

## Werk

**Titel:** Die Gerichtsbarkeit des eidgenössischen Bundes nach heutigem schweizerischem Staa...

**Autor:** Vogt, G.

**Ort:** Tübingen

**Jahr:** 1857

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345616871\\_0013|log20](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345616871_0013|log20)

## Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.  
SUB Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 1  
37073 Göttingen

✉ [info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

## Die Gerichtsbarkeit des eidgenössischen Bundes nach heutigem schweizerischem Staatsrecht.

---

Von **G. Vogt**, Staatsanwalt und Privatdozent in Bern.

---

### Erster Abschnitt.

#### Einleitende Bemerkungen; historische Antecedentien.

Der richterliche Zweig der Staatsverwaltung erhält in föderativen Staatenverbindungen (Bundesstaat und Staatenbund) dadurch, dass in Streitigkeiten unter einander die einzelnen Gliedstaaten an die Entscheidung des Bundes verwiesen werden, eine Ausdehnung, welche in gleicher Art dem einfachen Staate nicht bekannt ist. Allerdings kann es auch im einfachen Staate vorkommen, dass dessen Gerichte über civilrechtliche Anforderungen eines fremden an den eigenen Staat zu urtheilen haben; allein in solchen Fällen unterwirft sich der fremde Staat freiwillig dem Gerichtsstand des Beklagten, während im Föderativstaat beide Theile als Parteien und kraft einer über Beiden stehenden Justizhoheit einem bestimmten Gericht *de jure* unterworfen sind. Alsdann wird in Conflicten staatsrechtlicher Natur mit einem andern Staat ein selbstständiges Gemeinwesen nie den eigenen Standpunkt und das Maass von Hoheitsrechten, welches es gemäss seiner Verfassung in Anspruch nimmt, von dem Urtheil des Gegners abhängig machen, oder wenigstens, wenn es faktisch einer solchen Demüthigung nicht ausweichen kann, in der äusseren Form dem Zugeständniss den Schein freier Entschliessung zu wahren suchen: der föderative Verband dagegen, selbst wenn

er noch so locker ist, übt auch in solchen Streitfragen ein Recht der Entscheidung aus oder verhindert zum Mindesten eine Erledigung des Streites auf dem Wege, der souveränen Staaten offen steht, demjenigen der Eigenmacht. Der Bestand des Bundes involviret also unter allen Umständen ein Verbot der Selbsthülfe unter den Gliedstaaten. Wenn Kant <sup>1)</sup> nach seiner scharfen Kritik des Völkerrechtes den Mängeln desselben seinen Vorschlag eines föderativen Bundes unter den civilisirten Staaten entgegenstellt, so hat er damit das wesentliche Merkmal, durch welches föderative Staatsformen von ihren nächsten Voraussetzungen sich abheben, ganz richtig bezeichnet. In der That, die Negation des Völkerrechtes ist der erste Schritt zur Begründung eines Föderativstaates. Mit dem völkerrechtlichen Naturzustand, in welchem die Autorität des Rechtes nicht weiter reicht, als die Anerkennung, welche aus freien Stücken und gleichsam auf Kündigung von jedem einzelnen der souveränen Individuen, für welche es die allgemein verpflichtende Regel sein will, seinen Geboten gezollt wird; in welchem das einzige rechtliche Zwangsmittel in der ihrer Natur nach widerrechtlichen Selbsthülfe besteht; wo der Sieg das Recht, und nicht das Recht — vielleicht das Recht der Weltgeschichte, aber wenigstens nicht das, welches die Gegenwart als solches erkennt und fordert — den Sieg bestimmt — ist eine dauernde nicht nur auf wechselnde Interessen, sondern auf rechtliche Normen begründete Einigung unter verschiedenen Staaten unvereinbar. Erst dann ruht eine solche Conföderation auf sicherem Fundament, wenn ein grundsätzlicher Verzicht auf alle Eigenmacht von allen Bundesgliedern ausgesprochen worden ist. Die Streitigkeiten unter den Einzelstaaten sind daher — wenn auch schon im Staatenbund, und in weit höherem Grade im Bundesstaat, noch andere Gegenstände dem richterlichen Entscheid des Bundes zugetheilt werden — doch immerhin derjenige Stoff, an welchem sich zuerst die Nothwendigkeit richterlicher Kompetenzen des Bundes zeigt.

Die Entstehungsgeschichte von Föderativstaaten folgt im Allgemeinen dem nämlichen Gang wie die Bildung der Staaten

---

1) Sämmtl. Werke, Ausgabe von Hartenstein, Bd. V, S. 429.

überhaupt. Die werdende Staatsgewalt empfing ihren ersten Inhalt theils durch das Bedürfniss gemeinsamer kriegerischer Abwehr und Abschliessung der politischen Individualität gegen Aussen hin, theils durch das Verlangen nach Frieden im Innern dieses Verbands und der daraus erwachsenen Anordnung von Recht und Gericht. Analog ist die Entwicklung im Föderativstaat. Der erste ewige Bund der drei Waldstätte z. B. vom 1. August 1291 <sup>1)</sup> ist zunächst ein Schutz- und Trutzbündniss gegen auswärtige Feinde, und immer entschiedener tritt schon in den nächsten Bündnen und im weiteren Verlauf der Schweizergeschichte bis zur endlichen Ablösung vom deutschen Reich dieses Bewusstsein der Solidarität der Interessen gegenüber dem Ausland auf. Aber ein nicht minder fruchtbarer Keim der Zukunft liegt in derjenigen Bestimmung dieser ältesten Urkunde des Schweizerbundes eingeschlossen, durch welche ein Feld für die Thätigkeit einer centralen Bundesgewalt — deren Bestand freilich noch mit keiner Silbe angedeutet ist — eröffnet wird, in dem Artikel nämlich: „*Si vero dissensio suborta fuerit inter aliquos conspiratos (= conjuratos, Eidgenossen), prudentiores de conspiratis* („die besten und witzigsten“ heisst es im Bunde von 1315) *accedere debent ad sopiendam discordiam inter partes, prout ipsis videbitur expedire; et quae pars illam respueret ordinationem, (ei) alii contrarii debent fore conspirati* <sup>2)</sup>.“ Gemeinsames einträchtiges Handeln nach Aussen hin, Begründung eines Friedenszustandes im Innern durch Erschliessung eines Rechtsweges und Garantirung der Kraft des richterlichen Spruches, und dieses Beides unter dem Gesichtspunkt eines unauflöslichen Bandes aufgefasst — darin liegt bereits

1) Abgedruckt in (Kopp) Amtliche Sammlung der älteren eidg. Abschiede, Beilagen S. III; Bluntschli, Geschichte des schweizer. Bundesrechtes, II, S. 1 f.

