

DIE KRISIS DER VERFASSUNG

1938

Krisis nennt man den Zustand des Abwägens, des Zweifels vor einer zu treffenden Entscheidung, oder auch den Zeitpunkt, in dem die Entscheidung getroffen werden muss. Dass wir heute über grundlegende Verfassungsfragen im Zweifel sind, wird man nicht bezweifeln können; ob wir bereits vor die entscheidende Wahl gestellt seien, ist schwieriger zu entscheiden. Jedenfalls aber sind viele Grundfragen des gesellschaftlichen Zusammenlebens, die man in der guten alten Vorkriegszeit gar nicht mehr erörterte, und die in der Verfassung beantwortet werden müssen, wieder aktuell und damit fraglich geworden. Sie alle machen unsere *Verfassungskrise* aus.

Zur Verfassung kann man nun aber in einem dreifachen Sinne kritisch eingestellt sein:

1. indem man streitet um verschiedene Auslegungen der geltenden Verfassung; jeder will die Verfassung zwar halten, aber jeder nach seiner Auslegung; man streitet z.B. darüber, ob die eidgenössische Gewerbeordnung nach Art 34^{ter} der Bundesverfassung an die Gewerbefreiheit gebunden ist oder darüber, wie die verschiedenen Initiativen zu erledigen sind;
2. indem man an der Richtigkeit der geltenden Verfassung zweifelt und sich fragt, ob sie nicht abgeändert werden sollte und wie?
3. oder endlich, indem man zweifelt an der Verbindlichkeit der Verfassung, wie sie ist, und sich fragt, ob die geltende Verfassung immer und gerade jetzt gehalten werden müsse?

Es sind verschiedene Fragen, aber sie sind nicht ganz unabhängig voneinander:

wie die Verfassung auszulegen sei, ist nicht ganz unabhängig davon, wie sie richtigerweise sein sollte, und auch nicht davon, ob man sie, wie sie ist, einhalten kann. Denn auslegen muss man eine Verfassung, wo ihr Wortlaut Ver-

schiedenes bedeuten kann, und im Zweifel darf doch wohl *die* Deutung gewählt werden, die gestattet, die Verfassung einzuhalten und ein vernünftiges, brauchbares Ergebnis verspricht.

Die zweite Frage: ob die heutige Verfassung genüge oder wie sie abzuändern wäre, hat uns hier nicht zu beschäftigen. Aber es darf doch festgestellt werden, dass sozusagen alle diese zweite Frage verneinen und die Bundesverfassung revidieren möchten, mehr oder weniger, da oder dort, aber alle irgendwie. Es dokumentieren dies nicht nur die zahlreichen Volksbegehren, sondern auch amtliche Botschaften und Verhandlungen der Behörden. Ich brauche nur auf die Finanzreform und die Wirtschaftsartikel zu verweisen, die jetzt schon in Beratung stehen. *Dass* revidiert werden sollte, ist die Überzeugung der meisten; aber in welchem Umfange und in welcher Weise, darüber ist man nicht einig. Also über das Negative, die Unzulänglichkeit der gegenwärtigen Verfassung, ist man einig, aber nicht über das Positive, das zu schaffende Bessere. Ja, man darf wohl sagen, dass auch die einzelnen Richtungen selbst noch nicht einig sind. Ich meine hier vorab über die neuen Grundsätze der Wirtschaftspolitik; womit aber auch die politische Organisation zusammenhängt, denn jedes Organ muss seiner Funktion angepasst sein.

Auch das ist eine Verfassungskrisis: wir sollten und möchten die wirtschaftliche und politische Verfassung reformieren, und wissen nicht wie. Wir wollen heute nicht darauf eingehen. Wir wollen uns damit begnügen, das Problem anzumerken und uns zu vergegenwärtigen, dass es im Hintergrund unserer ganzen Erörterung steht. Denn wenn wir es zur allgemeinen Zufriedenheit durch eine Totalrevision lösen könnten, würden die anderen Fragen gegenstandslos; je unzulänglicher dagegen die Verfassung bleibt, desto eher werden die Behörden geneigt sein, sie durch tendenziöse Auslegung zu korrigieren und, wo auch das nicht mehr verfängt, sich auf das *Notrecht* zu berufen.

Sie denken alle an die Praxis der *dringlichen Bundesbeschlüsse*. Mit diesem Mittel hat man versucht, das zu erreichen, was mit der unzulänglichen Verfassung nicht mehr zu erreichen war: den Kredit des Landes zu wahren, die volkswirtschaftlich wichtigen Erwerbszweige und die ganze Volkswirtschaft vor dem drohenden Ruin zu retten.

Ist das zulässig?

Das ist die Frage, die heute im Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Erörterungen steht.

Um sie zuverlässig zu beantworten, muss man sich bewusst machen, dass darin Verschiedenes enthalten ist. Man vereinigt nämlich in dieser Frage nach der Zulässigkeit der Dringlichkeit, wie in diesem Begriff der Dringlichkeit selbst, mindestens zwei Vorstellungen.

1. Zuerst fragt es sich, *welche Beschlüsse nach der geltenden Verfassung dringlich erklärt werden können.*

Die Bundesverfassung erwähnt die dringlichen Bundesbeschlüsse im Zusammenhang mit dem gesetzgeberischen Verfahren: die Bundesversammlung übt die Gesetzgebung aus und für Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse, sagt Art 89, ist die Zustimmung beider Räte erforderlich. Erforderlich ist es; aber es genügt nicht immer. Seit 1874 unterliegen Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse allgemeinverbindlicher Natur überdies dem Referendum. Gesetze ausnahmslos, allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse aber nur, sofern sie nicht dringlicher Natur sind.

a) Was versteht die Verfassung unter *Dringlichkeit*?

