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: 70 (1951)

Heft: 5

Artikel: Der richterliche Verfassungs- und Gesetzesschutz im freiburgischen Recht

Autor: Vonlanthen, Albert

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896480

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 24.01.2026

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

Der richterliche Verfassungs- und Gesetzesschutz im freiburgischen Recht

Von Dr. Albert Vonlanthen,
Kantonsrichter, Freiburg

I. Seit mehr als einem Jahrzehnt hat sich in der Schweiz mit der ständigen Überhandnahme der Bundesgesetzgebung und ihrer öftern Mißachtung längst bestehender und eingelebter Verfassungsgrundsätze eine eigentliche Verfassungskrise entwickelt. Durch Erlaß von Bundesrechtsnormen in Form von dringlichen und einfachen Bundesbeschlüssen und bundesrätlichen Verordnungen, durch materiell verfassungswidrige Bundeserlasse, die in der Verfassung verankerte Freiheitsrechte berührten, und durch kompetenzwidrige Bundesgesetze, die den Föderalismus schwächten, hat jene Macht die Geltung der Bundesverfassung am meisten unterhöhlt, die zu ihrer obersten Hüterin bestellt war. So wurde die Verfassung auch von jenem Staatsorgan am stärksten mißachtet, dessen Verletzungen man am wenigsten befürchtet hatte. Entgegen der notwendigen Forderung eines vernünftigen Gewaltengleichgewichts hatte man in unserm Bundesstaat jene Gewalt am wenigsten gehemmt, die sich am mächtigsten erwies, das heißt die Bundesgewalt[1].

---

[1] Ist das nicht ein staatspolitischer Irrtum? Vgl. zum Problem der Verfassungskrise nebst andern etwa Z. Giacometti, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in der schweizerischen Eidgenossenschaft, Festgabe Fleiner 1937, S. 45 ff.; H. Nef, Sinn und Schutz verfassungsmäßiger Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung im Bunde, 1950, S. 163a ff.; A. Panchaud, Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral, 1950, S. 35a ff.

Dagegen wurde die verfassungs- und gesetzmäßige Ausübung der Kantonsgewalt schon früh durch das Institut der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger gesichert. Dabei schützt dieses Institut heute den Einzelnen in seinen verfassungsmäßigen Rechten nicht bloß gegen Verletzungen der Bundesverfassung und Kantonsverfassungen, sondern auch gegen Rechtswillkür bei der Anwendung kantonalen Rechts, mag sich das Bundesgericht unter diesem letzten Aspekt auch eine starke Zurückhaltung bei der Auslegung kantonalen Rechts auferlegt haben[2]. Ebenfalls können nicht nur alle kantonalen gesetzgeberischen Erlasse, wie die Verfassung, die Gesetze und Verordnungen, sondern auch alle kantonalen Verfügungen und Entscheide wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Anfechtung unterliegen, wenn sie von kantonalen Behörden kraft der ihnen zustehenden öffentlichen Gewalt ausgehen und sich damit als wahre kantonale Hoheitsakte enthüllen. Schließlich werden als verfassungsmäßige Rechte, deren Verletzung die Verfassungsgerichtsbarkeit verhüten soll, nicht nur die individuellen Freiheits- oder Grundrechte qualifiziert, die dem Bürger gegenüber dem Staat ein Stück freien Verhaltens sichern sollen, sondern überhaupt alle Vorschriften der Bundesverfassung und der Kantonsverfassungen, die primär Interessen des Einzelnen schützen. Ja selbst in einem Gesetz verankerte Rechte können Verfassungsschutz genießen, wie die durch die eidgenössischen Gerichtsstandsvorschriften dem Einzelnen garantierten Rechte[3]. Rechnet man zu dieser noch die übrigen institutionellen und personellen Verfassungsgarantien[4] des Bundesrechts, so kann man sagen, daß die kantonale Gewalt

---

[2] Vgl. Art. 87 OG.

[3] Vgl. diesbezüglich Art. 84d OG.

[4] Institutionelle Garantie bedeutet Verfassungsschutz durch bestimmte Institutionen, während die personelle Garantie solchen durch bestimmte Personen bedeutet. (Vgl. Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, 1941, S. 56 ff.)

von bundesrechtlichen Schranken derart umhegt ist, daß von ihr keine ernstliche Verfassungsgefährdung mehr zu befürchten ist, während sich die Bundesgewalt mit ihrer Gesetzgebung und der darauf beruhenden Verwaltung sozusagen ungehemmt entfalten kann[5].

Trotzdem genügen aber den kantonalen Staatswesen diese bundesrechtlichen Garantien nicht. Das im Verhältnis zum Bundesstaatsrecht viel ältere Staatsrecht der Kantone hat nämlich auch eigene institutionelle und personelle Verfassungsgarantien entwickelt. Dazu gehören etwa als institutionelle Garantien die im Verfassungseid oder in der Verfassung selbst umschriebene Pflicht zur Wahrung der Verfassung und Beobachtung der Gesetze, wozu sich als rechtliche Folge die Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten für ihre Amtsverrichtungen gesellt, und die Erschwerung der Verfassungsänderung. Als personelle Garantien enthüllen sich zunächst die Amtsstellen, denen eine Dienst- und Aufsichtsgewalt zusteht[6], und die Organe der Rechtspflege, wenn sie die Verfassungsmäßigkeit von Verwaltungsakten zu überprüfen oder über Rechtsmittel gegen Zivil- und Strafurteile zu entscheiden haben. Da aber sowohl die Verfassungen wie die Gesetze in gewissem Umfang auch gegenüber Verordnungen des Rechtsschutzes bedürfen, hat die Rechtsprechung mancher Kantone das sogenannte allgemeine akzessorische materielle Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen entwickelt. Damit erhalten die rechtsprechenden Instanzen das Recht, kantonale Verordnungen bei ihrer Anwendung im konkreten Fall vorfrageweise auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Diese Überprüfung führt aber nicht zur formellen Aufhebung,

---

[5] Vgl. über die staatsrechtliche Beschwerde Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichts, 1933; Fleiner-Giacometti, Bundesstaatsrecht, 1949, S. 881 ff.; Birchmeier, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, S. 305 ff.

[6] Dazu gehört auch das Aufsichtsrecht der Volksvertretung über die Verwaltung.

sondern bloß zur Nichtanwendung rechtswidriger Normen und deren praktischen Unwirksamkeit[7]. Wie betont, hat die Rechtsprechung mancher Kantone dieses Prüfungsrecht entwickelt, da sich das positive kantonale Recht darüber gewöhnlich ausschweigt. Immerhin scheinen es noch nicht alle Kantone zu kennen. Giacometti führt in seinem Staatsrecht der schweizerischen Kantone[8] zehn solcher Kantone an, nämlich Zürich, Bern, Zug, Aargau, St. Gallen, Schwyz, Luzern, Schaffhausen, Solothurn und Thurgau, und zwei Halbkantone, nämlich Baselland und Basel-Stadt, deren Rechtsprechung ein solches Prüfungsrecht anerkennt[9]. Im Kanton Glarus ist es in der Praxis bestritten[10], während die Genfer Rechtsprechung es nicht nur gegenüber Verordnungen, sondern auch gegenüber der kantonalen Gesetzgebung bezüglich ihrer formellen und materiellen Verfassungsmäßigkeit beansprucht[11]. Dabei begründete die dortige Cour de Justice dieses Prüfungsrecht hauptsächlich damit, daß dem Richter nicht zuzumuten sei, ein kantonales Gesetz anzuwenden, das er für verfassungswidrig halte, wenn hintendrein das Bundesgericht auf Grund einer staatsrechtlichen Beschwerde dasselbe verfassungswidrig erkläre[12].

II. Wie steht es aber nun im Kanton Freiburg mit diesem allgemeinen akzessorischen, richterlichen Prüfungsrecht? Diesbezüglich ist zunächst festzustellen, daß das freiburgische Verfassungs- und Gesetzesrecht ein solches auch nicht ausdrücklich anerkennt. Was die Rechtsprechung des Kantonsgerichts betrifft, so enthüllt sich diese vorderhand noch als ziemlich unsicher. In einem Entscheid

---

[7] Vgl. Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, S. 61; derselbe, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 6 ff., S. 14 und 15, Anm. 30.

[8] S. 61, Anm. 37.

[9] Was die diesbezügliche Literatur betrifft, so vgl. Giacometti, a. a. O. S. 61, Anm. 35, 36 und 37.

[10] Vgl. Thürer, Das glarnerische Verordnungsrecht, 1932, S. 92.

[11] Vgl. G. Werner, Le Contrôle judiciaire à Genève, 1917, S. 31—51.

[12] Werner, a. a. O. S. 44—45.

vom 13. Oktober 1936 lehnte es der Kassationshof ohne weitere Prüfung ab. Dabei fragte es sich, ob ein Strafrichter einen Angeklagten auf Grund einer nicht verkündeten freiburgischen Gesetzesnorm verurteilen könne. Der Kassationshof entschied sich für einen Freispruch mit der Begründung, daß man einen Angeklagten auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift, die er nicht kennen konnte, unmöglich verurteilen könne. Der Strafrichter habe also die Pflicht zu prüfen, ob die anzuwendende Gesetzesvorschrift verkündet worden sei. Im Verneinungsfalle müsse die Schuld des Angeklagten verneint werden. Über die diesbezügliche Prüfung der Schuldfrage könne aber der Strafrichter nicht hinausgehen. Er dürfe namentlich nicht untersuchen, ob eine mit Gesetzgebungs- oder Verordnungsrecht ausgestattete Behörde mit ihren Erlassen innerhalb ihrer Zuständigkeit gehandelt und dabei etwa Formvorschriften verletzt habe. Damit würde man dem Kassationshof die Rolle einer Beschwerdeinstanz gegenüber allgemein verbindlichen Erlassen anderer Staatsorgane zuteilen, was nicht angehe[13]. Diese Argumentation hätte nach freiburgischem Recht noch einfacher gestaltet werden können. Da nämlich Art. 2 des Einführungsgesetzes zum ZGB nicht verkündete Gesetzesnormen implicite als unverbindlich erklärt[14] und dazu unter diesem Gesichtspunkt ein für das ganze freiburgische Recht geltendes Rechtsprinzip enthält, so hätte der Angeklagte einfach wegen Unverbindlichkeit der fraglichen Gesetzesbestimmung gemäß Art. 2 EG z. ZGB[15] freigesprochen werden können.

In einem späteren Entscheid vom 3. Juli 1939 über einen ähnlichen Fall änderte der strafrechtliche Kassationshof

---

[13] Vgl. Extraits des principaux arrêts du Tribunal cantonal en 1939, S. 73.

[14] Der erste Satz des Art. 2 dieses Einführungsgesetzes lautet nämlich folgendermaßen: «A moins de dispositions contraires, les lois sont obligatoires dans tout le Canton dès leur promulgation.»

[15] EG z. ZGB = Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch.

seine Meinung über das richterliche Prüfungsrecht. Nach Art. 54, Ziff. 1, Litt. b der freiburgischen Strafprozeßordnung[16], meinte er, müsse ein Urteil kassiert werden, wenn es eine Gesetzesverletzung enthalte. Nun bestimme aber Art. 1 StGB, daß nur jene Handlungen strafbar seien, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedrohe. Der Ausdruck «Gesetz» sei hier übrigens im weitesten Sinn zu verstehen und bedeute sowohl Gesetze und Dekrete der gesetzgebenden, wie auch Beschlüsse, Reglemente und Verordnungen der vollziehenden Gewalt. Das supponiere aber die Richterbefugnis zur Prüfung, ob das Gesetz, das die Handlung mit Strafe bedrohe, rechtsgültig sei, ob es sich somit um rechtsgültige Erlasse der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt handle[17].

Mit dieser kurzen Argumentation scheint also das richterliche Prüfungsrecht nicht nur auf Verordnungen der Exekutive, sondern auch auf die gesetzgeberischen Erlasse der Legislative ausgedehnt zu werden. Trotz dieser ziemlich kategorischen Stellungnahme kann man aber noch keineswegs von einer eigentlichen Praxis des Kantonsgerichts sprechen. Diese würde übrigens bloß ein richterliches Prüfungsrecht des Strafrichters auf Grund einer Bundesrechtsnorm einführen, womit über ein allgemeines, auf kantonalem Recht fußendes Prüfungsrecht noch gar nichts ausgemacht wäre. Die Rechtsprechung des Kantonsgerichts enthüllt sich daher als zu unsicher, als daß sich aus ihr das genannte allgemeine akzessorische richterliche Prüfungsrecht ableiten ließe.