2) D. h. wenn einer der streitenden Theile sich dem Spruche nicht fügen will, sollen alle übrigen Eidgenossen ihn dazu nöthigen; Johann von Müller, Schweizergesch., Thl. I, Kap. 18 bei Note 41, und Blumer, Staats- und Rechtsgesch. der schweiz. Demokratieen, I, S. 132, übersetzen die Stelle richtig, nicht auch Bluntschli, Geschichte des schweiz. Bundesrechtes, I, S. 63.



eine Abstreifung des bloss völkerrechtlichen Charakters, eine Ueberwindung des Gedankens isolirt nebeneinander bestehender Souveränitäten durch die Idee eines staatlichen Verbandes, in welchen sie sich zusammenschliessen sollen<sup>1)</sup>,

Noch in anderer Hinsicht bietet der einfache Staat Parallelen. Es genügte nicht, dass eine einheitliche Macht vorhanden war, welche die Willkür und Eigengewalt zu bändigen hatte; es mussten überdiess, wenn nicht alle Freiheit der Einzelnen diesem Leviathan geopfert werden sollte, seiner Wirksamkeit Grenzen gesetzt, dem Recht des Staats gegenüber dasjenige der Individuen festgestellt werden. Und die Garantie und Schutzwehr dafür, dass der Staat diese Grenze nicht überschreite, suchte man — merkwürdig genug — darin, dass man gerade diejenige staatliche Funktion, welche den härtesten und langwierigsten Kampf<sup>2)</sup>

---

1) Bündnisse, wie dasjenige der drei Länder Uri, Schwyz und Unterwalden, waren im Mittelalter eine sehr gewöhnliche Erscheinung; ihre Häufigkeit sowie die für unsere Anschauungsweise so auffallende Passivität, welche die centralen politischen Gewalten diesem zersplitternden sonderbündischen Geiste gegenüber an den Tag legen (siehe z. B. die bei Eichhorn, Rechtsgeschichte, § 346 not. g. citirten Stellen aus dem „Kaiserrecht“), erklärt sich daraus, dass das Feudalsystem den Gedanken der Souveränität des Staates überhaupt noch nicht ausgebildet hatte. Die staatliche Einheit setzt einen Organismus voraus; der Feudalstaat aber hatte keine Organe, sondern bloss quantitative Theile, jeder in seinem territorialen Kreise die Gesamtheit der staatlichen Hoheitsrechte ausübend. Dass der Schweizerbund sich erhielt, während alle gleichartigen Bündnisse untergingen, dazu hat seine republikanische Verfassung wesentlich mitgewirkt: wo schon das Leben im engeren Kreise Unterordnung der Minderheit unter die Mehrheit lehrt, erscheinen die Beschränkungen, welche der Bund der Kantonsouveränität auferlegt, unter dem nämlichen Gesichtspunkt und werden leichter ertragen, als von dem monarchischen Regenten eines Gliedstaates, von welchem, weil er persönlich die Einheit der Staatssouveränität vorstellt, die Pflichten gegenüber dem Bund mit der Lebendigkeit individueller Empfindung als eine Fessel seiner Freiheit angesehen werden. Bei anderen dieser Bündnisse lag der Grund ihres Untergangs darin, dass sie unablässige Theile eines grösseren Organismus waren und ihre Existenz mit der Schliessung dieser Organismen zu Staaten nicht mehr vereinbar war.

2) K. S. Zachariä (vierzig Bücher vom Staate, Bd. IV, Seite 51) macht aufmerksam, dass sogar noch im französischen *Code civil* eine Spur des Rechts der Blutrache sich finde, in der Vorschrift nämlich, dass ein

gegen das Princip der Selbsthülfe und die darin wurzelnde Ungebundenheit der individuellen Kraft ausgefochten hatte, erhöhte und befestigte. Es sollte nicht nur gerichtet werden, sondern überdiess noch besondere Behörden, selbstständig und unabhängig von allen übrigen staatlichen Potenzen, ausschliesslich mit dem Amt des Richtens betraut werden. Lange bevor Montesquieu mit der Forderung einer durchgängigen begrifflichen Gliederung der gesamten Staatsverwaltung auftrat, hat sich diese Abtrennung des richterlichen Zweiges von den übrigen staatlichen Organen, welche er als eine der Consequenzen der von ihm versuchten Lösung des Problems der Gewaltentheilung hinstellte, vollzogen. Montesquieu selbst <sup>1)</sup> führt Stellen aus Tacitus an, in welchen das Bewusstsein von dem hohen Werth einer den Machtgeboten der politischen Gewalthaber entzogenen Verwaltung des Richteramts sich kund giebt, und ähnliche Nachweise liessen sich fast aus allen Ländern und Zeiten beibringen. Heutzutage ist die Theorie Montesquieu's von der Gewaltentheilung beinahe zur Antiquität geworden, und dennoch ist unter seinen politischen

---

mehrfähriger Erbe, welcher Kenntniss hat von der Ermordung des Verstorbenen und die Mörder nicht gerichtlich verfolgt, seines Erbrechtes verlustig geht (*Code civil*, art. 727, nr. 3).