Ich meine: die Unaufschiebbarkeit, die zeitliche Notwendigkeit, gerade jetzt das Beschlossene in Wirksamkeit zu setzen; z.B. ein Einfuhrverbot, das Verbot der Ausfuhr von Waffen oder seinerzeit von Wasserkraften; ohne nämlich den Ablauf der Referendumsfrist und die Abwicklung des Abstimmungsverfahrens, das immerhin 6–9 Monate dauern kann, abzuwarten. Der Gedanke ist der, dass das Referendum es nicht verunmöglichen soll, sofortige Anordnungen zu treffen; die Behörde soll nicht vor dem Dilemma stehen, entweder keinen Beschluss zu fassen oder einen Beschluss zu fassen, der zu spät kommt. Nicht aber bedeutet Dringlichkeit die sachliche Notwendigkeit: die Unentbehrlichkeit der beschlossenen Massnahme. Wenn auch die Bundesversammlung einen Beschluss für unbedingt notwendig erachtet, darf sie ihn nicht dem Referendum entziehen, damit er nicht in der Volksabstimmung unterliege. Dieser Gefahr darf die Bundesversammlung nicht zuvorkommen, indem sie unter dem Vorwand der Dringlichkeit das Referendum ausschliesst.

Ob man das Wort «dringlich» 1874 gerade in diesem Sinn gemeint habe, ist nicht entscheidend; entscheidend ist, dass die so abgefasste Verfassung nicht anders verstanden werden kann. Denn, wenn man auch die sachliche Unentbehrlichkeit darunter verstehen wollte, so müsste man zugeben, dass die Bundesverfassung, als sie dem Volk das Mitspracherecht verlieh, ihm das Urteil nicht zutraute zu erkennen, was dem Staate notwendig ist und was nicht. Man

müsste voraussetzen, dass die wichtigen Bundesbeschlüsse dem Volke vorenthalten und nur die minderwichtigen ihm vorgelegt würden. Man müsste zugeben, dass die wichtigeren *Bundesbeschlüsse* dem Volke nicht unterbreitet würden, wohl aber alle *Gesetze*, die doch noch wichtiger sind als die Bundesbeschlüsse. Alles Widersprüche, die man der Verfassung nicht zumuten darf, auch wenn die historischen Väter des Verfassungstextes sie wirklich übersehen haben sollten. Wenn die unentbehrlichen Bundesbeschlüsse alle dringlich und damit dem Referendum entzogen sind, muss man dann nicht alles, was unentbehrlich ist, Bundesbeschluss nennen und dringlich erklären? also den Unterschied zwischen Gesetz und Bundesbeschluss völlig verwischen? und muss das Volk daraus nicht den Schluss ziehen, dass die Erlasse, die man ihm unterbreitet, als Gesetze oder Bundesbeschlüsse, nicht unentbehrlich oder doch weniger notwendig sind? z.B. das eidgenössische Strafgesetzbuch! Wird damit nicht alles Nichtdringliche und Referendumpflichtige degradiert zu einer Angelegenheit minderer Ordnung, sekundärer Bedeutung?

b) Man kann sich über die Abgrenzung der referendumpflichtigen und der referendumsfreien Bundesbeschlüsse nicht schlüssig machen, ohne auch die Frage aufzuwerfen, *was Bundesbeschluss und was Gesetz ist*. Gesetze unterliegen ja immer dem Referendum; Bundesbeschlüsse, wenn sie dringlich sind, aber nicht. Wenn also ein Erlass Bundesbeschluss *genannt* wird, kann er auch dringlich erklärt und dem Referendum entzogen werden. Beides entscheidet aber die Bundesversammlung: was Bundesbeschluss und was Gesetz ist, und welcher Bundesbeschluss dringlich ist. Die Versuchung ist daher gross, ein Gesetz, das sie für notwendig, für unentbehrlich hält, zuerst Bundesbeschluss zu nennen und diesen Bundesbeschluss dann dringlich zu erklären. Offenbar soll nun die Bundesversammlung darüber nicht nach Belieben entscheiden können, sondern nach einer Norm, die ihr die Bundesverfassung vorschreiben wollte. Aber was versteht die Bundesverfassung unter Gesetz und was unter allgemeinverbindlichem Bundesbeschluss?

Einige, wie FLEINER, meinen, alle Vorschriften, die dem privaten Bürger Pflichten auferlegen, alle rechtssatzmässigen Erlasse, müssten in der Form des Gesetzes erlassen, d.h. unbedingt dem Referendum unterstellt werden. Die «allgemeinverbindlichen» Bundesbeschlüsse wären dann eigentlich nicht allgemeinverbindlich, sondern nur Verwaltungsbeschlüsse von grösserer Tragweite, wie man den französischen Text auslegen kann; z.B. die Schaffung einer staatlichen Anstalt, die Unterstützung eines neuen Zweckes, wie die

