

Zur Frage des staatsrechtlichen Charakters des Bundesbeschlusses vom 3. August 1914 und der bundesrätlichen Notstandsmassnahmen

Autor(en): **His, E.**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **36 (1917)**

PDF erstellt am: **26.04.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896386>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

**Zur Frage des staatsrechtlichen Charakters
des Bundesbeschlusses vom 3. August 1914 und der bundesrätlichen
Notstandsmassnahmen.**

Von Dr. ED. HIS, Privatdozent, Basel.

v. Waldkirch, Ed. Otto. Die Notverordnungen im schweizerischen Bundesstaatsrecht. Berner Doktordissertation. Bern, Böhler & Cie, 1915.

Burckhardt, Walther, Prof., Rede zur Eröffnung der Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins in Olten am 11. September 1916. In den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins von 1916, S. 130 ff., sowie in der Zeitschrift für schweizer. Recht, N. F. Bd 35 S. 618 ff.

Die aktuellste Frage des schweizerischen Bundesstaatsrechts ist heute diejenige nach der Rechtsnatur der ausserordentlichen Zustände, in denen wir uns befinden. Untersuchungen über die von der Bundesversammlung dem Bundesrate durch Bundesbeschluss vom 3. August 1914 erteilten ausserordentlichen Vollmachten und die auf Grund davon erlassenen sogenannten Notverordnungen beanspruchen daher ganz besonderes Interesse. Erfreulicherweise besitzen wir nun in den obgenannten Arbeiten zwei wissenschaftliche Betrachtungen, welche sich die Darstellung der grundlegenden Fragen jener ungewöhnlichen Rechtsgebilde zur Aufgabe machen. Da die Arbeit des Schülers der Ansichtsäusserung des Lehrers in wesentlichen Punkten entspricht, sollen beide Darstellungen hier nebeneinander besprochen werden; jedoch möchte der Unterzeichnete über den Rahmen einer blossen Literaturanzeige etwas hinausgehen und eine Kritik beider Arbeiten unter Anschluss seiner eigenen Auffassung geben.

Die Dissertation v. Waldkirchs ist bedeutend umfangreicher (115 S.) als die im Druck vorliegende Eröffnungsrede Burckhardts (12 S.). Jene ist eine nach allen Seiten gründliche, erschöpfende und klar geschriebene Darstellung, in der auch interessante Hinweise auf ausländisches, zumal deutsches und österreichisches Recht nicht fehlen; in dieser gibt uns der

berufene Kommentator der Bundesverfassung eine knapper gehaltene Zusammenfassung der grundlegenden Fragen, zugleich aber auch neue Gesichtspunkte gegenüber der ersteren.

Die Gedankengänge der beiden Verfasser sind kurz etwa die folgenden: Burckhardt will die grundlegende Frage beantworten, ob die Bundesverfassung solche Verschiebungen der Staatsgewalt (wie sie durch die genannten Vollmachten dem Bundesrate übertragen wurden und in deren Ausführung der Bundesrat Massnahmen erliess, die einzelnen Artikeln der Bundesverfassung widersprechen) gestatte, oder ob „die Not der Zeit die Verfassung gesprengt“ habe. Beide Verfasser suchen nun zu beweisen, dass die ausserordentlichen Vollmachten und die auf ihnen beruhenden bundesrätlichen Verordnungen, selbst wenn sie einzelnen Verfassungsartikeln widersprechen, verfassungsgemäss sind. v. Waldkirch geht aus von dem Grundsatz der modernen Theorie, dass ein Notverordnungsrecht nur da zulässig sei, wo es von der Verfassung gestattet werde (S. 11). Nun enthält die schweizerische Bundesverfassung von 1874 keine ausdrückliche Gestattung des Notverordnungsrechts, dagegen lasse sich, sagen beide, dasselbe aus dem Sinne der Verfassung oder „implicite“ aus deren Wortlaute ableiten. v. Waldkirch spricht von einem Notverordnungsrechte und sieht in diesem die Befugnis zum Erlasse von Rechtssätzen, die nicht auf dem Gesetzgebungswege zustande kommen; dieses Vorgehen sei dann zulässig, wenn der Staat sich in einer solchen Notlage befindet, dass der Gesetzgebungsweg ohne Gefährdung des Staates nicht innegehalten werden kann (S. 8). Burckhardt gebraucht die Bezeichnung „Notverordnung“ nicht, sondern spricht einfach von Massregeln, Massnahmen, wohl in Anlehnung an BV Art. 85 und um den Unterschied vom Notverordnungsrecht in anderen Staaten hervorzuheben.