1) *Esprit des lois*, VI, 5. — Ein noch bemerkenswertheres Beispiel aus der antiken Welt ist in Persien die Stellung des Kollegiums der königlichen Richter zur despotischen Königsgewalt (Herodot, III, 31; VII, 194) s. Leo, Universalgeschichte, I S. 122. — In Deutschland war der Kaiser oberste Quelle aller Gerichtsbarkeit, allein er war nicht zur Einmischung in die Rechtsprechung befugt, sondern besass bloss die „Gerichtsherrlichkeit“ (Herrmann, im Archiv des Kriminalrechts, 1852, S. 299 ff.), in Folge deren er nur die zur gerichtlichen Erledigung der Rechtssachen erforderlichen Veranstaltungen zu treffen, nicht diese Erledigung selbst vorzunehmen berechtigt war (Zöpfel, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, II, 2 S. 135). Bloss beim Reichshofrath fand, in Folge der sogen. *Vota ad Imperatorem*, durch welche namentlich auch alle Strafsachen von Reichsunmittelbaren dem Kaiser zur Beurtheilung anheimgegeben wurden, Ausübung der eigentlichen Rechtsprechung durch den Kaiser selbst statt (Zöpfel, Staatsrecht I, § 84 not. 9, § 99, XIII, und § 100, XII); obwohl diese *Vota ad Imperatorem* Ausnahme waren, so hat doch mit aus diesem Grunde der Reichshofrath Ehre und Reputation im deutschen Reiche eingebüsst (Perthes, das deutsche Staatsleben vor der Revolution, S. 19 ff.).

Gegnern kaum einer — so absonderliche Propheten, wie K. L. von Haller etwa ausgenommen — der nicht der richterlichen Gewalt eine ebenso freie Stellung wie er zugestände. Die Natur der richterlichen Funktion und das unmittelbare Bedürfniss, nicht politische Systeme und Lehrsätze, haben diess auf dem Felde der Staatswissenschaft so seltene Ergebniss fast allgemeiner Uebereinstimmung hervorgebracht.

Einer ganz ähnlichen Erscheinung begegnen wir im Föderativstaat. Was hier zunächst den Bundesstaat anbelangt, so ist es nicht auffallend, dass in diesem gleich wie im einfachen Staate eine selbstständige Organisation der Rechtspflege besteht, denn hier ist der Centralstaat selbst ein vollständiger Staatskörper, der die Anforderungen an eine begriffsgemässe Gliederung des Staatsorganismus befriedigen kann und befriedigen muss. Im Staatenbund dagegen verschwindet diese Gleichartigkeit der theoretischen Voraussetzungen. Hier ist die Centralgewalt nicht ein Staat für sich, sondern eine Zusammensetzung von Rechten, welche die Gliedstaaten aus freiem Entschluss durch vertragsmässige Einigung abgetreten haben; der Staatenbund kann sich daher auch mit einer einzigen, alle Rechte des Bundes in sich vereinigenden Centralbehörde begnügen. Wohl gibt es bei dieser Uebertragung von Rechten an das Centrum Grenzen; zunächst eine Grenze nach unten, ein Minimum — allermindestens nämlich muss ein Bündniss, durch welches Staaten auf immer ihre völkerrechtliche Sonderexistenz aufgeben\* (nämlich durch den prinzipiellen Verzicht auf alle Selbsthülfe), sie allen anderen Staatsindividualitäten gegenüber in Ein ungetheiltes Ganze zusammenfassen<sup>1)</sup>, und schon dadurch sind gewisse Rechte der

---

1) Schon Polybius bemerkt in seiner allgemeinen Charakteristik des achäischen Bundes (II, 37, 11), derselbe habe sich von einer einzigen Stadt nur noch dadurch unterschieden, dass nicht dieselbe Ringmauer die Achäer umschloss. Ausdrücklich bestätigt Pausanias (VII, 9), dass nur der Bund und keine einzelne achäische Stadt berechtigt war Gesandte abzusenden. — Dass der Föderativstaat ein vollständiges Abgeben der Souveränität nach Aussen an den Bund erfordere, bemerkt auch Zachariä (40 Bücher vom Staate, Bd. V, S. 169 ff.); Zöpfl (Staatsrecht, Bd. I, § 64, VI), welcher diess nicht zugibt, geräth dabei in Widerspruch mit sich selbst, indem er in

inneren Staatsverwaltung ins Dasein gesetzt. Die Grenze nach Oben dagegen ist der Bundesstaat, und was jenes Minimum überschreitet, ohne doch in den Bundesstaat zu führen, ist ein willkürliches nicht mehr durch das Wesen des Staatenbundes bestimmbares Mehr oder Weniger. Einer solchen Gestaltung mit einem bloss relativen Maass staatlicher Attribute müsste man begriffliche Gesichtspunkte, wie die Lehre von der Gewaltentheilung, aufnöthigen: innerhalb ihrer ist dafür keine Stelle. Trotz dieses Mangels einer Nöthigung durch seine politische Theorie, und ebenso unabhängig von derselben wie in seinen ersten Perioden der einfache Staat, sondert auch der Staatenbund die Träger der Bundesgerichtsbarkeit ab von der einen Centralbehörde. Wie diese Thatsachen, so harmoniren auch die Motive. Dem Richter nämlich ist die lohnende Aufgabe zugefallen, dem Einzelnen schützend zur Seite zu stehen in Allem, worin dieser in seinem angeboren nicht erst durch den Staat verliehenen Recht sich weiss. Der Spruch des Richters sichert das Eigenthum; er hält die Rechte des Familienverbandes, in welchem der Einzelne ein geheiligtes, allen Eingriffen Anderer wie des Staats verschlossenes Asyl sucht, aufrecht; die Strafgerichtsbarkeit endlich wendet sich gegen Handlungen, deren Strafwürdigkeit nicht erst das staatliche Gesetz, sondern schon das eigene Gewissen jedem Einzelnen ankündigt <sup>1)</sup>. Man sollte, bei abstrakter Ansicht

§ 112, IV, den deutschen Bund in seinen Verhältnissen nach Aussen als eine in politischer Einheit verbundene Gesamtheit definirt. Richtiger wäre es vielleicht gewesen, diese Bezeichnung auf den Staatenbund im Allgemeinen anzuwenden und zuzugestehen, dass der deutsche Bund, namentlich um der europäischen Stellung seiner beiden Grossmächte willen, nicht einmal das Minimum der Anforderungen an einen Staatenbund in dessen Beziehungen zum Ausland erfülle. Ein weiterer Grund dieses Mangels liegt wie uns scheint darin, dass überhaupt mit monarchischer Verfassung der Gliedstaaten ein wahrer Föderativstaat nicht zusammen bestehen kann — ein Satz, auf welchen, obwohl er nicht geradezu ausgesprochen wird, auch die Bemerkungen über Bundesreform in der „Realpolitik“ (Stuttgart 1855) S. 70 ff. hinauslaufen. Auf eine nähere Motivirung dieses Satzes einzutreten ist hier nicht der Ort.