Arbeitslosenversicherung und bedürftige Greise oder Autostrassen, oder auch die Zuteilung einer Abteilung an ein anderes Departement. Dann würde sich die Dringlichkeitsfrage für alle Erlasse, die den Bürger belasten, gar nicht stellen, z. B. für die Erhöhung der Tabakzölle (BB vom 24 Juni 1921, AS 37 517; BB vom 22. Juni 1923, AS 39 580; Zollzuschläge auf Gerste, Malz und Bier, BB vom 30 September 1927, AS 43 436; vgl. BBl 1926 I 671). Sie würde sich nur stellen für administrative Massnahmen. Die Frage der Dringlichkeit wäre dann weniger wichtig als die der Unterscheidung zwischen Gesetz und Bundesbeschluss. Und es wären noch viel mehr Bundesbeschlüsse verfassungswidrig, nämlich alle die, welche nicht bloss administrativen Charakter haben und doch dringlich erklärt worden sind. Die Praxis hätte seit Jahrzehnten die Verfassung fortwährend verletzt, nicht nur indem sie dringlich erklärte, was nicht dringlich war, sondern auch, indem sie Bundesbeschluss nannte, was Gesetz war. Die Praxis hat nämlich fortwährend Bundesbeschluss genannt Erlasse, die rechtssatzmässige Verpflichtungen enthielten; eben darin hat sie das «Allgemeinverbindliche» erblickt, von dem die Bundesverfassung spricht. Die Praxis hat sich, wie mir scheint, hierin nicht geirrt; aber ich gebe zu, dass es damit ausserordentlich schwer wird, zwischen Gesetz und allgemeinverbindlichem Bundesbeschluss zu unterscheiden. Allgemeinverbindlich wären dann Bundesbeschlüsse wie Gesetze, aber die Gesetze hätten die wichtigeren Normen aufzustellen, die Bundesbeschlüsse die weniger wichtigen.

Nehmen wir, zur Entlastung der ohnehin schon stark angefochtenen parlamentarischen Praxis an, diese Auslegung sei die richtige, so ergibt sich, dass dringliche Bundesbeschlüsse zwar wohl gesetzgeberischen Inhalt haben dürfen, also Vorschriften, die nicht die Beamten, sondern auch die Privaten angehen; dass aber solche Bundesbeschlüsse nur dringlich erklärt werden dürfen, wenn sie unaufschiebbar sind, d. h. wenn sie die Verzögerung der Referendumsfrist und -abstimmung nicht erleiden. Letzteres ist unverkennbar der Sinn der Verfassung, und das wollen wir zunächst einmal ehrlich anerkennen. Dann sollte aber die Bundesversammlung nicht immer wieder dringlich nennen, was nicht unaufschiebbar ist. Die Finanzprogramme durfte man wohl so nennen, aber sicher nicht den neuen Erlass über Bahn und Auto; die Begründung ist hier so dürftig, dass sie keineswegs überzeugt und wie eine Ausrede anmutet.

Schon das Gesagte zeigt, dass die geltende Ordnung des gesetzgeberischen Verfahrens in unserer Verfassung nicht nur sehr umständlich, sondern auch

sehr unklar ist. Umständlich, weil wir nicht weniger als vier verschiedene Formen haben: das Gesetz, den nicht dringlichen allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss, den dringlichen allgemeinverbindlichen und den einfachen Bundesbeschluss. Und unklar, weil, wie bemerkt, die Abgrenzung zwischen dem, was in jeder Form beschlossen werden darf, unsicher, ja fast undurchführbar ist. Diese Ordnung sollte vereinfacht und damit abgeklärt werden. Z.B. so, dass das Allgemeinverbindliche stets in Gesetzesform erlassen, dass aber die Gesetze dringlich erklärt werden könnten, ohne zuerst in Bundesbeschluss umgetauft werden zu müssen. Dann fiel die leidige Unterscheidung zwischen den allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen und den Gesetzen dahin, ohne dass in Wirklichkeit *mehr* Erlasse als jetzt dem Referendum entzogen würden.

2. Mit der Frage der Dringlichkeit hat man noch eine andere vermengt: die der *Zuständigkeit*.

Wenn Art.89 der Bundesverfassung von Gesetzen, dringlichen und nicht-dringlichen Bundesbeschlüssen spricht, will er nur das *Verfahren* ordnen, in welchem der Bund seine gesetzgeberischen Kompetenzen ausüben soll. Die Kompetenzen selbst aber sind nicht hier begründet, sondern in den Vorschriften des 1. Abschnittes. Mit andern Worten: aus Art.89 darf nicht abgeleitet werden, *was* der Bund anordnen dürfe, sondern nur *wer* die Vorschriften aufzustellen habe: Bundesversammlung mit oder ohne Volk. Behörden und Volk haben sich aber an die Schranken der Kompetenz zu halten, die die Verfassung dem Bunde zieht zugunsten der Kantone einerseits und der Bürger anderseits. Ob eine Anordnung als Gesetz oder als Bundesbeschluss getroffen werde; ob sie dem Referendum unterstellt oder dringlich erklärt werde, immer muss sie sich an diese Schranken halten; der Dringlichkeit wegen dürfen sie sich nicht darüber hinwegsetzen, wie Prof. GIACOMETTI meint. Das wurde bis zum Krieg im allgemeinen anerkannt; immerhin mit der ominösen Ausnahme des Bundesbeschlusses vom 31. März 1906 betreffend die Ausfuhr der Wasserkräfte. Nun sind aber die Zeiten des Krieges und der Not gekommen. Zu Beginn des Weltkrieges hat die Bundesversammlung bekanntlich den Bundesrat ermächtigt, *alle* zur Behauptung der Sicherheit, Integrität und Neutralität der Schweiz und zur Wahrung des Kredites und der wirtschaftlichen Interessen des Landes erforderlichen Massnahmen zu treffen. Was dazu notwendig war, griff vielfach ein in die Kompetenzen der Kantone und in die Freiheiten der Bürger. Und zwar war es der Bundesrat, der dies alles durch

