

# Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848 : Rückblick und Ausblick

Autor(en): **Kägi, Werner**

Objektyp: **Article**

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

Band (Jahr): **71 (1952)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-895734>

## **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.

WERNER KÄGI

ZUR ENTWICKLUNG  
DES SCHWEIZERISCHEN RECHTSSTAATES  
SEIT 1848

*Rückblick und Ausblick*

Wir stehen vor einer neuen bedeutsamen Phase unserer rechtsstaatlichen Entwicklung. Die Gegenwart, mit ihrer bedrängenden Fülle von Aufgaben, will wenig Zeit lassen für den Rückblick. Und doch benötigen wir diese geschichtliche Besinnung heute mehr denn je. Nicht nur ist sie geeignet, das gegenwärtige Handeln vom Geist des Kleinmutes und des Opportunismus zu befreien, sondern die Rechenschaft über die Konstanten unserer Geschichte vermag uns auch dort mehr Klarheit und Sicherheit zu geben, wo wir den Weg in die Zukunft planend vorbereiten.

Die folgenden kurzen Seiten wollen und können keine Geschichte unseres Rechtsstaates seit 1848 geben. Diese große Aufgabe — sie müßte viel klarer als bisher in den Mittelpunkt der Verfassungsgeschichte gerückt werden — erfordert einen weiteren Rahmen. Wohl aber möchten wir hier versuchen, verschiedene Phasen dieser Entwicklung zu skizzieren und einige Marksteine im Werden unseres Verfassungsstaates hervorzuheben. Diese *kleine Zwischenbilanz unserer rechtsstaatlichen Entwicklung* möchte aber vor allem mithelfen, die *heutige Situation* des Rechtsstaates und *unsere Aufgabe* zu verdeutlichen. In diesem Ringen um den Rechtsstaat spiegelt sich, bei aller Unvollkommenheit des Verwirklichten, doch auch etwas vom *Geist und von der Eigenart unseres Rechts- und Staatsdenkens*. Hinter den zeitbedingten Ausprägungen aber soll *der bleibende Sinn der großen abendländischen Idee* sichtbar gemacht werden.

*A. Die Idee des Rechtsstaates*

Eine erste Voraussetzung für eine solche Zwischenbilanz unserer staatsrechtlichen Entwicklung ist die klare Bestimmung

des Maßstabes: *die Idee des Rechtsstaates*. Der Selbstverständlichkeit des Sprachgebrauchs entspricht nicht auch die Klarheit des Begriffs. Häufig wird irgendeine «berühmte» Umschreibung — etwa diejenige MONTESQUIEUS, KANTS, STAHLs und anderer — übernommen und der Rechtsstaat rein formalistisch oder sonst irgendwie einseitig definiert<sup>1</sup> oder aber der bequemen Unbestimmtheit des Gefühlsmäßigen überlassen.

Wir möchten demgegenüber von einer *umfassenderen* Idee des Rechtsstaates ausgehen und sie bestimmen *als Inbegriff folgender Grundpostulate der Rechtsordnung*:

### 1. Die rechtliche Legitimation der staatlichen Macht

Im jahrhundertelangen Kampf<sup>2</sup> um den modernen Rechtsstaat ist dieses grundlegende Postulat in verschiedenen Antithesen erhoben worden: *Bracton* hat schon im 13. Jahrhundert das «*Lex facit regem*» dem «*Rex facit legem*» entgegengestellt<sup>3</sup>. In den neueren englischen Verfassungskämpfen, vor allem im Ringen um eine neue Grundordnung in den Neuenglandstaaten, wurde dann das «*government by laws*» anstelle des «*government by men*» gefordert. Auf dem Kontinent wurde der Kampf um diese rechtliche Bindung der Macht geführt im Namen des *Prinzips der Verfassung* gegen jede Form der absoluten Herrschaft<sup>4</sup>.

Die Verfassung ist die *rechtliche Grundordnung* des Staates; sie bestimmt und beruft die «Machtsträger». Die staatliche Macht-

<sup>1</sup> Vgl. die Nachweise bei W. KÄGI, Staatsallmacht — Widerstandsrecht — Rechtsstaat (1952). Es wird zumeist die *pars pro toto* genommen. Was in einer bestimmten historischen Situation als Postulat im Vordergrund steht — z. B. die Gesetzmäßigkeit oder die Gewaltenteilung oder die Verwaltungsgerichtsbarkeit — wird kurzweg mit der Rechtsstaatsidee identifiziert.

<sup>2</sup> Noch fehlt eine umfassende Darstellung der *Geschichte des Rechtsstaates*; aber wichtige Bausteine sind gelegt durch die Werke von OTTO v. GIERKE, RUDOLF v. GNEIST, MAITLAND, POLLOCK, HOLDSWORTH, VINOGRADOFF, CARLYLE, McILWAIN u. a. Erst eine Zeit, die vom Nationalismus freier ist als die unsrige, wird zu dieser großen Aufgabe berufen sein.

<sup>3</sup> Vgl. A. SIMONIUS, *Lex facit regem* (1933) S. 5f.; McILWAIN, *Constitutionalism, ancient and modern* (1940) S. 69ff.

<sup>4</sup> Vgl. die Nachweise und Literatur bei W. KÄGI, *Verfassung als rechtliche Grundordnung* (1945).

ausübung ist, rechtlich gesehen, insofern legitim, als sie sich auf dieses Grundgesetz zurückführen läßt<sup>5</sup>.

## 2. Die rechtliche Begrenzung der staatlichen Zuständigkeit («Grundrechte»)

Auch wenn man die rechtsstaatliche Ordnung nicht einfach mit den Postulaten eines extremen (staatsfeindlichen) Individualismus identifizieren darf, so bleibt doch das *liberale Verteilungsprinzip* ein unabdingbares Grundpostulat jedes Rechtsstaates: *Die Freiheit des Einzelnen ist grundsätzlich unbegrenzt, die Zuständigkeit des Staates dagegen ist grundsätzlich begrenzt*<sup>6</sup>. Wenn sich diese Grenzlinie auch nicht a priori und allgemeingültig für alle Zeiten und Völker festlegen läßt, so stehen doch einige Grenzmarken unverrückbar fest: *die Grundrechte der menschlichen Person*. Hier hat die Staatsgewalt des Rechtsstaates ihre Schranke. Nachdem diese Grundrechte in den letzten Jahrzehnten durch das positivistische Rechtsdenken schrittweise abgewertet worden sind, geht es heute — im Kampf gegen alle totalitären Tendenzen — um eine neue entschiedene Aufwertung: die Anerkennung der Grundrechte *als vor- und überstaatliche Rechte*<sup>7</sup>.

## 3. Das Prinzip der Gleichheit

Die Anerkennung der Freiheit und Würde der menschlichen Person als Grundwert des Rechtsstaates schließt folgerichtigerweise in sich, daß sie *in jedem Menschen gleicherweise respektiert* werden müssen. Muß die Ordnung der Funktionen in der Ge-

<sup>5</sup> Dabei darf «Verfassung» oder «Grundgesetz» nicht einfach mit der *geschriebenen* Urkunde identifiziert werden. Einzelne grundlegende Verfassungsrechtssätze erscheinen in der Form gewöhnlicher Gesetze, andere sind überhaupt nicht geschriebenes Recht.

<sup>6</sup> Dieses grundlegende liberal-rechtsstaatliche «*Verteilungsprinzip*» hat CARL SCHMITT in einer bedrohten Zeit neu deutlich gemacht (Verfassungslehre S. 126 und insbes. Handbuch des deutschen Staatsrechtes Bd. II S. 591f.), um dann allerdings, dem Gefälle der Macht folgend, in der Rechtfertigung der Gewalttat, der Willkür und des Terrors die abendländischen Ideale zu verraten.

<sup>7</sup> Die Grundrechte bilden den eigentlichen Kern der Rechtsstaatsidee. Die Relativierung dieses Grundwertes hat zu einer sonderbaren Verkehrung im Verfassungsdenken geführt: Zu einem Vorrang der Organisation gegenüber den Grundrechten.



meinschaft auch notwendigerweise nach den Ungleichheiten der Kompetenz abstufen, so bleibt die Anerkennung jener *grundlegenden Gleichheit* ein Eckpfeiler jeder rechtsstaatlichen Ordnung<sup>8</sup>. Mußte der werdende moderne Rechtsstaat diese Gleichheit gegen eine in mannigfachen Ungleichheiten erstarrten Welt des Ancien Régime erkämpfen, so muß sie in der heutigen Welt gleichsam in einem Zweifrontenkampf neu verteidigt werden: einerseits gegen immer neue Versuche der Diskriminierung (auf Grund der Rasse, der Klasse, der Religion usw.) und andererseits gegen das Mißverständnis des Egalitarismus.

#### 4. Die rechtliche Teilung der staatlichen Macht

Der Kampf des Rechtsstaates war zu allen Zeiten ein Kampf gegen die absolute Macht. Es ist ein durch harte Erfahrungen aller Völker bestätigtes Gesetz, daß die ungeteilte, unkontrollierte Macht zum Mißbrauch führen muß. Die *Teilung der staatlichen Macht* ist daher eine Grundvoraussetzung jedes Rechtsstaates. *Montesquieu* hat dieses Erkenntnis in seinem «Esprit des Lois» die klassische Formulierung gegeben: die «Gewaltenteilung» (séparation des pouvoirs) zwischen Legislative, Exekutive und Justiz<sup>9</sup>. Diese Form der Gewaltenteilung ist zum organisatorischen Grundprinzip des modernen Rechtsstaates geworden. Durch ein System der Gewaltenteilung und wechselseitigen Gewaltenhemmung und -kontrolle («checks and balances», «freins et contrepoids») soll die Macht relativiert und gemäßigt und die Staatsgewalt an das Recht gebunden («konstitutionalisiert») werden.

Das klassische Schema kann heute nicht mehr als Richtpunkt dienen; das Schwergewicht der Macht hat sich verlagert und die organisatorischen Probleme stellen sich zum Teil ganz anders als im 18. und 19. Jahrhundert. Geblieben aber ist *das Grundpostulat der Teilung der Macht als Voraussetzung jeder freien Gemeinschaft* und damit jedes Rechtsstaates<sup>10</sup>.

8 EMIL BRUNNER, *Gerechtigkeit* S. 29ff.

9 *Esprit des Lois* XI/6.

10 Vgl. W. KÄGI, *Staatsallmacht — Widerstandsrecht — Rechtsstaat* (1952) 3. Kapitel; ANDREAS BRUNNER, *Rechtsstaat gegen Totalstaat* 2. Teil S. 171ff.

### 5. Die gesetzmäßige Ausübung der staatlichen Macht

Der Rechtsstaat kann nicht einfach auf das Prinzip der Gesetzmäßigkeit reduziert werden<sup>11</sup>; die *Legalität* hat im Verhältnis zu den materiellen Grundpostulaten (Freiheit, Gleichheit, Gerechtigkeit) nur eine dienende Stellung. Aber das heißt in keiner Weise, daß sie irgendwie nebensächlich wäre.

Auch dieses *Postulat der Gesetzmäßigkeit* ist vielmehr ein unabdingbares Postulat des Rechtsstaates. Durch lange Jahrhunderte hindurch war das «*sub lege rex*» gleichsam das Leitmotiv des Ringens um den Rechtsstaat. Aber auch in unserer Zeit ist die grundlegende Bedeutung dieser Forderung im Kampf gegen die kleine und große Willkür — gegen den Geist des Opportunismus und den neuen Machtwillen — wiederum offenbar geworden. Das *Gesetz* — und letztlich immer das *Grundgesetz*, die Verfassung — ist eine wichtige Gewähr für die Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit im Staatsleben.

### 6. Der qualifizierte Rechtsschutz

Eine weitere grundlegende Forderung der Idee des Rechtsstaates ist es, daß die «Herrschaft des Rechtes» auch verwirklicht werde. Der Rechtsstaat ist eine Rechtsgemeinschaft, in der das Recht *in besonders wirksamer Weise geschützt* ist<sup>12</sup>.

Dieses Postulat des *qualifizierten* Rechtsschutzes ist immer wieder mit ganz bestimmten Einrichtungen identifiziert worden, so sehr, daß zu Zeiten Rechtsstaat und Verwaltungsgerichtsbarkeit oder Rechtsstaat und Verfassungsgerichtsbarkeit geradezu als Wechselbegriffe verwendet worden sind. Man hat den

<sup>11</sup> Der «Rechtsstaat» ist daher auch etwas anderes als der bloße «Gesetzesstaat»; auch das angelsächsische «*rule of law*» und selbst das französische «*état légal*» umfassen mehr als nur das Postulat der Legalität. Die «Gesetzmäßigkeit» kann auch einem rein absolutistischen Willen dienen; es kann, zumindest vorübergehend, so etwas wie einen «despotisme légal» geben.

<sup>12</sup> Vgl. W. KÄGI, a.a.O. 3. Kapitel; RICHARD THOMA, Handbuch des deutschen Staatsrechtes Bd. II S. 233; W. BURCKHARDT, Methode und System des Rechts S. 214 («Rechtsstaat in einem dritten Sinne»); ED. HIS, Geschichte des neueren schweizerischen Staatsrechtes Bd. III S. 1188 («der Rechtsstaat, d.h. der dem Einzelnen einen gerichtlichen Schutz gewährende Staat»); vgl. auch E. BLUMENSTEIN, Der rechtsstaatliche Ausbau der schweiz. Demokratien (1930) S. 5f., 13f.

Rechtsstaat weithin mit dem *gerichtlichen* Schutz *subjektiver* Rechte gleichgesetzt.

Wir müssen demgegenüber auch hier den Blick für die umfassende Forderung frei behalten: Rechtsschutz bedeutet nicht nur Schutz der subjektiven Rechte, sondern auch des objektiven Rechtes, und neben dem gerichtsförmigen Schutz dürfen, gerade im Interesse des Rechtsstaates, auch andere Methoden nicht übersehen und vernachlässigt werden.

Trotzdem aber bleibt *das unabdingbare Hauptanliegen* des Rechtsstaates auch heute der *Schutz der subjektiven Rechte der Einzelnen*, und der *unabhängige Richter* bleibt auch unter den veränderten Verhältnissen das eigentliche Palladium des Rechtsstaates<sup>13</sup>.

#### 7. *Die rechtliche Verantwortlichkeit für die Ausübung der staatlichen Macht*

Die Rechtsstaatsidee stellt der absoluten Staatsgewalt nicht nur das Postulat der Gewaltenteilung entgegen, sondern auch die *Forderung der Verantwortlichkeit*. Die mißbräuchliche Ausübung staatlicher Macht muß vor dem Forum des Zivilrechts, des Strafrechts und des Staatsrechts verantwortet werden. Erst kraft solcher Kontrolle und Durchleuchtung in der Öffentlichkeit verwandelt sich persönliche Herrschaft in *rechtsstaatliche Zuständigkeit*. Nur als «*responsible government*» in diesem weiteren Sinne des Wortes wird die «Herrschaft des Rechtes» wenigstens in Annäherung möglich<sup>14</sup>.

#### 8. *Die Ausrichtung des staatlichen Handelns auf die Gerechtigkeit*

Der «*Rechtsstaat*» ist etwas anderes als der «*Gerechtigkeitsstaat*». Der Anspruch, die Gerechtigkeit in der menschlichen Gemeinschaft allseitig und von Staats wegen zu verwirklichen, ist das

<sup>13</sup> Vgl. GIACOMETTI/FLEINER, Bundesstaatsrecht S. 898 (die Verfassungsgerichtsbarkeit als «Grundpfeiler des Rechtsstaates»), 905 (die Verwaltungsgerichtsbarkeit als «Eckpfeiler des Rechtsstaates»), 908, 933 f.

<sup>14</sup> In einem engeren Sinne wird der Begriff «*responsible government*» für das Postulat der politischen Verantwortlichkeit verwendet und bedeutet insofern die demokratische Herrschaftsform im Gegensatz zu jeder Form des «*autocratic government*».

hybride Unterfangen des *totalen* Staates. Der Rechtsstaat ist demgegenüber ein Staat mit einer (notwendigerweise) begrenzten Zuständigkeit. Aber dort, wo er ordnend in die Gemeinschaft eingreift, soll es mittels eines Rechtes geschehen, *das auf die Gerechtigkeit ausgerichtet ist*. In der Auseinandersetzung mit dem dezisionistischen Totalitarismus ist diese Voraussetzung des Rechtsstaates neu deutlich geworden: «*Justitia fundamentum regnorum!*»

### 9. Die demokratische Rechtsetzung

Der Rechtsstaat ist ein Staat, in dem der Bürger an der Setzung des Rechtes, zumindest der grundlegenden Rechtssätze, beteiligt ist. Zwar hat es auch nichtdemokratische Ordnungen gegeben, die weitgehend Rechtsstaaten waren, während andererseits die Demokratie absolutistisch entarten kann. Und doch kann man für unser Jahrhundert von einem *engen, unlösbaren Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie* sprechen. Es ist die hohe und verpflichtende Idee, daß der Bürger nur frei ist, wenn er an der Gestaltung der Rechtsordnung, unter der er steht, als Aktiv-Bürger teilhat. Die Demokratie aber wird andererseits nur so lange bestehen können, als sie ihre Macht rechtsstaatlich kanalisiert und bindet. *Der Rechtsstaat ist die Ordnung, durch die ein politisch reifes Volk sich selbst begrenzt*<sup>14a</sup>.

Diese Rechtsstaatsidee ist *eine Wertidee*<sup>15</sup>. Sie hat in der Geschichte — als die große Antithese zum Machtstaat — gewirkt und hat in unserer Zeit — in der Auseinandersetzung mit dem Totalstaat — eine eigentliche Wiedergeburt erlebt. In einer Zeit, da sie weithin selbstverständlicher Besitz geworden war, verfiel

<sup>14a</sup> Vgl. W. KÄGI, a. a. O. 3. Kap.

<sup>15</sup> Nur in einer solchen rechtsstaatlichen Ordnung eine «wahre» Rechtsordnung zu erblicken, ist nach Kelsen ein «*naturrechtliches Vorurteil*». Vom Standpunkt eines konsequenten Positivismus, der eine «ideologiefreie und sohin von aller Metaphysik und Mystik befreite Erkenntnis des Staates» anstrebt, muß sich der Versuch, den Staat als Rechtsstaat zu legitimieren, als «völlig untauglich» erweisen, weil — voraussetzungsgemäß! — «*jeder* Staat ein Rechtsstaat» ist. Reine Rechtslehre S. 115 ff., 126 ff.; Allgemeine Staatslehre S. 90 f., 44.

sie der *Einseitigkeit, Formalisierung und Relativierung*<sup>16</sup>. Die radikale Bedrohung erst hat *ihren umfassenden Anspruch* wieder deutlich gemacht.

Nur wenn die Rechtsstaatsidee in diesem umfassenden Sinne — *als Inbegriff formaler und materialer Postulate* — gesehen wird, öffnet sich der Blick in eines der interessantesten Kapitel der Rechtsgeschichte<sup>17</sup>; und nur wo das Postulat wieder in diesem umfassenden Sinne aufgefaßt wird, vermag es zum klaren Programm für die Rechtspolitik eines freien Volkes in bedrohter Zeit zu werden.

### B. Zur Entwicklung des Rechtsstaates seit 1848

Die Idee des Rechtsstaates ist ein *abendländisches Ideal*, zu dem die verschiedensten Völker — durch ihre Rechtsdenker wie durch ihre Rechtspraxis — beigetragen haben. Da ist das große Erbe der Antike, das griechische Staatsdenken und die römische Jurisprudenz; da wirkt, nicht minder mächtig, die große mittelalterliche Tradition; da ist der große Beitrag, den bestes deutsches Denken geleistet hat; da ist die lebendig-fortzeugende Überlieferung jenes jahrhundertelangen zähen Kampfes um das «rule of law», den die Engländer nicht nur für sich gefochten

<sup>16</sup> Aus dem naturrechtlich begründeten Postulat für die grundlegende Gestaltung der *ganzen* staatlichen Rechtsordnung wurde es im Zeitalter des Positivismus weithin zum bloß noch zweckrational fundierten Postulat für die grundlegende *Organisation* der Staatsgewalt; oder es wird das Moment der «Gesetzmäßigkeit» zum «Hauptmerkmal des Rechtsstaates» erhoben (so z. B. S. FRICK, Die Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetz (1945) S. 125ff., im Anschluß an G. ANSCHÜTZ); vielfach erscheint das Postulat des Rechtsstaates überhaupt nur noch als Postulat für die Gestaltung des *Verwaltungsrechtes* (vgl. z. B. OTTO MAYER, Verwaltungsrecht (1924) I. S. 58). Vgl. zu dieser *Relativierung der Rechtsstaatsidee* E. RUCK, Freiheit und Rechtsstaat, in «Freiheit des Bürgers im schweiz. Recht» S. 76f.; D. SCHINDLER, Festgabe für Max Huber (1934) S. 190ff.; PICOT, ZSR (1944) S. 216ff.

<sup>17</sup> Die Tatsache, daß das Wort «Rechtsstaat» erst gegen Ende der 20er Jahre des 19. Jahrhunderts (ROBERT v. MOHL, Staatsrecht des Königreichs Württemberg [1829] Bd. I S. 8) in der wissenschaftlichen Literatur verwendet und erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in den allgemeinen Sprachgebrauch übernommen worden ist, ist kein Einwand. Das Wort «Rechtsstaat» ist ein reativ neues Wort für ein altes Ideal und Streben.



haben; da ist, dieses Erbe im Ringen um die Unabhängigkeit erneuernd und fortbildend, das bedeutsame Vermächtnis der Vereinigten Staaten, insbesondere das Werk der Philadelphia Convention und die Rechtssprechung des Supreme Court; da ist der große Anteil Frankreichs, das den rechtsstaatlichen Ideen die begriffliche Klarheit und Systematik und damit die große werbende und revolutionierende Kraft gegeben hat; da ist die große Linie des christlichen Rechts- und Staatsdenkens, das immer dann, wenn es seinem letzten Auftrag treu blieb, sich als rechtsstaatliches Denken bewährt hat. Immer wieder durch den Absolutismus und Machtstaat bedroht und zerstört, ist der Rechtsstaat — vom Réduit des Widerstandsrechtes aus — aber auch immer wieder zur Gegenoffensive übergegangen. Das Werden und die Fortbildung des Rechtsstaates war ein wechselseitiges Nehmen und Geben über die Landesgrenzen hinweg. In der radikalen Bedrohung durch den Totalstaat aber ist nicht nur die Größe der Idee, sondern auch das Bewußtsein der Schicksalsgemeinschaft der Rechtsstaaten neu lebendig geworden<sup>18</sup>.