Beide Verfasser geben vorerst eine rechtsgeschichtliche Begründung ihrer Ansichten, indem sie auf den Bundesvertrag von 1815, Burckhardt (S. 135) auch auf die Mediationsakte von 1803 verweisen. Nach dem Bundesvertrag hatte die Tagsatzung „alle erforderlichen Massregeln für die äussere und innere Sicherheit der Eidgenossenschaft“ zu treffen. Die souveränen Kantone, welche der Tagsatzung diese Befugnis eingeräumt hatten, hätten ihr bewusst keine weitere Schranke gesetzt, nicht einmal die ihrer kantonalen Verfassungen. Das gemeinsame Recht sei somit hier dem kantonalen Rechte vorgegangen; dies habe auch dem in § I des Bundesvertrags ausgesprochenen Zwecke des Bundes entsprochen. v. Waldkirch weist sodann nach,

dass auch in den Bundesverfassungsentwürfen von 1832/33 dieselben Aufgaben und Befugnisse auf Tagsatzung und Bundesrat übertragen wurden, nur sei letzterer als vollziehendes Organ der ersteren untergeordnet gewesen (S. 16). Ähnlich sei die Regelung in den Bundesverfassungen von 1848 und 1874 vorgenommen worden.

Nach geltendem Rechte seien nun jene Regierungsbefugnisse, Massregeln für die äussere Sicherheit und für Behauptung der Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz zu treffen und darüber zu wachen, auf beide Behörden, Bundesversammlung und Bundesrat, verteilt worden (v. W. S. 17; B. S. 136, 138), ohne dass aus dem Wortlaute zu erkennen sei, wie die Verteilung gemeint sei (so B. S. 138).

Das grundsätzlich anerkannte Unterordnungsverhältnis des Bundesrats unter die Bundesversammlung erachten beide Verfasser für jene Massnahmen nicht als ausschlaggebend. Im Zweifel sei der Bundesrat zuständig, weil es Regierungsbefugnisse seien, und nur wo es ausdrücklich so bestimmt sei, habe auch die Bundesversammlung solche Befugnisse. Die Verteilung jener Regierungsbefugnisse auf beide Bundesbehörden habe zur Folge, dass wenn der Bundesrat sie mit Zustimmung der Räte allein ausübe, keine eigentlichen „Vollmachten“, keine „Delegation“ gesetzgeberischer Befugnisse an die vollziehende Gewalt vorlägen, sondern der Bundesrat Funktionen ausübe, zu denen er ohne weiteres zuständig sei und zu denen er nur „Weisungen“ von der Bundesversammlung erhalten könne (v. W. S. 28; B. S. 138).

Nach v. Waldkirch (S. 51 f.) kommt das Notverordnungsrecht des Bundes nur in Betracht bei nicht allgemeinverbindlichen Beschlüssen oder bei allgemeinverbindlichen, aber dringlichen Beschlüssen (Art. 89, Abs. 2; auf Grund der Praxis wären auch Staatsverträge mitzunennen), da für allgemeinverbindliche nicht dringliche Rechtssätze die Bundesverfassung das fakultative Referendum des Volkes vorbehalte. Burckhardt kennt diese einschränkende Umgrenzung für die ausserordentlichen Massnahmen nicht.

Dass der Bundesrat nicht bloss zu Einzelverfügungen, sondern auch (wohl nur im Falle der Dringlichkeit) zu allgemein verbindlichen Massnahmen, d. h. Notverordnungen, zuständig sei, ergebe sich aus Bundesverfassung Art. 102, Ziff. 2, 8, 9, 10 in Verbindung mit Art. 2 (vergl. v. W. S. 20 ff. 54).