Notverordnungen vornahm, während die Bundesversammlung nur nachträglich prüfte und manchmal kritisierte, was der Bundesrat getan hatte, ohne selbst zu beschliessen. Das geschah mit der Zustimmung nicht nur der Bundesversammlung, sondern des ganzen Volkes, weil jedermann einsah, dass unser kleines Staatswesen alles aufbieten müsse, um sich im Sturme des Weltkrieges zu behaupten, und dass die obersten Behörden nicht die Existenz des Staates gefährden dürften, um keine Verfassungswidrigkeit zu begehen. Nach dem Friedensschluss hat man diese Vollmachten nach und nach abgebaut; und wäre dem militärischen nicht der wirtschaftliche Krieg der Staaten gefolgt, so wäre man zum normalen Verfassungsrecht zurückgekehrt. Aber die Wirtschaft, die man vor dem Kriege als die normale betrachtete, ist nicht wiedergekehrt und der Gütertausch mit dem Ausland blieb weiter unter einer Art Notrecht der Selbstverteidigung. Als die Krisis der Arbeitslosigkeit, der Überproduktion, der Währungsnot, des wankenden Staatskredites, des Vertrauensschwundes eintrat, mussten die Bundesbehörden wieder zu Ausnahmemaassnahmen greifen, zur Erhaltung nicht der politischen, wohl aber der wirtschaftlichen Existenz des Landes und der finanziellen Lebensfähigkeit des Staates; auf Kosten der kantonalen Hoheitsrechte und der individuellen Freiheiten, insbesondere der Gewerbefreiheit. Das sind die Beschlüsse, die heute angefochten werden.

Man ficht sie vielfach an, weil sie inhaltlich mangelhaft seien: unzulänglich, unklar, widerspruchsvoll, unwirksam, oder geradezu schädlich. Darauf wollen wir hier nicht eingehen. Man ficht sie aber auch an, weil sie verfassungswidrig seien; und diese Kritik ist doch nicht nur der Exponent verletzter materieller Interessen; sie ist auch der Ausdruck eines verbreiteten Unbehagens darüber, dass niemand mehr weiss, was Verfassung ist, und des Unwillens darüber, dass die Bundesbehörden sich so leichthin über die Vorschriften des Grundgesetzes sollen hinwegsetzen dürfen.

Die Behörden, Bundesrat und Bundesversammlung, berufen sich auf ein *Notrecht*. Und dieses Notrecht wickelt man in den verfassungsmässigen Begriff der Dringlichkeit.

Unter Notrecht versteht man das Recht der obersten Behörden, sich über die Schranken der Verfassung und der Gesetze hinwegzusetzen, um *das* anzuordnen, was die Not gebietet. Man nennt auch häufig Notrecht das so geschaffene Ausnahmerecht. Wir nehmen das Wort hier im ersten Sinn.

Man ruft also gegen die beengende Verfassung ein Recht höherer Ordnung an, das der Behörde gegebenenfalls erlauben soll, zur Erhaltung des Ganzen zu tun, was die Verfassung nicht gestattet, oder das, was sie gestattet, in anderer als der verfassungsmässigen Form zu tun.

Es ist nun nicht zu bestreiten, und die Geschichte bestätigt es immer wieder, dass die höchsten Behörden durch ausserordentliche Umstände, wie Krieg, Revolution, Verbrechen, Auflösung, Hungersnot oder Pestilenz, in eine Lage geraten können, die sie zwingt, die Schranken des Rechts zu durchbrechen, um das *Volk* oder den *Staat* zu erhalten. Das erste, das Volk, wenn Hunger, Seuche, Naturgewalten die Menschen bedrohen; dann muss vielleicht die privatrechtliche Eigentumsordnung verletzt werden, damit Volksgenossen vom Hungertod gerettet werden, oder es muss die persönliche Freiheit einiger aufgehoben werden, damit viele vor der Ansteckung bewahrt bleiben. Das Eigentum der Besitzenden zu schützen und andere darob zu Grunde gehen zu lassen, das wäre ethisch unerträglich; das Recht würde zur Karikatur der Gerechtigkeit. – Das zweite, den Staat, gilt es zu erhalten, wenn gegen die Gewalt des Staates eine andere aufsteht, die mit den rechtmässigen Mitteln nicht unterdrückt werden kann. Soll sich dann der Staat dem Gegner ausliefern, um keine Ungesetzlichkeit zu begehen? Soll etwa der Bundesrat das Postgeheimnis nicht verletzen dürfen, um einer Verschwörung zuvorzukommen? Das wäre nicht nur ethisch anfechtbar, sondern auch widerspruchsvoll. Denn es hat keinen Sinn, den Staat, den Machtapparat, der die Verfassung in Kraft erhält, untergehen zu lassen, um die Verfassung zu verteidigen – da mit der Macht des Staates auch die Verfassung in Trümmer sinkt. In solchen Fällen, wo es um Sein oder Nichtsein des Staates geht, muss man grundsätzlich die Behörde billigen, die, um den Staat zu retten, die Verfassung bricht, vorausgesetzt, dass der Staat auch wert sei, weiter zu bestehen.

