Zur Lehre vom formellen und materiellen Gesetz im schweizerischen Bundesstaatsrecht

Autor(en): **Seeger, H.**

Objekttyp: **Article**

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

Band (Jahr): **45 (1926)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896347

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

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

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Zur Lehre vom formellen und materiellen Gesetz im schweizerischen Bundesstaatsrecht.

Von Oberrichter Dr. H. SEEGER in Frauenfeld.

Literaturverzeichnis: Anschütz, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, 1891. Blumer-Morel, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, Bd. II, 2. Abt., 2. Auflage, 1887. Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 2. Auflage, 1914. Dubs, Das öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft, 1877. Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923. Derselbe, Zeitschrift für schweiz. Recht, Bd. 25 n. F. S. 397 ff. Fleischmann, im Handbuch der Politik, 1912, Bd. I, S. 292 ff. Guhl, Bundesgesetz, Bundesbeschluss und Verordnung nach schweizerischem Staatsrecht, 1908. Hänel, Studien II, 1888. Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887. Derselbe, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 1911. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, 5. Aufl. 1912. Lukas, Die rechtliche Stellung des Parlaments, 1901. G. Meyer, Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats, Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 S. 1 ff. Rosin, Gesetz und Verordnung nach badischem Staatsrecht, 1911. v. Salis, Bundesgesetzgebung, in ReichesbergsHandwörterbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung, Bd. I 1903. Derselbe, Schweizerisches Bundesrecht, 1903, Bd. II S. 167 ff. Seligmann, Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne, 1886. Scheibke, Die Frist für Sanktion und Publikation von Gesetzen, 1909. v. Schoen, im Handbuch der Politik, 1912, Bd. I S. 287 ff. Schollenberger, Kommentar der Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, 1905. Veith, Der rechtliche Einfluss der Kantone auf die Bundesgewalt nach schweizerischem Bundesstaatsrecht, 1902. v. Waldkirch, Die Mitwirkung des Volkes bei der Rechtssetzung nach dem Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft und ihrer Kantone, 1918. Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1895.

Quellen: Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der schweizerischen Eidgenossenschaft, 1848—1874, Bd. I—XI, zitiert: A.S. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der schweizerischen Eidgenossenschaft, neue Folge, 1874—1924, Bd. I—XL, zitiert: A. S. n. F. Protokoll über die Verhandlungen der Revisionskommission des Nationalrates 1870/1871. Protokoll der ständerätlichen Revisionskommission 1870/1871.

Wenn im Text Autoren zitiert sind, so bezieht sich das Zitat auf die im vorstehenden Literaturverzeichnis aufgeführten Werke.

I. Der Begriff des formellen und materiellen Gesetzes im allgemeinen.

Die Lehre vom formellen und materiellen Gesetz ist vorab im monarchischen Staatsrecht entwickelt worden. Die vorkonstitutionelle Epoche kannte die doppelte Bedeutung des Gesetzesbegriffs, des Gesetzes im formellen und materiellen Sinne, nicht. Die staatlichen Willensakte waren der Ausfluss der ungeteilten Gewalt des absoluten Monarchen. Mit der Einführung der konstitutionellen Verfassungsform und der damit verbundenen Verwirklichung des politischen Postulats der Trennung der Gewalten ist eine Klassifikation der Staatswillensakte nach deren Inhalt und der Art des Zustandekommens notwendig geworden. Der objektive Gegensatz zwischen Rechtssetzung, Rechtsprechung und Verwaltung hat zwar von jeher und bei jeder Staatsform bestanden, nicht aber der subjektive zwischen Gesetzgeber, Richter und Verwalter. In der absoluten Monarchie waren virtuell alle staatlichen Funktionen in der einen Person des absoluten Herrschers vereinigt. Die konstitutionelle Bewegung erstrebte vor allem die Teilnahme der Volksvertretung an der Gesetzgebung, wobei man unter Gesetzgebung zunächst Rechtssetzung verstand. Die Volksvertretung sollte nach der Theorie von der Teilung der Gewalten einen Anteil an der Regelung der Rechtsordnung, nicht aber an der Leitung der Verwaltung oder gar an der Rechtsprechung haben.

Mitwirkung der Volksvertretung am Erlass der Gesetze bedeutete: Die Anordnung eines Rechtssatzes sollte nur in einem Gesetze, also unter Mitwirkung des Parlaments erfolgen können. Die Gesetzgebung im Sinne der rechtsverbindlichen Anordnung von Rechtssätzen erschöpft jedoch die Aufgabe der Volksvertretung nicht. Ihre Tätigkeit erstreckt sich auf das Gebiet der Verwaltung und in geringem Masse auch auf dasjenige der Rechtsprechung. Diesen nach ihrem Inhalte mehrfachen Funktionen der Parlamente entsprach aber nicht eine Unterscheidung der Erlasse ihrer Form nach. Man bezeichnete und bezeichnet heute noch in vielen Staaten alle von den Parlamenten ausgehenden oder unter deren Mitwirkung zustande gekommenen Staatswillensakte ohne Rücksicht auf deren Inhalt als Gesetze, gemäss der ursprünglich bei Einführung der konstitutionellen Verfassungsform der Volksvertretung zugewiesenen Funktion der Teilnahme an der Gesetzgebung des Staats, worunter man, wie ausgeführt, zunächst nur die Rechtssetzung verstand. Da indessen die Verfassungen den gesetzgebenden Organen in grossem Umfange Verwaltungsfunktionen übertrugen, die in Ausübung dieser Verwaltungstätigkeit ergangenen Akte sich aber gleichwohl nach der Art ihres Zustandekommens und ihrer äussern Form von den Gesetzen, die den Rechtssatz zum Inhalt hatten, nicht unterschieden, suchte die Staatsrechtswissenschaft eine diesem nach Form und Inhalt doppelten Sinn des Gesetzesbegriffs entsprechende juristische Formulierung zu geben. Während in der konstitutionellen Epoche Deutschlands und Österreichs lange Zeit hindurch der Gegensatz von materiellem und formellem Gesetz nicht die seiner überaus grossen praktischen Wichtigkeit entsprechende Beachtung erfuhr, ist er dann durch Laband zu scharfer juristischer Formulierung, zu allgemeiner Kenntnis und systematischer Bedeutung erhoben worden.

Das Gesetz im materiellen Sinne hat den Rechtssatz zu seinem Inhalt. Die Rechtsnorm, in

rechtsverbindlicher Weise erlassen, wird zum Rechtssatz. Viele halten die allgemeine Verbindlichkeit als das wesentliche Begriffsmerkmal des Rechtssatzes (Rousseau, G. Meyer, Seligmann, von Rönne, Schulze u. a.). Nach Laband und Jellinek ist die Allgemeinheit des Rechtssatzes nur ein Naturale, nicht ein Essentiale des materiellen Gesetzesbegriffs. Es gibt Rechtssätze, die nur auf einen einzigen Tatbestand anwendbar sind, der sich nur einmal verwirklicht. Es hält nicht leicht, den Rechtssatzbegriff in eine alle wesentlichen Merkmale umfassende, verständliche Formel zu bringen. Weil nach konstitutionellem Staatsrecht die Rechtssetzung grundsätzlich in der Form des Gesetzes zu erfolgen hat, ist es aber von grösster praktischer Bedeutung, zu erforschen, was einerseits zur Rechtssetzung geeignet ist, also zum Inhalt eines Gesetzes gemacht werden muss, und was anderseits durch die Verwaltungsorgane im Wege der Verordnung geregelt werden kann. Es handelt sich um die Abgrenzung der Kompetenzen der Gesetzgebung von der Verordnungsgewalt der Regierung, in der Schweiz ausserdem um die Frage, ob ein Erlass der Bundesversammlung dem Referendum zu unterstellen sei oder nicht.

Das Recht bezweckt die Abgrenzung der Befugnisse und Pflichten der Personen gegeneinander, die „soziale Schrankenziehung", Abgrenzung der Willenssphäre eines Subjekts gegen fremde Willenssphären durch Gebote, Verbote und Gewährungen. Es regelt die Art des Zusammenlebens der Menschen als Trägern von Rechten und Pflichten. Die Subjekte, deren Willenssphären gegeneinander abgegrenzt, deren Rechte und Rechtspflichten durch das Recht umschrieben werden, sind natürliche und juristische Personen (öffentliche und private Korporationen, Anstalten, Stiftungen). Auch der Staat ist durch die von ihm geschaffene Rechtsordnung beschränkt. Wohl ist er in der Gestaltung des Rechts frei; aber in seiner verwaltenden Tätigkeit untersteht er der Rechtsordnung, und keine Verwaltungsbehörde darf in Form von Verordnungen

Rechtssätze schaffen, zufolge welcher die Befugnisse und Pflichten der Rechtssubjekte erweitert oder beschränkt werden, es sei denn, dass der Gesetzgeber die Befugnis zum Erlass von Rechtsverordnungen an die Verwaltungsbehörden delegiert hätte. Rechtssätze sind, abgesehen von der Form, Normen, welche in Form von Geboten, Verboten oder Gewährungen Rechte und Pflichten der natürlichen und juristischen Personen umschreiben und gegeneinander abgrenzen. Die Rechte und Pflichten des Staats den Staatseinwohnern und Körperschaften gegenüber, des Bundesstaats gegenüber den Gliedstaaten, beruhen auf Rechtssätzen. Der Staat kann niemandem etwas nehmen oder geben, niemandem Beschränkungen auferlegen oder Befugnisse einräumen, niemandem etwas verbieten oder gebieten, es sei denn auf Grund eines Rechtssatzes. Keine Person hat Rechte gegenüber andern Personen oder dem Staate, keiner Person obliegt eine Rechtspflicht, etwas zu leisten oder zu unterlassen oder sich den Anordnungen Dritter gemäss zu verhalten, es sei denn auf Grund einer mit rechtsverbindlicher Kraft ausgestatteten Rechtsregel, eines Rechtssatzes. Der Zweck aller Rechtssätze besteht in der Bestimmung der Voraussetzungen, unter denen ein Rechtssubjekt bestimmte Rechte oder Pflichten besitzt. Das objektive Recht, die verbietenden, gebietenden, erlaubenden Sätze, schafft die subjektiven Rechte und Pflichten und ist, in unmittelbare Beziehung zum Träger des Rechts gesetzt, das Recht im subjektiven Sinne, dem aber auch eine subjektive Pflicht entspricht.

Der Rechtssatz ist Gesetzesrecht, das ist der durch die Rechtsquelle ausdrücklich formulierte und zum Rechtssatz erhobene Rechtsgedanke. Damit haben wir zugleich den Begriff des materiellen Gesetzes bestimmt. Es ist mit verbindlicher Kraft ausgestattetes Recht, die rechtsverbindliche Anordnung eines Rechtssatzes, wie Laband sagt. Das materielle Gesetz bestimmt sich durch seinen Inhalt; es hat den Rechtssatz zum Inhalt.

Das formelle Gesetz wird ausschliesslich durch seine Form bestimmt. Es ist ein Staatsakt, der sich in der Regel Gesetz nennt und der zustandegekommen ist in der Form, wie sie das konkrete Staatsrecht für die Gesetzgebung vorschreibt. Nach konstitutionellem Staatsrecht sind Gesetze alle diejenigen Staatswillensakte, welche in der Monarchie vom Herrscher nur im Zusammenwirken mit dem Parlament, in der repräsentativen Demokratie nicht von der Regierung, sondern nur vom Parlament, in der unmittelbaren Demokratie vom Parlament in Verbindung mit dem Volke oder unter Umständen nur von diesem allein vorgenommen werden können.

Die Bedeutung des formellen Gesetzes liegt darin, dass Staatswillensakte, welche in Form des Gesetzes ergangen sind, nur durch ein formelles Gesetz aufgehoben oder abgeändert werden können. Willensakte, welche in Form des Gesetzes gekleidet sind, besitzen formelle Gesetzeskraft. Vorschriften, die ihrer Natur und ihrem Inhalte nach in das Gebiet der Verwaltung gehören, die aber aus irgendwelchen Gründen in Gesetzesform erscheinen, können aus dem Grund, weil sie materiell Verwaltungsnormen sind, von den Organen der Verwaltung einseitig weder aufgehoben noch abgeändert werden. Zahlreiche Gesetze enthalten nicht nur Rechtssätze, sondern auch Vorschriften, die auf dem Verordnungswege hätten erlassen werden können, inhaltlich Verwaltungsvorschriften, die aber, weil sie den Inhalt eines Gesetzes bilden, der formellen Gesetzeskraft unterstehen.

II. Das formelle Gesetz unter der Bundesverfassung von 1848.

Die Bundesverfassung von 1848 verleiht der Bundesversammlung die Ausübung der obersten Gewalt des Bundes. Die Gewalt des Bundes erstreckt sich auf die ihm in der Verfassung zugeteilten Gegenstände und in

diesem begrenzten Raum bewegt und erschöpft sich die Kompetenz der Bundesversammlung, soweit nicht die Verfassung ausdrücklich eine andere Behörde als zur Erledigung von Staatsaufgaben zuständig erklärt. Die Präsumption spricht immer zugunsten der Bundesversammlung. Nach Art. 74 Ziff. 1 ist die Bundesversammlung die gesetzgebende Behörde der Eidgenossenschaft. Während in den meisten Staaten Verfassungsgesetze und einfache Gesetze von denselben Organen erlassen werden, wenn auch häufig unter Beobachtung verschiedener Formen des Zustandekommens, sind in der Eidgenossenschaft Verfassungsgesetzgeber und Gesetzgeber nicht identisch. Das Verfassungsgesetz kommt zustande durch das Zusammenwirken der Mehrheit der Aktivbürgerschaft mit der Mehrheit der Standesstimmen. Inhalt und Form der Gesetzgebung wird durch diesen höhern Willen bestimmt. Insofern ist die Ausdrucksweise der Bundesverfassung, die oberste Gewalt des Bundes werde durch die Bundesversammlung ausgeübt, nicht zutreffend. Wir werden indessen im folgenden die Verfassungsgesetzgebung nicht zum Gegenstand unsrer Untersuchung machen, sondern uns auf die Frage beschränken: Welche Erlasse des Bundes sind nach der Verfassung von 1848 formelle Gesetze, wie kamen sie zustande und welchen Inhalt hatten sie?

