

Michael W. Hebelson
Mettlenhölzliweg 1
3074 Muri b. Bern

Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates

Untersuchungen
über die Entwicklungstendenzen
im modernen Verfassungsrecht

von

Dr. iur. Werner Kägi

Privatdozent an der Universität Zürich



POLYGRAPHISCHER VERLAG AG ZÜRICH

7. Kapitel

Verfassung und Demokratie

Die normative Verfassung hat unter keiner Staatsform jene zentrale Stellung und jenes Optimum an „Unverbrüchlichkeit“ erlangt wie in der Demokratie. Und doch war auch hier das Normative dauernd in einem gewissen Spannungsverhältnis zum demokratischen Prinzip der Mehrheitsentscheidung. Die Gegenwart hat diese Spannung verschärft und es wird zur dringenden Aufgabe, die „verfassungsmässige“ („konstitutionelle“) Demokratie, in welcher gerade die Mässigung des politischen Formprinzipes durch das Normative das Entscheidende ist, von der „absoluten“ („massiven“) Demokratie, die das „dezisionistische“ Moment der Mehrheitsentscheidung in den Mittelpunkt rückt, abzuheben. Nicht die verfassungsmässige Ausgestaltung der Demokratie im einzelnen und ihre gegenwärtige Problematik also interessiert uns hier, sondern das Besondere der Problematik von Wille und Norm im demokratischen Verfassungsstaat. Das demokratische Prinzip hat seine Eigengesetzlichkeit wie die normative Verfassung. Es wird zu zeigen sein, wie diese „logique de la démocratie“ (Barthélemy) der „logique de la constitution“¹⁾, wie die Legitimität des plebiszitären Volkswillens der Legalität der gesetzten Verfassung widersprechen kann und wie dieser Gegensatz — der an sich kein zwingender oder gar denknotwendiger ist — gerade heute, im Zeichen der Wende zum „dezisionistischen“ Denken, in gefährlicher Weise neu aufbrechen musste und das Normative zurücktreten lässt. Nicht nur die Praxis, sondern auch die Theorie neigt mehr und mehr dazu, in der Legitimierung durch den demokratischen Mehrheitswillen das Höhere und rechtlich Stärkere zu sehen als in der Legitimation durch die Normgemäss-

¹⁾ Dass diese *logique de la constitution* nicht mit der Normlogik der „reinen Rechtslehre“ identisch ist, braucht nach dem Vorstehenden kaum mehr besonders erwähnt zu werden.

heit (Legalität, Verfassungsmässigkeit). Auch diese Entwicklung muss auf dem Hintergrund des Niederganges des Normativen gesehen werden. Die „organische Einheit“ zwischen dem demokratischen Prinzip und der Freiheit, von der Fritz Fleiner gelegentlich spricht, ist gefährdet.

Ein kurzer ideengeschichtlicher Rückblick drängt sich zur Verdeutlichung der ganzen Problematik deshalb auf, weil sich heute mit entgegengesetzter Tendenz jene Auseinandersetzung von Norm und „souveräner“ Gewalt wiederholt, die dem werdenden Frühkonstitutionalismus das Gepräge gab.

Damals standen sich, nachdem die einst so machtvolle Theorie der doppelten Majestät in den Hintergrund getreten war, die Lehren von der Herrschersouveränität und Volkssouveränität gegenüber. „Die konstitutionellen Bestrebungen aber waren darauf angewiesen, von dem einen oder andern Ausgangspunkt her dem spröden Souveränitätsbegriff den Boden für ein Verfassungsrecht abzuringen“ (Otto von Guericke²⁾).

Das Werden der monarchischen Verfassung war ein Kampf gegen die Lehre von der absoluten Monarchie, die die Möglichkeit eines, den Souverän selbst bindenden Verfassungsrechtes prinzipiell ablehnte. Ein Verfassungsrecht hat nur da Raum, wo die Herrschersouveränität nicht mehr als absolut behauptet wird; damit treten neben das „imperium absolutum“ verschiedene Formen des „imperium limitatum“, die sich schliesslich zur „beschränkten“ oder „konstitutionellen“ Monarchie entwickeln. Das Studium des monarchischen Verfassungsrechtes zeigt, wie der Dezisionismus des „monarchischen Prinzips“ immer wieder durchbricht, die gesetzte Norm relativiert und so die normative Verfassung im Staatsleben immer bloss sekundär bleibt³⁾.

Aber auch in der Demokratie ist das Verfassungsrecht dauernd gefährdet durch den latenten Absolutismus des Mehrheitsentscheides⁴⁾. Es gibt Zeiten ruhiger Entwick-

²⁾ Genossenschaftsrecht Bd. IV 451; meine „Gewaltenteilung“ 20 ff.

³⁾ Preuss DJZ 1924 Sp. 652; Barthélemy/Duez 195 L., 183; Waldecker AStL 550 ff., 641 ff.; Carl Schmitt VVDStRL Heft 1 85.

⁴⁾ Immer wieder hat man erkannt, dass die Demokratie nicht „ihrer Natur nach“ freiheitlich ist. Montesquieu, Esprit des Lois XI/4 (édit. Garnier Bd. I 150). Die ganze Problematik ist zumeist unter dem Stichwort „Demokratie und Liberalismus“ diskutiert worden. Vergl. G. de Ruggiero, Ge-

lung, wo dies kaum zutage tritt, aber es gibt auch wieder Epochen, wo die latente Spannung in eine schroffe Antinomik aufbricht.

Schon in der altgriechischen Stadt-Demokratie lässt sich diese voluntaristische Wendung im Verfassungsleben der Demokratie — die ja immer ein untrügliches Zeichen ihrer Entartung war — in schönster Weise aufzeigen. Zwar war die Machtvollkommenheit der Volksversammlung eine absolute, unumschränkte. Aber dennoch äusserte sich in verschiedenen eigenartigen Instituten die Absicht, den Nomos gegen den Demos zu schützen. Und wenn auch die Neigung zum ständigen Abändern tief im Volkscharakter begründet sein mochte, so waren doch auch hier Niedergangszeiten deutlich erkennbar an jenem ungesunden, unaufhörlichen Hervorbringen von Volksbeschlüssen, die — nicht mehr vom Willen zum Gesetz, sondern von der Laune des Augenblicks diktiert — den Nomos durchlöcheren und erschütterten. Auch der Demos aber kann so schliesslich zum Tyrannen werden⁵⁾. Aristoteles hat diese Zusammenhänge in seiner „Politik“

schichte des Liberalismus in Europa 356 ff.; Fleiner BStR 25, 316; His, Geschichte Bd. III 354, 1178 ff.; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 45; Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur 116 f., 133 f.; neuestens Meisser, Demokratie und Liberalismus, ZüDiss 1941 99 ff., 108 ff.; Jagmetti, Der Einfluss der Lehren von der Volkssouveränität und dem *pouvoir constituant*, weist auf die (mögliche) Antinomik zwischen den Prinzipien der Volkssouveränität und dem *pouvoir constituant* hin (vergl. namentlich 197 f.); vergl. auch die Antithese von „Legalität“ und „Legitimität“ bei Carl Schmitt in der gleichnamigen Schrift (Berlin 1932); wo, allerdings überspitzt, der Gegensatz zwischen der „Wertneutralität“ des 1. Hauptteils der Weimarer Reichsverfassung (Organisationsprinzip) und der „Wertfülle“ des 2. Hauptteils (Grundrechte) aufgewiesen wird. Vergl. auch W. Jellinek in VVDStRL Heft 2 257; Leibholz, Die Auflösung der liberalen Demokratie 11 f., 21 ff., 50 f.; Westphalen Fürstenberg, Das Problem der Grundrechte 23 f., 29 f.; Sander, Probleme der Demokratie 97 ff., 109, 115. — Sehr schön im ganzen Werk von Benjamin Constant, namentlich auch in *Esquisse d'une Constitution* (1818) 31 ff.; und A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* insbes. Bd. II Kap. 6 ff.; Ducz in *Mélanges Carré de Malberg* 118. Vergl. namentlich auch Kelsen, *Wesen und Wert der Demokratie* 10 ff. (die tatsächliche Entwicklung ist zwar richtig erfasst, aber die These auf 10 unten, die auch in den andern Werken immer wiederkehrt, ist abwegig); vergl. für unseren Zusammenhang vor allem auch 70 ff. über den Widerspruch zwischen dem Prinzip der Gesetzmässigkeit und dem Prinzip der Demokratie. AStL 320 ff., 361 ff., 366 f. 325: die „im Grunde genommen unrettbare Freiheit des Individuums“!

aufgewiesen; seine Analyse trifft auch den Kern der modernen Problematik.

Dieser Widerstreit von Norm und Wille liesse sich durch die ganze Geschichte der Demokratie hindurch verfolgen. Unsere Untersuchung, die zu der aktuellen Problematik drängt, erfordert wenigstens einen kurzen Rückblick auf die Entstehungsgeschichte der Unionsverfassung und die Ideengeschichte der französischen Revolution.

In den Debatten der Philadelphia Convention und im „Federalist“ war die Antinomik klar gegenwärtig. Für die „Väter“ war es zwar ein unantastbares Dogma, dass sich alle Staatsgewalt vom Volk ableitet („popular government“); aber gleichzeitig war es ein zentrales Anliegen ihrer Verfassungspolitik, die Verfassung gegenüber den momentanen Wollungen von Mehrheiten sicherzustellen. Sie wollten, wie es im „Federalist“ immer wieder hervorgehoben wird, nicht eine „Demokratie“ sondern eine „Republik“, oder, um es in einer heute geläufigeren Antithese auszudrücken: nicht eine „massive“, sondern eine „konstitutionelle“ Demokratie⁵). Die Verfassung war ebenso bewusst gegen den demokratischen wie gegen den monarchischen Absolutismus gerichtet. Dank der Autorität des Common law war es möglich, diese „Herrschaft der Gesetze“ („government of laws“, „Supremacy of the Law“) aufzurichten.

Auch in der französischen Revolution haben Staatsdenker und Verfassungsschöpfer mit dieser Problematik gerungen. Auf der einen Seite stand der Hohepriester des Gesetzes, Montesquieu, auf der andern der leidenschaftliche Denker der radikalen Demokratie, Rousseau; und wie sich in der (liberalen) Verfassung von 1791 vor allem der „Esprit des Lois“ spiegelt, so waren die Schöpfer der (radikaldemokratischen) Verfassung von 1793 die getreuen, gelehrigen Adepten des „Contrat social“⁷).

⁵) Jakob Burckhardt, Griechische Kulturgeschichte Bd. I (Kröner TA 83 ff.; Bryce Bd. I 183, 186 f., 193 oben; Knauss, Staat und Mensch in Hellas 98 ff.

⁶) Vergl. namentlich etwa Federalist No. 78 (Hamilton), No. 10; 14; 39 (Madison); Rappard ZschwR n. F. Bd. 53 61a ff.; Beck, Die Verfassung der Vereinigten Staaten 241 ff., 326; Ch. G. Haines, A Government of Laws or a Government of Men 1 ff.

⁷) Vergl. meine „Gewaltenteilung“ 49 ff., 68 ff., 80 ff. Die Verfassung von 1791 (Art. 3, tit. III, chap. II) bestimmte noch: Il n'y a pas en France d'autorité supérieure à celle de la loi.

Im säkularen Kampfe gegen die Herrschersouveränität hat schliesslich die Volkssouveränität gesiegt. Eine „dritte Partei“ — die dauernd unterliegende! — war für die Souveränität des Rechts⁸⁾ eingetreten. Fénelon etwa hatte gegen den „despotisme de la populace“ wie gegen den „despotisme des Souverains“ Stellung genommen; auch Leibniz erkannte, dass ein Verfassungsrecht neben dem absoluten Souveränitätsanspruch keinen Bestand haben konnte; und Mirabeau war in der Revolution der Wortführer der berühmten Thesen Montesquieus.

Revolutionierende Kraft aber hatte die Lehre von der Volkssouveränität durch Rousseaus *Contrat social* empfangen. Er hat dem „Volk“ die absolute Vollgewalt vindiziert: die schlechthin unbeschränkte, unveräusserliche, unteilbare und unvertretbare Souveränität (C. s. I 6 f., II c. 1—2, 7, III c. 15—16). Zwar ist nach Rousseau auch dieses „pouvoir souverain“ — obwohl „tout absolu, tout sacré, tout inviolable“ — nicht ohne Schranken. Aus der „loi de raison“ folgert er vielmehr, dass die Allgemeinheit der Satzung unbedingt gewahrt werden müsse; auch das souveräne Volk ist nicht zuständig, über einen Einzelfall (*affaire particulière, objet particulier*) zu entscheiden. Darin läge ein Bruch des *Contrat social*, der die Einzelnen wieder in ihre „liberté naturelle“ (*premiers droits*) zurücktreten liesse (II 4, I 6).