1) Bei tieferer Betrachtung stellt sich dabei denn freilich heraus, dass in Wahrheit doch erst das Leben im Staate Manches schafft, was der Einzelne rein aus sich selbst zu haben meint, und dass das Gewissen nicht rein

der Sache, denken, in Conflicten der Gerichte mit der Regierungsgewalt würde die öffentliche Meinung auf Seite der letzteren stehen: denn die Regierung setzt sich eine positive Förderung der Zwecke des Individuums zur Aufgabe, die kalte Logik eines Gerichtshofes dagegen kennt keine Rücksichten auf Wohl und Wehe der Einzelnen. Demungeachtet zeigt uns die Erfahrung überall das Gegentheil <sup>1)</sup>, und der Grund davon ist darin zu suchen, dass dem Richter sein Amt keine Pflichten auferlegt, die im Widerspruch stehen könnten mit dem individuellen Recht der Parteien, während umgekehrt die Regierung schon in ihrer Fürsorge für die Einzelnen der freien Selbstbestimmung derselben einen Zwang und gewisse Schranken auferlegt, noch mehr da, wo sie als Vertreterin des Staats-Ganzen dessen Interessen und Bedürfnisse durchzusetzen und Sonderstrebungen der Individuen, so weit sie diesem Ziele Hindernisse in den Weg legen, zu brechen hat. — Alle diese Einflüsse kehren in etwas veränderter Gestalt im Staatenbunde wieder. Die hier entstehenden Conflicte unter den Gliedstaaten betreffen meist ein staatliches Hoheitsrecht, über dessen Existenz oder Ausdehnung von beiden Seiten unvereinbare Meinungen behauptet und zur Richtschnur des Handelns genommen werden, und da der Bund nicht befugt ist, von sich aus die Grundsätze des kantonalen Staatsrechtes zu

---

und ausschliesslich aus der Spontaneität des Ich stammt — ein Kaspar Hauser z. B. kann von der Immoralität eines Diebstahls keine Vorstellung haben; es gibt also eine Weise, in welcher die Politik — diess Wort im antiken Sinne genommen — das Gewissen erweitert, ohne doch darum von unsittlichem Gehalt zu sein.

1) Unter den wenigen Ausnahmen von diesem Satze sind diejenigen Akte der Kabinetsjustiz zu nennen, welche Friedrich der Grosse, sonst ein grundsätzlicher Feind solcher Eingriffe in die Justiz, sich erlaubte; dabei ist aber wohl in Anschlag zu bringen, dass in solchen Fällen (sowohl in der Müller-Arnold'schen Sache, als in dem in Kleins Annalen, IX, Seite 301 f., referirten Falle) Friedrich das natürliche Recht, namentlich die natürliche Rechtsgleichheit vertrat gegen eine, wie er glaubte, servile oder verstockte Justiz. Seine Handlungsweise machte dem edlen Menschen zu grosse Ehre, als dass man sie dem König als ein Vergehen anzurechnen gewagt hatte. — Solche Kabinetsjustiz aus Eifer für die Reinheit der Rechtspflege ist eben auch eine Seltenheit.

bestimmen und die Kantonalverfassungen alle über Einen Leisten zu schlagen, so fehlt es in solchen Conflicten meist an positiven Normen für die Beurtheilung. Und doch ist jede Entscheidung in diesen Materien, jedes Präjudiz, der konkrete Ausdruck eines als verbindlich für beide Theile anerkannten Rechtssatzes, einer Regel, die zwar nicht Gesetz ist, doch aber von den einzelnen Gliedstaaten in ihre Sonderverfassungen aufgenommen werden muss, wenn sie nicht Conflicte gleicher Art gewärtigen und einem zu ihrem Nachtheil ausfallenden Entscheid sich aussetzen wollen. Welche Gewalt läge nun nicht in der Hand der einen Centralbehörde des Staatenbundes, wenn ihr ein solches Recht der Entscheidung in allen staatsrechtlichen Streitigkeiten der Einzelstaaten zukäme! in der Hand einer Behörde, welche ihre eigenen Regierungsinteressen in die Beurtheilung der Rechtsfrage einzumischen in steter Versuchung stände! Der Schritt von einer solchen richterlichen Gewalt zu einer gleichweit ausgedehnten Gesetzgebungs- und Regierungsgewalt d. h. zu einer immer umfassenderen Absorbirung der Kantonsouveränität, müsste immer unbedenklicher erscheinen, zumal sonst die umgekehrte Regel gilt, dass die Jurisdiktion so weit reicht, als die Gesetzgebungsgewalt, und ein Rückschluss von jener auf diese die Natur der Sache für sich hat; jedes neue Präjudiz würde für eine Bestätigung der Ansicht erachtet werden, dass die Centralgewalt Charakter und Grenzen der Kantonsouveränität zu bestimmen habe — die Grundidee des Staatenbundes, nach welcher der letzte Rechtstitel seines Bestandes die Souveränität der Gliedstaaten, die Bundesgewalt nur ein Erzeugniss autonomischer Schöpfung der letzteren ist, würde in einen immer weiter klaffenden Gegensatz gegen die Thatsachen hineingetrieben. Auch hier also haben, gleich wie dort die Bürger, so hier die Gliedstaaten, ihr individuelles Recht zu wahren, und die Natur der richterlichen Funktion, diese für sich und ausser ihrem Zusammenhang mit dem übrigen Staatsorganismus betrachtet, hat hier wie dort zur Aufstellung einer unparteiischen Instanz und Befreiung derselben von jeder anderen politischen Einwirkung geführt.