Die Bundesverfassung von 1848 bestimmte in Art. 78: „Für Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse ist die Zustimmung beider Räte erforderlich.“ In diesem Satze ist der formelle Gesetzesbegriff der Bundesverfassung von 1848 enthalten. Er gibt die Form an, in welcher Gesetze und Beschlüsse des Bundes zustande kommen, und daraus folgt, dass für die Aufhebung und Abänderung von Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen wiederum die Zustimmung beider Räte erforderlich ist, mit der Einschränkung, dass der stärkere Wille des Verfassungsgesetzgebers die einfachen Gesetze und Beschlüsse des Bundes aufzuheben oder abzuändern vermag. Es gibt keine Schranke der

Verfassungsgesetzgebung; jeder staatliche Gedanke kann zum Inhalt eines Verfassungsgesetzes gemacht werden, also auch die Aufhebung oder Abänderung eines einfachen Gesetzes oder Beschlusses. Allein darauf kommt es nicht an. Es handelt sich nicht darum, dass ein formelles Gesetz durch die stärkere Form staatlicher Rechtssetzung, durch die Verfassungsgesetzgebung ganz oder teilweise ausser Kraft gesetzt werden könnte, sondern darin liegt die grosse praktische Bedeutung des formellen Gesetzes, dass es nicht durch eine schwächere Form staatlicher Willenskundgebungen, durch Verordnungen oder Verfügungen der Regierung aboliert werden kann. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Erlasse der Bundesversammlung sich Bundesgesetze oder Bundesbeschlüsse nennen. Beide kommen unter Beobachtung derselben Formen zustande, sind formelle Gesetze mit formeller Gesetzeskraft.

Was den Inhalt der Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse der Verfassung von 1848 anbelangt, so war dieser in der Form gleichgültig, weil alle Beschlüsse der Bundesversammlung von 1848—1874 formelle Gesetze waren. Es ist deshalb ohne Belang, ob Rechtssätze in der Form des Gesetzes oder Beschlusses erlassen werden, weil diesen beiden Formen staatlicher Willensakte die formelle Gesetzeskraft zukommt. Zahlreiche Beschlüsse, welche unter der Herrschaft der Verfassung von 1848 von der Bundesversammlung erlassen wurden, enthalten Rechtssätze, sind materielle Gesetze. Der Unterschied zwischen Gesetz und Beschluss dem Inhalte nach deckt sich etwa keineswegs mit demjenigen von Rechtssatz und Verwaltungsnorm, was man anzunehmen versucht ist, da der Bundesversammlung durch die Bundesverfassung ein bedeutender Einfluss auf den Gang der Staatsverwaltung und die Gestaltung der Verwaltungsgesetzgebung vorbehalten wurde. Man kann sagen, dass Verwaltungsakte wichtiger Natur, Verwaltungsbeschlüsse von allgemeiner Tragweite und solche, welche den Bund finanziell erheblich belasten, im Zweifel in den Geschäftskreis der Bundes-

versammlung fallen (vgl. Art. 60, 73, 74 Ziff. 14 u. 15 a.B.Verf., Art. 71, 84, 85 Ziff. 11 u. 12 und Art. 113 Ziff. 2 n.B.Verf., ferner Art. 189 und 193 des Gesetzes betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 6. Oktober 1911). Die Bundesverfassung gibt keine Anhaltspunkte dafür, welche Erlasse der Bundesversammlung als Bundesgesetze und welche als Bundesbeschlüsse bezeichnet werden sollen. Die verfassungsberatende Tagsatzung wird sich dabei wohl etwas vorgestellt haben. Die Materialien zu Art. 78 geben aber keinen genauen Aufschluss über die Gründe, welche zu einer Unterscheidung der Willenserklärungen der Bundesversammlung in Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse geführt haben. Es darf als selbstverständlich angenommen werden, dass für die Wahl der Bezeichnung auf den materiellen Inhalt, das innere Wesen und die Natur des Erlasses abgestellt werden wollte.

Die Bundesverfassung von 1848 brachte die Umwandlung des Staatenbundes in den Bundesstaat und damit die Zentralisation in Gesetzgebung und Verwaltung für eine Reihe von Gegenständen, die bisher der Regelung der Kantone unterstellt waren. Die Verfassung spricht an vielen Stellen von Bundesgesetzen, Bundesgesetzgebung, Weg der Gesetzgebung, gesetzlichen Bestimmungen, gesetzlichen Verfügungen. Damit wird die neugeschaffene Kompetenz des Bundes in Gegensatz zur bisherigen der Kantone gestellt. Über die Form oder Bezeichnung der Erlasse waren damit keine bindenden Vorschriften gegeben. Die Bundesversammlung hat aber ziemlich folgerichtig die meisten Erlasse, welche die Ausführung der dem Bunde neu zugeteilten Aufgaben auf dem Gebiete der Staatsverwaltung bedeuten, in Gesetzesform ergehen lassen. Der Zentralisation unterlagen nach der Bundesverfassung von 1848 hauptsächlich folgende Verwaltungszweige: das Militärwesen, das Post-, Handels-, Zoll- und Münzwesen; ferner wurde ein einheitliches System für Mass und Gewicht vorgesehen; die Telegraphenverwaltung wurde durch Bundesgesetz vom 23. Dezember 1851 als Bundessache

erklärt. Die Bundesverfassung hat ferner eine Reihe weiterer Materien als der bundesrechtlichen Regelung unterstehend festgesetzt, so das Pulverregal, Freiheit des Verkehrs und Handels, Errichtung einer Universität und einer polytechnischen Schule, die Gesetzgebung betreffend die Einbürgerung und die Verhinderung neuer Heimatloser, Auslieferung der Angeklagten von einem Kanton in den andern, Niederlassung, Expropriation, Seuchenpolizei. Die prinzipielle Regelung aller dieser dem Bunde überwiesenen Gegenstände ist auf dem Wege der Gesetzgebung geschehen; die in Ausführung der Verfassungsgrundsätze ergangenen Erlasse heissen „Gesetze" (Gesetz über die Militärorganisation der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 8. Mai 1850, Bundesgesetz über das Postregal vom 24. Mai/2. Juni 1849, Zollgesetz vom 30. Juni 1849, Münzgesetz vom 7. Mai 1850, Bundesgesetz die Mass- und Gewichtsordnung betreffend vom 23. Dezember 1851, Telegraphengesetz vom 23. Dezember 1851, Bundesgesetz über das Pulverregal vom 30. April 1849, Gesetz über das Polytechnikum vom 7. Februar 1854, Bundesgesetz die Heimatlosigkeit betreffend vom 3. Dezember 1850, Bundesgesetz über die Auslieferung von Verbrechern oder Angeschuldigten vom 24. Juli 1852, Bundesgesetz über die Dauer und Kosten der Niederlassungsbewilligung vom 10. Dezember 1849, Expropriationsgesetz vom 1. Mai 1850, Bundesgesetz über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen vom 8. Februar 1872). In Ausführung von Art. 74 Ziff. 1, wo von Gesetzen („namentlich Gesetze") über Bildung der Wahlkreise, über Wahlart, über Organisation und Geschäftsgang der Bundesbehörden und Bildung der Schwurgerichte die Rede ist, sind folgende Gesetze ergangen: Bundesgesetz betreffend die Wahl der Mitglieder des Nationalrates vom 21. Dezember 1850, Nachtragsgesetz vom 23. Juli 1863, Gesetz betreffend die Wahl in den Nationalrat vom 10. Heumonat 1872, Bundesgesetz über die Organisation und den Geschäftsgang des Bundesrates vom 16. Mai 1849; in Ausführung von Art. 74 Ziff. 1

und 14, Art. 94 und 107 der Bundesverfassung: Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 5. Juni 1849, Bundesgesetz über die Kosten der Bundesrechtspflege etc. vom 24. Herbstmonat 1856, Bundesgesetz über den Geschäftskreis und die Besoldung des Generalanwalts vom 20. Dezember 1850, Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 4. Hornung 1853, Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 4. August 1851; in Ausführung von Art. 108 der Bundesverfassung: Beschluss der Bundesversammlung betreffend die Leistungen des Bundesorts und die Art der Bezeichnung desselben vom 27. Weinmonat 1848; in Ausführung von Art. 110 das Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850; in Ausführung von Art. 112 die Bundesgesetze betreffend die Revision der Bundesverfassung vom 19. November 1865, vom 5. März 1873, vom 31. Januar 1874. — Immerhin sind in einer Reihe von Fällen, wo die Bundesverfassung ausdrücklich einem Bundesgesetze rief, Bundesbeschlüsse ergangen, so Bundesbeschluss betreffend die Leistungen und die Bezeichnung des Bundessitzes, trotzdem Art. 108 von Bundesgesetzgebung spricht, Bundesbeschluss den Kutscherteil von Uri betreffend vom 18. Dezember 1850, Bundesbeschluss betreffend die Aufhebung der Portens- und Ruttnerrechte im Kanton Graubünden vom 23. Heumonat 1861, obwohl Art. 30 B.Verf., auf den sich diese beiden Erlasse stützen, die Regelung dieser Gegenstände auf dem Wege der Bundesgesetzgebung verlangt (vgl. dagegen Bundesgesetz betreffend den freien Verkehr an der Wasserstrasse von Luzern nach Flüelen vom 16./22. Mai 1849).

Wenn wir die amtliche Sammlung von 1848—1874 durchgehen, so konstatieren wir, dass die Praxis der Bundesversammlung in der Benennung ihrer Erlasse sehr schwankend und inkonsequent war. Eine Trennung nach materiellen Gesichtspunkten lässt sich schwer bewerk-

stelligen. Die Bundesversammlung hat materielle Gesetze in Beschlussesform und Verwaltungsnormen in Gesetzesform gekleidet. Das war insofern ohne Bedeutung, als auch den Bundesbeschlüssen formelle Gesetzeskraft innewohnte. Der Bundesbeschluss war formelles Gesetz; deshalb konnte die Bundesversammlung über die gleiche Materie Gesetze oder Beschlüsse erlassen, Gesetze durch Beschlüsse abändern oder aufheben und umgekehrt, wie es in zahlreichen Fällen geschah. So erliess die Bundesversammlung ein Gesetz betreffend Einführung einer neuen Ausrüstung für die Pferde des Bundesheeres vom 23. Januar 1863, dagegen einen Bundesbeschluss betreffend Einführung eines neuen Infanteriegewehrs vom 28. Januar 1863. Beide Erlasse waren Abänderungen des Bundesgesetzes über Bekleidung, Bewaffnung und Ausrüstung des Bundesheeres vom 27. August 1851. In der Bezeichnung der nach Art. 74 Ziff. 1 und 2 ergangenen Erlasse herrschte lange Zeit grosse Inkonsequenz. Die Bundesverfassung verlangt für die Organisation und den Geschäftsgang der Bundesbehörden, d. h. der in der Verfassung bezeichneten unmittelbaren Organe, Anordnungen in Gesetzesform. Dafür spricht die Erwägung, dass die Organisierung der höchsten Staatsorgane zu den fundamentalen Aufgaben des Staats gehört (Fleiner, Z.f.schw. R. n. F. Bd. 25 S. 398). So wurde verfassungsgemäss die Organisation und der Geschäftsgang des Bundesrats durch das Bundesgesetz vom 11. Mai 1849 geregelt. Dieses Gesetz erfuhr eine Abänderung durch Bundesbeschluss vom 26. Januar 1860, eine weitere Revision durch das Bundesgesetz vom 28. Heumonat 1873. Das Gesetz ist durch einfachen (dem Referendum nicht unterstellten) Bundesbeschluss vom 21. August 1878 aufgehoben worden (vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 14. Mai 1878, B.Bl. 1878 Bd. 2 S. 943 ff.). Seit 1883 sind eine Reihe Spezialgesetze über die Organisation der einzelnen Departemente erlassen worden, so dass dem Wortlaute der Bundesverfassung wieder Genüge geleistet

wurde. Art. 74 Ziff. 2 spricht weder von Gesetzen noch von Beschlüssen und überlässt die Bezeichnung der Erlasse dem Ermessen der Bundesversammlung. Die Errichtung bleibender Beamtungen sind Akte verwaltungsrechtlicher Natur; Beamtungen, Behörden werden geschaffen zur Vollziehung bereits bestehenden Rechts. Die Praxis der Bundesversammlung in der Bezeichnung der in Ausführung von Art. 74 Ziff. 2 erlassenen Anordnungen war schwankend (vgl. Bundesgesetz betreffend die Errichtung eines statistischen Bureaus vom 21. Januar 1860, A.S. Bd. 6 S. 422; Bundesgesetz betreffend die Errichtung von zwei Adjunktenstellen bei der Generalpostdirektion vom 17. Heumonat 1866, A.S. Bd. 8 S. 856; Bundesbeschluss betreffend die Errichtung der Stelle eines Adjunktes des Oberbauinspektors im eidgenössischen Departement des Innern vom 16. Christmonat 1873, A.S. Bd. 11, S. 432; Bundesbeschluss betreffend die Errichtung einer technischen Stelle auf dem Baubureau des eidgenössischen Departement des Innern vom 23. Christmonat 1870, A.S. Bd. 10, S. 350). Davon ausgehend, dass das materielle Gesetz auch die Form des Gesetzes haben müsse, war die Bezeichnung Gesetz betreffend die Errichtung eines statistischen Bureaus richtig; denn dieses Gesetz begründet ein Recht des Bundes, zu statistischen Zwecken statistische Erhebungen durch Vermittlung der Kantonsregierungen anzuordnen, zusammenzustellen und zu veröffentlichen. Zur Ausübung dieses Rechts bedarf es eines statistischen Bureaus. Dieses schafft der Bund sich in demselben Gesetze, in welchem er sich das Recht zur Erstellung einer Statistik der Schweiz und zur Vornahme der zu diesem Zwecke notwendigen Massnahmen beilegt. Es kommt häufig vor, dass in einem Gesetze, welches neues Recht statuiert, zugleich die Organe bezeichnet werden, welche dieses Recht auszuüben befugt und berufen sind. Es ist deshalb im konstitutionellen Staate, wo die Rechtssetzung grundsätzlich den gesetzgebenden Organen vorbehalten ist, in jedem Falle zu untersuchen, ob in Organisations-

gesetzen oder andern verwaltungsrechtlichen Anordnungen Rechtssätze enthalten seien, welche der Sanktion des Gesetzgebers bedürfen (vgl. Bundesgesetz betreffend Organisation der Telegraphenverwaltung vom 20. Christmonat 1854, Art. 1, 3).