Man hat diese Schranken der Souveränität in den Darstellungen von Rousseaus Lehre kaum beachtet und ihnen jedenfalls keine grosse Bedeutung zugemessen. Die innere Konsequenz seiner Lehre drängt nach Schrankenlosigkeit des Mehrheitswillens. Deshalb konnte man auch immer wieder feststellen, dass der *Contrat social* im Grunde die „*théorie du despotisme le plus absolu*“ (Barthélemy) darstelle, — ein Hobbes mit demokratischen Vorzeichen. Und alles Normative, alle gesetzte

⁸⁾ Vergl. über diesen Kampf zwischen den „three claimants for sovereignty: the King, the King in Parliament, the Law“ im engl. Staatsrecht Maitland, *The Constitutional History of England* 298 f., namentlich die Lehren von Coke daselbst 300 ff.; vergl. auch Rappard, *ZschWR n. F.* Bd. 53 63a f.; Le Fur in *Mélanges Hauriou* 353; Gierke, *Genossenschaftsrecht* Bd. III 633, Althusius 142, 189, 202 ff., 289 („die staatsabsolutistische Richtung der Demokratie“); 264 ff. (über den ständigen wechselvollen Kampf zwischen dem Normativen und dem Staatsabsolutismus); Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur* 115 f.

Ordnung, alles „Konstitutionelle“ wird durch die immer wieder betonte Souveränität des jeweiligen Mehrheitswillens in Frage gestellt. Das „peuple en corps“ ist legibus solutus: das ist die Grundthese, wie sie — gemäss dem Gesetz der Radikalität der revolutionären Dialektik — gegenüber dem monarchischen Absolutismus in Anlehnung an Rousseau formuliert wurde. Der Kampf um das Verfassungsrecht im demokratischen Staat war letztlich immer ein Kampf gegen dieses verhängnisvolle Prinzip⁹⁾.

Die „logique de la constitution“ beruht auf der Unverbrüchlichkeit der Grundnormen der Verfassung; auf dem principe du droit; die „logique de la démocratie“ dagegen behauptet die unbedingte Autorität des Volkswillens in jeder Form; sie geht aus vom principe du pouvoir. In der verfassungsmässigen Demokratie ist auch der Volkswille nicht souverän, d. h. auch die Zuständigkeit des Volkes ist eine normierte und begrenzte. Jede echte Grundrechtsverankerung bedeutet eine Einschränkung des demokratischen Prinzips der Mehrheitsentscheidung, eine Schranke für den „Träger“ oder „Repräsentanten“ der volonté générale. Dieser unverrückbare Vorrang der Norm — ohne den die Verfassung als normative Ordnung sinnlos ist — wird durch das demokratische Prinzip in Frage gestellt.

Das Zurücktreten des Normativen gegenüber dem „dezisionistischen“ Prinzip der Mehrheitsentscheidung hat sich in verschiedenen Stufen vollzogen. Diese Tendenz zur absoluten („massiven“) Demokratie ist nicht in allen Staaten gleich ausgeprägt, aber doch ziemlich allgemein zutage getreten. Und in Verfassungspolitik und Theorie zeigen sich auch hier alle Schattierungen, von der unentwegten Verteidigung gewisser Werte (vor allem der Grundrechte) bis zur völligen Kapitulation vor dem „König Mehrheit“, gleichgültig, ob er seinen Willen als Verfassungsgesetzgeber und als gewöhnlicher Gesetzgeber oder schliesslich sogar in bloss individuellen Akten kundgibt. Vor seinem Willen sinkt alles Normative entmächtigt zu Boden; „toutes les formes

⁹⁾ Vergl. namentlich Sieyès, Qu'est-ce que le Tiers Etat? 115 f.: De quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille; toutes les formes sont bonnes et sa volonté est toujours la loi suprême... Ne craignons point de le répéter: Une nation est indépendante de toute forme et de quelque manière qu'elle veuille, il suffit que sa volonté paraisse pour que tout droit positif cesse devant elle, comme devant la source et le maître suprême de tout droit positif (!).

sont bonnes, il suffit qu'elle (la nation) veuille".! Zwischen diesen beiden Extremen versucht die Grosszahl der Verfassungstheorien eine Harmonisierung; sei es mehr nach der Seite des Normativen, sei es mehr nach der Seite des „Dezisionistischen“.

I. Die Selbstherrlichkeit des Normativen erscheint mit kompromissloser Absolutheit dort, wo es auch das „pouvoir constituant“ bindet“ d. h. wo auch die verfassungsgebende Gewalt bei der Schaffung einer Verfassung nicht frei ist. Die „ewigen“ Ordnungen und Werte muss auch der Staat beachten; es gibt gewisse „Grundrechte“ und Prinzipien, die vor- und überstaatliche Geltung besitzen¹⁰⁾.

Man hat diese unverrückbaren Grundlagen der Verfassung („bloc des idées incontestables“) in der verschiedensten Weise — bald mehr theologisch, als göttliche Gebote, bald mehr philosophisch, als absolute Prinzipien der Vernunft — begründet. In der Rechtstheorie hat man sie auch immer wieder als Rechtsprinzipien (grands principes d'ordre social et de justice) dargestellt, die allem positiven Recht vorgehen¹¹⁾; man hat konsequenterweise

¹⁰⁾ Gerade um diesen Charakter zu unterstreichen und jede Idee einer staatlichen Gewährung auszuschliessen, wollten sie die „Väter“ der amerikanischen Verfassung anfänglich nicht in die Verfassung aufnehmen. Vergl. Hamilton „Federalist“ No. 84.

¹¹⁾ Mauriou, Précis de Droit Constitutionnel 255: über der Verfassung und über dem pouvoir constituant steht die „légitimité des grands principes individualistes d'ordre et de justice qui ont fait la civilisation“; auch das Gewaltenteilungsprinzip ist dem pouvoir constituant übergeordnet, 251, 238 f., 298; Duguit, Traité 3. Aufl. Bd. III 595 ff., 603 f.; die Normenhierarchie von 1789: lois fondamentales (sc. Déclaration des droits de l'homme als „pacte social de la France“) — lois constitutionnelles — lois ordinaires, sei auch heute (1928) noch geltendes Recht; 606 f., 641, 689 f., 565 ff.; Le Fur in Mélanges Carré de Malberg 354 f.; Renard daselbst 490; Duguit, Annuaire 1929 204, vergl. auch Berthélemy, daselbst 205 (le droit supérieur; droit naturel d'un moment donné); Georges Scelle, Précis du Droit des Gens Bd. II 355 f.: die principes superconstitutionnels oder principes essentiels du droit objectif; vergl. auch 3 f. — Ueber die „Fundamentalsätze“ im amerikanischen Verfassungsrecht vergl. v. Mangoldt, Rechtsstaatsgedanke und Regierungsform in den Vereinigten Staaten von Amerika 2, 4, 53; vergl. namentlich auch die Ausführungen von Marshall in Fletcher v. Peck und Chase in Calder v. Bull (3 Dall. 386), Miller in Loan Association v. Topeka, cit. bei Willoughby 66 und Anm. 82 auf 66 f.; vergl. auch Bd. I 598 f.; Beck, Die Verfassung der Vereinigten Staaten 254 f. —

das widersprechende positive Recht als ungültig („illégitime“) erklärt und zum Schutz jener vorstaatlichen Werte gegen den Staat, auch den demokratisch legitimierten, das Widerstandsrecht eingeräumt.

Die grosse Mehrzahl der Rechtslehrer hat aber gegen diese Anschauung im Namen des positiven Rechtes Front gemacht und diesen „vorstaatlichen Rechten“ jede rechtliche (juristische) Bedeutung abgesprochen¹²⁾. Viele Autoren deshalb, weil für sie „Recht“ per definitionem nur staatlich-positives Recht ist (anderseits aber auch alles, was der Staat kompetenzgerecht anordnet, Rechtsqualität hat). Sie leugnen die Objektivität vorpositiver Rechtsgrundsätze, wie der Werte überhaupt; ihr Rechtspositivismus ist der Ausdruck eines allgemeinen (philosophisch-weltanschaulichen) Lebenspositivismus. Bei andern Autoren dagegen ist der Positivismus offenbar nur eine Verteidigung des „positiven Rechtes“; sie sind vielfach Anhänger jener Grundwerte, aber für das Recht anerkennen sie diese nur nach Massgabe ihrer positivrechtlichen Sanktionierung¹³⁾. Das vor- und überstaatliche Recht („Naturrecht“) wird hier also wesentlich deshalb abgelehnt, weil man von ihm die Gefährdung der (relativen) Geschlossenheit und Fol-

E. Zweig, Lehre vom pouvoir constituant 240 ff.; Carl Schmitt VL 25 f., 102 ff., L. u. L. 60 f., HbdDStR II 591 f.; Walter Jellinek, Grenzen der Verfassungsgesetzgebung 1, 3 ff., 9 ff.; Erich Kaufmann VVdDStRL Heft 3 3f., 20 f. („Rechtsprinzipien über dem Gesetzgeber, an die auch der Gesetzgeber gebunden ist“); Gerber VVdDStRL Heft 7 7: die Grundlagen der Staatsverfassung sind im Rechtsverfahren unabänderbar; Simons, cit. bei Holstein ArchöfFR n. F. 17 145 f. —

Fleiner, Tradition, Dogma, Entwicklung 12 (die letzten, unverrückbaren Grundlagen); Rappard, ZschwR n. F. Bd. 53 78a oben; vergl. auch 144a und 145a; Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur 136. Gerade die Demokratie kann nicht auf der Basis des Relativismus existieren (wie Kelsen immer wieder behauptet): vergl. daselbst 141 f., Staat und Politik der Gegenwart als Ausdrucksform der menschlichen Psyche 16; Walther Burckhardt, Staatliche Autorität und geistige Freiheit 18 ff., 30. —

Der Gegensatz des modernen Dezisionismus zum mittelalterlichen Normativismus erhellt in schönster Weise etwa aus Gierke, Althusius 73 ff. und Genossenschaftsrecht Bd. III 610 ff., 624 ff.; vergl. auch Coke's berühmtes Dictum im Bonham Case bei Willoughby Bd. I 66.

¹²⁾ Dupeyroux in Mélanges Carré de Malberg 156 f.

¹³⁾ So etwa Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat Bd. I 57 Note 6; 207 f. Note 8; Mélanges Carré de Malberg 77 f.; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 61.

gerichtigkeit der Theorie des positiven Rechtes befürchtet^{13a}). Diese Denkhaltung musste folgerichtigerweise zu einer fortschreitenden „Autonomisierung aller Verfassungsschranken“ (W. Jellinek) führen. Die Souveränität des Rechtes weicht der Souveränität der positiven Satzung.

Die Problematik dieser Haltung konnte während der Epoche des liberalen Verfassungsstaates verborgen bleiben, weil er jene vorstaatlichen Rechte im wesentlichen positivrechtlich sanktioniert hatte und auch schützte. Sie ist zwar schon früher gelegentlich zutage getreten, aber in der Gegenwart musste sie geradezu krisenhaft aufbrechen gegenüber einem Staate, der überhaupt keine Schranken mehr anerkennt.

So stellt sich die Frage nach den Normen, die auch das „pouvoir constituant“ binden, heute mit neuer Dringlichkeit; es ist nicht nur eine Schicksalsfrage des Staatsrechtes, sondern des Rechtes und der Kultur überhaupt.

II. In Praxis und Theorie hat ziemlich allgemein die Lehre vom allmächtigen, durch keine Norm beschränkten und beschränkbaaren *pouvoir constituant* Anerkennung gefunden. Jedenfalls ist diese Lehre im kontinentalen Europa in Anlehnung an die französische Theorie — in weitgehendem Gegensatz zur angelsächsischen — zur herrschenden geworden. Die „verfassunggebende“ Gewalt kann alles; ihr Wille ist oberster rechtlicher Wille im Staate.