Dass der Bundesstaat eines ständigen Bundesgerichts

— ständig wenigstens in dem Sinne, dass es von Bundeswegen besteht und nicht erst durch Wahl der Parteien für den einzelnen Fall gebildet wird — nicht entbehren kann<sup>1)</sup>, bedarf keines weiteren Nachweises. In den beiden typischen Gestaltungen moderner Föderativstaaten<sup>2)</sup>, in der Schweiz und in Nordamerika, hat sich dieses Bedürfniss geschichtlich in scharfem Bruche ausgeprägt. Als Staatenbünde haben diese beiden Conföderationen bloss Schiedsgerichte gekannt; bei ihrer Umwandlung in Bundesstaaten haben sie beide den Gedanken an Verbesserungen des hergebrachten schiedsrichterlichen Verfahrens nicht einmal einer ernstlichen Erwägung für werth gehalten, sondern sofort den Sprung zur Errichtung eines obersten Gerichtshofes des Bundes gewagt. In Nordamerika namentlich war die Klage über den Mangel eines solchen Gerichtshofes einer der wirksamsten Beschwerdepunkte gegen die staatenbündische Verfassung von 1778<sup>3)</sup>, und einer der Haupthebel zur endlichen Durchführung der Bundesreform, deren Werk seither unangetastet in Kraft geblieben ist.

Auffallend dagegen ist es, dass diese nämlichen Conföderationen lediglich Schiedsgerichte besaßen, so lange der

---

1) Nach Heffter, Völkerrecht § 109, hat schon der achäische Bund ein Bundesgericht besessen, welches über Streitigkeiten der achäischen Städte untereinander urtheilte; allein in der Stelle des Polybios (II, 37, 10), welche Heffter zum Beleg anführt, ist nur die Rede von gemeinsamen Richtern der Achäer (*δικασταῖς κοινῶν τοῖς αὐτοῖς*), und dass diese Richter auch Streitigkeiten unter den Bundesstädten beurtheilt hätten, ist lediglich eine Vermuthung Tittmanns, Darstellung der griechischen Staatsverf., S. 687. Bei dem Mangel an genaueren Nachrichten über das achäische Bundesgericht hat die Annahme, dass solche Streitigkeiten an die achäische Bundesversammlung gebracht worden seien, ebensoviel für sich, als Tittmanns Vermuthung.

2) Den deutschen Bund diesen typischen Formen nicht beizuzählen, wird um so eher erlaubt sein, als die deutschen Regierungen selbst die gegenwärtigen Bundeseinrichtungen für untauglich und ungenügend erklärt (siehe z. B. die Note Bayerns vom 12. März 1848, das preussische Patent vom 18. März gl. J., bei Roth und Merkel, Quellensammlung I, S. 123 und 145) und nur die ausreichenden Mittel zur Ersetzung dieser ungenügenden Verfassung durch eine bessere noch nicht gefunden haben.

3) Story, Bundesstaatsrecht, übersetzt von Buss, S. 103.

Uebergang zum Bundesstaat nicht geschehen war <sup>1)</sup>). Ist es ein blosser Zufall, dass der Staatenbund, der doch wie wir sahen dem Verlangen nach einer selbstständigen Rechtspflege nachgibt, ein Bundesgericht dem weit unvollkommneren, schwerfälligen Institut der Schiedsgerichte nicht vorzieht, oder kann er vermöge einer inneren Verwandtschaft und Wechselbeziehung von dieser schiedsrichterlichen Justiz nicht loskommen?

Wenn Ludwig Snell Recht hätte mit der Behauptung, auch der Staatenbund müsse ein Bundesgericht haben <sup>2)</sup>, so wäre das Erstere zu sagen. Allein diese Ansicht findet wohl schon an dem bisher Ausgeführten ihre Widerlegung: es erklärt sich dieselbe nicht sowohl aus wissenschaftlichen Gründen, als vielmehr aus dem Bestreben, den zähen Staatenbund von 1815 allmählig und ohne die Absicht offen hervortreten zu lassen in das Geleise des Bundesstaates hinüberzuführen. In der That hängt das schiedsrichterliche Verfahren mit dem ganzen staatenbündischen Wesen auf's Innigste zusammen. Das Compromiss ist ein Vergleich — nur ein solcher, der bloss grundsätzlich verfügt: „es soll über diese Streitfrage ein Rechtsstreit nicht entstehen“, dessen Stipulationen im Einzelnen aber — gleichwie beim Kauf auf Aestimation durch einen Dritten (l. ult. C. IV, 38) der Kaufpreis — der Festsetzung durch unbetheiligte Privatpersonen überlassen werden. Dass nach Rechtsprincipien entschieden werde, ist bei diesem Verfahren ebensowohl wie bei der staatlichen Rechtspflege der Zweck; allein diese Beugung unter die Autorität des Rechts tritt nicht als ein vom Staate gebotenes, unausweichliches Sollen, sondern nur in der Form eines von beiden streitenden Parteien frei empfundenen Bedürfnisses zu Tage. Nur über solche Rechte können Vergleiche und Compromisse rechtsgültig abgeschlossen werden, über welche den Kontrahenten uneingeschränktes Dispositionsrecht zusteht: die Anerkennung der Rechtsgültigkeit eines Schiedsrichterspruchs

---

1) Siehe „Artikel des Bundes und der immerwährenden Vereinigung“ vom 8. Juli 1778, Art. 9, § 2. — Schweizer Bundesvertrag vom 7. August 1815, Art. V.