In den Geschäftskreis beider Räte fallen nach Art. 74 Ziff. 2 die Besoldung und Entschädigung der Mitglieder der Bundesbehörden und der Bundeskanzlei, die Errichtung bleibender Beamtungen und die Bestimmung ihrer Gehalte. In Ausführung dieses Verfassungsartikels hat die Bundesversammlung teils Gesetze, teils Beschlüsse erlassen. Der Grund dieser ungleichen Bezeichnung ist nicht ersichtlich. Die Gehalte der Bundesräte und des Kanzlers werden in einem Bundesbeschluss festgesetzt, die Besoldungen der übrigen Bundesbeamten in einem Bundesgesetz; Abänderungen dieser Gesetze erfolgten zum Teil in Gesetzen (Gesetz betreffend die Besoldung der Telegraphenbeamten vom 29. Januar 1863, Gesetz betreffend die Besoldung des Oberkriegskommissariats, der Zoll- und Postverwaltung vom 1. August 1863, Gesetz betreffend die Besoldung verschiedener Beamter der Bundeskanzlei und der Departemente vom 29. Herbstmonat 1864, Bundesgesetz betreffend die Besoldung des Oberzolldirektors vom 15. Weinmonat 1865), dagegen Bundesbeschluss betreffend die Gehaltserhöhung der Postbeamten vom 19. Heumonat 1869. Ebenso erfolgte die Festsetzung der Gehalte der schweizerischen Gesandtschaften im Auslande durch Bundesbeschluss vom 21. Christmonat 1872.

Eine nicht geringe Verwirrung in der Bezeichnung der Erlasse des Bundes herrschte auf dem Gebiete des Militärwesens. Art. 20 Ziff. 2 Abs. 2 der B.Verf. schreibt vor: „Die Zentralisation des Militärunterrichts kann nötigenfalls durch die Bundesgesetzgebung weiterentwickelt werden.“ In Ausführung dieses Artikels sind ergangen das Bundesgesetz betreffend die Übernahme des Unterrichts der Scharfschützen durch den Bund vom 30. Januar 1854,

A.S. Bd. 4 S. 24; Bundesgesetz betreffend die Übernahme des Unterrichts angehender Offiziere der Infanterie durch den Bund vom 30. Januar 1860, A.S. Bd. 6 S. 436; dagegen Bundesbeschluss betreffend die Errichtung einer eidgenössischen Schießschule vom 25. Heumonat 1862, A.S. Bd. 7 S. 324. Ferner Bundesbeschluss betreffend die Einführung gezogener Geschütze vom 24. Heumonat 1861, A.S. Bd. 7 S. 67; Bundesbeschluss betreffend weitere Ausdehnung des Systems der gezogenen Geschütze vom 23. Christmonat 1863, A.S. Bd. 8 S. 27; dagegen Bundesgesetz betreffend die Einführung gezogener Feld- und Positionsgeschütze schweren Kalibers vom 19. Juli 1866, A.S. Bd. 8 S. 868.

Wir sehen aus den angeführten Beispielen, die vermehrt werden könnten, dass in der Epoche von 1848—1874 die Bezeichnungen Gesetz und Beschluss ganz promiscue gebraucht wurden. Wir finden Gesetze, welche nur der Form nach Gesetze sind, anderseits Beschlüsse, welchen dem materiellen Inhalt entsprechend die Bezeichnung Gesetz hätte beigelegt werden müssen. Das war aber praktisch ohne Bedeutung, weil dem Bundesbeschluss formelle Gesetzeskraft zukam, weil beide Formen der Erlasse formelle Gesetze waren. Zu jener Zeit war auch der Gegensatz von materiellem und formellem Gesetz noch nicht zu scharfer juristischer Formulierung gelangt, so dass man keinen Anstoss daran nahm, dem materiellen Gesetze, dem nach konstitutioneller Lehre die Form des Gesetzes hätte gegeben werden müssen, diejenige des Beschlusses zu geben. Dass sich die Räte über diese Dinge nicht lange aufgehalten haben, ist bei der Gleichwertigkeit von Bundesgesetz und Bundesbeschluss unter der Herrschaft der ersten Bundesverfassung verständlich.

III. Das formelle Gesetz unter der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874.

Die Bundesverfassung von 1874 hat den Begriff des formellen Gesetzes im schweizerischen Staatsrecht völlig

umgestaltet. Während unter der Bundesverfassung von 1848 für Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse die Zustimmung beider Räte erforderlich und genügend war, hat die Verfassung von 1874 die Bundesversammlung aus ihrer präponderierenden Stellung verdrängt, indem sie ihr das Schweizervolk als weiteres Organ zugesellte. Das Schweizervolk, beziehungsweise die Aktivbürgerschaft, nimmt nicht mehr bloss indirekt durch die Wahl des Nationalrates an der Bildung des Gesetzeswillens teil, vielmehr ist es zum aktiven Substrat der gesetzgebenden Gewalt des Bundes geworden. Während 1848 die Bundesversammlung als sekundäres Organ des Volkes und der Kantone allein zur Gesetzgebung befugt war, wobei gemäss dem repräsentativen Gedanken die Akte der Bundesversammlung als solche der primären Organe Volk und Kantone galten, ist 1874 dem primären Organ Volk (in Bevorrechtung gegenüber den Kantonen) die aktive Teilnahme an der Bildung des Gesetzeswillens zugestanden worden, indem nach Art. 84 der B.Verf. Bundesgesetze und allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse, die nicht dringlicher Natur sind, dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorgelegt werden müssen, wenn es von 30,000 stimmberechtigten Schweizerbürgern oder acht Kantonen verlangt wird.

Formelle Gesetze im Sinne der konstitutionellen Theorie sind nach der Verfassung von 1874 diejenigen Erlasse des Bundes, welche die Zustimmung beider Räte und die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung der Aktivbürgerschaft erlangt haben. Der Volksabstimmung unterliegen alle Bundesgesetze und alle allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse, die nicht dringlicher Natur sind. Formelle Gesetze sind demnach die Bundesgesetze und die allgemein verbindlichen, nicht dringlich erklärten Bundesbeschlüsse. Diesen und nur diesen Willensakten des

Bundes kommt die formelle Gesetzeskraft zu. Bundesgesetze und allgemein verbindliche, nicht dringliche Bundesbeschlüsse können, ganz abgesehen von ihrem Inhalt, nur im Wege der Bundesgesetzgebung wieder aufgehoben oder abgeändert werden und setzen alle mit diesen im Widerspruch stehenden frühern Anordnungen des Bundes ausser Kraft. Darin liegt die eminente staatsrechtliche Bedeutung des formellen Gesetzesbegriffs. Der einfache Bundesbeschluss, der nicht allgemein verbindlichen Inhalt hat, und der allgemein verbindliche Bundesbeschluss, der von der Bundesversammlung als dringlich erklärt worden ist, entbehren der Kriterien des formellen Gesetzes. Letzterer vermag wohl neues Recht zu schaffen; denn die Bundesversammlung hat es gemäss Art. 2 des Bundesgesetzes betreffend Volksabstimmung über Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse vom 17. Juni 1874 in der Hand, einen Bundesbeschluss entweder als nicht allgemein verbindlich oder als dringlich zu erklären und so ein materielles Gesetz der Volksabstimmung zu entziehen; aber keineswegs können durch einfache oder durch dringlich erklärte allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse bestehende Gesetze aufgehoben oder abgeändert werden.

Die herrschende staatsrechtliche Lehre erblickt den Schwerpunkt der Gesetzgebung in der Sanktion, in der Ausstattung des Gesetzesinhalts mit dem Gesetzesbefehl. Es genügt nicht, dass eine Rechtsregel formuliert wird, sie muss auch mit verbindlicher Kraft ausgestattet werden. In der Monarchie ist es in der Regel der Monarch, welcher den von den Kammern beschlossenen Gesetzesinhalt mit dem Gesetzesbefehl ausstattet. Darin kommt so recht die souveräne Stellung des Monarchen zum Ausdruck. In den Staaten, deren Verfassung auf dem Grundsatz der Volkssouveränität beruht, steht die Sanktion grundsätzlich dem Volke als dem Träger der Staatsgewalt zu. Indessen übt das Volk dieses Hoheitsrecht nicht überall unmittelbar aus. In der rein repräsentativen Republik werden alle staatlichen Funktionen, also auch

die Sanktion, durch Repräsentanten des Volkes ausgeübt. In der demokratischen Republik hat die Volksgemeinde beratende und beschliessende oder nur beschliessende Funktionen. Zwischen diesen beiden Formen republikanischer Staaten gibt es Zwischenstufen. Der schweizerische Bundesstaat von 1848 war weder eine rein demokratische noch eine rein repräsentative Republik. Nur die Verfassungsgesetzgebung, die totale oder teilweise Revision der Bundesverfassung, erfolgte unter unmittelbarer Teilnahme des Volkes und der Stände in der Abstimmung. Für die einfache Bundesgesetzgebung genügte der übereinstimmende Beschluss der Vertreter des Volkes und der Stände. Das Parlament übte also hier die Rechte des Souveräns aus; die Bundesversammlung war verfassungsmässig dazu berufen, nicht nur den Inhalt der Bundesgesetze festzustellen, sondern auch die Befolgung der Rechtssätze anzubefehlen. Die Sanktion der Bundesgesetze, soweit sie nicht Verfassungsgesetze waren, lag bei der Bundesversammlung. Mit der Einführung der unmittelbar-demokratischen Institution des Referendums hat die Bundesverfassung von 1874 das Mass der Anteilnahme des Volkes an den Funktionen der Staatsgewalt vermehrt. Der schweizerische Bundesstaat nähert sich der demokratischen Republik. Die Aktivbürgerschaft ist unmittelbares Organ der Gesetzgebung geworden.

In der Schweiz fehlt dem Wege der Bundesgesetzgebung ein besondrer, in die Erscheinung tretender Sanktionsakt. Unsern Gesetzen fehlt die Sanktionsformel „wir . . . verordnen . . . was folgt". Damit ist aber nicht gesagt, dass die schweizerischen Bundesgesetze nicht sanktioniert werden. Es gibt keine Gesetzgebung ohne Sanktion. In der Sanktion allein, in der Ausstattung des Gesetzesinhalts mit verbindlicher Kraft, liegt im staatsrechtlichen Sinn die Bedeutung der Gesetzgebung. Die Herstellung des Gesetzesinhalts ist allerdings auch eine wichtige staatliche Angelegenheit. Allein die Schaffung eines Rechtssatzes ist nicht die Äusserung der Staats-

gewalt, sondern diese kommt zum Ausdruck in der Ausstattung des Rechtssatzes mit dem Befehl, dass er beobachtet werde. Die Ausstattung des Gesetzesinhalts mit dem Gesetzesbefehl, die Sanktion, ist deshalb das wesentliche Moment der Gesetzgebung. Welche Phase des Weges der Gesetzgebung können wir in der Schweiz als Sanktion ansprechen?

Die Bundesverfassung von 1848 schreibt vor, dass für Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse die Zustimmung beider Räte erforderlich sei. Zum Zustandekommen eines formellen Bundesgesetzes ist der übereinstimmende Beschluss des Nationalrates und des Ständerates erforderlich. Keiner der beiden Räte hat gegenüber dem andern eine überragende Stellung. Die gesetzgebende Gewalt steht gemeinschaftlich beiden Räten zu. Beide zusammen stellen den Gesetzesinhalt fest, und der Entschluss, den Gesetzesinhalt anzubefehlen, liegt im übereinstimmenden Beschluss beider Räte, in der beidseitigen Zustimmung zum Gesetze. Derjenige Rat, der sich zuletzt mit den Differenzen zwischen den Schlussnahmen der Räte befasst und die materielle Übereinstimmung der Gesetzesentwürfe, wie sie aus den Beratungen der Räte hervorgegangen sind, herstellt, lässt die Vorlage an den Bundesrat gelangen, welcher die Verkündigung vorzunehmen hat. Der Bundesrat erhält eine von der Bundeskanzlei ausgefertigte, von den Präsidenten und Protokollführern beider Räte unterzeichnete Urkunde, welche den endgültigen Gesetzestext enthält. Die Unterschriften bedeuten die feierliche Bestätigung, dass der Inhalt der Urkunde der übereinstimmende, auf gesetzmässigem Wege zustande gekommene Wille der Räte sei und dass dieser Wille Gesetz sein soll. Die Urkunde mit den Unterschriften der Ratspräsidenten und Protokollführer, sowie Datum, ist die Ausfertigung des Gesetzes. Die Ausfertigung ermächtigt und verpflichtet den Bundesrat zur Verkündigung in der eidgenössischen amtlichen Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen.