Das radikal „Dezisionistische“ dieses Prinzips hat sich aber auch gegenüber dem Normativen, das in der Unterscheidung von verfassunggebender Gewalt (*constituent power*) und verfassungsändernder Gewalt (*amending power*), bezw. Totalrevision und Partialrevision enthalten ist, durchgesetzt. Es hat, normativ gesehen, seinen guten Sinn, zwischen der Einmaligkeit der Schaffung einer Verfassung (bezw. der Totalrevision) einerseits und der Aenderung (Partialrevision) andererseits, zu unterscheiden, wobei erstere potentiell die Verfassung als Ganzheit, in ihren grundlegenden Prinzipien betrifft, während letztere nur einzelne Verfassungssätze zum Gegenstand hat. Viele Verfassungen haben denn auch diese Unterscheidung positivrechtlich fixiert, so etwa die schweizerische BV in Art. 119 und 121. Würde also im Wege

^{13a}) Vergl. meine Antrittsvorlesung „Staatsrecht und Staatsallmacht“.

der Partialrevision etwa die Abschaffung der Grundrechte angestrebt, so dürfte dieser keine Folge gegeben werden, weil ein solches Begehren, obgleich in die Form einer Partialrevisionsinitiative gekleidet, materiell eine Totalrevision bedeuten würde. In der Praxis hat sich aber die Suprematie des demokratischen Willens gegenüber solchen normativen Unterscheidungen eindeutig behauptet¹⁴⁾ und die Theorie ist hier, wie so oft, der tatsächlichen Entwicklung gefolgt und hat ihr auch willig die Begründung geliefert. Einmal hat man ganz allgemein den rechtlichen Sinn der Revisionsvorschriften angezweifelt¹⁵⁾ und sodann insbesondere die Durchführbarkeit der erwähnten Unterscheidung bestritten. Wenn man der Argumentation nachgeht, wird man ultima analysi fast durchwegs den Schluss finden, dass die Norm eben gegenüber dem Willen des „demokratischen Souveräns“ zurücktreten muss, geleitet von der Erfahrung, „dass in der Wirklichkeit des Staatslebens derartige Rechtssätze dem Drängen politischer Kräfte doch nicht standhalten würden“ (R. Thoma).

Es hat aber doch auch nicht an Versuchen gefehlt, den normativen Sinn der erwähnten Unterscheidungen zu begründen, d. h. irgendwie zu unterscheiden zwischen den grundlegenden, tragenden Prinzipien der Verfassung (also etwa demokratisches Prinzip, Freiheitsrechte, Gewaltenteilung, Föderalismus) und einzelnen Verfassungssätzen, und demgemäss die verfassungsändernde Gewalt vom „pouvoir constituant“ normativ abzugrenzen (vergl. oben 109 f.). Die „verfassungsändernde“ Gewalt (oder Kompetenz zur Partialrevision) bliebe also nicht nur an die Revisionsvorschriften, sondern auch an die Grundprinzipien der Verfassung — die Verfassung als „Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit“ (C. Schmitt) — gebunden, und sie würde damit zu einer begrenzten verfassungsmässigen Kompetenz, wie es der folgerichtig entwickelte normative Sinn der Verfassung verlangt. Im Wege der gewöhnlichen Verfassungsänderung (Partialrevision) können daher nur einzelne verfassungsgesetzliche Bestimmungen, nicht aber jene Grundprinzipien (und a fortiori nicht die Verfassung als Ganzes) revidiert werden. Verfassungs-„gebung“ und Verfassungs-„änderung“ sind qualitativ verschieden¹⁶⁾.

14) Vergl. etwa die Motion Gobat, Verhandl. der Bundesversammlung Dezember 1894 No. 54.

15) vergl. oben 109 f.

Diese Unterscheidung musste sich vor allem dort aufdrängen, wo das Parlament neben den ordentlichen auch die verfassungsändernden Gesetze erlässt. Es war ein sehr „summarischer Absolutismus“, in der Zuständigkeit zur Verfassungsänderung „den allmächtigen Souverän und sogar Träger einer verfassungsgebenden Gewalt“ zu erblicken und es war demgegenüber jedenfalls noch echt normativ-verfassungsstaatlich gedacht, wenn C. Schmitt die Verfassungsrevisionsbefugnis von jeder „grenzenlosen Allmacht“ abzuheben suchte. Die ganze Verfassung wäre ja andernfalls bloss noch ein „Aenderungsverfahren“, eine Blankettverfassung¹⁷⁾.

Die Frage stellt sich aber gemäss der Logik des konstitutionellen Staates auch da, wo das Volk Verfassungsgesetzgeber ist (obligatorisches Verfassungsreferendum). Gerade hier aber lässt sich zeigen, wie man in Praxis und Theorie diese Norm gegenüber dem demokratischen Prinzip zurücktreten lässt¹⁸⁾. Anstelle der verschiedenen Grössen „Volk“, wie sie die normativ-konstitutionelle Auffassung entwickelt (Volk als einfacher Gesetzgeber, V. als verfassungsändernde Gewalt, V. als verfassungsgebende Gewalt), tritt die massivdemokratische („dezisionistische“) Auffassung des Volkes als souveränem Demiurgen.

III. Das Vordringen des demokratischen Prinzips hat sich aber weitgehend dahin ausgewirkt, dass sich auch der „gewöhnliche“ („ordentliche“) Gesetzgeber, der nach konstitutionellen Vorstellungen eine streng verfassungsmässige Gewalt ist, mehr und mehr

¹⁶⁾ Carl Schmitt VL 77, 99, 102 f.; Hauriou, Précis 249; Friedrich, Constitutional Government and Politics 117 f., 162 f.; für die USA der Versuch von William L. Marbury, The limitation upon the amending power, Harvard Law Review 33 223 ff.; cit. bei Carl Schmitt VL 106 und Lambert 112 ff.; vergl. auch den Art. 112 Abs. 2 der norwegischen Verfassung. Vergl. nun auch H. Nef in ZschwR 1942 108 ff.; Giacometti, KantStR 448 ff.

¹⁷⁾ Carl Schmitt, Hüter der Verfassung 16, 113; JW 1929 2314. Anschütz — um nur ein Beispiel zu nennen — hat alle diese Versuche, eine Grenze der Verfassungsänderung zu ziehen, als „neuartige Theorien“ abgetan: Komm. 14. Auflage 404 f. Nach ihm ist „alles ohne Unterschied des Inhaltes und der politischen Tragweite“ legal, was im Wege des Verfassungs-Aenderungs-Verfahrens zustandekommt.

¹⁸⁾ Vergl. — als ein besonders lehrreiches Beispiel unter vielen — die Diskussion um die Verfassungsmässigkeit der „Kriseninitiative“, wo immer wieder geltend gemacht wurde, dass die Manifestation des „Volkswillens“,

über die Schranken der Verfassung hinwegsetzt¹⁹⁾. Darin äussert sich ein wesentlicher Zug jener Entwicklung zum Parlamentsabsolutismus, der in vielen Staaten das Verfassungsleben der letzten Jahrzehnte kennzeichnete. Diese bedeutende Erscheinung fand ihre Rechtfertigung in Praxis und Theorie darin, dass man den „gewöhnlichen“ Gesetzgeber als „oberste Gewalt“ oder gar als den eigentlichen Repräsentanten oder Depositar der *volonté générale* erklärte. Seine Akte holten ihre Legitimation nicht mehr so sehr aus ihrer Uebereinstimmung mit den Normen der Verfassung, sondern gewissermassen originär, aus dem demokratischen Prinzip, d. h. auch die verfassungsüberschreitenden Akte werden legitim. Die demokratische Legitimität wird der verfassungsmässigen Legalität übergeordnet. Der ordentliche Gesetzgeber wird aus einem *pouvoir constitué* zum *pouvoir constituant*, zu einer verfassungstranszendenten Gewalt. Die Unterscheidung von Verfassungsgesetz und gewöhnlichem Gesetz wird unwesentlich.

Im Verhältnis zu den übrigen Gewalten aber drückt sich diese Wandlung darin aus, dass die Gleichordnung, zumal im Verhältnis zur Exekutive, der Ueberordnung der Legislative Platz macht. Anstelle des (verfassungsstaatlichen) aus dem Wesen des Normativen folgenden „Vorranges des Gesetzes“ tritt der („de-zisionistische“, aus dem Wesen des demokratischen Prinzipes sich ergebende) „Vorrang des Gesetzgebers“. Anstelle der Gewaltenteilung tritt mehr und mehr eine Gewaltenvereinigung; damit

wie sie in den 335000 Unterschriften zum Ausdruck kam, nicht aus „formalen Bedenken“ missachtet werden dürfe. StenBull NatRat 1935 14. Vergl. auch Carl Schmitt L. u. L. 63; Fleiner ZschwR n. F. 53 23a: das Referendum hat „keine ‚heilende‘ Kraft“.

Es handelte sich bei der „Kriseninitiative“ in Tat und Wahrheit um ein Begehren auf Totalrevision in der Form eines Partialrevisionsbegehrens. Vergl. Giacometti, SJZ 1935/36 99; StenBull NatRat 1935 21, 46, 74. — Ueber die allgemeine Tendenz, die Totalrevision durch die Partialrevision zu ersetzen, vergl. auch Hauriou, Précis 254; vor diesem „allmählichen Abbröckelungsprozess“ der Partialrevisionen warnte seinerzeit schon Hilty, Die Bundesverfassungen der Schweiz. Eidgenossenschaft 409; vergl. auch Walder, StenBull NatRat 1941 115, Oeri, daselbst 163; vergl. auch die berechtigte Kritik Bilfingers über dieses „Herausreissen einzelner Grundlagen aus dem Normsystem der Verfassung mittelst isolierter Partialrevisionen“, ArchöfFR n. F. Bd. 11 181 f.

¹⁹⁾ Fleiner, ZschwR n. f. Bd. 53, 19a.

aber entfällt eine entscheidende Garantie des Normativen der Staatsverfassung²⁰).

Diese Problematik musste natürlich, wie bereits angedeutet, besonders dort akut werden, wo die gewöhnliche Gesetzgebung und die Verfassungsgesetzgebung vom gleichen Organ ausgehen. Während etwa ein Satz wie BV Art. 123, der für die Verfassungsgesetzgebung (im Gegensatz zur gewöhnlichen Gesetzgebung nach BV Art. 89) sowohl die „Mehrheit der an der Abstimmung teilnehmenden Bürger“ als auch die „Mehrheit der Kantone“ verlangt, seine normative Kraft bewährt, vermögen sich andere Normen, die eine solche Abgrenzung versuchen, gegenüber dem jeweils geltend gemachten demokratischen Prinzip der Mehrheitsentscheidung des betr. Organs nicht zu behaupten. Was das betreffende Organ nur in den Formen und Bedingungen der Verfassungsgesetzgebung anordnen dürfte, setzt es im Wege der einfachen Gesetzgebung („apokryphe Souveränitätsakte“); oder umgekehrt ausgedrückt: seine Zuständigkeit als „einfacher“ Gesetzgeber wird gegenstandslos, wenn es sich in jedem Augenblick ebenso gut auf seine Stellung als Repräsentanten der *volonté générale* berufen kann, d. h. wenn die demokratische Mehrheit in jeder Form jeden Akt *eo ipso* zum rechtlichen macht, d. h. eben die Legalität durch die Legitimität ersetzt. So wird die Theorie der *volonté générale*, deren geschichtliche Aufgabe es war, den Absolutismus der königlichen Gewalt zu beseitigen, zur Wegbereiterin des Parlamentsabsolutismus; die Verfassung aber ist letztlich unter diesem Regime, wie es Carré de Malberg einmal formulierte²¹), „moins une manifestation de volonté suprême qu'un acte d'abandon à une volonté parlementaire“.

IV. Um die Tendenzen des Widerstreites von Norm und Wille zu verdeutlichen, mag schliesslich noch die Struktur jener Demokratie angedeutet werden, in der das Normative auf ein Minimum zusammenschrumpft. Der „Dezisionismus“ des Mehrheitsentscheidendes kann in seiner Normfeindlichkeit soweit radikalisiert werden, dass der Wille der Mehrheit in jedem einzelnen

²⁰) In der verfassungsmässigen Demokratie hat auch eine „demokratische Vermutung zugunsten möglichst weitgehender Befugnisse des Volkes“ (Carl Schmitt, *Volkentscheid und Volksbegehren* 39) keinen Platz.

²¹) *La loi, expression de la volonté générale* 119; vergl. auch unten 140 ff.

Moment, auch wo er sich nicht in einem generellen-abstrakten Rechtssatz, sondern in konkreten Anordnungen kundgibt, seine Suprematie gegenüber der gesetzten Norm behauptet. Es ist der theoretische Grenzfall der *Sic-volo-sic-iubeo*-Demokratie, in der auch der normative Sinn der Unterscheidung der generell-abstrakten Satzung und des individuell-konkreten Vollzugsaktes dahinfällt. Auch die verfassungsstaatlich verpönten Formen der Bill of attainder, der *lex pro re nata* u. ä. können hier voraussetzungsgemäss gar nicht „verfassungswidrig“ sein. Nach der Logik dieses radikalisierten Prinzips hätte schliesslich auch die verfassungsmässige richterliche Unabhängigkeit gegenüber dem jeweiligen Willen des Souveräns keinen Bestand mehr; das Volk würde im Wege demokratischer Machtsprüche auch Prozesse entscheiden. Die Verfassung würde schliesslich, normativ gesehen, nur noch in dem einen Satz bestehen: das Volk darf alles tun, und zur Begründung genügt, wie bei allen Absolutismen, das „*Tel est notre bon plaisir*.“

Diese verfassungslose Demokratie stellt immer eine Entartungsform, und daher auch immer nur eine Uebergangsform zu einer plebiszitärdemokratischen Diktatur dar, die schliesslich — der Eigengesetzlichkeit der Macht folgend — in die souveräne Diktatur umschlägt. Damit sind die extremen Grenzfälle angedeutet. Aber gewisse Tendenzen in dieser Richtung — die *voluntaristische Wendung der Demokratie* — machen sich in den meisten Demokratien, im Zusammenhang mit dem Niedergang des Normativen, geltend²²⁾.