III. Dagegen beruft sich die kantonale Steuerrekurskommission in einem Entscheid vom 14. Februar 1949 darauf und stellt es auf eine breitere rechtliche Basis, indem sie dabei ihre bisherige Rechtsprechung änderte. Es mußte

---

[16] Der fragliche Passus des Art. 54 StPO lautet: «Tout jugement pénal peut faire l'objet d'un recours en cassation, à l'exception du jugement par défaut, lorsque le jugement contient une violation de la loi, en particulier, lorsqu'il n'est pas motivé.»

[17] Extraits 1939, S. 73 und 74.

hiebei auf Grund einer Beschwerde die Frage entschieden werden, ob sich eine bestimmte Vorschrift eines Reglementes der Gemeinde Freiburg als gesetzmäßig erweise. Das Gesetz über die Gemeinde- und Pfarreisteuern bestimmt nämlich in Art. 15, Abs. 2, daß die Gemeinden die beim Liegenschaftsverkehr in bezug auf dieselben Grundstücke erzielten Gewinne besteuern können. Dabei hätten die Gemeinden, welche eine solche Verkehrsgewinnsteuer einführten, das Nähere über den Bezug dieser Steuer festzusetzen, namentlich die Frist zu bestimmen, innert welcher der Gewinn erzielt sein müsse, um besteuert zu werden. Das Reglement selbst unterliege der Genehmigung des Staatsrates[18].

Auf Grund dieser Gesetzesvorschrift erließ nun der Gemeinderat der Stadt Freiburg am 18. Mai 1943 ein Reglement, das eine Steuer von fünf Prozent des erzielten Gewinnes beim fraglichen Grundstückverkehr einführte und die Differenz zwischen der Grundbuchschatzung und dem Veräußrungspreis als besteuerbaren Gewinn vorsah. Weiter bestimmte Art. 2, Abs. 2 dieses Reglementes, daß die Differenz zwischen dem Ankaufs- und Verkaufspreis als besteuerbarer Gewinn gelte, wenn die Liegenschaft vom Verkäufer während der letzten zehn Jahre vor dem Verkauf erworben wurde. In diesem Fall würden die Verschreibungskosten und die Einregistrierungsgebühren beim Kauf der Liegenschaft zur Berechnung des besteuerbaren Gewinnes zum Ankaufspreis hinzugerechnet.

Nun hatte im Jahre 1948 eine Stiftung in Freiburg zwei Liegenschaften zu einem hohen Preis veräußert. Da die Gemeinde den aus diesem Verkauf erzielten Gewinn be-

---

[18] Der französische Text dieser Vorschrift lautet folgendermaßen: «Elles (les communes) peuvent également percevoir un impôt sur les gains réalisés dans les transactions immobilières concernant les mêmes immeubles. Un règlement communal fixe les modalités de cet impôt, notamment la période durant laquelle le gain doit avoir été réalisé pour pouvoir être frappé; ce règlement est soumis à l'approbation du Conseil d'Etat.»

steuern wollte, ließ sie der Stiftung die diesbezügliche Steuerveranlagung zukommen. Diese erhob dagegen bei der zuständigen kantonalen Steuerrekursbehörde Beschwerde und focht dabei die Gesetzmäßigkeit des genannten Gemeindereglementes an, weil es die Frist nicht bestimmt habe, innert welcher der Gewinn erzielt sein müsse, um besteuert zu werden. Bei der Behandlung dieser Beschwerde bejahte die genannte Behörde ihre Befugnis zur Überprüfung von Verordnungen auf ihre Gesetzmäßigkeit, was sie immer verneint hatte. Zur Begründung dafür führt sie in ihrem Entscheid an[19], daß es natürlich kein solches Prüfungsrecht gegenüber der Kantonsverfassung gebe, weil die Behörden und Beamten durch ihren Eid an die Verfassung gebunden seien, was ja selbstverständlich ist, da sich das Prüfungsrecht auf die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze und Gesetzmäßigkeit der Verordnungen erstreckt. Die Normen der höchsten Gesetzesstufe im Staate können nicht mehr an andern Normen gemessen werden. Ebensowenig, meint die genannte Entscheidungsbegründung weiter, bestehe ein solches Prüfungsrecht gegenüber den Erlassen des Großen Rates. Dagegen spreche nämlich der Wortlaut des richterlichen Amtseides, dann Art. 2 EG z. ZGB[20] und endlich Art. 10 der freiburgischen Zivilprozeßordnung, der den Richter zur Entscheidung der Rechtsfragen nach dem Gesetz verpflichte[21]. Immerhin besitze der Richter das Recht zur Kontrolle der Gesetze und Dekrete der Legislative auf ihre vorschriftsgemäße Verkündung. Ebenso müsse man ihm das Recht einräumen, sie auf ihre Übereinstimmung mit der Bundesverfassung und dem eidgenössischen Recht hin zu prüfen.

[19] Es handelt sich um einen nicht publizierten Entscheid. Bis heute wurden nämlich die Entscheide der kantonalen Steuerrekurskommission offiziell nicht publiziert.

[20] Vgl. Anmerkung 14.

[21] Der Wortlaut des Art. 10 der freiburgischen Zivilprozeßordnung ist folgender: «Le juge resout les questions de droit d'après la loi. Il ne peut se refuser à rendre justice, sous prétexte de l'insuffisance ou du silence de la loi.»

Was nun die Verordnungen, Reglemente und Beschlüsse der Verwaltungsbehörden betreffe, so könne man dem kantonalen Richter das Recht nicht verweigern, sie auf ihre Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen. Dafür spreche zunächst die Doktrin der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft, die dem Richter ein solches Prüfungsrecht gewähre. In gleichem Sinne habe die Rechtsprechung der meisten Schweizerkantone entschieden. Überdies bestehe im Kanton Freiburg kein Vorrang der vollziehenden vor der richterlichen Gewalt. Diese sei nur an die Erlasse der gesetzgebenden Gewalt gebunden, weshalb man unter diesem Aspekt auch von einem Vorrang der gesetzgebenden vor den übrigen Gewalten sprechen könne. Besäße der Richter dieses Prüfungsrecht nicht, so müßte er gegebenenfalls Rechtsnormen der Verordnungsstufe anwenden, die dem Willen der gesetzgebenden Gewalt widersprechen würden, was doch unhaltbar sei. Dazu entspreche dies ebensowenig Art. 2 EG z. ZGB. Schließlich träfe die Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnungsvorschrift der Verwaltungsbehörde den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Steuern selbst, der namentlich die Doktrin der schweizerischen Steuerrechtswissenschaft beherrsche, weil eben eine auf einer bloßen Verordnung fußende Steuer durch kein Gesetz gedeckt und damit ungesetzlich sei. Somit müsse man das allgemeine richterliche Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen, Reglementen und Beschlüssen der Verwaltungsbehörde bejahen.

Diese Argumentation enthält viel Bestechendes, mag sie sich für den Fall einer Änderung der Rechtsprechung auch als etwas zu karg enthüllen und teilweise fast mehr behaupten als beweisen. Zunächst sucht sie einmal den Einklang der Rechtsprechung mit der allgemeinen Doktrin. Dann befriedigt sie ein Bedürfnis der Praxis, welche die Anwendung gesetzwidriger Verordnungen und Reglemente der Verwaltungsbehörde als stoßend empfindet. Endlich fundiert sie das allgemeine richterliche Prüfungsrecht auf positiven kantonalen Rechtsnormen, wenn sich

die diesbezügliche Begründung auch nicht als einwandfrei erweist[22]. Um nämlich darüber schlüssig zu werden, könnte man den Fragenkomplex unter verschiedenen Gesichtspunkten aufrollen. So könnte das Problem unter dem Aspekt der Strafgerichtsbarkeit und der kantonalen Steuerverwaltungsrechtspflege erörtert werden. Da aber diese beiden Aspekte zu keinen Sonderlösungen führen, drängt die Problematik ohne weiteres zur Abklärung der Frage, ob und wieweit das freiburgische Recht im allgemeinen ein solches akzessorisches richterliches Prüfungsrecht anerkennt.

IV. Hier muß nun zunächst zwischen den Gesetzen und Dekreten einerseits und den Verordnungen, Beschlüssen und Reglementen anderseits unterschieden werden. Im freiburgischen Recht sind die Gesetze die gewöhnliche und normale Rechtsform, in welcher der Große Rat Rechtssätze, das heißt generelle abstrakte Normen erläßt, die den Bürger zu einem bestimmten Verhalten verpflichten. Sie stehen mit den Dekreten im Gegensatz zur Verfassung, deren Abänderung im Verhältnis zum Gesetz und Dekret erschwert ist. Die Dekrete ihrerseits erweisen sich als die normale Rechtsform, in welcher der Große Rat Verwaltungsakte erläßt, und zerfallen in Dekrete von allgemeiner Bedeutung oder Tragweite, wie die deutsche Fassung von Art. 28bis[23] der Verfassung lautet, und solche von nicht allgemeiner Bedeutung. Es kommt allerdings auch vor, daß Rechtssätze in Dekretsform gekleidet werden[24]. Der

---

[22] So ist etwa die Berufung auf Art. 10 der freiburgischen Zivilprozeßordnung durchaus abwegig, weil die Vorschriften des Zivilprozeßrechts auf das Verfahren vor der Steuerrekurskommission nicht anwendbar sind.

[23] Der französische Text dieses Artikels lautet: «Toute loi ou décret de portée générale voté par le Grand Conseil et n'ayant pas le caractère d'urgence doit être soumis au peuple, si la demande en est faite par 6000 citoyens.»

[24] So etwa neuerdings das Dekret vom 20. November 1948 zur Abänderung des Art. 48 des Gesetzes über die freiburgische Staatsbank und das Dekret gleichen Datums betreffend die Revision der

Große Rat greift jedoch verhältnismäßig selten zu dieser etwas zweifelhaften Rechtssetzungsform.

Was nun die Verordnungen und Reglemente betrifft, so enthüllen sie sich als Rechtsformen, in denen der Staatsrat seine rechtlichen Vorschriften erläßt. Man stößt im freiburgischen Recht allerdings etwas seltener auf die Rechtsform der Verordnung[25], dafür aber umsomehr auf die der Reglemente[26]. Obwohl die Verfassung der Legislative ausdrücklich kein Verordnungsrecht zuteilt und dies dem Staatsrat überbindet, so wird man ihr doch schwerlich Verordnungsbefugnisse absprechen können[27]. Die hauptsächlichste Rechtsform, deren sich aber die vollziehende Gewalt im Kanton Freiburg bedient, ist der Beschluß. In seiner Form erläßt der Staatsrat sowohl Rechtssätze wie Verwaltungsakte. Ein juristisches Kriterium dafür, welche Erlassensform bei der Rechtssetzung durch den Staatsrat auf dem Verordnungswege zur Anwendung gelangen soll, gibt es nicht.

V. Betrachtet man nun all diese Rechtssetzungsformen unter dem Gesichtspunkt des richterlichen Prüfungsrech-

---

Gesetze über die Rindviehversicherung. Ob diese Form des Erlasses für Rechtssätze angeht, ist allerdings eine andere Frage, da ja das Reglement des Großen Rates für die Gesetze eine doppelte, dagegen für die Dekrete bloß eine einzige Lesung vorsieht.

[25] So zum Beispiel die Verordnung betreffend die Fürsorge für ältere Arbeitslose vom 19. Juni 1942, die Verordnung zum Sanitätsgesetz vom 16. März 1948 und die Feuer- und Baupolizeiverordnung vom 9. April 1948. In letzter Zeit wird die Verordnung immer mehr als Rechtsform für einen beträchtlichen Komplex von Vollziehungsnormen zu einem größern Gesetz verwandt, während das Reglement und der Beschluß als Rechtsform für kleinere Normenkomplexe auftritt.

[26] Selbstverständlich erweisen sich diese Reglemente materiell als Verordnungen.

[27] Vgl. in dieser Hinsicht Art. 45b der Verfassung. Eine eigentliche Verordnung des Großen Rates stellt zum Beispiel dessen Reglement vom 8. Mai 1925 dar, das allerdings in Dekretsform gekleidet ist, weil es sich trotz seiner rechtlichen Bedeutung nicht als allgemeinverbindlich erweist. Vgl. in dieser Hinsicht unten S. 269 f.

tes, so ist zunächst festzuhalten, daß die Gesetze nur auf ihre Verfassungsmäßigkeit geprüft werden können, da ja die Verfassung die einzige Rechtssetzungsform über den Gesetzen darstellt und sich als Grundgesetz des Staates erweist. Dagegen lassen sich die Dekrete, Verordnungen, Reglemente und Beschlüsse auch auf ihre Gesetzmäßigkeit, das heißt auf ihre Übereinstimmung mit den Gesetzen prüfen.

