a; Dreyer, a.a.O., S. 115f.; Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 82f., 873.

³ Vgl. H. Huber, a.a.O., S. 53f., 57; Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, a.a.O., S. 81ff.; Ders., Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates nach der österreichischen Bundesverfassung von 1920,

So wird heute mit Recht eine Erweiterung der Kompetenzgerichtsbarkeit gefordert, in dem Sinne, daß die Kantone fortan auch die Kompetenzwidrigkeit von Bundesgesetzen und allgemein verbindlichen Bundesbeschlüssen geltend machen könnten. Es wäre die Norm in Art. 113, Abs. 3 der BV zu eliminieren bzw. in der Weise zu modifizieren, daß das Bundesgericht nur noch an die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge gebunden wäre. Wenn diese Norm zum Zwecke der Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit beseitigt werden sollte⁴, dann würde damit automatisch auch die Kompetenzgerichtsbarkeit erweitert. Denkbar wäre aber auch, daß man diese Bindung des Bundesgerichts an die Bundesgesetze und die allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse einstweilen nur für seine Kompetenzgerichtsbarkeit preisgäbe. Man könnte, wenn man den Verfassungsschutz schrittweise verbessern will, mit einem Ausbau der Kompetenzgerichtsbarkeit beginnen⁵.

Auch die Kompetenzgerichtsbarkeit ist Verfassungsgerichtsbarkeit, aber Verfassungsgerichtsbarkeit in einem weitem Sinne als die Gerichtsbarkeit, die wir bei uns heute als Verfassungsgerichtsbarkeit bezeichnen. Wenn bei uns die Kompetenzgerichtsbarkeit und die Verfassungsgerichtsbarkeit unterschieden werden, dann beruht das darauf, daß wir unter Verfassungsgerichtsbarkeit nur die Staatsrechtspflege verstehen, in der der einzelne Bürger

ZSR. 42, S. 191f.; Fleiner, a.a.O., S. 2a; Z. Giacometti, Juristische Erläuterungen zum Volksbegehren von 1936, S. 7; Scherer, a.a.O., S. 45f.

⁴ Vgl. § 6.

⁵ Vgl. dazu Bericht des Bundesrates zum Volksbegehren von 1936, a.a.O., S. 9; StenBull NR 1938, S. 263; Giacometti, Erläuterungen zum Volksbegehren von 1936, S. 7; Ders., Die Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetzgebung und ihre Garantien, SJZ. 30, S. 292; H. Nawiasky, Ein Nachwort, SJZ. 31, S. 113ff.; P. Reichlin, Von der bundesstaatlichen Komplikation der Rechtssetzung, ZSGV. 1949, S. 22ff., S. 33; Fleiner/Giacometti, a.a.O., S. 82f.

eine Verfassungswidrigkeit geltend machen kann, im Gegensatz zur Kompetenzgerichtsbarkeit, in der der Bund und die Kantone es tun können. Für den postulierten Ausbau unserer Kompetenzgerichtsbarkeit aber stellen sich die gleichen Probleme wie für die Erweiterung unserer Verfassungsgerichtsbarkeit im engeren Sinne. Es gilt hier somit dasselbe, was wir in § 6 für die Problematik der Verfassungsgerichtsbarkeit im allgemeinen, für ihr Verhältnis zur Demokratie und für ihr Verhältnis zur Gewaltenteilung festgestellt haben⁶. Aber auch für das Problem, welche Bundeserlasse sollen angefochten werden können, gilt hier dasselbe wie für die Verfassungsgerichtsbarkeit im engeren Sinne⁷. Und schließlich würde der Ausbau der Kompetenzgerichtsbarkeit auch hinsichtlich der Bestellung und der Organisation des Gerichts dieselben Fragen mit sich bringen⁸. Nicht in Frage kommen kann jedoch eine Änderung in der Legitimation zur Kompetenzgerichtsbeschwerde. Wenn man auch dem einzelnen Bürger die Befugnis einräumen möchte, die Kompetenzwidrigkeit eines Bundeserlasses geltend zu machen, dann ist diese Frage bei der Gestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit im engeren Sinne zu lösen. Denn wenn wir an unserer Unterscheidung zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit im engeren Sinne und Kompetenzgerichtsbarkeit festhalten wollen, dann kann die Legitimation zur Kompetenzgerichtsbeschwerde auch fortan nur dem Bund und den Kantonen zustehen, weil das zum Wesen unserer Kompetenzgerichtsbarkeit gehört. Hingegen wird dann das Verhältnis zwischen den beiden Gerichtsbarkeiten allenfalls neu zu ordnen sein. Diese Frage aber kann erst erörtert werden, wenn einmal feststeht, in welcher Weise die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen ausgestaltet werden soll.

⁶ Vgl. § 6, II, III und IV.

⁷ Vgl. § 6, VIII.

⁸ Vgl. § 6, XI.

3. Teil

Die Garantie der Rechtmäßigkeit der Verwaltung

Wenn es heute zu prüfen gilt, in welcher Weise die Legalität der Bundesverwaltung besser gewährleistet werden könnte, dann muß man sich vorerst vergegenwärtigen, welche Garantien gesetzmäßiger Verwaltung unser Rechtschon kennt. Denn auch hier wird es sich empfehlen, an schon bestehende Rechtseinrichtungen anzuknüpfen.

Der Legalität der Bundesverwaltung dienen verschiedenartige Rechtsinstitute. Sie sind jedoch nicht alle gleich wirksam. Gewisse Garantien rechtmäßiger Verwaltung liegen in der Rechtsstellung der Beamten, in ihrer beschränkten Amtsdauer, in ihrer zivilrechtlich, strafrechtlich und disziplinarrechtlich sanktionierten persönlichen Verantwortlichkeit. Solche Garantien bilden ferner der hierarchische Aufbau der Verwaltung und das Kollegialsystem bei unserer obersten Verwaltungsbehörde. Der Legalität der Verwaltung dienen sodann die für die Verwaltungstätigkeit geltenden Verfahrensvorschriften, die etwa zur genauen Prüfung des Sachverhalts und der Rechtslage anhalten oder sonstwie einen richtigen Entscheid gewährleisten sollen. Hieher gehört ferner die parlamentarische Kontrolle der Bundesverwaltung¹. Diese Garantien aber sind ungenügend. Sie vermögen den einzelnen Bürger nicht in zureichendem Maße vor unrechtmäßigen Verwaltungsakten zu schützen. Von einem eigentlichen Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung kann nur dann die Rede sein, wenn der Bürger sich im einzelnen Falle gegen einen unrechtmäßigen Verwaltungsakt mit einem individuellen Rechtsschutzbehelf zur Wehr setzen kann. Eine genügende Garantie legaler Verwaltung

¹ Vgl. zu diesen Garantien etwa E. Ruck, Schweizerisches Verwaltungsrecht, 1. Band, 2. Aufl., S. 144ff.; G. Buser, Zur Geschichte und Reform der aargauischen Verwaltungsrechtspflege, ZSR 62, S. 241ff., S. 255ff.; P. Graff, Le système de l'administrateur-juge en droit fédéral suisse, 1943, S. 49f.

bildet daher nur eine wohlausgebaute Verwaltungsrechtspflege. Wir werden uns daher an dieser Stelle lediglich mit der Verwaltungsrechtspflege und ihrem Ausbau befassen.

§ 8. Die Verwaltungsrechtspflege im allgemeinen¹

In der Literatur zur Verwaltungsrechtspflege ist oft die Frage erörtert worden, wie die Verwaltungsrechtspflege unter dem Gesichtspunkt der staatlichen Funktionen zu charakterisieren sei. Ist die Verwaltungsrechtspflege Verwaltung oder Rechtsprechung? Ist sie vielleicht materiell

¹ In den §§ 8, 9 und 10 werden die folgenden Publikationen nur mit dem Namen des Verfassers zitiert: W. Birchmeier, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943; E. Blumenstein, Der rechtsstaatliche Ausbau der schweizerischen Demokratien, 1930; W. Burckhardt, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der schweizerischen Eidgenossenschaft, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Band 90, 1931, S. 225 ff.; G. Buser, Zur Geschichte und Reform der aargauischen Verwaltungsrechtspflege, ZSR. 62, S. 241 ff.; P. Graff, Le système de l'administrateur-juge en droit fédéral suisse, 1943; M. Imboden, Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung in den Kantonen und im Bund, ZSR. 66, S. 1a ff.; H. Kelsen, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates nach der österreichischen Bundesverfassung von 1920, ZSR 42, S. 173 ff.; E. Kirchhofer, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, 1930; M. Layer, Die Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, 1929, S. 124 ff.; H. Liechti, Die reformierende Verwaltungsgerichtsbarkeit, Zürcher Dissertation im Manuskript, 1949; W. Oswald, Die Gewaltentrennung im schweizerischen Staatsrecht, ZSR 62, S. 403a ff.; R. Thoma, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band 4, 1910, S. 195 ff.; J. Wackernagel, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und persönliche Freiheit, Festgabe der Juristischen Fakultäten 1948, S. 243 ff.; G. Werner, Le débat sur la compétence de la cour administrative fédérale, 1927; E. Zellweger, Verwaltungsrechtspflege und Verfassungsgerichtsbarkeit, SJZ 25, S. 150 ff.; W. Zumstein, Kritische Betrachtungen zum Verwaltungsjustizverfahren, ZBJV 82, S. 353 ff.; H. Zwahlen,

Rechtsprechung, formell Verwaltung, oder ist sie formell Rechtsprechung, materiell Verwaltung? Ist vielleicht die interne Verwaltungsrechtspflege materiell Rechtsprechung, formell Verwaltung, die Verwaltungsgerichtsbarkeit aber sowohl formell wie materiell Rechtsprechung oder formell Rechtsprechung, materiell Verwaltung? Ist vielleicht nur die kassatorische Verwaltungsgerichtsbarkeit sowohl formell wie materiell Rechtsprechung, die meritorische aber nur formell Rechtsprechung, materiell Verwaltung?²

Was in diesem Sinne das Wesen der Verwaltungsrechtspflege ausmacht, ist in unserem Zusammenhange irrelevant. Aus der Beantwortung der erwähnten Fragen läßt sich für das Problem, wie die Verwaltungsrechtspflege gestaltet werden soll, nichts ableiten. Diese Fragen können nur für eine schon gegebene Verwaltungsrechtspflege entschieden werden. Rein abstrakt lassen sie sich nicht beantworten. Für die Charakterisierung einer bestimmten Verwaltungsrechtspflege unter dem Gesichtspunkt der staatlichen Funktionen wird es sich zum Beispiel fragen, ob die damit be-

Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons, ZSR/66, S. 95 a ff.; und die folgenden amtlichen Publikationen werden mit der hier in Klammer angegebenen Bezeichnung zitiert: Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichts vom 20. Dezember 1911, Bbl 1911 V, S. 322 ff. (Botschaft 1911); Eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit, Verhandlungen der Expertenkommission, 1917 (Gesetzgebungsmaterialien I); Eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit, II. Band, Gesetzgebungsmaterialien 1917/18 (Gesetzgebungsmaterialien II); Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege, vom 27. März 1925, Bbl 1925 II 181 ff. (Botschaft 1925 I); Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Beschlussesentwurf betreffend Aufzählung von Kompetenzen des Verwaltungsgerichts, vom 27. März 1925, Bbl 1925 II 301 ff. (Botschaft 1925 II).

² Vgl. dazu etwa Werner, S. 10; Kirchhofer, S. 3, 5 ff., 69; Buser, S. 262 ff.; Graff, S. 74 f.; Liechti, S. 1 ff., 9 ff. 26 ff., 47 f., 74, 120 f.

traute Behörde als Gericht bezeichnet werden kann oder nicht. Das ist aus dem positiven Recht abzuleiten. So kann diese Frage erst nach der positivrechtlichen Gestaltung einer Verwaltungsrechtspflege gestellt und beantwortet werden. Für das Problem, wie eine Verwaltungsrechtspflege gestaltet werden soll, folgt aber aus solchen Erörterungen nichts.

Wesentlich aber ist für die Gestaltung der Verwaltungsrechtspflege *de lege ferenda* die Frage, welchen Zweck die Verwaltungsrechtspflege erfüllen soll. Diese Frage muß vor der Ausgestaltung einer Verwaltungsrechtspflege beantwortet werden. Denn je nach dem Zweck, den man mit der Verwaltungsrechtspflege verfolgt, wird man sie unter einzelnen Gesichtspunkten verschieden ausgestalten müssen. So ist auch für die weitere Ausgestaltung der Verwaltungsrechtspflege des Bundes vom Zweck auszugehen, der mit ihr verfolgt werden will.