Allcin die Behörde darf das Recht, sich aus einem tragischen Dilemma gewaltsam zu befreien, nicht missbrauchen; sie darf es nicht in den Alltag herabziehen. Sie soll nur in höchster Bedrängnis, im Bewusstsein ihrer schweren Verantwortung, zum Verfassungsbruch greifen. Sie soll es immer als ein tragisches Verhängnis, als ein Unglück betrachten, dass sie, die verfassungsmässige Behörde, die Verfassung brechen muss. Die Bundesbehörden scheinen sich dessen nicht immer bewusst zu sein. Sie stellen mitunter das Notrecht beinahe als eine normale Einrichtung des Rechts, als einen regulären Rechtstitel der Regierung dar. Das ist falsch: die *Verfassung* ist das oberste Gesetz des Staates;

was verfassungswidrig ist, ist nicht mehr rechtmässig, sondern rechtswidrig; es ist eine Verletzung des Rechts, die man nicht wieder versuchen soll, juristisch zu rechtfertigen. Die Behörde, die sich auf die Staatsräson beruft, beruft sich auf ein sittliches Gebot, das Recht in einem Teil zu brechen, um es im Ganzen zu erhalten. Sie mag sich vor ihrem Gewissen rechtfertigen und vor der Geschichte. Aber sie soll diese Maxime ihres Verhaltens nicht wieder *rechtlich* begründen, juristisch konstruieren. Es gibt kein *Recht*, die Verfassung zu brechen.

Es ist auch nicht korrekt, dieses Notrecht gewissermassen in die Verfassung hineinzuinterpretieren, um es dann als eine verfassungsmässige Kompetenz in Anspruch zu nehmen, wie es die neueste Botschaft des Bundesrates vom 17. September 1937 über die Verfassungsgerichtsbarkeit tut. Wohl muss die Verfassung, wenn möglich, im Zweifel so ausgelegt werden, dass sie die Behörden nicht zwingt, lebensnotwendige Interessen des Landes zu opfern. Aber man darf doch schliesslich auch nicht von der vorgefassten Meinung, vom Axiom ausgehen, dass die Verfassung immer so ausgelegt werden könne; dass die 1874 abgefasste Bundesverfassung alles enthalten müsse, was das Landesinteresse im Jahre 1937 erheische. Sonst brauchte man nicht mehr zu wissen, was die Verfassung gestattet, um zu wissen, was die Behörde tun darf; man brauchte sich nur noch zu fragen, was das Landesinteresse verlangt, um zu wissen, was in der Verfassung steht, bzw. a priori stehen muss, und könnte sich die Mühe der Auslegung ersparen. Man soll die Verfassung nicht formalistisch, nicht doktrinär, nicht kleinlich, aber man soll sie *ehrlich* auslegen. Dann wird man oft zugeben müssen, dass sie den Behörden unbequeme Fesseln anlegt. Und wenn man sich vornimmt, diese Fesseln zu sprengen, muss man sich bewusst sein, dass man einen Verfassungsbruch begeht, was nur im äussersten Notfall geschehen sollte. Bundesrat und Bundesversammlung sprechen oft vom Notrecht, als ob das die selbstverständlichste Sache von der Welt wäre; eine Speckseite, die man im Kamin hängen hat, und die man mit einem Handgriff herunterholen kann, wenn die Vorräte der Speisekammer erschöpft sind. Das Notrecht soll nichts Selbstverständliches sein, weil es keine verfassungsmässige Kompetenz ist. Unter Umständen *muss* man es gebrauchen, und dann soll man es tun, trotz Recht und Verfassung. Aber man spreche nicht schon immer zum voraus davon, wie es z. B. die Botschaft zum I. Finanzprogramm tut (BBl 1933 II 285). Angenommen, aber nicht zugegeben, die Abwertung des Frankens sei ein Gebot der Selbsterhaltung gewe-

sen: wir haben den Bundesratsbeschluss vom 26. September 1936 nicht angefochten; aber wir wollten damit nicht *grundsätzlich* anerkennen, dass der Bundesrat, wenn es nötig ist, abwerten kann. Was in der Not, in wirklicher Not, getan wird, entschuldigt man; aber man heisst es nicht gut für die Zukunft. Deshalb soll die Regierung nicht fortwährend das Notrecht im Munde führen. Sie, auch die Kantone und die Interessenverbände, wir alle sollen uns wieder an die Verfassung halten, und wenn es auch Opfer kostet. Die Verfassungstreue als solche ist ein Opfer wert. Wir erfahren es jetzt: wenn die Behörden zu leicht mit der Verfassung umspringen, verlieren sie das Vertrauen der vielen, denen sie Opfer auferlegen müssen, und setzen sich dem Vorwurf der Willkür aus. Man soll sich nicht über jede unbequeme Verfassungsbestimmung mit der Redensart vom Notrecht hinwegsetzen. Sonst weiss niemand mehr, was Verfassungsrecht ist und niemand achtet es mehr.

Man hüte sich auch, eine Theorie des Notrechts, einen Kodex des Verfassungsbruches aufzustellen. Die Behörden brauchen die Verfassung, um ihre eigene Autorität, ihren eigenen Anspruch auf Gehorsam zu begründen. Wenn sie im Volk das Vertrauen auf ihre Verfassungstreue untergraben, sägen sie den Ast ab, auf dem sie sitzen; oder besser: sie erschüttern das Fundament, auf dem der Staat ruht. Das Volk könnte in einer Demokratie auch auf den Gedanken kommen, dass, wenn die Regierung sich nicht an die Verfassung halte, es auch nicht mehr daran gebunden sei, und es könnte die Erfüllung unbequemer Pflichten, wie die Weinststeuer, abschütteln.