Wir wollen hier nicht versuchen, den Anteil der Schweiz an diesem abendländischen Kampf um den Rechtsstaat zu bestimmen. Wir haben zum Teil fremde Ideen und Einrichtungen übernommen und uns fremde Erfahrungen zunutze gemacht. Aber diese Rezeptionen waren doch andererseits auch nur deshalb möglich, *weil die eigene Geschichte wichtige Fundamente gelegt hatte*,

18 Dies kommt in den *Regionalpakten*, die sich seit der Blockierung der universalen Sicherheitsorganisation bilden, deutlich zum Ausdruck. In den Präambeln bzw. in der Normierung der Voraussetzungen der Mitgliedschaft wird — in betonter Antithese zu jeder totalitären Ordnung — auf die *grundlegenden Werte und Einrichtungen des Rechtsstaates* Bezug genommen (Würde und Wert der menschlichen Person, Grundrechte des Einzelnen, Achtung vor dem Gesetz, «rule of law», konstitutionelles Regime usw.). Vgl. Brüsseler Pakt vom 17. März 1948, Präambel, Art. 3; North Atlantic Treaty vom 4. April 1949, Präambel, Art. 2; Statut des Europarates vom 5. Mai 1949, Präambel, Art. 1, 3, 4, 8. — Immer mehr bricht sich die Erkenntnis, die längere Zeit durch verschiedene Illusionen gehemmt war, Bahn, daß eine wirkliche Föderation nur auf der Basis von Rechtsstaaten möglich ist. Vgl. dazu insbesondere das grundlegende Werk von H. LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights* (1950) S. 114ff., 456ff.

die sich auch durch ein erstarrtes Ancien Régime hindurch zu erhalten vermochten<sup>19</sup>.

Wie hat die Schweiz auf solcher Grundlage die *moderne* Rechtsstaatsidee 1848 verwirklicht und im Laufe eines Jahrhunderts entfaltet?

### I. Der Rechtsstaat von 1848

Die entscheidende Triebfeder für die Schaffung der *Verfassung von 1848* war nicht das rechtsstaatliche Ideal, sondern das harte Gebot der Erhaltung und Festigung der Existenz der Eidgenossenschaft. Die geschichtlichen Dokumente sind in dieser Hinsicht eindeutig<sup>20</sup>. Die außenpolitische Lage erforderte «feste Ordnung im Innern und Kraft und Einigkeit gegen außen». Für die vielgestaltige Eidgenossenschaft war der Weg des Einheitsstaates nicht gangbar, aber der Bundesstaat sollte aus der Ohnmacht und Handlungsunfähigkeit des alten Staatenbundes herausführen. Das verfassungspolitische Bestreben galt so in erster Linie der Festigung dieser Einheit und der Sicherung der dazu nötigen Mittel. Es war in den wegbereitenden Diskussionen sehr viel die Rede von den «materiellen Bedingungen der Existenz», vom Militärwesen und den Finanzen, von den Voraussetzungen eines freieren Handels und Verkehrs (Neuordnung des Zoll-, Post- und Münzwesens, Vereinheitlichung von Maß

<sup>19</sup> Die *Vorgeschichte* des modernen schweizerischen Rechtsstaates, vor allem auch die Geschichte der «alten Freiheit», muß erst noch geschrieben werden. Vgl. FRITZ FLEINER, *Ausgewählte Schriften und Reden* S. 163 ff.; WERNER NÄF, *Die Schweiz in Europa* (1938) S. 15 f., 43 ff., 49 ff., 60 f.; KARL MEYER, *Der Ursprung der Eidgenossenschaft*, *Zeitschr. für schweizerische Geschichte* (1941) S. 285 ff., 571 ff.; LEO v. MURALT, *Alte und neue Freiheit in der Helvetischen Revolution* (1941); PETER LIVER, in «*Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht*» (1948) S. 37 ff.; A. GASSER, *Gemeindefreiheit* 2. Aufl. S. 78 ff., 87 ff.; S. FRICK, *Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetz* S. 38 ff., 125 ff., 188 f., 195. — Zur *Entwicklung der Rechtsstaatsidee im 19. Jahrhundert*, unter Berücksichtigung der ausländischen Entwicklung und der Rezeptionen, vgl. nun insbesondere FERNANDO GARZONI, *Die Rechtsstaatsidee im schweiz. Staatsdenken des 19. Jahrhunderts* (Zürch. Diss. 1951).

<sup>20</sup> Vgl. vor allem das Protokoll über die Verhandlungen der Revisionskommission 1847/48; Beleuchtender Bericht des Regierungsrates des Kt. Zürich vom 25. Juli 1848, verfaßt von DR. JONAS FURRER, dem nachmaligen 1. Bundespräsidenten; W. RAPPARD, *Die Bundesverfassung von 1848—1948* S. 106 ff., 113 ff.



und Gewicht usw.), und es war eher wenig die Rede von all den großen Idealen und Postulaten, die in den verfassunggebenden Versammlungen des Auslandes im Mittelpunkt der Diskussionen gestanden sind. Der Bundesverfassung vom 12. September 1848 fehlt der äußere Glanz, die logische Klarheit und strenge Systematik, das hohe Pathos der Freiheit und des Rechtes, welche etwa den girondistischen Verfassungsentwurf vom 15./16. Februar 1793<sup>21</sup> und das Werk der «Deutschen verfassunggebenden Nationalversammlung» in der Frankfurter Paulskirche 1848/49 auszeichneten<sup>22</sup>. Während aber diese stolzen Bauten Projekt geblieben sind, ist jener nüchterne Zweckbau Wirklichkeit geworden und hat sich als Fundament unserer Rechtsordnung bewährt.

Die Feststellung, daß ein nüchterner, praktischer Geist die Verfassung von 1848 gestaltet hat, bedeutet nun aber nicht etwa, daß seinen Schöpfern der Aufschwung zum Ideal fehlte oder daß gar das Postulat des Verfassungs- und Rechtsstaates durch die kalte Staatsraison verdrängt worden wäre. Wir möchten versuchen, in einer kurzen Analyse *die rechtsstaatlichen Elemente* aufzuweisen, wobei wir uns gegenwärtig halten, daß sich der rechtsstaatliche Geist eines freien Volkes in der Gesetzgebung auch in dem bewährt, was er nicht staatlich ordnet.

Die *rechtsstaatliche Idee* tritt in den folgenden Elementen der Grundordnung von 1848 zutage:

Die Verfassung von 1848 war eine Grundentscheidung für die *Freiheit des Individuums*. Zwar fehlt eine umfassende Erklärung der Menschenrechte, und selbst die Auswahl der ausdrücklich verankerten Grundrechte der Einzelnen scheint zunächst eine eher zufällige zu sein<sup>23</sup>. Und doch ist es klar, daß die Ver-

21 Vgl. M. DESLANDRES, *Histoire Constitutionnelle de la France de 1789—1870* Bd. I S. 256ff.

22 FRITZ HARTUNG, *Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, 5. Aufl. (1950) S. 187ff.; RUDOLF HÜBNER, *Handbuch des deutschen Staatsrechtes* Bd. I S. 31ff., 35ff.

23 Ausdrücklich erwähnt sind die folgenden Grundrechte: Art. 41: Niederlassungsfreiheit, Art. 44: Kultusfreiheit, Art. 45: Pressefreiheit, Art. 46: Vereinsfreiheit, Art. 47: Petitionsrecht, Art. 52: Freizügigkeit gegenüber dem Aus-

fassung von 1848 den *Grundwert der menschlichen Person* in den Mittelpunkt der Rechtsordnung rückte und das liberal-rechtsstaatliche Prinzip, wonach die Freiheit des Einzelnen grundsätzlich unbegrenzt, die Zuständigkeit des Staates dagegen grundsätzlich begrenzt ist, als grundlegendes Verteilungsprinzip sanktioniert hat<sup>24</sup>.

Auch das zweite materiale Postulat des Rechtsstaates, die *Rechtsgleichheit*, ist in der BV von 1848 im stolzen Art. 4 verankert worden. Das revolutionäre Nein zu einer Welt erstarrter und ungerecht gewordener Ungleichheiten, das im zweiten Satz von Art. 4 ausgesprochen wird, findet nun seinen positiven Ausdruck im lapidaren ersten Satz: «Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich<sup>25</sup>». Dieser Grundsatz fand seine Konkretisierung<sup>26</sup> in einer Reihe von weiteren Verfassungsnormen (Art. 41 Ziff. 4; 42; 48) und dann namentlich durch die Praxis der Bundesbehörden.

Auch das formale Postulat des Rechtsstaates, das Prinzip der *Gesetzmäßigkeit*, ist in und durch die Verfassung von 1848 zu

land, Art. 53: Recht auf den verfassungsmäßigen Richter und Verbot der Ausnahmegerichte. — Diese, für eine liberale Verfassung erstaunlich lückenhafte Verbürgung der Grundrechte hat verschiedene Gründe. Zunächst darf nicht übersehen werden, daß weitere Grundrechte in den *kantonalen* Verfassungen verankert und durch BV Art. 5 von Bundes wegen gewährleistet sind. Weiter ist die Zurückhaltung daraus zu erklären, daß der schweizerische Verfassungsgesetzgeber nicht die systematische Vollständigkeit anstrebte, sondern sich, in mehr praktischer Ausrichtung, darauf beschränkte, jene Grundrechte zu gewährleisten, die irgendwie umstritten oder bedroht waren.

24 WILLIAM RAPPARD spricht geradezu davon, daß der Individualismus des Verfassungsgesetzgebers von 1848 darnach strebte «à assurer la domination de l'individu sur l'Etat». L'Individu et l'Etat dans l'Evolution Constitutionnelle de la Suisse (1936) S. 277ff., 281 («la toute-puissance de l'individu»), 282 («intronisation de l'individu»). Damit aber wird m. E. der Individualismus des schweizerischen Liberalismus doch allzusehr jenem extremen Individualismus, der in einzelnen Staaten damals lebendig war, angenähert.

25 Die negative These des 2. Satzes war bereits in der Verfassung der Helvetik (Titre I/8) und, fast wörtlich gleich, in § 3 der Mediationsakte ausgesprochen. Auch der Bundesvertrag von 1815 durfte gerade an diesem Punkte den restaurativen Schritt nur sehr zurückhaltend tun (§ 7).

26 Zum Teil allerdings auch wieder eine gewisse Einschränkung, z. B. durch die Beschränkung auf «Schweizerbürger christlicher Konfession» (vgl. z. B. Art. 48).

neuer, grundsätzlicher Anerkennung gelangt<sup>27</sup>. Die revolutionäre Bewegung, die sich in verschiedenen Wellen gegen die alte Ordnung gerichtet hatte, strebte, nach dem Sieg im Sonderbundskrieg, zu gesetzlicher Ordnung zurück. Die Ordnung von 1848 sollte eine verfassungsstaatliche — ein «régime constitutionnel» — sein, in den Kantonen wie im Bund. Alle Grundverhältnisse — zwischen Bund und Kantonen, zwischen den Kantonen, zwischen den obersten Staatsgewalten wie zwischen Staat und Bürger — sollten durch das Grundgesetz geregelt werden und nur im Wege des geordneten Verfahrens der Verfassungsrevision (Art. 111 ff.) abgeändert werden können. Und staatliche Eingriffe in «Freiheit und Eigentum» sollten, nach der Logik rechtsstaatlicher Ordnung, nur auf Grund von Gesetzen erfolgen dürfen<sup>28</sup>. Verfassung und Gesetz sollten so die große wie die kleine Willkür aus dem Staatsleben verbannen.

Die Ausübung staatlicher Macht sollte aber nicht nur gesetzmäßig erfolgen, sondern auch die *Verantwortung* ihrer Träger engagieren. Auch dieses rechtsstaatliche Prinzip hat in der BV von 1848 seinen Niederschlag gefunden in Art. 110 und seine nähere Ausführung im Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850<sup>29</sup>.

Weniger deutlich dagegen haben sich in der BV von 1848 zwei andere Postulate des Rechtsstaates ausgeprägt: die Gewaltenteilung und der qualifizierte Rechtsschutz.

Die Organisation der obersten Bundesgewalt im 2. Abschnitt (Art. 60 ff.) hat wenig gemein mit jenem Standard der *Gewaltenteilung*, wie ihn das liberale Staatsdenken im Anschluß an Montesquieu entwickelt hat. Jakob Dubs hat die eigenartige,

<sup>27</sup> Es ist aber auch hier unrichtig, den Gegensatz der neuen Ordnung zur alten Ordnung auf die Antithese «Gesetz» gegen «Willkür» zu bringen. Vgl. die in Anmerkung 19 Zit.

<sup>28</sup> Die prägnanten rechtsstaatlichen Formeln («Vorbehalt des Gesetzes» und «Vorrang des Gesetzes») wurden z. T. erst später durch die Wissenschaft geprägt bzw. übernommen. Aber der Wille zu solcher Legalität wird auch im nüchternen Text der Verfassung von 1848 deutlich (vgl. etwa Art. 74 Ziff. 1, 9 ff., Art. 90 Ziff. 1 ff.).

<sup>29</sup> A. S. Bd. 2 S. 149 ff.

immer wieder als rechtsstaatswidrig qualifizierte Ordnung als «*organische Gewaltenkonfusion*» charakterisiert<sup>30</sup>. Das ausgeprägte Übergewicht der Bundesversammlung<sup>31</sup> erfährt eine gewisse Mäßigung durch das Zweikammersystem, kaum aber durch das Gegengewicht der beiden andern Gewalten. Vor allem fehlt der rechtsstaatliche Hüter der Verfassung in der Form eines Verfassungsgerichtshofes.

Das heißt nun allerdings nicht, daß der Rechtsschutz überhaupt fehlte; aber er war primär Sache der Kantone. Die BV hat einige grundlegende Prinzipien des Justizwesens für das Gesamtgebiet der Eidgenossenschaft verbindlich gemacht<sup>32</sup>; sie hat überdies auch ein Bundesgericht geschaffen (Art. 94 ff.). Aber diese Schöpfung ist nicht der Ausdruck rechtsstaatlicher Begeisterung, sondern verrät auf Schritt und Tritt die Skepsis und Zurückhaltung gegenüber der richterlichen Gewalt. Wohl fehlte 1848, angesichts der begrenzten Zuständigkeiten des Bundes, das dringliche Bedürfnis zum Beispiel für die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Auch mußte die «Souveränität» der Kantone sehr sorgsam respektiert werden. Und endlich preisen wir das Maß und die Zurückhaltung der Verfassungsschöpfer von 1848, die dieses Werk, aus Entzweiung und Bürgerkrieg heraus, allein ermöglichten. Kompromiß und Verzicht waren der Preis der erstrebten Einheit.

Aber die Tatsache bleibt, daß die *richterliche Gewalt* im System der drei Gewalten der BV von 1848 wirklich «en quelque façon nulle» war, nun aber nicht durch die völlige Unterordnung unter das Gesetz, wie es der «Esprit des Lois» (XI/6) postulierte, sondern durch Unterordnung unter die Legislative. Verschiedene Vorstöße in der Revisionskommission, die eine Auswei-

30 Das öffentl. Recht der Schweiz. Eidgenossenschaft, 2. Teil, S. 71.

31 Es war übrigens ungefährlich, solange der Kreis der Bundeskompetenzen ein relativ begrenzter blieb. Vgl. auch die interessante Feststellung von J. C. BLUNTSCHLI, Geschichte des Schweiz. Bundesrechtes I S. 515: «Das Mißverhältnis zwischen der Großartigkeit des Organismus und der engen Begrenzung der Bundeskompetenzen im einzelnen ist augenfällig; und nicht mit Unrecht läßt sich der Verfassung vorwerfen, daß sie einem großen und kostbaren Palaste gleiche, in welchem wenig Räume wirklich benutzt werden...».

32 BV Art. 48—50, 53—55.

tung der Kompetenzen des Bundesgerichtes anstrebten, scheiterten fast vollständig<sup>33</sup>. Ein dürftiger Ansatz zu einer Verfassungsgerichtsbarkeit fand schließlich im Plenum der Tagsatzung eine knappe Mehrheit (Art. 105).

In dieser eigenartigen Gestaltung des Verhältnisses der drei Gewalten behauptet sich *der Vorrang des demokratischen Prinzips gegenüber dem rechtsstaatlichen*. Die Bundesversammlung ist, als Repräsentantin des Volkes, die «oberste Gewalt» im Bunde (Art. 60).

*Es wäre eine falsche Idealisierung, die BV von 1848 als einen ausgeprägten Rechtsstaat darzustellen*. Ihr großes Anliegen war die Schaffung der nötigen Einheit; und dieses große und heikle Problem hat sie wirklich gelöst. Diese neue Ordnung brachte eine Festigung von Freiheit und Recht. War die Ordnung unter dem Bundesvertrag noch in mancher Beziehung «nichts anderes als eine Garantie der Regierungen gegen das Volk»<sup>34</sup>, so war die neue Verfassung nun doch *ein Grundgesetz für und durch das Volk*. Die formale Gestaltung des Rechtsstaates war in mehrfacher Hinsicht mangelhaft. Aber die Verfassungsschöpfer wußten um diese Unvollkommenheit; der Wille zum Rechtsstaat aber kam nicht zuletzt doch auch darin zum Ausdruck, daß die Möglichkeit einer friedlichen Fortbildung der verfassungsmäßigen Ordnung in einem geordneten Revisionsverfahren im Grundgesetz verankert wurde.

## II. Die Entwicklung des Rechtsstaates unter der Verfassung von 1874

Die *Totalrevision* der Bundesverfassung im Jahre 1874 war, inhaltlich gesehen, keineswegs eine totale Revision. Auch in der Geschichte unseres Rechtsstaates bedeutet sie keine Zäsur. Einzelne Schritte zu seinem Ausbau sind seither im Wege von Partialrevisionen getan worden; andere wichtige Vorstöße — zumal in der Richtung des Ausbaues der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit — sind gescheitert. Bedeutsame Veränderungen — positive und negative! — haben sich in diesen

<sup>33</sup> Vgl. Protokoll S. 139, 141, mit wenig überzeugenden Argumenten.

<sup>34</sup> JONAS FURRER in dem in Anm. 20 zit. «Beleuchtenden Bericht» S. 8.



Jahrzehnten aber zum Teil auch ohne förmliche Revisionen vollzogen. Den vier Dekaden bis zum Weltkrieg, die durch ihre (relative) Normalität einer Konsolidierung und schrittweisen Evolution an sich förderlich gewesen wären, folgten vier Dekaden eines perpetuierten Ausnahmezustandes, die den Rechtsstaat zurückdrängten und hinderten. Haben jene ruhigen Zeiten nicht die erwartete Entfaltung gebracht — dem selbstverständlichen Ideal droht die Gleichgültigkeit —, so haben die unruhigen Zeiten seit 1914 die Praxis des Rechtsstaates zwar erschwert, aber im Widerstand gegen gewisse rechtsstaatsfeindliche Tendenzen und vor allem im Widerstand gegen die radikale Bedrohung vom Ausland her ist das Ideal des Rechtsstaates doch gleichzeitig zu neuem Leben erweckt worden.

Im folgenden soll die Entwicklung im Bunde<sup>35</sup> seit 1874 an Hand der oben herausgearbeiteten grundlegenden Postulate des Rechtsstaates verfolgt werden. Wir isolieren dabei zunächst, im Interesse einer gründlicheren Analyse, in einzelnen Längsschnitten, was nur in der zusammenfassenden Betrachtung ein Bild der rechtsstaatlichen Entwicklung zu geben vermag.

#### a) *Die Freiheitsrechte*

Die Gewährleistung der Grundrechte durch die BV von 1848 war in mehrfacher Hinsicht unvollkommen und ergänzungsbedürftig. Wenngleich die Freiheit des Einzelnen tatsächlich in einem viel umfassenderen Sinne gewährleistet war als es die wenigen Grundrechte, die im Grundgesetz des Bundes ausdrücklich verankert waren, vermuten lassen, so fehlte doch dieser Ausmarchung die Klarheit und Grundsätzlichkeit im Sinne des rechtsstaatlichen Postulates. Die Partialrevision von 1866 und insbesondere die Totalrevision von 1874 haben sie nach zwei Richtungen verbessert: Einmal wurde die Gewährleistung, die 1848 für verschiedene Grundrechte noch ausdrücklich auf die Angehörigen «christlicher Konfessionen» beschränkt war,

<sup>35</sup> Ein vollständiges Bild müßte auch die Entwicklung in den Kantonen miteinbeziehen. Vgl. dazu Z. GIACOMETTI, Staatsrecht der Schweiz. Kantone (1941); E. RUCK, Basel als Rechtsstaat, Festgabe der Basler jur. Fakultät (1920).

verallgemeinert<sup>36</sup>; sodann wurden einige wichtige Freiheitsrechte, allen voran das zentralste aller Grundrechte, die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 19), weiter die Ehefreiheit (Art. 54) und die Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31)<sup>37</sup> neu in die Verfassung aufgenommen.

Mit diesen Grundrechtsverbürgungen von 1874 ist die *förmliche Verfassungsgesetzgebung* über die Freiheitsrechte im schweizerischen Staatsrecht zu einem vorläufigen Abschluß gekommen<sup>38</sup>. Zwar blieb die Aufzählung der BV auch nach dieser Ergänzung noch sehr lückenhaft; aber ein *liberales* Zeitalter hat auch dort, wo dem Wortlaut nach weder die Bundesverfassung noch die in Frage stehende Kantonsverfassung eine bestimmte Freiheit garantierten, diese in der Regel zu schützen gewußt<sup>39</sup>.