I. Der Zweck der Verwaltungsrechtspflege

Es mag erstaunen, daß die Frage nach dem Zweck der Verwaltungsrechtspflege besonderer Erörterung bedarf. Zweck der Verwaltungsrechtspflege scheint ganz einfach die Legalität der Verwaltung zu sein, die aus den in den §§ 1 und 3 erwähnten Gründen zu gewährleisten ist. Mit dieser Feststellung können wir uns jedoch nicht begnügen. Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der heute bestehenden Verwaltungsrechtspflege im Bunde zeigt, daß für die Ausgestaltung der Verwaltungsrechtspflege auch noch andere Gesichtspunkte maßgebend sein können. Und das bestätigt auch das Schrifttum zur Verwaltungsrechtspflege. Ja es zeigt sich, daß schon der Gedanke der Legalität der Verwaltung aus verschiedenen Komponenten besteht und daß es für die Gestaltung einer Verwaltungsrechtspflege unter bestimmten Gesichtspunkten einen Unterschied ausmacht, auf welche Komponente das Schwergewicht gelegt wird. Es kann nämlich bei der Legalität der Verwaltung entweder mehr an den Schutz der subjektiven Rechte

der Bürger oder mehr an die Verwirklichung des objektiven Rechts gedacht werden. Subjektives Recht und objektives Recht scheinen nun zwar in notwendiger Korrelation zu stehen, sodaß man annehmen müßte, die Verwirklichung des objektiven Rechts bedeute gleichzeitig auch Schutz der subjektiven Rechte und der Schutz der subjektiven Rechte bringe eo ipso auch die Verwirklichung des objektiven Rechts mit sich. Das ist sicherlich weitgehend der Fall. Unter dem Aspekt der Rechtspflege aber macht es bisweilen praktisch einen Unterschied aus, ob der Rechtsschutz des Bürgers oder die Verwirklichung des objektiven Rechts in den Vordergrund gestellt wird. Es stellen sich für die Gestaltung einer Verwaltungsrechtspflege Fragen, die unter dem Gesichtspunkt der Verwirklichung des objektiven Rechts anders zu lösen sind als unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes der Bürger³.

In der Gestaltung der Verwaltungsrechtspflege des Bundes ist der Akzent bisher auf den Rechtsschutz des Bürgers gelegt worden⁴. Daneben aber ist doch auch an die Verwirklichung des objektiven Rechts gedacht worden und ist für die Gestaltung der Verwaltungsrechtspflege an gewissen Stellen dieser Gesichtspunkt maßgebend gewesen. Es wirkten aber auch noch andere Überlegungen mit, und es wird heute in der Literatur betont, daß noch andere Zwecke zu beachten seien. So soll die Verwaltungsrechtspflege auch der Abklärung von verwaltungsrechtlichen Zweifelsfragen und damit einerseits der Rechtssicherheit und andererseits der Weiterbildung des materiellen Verwaltungsrechts dienen⁵. Für die Errichtung

³ Vgl. Gesetzgebungsmaterialien II, S. 67; Kirchhofer, S. 14, 36, 68; Graff, S. 47, 51, 68, 115, 131 f.; Imboden, S. 7a, 45a, 47a; Liechti, S. 56, 71 ff.

⁴ Siehe Gesetzgebungsmaterialien II, S. 67; F. Fleiner, Bericht über die Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZSR 40, 237a ff., S. 238a; Kirchhofer, S. 14, 68; Graff, S. 47, 51, 131 f.; Imboden, S. 7a ff.; Birchmeier, S. 417 f.; Liechti, S. 56, 71 f.

⁵ Vgl. bes. Imboden, S. 7a ff.; Ders., Das Problem der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Referat in der Arbeitsgemeinschaft für den

der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit war sodann auch der Gedanke der Entlastung des Bundesrates maßgebend⁶.

Diese verschiedenen Zwecke der Verwaltungsrechtspflege liegen nun aber nicht alle auf gleicher Ebene. Sie müssen vielmehr in einem Rangverhältnis gesehen werden, und bei der Gestaltung der Verwaltungsrechtspflege darf daher nicht allen diesen Zwecken das gleiche Gewicht zukommen. So leuchtet ohne weiteres ein, daß die Entlastung einer Verwaltungsbehörde für die Gestaltung der Verwaltungsrechtspflege nicht in gleicher Weise maßgebend sein darf wie die Weiterbildung des Verwaltungsrechts, die Rechtssicherheit und die Legalität der Verwaltung. Es ist daher mit Recht gesagt worden, daß die Entlastung des Bundesrates kein der Sache angemessener Gesichtspunkt für die Einführung und die Ausgestaltung der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit sei⁷. Aber auch zwischen den andern Zwecken bestehen Rangunterschiede. Die Weiterbildung des materiellen Verwaltungsrechts kann nicht in gleicher Weise Selbstzweck sein wie die Legalität der Verwaltung. Sollte es daher zu Situationen kommen, in denen der Gesetzgeber sich entscheiden muß, ob der Gesichtspunkt der Weiterbildung des Verwaltungsrechts oder derjenige der Legalität der Verwaltung, also der Rechtsschutz der Bürger und die Verwirklichung des objektiven Rechts vorgehen solle, dann sollte der Entscheid für ihn nicht zweifelhaft sein. Die Weiterbildung des Verwaltungsrechts dient den Werten, in deren Dienst die Legalität der Verwaltung steht, nur viel mittelbarer als die Legalität der Verwaltung selbst. Deshalb muß sie im Konfliktsfalle hinter der Legalität der Verwaltung selbst zurückstehen. Dem Rechtsschutz der

Ausbau des Rechtsstaates, 1949, S. 4; ferner: Botschaft 1911, S. 336; Gesetzgebungsmaterialien I, S. 63; Werner, S. 632 f.; Birchmeier, S. 417 f.

⁶ Vgl. Botschaft 1911, S. 322, 326, 334; StenBull StR 1912, S. 72; StenBull StR 1926, S. 7.

⁷ Vgl. Gesetzgebungsmaterialien II, S. 54.

Bürger und der Verwirklichung des objektiven Verwaltungsrechts muß ihr gegenüber der Vorrang zukommen. Und schließlich sollte in jenen Fragen, in denen die beiden Komponenten der Legalität der Verwaltung selbst Verschiedenes verlangen, dem Rechtsschutz der Bürger der Vorzug gegeben werden. Es scheint mir richtig zu sein, daß in unserer Verwaltungsrechtspflege bisher dieser Gedanke in den Vordergrund gestellt worden ist. Ich würde, auch de lege ferenda, mit W. Birchmeier sagen: «Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat den Zweck, in erster Linie dem Schutz des Bürgers zu dienen. Außerdem dient sie der Wahrung des objektiven Rechts und dem Ausbau des Verwaltungsrechts überhaupt»⁸. Ich komme darauf bei der Besprechung der *reformatio in peius* in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zurück⁹.

II. Die Arten der Verwaltungsrechtspflege

Über die verschiedenen Arten der Verwaltungsrechtspflege und die Erfahrungen, die man damit im Bunde und in den Kantonen bisher gemacht hat, ist dem Schweizerischen Juristenverein für die Tagung des Jahres 1947 durch Prof. M. Imboden und Prof. H. Zwahlen Bericht erstattet worden. Wenn wir heute die Aufgabe haben, zu prüfen, in welcher Weise die Verwaltungsrechtspflege des Bundes verbessert werden könnte, dann ist für die vier verschiedenen Arten der Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflege durch Zivilgerichte, Verwaltungsrechtspflege durch das Parlament, verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege, Verwaltungsrechtspflege durch Verwaltungsgerichte) folgendes festzustellen:

Mit der Verwaltungsrechtspflege durch Zivilgerichte und der Verwaltungsrechtspflege durch das Parlament brauchen wir uns nicht zu befassen. Die Verwaltungsrechtspflege durch Zivilgerichte, die in den Kantonen noch bedeut-

⁸ Handbuch, S. 417 f.; ähnlich auch Gesetzgebungsmaterialien II, S. 67; Kirchhofer, S. 14.

⁹ Vgl. unten unter § 10, V.

sam ist, spielt im Bunde heute keine Rolle. Und niemand wird heute fordern, daß man im Bunde auf sie zurückkomme. Sie ist allgemein gesehen im Abbau begriffen, da sie sich unter den heutigen Umständen trotz gewisser Vorteile, die sie wenigstens der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege und der Verwaltungsrechtspflege durch das Parlament gegenüber besitzt, als unzulänglich erweist¹⁰. Die heute in Art. 132 des Organisationsgesetzes für die Bundesrechtspflege vorgesehene Verwaltungsrechtspflege durch das Parlament spielt praktisch keine große Rolle. Sie ist im Bunde schon früh als mangelhaft empfunden worden, und auch sie ist in neuerer Zeit allgemein gesehen in Rückbildung begriffen. Ein Ausbau dieser Verwaltungsrechtspflege kann heute nicht in Frage kommen. Denkbar wäre jedoch, daß man das Verfahren dieser Verwaltungsrechtspflege im Bunde verbesserte. Da diese Verwaltungsrechtspflege aber praktisch so unbedeutend ist, treten wir auf diese Frage hier nicht ein¹¹.

Näherer Betrachtung bedürfen die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege und die Verwaltungsrechtspflege durch Verwaltungsgerichte. Im Bunde steht heute quantitativ gesehen die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege im Vordergrund. Sie kann infolge der Tatsache, daß die Fälle, in denen ein Verwaltungsgericht zuständig ist, enumeriert sind, als die «gemeinrechtliche» Verwaltungsrechtspflege bezeichnet werden¹². An dieser Verwaltungsrechtspflege wird heute Kritik geübt. Man möchte sie in möglichst weitgehendem Maße durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit ersetzen. Soweit das aber nicht möglich erscheint, wird wenigstens eine Verbesserung des Verfahrens der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege postuliert. Da wohl diese Verwaltungsrechts-

¹⁰ Vgl. Imboden, S. 18a ff.; Ders., Protokoll der Verhandlungen des Juristenvereins 1947, ZSR 66, S. 455a f.; Z w a h l e n, S. 124a ff.

¹¹ Vgl. dazu Botschaft 1911, S. 332 f.; Botschaft 1925 I, S. 72 f.; Imboden, S. 56a ff.

¹² Graff, S. 10 f., 51 f.

pflege in Zukunft selbst dann noch ihre Rolle spielen wird, wenn man die jetzt bestehende Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes erheblich ausbaut, haben wir diese Frage der Verbesserung der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege des Bundes der Prüfung zu unterziehen. Das werden wir in § 9 tun. Die wichtigste Forderung aber, die heute für die Verwaltungsrechtspflege des Bundes erhoben wird, ist, wie schon angetönt, der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Davon wird in § 10 zu sprechen sein.

§ 9. Die Verbesserung der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege

Aus welchen Gründen die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege ihrem Wesen gemäß nur mangelhaften Rechtsschutz zu bieten vermag, ist bekannt. Davon ist hier nicht zu sprechen. Die mit ihrer Natur zusammenhängenden Unzulänglichkeiten der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege führen zum Postulat des Ausbaus der Verwaltungsgerichtsbarkeit. An dieser Stelle ist lediglich von jenen Mängeln der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege zu sprechen, die nicht mit ihrem Wesen, sondern mit ihrer unvollkommenen Ausgestaltung zusammenhängen und deshalb behoben werden könnten. Die Kritik an der heute bestehenden verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege des Bundes bezieht sich im wesentlichen auf die Instruktion der Beschwerde und auf die Rechtsstellung des Beschwerdeführers.

I. Die Instruktion der Beschwerde

Wenn gegen eine Verfügung einer Amtsstelle des Bundes an das zuständige Departement rekurriert wird, dann pflegt das Departement die Amtsstelle, die die Verfügung erlassen hat, mit der Prüfung der Angelegenheit zu betrauen und zur Antragstellung einzuladen, was praktisch dazu führt, daß diese Amtsstelle den Rekursentscheid entwirft und dem Departement zur Unterzeichnung zuleitet. Das ist für den

Beschwerdeführer offensichtlich unbefriedigend, da somit praktisch derselbe Beamte, der die Verfügung vorbereitet oder erlassen hatte, über die Beschwerde entscheidet. Die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege des Bundes bedeutet somit in diesem Stadium einen Leerlauf.

Bis zum Erlass des Bundesgesetzes über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege von 1928 traf das auch für die an den Gesamtbundesrat gerichteten Beschwerden gegen ein Departement zu. Der Bundesrat pflegte in diesem Falle den betreffenden Departementschef zur Antragsstellung einzuladen. Obschon er dazu noch ein an der Sache nicht beteiligtes Departement zum Mitbericht aufforderte, übte das Departement, das erstinstanzlich entschieden oder ursprünglich verfügt hatte, den bestimmenden Einfluß auf den Entscheid des Bundesrates aus. «Man kann sich oft des Eindrucks nicht erwehren», schrieb der Bundesrat selbst im Jahre 1925, «daß nicht drei verschiedene Instanzen in der Sache erkennen, sondern eine Instanz zu drei verschiedenen Malen urteilt»¹. Diese Erwägung führte dann bekanntlich zu der Norm des Art. 26 des VDG von 1928, die als Art. 129 in das OG von 1943 kam, wonach das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement die Instruktion der Beschwerde besorgt und Antrag stellt und im Falle, daß die Beschwerde gegen dieses Departement gerichtet ist, der Bundespräsident ein anderes Departement damit zu betrauen hat. Zwar wird auch das rekursbeklagte Departement zur Vernehmlassung eingeladen, aber nur als «Gegenpartei», nicht zur Antragstellung für den Entscheid des Bundesrates.

Das wird heute allgemein als wesentliche Verbesserung der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege des Bundes anerkannt.² An der Behandlung der an ein Departement gerichteten Rekurse gegen eine untere Amtsstelle hat sich damit allerdings nichts geändert. Dieses Stadium

¹ Botschaft 1925 I, S. 68.

² Vgl. Imboden, S. 42a f., 85a f.; Zwahlen, S. 111a ff., 119 f.

bleibt ein Leerlauf. Aber er wird weniger empfunden, seitdem die Dinge wenigstens im nachfolgenden Stadium besser geworden sind.