Dem Art. 2 der Bundesverfassung, der als Zweck des Bundes nennt: „Behauptung der Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen aussen, Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern, Schutz

der Freiheit und der Rechte der Eidgenossen und Beförderung ihrer gemeinsamen Wohlfahrt," geben nun beide Verfasser eine ganz neue Bedeutung und Auslegung. In seinem Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl. 1914, S. 47, hatte Burckhardt in Art. 2 „nicht praktisches Recht, sondern die bloss historisch interessante Mitteilung des politischen Gedankens, der die Gründer des neuen Bundes bei ihrem Werke geleitet hat," gesehen. Diesen Standpunkt schein er nun zu verlassen und auch v. Waldkirch (S. 21) wendet sich hiegegen, sowie gegen die Auffassung, Art. 2 wolle im Einzelnen die Kompetenz des Bundes gegenüber den Kantonen begründen. Nach der Auslegung beider Autoren ist Art. 2 derjenige Rechtssatz, kraft dessen, in Verbindung mit den Kompetenzbestimmungen der Art. 85, Ziff. 6, 7, 8 und 102 Z. 2, 8, 9, 10, ein Notverordnungsrecht oder ein Recht zu ausserordentlichen Massnahmen durch die Bundesbehörden gegeben ist. Beide behaupten (v. W., S. 11, 74; B., S. 135), weil Art. 2 die Sicherheit gegen aussen bezwecke, also den obersten Staatszweck (die Selbsterhaltung des Staates), so gehe er den anderen Verfassungsartikeln vor. Die Verfassung enthalte eben übergeordnete und untergeordnete Rechtssätze. Art. 2 sei den Artikeln über die Rechte der Kantone, über die Bundesgewalten und über die Rechte der Einzelnen übergeordnet. Die Geltung dieser letzteren Reihe von Verfassungsgrundsätzen sei nur bedingt vorhanden, nämlich bedingt durch allfällig notwendige äussere Sicherheitsmassnahmen nach Art. 2. Dieser Vorrang bestehe, weil er das einzig Vernünftige sei. Demzufolge seien nun auch alle ausserordentlichen Massnahmen, die zur Wahrung der äusseren Sicherheit im Sinne von Art. 2 getroffen seien, selbst wenn sie andern Verfassungsartikeln widersprechen, doch verfassungsgemäss.

Soweit die äusserst interessanten juristischen Darlegungen der Verfasser zum Beweise der Verfassungsmässigkeit der bundesrätlichen Massnahmen; weitere Beweisgründe seien der Kürze halber hier ausgeschaltet. Ich beschränke mich daher im folgenden auf meine eigene Stellungnahme, die hauptsächlich in theoretischer Hinsicht von derjenigen der genannten Verfasser abweicht.

Die von v. Waldkirch und Burckhardt gegebene Auslegung der einschlägigen Stellen der Art. 85 und 102 BV in Verbindung mit Art. 2 scheint mir eine unrichtige zu sein.

Art. 84 BV sagt, die Räte hätten alle Gegenstände zu behandeln, welche nach Inhalt der gegenwärtigen Verfassung in die Kompetenz des Bundes gehören und nicht einer andern Bundesbehörde zugeschrieben sind.

Art. 85 BV lautet: „Die Gegenstände, welche in den Geschäftskreis beider Räte fallen, sind insbesondere folgende:“ ...

„6. Massregeln für die äussere Sicherheit, für Behauptung der Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz, Kriegserklärungen und Friedensschlüsse.“

„7. Garantie der Verfassungen und des Gebiets der Kantone; Intervention infolge der Garantie; Massregeln für die innere Sicherheit, für Handhabung von Ruhe und Ordnung“

„8. Massregeln, welche die Handhabung der Bundesverfassung, die Garantie der Kantonalverfassungen, die Erfüllung der bundesmässigen Verpflichtungen zum Zwecke haben.“

Darnach ist es zweifellos, dass die Verfassung als Ganzes die Schranke bildet, an welche die Räte in allen ihren in Art. 85 aufgezählten Massnahmen gebunden sein sollen.