2) Handbuch des schweizerischen Staatsrechts, I, pag. XXV.



gestattet somit immer den Rückschluss, dass ausser den streitenden Parteien Niemanden ein Anspruch auf das im Streite liegende Recht zukomme. Endlich ziehen die Schiedsrichter ihre Kompetenz zur Entscheidung aus keiner anderen Quelle, als aus dem Auftrag der beiden Prozessgegner. Schiedsrichter machen Staatsrichter überflüssig; wem es gelingt, in allen Streitigkeiten mit Anderen sich an ein Schiedsgericht zu halten und dessen Entscheid anzurufen, der kann sagen, für ihn existire die Justizhoheit des Staates nicht. Soll ein Friedenszustand bestehen und dennoch keine staatliche Gewalt, ausgerüstet mit Gerichtsbarkeit, vorhanden sein, so würde die Auflösung eines solchen Problems nur möglich durch eine Uebereinkunft eines jeden Einzelnen mit allen Uebrigen, für jeden Streitfall Schiedsrichter zu erkühnen.

Gerade dieses Problem aber ist es, an dessen befriedigender Beantwortung der Staatenbund beständig arbeitet, ja in der Regel seine Kräfte verzehrt. Nämlich im Bundesstaate repräsentirt der Centralstaat die politische Einheit der Nation und besitzt, als unmittelbares Erzeugniss des nationalen Willens, eine ursprüngliche Souveränität gleich wie die Gliedstaaten. Ganz anders der Staatenbund: in ihm hat die Centralgewalt nur ein von den primitiven Souveränitäten der Einzelstaaten abgeleitetes Recht. Keine Staatsform ist dem Satze Macchiavelli's, dass jeder Staat von Zeit zu Zeit auf seine Principien zurückgeführt werden müsse, getreuer als der Staatenbund; jede Versammlung der Centralbehörde erneuert jeweilen die Erinnerung an diesen bloss derivativen Charakter ihrer Befugnisse, die Abgeordneten der Gliedstaaten werden jedesmal neu gewählt, erhalten detaillirte Instruktionen, an deren Befolgung sie gebunden sind<sup>1)</sup>, so dass ein Korporationsgeist in der Behörde kaum aufkommen kann und eine allfällig auftauchende Tendenz, die bewegende Kraft aus der Peripherie ins Centrum zu verlegen, stets neuen Schwierigkeiten begegnet und stets bereits gewonnenes Terrain wieder einbüsst. Es wäre das gerade Gegentheil von

---

1) Auch der Wechsel der Vororte, der Mangel eigentlicher Bundesbeamten, das Kanzleipersonal ausgenommen, u. dgl., gehört hierher.

dieser sorgsamsten Aengstlichkeit, mit welcher der Staatenbund einem Ueberwuchern des centralisirenden Elements vorbeugt, wenn er bei der Organisation des richterlichen Zweiges eine ständige Behörde errichten würde, in deren Verfassung diese Mahnung an die politischen Grundprinzipien seines Bestands gänzlich verschwinden würde. Um seiner Existenz willen darf er der Centralgewalt in keinem ihrer Organe die Eigenschaften einer selbstständigen staatlichen Oberhoheit einräumen, denn dies hiesse anerkennen, dass nicht mehr die Kantonsouveränität, sondern die Centralgewalt, mag sie auch geschichtlich auf Vertrag und Concession beruhen, doch der begrifflich letzte Grund der dieser Hoheit unterworfenen Rechte sei <sup>1)</sup>. Der wichtigste und wesentlichste Bestandtheil staatlicher Oberhoheit ist nun aber gerade die Gerichtsbarkeit <sup>2)</sup>, und wenn die Centralgewalt diese als richterliches Amt, durch ein stehendes Gericht auszuüben hätte, so geschähe es kraft eigenen und nicht

1) So ist z. B. Eigenthum gewiss das geschichtliche *Prius* des Staates, ein Recht des Eigenthums aber gibt es demungeachtet erst durch und in dem Staat.

2) Souveränitäten, die verschwinden und in grössere Complexe übergehen, halten denn auch am zähesten an ihren Jurisdiktionsbefugnissen, namentlich an der Kriminalgerichtsbarkeit fest. In der früheren Republik der Niederlande z. B. war die Souveränität der Provinzen beschränkt durch die Generalstaaten (Tagsatzung); allein innerhalb der Provinzen besaßen die einzelnen Städte noch eine Art Souveränität, indem z. B. für den Entscheid über Krieg und Frieden nicht nur Einstimmigkeit der Provinzen auf den Generalstaaten, sondern überdiess noch Einstimmigkeit der Städte innerhalb der einzelnen Provinzen erforderlich war. Um sich diesen Anschein der Souveränität zu erhalten, wachten die niederländischen Städte besonders eifersüchtig darauf, dass die ihnen zustehende Kriminalgerichtsbarkeit unangestastet blieb, und duldeten keine Einmischung der Provinzialgerichtshöfe in die Verwaltung dieser Justiz. Siehe W. Temple (Gesandter Englands am westphälischen Frieden), *remarques sur l'estat des P. U. des Paysbas (à la Haye, 1685)* p. 87 s. In Graubünden steht noch jetzt die Kriminalgerichtsbarkeit *de jure* den einzelnen, ursprünglich souveränen Hochgerichten, und nur kraft (dermal zur ausnahmslosen Regel gewordener) Delegation in jedem einzelnen Falle dem Kantonsgericht zu. Graubünden zählte über 30 solcher Hochgerichte (nunmehr Kreise genannt), „weshalb“, sagt Planta in der Zeitschr. f. schweiz. Recht, Bd. 5, S. 88, „wohl nirgends so viel Galgen anzutreffen sind, als in Graubünden“.

mehr kraft abgeleiteten Rechtes. Der einzige Ausweg, um nichts destoweniger die Aufgaben, welche dem Bunde infolge der von ihm ausgehenden Beschränkung der völkerrechtlichen Selbstständigkeit der Gliedstaaten erwachsen, zu erfüllen, ohne doch die Centralbehörde selbst zur richterlichen Instanz zu machen, besteht in der Einrichtung einer schiedsrichterlichen Justiz. Wie sehr diess der Natur des Staatenbundes zusagt, erhellt namentlich auch daraus, dass die Einzelstaaten in der Praxis es besonders lieben, das Moment des Freiwilligen, der bloss auf Vertrag beruhenden Unterziehung unter den Schiedsspruch stark hervortreten zu lassen: daraus erklären sich z. B. im früheren schweizerischen Bundesrecht die endlosen Vermittlungsversuche, die regelmässig der Aufstellung eines Schiedsgerichts vorhergingen und noch während der Verhandlungen vor den Schiedsrichtern in ermüdendster Weise sich fortschleppten, ferner die Behauptung mancher Kantone, wenn schon ein Kanton klagend auftrate und die Bildung eines Schiedsgerichts verlange, so seien sie ihrerseits nicht verpflichtet, zur Bestellung des Schiedsgerichts zu schreiten u. dgl. m.