Hat man aber mit dieser Einschaltung des Justizdepartements auch wirklich erreicht, was man erreichen wollte? Ist der Einfluß des rekursbeklagten Departements und damit der ursprünglich verfügenden Amtsstelle auf den Entscheid des Bundesrates wirklich ausgeschaltet oder wenigstens erheblich vermindert worden? Soweit der Außenstehende es zu beurteilen vermag, trifft das zum mindesten nicht in allen Fällen zu. Man hört vielmehr von Rekursfällen, in denen der mit der Instruktion betraute Beamte der Justizabteilung mit der Amtsstelle, die die Verfügung ursprünglich erlassen hatte, in Verbindung tritt, um sich über die Dinge näher zu informieren. Wenn es sich um ein Rechtsgebiet handelt, das ihm zu wenig bekannt ist, wird er sich durch die betreffende Amtsstelle nicht nur über den Sachverhalt, sondern vor allem auch über die in der Sache geltenden Rechtsnormen und die bisherige Praxis dazu orientieren lassen. Damit aber wird er, wenn auch unbeabsichtigt, durch die betreffende Amtsstelle beeinflusst, und es kommt damit der Anschauung der Amtsstelle im Ergebnis schließlich doch wieder ein größeres Gewicht zu, als es nach der nun geltenden Normierung des Beschwerdeverfahrens der Fall sein sollte³.

Wenn diese Normierung ihren Sinn soll erfüllen können, dann muß dafür gesorgt werden, daß die mit der Beschwerdeinstruktion betrauten Beamten der Justizabteilung es nicht mehr als notwendig empfinden, in einem konkreten Falle sich mit der in Frage stehenden Amtsstelle in Verbindung zu setzen. Sie sollten solcher Informationen nicht bedürfen. Dieses Ziel kann erreicht werden, wenn die Justizabteilung jenen Ausbau erfährt, den wir in § 5 unter I zunächst unter einem andern Gesichtspunkt postuliert haben. Wir haben dort schon gesagt, daß dieser Ausbau

³ Vgl. Z w a h l e n, S. 113a.

auch der Instruktion der Verwaltungsbeschwerden durch die Justizabteilung zugute käme. Die Justizabteilung würde dann, wie aus unsern Ausführungen in § 5 unter I hervorgeht, für alle Rechtsgebiete über Juristen verfügen, die in den in Frage stehenden Rechtsgebieten so bewandert wären, daß sie die Instruktion der Verwaltungsbeschwerden besorgen könnten, ohne vorerst mit der rekursbeklagten Amtsstelle Fühlung nehmen zu müssen. Damit würde der Einfluß dieser Amtsstelle auf den Entscheid des Bundesrates auch faktisch ausgeschaltet, und es könnte voll in Erfüllung gehen, was man mit der Gesetzesbestimmung über die Instruktion der Verwaltungsbeschwerden intendiert hatte. —

Erwägenswert ist in diesem Zusammenhange auch, ob nicht der Vorsteher des rekursbeklagten Departements beim Entscheid des Gesamtbundesrates sollte in *Ausstand* treten müssen⁴. Das würde selbstverständlich den Einfluß des rekursbeklagten Departements noch mehr mindern, und es läge das im Sinne des Prinzips, daß bei aller wahren Rechtspflege niemand Richter in eigener Sache sein sollte.

II. Die Rechtsstellung des Beschwerdeführers

Im Sinne einer Verbesserung der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege des Bundes wird gefordert, daß der Bundesgesetzgeber ausführliche Verfahrensvorschriften erlasse, die für die gesamte interne Verwaltungsrechtspflege des Bundes einheitlich gelten müßten⁵. Materiell hätten diese Verfahrensvorschriften vor allem die Rechtsstellung des Beschwerdeführers zu verbessern.

Das Ziel muß sein, dem Beschwerdeführer im Verwaltungsprozeß eine ähnliche Stellung einzuräumen, wie die Parteien sie in andern Prozeßverfahren besitzen. Daß im Verwaltungsprozeß in dieser Hinsicht nur sehr langsam

⁴ Vgl. z.B. Buser, S. 276; Imboden, S. 42a f.

⁵ Vgl. Graff, S. 12 f., 67; Imboden, S. 81a, 83a f.; Zwahlen, S. 151a f., 154a; Verhandlungen des Juristenvereins 1947, ZSR 66, S. 458a f., 475a ff.

Fortschritte gemacht werden, ist an sich begreiflich. Was für ein Gericht hinsichtlich der Stellung der Parteien heute selbstverständlich ist, ist es für die Verwaltungsbehörden deswegen nicht in gleicher Weise, weil die Rechtspflege nicht ihre Hauptaufgabe ist. Ihre primäre Funktion ist so ganz anderer Natur als die des Richters und die Organisation der Verwaltung ist so sehr auf diese primäre Funktion zugeschnitten, daß es nicht leicht hält, die Verwaltungsbehörden für die Rechtspflegefunktion an die gleichen Normen zu binden, die für den Richter gelten. Allein es wird sich doch nach und nach die Erwägung durchsetzen müssen, daß die interne Verwaltungsrechtspflege den Namen «Rechtspflege» nur dann verdient, wenn der Beschwerdeführer wenigstens ähnlich gestellt wird wie die Parteien im Zivil- und im Strafprozeß. Wenn diese Forderung nicht erfüllt wird, dann wird das zur Folge haben, daß man auch für Gebiete, für die man es an sich sehr wohl bei der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege belassen könnte und für die diese Art der Verwaltungsrechtspflege vielleicht sogar zweckmäßiger ist, die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit verlangen wird. Einer Überspannung dieser Forderung wird man am besten dadurch vorbeugen, daß man die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege verbessert. Das ist namentlich bei dem an Bedeutung stets zunehmenden Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes zu bedenken, wo das Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers naturgemäß besonders groß ist. Hier unterliegen heute, wie auch die Verhandlungen des Juristenvereins schon bewiesen haben, die Verhältnisse im Clearingrecht besonders heftiger Kritik⁶. Wenn man der Auffassung ist, daß man hier grundsätzlich die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege beibehalten sollte, dann muß diese, namentlich was die Rechtsstellung des Rekurrenten betrifft, erheblich verbessert werden; andernfalls wird hier eine Verwaltungsgerichtsbarkeit gefordert werden, denn

⁶ Vgl. Verhandlungen des Juristenvereins 1947, ZSR 66, S. 466 a ff., 476 a.

es ist nicht einzusehen, warum es um den Rechtsschutz des Bürgers auf diesem Gebiete schlechter bestellt sein soll als zum Beispiel im Steuerrecht, im Zollrecht, im Sozialversicherungsrecht. Auf die «vorübergehende» Natur dieses Rechtsgebiets kann man sich heute füglich nicht mehr berufen.

Der Beschwerdeführer sollte vor allem das Recht haben, in die Akten Einsicht zu nehmen. Er sollte die Vernehmlassung der «Gegenpartei» zu Gesicht bekommen können und dazu Stellung nehmen dürfen. Gewiß werden da für bestimmte Fälle Ausnahmen zu machen sein⁷. Aber grundsätzlich sollten ihm diese Rechte nicht vorenthalten werden⁸. Daß der Rekurrent in der Verhandlung, in der die Behörde den Entscheid fällt, angehört werden müsse, ginge zu weit. Aber er sollte wenigstens das Recht haben, von der instruierenden Instanz angehört zu werden, wenn er nach Einsicht in die Akten und in die Vernehmlassung der Gegenpartei sich mündlich äußern möchte⁹. Gefordert wird etwa auch, daß der Rekurrent in der Verfügungsverfügung und allenfalls im Rekursentscheid eine bessere Rechtsmittelbelehrung bekomme und daß die Entscheide ausführlicher begründet werden¹⁰. Endlich wird auch für das Recht, einen Parteivertreter beizuziehen und eine Prozeßentschädigung beanspruchen zu können, plädiert¹¹. Das Recht auf Akteneinsicht, das Recht auf Beizug eines Parteivertreters und das Recht auf kontradiktorisches Verfahren werden auch in einer Eingabe des Schweizerischen Anwaltsverbandes an den Bundesrat vom Februar 1950 gefordert.

⁷ Vgl. z. B. P. Sand, Der Schutz der wirtschaftlichen Geheimsphäre im bundesrechtlichen Beschwerdeverfahren, SJZ 1946, S. 145 ff.

⁸ Vgl. Graff, S. 118 f., 151; Zumstein, S. 366; Imboden, S. 87 f.; Zwahlen, S. 156 ff.

⁹ Vgl. Zwahlen, S. 116a, 154a ff.

¹⁰ Z. B. Zumstein, S. 362, 366; Zwahlen, S. 118.

¹¹ Zumstein, S. 364, 368.

Im Zusammenhang mit der Verbesserung der Rechtsstellung des Beschwerdeführers müßte in Verfahrensvorschriften für die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege des Bundes wohl auch die heikle Frage der *reformatio in peius* eine positivrechtliche Lösung finden. Die Praxis ist hier mangels einer geschriebenen Norm von der Überlegung ausgegangen, daß unter dem Gesichtspunkt der Verwirklichung des objektiven Rechts die *reformatio in peius* als zulässig erscheinen müsse, unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes des Bürgers jedoch nicht. Es werde beiden Aspekten in richtigem Maße Rechnung getragen, wenn man die *reformatio in peius* dann als zulässig erachte, wenn die Verfügung, auch wenn keine Beschwerde eingereicht worden wäre, von Amtes wegen abgeändert werden könnte, das heißt, wenn ihr keine materielle Rechtskraft zukommt¹². Dieser Grundsatz aber sollte m. E. dahin präzisiert werden, daß die *reformatio in peius* nur dann zulässig ist, wenn die Beschwerdeinstanz die angefochtene Verfügung ohnehin von Amtes wegen zu Ungunsten des Beschwerdeführers abändern dürfte¹³. —

Im Interesse des Beschwerdeführers liegt auch die Veröffentlichung der grundsätzlich wichtigen Entscheide der Verwaltungsbehörden¹⁴. Und zwar sollten die Entscheide möglichst bald nach ihrem Erlaß publiziert werden. Es ist bedauerlich, daß die Herausgabe der «Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden» sich so sehr verzögert, daß wir heute erst beim Jahre 1941 stehen. Das entwertet eine solche Sammlung, denn der Leser weiß ja bei so weit zurückliegenden Präjudizien nicht, ob nicht inzwischen grundsätzlich anders entschieden worden ist.

¹² Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden, Heft 8, Nr. 97; Heft 10, Nr. 133.

¹³ Vgl. L. Fromer, Gilt das Verbot der *reformatio in peius* im eidgenössischen Verwaltungsrecht? SJZ 1945, S. 135 ff.; Graff, S. 151.

¹⁴ Vgl. Verhandlungen des Juristenvereins 1947, ZSR 66, S. 475 a ff.

§ 10. Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit

I. Die Ausgangslage

Als wir in § 6 die Frage erörterten, ob die gesetzgeberischen Erlasse des Bundes einer Verfassungsgerichtsbarkeit unterstellt werden sollten, hatten wir uns vorerst mit der Problematik der Verfassungsgerichtsbarkeit zu befassen, mit ihrer allgemeinen Problematik und mit ihrer Problematik in dem durch Demokratie und Gewaltenteilung charakterisierten Staat. Auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist ein Rechtsinstitut, das vielfach als problematisch empfunden wird, und auch diese Gerichtsbarkeit tritt mit der Gewaltenteilung und unter Umständen mit der Demokratie in Konflikt. Dieser Problematik der Verwaltungsgerichtsbarkeit brauchen wir jedoch an dieser Stelle keine besondere Betrachtung zu widmen, handelt es sich doch heute nicht darum, ob eine Verwaltungsgerichtsbarkeit gegenüber Akten der Bundesverwaltung grundsätzlich eingeführt werden soll. Wir besitzen eine solche Verwaltungsgerichtsbarkeit, und was heute zur Diskussion steht, ist ihre weitere Ausgestaltung. Auf eine grundsätzliche Betrachtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu verzichten, können wir uns umso eher gestatten, als von kompetenter Seite festgestellt worden ist, daß gewisse Unzukömmlichkeiten, die man von dieser Gerichtsbarkeit seinerzeit befürchtet hatte, nicht eingetreten sind¹. So werden wir auf ihre Grundproblematik lediglich in Verbindung mit einigen speziellen Fragen ihrer künftigen Weiterbildung kurz zu sprechen kommen. Und wir setzen auch die Vorzüge, die ihr im Vergleich mit den andern Arten der Verwaltungspflege allgemein gesehen zukommen, als bekannt voraus.

Hingegen darf auch bei einem weiteren Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes nicht übersehen werden, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit von den Bürgern

¹ Zwahlen, S. 147a f.

noch keineswegs als so notwendig und wünschenswert empfunden wird, wie man angesichts der Tatsache, daß sie den einzelnen Bürgern selbst zugute kommt, annehmen möchte. So muß auch hier im Volke noch mehr Verständnis für das Rechtsinstitut geweckt werden². Darüber hinaus aber ist bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit bekanntlich auch noch mit andern Widerständen zu rechnen. Und es erhebt sich denn auch hier die Frage, ob man vorerst nur einen sehr maßvollen Ausbau postulieren oder aber gleich die als ideal erscheinende Lösung anstreben soll. Daß man hier auch weiterhin schrittweise vorgeht, ist möglich. Aber es ist immerhin zu bedenken, daß schon bei der Errichtung der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit eine spätere Weiterbildung in Aussicht gestellt worden war, daß dann aber die denkbar günstigste Gelegenheit hiefür, nämlich die Revision des Organisationsgesetzes für die Bundesrechtspflege im Jahre 1943, verpaßt wurde. So sollte man wohl nicht allzu sehr darauf abstellen, daß das Institut dann nach und nach noch weiter ausgebaut werden kann. Es sollte heute das gefordert werden, was man für sachlich richtig hält, nicht nur das, was «taktisch» richtig erscheint, schon um der klaren Richtlinie für die Weiterbildung willen³.