Nachdem die Freiheitsrechte so grundsätzlich verankert waren, war *die nächste Aufgabe ihre Konkretisierung*. Diese war anfänglich Sache der politischen Bundesbehörden, wurde dann aber nach 1874 mehr und mehr dem Bundesgericht übertragen. In jahrzehntelanger Praxis sind die Freiheitsrechte und die sie umgehenden Rechtsgrundsätze angewendet und entfaltet worden. Obwohl von allem Anfang an anwendbare Rechtssätze, wurden sie doch erst in dieser Konkretisierung fester rechtsstaatlicher Besitz.

Bedeutet so das Jahr 1874 einen Höhepunkt des Liberalismus und einen Markstein in der Entwicklung des Rechtsstaates, so

<sup>36</sup> Die Partialrevision von 1866 brachte auf unerfreuliche Veranlassung hin (vgl. Anm. 61) ein rechtsstaatlich erfreuliches Ergebnis.

<sup>37</sup> In der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betr. Partialrevision der Wirtschaftsartikel vom 10. Sept. 1937 (BBl. 1937 II 833 ff.) wird darauf hingewiesen, daß mit dieser Verfassungsbestimmung «die Schweiz eine einzigartige Stellung» einnimmt, d. h. eben die Garantierung der Handels- und Gewerbefreiheit als Individualrecht (S. 864). Vgl. auch GIACOMETTI/FLEINER, Bundesstaatsrecht S. 276.

<sup>38</sup> Abgesehen von den Artikeln über die Handels- und Gewerbefreiheit, die 1885, 1908, 1930 und 1947 revidiert worden sind. — Die Revision des Artikels über die Pressefreiheit, durch ein Volksbegehren vom 29. Mai 1935 angeregt, wird zur Zeit beraten (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 19. Oktober 1951, BBl. 1951 III S. 241 ff.; MARKUS FELDMANN, Zur Reform des schweizerischen Presse-rechtes, ZSR 1948 S. 1 aff.).

<sup>39</sup> Weil das grundlegende Auslegungsprinzip (vgl. Anm. 43/44) nicht mehr lebendig war, hat man gelegentlich zu sonderbaren Interpretationen Zuflucht nehmen müssen.



kündet es doch gleichzeitig auch eine andere bedeutsame Wende an: *die Entwicklung zum Wohlfahrtsstaat*. Der Wohlfahrtsstaat und die durch ihn bedingte Ausweitung der Verwaltung, begleitet von zentralistischen und autoritären Tendenzen, ist auch für unseren Rechtsstaat mehr und mehr zum großen Problem geworden. Aber es kam in der schweizerischen Entwicklung doch nicht zu jenen starren Antithesen von Individualismus und Kollektivismus, von Rechtsstaat und Wohlfahrtsstaat, die den Blick für mögliche und notwendige Synthesen trüben. Die genossenschaftlich gebundene Freiheit war ein Vermächtnis unserer Geschichte, das auch die Erstarrung unseres Ancien Régime überdauerte. Unsere Sozialphilosophen, Rechts- und Staatsdenker — allen voran HEINRICH PESTALOZZI<sup>40</sup> — sahen verbunden, was die Ismen scharf und kalt trennten: Mensch und Gemeinschaft, Recht und Pflicht. Schon um die Mitte des vorigen Jahrhunderts hat J. C. BLUNTSCHLI der These eines einseitigen Individualismus: «Zuerst Freiheit, dann Gerechtigkeit» als Programmwort entgegengestellt: «*Gerecht und frei*»<sup>41</sup>. Und diese gleiche Tendenz zur Synthese hat übrigens schon in der BV von 1848 ihren Niederschlag gefunden. Nicht nur hat sie in einer Zeit, als das liberale Verfassungsdenken des Auslandes sich noch sehr stark auf den status negativus und seine Gewährleistung konzentrierte, im «Zweckartikel» (BV Art. 2) neben dem *Postulat des Rechtsstaates*: «Schutz der Freiheit und Rechte der Eidgenossen» auch bereits das *Postulat des Wohlfahrtsstaates*: «Beförderung ihrer gemeinsamen Wohlfahrt» aufgenommen; die Schöpfer der BV von 1848 haben auch die nötigen Mittel zur Erfüllung dieser Aufgabe verfassungsmäßig bereitgestellt. Der schrittweise Ausbau des Wohlfahrtsstaates ist in den folgenden Jahrzehnten durch Partialrevisionen der Verfassung und durch die Sozialgesetzgebung erfolgt. Auch wir sind vor die

40 Vgl. H. BARTH, Über die Staatslehre Pestalozzis, Neue Schweizer Rundschau, 1948, S. 662ff.; derselbe, Über den schweiz. Beitrag zur Staatsphilosophie, erläutert an den Werken Pestalozzis, in «Philosophie der Schweiz» S. 51ff.; PETER SEIDMANN, Die Geschichtsauffassung Pestalozzis (1948) S. 24ff., 61ff., 93ff.

41 Vgl. A. EGGER, Über die Rechtsethik des schweiz. ZGB S. 47; ISO KELLER, Rechtsethik und Rechtstechnik (1947) S. 21f., 24, 26ff., 54ff., 62ff., 172ff.

Problematik «Rechtsstaat und Wohlfahrtsstaat» gestellt worden; aber der Weg zu möglichen Synthesen wurde nicht durch schroffe Antithesen verbaut. Die große Mehrheit des Volkes hat den schrittweisen Ausbau des Wohlfahrtsstaates bejaht in der richtigen Erkenntnis, *daß erst durch die Eingriffe des Staates die Freiheit des Einzelnen für große Kreise des Volkes aus einer formalen Möglichkeit zu einer erfüllten Wirklichkeit zu werden vermag.* Dieser *evolutionäre Ausgleich* hat uns die revolutionären Umbrüche, die in vielen anderen Staaten die Freiheit immer wieder gefährdet haben, erspart<sup>42</sup>. Zwar ist es auch in der Schweiz zu einzelnen radikalen Vorstößen gekommen, wo die Postulate der Sicherheit («sozialen Gerechtigkeit») und Freiheit in scharfe Antinomien auseinander gebrochen sind. Und auch wir stehen vor den schweren Problemen, welche die Ausweitung der Staatsaufgaben als Folge der fortschreitenden Sozialisierung für den Rechtsstaat stellt, zumal in einer Zeit, wo eine weitere Voraussetzung aller Normativität, eine gewisse Normalität der Verhältnisse, in der Kette von Kriegs- und Krisenzeiten mehr und mehr zu entfallen droht. *Zudem hat auch in der schweizerischen Verfassungsentwicklung der Ausbau des Rechtsstaates nicht Schritt gehalten mit der Entwicklung zum Wohlfahrtsstaat.*

Wenn man auch feststellen darf, daß die *Idee der Freiheitsrechte* in den letzten hundert Jahren in der Schweiz kaum je offen und grundsätzlich in Frage gestellt worden ist, so hat es doch nicht an *Angriffen und Gefahren* aller Art gefehlt; nicht die kleinste aber war die Selbstverständlichkeit des Besitzes durch Jahrzehnte hindurch. Deutlich war jedenfalls in der Zwischenkriegszeit *eine Abwertung der Freiheitsrechte* festzustellen, in der vielerlei Faktoren zusammenwirkten. Die starke antilibérale Welle, die durch Europa ging, hat auch die Schweiz nicht unberührt gelassen. Der Glaube an den Wohlfahrtsstaat hat den Glauben an den Rechtsstaat weitherum verdrängt; der Wille zur

42 Die frühen Kommunalisierungen und die schrittweisen Verstaatlichungen in den Kantonen haben uns die umfassenden «Nationalisierungen» nach dem 1. und 2. Weltkrieg erspart. — Zur Problematik der «Sozialrechte» vgl. CLAUDE DU PASQUIER und H. HUBER in «Freiheit des Bürgers» S. 2f., 4, 11, 14f., bzw. S. 149ff.

Freiheit wurde abgelöst durch das Streben nach Sicherheit. Die fortgesetzten großen Schwierigkeiten, die sich der rechtsstaatlichen Ordnung entgegenstellen, insbesondere die langen Notstände, haben diese Abwertung stark gefördert.

Die Praxis der totalitären Regimes hat uns neu aufgerüttelt. In der radikalen Bedrohung ist die hohe Verpflichtung und die grundlegende Bedeutung der Freiheitsrechte wieder voll anerkannt worden. Die *Wiedergeburt der großen Idee* hat auch im Rechtsdenken einer grundsätzlichen Neubesinnung gerufen, die entscheidend durch ZACCARIA GIACOMETTI eingeleitet worden ist. Im «Staatsrecht der schweizerischen Kantone» hat er 1941 — als in Europa die radikal antiliberalen rechtsstaatsfeindlichen Kräfte so machtvoll dominierten — nicht nur den Sinn der Freiheitsrechte und den unlösbaren Zusammenhang von Demokratie und Freiheitsrechten neu deutlich gemacht, sondern auch *die rechtliche Aufwertung der Grundrechte als «absolutes Verfassungsrecht», als «ewige Normen», angebahnt und das grundlegende Auslegungsprinzip* — die Lückenlosigkeit der Freiheitsrechtsverbürgung — in unserer Verfassung erstmals grundsätzlich und klar herausgearbeitet und in schwankender Zeit stabilisiert<sup>43</sup>. Von der lückenhaften Aufzählung der geschriebenen Verfassung ausgehend, suchte man früher, durch allerlei zum Teil recht sonderbare «Auslegungen» zu einigermaßen vernünftigen Ergebnissen zu kommen; aus der «Logik des liberalen Staates», dem «liberalen Wertsystem», folgt, «daß die Bundesverfassung *jede* individuelle Freiheit, die praktisch wird, das heißt durch die Staatsgewalt gefährdet ist, garantiert und nicht allein die in der Verfassung ausdrücklich aufgezählten Freiheitsrechte»<sup>44</sup>. Damit ist das grundlegende «Verteilungsprinzip» liberal-rechtsstaatlicher Ordnung für die ganze Schweiz klar und deutlich ausgesprochen.

43 Die entscheidenden Ausführungen finden sich in den §§ 20 und 21 des Staatsrechts der schweizerischen Kantone (S. 162 ff.), — Seiten, die in ihrer schlichten, phrasenlosen Größe ein bleibendes Dokument des Kampfes um den Rechtsstaat in bedrohter Zeit darstellen.

44 GIACOMETTI/FLEINER, Bundesstaatsrecht 2. Aufl. S. 241 f.; GIACOMETTI, KStR S. 169 ff. Die Freiheitsrechte der kantonalen Verfassungen haben «überhaupt keine rechtliche Bedeutung mehr» (KStR 172, BStR 241 f., Anm. 12c).

So sehen wir *die Freiheitsrechte heute wieder gefestigt*, im Bewußtsein des Volkes wie in der Lehre der Juristen. Aber wir sehen sie auch vor neuen Belastungsproben und vor alten und neuen Gefahren.

#### b) *Die Rechtsgleichheit*

Art. 4 war einer der selbstverständlichen Eckpfeiler der Grundordnung von 1848, der bei der Revision von 1874 überhaupt nicht in Frage gestellt worden ist, sondern lediglich in verschiedenen anderen Verfassungsartikeln seine *konsequentere Entfaltung* gefunden hat. So hat der Verfassungsgesetzgeber vor allem — nunmehr in völliger Autonomie — die Ausweitung der Rechtsgleichheit, welche die Revision von 1866 gebracht hatte (vgl. oben S. 188), bestätigt und weitergeführt (Gleichstellung der kantonsfremden Niedergelassenen auch mit den Gemeindebürgern, BV Art. 43 Abs. 4; Gleichstellung der Geistlichen im aktiven Wahlrecht und Stimmrecht)<sup>45</sup>.

War Art. 4 der BV auch von allem Anfang an nicht bloß «Programmpunkt» (GEORG JELLINEK), sondern eine anwendbare Rechtsnorm, so bedurfte doch dieser Rechtsgrundsatz — ähnlich wie die Freiheitsrechte — der *Konkretisierung*. Diese ist im Laufe der Jahrzehnte durch die gewöhnliche Gesetzgebung, vor allem aber durch die Rekurspraxis der Bundesbehörden erfolgt. Art. 4 hatte ursprünglich den Sinn einer *Grundnorm der Demokratie*<sup>46</sup> und er wurde auch von 1848—1874 insbesondere nach dieser Richtung entfaltet; Schritt für Schritt ist, in der Auseinandersetzung mit alten Ungleichheiten und neuen Versuchen der Diskriminierung, die Gleichheit der politischen Rechte entwickelt und verteidigt worden. Nach 1874 erfolgte dann die Konkretisierung von Art. 4 nach einer anderen Richtung: als *Grundnorm des Rechtsstaates*. Schon die Schöpfer des Art. 4 hatten erkannt, daß der Grundsatz der Gleichheit über den Bereich der politischen Rechte hinausweist und bereits vor 1874 waren auch

<sup>45</sup> Vgl. ED. HIS, Geschichte Bd. III S. 518ff., 528ff.

<sup>46</sup> Das wird sowohl durch seine äußere Stellung in der Verfassung wie durch seine Entstehungsgeschichte erwiesen. Vgl. W. BURCKHARDT, Kommentar zur BV S. 25; ED. HIS, Geschichte Bd. III S. 503f.; S. FRICK, Gleichheit S. 173ff.

die politischen Bundesbehörden in ihrer Rekurspraxis in einer Reihe von Entscheidungen diesem Anspruch des Gleichheitssatzes ein Stück weit gefolgt. Aber erst mit dem Übergang der Rechtssprechung an das Bundesgericht (1874, bzw. 1893 und 1911) kam es dann *zur systematischen Entfaltung des rechtsstaatlichen Sinnes von Art. 4*. Wenngleich der effektive Schutz des Bundesgerichtes beschränkt war<sup>47</sup>, so hat diese Praxis, in Verbindung mit der Theorie, aus Art. 4 *ein «allgemeines, die ganze Rechtsordnung beherrschendes Prinzip»*<sup>48</sup> gemacht. Die Rechtsgleichheit bedeutet nicht nur «Grundlegung des Rechtsstaates» und der Demokratie; sie ist auch das Fundament des Bundesstaates<sup>49</sup>. Die Rechtsgleichheit fordert ferner nicht nur Gleichheit der Rechte, sondern auch Gleichheit der Pflichten. Und endlich muß dieses Prinzip grundsätzlich auch gelten für den Wirtschafts- und Wohlfahrtsstaat; nicht nur der status negativus<sup>50</sup> und status activus, sondern auch der status positivus soll *rechtsstaatlich-rechtsgleich* gestaltet und geschützt sein<sup>51</sup>.

47 Nach drei Richtungen: Es konnte nur «kantonale Akte» überprüfen (nach FLEINER, BStR S. 276, 443 eine «verfassungswidrige Einschränkung», was aber, wie GIACOMETTI, Verfassungsgerichtsbarkeit S. 32 ff. gezeigt hat, historisch nicht haltbar ist); die Bundesgesetze, die allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse sowie die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge sind gemäß BV Art. 113 Abs. 3 auch vom akzessorischen richterlichen Prüfungsrecht ausgeschlossen; und endlich hat das Bundesgericht seine Kognition selbst eingeschränkt auf die Fälle der «willkürlichen» Verletzung. Vgl. ED. HIS, Geschichte Bd. III S. 504 f.; S. FRICK, Gleichheit S. 204 ff.; IMBODEN, Der Schutz vor staatlicher Willkür (1945) S. 11 ff.

48 Vgl. W. BURCKHARDT, Kommentar zur BV S. 25. — Die Parallelen zur Entfaltung der «due process clause» (Art. V der Amendments) in der Rechtsprechung der amerikanischen Gerichte, namentlich des Supreme Court, sind trotz allen Unterschieden doch augenfällig. Aus einer ursprünglich lediglich prozessualen Bestimmung wurde auch dort schließlich ein ganzer Kodex rechtsstaatlicher Prinzipien. — Eine umfassende vergleichende Darstellung fehlt leider immer noch.

49 Vgl. insbesondere DIETRICH SCHINDLER, Die Gleichheit der Kantone, jetzt auch in «Recht — Staat — Völkergemeinschaft» S. 147 ff. — Innerhalb der Kantone gilt das Prinzip der Gleichheit der Gemeinden.

50 Rechtsgleichheit bedeutet «das Recht auf freie Gleichheit und gleiche Freiheit»; CARL SCHMITT im Handbuch des deutschen Staatsrechtes Bd. II S. 593; ähnlich GIACOMETTI/FLEINER, BStR S. 403 ff.

51 GIACOMETTI/FLEINER, BStR 405 a. E.; W. KÄGI, Rechtsstaat — Sozialstaat — Sozialer Rechtsstaat, Jahrbuch «Die Schweiz» (1945) S. 129 ff.



Es ist ein weiter Weg von der ursprünglich noch wesentlich politisch-polemischen These — die Negation der Ungleichheiten der alten Ordnung — bis zu dieser ausgedehnten Konkretisierung rechtsstaatlicher Prinzipien.

Diese *Entfaltung von Art. 4* erfolgte in unserer Rechtsordnung in einem Prozeß, der auf weite Strecken durch eine ruhige, klare Evolution gekennzeichnet war. Trotzdem hat es auch bei uns nicht an Zeiten gefehlt, wo die Gleichbehandlung in *demagogische Gleichmacherei* entartete<sup>52</sup>. War der föderalistische Sinn für die Vielgestaltigkeit eine starke Schutzwehr gegen die Sucht der Vereinheitlichung, so ist doch auch die Schweiz von der *großen Grundwelle des nivellierenden Egalitarismus*, die durch die Welt geht, nicht unberührt geblieben<sup>53</sup>.

Auch wir stehen vor dem großen dauernden Problem demokratischer Politik, das durch das Wortpaar «Freiheit und Gleichheit» angedeutet ist. Gefestigt ist das zentrale Prinzip: *die Gleichheit der Personwürde*. Dagegen muß, im Interesse der Demokratie, immer wieder gegenüber dem egalitären Anspruch auf Allzuständigkeit die Frage nach der *wirklichen Kompetenz* erhoben werden.

### c) *Die Gewaltenteilung*

Wir haben unter I. bereits angedeutet, wie sehr die Gestaltung des Verhältnisses der drei Gewalten *in der BV von 1848* der klassischen Auffassung widerspricht. Nicht nur ist die Ordnung der Zuständigkeiten — unter dem Gesichtspunkt der Verteilung der drei grundlegenden Rechtsfunktionen — weniger durch eine «*séparation des pouvoirs*» als vielmehr durch eine «*confusion des pouvoirs*»<sup>54</sup> gekennzeichnet, sondern auch hinsichtlich des Ge-

<sup>52</sup> Hrs, Geschichte Bd. III S. 498ff., 1181f.

<sup>53</sup> Vgl. auch FLEINER, BStR S. 760f.; GAGLIARDI, Geschichte der Schweiz Bd. III S. 1699.

<sup>54</sup> CARRÉ DE MALBERG, Contribution à la Théorie Générale de l'Etat Bd. I 534, Bd. II 62ff., Anm. 38, 125ff., Anm. 11; FLEINER, BStR 132; W. OSWALD, Gewaltenteilung im schweiz. Staatsrecht ZSR (1943) S. 423aff.; L. BOISSIER, Le principe de la séparation des pouvoirs dans l'établissement de la démocratie en Suisse S. 7ff.; K. v. ORELLI, Das Verhältnis von Demokratie und Gewaltenteilung S. 76f.

wichtiges der drei Gewalten ist anstelle des idealen Gleichgewichtes («balance of power», «Gewaltenbalance») *das Übergewicht der Legislative* getreten. Das demokratische Prinzip hatte über das liberal-konstitutionelle Prinzip, oder, um es in zwei Symbolen auszudrücken, Rousseau hatte über Montesquieu gesiegt. Die Bundesversammlung ist — als Repräsentation des Volkes — die «oberste Gewalt des Bundes» (BV Art. 60)<sup>55</sup>.

An dieser Ordnung der Gewaltenteilung wurde in grundsätzlicher Beziehung weder durch die Totalrevision von 1874 noch durch eine der Partialrevisionen eine förmliche Änderung herbeigeführt. Und doch hat sich durch die ganze Kette der Revisionen und noch mehr durch die allmähliche Veränderung des Sinnes der Verfassung bzw. einzelner Teile (sogenannte «Verfassungswandlung») *eine bedeutsame Änderung der Gewaltenteilung* in unserer Verfassung vollzogen.

Diese Entwicklung war zwar nicht eine linear-eindeutige; der Kampf zwischen einer mehr *demokratisch-gewaltenmonistischen* und einer mehr *liberal-gewaltenteiligen* Auslegung der im 2. Abschnitt der BV positivierten Zuständigkeitsordnung hat sich bis in die Gegenwart hinein fortgesetzt<sup>56</sup>. Und doch lassen sich einige (sich zum Teil übrigens widersprechende) Tendenzen in dieser Entwicklung klar aufweisen.

In einer *ersten Phase* der Entwicklung, die sich bis weit in unser Jahrhundert erstreckt hat, schien sich nicht nur eine klarere Gewaltenteilung herauszubilden, sondern auch das Gewicht verlagerte sich in einer Weise, welche die Ordnung etwas mehr dem Ideal des Gleichgewichtes annäherte. Die Positionen der richterlichen Gewalt und insbesondere der Exekutive haben sich verstärkt. In einer *zweiten Phase* der Entwicklung, in der wir heute stehen, droht sich das Schwergewicht der Entscheidung mehr und mehr auf die Exekutive zu verlagern; ihr Übergewicht wird nun zum großen Verfassungsproblem, zumal die

<sup>55</sup> Art. 71 der BV von 1874 fügt einschränkend und präzisierend bei: «unter Vorbehalt der Rechte des Volkes und der Kantone».