Noch deutlicher wird dies in bezug auf den Bundesrat ausgesprochen im Art. 102, der lautet: „Der Bundesrat hat innert den Schranken der gegenwärtigen Verfassung vorzüglich folgende Befugnisse und Obliegenheiten:“

„2. Er hat für Beobachtung der Verfassung, der Gesetze und Beschlüsse des Bundes zu wachen, er trifft zur Handhabung derselben von sich aus oder auf eingegangene Beschwerde die erforderlichen Verfügungen.“

„8. Er wahrt die Interessen der Eidgenossenschaft nach aussen, wie namentlich ihre völkerrechtlichen Beziehungen, und besorgt die auswärtigen Angelegenheiten überhaupt.“

„9. Er wacht für die äussere Sicherheit, für die Behauptung der Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz.“

„10. Er sorgt für die innere Sicherheit der Eidgenossenschaft, für Handhabung von Ruhe und Ordnung.“

Entgegen der Ansicht der beiden Verfasser sehe ich hier auch im Wortlaute einen Unterschied, der auf die Art der Verteilung der betreffenden Regierungsbefugnisse einen Schluss zulässt. „Massregeln“ beschliessen kann geschehen in Gestalt von allgemeinverbindlichen Erlassen wie auch von Einzelverfügungen; es ist somit hiebei sowohl an rechtsetzende als an regierende Befugnisse der Bundesversammlung zu denken, hauptsächlich wohl aber an erstere. „Wahren“, „wachen für“, „sorgen für“, „besorgen“ sind dagegen Tätigkeiten, die in erster Linie zur Regierung und Verwaltung und somit zur Vollziehung gehören; das beweist ein Vergleich mit den übrigen Ziffern des Art. 102. Somit besteht immerhin die begründete Ver-

mutung, dass hier ebenfalls wie bei den übrigen Staatsfunktionen die Bundesversammlung grundsätzlich mehr die rechtsetzenden Befugnisse und der Bundesrat mehr die vollziehenden und leitenden, verwaltenden Befugnisse besitze. Jedenfalls besteht durchaus kein Grund zu der Annahme, der Bundesrat sei hierin der Bundesversammlung nicht unter-, sondern etwa gleichgeordnet.

Es ist die anderorts schon geäußerte Ansicht Burckhardts (vergl. Die staatsrechtliche Wirkung der Staatsverträge, in dieser Zeitschrift, N. F. Bd 34 S. 145 f.), der Bundesrat besitze zum Abschluss von Staatsverträgen selbständige Befugnisse, die ihn der Abhängigkeit von der Bundesversammlung enthoben und ihn dieser gleichstellten. In der vorliegenden Eröffnungsrede (S. 140 f.) dehnt nun Burckhardt diese Sonderstellung des Bundesrates aus, einmal auf die Wahrung der äusseren Sicherheit, sodann auch auf die Wahrung der Sicherheit, Ruhe und Ordnung im Innern. Jener Emanzipierung des Bundesrates für den Abschluss von Staatsverträgen ist der Unterzeichnete früher entgegengetreten (vergl. Die rechtliche Geltung der Staatsverträge, in dieser Zeitschrift, N. F. Bd 34, S. 437 f., besonders 459 f.). Bezüglich der Wahrung der äusseren Sicherheit kann eine solche Koordination des Bundesrates mit der Bundesversammlung ebensowenig zugegeben werden, und auch in Bezug auf die Wahrung der inneren Sicherheit bestehen nur diejenigen selbständigen Befugnisse des Bundesrates, welche die Bundesverfassung ausdrücklich nennt, z. B. das Recht zu Truppenaufgeboten bei Dringlichkeit (BV Art. 102, Ziff. 11). Mag aber auch die Praxis in verschiedenen denkbaren Fällen dem Bundesrate Befugnisse zuteilen, um ihn in dringlichen Fällen Funktionen ausüben zu lassen, die grundsätzlich eher in den Geschäftskreis der Räte fallen, so gilt doch bei aller Verwischung der Grenzen einer theoretischen Gewaltentrennung und Gewaltunterordnung, dass solche Befugnisse nur innert den Schranken der gesamten Bundesverfassung können ausgeübt werden. Ob eine Ausdehnung und Verselbständigung gewisser Befugnisse des Bundesrates de lege ferenda wünschbar erscheint, ist eine Frage der Politik und hier nicht zu prüfen. Aus der auch in den genannten Beziehungen zur Geltung kommenden Unterordnung und Verantwortlichkeit des Bundesrates gegenüber der Bundesversammlung ergibt sich aber auch, dass die durch den Bundesbeschluss vom 3. August 1914 erteilten Vollmachten wirkliche Vollmachten sind, dass also hier eine Delegation von Befugnissen der Räte auf die vollziehende und leitende Behörde besteht.