Zur Entlastung unserer Bundesbehörden muss man nun aber eines sagen: unsere Verfassung legt ihnen, die doch schliesslich für die Erhaltung des Ganzen verantwortlich sind, besonders enge, oft lästige und auch schwer zu bestimmende Schranken auf. Ich habe schon anfangs bemerkt, dass es einerseits die Schranken der Kantonssouveränität, andererseits die der individuellen Freiheitsrechte sind. Beides hängt zusammen mit der bundesstaatlichen Organisation der Schweiz, unmittelbar oder mittelbar. Die föderalistische Staatsform ist eben nicht einfach, und die Aufgaben und Kompetenzen zwischen zwei angeblich souveränen Staatswesen abzugrenzen ist eine widerspruchsvolle Aufgabe, weil die Rechtsordnung ein Ganzes ist. Die Grenzsteine dieser Linie sind nicht scharfe, juristische Begriffe. Namentlich aber stösst der Bund, wenn er die Gesamtinteressen der Schweiz wahren will, immer wieder auf die Kompetenzen der Kantone; er stösst sich an den Individualrechten und heute be-

sonders an der Gewerbefreiheit. Diese Schwierigkeit ist zuzugeben: je enger eine Verfassung ist, desto schwieriger ist es, mit ihr auszukommen, schon unter ordentlichen, aber noch mehr unter ausserordentlichen Umständen. Und unsere Verfassung ist enger als die meisten anderen.

Das hat manche um die Rechtlichkeit unseres Staatslebens besorgte Juristen veranlasst, sich zu fragen, ob dieses nicht ganz zu vermeidende «Notrecht» nicht in der Verfassung begründet und umschrieben werden sollte; einerseits um die unbegründete Anwendung zu verhüten, andererseits um die begründete Anwendung rechtlich zu unterbauen; so dass diese Behörden wüssten, wann sie vom Notrecht Gebrauch machen dürfen, dann aber auch den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit nicht mehr zu gewärtigen hätten.

Dieser Gewinn wäre nicht niedrig anzuschlagen. Es ist ein unbefriedigender Zustand, wenn die verantwortlichen Behörden eines Rechtsstaates sich fortwährend ausserhalb des geltenden Rechtes stellen und rechtswidrig regieren müssen. Das sollte nicht sein. Der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit, der jetzt nicht ganz zurückgewiesen werden kann, ist nicht leicht zu nehmen. — Wenn man nun das Notrecht in die Verfassung selbst einbaut, ist es legalisiert, und man sollte eigentlich nicht mehr vom Notrecht im Sinne eines Rechts gegen die Verfassung sprechen. Alles ist nun formell verfassungsmässig. Der Verfassungsbruch ist vermieden. Aber diese formelle Legalisierung ist doch nicht ohne materielle Bedenken, auf die schon Prof. WACKERNAGEL aufmerksam gemacht hat.

Umschreibt man nämlich dieses Ausnahmerecht *weit*, so setzt man die Bedeutung des regulären Rechts stark herab. Die Ausnahme ist wichtiger als die Regel. Die ordentliche Verfassung braucht nur mehr eingehalten zu werden, wenn die Behörde der Ansicht ist, dass man mit ihr auskommt. Die Verfassung, die man kennt, gilt dann noch in den harmlosen Angelegenheiten des Alltags, für die laufende Verwaltung; für alle kritischen Angelegenheiten aber, für die schweren Interessenkonflikte steht der Behörde das unberechenbare Notrecht, das Ausnahmerecht, zur Verfügung. Das ist gefährlich, ich brauche es nicht auszuführen. Das gezähmte, in der Verfassung selbst anerkannte schaut einen ja auch nicht mehr so gorgonenhafte an, wie das eigentliche Notrecht, das Recht, die Verfassung zu brechen.

Umschreibt man aber das Notrecht in der Verfassung *eng*, so riskiert man, damit doch nicht auszukommen, und gegenüber dem unzureichenden verfas-

sungsmässigen Notrecht wieder das ausserverfassungsmässige anrufen zu müssen. Und die Kodifizierung des Notrechts, wie man sie sich vorstellt, soll doch, so meint man, jedes ausserverfassungsrechtliche Notrecht ausschliessen. Sonst wäre der Gorgonenblick nicht gebannt. Kann man sich aber dafür verbürgen, dass die einmal gegebene Verfassung allen Lagen gerecht wird? Und wenn man das nicht verbürgen kann, darf man es dann ehrlicherweise versprechen? Der Scharfsinn der Juristen hat vor diesen Schwierigkeiten nicht kapituliert: in verschiedenen Formulierungen hat man versucht, *alle* möglichen Fälle der Staatsnot in einer weiten Formel einzufangen, den Missbrauch dieser gefährlichen Ermessensfreiheit aber durch formelle Mittel zu verhüten: durch eine kurze Befristung dieser Erlasse, durch besondere Erschwerungen der Beschlussfassung, wie qualifiziertes Mehr des Parlamentes oder Zustimmung des Volkes. Allein damit verfällt man wieder der anderen Schwierigkeit: wenn der unentbehrliche Beschluss nicht zustande kommt und die Gefahr droht, steht die Regierung vor der doppelt bitteren Wahl, der Gefahr untätig zuzusehen, oder anzuordnen, was die Verfassung verbietet. Es ist, fürchte ich, eine Überschätzung des positiven Rechts, alles, auch den Fall der höchsten Not, abschliesslich ordnen zu wollen; das Schicksal des Staates an vorbestimmte Formen zu binden.