<sup>56</sup> Vgl. einerseits FLEINER, BStR S. 163f., 753, andererseits W. BURCKHARDT, Kommentar S. 661, 639; GIACOMETTI/FLEINER, BStR S. 474f.; K. V. ORELLI, a.a.O. S. 8off.



rechtsstaatliche Entfaltung der richterlichen Gewalt als Gegengewicht nicht Schritt zu halten vermochte<sup>57</sup>.

Der *Aufstieg der Exekutive* geht auf vielerlei Ursachen zurück, insbesondere die Ausweitung und Zentralisierung der Staatsaufgaben und damit des Verwaltungsapparates; die Komplizierung der Staatsgeschäfte, die den berufsmäßigen Sachverständigen der Verwaltung den Vorrang sichert; die Notwendigkeit des raschen Handelns; der perpetuierte Ausnahmezustand, der seit 1914 auch in unserer Demokratie den Autoritarismus stark gefördert hat usw.<sup>58</sup>

Galt das demokratische Mißtrauen im Jahre 1848 vor allem der Exekutive, als dem Exponenten des Ancien Régime, so richtete es sich später gegen *das Parlament*, das seine Stellung als «oberste Gewalt» in der Richtung des «gouvernement d'assemblée» zu entfalten drohte. Der *Ausbau der direkten Demokratie* — das Volk als Schiedsrichter über die drei Gewalten — führte zu einer Relativierung der «Omnipotenz der Bundesversammlung», die Verstärkung der Stellung des Bundesrates und des Bundesgerichtes aber schien auf dieser Basis ein neues Gleichgewicht der Gewalten zu bringen. Der angedeutete Aufstieg der Exekutive aber hat die Frontrichtung des verfassungspolitischen Kampfes erneut verändert. Auch unsere Demokratie steht in der großen Auseinandersetzung mit der *machtvollen Tendenz zum Exekutivstaat*.

#### d) *Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit*

Den Schöpfern der BV von 1848 war das hohe Pathos des Gesetzes und der Legalität, wie es in der französischen Revo-

<sup>57</sup> Über diese «*Omnipotenz der Bundesversammlung*» vgl. schon Ph. A. v. SEGESSER, Sammlung kleiner Schriften Bd. III Vorwort S. XXVI; DUBS, Öffentl. Recht I 63f. («weil Räte, die überborden, noch viel gefährlicher sind als despotische Regierungen») I 122, II 71; KAISER, Schweiz. Bundesrecht II S. 161f.; K. v. ORELLI, a. a. O. S. 70f., 75ff.

<sup>58</sup> GIACOMETTI, Festgabe für Fleiner (1936) S. 46, 63ff.; GIACOMETTI/FLEINER, BStR S. 476, 795ff.; KÄGI, Verfassung S. 17, 22f., 94f., 123ff.; K. v. ORELLI, a. a. O. S. 119f., 133ff.; GAFNER, L'exercice du pouvoir fédéral par les autorités de la Confédération suisse (1945) S. 165ff., 223ff.; EICHENBERGER, Die oberste Gewalt im Bunde (1949) S. 31ff., 132ff., 315ff.; GAGLIARDI, Geschichte Bd. III S. 1713f., 1731f.

lution immer wieder zum Durchbruch kam, fremd. Sie strebten aber doch nach einer «*Herrschaft der Gesetze und Grundsätze*». Dem neuen Grundgesetz wurde ein großer Respekt entgegengebracht<sup>59</sup>, ebenso den gewöhnlichen Bundesgesetzen. Die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers war noch eine sehr begrenzte; es waren vorwiegend Justizgesetze im wahren Sinne des Wortes. Der Gesetzgeber war — aus liberalen und föderalistischen Gründen — sehr zurückhaltend; die wenigen Gesetze waren im ganzen kurz, klar und übersehbar. Der Gesetzgeber blieb aber bei aller Zurückhaltung doch bestrebt, die hohe Aufgabe der Gesetzgebung möglichst selbst zu erfüllen. Daß die Bundesgesetze Ausdruck gebieterischer Notwendigkeiten waren, mehrte ihr Prestige. Die Rechtssetzung der ersten Jahrzehnte war so noch in Übereinstimmung mit den Grundprinzipien des Rechtsstaates; der «*Vorbehalt des Gesetzes*» und der «*Vorrang des Gesetzes*» blieben gewahrt. Die Hierarchie der Rechtsnormen mit der Verfassung als oberster Norm wurde noch streng befolgt<sup>60</sup>. «*Gesetzmäßige Verwaltung*» war so in klarer Ordnung auf Grund von «*verfassungsmäßiger Gesetzgebung*» möglich.

Diese klare Ordnung wurde in der Folgezeit in verschiedener Hinsicht beeinträchtigt. Die Ausweitung und Komplizierung der Staatsaufgaben und die gesteigerte Dynamik erschweren das Werk des Gesetzgebers. Die Auswirkung dieser Faktoren wurde verstärkt durch den sich mehr und mehr ausbreitenden *Utilitarismus*; der Sinn für Gesetz und Grundsätzlichkeit ist geschwächt worden.

59 Ph. A. v. SEGESSER spricht geradezu von einer «*abergläubischen Ehrfurcht vor der Verfassung von 1848*»; sie sei «*von Anfang an wie ein Zwölftafelgesetz behandelt worden, man trieb mit ihr eine Art Götzendienst*». Bd. III Vorwort S. XXVIf.; über den großen Respekt vor dem Bundesgesetz H. HUBER, Hundert Jahre Bundesgesetzgebung, Jahrbuch «*Die Schweiz*» (1948) S. 32f.

60 Vgl. als unverdächtigen Zeugen Ph. A. v. SEGESSER, a. a. O. S. XXVI, der anerkennt, daß, abgesehen von den konfessionellen Fragen, die «*herrschende Partei und insbesondere die alten Bundesräte die Bundesverfassung als ein ernstes, für alle bestehendes Gesetz betrachteten*. Das Bewußtsein, darin *einen festen Rechtsboden zu besitzen*, hatte denn auch alle Parteien mit ihr ausgesöhnt und diese Errungenschaft half über manche innere Dissonanzen hinweg».

Von dieser *Abwertung des Gesetzes* ist auch das Grundgesetz betroffen worden. Hat der «Nimbus der Verfassung von 1848» schon durch die Revision von 1866 einen schweren Schlag erlitten<sup>61</sup>, so wurde sie durch die folgenden Verfassungsrevisionen und mehr und mehr auch durch eine Verfassungspraxis, die sich nur in beschränktem Umfang vor dem Forum des Verfassungsgerichtshofes zu verantworten hatte, in Mitleidenschaft gezogen.

Einzelne Rechtsdenker haben schon frühzeitig die *Gefahren des ständigen Revidierens* erkannt, durch das schließlich die *Idee der Verfassung*, die «das Erfordernis der Unantastbarkeit und Stabilität in sich trägt», überhaupt in Frage gestellt wird. Die «Beweglichkeit der Demokratie» — so hat JOH. JAK. BACHOFEN schon 1857 festgestellt — führe zur Beseitigung jener Schranken, die durch die «Unantastbarkeit und unverbrüchliche Heiligung» des Grundgesetzes aufgerichtet sind. Der geschriebenen Verfassung werde «nicht die geringste Achtung» entgegengebracht; die «Grundsätzlichkeit» sei durch das «Prinzip des Wechsels und der Unbeständigkeit» abgelöst worden, das die Verfassung zu einem «ewigen Provisorium», die «Revolution zu einem stehenden Zustand» mache<sup>62</sup>. Auch CARL HILTY hat schon im letzten Jahrhundert festgestellt, daß unser Grundgesetz mehr und mehr in «einen flüssigen Aggregatzustand» übergehe<sup>63</sup>. *Im 20. Jahrhundert* hat sich dann, zumal seit dem ersten Weltkrieg dieser *Prozeß der Abwertung des Grund-*

61 Es war seit der Zeiten der Helvetik und der Heiligen Allianz die erste und einzige Verfassungsrevision, die auf Druck einer Großmacht hin erfolgte. Vgl. dazu HIS, Geschichte Bd. III S. 84f. Über die Erschütterung des Glaubens an die Verfassung durch diese Verfassungsrevision vgl. vor allem v. SEGESSER, Bd. III Vorwort S. XXVI f., 204ff. («Die in Aussicht stehenden Handelsvorteile halfen über alle formellen Bedenken hinweg; es war das erste Mal, wo nackte materielle Gesichtspunkte über eine konstitutionelle Frage entschieden... Der ideale Rechtsboden, auf dem man stand, war zertrümmert. Das Volksgewissen empörte sich gegen diese Logik.» S. 205); 224f., 246f. («Denn es ist nichts anderes als die Logik der Staatsstriche; man läßt das Faktum vorausgehen und macht das Recht hintennach». S. 247.)

62 Ges. Werke Bd. I S. 436f.

63 Die Verfassungen der schweiz. Eidgenossenschaft (1891) S. 409 («diese allmähigen Abbröckelungen des... eidgenössischen Staatsgebäudes»).

*gesetzes* fortgesetzt. Die Hindernisse, die sich einer verfassungsmäßigen Politik entgegenstellen, sind viel größer geworden; die existenzbedrohenden Notstände der beiden Weltkriege und der großen Wirtschaftskrise haben zur Abkehr von der Verfassung gezwungen. Aber trotz allem ist die entscheidende Ursache der Abwertung nicht so sehr in jenen objektiven Faktoren zu suchen, sondern in der *Schwächung des Sinnes für die Verfassungstreue*, in der Preisgabe der Idee der Verfassung; der Geist des Opportunismus dominiert über den Geist der Grundsätzlichkeit, das Argument der unmittelbaren Zweckmäßigkeit über das Argument des Rechtes. Nicht Notrecht und Dringlichkeitsklausel an sich sind eine Gefahr für die Verfassung — sie sind vielmehr eine notwendige Waffe auch der verfassungsmäßigen Demokratie —, sondern nur der *Mißbrauch des Notrechtes* und der *Mißbrauch der Dringlichkeitsklausel*<sup>64</sup>.

Die Abwertung des Grundgesetzes aber mußte sich zwangsläufig auf die ganze Rechtsordnung auswirken. Anstelle des *einen* Legalitätssystems sind *drei* verschiedene Legalitätssysteme getreten: das Legalitätssystem der ordentlichen Verfassung, das Legalitätssystem der «kleinen Vollmachten» auf Grund des Bundesbeschlusses vom 14. Oktober 1933<sup>65</sup> und das Legalitätssystem der «großen Vollmachten» vom 3. August 1914 bzw. 30. August 1939<sup>66</sup>. *Die Normalverfassung ist durch die Ausnahmeverfassung bedroht, das Normalrecht durch das Notrecht.*

Diese *Tendenz zur autoritären Rechtssetzung*, die sich in der Notrechts- und Dringlichkeitspraxis besonders deutlich ausprägte

64 Diesen *Kampf für die Legalität und Verfassungsmäßigkeit*, gegen den Mißbrauch der Dringlichkeitsklausel und der a. o. Vollmachten, hat in den beiden letzten Jahrzehnten vor allem Z. GIACOMETTI geführt. Vgl. insbesondere seine Abhandlungen in der ersten und zweiten Festgabe für F. Fleiner (1927) S. 363 ff.; (1937) S. 45 ff.; Die gegenwärtige Verfassungslage der Eidgenossenschaft, Schweiz. Hochschulzeitung 1942 Heft 3; Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft (1945); W. KÄGI, Zurück zur Verfassung! Jahrbuch «Die Schweiz» 1947 S. 40 ff.

65 A. S. 47 S. 785 f., seither immer wieder verlängert. Vgl. dazu H. HUBER in «Wirtschaft und Recht» 1949 S. 191 ff.

66 A. S. 30 S. 347 f., 55 S. 769 f. Dazu vor allem GIACOMETTI, Vollmachtenregime (1945), BStR S. 786 ff.

und verstärkte, hat sich aber bereits in der normalen Rechtsentwicklung klar abgezeichnet. Die Verlagerung des Schwergewichtes im Gewaltensystem von der Legislative auf die Exekutive hat in der Rechtssetzung zu einer *Verlagerung vom Gesetz auf die Verordnung* geführt<sup>67</sup>. Hat der Bundesrat auch schon in den ersten Jahren nach 1848 im Verordnungswege Recht gesetzt und wurden ihm auch bereits im letzten Jahrhundert verschiedentlich «Vollmachten» übertragen, so hielt sich jenes Verordnungsrecht bis 1914 doch in relativ engen Grenzen und von den «Vollmachten» hat der Bundesrat zur Rechtssetzung keinen oder nur einen äußerst zurückhaltenden Gebrauch gemacht<sup>68</sup>. *Bis 1914 war die Bundesversammlung wirklich die Legislative und das Gesetz die Normalform der Rechtssetzung.*

Das Prinzip der *Gesetzmäßigkeit* hat seit 1914 in unserer Rechtsordnung eine *offensichtliche Schwächung* erfahren. Einmal ist diese eine Folge der angedeuteten Ablösung des Gesetzes durch die Verordnung; sodann aber haben eine Reihe von weiteren bedeutenden Änderungen in der Gesetzgebung zu dieser *Abwertung und Auflösung des Gesetzes* beigetragen. Neben die verfassungsmäßigen Formen sind weitere Formen und Zwischenformen der Rechtssetzung getreten, die nicht nur die Klarheit des Rechtes beeinträchtigen, sondern auch die Verantwortung verzetteln und der Faßbarkeit entziehen<sup>69</sup>. Das rechtsstaatliche Maß wird sowohl durch das bloße Rahmen- und Blankettgesetz wie durch die vom Geist des Polizeistaates inspirierte Tendenz nach engmaschiger, kasuistischer Normierung verfehlt. Es ist symptomatisch, daß das befristete (provisorische) Gesetz heute eine häufige Erscheinung ist und daß auch gewisse bedenkliche absolutistische Formen, die der Rechtsstaat ein für allemal in Acht und

67 Vgl. GIACOMETTI KStR 274f., 486ff.; BStR S. 476, 786f., 790f.; H. HUBER, Jahrbuch «Die Schweiz» (1948) S. 38f.; K. v. ORELLI, a.a.O. S. 135ff.; H. MARTI, Das Verordnungsrecht des Bundesrates (1944) S. 7ff.; EICHENBERGER, a.a.O. S. 255f., 264ff., 316f.; O. K. KAUFMANN, Verfassung, Gesetz und Verordnung im schweiz. Rechtsstaat, ZBl 1949 S. 6ff.

68 MARTI, a.a.O. S. 13f., 15ff.

69 Vgl. über die «schwankende Praxis» schon W. BURCKHARDT, Komm. S. 709ff., 667ff., insbesondere aber die in Anm. 64 zit. Werke von Z. GIACOMETTI.



Bann erklärt hatte, wie zum Beispiel das Gesetz ad hoc (die *lex pro re nata*, das Individualgesetz), wiederkehren.

Wo immer man die Ursachen sehen mag, die Tatsache ist wohl eindeutig und unbestreitbar: *Die Rechtssetzungspraxis der letzten Jahrzehnte hat zu einer Schwächung des Sinnes für die Verfassung wie für die Legalität überhaupt geführt.*

#### e) *Der Rechtsschutz*

Nach der Auffassung der Schöpfer der BV von 1848 konnte «*Hüter der Verfassung*» allein die «oberste Behörde», die Bundesversammlung, sein. Ein kleiner Ansatzpunkt zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichtes war zwar in *Art. 105* gegeben; aber da diese Befugnis an die Voraussetzung der «Überweisung» durch die Bundesversammlung gebunden war, war sie von vornherein eng begrenzt und kontrolliert. Die Bundesversammlung hat denn auch von 1848—1874 ein *einziges* Mal eine solche Klage an das Bundesgericht zur Entscheidung überwiesen<sup>70</sup>, in allen anderen Rekursfällen dagegen als letzte Instanz selbst entschieden.

Dieses System erwies sich als rechtsstaatlich völlig ungenügend. DRUEYS pessimistische Erkenntnis: «*En politique il n'y a pas de justice*» sollte sich einmal mehr als wahr erweisen. Das offensichtliche Versagen dieses «politischen Judizierens» (Jakob Dubs) erzwang den nächsten rechtsstaatlichen Schritt, der dann anlässlich der Totalrevision von 1874 getan wurde; *die Verfassungsgerichtsbarkeit wurde nun grundsätzlich dem Bundesgericht übertragen (BV Art. 113)*. Allerdings geschah dies nur mit gewissen Einschränkungen: Die staatsrechtliche Beschwerde blieb beschränkt auf *kantonale* Akte; ausgeschlossen wurde durch BV Art. 113 Abs. 3 das richterliche Prüfungsrecht gegenüber gesetzgeberischen Erlassen der Bundesversammlung; und begrenzt blieb die Zuständigkeit des Bundesgerichtes endlich auch noch in dem Sinne, als nach dem Organisationsgesetz über die Bundesrechtspflege von 1874 (Art. 59) der Entscheid über die

<sup>70</sup> Der *Fall Dupré* (Urteil des BGer vom 3. Juli 1852): ULLMER, Staatsrechtl. Praxis Bd. I N. 375.

Rekurse betreffend Verletzung einer Reihe der allerwichtigsten verfassungsmäßigen Rechte<sup>71</sup> nach wie vor den *politischen* Bundesbehörden vorbehalten blieb. Diese letztere Begrenzung wurde schrittweise beseitigt durch die Organisationsgesetze von 1893 und 1911<sup>72</sup>, zwei bedeutsame Marksteine in der Fortbildung des rechtsstaatlichen Schutzes unserer Rechtsordnung.

Solange der Zuständigkeitsbereich des Bundes noch ein relativ begrenzter war — was selbst nach der Totalrevision von 1874 zunächst noch der Fall blieb —, war das rechtsstaatliche Hauptanliegen des Bürgers der Schutz gegenüber der *kantonalen* Staatsgewalt, der nach 1874 in der angedeuteten Weise verwirklicht wurde. Mit der fortschreitenden Ausweitung und Zentralisierung der Staatsaufgaben im Bunde aber wurde im Kampf um den Rechtsstaat mehr und mehr eine neue Front wichtig: *der rechtsstaatliche Schutz gegen die mächtig aufstrebende Bundesgewalt*. Und zwar in einem doppelten Sinne: Einmal — und grundlegend — die Gewährleistung der «verfassungsmäßigen Gesetzgebung» und sodann die rechtsstaatliche Sicherung der «gesetzmäßigen Verwaltung».

Der Kampf um den *Ausbau des rechtsstaatlichen Schutzes gegenüber der Verwaltung*<sup>73</sup> führte in der Volksabstimmung vom 25. Oktober 1914 zu einem ersten Erfolg; mit dem Art. 114 bis war das verfassungsrechtliche Fundament für eine *eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit* gelegt. Durch das Bundesgesetz über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928 wurde das Bundesgericht

71 Glaubens- und Gewissensfreiheit, Kultusfreiheit, Handels- und Gewerbe-freiheit, Niederlassungsfreiheit, Streitigkeiten über kantonale Wahlen und Abstimmungen.

72 1893 hinsichtlich der Art. 43, 45, 49, 50 BV; 1911 hinsichtlich der Rekurse auf Grund von BV Art. 31 sowie betr. kant. Wahlen und Abstimmungen. Vgl. GIACOMETTI, Verfassungsgerichtsbarkeit S. 39ff. Geblieben ist bis heute die Kognition der politischen Behörden über die in Art. 125 Abs. 1 lit. a aufgezählten «politischen» Materien.

73 Wir beschränken uns in dieser knappen Skizze auf die Entwicklung des verwaltungsgerichtlichen Schutzes; eine umfassendere Darstellung müßte auch die Entwicklung der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege miteinbeziehen. Vgl. dazu die Berichte von IMBODEN 31 aff., 80 aff.; ZWAHLEN 105 aff. in ZSR 66 (1947).



als allgemeiner eidgenössischer Verwaltungsgerichtshof eingesetzt<sup>74</sup>. Seine Zuständigkeit wurde allerdings nach der Enumerationsmethode beschränkt; auch die seitherige Ausweitung der Enumeration<sup>75</sup> brachte keinen entscheidenden Fortschritt, so daß angesichts der sich ständig ausweitenden Macht der Verwaltung die Forderung nach einer Verbesserung der Verwaltungsrechtspflege und insbesondere nach einem Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit *seit dem Ende des 2. Weltkrieges* mit neuem Nachdruck als rechtsstaatliches Postulat erhoben wird.

Auch das Postulat des *Ausbaues der Verfassungsgerichtsbarkeit* ist immer wieder aufgegriffen worden<sup>76</sup>: Auch die Akte der *Bundesgewalt* sollten mit der staatsrechtlichen Beschwerde angefochten werden können und die Beschränkung des Art. 113 Abs. 3 sollte beseitigt oder doch wenigstens gemildert werden. Am 22. Januar 1939 ist ein erster Vorstoß gescheitert; die Vorlage, die einen wohlabgewogenen, aber doch bestimmten Schritt zu einem verbesserten Rechtsschutz tun wollte, wurde von sämtlichen Ständen und von 340 000 gegen 141 000 Bürgern verworfen. Vielerlei Faktoren hatten sich gegen diesen rechtsstaatlichen Vorstoß verschworen: die «Arglist der Zeit», von Kriegsdrohung erfüllt, die übersehen ließ, daß auch der Ausbau des Rechtsstaates ein Stück Landesverteidigung ist; die mangelnde Aufklärung, welche das Mißtrauen nicht zu bannen vermochte, es gehe um eine Sache, an der eigentlich nur die Juristen interessiert seien; der Verdacht, es könnte sich doch irgendwie um einen Anschlag gegen die Demokratie handeln. Gegen die Unklarheit, das Mißtrauen und die Indifferenz war das rechtsstaatliche Postulat von vornherein in einer schwachen Position.