Bei all diesen Grundfragen des Verfassungsrechtes handelt es

²²⁾ Vergl. auch Carl Schmitt VI. 275 (die „demokratisierte und vielköpfige Art der Kabinettsjustiz“); vergl. auch Handbuch des deutschen Staatsrechtes II 587. Ueber diese „diktaturförmige, antirechtsstaatliche . . . tyrannische“ Demokratie, die alle andern Werte verneint, vergl. auch G. Leibholz, Die Auflösung der liberalen Demokratie 19. — Ueber die „Allgemeinheit der Anordnung“ als Schranke vergl. Rousseau C. s. II 4; W. Jellinek, Grenzen der Verfassungsgesetzgebung 8 f.; Esmein/Nézaré Bd. I 28. Ueber die „Unvereinbarkeit des Legalitätsprinzips mit dem Prinzip der Demokratie“ im Bereich der Verwaltung vergl. Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie 70 ff. Ueber die Kompensation der „radikalen Verfassungsform“ der Demokratie vergl. Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur 135 ff. Vergl. auch His, Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechtes Bd. III 313. — Vergl. auch A. de Tocqueville Bd. II 164 ff., 190 ff. (der „*esprit légiste*“ als Gegengewicht zur Demokratie).

sich keineswegs um bloss theoretische Probleme; es lässt sich vielmehr zeigen, wie auch die Stellungnahme zu positivrechtlichen Einzelfragen (mehr oder weniger klar bewusst) durch solche theoretischen Grundanschauungen bestimmt wird. Es gibt eine Folgerichtigkeit, die sich mehr am Prinzip der Demokratie orientiert und eine andere, die sich vom Prinzip der Verfassung leiten lässt. Dies mag kurz an drei wichtigen, unter sich zusammenhängenden Problemen aufgewiesen werden: (1.) an den Grundrechten, (2.) am Gesetzesbegriff und (3.) am richterlichen Prüfungsrecht.

1. Die Grundrechte

Das Vordringen des demokratischen Prinzips hat in Praxis und Theorie zu einer *capitis diminutio* der Grundrechte geführt, und zwar können wir, wenn wir der oben skizzierten Stufenleiter folgen, die Abwertung ihrer normativen Kraft gegenüber dem Prinzip der *volonté générale* eindeutig aufweisen. Daran vermochte (vorläufig) auch die vorübergehende Aufwertung nach dem Weltkrieg 1914/18 nichts zu ändern²³⁾.

a. Die ursprüngliche Lehre behauptete die vor- und überstaatliche Natur der Grundrechte. Sie galten als „unbedingt unabänderliche, unaufhebbare und unantastbare Rechte“. Man hielt sie für eine Offenbarung der politischen Vernunft, die auch für den demokratischen Mehrheitswillen ein *noli me tangere*, eine absolute Schranke darstellen sollten. Das Grundrecht war daher eine unverbrüchliche Norm auch für das *pouvoir constituant*; d. h. der Verfassungsgesetzgeber kann sie nur anerkennen und schützen, niemals dagegen ablehnen und beseitigen. Diese sind „*antérieurs et supérieurs aux lois positives*“. „Grundrechte“ und „Gewaltenteilung“ sind die unabdingbaren fundamentalen Prinzipien der Verfassung (Art. 16 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. August 1789).

²³⁾ Carl Schmitt, Zehn Jahre Reichsverfassung JW 2313; HbdDSiR Bd. II 572 ff.; über die Abwertung der Grundrechte vergl. auch Westphalen Fürstenberg, Das Problem der Grundrechte 24 f.; Leibholz, Die Auflösung der liberalen Demokratie 23 ff.; E. R. Huber, Bedeutungswandel der Grundrechte, ArchöffR n. F. Bd. 23 8, 15 ff., 79 ff.; über „starre“ (verfassungsfeste) und „biegsame“ Grundrechte vergl. auch Merkl, Die ständisch-autoritäre Verfassung von 1934 164.

Diese absolute Selbstherrlichkeit der Grundrechte — entgegen dem breiten Strom der herrschenden Meinung — wurde bis in die Gegenwart immer wieder von einzelnen Autoren vertreten²⁴). Und es kommt wohl nicht von ungefähr, dass sich gerade heute ihre Befürworter mehren. Viele mochten, solange die Rechte faktisch gewahrt blieben, die Behauptung ihrer Vorstaatlichkeit als „naturrechtlich“ abgelehnt haben; die Krise unserer Zeit hat auch hier das Ungenügen des reinen Formalismus blossgestellt.

Nur von hier aus ist auch die Vollgewalt des englischen Parlamentes („Parliamentary Sovereignty“) richtig zu verstehen. Solange das Parlament die englischen Grundrechte tatsächlich wahrt, mag ihm der englische Jurist diese Souveränität als scheinbar schrankenlose zuerkennen, wie es etwa in dem berühmten und oft zitierten Dictum de Lolme's geschieht: „It is a fundamental principle with English lawyers, that Parliament can do everything but make a woman a man and a man a woman“²⁵). Man würde aber das englische Verfassungsrecht gründlich missverstehen, wenn man die oben (47) angeführte Feststellung Dicey's übersehen und auf Grund unserer kontinentaleuropäischen Souveränitäts-Vorstellungen etwa annehmen würde, die „Souveränität“ des englischen Parlamentes stelle ihm das ganze Recht zur Disposition²⁶).

²⁴) So auch noch Carl Schmitt HbDStR II 580, namentlich Anm. 24, 591 f. und viele der oben Anm. 11 cit. Autoren.

²⁵) cit. Dicey, Introduction 41.

²⁶) Vergl. Dicey, Introduction 37 ff., 179 ff., 197, 468 a. E., 466: If the sovereignty of Parliament gives the form, the supremacy of the law of the land determines the substance of our constitution. — Immer wieder betont denn auch die englische Lehre, dass die Antastung gewisser Grundprinzipien der Verfassung durch das Parlament einer Revolution gleichkäme: Dicey, Introduction 197; A. B. Keith, The Constitution of England 1940 Bd. II 374 ff., namentlich 379; McIlwain, cit. Yale Law Journal 1940 355 oben. — Man darf auch nicht übersehen, dass trotz dieser „Parliamentary Sovereignty“ keine grundlegenden verfassungsrechtlichen Aenderungen ohne Ermächtigung durch die Wählerschaft anlässlich der General Election durchgeführt werden können. Vergl. Loewenstein JöfFR Bd. 20 (1932) 311 ff., 237 f. Gemäss dieser „Mandatstheorie“ wird also die Parlaments-souveränität durch die Volkssouveränität beschränkt. Vergl. Keith Bd. II 10 ff., Bd. I 12 f. — Ueber die Bedeutung des Common Law in diesem Zusammenhang vergl. auch Rappard, ZschwR n. F. 53 64a, 139a. Myers, American Democracy to-day 38 konnte denn auch geradezu feststellen, die amerikanische Verfassung sei nichts anderes als „eine Kodifikation des englischen Rechtes“.

Tatsache ist vielmehr, dass die „Grundrechte“ — obwohl nicht formell-verfassungsurkundlich gewährleistet — durch die englische „Rule of Law“ besser gehütet sind, als unter irgend einer andern Verfassung. Wir haben diesem „Mysterium der englischen Verfassung“ hier nicht nachzugehen. Aber es wäre jedenfalls ein verhängnisvoller Trugschluss, aus diesem Sachverhalt für das System der „starren“ Verfassung zu folgern, eine „déconstitutionnalisation“ der Grundrechte wäre unbedenklich oder gar wünschbar.

b) Diese Selbstherrlichkeit der Norm musste aber mehr und mehr gegenüber dem Absolutheitsanspruch des demokratischen Prinzips zurücktreten. Auf Grund der Lehren Rousseaus und Siéyès' wurde das „pouvoir constituant“ zur unbeschränkten und unbeschränkbareren Gewalt erhoben. Sie sollte auch durch die Grundrechte nicht gebunden sein; diese werden positives, geltendes Recht nur kraft Setzung durch die verfassunggebende Gewalt.

Die Staatsrechtslehre hat versucht, die Grundrechte wenigstens in dem Sinn etwas besser zu garantieren, dass sie unterscheidet zwischen den grundlegenden Prinzipien der Verfassung und den einzelnen verfassungsgesetzlichen Normierungen und demgemäss zwischen den entsprechenden Zuständigkeiten der Verfassungsgebung und Verfassungsänderung; die Grundrechte — als Grundprinzipien des Verfassungsstaates — können nach dieser Lehre nur durch eine neue Gesamtentscheidung der verfassunggebenden Gewalt, niemals aber im Wege einer blossen Verfassungsänderung (Partialrevision) beseitigt werden. Sie sind noch verfassungskräftig.

c) In der positivistischen Lehre hat aber diese Unterscheidung, zumal dort, wo im positiven Recht keinerlei Ansätze gegeben waren, kaum Anklang gefunden, obwohl hier keine Norm künstlich geschaffen, sondern nur eine Norm formuliert wird, die in der inneren Logik des Verfassungsstaates begründet ist. Vom Standpunkt des „einerlei Verfassungsrecht“ (vergl. oben 61), wozu man durch eine zweifelhafte Wertneutralität folgerichtig geführt wird, müssen schon solche Versuche einer Normenhierarchie innerhalb der Verfassung als „naturrechtlich“ erscheinen. Darnach können auch im Wege der blossen Verfassungsänderung (Partialrevision) Grundrechte beseitigt werden. Sie sind

nur noch „verfassungsgesetzeskräftig“. Bis zu dieser Stufe hat die Staatsrechtslehre die Entwicklung jedenfalls ziemlich allgemein mitgemacht, geleitet von der Erfahrung, die Richard Thoma einmal in den Worten aussprach: „Die kollektive Majestät der zum Staate geformten Volksgewalt schliesst jede Absolutheit von Freiheiten und Rechten der Staatsunterworfenen aus“²⁷⁾.

d) Aber es bestätigt sich auch hier die Montesquiesche Weisheit: „La force du principe entraîne tout“. Die *volonté générale* drängt nach Ungebundenheit. Der *capitis deminutio media* folgt auch noch die *maxima*. Die „Grundrechte“ gelten mehr und mehr nur noch nach Massgabe der Gesetze. Ihre verfassungsmässige „Verankerung“ hat nicht mehr den Sinn einer Verfassungsschranke, sondern eines blossen Programmes, einer blossen „Deklamation“, einer „politischen Sentenz“; sie werden zu blossen „Ordnungsprinzipien“. Die positivrechtliche Sanktion erhalten sie damit eigentlich erst auf der Gesetzesstufe, durch die *auctoritatis interpositio* des Gesetzgebers. Ihre Geltung wird relativiert, ihre juristische Tragweite eingeschränkt. Man kann nicht mehr in einem prägnanten Sinn von „Grundrechten“ sprechen.

e. Als Grenzfall ist noch die völlige Abwertung des „Grundrechtes“ zu erwähnen, dort wo auch die Schranke des einfachen Gesetzes nicht mehr besteht, d. h. wenn die *volonté générale* auch im Einzelfall „grundrechtswidrige“ gesetzesdurchbrechende Anordnungen trifft²⁸⁾.

2. Der Gesetzesbegriff

Die voluntaristische Wendung der Demokratie äussert sich, in engstem Zusammenhang mit der Entwertung der Grundrechte, in

²⁷⁾ HbJDSr Bd. II 608; dass diese Anschauung mit einer gewissen dynamisch-decisionistischen Anschauung zusammenhängt wird deutlich aus einer andern Stelle (ArchöfR n. F. Bd. 23 370), wo er erklärt, es sei eine Paradoxie, „dass eine junge Demokratie anstatt ihren Aufbau vertrauensvoll den neuen demokratischen Gewalten zu überlassen, deren Mehrheiten . . . festbindet auf Rechtsanschauungen oder Interessenabwägungen der im Obrigkeitsstaat gross gewordenen Verfassungsgesetzgeber der Uebergangszeit“. Bezeichnend auch etwa die Bemerkung von Walter Jellinek, Verwaltungsrecht 10 (trotz „gewisser rechtsstaatlicher Hemmungen“).