II. Die Beschwerdematerien

1. Das Postulat der Erweiterung der Beschwerdematerien

Die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbarkeit wird heute in erster Linie wegen der Umschreibung der von ihr erfaß-

² Vgl. Sten Bull StR 1912, S. 58, 71; Werner, S. 24; Blumenstein, S. 13 ff.; Graff, S. 12; Buser, S. 243, 253 ff., 265, 281; Imboden, Das Problem der Verwaltungsgerichtsbarkeit, a.a.O., S. 4.

³ Vgl. Sten Bull StR 1912, S. 71; Botschaft 1925 I, S. 4; Sten Bull StR 1926, S. 4, 17; NR 1927, S. 258, 264; Buser, S. 282; H. Huber, Die Staats- und Verwaltungsrechtspflege im neuen Organisationsgesetz, ZSGV 1944, S. 361; Zwahlen, S. 163; Verhandlungen des Juristenvereins 1947, ZSR 66, S. 457 a f.; Imboden, Das Problem der Verwaltungsgerichtsbarkeit, a.a.O., S. 4 f.

ten Materien als unzulänglich empfunden. Man verlangt daher eine Erweiterung der Materien, in denen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden kann. Dieser Wunsch ist nicht neu. Er bestand schon bei der Einführung der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit und kam damals im Postulat der Generalklausel zur Geltung. Das Begehren hat aber inzwischen neue Impulse bekommen. Verwaltungsrecht und Verwaltungstätigkeit des Bundes sind unterdessen umfangreicher geworden. Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit hat aber damit nicht Schritt gehalten, obwohl das Rechtsschutzbedürfnis der Bürger mit der Erweiterung der Verwaltungstätigkeit nicht nur absolut, sondern auch relativ gesehen zunimmt. Das Rechtsschutzbedürfnis nimmt namentlich auch dann zu, wenn die Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger zwar nicht an Anzahl, wohl aber in ihrem Ausmaß im einzelnen Falle zunehmen. So wird der Bürger zum Beispiel das Bedürfnis nach Rechtsschutz deutlicher empfinden, wenn ihm auf seinem Einkommen von Fr. 15000.— unrichtigerweise Fr. 3000.— anstatt Fr. 2000.— als Steuer abgenommen werden, als wenn ihm vom gleichen Einkommen unrichtigerweise Fr. 300.— anstatt Fr. 200.— abgenommen werden, obschon das Unrecht als solches in beiden Fällen proportional gleich schwer wiegt. In besonders hohem Maße bringt das Gebiet des Wirtschaftsverwaltungsrechts, das inzwischen eine so bedeutsame Entwicklung erlebt hat, neue Rechtsschutzbedürfnisse mit sich. Sodann hat inzwischen auch das Vollmachtenrégime des Bundes dem Gedanken der Verwaltungsgerichtsbarkeit neuen Auftrieb gegeben, wie das schon nach dem ersten Weltkrieg der Fall gewesen war⁴.

Nun wird aber niemand verlangen wollen, daß schlechthin die gesamte Verwaltungstätigkeit des Bundes der

⁴ Vgl. Botschaft 1911, S. 324, 331; Gesetzgebungsmaterialien II, S. 109; Burckhardt, S. 229; Graff, S. 47; H. Huber, a.a.O., S. 361; Imboden, S. 10 ff.; Zwahlen, S. 108, 146 f., 161; Wackernagel, S. 246.

Verwaltungsgerichtsbarkeit unterstellt werde. Es gibt Verwaltungstätigkeit, die sich hierfür nicht eignet. Sie wird man auch heute und in Zukunft von der richterlichen Kontrolle ausnehmen müssen. In großen Zügen gesehen dürften hierfür wohl noch immer die gleichen Kriterien als maßgebend anerkannt werden, die seinerzeit bei der Einführung der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit für die Ausscheidung der Beschwerdematerien als bestimmend bezeichnet worden waren⁵. Fraglich aber ist, ob man damals diese an sich richtig erscheinenden Kriterien auf die Ausscheidung der Beschwerdematerien auch richtig angewendet hat. Auch können diese Kriterien heute wie gesagt nur im großen und ganzen als maßgeblich anerkannt werden. Nicht zu überzeugen vermag zum Beispiel die Argumentation, die der Bundesrat seinerzeit hinsichtlich der Erteilung und der Verweigerung von Konzessionen und Bewilligungen — heute ein besonders wichtiger Gegenstand — angestellt hat. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wollte nur gegen den Entzug von Konzessionen und Bewilligungen gewährt werden. «Maßgebend war dabei die Erwägung, daß der Entzug eines Rechtes, das der Beteiligte schon besitzt, einen viel tiefern Eingriff bildet, als wenn ihm bloß etwas verweigert wird, das er noch gar nicht hat»⁶. Wie man sich aber auch zu diesen Kriterien stellen mag, so drängt sich heute auf alle Fälle eine neue Ausscheidung der Beschwerdematerien unter diesen Gesichtspunkten auf. Man hat es versäumt, bei der inzwischen ergangenen Verwaltungsgesetzgebung die Frage der Gewährung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde jeweils konsequent unter diesen Aspekten zu prüfen und die Verwaltungsgerichtsbarkeit schrittweise entsprechend zu erweitern. So sind heute die Fälle zweifellos zahlreich, in denen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht gegeben ist, ob-

⁵ Vgl. dazu Botschaft 1925 I, S. 14 ff.; Botschaft 1925 II, S. 133 ff.; Gesetzgebungsmaterialien II, S. 43; Kirchhofer, S. 15, 21 f., 54 f.

⁶ Botschaft 1925 II, S. 136.

wohl sie unter dem Gesichtspunkt der Kriterien, die seinerzeit als maßgeblich bezeichnet worden waren, gegeben sein müßte. —

Bei einer Erweiterung der Beschwerdematerien wird sich die Frage erheben, in welcher Weise die Materien, in denen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gewährt wird, im Gesetz umschrieben werden sollen. Soll die Enumeration der Beschwerdematerien beibehalten und entsprechend erweitert werden, oder soll nun die Generalklausel an ihre Stelle treten?

2. Generalklausel und Enumeration

In den langwierigen Auseinandersetzungen, die der Einführung der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit vorangingen, stand die Frage im Vordergrund, ob die Beschwerdematerien durch eine Generalklausel oder auf dem Wege der Enumeration umschrieben werden sollen. F. Fleiner trat für die Generalklausel ein. Ihm schlossen sich unter andern E. Blumenstein, W. Burckhardt, G. Werner an⁷. Der Bundesrat aber bekannte sich dann schließlich zur Enumerationsmethode. Es bestand die Meinung, daß wenigstens für den Anfang es zweckmäßig sei, die Beschwerdematerien zu enumerieren; zur Generalklausel könnte allenfalls später übergegangen werden⁸.

Auch heute wird im Zusammenhang mit dem Postulat der Erweiterung der Beschwerdematerien die Generalklausel gefordert, wobei die Materien, die der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht unterstellt sein sollen, als Ausnahmen aufzuzählen wären; Generalklausel mit negativer Enume-

⁷ Vgl. bes. Gesetzgebungsmaterialien I, S. 65 ff., 75 f., 89, 98; Gesetzgebungsmaterialien II, S. 5 ff., 127 ff.; F. Fleiner, Berichterstattung über den gegenwärtigen Stand der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZSR 40, 237a ff., S. 239a; Werner, S. 14 f.; Botschaft 1925 I, S. 2 ff.

⁸ Vgl. Botschaft 1925 I, S. 4, 12, 18; StenBull StR 1926, S. 3 f., 17; NR 1927, S. 258, 264.

ration⁹. Diese Methode wählt zum Beispiel die «Verfassungsinitiative gegen Verwaltungswillkür», die heute vom Landesring der Unabhängigen in Verbindung mit der schon erwähnten Initiative für die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber lanciert wird. Danach soll Art. 114, Abs. 1 der BV folgenden Wortlaut erhalten: «Das Bundesgericht beurteilt als eidgenössisches Verwaltungsgericht alle in den Bereich des Bundes fallenden Verwaltungsstreitigkeiten, soweit nicht die Bundesgesetze für einzelne Gegenstände ausdrücklich Ausnahmen machen, oder der Weiterzug an ein anderes Gericht vorgesehen ist». Daß somit die Generalklausel als solche in die Bundesverfassung aufgenommen würde, die negative Enumeration aber der einfachen Gesetzgebung vorbehalten würde, hängt wohl damit zusammen, daß den Bürgern im Bunde nur die Verfassungsinitiative zusteht, sodaß sie die Einführung der Generalklausel mittels des Initiativrechts nur dadurch bewirken können, daß sie sie als Verfassungstext vorsehen. Das erscheint im vorliegende Falle übrigens für jene, die die Generalklausel für wünschenswert halten, als eine zweckmäßige Lösung. Wer für die Generalklausel eintritt, wird es begrüßen, daß sie in der Verfassung verankert wird; für die Enumeration der Ausnahmen aber ist es sicherlich zweckmäßig, wenn sie in einem einfacheren Rechtssetzungsverfahren zustande kommt und jeweils wieder abgeändert werden kann; denn diese negative Enumeration wird dann beim Erlaß neuer Verwaltungsgesetze immer wieder etwa ergänzt werden müssen. Das ist auch der Grund, warum der Bundesrat seinerzeit die positive Enumeration der Beschwerdematerien ursprünglich durch einen Beschluß der Bundesversammlung wollte ordnen lassen¹⁰.

Nicht alle Befürworter einer ausgedehnteren Ver-

⁹ Vgl. z. B. Buser, S. 292 f.; Ruck, Freiheit und Rechtsstaat, in Festgabe der Juristischen Fakultäten 1948, S. 94 f.; Eingabe an den Juristenverein von Dr. L. Fromer.

¹⁰ Vgl. Botschaft 1925 I, S. 39; Botschaft 1925 II, S. 1 ff.

waltungsgerichtsbarkeit des Bundes aber treten heute für die Generalklausel ein¹¹. Auffallend ist, daß z. B. M. Imboden gestützt auf die Erfahrungen, die er bei der Vorbereitung eines neuen Gesetzes über die Verwaltungspflege für den Kanton Zürich gemacht hat, für die Methode der sogenannten Teil-Generalklauseln eintritt¹². Diese Methode hätte in ihrer Anwendung auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes sicherlich den Vorteil, daß sich die heute bestehende Enumeration der Beschwerdematerien auf diesem Wege organischer weiter bilden ließe als durch die Ersetzung der positiven Enumeration durch eine Generalklausel mit negativer Enumeration.

Nun bin ich jedoch der Ansicht, daß bei den heutigen Bemühungen um die Erweiterung der Beschwerdematerien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes vorerst einmal kein allzu großes Gewicht auf diese Frage der Methode der Umschreibung der Beschwerdematerien gelegt werden sollte. Im ganzen gesehen ist das eine sekundäre Frage. Das ist zwar umstritten. Es wird auch die Ansicht vertreten, der Unterschied zwischen Generalklausel und Enumeration bedeute mehr als nur einen Unterschied der Methode. Es handle sich um zwei grundsätzlich verschiedene Rechtsanschauungen¹³. Das scheint mir zu weit zu gehen. Wenn der Gesetzgeber zu Beginn und in Zukunft bei der Ausscheidung der Beschwerdematerien immer mit genügender Sorgfalt vorgeht, dann kann es nämlich praktisch keinen Unterschied ausmachen, welche der beiden Methoden gewählt wird. Nur wenn er das nicht tut, macht es praktisch für den Umfang der Beschwerdematerien einen Unterschied aus, mit welcher Methode sie um-

¹¹ S. z. B. Verhandlungen des Juristenvereins 1947, ZSR 66, S. 478 a.

¹² Imboden, S. 78 a f.; Ders., Die Reform der Verwaltungspflege, in «Die Verwaltungsreform», 1947, S. 106 ff., S. 118 f.; s. ferner Botschaft 1925 II, S. 126; Gesetzgebungsmaterialien II, S. 71; Kirchhofer, S. 18; Zwahlen, S. 142 a; Verhandlungen des Juristenvereins 1947, ZSR 66, S. 473 a.

¹³ Botschaft 1925 I, 11; vgl. a. Buser, S. 291.

schrieben werden. Wenn der Gesetzgeber von 100 gegebenen Verwaltungsmaterien 60 der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterstellen, 30 von ihr ausnehmen will und 10 bei der Ausscheidung übersieht, dann sind diese 10 Materien, wenn er die Generalklausel wählt, der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterstellt, wenn er aber die positive Enumeration wählt, von ihr ausgenommen. Wenn er aber alle Materien beachtet, dann macht die Wahl der Methode praktisch keinen Unterschied aus. Und dasselbe gilt dann für die Zukunft. Wenn der Gesetzgeber, nachdem er die Generalklausel mit negativer Enumeration gewählt hat, bei einem neuen Verwaltungsgesetz es vergißt, eine Materie, die er von der Verwaltungsgerichtsbarkeit ausnehmen will, der negativen Enumeration beizufügen, dann ist diese Materie der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterstellt, währenddem sie dann, wenn er die positive Enumeration gewählt hatte, von ihr ausgenommen ist. Geht er aber auch in Zukunft gewissenhaft vor, dann wird die Wahl der Methode für die Umschreibung der Beschwerdematerien praktisch irrelevant sein. So sollte sich heute die Diskussion vorerst nicht allzu sehr um diese Frage der Methode für die Umschreibung der Beschwerdematerien drehen.