Die seitherige Entwicklung — die Erfahrung mit dem Notrecht und der Dringlichkeit — hat *die Notwendigkeit* des rechtsstaatlichen Ausbaues unserer Demokratie eindrücklich be-

74 Schon früher war übrigens als Spezialverwaltungsgericht das Eidgen. Versicherungsgericht geschaffen worden durch den (verfassungswidrigen) BB vom 28. März 1917 (A. S. 33 S. 517f.).

75 Vgl. ZWAHLEN, a.a.O. S. 108a, 146a Anm. 9.

76 Vgl. zu den verschiedenen Vorstößen die Berichte von ANDRÉ PANCHAUD S. 61aff., 36aff., und H. NEF S. 210aff. in ZSR 69 (1950).

kräftigt. Das Rechtsdenken ist von einem neuen rechtsstaatlichen Idealismus getragen. Im Volk beginnt man zu erkennen, daß diese Frage *jeden* Bürger angeht. Auch wenn man die Schwierigkeiten in keiner Weise unterschätzt, kann man feststellen, daß unsere Zeit besser vorbereitet und mit größerem Elan den Kampf um den Ausbau des rechtsstaatlichen Schutzes wieder aufgenommen hat<sup>77</sup>.

f) *Rechtsstaat, Demokratie, Föderalismus*

Wenn wir unsere Staatsidee als *rechtsstaatlich-föderalistische Demokratie* umschreiben, so gehen wir von einer *letzten Harmonie* dieser Prinzipien aus, die auch in der Unvollkommenheit menschlicher Ordnung jedenfalls zu einer tragfähigen Synthese gebracht werden können. Die Geschichte unserer BV ist ein Beweis für diese Möglichkeit. Aber diese Harmonie ist doch auch immer wieder *durch die Antinomien bedroht*, in denen sich diese Bauprinzipien zu Zeiten versteifen<sup>78</sup>. Hier interessieren nur jene Antinomien, welche die Entwicklung des Rechtsstaates im ganzen oder im einzelnen gehemmt oder verhindert haben.

Es betrifft dies vor allem *das Verhältnis Demokratie und Rechtsstaat*. Ist die demokratische Rechtssetzung ein wesentliches Postulat der modernen Rechtsstaatsidee, so führt die *Verabsolutierung* der Demokratie immer zu einer Gefährdung und schließlich zu einer Verneinung des Rechtsstaates<sup>79</sup>. Diese Antinomie hat auch in der Geschichte des schweizerischen Rechtsstaates eine bedeutende Rolle gespielt.

Bei der Schaffung der *BV von 1848* führte das demokratische Prinzip dazu, daß die *Bundesversammlung als «oberste Gewalt»* ein

<sup>77</sup> Vgl. dazu namentlich die Referate von PANCHAUD und NEF; vgl. auch W. KÄGI, Der Ausbau unseres Rechtsstaates — ein imperatives Gebot, NZZ Nr. 2354 vom 3. November 1950.

<sup>78</sup> Vgl. W. KÄGI, Persönliche Freiheit, Demokratie, Föderalismus (Vom Verhältnis der drei grundlegenden Freiheiten unserer Rechtsgemeinschaft) in «Freiheit des Bürgers» S. 53 ff.

<sup>79</sup> Vgl. W. KÄGI, Verfassung, 7. Kap. (Demokratie und Verfassung) S. 152 ff.; Demokratie zwischen Individualismus und Kollektivismus, Jahrbuch «Die Schweiz» 1946 S. 71 f. Daß diese Gefahr schon 1848 von Einzelnen klar gesehen worden ist, ergibt sich aus dem Protokoll der Verhandlungen von 1847/48 S. 22.

starkes Übergewicht gegenüber den beiden anderen Gewalten erhielt. Wandte sich in der Verfassungsgebung der Philadelphia Convention das liberal-rechtsstaatliche Mißtrauen gegen jeden, auch den demokratischen Absolutismus, so richtete sich 1848 das demokratische Mißtrauen vor allem auch gegen das «Richterkönigtum», die «aristocratie de la robe». Die Zuständigkeit des Bundesgerichtes wurde eng begrenzt, nicht zuletzt mit der Begründung, daß es sonst immer mehr Kompetenzen an sich ziehen und über Fragen entscheiden könnte, die «ihrem Wesen nach in den Geschäftsbezirk der Bundesversammlung gehörten»<sup>80</sup>. *Damit wurde der günstigste Moment für die Schaffung eines Verfassungsgerichtshofes verpaßt.*

Aber auch nach 1874, als dem Bundesgericht grundsätzlich die Verfassungsgerichtsbarkeit übertragen worden war, blieb sie ihm doch, wie früher gezeigt, bis 1893 bzw. 1911 in weitem Umfang vorenthalten, weil man die Aufgabe der Konkretisierung der «verfassungsmäßigen Rechte» nicht als Sache eines Gerichtes, sondern als die natürliche Kompetenz der Bundesversammlung als Repräsentantin des souveränen Volkes ansah<sup>81</sup>. Die *Berufung auf das demokratische Prinzip* ist bis heute eines der wichtigsten Argumente in der Abwehr einer Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit geblieben<sup>82</sup>; und immer wieder muß man die Erfahrung machen, daß das demokratische Argument —zumal in der schlagwortartigen Vereinfachung— sich als massenpsychologisch weit wirksamer erweist als das rechtsstaatliche<sup>83</sup>.

80 Protokoll S. 139. Weil die Suprematie der Bundesversammlung so eindeutig feststand, war in der Abwehr potentieller Konkurrenten selbst eine so schwache Argumentation offenbar genügend.

81 In der Ablehnung der richterlichen Zuständigkeit spielte neben dieser Begründung aus dem demokratischen Prinzip allerdings auch noch die extrem rationalistische Auffassung vom Wesen der richterlichen Funktion als einer bloßen Subsumtion hinein. Vgl. GIACOMETTI, Verfassungsgerichtsbarkeit S. 40ff.

82 So mit einer Nachdrücklichkeit, die geradezu fatalistisch anmutet, W. RAPARD, Die Bundesverfassung von 1848—1948 S. 426. Vgl. demgegenüber GIACOMETTI/FLEINER BStR S. 932f.; NEF a. a. O. S. 227aff.; KÄGI, Verfassung S. 175ff.

83 Vgl. W. KÄGI, Jahrbuch «Die Schweiz» 1947 S. 50f.; «Die Schweiz hält durch» S. 74f. Über die beliebte Argumentation mit dem Grenzfall des «Eimann-Entscheidens» vgl. NEF, a. a. O. S. 235aff.

Eine Wirkung, die man vielfach vom Übergang zur direkten Demokratie befürchtet hat, ist nicht eingetreten: die Institutionen der *direkten* Demokratie haben nicht jene gefährliche Verabsolutierung und hemmungslose Dynamik gebracht, die viele vorausgesagt hatten, sondern sich eher konservativ ausgewirkt<sup>84</sup>. *Andererseits aber wäre es doch eine falsche Idealisierung, die Entwicklung zur direkten Demokratie kurzweg mit rechtsstaatlichem Fortschritt zu identifizieren.* Wenn es auch richtig ist, daß das Volk in dem Sinne der «Hüter der Verfassung» ist und bleibt, als der Rechtsstaat auch in der Demokratie nur durch den Willen des Volkes bestehen kann, so ist es doch unrichtig, zu glauben, die Institutionen der direkten Demokratie vermöchten an Stelle der rechtsstaatlichen Einrichtungen zu treten und deren Funktionen zu übernehmen. Die Schicksalsfrage ist nicht dieses Entweder-Oder, sondern *die Synthese der rechtsstaatlichen Demokratie.* Daß Demokratie und Rechtsstaat zu Zeiten durch die Umstände besonders eindrücklich auf ihre untrennbare Kampfgemeinschaft hingewiesen werden — wie in den beiden Abstimmungen über die Eingrenzung der Dringlichkeitspraxis vom 22. Januar 1939 und vom 11. September 1949<sup>85</sup>, wo der Kampf gegen den Autoritarismus in der Rechtssetzung beide vereinte —, darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß in anderen Verfassungssituationen die Antinomie wieder neu aufleben kann.

Klarer und weniger problematisch ist *das Verhältnis von Föderalismus und Rechtsstaat.* Das Recht ist eine *conditio sine qua non* jeder echten föderativen Ordnung; die freie Vereinigung Gleichberechtigter ist nur auf dieser Basis möglich. Der Rechtsstaat allein gewährleistet die Autonomie der engen Gemeinschaften wie die Rechte der Minderheiten. Die föderative Ordnung ist andererseits solider Baugrund für den Rechtsstaat; so hat insbe-

84 Vgl. FLEINER, BStR S. 310, 316; GIACOMETTI/FLEINER BStR 765 f.; vgl. schon THEODOR CURTI, Die schweizerischen Volksrechte (1900) S. 62 ff.

85 A. S. 55 S. 242 (auf Grund des Volksbegehrens betr. Einschränkung der Dringlichkeitsklausel) und A. S. 1949 S. 1511 f. (auf Grund des Volksbegehrens betr. die Rückkehr zur direkten Demokratie).

sondere auch unsere Verfassungsgerichtsbarkeit eine wichtige Wurzel im Bundesstaat<sup>86</sup>.

\*

Wir haben im vorstehenden versucht, im Rückblick den Gang der rechtsstaatlichen Entwicklung im schweizerischen Bundesstaat zu skizzieren, einige Marksteine hervorzuheben und die Entwicklungstendenzen anzudeuten. Es ist ein Bericht von Siegen und Niederlagen der Rechtsstaatsidee, vom Gelingen und vom Mißlingen, — und vielleicht noch mehr von jenem halben Gelingen, über das wir heute, ohne das Ideal preiszugeben, doch milder urteilen.

Wie aber haben *die schweizerischen Rechtsdenker*, die diese Entwicklung begleitet haben, dieses Ideal interpretiert?

### C. *Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen Rechtsdenken*

Wenn wir die Reihe unserer großen Staatsdenker überblicken, dann will es zunächst problematisch scheinen, überhaupt von einem *schweizerischen* Staatsdenken zu sprechen. Das Verschiedenartige, um nicht zu sagen Gegensätzliche, in dem sich die Vielgestaltigkeit unseres Gemeinwesens spiegelt, will sich nur schwer auf *einen* Nenner bringen lassen. Am ehesten möchte man das Verbindende noch in einer besonderen Art des Denkens, in einer gewissen Nüchternheit, die man uns nachsagt, finden.

Aber das Gemeinsame in dieser Vielfalt reicht in Wirklichkeit doch viel tiefer. Das schweizerische Staatsdenken ist zwar fern jener Einheitlichkeit, welche die Staatsdoktrin der unfreien, gleichgeschalteten Völker kennzeichnet. Dieses *Nicht-Konformistische* im Denken ist eine Grundbedingung der freien Gemeinschaft, zumal einer föderativen Demokratie<sup>87</sup>; aber eine solche Gemeinschaft kann doch andererseits auch wieder nur solange

<sup>86</sup> Vgl. DIETRICH SCHINDLER, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, ZSR 44 (1925) S. 20; GIACOMETTI, Verfassungsgerichtsbarkeit S. 34f., 43.

<sup>87</sup> In der angelsächsischen Literatur hat man die freiheitliche Demokratie gelegentlich als «*agreement to differ*» bezeichnet. — HEINRICH PESTALOZZI hat sich frühzeitig gegen die «*Conformationsucht*» gewandt (WW Bd. I S. 235f.).



bestehen, als das Denken eine grundlegende, verbindende Ordnungsidee in Freiheit bejaht: *die Idee des Rechtsstaates*. Daß diese Idee wirklich der große Richtpunkt des schweizerischen Staatsdenkens gewesen ist, bedarf allerdings des Nachweises. Denn zunächst will es scheinen, als hätten sich die schweizerischen Staatsdenker wenig mit dem Rechtsstaat befaßt; das Wort «Rechtsstaat» erscheint häufiger erst nach dem 1. Weltkrieg und insbesondere seit den dreißiger Jahren. Was selbstverständlich ist, bedarf keiner Apologie; was nicht bedroht ist, muß nicht immer wieder postuliert werden.

Daß aber die großen Postulate der Rechtsstaatsidee im schweizerischen Staatsdenken stets wirksam waren, soll im folgenden kurz nachgewiesen werden:

1. Die rechtsstaatliche Tendenz des schweizerischen Staatsdenkens äußert sich zuerst und vor allem darin, daß der Staat nicht als «absoluter, unbewegter Selbstzweck», als «Wirklichkeit der sittlichen Idee» oder gar als «irdischer Gott» (HEGEL) gesehen wird, sondern *als dienende Ordnung, als «Notinstitut»* (JAKOB BURCKHARDT)<sup>88</sup>. Ausgangspunkt des Staatsdenkens ist der Mensch bzw. die engere Gemeinschaft; der Staat wird von hier aus — ohne ihm sein Recht und seine Würde zu nehmen — doch als bloß «subsidiäre» Ordnung gesehen<sup>89</sup>.

88 Weltgeschichtliche Betrachtungen S. 38f.: «Er (sc. der Staat) wird am ehesten gesund bleiben, wenn er sich seiner Natur (vielleicht sogar seines wesentlichen Ursprunges) als *Notinstitut* bewußt bleibt. *Die Wohltat des Staates besteht darin, daß er der Hort des Rechtes ist*». — Vgl. für weitere Nachweise zum Folgenden vor allem auch die in Anm. 19 a. E. zit. Arbeit von FERNANDO GARZONI.

89 Vgl. über Pestalozzi insbesondere H. BARTH, Über die Staatslehre Pestalozzis, Neue Schweizer Rundschau 1948 S. 666f., 672; ders. in «Philosophie in der Schweiz» S. 55ff.; PHILIPP ANTON v. SEGESSER, Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Luzern (1850—1858) Bd. I S. IV; Sammlung kleiner Schriften (KlSchr) I 259ff., 350, 432, II 469, III Vorwort S. XXXVII 244, 295, 318f. (vgl. zu Ph. A. v. Segesser auch R. KEEL, Die Demokratie im Denken Ph. A. v. S. (ZüDiss. 1950); J. C. BLUNTSCHLI, Lehre vom modernen Staat Bd. I S. 64, 68, 367ff.; Jakob DUBS, Das öffentl. Recht der schweiz. Eidgen. I S. 16ff., 183ff., 206, II S. 23f., 263ff.; J. J. RÜTTIMANN, Vermischte Schriften S. 159, Elemente des Verwaltungsrechtes S. 20f.; CARL HILTY, Freiheit (Gedanken über Menschen und Staat, herausgeg. von H. R. Hilty) S. 59ff., 65ff., 97f., 101. Auch bei I. P. V. TROXLER, der sich zwar, von seinem Organismusgedanken her, gegen die extrem individualistische Konzeption des Staates als einer «bloßen Rechts-

2. Diese rechtsstaatliche Tendenz des schweizerischen Staatsdenkens zeigt sich weiter darin, daß der Staat *als begrenzte Ordnung* aufgefaßt wird. Den großen schweizerischen Staatsdenkern war der Staat nie das «unnormierbar Normierende», die schrankenlose letzte Instanz. Er erscheint vielmehr stets *als eine durch religiöse, sittliche und rechtliche Normen begrenzte Ordnung*<sup>90</sup>. Daher hat im schweizerischen Staatsdenken die Vorstellung einer *absoluten* Souveränität des Staates bzw. des Volkes keinen Platz<sup>91</sup>, die «Souveränität» der obersten Rechtsautorität ver-

anstalt» (als bloßer «Notstall»!) wendet, kommt dies — im Gegensatz zu den deutschen Romantikern — sehr deutlich zum Ausdruck. Vgl. die Nachweise bei PETER SCHNEIDER, Ignaz Paul Vital Troxler und das Recht (ZüDiss 1948) S. 87f., 116ff., 248ff., 255.

Mit dieser Staatsauffassung hängt eine weitere Eigenart des schweizerischen Staats- und Rechtsdenkens zusammen: der *Glaube an die Erziehung* und die Betonung der Erziehung als Grundvoraussetzung für jede Fortbildung unserer Staatsordnung.

<sup>90</sup> Vgl. PH. A. v. SEGESSER, KISchr I 50, 117, 253; Rechtsgeschichte I Vorwort S. III f., IV S. 720; I. P. V. TROXLER, Philosophische Rechtslehre S. 29, 33 (vgl. dazu SCHNEIDER a. a. O. S. 81 ff., 150 ff.); J. DUBS, Das öffentl. Recht I 10, 16 ff., 20; J. J. RÜTTIMANN, Vermischte Schriften S. 156 ff.; CARL HILTY, Freiheit S. 20 ff., 70 ff. Auch für JAKOB BURCKHARDT gab es für den Staat, nach innen wie nach außen, «heilige Grenzen des Rechtes, die von jeder Macht zu respektieren sind» (vgl. A. v. MARTIN, NIETZSCHE und BURCKHARDT (1941) S. 69). — Vgl. aus unserer Zeit vor allem MAX HUBER, Gesammelte Aufsätze Bd. I (Heimat und Tradition) S. 74 f., 82 f., 122 f., 163 f., 170 f.; Bd. II (Glaube und Kirche) insbesondere S. 43 ff., 89 ff., 111 ff., 253 f.; Bd. III (Gesellschaft und Humanität) S. 33 ff., 44 ff.; DIETRICH SCHINDLER, Recht — Staat — Völkergemeinschaft (1948), insbesondere Wissenschaft und Glaube S. 40 ff., S. 60 ff., 138 ff., 219 ff., 233 f.; F. GUIBAN, Note sur le Droit Naturel (1940) S. 3 ff., 8, 16 ff., Conclusion d'un Cours de Philosophie du Droit zit. in Anm. 110, S. 269 f.; CLAUDE DU PASQUIER, Vue d'ensemble sur les conceptions de l'Etat (La neutralité morale de l'Etat), in «Recueil des Travaux... à l'occasion du Centenaire de la Fondation de l'Académie» (1938) S. 7 ff., 26 ff.; W. OSWALD in «Freiheit des Bürgers» S. 19 ff. — Die Begründung im einzelnen ist eine sehr unterschiedliche; der im Text verwendete Begriff «religiöse Norm» ist nur eine sehr unzulängliche Andeutung der verschiedenartigsten Versuche, diese letzte Begrenzung irgendwie deutlich zu machen. Das Begrenzende ist «Gott», bald mehr theistisch, bald mehr deistisch gesehen. Die begrenzende Ordnung erscheint als göttliches Gebot, als ethische Norm oder als Naturrecht.

<sup>91</sup> Vgl. PH. A. v. SEGESSER, KISchr I 259 ff., 263 f., 283, 346 ff., 431, 563, 662 f.; III S. XXXIV, XXXVIII, 319; vgl. auch R. KEEL, a. a. O. S. 57 ff., 68 ff.; I. P. V. TROXLER, Philosophische Rechtslehre S. 61, dazu SCHNEIDER a. a. O. S. 180, 188 ff., 191 ff., 246; J. DUBS, Das öffentl. Recht I 28 ff., 150 f., 175 f.,

steht sich immer nur im Rahmen jener Grundnormen, die allem positiven Recht vorgehen, die wirklich «droits antérieurs et supérieurs à l'état» darstellen. Daß der Staat nicht als der souveräne Demiurg des Rechtes aufgefaßt wird, zeigt sich vor allem in der Stellungnahme zu jenem Problem, das in unserer Zeit erneut eine tragische Aktualität erlangt hat: *das Widerstandsrecht* (ius resistendi). Obwohl es bei uns mit der Entwicklung von Rechtsstaat und Demokratie in einem viel höheren Maße inaktuell geworden war als in den meisten übrigen Staaten, ist es nicht zu jener radikalen Leugnung des Widerstandsrechtes gekommen wie im deutschen Staatsdenken im Gefolge von KANT und HEGEL. Es blieb in dem Kleinstaat, der dem wachen Widerstandsgeist seine Existenz verdankt und in dem die Welt eines der großen Symbole des Widerstandskampfes — Wilhelm Tell — gefunden hat, die Überzeugung lebendig, *daß das Widerstandsrecht als Recht der äußersten Grenze erhalten bleiben muß*. Die Logik der Freiheit gebietet, dieses gefährliche Recht anzuerkennen<sup>92</sup>.

3. Eine dritte Konstante im schweizerischen Staatsdenkens, in der wir ebenfalls ein rechtsstaatliches Grundpostulat erkennen, ist die *Idee der Freiheit* und damit die *Forderung der Grundrechte*.

183 ff., 206 f. («Allmachtsschwindel»), II 24 f.; J. C. BLUNTSCHLI I 369, II 93; J. J. RÜTTIMANN, Vermischte Schriften S. 155 ff., Elemente des Verwaltungsrechtes S. 7. — Wir reden hier vom *Staatsdenken*, nicht von der *Staatsrechtswissenschaft in engerem Sinne*. Viele Staatsrechtler, die den Staat — in Übereinstimmung mit der großen Linie des schweizerischen Staatsdenkens — *ethisch-politisch* durchaus als begrenzte Ordnung sehen, glauben, daß die *Staatsrechtslehre* — gleichsam als Schlußstein des Systems — nicht um den Begriff der Souveränität im Sinne der «juristischen Allmacht» («formalen Omnipotenz») herumkommt. Vgl. z. B. Z. GIACOMETTI, Staatsrecht der Schweiz. Kantone (1941) S. 22, 28 ff., 164. Zur Kritik dieses Dogmas vgl. KÄGI, Staatsallmacht — Widerstandsrecht — Rechtsstaat (1952) I. Kap.; ANDREAS BRUNNER, Rechtsstaat gegen Totalstaat (1948).

92 Vgl. schon E. DE VATTEL, Le droit des gens (1758), 1. Buch, 4. Kap. §§ 50 ff.; I. P. V. TROXLER, Phil. Rechtslehre (1820) S. 175 ff., 238 ff.; Wilhelm SNELL, Naturrecht S. 233; sehr bestimmt insbesondere auch J. DUBS, Das öffentl. Recht I 175 f. (176: «Das Recht des Widerstandes auch gegenüber dem Staate, wenn er das Recht des Bürgers verletzt, ist darum ein unveräußerliches Grundrecht des Bürgers, weil ohne dieses alle anderen Rechte wertlos sind».) Vgl. aber vor allem auch J. C. BLUNTSCHLI, Lehre vom modernen Staat, 2. Teil, 2. Bd., 5. Aufl. S. 664 ff.).