Ferner unterscheidet die Rechtswissenschaft bei der Prüfung von Gesetzen und Verordnungen auf ihre Rechtmäßigkeit zwischen der formellen und materiellen Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit und damit auch zwischen formeller und materieller Prüfung[28]. Mit der formellen Verfassungsmäßigkeit meint man die Frage, ob ein Gesetz in der durch die Verfassung vorgeschriebenen Form erlassen worden ist, mit der materiellen, ob sein Inhalt den Vorschriften der Verfassung entspricht. In jenem Fall erschöpft sich die Verfassungsmäßigkeit oder -widrigkeit im Problem, ob überhaupt ein gültiges Gesetz zustande gekommen sei, in diesem, ob die Normen eines vorschriftsgemäß erlassenen Gesetzes dem Willen der Verfassung entsprechen. So ist es eine Frage der formellen Verfassungsmäßigkeit, ob ein Gesetz ungültig ist, weil keine zweite Lesung stattgefunden hat, wie sie Art. 85, Abs. 1 des Reglementes des Großen Rates vorschreibt. Dagegen steht die materielle Verfassungsmäßigkeit in Frage, wenn entschieden werden muß, ob eine Gesetzesvorschrift gegen einen Verfassungsgrundsatz verstößt. So ist es eine Frage der materiellen Verfassungs- oder Gesetzmäßigkeit, ob sich ein Gesetz oder eine Verordnung innert der Schranken der Verfassung oder des Gesetzes hält oder ob der Gesetzgeber

---

[28] Vgl. diesbezüglich F. Schack, Die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung, 1918, S. 27 ff. und die dort zitierte deutsche Literatur; Burckhardt, Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze und Verordnungen durch den Richter nach bernischem Recht, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 44, S. 226 ff.

den ihm von der Verfassung oder von einem Gesetz erteilten Auftrag überschritten hat. Wenn nämlich der Gesetzgeber die Schranken der Verfassungs- oder Gesetzesdelegation überschreitet, so ordnet er etwas an, was die Verfassung oder ein Gesetz anders regelte oder ungeregelt haben wollte. Damit gerät aber der Rechtsinhalt des Gesetzes oder der Verordnung, die kraft der Delegation erlassen wurde, in Widerspruch zur Verfassung oder zum Gesetz, das die Delegation erteilt. Die formelle Prüfung befaßt sich somit nie mit dem Rechtsinhalt des Gesetzes oder der Verordnung, sondern bloß mit der Frage, ob ein Gesetz oder eine Verordnung in den vorgeschriebenen Formen zustandegekommen sei, während die materielle Prüfung immer die Frage betrifft, ob Rechtsvorschriften eines Gesetzes oder einer Verordnung Verfassungsgrundsätzen oder Normen eines Gesetzes widersprechen oder ob der Gesetzgeber überhaupt zuständig war und sich innert der Schranken der von der Verfassung oder vom Gesetz erteilten Delegation hielt.

Im Lichte dieser Unterscheidungen stellt sich nun vorerst die Frage, ob das freiburgische Recht dem Richter gestattet, die Gesetze auf ihre formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Hierauf ist die richterliche Befugnis zur Prüfung der Verordnungen, Reglemente, Beschlüsse und Dekrete auf ihre Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit zu untersuchen.

A. Die formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit der Gesetze

I. Mit diesem Problem haben sich zahlreiche Schriftsteller befaßt und dabei verschiedene Meinungen verfochten. So hat man etwa vom Prinzip der Gewaltentrennung auf ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber den Gesetzen geschlossen, weil der Richter vom Gesetzgeber unabhängig und nur der Verfassung unterworfen sei[29]. Damit läßt sich

[29] So etwa Ruck, Basel als Rechtsstaat, Festgabe der juristischen Fakultät Basel zum schweizerischen Juristentag 1920, S. 49 ff.

aber dieses richterliche Prüfungsrecht nicht begründen. Denn das Gewaltentrennungsprinzip hat in zahlreichen Staaten eine verschiedene Ausgestaltung erfahren. Es kann bedeuten, daß in einem bestimmten Staat die drei Gewalten einander gleich geordnet sind. Doch verträgt es sich auch mit einer Überordnung der gesetzgebenden über die vollziehende und richterliche Gewalt[30]. Aus einer Gleichordnung der Gewalten läßt sich nun folgern, daß die richterliche Gewalt die gesetzgeberischen Erlasse und Verwaltungsakte der Legislative und Exekutive nicht zu prüfen habe[31], während eine Überordnung der gesetzgebenden Gewalt über die richterliche eine solche Prüfung ebenfalls ausschließt[32].

Man hat auch aus dem diesbezüglichen Schweigen der Verfassung ein richterliches Prüfungsrecht abgeleitet[33]. Auf dieser Grundlage läßt sich aber weder dafür noch dagegen argumentieren. Alle positiven und negativen Schlußfolgerungen laufen in diesem Fall auf eine petitio principii hinaus, wenn nicht andere Anhaltspunkte die Frage im einen oder andern Sinn entscheiden[34].

Schließlich hat man auch gesagt, der Richter habe nur gültige Gesetze anzuwenden. Verfassungswidrige Gesetze seien aber ungültig. Daher müsse er deren Verfassungs-

---

[30] Vgl. Burckhardt, a. a. O. S. 236 ff., 243, 302. Das ist auch der Fall im schweizerischen Bundesstaat und in verschiedenen Kantonen. Ebenfalls Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, S. 64, der noch eine andere Bedeutung des Gewaltentrennungsprinzips anführt. Zur Problematik des Gewaltentrennungsprinzips vgl. überdies W. Kaegi, Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltentrennungsprinzips, Diss. Zürich 1926, S. 236 ff.

[31] Werner, a. a. O. S. 42.

[32] Es ist unhaltbar, daß eine untergeordnete Gewalt die Erlasse einer übergeordneten prüft.

[33] Vgl. etwa die in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins in Bd. 40, S. 563 ff., Bd. 46, S. 339 ff. und Bd. 50, S. 502 ff. zitierten Entscheide. Dazu ebenfalls Thoma, Das richterliche Prüfungsrecht, Archiv des öffentlichen Rechtes, Bd. 43, S. 271 ff.

[34] Vgl. Thoma, a. a. O. S. 272.

mäßigkeit prüfen und die Anwendung ungültiger Gesetze verweigern. Er folge damit dem Willen des Gesetzgebers. Denn das Grundgesetz gehe dem einfachen Gesetz vor[35]. Diese Argumentation mag mit ihren einfachen und folgerichtigen Überlegungen bestechen. Will man sie aber für ein konkretes Staatsrecht verwenden, so stößt man sofort auf Schwierigkeiten. Daß nämlich ungültigen Gesetzen die Anwendung versagt werden sollte, mag einleuchten. Eine andere Frage ist es aber, ob der *Richter* die Gesetze auf ihre Gültigkeit prüfen soll. Die etwaige Notwendigkeit einer Prüfung involviert noch keine solche durch den Richter[36]. Es wäre wünschbar, daß vielleicht eine andere Instanz diese Prüfung besorgte; dies namentlich in Demokratien, wo schließlich das Volk über die Gesetze entscheiden kann. Räumt man in einem Staat der gesetzgebenden Gewalt eine überragende Stellung ein, so stößt man wieder auf den Umstand, daß Erlasse einer übergeordneten Behörde durch eine untergeordnete auf ihre Gültigkeit überprüft werden sollen, was Anstoß erregt. Gefährdet übrigens ein solches Prüfungsrecht nicht die Rechtssicherheit? Wie käme es, wenn man die Gültigkeit eines Gesetzes jederzeit in Frage stellen könnte? Wenn sich nämlich der Richter nach eingehender Prüfung auf die Ungültigkeit eines Gesetzes berufen kann, so darf dies auch jeder Bürger, wenn auch auf eigene Gefahr. Welche Unregelmäßigkeiten im gesetzgeberischen Verfahren bewirken außerdem die Ungültigkeit eines Gesetzes? Gehören zum Beispiel dazu auch Verstöße gegen das Geschäftsreglement der gesetzgebenden Behörde?[37] Man sieht, daß schon diese Überlegungen das richterliche Prüfungsrecht etwas fragwürdig gestalten.

Daß weiter das Grundgesetz, die Verfassung, dem einfachen Gesetz vorgeht, trifft in einem Bundesstaat zu, wo über der Gesetzgebung der Gliedstaaten die Bundesgesetz-

---

[35] Vgl. Schack, a. a. O. S. 136 ff., 139 ff., der eine ganze Reihe von Autoren anführt, welche dieser Argumentation huldigen.

[36] Vgl. Schack, a. a. O. S. 137 f.

[37] Vgl. Burckhardt, a. a. O. S. 229 ff.

gebung steht. Daher ist es auch selbstverständlich, daß der freiburgische Richter alles kantonale Recht auf seine Übereinstimmung mit dem eidgenössischen Recht prüfen kann und muß. Hier gilt ja der längst bekannte Grundsatz: «Bundesrecht bricht kantonales Recht»[38]. In einem Einheitsstaat aber ist dies noch keineswegs zum vornherein klar[39]. Das Recht eines Staates kann zwischen der Verfassung und den Gesetzen eine Art Gleichordnung getroffen haben, wenn es positivrechtlich das richterliche Prüfungsrecht gegenüber dem Gesetz ausschließt[40], oder der Weg der Gesetzgebung der gleiche wie der der Verfassungsrevision ist. Im letztern Fall enthüllt sich dann jedes Gesetz, das mit der Verfassung nicht übereinstimmt, als Verfassungsrevision. Man sieht also, daß es schwer hält, allgemein gültige Grundsätze aufzustellen. Die Frage muß jeweils aus den Normen und dem Geiste der Gesetzgebung jedes einzelnen Staates entschieden werden. Wie steht es nun damit im freiburgischen Recht?

II. Da scheint zunächst schon die Gestaltung des ganzen Gesetzgebungsverfahrens gegen eine richterliche Kontrolle der formellen Verfassungsmäßigkeit zu sprechen. Als gesetzgebende Behörde waltet im Kanton Freiburg der Große Rat, der alle fünf Jahre im Proporzwahlverfahren vom Volk gewählt wird. Über Beschwerden wegen Verletzung von Wahlvorschriften oder Unregelmäßigkeiten beim Wahlgang entscheidet endgültig der Große Rat[41]. Damit ist jede diesbezügliche richterliche Prüfung ausgeschlossen[42]. Was die Volksabstimmungen über kantonale

---

[38] Vgl. Art. 2 ÜBest. zur BV.

[39] Das will aber nicht heißen, daß es nicht vielleicht wünschbar wäre.

[40] Diese Art Gleichordnung hat die Bundesgesetzgebung mit ihrem Art. 113, Abs. 3 BV eingeführt.

[41] Nach der Validierung der Wahlen werden die Wahlkarten und Stimmzettel vernichtet. Vgl. Art. 51 und 54 des Wahlgesetzes vom 22. Mai 1861.

[42] Dies um so mehr, als ja das, was geprüft werden könnte, nach der Validation vernichtet wird.

Gesetze auf Grund einer Initiative oder eines Referendums betrifft, so entscheidet über diesbezügliche Beschwerden wegen Unregelmäßigkeiten je nach der Materie endgültig der Staatsrat oder der Große Rat. Auch hier ist somit eine richterliche Kontrolle unmöglich[43], es sei denn, daß man die Kontrolle des Staatsrates oder des Großen Rates als solche qualifiziere. Es bliebe also praktisch für den Richter bloß noch die Rüge einer Verletzung des großrätlichen Geschäftsreglementes bei einer Gesetzesberatung, mag auch die Verfassung noch eine einzige wichtige Vorschrift über die Abstimmungen im Großen Rat enthalten[44]. Wenn man nun auch die verschiedenen rechtlichen Stadien des Gesetzgebungsverfahrens rechtlich gleich bewertet[45], so würde sich doch die Ungültigerklärung eines Gesetzes wegen Verletzung des Geschäftsreglementes als höchst fragwürdig enthüllen. Zunächst würde sie sich überall da als bedenklich erweisen, wo ein Gesetz durch eine Volksabstimmung sanktioniert würde. Dann gibt es Vorschriften des Geschäftsreglementes, deren Beachtung sich für die Gesetzgebung als wesentlicher erweist als andere. Welche sollen nun als Gültigkeitsvorschriften und welche als etwelche bloße Ordnungsvorschriften gelten? Ist es beispielsweise von Belang, wenn ein Gesetz in zweiter Lesung in einem Moment angenommen wird, wo das Quorum nicht mehr vorhanden und der Große Rat nicht beschlußfähig ist, nachdem das Gesetz

---

[43] Vgl. die Art. 6, 8, 15, 19, 25, 27 und 39 des Gesetzes vom 13. Mai 1921. Man sieht, daß hier sowohl dem Großen Rat wie dem Staatsrat gewisse Entscheidungsrechte zufallen. So entscheidet der Große Rat gemäß Art. 6 und 15 über die Rechtsgültigkeit einer Initiative, während die Erwahrung des Abstimmungsresultates gemäß Art. 39 immer dem Staatsrat zufällt, der gemäß Art. 25 auch über die Rechtsgültigkeit eines Referendums befindet.