²⁸⁾ Vergl. auch Carl Schmitt, Volksentscheid und Volksbegehren 45 f.; G. de Ruggiero, Geschichte des Liberalismus 360 f.

einer verfassungsrechtlich bedeutsamen Wandlung des Gesetzesbegriffes. Der normative Gesetzesbegriff wird abgelöst durch den „politischen“ („dezisionistischen“).

Nach dem normativen Gesetzesbegriff ist das Gesetz eine generelle abstrakte Norm mit ganz bestimmten inhaltlichen Qualitäten (Vernünftigkeit, Richtigkeit, Gerechtigkeit, Gleichheit etc.) Seine Geltung (*validité juridique*, *légitimité juridique*) beruht darauf, dass es diesen Grundwerten (*principes fondamentaux*) entspricht. Nicht der Wille, auch nicht der Wille des Volkes, macht das Gesetz, sondern sein vernünftiger Inhalt. Eine unvernünftige, ungerechte Anordnung wird auch durch den Gesetzesbefehl nicht zum Gesetz, denn das Gesetz ist eben nicht *voluntas*, sondern *ratio*. Die „*primauté de la loi*“, wie sie etwa die Verfassung von 1791 verkündigte, hatte die Bedeutung einer Proklamation der „*primauté de la raison*“²⁹⁾.

Diesem (normativen, rechtlichen) Gesetzesbegriff, dessen Tradition auf das alte Griechenland zurückweist — man mag ihn geradezu den aristotelischen nennen —, steht der „politische“, („dezisionistische“, „absolutistische“) gegenüber, der ebenfalls auf eine lange Vorgeschichte zurückblickt. *Autoritas, non veritas facit legem*, hatte Hobbes verkündigt und Bodin gab die bekannte Definition: *Est enim lex nihil aliud quam summae potestatis iussum*³⁰⁾.

Gesetz ist also jener staatliche Erlass, der von einem bestimmten staatlichen Organ ausgeht, aber auch jeder Erlass, den dieses Organ mit dem Gesetzesbefehl ausstattet, wird zum Gesetz, ungeachtet der inhaltlichen Eigenschaften, ungeachtet auch des Umstandes, ob der Erlass einen konkreten Fall regelt oder generelle abstrakte Normen enthält. Gesetz in diesem Sinne ist also wesentlich „Befehl“. An die Stelle der „*primauté de la loi*“ ist die „*primauté du législateur*“ getreten. Das Gesetz wird zum Instrument der Politik, zum „*procédé de gouvernement*“.

²⁹⁾ Vergl. schon Platon, Gesetze, Buch IV; Montesquieu, *Esprit des Lois* I 3; Hauriou, *Précis* 237 ff.; Esmein/Nézaré I 443; Burdeau a. a. O. 10 f., 18 ff., 44 f.; 52; C. Schmitt VL 138 ff., L. u. L. 24 ff.; Heller VVdStRL Heft 4 102; Smend VR 107 f. (der Gesetzesbegriff des Naturrechts ist „gewissermaßen die Nabelschnur“ zu der „Welt der Werte“); Bluntschli, *Allgemeines Staatsrechts* 6. Auflage Bd. I 141; Knauss, *Staat und Mensch in Hellas* 99, 235 f.

³⁰⁾ *De republica* I 8; vergl. auch Gaius I § 3.

Zwischen diesen idealtypischen Gegensätzen liegen die Gesetzbegriffe der staatsrechtlichen Wirklichkeit und der Staatsrechtslehre, bald mehr nach der einen, bald mehr nach der andern Seite orientiert. Aber auch hier spiegelt sich der Niedergang des Normativen, die Wende zum Voluntarismus, in einer eindeutig aufweisbaren, fortschreitenden Formalisierung und Politisierung des Gesetzes, in einer Abkehr von der „*notion classique de la loi*“. Ob die Verabsolutierung der Staatsgewalt nach der Seite der Monarchie (Führerstaat) oder nach der Seite der Parlamentokratie oder der „massiven“ Demokratie erfolgt, ist dabei gleichgültig; der absolutistische Wille schafft sich absolutistische Ausdrucksformen, d. h. eben Gesetze, die nicht mehr normativ bestimmt sind, sondern die (generellen oder konkreten) Befehle des Souveräns, der jeweiligen Parlaments- oder Volksmehrheit enthalten³¹⁾.

Man muss diese extremen Fälle vor Augen halten, um die Entwicklungstendenzen³²⁾ klarer zu erkennen. Auch hier begegnen wir in der Theorie wieder dem Gegensatz der „*logique de la démocratie*“ und der „*logique de la constitution*“, das heisst der Tendenz, das Gesetz nicht mehr auf der *légitimité juridique*, sondern auf der *légitimité politique* zu basieren.

Die „*logique de la démocratie*“ führt folgerichtigerweise zum dezisionistischen Gesetzesbegriff: jeweiliger Mehrheitswille gleich Gesetz. Art. 6 der *Déclaration des droits de l'homme* hat, im Anschluss an Rousseau, die berühmte Formel geprägt: „*La loi est l'expression de la volonté générale*“, die im modernen staatsrechtlichen Denken entscheidend nachgewirkt hat, die dem Mehrheitswillen alle rechtlichen Barrieren aus dem Wege räumt und den absolutistischen Tendenzen der Demokratie die Weihe des Rechtes verleiht. Was die Mehrheit will, verwandelt sich durch diesen Willen in Gesetz und Recht, unüberprüfbar, voraussetzungsgemäss jeder rechtlichen Bewertung entrückt. „*Quand la loi a parlé, la conscience doit se taire*“ (Bailly).

³¹⁾ Aristoteles, Politik 1292a 131.

³²⁾ vgl. Burdeau, *Archives de Philosophie du Droit* 1939 9 ff., der sie auf das Vordringen der „*tendance étatiste*“ gegenüber der ursprünglichen „*tendance individualiste*“ zurückführt; diese Tendenzen, die schon in der Revolution miteinander gerungen haben, liessen sich nicht versöhnen. Dies führte zum schliesslichen Ruin des Gesetzes.

Wie entscheidend diese grundsätzliche Auffassung des Gesetzes die Stellungnahme sowohl zu grundlegenden staatsrechtlichen Problemen, wie zu positivrechtlichen Einzelfragen bestimmt, mag am Beispiel jenes Autors kurz aufgezeigt werden, der unter den modernen die Lehre vom Gesetz als Ausdruck der *volonté générale* am konsequentesten vertreten hat: Carré de Malberg.

Nach Carré de Malberg³³⁾ ist das Gesetz Ausdruck der *volonté générale*, die ausschliesslich durch das Parlament (die Legislative) repräsentiert wird. Als solcher ist das Gesetz der Willensausdruck der höchsten, souveränen Autorität im Staate. Es ist nicht an irgendwelche Inhalte gebunden; es muss auch nicht notwendigerweise generell-abstrakt statuieren; es ist überhaupt in keiner Weise normativ bestimmt oder begrenzt. Das einzige Kriterium ist ein formelles: die Annahme durch das Parlament³⁴⁾.

Nach Rousseau war die Allgemeinheit des Gesetzes (*généralité de la loi*) noch unabdingbar mit der Idee des Gesetzes verbunden und für den Begriff konstitutiv (C. s. II 6, III 1). Und zwar verstand er diese Allgemeinheit noch in einem doppelten Sinne. Einerseits hinsichtlich des Ursprunges: das Gesetz ist nur insofern Gesetz, d. h. Ausdruck der *volonté générale*, als das ganze Volk für oder über das ganze Volk statuiert; eine „Vertretung“ (Représentation) dieser *volonté générale* ist ausgeschlossen (C. s. II 1, II 7, III 15). Die Allgemeinheit ist aber andererseits auch notwendig hinsichtlich des Inhaltes: der Volkswille wird nur dadurch zum souveränen Gesetz, dass er sich in allgemeinen Normen kundgibt; „il n'y a point de *volonté générale* sur un objet particulier, l'objet des lois est toujours général“ (C. s. II 6, 7; II 4).

Auch diese Allgemeinheit wird von Carré de Malberg nicht

³³⁾ Vergl. vor allem seine letzte zusammenfassende Arbeit: *La Loi, expression de la volonté générale*, 1931; der Verfasser weist zwar im Vorwort (und auch sonst) nachdrücklich darauf hin, dass es sich, wie auch der Untertitel sagt, um die Entwicklung des Gesetzesbegriffes gemäss dem positiven franz. Recht handelt. Aber es bleibt unverkennbar eine Projektion seiner Theorie in das positive Recht, deren leitende These er in unermüdlicher Wiederholung förmlich einzuhämmern sucht. Dass Carré de Malberg die „*volonté générale*“ überdies unrichtig deutet, bemerkt mit Recht Burdeau a. a. O. 13 Anm. 1. — In Deutschland war es Laband, der den absolutistischen Gesetzesbegriff, unter Ablehnung der Kriterien der Allgemeinheit und Dauer, vertreten hat. Vergl. Heller, Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung VVDStRL Heft 4 106.

³⁴⁾ a. a. O. 14, 22 f., 27, 38.

mehr als begriffsnotwendig angesehen³⁵). Der Gesetzesbegriff, wie er der französischen Verfassung von 1875, wie auch derjenigen von 1791 und dem Art. 6 der Menschenrechtserklärung zugrunde liege, sei einzig und allein durch den souveränen Willen des obersten staatlichen Gesetzgebers bestimmt; er bezeichnet diesen Gesetzesbegriff geradezu als den „modernen“, der bereits im 16. Jahrhundert von Bodinus erkannt, dann aber im 18. Jahrhundert durch Montesquieu und Rousseau wieder „verdunkelt“ (sic!) worden sei³⁶).

Aus diesem Gesetzesbegriff, der beherrschend in die Mitte rückt — das Gesetz erlangt hier nochmals eine fast „mystische Würde“ (v. Hippel) —, ergeben sich für die Dogmatik des demokratischen Verfassungsrechtes bedeutsame Folgerungen.

Wo das Gesetz als Ausdruck der *volonté générale* erscheint, wird die Unterscheidung von Verfassungsgesetz und gewöhnlichem Gesetz verwischt, ja recht eigentlich unwesentlich. Diesen Sachverhalt, der sich aus der Logik der *volonté générale* ergibt, findet Carré de Malberg vor allem im französischen Staatsrecht bestätigt. Das Parlament steht schliesslich sowohl über den Verfassungsgesetzen wie über den gewöhnlichen Gesetzen; denn es ist der Repräsentant der *volonté générale*³⁷); die *volonté générale* ist aber immer und in jeder Form souverän. Die (normative) Unterscheidung von *pouvoir constituant* und *pouvoir législatif* (als *pouvoir constitué*) hat hier voraussetzungsgemäss keinen Bestand mehr. Daher habe sich der Verfassungsgesetzgeber 1875 auch mit einer so kurzen Verfassung begnügt und selbst diese bloss „embryonale“ Verfassung sei seither im Wege der „*déconstitutionnalisation*“ noch weiter abgebaut worden³⁸). Auch die *Déclaration des Droits de l'homme* ist keine Schranke für den Willen des Parlamentes, das vielmehr souverän im Wege der (ge-

³⁵) Contribution à la théorie générale de l'Etat Bd. I 288 ff., Dupeyroux in Mélanges Carré de Malberg 137 ff., der nachzuweisen sucht, dass diese von Carré de Malberg vertretene Theorie mit der Tradition nicht im Widerspruch stehe. Vergl. demgegenüber Burdeau a. a. O. 17 f. Zum Grundsätzlichen: „allgemeine Regelung — Sondernorm“ vergl. auch Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur 29 f.; Esmein/Nézaré Bd. I 28.

³⁶) a. a. O. 23.

³⁷) Gesetz ist also schliesslich bloss noch der „jeweilige Wille der jeweiligen Parlamentsmehrheit“.

³⁸) 103 ff.

wöhnlichen) Gesetzgebung das „Quale und Quantum der individuellen Rechte“ bestimmt. Durch Gesetz kann es auch jederzeit die Rechtsstellung der Exekutive verändern; sie steht nicht im Verhältnis der Gleichordnung, sondern sie ist blosser „agent“ der souveränen Legislative. Diese absolute Unterordnung ist um so ausgeprägter, als das Gesetz sowohl generell-abstrakte als auch individuell-konkrete Anordnungen enthalten kann; es bindet als Ausdruck der *volonté générale* und entzieht sich als solcher, voraussetzungsgemäss, auch jeder Ueberprüfung³⁹⁾.

Der Absolutismus dieses Gesetzesbegriffes führt notwendig zur völligen Aushöhlung der normativen Verfassung und zum Verblässen ihrer „*superlégalité*“, ja es setzt überhaupt die Abdankung eines übergeordneten Verfassungsgesetzgebers voraus; neben dem souveränen (gewöhnlichen) Gesetz hat ein souveränes Verfassungsgesetz sinngemäss keinen Platz mehr.