Die beiden Verfasser berufen sich nun aber bei Behauptung der Verfassungsmässigkeit der ausserordentlichen Massnahmen auf Art. 2 BV. Dies ist zweifellos der schwächste Punkt ihrer Beweisführung. Art. 2 nennt den Zweck des Bundes; er enthält somit eine allgemeine Erklärung, die richtunggebend ist für die übrigen Verfassungsartikel und für die Gesetzgebung. Ein Rechtssatz ist er nicht, sondern ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, aber auch nicht eine bloss historisch interessante Mitteilung über die Absichten der Gründer. Auch eine Kompetenz-ausscheidung gegenüber den Kantonen enthält er nicht, denn die Kantone haben teilweise noch die gleichen Aufgaben, wie sie der Bundeszweck nennt. Wie verhält sich der Art. 2 zu den nachfolgenden Artikeln? Doch nur so, wie die *lex generalis* zu den *leges speciales*, wie der allgemeine Grundsatz zu den besonderen Rechtssätzen. Die beiden Verfasser behaupten aber, Art. 2 sei den anderen Verfassungsartikeln (ob allen oder nur einzelnen, sagen sie nicht) übergeordnet. Diese neue Theorie von der Über- und Unterordnung von einzelnen Artikeln eines und desselben Rechtserlasses ist etwas Ungeheuerliches. Die Bundesverfassung mit allen ihren Revisionen kann nur als einheitlicher Ausdruck des souveränen Rechtswillens aufgefasst werden, und alle ihre Artikel können nur gleich starke Geltung und Wirksamkeit haben (sofern sie nicht inhaltlich hinfällig sind). Sollte ein Artikel einem anderen derogieren können, so müsste dieser ausnahmsweise Zustand ausdrücklich darin gewollt sein. Gewiss besitzen einzelne Artikel grössere inhaltliche Bedeutung als andere, dies ist aber kein juristisches, formales Merkmal, sondern ein politisches. In politischer Hinsicht ist der äusseren Sicherheit vielleicht der Vorrang zu geben vor der inneren Ruhe und Ordnung; dies darf aber niemals dazu verleiten, dem Art. 2 den formellen Vorrang zu geben vor den Artikeln, welche die Rechte der Kantone, der einzelnen Bundesgewalten und der Bürger gewährleisten. Art. 2 nennt ja selbst als Staatszweck neben der Behauptung der Unabhängigkeit gegen aussen auch die Handhabung der Ruhe und Ordnung im Innern und den Schutz der Freiheiten und Rechte der Eidgenossen; er kann also nicht gegen diese Rechte der Einzelnen ins Feld geführt werden.

Daher komme ich zu dem Schlusse, dass die Bundesversammlung und mit ihrer Ermächtigung der Bundesrat gestützt auf Art. 85 oder der Bundesrat allein gestützt auf Art. 102 nur solche Massnahmen treffen können, die keinem Verfassungsartikel widersprechen.

Auch die rechtsgeschichtliche Betrachtung, welche die Verfasser geben, beweist nicht das Gegenteil, denn auch im Staaten-

bund der Vermittlungsakte und des Bundesvertrages bildeten die übrigen Bestimmungen jener Verfassungsurkunden die Schranken, an welche die Tagsatzung bei Wahrung der äusseren Sicherheit sich zu halten hatte; höchstens das kann fraglich sein, ob die Kantone es zuliessen, dass ihr gemeinsames Staatsrecht das Staatsrecht jedes einzelnen Kantons breche.