Wie man sich nämlich zu dieser Frage auch stellen mag, so wird man auf alle Fälle zuerst einmal sämtliche Verwaltungsmaterien des Bundes daraufhin prüfen müssen, ob sie der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterstellt werden sollen oder nicht. Diese Ausscheidung der Materien muß auf alle Fälle das erste sein¹⁴. Und es ist wohl richtig, daß die Frage der Umschreibung eigentlich erst dann richtig behandelt und gelöst werden kann, wenn einmal feststeht, für welche Materien man die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorsehen möchte und für welche nicht¹⁵. Es wäre bedauerlich, wenn man auch heute wieder ob dem Streit über die Methode der Umschreibung der Beschwerdematerien diese primäre Aufgabe der Ausschei-

¹⁴ Vgl. Kirchhofer, S. 15; Buser, S. 293.

¹⁵ E. Klöti, in Gesetzgebungsmaterialien I, S. 81.

dung der Materien vernachlässigte, nachdem man damit schon bei der Einführung der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit so viel Zeit verloren hatte¹⁶. So soll hier noch ein Wort zu dieser primären Aufgabe der Ausscheidung der Materien gesagt werden.

3. Die Ausscheidung der Beschwerdematerien

Von der Gesamtheit der Verwaltungsmaterien des Bundes, die heute noch keiner Verwaltungsgerichtsbarkeit — auch nicht einer durch ein Spezialverwaltungsgericht ausgeübten Verwaltungsgerichtsbarkeit — unterstehen, diejenigen zu bezeichnen, für die eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde gewährt werden sollte, ist eine Aufgabe, die nicht ohne Mitwirkung der einzelnen Verwaltungsstellen des Bundes gelöst werden kann. So hatte man denn auch vor der Einführung der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit wiederholt sämtliche Verwaltungsabteilungen eingeladen, sich zu der Frage zu äußern, welche Materien aus ihren Tätigkeitsbereichen sich für die Verwaltungsgerichtsbarkeit eigneten¹⁷. Aber es kam dabei so, wie Bundesrat Häberlin vorausgesagt hatte: «Eines wird man allerdings mit ziemlicher Sicherheit prophezeien können: daß sich die einzelnen Verwaltungszweige da und dort sträuben werden, den Weiterzug ans Verwaltungsgericht als gegeben anzuerkennen; sie werden die Ermessenssphäre ziemlich weit abstecken wollen». Es werde gleich gehen wie bei der Frage neuer Einsparungen, fügte er bei, daß nämlich jede Verwaltungsstelle Einsparungen bei allen andern empfehlen werde¹⁸. Die Berichte der einzelnen Verwaltungsabteilungen vermochten zunächst nicht zu befriedigen. Die meisten Amtsstellen waren sehr zurückhaltend. «So oft das Justizdepartement die Verwaltungsabteilungen anfragte, welche Materien sich für das Verwaltungsgericht eignen würden,

¹⁶ Werner, S. 3.

¹⁷ Vgl. Botschaft 1911, S. 324 f., 338; Botschaft 1925 I, S. 6 f.; Botschaft 1925 II, S. 122, 128 f.

¹⁸ StenBull NR 1914, S. 131.

antworteten sie: ‚die meinen nicht, die anderen wohl‘. Keine Verwaltungsabteilung hatte das Bestreben, darauf hinzuweisen, wo die Rekursmöglichkeiten liegen¹⁹». Es fehlte naturgemäß auch an der Einheitlichkeit der Kriterien, die von den einzelnen Verwaltungsabteilungen bei der Ausscheidung der Materien zur Anwendung gebracht wurden²⁰. Besser fielen die Dinge aus, als dann im Jahre 1923 eine neue Überprüfung der Beschwerdematerien durch die Verwaltungsabteilungen angeordnet wurde, die in Zusammenarbeit mit der Justizabteilung erfolgen mußte. So wurden jetzt wenigstens überall die gleichen Kriterien angewendet²¹.

Diese Erfahrungen lehren, daß man auch in Zukunft die Bezeichnung der Beschwerdematerien nicht den Verwaltungsabteilungen allein wird überlassen können. Es bedarf der Zusammenarbeit zwischen den Verwaltungsstellen und einer «neutralen» Instanz, die auch für die Einheitlichkeit der Gesichtspunkte sorgen muß. Als solche neutrale Instanz kommt nach wie vor die Justizabteilung in Frage. Auch hiezu wird jedoch die heute mit andern Geschäften überlastete Justizabteilung noch viel besser in der Lage sein, nachdem sie den von uns in den §§ 5 und 9 postulierten Ausbau wird erfahren haben. Dieser Ausbau würde zweifellos auch der klaren Weiterbildung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugute kommen. Denkbar wäre aber auch, daß die Ausscheidung der Beschwerdematerien durch die einzelnen Verwaltungsstellen in Zusammenarbeit mit Personen erfolgte, die außerhalb der Verwaltung stehen. Die Hauptsache ist, daß bei allen Verwaltungsabteilungen für diese Aufgabe die gleichen außerhalb der betreffenden Abteilung stehenden Personen mitwirken, damit die Einheit der Kriterien gewährleistet ist. —

¹⁹ Fleiner, in Gesetzgebungsmaterialien I, S. 97; vgl. a. Gesetzgebungsmaterialien II, S. 108; StenBull NR 1927, S. 257; Botschaft 1925 I, S. 6 f.; Botschaft 1925 II, S. 128.

²⁰ Botschaft 1925 I, S. 6 f.

²¹ Vgl. Botschaft 1925 II, S. 128 f.

Ich komme für die Frage der Erweiterung der Beschwerdematerien zum Ergebnis, daß in erster Linie die Ausscheidung der Materien in der soeben umschriebenen Weise an die Hand genommen und über die Frage der Methode der Umschreibung der Beschwerdematerien erst nachher abgesprochen werden sollte.

III. Die Anfechtung von Verfügungen des Bundesrates

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann nach geltendem Recht nur gegen Verfügungen von Departementen und ihnen untergeordneten Amtsstellen erhoben werden. Verwaltungsakte des Bundesrates können nicht angefochten werden. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes erscheint daher auch unter diesem Gesichtspunkt als unvollkommen. So wird im Sinne ihres Ausbaus gefordert, daß auch der Bundesrat verwaltungsrichterlicher Kontrolle unterstellt werde.

Auch dieses Postulat ist nicht neu. Die Unterstellung des Bundesrates unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist schon bei der Vorbereitung des VDG von 1928 gefordert worden²². Der Bundesrat aber sprach sich aus verschiedenen Gründen dagegen aus²³.

Wenn wir hier der Meinung Ausdruck geben, daß die Einwände, die gegen die Unterstellung des Bundesrates unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichtes erhoben worden sind, nicht stichhaltig sind und daß in den Materien, die sich für eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle grundsätzlich eignen, auch die Verwaltungsakte des Bundesrates sollten angefochten werden können, dann den-

²² Vgl. Fleiner, Berichterstattung 1921, a.a.O., S. 240 a; Gesetzgebungsmaterialien I, S. 80, 90, 95; Gesetzgebungsmaterialien II, S. 13, 59; Werner, S. 14, 26; Botschaft 1925 I, S. 5; Burckhardt, S. 237.

²³ Vgl. Botschaft 1911, S. 334; StenBull StR 1912, S. 56; Gesetzgebungsmaterialien II, S. 13 f., 19, 33; Werner, S. 26; Botschaft 1925 I, S. 6, 9, 27 ff.; Kirchhofer, S. 26; Graff, S. 34 f.

ken wir dabei nur an jene Verfügungen des Bundesrates, die von ihm als einziger Verwaltungsinstanz ausgehen. Die Entscheide, die er in der Verwaltungsrechtspflege als Beschwerdeinstanz fällt, möchten wir der verwaltungsrichterlichen Kontrolle nicht unterstellt wissen; und auch die Verordnungen des Bundesrates sollten unseres Erachtens nicht beim Verwaltungsrichter angefochten werden müssen.

Was die Entscheide des Bundesrates als Beschwerdeinstanz betrifft, so gehen wir davon aus, daß künftig nur noch solche Materien der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege unterstellt sein sollten, die sich für eine Verwaltungsgerichtsbarkeit grundsätzlich nicht eignen. Wenn sie sich aber hiefür grundsätzlich nicht eignen, dann soll auch der letztinstanzliche Entscheid in der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege nicht an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden können. Sodann aber muß hier das Argument als stichhaltig anerkannt werden, daß die Verwaltungsrechtspflege sich damit komplizieren und verlangsamen würde, währenddem doch ihre Vereinfachung erstrebt wird²⁴.

Die Anfechtung der Verordnungen des Bundesrates aber sollte u. E. im Zusammenhang mit der Verfassungsgerichtsbarkeit geordnet werden. Die bundesrätlichen Verordnungen sollten zwar auch wegen Gesetzwidrigkeit mit einem selbständigen Rechtsschutzbehelf angefochten werden können. Insofern steht nicht Verfassungsgerichtsbarkeit in Frage. Es scheint uns aber zweckmäßig zu sein, wenn die Beurteilung der Legalität der generellen Rechtsnormen bei einer Instanz liegt, schon deswegen, weil es Fälle geben kann, in denen neben der Gesetzwidrigkeit gleichzeitig auch eine Verfassungswidrigkeit gerügt wird; wobei auch zu beachten ist, daß eine materielle Gesetzwidrigkeit einer Verordnung immer zur gleichen Zeit auch eine formelle Verfassungs-

²⁴ Vgl. Botschaft 1911, S. 334; Gesetzgebungsmaterialien II, S. 15; Botschaft 1925 I, S. 29; s. a. Imboden, S. 78a f.

widrigkeit ist. Daß aber eine Verordnung des Bundesrates in der Verwaltungsgerichtsbarkeit akzessorisch als verfassungswidrig oder als gesetzwidrig muß angefochten werden können, ist selbstverständlich. —

Der Bundesrat hat gegen die verwaltungsgerichtliche Überprüfung seiner Verwaltungsakte namentlich geltend gemacht, seine Unterstellung unter die Kontrolle des Bundesgerichts widerspräche dem von der Bundesverfassung vorgesehenen Verhältnis zwischen den beiden Staatsgewalten. Er berief sich vorerst auf die Norm der Bundesverfassung, die ihn als die «oberste» vollziehende Behörde des Bundes bezeichnet (Art. 95 BV)²⁵. Aber er ließ dann sogleich auch gelten, daß der Bundesrat hier immerhin nur als die oberste «vollziehende» Behörde bezeichnet wird. Die Unterstellung des Bundesrates unter die Kontrolle des Bundesgerichts widerspräche aber der Tatsache, fuhr er fort, daß die beiden Gewalten von der Bundesverfassung als «ebenbürtige, koordinierte und voneinander unabhängige Behörden» betrachtet würden²⁶. Auch berief sich der Bundesrat auf die Art. 103 und 114 bis der Bundesverfassung und bezeichnete seine Unterstellung unter das Bundesgericht als verfassungswidrig²⁷.

Abgesehen davon, daß diese verfassungsrechtlichen Bedenken des Bundesrates kaum als richtig anerkannt werden können²⁸, hat uns diese positivrechtliche Frage an dieser Stelle selbstverständlich nicht zu kümmern. Wir sprechen hier *de lege ferenda*, und, soweit unsere Postulate der Bundesverfassung widersprechen sollten, auch *de constitutione ferenda*.

Mit dem Hinweis des Bundesrates auf die Gleichordnung und die gegenseitige Unabhängigkeit der beiden in Frage

²⁵ Vgl. Botschaft 1925 I, 28; s. a. StenBull StR 1912, S. 56; Kirchhofer, S. 26.

²⁶ Botschaft 1925 I, S. 28 f.; vgl. a. Werner, S. 20 ff.; StenBull StR 1926, S. 14.

²⁷ Gesetzgebungsmaterialien II, S. 13.

²⁸ Vgl. z. B. Scherer, S. 104 f.; Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 907, Anm. 20.

stehenden Gewalten ist die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Gewaltenteilung aufgeworfen. Wir können hier an das anknüpfen, was wir in § 6 unter IV bei der Behandlung des Verhältnisses zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Gewaltenteilung über die verschiedenen aus dem Prinzip der Gewaltenteilung hervorgehenden Postulate ausgeführt haben. Es ergibt sich daraus für das Verhältnis zwischen der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Gewaltenteilung folgendes: Mit der objektiven Gewaltenteilung steht die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Widerspruch. Sie bedeutet eine «Einmischung» der einen Gewalt in den Bereich der andern. Und zwar widerspricht eine reformatorische Verwaltungsgerichtsbarkeit der objektiven Gewaltenteilung in höherem Maße als eine kassatorische Verwaltungsgerichtsbarkeit. Mit der gegenseitigen Hemmung der Gewalten aber steht die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht in Widerspruch. Von ihr ist sie vielmehr gefordert. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit bedeutet eine Schranke für die Verwaltung, in gleicher Weise wie die Verfassungsgerichtsbarkeit eine Schranke für die Gesetzgebung bedeutet²⁹. So kann die Unterstellung des Bundesrates unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht einfach unter Berufung auf die objektive Gewaltenteilung abgelehnt werden. Wenn es sich um der mit der Legalität der Verwaltung zu schützenden Werte willen als notwendig erweist, auch die oberste Verwaltungsbehörde richterlicher Kontrolle zu unterstellen, dann müssen wir auch hier von der objektiven Gewaltenteilung zur gegenseitigen Hemmung der Gewalten fortschreiten, die auch im Sinne der klassischen Gewaltenteilungslehre liegt.