Man hat in der Staatsrechtslehre immer wieder erkannt, dass der absolutistische Begriff des Gesetzes als „bloss willensmässiger Befehl“, der zudem je nach Belieben generell oder individuell sein kann, die normative gewaltenteilige Verfassung mit zwingender Notwendigkeit gefährdet. Namentlich Carl Schmitt hat in seinen früheren Arbeiten noch mit grossen Scharfsinn die systematischen Zusammenhänge der „Herrschaft des Gesetzes“, der individuellen Freiheit und der organisatorischen Prinzipien des Verfassungsstaates mit der generell-abstrakten Natur des verfassungsstaatlichen Gesetzes — „dem eigentlichen Kernpunkt alles rechtsstaatlichen Denkens“ — aufgezeigt⁴⁰⁾.

Auch hier ist es offensichtlich, wie diese Degeneration des Gesetzes aus einer „*règle de droit*“ zu einem blossen „pro-

³⁹⁾ 29 ff., 121 ff.; Carré de Malberg sieht denn auch, in Anlehnung an Bagehot, das Wesentliche der parlamentarischen Doktrin in der Unterordnung der Exekutive unter das Parlament; vergl. dazu auch Capitant in *Mélanges Carré de Malberg* 33, 49 f.

⁴⁰⁾ Carl Schmitt VL 138 ff.; Hüter der Verfassung 75, 128 f.; L. u. L. 20 ff., 83 f. („Entartung des Gesetzesbegriffs“); Verteidigung der „*généralité*“ nachdrücklich auch bei Duguit, *Traité* Bd. II 166 ff.; Burdeau a. a. O. 18: „*cette qualité (sc. généralité) est le complément de la permanence et du caractère abstrait de la loi*“; vergl. auch 46 f.

⁴¹⁾ Burdeau a. a. O. 9; Le Fur in *Mélanges Carré de Malberg* 358: *La vérité est que la loi de la majorité peut parfois ne correspondre, ni à la loi de la raison, ni même à celle de la force.*

cédé de gouvernement⁴¹⁾ mit dem Abgleiten der konstitutionellen zur „massiven“ („absoluten“, „totalen“, „etatistischen“) Demokratie zusammenhängt.

3. Das richterliche Prüfungsrecht

In den verfassungspolitischen und rechtstheoretischen Debatten um das richterliche Prüfungsrecht hat man immer wieder versucht, das entscheidende Argument dafür oder dagegen aus dem „Wesen der Verfassung“ abzuleiten. Die Argumentation aus dem Gewaltenteilungsprinzip aber ist keineswegs schlüssig und beruht auf einer unhaltbaren *petitio principii*⁴²⁾ und auch aus dem „Wesen der Verfassung“ wird die Schlussfolgerung eine gegensätzliche sein, je nachdem man der „logique de la constitution“ oder der „logique de la démocratie“ folgt.

Die folgerichtige normative Betrachtung erkennt in Verfassung und Gesetz normative Gebilde, die in der Anwendung eine objektive Interpretation erfordern, aber eine solche auch zulassen. Damit die Verfassung als „unverbrüchliches“ Grundgesetz, als *lex perfecta*, gewahrt bleibt, müssen die einfachen Gesetze sich in ihren Schranken halten. Nur in dieser unbedingten Wahrung ihres Vorranges behält sie ihren Sinn als normative, rechtliche Grundordnung des Staates⁴³⁾. Weil es sich bei der Ueberprüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze demgemäss um eine Frage objektiver Auslegung handelt, ist der unabhängige Richter grundsätzlich der prädestinierte „Hüter der Verfassung“.

Dies ist der rote Faden, der die grundsätzliche⁴⁴⁾ Argumentation der Befürworter des richterlichen Prüfungsrechtes durch-

⁴²⁾ vergl. dazu meine „Gewaltenteilung“ 238 ff.; vergl. auch Pitamic in der Festschrift für Kelsen 302.

⁴³⁾ Während die französische Theorie sich zu der paradoxen Feststellung gedrängt sah: „La Constitution est la loi suprême et cependant le législateur peut la méconnaître (Barthélemy/Duez 225). Ueber die Verfassungsnormen als „Normen erster Ordnung“ gegenüber den Gesetzesnormen als „Normen zweiter Ordnung“ bei Bierling, Prinzipienlehre Bd. I 107 ff.

⁴⁴⁾ Nur diese interessiert uns in diesem Zusammenhang. Auf einem anderen Blatte stehen die zahllosen, von Land zu Land z. T. wieder sehr verschiedenen Gründe praktischer Natur, die für und wider das richterliche Prüfungsrecht angerufen werden. Vergl. etwa Kaufmann VVdDStRL Heft 3 19 f. und unten Anm. 58 zu 181.

zieht. So begründet Chief Justice Marshall in dem Entscheide Marbury v. Madison von 1803⁴⁵⁾ das richterliche Prüfungsrecht des amerikanischen Supreme Court und wurde eben dadurch, dass er die rechtsnormative Natur der Verfassung auf diese Weise sicherstellte, zum „zweiten Schöpfer der Verfassung“. In der amerikanischen Literatur zu diesem richterlichen Prüfungsrecht kommt einerseits diese Idee des unbedingten Vorranges der Verfassung zum Ausdruck⁴⁶⁾; in der strikten Unterscheidung von gesetzgebender und verfassungsgebender Gewalt, d. h. in der Unterordnung der Legislative unter eine (starre) Verfassung, unterscheidet sich das amerikanische Verfassungsrecht vom englischen, das auf der (formalen) Omnipotenz des Parlamentes („Parliamentary Sovereignty“) beruht^{46a)}. Aber andererseits kommt in der Lehre von der judicial review doch auch wieder ein gemeinsames Charakteristikum des angelsächsischen Rechtsdenkens zum Durchbruch: die überragende Stellung des *juge-made law*. Nicht der Wille des (demokratisch legitimierten) Gesetzgebers — wie nach kontinentaleuropäischer Anschauung —, sondern der Richter bestimmt letztlich, was Recht ist. Das Gesetz ist hier noch mehr *ratio als voluntas*; was seiner (durch den Richter gehüteten) *ratio* nicht entspricht, ist nicht Gesetz, sondern ein „untauglicher Versuch der Gesetzgebung“. Auch die Verfassung selbst ist nicht so sehr der Wille eines *pouvoir constituant*, sondern eine durch den Richter entfaltete Normordnung, eine „glosse judiciaire“ (Lambert).

„Die Voraussage dessen, was die Gerichte tun werden, dies und nichts Anspruchsvolleres ist es, was ich unter ‚Recht‘ verstehe“: Dieses berühmte Wort Holmes²⁾, das eine für kontinentaleuropäische Juristen geradezu unfassbare Missachtung des gesetzgeberischen Willens des Parlamentes ausdrückt, wird von hier aus verständlich⁴⁷⁾.

Aber auch das englische verfassungsrechtliche Denken sieht die Dinge — trotz der „Parliamentary Sovereignty“! — in ihrem Kerne nicht anders. So kommt etwa Dicey bei der Würdigung der rechtlichen Kraft kontinentaler Verfassungsnormen zu dem

⁴⁵⁾ W. Willoughby Bd. I 3 ff., vergl. daselbst Coke im *Bonham Case* 66.

⁴⁶⁾ Vergl. schon „*Federalist*“ No. 78 (Hamilton); W. W. Willoughby, *The Constitutional Law of the United States* Bd. I 1 ff.; Rappard *Zschwrk* u. F. 53 55a ff. ^{46a)} Vergl. aber auch oben Anm. 26.

⁴⁷⁾ Ebenstein, *Reine Rechtslehre* 177.

Schluss, dass keine Garantien gegen verfassungswidrige Gesetze bestehen, und dass die Verfassungssätze „nicht in Wirklichkeit Rechtssätze seien, da sie nicht Regeln sind, über deren Vollstreckung in letzter Instanz Gerichte entscheiden“; sie sind daher lediglich „maxims of political morality“⁴⁸⁾. Die Normen der englischen Verfassung dagegen sind nicht das Produkt der Gesetzgebung im gewöhnlichen Sinn, sondern der Niederschlag der (jahrhundertelangen) Kämpfe der Bürger um das Recht vor den Gerichten; er definiert die englische Verfassung geradezu als eine „judge-made Constitution“⁴⁹⁾.

Die „logique de la démocratie“ musste ebenso felgerichtig zu einem entgegengesetzten Ergebnis führen. Wie dort durch Marshall, so war die grundlegende Argumentation hier durch Rousseau vorgezeichnet (Contrat social, Buch II, Kap. 6). Das Gesetz ist der Ausdruck der *volonté générale*, diese ist aber per definitionem souverän; folglich können ihre Akte nicht überprüft werden. Die spätere Lehre hat dann — entgegen Rousseau — das Parlament als Repräsentanten der *volonté générale* angesehen und es der richterlichen Gewalt übergeordnet (vergl. etwa schweiz. BV Art. 113 Abs. 3)⁵⁰⁾; folglich kann es von dieser nicht kontrolliert werden. Ueberdies verliert in dieser Dogmatik der *volonté générale* die Unterscheidung von Gesetz und Verfassungsgesetz ihre konstitutive Bedeutung; beide erscheinen gleichermaßen als Ausdruck der *volonté générale*, vor der im Moment ihrer Aktualisierung alle bestehenden Gesetze zurücktreten müssen. Damit aber fehlt von vornherein auch die (stabile) Verfassungsnorm als objektiver Masstab für eine richterliche Ueberprüfung der Gesetze. Massgebend ist hier eben nicht mehr die Hierarchie

⁴⁸⁾ Introduction 130.

⁴⁹⁾ Introduction 192

⁵⁰⁾ Vergl. Giacometti, Festgabe für Fleiner 1927 380, Verfassungsgerichtsbarkeit 35: Die ideell auf der Rechtsstaatsidee beruhende Verfassungsgerichtsbarkeit wird nun in ihrer Wirksamkeit durch die Ausstrahlung eines demokratischen Prinzips gehemmt. Vergl. auch in Festgabe für Fleiner 1937 36, 40, 44, 46 f.; Fleiner, Tradition, Dogma, Entwicklung 15 f.; Rappard ZschwR n. F. 53 105 ff.; Dubs, Oeffentliches Recht der Schweiz 80 f., 118 und die bedeutsame Prognose in II 92 über die „Allmacht der gesetzgebenden Versammlungen“.

Barthélemy/Duez 902 oben, 905; Tocqueville, De la Démocratie en Amérique I 258. Giraud, Le pouvoir exécutif 86 f., 194 f., 246 f., 389 f.; Jèze, Annuaire 1929 174; Pitamic in der Festschrift für Kelsen, insbesondere 302 ff.

der Normen, sondern die Hierarchie der Gewalten, d. h. wer „in grösserer Nähe zum Souverän“ steht (Jacobi), dessen Wille ist rechtlich der stärkere.

Diese beiden Anschauungen sind auch in der praktischen Verfassungspolitik immer wieder gegeneinander aufgetreten.

In Amerika, dem klassischen Land des richterlichen Prüfungsrechtes, kam es vor allem seit Beginn des Jahrhunderts verschiedentlich zu scharfen Reaktionen gegen die „aristocratie de la robe“. Diese Gegenbewegung gegen das richterliche Prüfungsrecht berief sich auf das demokratische Prinzip und forderte die Schaffung von Garantien dafür, dass die Richter sich künftighin an die Gesetze halten sollten. Der Souverän, d. h. das Volk, sollte gegenüber dem übermarchenden Richterkönigtum durch die (direkt-demokratischen) Institute des Abberufungsrechtes gegenüber Richtern (Recall of Judges) und dem Widerruf von Entscheidungen (Recall of Decisions) wieder in seine ursprünglichen Rechte eingesetzt werden. Der Vorstoss war in einzelnen Gliedstaaten erfolgreich; Oregon führte als erster 1908 den Recall of Judges ein, 1912 Colorado sogar den Recall of Decisions. Aber die Einsicht in die Gefahren, die der Rechtsprechung und damit der Verfassung drohten, dominierte schliesslich auch in den breiten Massen und brachte die Offensive des radikaldemokratischen Prinzipes zum Stillstand⁵¹).

In Europa dagegen versuchte man, zumal nach dem Weltkrieg 1914/18, durch die Einführung des richterlichen Prüfungsrechtes ein Gegengewicht gegen den Absolutismus der Parlamente zu schaffen und auf diese Weise die Verfassung, vor allem die Grundrechte, besser zu gewährleisten; hier galt es also, den normativen Sinn der Verfassung gegen das (voluntaristisch gedeutete) demokratische Prinzip zu sichern⁵²). So hat man etwa in Deutsch-

⁵¹) Lambert, *Le Gouvernement des Juges* 92 ff.; Bryce, *Moderne Demokratien* II 165 ff., insbesondere 169; Barthélemy/Duez 216 f., 100, 119; Triepel, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* VVDStRL Heft 5 9.