Wesentlich schwieriger gestaltet sich die Frage nach der Sanktion seit Einführung des Referendums. Die Bundesverfassung von 1874 hat die schweizerische Aktivbürgerschaft zum Organ der Gesetzgebung gemacht. Vom Schweizervolk hängt es ab, ob der von der Bundesversammlung beschlossene Gesetzesinhalt mit dem Gesetzesbefehl ausgestattet werden, verbindliche Kraft erlangen soll. Die unmittelbar-demokratische Institution des Referendums ist zu einem wesentlichen Faktor des Gesetzgebungsvorganges geworden. Es bleibt aber zu untersuchen, ob die Volksabstimmung zum „Kernpunkt des Gesetzgebungsvorganges", zum wesentlichen staatsrechtlichen Moment der Gesetzgebung geworden sei, als welches wir die Sanktion erkannt haben. Die Frage hat nicht nur akademische, sondern eine hohe praktische Bedeutung im konstitutionellen Staatsrecht.

Die Ansichten der schweizerischen Schriftsteller über diese Frage gehen auseinander. Man scheint sich darüber einig zu sein, dass dem Volke die Sanktion zustehe, wenn das Referendum obligatorisch ist. Dagegen wird von der Mehrheit der schweizerischen Schriftsteller dem fakultativen Referendum nicht dieselbe Bedeutung beigemessen. So meint v. Salis, die Sanktion erfolge in der Schlussabstimmung der Bundesversammlung unter der Bedingung, dass das Referendum nicht zustandekomme. Andernfalls erteilen die Stimmberechtigten in der Abstimmung dem Gesetze die Sanktion oder verweigern sie. Diese Konstruktion einer bedingten, das eine Mal diesem, das andere Mal jenem Organ zustehenden Sanktion wird dem Wesen dieses staatsrechtlichen Vorgangs nicht gerecht. Guhl erblickt die Sanktion in der Schlussabstimmung desjenigen Rates, der sich zuletzt mit dem Bundesgesetz oder Bundesbeschluss beschäftigt. Seit dem Inkrafttreten des Geschäftsverkehrsgesetzes vom 9. Oktober 1902 findet nach der Differenzberatung und nach Bereinigung des Wortlautes in den Räten eine Schlussabstimmung statt. Vor 1902 kannte das Gesetzgebungsverfahren die Schluss-

abstimmung nicht. In jedem Rate wurde nach der artikelweisen Beratung eine Abstimmung über das Ganze vorgenommen. Hernach wurden die Differenzen zwischen den Schlussnahmen der Räte beraten, nach deren Bereinigung weder eine Schlussabstimmung noch eine Abstimmung über das Ganze mehr stattfand. In welchem Vorgang vor 1902 die Sanktion erblickt werden kann, darüber hat sich Guhl in seiner Abhandlung nicht ausgesprochen. Die Volksabstimmung hat nach seiner Auffassung keine Sanktionsfunktion; sie ist ein Kontrollrecht des Volkes, der Rekurs von mindestens 30,000 Schweizerbürgern oder acht Kantonen an die der Bundesversammlung übergeordnete höhere Instanz Schweizervolk. Der Vergleich springt in die Augen; indessen vermögen wir mit zivilprozessualen Konstruktionen staatsrechtliche Vorgänge nicht zu erklären. Wir fragen nach dem formellen Gesetzesbegriff im schweizerischen Bundesstaatsrecht und nach der formellen Gesetzeskraft, auf welcher allein die eminente praktische Bedeutung des formellen Gesetzesbegriffs beruht. Ist das fakultative Referendum ein wesentlicher Bestandteil des formellen Gesetzes, gehört es zum Wege der Gesetzgebung oder ist es ein ausserhalb des Gesetzgebungsverfahrens stehender Vorgang? Guhl bejaht die letztere Alternative. Nach ihm ist das Bundesgesetz oder der Bundesbeschluss mit der Ausfertigung, welche als notwendige Folge der Sanktion zu betrachten ist, perfekt. Die formelle Gesetzeskraft dieser Erlasse sei aber resolutiv bedingt durch das Referendum. Eine eventuelle Referendumsabstimmung könne das materielle Inkrafttreten verhindern und die formelle Wirkung wieder aufheben. In Konsequenz zu dieser Auffassung zieht Guhl den Schluss, es bestehe, weil das Referendum ein Rekursrecht, kein Recht des Volks zur Mitwirkung bei der Entstehung formeller Bundesgesetze sei, verfassungsmässig kein Hindernis, dass ein Bundesgesetz oder allgemein verbindlicher Bundesbeschluss durch einen nicht allgemein verbindlich erklärten Bundesbeschluss abgeändert oder

aufgehoben werden könne. Diese Auffassung steht jedenfalls mit dem Zwecke, den die Bundesverfassung von 1874 bei Einführung des fakultativen Referendums hatte, im Widerspruch. Die Verfassung von 1874 folgte mit der Einführung des fakultativen Referendums dem damals herrschenden Zuge der Erweiterung der Volksrechte. Man wollte das Volk nicht nur teilnehmen lassen an der Verfassungsgesetzgebung, sondern gab ihm auch ein Mitwirkungsrecht an der materiellen Gesetzgebung überhaupt. Das Schweizervolk ist durch die Bundesverfassung von 1874 zum unmittelbaren Organ der Bundesgesetzgebung geworden; die Bundesversammlung übt die oberste Gewalt des Bundes auf dem Gebiete der Gesetzgebung nur noch unter dem Vorbehalt der dem Schweizervolke in Art. 89 Abs. 2 eingeräumten Rechte aus. Nun ist ganz undenkbar, dass der Wille des Verfassungsgesetzgebers von 1874 habe dahin gehen können, die Aktivbürgerschaft nur bei der Entstehung eines Rechtssatzes, oder überhaupt eines Bundesgesetzes oder allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses, mitwirken zu lassen, nicht aber bei dessen Abänderung oder Aufhebung. Damit wäre das Korrelat des formellen Gesetzes, die formelle Gesetzeskraft völlig auf den Kopf gestellt. Der Rechtssatz, dass ein in der Form des Gesetzes ergangener Willensakt eines Staates nur wieder im Wege der Gesetzgebung aufgehoben oder abgeändert werden kann, gilt in jedem Verfassungsstaat. Wenn die Bundesverfassung die von der Bundesversammlung beschlossenen Gesetze und allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse dem fakultativen Referendum unterstellt, so ist damit gesagt, dass nach schweizerischem Bundesstaatsrecht zum Begriff des formellen Gesetzes die Unterstellung des von der Bundesversammlung beschlossenen Gesetzesentwurfs unter das Referendum gehöre, und aus dem Begriff der formellen Gesetzeskraft folgt, dass jede Abänderung und Aufhebung eines Bundesgesetzes oder allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses, der vor seinem Inkrafttreten dem Referendum

unterstanden hatte, dem fakultativen Referendum zu unterstellen sei. Das fakultative Referendum ist ein wesentlicher Bestandteil des Weges der Bundesgesetzgebung, gleichviel, ob es ausgeübt werde oder nicht. Ob wir den Kernpunkt der Gesetzgebung in der Schlussabstimmung der Räte erblicken oder in dem Recht des Volks auf Abstimmung, darauf kommt es nicht an. Mit der Theorie, dass die Abänderung und Aufhebung von Bundesgesetzen und allgemein verbindlichen Bundesbeschlüssen ohne Referendumsvorbehalt möglich sei, wäre das Recht der unmittelbaren Teilnahme des Schweizervolks an der Gesetzgebung des Bundes zur Farce geworden. Die Bundesversammlung, welche ein Bundesgesetz oder einen allgemein verbindlichen Bundesbeschluss, der dem Referendum unterstellt war, durch einfachen Bundesbeschluss abändert oder aufhebt, macht sich der Verfassungsverletzung schuldig. Wohl steht nach Art. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Volksabstimmung über Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse der Entscheid, dass ein Bundesbeschluss entweder als nicht allgemein verbindlich oder als dringlich zu behandeln sei, der Bundesversammlung zu. Wenn wir aber den in der Staatsrechtslehre allgemein anerkannten Satz, dass ein Gesetz nur auf dem Wege der Gesetzgebung aufgehoben oder abgeändert werden kann (es sei denn, dass das Gesetz selbst die Befugnis zur Abänderung oder Aufhebung an die Bundesversammlung oder den Bundesrat delegiert), auch für unser schweizerisches Staatsrecht anerkennen, dann darf die Bundesversammlung trotz des ihr aus Art. 2 leg. cit. zustehenden Rechts durch einfachen oder dringlich erklärten Bundesbeschluss kein formelles Bundesgesetz abändern oder aufheben. Art. 89 Abs. 2 der Bundesverfassung geht dem Gesetzesrecht vor. Handelt es sich um Bundesgesetze, die vor 1874 in Kraft traten, also dem Referendum nicht unterstanden haben, so entscheidet über die Frage der Unterstellung unter das Referendum deren Inhalt. Materielle Gesetze sind der Volksabstimmung

zu unterbreiten; für Erlasse, die nicht einen Rechtssatz zum Inhalt haben (Verwaltungsvorschriften, Finanzmassregeln, Ermächtigungen etc.), genügt die Form des einfachen Bundesbeschlusses, auch wenn vor 1874 die Regelung desselben Gegenstandes in Form eines Gesetzes erfolgt sein sollte.

Die Bundesversammlung hat sich im allgemeinen an die Lehre von der formellen Gesetzeskraft gehalten. Von 1874—1914 sind nur wenige Fälle bekannt, wo ein formelles Bundesgesetz durch einfachen Bundesbeschluss abgeändert wurde. So wurde Art. 2 Ziff. 2 des eidgenössischen Forstgesetzes vom 24. März 1876 durch einfachen Bundesbeschluss vom 9. Brachmonat 1877 (in einem unwesentlichen Punkte) abgeändert. Der dem Referendum unterstellte Bundesbeschluss vom 16. Juni 1882 betreffend Vergütung von Pferderationen im Friedensverhältnis wurde durch einfachen Bundesbeschluss vom 25. März 1893 abgeändert. Die ausserordentlichen Vollmachten des Bundesrates seit August 1914 haben den Rechtssatz von der formellen Gesetzeskraft ausser Kraft gesetzt. Auf dem Verordnungswege sowohl als durch einfache Bundesbeschlüsse wurde neues Recht geschaffen und bestehendes Gesetzesrecht aufgehoben oder abgeändert. Die Zeit vom 1. August 1914 bis zur gänzlichen Aufhebung der ausserordentlichen Vollmachten fällt für eine Darstellung der Lehre vom formellen Gesetz im schweizerischen Bundesstaatsrecht ausser Betracht.

Auch Fleiner unterscheidet scharf zwischen der staatsrechtlichen Bedeutung des fakultativen und des obligatorischen Referendums. Das obligatorische Referendum übertrage die Sanktion dem Volke; das fakultative Referendum laufe staatsrechtlich hinaus auf ein blosses Veto, von dem das Volk Gebrauch machen könne oder nicht. Im Bunde komme die Sanktion der Gesetze ausschliesslich der Bundesversammlung zu. Fleiner lehnt die Theorie von der stillschweigenden Sanktion ab, da ein Befehl nicht stillschweigend erteilt werden könne.

Dagegen meint er, wie v. Salis, der Gesetzesbefehl der Bundesversammlung sei unter der auflösenden Bedingung erteilt, dass das Volk ihn nicht durch das Referendum ausser Kraft setze. — — Die Lehre von der stillschweigenden Sanktion befriedigt ebensowenig wie diejenige von der resolutiv bedingten. Mit dem gleichen Rechte wäre zu sagen, die Erteilung eines Befehls unter einer Bedingung sei eine contradictio in adjecto, wie man den stillschweigend erteilten Befehl als eine solche bezeichnet hat. Unhaltbar ist die Auffassung, welche die Sanktion in der Schlussabstimmung desjenigen Rates erblickt, welcher sich zuletzt mit dem Bundesgesetz oder Bundesbeschluss beschäftigt hat. Damit wäre völlig dem Zufall anheimgegeben, ob die Sanktion dem einen oder andern der beiden Räte obliege. Das Bundesgesetz über den Geschäftsverkehr der eidgenössischen Räte vom 9. Oktober 1902 schreibt nicht vor, in welcher Reihenfolge die Schlussabstimmung stattzufinden habe. Sind die Voraussetzungen der Art. 10 und 11 leg. cit. gegeben, so kann jeder Rat die Schlussabstimmung vornehmen, wann es ihm beliebt. Die Sanktion kann, wenn man sie der Bundesversammlung zuerkennt, nur der übereinstimmende Beschluss beider Räte sein. Nach Art. 89 B.Verf. ist für Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse die Zustimmung beider Räte erforderlich. Mit Bezug auf die Rechtswirksamkeit von Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen gilt nach aussen nur der eine und unteilbare Wille der Bundesversammlung. Die oberste Gewalt des Bundes wird nach Art. 71 von der Bundesversammlung ausgeübt, und wenn wir die gesetzgebende Gewalt als ein Attribut der obersten Staatsgewalt der Bundesversammlung zuschreiben, so kann nicht die Sanktion, welche doch allein Gesetzgebung im staatsrechtlichen Sinne ist, das eine Male diesem, das andere Mal jenem Rate zustehen.