[44] Es handelt sich um Art. 43, der bestimmt, daß der Große Rat nur bei Anwesenheit der Mehrheit seiner Mitglieder beschlußfähig ist. Diese Vorschrift ist übrigens als Art. 50 ins Geschäftsreglement aufgenommen worden.

[45] Vgl. Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, S. 439 ff.; Bundesstaatsrecht, S. 758 ff.

vielleicht bereits in erster Lesung bereinigt wurde? Wenn auch die Ausfertigung durch den Präsidenten und den Protokollführer des Großen Rates die Verfahrensmängel kaum zu heilen vermag[46], so wäre es für eine richterliche Behörde des Kantons schwierig, der gesetzgebenden Behörde Lektionen über Verfahrensvorschriften zu erteilen; dies umsomehr, als ja die Geschäftsordnung in gewissem Sinn für den Großen Rat nicht verbindlich ist, und sich dieser durch Mehrheitsbeschluß ohne weiteres über sie hinwegsetzen kann[47]. Endlich bestünde bei Verletzung wichtigster Vorschriften immer noch die Möglichkeit eines staatsrechtlichen Rekurses an das Bundesgericht[48].

Was aber im freiburgischen Recht zu einer endgültigen Verneinung eines solchen richterlichen Prüfungsrechts drängt, ist der Art. 2 EG z. ZGB. Dieser lautet folgendermaßen: «A moins de dispositions contraires, les lois sont obligatoires dans tout le canton dès leur promulgation. Elles sont exécutoires dès et y compris le jour fixé par la loi elle-même ou, à ce défaut, par les arrêtés d'exécution.

Les lois demeurent obligatoires tant qu'elles ne sont pas abrogées.»[49]

Wie nun die Gesetzesmaterialien ergeben, wollte der Gesetzgeber mit diesem Artikel einen allgemeinen Grundsatz des freiburgischen Rechtes festhalten, wobei dieses Prinzip sowohl für das private wie das öffentliche kantonale

---

[46] Dies im Gegensatz zu Burckhardt, a. a. O. S. 231 f.

[47] Vgl. Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, S. 339.

[48] So etwa wegen Willkür oder Verletzung des Gewaltentrennungsprinzips.

[49] Im deutschen Wortlaut heißt der Artikel: «Mangels gegenteiliger Bestimmungen sind die Gesetze im ganzen Kanton seit ihrer Promulgation rechtsverbindlich. Sie sind von und an dem Tage anwendbar, den das Gesetz bestimmt, oder, wenn dieses darüber nichts vorschreibt, den die Vollzugsbeschlüsse angeben.

Die Gesetze bleiben rechtsverbindlich, solange sie nicht aufgehoben sind.»

Recht gelten soll[50]. Eine ähnliche Bestimmung fand sich schon früher als Art. 5 im «Titre préliminaire» des freiburgischen Zivilgesetzbuches. Über den eigentlichen Sinn dieses Artikels enthalten die Gesetzesmaterialien allerdings nichts. Bei dessen Beratung im Großen Rat stritt man sich darüber, ob er bloß für das kantonale öffentliche Recht oder auch für das übrig gebliebene kantonale Zivilrecht gelte[51]. Dagegen schwiegen sich die Berichterstatter über dessen Sinn völlig aus. Ebensowenig stößt man bei den Beratungen über den Code civil auf irgendwelche Angaben. Man ist somit ganz allein auf den Gesetzestext angewiesen.

Wenn man nun dessen Sinn ergründen will, so muß man dessen Ursprünge erforschen. Wie schon betont, stammt dieser Artikel aus dem Einleitungstitel des alten freiburgischen Zivilgesetzbuches. Verschiedene Bestimmungen dieses Einleitungstitels sind ihrerseits mit mehr oder wenigen Änderungen dem französischen Code civil entnommen[52]. So enthüllt sich auch der erste Satz des Art. 2 EG z. ZGB dem Sinne nach als nichts anderes denn eine einfache Wiederholung des Absatzes 1 vom ersten Artikel des Code civil français[53]. Nun hat gerade die französische Gerichts-

---

[50] Bulletin des séances du Grand Conseil 1911, S. 3 und 54, insbesondere S. 57.

[51] Vgl. Bulletin 1911, S. 57.

[52] Der Art. 7 dieses Einleitungstitels ist zum Teil wörtlich diesem Code civil entnommen; ebenso dem Sinne nach Art. 5.

[53] Art. 1, Abs. 1 und 2 des Code civil français lautet:

«Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le Roi. (Le Président de la République.)

Elles seront exécutées dans chaque partie du Royaume (de la République), du moment où la promulgation en pourra être connu.»

Dagegen ist der Wortlaut des Art. 2 EG z. ZGB folgender:

«A moins de dispositions contraires, les lois sont obligatoires dans tout le canton dès leur promulgation. Elles sont exécutoires dès et y compris le jour fixé par la loi elle-même ou, à ce défaut, par les arrêtés d'exécution.»

Man sieht somit, daß im freiburgischen Gesetzestext das Wort «exécutoire» durch den Ausdruck «obligatoire» ersetzt wurde. Wäh-

praxis entschieden, daß die Gesetze nach ihrer Promulgation und Verkündung nicht mehr auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft werden dürfen und für das französische Territorium rechtsverbindlich sind[54]. Wenn nun der freiburgische Gesetzgeber schon im Jahre 1834 verschiedene Bestimmungen aus dem Einleitungstitel des alten Zivilgesetzbuches bewußt dem Code civil français entnommen hat, wenn er weiter im Jahre 1911 verschiedenen Vorschriften aus dem Einleitungstitel vom EG z. ZGB den gleichen Sinn und Gehalt wie den entsprechenden Normen des alten Zivilgesetzbuches verleihen wollte und wenn er endlich den ersten Satz des Art. 2 EG z. ZGB ganz ähnlich dem ersten Absatz von Art. 1 des Code civil français gestaltet hat[55], so scheinen diese Zusammenhänge doch gewissermaßen zur Folgerung zu drängen, daß auch im freiburgischen Recht die Gesetze nach ihrer Promulgierung nicht mehr auf gewisse Mängel hin überprüft werden können. Wenn somit Art. 2 EG z. ZGB überhaupt einen Sinn haben und als Grundsatz des freiburgischen öffent-

---

rend weiter im französischen Gesetzestext die Kenntnis der «promulgation» bei Inkrafttretung entscheidet, läßt der freiburgische Gesetzgeber das Gesetz selbst oder einen Staatsratsbeschluß über den Zeitpunkt des Inkrafttretens befinden. In dem, worauf es hier ankommt, nämlich auf den ersten Absatz, erweisen sich die beiden Gesetzestexte sehr ähnlich.

[54] Vgl. Dalloz, Rép. prat. Bd. VII, S. 679, Nr. 101; Carpentier, Répertoire du droit français, Bd.. 26, S. 625, Nr. 392; Bonnard, Précis de droit public, Paris 1937, S. 107 f.; derselbe, Précis de droit administratif, Paris 1943, S. 96; Burdeau, Précis de droit constitutionnel, 1946, S. 68 ff. Die Gerichtspraxis scheint hier allerdings nicht im Anschluß an Art. 1 des Code civil so entschieden zu haben. Außerdem muß hier beigefügt werden, daß sich verschiedene namhafte französische Autoren für eine richterliche Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze ausgesprochen haben. Vgl. zum Beispiel Duguit, Traité de droit constitutionnel, letzte Ausgabe, Bd. III, S. 659 ff.; Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 1929, S. 281. Vgl. auch die diesbezügliche Kritik bei Esmein, Droit constitutionnel, Bd. I, S. 626 ff.

[55] In der Beratung im Großen Rat wurde auf diese Ursprünge hingewiesen. Vgl. Bulletin 1911, S. 57.

lichen Rechtes qualifiziert werden soll, so kann er nur bedeuten, daß alle freiburgischen Gesetze nach ihrer Promulgation für den ganzen Kanton rechtsverbindlich sind und nicht mehr rechtsungültig erklärt werden können. Was nämlich für den Bürger gilt, gilt auch für den Richter und umgekehrt. Die Promulgation schließt also nach freiburgischem Recht eine richterliche Prüfung der formellen Verfassungsmäßigkeit der Gesetze aus.

Was versteht nun aber das Gesetz unter der in Art. 2 genannten «Promulgation»? Wie der Gesetzestext ergibt, wird im fraglichen Artikel zwischen den Worten «obligatoire» und «exécutoire» unterschieden. Darnach sollen die Gesetze für den ganzen Kanton mit der «Promulgation» rechtsverbindlich und mit dem Tage der Inkrafttretung[56] anwendbar sein. Der Gesetzgeber unterscheidet somit zwischen der Rechtsverbindlichkeit und der Anwendbarkeit und scheint damit auch gleich in die französische Kontroverse hineinzuspielen, die sich um die Interpretation des Art. 1 und namentlich um den Unterschied zwischen der «force exécutoire» und der «force obligatoire» entsponnen hat[57]. Nachdem jeglicher Anhaltspunkt in den Gesetzesmaterialien fehlt, ist es nicht leicht zu sagen, was das Gesetz eigentlich mit diesem Unterschied will. Man sieht nicht ein, wie die Gesetze mit der Promulgation für den ganzen Kanton rechtsverbindlich sein und somit verpflichten sollen, nachdem sie ja erst mit dem Tage der Inkrafttretung angewendet werden, es sei denn, daß der Gesetzgeber damit die Unabänderlichkeit des Gesetzestextes meinte. Ein Gesetz, das noch nicht angewendet werden soll, scheint ja niemanden zu verpflichten. Nun verstreicht aber zwischen dem Zeitpunkt der Promulgation und dem der Inkrafttre-

---

[56] Das allein kann doch das Gesetz nur bedeuten, wenn es bestimmt: «Elles (les lois) sont exécutoires dès et y compris le jour fixé par la loi elle-même ou, à ce défaut, par les arrêtés d'exécution.»

[57] Vgl. Carpentier, a. a. O. S. 612, S. 140—146 und die dort zitierte Literatur.

tung gewöhnlich eine bestimmte Zeitspanne, während derer das Gesetz noch nicht angewendet wird und auch niemand zur Anwendung verpflichten soll. Die Unterscheidung einer «force obligatoire» une einer «force exécutoire» in Art. 2 EG z. ZGB scheint somit auf den ersten Blick wenig sinnvoll. Das ergibt auch eine nochmalige kurze Betrachtung der Entstehungsgeschichte dieses Artikels.

Wie schon betont, ist die Fassung des Art. 2 EG z. ZGB der von Art. 5 des alten freiburgischen Zivilgesetzbuches ähnlich. Nun enthält aber dieser Artikel die bereits gerügte unterschiedliche Verwendung von «force obligatoire» und «force exécutoire» nicht, sondern verwendet bloß den Ausdruck «obligatoire»[58]. Warum nun der freiburgische Gesetzgeber im Jahre 1911 neben dem Wort «obligatoire» auch noch den Ausdruck «exécutoire» einführte, ist nicht leicht ersichtlich. Dies um so mehr, als er vielleicht doch nur den Inhalt des Art. 5 des alten Zivilgesetzbuches in das Einführungsgesetz zum ZGB aufnehmen wollte und ihn dann im Wortlaut des genannten Art. 2 verankerte[59].

Was nun aber das alte Zivilgesetzbuch mit der «promulgation» meinte, war im Beschluß vom 15. Februar 1832 und im Gesetz vom 6. Juni 1834 genau umschrieben. Im Beschluß vom 15. Februar 1832[60] wird auch nur von «promulgation» und nicht etwa von «publication» gesprochen, wie dies plötzlich der Gesetzgeber in Art. 3 EG z. ZGB

---

[58] Dieser Art. 5 des alten Code civil lautet: «Les lois sont obligatoires dès qu'elles ont été promulguées dans les formes prescrites, à moins que l'époque de leur effet obligatoire n'ait été retardée par une disposition expresse; elles demeurent obligatoires jusqu'à ce qu'elles soient rapportées.» Vgl. dazu den Wortlaut des Art. 2 EG z. ZGB.