Die ausländische Literatur der letzten 150 Jahre hat berühmtere und monumentalere Werke über die Freiheit hervorgebracht als die schweizerische<sup>93</sup>; auch hat sich das Ausland — zumal Frankreich und Deutschland — scheinbar weit mehr und oft leidenschaftlicher mit den Grundrechten befaßt als die Schweiz. Diese Tatsache kann nicht mit dem Hinweis erklärt werden, daß der Schweiz die Freiheit zum problemlosen Besitz geworden wäre. Sie mußte auch von den Schweizern erkämpft werden und dieser *schweizerische Kampf um die Freiheit* wird auch dann, wenn er kritisch gesehen wird, eines der passionierendsten Kapitel der europäischen Geschichte bleiben<sup>94</sup>.

Allerdings sind der Schweiz in diesen hundert Jahren jene radikalen Rückfälle in die Willkür und Diktatur, jenes Abgleiten in den Neo-Absolutismus und die Nacht des «totalen Staates» erspart geblieben. Es fehlten jene «Umbrüche» und «Aufbrüche», wo die Staatsdenker neu anfangen müssen und aus der Tiefe der Not sich leidenschaftlich für die Freiheit einsetzen. *Trotzdem sind Freiheit und Grundrechte je und je das große zentrale Anliegen der schweizerischen Staatsdenker gewesen*; mögen die Probleme der Evolution auch weniger spektakulär sein als die Probleme der Revolution, so sind sie doch nicht weniger wichtig.

Das schweizerische Staatsdenken hat das Freiheitsproblem zumeist *in einem umfassenden Sinne* gesehen. Konzentriert sich die ausländische Literatur vielfach auf *eine* Freiheit, zumeist die «liberale» oder die «politische» (demokratische), so klingen im schweizerischen Freiheitsbegriff die drei Freiheiten — die «liberale», die «politische» und die «föderative» — in eins zusammen; immer wieder befaßt sich das schweizerische Staatsdenken mit diesem Dreiklang, mit den Antinomien, die zuweilen aus der einseitigen Verabsolutierung zwischen den drei Freiheiten entstehen mögen, aber vor allem mit dem notwendigen Zusammen-

93 Jedenfalls wenn wir BENJAMIN CONSTANT nicht einfach als den Unsrigen beanspruchen.

94 So schon GIBBON (1788/89): «There is one theme which I should prefer to all others: The History of the Liberty of the Swiss»; zit. bei H. WEILENMANN, *Pax Helvetica* (1951), Vorwort S. 5.

hang, in dem sie wechselseitig als Bedingungen und Stützen erscheinen<sup>95</sup>.

So wie der Begriff der «Freiheit» hat auch der *Begriff des «Grundrechtes»* in der schweizerischen Literatur einen umfassenderen Sinn. Als «Grundrechte» erscheinen nicht nur die Grundrechte im klassischen Sinne des Wortes: die Grundrechte, welche die Freiheit des Einzelnen gegenüber dem Staat verbürgen (status negativus), sondern auch die Grundrechte, welche die Mitwirkung des Bürgers an der Willensbildung des Staates gewährleisten (status activus), und endlich die Grundrechte, welche die Autonomie der engeren Gemeinschaft im Rahmen der umfassenderen sichern (zum Beispiel die Gemeindefreiheit). Das «Grundrecht» ist in dieser Sicht, die nicht durch den Individualismus verengt worden ist, jedes Recht, das direkt oder indirekt eine grundlegende Seite der persönlichen oder korporativen Freiheit (Autonomie) schützt. *Die unteilbare Freiheit fordert diese grundrechtliche Verankerung nach allen Seiten*<sup>96</sup>.

Noch eine andere Tendenz läßt sich im schweizerischen Denken über die Freiheit ziemlich einheitlich nachweisen: Die Freiheit wird nicht einfach als *negative* Freiheit und das Grundrecht wird nicht bloß als Rechtsanspruch gesehen, wie in vielen Lehren eines radikalen Individualismus. In einem Lande, wo sich auch noch im Zeitalter des Absolutismus etwas vom «res publica»-Bewußtsein erhalten hatte und dem auch die Umschläge in den schroffen Autoritarismus der Diktatur des 20. Jahrhunderts erspart geblieben sind, hat das Staatsdenken, auch wenn es kämpferisch gelegentlich in klaren Antithesen sprechen mochte, die Problematik doch fruchtbarer als eine solche von «*Freiheit und Gemeinschaft*», von «*Grundrecht und Grundpflicht*» gesehen. Die großen schweizerischen Staatsdenker wußten um die mannig-

95 Vgl. W. KÄGI, Persönliche Freiheit, Demokratie, Föderalismus, in «Freiheit des Bürgers» S. 53 ff.

96 Die «verfassungsmäßigen Rechte» im Sinne von BV Art. 5 und 113 Ziff. 3 umfassen nicht nur die «Freiheitsrechte», sondern auch die «politischen Rechte», die Rechtsgleichheit, Institutsgarantien und institutionelle Garantien, einzelne organisatorische Prinzipien usw. Vgl. GIACOMETTI, Verfassungsgerichtsbarkeit S. 46 ff., 49 ff.



fachen Bedingungen der Freiheit, insbesondere auch um ihre ethischen Grundlagen. Auch in der schweizerischen Politik hat es zu Zeiten ein oberflächliches und schlagwortartiges Gerede von der «Freiheit» gegeben; unsere Staatsdenker dagegen haben klar erkannt, *wie unendlich schwierig die Verwirklichung der Freiheit ist*. Es kommt nicht von ungefähr, daß sie auch in einer Zeit, wo der Positivismus weithin das Feld beherrschte, die letzte Verankerung im Religiösen suchten<sup>97</sup>.

4. Ein weiteres rechtsstaatliches Grundpostulat, das als konstanter Richtpunkt des schweizerischen Staatsdenkens sehr deutlich zutage tritt, ist die *Idee der Rechtsgleichheit*. Zwar muß es auffallen, daß auch hier das große revolutionäre Pathos, das die ausländische Literatur trägt, bei uns fehlt. Sehr im Gegensatz zur politischen Kampfliteratur des Radikalismus, die sich auch bei uns den großen Grundstrom der Gleichheit dienstbar machte, finden wir in den bleibenden Werken des Rechts- und Staatsdenkens, die das Werden, den Ausbau und die Entwicklung unserer Grundordnung begleitet haben, eine ruhigere Behandlung. Aber es ist nicht die Ruhe, die aus der Gleichgültigkeit kommt, sondern die Ruhe der klaren, festen Zielstrebigkeit, die auf einer langen Tradition aufbauen kann. Denn trotz allen Ungleichheiten, in denen auch die alte Eidgenossenschaft schließlich erstarrt ist, hatten sich in jener Grundordnung wichtige Elemente der Gleichheit zu erhalten vermocht, nicht nur im Verhältnis der alten Orte (die Gleichheit als Prinzip der Föderation), sondern auch im Verhältnis der «Landleute» (die Gleichheit der Genossenschaft)<sup>98</sup>. Dieses Erbe hat eine ruhigere Auseinandersetzung mit den Postulaten der Französischen Revolution ermöglicht.

Unantastbar als Grundnorm ist für die großen schweizerischen Rechtsdenker die «*Gleichheit der Personwürde*», die in jedem Menschen, ohne Rücksicht auf Geburt, Stand, Nationalität und Konfession respektiert werden muß. Aber ebenso bestimmt hält

<sup>97</sup> Vgl. Anm. 90ff. Wir sagen «im Religiösen», weil dieses Fundament nicht bei allen ein eindeutig christliches ist.

<sup>98</sup> Vgl. die in Anm. 19 Zitierten.

dieses Denken daran fest, daß gerade im Interesse der Gemeinschaft auch die «*Ungleichheit der Funktion*»<sup>99</sup> nicht übersehen werden darf. Von dieser Auffassung der Gleichheit her wird von den schweizerischen Rechts- und Staatsdenkern immer wieder vor der Überspannung der «abstrakten Gleichheit» und vor den Tendenzen eines «nivellierenden Egalitarismus» gewarnt. Das föderalistische Denken, das jene letzte wesentliche Gleichheit keineswegs verneint, steht in einem unversöhnlichen Gegensatz zu allen radikalen Tendenzen nach Vereinheitlichung und Nivellierung. *Die Gleichheit erscheint nicht als Gegensatz, sondern «als notwendige Begleiterin der Freiheit»* (JAKOB DUBS)<sup>100</sup>.

5. Auch die Idee, daß der Rechtsgenosse nur einem Recht unterworfen sein soll, an dessen Setzung er als Glied des Volkes grundsätzlich mitbeteiligt ist, hat das schweizerische Staatsdenken stets in besonderer Weise beschäftigt: *die demokratische Form der Rechtssetzung*. Keine Rechtsordnung kann ohne den Anspruch auf heteronome Geltung bestehen; aber es bleibt trotzdem ein grundlegender Unterschied zwischen der Heteronomie des autokratischen und der Heteronomie des demokratischen Rechtes. Der Kampf um das Recht ist daher stets auch ein Ringen darum, daß ein immer größerer Kreis von Rechtsgenossen in Freiheit an der Rechtssetzung teilhat.

Tritt dieser demokratische Grundzug im Staatsdenken der ältesten Demokratie auch klar zutage, so ist nicht minder deutlich *die Distanzierung vom demokratischen Absolutismus*. Bei aller Bejahung des Mehrheitsprinzipes ist dieses Denken doch immer wieder beunruhigt durch die falsche Verabsolutierung in einem demokratischen Dezisionismus. *Gerade darin bewährt sich ja ein genuin rechtsstaatliches Denken, daß es auch vor der demokratischen*

99 Vgl. EMIL BRUNNER, *Gerechtigkeit* S. 29ff., 36ff., 43ff., 51ff., 77ff.; PH. A. V. SEGESSER I 260, 299, III 216; C. HILTY, *Freiheit* S. 126ff.; J. DUBS, *Das öffentl. Recht* I 154f., II 267ff. Frühzeitig und in klarer Erkenntnis der Gefahren hat MONTESQUIEU den echten Gleichheitsgeist vom extremen Egalitarismus unterschieden; E. d. L. 8. Buch, 3. Kap.: «Autant que le ciel est éloigné de la terre, autant le véritable esprit d'égalité l'est-il de l'esprit d'égalité extrême.»

100 *Das öffentl. Recht* I 154f.; BLUNTSCHLI Bd. III 510; PH. A. V. SEGESSER, *KlSchr* III 292, I 346f.; HILTY, *Freiheit* S. 84.

*Version des «sit pro ratione voluntas» nicht kapituliert.* Es gehört zur Nüchternheit im schweizerischen Staatsdenken, daß die Möglichkeit einer vorübergehenden Entzweiung von Rechtsstaat und Demokratie auch in der Schweiz gesehen wird; es gehört aber auch zur inneren Festigkeit dieses Staatsdenkens, daß es nicht bei der Antinomie verharret, sondern — getragen vom Glauben an eine letzte Harmonie der beiden Prinzipien — dem *Ideal der rechtsstaatlichen Demokratie* nachstrebt<sup>101</sup>.

6. Die rechtsstaatliche Grundhaltung des schweizerischen Staatsdenkens kommt, wie schon verschiedentlich angedeutet, vor allem auch *in der letzten sittlichen bzw. religiösen Begrenzung und Begründung der staatlichen Ordnung* zum Ausdruck. Die Macht wird vor das Forum des Rechtes, das Recht aber vor das Forum des Naturrechtes, der Sittlichkeit, bzw. des Glaubens gezogen. Verschieden sind die Begründungen, seltener ist es der Versuch eines Systems, häufiger die zurückhaltende Andeutung. *Aber fast alle großen schweizerischen Staatsdenker haben um diese letzte Frage gerungen. Sie sahen die menschliche Norm begrenzt durch die göttliche, die menschliche Autorität in der Verantwortung vor Gott.* Die Gerechtigkeit und gewisse «allgemeine Rechtsgrundsätze» blieben ihnen objektive, materiale Grundnormen auch in einer Zeit, als die Thesen des Relativismus bereits weithin zum neuen Credo geworden waren<sup>102</sup>.

\*

Wir sind im vorstehenden den bestimmenden rechtsstaatlichen Ideen im Denken unserer großen Staatsdenker nach-

<sup>101</sup> Vgl. dazu die Nachweise bei FERNANDO GARZONI in der in Anm. 19 a. E. zit. Arbeit; zu Ph. A. Segesser vgl. R. KEEL a. a. O. S. 89 ff.; zu J. C. Bluntschli die im Manuskript vorliegende Arbeit von JACQUES VONTOBEL: Die liberal-konservative organische Rechts- und Staatslehre J. C. Bluntschlis (1952).

Vgl. insbesondere auch MARCEL BRIDEL, L'esprit et la destinée de la Constitution fédérale de 1848 (1949) S. 41 f., 43 f., 53, 67 f.; E. BLUMENSTEIN, Der rechtsstaatliche Ausbau der schweiz. Demokratien (1930) S. 6 ff., 11 f., 16.

<sup>102</sup> Vgl. Anm. 90—92, 97. Wenngleich dieses schweizerische Staatsdenken von den großen europäischen Strömungen nicht unbeeinflusst blieb, so hielt es sich doch, in der Bejahung der Grundwerte gefestigt, freier vom Wechsel und der Einseitigkeit der verschiedenen Ismen.

gegangen. Dieses *Denken einer Elite* ist nicht einfach zum Denken der breiten Volksschichten und seiner politischen Führer geworden. Und doch hat es immer wieder heilsam — richtungweisend und mäßigend — auf das Staats- und Rechtsleben eingewirkt. *Dieses Staatsdenken, das um eine letzte Verantwortung weiß — und damit auch um das Maß und die Begrenzung — hat mitgeholfen, uns vor den Extremen der Staatsvergötzung wie der Staatsverketzerung zu bewahren.* Es hat, in nüchterner Erkenntnis, dem Staat gegeben, «was des Staates ist» (Matth. 22, 21), indem es immer auch wachsam *die notwendige Autorität des Staates* verteidigte. Aber es hat vor allem *um die Begrenzung des Staates* gerungen: der Staat als Hort der Freiheit und des Rechtes.

Es gehört zur *Nüchternheit* des Schweizers, daß er selten in Gefahr ist, im Blick auf die Ideale die Notwendigkeiten zu übersehen. Es ist aber die Kehrseite dieser Nüchternheit, daß sie, gebannt durch ein lebensnahes Zweckdenken, gleichsam die Sterne aus dem Blickfeld verliert. *Dieser handfeste Utilitarismus, dem der Sinn für Recht und Grundsätzlichkeit fehlt, ist eine der großen Gefahren für unseren Rechtsstaat.* Unsere großen Staatsdenker haben um dieses hemmende Schwergewicht gewußt und immer wieder auf die wahre Hierarchie der Werte hingewiesen. Sie sind die großen Künder und Deuter unserer schweizerischen Staatsidee.

#### D. Die Krise des Rechtsstaates

Das Wort «Krise» ist zum großen Modewort geworden. Aber wenn es sich irgendwo geradezu aufdrängt, dann bei der Betrachtung der *europäischen Rechtsentwicklung* der letzten Jahrzehnte. Hatte schon vor 1914 ein saturierter Opportunismus und Relativismus dem großen Ideal die Kraft genommen und damit die Fundamente unterspült, so brachte die Kette von Kriegen, Revolutionen und Wirtschaftskrisen jenen dauernden Ausnahmezustand, der selbst traditionsgefestigten Rechtsstaaten zur großen Prüfung wurde, in vielen Staaten aber zum völligen Zusammenbruch führte. *Der Rechtsstaat wurde nun auch als Ideal verleugnet.* Hatte ihn die *marxistische* Lehre schon früher als eine

«Objektivierung bourgeoisen Geistes» hingestellt und damit das Ideal des Anspruchs auf Allgemeingültigkeit beraubt, so hat die neu aufsteigende *nationalsozialistische* Ideologie zunächst, aus taktischen Gründen, das hohe Ideal für sich beansprucht und den «nationalen Rechtsstaat» dem «liberalistischen» oder «demoliberalen» Rechtsstaat entgegengestellt. Dieser verwirrenden Schonung folgte aber bald die zynische Offenheit: Der *Machtstaatsgedanke* wurde als Ideal junger, vitaler Völker gefeiert, der Rechtsstaatsgedanke dagegen als Ausdruck der unheroischen Völker und der müden Dekadenz diskreditiert. *Der Totalstaat ist die radikale, allseitige Antithese zum Rechtsstaat*; er ist die zum System erhobene Willkür<sup>103</sup>.

Jene völlige Abwertung der Rechtsstaatsidee und jener radikale Zusammenbruch des Rechtsstaates sind der *Schweiz* erspart geblieben. «*Krise des Rechtsstaates*» bedeutet denn auch hier und dort nicht dasselbe. *Trotzdem können und dürfen wir nicht übersehen, daß auch wir seit langem einer sehr ernsten Krise des Rechtsstaates gegenüberstehen.*

### I. Krise der rechtsstaatlichen Praxis

Diese Krise unseres Rechtsstaates äußert sich zunächst *in der Krise seiner Rechtspraxis*. Es kam in der Schweiz nicht zu jenem offenen Einbruch der Willkür, welche die *Grundrechte* allgemein oder gegenüber einzelnen Gruppen aufgehoben hat, wie es in der Rassen- und Klassengesetzgebung einzelner Staaten in der jüngsten Vergangenheit geschehen ist. Der *große Notstand des Krieges* hat zwar auch bei uns zu weitgehenden Einschränkungen einzelner Freiheiten geführt; die verfassungsmäßigen Formen der Rechtssetzung wurden durch Notformen ersetzt und die rechtsstaatlichen Garantien der Rechtsanwendung sind in weitem Umfang eingeschränkt worden. Die *Gebote des Rechtsstaates* mußten vor den *Geboten der Staatsraison* zurücktreten.

Wenn es also in unserer Rechtspraxis außerhalb des Ausnahmezustandes nicht zu einer *offenen direkten* Verletzung der

<sup>103</sup> Vgl. EMIL BRUNNER, *Gerechtigkeit*, S. 3 ff., 7 ff., 159 ff., 231 ff., 240 ff.; ANDREAS BRUNNER, *Rechtsstaat gegen Totalstaat* (1948) I S. 15 ff.



Freiheitsrechte und der Rechtsgleichheit gekommen ist, so sind diese Eckpfeiler des Rechtsstaates aber doch *indirekt* durch eine Praxis angetastet worden, die sich nicht mehr streng an Verfassung und Gesetz hält. Wir leben seit Jahrzehnten unter einer *schleichenden Verfassungskrise*<sup>104</sup>. Die *Legalität* mußte mehr und mehr der Zweckmäßigkeitentscheidung des Augenblicks weichen. Vor allem wurde, unter Mißachtung grundlegender Verfassungsnormen, die demokratische Rechtssetzung zurückgedrängt. Die *Volksinitiative* (BV 121) wurde durch die dilatorische Behandlung stark beeinträchtigt; das *Referendum* wurde durch eine mißbräuchliche Anwendung der Dringlichkeitsklausel in weitem Umfang suspendiert. Keine Demokratie kann zwar ohne Notrecht, Dringlichkeitsklausel und ähnliche Institutionen für Ausnahmestände auskommen; auch die demokratische Regierung kann ihre Pflichten zu Zeiten nur dadurch erfüllen, daß sie den normalen Weg der Gesetzgebung — er ist in unserer direkten Demokratie besonders lang und mühsam — verläßt und zu Notformen bzw. Ausnahmeformen greift. Nicht darin beruht die Krise der Verfassungspraxis, daß im *echten* Notstand und in der *wirklichen zeitlichen* Dringlichkeit das Grundgesetz durchbrochen, bzw. die normalen Formen der Gesetzgebung verlassen werden müssen, sondern darin, daß diese Suspension der Verfassung nicht mehr an die Bedingung des strengen Maßstabes gebunden bleibt und daß der Abbau von Notrecht und Dringlichkeitsrecht, bzw. ihre Überführung in das normale Recht, nicht mit jener Beschleunigung erfolgt wie es die echte Achtung vor dem Grundgesetz gebieten würde. Zwar ist unverkennbar, daß die *Schwierigkeiten*, die sich einer verfassungsmäßigen Staatsführung entgegenstellen, in den letzten Jahrzehnten immer größer geworden sind. Die fortschreitende Komplizierung und die sich ständig steigernde Dynamik des Staatslebens widerstrebt dem Gesetz; die Kette von Notständen erschwert die rechtsstaatliche Praxis. Aber auch dann, wenn man diese Hindernisse gebührend berücksichtigt, wird man, auf

<sup>104</sup> Nicht eine Staatskrise! Vgl. Zurück zur Verfassung! in Jahrbuch «Die Schweiz» 1947 S. 43f.; GAGLIARDI, Geschichte Bd. III S. 1738ff.

Grund einer Würdigung der Verfassungspraxis der politischen Bundesbehörden der letzten Jahrzehnte, doch zu der Feststellung gedrängt, daß *die Achtung vor Verfassung und Gesetz gesunken ist*<sup>105</sup>.