Die Frage, wem nach schweizerischem Bundesstaatsrecht die Sanktion der Bundesgesetze und allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse zukomme, hat noch keine

befriedigende Erklärung gefunden. Uns will scheinen, das rühre davon her, dass man sich allzusehr an die Labandsche Formulierung des Sanktionsbegriffs als „Ausstattung des Gesetzesinhalts mit dem Gesetzesbefehl" hält. Man glaubt, der Erteilung des Gesetzesbefehls müsse ein nach aussen in die Erscheinung tretender, konkreter Staatsakt entsprechen. Wir können aber den aus dem monarchischen Staatsrecht entwickelten Sanktionsbegriff, nach welchem der Monarch als Träger der Staatsgewalt den vom Parlament beschlossenen Gesetzesinhalt mit rechtsverbindlicher Kraft, mit dem Gesetzesbefehl, ausstattet, nicht ohne weiteres auf unsere Verhältnisse übertragen. Wir möchten zwar gleichwohl nicht soweit gehen wie v. Waldkirch, der den Ausdruck Sanktion aus unsrer staatsrechtlichen Terminologie überhaupt entfernen möchte. Denn auch im schweizerischen Gesetzgebungsverfahren muss schliesslich ein Stadium des Weges der Gesetzgebung den Gesetzesentwurf zum Gesetz machen, mit rechtsverbindlicher Kraft ausstatten. Auch bei uns gibt es eine Sanktion, einen Kernpunkt des Gesetzgebungsverfahrens. Wir dürfen uns nur nicht allzusehr an den dem monarchischen Staatsrecht angepassten Begriff der Sanktion als „Ausstattung des Gesetzesinhalts mit dem Gesetzesbefehl" klammern. Der Sanktionsbegriff in diesem engen Sinne aufgefasst wird unsern eigenartigen rechtlichen und politischen Verhältnissen nicht gerecht. Laband hat übrigens später selbst die formalistische Trennung von Feststellung des Gesetzesinhalts und Erteilung des Gesetzesbefehls aufgegeben und die Verbesserung Jellineks angenommen, welche dahin ging, dass zwar der Monarch die Erteilung des Gesetzesbefehls vornehme, das Parlament aber gleichzeitig mit der Feststellung des Gesetzesinhalts die Zustimmung zur Erteilung des Gesetzesbefehls durch den Monarchen gebe. Lukas hat dann in der Folge die immer noch sophistisch anmutende Laband-Jellineksche Konstruktion, welche dem Monarchen das (immerhin stark verklausulierte) Sanktions-

recht belässt, einer Kritik unterzogen und sie auf einen den staatsrechtlichen und politischen Machtverhältnissen der konstitutionellen Monarchie entsprechenden realen Boden gestellt. Lukas erklärt die rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhalts und die Erteilung des Gesetzesbefehls als synonyme Ausdrücke zur Bezeichnung einer und derselben Handlung. Alle diejenigen, deren Willenserklärung zum Zustandekommen des Gesetzes, mit andern Worten zum Eintritte der rechtlichen Verpflichtung der Staatsuntertanen, rechtlich erforderlich ist, nehmen eben dadurch, dass sie diese Erklärung den Staatsuntertanen gegenüber abgeben, die Erteilung des Gesetzesbefehls gemeinsam vor. Nun sei aber die Erklärung, dass man von den Staatsuntertanen ein bestimmtes Verhalten beobachtet, bestimmte Handlungen vorgenommen wissen wolle, nur ein anderer Ausdruck für die Erklärung, dass man den Gesetzesinhalt wolle. Demnach sei die dem Staatsuntertanen gegenüber abzugebende, zum Zustandekommen des Gesetzes rechtlich erforderliche Erklärung, dass man den Gesetzesinhalt wolle, stets auch die Erteilung des bezüglichen Gesetzesbefehls, und wo mehrere diese Erklärung abzugeben haben, Teilnahme an der von diesen mehreren gemeinsam vorgenommenen Erteilung des Gesetzesbefehls. Eine rechtlich relevante, das heisst zum Eintritte der Verpflichtung der Staatsuntertanen rechtlich erforderliche Erklärung des Wollens des Gesetzesinhalts, die nicht zugleich Erteilung des Gesetzesbefehls (resp. Teilnahme daran) wäre, sei begrifflich undenkbar. In der Kompetenz zur Abgabe der rechtlich relevanten Erklärung des Wollens des Gesetzesinhalts, mit andern Worten, in der Kompetenz, den Inhalt der staatsbehördlichen Handlungsweise mit verpflichtender Wirkung zu bestimmen, liege die im Gesetze zutage tretende Befehlsmacht. Die Laband-Jellineksche Theorie führt also, sagt Lukas, in ihrer richtigen Konsequenz zu dem Satze, dass der Gesetzesbefehl von Parlament und Monarch gemeinsam erteilt werde; denn nach dieser

Theorie erklären in vollkommen gleichartiger Weise Monarch und Parlament mit rechtlicher Relevanz das Wollen des Gesetzesinhalts.

Diese Lehre weist den Weg für das Verständnis des Gesetzgebungsvorganges nach schweizerischem Bundesstaatsrecht. Kein an der Gesetzgebung beteiligtes Organ übt eine Funktion aus, die man als befehlende bezeichnen könnte, niemand „befiehlt", dass eine formulierte Rechtsregel mit rechtsverbindlicher Kraft ausgestattet werde. Es ist für unsere Verhältnisse völlig verfehlt, den Sanktionsbegriff nach dem Muster des monarchischen Staatsrechts mit „Erteilung des Gesetzesbefehls", „Ausstattung des Gesetzesinhalts mit dem Gesetzesbefehl" umschreiben zu wollen. Die Bundesgesetze werden durch Abstimmung angenommen oder verworfen. Für Bundesgesetze und allgemein verbindliche, nicht dringlich erklärte Bundesbeschlüsse ist die Zustimmung beider Räte und die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des Volks erforderlich. Für das Zustandekommen formeller Bundesgesetze genügt nicht der übereinstimmende Beschluss beider Räte. Die Bundesversammlung übt ihre Gesetzgebungsbefugnis unter dem Vorbehalt der Rechte des Volkes aus. Dem Willen der Bundesversammlung sind rechtliche Schranken gesetzt. Ohne den Willen des Volkes kommt kein Bundesgesetz zustande. Dieser Wille wird ausdrücklich erklärt in der Volksabstimmung oder stillschweigend, wenn innert der Frist von 90 Tagen das Referendum nicht verlangt wird. Wenn nicht innert der Referendumsfrist 30,000 stimmberechtigte Schweizerbürger die Abstimmung verlangen, so gilt eine Vorlage als durch das Volk angenommen, die Aktivbürgerschaft hat dieser stillschweigend zugestimmt. Damit ist die zur Sanktion eines Bundesgesetzes erforderliche Übereinstimmung des Willens der Bundesversammlung mit dem Willen der Aktivbürgerschaft hergestellt. Weder liegt die Sanktion ausschliesslich bei der Bundesversammlung,

noch ausschliesslich beim Volk. Es gibt keine durch den Lauf der Referendumsfrist gebundene Sanktion, es gibt keine resolutiv bedingte Sanktion, es gibt keine Sanktion, welche durch einen stärkern Willen, den der Aktivbürgerschaft, wieder aufgehoben werden könnte. Solche Sanktionsbegriffe widersprechen sich selbst, gleichviel ob wir die Sanktion mit „Gesetzesbefehl" oder mit „Wollen des Gesetzesinhalts" umschreiben. Die Sanktion liegt aber auch nicht beim Volke; denn es kommt nicht darauf an, wie Scheibke meint, welches von den an der Gesetzgebung beteiligten Organen die Willenserklärung zuletzt abgibt. Diese Differenz in der zeitlichen Reihenfolge ist nur von politischer, nicht von rechtlicher Bedeutung. Wer seinen Willen zuletzt erklären kann, befindet sich in der „Hinterhand", ist in seiner Entscheidung noch frei. Juristisch sind die Erklärungen gleichwertig. Der Monarch kann kein Gesetz anbefehlen, das nicht die Zustimmung des Parlaments erlangt hätte. Das Parlament kann ohne die Zustimmung des Monarchen kein Gesetz mit verbindlicher Kraft ausstatten. Gleich verhält es sich mit der Abänderung oder Aufhebung eines Gesetzes. Beides ist ohne den übereinstimmenden Willen der an der Gesetzgebung teilnehmenden Organe Parlament und Monarch nicht möglich. Im schweizerischen Bundesstaatsrecht haben wir analoge Verhältnisse. Die rechtlich relevanten Erklärungen von Bundesversammlung und Volk stehen auch in einer gesetzlich bestimmten Reihenfolge. Erst wenn die Bundesversammlung ihre Zustimmung zum Gesetzesentwurf erklärt, den Inhalt des Gesetzes festgestellt hat, kommt das Volk in die Lage, zu erklären, ob es das Gesetz wolle oder nicht. Daraus aber zu folgern, es stehe dem Volke die Sanktion zu, bei ihm allein stehe die Gesetzgebung im staatsrechtlichen Sinne, wäre ebenso unrichtig, „wie jemand, der eine von zwei je mit 100 Zentnern belastete und daher im Gleichgewicht befindliche Wagschale durch seine auf die andere Seite drückende Körperkraft zum Emporsteigen bringt, behaupten darf,

er hätte 100 Zentner gehoben (Br. Schmidt)". Bundesversammlung und Volk erheben gemeinsam den Gesetzesentwurf zum Gesetz; die Erklärungen beider Organe sind juristisch gleichwertig. Die Bundesversammlung kann keine von ihr formulierte Rechtsregel mit rechtsverbindlicher Kraft ausstatten ohne die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung der Aktivbürgerschaft. Das Volk kann kein Gesetz erlassen, ohne dass dessen Inhalt von der Bundesversammlung durchberaten und angenommen worden wäre. Ohne den Willen beider Organe kann kein Gesetz abgeändert oder aufgehoben werden. Daraus folgt, dass sowohl Bundesversammlung als Aktivbürgerschaft an der Sanktion beteiligt sind. Denn wenn wir, was mir für unsere staatsrechtlichen Verhältnisse richtig erscheint, unter Sanktion das unter Beobachtung der verfassungsmässigen Form erklärte Wollen des Gesetzesinhalts verstehen, die verfassungsmässige Annahme des Gesetzesentwurfs durch die Bundesversammlung und das Volk, so ist die Lösung der Frage, wo das staatsrechtlich entscheidende Moment der Bundesgesetzgebung liege, gar nicht anders zu entscheiden. Die Sanktion der Bundesgesetze wird gemeinsam von der Bundesversammlung und dem Volke erteilt; beide Organe erklären in gleicher Weise und mit derselben rechtlichen Relevanz das Wollen des Gesetzesinhalts. Wir stossen nur dann auf Schwierigkeiten und gelangen nur dann zu begriffswidrigen Konstruktionen, wenn wir Sanktion mit Erteilung des Gesetzesbefehls umschreiben. Dann allerdings bestehen Zweifel, ob ein Befehl stillschweigend erteilt werden könne und ob nicht, wie Fleiner sagt, eine stillschweigende Sanktion eine contradictio in adjecto sei. Aber es wäre nicht einzusehen, weshalb das Volk nicht durch Stillschweigen seinen Willen zur Annahme eines von der Bundesversammlung beschlossenen Gesetzesinhalts erklären könnte.

IV. Der Inhalt des formellen Gesetzes.

1. Die Bundesgesetze und allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse, die nicht dringlicher Natur sind, unterliegen dem Referendum. Über die Frage, welches der Unterschied zwischen einem Bundesgesetz und einem allgemein verbindlichen Bundesbeschlusse sei, welche Gegenstände in der Form eines Gesetzes und welche in der Form eines allgemein verbindlichen, dem Referendum zu unterstellenden Beschlusses normiert werden müssen, gehen die Meinungen in der schweizerischen staatsrechtlichen Literatur erheblich auseinander. Die Frage ist aber von grosser Bedeutung, weil die mit Bundesgesetz bezeichneten Erlasse stets, die Bundesbeschlüsse nur dann der Volksabstimmung unterliegen, wenn sie von der Bundesversammlung als allgemein verbindlich und nicht dringlich erklärt werden. Die Bundesversammlung hat die Möglichkeit, einem allgemein verbindlichen Bundesbeschluss die Dringlichkeitsklausel beizufügen oder einen Bundesbeschluss als nicht allgemein verbindlich zu erklären. Art. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Volksabstimmung über Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse vom 17. Juni 1874 bestimmt: „Der Entscheid, dass ein Bundesbeschluss entweder als nicht allgemein verbindlich oder als dringlich zu behandeln sei, steht der Bundesversammlung zu und es ist derselbe dem Beschlusse selbst jeweilen ausdrücklich beizufügen.“ Damit besteht für die Bundesversammlung de facto et de iure die Möglichkeit, die Mitwirkung des Volks bei der Gesetzgebung auszuschalten. Die Verfassung sagt nicht, welche Gegenstände in der Form des Gesetzes und welche in der Form des Beschlusses normiert werden sollen. Die Entstehungsgeschichte des Art. 89 B.Verf. gibt nur schwache Anhaltspunkte und die Praxis der Bundesversammlung ist derart schwankend und willkürlich, dass sich aus ihr eine feste Regel nicht ableiten lässt. Die Bundesversammlung hat

in zahlreichen Fällen die Form des Bundesgesetzes und allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses angewendet, wo der Natur der Sache nach die Unterstellung unter das Referendum nicht gerechtfertigt war und ein einfacher Bundesbeschluss genügt hätte. So wurden in früheren Jahrzehnten Beschlüsse über die Vermehrung der Zahl der Instruktoren einer Waffe dem Referendum unterstellt. Gelegentlich sind neue Beamte durch allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse angestellt worden, ohne dass dadurch neue, bleibende Beamtungen, durch die der bestehende gesetzliche Behördenorganismus vermehrt oder verändert worden wäre, geschaffen wurden. So sind die Schaffung der Stelle eines Sekretärs für das Personelle beim Waffenchef des Genies (A.S. n. F. Bd. 13 S. 351), die Zuteilung eines Stabsoffiziers an den Chef des Militärdepartements (A.S. n. F. Bd. 12 S. 355), die Errichtung einer Adjunktenstelle beim statistischen Bureau (A.S. n. F. Bd. 7 S. 284) keine derart in den Behördenorganismus des Bundes einschneidenden Massnahmen, dass die auf deren Durchführung zielenden Schlussnahmen der Bundesversammlung hätten der Volksabstimmung unterbreitet werden müssen. Anderseits sind Erlasse dem Referendum entzogen worden, die entweder neues Recht geschaffen haben oder doch als wichtige Neuerungen in der Organisation der Bundesbehörden gelten müssen. So hätte unseres Erachtens der Bundesbeschluss betreffend die Anwendung des eidgenössischen Expropriationsgesetzes vom 1. Mai 1850 auf die Anlage und Erweiterung von Schiessplätzen in den Gemeinden vom 22. April 1898 (A.S. n. F. Bd. 16 S. 709) als allgemein verbindlich dem Referendum unterstellt werden sollen; ebenso hätten die Bundesbeschlüsse betreffend die Errichtung eines eidgenössischen Grundbuchamts (A.S. n. F. Bd. 27 S. 963) und betreffend die Errichtung eines neuen Bundesamts für Sozialversicherung (A.S. n. F. Bd. 18 S. 802) als wichtige organisatorische Neugestaltungen in der Bundesverwaltung der Volksabstimmung unterstellt werden sollen

(vgl. Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 404, Anm. 7 und 408, Anm. 14).