[59] Vgl. die Erklärungen des Berichterstatters zum Einleitungstitel des EG z. ZGB im Bulletin 1911, S. 54.

[60] Dieser Beschluß galt eigentlich noch bei Erlaß des alten freiburgischen Zivilgesetzbuches, wurde aber nachher durch das Gesetz vom 6. Juni 1834 ersetzt.

tut[61], obwohl er mit dieser «publication» wieder bloß die «promulgation» des Art. 5 des alten Zivilgesetzbuches und des genannten Gesetzes vom 6. Juni 1834 meinte. Im Entwurf zum Einführungsgesetz zum ZGB sprach man noch in Art. 3 Abs. 1 von der «promulgation des lois et actes du gouvernement» und bestimmte im Absatz 2 des gleichen Artikels weiter, daß der «mode de publication» durch das Gesetz selbst oder den Promulgationsbeschluß bestimmt werde. Man meinte daher schon im Entwurf mit der fraglichen «promulgation» nichts anderes als die «publication», was denn auch der Regierungsvertreter bei der Gesetzesberatung feststellte und in Art. 3, Abs. 1 die Ersetzung des Wortes «promulgation» durch «publication» verlangte. Dabei bemerkte er, daß sich der Ausdruck «promulgation» nicht als sehr genau erweise, obwohl man oft die beiden Ausdrücke «promulgation» und «publication» im gleichen Sinn verwende. In der Tat bezeichnet man im weitesten Sinne als Promulgation auch die Gesetzesverkündung an die Bürger, wobei dann Verkündung und Promulgation absolut das Gleiche bedeuten. Genau genommen meint man aber mit der Promulgation gewöhnlich jenen Rechtsakt, durch den das zuständige Staatsorgan das Bestehen und die Rechtsgültigkeit eines Gesetzes feststellt und dessen Anwendung oder Inkrafttreten anordnet, während sich die Publikation als «divulgatio promulgationis», d.h. als Verkündung der Promulgation eines Gesetzes enthüllt[62].

---

[61] Dieser Artikel hat folgenden Wortlaut: «La publication des lois s'opère par l'un des modes suivants:

a) par affiche au pilier public de chaque commune;
b) par le dépôt de deux exemplaires au secrétariat de chaque commune;
c) par insertion dans la Feuille officielle.

Le mode de publication est déterminé par la loi elle-même ou, dans le silence de la loi, par l'arrêté de promulgation.

La publication des actes du gouvernement se fait par l'un des trois modes en vigueur pour la publication des lois.»

[62] Vgl. Dalloz, Rép. Bd. VII, S. 679 Nr. 101; Carpentier, a. a. O. S. 608, Nr. 87 ff. Zu diesem Problem der Promulgation

Wie dem nun auch sei, so meint der Gesetzgeber mit dem Ausdruck «promulgation» in Art. 2 EG z. ZGB nichts anderes, als die «publication». Denn dieser Artikel enthüllt sich als freilich veränderte Fassung des Art. 5 des alten Zivilgesetzbuches. Nun bedeutete aber das Wort «promulgation» bereits in diesem Art. 5 nichts anderes als die «publication», wie das genannte Gesetz vom 6. Juni 1834 unwiderleglich ergibt, da es ja gerade die Gesetzesverkündung regelt[63]. Wenn nun der freiburgische Gesetzgeber bei der Abänderung dieses letzten Gesetzes durch Art. 3 EG z. ZGB[64] den Ausdruck «promulgation» auch noch durch das Wort «publication» ersetzte und schon der Terminus «promulgation» in Art. 5 des alten Zivilgesetzbuches nichts anderes als die «publication» bedeutete, so drängt sich die Konsequenz auf, daß mit der «promulgation» des Art. 2 EG z. ZGB nichts anderes als die Gesetzesverkündung gemeint ist. Damit wird dann auch dieser Artikel folgerichtig durch Art. 3 des gleichen Gesetzes weiter entwickelt, indem dieser letztere gerade diese Verkündung regelt. So gewinnt

---

und Publikation vgl. auch Pandectes françaises, Bd. 37, S. 771, Nr. 83, S. 772, Nr. 111 ff.; Bonnard, a. a. O. S. 113 und 114; Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, Paris 1926, Bd. I, S. 25, und Jone, Gesetzbuch des kanonischen Rechtes, Bd. I, S. 28. Wie sich diese Promulgation in den kantonalen Rechten und im schweizerischen Bundesstaat vollzieht, darüber vgl. Giacometti, Staatsrecht, S. 435 und 439; Bundesstaatsrecht, S. 716 f., 737 und 755 f.

[63] Das beweist — nebenbei gesagt — auch schlagend der Ingreß des Beschlusses vom 15. Februar 1832, der folgendermaßen lautet: «Le Conseil d'Etat du Canton de Fribourg, chargé de procurer la publication et la mise en exécution des diverses lois portées par le Grand Conseil dans sa dernière session périodique d'hiver arrête...» Dabei folgt dann die Regelung dieser Verkündung, wobei aber unter Ziffer 1 des Beschlusses wieder das Wort «Promulgation» verwandt wird. Man muß hier allerdings beifügen, daß in diesem Zeitpunkt die Promulgation und Verkündung wahrscheinlich immer im gleichen Beschluß erfolgten, während heute diese beiden Akte gewöhnlich auseinanderfallen. Vgl. auch Anm. 60.

[64] Vgl. Bulletin 1911, S. 57.

denn Art. 2 auch einen klaren und fest umrissenen Gehalt, mag sich seine Fassung unter anderm Aspekt auch als etwas unklar enthüllen.

Wie nämlich schon betont, erweist sich die unterschiedliche Verwendung der beiden Ausdrücke «obligatoire» und «exécutoire» als nicht gerade glücklich. Diesbezüglich war die Redaktion des Art. 5 des alten Zivilgesetzbuches klarer und genauer. In diesem verwandte aber der Gesetzgeber nur den Ausdruck «obligatoire», washalb sich keine Mißverständnisse und Zweifel herausbilden konnten.

Auf den ersten Blick wäre es nämlich begreiflicher gewesen, wenn der Gesetzgeber bei der Redaktion des Art. 2 EG z. ZGB die Ausdrücke «obligatoire» und «exécutoire» umgestellt, den einen an Stelle des andern gesetzt und so die Gesetze mit der Promulgation als anwendbar und mit der Inkraftsetzung als rechtsverbindlich erklärt hätte[65]. Man hätte dann aus dieser Fassung folgern können, daß die Gesetze mit der Promulgation wohl anwendbar seien, aber noch nicht angewendet werden müssen, dagegen sich aber mit der Inkraftsetzung als rechtsverbindlich erwiesen und zur Anwendung verpflichteten. Es gibt nämlich Gesetzesbestimmungen, die auf eine bloße Promulgierung hin angewendet werden können. Dazu gehören gesetzliche Vorschriften, die etwas anordnen, was keine frühere verbot. Man hat auch schon verfochten, daß Gesetze, die Strafen für bestimmte Delikte mildern oder aufheben, gleich nach ihrer Promulgierung anwendbar seien, was aber für das schweizerische Recht in keiner Weise zutrifft[66]. Wie dem auch sei, so würde bei Volksabstimmungen über Verfassungs- und Gesetzesentwürfe die Promulgierung mit der Erwahrung des Abstimmungsresultates durch den Staatsrat

---

[65] Mit einer solchen Fassung hätte sich der freiburgische Gesetzgeber noch mehr dem Art. 1 des Code civil français angeglichen, der eben in seinem Absatz 1 und 2 zwischen der «force exécutoire» (Anwendbarkeit) und der «force obligatoire» (Rechtsverbindlichkeit, Verpflichtung zur Anwendung) unterscheidet.

[66] Vgl. Carpentier, a. a. O. Bd. 26, S. 612, Nr. 146—151.

erfolgen, während sie sich bei Gesetzen, die der Große Rat ohne nachherige Volksabstimmung annimmt, offenbar durch die Unterzeichnung des Großratspräsidenten und des Sekretärs vollzöge. Damit würden sie auch anwendbar, wobei sich aber deren Rechtsverbindlichkeit erst mit dem Inkrafttreten ergäbe. Trotz all dem vermöchte aber auch eine solche Fassung des Art. 2 EG z. ZGB nicht zu befriedigen. Zunächst würde sie der oben versuchten Auslegung des Wortes «promulgation» widersprechen. Daß aber dieser Ausdruck nicht die Promulgierung, sondern die Verkündung bedeutet, kann nach den vorausgehenden Darlegungen nicht mehr bestritten werden. Dazu würde sich eine solche Deutung und Unterscheidung zwischen der Anwendbarkeit und Rechtsverbindlichkeit nach freiburgischer Rechtsauffassung als völlig zwecklos erweisen. Man darf somit hier auch nicht etwa von einem Redaktionsversehen sprechen[67].

Man könnte weiter argumentieren, daß der Gesetzgeber mit dem Art. 2 nichts anderes als Art. 5 des alten Zivilgesetzbuches bestimmen wollte. Damit ergäbe sich, daß die beiden Ausdrücke «obligatoire» und «exécutoire» das nämliche bedeuten würden. So interpretiert, würde sich aber die Fassung des Art. 2 sehr unglücklich gestalten. Man sähe wirklich nicht ein, warum der Gesetzgeber im gleichen Absatz dieses Artikels in zwei aufeinanderfolgenden Rechtssätzen, die Verschiedenes enthalten und auch zwei verschiedene Ausdrücke verwenden, das Gleiche sagen wollte. Durch eine solche Auslegung würde man im nämlichen Absatz des Artikels zwei Widersprüche hervorrufen, was sich als unsinnig enthüllen würde. Damit erledigt sich diese Interpretation von selbst.

So bleibt nur noch die schon oben angedeutete Auslegung übrig, wonach der Gesetzgeber mit der Vorschrift, daß die Gesetze mit ihrer Verkündung rechtsverbindlich seien, nur die Unabänderlichkeit des Gesetzestextes festlegen und ihn

[67] Dies um so mehr, als eben die wirkliche Redaktion gerade umgekehrt ist.

für alle verbindlich erklären wollte. Dagegen sollen die Gesetze erst mit dem in jedem Gesetz bestimmten Tag selbst oder mit dem im Vollzugsbeschluß bestimmten anwendbar und vollziehbar werden. So läßt sich die unterschiedliche Verwendung von «obligatoire» und «exécutoire» hinreichend rechtfertigen, wenn sie auch nicht restlos befriedigt. Diese Auslegung ergibt denn auch, daß die Gesetze im Kanton Freiburg mit ihrer Verkündung für alle Bürger und damit auch für die Gerichte rechtsverbindlich und unabänderlich sind und daher nicht mehr auf ihre formelle Verfassungsmäßigkeit überprüft werden können. Wäre dem nicht so, so verlöre der erste Satz vom ersten Absatz des Art. 2 EG z. ZGB jeglichen normativen Gehalt.

Dagegen können und müssen die Gerichte auf Grund dieses gleichen Artikels die Gesetze auf ihre ordnungsgemäße Verkündung hin prüfen. Da nämlich Art. 2 EG z. ZGB die Gesetze erst mit ihrer Verkündung oder in einem späteren Zeitpunkt als rechtsverbindlich und anwendbar erklärt, dürfen sie vor dieser Verkündung jedenfalls keine Anwendung erfahren. Damit hat Art. 2 nur den alten Grundsatz: «Moneat lex, priusquam feriat» gesetzlich verankert.

III. Mit diesen Darlegungen scheint nun auch bereits die Frage des richterlichen Rechts zur Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit der Gesetze entschieden. Doch hier muß vorerst noch kurz das Problem der Verfassungsrevision gestreift werden. Denn von einer Verfassungsmäßigkeit der Gesetze kann man ja überhaupt nur sprechen, wenn die Verfassung über eine höhere formelle Autorität als das Gesetz verfügt, wenn also die Verfassung in einem andern Gesetzgebungsverfahren zustandekommt als das Gesetz. Läßt sich nämlich die Verfassung im gleichen Verfahren wie das Gesetz ändern, so enthüllt sich jedes nach der Verfassung erlassene Gesetz, das mit dieser nicht übereinstimmt, als Verfassungsrevision. Damit wächst sich dann der Unterschied zwischen Verfassung und Gesetz zu einer bloß terminologischen Angelegenheit aus.