⁵²) Dies auch dort, wo man es wie im Volksbegehren für die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit (Revision des Art. 113 der BV) vom 29. Juni 1936, anruft zum Schutz der Referendumsdemokratie gegen die „Omnipotenz der Bundesversammlung“. BBl 1937 III 5 ff., 23; Giacometti, *Juristische Erläuterungen zu diesem Volksbegehren*. -- In dem Masse, wie sich die Unterscheidung von Verfassung und Gesetz abschwächt, entfällt auch der Sinn des richterlichen Prüfungsrechtes. Rappard *ZschwR* 1934 145 a.

land ein „Vordringen des zweiten Teiles der Reichsverfassung“, d. h. eben der Grundrechte, gegenüber dem auf der Logik des demokratischen Prinzips der Mehrheitsentscheidung beruhenden ersten Teil festgestellt⁵³), und im Urteil des Reichsgerichts vom 4. November 1925 (RGZ Bd. 111 320 ff.), welches das richterliche Prüfungsrecht bejahte, eine entscheidende Wendung zur Verfestigung des Verfassungsstaates erblickt.

Im Laufe dieser Gegenbewegung gegen den Absolutismus des Gesetzgebers zeigte sich für Augenblicke sogar etwas von der Selbstherrlichkeit des Normativen⁵⁴). So etwa in der berühmten Erklärung des Vorstandes des Richtervereins beim Reichsgericht⁵⁵), in dem die Absicht angekündigt wurde, einem Gesetz den Gehorsam deshalb zu versagen, weil der geplante Erlass (zur Aufwertungsfrage) „ein Verstoss gegen Treu und Glauben, unsittlich und seiner unsittlichen Folgen wegen... rechtsunwirksam wäre“, d. h. also Ueberprüfung nicht nur auf Grund positiver, sondern überpositiver Verfassungsnormen. Hinter diesem *ius resistendi* des Richters gegenüber dem Gesetzgeber erkennen wir die mögliche Antinomie von Recht und demokratischem Mehrheitswillen, von Norm und Wille im demokratischen Verfassungsstaat. In der Stellungnahme der Wissenschaft kamen dann jene Gegensätze in der grundlegenden Auffassung des demokratischen Verfassungsrechtes wieder typisch zum Ausdruck: die positivistische, wertneutrale Dogmatik der *volonté générale* (d. h. die *logique de la démocratie*) einerseits, die in dieser Stellungnahme der Richter einen verfassungswidrigen Uebergriff oder gar eine Usurpation der Souveränität erblickte und von dieser Einstellung des Gerichtes die „Auflösung der Rechtsordnung“ befürchtete; und andererseits die normative Richtung, die dieser Kundgebung des Richtervereins geradezu die Bedeutung „eines Ereignisses in der Ent-

⁵³) Carl Schmitt JW 1929 2313, 2315.

⁵⁴) Wie sie das mittelalterliche Denken noch beherrschte; vergl. Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. III 610 f., das folgerichtigerweise dem Richter ein Prüfungsrecht einräumte, naturrechtswidrige Akte des Souveräns als nichtig und unverbindlich erklärte und im Notfall den Untertanen das Recht des aktiven Widerstandes gewährte. Bd. III 624 f.; Althusius 275. Ueber die Zuständigkeit der Volksgerichte als Hüter des Nomos vergl. neuerdings sehr schön: Knauss, Staat und Mensch in Hellas 122 ff., 124 f. Vergl. auch Aristoteles, Politik IV 1289a.

⁵⁵) JW 1924 90; v. Hippel, IJbDStR II 549 f. und dort cit.

wicklungsgeschichte des Rechtes" zuschrieb und, der *logique de la constitution* folgend, für den obersten Richter das Recht forderte, auch die verfassungsändernden Gesetze auf ihre Uebereinstimmung mit den „rechtlichen Grundgeboten“, den Grundprinzipien der Verfassung oder dem „Geist der Verfassung“ zu prüfen⁵⁶).

Aber auch andere Autoren, die im übrigen der Ansicht waren, dass gegen eine allgemeine Revision oder Beseitigung grundrechtlicher Normen durch ein formgerechtes, verfassungsänderndes Gesetz „kein juristisches Kraut gewachsen“ sei, und die vollends vor den „anarchischen Folgen“ eines solchen richterlichen Widerstandsrechtes zurückschreckten, haben doch für jenen Fall, wo die Legislative oder das Volk im Wege eines (formell korrekten) verfassungsändernden Gesetzes, im Einzelfall ein generell weitergeltendes Grundrecht durchbrechen würde (Individualgesetz, *lex pro re nata*, Bill of attainder), den Vorrang der Norm gegenüber diesem Mehrheitswillen verteidigt⁵⁷).

Angesichts des Grenzfalles wechselt also die Argumentation aus der „*logique de la démocratie*“ über in die Argumentation aus der „*logique de la constitution*“. Nur unter der Voraussetzung einer letzten Ueberordnung des Normativen ist es ja möglich, eine Emanation der *volonté générale* überhaupt als „verfassungswidrig“ zu qualifizieren; wo der Mehrheitsentscheid so offensichtlich willkürlich und jeder vernünftigen Begründung entbehrt, nötigt er auch den konsequentesten (positivistischen) Theoretiker des demokratischen Dezisionismus schliesslich zu einem Verdikt der Verfassungswidrigkeit.

Die verfassungspolitische Argumentation hat sich allerdings in der Regel nicht damit begnügt, das richterliche Prüfungsrecht rein rechtstheoretisch zu begründen oder abzulehnen, sondern hat

⁵⁶) Goldschmidt, JW 1924 248 f.; 249: Rebus sic stantibus halte ich die Befreiung des Richters von der vorbehaltlosen Unterwerfung unter das Gesetz für das einzige staatsrechtliche Mittel, um das Recht gegen den Absolutismus des Parlamentes und der Mehrheit sicherzustellen. W. Jellinek, Grenzen 3: Damit hätte die Entwicklung des Staatsrechts ihren denkbaren Endpunkt erreicht (!); 19.

⁵⁷) Thoma in Nipperdey, Grundrechte Bd. I 47, 53, wollte für diesen Fall dem Reichspräsidenten und, falls dieser versagen sollte, dem Staatsgerichtshof das Recht einräumen, „einer solchen Massnahme die Anwendbarkeit zu versagen“, auch wenn sie auf einem Volksentscheid beruhen würde.

weitgehend auch auf praktische Erwägungen abgestellt, die von Staat zu Staat zu sehr verschiedenen Schlussfolgerungen führen können⁵⁸). Aber auch hinter diesen rein praktischen Erwägungen, denen wir hier nicht im einzelnen nachzugehen haben, stehen — in der Regel deutlich nachweisbar — jene Gegensätze in der grundlegenden Auffassung der demokratischen Verfassung und des Gesetzes, die wir hier systematisch zu entwickeln suchten. Hier wird auch nochmals der innere Zusammenhang der drei Probleme: Grundrechte, Gesetzesbegriff und richterliches Prüfungsrecht und die in allen zutage tretende (mögliche) Antinomik der demokratischen Verfassung sichtbar. Im Prinzip der demokratischen Mehrheitsentscheidung liegt eine absolutistische Tendenz nach Ungebundenheit. Nicht nur negiert es als *pouvoir constituant* die Existenz vorstaatlicher Normen, sondern es besteht die Neigung, überall dort, wo das Volk oder sein Repräsentant entscheidet, dieser Entscheidung souveränen Charakter zu vindizieren. Vor dieser („dezisionistischen“) *volonté générale* muss die gesatzte Norm weichen und die Formen treten als unwesentlich zurück. „Il suffit qu'elle veuille. Toutes les formes sont bonnes.“ Auch die Unverbrüchlichkeit und der Vorrang der Verfassung werden problematisch. Das Gesetz wird, als Ausdruck der *volonté générale*, zum Vehikel des souveränen Willens, aller Inhalte fähig, selbst nicht normierbar. Auch das „Grundrecht“ ist keine Schranke mehr und für ein richterliches Prüfungsrecht besteht voraussetzungsgemäss kein Platz. *Summa sedes a nemine iudicatur!*

Diese Tendenzen, deren Gesetzlichkeit hier absichtlich retouchiert wird — die aber etwa schon Royer-Collard und Benjamin Constant klar erkannten, wenn sie vor der „horrible route de l'omnipotence parlementaire“ warnten —, sind in der Entwicklung des demokratischen Verfassungsstaates mehr oder weniger deutlich zutage getreten. Der „Mythos der Aktion“ hat auch die Demokratie erfasst; vor dem demokratischen Willen zur unmittelbaren Aktion muss das Normative zurückweichen.

An diese Tendenzen der praktischen Entwicklung hat sich auch

⁵⁸) Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 89 Anm. 15a; Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur 98 f.; Fleiner ZschR n. F. Bd. 53 2a; Rappard, daselbst 284a, 285a; Kelsen, Staatsgerichtsbarkeit VVdStRL Heft 5 122; Nawiasky SJZ 1934/35 113 f.

die Theorie, mehr oder weniger folgerichtig, angelehnt. Wir suchen hier die Argumentationsweise, die aus dieser „dezisionistischen“ Grundauffassung des Verfassungsrechtes folgt, systematisch-folgerichtig als die „logique de la démocratie“ aufzuweisen.

Demgegenüber steht die Behauptung des Normativen. Sie sucht gegenüber allem Absolutismus des Mehrheitswillens die Norm zu verteidigen. Der Wille des Volkes (bezw. seines Repräsentanten) ist nicht eo ipso souveräner Wille. Auch wenn man ihn als *pouvoir constituant* — mit der herrschenden Lehre, im Anschluss an Siéyès — als absolut, als das unnormierbare Normierende betrachten wollte^{58a)}, so könnte man ihn doch, wenn man überhaupt die normative Verfassung auch für den demokratischen Staat retten will, in allen übrigen Emanationen nur nach Massgabe der Verfassung, d. h. als normierte Zuständigkeit anerkennen. Die Logik der Verfassung als normativer Ordnung fordert, dass auch das „Volk“ nicht in jeder Form als Souverän, sondern in seinen verschiedenen verfassungsmässigen Zuständigkeiten tätig wird und dass sein Wille demgemäss nicht in allen Fällen gleich mächtig ist. Normativ gesehen werden so die Unterscheidungen von verfassungsgebender, verfassungsändernder und gesetzgebender Gewalt, welche die Dogmatik der *volonté générale* zu verwischen droht, grundlegend. Die Grundrechte entfalten darin ihren normativen Sinn, dass sie zumindest dem Eingriff des einfachen Gesetzgebers entrückt sind. Ihr Korrelat ist das richterliche Prüfungsrecht; um den Vorrang der Verfassung auch gegenüber dem einfachen Gesetz sicherzustellen, bedarf die Verfassung als objektive Normordnung eines objektiven, unabhängigen Hüters. Nur wo der Richter über der Verfassung wacht, ist „Herrschaft der Verfassung“ möglich⁵⁹⁾.

^{58a)} Die Kritik muss aber bereits bei diesem verhängnisvollen Dogma von der „juristischen Allmacht“ einsetzen; vergl. dazu meine Abhandlung „Staatsrecht und Staatsallmacht“ 1945.

⁵⁹⁾ Hauriou, *Précis* 267: das richterl. Prüfungsrecht ist die *conséquence logique de la suprématie de la constitution*; del Vecchio, *Rechtsphilosophie* 300 spricht von „logischer Notwendigkeit“; Jellinek *ASTL* 360, 363; Mirkiné-Guetzévitch a. a. O. 33; Giacometti, *Verfassungsgerichtsbarkeit* 89 oben; Fleiner, *BStR* 448: In der Demokratie ist das letzte Bollwerk für Verfassung und Recht der Richter. —

Einer der grössten Kenner des Konstitutionalismus, McIlwain, konnte denn auch geradezu den Satz prägen: „Judicial review, instead of being an American invention, is as old as constitutionalism itself, and without it consti-

Diese normative Grundauffassung des Staatsrechtes äussert sich, wie wir zu zeigen versuchten, bei der Behandlung der verschiedenen Probleme in einer Argumentationsweise, die wir — im Gegensatz zur *logique de la démocratie* — als *logique de la constitution* bezeichnen möchten⁶⁰).