Wir stehen also vor dem Ergebnis, dass einerseits die Bundesbehörden durch die Verfassung, wie sie besteht, so beschränkt sind, dass sie nicht mit allen politischen und wirtschaftlichen Notlagen fertig werden; dass es aber andererseits unklug wäre, ihnen ein generelles und abschliessendes Notrecht zu gewähren. Es fragt sich daher, ob es nicht angezeigt ist, sie *für gewisse Fälle* zu ermächtigen, wenigstens vorübergehend die Schranken des normalen Verfassungsrechtes zu überschreiten. Ich meine: Vorerst zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sowie zur Aufrechterhaltung der Ruhe und Ordnung, soweit die Kantone nicht das Erforderliche vorkehren; wozu einige Kantonsverfassungen, wie die bernische (Art. 39), die Regierung mit ausserordentlichen Vollmachten ausrüsten. Dasselbe hätte die Bundesverfassung für den Bundesrat auf eidgenössischem Boden zu tun. – Sodann im Falle ausserordentlicher Gefahren für die schweizerische Volkswirtschaft, in der Meinung, die neuen Wirtschaftsartikel werden der neuen Lage unserer Volkswirtschaft soweit Rechnung tragen, dass der Bund weitere Kompetenzen nur ganz ausserordentlichweise zu beanspruchen hätte. Die Erfahrung scheint mir auf diese beiden Fälle besonders hinzuweisen.

Ich meine also, dass diese beiden Ventile zu öffnen wären durch die Verfassung selbst, wie sie ja schon selbst einige ähnliche Kompetenzerweiterungen vorsieht, z.B. in den Art. 29 für die Zölle, 39 für den Zwangskurs der Banknoten und namentlich Art. 16 für die eidgenössische Intervention.

Ist das nun «Notrecht» oder ist es keines? Es ist Notrecht, insofern es für die Fälle der Not gelten soll; aber es ist keines, insofern es kraft der Verfassung selbst gilt, nicht kraft eines überverfassungsrechtlichen Titels, als «Recht», die Verfassung zu brechen. Es soll aber auch nicht die Bedeutung sein, dass das andere, eigentliche Notrecht verboten und damit ein für allemal beseitigt sei; dass die derart geschmeidiger gemachte Verfassung unter *allen* Umständen, die wir doch nicht zu überblicken vermögen, eingehalten werden könne und müsse, dafür kann niemand einstehen. Aber dafür braucht auch die Verfassung nicht zu sorgen. Darüber schweigt man lieber. – Wir ändern die Verfassung so ab, dass sie, soweit vor auszusehen, immer eingehalten werden kann, damit sie in Zukunft auch immer eingehalten werde.

Wir haben wohl alle das Gefühl, dass das nicht immer geschehen und dass die Behörden sich wieder getreuer an die Verfassung halten müssen.

Manche möchten für die Einhaltung der Verfassung überhaupt noch besondere Garantien schaffen. Ich nenne nur zwei: ein qualifiziertes Mehr in der Bundesversammlung zur Fassung solcher Beschlüsse, und die Verfassungsgerichtsbarkeit.

1. Das *qualifizierte Mehr* ist verlangt worden durch die kommunistische Initiative, nach der die Bundesversammlung mit Dreiviertelmehrheit Beschlüsse, die im Interesse des werktätigen Volkes liegen, dem Referendum entziehen könnte; und neuerdings durch die Richtlinieninitiative, die Art. 89 dahin abändern will, dass in Zukunft nur zeitlich unaufschiebbare Beschlüsse dringlich erklärt werden können, und zwar nur mit einer Mehrheit von zwei Dritteln. Ähnlich ist auch in verschiedenen Vorschlägen die Ausübung des sogenannten Notrechts vorgesehen worden.

Ich gebe ohne weiteres zu, dass eine solche Bestimmung technisch einfach ist; sie lässt sich leicht anwenden. Aber es sprechen dagegen, wie mir scheint, zwei Erwägungen:

Die *erste* ist, dass es immer etwas künstlich ist, eine sachliche Frage durch erhöhtes Mehr einer Versammlung entscheiden zu lassen: gewiss soll man nicht

leichthin die Verfassung umgehen oder die ausserordentlichen Kompetenzen anrufen; aber wenn es zu entscheiden gilt, ob eine Massnahme unaufschiebbar ist, was in der Regel auch bedeutet, dass sie unentbehrlich ist, oder ob (nach den Vorschlägen über das Notrecht) ein Fall wirklicher Not vorliegt, warum sollen diejenigen, die das bejahen, weniger Glauben verdienen als diejenigen, die es verneinen? Wenn ein Drittel es verneint, trifft er eine ebenso verantwortungsschwere Entscheidung wie die Zweidrittelsmehrheit sie getroffen hätte mit der Bejahung. Soll der Staat gefährdet werden, weil ein Drittel (vielleicht gerade der Opposition) es so haben will?

Die *zweite* Erwägung ist, dass gerade diese Begünstigung der Neinsager die Sachlichkeit der Entscheidung gefährden könnte, sei es, dass die Minderheit ihre negative Macht ausnutzt, um anderweitige Zugeständnisse zu ermarkten, sei es, dass die Mehrheit, wenn sie zwei Drittel erreicht, sich leicht einbildet, ihr sei nun alles erlaubt, und es mit dem Begriff der zeitlichen Dringlichkeit oder der ausserordentlichen Not nicht mehr so genau nimmt. So dass mit der formellen Garantie der Zweidrittelsmehrheit die Dringlichkeit zwar weniger oft, aber nicht korrekter angewendet würde. Es ist ein empirisches Mittel; die Fahrt wird mechanisch verlangsamt; aber ob man dann immer noch zur Zeit kommt?