Nun zeigt aber ein Blick auf die vom Bundesrate kraft seiner Vollmachten vom 3. August 1914 erlassenen Verfügungen und Verordnungen, dass manche derselben einzelnen Verfassungsartikeln bewusstermassen widersprechen, besonders den verfassungsmässigen Rechten der Kantone, der verfassungsmässigen Einteilung der Bundesgewalten und den verfassungsmässigen Rechten der Bürger (z. B. Handels- und Gewerbefreiheit, Gerichtsstand).

Wie sind diese Widersprüche zu begründen, wenn man, wie oben geschehen, den von den genannten Verfassern gegebenen Nachweis der Verfassungsmässigkeit ablehnt? Eine offizielle Ansicht ist mir nicht bekannt. Der II. sog. Neutralitätsbericht des Bundesrates vom 19. Februar 1916 sagt S. 4:

„Es mag dahingestellt bleiben, ob in dem Art. 85, Ziffer 6 und 7 und Art. 102, Ziffer 8, 9 und 10, in Verbindung mit Art. 2 der Bundesverfassung, nicht eine ausdrückliche Begründung des sogenannten Notverordnungsrechts erblickt werden kann. Jedenfalls steht es nach unserer Auffassung ausser Zweifel, dass auch ohne eine ausdrückliche Verfassungsnorm ein Recht der Bundesbehörden besteht, in einer durch ausserordentliche Ereignisse geschaffenen Notlage des Staates dasjenige zu verfügen, was der höchste Staatszweck: die Behauptung der Sicherheit, Integrität und Neutralität des Landes und die Förderung der gemeinsamen Wohlfahrt seiner Bürger, erheischt.“

Und im III. Neutralitätsbericht vom 15. Mai 1916 bemerkt der Bundesrat (S. 5), der Konflikt zwischen Abwehr der die Existenzbedingungen des Staates bedrohenden Gefahren und den verfassungsmässig geschützten individuellen Freiheitsrechten könne zur vorübergehenden Suspension der letzteren führen. Eine bestimmte juristische Begründung der Zulässigkeit der Widersprüche zu einzelnen Verfassungsartikeln wollte somit der Bundesrat nicht geben.

Und doch können jene der Verfassung widersprechenden Erlasse nur das eine oder das andere sein, nur Recht oder Unrecht.

Burckhardt scheint mir die grundlegende Frage zu seiner Betrachtung (Eröffnungsrede S. 133) unglücklich zu stellen,

wenn er fragt: „Gestattet unsere Verfassung solche Verschiebungen der Staatsgewalt oder hat die Not der Zeit die Verfassung gesprengt?“ Diese Fragestellung scheint voraussetzen, dass die Verfassung eine erschöpfende Grundlage der gesamten Rechtsordnung sei, und dass es ausserhalb der Verfassung kein Recht mehr gebe. Dem können wir hier nicht folgen.

Nach unserer Ansicht wollte die Bundesverfassung allerdings eine allseitig erschöpfende Rechtsgrundlage bilden; sie konnte dies aber ebenso wenig, als dies irgend eine Ordnung geformten Rechtes vermag. Jede gesetzte Rechtsordnung, jede Verfassung ist nur unvollkommenes Menschenwerk. Sie ordnet diejenigen Verhältnisse, deren Möglichkeit sie vorausieht. Aber sie kann nicht alles voraussehen. Es können gänzlich unvorhergesehene, unerwartete Ereignisse und Zustände eintreten, auf welche eine Verfassung dann nicht gewappnet ist. In diesem Falle spricht man von Lücken im Recht, ob schon nicht im Rechte als solchem, sondern bloss im gesetzten, geformten Rechte solche Lücken vorhanden sind.¹⁾ Weist eine Rechtsordnung solche Unvollkommenheiten auf, so muss das richtige Recht gefunden werden durch freie Rechtschöpfung seitens der anwendenden Behörden, eventuell mit Hilfe von Analogieschlüssen. Dieser in der Theorie anerkannte Grundsatz findet sich bekanntlich in ähnlicher Weise ausgesprochen in Art. 1 Abs. 2 unseres Zivilgesetzbuches.