Der Bundesrat hat übrigens selbst festgestellt, daß in vereinzelten Fällen ein Weiterzug seiner Entscheide an das Bundesgericht bereits vorgesehen ist, sodaß seine Unter-

²⁹ Vgl. etwa Werner, S. 20 ff.; Layer, S. 130; Kirchhofer, S. 9; Buser, S. 263 ff.; Verhandlungen des Juristenvereins 1947, ZSR 66, S. 475a; Liechti, S. 10 f., 26, 47 f., 55, 111 ff., 120 f.

stellung unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit nichts grundsätzlich neues wäre³⁰. Mit Recht ist sodann auch gesagt worden, daß die Unterstellung des Bundesrates unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts sein Ansehen und seine Autorität nicht beeinträchtigen würde³¹.

Eine Verwaltungsgerichtsbarkeit gegenüber der höchsten Verwaltungsbehörde kann unter Umständen mit dem Gedanken der Demokratie in einen gewissen Konflikt kommen, dann nämlich, wenn diese Behörde vom Volke gewählt wird, das Gericht aber nicht³². Das mag bei uns in den Kantonen seine Rolle spielen; im Bunde besteht dieses Problem heute nicht.

IV. Die Beschwerdegründe

1. Verfassungswidrigkeit und Gesetzwidrigkeit

In einer wohlausgebauten Verwaltungsgerichtsbarkeit muß mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde jede Rechtswidrigkeit geltend gemacht werden können. Es müssen Verfassungswidrigkeiten, Gesetzwidrigkeiten und Verordnungswidrigkeiten der Verwaltung gerügt werden können. Denkbar ist aber auch eine Verwaltungsgerichtsbarkeit, in der die Verwaltungsakte nur wegen Verfassungswidrigkeit angefochten werden können. Daß diese Beschränkung der Beschwerdegründe auf die Verfassungswidrigkeit praktisch möglich ist, beweist unsere Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen. Soweit es sich dabei um staatsrechtliche Rekurse gegen kantonale Verwaltungsakte handelt, haben wir es mit einer auf die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit beschränkten Verwaltungsgerichtsbarkeit zu tun. So ist es durchaus denkbar, daß als Beschwerdegrund in der Verwaltungsgerichtsbarkeit nur die Verfassungswidrigkeit vorgesehen wird; das kommt

³⁰ Botschaft 1925 I, S. 73; vgl. a. Gesetzgebungsmaterialien II, S. 59 f.; Scherer, a.a.O., S. 104 f.

³¹ Gesetzgebungsmaterialien II, S. 59; Burckhardt, S. 237.

³² Vgl. Imboden, S. 18 f., 25 f., 32 ff.

mindestens als «Etappe» in Frage, wo man eine Verwaltungsgerichtsbarkeit schrittweise verwirklichen will.

Obwohl der Bund heute eine Verwaltungsgerichtsbarkeit besitzt, in der jede Rechtswidrigkeit geltend gemacht werden kann, sollte die Möglichkeit einer auf den Beschwerdegrund der Verfassungswidrigkeit beschränkten Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht aus dem Auge verloren werden. Es ist nämlich denkbar, daß man für die Verwaltungsmaterien, in denen man eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde, mit der jede Rechtswidrigkeit gerügt werden kann, nicht gewähren möchte, wenigstens eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorsähe, mit der man die Verfassungswidrigkeit der Verwaltungsakte geltend machen kann. Das ist kurz nach dem Erlaß des VDG von 1928 in einem Aufsatz in der Schweizerischen Juristenzeitung von E. Zellweger vorgeschlagen worden³³. Damit könnte dann insbesondere auch jeder Verstoß gegen Art. 4 der Bundesverfassung gerügt werden, sodaß man damit wenigstens zu einer allgemeinen Willkürbeschwerde gegen Verwaltungsakte des Bundes käme³⁴. Das kann gewiss nicht das «Endziel» der Bemühungen um den Ausbau der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit sein. Aber es sei hier an diese Möglichkeit erinnert, weil sie immerhin einen weiteren Schritt in der Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes bedeuten würde.

2. Rechtskontrolle und Ermessenskontrolle

Man war sich früher darüber einig, daß es sich in der Verwaltungsgerichtsbarkeit nur um Rechtskontrolle, nicht

³³ E. Zellweger, Verwaltungsrechtspflege und Verfassungsgerichtsbarkeit, SJZ 25, S. 150 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang auch das vom Nationalrat im Jahre 1908 angenommene Postulat, das einen Rechtsschutz gegen Verfassungsverletzungen durch bundesrätliche Verwaltungsakte forderte, W. Burckhardt, Schweizerisches Bundesrecht, Nr. 980 V; vgl. StenBull StR 1911, S. 131; vgl. a. Kelsen, S. 200 f.

³⁴ Vgl. Zellweger, S. 153.

aber auch um Ermessenskontrolle handeln kann³⁵. Das gilt heute nicht mehr als selbstverständlich. Es wird heute die Ansicht vertreten, daß es möglich und wünschenswert sei, den Verwaltungsrichter wenigstens in bestimmten Angelegenheiten und in beschränktem Maße zur Ermessenskontrolle zu ermächtigen³⁶. Auf der andern Seite aber wird davor gewarnt, dem Verwaltungsgericht auch Ermessenskontrolle zu übertragen. Ermessenskontrolle durch den Verwaltungsrichter würde eine Überspannung der Verwaltungsgerichtsbarkeit bedeuten, wird gesagt; das Verwaltungsgericht könnte damit zu einer «Nebenregierung» werden³⁷.

Wir haben es hier mit einem sehr delikaten Problem zu tun. Wenn heute eine Verfügung eines Departementes mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden kann, dann kann der Bürger nur ihre Rechtswidrigkeit rügen. Ihre Unangemessenheit kann er bei keiner höhern Instanz geltend machen, wenigstens nicht mit einem förmlichen Rechtsschutzbehelf. Er könnte die Unangemessenheit nur dann rügen, wenn er neben der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht eine Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat erheben könnte. Diese Möglichkeit hat man aber ausgeschlossen, weil das die Dinge allzu sehr komplizieren und zu Schwierigkeiten in der Abgrenzung der Kognition der beiden Behörden führen könnte. So wird die sogenannte Gabelung des Rechtsweges abgelehnt³⁸. Damit aber ist der Bürger hinsichtlich der Ermessenskontrolle schlechter gestellt, als wenn ihm keine Verwaltungsgerichtsbeschwerde, sondern nur die Beschwerde an den Bundesrat offen stünde. Das ist unbefriedigend.

³⁵ Vgl. z. B. die Zusammenstellung der Lehrmeinungen in der Botschaft 1911, S. 336 ff.

³⁶ Imboden, S. 79a; Zwahlen, Verhandlungen des Juristenvereins 1947, ZSR 66, S. 462a; s. a. Kirchhofer, S. 59 f.

³⁷ Siehe A. Guhl, Verhandlungen des Juristenvereins 1947, ZSR 66, S. 477a f.; Liechti, S. 96.

³⁸ Botschaft 1925 I, S. 49; Kirchhofer, S. 59; Imboden, S. 79a; Verhandlungen des Juristenvereins 1947, a.a.O., S. 479a.

Aus dieser Situation erwächst der Gedanke, dem Verwaltungsgericht eine beschränkte Ermessenskontrolle zuzugestehen. Aber auch das hat sicherlich seine Inkonvenienzen. Und es wird nicht leicht sein, für diese Befugnis des Verwaltungsgerichts die richtige Formel zu finden. So zeigt sich kein befriedigender Ausweg, und es dürfte schwer halten, die Dinge in dieser Hinsicht so zu ordnen, daß sie voll zu befriedigen vermögen³⁹. —

So sehr man auch wünschen möchte, daß der Bürger auch die Unangemessenheit einer Verwaltungsverfügung bei einer höhern Instanz rügen kann, so wird man in dieser Frage doch daran denken müssen, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit um der Legalität der Verwaltung willen da ist. Der Bürger soll Verletzungen seiner Rechte geltend machen können. Unter diesem Gesichtspunkt genügt es, wenn das Verwaltungsgericht auf die Rechtskontrolle beschränkt bleibt⁴⁰. Das sollte in dieser schwierigen Frage wenigstens der Ausgangspunkt bleiben. Hingegen müßte Gewähr dafür geboten sein, daß der Verwaltungsrichter den Begriff der Rechtsfrage nicht zu eng fassen dürfte. Wie Jacob Wackernagel gezeigt hat, erweisen sich viele Fragen, die man als Ermessensfragen aufzufassen geneigt ist, bei näherer Prüfung als Rechtsfragen⁴¹.

V. Die *reformatio in peius*

In der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts ist die *reformatio in peius* gemäß Art. 109 des Organisationsgesetzes für die Bundesrechtspflege verboten, ausgenommen in Steuersachen. Da heute einerseits verlangt wird, daß die *reformatio in peius* auch für Steuersachen verboten werde⁴², andererseits Anzeichen dafür bestehen, daß bei einer künftigen Revision der Bestimmungen über die eid-

³⁹ Vgl. ZSR 66, S. 479 a.

⁴⁰ Vgl. Kirchhofer, S. 48 ff.; Graff, S. 90; ZSR 66, S. 462 a.

⁴¹ Wackernagel, S. 246 ff.

⁴² Eingabe an den Juristenverein von Dr. L. Fromer.

genössische Verwaltungsgerichtsbarkeit das Verbot der *reformatio in peius* grundsätzlich wird in Frage gezogen werden, und da dieses Problem auch im Zusammenhang mit gewissen Zweigen der Spezialverwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes diskutiert wird, soll hier zu dieser Frage der *reformatio in peius* eine grundsätzliche Feststellung gemacht werden.

Es wird heute wohl allgemein anerkannt, daß die Frage der *reformatio in peius* in der Verwaltungsgerichtsbarkeit von den Grundgedanken der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus behandelt und gelöst werden muß. Entscheidend ist, welchen Zweck man mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit verfolgt. Hiebei macht sich die in § 8 unter I erwähnte Tatsache geltend, daß die Legalität der Verwaltung zwei Komponenten enthält, die bei bestimmten Fragen miteinander in Konflikt kommen können. Wird nämlich das Schwergewicht auf den Rechtsschutz der Bürger gelegt, dann muß die *reformatio in peius* abgelehnt werden; gibt man aber der Verwirklichung des objektiven Rechts den Vorzug, dann muß sie zugelassen werden⁴³.

Wo der Gedanke des Rechtsschutzes und der Gedanke der Wahrung des objektiven Rechts in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu diametral entgegengesetzten Forderungen führen, muß m. E. dem Gedanken des Rechtsschutzes der Vorrang gewährt werden. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist ursprünglich ganz zweifellos um des Schutzes der Bürger vor rechtswidriger Verwaltung willen postuliert und eingeführt worden. Um die Verwirklichung des objektiven Rechts hat sich die Verwal-

⁴³ Vgl. Gesetzgebungsmaterialien I, S. 205; Burckhardt, S. 241 ff.; Eggenschwiler, Die rechtliche Natur des staatsrechtlichen Rekurses, S. 141; Graff, S. 131 f.; L. Fromer, Gilt das Verbot der *reformatio in peius* im eidgenössischen Verwaltungsrecht? SJZ 1945, S. 136; P. Früh, Die *reformatio in peius* in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, SJZ 1947, S. 133 ff.; A. Schmid, Betrachtungen zur verwaltungsgerichtlichen *reformatio in peius*, SJZ 1947, S. 140 ff.; Imboden, S. 9a, Anm. 4a; Liechti, S. 76.

tung zu kümmern. Das heißt nicht, daß das Verwaltungsgericht dort, wo es neben dem Schutz der Rechte der Bürger möglich ist, nicht auch im Dienste der Wahrung des objektiven Rechts stehen solle. Es geht uns hier nur um die Konfliktsituationen. Hier muß der ursprüngliche Grundgedanke der Verwaltungsgerichtsbarkeit maßgebend sein. Die Wahrung des objektiven Rechts darf nicht auf Kosten des Rechtsschutzes gehen.