Von der „inneren Folgerichtigkeit“, welche z. B. K. S. Zachariä <sup>1)</sup> dem Staatenbunde nachrühmt, ist hier freilich wenig mehr zu entdecken. Um seiner Existenz willen muss er die Einzelstaaten richterlichen Kompetenzen unterordnen, und doch gelingt es ihm nicht, die richterlichen Organe in eine innere Verbindung mit seiner Centralgewalt zu bringen; was er nicht entbehren kann, muss er wie etwas ihm Indifferentes behandeln und unter der Form einer jedesmal gewillkürten, aus kantonaler Autonomie entsprossenen Jurisdiktion verbergen. Gegen ein Bundesgericht, welches ihm aus dem Dilemma hülfe, sträuben sich alle Fasern seines Leibes. Und doch dreht er sich dabei in einem fast komischen Cirkel von Selbsttäuschungen. Wer bürgt dafür, dass die Einigung der Parteien den Schiedsrichterspruch überdauere? Offenbar nicht die Souveränität der Gliedstaaten, sondern die Bundesgewalt, welche im Nothfall den

---

1) Ueber den gegenwärtigen politischen Zustand der Schweiz, Heidelberg 1833, S. 36 ff.

Spruch zwangsweise zu exequiren befugt ist. Man bestreitet dem Bunde das richterliche Amt, weil er keine staatliche Oberhoheit über die Gliedstaaten besitze; aber ist die Kompetenz zur Vollstreckung von richterlichen Erkenntnissen nicht ebenfalls ein staatliches Hoheitsrecht? Das Motiv, aus welchem man zu den Schiedsgerichten gegriffen hatte, steht also im Widerspruch mit derjenigen Kraft, vermöge deren die Entscheidungen der Schiedsgerichte eine aktuelle Macht sind; diese Justiz auf eigene Faust erweist sich in ihrem Kerne als eine Justiz von Staatswegen, denn dass sie als Justiz besteht und nicht bloss als ein halber Versuch, zu einer solchen zu werden, diese Eigenschaft erhält sie vermöge der Sanktion und durch die Autorität der Centralgewalt. Aus diesem schillernden Wesen des Staatenbundes, bei welchem die Sache nie den Namen oder das Zeichen von dem tragen soll, was sie in Wahrheit ist, stammt denn auch die grosse Verschiedenheit der Ansichten über diese Staatsform. Sie charakterisirt sich dadurch, dass sie überall sich selbst hindert, das zu sein, was sie zu sein anstrebt. Gleich wie der Bundesstaat z. B. bezweckt der Staatenbund, der die Theilstaaten durchziehenden nationalen Einheit Form und Ausdruck zu geben <sup>1)</sup>; aber sein Grundprincip steht doch wieder in direktem Gegensatz gegen diese Idee, denn das Ganze, statt die Theile zu beleben und das Prinzip ihres Daseins zu bilden, ist verurtheilt von ihren Abfällen zu zehren. Kein Wunder, wenn alle Staatenbünde einen unablässig arbeitenden Trieb zur Selbstauflösung, sei es nach der völkerrechtlichen sei es nach der staatsrechtlichen Seite hin, in sich tragen: denn die konsequente Fortentwicklung eines jeden der halb zugegebenen, halb zurückgedrängten Elemente seines Daseins muss die Grundvesten des

1) Dass hieran auch der deutsche Bund seine innere Bedeutung habe, macht H. A. Zachariä, deutsches Staats- und Bundesrecht, II, S. 611 f., mit Recht geltend. — Freilich stimmt mit dieser Ansicht die in der Wiener Schlussakte Art. 2 niedergelegte Definition des deutschen Bundes als eines „völkerrechtlichen Vereins“ nicht zusammen; denn alles Charakteristische einer Staatenbundes — Unauflöslichkeit auf Grund der nationalen Einheit, und Bestand einer Centralgewalt — findet im Völkerrecht keinen Platz und unterscheidet gerade den Staatenbund von bloss völkerrechtlichen Vereinen.

ganzen künstlichen Baues erschüttern. — Mit all' dem soll nicht gesagt sein, dass jene „innere Folgerichtigkeit“, die wir dem Staatenbunde bestreiten, auf Seite des Bundesstaates, der zwei Souveränitäten auf demselben Gebiet, jede auf gleich ursprünglichem Rechtstitel <sup>1)</sup> fussend, nebeneinanderstellt, in vollem Maasse vorhanden sei; aber er gewährt doch wenigstens dem nationalen Stoff eine Stätte, auf welcher er sich ausbreiten und die Kraft seiner Schwingen versuchen kann. Ueberhaupt scheint es uns vergebliches Mühen, aus diesen beiden Begriffen Staatenbund und Bundesstaat eine so fest in sich geschlossene Phalanx bilden zu wollen, wie etwa aus einem Rechtssatz des Paulus oder Ulpianus; es sind vielmehr wesentlich geschichtliche Uebergangsstufen, bei deren Betrachtung die Wissenschaft darauf ausgehen muss, die im Innern bewegenden Kräfte in ihrer rechtlichen Natur blosszulegen und deren Angriffspunkte und Richtungen zu bezeichnen, damit auf diese Weise die Resultante, nämlich das in der historischen Entwicklung waltende Gesetz, zur klaren Anschauung gebracht werde.

Wenden wir uns nach diesen einleitenden Bemerkungen — die nicht den Anspruch auf eine erschöpfende Besprechung der berührten Materien erheben, sondern nur den Standpunkt des Verfassers andeuten sollen — zu der positiven Gestaltung der Bundesjustiz in der Schweiz, zunächst zu deren geschichtlichem Verlauf.