Der Fall einer solchen Lücke der gesetzten Rechtsordnung liegt bei unseren bundesrätlichen Vollmachten und Notmassnahmen vor. Die Bundesverfassungen von 1848 und 1874 konnten Ereignisse und Zustände, wie sie während des gegenwärtigen Krieges eingetreten sind, kaum voraussehen. Wohl finden sich in ihnen Regeln für den Kriegsfall, von denen aber bezweifelt werden muss, ob sie heute noch genügen würden; sie sind auch bloss diplomatischer und militärischer Natur. In politischer und wirtschaftlicher Hinsicht hat die Bundesverfassung dagegen weder für den Kriegsfall noch für das Eintreten eines langandauernden neutralen Kriegsbereitschaftszustandes vorgesorgt. Hier mussten daher die obersten Behörden selbsttätig einspringen und mit ihren ausserordentlichen Notstandsmassnahmen oder Notverordnungen das unentbehrliche Recht suchen und

¹⁾ Man vergleiche hierüber die Ausführungen von R. Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, S. 271 ff. *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle 1911, S. 641 ff., auch G. Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914, S. 187 ff.

setzen. Bisher bestand bloss ein Rechtssatz, der m. E. als ein der Verfassung eventuell widersprechendes und nur mit dem allgemeinen Grundsatz des Art. 2 zu begründendes Notstandsrecht könnte bezeichnet werden, nämlich Art. 208 der Militärorganisation, wonach der General alle militärischen Massnahmen, die er zur Erreichung des Endzweckes des Truppenaufgebots für notwendig und dienlich erachtet, befiehlt und über alle personellen und materiellen Streitmittel des Landes nach seinem Gutfinden verfügt. Kraft dieser Befehls- und Verfügungsgewalt hat der General die rechtliche Möglichkeit zu Eingriffen in Verfassungen und Gesetze. Das Recht des Bundes zu eidgenössischer Intervention ist dagegen verfassungsgemäss (BV 16).

Die Notstandsmassnahmen, die der Bundesrat auf Grund der allgemeinen Ermächtigung der Bundesversammlung vom 3. August 1914 erliess, stehen nun nicht nur *contra legem*, wie v. Waldkirch richtig ausführt, sondern auch *contra constitutionem*, weil *extra constitutionem*. Sie dürfen den einzelnen Verfassungsartikeln widersprechen; denn sie sind ausserhalb der Verfassung stehende, nicht auf ihr beruhende, aber ihr gleichwertige Rechtssätze. Daraus ergibt sich die besondere Rechtsnatur dieser Massnahmen. Die Bundesversammlung und der von ihr bevollmächtigte Bundesrat waren zum Erlasse der ausserhalb der Verfassung stehenden Massnahmen nicht auf Grund von Art. 85 und 102 BV befugt, sondern höchstens *per analogiam* zu den dort genannten Befugnissen. In Bezug auf die Zuständigkeiten gilt somit hier der Analogieschluss zur Gesetzgebung, nicht aber derjenige zum Erlasse von Verfassungsrecht. Dagegen sind die genannten Bundesbehörden nicht *per analogiam* daran gebunden, bloss nicht allgemeinverbindliche oder bloss dringliche Notstandsmassnahmen zu erlassen, sie sind vielmehr auch zur Schaffung allgemeinverbindlicher nicht dringlicher Massnahmen befugt. Das liegt in der Besonderheit der Notstandsmassnahmen, d. h. des Notverordnungsrechts. Die Möglichkeit ihres raschen Erlasses verlangt, dass sie nicht auf dem umständlichen Wege der Gesetzgebung oder gar der Verfassungsgebung ins Leben treten, dass sie nicht durch die ordentlicherweise rechtsetzenden Organe erlassen werden und dass sie auch ausserordentliche Wirkung haben können gegenüber dem bestehenden Verfassungs- und Gesetzesrecht.