2. Zunächst dürfte darüber kein Zweifel bestehen, dass die Aufstellung von Rechtsvorschriften nur in der Form des Gesetzes erfolgen darf. Dem materiellen Gesetz muss das formelle Gesetz (Gesetz oder allgemein verbindlicher, nicht dringlich erklärter Bundesbeschluss) entsprechen, es wäre denn, dass in einem Gesetze selbst die Befugnis zur Rechtssetzung in Form von Verordnungen der Regierung delegiert wurde. Dass dem materiellen Gesetz eine formelle Verordnung entspricht, ist eine Ausnahme, welche ihren Rechtsgrund selbst wieder in einem formellen Gesetze haben muss. Nach der Theorie von der Teilung der Gewalten ist die Rechtssetzung grundsätzlich den gesetzgebenden Organen vorbehalten. Die Tätigkeit der Parlamente ist aber nicht beschränkt auf die materielle Gesetzgebung. So nimmt die Bundesversammlung von Verfassungs wegen einen hervorragenden Anteil an der Verwaltung. Es hätte nun nahe gelegen, alle die auf die materielle Gesetzgebung bezüglichen Erlasse der Bundesversammlung mit Bundesgesetz, alle diejenigen Akte, welche sich auf die allgemeine Verwaltung des Bundes beziehen, mit Bundesbeschluss zu bezeichnen, wobei dann wieder ein unterscheidendes Kriterium zwischen dem allgemein verbindlichen, dem Referendum zu unterstellenden und dem einfachen Bundesbeschluss aufzustellen gewesen wäre. Weder die Bundesverfassung selbst noch die Praxis haben in dieser Beziehung Ordnung geschaffen. Es gibt viele materielle Gesetze in Form allgemein verbindlicher Bundesbeschlüsse und eine Reihe von Verwaltungsakten von grösserer allgemeiner und finanzieller Tragweite in Gesetzesform. Manchmal wurde über dieselbe Materie bald in Form eines Bundesgesetzes, bald in Form eines Bundesbeschlusses legiferiert. So Bundesbeschluss betreffend die Organisation der Verteidigung der Gotthardbefestigung vom 20. Dezember 1893 (A.S. n. F. Bd. 13 S. 1009) und

Bundesgesetz betreffend die Organisation der Verteidigung der Gotthardbefestigung vom 13. April 1894 (A.S. n. F. Bd. 14 S. 363), Bundesgesetz betreffend die Errichtung von zwei Adjunktenstellen bei der Generalpostdirektion vom 17. Heumonat 1866 (A.S. Bd. 8 S. 856) und Bundesbeschluss betreffend die Errichtung der Stelle eines Adjunkten des Oberbauinspektorats im eidgenössischen Departement des Innern vom 16. Christmonat 1873 (A.S. Bd. 11 S. 432), Bundesgesetz betreffend die Besoldung der Fabrikinspektoren vom 23. März 1879 (A.S. n. F. Bd. 4 S. 49) und Bundesbeschluss betreffend die Besoldungen des Bundesrats und des Kanzlers vom 22. Dezember 1899 (A.S. n. F. Bd. 18 S. 38). Die Beispiele lassen sich vielfach vermehren.

Schon die Botschaft des Bundesrats vom 29. Mai 1874 zum Bundesgesetz betreffend die Volksabstimmung betont die Notwendigkeit einer Systematisierung der Erlasse der Bundesversammlung ihrer Benennung nach. Der Bundesrat hat aber mit guter Motivierung von einem Vorschlag abgesehen. Die Bundesversammlung ist nicht ein Kollegium von Vertretern der Staatsrechtswissenschaft, welche an Hand begriffstheoretischer Bestimmungen zu untersuchen hat, ob ein Erlass mit Gesetz bezeichnet werden soll, oder ob einem Bundesbeschlusse das Merkmal der allgemeinen Verbindlichkeit zukomme oder nicht; sie soll nach bestem Wissen, aber nach freiem Ermessen entscheiden, ob eine Vorlage nach dem Sinn und Geist der Verfassung der Volksabstimmung unterbreitet werden soll oder nicht. Die Frage der Beteiligung konstitutioneller Faktoren an den Handlungen des Staats ist stark von den politischen Konstellationen und Verhältnissen eines Landes beeinflusst, so dass eine Regelung nach theoretischen Gesichtspunkten nicht leicht möglich erscheint und in der Praxis auf Schwierigkeiten stossen dürfte. Gleichwohl muss nach einer beständigen Praxis gestrebt werden. Die Bundesversammlung muss es vermeiden, sich dem Vorwurf der Willkür und Verfassungsverletzung auszusetzen.

Wir wollen deshalb versuchen, an Hand der Materialien und der staatsrechtlichen Literatur zu Art. 89 B.Verf. diejenigen Richtlinien herauszuschälen, welche zu einer befriedigenden Lösung der sowohl nach der staatsrechtlichen als politischen Seite hin bedeutsamen Frage führen können.

Die Kommission des Nationalrats für die Bundesrevision von 1872 schlug gemäss einem Antrag Stämpfli das obligatorische Referendum vor für Bundesgesetze, welche sich beziehen auf das Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechts, das Urheberrecht, die Führung der Zivilstandsregister, Vorschriften betreffend die Handlungsfähigkeit, das Betreibungs- und Konkursrecht, sowie möglicherweise auch noch auf weitere Teile des Zivilrechts, des Strafrechts und des Prozessrechts, sofern dem Bunde das Recht zur Gesetzgebung auf diesem Gebiete übertragen werden sollte. Ausserdem sollten auch noch andere Gesetzesvorschläge der Abstimmung des Volkes und der Kantone unterstellt werden, wenn beide Räte es beschliessen. Dagegen wurde von einem Referendum in Beziehung auf die Verwaltungsgesetze abgeraten, weil ein negatives Resultat der Volksabstimmung höchst unerquickliche Zustände zur Folge haben und der Administration die grössten Verlegenheiten bereiten könnte. Ein Antrag Jolissant ging dahin, die Gesetze von bleibendem Charakter der Volksabstimmung zu unterstellen. Ein Antrag Gadmer bezweckte die Einführung des Referendums für die Gesetze der Zivil- und Strafrechtspflege, sodann für wichtige Schlussnahmen in der Verwaltungsgesetzgebung, wenn beide Räte es beschliessen oder 50,000 stimmfähige Bürger innert Monatsfrist von der offiziellen Bekanntmachung an es verlangen. Die Revisionskommission des Ständerates 1871/72 wollte alle Gesetze dem Referendum unterstellen, ausserdem Bundesbeschlüsse im Sinne des Art. 21 der alten Verfassung, wenn diese eine Ausgabe von mehr als 1 Million Franken verursachen

(Antrag Blumer). Der Antrag Schaller, des Berichterstatters der 6. Gruppe der Revisionskommission, ging dahin, neben den in Ausführung des Art. 54 des Entwurfs der Revisionskommission des Nationalrats zu erlassenden Gesetzen auch die Militärgesetze und das Gesetz über die Erfordernisse zur Gültigkeit einer Ehe der Volksabstimmung zu unterbreiten, nicht aber andere Gesetze, weil „viele Gesetze einen wesentlich administrativen Charakter haben und nur von mittelmässigem Interesse für den Bürger sind. Anders verhalte es sich aber mit denjenigen, welche Bezug haben auf die privaten und die öffentlichen Rechte der Bürger, auf ihre Beziehungen unter sich oder gegenüber dem Staate; denn es haben diese Gesetze mehr den Charakter von etwas Dauerndem.“ Nationalrat Blumer begründete seinen Antrag, alle Gesetze dem Referendum zu unterstellen, damit, „dass eine Menge Gesetze erlassen werden, bei welchen der einzelne Bürger ebensoviel und noch mehr beteiligt erscheine, als bei dem Zivil- und Strafgesetz. Keine Gesetze greifen so gewaltig ein und gehen dem Bürger so nahe, wie gerade diejenigen über das Militärwesen, über die Eisenbahn, die Fabrikpolizei, das Bankwesen und den Zolltarif.“ Vgl. Protokoll der Verhandlungen der im Juli 1870 mit der Vorberatung der Revision der Bundesverfassung vom 12. September 1848 betrauten Kommission des schweizerischen Nationalrats, S. 158 ff. und idem des Ständerats S. 56 ff.

Aus den Verhandlungen des Nationalrats über die Bundesrevision von 1872 heben wir folgende Ansichten hervor: Scherer (Zürich) will nicht nur die schwer verständlichen Rechtsgesetze, sondern auch die administrativen Gesetze (diese in erster Linie), für welche das Volk ohnehin mehr Interesse besitze, zur Abstimmung bringen lassen, dagegen nicht die Beschlüsse (s. Bulletin der Verhandlungen der schweizerischen Bundesversammlung über die Revision der Bundesverfassung, Nationalrat, S. 110 ff.). Suter (Aargau) will das Referendum nicht über die Sphäre der Gesetzgebung ausdehnen; das Referendum sei eine

Folge der Rechtseinheit. Das Volk habe mehr Interesse an den Zivilgesetzen, weil sie die wichtigsten Interessen der Bürger berühren (S. 116 f.). Ruchonnet möchte nicht alle Gesetze dem Volke vorlegen, da dieses sonst abstimmen müsste über Gesetze, welche keine grosse Tragweite haben (S. 118). Anderwert hält eine Ausscheidung zwischen Rechtsgesetzen und Verwaltungsgesetzen nicht für gerechtfertigt. Das Volk soll alle Verhältnisse, an denen es ein Interesse hat, in den Bereich seiner Kritik ziehen können. Brunner (Bern) stellt den Antrag, es seien dem Volke nur die Grundsätze aller Gesetze vorzulegen, die Detaillierung aber der Bundesversammlung zu überlassen. Von einer Unterscheidung zwischen Rechtsgesetzen und Verwaltungsgesetzen sei abzusehen; erstens sei diese Unterscheidung schwer zu machen und zweitens habe das Volk für Verwaltungsgesetze mehr Verständnis als für die Rechtskodexe (vgl. Die Beratung der Bundesrevision im Nationalrat und Ständerat im November und Dezember 1871 und im Januar und Februar 1872. Nach den Referaten des „Bund" zusammengestellt, Nationalrat, Sitzungen im Januar und Februar 1872, S. 13 ff.).

Im Ständerat sprach sich Blumer zur Frage folgendermassen aus: Wenn das Volk über kleine, unbedeutende Geschäfte, wie sie in der eidgenössischen Verwaltung vorkommen, abstimmen muss, wird es sich ermüden und gleichgültig werden. In vielen Sachen kommt man soweit, dass das Volk über Fragen abstimmen muss, deren Folgen ihm nichts weniger als klar sind. Es ist unmöglich, in der Verfassung eine Grenze zu ziehen zwischen wichtigen und unwichtigen Angelegenheiten (vgl. Bulletin des Ständerats über die Verfassungsrevision von 1872 S. 415). Aus den Protokollen der Bundesversammlung über die Revisionsverhandlungen 1873/74 ergeben sich aus den Voten der Mitglieder der Bundesversammlung, welche zum Referendum gesprochen haben, keine weitern auf unsern Gegenstand bezüglichen Materialien.