Im freiburgischen Recht ist nun der Weg der Gesetzgebung und der der Verfassungsrevision völlig verschieden. Ein erster Unterschied zum Gesetzgebungsweg ergibt sich darin, daß sowohl die Total- wie die Teilrevision der Verfassung durch 6000 stimmfähige Bürger auf dem Wege der Initiative verlangt oder auch vom Großen Rat selbst beschlossen werden kann, wobei dann die Frage, ob überhaupt eine Revision erfolgen soll, zuerst einer Vorabstimmung des Volkes unterworfen werden muß. Wenn nun die Revision eines Gesetzes auch von 6000 Bürgern durch Initiative verlangt oder vom Großen Rat beschlossen werden kann, so muß doch die Frage einer Gesetzesrevision nie einer Vorabstimmung über das Revisionsprinzip unterbreitet werden. Dazu erfolgt die Totalrevision der Verfassung bei der Bejahung des Revisionsprinzips in der Vorabstimmung durch einen neu gewählten Verfassungsrat, während der Große Rat in zweimaliger Beratung die Teilrevision besorgt. In beiden Fällen muß die Revision nachher durch eine zweite Volksabstimmung sanktioniert werden. Dagegen kommt es bei der Gesetzgebung überhaupt nur zu einer Volksabstimmung, wenn das Referendum angerufen[68] oder, in bestimmten Fällen, wenn die Gesetzesinitiative ergriffen wird[69]. Man sieht also, daß die Verfassung im Kanton Freiburg mit einer höhern formellen Autorität als das Gesetz versehen ist. Daher kann man auch ohne weiteres die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze und dem diesbezüglichen richterlichen Prüfungsrecht stellen.

Hier ist nun zunächst festzustellen, daß die freiburgische Staatsverfassung ziemlich viele Anweisungen an den Gesetzgeber enthält[70]. Dagegen weist sie wenige Vorschriften

[68] Vgl. die Art. 78 ff. der freiburgischen Staatsverfassung, das Gesetz vom 13. Mai 1921 über die Ausübung der Initiative und des Referendums und das Reglement des Großen Rates vom 8. Mai 1925.

[69] Vgl. Art. 16 ff. des Gesetzes vom 8. Mai 1925.

[70] So die Art. 2, Abs. 3 und 4, Art. 9—12, 15—21, 28 ff. Die Art. 31—64bis enthalten die Bestimmungen über die gesetzgebende, vollziehende und richterliche Gewalt, während Art. 65

auf, die sich direkt an den Richter wenden und dem Bürger eigentliche subjektive Rechte verleihen[71]. Die Freiheitsrechte sind im Rahmen der Bundesverfassung ausgestaltet, weshalb sie rechtlich kaum mehr gelten, da an ihre Stelle das Recht der Bundesverfassung trat. Damit verliert das Problem des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den Gesetzen im Kanton Freiburg an rechtlicher Tragweite und praktischer Bedeutung.

Gegen eine richterliche Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit spricht nun aber keineswegs etwa der Verfassungseid der richterlichen Behörden, wie im oben zitierten Entscheid der kantonalen Steuerrekurskommission behauptet wird. Auf Grund dieses Verfassungseides läßt sich weder dafür noch dagegen argumentieren. Nach diesem Eid verspricht der Richter sowohl Treue gegenüber der Verfassung wie gegenüber den Gesetzen und den Rechten und Freiheiten des Volkes[72]. Da die gleiche Eidesformel sowohl für die Vertreter der gesetzgebenden und vollziehenden Behörde als auch für die Richter und Staatsbeamten gilt, kann der Gesetzgeber damit unmöglich den Ausschluß des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber den Gesetzen beabsichtigt haben. Wenn die Treue sowohl gegenüber der Verfassung als auch gegenüber den Gesetzen versprochen wird, so stellt sich die Frage, wem der Richter im Konfliktsfall zu folgen hat. Und das ist eben die Frage

---

bis 75 aufgehoben sind und Art. 76 und 77 noch zwei Anweisungen an den Gesetzgeber über die Gestaltung der Gemeindeverwaltung enthalten. Der Rest der Verfassungsnormen gehört zu den Revisions- und Übergangsbestimmungen.

[71] Um solche an den Richter gerichtete und subjektive Rechte enthaltende Vorschriften handelt es sich etwa in den Art. 3 bis 8.

[72] Dieser Eid hat folgenden Wortlaut: «Je jure d'être fidèle à la constitution du Canton de Fribourg, de respecter les droits et les libertés du peuple et des citoyens, d'observer avec exactitude les lois de l'Etat et de remplir fidèlement et consciencieusement les devoirs de ma charge, aussi vrai que Dieu m'assiste.» Vgl. Dekret vom 7. März 1848. Dieser Eid gilt mit geringfügigen und belanglosen Änderungen für alle Behörden und Beamten des Kantons.

nach dem richterlichen Prüfungsrecht gegenüber den Gesetzen, worüber der Inhalt der Eidesformel sich gänzlich ausschweigt.

Ebensowenig läßt sich mit Art. 10 ZPO dagegen argumentieren[73]. Diese Bestimmung will gar nicht die unbedingte Gebundenheit des Richters an das Gesetz markieren, sondern bloß eine etwaige Rechtsprechung entgegen oder neben dem Gesetz nach bloßen Billigkeitsgesichtspunkten ausschließen. Übrigens ist der Ausdruck Gesetz in dieser Bestimmung in rein materiellem Sinn zu nehmen und bedeutet einfach das Recht, soweit es einer gesetzlich anerkannten Rechtsquelle entfließt. Zu den Gesetzen im Sinne dieses Artikels gehören somit auch die Verordnungen, Reglemente und Beschlüsse der Verwaltungsbehörden. Damit besagt aber diese Bestimmung weder etwas für noch gegen eine richterliche Prüfung der Gesetze.

Hingegen spricht die Überordnung der gesetzgebenden über die vollziehende und richterliche Gewalt gegen ein solches. Daß diese Überordnung auch im freiburgischen Staatswesen anerkannt wird, unterliegt nicht dem geringsten Zweifel. Freilich ist diese Überordnung in der Verfassung nicht ausdrücklich verankert. Sie ergibt sich aber schon gewissermaßen aus der Oberaufsicht, die der Große Rat über die Justiz- und die übrige Staatsverwaltung ausübt. Weiter läßt sich auch aus Art. 1, Abs. 3 der Staatsverfassung[74] eine Art Überordnung der gesetzgebenden Gewalt über die andern deduzieren. Wenn nämlich diese Vorschrift bestimmt, daß die Souveränität von allen stimmfähigen Bürgern des Kantons und zwar unmittelbar in den politischen und Wahlversammlungen und im Namen der

---

[73] Bezüglich seines Wortlautes vgl. Anm. 21; weiter ebenfalls Anm. 22.

[74] Dieser Absatz lautet folgendermaßen: «Elle (la souveraineté) est exercée par les citoyens actifs du canton, directement dans les assemblées politiques et électorales, et en leur nom par les pouvoirs constitutionnels, conformément aux dispositions des constitutions fédérale et cantonale.»

Bürger durch die verfassungsmäßigen Gewalten ausgeübt werde, so teilt er der Gesamtheit der stimmfähigen Bürger die höchste Gewalt zu. Nun hat aber diese Gesamtheit bloß gesetzgeberische Befugnisse. Daher drängt sich gerade aus diesem Grunde die Überordnung der gesetzgebenden Gewalt über die andern Gewalten auf, abgesehen davon, daß diese Überordnung schon längst im Geist des freiburgischen Staatswesens verwurzelt ist. Die richterliche Ungültigerklärung eines vom Volke sanktionierten Gesetzes würde von diesem kaum begriffen werden.

Außerdem ist ja der Schutz der verfassungsmäßigen Individualrechte durch das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde dem Bundesgericht überbunden worden. Nachdem sich nun sehr viele Vorschriften der Kantonsverfassung also bloße Anweisungen an den Gesetzgeber enthüllen und die verfassungsmäßigen Freiheitsrechte fast alle bundesverfassungsmäßig ausgestaltet sind, nachdem endlich die diesbezüglichen Verfassungsnormen über keine Rechtsgültigkeit mehr verfügen, so entbehrt ein richterliches Recht zur Prüfung der Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit sozusagen jeglicher praktischen Notwendigkeit[75]. Die Anwendungsfälle würden sich wahrscheinlich als so spärlich erweisen, daß man es vielleicht geradezu als überflüssig bezeichnen könnte.

Endlich schließt nun aber der oft genannte Art. 2 EG z. ZGB ein solches Prüfungsrecht förmlich aus. Wenn nämlich die Gesetze nach ihrer Verkündung oder ihrem Inkrafttreten für den ganzen Kanton rechtsverbindlich sind und angewendet werden müssen, so gilt dies doch in erster Linie für die Behörden und Richter. Es ist nicht einzusehen, wie ein Gesetz alle verpflichten sollte, während am Ende niemand daran gebunden wäre, wenn es der Richter mit einer Verfassungswidrigkeitserklärung vernichten könnte. Stellt man die oben um den genannten Art. 2 entwickelte Argumentation gebührend in Rechnung, so drängt sich die

[75] Vgl. auch Niederer, Die Rechtsverordnung im Kanton St. Gallen, 1934, S. 88.

Folgerung auf, daß dieser Artikel nicht nur das richterliche Recht zur Prüfung der formellen, sondern auch der materiellen Verfassungsmäßigkeit der Gesetze ausschließt. Demnach geht auch der Entscheid des strafrechtlichen Kassationshofes vom 3. Juli 1939 zu weit, wenn er ein solches richterliches Recht zur Prüfung der Gesetze auf ihre Rechtsgültigkeit bejaht. Dieses kann auch nicht mit dem Grundsatz nulla poena sine lege gerechtfertigt werden[76], es sei denn, daß man damit die Prüfung der Gesetze auf ihre Übereinstimmung mit dem Bundesrecht meine[77]. Dieser Grundsatz, wie er in Art. 7 der Kantonsverfassung verankert worden ist, bedeutet ja bloß, daß eine Strafe nur durch eine zuständige Behörde in Anwendung einer Gesetzesbestimmung und in gesetzlich vorgeschriebener Form verhängt werden darf[78]. Er will somit eigentlich nur die Gesetzmäßigkeit der Strafurteile, postuliert aber keineswegs etwa eine richterliche Prüfung der Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit. Es ist übrigens schwer vorstellbar, wie ein vom Großen Rat erlassenes Strafgesetz die Kantonsverfassung verletzen sollte, abgesehen davon, daß mit dem Erlaß des schweizerischen Strafgesetzbuches das Problem auch ohnehin bedeutend an Gewicht verloren hat. Das schweizerische Strafgesetzbuch hat nun die Frage der Übereinstimmung des kantonalen mit dem eidgenössischen Strafrecht in den Vordergrund gerückt.

B. Die Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit der Verordnungen, Reglemente, Beschlüsse und Dekrete

I. Im Gegensatz zur Doktrin über das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen stößt man bei den Verord-

---

[76] Vgl. Extraits 1939, S. 73 und 74.

[77] Vgl. in dieser Hinsicht Maurhofer, Der Grundsatz nulla poena sine lege in der schweizerischen Gesetzgebung und der Praxis des Bundesgerichts, 1926, S. 29 ff.

[78] In der französischen Fassung lautet dieser Artikel: «Aucune peine ne peut être infligée que par une autorité compétente, en application d'une loi et suivant les formes qu'elle prescrit.»

nungen auf eine diesbezüglich ziemlich einheitliche Anschauung der Rechtswissenschaft. Diese bejaht nämlich das richterliche Recht zur Prüfung der Verordnungen auf ihre Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit. Der gleichen Anschauung huldigt auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung gegenüber den Bundesverordnungen[79] und die Rechtsprechung verschiedener Kantone gegenüber den kantonalrechtlichen Verordnungen[80].

Um im freiburgischen Recht in dieser Frage zu einiger Klarheit zu gelangen, muß man zunächst wieder zwischen der formellen und materiellen Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit der Verordnungen unterscheiden. Da aber das Verordnungsrecht im Kanton Freiburg hauptsächlich dem Staatsrat zukommt und sich die Form des Erlasses solcher Verordnungen damit als äußerst einfach erweist[81], so ist die Frage nach der formellen Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit bedeutungslos. Denn das Problem, ob eine eventuelle Delegation überschritten worden ist, gehört in das Gebiet der materiellen Gesetzmäßigkeit. Daher ist es unnütz, darüber weitere Worte zu verlieren.