*

Das krisenhafte Aufbrechen der (latenten) Antinomie zwischen der gesetzten Norm und dem (jeweiligen) Mehrheitswillen äussert sich nicht zuletzt darin, dass die Einheit des Verfassungssystems, das im demokratischen Verfassungsstaat auf der mehr oder weniger gesicherten Gleichordnung von Verhaltensrecht und Organisationsnormen beruhte, problematisch wurde. Erst in einer Situation, wo die verfassungsmässig berufenen Organe im Verfolg der politischen Ziele mit den Schranken der Grundrechte mehr und mehr in Konflikt kamen, konnte die Frage nach dem „Vor-

tionalism could never have been maintained". *Constitutionalism and the Changing World*. Collected Papers 1939 278, cit. *American Historical Review* 1941 Bd. 46 602; *Yale Law Journal* 1940 354. Warren, *Congress, the Constitution and the Supreme Court* 1930 4 f.; Garner, *Annuaire* 1930 338. Es kommt denn auch nicht von ungefähr, dass das grosse Werk von W. W. Willoughby, *The Constitutional Law of the United States* Bd. I 1 § 1 mit „The Courts and Unconstitutional Laws“ beginnt! Vergl. auch schon Hamilton im „Federalist“ No. 22: Laws are a dead letter without courts to expound and define their true meaning and operation. Ueber die Bedeutung des „verfassungswidrigen Gesetzes“ in England, Frankreich und Amerika vergl. auch Dicey, *Introduction* (Appendix) 516 Note III. Lambert, *Le Gouvernement des Juges* 5 f.; Kelsen *VVDStRL* Heft 5 119, 78 f.: eine Verfassung (ohne Verfassungsgerichtsbarkeit) „bedeutet nicht viel mehr als ein unverbindlicher Wunsch“; Lassar, *VVDStRL* Heft 2 99; Barthélemy/Duez 225 oben; Westphalen Fürstenberg, *Das Problem der Grundrechte* 44 f.; von Hippel, *HbdDStR* II 546 ff., insbes. 556 f.; Carl Schmitt *HbdDStR* II 580 und Anm. 24. Nur wenn man vom „Vorrang des demokratischen Prinzips“ ausgeht, könnte man die Verteidigung des „Vorranges der Verfassung“ im 20. Jahrhundert als eine „Absurdität“ ansehen, wie Rappard *ZschWR* n. F. 53 105a, 139a.

⁶⁰) Gerade in der Stellungnahme zu diesem Problem zeigen sich sehr oft jene typischen gegensätzlichen Denkhaltungen: Einerseits die Denker, denen der Wille der Mehrheit *eo ipso* und unabdingbar höchstes Gesetz ist und andererseits die Denker, die auch gegenüber dem Absolutismus des Mehrheitswillens das Normative behaupten (und sicherzustellen suchen). So namentlich das amerikanische Rechtsdenken. Im schweizerischen Staatsrecht wäre hier namentlich auch Fleiner zu erwähnen. Zwar tritt dies bei ihm nicht in grundsätzlichen, systematischen Erörterungen zutage — diese lassen ihn im Gegenteil eher als Theoretiker der *volonté générale* erscheinen (Vergl.

rang" oder der „Ueberordnung" des einen oder andern Hauptteils der Verfassung akut werden, ja schliesslich geradezu dahin führen, dass man den einen „Teil" der Verfassung als „Gegenverfassung" des andern „Teils" darstellte. Noch hat man zwar gelegentlich auch versucht, den Vorrang der Grundrechte, als dem eigentlichen Kern der Verfassung, dem alles Organisatorische (als bloss mittelhaft) zu dienen habe, zu postulieren. Aber angesichts des Niederganges des Normativen wurde dieser Vorrang mehr und mehr problematisch. Die Grundrechte mussten gegenüber dem politischen Willen zur unmittelbaren Aktion weichen. Darin tritt die oftmals berührte absolutistische Tendenz der Demokratie besonders klar in Erscheinung⁶¹⁾.

Die Geschichte der Demokratie aber ist eine eindringliche Bestätigung des Satzes, dass sie nur als verfassungsmässige bestehen kann. Wo die „51%" glauben, kraft dieser 51% alles tun zu dürfen, ist die Demokratie unrettbar im Niedergang⁶²⁾. Es ist be-

BStR 17, 392) —, sondern in gelegentlichen Aeusserungen und in der Stellungnahme zu verschiedenen Einzelfragen; so namentlich in seiner Befürwortung der Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit: ZschwR n. F. Bd. 53 27a ff.; der Verwaltungsgerichtsbarkeit: BStR 222 f., 235; der gerichtlichen Wahlprüfung: BStR 151; der Prüfungsbefugnis des Bundesgerichtes gegenüber Volksinitiativen: BStR 299 Anm. 40, 399 Anm. 12; dem Prüfungsrecht des BGer gegenüber Notverordnungen: BStR 419 Anm. 32; ZschwR n. F. 53 28a (wenigstens die „willkürliche Auslegung").

⁶¹⁾ Platon, Gesetze 4. Buch (Meiner Ausgabe 131); Aristoteles, Politik 1292a, 1306b a. E. (Meiner 131 ff., 179); Montesquieu, Esprit des Lois XI 4, 5/6; „Federalist" No. 10 (Hamilton) A. de Tocqueville, a. a. O. II 164 ff. („Tyrannie de la majorité"), 182 f.; Jellinek ASTL 721; Ruggiero, Geschichte des Liberalismus 360 f.; insbesondere immer wieder betont von Fritz Fleiner, BStR 19 („Tyrannis der Mehrheit"), 25, 275, 315 („die reine Demokratie... als autoritäre Staatsform"), 316 („absolutistisch entarten"), 758, 761 („ausgesprochen absolutistischer Zug"); Institutionen 132 Anm. 4; Annuaire 1930 297; ZschwR n. F. 53 33a; Rappard, daselbst 144a; Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur 116, 120, 127, 142, 147; Jagmetti a. a. O. 197 f.; Duguít, Manuel de Droit Constitutionnel 2. Aufl. 18; Leibholz, Die Auflösung der liberalen Demokratie 18 f.; VVdDStRL Heft 7 171 ff.; Kelsen, Wesen und Wert der Demokratie 11, 76 oben; VVdDStRL Heft 5 80 f.; Verhandlungen des 5. Deutschen Soziologentages 1926: Kelsen 49 f., Tönnies 12 Leitsatz 4, 31 Ziff. 4; in schroffer (unrichtiger) Antithese Nelson, daselbst 176.

⁶²⁾ Das „Ziel der (demokratischen) Verfassung" ist gerade nicht, wie E. R. Huber (Wesen und Inhalt der politischen Verfassung 31) neuerdings meint, „den Mehrheitswillen des Volkes im Staate unbedingt durchzusetzen".

zeichnend, wenn eine Verfassung, die sich mit berechtigtem Stolze in der Präambel auf das „mehr als halbttausendjährige, freie Selbstbestimmungsrecht“ berufen kann, die Verfassung des Kt. Uri, in ihrem Art. 48 Abs. 2 diese entscheidende Lebensbedingung der Demokratie zu verankern suchte: „Richtschnur des Volkes in der Ausübung der Staatsgewalt soll das Recht und die Wohlfahrt des Vaterlandes, nicht aber Willkür oder Gewalt des Stärkeren sein“⁶³). Die ungehemmte, absolute, „massive Demokratie“ ist immer nur ein vorübergehender Zustand, eine Entartungsform der Demokratie, ein (notwendigerweise) „sich selbst zerstörender oberster Wille“ (Kant). So ist es, wie schon Aristoteles klar erkannte, eine ewige Schicksalsfrage der Demokratie, ob es ihr gelingt, den politischen Willen durch das Normative zu leiten, zu läutern und zu begrenzen, d. h. jenes Gleichgewicht (*équilibre constitutionnel*) zwischen der „*légitimité juridique*“ und der „*souveraineté politique*“ zu schaffen, in dem Maurice Hauriou richtigerweise das Kernproblem aller Verfassungspolitik erkennt⁶⁴). In der Gegenwart wird es vollends klar, dass der „struggle of laws versus will“ für die Demokratie von entscheidender Bedeutung ist. Die Wissenschaft hat über den Ausgang dieses Kampfes keine Prognosen zu stellen, wohl aber die Zusammenhänge in ihrer ganzen Unerbittlichkeit aufzuzeigen.

Den überdauernden Sinn der Verfassung für die Demokratie aber hat James Bryce, der wie wenige mit ihren Lebensbedingungen vertraut war, in trefflichen Worten umschrieben: „Eine Konstitution verkörpert aber gleichzeitig mit dem Grundsatz der Freiheit auch den Grundsatz der Selbstbeherrschung. Das Volk hat beschlossen, bestimmte Normen ausserhalb der Reichweite nur temporärer Impulse, die aus der Leidenschaft oder der Laune entspringen, zu setzen und diese Normen

⁶³) Vergl. auch BBl 1871 Bd. III 873: Wir sagen mit einem berühmten Rechtsgelehrten: Der Wille des Volkes kann etwas nicht gerecht machen, was es nicht ist“.

⁶⁴) Précis 237 ff.; ähnlich formuliert auch Thomas J. Cook in der American Historical Review Bd. 46 599 mit Mc Ilwain, Constitutionalism, ancient and modern, das Grundproblem des Verfassungsstaates der Gegenwart: to reconcile the rule of law and the rule of popular will, with governors responsible to both and with the people themselves supporting and bowing to the former despite the temporary discomfort. Vergl. auch Barthélemy/Duez 726 (über die „*République légale*“); Le Fur in Mélanges Carré de Malberg 358 f.; Waldecker AStL 547; Richard Thoma VVDStRL Heft 7 201.

zum dauernden Ausdruck seines ruhigen Nachdenkens und seiner wohlüberlegten Zweckeinstellung zu machen. Es liegt darin eine Anerkennung der Wahrheit, dass die Mehrheit nicht immer recht hat und gegen sich selbst dadurch geschützt werden müsse, dass die Verpflichtung vorhanden ist, in Augenblicken der Uebereilung oder der Erregung auf Maximen zurückzugreifen, die das Volk in Zeiten kühler Ueberlegung angenommen hat⁶⁵).

So hat die Verfassung gerade auch in der Demokratie die grosse Aufgabe, das Abgleiten in den Absolutismus zu verhindern. Die „Realien“ des Verfassungslebens haben sich allerdings grundlegend geändert. Der frühliberale Verfassungsstaat konnte eine wichtige Sicherung der Freiheit noch in einer möglichst schwachen Staatsgewalt suchen. Die heutige Situation zwingt, aus innen- und aussenpolitischen Gründen, auch die Demokratie zum starken Staat. Auch die Regierung der Demokratie bedarf weitgehender Kompetenzen. Ihre Akte können nicht mehr allseitig und eng durch Gesetze bestimmt werden. Die Garantie gegen die Gefahren, die dem Recht aus dieser neuen Situation erwachsen, wird die Demokratie vor allem in der Erhaltung und Verlebendigung der föderativen Struktur und in einer reaktivierten Bürgerschaft als Hüterin der Demokratie suchen müssen⁶⁶). Aber dennoch kann und muss auch dieser neue Ausgleich von Autorität und Freiheit in den Grundlinien in der klaren, festen Form einer grundgesetzlichen Normordnung verankert werden.

⁶⁵) Bryce, *Moderne Demokratien* Bd. II 13, *Studies* Bd. I 234 ff.; Willoughby Bd. I 9 (die Verfassung als der „real will of the People“); über die fast religiöse Verehrung der amerikanischen Verfassung vergl. die Nachweise bei Giraud, *Le pouvoir exécutif* 52, Beck, *Die Verfassung der Vereinigten Staaten* 9 ff., 382 f. Fleiner *BStR* 21; Burckhardt *Komm. Vorwort VIII*; Thoma *VVdDSrL* Heft 7 201; Benjamin Constant, *Esquisse d'une Constitution* 117 f. (die Form als Garantie gegen die „tyrannie populaire“); vergl. auch *Cours* I 173 ff.; Barthélemy/Duez 183 ff.

⁶⁶) Vergl. auch D. Schindler, *NSR* 1934 200, *NSR* 1940/41 *Abdr.* 10 ff. *Recht und Staat* 136; Max Huber, *Der Christ und die Politik* 18; Walther Burckhardt, *Staatliche Autorität und geistige Freiheit* 29 f.; vergl. auch meine *Abhandlungen im Jahrbuch „Die Schweiz“* (herausgegeben von der Neuen Helvetischen Gesellschaft) 1940/41: „Auf dem Wege zur Staatsreform“; 1942: *Gedanken zu einer kommenden Wahlreform* (Reaktivierung der Demokratie); 1943: *Die Ueberwindung des Parteienstaates als Problem der Demokratie*; 1944: *Vom Sinn des Föderalismus*; 1945: *Rechtsstaat, Sozialstaat, sozialer Rechtsstaat*.