Die hier zusammengefasst wiedergegebenen Voten aus der verfassungberatenden Bundesversammlung zur Frage der Einführung des Referendums geben unmittelbar keinen Aufschluss über das Verhältnis zwischen Bundesgesetz und allgemein verbindlichem Bundesbeschluss. Allein sie lassen doch erkennen, dass man sich damals eingehend mit der Unterscheidung zwischen Rechtsgesetzen und Verwaltungsgesetzen befasste; nur war man sich nicht darüber einig, ob alle Gesetze dem Referendum zu unterstellen seien. Die Meinungen gingen weit auseinander. Die einen wollten nur die Rechtsgesetze der Volksabstimmung unterbreiten, die andern nur die Verwaltungsgesetze; Ruchonnet sprach von Gesetzen von grosser Tragweite, Dritte von Gesetzen bleibenden Charakters; wieder andere wollten alle Gesetze, seien es Rechtsgesetze oder Verwaltungsgesetze, unter das Referendum gestellt wissen. Auf eine feste Formel vermochte man sich nicht zu einigen, und die Sache wurde nur noch verworrener, als gemäss dem Antrag des solothurnischen Nationalrats Kaiser in den Revisionsberatungen von 1874 das Referendum auch auf die allgemein verbindlichen Beschlüsse ausgedehnt wurde. Jetzt war man sich nicht mehr bloss im unklaren darüber, welche Gegenstände der Gesetzgebung der Abstimmung des Volkes zu unterbreiten seien, sondern auch darüber, was fortan in die Form eines Gesetzes und was in die Form eines allgemein verbindlichen Beschlusses zu bringen sei. Die Materialien zu Art. 89 B.Verf. geben keinen Aufschluss, und aus der schwankenden und willkürlichen Praxis der Bundesversammlung lassen sich keine festen Regeln ableiten.

3. Die Literatur des schweizerischen Bundesstaatsrechts hat sich bis in die neuere Zeit hinein mit der Lehre vom formellen und materiellen Gesetz nicht befasst. Man hat offenbar an diesem aus dem monarchischen Staatsrecht kommenden Begriff keinen Gefallen gefunden und sich im wesentlichen begnügt, dem Begriff des allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses eine vernünftige

Deutung zu geben und unterscheidende Merkmale zwischen Bundesgesetz und allgemein verbindlichem Bundesbeschluss herauszufinden. Blumer-Morel verwerfen für unser Bundesstaatsrecht die Lehre vom formellen Gesetz. Unter Gesetz verstehen sie einen Erlass, welcher bestimmte allgemeine Vorschriften als Rechtssätze bleibend aufstellt. Allgemein verbindliche Beschlüsse stellen zwar auch allgemein zu befolgende Regeln auf, die aber nur für einen vorübergehenden einzelnen Fall berechnet seien. Überdies gehören dazu auch jene Beschlüsse auf dem Gebiete der eigentlichen Verwaltung, welche gleich einer Verordnung eine allgemeine Tragweite haben oder die Eidgenossenschaft finanziell belasten mit Verpflichtungen, die nicht auf dem ordentlichen Budgetwege gedeckt werden können. v. Salis hält die Unterscheidungsmerkmale der Erlasse der Bundesversammlung als rein formal. Die Bundesversammlung benenne ihre Erlasse ohne Rücksicht auf deren Inhalt. Verfassungsmässig nicht gerechtfertigt sei die nicht selten befolgte Praxis, wonach die Bundesversammlung ohne Referendumsvorbehalt Beschlüsse fasse, durch welche in Verbindung mit Kreditbewilligungen für ein Werk ein neuer Verwaltungszweig eingeführt oder die Organisation eines bereits bestehenden Verwaltungszweiges erweitert werde. v. Salis verlangt eine genaue Abgrenzung der verschiedenen Kategorien der Erlasse der Bundesversammlung zur Verhütung von Missbrauch, zur Befestigung des Rechts und zur Stärkung des Rechtsgefühls. Ein Bundesgesetz sei überall da zu erlassen, wo die Bundesverfassung direkt einem Bundesgesetz rufe, oder wo die Abänderung eines Gesetzes in Frage stehe, oder endlich, wo es sich um die Aufstellung von Rechtsregeln handle. Das Gebiet der allgemein verbindlichen Beschlüsse gegenüber demjenigen der nicht allgemein verbindlichen Beschlüsse sei dadurch abgegrenzt, dass erstere die auf Grund der Bundesverfassung oder der Bundesgesetze zu erlassenden Anordnungen genereller Natur seien. Dringlich sei derjenige Beschluss,

dessen sofortige Vollziehung in dem Sinne notwendig sei, dass bei Unterlassung sofortiger Vollziehung das Gemeinwesen Schaden leiden müsste (vgl. v. Salis in Reichesbergs Handwörterbuch Bd. 1 S. 665 ff.). Schollenberger erklärt alle Erlasse der Bundesversammlung im Gegensatz zu denjenigen des Bundesrats als Bundesgesetze im formellen Sinne. Er unterscheidet zwischen organisatorischen und bürgerlichen Gesetzen, je nachdem das Gesetz für den Staat als solchen oder für die Bürger aufgestellt sei. Die bürgerlichen Gesetze seien entweder für alle oder eine ganze Klasse von Bürgern verbindlich. Ein Gesetz müsse, um eigentliches Gesetz zu sein, einen Rechtssatz enthalten. Durch das Gesetz als Rechtssatz werden Rechte und Pflichten teils des Staats, teils der Volksgenossenschaft und der einzelnen festgelegt. Die Bundesbeschlüsse enthalten Rechtsnormen, die nicht Rechtssätze seien, Normen, welche nicht sowohl Rechte begründen, als vielmehr die Art und Weise der Ausübung derselben näher regeln. Guhl meint, weil die Bundesverfassung der Bundesversammlung nirgends die Anwendung der Gesetzesform vorschreibe, so kenne sie den formellen Gesetzesbegriff nicht. Der Ausdruck „Bundesgesetzgebung" in der Verfassung bezeichne zunächst die Tätigkeit der Bundesversammlung im Gegensatz zu derjenigen des Verfassungsgesetzgebers. Es handle sich nicht um die Festsetzung einer Form, sondern um die Zuteilung einer Befugnis. Ferner bedeute „Bundesgesetzgebung" die Ausscheidung der Kompetenz des Bundes zur Aufstellung von Rechtsregeln von der Zuständigkeit der Kantone. Ebenso wolle damit angedeutet sein, dass es sich um den Erlass materieller Rechtssätze handle; der Ausdruck „Bundesgesetz" habe also Bezug auf den Inhalt, nicht auf die Form. Unter allgemein verbindlichem Bundesbeschluss versteht Guhl einen Bundesbeschluss mit Rechtssätzen zum Inhalt. Hiestand spricht von Beschlüssen „von grosser Tragweite", der Bundesrat in seiner Botschaft zur Nachsubvention für die Gotthardbahn vom 25. Juni 1878 von

„einer Regel von allgemeiner Tragweite“ (B.Bl. 1878 Bd. III S. 95), die Mehrheit der Redner in den eidgenössischen Räten anlässlich der Gotthardbatte von „Beschlüssen, die eine grosse Tragweite, Bedeutung, haben“. Die neuern Definitionen, bei denen davon abgesehen wird, die widerspruchsvolle und von politischen Motiven beeinflusste Praxis der Bundesversammlung zu berücksichtigen, gehen der Entstehungsgeschichte des Ausdrucks „allgemein verbindlich“ nach. So weist Veith auf die Verfassungen von Zug, Baselland und St. Gallen, sowie auf die arrêtés législatifs der Genfer Verfassung vom 25. Mai 1879 und die decreti legislativi der Tessiner Verfassung hin und bemerkt dazu: „Danach möchte man versucht sein, zu definieren, die allgemein verbindlichen Beschlüsse seien da für Gegenstände, die auch in Gesetze gekleidet werden könnten.“

Nach Burckhardt sind Beschlüsse allgemein verbindlicher Natur solche, welche für den einzelnen Bürger verbindliche Rechtssätze aufstellen, also deren Inhalt nach Gesetze sind. Die Regel sollte sein, dass Rechtssätze, welche den einzelnen Bürger verpflichten, also Gesetze im materiellen Sinne, auch in die Form des Gesetzes gekleidet werden sollten. Eine Ausnahme soll zulässig sein bei Rechtssätzen, die für die Gesamtheit der Bürger von untergeordnetem Interesse seien. In Anlehnung an die Praxis der Bundesversammlung seit 1848, welche auch über andere Gegenstände als über allgemein verbindliche Rechtssätze Gesetze erlassen habe, namentlich über die Behördenorganisation, könne die Bundesversammlung auch andere Vorschriften in die Form des Gesetzes kleiden, wenn sie es ihrer Bedeutung angemessen erachte. Burckhardt erklärt die Beschlüsse über die Organisation einer Behörde als nicht allgemein verbindlich. Sie enthalten Rechtssätze, welche nur für andere Behörden verbindlich seien, nicht aber für die einzelnen Bürger, sofern sie nicht die Amtsbefugnisse der Behörden gegenüber Privatpersonen bestimmen. Grundsätzliche Beschlüsse über das Verhältnis

von Bund und Kantonen können weder als allgemein verbindlich im eben genannten Sinne, noch als eigentliche Verwaltungsbeschlüsse betrachtet werden, da sie nicht bloss das Verhältnis zweier Behörden eines und desselben Staats regeln, sondern zweier Staaten zueinander. Am Begriff der allgemeinen Verbindlichkeit sei zwar festzuhalten, aber das Referendum nicht zu verlangen.

v. Waldkirch geht davon aus, dass die Bundesverfassung nur Erlasse der Bundesversammlung mit Rechtsinhalt dem Referendum unterstellen wolle. Die Bundesgesetze sollen grundsätzlich nur Rechtssätze zum Inhalt haben und zwar solche, die sich an die Gesamtheit der Rechtsgenossen richten und in diesem Sinne allgemein verbindlich seien. Die Bundesbeschlüsse dagegen haben nicht nur Rechtssätze zum Inhalt. Ihr Inhalt werde gebildet durch Verwaltungsmassnahmen und durch Rechtssätze jeder Art. Die Verwaltungsakte sollen stets in die Form eines nicht allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses gekleidet werden, ebenso diejenigen Erlasse mit Rechtsinhalt, welche sich nicht an die Gesamtheit der Rechtsgenossen richten, sondern bloss an Rechtsgenossen, welche im Staatsorganismus eine bestimmte Stellung einnehmen. Solche Rechtssätze (Verwaltungsrechtssätze) seien nicht allgemein verbindlich. In die Form von allgemein verbindlichen Bundesbeschlüssen sollen nur Rechtssätze gekleidet werden, welche sich an die Gesamtheit der Rechtsgenossen richten. Also bestehe kein prinzipieller Unterschied zwischen Bundesgesetz und allgemein verbindlichem Bundesbeschluss. v. Waldkirch schlägt vor, es sollen diejenigen Erlasse in die Form eines allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses gekleidet werden, welche sowohl allgemein verbindliche als auch andere Rechtssätze enthalten. Die Form des Bundesgesetzes soll gewählt werden für Erlasse, deren Inhalt ausschliesslich aus allgemein verbindlichen Rechtssätzen besteht.

Fleiner lässt zunächst grundsätzlich dem materiellen Gesetz die Form des Gesetzes entsprechen. Im

weitern verlangt er die Form des Gesetzes in allen den Fällen, wo die Bundesverfassung oder ein Ausführungsgesetz anordnet, es seien „im Wege der Gesetzgebung" Vorschriften über eine bestimmte Materie zu erlassen, oder dem Bunde stehe die „Gesetzgebung" über einen Gegenstand zu. Fleiner gibt zwar zu, dass mit dieser Ausdruckweise zunächst die Zuteilung der Gesetzgebungshoheit an den Bund gemeint sei. Sie verlange aber auch gleichzeitig die Regelung der dem Bunde zugewiesenen Materien in Gesetzesform. Der allgemein verbindliche Bundesbeschluss ist nach Fleiner die Form für bestimmte Verwaltungsakte von grosser finanzieller und politischer Tragweite, welche dem freien Ermessen der Bundesversammlung entspringen und nicht bloss die unmittelbare Vollziehung einer Anordnung der Bundesverfassung oder eines Bundesgesetzes darstellen. Der allgemein verbindliche Bundesbeschluss sei die organische Einrichtung zur Mitwirkung des Volkes an der Erledigung besonders wichtiger und einschneidender Verwaltungsangelegenheiten. Rechtssätze sollen nur in Form des Gesetzes, nicht des allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses gekleidet werden, weil sonst mit Hilfe der Dringlichkeitsklausel Gegenstände der Volksabstimmung entzogen werden könnten, welche nach den Anschauungen der Bundesverfassung nur unter Mitwirkung des Volkes geregelt werden dürfen.