Nun ist allerdings zu bedenken, daß ja der Bürger an Recht nicht mehr verlangen kann, als was das objektive Recht ihm gewährt. Er kann rein rechtlich gesehen nicht zu kurz kommen, wenn ihm das zugesprochen wird, was sich aus dem objektiven Recht ergibt. Um das geht es aber bei der Frage der *reformatio in peius* nicht. Es geht lediglich um die vom objektiven Recht unabhängige Frage, ob der Bürger soll riskieren müssen, nach der Ergreifung eines Rechtsbehelfes, der um seines Schutzes willen eingeführt worden ist, schlechter zu stehen, als wenn er ihn nicht ergriffen hätte. Soll er Gefahr laufen, noch dafür bestraft zu werden, daß er sich eines vom Rechte um seines Schutzes willen gewährten Mittels bedient hat?⁴⁴

Stossend ist die *reformatio in peius* in der Verwaltungsgerichtsbarkeit auch deswegen, weil es zu dieser Wahrung des objektiven Rechts nur deswegen kommt, weil ein Bürger eine Beschwerde erhoben hat. Hätte er keine Beschwerde erhoben, dann würde sich in diesem konkreten Falle niemand um das objektive Recht kümmern. Vom Gedanken der Wahrung des objektiven Rechts aus müßte aber konsequenterweise verlangt werden, daß die Verwirklichung des objektiven Rechts auf alle Fälle gewährleistet sei. Und das zeigt auch an, welches der richtige Weg wäre, wenn man in der Verwaltungsgerichtsbarkeit der Wahrung des objektiven Rechts den gleichen Rang wie dem Rechtsschutz einräumen möchte: Es müßte in allen Fällen eine Behörde legitimiert sein, die Verwaltungsgerichtsbe-

⁴⁴ Vgl. Burckhardt, S. 241; A. Guhl, Verhandlungen des Juristenvereins 1947, ZSR 66, S. 478a.

schwerde zu erheben. Es könnte, wenn zuvor mehrere Instanzen gesprochen haben, die ursprünglich verfügende Verwaltungsstelle sein — natürlich nie die rekursbeklagte Behörde —, oder es könnte eine besondere Behörde sein, die der Staatsanwaltschaft nachzubilden wäre. Wenn sie eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhöbe, dann müßte die *reformatio in peius* zulässig sein. Wo aber der Bürger sie erhebt, ist für sie kein Platz⁴⁵.

Die Zulassung der *reformatio in peius* entwertet die Verwaltungsgerichtsbarkeit für den Bürger. Wenn er mehr befürchten muß als die Abweisung der Beschwerde, dann wird er auch in Fällen, die für ihn objektiv gesehen aussichtsreich wären, zögern, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu erheben. Wenn es aber heute gilt, in den Bürgern noch mehr Verständnis für den Gedanken der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu wecken, dann sollte nichts geschehen, was es noch erschwert, sie dafür zu gewinnen.

VI. Die Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Für den künftigen Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes sei *pro memoria* noch darauf hingewiesen, daß die Weiterbildung der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit durch Errichtung von Spezialverwaltungsgerichten überzeugender Kritik begegnet ist. Es ist von M. Imboden und H. Zwahlen in ihren dem Schweizerischen Juristenverein erstatteten Berichten über Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtssprechung in den Kantonen und im Bund⁴⁶ dargetan worden, aus welchen Gründen die Aufteilung der Verwaltungsrechtssprechung auf eine Vielzahl von Spezialverwaltungsgerichten grundsätzlich verfehlt erscheint und warum deshalb im Prinzip eine Vereinigung aller Zweige der Verwaltungsgerichtsbarkeit bei einem Gericht, das heißt für

⁴⁵ Vgl. P. Früh, a.a.O., S. 136.

⁴⁶ ZSR 66, S. 1 a ff. und 95 a ff.

den Bund beim Bundesgericht anzustreben ist⁴⁷. An dieses Postulat sei hier erinnert. Seine Begründung findet sich in den erwähnten Berichten.

VII. Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit

Es hat sich in unsern Erörterungen gezeigt, daß zwischen der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Verfassungsgerichtsbarkeit gewisse Zusammenhänge bestehen. So ist es für die Wirksamkeit einer unselbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutsam, ob auch eine wohlausgebaute Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht⁴⁸. Umgekehrt macht es für die praktische Bedeutung der Verwaltungsgerichtsbarkeit einen Unterschied aus, ob eine umfassende repressive Verfassungsgerichtsbarkeit besteht oder ob nur ein beschränktes richterliches Prüfungsrecht gegeben ist.

Es können sich aber auch Fragen der gegenseitigen Abgrenzung der beiden Gerichtsbarkeiten stellen. Daß man sie nicht einfach nebeneinander stellen kann, ohne sich um ihr gegenseitiges Verhältnis zu kümmern, hängt letzten Endes damit zusammen, daß die Begriffe der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht aus einer logisch richtigen Einteilung der öffentlichrechtlichen Gerichtsbarkeit hervorgegangen sind. Unter Verfassungsgerichtsbarkeit verstehen wir die Gerichtsbarkeit, in der die Verletzung der Verfassung geltend gemacht wird. Der Begriff ist also nach den Normen gebildet, deren Verletzung gerügt wird. Unter Verwaltungsgerichtsbarkeit verstehen wir die Gerichtsbarkeit, in der Akte der Verwaltung angefochten werden. Dieser Begriff ist also nach der Instanz gebildet, von der die anfechtbaren Rechtsakte ausgehen. So sind die beiden Begriffe nicht aus einer Einteilung der öffentlichrechtlichen Gerichtsbar-

⁴⁷ Imboden, S. 67a ff., 75 a; Zwahlen, S. 128a ff.; vgl. a. ZSR 66, S. 457a, 460a.

⁴⁸ Vgl. § 6, unter VI, 2.

keit nach einem einheitlichen Kriterium hervorgegangen. Da sie nach verschiedenen Kriterien gebildet worden sind, haben wir es mit interferenten Begriffen zu tun. Sie kreuzen sich. Es gibt Verfassungsgerichtsbarkeit, die gleichzeitig Verwaltungsgerichtsbarkeit ist, wenn nämlich Verwaltungsakte wegen Verfassungswidrigkeit angefochten werden. Aber nicht alle Verfassungsgerichtsbarkeit ist gleichzeitig Verwaltungsgerichtsbarkeit. Und es gibt umgekehrt gesehen Verwaltungsgerichtsbarkeit, die gleichzeitig Verfassungsgerichtsbarkeit ist, wenn nämlich Verwaltungsakte wegen Verfassungswidrigkeit angefochten werden. Das bestätigt die bei uns bestehende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen.

Das bringt dort, wo beide Rechtsinstitute verwirklicht sind, die Frage mit sich, ob Akte der Verwaltung, die als verfassungswidrig erscheinen, in der Verfassungsgerichtsbarkeit oder in der Verwaltungsgerichtsbarkeit sollen angefochten werden müssen. Und wenn wir auch die generellen Erlasse der Verwaltungsbehörden als Verwaltungsakte auffassen, dann kompliziert sich die Frage noch. Soll zwischen den generellen Verwaltungsakten und den individuellen Verwaltungsverfügungen ein Unterschied gemacht werden? Sollen vielleicht die generellen Verwaltungsakte, die als verfassungswidrig erscheinen, in der Verfassungsgerichtsbarkeit angefochten werden müssen, die individuellen aber in der Verwaltungsgerichtsbarkeit? Oder sollen beide Arten von Verwaltungsakten bei Verfassungswidrigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit unterstellt sein, sonst der Verwaltungsgerichtsbarkeit? Oder sollen sie beide auch bei Verfassungswidrigkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit angefochten werden müssen?

Wir haben in anderm Zusammenhang schon angetönt, daß u. E. die Beurteilung der generellen Verwaltungsakte, also der Verordnungen, dem Verfassungsgericht zustehen sollte, und zwar aus Zweckmäßigkeitsgründen auch dann, wenn eine Gesetzwidrigkeit geltend gemacht wird. Die individuellen Verwaltungsverfügungen

sollten jedoch u. E. in der Verwaltungsgerichtsbarkeit angefochten werden müssen, und zwar auch dann, wenn sie wegen Verfassungswidrigkeit beanstandet werden. Denn auch hier sollten für die Beurteilung der Verfassungswidrigkeit einerseits und der Gesetzwidrigkeit und der Verordnungswidrigkeit andererseits nicht verschiedene Instanzen zuständig sein. Anders lägen die Dinge dann, wenn man in bestimmten Verwaltungsmaterien nur eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde wegen Verfassungswidrigkeit vorsähe⁴⁹. In diesem Falle könnte man sich fragen, ob nicht der Verfassungsrichter zuständig sein sollte. Ich würde aber auch hier die Zuteilung an das Verwaltungsgericht vorziehen, da es sich um eine individuelle Verwaltungsverfügung handelt.

Im ganzen gesehen aber geht es bei dieser Abgrenzung zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichtsbarkeit um eine Frage, die erst abschließend beantwortet werden sollte, wenn einmal feststeht, in welcher Weise die beiden Gerichtsbarkeiten im Bunde für die Zukunft gestaltet werden sollen.

⁴⁹ Vgl. oben unter IV, 1.

Thesen

1. Die rechtlich sanktionierte Bindung des Gesetzgebers und der Verwaltungsbehörden an die ihnen übergeordneten Rechtsnormen ist ein Postulat des Rechtsstaates. Der Rechtsstaat ist heute um der Gerechtigkeit, um der Demokratie und um der individuellen Freiheit willen zu fordern. Seine Verwirklichung wird mit dem Ausbau der Demokratie und mit der Erweiterung des staatlichen Wirkungsbereiches schwieriger, aber auch dringender.

2. Die Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung wird nicht um der Verfassungsnormen an sich willen gefordert, sondern um der materialen Werte willen, in deren Dienst die Verfassung steht. Die schweizerische Bundesverfassung dient den Werten der individuellen, der politischen und der föderalistischen Freiheit, der Gerechtigkeit und der Wohlfahrt. Diese Werte sind in mannigfacher Weise miteinander verknüpft. Soweit sie nicht Selbstzweck sind, stehen sie ihrerseits im Dienste noch höherer Werte. Sie liegen im Sinne der Entwicklung und Entfaltung des Individuums in körperlicher, seelischer und geistiger Beziehung, im Sinne des Gemeinwohls und im Sinne der höhern Kulturwerte. Verfassungstreue bedeutet Treue zu diesen Werten.

3. Durch die Rechtmäßigkeit der Verwaltung wird der Bürger in seiner Freiheit, in seinem Eigentum und in seinen Ansprüchen auf staatliche Leistungen geschützt. Im schweizerischen Bundesstaat ist die Rechtmäßigkeit der Verwaltung überdies um der Demokratie und des Föderalismus und der damit zusammenhängenden Werte willen zu fordern.

4. Einen gewissen Schutz vor verfassungswidrigen Bundeserlassen bieten der Eid und das Gelübde der Parlamentarier, die Volkswahl der Bundesversammlung, das Zweikammersystem, das akzessorische richterliche Prüfungsrecht, die Kompetenzgerichtsbarkeit und die parlamentarische Kontrolle der Bundesverwaltung. Diese Verfassungs-

garantien sind zum Teil ungenügend ausgebaut, zum Teil haben sie versagt. Keine Verfassungsgarantie bildet das fakultative Gesetzesreferendum.

5. Es sind neue Garantien gegen formell verfassungswidrige, materiell verfassungswidrige und kompetenzwidrige Bundeserlasse zu schaffen. Dabei ist so weit als möglich an bestehende Rechtseinrichtungen anzuknüpfen. Es sind sowohl praeventive wie repressive Verfassungsgarantien vorzusehen.

6. Im Sinne einer praeventiven Verfassungsgarantie sollte die Justizabteilung ausgebaut und in vermehrtem Maße in das Rechtssetzungsverfahren eingeschaltet werden. Die Justizabteilung sollte über etwa fünf Juristen verfügen, die die Aufgabe hätten, bei der Vorbereitung der Rechtserlasse durch die Verwaltung, bei den Verhandlungen der Expertenkommissionen und bei den Beratungen der parlamentarischen Kommissionen mitzuwirken, um das Verfassungsrechtliche zur Geltung zu bringen und für die Koordination der Rechtserlasse des Bundes sowie für ihre sorgfältige Redaktion zu sorgen. Sie wären auch mit der Instruktion der an den Bundesrat gerichteten Verwaltungsbeschwerden zu betrauen.

7. Als praeventive Verfassungsgarantie ist auch ein ständiger Verfassungsausschuß der Bundesversammlung vorzusehen, der sämtliche Vorlagen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen und im Plenum darüber zu berichten und allenfalls entsprechende Anträge zu stellen hätte.

8. Weder notwendig noch wünschenswert ist, dem Bundesrat ein Vetorecht gegenüber der Bundesversammlung einzuräumen, die eine Kammer der Bundesversammlung mit den Funktionen eines «sénat conservateur» zu betrauen oder ein besonderes, außerhalb der Gesetzgebungsfaktoren stehendes neues Staatsorgan zu schaffen, das im Sinne einer praeventiven Kontrolle die in Vorbereitung stehende Bundesgesetzgebung auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überwachen hätte. Nicht zu empfehlen ist auch die Bildung

eines hiezu berufenen privaten Kollegiums durch den Schweizerischen Juristenverein. Zu erwägen ist aber die Einführung einer vom Bundesgericht auszuübenden praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit.

9. An repressiven Verfassungsgarantien sind die Errichtung einer repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen und der Ausbau der bestehenden Kompetenzgerichtsbarkeit des Bundes in Betracht zu ziehen.

10. Es ist das Bundesgericht mit einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den rechtssetzenden Erlassen des Bundes zu betrauen. In Frage kommen eine praeventive, eine unselbständige repressive und eine selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit.