2. Die *Verfassungsgerichtsbarkeit* bildet den Gegenstand eines neuen Volksbegehrens: das Bundesgericht soll prüfen, ob Bundesgesetze oder Bundesbeschlüsse, die nicht vom Volke angenommen worden sind, die verfassungsmässigen Rechte der Bürger verletzen, und, wenn ich das Begehren recht verstehe, auch, ob sie die verfassungsmässigen Kompetenzen der Kantone verletzen; die verfassungswidrigen Bestimmungen soll das Bundesgericht aufheben.

Vielen erscheint diese Überprüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze durch ein unabhängiges Gericht als die Vollendung und das *nec plus ultra* des Rechtsstaates, als die ideale Garantie der Verfassungstreue der Behörden. Ich halte das für eine doktrinaire Überspannung der Gerichtsbarkeit. Man kann nicht alles zum Gegenstand eines Prozesses machen. Der Gedanke, die Werke des Gesetzgebers auf Begehren einer beteiligten Privatperson durch ein Gericht überprüfen zu lassen, scheint mir, ganz abgesehen von den technischen Schwierigkeiten der Anwendung, *grundsätzlich* anfechtbar, insbesondere aus folgenden Erwägungen:

a) Was verfassungsmässig und was verfassungswidrig ist, ist nicht eine rein juristische Frage, die verstandesmässig, an Hand technischer Begriffe beantwortet werden könnte. Wenn z.B. der Bundesgesetzgeber gewisse Vereine verbieten darf, weil staatsgefährlich, und sie verbieten will, müsste das Bundesgericht entscheiden, welche Vereine staatsgefährlich sind; oder wenn ein Automobilgesetz auch den Wagen- und Fussgängerverkehr einschränkt, der grundsätzlich Sache der Kantone ist, müsste das Bundesgericht entscheiden, ob diese Einschränkungen zur zweckmässigen Ordnung des Automobilverkehrs notwendig sind; oder wenn ein Bundesgesetz den Alkoholausschank in den Fabriken verbietet, hätte das Bundesgericht zu prüfen, ob eine solche Vorschrift zum Schutz «der Gesundheit und Sicherheit der Arbeiter» (wie sich Art. 34 ausdrückt) nötig ist. M.a.W. das Bundesgericht müsste eben die Frage entscheiden, die der Gesetzgeber zu erwägen hatte und nach seinem gesetzgeberischen Verfahren untersucht und erwogen hat: es würde eine ausgesprochen gesetzgebungspolitische Frage entscheiden.

b) Ein Verfassungsgericht kann stets *nur aufheben*, was ihm verfassungswidrig scheint; es kann nicht etwas anderes an die Stelle des Aufgehobenen setzen. Es ist nun bekanntlich viel leichter zu zerstören als aufzubauen. Und mit der Aufhebung ist es nicht immer getan: durch die Streichung einer Bestimmung kann eine störende Lücke eintreten, ja das Gesetz kann unbrauchbar werden. Und wer gibt uns dann das andere, bessere Gesetz? Jedenfalls nicht das Bundesgericht.

c) Damit hängt zusammen, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit, die die eine Behörde ermächtigt, aufzuheben, was die andere anbefohlen hat, die Verantwortung für die Gesetzgebung zerteilt und schwächt: wer bleibt denn schliesslich verantwortlich dafür, dass die notwendigen Gesetze auch erlassen werden? Das Bundesgericht oder die Bundesversammlung? Das Bundesgericht wird sich kaum dafür verantwortlich fühlen, da es nur negative Arbeit leisten kann, und die Bundesversammlung wird sich auch nicht mehr voll verantwortlich fühlen für die Erfüllung der gesetzgeberischen Aufgabe, wenn eine andere Behörde ihr das mühsam zustandegebrachte Werk wegen abweichender Auffassung über eine spezielle Kompetenzfrage zerstört. Es sollte aber für eine so wichtige Aufgabe, wie die der Gesetzgebung, *eine* Instanz verantwortlich sein, ganz verantwortlich, und deshalb muss sie auch ungeteilt zuständig sein.

Allerdings übt das Bundesgericht schon lange eine ähnliche Befugnis aus gegenüber den Gesetzen der Kantone: es hebt sie auf, wenn sie der Kantonsverfassung oder dem Bundesrecht widersprechen. Allein diese Aufgabe ist die notwendige Folge des Grundsatzes, dass das eidgenössische Recht dem kantonalen vorgeht und dass der Bund die kantonalen Verfassungen gewährleistet. Die Anwendung, das sei zugegeben, hat nicht zu erheblichen Übelständen geführt. Aber es ist zu berücksichtigen, dass kantonale *Gesetze* verhältnismässig selten aufgehoben werden, und dann meist wegen Bundesrechtswidrigkeit. Und zudem ist zu sagen, dass die Aufhebung eines Bundesgesetzes immerhin bedenklicher wäre und die Unabhängigkeit des Bundesgerichts auf eine härtere Probe stellen würde als die Aufhebung eines kantonalen Gesetzes. Die Erfahrung mit dem obersten Gerichtshof der Vereinigten Staaten bestätigt das.

Mein Schluss ist also: die Verfassung ist so auszubauen, dass sie in den voraussehbaren Fällen gehalten werden kann; aber dann soll sie auch gehalten werden.

WALTHER BURCKHARDT

AUFSÄTZE
UND VORTRÄGE
1910-1938

MIT EINER EINFÜHRUNG
VON HANS HUBER



VERLAG STÄMPFLI & CIE AG BERN · 1970

©

VERLAG STÄMPFLI & CIE AG BERN 1970
GESAMTHERSTELLUNG STÄMPFLI & CIE AG BERN
PRINTED IN SWITZERLAND