Was nun weiter die materielle Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit betrifft, so ist hier zunächst zwischen Verwaltungs- und Rechtsverordnungen zu unterscheiden. Jene enthalten keine Rechtssätze im engeren Sinne, sondern bloß organisatorische Vorschriften für die Verwaltung und Verwaltungsvorschriften, somit bloße Befehle an die Verwaltungsbehörden, während die Rechtsverordnungen eigentliche Rechtssätze, d.h. allgemein verbindliche Normen enthalten, deren Adressat eben die Allgemeinheit ist[82]. Daß die kantonalen Verwaltungsbehörden und insbesondere der

---

[79] Dies natürlich mit Einschränkungen. Vgl. diesbezüglich Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 935 ff.

[80] Vgl. Giacometti, Staatsrecht, S. 61 ff. und die dort angeführte Literatur.

[81] Es genügt zu deren Verbindlichkeit der Mehrheitsbeschluß des Staatsrates und die Publikation.

[82] Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 772 ff.

Staatsrat zum Erlaß von Verwaltungsverordnungen ohne weiteres zuständig sind, ist selbstverständlich. Diese Art von Verordnungen erweist sich jedoch für die Frage des richterlichen Prüfungsrechts als belanglos. Die Gerichte werden ja kaum zur Anwendung solcher Verordnungen kommen. Die Normen, unter die sie ihre Rechtsfälle subsumieren müssen, sind eben allgemein verbindliche Rechtssätze. Daher scheiden die Verwaltungsverordnungen von der Untersuchung über das diesbezügliche richterliche Prüfungsrecht aus, womit bloß noch die Rechtsverordnungen übrig bleiben.

II. Im Kanton Freiburg erteilt nun die Verfassung dem Staatsrat allein die Kompetenz zum Erlaß von Vollziehungsverordnungen. Jedenfalls ist der Art. 52, litt. a immer in diesem Sinne interpretiert und angewendet worden. Da nämlich diese Bestimmung den Staatsrat mit der Vollziehung der Gesetze betraut, ist daraus auch immer das Vollziehungsverordnungsrecht des Staatsrates abgeleitet worden[83]. Daher sind solche Vollzugsverordnungen des Staatsrates als selbständige Verordnungen zu werten, weil dessen Verordnungsbefugnis auf der Verfassung beruht. Die in den Gesetzen gewöhnlich verwandte Delegationsklausel begründet unter diesen Umständen auch nicht die Kompetenz des Staatsrates, sondern aktualisiert bloß dessen verfassungsmäßige Befugnis zum Erlaß solcher Verord-

---

[83] Art. 52, lit. a hat folgenden Wortlaut: «il (le Conseil d'Etat) est chargé de l'exécution des lois et de l'administration du canton.» Trotz dieser Interpretation werden die Gesetze fast immer mit der Delegation zum Erlaß von Vollzugsvorschriften an den Staatsrat versehen, wobei dann oft die allgemeine Delegationsformel: «Le Conseil d'Etat est chargé de l'exécution de cette loi» verwandt wird, die wahrlich nicht mehr besagt als Art. 52, lit. a, aus dem man die Verordnungsbefugnis des Staatsrates folgert. Diese Auffassung scheint sich nicht mit der von Prof. Giacometti zu decken, der annimmt, daß die freiburgische Staatsverfassung keine ausdrückliche Kompetenz zum Erlaß von Vollziehungsverordnungen vorsehe (vgl. Staatsrecht, S. 497, Anm. 25).

nungen[84]. Dagegen bedürfte die Befugnis des Staatsrates zum Erlaß von gesetzesvertretenden Verordnungen natürlich der Ermächtigung des Großen Rates. Dabei würde sich die Frage stellen, ob nicht zur Wahrung der Referendumsrechte des Volkes die Genehmigung des Großen Rates vorbehalten werden müßte. Schließlich hat der Staatsrat auch immer ein selbständiges Polizeiverordnungsrecht beansprucht. Dieses spezifische Verordnungsrecht läßt sich kaum aus Art. 52, litt. b der Verfassung ableiten, der dem Staatsrat die Verfügung über die bewaffnete Macht zur Sicherheit des Staates und zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung verleiht. Es ergibt sich vielmehr aus der verfassungsmäßigen Stellung des Staatsrates als oberster Polizeibehörde des Kantons, was im schon zitierten Art. 52, litt. b nicht zum Ausdruck kommt[85]. Dagegen scheint die freiburgische Kantonsverfassung auf den ersten Blick dem Großen Rat kein Verordnungsrecht zu gewähren. Bei näherer Besicht ergibt aber Art. 28bis der Verfassung, daß der Große Rat das Recht zum Erlaß von Notverordnungen besitzt. Da nämlich nach dieser Bestimmung Dekrete von allgemeiner Tragweite und dringlicher Natur dem fakultativen Referendum entzogen sind, kann der Große Rat auf diesem vereinfachten Wege Gesetzesrecht erlassen und abändern. Solches auf dem Dringlichkeitswege erlassenes Recht enthüllt sich dann als Verordnungsrecht, weil eben der Gesetzgebungsweg nicht beschritten und zum vereinfachten Rechtsetzungsverfahren gegriffen wird[86].

---

[84] Vgl. Giacometti, Staatsrecht, S. 488 und 498; Bundesstaatsrecht, S. 774.

[85] Vgl. unter diesem Gesichtspunkt den Staatsratsbeschluß vom 2. Juli 1929 über das Verbot von Demonstrationen mit umstürzlerischen Absichten und den diesbezüglichen Entscheid des Bundesgerichts Bd. 55, I, S. 231 ff. Ebenfalls Giacometti, Staatsrecht, S. 504 ff.

[86] Giacometti, Staatsrecht, S. 488. Vgl. als solche Notverordnungen des Großen Rates etwa die Dekrete vom 14. November 1914 und 3. Mai 1916 über die Verlängerung der Amtsdauer der Ammänner und Gemeinderäte, das Dekret vom 24. November 1916

Gemäß Verfassung besitzt daher der Große Rat allein das Notverordnungsrecht.

Dieses wird aber auch vom Staatsrat beansprucht. Das ergibt eine Reihe rechtsetzender Beschlüsse, die der Staatsrat auf Grund eines allgemeinen Staatsnotrechtes erlassen hat[87]. Diese Notverordnungsbefugnis ist in der Verfassung nicht verankert, beruht aber auf naturrechtlicher Grundlage und wird im hiesigen Staatswesen auch nicht bestritten. Gelegentlich erteilt aber der Große Rat eine allgemeine Delegation zu solchen Verordnungen des Staatsrates, wie dies etwa im Dekret vom 10. Mai 1940 über die Besoldungsanpassung zum Ausdruck kommt[88].

Endlich wird in seltenen Fällen auch noch dem Kantonsgericht ein Verordnungsrecht verliehen. Dieses bedarf aber einer Delegation des Großen Rates. Daher sind die Verordnungen des Kantonsgerichts als unselbständig zu qualifizieren und erweisen sich als Rechts- oder Verwaltungsverordnungen[89].

Faßt man nun diese kurzen Betrachtungen über das Verordnungsrecht zusammen, so kann man sagen, daß sich im Kanton Freiburg der Staatsrat als die eigentliche Verordnungsbehörde enthüllt, während der Große Rat bloß

über die Zusprechung einer einmaligen Entschädigung an die Staatsbeamten und das Dekret vom 10. Mai 1940 über die Anpassung der Besoldungen der Staatsbeamten. Alle Verordnungen des Staatsrates nach dem 10. Mai 1940 über diese Materie beruhen auf diesem Delegationsdekret des Großen Rates. Beizufügen ist hier allerdings, daß Art. 28bis der Verfassung erst im Jahre 1921 in dieselbe aufgenommen wurde.

[87] Vgl. etwa Bulletin des Lois, Bd. 83, S. 65 ff. Es handelt sich hier eben um das naturrechtliche Staatsnotrecht, zu dem in Notzeiten trotz allem Positivismus alle Staaten und Regierungen ihre Zuflucht nehmen.

[88] Vgl. Anm. 86.

[89] Es handelt sich hier lediglich um Verordnungen, welche die Gerichtsverfassung, die interne Organisation der Gerichte oder das Verfahren in Rechtssachen betreffen könnte. Vgl. diesbezüglich Art. 92 des Gesetzes über die Gerichtsorganisation vom 22. November 1949.

Notverordnungen erläßt und das Kantonsgericht nur in ganz spezifischen Fällen auf Grund einer Delegation über ein Verordnungsrecht verfügt.

III. Wenn nun das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen einer kurzen Analyse unterzogen werden soll, so sind davon zunächst die Notverordnungen der gesetzgebenden Gewalt auszuscheiden. Da diese in der Rechtsform der Dekrete erlassen werden, und die Dekrete wiederum gleichsam die Mitte zwischen den Gesetzen des Großen Rates und den Verordnungen des Staatsrates einnehmen, so erfordern sie eine Sonderbehandlung. Damit bleiben für die vorliegende Analyse nur noch die Verordnungen des Staatsrates und des Kantonsgerichts, wobei die des Kantonsgerichts, wegen praktischer Bedeutungslosigkeit, ebenfalls wegfallen können.

Da ist nun zunächst festzuhalten, daß die Gerichte der vollziehenden Gewalt koordiniert sind, was ganz besonders für das Kantonsgericht zutrifft, das sich im kantonalen Zivil- und Strafverfahren als letzte Instanz erweist. Wenn somit bei den Gesetzen die Überordnung der gesetzgebenden über die richterliche Gewalt gegen ein richterliches Prüfungsrecht sprach, so fällt dieser Grund bei den Verordnungen weg. Außerdem geht ja das Gesetz den Verordnungen vor, weshalb diese Gesetzesrecht auch nicht aufheben können. Dieser Grundsatz enthüllt sich als Ausfluß der höhern Autorität des Gesetzes im Verhältnis zur Verordnung. Daher drängt sich schon unter diesem Gesichtswinkel die Folgerung auf, daß Verordnungen nur angewendet werden dürfen, wenn sie nicht gesetz- oder verfassungswidrig sind, was ohne weiteres ein richterliches Prüfungsrecht involviert.

Dazu kommt, daß sowohl im eidgenössischen wie im kantonalen Recht das Prinzip nulla poena sine lege gilt. Nun wurde aber dieser Grundsatz, der übrigens auch in der Verfassungsvorschrift des Art. 7 verankert ist[90], immer in dem

---

[90] Vgl. Anm. 78.

Sinn ausgelegt, daß der Staatsrat durch Verordnungen keine neuen Straftatbestände schaffen dürfe, wenn er hiezu vom Großen Rat keine ausdrückliche Delegation erhalten habe. Somit kann der Staatsrat nur im Rahmen einer Delegation neues Strafrecht schaffen. Daher können die Strafgerichte auch nur auf Grund von rechtsbeständigen Verordnungen Strafen verhängen. Eine Verordnung ist aber rechtsbeständig, wenn sie kraft und im Rahmen einer Verfassungs- oder Gesetzesdelegation erlassen wurde, wozu selbstverständlich noch die Bekanntmachung in der vorgeschriebenen Form kommt[91]. Damit wird aber den Strafgerichten die Prüfung der Verordnungen auf ihre Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit aufgedrängt. Heute ist übrigens der Grundsatz nulla poena sine lege im schweizerischen Strafgesetzbuch verankert, und die Strafgesetzgebung ist an den Bund übergegangen, womit diese Prinzipien im kantonalen Recht an Gewicht verloren haben. Die oben entwickelten Grundsätze behalten aber noch immer ihre Bedeutung für das kantonale Übertretungsstrafrecht, mit dem die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen Strafgesetzbuches nur dann zur Anwendung gelangen, wenn sie vom Kanton als anwendbar erklärt werden und auch dann nur als kantonales und nicht als eidgenössisches Recht[92]. Somit fordert bereits der Grundsatz nulla poena sine lege das Recht der Strafgerichte zur Prüfung der Verordnungen auf ihre Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit.

Außerdem herrscht sowohl im schweizerischen wie auch im kantonalen Recht der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Steuer. Verordnungen fallen daher als Steuerrechtsquelle nur dann in Betracht, wenn ihr Erlaß durch Gesetz oder die Verfassung vorgesehen ist. Ihr Inhalt hat sich

[91] Vgl. Maurhofer, a. a. O. S. 34 ff.; Logoz, Commentaire du code pénal suisse, S. 5, Nr. 2 zu Art. 1; Thormann-v. Overbeck, Schweizerisches Strafgesetzbuch, S. 34, Nr. 2 zu Art. 1; Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, 1946, Allgemeiner Teil, S. 11. Beizufügen ist noch, daß das freiburgische Verfassungsrecht keine solche Delegation kennt.