Diese Krise des Gesetzes äußert sich aber nicht nur in der mangelnden Gesetzestreue, sondern auch in jener Erscheinung, die wir als *Gesetzesinflation*<sup>105a</sup> bezeichnen möchten. Einer oberflächlichen Betrachtung könnte dieser ganze Gesetzessegen zunächst als Ausdruck eines festen rechtsstaatlichen Willens erscheinen. Aber schon die Weisheit des Altertums hat den trügerischen Glanz durchschaut: «Plurimae leges — pessima civitas», und auch die moderne Zeit hat den fatalen Zusammenhang nicht übersehen: «Wo das Recht schwach wird, türmt sich das Gesetz». Die Erkenntnis, daß die geschilderte Ausweitung der Staatsaufgaben, die wachsende Kompliziertheit und Dynamik des sozialen Lebens heute einfach mehr Gesetze erfordern, wird das vereinfachende und vorschnellende Urteil bannen. Aber die Dynamik der Gesetzgebung ist weiter gegangen als es die Bedürfnisse rechtsstaatlicher Ordnung erfordert hätten. Es werden *zu viele* und sehr oft *zu engmaschige* Gesetze und Verordnungen geschaffen. Der Geist des Reglementierens aber ist nicht der Geist des Rechtsstaates. *Unsere gesetzgebungsfreudige Zeit ist nicht auch eine gesetzessfreudige; die Gesetzesinflation hat vielmehr stark zur Abwertung des Gesetzes beigetragen.*

Die Krise der rechtsstaatlichen Gesetzgebung äußert sich weiter in der *Tendenz zur autoritären Rechtssetzung*. Wiederum ist es nicht so sehr die Praxis in jenen Zeiten, wo ein *wirklicher* Notstand zu einer weitgehenden Konzentration der Kompetenzen zwingt, als vielmehr der verlängerte Notstand, die mißbräuchliche Dringlichkeitspraxis und die Gewöhnung an den bequemeren Weg, die sich schließlich einstellt. Die autoritären Formen der Rechtssetzung aber bedeuten nicht nur eine Verletzung *demokratischer* Rechte, sondern auch eine Durchbrechung der

<sup>105</sup> Vgl. insbesondere die in Anm. 64 zit. Schriften von Z. GIACOMETTI; vgl. auch SIMONIUS, ZSR 1943 S. 546a; KÄGI, Verfassung S. 9ff., insbesondere auch die S. 12 Anm. 1 zit. Autoren.

<sup>105a</sup> Vgl. W. KÄGI, Gesetzesinflation — eine Gefahr für Freiheit und Recht, NZZ Nr. 1011 vom 14. Mai 1950.

*gewaltenteiligen* Zuständigkeitsordnung und eine Verkürzung der *rechtsstaatlichen* Garantien<sup>106</sup>.

Verschiedene *neue Formen der Rechtssetzung* sind rechtsstaatlich noch unter anderen Gesichtspunkten bedenklich. Sie beruhen zum Teil auf Delegationen und Subdelegationen; sind diese schon an sich problematisch, so werden sie durch die ausge dehnte Verwendung vollends zu einer Gefahr des Rechtsstaates. Die *Zuständigkeitsordnung* verliert ihre Festigkeit und Klarheit, in denen ihre rechtsstaatliche Bestimmung beruht. Die einheitliche Ordnung wird abgelöst durch *einen neuen Pluralismus* — *um nicht zu sagen Feudalismus* — *der Gesetzgeber und der Rechtssetzungsformen*; die Gefahr für das Recht aber liegt in der *wachsenden Unübersichtlichkeit*, in der mangelnden Einheitlichkeit wie namentlich auch in der Verzettlung der Verantwortung<sup>107</sup>.

Die Krise der Legalität tritt aber nicht nur in der Rechtssetzung, sondern *auch in der Rechtsanwendung* zutage. Wenn selbst dem Grundgesetz nicht mehr die alte Achtung entgegengebracht wird, dann wird man es auch mit den *gewöhnlichen Gesetzen* nicht mehr so genau nehmen. Nach einem fatalen Gesetz «breitet sich das Übel weiter und weiter»; die mangelnde *Verfassungstreue* im öffentlichen Leben wird auch die *Vertragstreue im privaten Verkehr* schwächen. *Wo das Ethos von Treu und Glauben aber vertan wird, entfällt das tragende Fundament einer freiheitlichen Rechtsordnung*<sup>108</sup>.

## II. Krise der Rechtsstaatsidee

Von einer *radikalen* Gefährdung des Rechtsstaates dürfte man, trotz allen Krisenerscheinungen der Praxis, erst dann reden,

<sup>106</sup> Vgl. GIACOMETTI, Festgabe für F. Fleiner (1936) S. 45 ff.; KÄGI, Verfassung S. 94 ff.

<sup>107</sup> Dieser «wilde» Pluralismus hat mit dem grundsätzlichen Pluralismus eines föderalistischen Staatsdenkens (vgl. dazu Anm. 115) nichts zu tun. — Ein wichtiges Problem im Zusammenhang mit dieser Pluralisierung der Gesetzgeber und Gesetzgebungsformen bildet die *Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen*. Vgl. dazu H. BORSCHBERG, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen im Rahmen des schweiz. Verfassungsrechtes (1945) und die dort Zit.; seither H. HUBER, Verbandsrecht und staatliches Recht in ZBl 50 (1949) S. 52 ff.

<sup>108</sup> Vgl. MARCEL BAUMANN, Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht (ZüDiss 1952).

wenn auch das *Ideal* preisgegeben wird. Das ist nun aber in der Schweiz nicht der Fall; wenngleich nicht zu verschweigen ist, daß das große Ideal auch bei uns zeitweise verblaßt ist, daß man seinen umfassenden Anspruch übersehen hat, ja, daß es sogar von einzelnen Kreisen in Frage gestellt wurde.

Die *offene* Verneinung des Ideals war allerdings selten. Das Machtsstaatsideal steht auf der ganzen Linie so sehr im Widerspruch zu unserer Staatsidee, daß dieser extreme Angriff stets nur in rechtsstaatlicher Tarnung erfolgt. Gefährlicher war die Abwertung des Rechtsstaatsideals, die *vom Ideal des Wohlfahrts- oder Sozialstaates her* erfolgte. In *verführerischen Antithesen* stellte man etwa der «bloß formalen» Demokratie die «soziale» Demokratie, dem «Rechtsstaat» den «gerechten Staat» entgegen. In solchen Antithesen war das Ideal des «Rechtsstaates» für weite Kreise gegenüber dem gefühlsmäßig viel wirksameren Postulat des «Sozialstaates» von vornherein das schwächere. Der Rechtsstaat muß in Zeiten der Bewegung immer irgendwie als Hemmnis empfunden werden; man hat auch in der Schweiz versucht, ihn als «konservatives» Ideal, als bloße «Verhüllungsideologie» des status quo, ja als reines «Klassenideal» zu entwerten.

Die geistige Abwehr dieser verhängnisvollen Antithesen blieb ohnmächtig, bis die Geschichte ihre Illusionen in einer Lektion, die in ihrer erschütternden Tragik von unerhörter Eindeutigkeit war, widerlegte. Die Erfahrung, an der sich alle diese und ähnliche Illusionen brechen müssen, ist eindeutig. *Es gibt keine wahre Demokratie ohne Rechtsstaat*; der «Sozialstaat», der den Weg des Rechtsstaates verläßt, führt zwangsläufig in die Diktatur. *Die Aufgabe unserer Zeit ist der soziale Rechtsstaat*<sup>109</sup>.

Die Rechtsstaatsidee ist aber noch von einer anderen Seite her bedrängt worden. Die *politisch-sozialen Verhältnisse* haben sich zum Teil so grundlegend verändert, daß vielfach, auch von Anhängern der Rechtsstaatsidee, die ernste Frage gestellt wird, ob der Rechtsstaat überhaupt noch möglich sei. Der *rasche Wechsel* — die Dynamik des zu ordnenden sozialen Lebens —

<sup>109</sup> Vgl. KÄGI, Rechtsstaat — Sozialstaat — sozialer Rechtsstaat! in Jahrbuch «Die Schweiz» 1945 S. 129ff.

widerstrebt mehr und mehr dem Gesetz; der Machtzuwachs des Staates (im Gefolge der Ausweitung der Staatsaufgaben) fördert die Tendenz zum Autoritarismus; die Perpetuierung des Ausnahmezustandes, in dem die Maßnahme in weitem Umfang an Stelle des Gesetzes tritt und der rechtsstaatliche Schutz des Einzelnen durch die Gebote der Staatsraison eingeschränkt wird, aber stellt vor die Frage, ob jene (relative) Normalität des sozialen Lebens, welche eine Voraussetzung für die rechtsstaatliche Normativität ist, in absehbarer Zeit überhaupt wiederkehren wird. *Zwischen der sozialen Unrast und der außenpolitischen Dynamik scheint es für den Rechtsstaat keine Chance mehr zu geben.*

Dieser *Fatalismus* wirkt, wenngleich abgeschwächt, auch über unsere Landesgrenzen hinein. Die wachsenden Schwierigkeiten, die sich der Verwirklichung des Rechtsstaates entgegenstellen, haben auch bei uns der Skepsis gerufen, die zu einer *deutlichen Schwächung des Rechtsstaatsideals* geführt hat. Diese Stimmung und Tendenz hat sich in der Schweiz seltener zu einem systematisch bewußten «Ismus» verdichtet (Dezisionismus, Pragmatismus, Utilitarismus), aber sie ist da als hemmendes Schwergewicht des Ideals. Dieses *Nützlichkeitsdenken*<sup>110</sup> behauptet zwar nicht etwa den grundsätzlichen Vorrang der konkreten Entscheidung gegenüber der Norm, wie der Dezisionismus; dieses Nützlichkeitsdenken ist überhaupt nicht prinzipiell rechtsstaatsfeindlich, aber es wertet doch auch den Rechtsstaat und seine Prinzipien und Institutionen utilitaristisch. *Die Grundwerte des Rechtsstaates werden relativiert; es fehlt dem Nützlichkeitsdenken auch der Sinn für die harte, klare Legalität.* Die Fortbildung der staatlichen Ordnung aber wird diesem Denken allzuleicht zu einer Kalkulation auf kurze Sicht, in der die rechtsstaatlichen Postulate zu wenig zählen.

<sup>110</sup> Vgl. FRANÇOIS GUIBAN in seiner denkwürdigen Abschiedsvorlesung, *Revue de Théologie et de Philosophie*, N. S. t. XXXVIII Nr. 157 (1950) S. 257ff. Unter den verschiedenen Gefahren, welche die Jurisprudenz in den letzten Jahrzehnten bedroht haben, nennt er den *Utilitarismus* (S. 260ff.) als eine spezifisch schweizerische. — Vgl. auch ED. HIS, *Geschichte* Bd. III S. 1197; GAGLIARDI, *Geschichte* Bd. III S. 1727f.; GIACOMETTI, *Vorwort zur 2. Aufl. von Fleiner, BStR* S. VIII/IX; KÄGI, *Jahrbuch «Die Schweiz»* (1947) S. 43ff.



Die letzten vierzig Jahre waren auch für den schweizerischen Rechtsstaat eine schwere Belastungsprobe. Auch unser Rechtsstaat ist *in eine ernste Krise* geraten. Unser großes Problem ist es, in immer neuer Anstrengung das Nützlichkeitsdenken durch ein grundsätzlich rechtsstaatliches Denken zu überwinden.

E. *Zeitbedingte Formeln und bleibende Postulate des Rechtsstaates*

Der Rechtsstaat ist aber nicht nur durch eine opportunistische Praxis und durch das Verblässen der Idee bedroht; seiner Verwirklichung stellen sich auch *erstarrte Formeln und falsche, Dogmatisierungen* entgegen. Die Rechtsdogmatik war oft stark eingengt durch die Zwangsjacke alter Schemata und überholter Formeln; insbesondere aber haben gestrige Formeln und Dogmen den Blick der Rechtspolitik unglücklich beschränkt. *Mit rechtsstaatlichen Prinzipien ist vielfach der Weg zum Rechtsstaat verbaut worden.* Es ist Aufgabe kritischer Besinnung, die *zeitbedingten Formeln* von den *bleibenden Postulaten* zu unterscheiden; diese Notwendigkeit zeigt sich vor allem angesichts der Postulate der Begrenzung des Staates, der Gewaltenteilung, der Gesetzmäßigkeit und des Rechtsschutzes.

1. Das *Postulat der Grundrechte* ist ein bleibendes, grundlegendes, unabdingbares Postulat des Rechtsstaates. *Die Freiheit und Würde der menschlichen Person ist der zentrale Wert und die oberste Norm des Rechtsstaates.* Der Rechtsstaat ist per definitionem ein Staat mit begrenzter Zuständigkeit.

Die große Bedrohung des Rechtsstaates kommt heute vor allem von der fortschreitenden Ausweitung und Komplizierung der Staatsaufgaben, was den Machtbereich und damit zwangsläufig auch die Tendenz zu einem rechtsstaatsfeindlichen Autoritarismus der staatlichen Bürokratie fördert. Der «*neue Leviathan*»<sup>111</sup> sucht mehr und mehr, sich den Fesseln des Rechtes zu

<sup>111</sup> Vgl. aus der ausländischen Literatur insbesondere etwa Lord HEWART, *The New Despotism* (1929); den bedeutsamen Report of the Committee on Ministers' Powers (sog. «Donoughmore Committee»), Cmd. 4060 (1932); C. K. ALLEN, *Law and Orders* (1945); WILLIAM A. ROBSON, *Justice and Administrative Law*, 3. Aufl. (1951); M. SIEGHART, *Government by Decree* (1950).

entziehen. Wenngleich die akute Gefahr heute vor allem von dieser Seite her droht, so war und ist die Auseinandersetzung über den Rechtsstaat doch stets auch durch Formeln behindert, welche das Staatsideal des Frühliberalismus zur Formel des Rechtsstaates schlechthin erhoben haben. Ist die Begrenzung des Staates durch die Grundrechte eine *conditio sine qua non* des Rechtsstaates, so ist das Postulat der prinzipiellen «Minimalisierung des Staates» — das in einzelnen neo-liberalen Thesen wieder aufgegriffen worden ist — doch eine überholte Formel. Dem modernen Staat mußten, wie wir es für den Bund aufgezeigt haben, vermehrte Kompetenzen gerade deshalb übertragen werden, um die *formal* gewährleisteten Freiheitsrechte in einer Welt ungleicher Voraussetzungen auch für die Armen und wirtschaftlich Schwächeren zu einer wirklichen Möglichkeit zu machen. Die Formel, welche den Staat auch heute auf den bloßen «Rechtswahrstaat» beschränken möchte, ist wirklich eine «reaktionäre», ja in ihren Auswirkungen geradezu rechtsstaatsfeindliche Formel. Der heutige Staat kann und darf sich, gerade wenn er Rechtsstaat sein will, nicht auf die Aufgabe der «Rechtsschutzanstalt» beschränken. Er mußte vielmehr im Interesse der Verwirklichung des Rechtsstaates weitere Gemeinschaftsaufgaben aufgreifen und sie — nun allerdings in rechtsstaatlichen Formen und mit rechtsstaatlichen Garantien — verwirklichen. Wie weit die Kompetenzen des Staates zur Erfüllung der Sozialzwecke gehen sollen, läßt sich nicht a priori und allgemeingültig sagen, sondern ist eine Frage der Wertung auf Grund der «Realien» einer bestimmten Zeit. *Unabdingbar aber ist zur Erhaltung des Rechtsstaates seine Begrenzung; die unverletzlichen Marksteine dieser Ausmarchung aber sind die Grundrechte*<sup>112</sup>.

2. Auch das *Prinzip der Gewaltenteilung* ist eine notwendige Voraussetzung jedes Rechtsstaates. Dieses Postulat aber ist in mehrfacher Hinsicht durch zeitbedingte Formeln und Schemata verdunkelt und gehemmt worden. MONTESQUIEU hat im «Esprit des Lois» noch klar unterschieden zwischen der *grundlegenden Idee* (II. Buch, 4. Kapitel), die er als allgemeine Erfahrung der

<sup>112</sup> Vgl. oben S. 188 ff. und S. 211 ff.

Völker in der Geschichte gefunden hat<sup>113</sup>: die Notwendigkeit einer Relativierung und Teilung der Macht, um ihre verhängnisvolle Eigengesetzlichkeit zu brechen; und *der Durchführung jener Idee in einer konkreten Verfassungsordnung*, die er im 6. Kapitel des 11. Buches schematisch dargestellt hat. Dieses «berühmte 6. Kapitel» unter dem Titel «De la Constitution d'Angleterre» war von Anfang an mehr als eine bloße Beschreibung der damaligen englischen Verfassung. MONTESQUIEU wollte in der Tat gewisse allgemeingültige Formeln für die gewaltenteilige Organisation des Staates geben, immer aber im Blick auf das erstrebte Ziel: *Mäßigung der Macht im Interesse der Freiheit*. Erst in der Folgezeit wurde das Schema von MONTESQUIEU zum Dogma gemacht; das, was er vor allem *als politische Klugheitsregel* verstanden wissen wollte, zur rechtslogisch *allgemeingültigen Formel* erhoben. *Der «Esprit des Lois» wurde zum eigentlichen Kanon der Gewaltenteilung; «die» Gewaltenteilung aber wurde zum Dogma des konstitutionellen Naturrechts*. Was hat man seit den Tagen der Philadelphia Convention nicht alles aus dem Prinzip der Gewaltenteilung abgeleitet! Die Dogmatik der Gewaltenteilung steht der Entfaltung der Grundidee hemmend im Weg. Es ist eine dringliche Aufgabe rechtsstaatlicher Selbstbesinnung, auch hier das Zeitbedingte vom Bleibenden zu sondern und die Idee nach zwei Seiten aus der Einengung zu befreien.

Die Gewaltenteilung darf nicht nur als Gewaltenteilung auf Grund der drei klassischen Funktionen gesehen werden, auf die sich das klassische Dogma versteift hat, sondern es muß *ibr umfassender Anspruch* wieder deutlich gemacht werden. Im Zurückgehen auf die Grundidee wird es klar, daß *jede* Machtkonzentration für die freie Gemeinschaft gefährlich ist, und daß daher die rechtsstaatliche Verfassungspolitik eines freien Volkes die Teilung und Mäßigung der Macht auf der ganzen Linie anstreben muß; das heißt neben die «klassische» *Gewaltenteilung* müssen die *anderen Gewaltenteilungen* treten, bzw. aufrechterhalten werden: zum Beispiel die Gewaltenteilung durch das Zweikammersystem, durch die bundesstaatliche Ordnung, durch Gemeindeauto-

<sup>113</sup> Esprit des Lois XI/4.

nomie und Dezentralisation, durch das Zwei- bzw. Mehrparteiensystem, eventuell durch die Relativierung privater Macht durch die Antitrust- und Antikartell-Gesetzgebung, aber andererseits auch wieder die private Wirtschaft als Gegengewicht gegen den Wirtschaftsstaat usw.<sup>114</sup> Durch die «klassische» Gewaltenteilung wurde am Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts noch der entscheidende Punkt der rechtsstaatsfeindlichen Machtkonzentration — der absolute Monarch — getroffen; heute ist dies nicht mehr der Fall. In der Abwehr der neuen Machtkonzentrationen und zumal der totalitären Tendenzen muß jene umfassendere Konzeption der Gewaltenteilung wegleitend werden. *Die freie Rechtsgemeinschaft kann nur bestehen, wo eine Mehrzahl von Machträgern (Pluralismus) der Verabsolutierung entgegensteht*<sup>115</sup>.

Aber auch die Idee der Gewaltenteilung im engeren Sinne, die «klassische» Gewaltenteilung, muß von falschen Dogmatisierungen befreit werden. Die Tatsache, daß die radikalen Gegner des Rechtsstaates in ihrem Zerstörungswerk mit scheinbar ähnlichen Kritiken ansetzen, darf von dieser Selbstbesinnung des rechtsstaatlichen Denkens nicht abhalten. Auch hier soll der kritische Nachweis der kontingenten, zeitbedingten Elemente den Blick für die apriorischen, bleibenden Elemente im Postulat der Gewaltenteilung frei machen.

*Allgemeingültig* ist auch hier die grundlegende ratio der Gewaltenteilung, daß nur die Teilung und wechselseitige Hemmung und Kontrolle der Macht zwischen verschiedenen Machträgern die Bindung an das Recht gewährleistet. Dagegen gibt es *kein allgemeingültiges Schema für die Verteilung der verschiedenen Funktionen*. Nicht nur fehlt der Dreiteilung der Funktionen der behauptete allgemeingültige Charakter, sondern es gibt auch keinen allgemeingültigen «Standard», aus dem sich die Gestaltung der Teilung und Hemmung ableiten ließe. Die meisten

<sup>114</sup> Über diese Idee der Gewaltenteilung im *umfassenderen* Sinn vgl. KÄGI, Staatsallmacht — Widerstandsrecht — Rechtsstaat, 3. Kap.

<sup>115</sup> Vgl. «Freiheit des Bürgers» S. 71 f.; ANDREAS BRUNNER, Rechtsstaat gegen Totalstaat I S. 260ff., 278f., II S. 171ff.

Folgerungen, die man im Wege solcher logischer Deduktionen aus «dem Gewaltenteilungsprinzip» mit dem Anspruch auf Allgemeingültigkeit ziehen wollte, beruhen auf einer *petitio principii*<sup>116</sup>. Insbesondere kann die Zuständigkeit — aber auch die Nichtzuständigkeit, — der richterlichen Gewalt nicht im Wege des logischen Schlusses aus «dem Gewaltenteilungsprinzip» abgeleitet werden; das ist richtigerweise eine Frage der Wertung<sup>117</sup>.

3. Auch das *Prinzip der Gesetzmäßigkeit* ist in den verschiedenen Zeiten verschieden gedeutet worden. Zwei Tendenzen, die übrigens in der problematischen Praxis der Gegenwart nebeneinander hergehen, bedrohen ihren rechtsstaatlichen Sinn: Einerseits ist es die *Tendenz zur Generalklausel*, in welcher der Gesetzgeber weitgehend abdankt. Diese «Gesetze» sind problematisch wegen ihrer Weitmaschigkeit; die Norm ergibt sich erst in der Entscheidung der «rechtsanwendenden» Behörde, die aber so Rechtssetzung und Rechtsanwendung *uno actu* vollzieht. Ist die Generalklausel als Ausnahmeerscheinung gerechtfertigt, so wird sie, zur alltäglichen Praxis erhoben, zu einer Gefahr des Rechtsstaates<sup>118</sup>.