11. Eine «Richterregierung» und eine Hemmung des sozialen Fortschritts sind von einer dem Bundesgericht zustehenden Verfassungsgerichtsbarkeit unter den bei uns gegebenen Umständen nicht zu befürchten.

12. Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist nicht notwendigerweise eine «politische» Justiz. Die «politischen» Fragen, die sich dem Verfassungsrichter stellen, sind nichts anderes als Tatfragen; daß der Richter rechtsschöpferisch tätig werden muß, ist keine Eigenart der Verfassungsgerichtsbarkeit; die Gefahr politisch motivierter Entscheidungen aber ist bei den einzelnen Arten der Verfassungsgerichtsbarkeit verschieden groß.

13. Wo das Verfassungsgericht Erlasse des Volkes und der Volksvertretung aufheben kann, kommt der Gedanke des Rechtsstaates mit dem Gedanken der Demokratie in Konflikt. Unser Volk hat jedoch die richterliche Überprüfung von Volkserlassen in der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber den Kantonen von jeher hingenommen. Die richterliche Kontrolle der Bundesgesetze würde unter diesem Gesichtspunkt nichts grundsätzlich neues bedeuten. Die Demokratie wird durch die Verfassungsgerichtsbarkeit auch geschützt, denn auch die Verfassung ist ein Volkserlaß, und der Verfassungsrichter kann auch gegen eine un-

rechtmäßige Ausschaltung des Volkes aus dem Gesetzgebungsverfahren angerufen werden.

14. Die Verfassungsgerichtsbarkeit liegt im Sinne der gegenseitigen Hemmung der Gewalten; daß sie mit der objektiven Gewaltenteilung in Widerspruch steht, darf ihre Einführung nicht hindern, wenn sie sich um des Verfassungsschutzes willen als notwendig erweist.

15. Eine praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit hat gegenüber einer repressiven einerseits den Vorteil, daß die Erlasse vor ihrem Inkrafttreten und vor dem Stadium der Volksabstimmung geprüft werden, andererseits den Nachteil, daß die Erlasse nicht auch bei ihrer Anwendung noch angefochten werden können; auch ist die Gefahr der «Politisierung» der Justiz bei ihr größer als bei der repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit. Sie kann nur als eine erste Etappe in Frage kommen, und es müßte vorgesehen werden, daß eine vom Verfassungsrichter als verfassungswidrig bezeichnete Vorlage nur rechtskräftig werden kann, wenn sie vom Volke und den Ständen angenommen wird.

16. Die unselbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit hat gegenüber der praeventiven den Vorteil, daß die Erlasse bei ihrer Anwendung angefochten werden können; die Gefahr der «Politisierung» der Justiz ist bei ihr am geringsten; sie bringt jedoch eine gewisse Rechtsunsicherheit mit sich, und sie bleibt auf Fälle beschränkt, in denen es zu einem Zivil-, Straf- oder Verwaltungsprozeß vor Gericht kommen kann, sodaß in ihr nicht alle Rechtserlasse angefochten werden können. Sie kann deshalb ebenfalls nur als eine Etappe in Frage kommen.

17. Voll zu befriedigen vermag nur eine selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit. Sie hat gegenüber der unselbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit den Vorteil, daß grundsätzlich alle Rechtserlasse angefochten werden können, und gegenüber der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit hat sie den Vorteil, daß sie sich so gestalten läßt, daß die Erlasse auch noch bei ihrer Anwen-

dung angefochten werden können. Im letztern Falle ist allerdings eine gewisse Rechtsunsicherheit in Kauf zu nehmen. Die Gefahr der «Politisierung» der Justiz ist bei ihr etwas größer als bei der unselbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit, aber geringer als bei der praeventiven Verfassungsgerichtsbarkeit. Gegen die Entstehung von Lücken in der Rechtsordnung lassen sich Vorkehren treffen.

18. Einer repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit sollen auch die vom Volke ausdrücklich angenommenen Bundeserlasse unterstellt sein.

Staatsverträge sind von ihr auszunehmen.

Von den dringlichen Bundesbeschlüssen müssen insbesondere diejenigen angefochten werden können, die materiell verfassungswidrig oder kompetenzwidrig sind und von der Bundesversammlung zu Unrecht nur dem fakultativen Referendum statt dem obligatorischen Volks- und Ständereferendum unterstellt worden sind.

Der Verfassungsrichter soll auch Notverordnungen des Bundesrates auf ihre Übereinstimmung mit dem Delegationserlaß überprüfen dürfen.

19. Es ist zu erwägen, ob in einer selbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit die Popularbeschwerde vorzusehen wäre.

20. Die Bundesrichter sollen auf Lebenszeit gewählt werden. Ein neues Wahlverfahren braucht einstweilen nicht vorgesehen zu werden.

Die mit der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundeserlassen betraute Abteilung des Bundesgerichts müßte im einzelnen Falle mit elf Richtern besetzt sein.

Einmann-Entscheide sollen in der Verfassungsgerichtsbarkeit ausgeschlossen sein. Bei einem aus elf Richtern bestehenden Gerichtshof sollte für die Aufhebung einer als verfassungswidrig angefochtenen Rechtsnorm ein qualifiziertes Mehr von acht Stimmen erforderlich sein.

21. Die Kompetenzgerichtsbarkeit des Bundes ist in dem Sinne zu erweitern, daß die Kantone mit der Kompetenzgerichtsbeschwerde auch kompetenzwidrige Bundesgesetze und allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse anfechten können.

22. Im Sinne einer bessern Gewährleistung der Rechtmäßigkeit der Verwaltung ist einerseits die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege des Bundes zu verbessern und andererseits die Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts auszubauen.

23. In der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege des Bundes ist die Rechtsstellung des Beschwerdeführers zu verbessern. Er sollte namentlich das Recht haben, in die Akten Einsicht zu nehmen, zur Vernehmlassung der «Gegenpartei» Stellung zu beziehen, von der instruierenden Instanz angehört zu werden, einen Parteivertreter beizuziehen und eine Prozeßentschädigung beanspruchen zu können.

24. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes ist vor allem hinsichtlich der Beschwerdematerien zu erweitern. Es sollte von der Justizabteilung — allenfalls von außerhalb der Verwaltung stehenden juristischen Experten — in Verbindung mit den Verwaltungsabteilungen des Bundes untersucht werden, welche Verwaltungsmaterien, für die heute keine Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht, der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts unterstellt werden sollen. Die Frage, mit welcher Methode diese Materien umschrieben werden sollen (Generalklausel, Teil-Generalklauseln, Enumeration), sollte erst nach Abschluß dieser Untersuchung entschieden werden.

25. Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde sollten auch Verwaltungsverfügungen des Bundesrates, die von ihm als einziger Verwaltungsinstanz ausgehen, angefochten werden können.

26. Denkbar wäre, daß gegen Verwaltungsakte, die heute noch keiner Verwaltungsgerichtsbarkeit unterstehen,

einstweilen nur eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde wegen Verfassungswidrigkeit gewährt würde.

27. In der Frage der Ermessenskontrolle sollte wegleitend bleiben, daß das Verwaltungsgericht seinem Grundgedanken nach zur Rechtskontrolle berufen ist.

28. Wo die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom Bürger ausgeht, sollte die reformatio in peius grundsätzlich ausgeschlossen sein.

29. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist beim Bundesgericht zu konzentrieren. Die Bildung weiterer Spezialverwaltungsgerichte sollte vermieden werden.

30. Die Frage der gegenseitigen Abgrenzung der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes ist erst zu entscheiden, wenn feststeht, in welcher Weise die beiden Gerichtsbarkeiten für die Zukunft gestaltet werden sollen.

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	133a
----------------------	------

1. TEIL

Der Sinn der Legalität von Gesetzgebung und Verwaltung	135a
--	------

§ 1. Das Postulat des Rechtsstaates	135a
---	------

I. Die Bedeutung des Postulates	135a
---	------

1. Das Wesen des Rechtsstaates	135a
--	------

2. Rechtsstaat und Staatsform	138a
---	------

3. Rechtsstaat und Staatszwecke	140a
---	------

II. Der Sinn des Postulates	141a
---------------------------------------	------

1. Die religiöse Motivierung	142a
--	------

2. Die Motivierung aus der Gerechtigkeit	143a
--	------

3. Die demokratische Motivierung	145a
--	------

4. Die liberale Motivierung	147a
---------------------------------------	------

§ 2. Der Sinn verfassungsmäßiger Gesetzgebung	148a
---	------

I. Der Sinn verfassungsmäßiger Gesetzgebung im all- gemeinen	148a
---	------

1. Die Wertbezogenheit der Verfassung	148a
---	------

2. Verfassung und Verfassungstreue	151a
--	------

II. Der Sinn verfassungsmäßiger Gesetzgebung im schweizerischen Bundesstaat	153a
--	------

1. Die individuelle Freiheit	154a
--	------

2. Die Demokratie	155a
-----------------------------	------

3. Der Föderalismus	156a
-------------------------------	------

4. Die Gerechtigkeit	157a
--------------------------------	------

5. Die Wohlfahrt	157a
----------------------------	------

§ 3. Der Sinn rechtmäßiger Verwaltung	158a
---	------

I. Der Sinn rechtmäßiger Verwaltung im allgemeinen	158a
--	------

1. Der Schutz von Freiheit und Eigentum der Bürger	158a
---	------

2. Die Verwirklichung der Leistungsansprüche der Bürger	159a
--	------

II. Der Sinn rechtmäßiger Verwaltung im schweizeri- schen Bundesstaat	160a
--	------

1. Der Schutz der Demokratie	160a
--	------

2. Der Schutz des Föderalismus	161a
--	------

3. Der Schutz der individuellen Rechte	162a
--	------

2. TEIL

Die Garantie der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung	163a
§ 4. Allgemeines	163a
I. Die gegenwärtige Verfassungslage	163a
1. Die Verfassungsverletzungen	163a
a. Die formelle Verfassungswidrigkeit	166a
b. Die materielle Verfassungswidrigkeit	172a
c. Die Kompetenzwidrigkeit	173a
2. Die bestehenden Verfassungsgarantien	175a
II. Die Notwendigkeit neuer Verfassungsgarantien	182a
III. Die Möglichkeiten neuer Verfassungsgarantien	183a
1. Grundsätzliches	183a
2. Einzelne Maßnahmen	186a
a. Praeventive Maßnahmen	187a
b. Repressive Maßnahmen	189a
§ 5. Neue Kontrollen innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens	191a
I. Ausbau und vermehrte Einschaltung der Justizabteilung	193a
II. Die Bildung eines Verfassungsausschusses der Bundesversammlung	201a
III. Die Frage der Bildung eines privaten Kollegiums	202a
§ 6. Die Verfassungsgerichtsbarkeit	204a
I. Die Ausgangslage	204a
II. Die Problematik der Verfassungsgerichtsbarkeit im allgemeinen	212a
1. Die Richterregierung	212a
2. Die Politisierung der Justiz	218a
3. Quis custodiet custodes?	226a
III. Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie	227a
1. Das Problem	227a
2. Die Lösung des Problems in der Schweiz	230a
a. de lege lata	230a
b. de lege ferenda	232a
IV. Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung	236a
V. Die praeventive Verfassungsgerichtsbarkeit	242a
1. Die Vorteile	246a
2. Die Nachteile	248a
3. Die Ausgestaltung	249a

Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung im Bunde	345a
VI. Die unselbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit	252a
1. Die Vorteile	255a
2. Die Nachteile	257a
3. Die Ausgestaltung	260a
VII. Die selbständige repressive Verfassungsgerichtsbarkeit	262a
1. Die Vorteile	264a
2. Die Nachteile	266a
3. Die Ausgestaltung	270a
VIII. Die anfechtbaren Erlasse	271a
1. Die Bundesgesetze und die nicht dringlichen allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse . .	271a
2. Die Staatsverträge	279a
3. Die dringlichen Bundesbeschlüsse	280a
4. Die rechtssetzenden einfachen Bundesbeschlüsse	283a
5. Die Verordnungen des Bundesrates.	283a
IX. Die Beschwerdegründe	285a
X. Die Beschwerdelegitimation	286a
XI. Das Gericht	288a
1. Die Wahl der Richter	288a
2. Die Zahl der Richter	291a
3. Die Willensbildung.	292a
§ 7. Die Kompetenzgerichtsbarkeit	293a

3. TEIL

Die Garantie der Rechtmäßigkeit der Verwaltung	297a
§ 8. Die Verwaltungsrechtspflege im allgemeinen	298a
I. Der Zweck der Verwaltungsrechtspflege	300a
II. Die Arten der Verwaltungsrechtspflege	303a
§ 9. Die Verbesserung der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege	305a
I. Die Instruktion der Beschwerde	305a
II. Die Rechtsstellung des Beschwerdeführers	308a

§ 10. Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit	312a
I. Die Ausgangslage	312a
II. Die Beschwerdematerien	313a
1. Das Postulat der Erweiterung der Beschwer-	
dematerien	313a
2. Generalklausel und Enumeration	316a
3. Die Ausscheidung der Beschwerdematerien .	320a
III. Die Anfechtung von Verfügungen des Bundes-	
rates	322a
IV. Die Beschwerdegründe	326a
1. Verfassungswidrigkeit und Gesetzwidrigkeit	326a
2. Rechtskontrolle und Ermessenskontrolle . .	327a
V. Die reformatio in peius	329a
VI. Die Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit	332a
VII. Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verfassungsge-	
richtsbarkeit	333a
Thesen	336a