[92] Vgl. BGE Bd. 69, IV, S. 11 und S. 211; Bd. 71, IV, S. 51.

denn auch innerhalb der gesetzlichen Schranken zu halten, und ihre Vorschriften dürfen in keiner Weise dem Gesetz widersprechen[93]. Wenn somit Verwaltungsgerichte steuerrechtliche Vollzugsverordnungen anwenden, so steht ihnen natürlich das Recht zu deren Prüfung auf ihre Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit zu. Daß dies auch im freiburgischen Recht zutrifft, beweist gerade der oben zitierte Entscheid der kantonalen Steuerrekurskommission[94]. Allerdings hätte sich diese Behörde zur Prüfung des fraglichen Gemeindereglementes auf seine Gesetzmäßigkeit nicht einmal auf das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen berufen müssen. Da nämlich ein bloßes Gemeindereglement zur Erhebung einer Steuer, das heißt eine auf dem kantonalen Steuergesetz fußende autonome Satzung einer Gemeinde, zur Prüfung vorlag, konnte diese ohne weiteres kraft des Grundsatzes der Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit aller Gemeindeverwaltung erfolgen. Daß sich nämlich alles autonome Recht der Gemeinden innerhalb der Schranken von Verfassung und Gesetz zu halten hat, ist ein längst bekannter verwaltungsrechtlicher Grundsatz. Daß dieses autonome Gemeinderecht auch jederzeit von den Verwaltungs- und Gerichtsbehörden auf seine Übereinstimmung mit dem kantonalen und eidgenössischen Recht geprüft werden kann, ist ebenso selbstverständlich[95]. Die etwaige staatsrätliche Genehmigung beseitigt natürlich die Gesetz- und Verfassungswidrigkeit einer solchen autonomen Satzung niemals. Wie dem nun auch sei, so ergibt sich aus dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Steuer, daß die richterlichen Behörden in einem neuen Bereich etwaige Verordnungen der Exekutive auf ihre Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit prüfen müssen.

---

[93] Vgl. Blumenstein, System des Steuerrechts, Bd. I, S. 6; Schweizerisches Steuerrecht, I, S. 20 ff.

[94] Vgl. S. 242 oben ff.

[95] Vgl. Giacometti, Staatsrecht, S. 74 ff.; Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1939, S. 116 f.; Ruck, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 28.

Endlich läßt sich aber dieses Prüfungsrecht auch ganz allgemein aus einer einfachen Auslegung des Art. 2 EG z. ZGB deduzieren. Wie schon betont, bestimmt dieser Artikel, daß die Gesetze mangels anderweitiger Bestimmungen im ganzen Kanton mit ihrer Verkündung rechtsverbindlich sind. Nun verwendet aber diese Bestimmung den Ausdruck Gesetz im formellen Sinn, womit alle auf dem Gesetzgebungswege getroffenen Erlasse des Großen Rates gemeint sind. Freilich ergibt sich diese Auslegung nicht mit Sicherheit aus den Gesetzesmaterialien. Unter diesem Aspekt enthüllen sich die diesbezüglichen Beratungen als zu ungenau und unklar. Dagegen läßt sich diese Auslegung doch aus dem Zusammenhang der ersten drei Artikel des Einleitungstitels zum Einführungsgesetz zum ZGB ableiten[96]. In allen drei ersten Artikeln wird nämlich der Ausdruck «loi» verwandt. Dabei erweist sich Art. 3 als eine Ergänzung von Art. 2, da er die in Art. 2 genannte «promulgation» oder Verkündung näher regelt. Nun kann man aber nicht bestreiten, daß Art. 3 den Ausdruck «loi» im formellen Sinn nimmt. Der Absatz 1 dieses Artikels bestimmt nämlich, daß die Verkündung der Gesetze auf drei Arten erfolgen könne, wobei das Gesetz und bei seinem Stillschweigen der Promulgationsbeschluß über die Verkündungsart befinde. Im Absatz 3 des gleichen Artikels wird dann weiter die Verkündung der Regierungserlasse geregelt, die sich natürlich als Beschlüsse, Reglemente und Verordnungen erweisen können. Nachdem also in diesem Artikel zwischen den Gesetzen und Regierungserlassen genau unterschieden wird, ist es klar, daß darin der Ausdruck «loi» im formellen Sinn verwandt wird. Nun enthüllt sich aber gerade dieser Art. 3, wie schon betont, als Ergänzung von Art. 2. Daher drängt sich doch mit ziemlicher Sicherheit

---

[96] Art. 1 EG z. ZGB lautet folgendermaßen: «Les lois du canton de Fribourg régissent toutes les personnes et tous les biens qui se trouvent sur son territoire, sauf les exceptions résultant des dispositions spéciales de ces lois, de la législation fédérale ou du droit public et des traités.»

der Schluß auf, daß in letzterm der nämliche Ausdruck in gleichem Sinn gebraucht wird.

Wenn man übrigens in Art. 2 den Ausdruck «loi» im materiellen Sinn nähme, würde dies zu Widersinnigkeiten führen. In diesem Fall müßte man nämlich darunter auch die Verwaltungsverordnungen, die autonomen Satzungen und das Gewohnheitsrecht begreifen. Nun erweisen sich aber gerade die Verwaltungsverordnungen und die autonomen Satzungen nicht als allgemein rechtsverbindlich, während das Gewohnheitsrecht auch nicht erst mit der in Art. 2 und 3 EG z. ZGB vorgesehenen Verkündung verpflichtet. Wenn man daher nicht zu einer gekünstelten Auslegung greifen will, muß man in Art. 2 den Ausdruck «loi» im formellen Sinn verstehen.

Die nämliche Interpretation drängt sich aber auch bei einer Betrachtung des historischen Ursprungs dieser Bestimmung auf. Wie schon dargelegt, stammt Art. 2 EG z. ZGB aus dem Einleitungstitel des alten freiburgischen Zivilgesetzbuches, in dem er mit einigen Änderungen als Art. 5 figuriert. Dieser Art. 5 wiederum ist mit einigen Änderungen dem Einleitungstitel des französischen Code civil entnommen, wo er dem Art. 1 entspricht, in dem gerade die Promulgierung und mit dieser die Anwendbarkeit der Gesetze geregelt ist. Daß nun in diesem Artikel, der seither eine Reihe von Abänderungen und Ergänzungen erfuhr, der Ausdruck «loi» im formellen Sinn zu nehmen war, unterliegt keinem Zweifel. Da nun aber Art. 2 EG z. ZGB mutatis mutandis auch dem Art. 1 des französischen Code civil entspricht, kann auch bei ihm das Wort «loi» nur im formellen Sinn begriffen werden. Somit schließt dieser Art. 2 die richterliche Kontrolle der Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit der staatsrätlichen Verordnungen nicht aus, weil er eben auf sie nicht anwendbar ist. Vielmehr läßt die vorgelegte Auslegung per argumentum a contrario auf das richterliche Prüfungsrecht gegenüber den Verordnungen schließen. Das Recht zur richterlichen Prüfung der staatsrätlichen Verordnungen auf ihre Verfassungs- und Gesetz-

mäßigkeit kann daher im freiburgischen Recht ohne weiteres bejaht werden.

IV. Damit bleibt nur noch die Frage abzuklären, ob der Richter zur Prüfung der Dekrete auf ihre Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit befugt sei. Wie schon dargelegt, gehen die Dekrete im Kanton Freiburg von der gesetzgebenden Behörde aus und sind entweder bloße Verwaltungsakte, die in Dekretsform erlassen werden, oder kleinere oder größere Normenkomplexe, die sich als Notverordnungen enthüllen. Zum Erlaß von Rechtsnormen muß nämlich der Große Rat im Normalfall den Gesetzgebungsweg beschreiten. Dürfte er nämlich zu diesem Zweck auch den Dekretsweg wählen, so könnte er auf dem Umweg über die Dringlichkeitsklausel die Gesetze dem Referendum entziehen und damit die Rechte des Volkes auf Mitwirkung an der Gesetzgebung beschneiden. Für eine solche Lösung spricht auch die rechtlich maßgebende Qualifikation dieser Erlassensform als «décrets de portée générale», mit welchem Ausdruck nicht ohne weiteres Rechtsnormen gemeint sind. Zwar wurden die «décrets de portée générale» bei Anlaß der Beratung des Verfassungsartikels 28bis im Großen Rat vom Berichterstatter als «assimilables» «à des lois» bezeichnet[97]. In welchem Sinn aber damals das Wort «assimilable» verstanden wurde, ist aus dem Text nicht ersichtlich. Ebensowenig ist festzustellen, unter welchem Gesichtswinkel der Berichterstatter die Dekrete «de portée générale» den Gesetzen vergleichbar erklärte. Daher ergibt diese kurze Bemerkung auch keineswegs, daß der Große Rat Rechtsnormen etwa unterschiedslos auf dem Gesetzes- oder Dekretsweg erlassen könnte. Hätte dies der Gesetzgeber bezweckt, so wüßte man wirklich nicht, warum er den Gesetzes- und Dekretsweg verschieden ausgestaltet hätte[98]. Man muß daher an-

---

[97] Bulletin du Grand Conseil 1920, S. 3.

[98] Es kann hier nur noch beigefügt werden, daß das Reglement des Großen Rates in Art. 56 auch von «projets de lois et décisions d'un intérêt général» spricht. Nun können aber diese «décisions d'un intérêt général» nur auf dem Dekretsweg beschlossen werden,

nehmen, daß die Legislative auf dem Dekretsweg nur Verwaltungsakte und Notverordnungsrecht erlassen kann.

Was nun das richterliche Prüfungsrecht gegenüber diesen Erlassen betrifft, so wäre ein solches im beschriebenen Sinne bedeutungslos, soweit es sich bei diesen Dekreten um reine Verwaltungsakte handelt. Da nämlich durch die gesetzgebende Behörde erlassene Verwaltungsakte bei Anlaß eines andern Rechtsstreites kaum zur richterlichen Prüfung auf ihre Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit gelangen, so erweist sich in dieser Materie ein solches Prüfungsrecht als wirkungs- und belanglos. Es ist daher müßig, darüber zu spekulieren.

Dagegen könnte sich eine richterliche Prüfung gegenüber Dekreten, die Notverordnungen sind und allgemein verbindliche Rechtsnormen enthalten, wirkungsvoller entfalten. Mit Ausnahme von Art. 2 EG z. ZGB[99] sprechen aber gegen eine solche all jene Gründe, die schon gegen eine richterliche Prüfung der Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit ins Feld geführt worden sind. Dazu kommt, daß es hier um Notverordnungen der gesetzgebenden Behörde, somit gewissermaßen um Gesetzesrecht geht, gegenüber dem sich ein richterliches Prüfungsrecht problematisch, ja bedenklich gestalten könnte. Es ist daher gegenüber Dekreten, die sich als Notverordnungen enthüllen, ohne weiteres abzulehnen.

Damit strebt die vorliegende Untersuchung ihrem Ende zu. Sie ergibt, daß das freiburgische Recht den richterlichen Verfassungs- und Gesetzesschutz ebenso stark ausgebildet und entwickelt hat wie andere Kantone. Freilich hat die Rechtsprechung die hier gebotene Lösung noch nicht klar

---

womit man ohne weiteres vor einem Dekret von allgemeiner Tragweite im Sinne von Art. 28bis der Verfassung steht. «Décrets de portée générale» sind daher nicht ohne weiteres Komplexe von allgemein verbindlichen Rechtsnormen.

[99] Wie die Auslegung von Art. 2 EG z. ZGB ergeben hat, schließt dieser nur ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber den Gesetzen aus.

zum Ausdruck gebracht. Die Rechtsfälle, das Rechtsschutzbedürfnis und die in andern Kantonen entwickelte Lehre und Rechtsprechung werden sie aber dazu führen. Fügt man zu diesem kantonalen Verfassungs- und Gesetzesschutz noch jenes Rechtsmittel hinzu, welches das Bundesrecht in der staatsrechtlichen Beschwerde entwickelt hat, so kann man den Kreis der Rechtsmittel, die Gesetz und Verfassung gegen Übergriffe der kantonalen Staatsgewalt schützen, als geschlossen betrachten. Wo es notwendig ist, steht der kantonale Staat unter Rechtskontrolle. Die Macht der Gerechtigkeit hält seine Gewalt in ihren heiligen Schranken.