Andererseits darf die Gesetzmäßigkeit auch nicht im Sinne der *allseitigen, engen, kasuistischen Normierung* verstanden werden. Diese Tendenz zur totalen Normativität, welche das ganze Staatsleben durch Rechtsbefehle recht eigentlich zu determinieren sucht, ist Ausdruck eines autoritär-polizeistaatlichen Geistes. Das rechtsstaatliche Gesetz wird, bei allem Willen zur generell-abstrakten Norm, jener Tendenz nicht folgen dürfen. Es ist letztlich doch

<sup>116</sup> Vgl. KÄGI, Gewaltenteilung S. 238 ff. War diese Kritik der üblichen Argumentation aus dem Gewaltenteilungsprinzip weitgehend berechtigt, so leidet die Arbeit als Ganzes, im ideengeschichtlichen wie im dogmatischen Teil, im übrigen unter der mangelnden Unterscheidung zwischen den zeitbedingten und bleibenden Elementen der modernen Gewaltenteilungslehre. Vgl. dagegen Verfassung S. 43 ff., insbesondere auch Anm. 8 auf S. 44.

<sup>117</sup> Vgl. Gewaltenteilung S. 232 ff., 240 ff.; Verfassung S. 175 ff. Das Gewaltenteilungsdogma ist immer wieder der Entwicklung der Lehre von den Rechtsquellen, vor allem einem richtigen Verständnis der richterlichen Funktion, im Wege gestanden.

<sup>118</sup> Vgl. Verfassung S. 94 ff., 99 ff.



eine absolutistische Auffassung, wenn die rechtsanwendenden Behörden als bloße «Gesetzesautomaten», der Richter lediglich als «bouche, qui prononce les paroles de la loi» (E. d. L. XI/6) gesehen werden. Die freie Rechtsgemeinschaft erfordert die Bindung — auf einzelnen Rechtsgebieten sogar die enge Bindung — an das Gesetz; aber sie sieht die «rechtsanwendenden» Behörden, insbesondere auch die Richter, nicht nur als «rechtsanwendende» Behörden, sondern immer auch als Faktoren der Gesetzgebung, die das stets unvollendete Werk des Gesetzgebers fortführen<sup>119</sup>. Im Art. 1 unseres ZGB hat dieses rechtsstaatliche Bild des Richters, der zur Mitverantwortung im Prozeß der Rechtsschöpfung berufen ist, seinen hohen Ausdruck gefunden. Und mehr und mehr wird diese gesetzgeberische Funktion des Richters in der Rechtspraxis und in der Rechtslehre vor allem auch dadurch richtiger gewürdigt, daß *die Urteile höchster Gerichte* als Rechtsquelle anerkannt werden (Präjudizien)<sup>120</sup>.

Langsam nur vermochten sich die Praxis und namentlich die Theorie aus der alten Konzeption der Gesetzmäßigkeit, die eng mit dem Dogma der Gewaltenteilung verbunden ist, zu lösen. Hier bleibt der kritischen Arbeit noch ein großes Gebiet.

4. Der *qualifizierte Rechtsschutz* ist ebenfalls ein unverlierbares rechtsstaatliches Postulat. Aber auch diese Forderung wurde lange Zeit — und zum Teil heute noch — im einseitig individualistischen Sinne eingeengt, indem man den Blick nur auf *den Rechtsschutz des Einzelnen* richtete und für die Ausübung dieser Funktion nur an das selbständige Verwaltungsgericht dachte. Durch diese «verhängnisvolle Einseitigkeit der neuen rechtsstaatlichen Lehre»<sup>121</sup> wurden die Aufgaben *des Schutzes und der Fortbildung des objektiven Rechtes* zum Teil vernachlässigt und,

<sup>119</sup> Vgl. Anm 117; EGGER, Rechtsethik des ZGB S. 43, Komm. zu Art. 1 S. 43 ff.; A. MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber (1951).

<sup>120</sup> Vgl. dazu vor allem O. A. GERMANN, Präjudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile, insbesondere der Urteile des schweiz. Bundesgerichts, ZSR 68 (1950) S. 297 ff., 423 ff., Methodische Grundfragen (1946), insbesondere S. 104 ff.

<sup>121</sup> Vgl. M. IMBODEN, Rechtsstaat und Verwaltungsorganisation (1951) S. 6.

entgegen der zentralen Absicht der Sicherung der «Herrschaft des Rechtes», die Verwaltung weitgehend «dem monokratischen Prinzip preisgegeben»<sup>122</sup>.

Gegenüber diesen einseitigen Postulaten hat die kritische Neubesinnung *die umfassendere Aufgabe* — neben dem Schutz der Rechte des Einzelnen der Schutz des objektiven Rechtes und die sachverständige Weiterbildung des Rechtes — wieder deutlicher gemacht; und neben der Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird die Notwendigkeit des Ausbaues der *verwaltungsinternen* rechtsstaatlichen Kontrollen mit Recht hervorgehoben<sup>123</sup>.

Aber solcher Befreiung von den Fesseln alter Formeln drohen neue Gefahren; die neuen Postulate, welche die Einseitigkeit der alten beheben wollen, führen leicht über das berechtigte Anliegen hinaus zu einer Gefährdung unantastbarer Elemente der Rechtsstaatsidee. So wie die — zunächst berechtigte — Korrektur der Einseitigkeiten gewisser Postulate des Individualismus schließlich zu einer Abwertung der Grundrechte geführt hat, so droht auch diesen neuen Postulaten, welche das Schwergewicht mehr auf den Schutz des objektiven Rechtes und die verwaltungsinterne Kontrolle verlegen wollen, eine neue, rechtsstaatlich bedenkliche Einseitigkeit. *Das primäre Anliegen muß der Rechtsschutz des Einzelnen sein und bleiben und auch unter den gewandelten Verhältnissen ist das unabhängige Gericht der entscheidende Hort dieses Rechtsschutzes.* Die neuen Postulate werden nur dann und nur solange heilsam sein, als sie dieses Bollwerk nicht antasten, sondern ergänzen und damit verstärken.

Zur rechtsstaatlichen Neubesinnung unserer Zeit gehört nicht nur die Klarheit über die richtungsweisende Idee, sondern auch über die Prinzipien und Institutionen, die ihrer Verwirklichung dienen. Auf der einen Seite besteht die Neigung, die gestrigen Postulate überhaupt als «überholt» beiseitezuschieben; auf der anderen Seite finden wir die Tendenz, sich um so starrer an die rechtsstaatlichen Formeln von gestern zu klammern. *Es*

<sup>122</sup> A.a.O. S. 6.

<sup>123</sup> A.a.O. S. 14; ZSR 1947 S. 8 aff.

*ist Sache kritischer Besinnung, die zeitbedingten Formeln und Dogmen auszuscheiden, um den bleibenden Sinngehalt der Idee des Rechtsstaates in schwankender Zeit um so bestimmter festzuhalten und zu neuer Entfaltung zu bringen.*

#### F. Die Aufgaben unserer Zeit

Die kleine Zwischenbilanz der rechtsstaatlichen Entwicklung unseres Bundes, die im vorstehenden versucht worden ist, möchte vor allem auch beitragen zu einer klareren Erkenntnis der Aufgaben unserer Zeit. *Es geht um die Wiederherstellung, die Festigung und die Fortbildung des Rechtsstaates.* Es ist nicht der Ort, zu zeigen, was dies im einzelnen bedeutet<sup>124</sup>, wohl aber soll abschließend das Ziel und die Notwendigkeit des Kampfes um den Rechtsstaat noch einmal verdeutlicht werden. Die klare Sicht ist vor allem nach drei Richtungen gefährdet:

1. Ein erstes ist der Einwand, daß unser Volk, um in der Bedrohung unserer Zeit bestehen zu können, vor allem einen *starken Staat* mit einer *handlungsfähigen Regierung* benötigt. Eine Zeit, in der alle Kräfte auf die Verteidigung der staatlichen Existenz ausgerichtet und konzentriert werden müssen, sei wenig geeignet für rechtsstaatliche Reformen und Experimente.

Gegenüber diesen weitverbreiteten Einwänden ist zunächst einmal darauf hinzuweisen, daß «Rechtsstaat» und «starker Staat», *richtig verstanden, nicht einen Gegensatz darstellen.* Das Postulat des Rechtsstaates ist, wie früher schon gezeigt, nicht identisch mit dem (frühliberalen) Postulat der «Minimalisierung der Staatsgewalt»; der Rechtsstaat ist auch nicht ein «System gegen den Staat». Auch unsere Demokratie bedarf, um sich in einem radikal bedrohten Kontinent zu behaupten, einer handlungsfähigen Staatsgewalt, der die nötigen Kompetenzen eingeräumt sind und die nötigen Mittel zur Verfügung stehen. «Starker

<sup>124</sup> Vgl. dazu namentlich die in Anm. 73 und 76 zit. Berichte von IMBODEN, ZWAHLEN, PANCHAUD und NEF; weiter: H. HUBER, Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund und Kantonen (Basel 1950); W. KÄGI, Der Ausbau unseres Rechtsstaates — ein imperatives Gebot, NZZ Nr. 2354 vom 3. November 1950.

Staat» und «Rechtsstaat» schließen sich keineswegs a priori aus; angesichts der ausgeweiteten Kompetenzen bleiben die rechtsstaatlichen Forderungen nicht nur bestehen, sondern werden noch dringlicher. Selbst der *Ausnahmezustand* bedeutet nicht eine völlige Abdankung des Rechtsstaates, sondern nur eine mehr oder weniger weitgehende Suspension. Zwar treten die rechtsstaatlichen Garantien im Notstand zurück, aber der gesunde, eingewurzelte Rechtsstaat wird sich nicht nur darin bewähren, daß er möglichst bald zum rechtsstaatlichen Normalzustand zurückstrebt («Abbau des Notrechtes»), sondern er wird auch während des Notstandes gewisse Ersatzformen einer (rudimentären) rechtsstaatlichen Kontrolle entwickeln oder sie zumindest nachträglich geltend machen<sup>125</sup>.

Gegenüber den Tendenzen aber, welche das staatliche Handeln heute allein nach den Geboten der Existenzhaltung ausrichten wollen und das Gebot der Legalität demgegenüber bagatellisieren, muß immer wieder daran erinnert werden, *daß es nicht nur eine Staatsraison sondern auch eine Rechtsraison gibt*. Dem Glauben an die Taktik setzt sie den Glauben an die Gerechtigkeit entgegen: «Was gerecht ist, ist auch klug!» (RUDOLF SOHM); der Politik, die dem bequemen Zickzackpfad der Opportunität folgt, stellt sie eine Politik der Grundsätzlichkeit gegenüber. Das Argument der momentanen Zweckmäßigkeit hat zumeist eine größere Evidenz als das Argument der Legalität und Verfassungstreue; aber alle verantwortliche Politik darf selbst in den Entscheidungen der Notzeiten die Erhaltung der dauernden Fundamente nicht aus dem Auge verlieren. *In diesem Sinne ist die Rechtsraison die wahre Staatsraison des Rechtsstaates*<sup>125a</sup>.

<sup>125</sup> Nicht minder wichtig als die theoretische Auseinandersetzung mit dem Problem des Notrechtes ist die praktische Frage der rechtsstaatlichen Eingrenzung und Kontrolle der Ausnahme Gewalt. In dieser Beziehung bedeutet die «Ausnahmeverfassung» des 2. Weltkrieges doch einen gewissen Fortschritt gegenüber der Ordnung des 1. Weltkrieges. Vgl. dazu nun MARKUS HEFTI, Rechtsstellung und Tätigkeit der Vollmachtenkommissionen der eidgen. Räte im zweiten Weltkrieg und in der Nachkriegszeit (ZüDiss 1951).

<sup>125a</sup> Über die *Bedeutung der Legalität für das Staatsleben* sehr eindrücklich ANDRÉ PANCHAUD, ZSR 1950 S. 17aff., 132a III: «*Lutter pour le respect de la Constitution, c'est lutter pour l'existence même de la Suisse!*»

Und was endlich den Einwand betrifft, daß unsere unruhige und bedrohte Zeit nicht geeignet sei zum Ausbau des Rechtsstaates, so hat die Geschichte die Antwort auf solchen Kleinmut gegeben: Die großen Taten unserer Verfassungsgeschichte wurden in *Zeiten großer und größter Gefahren* vollbracht. Keiner Zeit aber war die Aufgabe der Erhaltung und des Ausbaues des Rechtsstaates so imperativ gestellt wie der unsrigen.

2. Die Erkenntnis der rechtspolitischen Aufgabe wird aber weiter dadurch beeinträchtigt, daß sie *zu wenig umfassend gesehen* wird. Die politische Aktion greift gewöhnlich ein bestimmtes Postulat heraus, zum Beispiel die Verfassungsgerichtsbarkeit oder die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Obwohl es sich hier um zwei bleibende, ganz zentrale Postulate des Rechtsstaates handelt, ist doch die Forderung der Idee des Rechtsstaates — wie wir zu zeigen versuchten (vgl. A) — eine viel umfassendere; eine grundsätzliche Besinnung wird daher *auch die Postulate de lege ferenda in ihrem Zusammenhang sehen und würdigen* müssen. So muß neben dem Schutz der *subjektiven* Rechte auch der Schutz und die Fortbildung des *objektiven* Rechtes im Auge behalten werden; und die Fortbildung der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit darf nicht von der anderen Aufgabe, dem Ausbau der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege, ablenken.

Der Ausbau des Rechtsschutzes muß übrigens im weiteren Rahmen einer Neugestaltung der Gewaltenteilung gesehen werden. Die verfassungsmäßige Ordnung ist durch die tatsächliche Entwicklung in weitem Umfang überholt; die grundlegende Idee drängt nach der *Gestaltung eines neuen wirksamen Systems der Gewaltenteilung und -hemmung* zwischen Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesgericht. Insbesondere ist auch eine Ausweitung der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit doch wohl nur möglich, wenn gleichzeitig *die Wahlart des Bundesgerichtes* in einer Weise verändert wird, welche eine bessere Auswahl seiner Mitglieder und eine größere Unabhängigkeit gegenüber der Bundesversammlung gewährleistet<sup>126</sup>.

<sup>126</sup> Vgl. KÄGI, Jahrbuch «Die Schweiz» 1943 S. 62f., Der Rechtsstaat als Bollwerk der Freiheit (1951). Sep. Abdr. S. 18; NEF, ZSR 69 (1950) S. 288ff.



Ein weiteres rechtsstaatliches Reformpostulat betrifft *die Neugestaltung der Gesetzgebung*. Wenngleich es auch hier kein bloßes Zurück zu den Anfängen mehr gibt, so ist doch die Forderung der *Vereinfachung und Klärung* nötig und erfüllbar<sup>127</sup>. Anstelle der «Feudalisierung der Rechtssetzung» muß wieder eine gewisse Konzentration treten; die Vielzahl der Rechtssetzungsformen muß auf wenige klare Typen reduziert und die Hierarchie der Rechtsnormen — auf der Grundlage des Verfassungsgesetzes — wieder hergestellt werden. Das ordentliche Recht bedarf der Sicherung gegen das Ausnahmerecht (außerordentliche Vollmachten, Dringlichkeitsklausel) und seine Tendenz zur Übermarchung und Beharrung<sup>128</sup>. Nur in solcher Ordnung kann die Legalität neu gefestigt werden.

Eine weitere rechtsstaatliche Forderung ist die *klare rechtliche Festlegung der Verantwortlichkeit*. Dazu ist einerseits nötig die erwähnte Klärung und verfassungsmäßige Ausscheidung der Zuständigkeiten, andererseits aber die Verbesserung der Gesetzgebung betreffend die Verantwortlichkeit des Bundes für die Amtsführung seiner Behörden und Beamten<sup>129</sup>. Das Bundesgesetz vom 9. Dezember 1850 vermag gegenüber der ausgeweiteten Bundesgewalt unserer Zeit nicht mehr zu genügen. Die Freiheit des Bürgers ist nur in einem Staat gewährleistet, wo auch die «obersten Behörden» verantwortlich sind und ins Recht gefaßt werden können.

Zu einer kommenden Flurbereinigung unseres Rechtsstaates gehört endlich auch die Verbesserung des Schutzes der persön-

<sup>127</sup> Vgl. die in Anm. 124 erwähnten Berichte. — Eine wichtige Maßnahme im Dienste dieser Klärung des Rechtes liegt bereits in der «Bereinigung» der Gesetzessammlungen. Vgl. dazu FELIX WEBER, ZSR 69 (1950) S. 251 ff. (Gegenüber der Kritik auf S. 262, daß dies in meiner Abhandlung über die «Gesetzesinflation» in NZZ Nr. 1011 vom 14. Mai 1950 übersehen worden sei, darf ich auf Sp. 4 verweisen.)

<sup>128</sup> Vgl. den neuen Artikel 89 bis vom 11. September 1949; dazu GIACOMETTI, SJZ 1950 Heft 6 und ZBl Bd. 51 (1950) Heft 10; E. RUCK in «Freiheit des Bürgers» S. 90 ff.

<sup>129</sup> Vgl. dazu ANDRÉ PANCHAUD, NZZ Nr. 2619 vom 26. November 1951; H. HUBER, Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund und Kantonen (1950) S. 16; E. RUCK a.a.O. S. 92 ff.

lichen Freiheit im engeren Sinne (Habeas Corpus)<sup>130</sup> und die Überprüfung einiger Ungleichheiten und Ausnahmebestimmungen unserer Rechtsordnung: die *rechtliche Zurücksetzung der Frau*, insbesondere in den politischen Rechten; das *Schächtverbot* (BV Art. 25 bis); das *Jesuiten- und Klostersverbot* (BV Art. 51/52). Muß nicht die älteste Demokratie ernstlich daran gehen, die Rechtsungleichheiten der Frau zu beseitigen und ihr schrittweise das politische Mitspracherecht einzuräumen? Ist das Schächtverbot, das eine Minderheit in der Religionsfreiheit beeinträchtigt, angesichts der neuen technischen Methoden noch berechtigt? Gebietet nicht der Geist des liberalen Rechtsstaates — was immer zur historischen Rechtfertigung gesagt werden mag — *heute* die Beseitigung der konfessionellen Ausnahmebestimmungen von BV 51/52? Nicht um den Rechtsstaat schutz- und wehrlos zu machen! Aber anstelle der Verbotsnorm, die einen historischen Gegner trifft, soll das Grundgesetz eine Norm enthalten, die es erlaubt, gegen *jeden* vorzugehen, der den konfessionellen Frieden, bzw. die staatliche Ordnung wirklich gefährdet.

*Die Beseitigung solcher Ausnahmebestimmungen und Ungleichheiten führt zu einer Verstärkung der inneren Front des Rechtsstaates.*

3. Nachdem wir die Notwendigkeit und die Möglichkeit institutioneller Reformen kurz aufgewiesen haben, ist aber auch auf *die Grenzen aller institutionellen Reform* hinzuweisen. Es gibt auch in der rechtsstaatlichen Ordnung immer einen Punkt, wo die Garantie für die Gesetzmäßigkeit nicht mehr in der Institution, sondern allein in der Person — im «normgemäß gestimmten Willen» (GEORG JELLINEK) — gesucht werden kann. Auch der Kampf gegen die Gesetzesinflation ist nicht so sehr eine Sache institutioneller Vorkehrungen als vielmehr der Selbstdisziplinierung des Gesetzgebers. Und endlich wird auch die Zukunft der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit bei aller notwendigen Ausweitung der Kompetenzen doch vor allem davon abhängen, ob es gelingt, unserem obersten Gerichtshof gegenüber den vielerlei «Ansprüchen» der Parteien, Landesgegenden und

130 Vgl. «Freiheit des Bürgers», M. BRIDEL S. 110f; C. LUDWIG S. 271 ff., 276 ff.

Sprachen den einen entscheidenden Anspruch auf eine Elite der Fähigkeit und des Charakters zu sichern.

*So liegt das Entscheidende für die neue Festigung und Fortbildung des Rechtsstaates darin, daß die Idee des Rechtsstaates neu lebendig wird, — bei den Juristen, bei den Behörden, im Volk.* Es geht darum, daß die Idee, aus gestrigen Formeln befreit, wieder in ihrem umfassenden Sinn erfaßt und dem Volk<sup>131</sup> neu nahe gebracht wird: *Der Rechtsstaat als Voraussetzung der freien Gemeinschaft.*

Dieser Kampf um den Rechtsstaat, vor den sich jede Generation wieder neu gestellt sieht, ist eine sehr nüchterne praktische Aufgabe. Er erfordert bei uns heute nicht den Heroismus des Barrikaden-Kämpfers, wohl aber den unbeirrbaren Willen zum Recht und zur Gerechtigkeit. Seine Siege werden dort erfochten, wo das Recht über die Willkür, die Grundsätzlichkeit über den Opportunismus dominiert. Und seine wahren Feste werden dort gefeiert, wo sich im schlichten Alltag die Selbstherrlichkeit des Rechtes, ohne Ansehen der Person, behauptet, wo der Arme und der Reiche, der Schwache und der Starke wirklich gleich behandelt werden, wo das Recht in jedem Menschen respektiert wird. Das höchste Lob des Staates aber ist, daß er sich, seiner Schranken bewußt, als «rauhe Hülse um den Kern des Lebens», als *Hort der Menschlichkeit* bewährt.

Indem wir aber auf unserem kleinen Fleck Erde den Rechtsstaat erhalten und neu festigen, arbeiten wir zugleich an jenem Fundament, auf dem allein schließlich eine tragfähige *völkerrechtliche Ordnung* möglich sein wird.

<sup>131</sup> *Hier liegt eine der großen überparteilichen Aufgaben unserer Zeit.* — Nach einem Zeitalter, das stark im Banne des Glaubens an Organisation und Institution gestanden hat, erinnern wir uns wieder, daß bereits RUDOLF V. IHERING die Notwendigkeit eines «*Rechtskatechismus für das Volk*» klar erkannt hat (Zweck im Recht, Neudruck (1923) Bd. I S. 436).