So glauben wir diese neue rechtliche Erscheinung, das schweizerische Notstandsrecht, richtig zu beurteilen. Die von v. Waldkirch und Burckhardt gegebenen Begründungen der Verfassungsmässigkeit dieser Notverordnungen beruhen auf einer nicht nur gekünstelten und gezwungenen, sondern in

Bezug auf den Vorrang des Art. 2 auch methodisch unzulässigen Auslegung. Besser, als die Verfassung so zu drehen, scheint uns das Geständnis, dass sie eben in ihrer Unvollkommenheit eine Lücke aufweise, die in freier Rechtsfindung durch die Notstandsmassnahmen der obersten Behörden ausgefüllt worden sei. Diese bilden ausserhalb der Verfassung stehendes Recht; sie sind nicht Unrecht und haben die Verfassung nicht „gesprengt“, sondern sie in deren Lücken ergänzt; aber sie sind auch nicht „verfassungsgemäss“. Der spezielle Rechtssatz, auf den sie sich stützen liessen, fehlt in der Verfassung; diese enthält in Art. 2 bloss den allgemeinen Grundsatz, dem sie nicht widersprechen, und spricht im Ingress die allgemeine Absicht aus, die zur Annahme der Verfassung führte („... den Bund der Eidgenossen zu befestigen, die Einheit, Kraft und Ehre der schweizerischen Nation zu erhalten und zu fördern“ ...), und die das ausserhalb der Verfassung stehende Notstandsrecht selbstverständlich auch befolgt.

Die Folge dieser Auslegung ist nun aber nicht, dass alle auf Grund der Vollmachten vom 3. August 1914 erlassenen bundesrätlichen Massnahmen ausserhalb der Verfassung stehendes Recht sind. Man wird hier vielmehr eine theoretische Ausscheidung vornehmen müssen. Da die rechtsetzende und regierende (rechtanwendende) Befugnis des Bundesrates auf Delegation seitens der Räte beruht, sind alle Rechtssätze, die der ordentlichen verfassungsgemässen ausschliesslichen Befugnis der Bundesversammlung und den anderen Verfassungsartikeln entsprechen, verfassungsgemässes Recht. Somit wurden auf Grund der Art. 85 und 102 alle diejenigen Massnahmen erlassen, welche nicht allgemeinverbindlicher Natur oder allgemeinverbindlich, aber dringlich sind. Zu dem ausserhalb der Verfassung stehenden Recht dagegen zählen alle diejenigen Erlasse, welche eine der genannten Besonderheiten jenes Notstandsrechts als Merkmal haben, somit die Rechtssätze allgemeinverbindlicher, nicht dringlicher Natur, die vom Bundesrate kraft seiner Vollmachten erlassen wurden, die Rechtssätze, welche einzelnen Verfassungsartikeln widersprechen und diesen derogieren, und die Rechtssätze, welche in einem ausserordentlichen Verfahren, z. B. ohne Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen, Fristen usw. entstanden sind. Wie gesagt, ist diese Ausscheidung eine rein theoretische, praktisch kann sich in einer und derselben bundesrätlichen Verordnung ein verfassungsmässiger neben einem ausserhalb der Verfassung stehenden Satz finden.

Indem wir den Arbeiten der eingangs genannten Verfasser diese eigene rechtliche Beurteilung des schweizerischen Not-

standsrechts gegenüberstellen, wollen wir den Wert jener Arbeiten in keiner Weise herabsetzen. Insbesondere die ausführliche Dissertation v. Waldkirchs enthält vieles, was dauernde Bedeutung behalten wird, ich nenne beispielsweise die Kapitel über das Verhältnis der Notverordnungen zum Gesetzesrecht (S. 97), über den Ausschluss des Prüfungsrechts des Bundesgerichts (S. 102), über die Aufhebung der Notverordnungen (S. 103), auch die rechtsgeschichtliche Darstellung der in ähnlicher Weise wie 1914 in den Jahren 1849, 1853, 1856, 1859, 1860 und 1870 dem Bundesrate erteilten Vollmachten (S. 25).

Einig gehe ich schliesslich mit v. Waldkirch auch darin, dass die Aufnahme einer Verfassungsbestimmung über die Zulässigkeit des Notverordnungsrechts (S. 115) erwünscht wäre; wenigstens ist sie dies in rechtspolitischer Hinsicht. Denn die Schaffung von ausserhalb der Verfassung stehendem freien Rechte ist stets ein kühnes Unterfangen, das daher dem Vorwurfe der Willkür leichter ausgesetzt ist als das Recht, das auch bloss mit einem dünnen Faden noch mit der Verfassung verbunden ist.

Grenze, im März 1917.