4. Es steht nicht in unserer Absicht, uns mit allen in der schweizerischen staatsrechtlichen Literatur zutage getretenen Anschauungen über das formelle und materielle Bundesgesetz und den Unterschied zwischen Bundesgesetz und allgemein verbindlichem Bundesbeschluss auseinanderzusetzen, obwohl manches zur Kritik herausfordert. Uns scheint, dass durch Fleiner das Problem eine praktisch durchaus annehmbare Lösung erfahren habe, auf welcher die Bundesversammlung in Zukunft ihre Entscheidungen basieren könnte. Es ist davon auszugehen, und darin stimmen alle überein, dass dem materiellen Gesetz

die Form des Gesetzes entsprechen müsse. An sich ist es gleichgültig, ob das materielle Gesetz in der Form eines Bundesgesetzes oder eines allgemein verbindlichen, nicht dringlich erklärten Bundesbeschlusses erscheine, da beide Erlasse formelle Gesetze und mit formeller Gesetzeskraft ausgestattet sind. Es ist kein Verstoss gegen staatsrechtliche Lehren und Grundsätze, wenn die Bundesversammlung ein Bundesgesetz durch einen allgemein verbindlichen Bundesbeschluss abändert, wie das z. B. neuerdings geschehen ist durch den Bundesbeschluss vom 5. Oktober 1923 betreffend die Abänderung des Bundesgesetzes über die Oberaufsicht über die Forstpolizei. Die Gefahr liegt darin, dass die Bundesversammlung die Mitwirkung des Volkes bei der materiellen Gesetzgebung dadurch ausschalten kann, dass sie einen nach dem Willen der Verfassung dem Referendum unterstehenden Gegenstand der Gesetzgebung in einen Bundesbeschluss bringt und diesen entweder als nicht allgemein verbindlich oder als dringlich erklärt. Die Bundesverfassung schreibt in vielen Fällen vor, es sei ein Gegenstand durch „Bundesgesetz", „auf dem Wege der Gesetzgebung", „durch gesetzliche Bestimmungen" zu regeln. Das bedeutet nicht, dass die Regelung in der Form eines Bundesgesetzes zu erfolgen habe, sondern dass die Bundesgewalt im Gegensatz zur kantonalen Gewalt zuständig sei, eine Materie in verbindlicher Weise zu ordnen. Man kann darunter allerdings auch die Gesetzgebungsbefugnis in einer dem formellen Gesetzesbegriff entsprechenden Bedeutung verstehen. Wenn wir uns indessen vergegenwärtigen, um was es sich in allen diesen Fällen handelt, nämlich um die Abgrenzung der Hoheitsrechte zwischen Bund und Kantonen, um die Trennung der Willens- und Rechtssphäre juristischer Personen des öffentlichen Rechts, so folgt daraus notwendig, dass die Vorschriften, welche die Ausführung bundesverfassungsrechtlicher Grundsätze über die Scheidung zwischen Gesetzgebungshoheit des Bundes und der Kantone bedeuten, die Form des Gesetzes haben müssen.

Ebenso sind Erlasse, welche die Organisierung der obersten Bundesbehörden betreffen, in Gesetzesform zu bringen. Dafür spricht schon die Erwägung, wie Fleiner sagt, dass die Organisierung derjenigen Staatsorgane, denen die höchste Gewalt im Staate anvertraut ist, zu den fundamentalen Aufgaben des Staats gehört. Wohl enthält schon die Verfassung die Grundzüge der staatlichen Organisation und verteilt sie die Zuständigkeiten auf die obersten Staatsorgane. Allein die unmittelbaren Organe des Staats sind in der Regel mit so grosser Machtfülle, mit einer solchen Menge von Befugnissen ausgestattet, die sie kraft Gesetzes oder schöpferisch unmittelbar aus ihrer Organstellung heraus dem einzelnen gegenüber ausüben, dass es sich aus konstitutionellen Überlegungen rechtfertigt, die Vorschriften über die Wahlart, die Organisation, die Verteilung der Funktionen und Zuständigkeiten unter die obersten Behörden des Staats durch formelle Gesetze zu regeln. Die Praxis ist, wie wir schon oben gezeigt haben, einer Regel nicht gefolgt. Im Laufe der Jahrzehnte sind eine grosse Zahl von Beamtungen durch Bundesgesetz oder allgemein verbindlichen Bundesbeschluss geschaffen worden, durch welche eine bestehende Beamtung erweitert oder ergänzt, oder dem bestehenden Behördenorganismus eine neue Abteilung angegliedert wurde (z. B. mit Rücksicht auf die Vermehrung der Arbeiten infolge neuer Gesetze). So wurde eine Ingenieurstelle auf dem Baubureau des Departements des Innern durch allgemein verbindlichen, dem Referendum unterstellten Bundesbeschluss geschaffen (A.S. n. F. Bd. 5 S. 236), durch Bundesgesetz eine Adjunktenstelle am eidgenössischen statistischen Bureau (A.S. n. F. Bd. 7 S. 284), Bundesgesetz betreffend die Organisation der Bureauabteilung für Handelsstatistik (A.S. n. F. Bd. 10 S. 56), Bundesbeschluss (dem Referendum unterstellt) über die Zuteilung eines Stabsoffiziers an den Chef des Militärdepartements (A.S. n. F. Bd. 12 S. 355), Bundesgesetz betreffend die Schaffung einiger neuer Stellen in der Militärverwaltung (A.S. n. F. Bd. 23

S. 77), Bundesbeschluss (dem Referendum unterstellt) betreffend die Organisation der Verwaltung des Waffenplatzes Kloten-Bülach (A.S. n. F. Bd. 29 S. 317). Dass alle diese und noch viele andere analoge Erlasse untergeordneter Natur die Form des Gesetzes haben sollten, hat wohl nicht in der Absicht des Verfassungsgesetzgebers gelegen. Der einmal organisierte und handlungsfähig gewordene Staat kann seine Organisation vervollkommnen und erweitern, ohne dass es jedesmal eines formellen Gesetzes bedürfte, um die Änderung im staatlichen Organismus vorzunehmen. Die Frage beantwortet sich jeweils darnach, ob die Massregel nur innerhalb der Verwaltung wirksam sein soll, oder ob sie ihre Wirkungen ausserhalb derselben erstrecke. Die Übertragung von Herrschaftsbefugnissen an eine Behörde, der Befehlsgewalt, von den Staatsangehörigen Leistungen oder Unterlassungen zu verlangen, ist Rechtssetzung. Ist aber die Errichtung von Behörden, ihre Geschäftsverteilung, ihre Organisation und ihr Verfahren ein Internum der Verwaltung, ohne Rechtswirkung für Dritte, so wird die Rechtsordnung dadurch nicht berührt und bedarf eine solche Massnahme deshalb auch nicht der Form des Gesetzes (Laband). In neuerer Zeit sind bedeutsame organisatorische Neuerungen dem Referendum entzogen worden, so die Schaffung des eidgenössischen Grundbuchamts (1911) und des Bundesamts für Sozialversicherung (1912), welche beide Bundesbeschlüsse als dringlich erklärt wurden. Dass die Organisation des eidgenössischen Versicherungsgerichts und das Verfahren vor demselben durch einfachen Bundesbeschluss festgesetzt werden konnte, hat seinen Rechtsgrund im Art. 122 des Bundesgesetzes über die Kranken- und Unfallversicherung. Dieser delegiert der Bundesversammlung ausdrücklich die Befugnis zur Gesetzgebung über die Organisation des Versicherungsgerichts und das Verfahren vor diesem. Wir gehen aber mit Fleiner darin einig, dass dergleichen Erlasse nach den Anschauungen der Bundesverfassung und dem Sinn und Geist derselben hätten dem

Referendum unterstellt werden müssen. Diejenigen Normen, welche die Organe bezeichnen, die zur Ausübung der Staatsgewalt berufen sind (die Gerichte als Hauptorgane der streitigen Rechtspflege, die Verwaltungsbehörden, bald kollegial, bald bureaukratisch organisiert, die Gemeinden als Selbstverwaltungskörper, das Heer), sind Rechtssätze und bilden als solche Gegenstand der Gesetzgebung im formellen Sinn. Das Prozessrecht, welches die Begründung, Entwicklung und Beendigung des organisierten Rechtsstreitverhältnisses und somit Rechte und Pflichten des Prozessgerichts und der Prozessparteien normiert, ist Gesetz im materiellen Sinne, dem somit die Form des Gesetzes entsprechen muss. Verfassung oder Gesetze können indessen die Anordnung enthalten, wie gewisse Rechtsregeln erlassen werden sollen. So kann auch der Bundesrat auf Grund spezieller bundesgesetzlicher Delegation im Wege der Rechtsverordnung Rechtssätze aufstellen.

Die Befugnisse der Bundesversammlung erschöpfen sich, wie wir schon oben ausgeführt haben, nicht mit der Regelung der Rechtsordnung. Sie hat einen grossen Anteil am staatlichen Handeln, an der Staatsverwaltung. Die Form, in welcher die Verwaltungsakte der Bundesversammlung erscheinen, ist in der Regel der Bundesbeschluss. Früher hat man zahlreichen Verwaltungserlassen, auch solchen nebensächlicher Art, die Form des Bundesgesetzes gegeben und auch in neuerer Zeit noch hat man für Verwaltungsakte die Form des Gesetzes gewählt, wo ein einfacher Bundesbeschluss genügt hätte. So enthält das Bundesgesetz über die Taggelder und Reiseentschädigungen des Nationalrates und der Kommissionen der eidgenössischen Räte (A.S. n. F. Bd. 40 S. 9 ff.) keine Rechtsvorschriften. In keiner Richtung werden hier einem ausserhalb der Verwaltung stehenden Subjekte Beschränkungen auferlegt oder Befugnisse eingeräumt, etwas gewährt oder entzogen, geboten oder verboten. Es werden keinerlei Rechtsbeziehungen zwischen dem Staat

und einem diesem gegenüberstehenden Rechtssubjekte geregelt. Die Mitglieder des Nationalrates und der Kommissionen der eidgenössischen Räte stehen nicht als aussenstehende Dritte dem Staate gegenüber, sondern als Mitglieder einer Bundesbehörde. Die Bundesverfassung bestimmt lediglich, dass die Bundesversammlung die Besoldung und Entschädigung der Mitglieder der Bundesbehörden festzusetzen habe. Über die Form solcher Erlasse ist nichts vorgeschrieben. Es handelt sich hier um Verwaltungsakte, welche die Finanzen des Bundes berühren und schon deshalb, weil das Bundesrecht das Finanzreferendum nicht kennt, nicht in der Form eines Gesetzes erlassen werden müssen.

Wir müssen uns davor hüten, das Verwaltungsrecht in die starre Form der Bundesgesetze und allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse zu bringen. Das Verwaltungsrecht ist dazu bestimmt, den Staat und die vom Staate bedingten Gesellschaftszwecke unmittelbar zu fördern. Es steht daher ständig direkt unter dem Einfluss dieser Zwecke und deren Wandlungen. Das Verwaltungsrecht ist deshalb das fluierendste Recht und darf deshalb nicht in Formen gebracht werden, welche die fortwährende Anpassung an veränderliche Bedürfnisse und Zwecke des verwaltenden Staats erschweren würden. Die Bundesversammlung kann als Verwaltungsbehörde ihrer Aufgabe durch den einfachen Bundesbeschluss gerecht werden. Nach den Anschauungen der Bundesverfassung und dem Willen des Verfassungsgesetzgebers soll aber das Schweizervolk nicht nur mitwirken bei der Aufstellung von Rechtssätzen, also bei der Gesetzgebung im materiellen Sinne, sondern auch bei Verwaltungsakten von weitreichender, allgemeiner Tragweite. Dazu soll der allgemein verbindliche Bundesbeschluss dienen, welcher dem Referendum unterstellt ist. Das ist auch offenbar der Sinn der Einführung des allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses. Hätte man nicht daran gedacht, die Aktivbürgerschaft bei der Erledigung besonders einschneidender

Verwaltungsangelegenheiten in der Volksabstimmung mitwirken zu lassen, so wäre der Zweck des allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses, also einer zweiten Form des formellen Gesetzes, nicht einzusehen. Das schweizerische Bundesstaatsrecht könnte des allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses entbehren. Denn vom Bundesgesetz unterscheidet sich dieser in nichts als durch den Namen, und der Zweck, der durch die Beifügung der Dringlichkeitsklausel erreicht wird, könnte ebensogut dadurch erreicht werden, dass man einfach die Form des einfachen Bundesbeschlusses wählt. Allein wir haben nun einmal diesen allgemein verbindlichen Bundesbeschluss und so wird man darnach trachten müssen, diesem einen zweckentsprechenden Inhalt zu geben. Das kann aber nur der Verwaltungsakt von grosser Tragweite sein. Der allgemein verbindliche Bundesbeschluss soll nicht die Form für die Aufstellung von Rechtssätzen sein. Denn die materielle Gesetzgebung ist immer und unter allen Umständen an die Mitwirkung der Aktivbürgerschaft gebunden, welche in der Abstimmung das Recht der Zustimmung oder Ablehnung ausübt, gleichviel, ob es sich um eine allgemeine Regel handelt, welche auf viele oder auf eine unbestimmte Zahl von Fällen anwendbar ist, oder ob der Rechtssatz nur auf einen einzigen Tatbestand, der sich nur einmal verwirklicht, Anwendung finden soll. Anders verhält es sich auf dem Gebiete der Verwaltungsgesetzgebung. Hier ist die Mitwirkung des Volks nicht unter allen Umständen geboten. Man hat sie vorbehalten für Verwaltungsakte von grosser Tragweite (finanzieller, wirtschaftlicher, politischer, sozialer), dabei aber der Bundesversammlung die Möglichkeit gegeben, die Mitwirkung der Aktivbürgerschaft auszuschalten, wenn es sich um Verwaltungsakte dringlicher Natur handelt. Es kann der Fall eintreten, dass rasch gehandelt werden muss, dass die Vornahme einer Verwaltungsmassnahme keinen Aufschub erleidet, ohne dass die Interessen des Staates und der Allgemeinheit gefährdet wären. Dann besteht durch Beifügung der Dringlichkeits-

klausel zu einem an sich allgemein verbindlichen Beschluss (besser die französische Fassung „von allgemeiner Tragweite", weil ein Verwaltungsakt nicht allgemein verbindlich sein kann in dem Sinne wie ein Rechtssatz) die Möglichkeit, den Beschluss ohne Aufschub zu vollziehen. Wann aber einem Verwaltungsakt das Kriterium der „allgemeinen Verbindlichkeit", „der grossen Tragweite", „der besondern Wichtigkeit" zukommt, und wann er dringlich ist, das zu entscheiden muss in jedem einzelnen Falle der Bundesversammlung und deren staatsrechtlichen und politischen Gewissen überlassen bleiben. Eine scharfe Grenze wird sich unmöglich ziehen lassen. Es wird die Natur und die Wichtigkeit des Gegenstandes sein, welche die Bundesversammlung bestimmt, Verwaltungsakte der Volksabstimmung zu unterbreiten oder nicht.