---

1) „Gleich ursprünglich“, weil der Wille des Volkes nicht nur für den Bund, sondern auch in den Einzelstaaten als rechtlicher Ursprung der Staatsgewalt gilt. Es wäre nicht richtig, wenn man, um den Gegensatz zuzuspitzen, im Bundesstaat die Souveränität der Gliedstaaten ein vom Bunde abgeleitetes Recht nennen wollte, wie diess z. B. von Rossi in dem unten anzuführenden Bericht von 1832 geschehen ist und im deutschen Reichsstaatsrecht auch wirklich der Fall war; denn im Staatenbunde erstreckt sich das delegirte Recht auf einen weiteren Umkreis, als dasjenige jedes einzelnen Delegirenden, im Bundesstaat dagegen bleiben statt Gliedstaaten blosse Provinzialverwaltungen übrig, sobald man die nur auf einen Theil des Bundesgebietes eingeschränkte kantonale Staatsgewalt als Verleihung Seitens des Bundes auffasst. Das exceptionelle Verhältniss im deutschen Reiche hat seinen Grund in der feudalistischen Vorstellung, dass alles Recht auf Verleihung von einem Höheren beruhe.

Das schiedsrichterliche Verfahren „in gemeinen Spänen zwischen zweien oder mehr Orten<sup>1)</sup>“, oder wie man es später nannte, das „Verfahren nach eidgenössischem Recht“, findet sich in seinen Grundzügen schon in den ältesten Urkunden des Schweizerbundes<sup>2)</sup> und hat sich, im Wesentlichen unverändert, fortgeerbt bis in den Bundesvertrag von 1815, welcher den durch die helvetische Revolution und die napoleonische Vermittlungsakte<sup>3)</sup> abgebrochenen Faden der Entwicklung wieder anknüpfte.

---

1) Im christlichen Burgrecht von 1527, sowie im Landfrieden von 1531 wurde das eidgenössische Rechtsverfahren ausgedehnt auf Rechtsstreitigkeiten zwischen einzelnen Individuen und anderen Orten; Bluntschli a. a. O. S. 302, 343 f.

2) Zuerst in dem Bund Luzerns und der drei Waldstätte mit Zürich vom 1. Mai 1315; siehe auch die bei Kortüm, Geschichte der freistädtischen Bünde, Bd. I, S. 148 angeführten Bundesverträge.

3) Diese enthielt folgende hierher gehörende Vorschriften: der Landammann der Schweiz (Chef der Bundesexecutive — ähnlich dem nordamerikanischen Präsidenten) empfängt in Zeiten, während welchen keine Sitzung der Tagsatzung stattfindet, die Klagen eines Kantons gegen den anderen, und ernannt, je nachdem die Sache dringend ist oder nicht, Vermittler oder vertritt die Behandlung des Streites bis zur nächsten Tagsatzung. Werden Streitigkeiten unter Kantonen nicht auf schiedsrichterlichem Weg erledigt, so entscheidet darüber die Tagsatzung; sie wandelt sich dann in ein Syndicat um, wo jeder Kanton eine Stimme hat (sonst gaben die sechs grössten Kantone je zwei Stimmen ab) und einem Abgeordneten keine Instruktion gegeben werden kann (diese Einrichtung hat insoferne Aehnlichkeit mit der deutschen Austrägalinstanz, als diese letztere, wenn schon Gerichtshöfe das Urtheil finden, doch auch durch die Bundesversammlung selbst gebildet wird — Zöpfl, Staatsrecht, I, § 158). Dieses Syndicat urtheilte z. B. über Grenzstreitigkeiten der Kantone unter sich, über Conflicte wegen der Heimathangehörigkeit einzelner Individuen, über die Folgen gerichtlicher Urtheile eines Kantons in Vaterschaftsklagen gegen Angehörige eines andern Kantons, über Kollaturrechte, die der eine Kanton im Territorium des andern beanspruchte, über Repartition der bundesgemässen Beiträge an Mannschafts- und Geldkontingenten unter die getheilten Kantone, über streitige Gerichtszuständigkeit zwischen den Gerichten zweier Kantone u. s. w. (Siehe Repertorium der Tagsatzungsabschiede von 1803—1813, S. 28 ff.) Das Syndicat trat erst in Thätigkeit, wenn ihm durch Beschlüsse der Tagsatzung eine Streitsache überwiesen war, bei welcher Ueberweisung die Gesandten doch wieder nach Instruktionen ihrer Kantone stimmten (Tagsatzungsbeschlüsse vom 6. Juli 1809); jedoch sind, auch nach erfolgter Ueberweisung durch die

Unter der alten Eidgenossenschaft<sup>1)</sup> wählte jede Partei zwei Richter, welche zuvörderst eine gütliche Ausgleichung zu Stande zu bringen suchten. Misslang diess, so kamen Richter und Parteien an einem, in den meisten Bünden der einzelnen Orte unter einander zum Voraus bestimmten Orte zusammen; es begannen nochmalige Vermittlungsversuche — ein Geschäft, welches oft auch die Tagsatzung, der Vorort, eidgenössische Kommissarien oder einzelne befreundete Stände über sich nahmen — und nach deren fruchtlosem Ablauf wurde die Urtheilsoperation an die Hand genommen<sup>2)</sup>. Konnten sich, was in der Regel der Fall war, die Richter nicht einigen, so wurde ein Obmann zugezogen, der jedoch keine neue selbstständige Meinung aufstellen, sondern nur zu Gunsten der einen oder anderen der sich entgegenstehenden Voten den Ausschlag geben durfte<sup>3)</sup>. Die Wahl des

---

Tagsatzung, Einreden gegen die Kompetenz des Syndicats von diesem nicht einfach von der Hand gewiesen, sondern jeweilen durch förmliches Urtheil entschieden worden (Syndicatsbeschlüsse vom 4. Aug. 1804; Repertorium a. a. O. § 136 D). — Endlich enthielt die Mediationsakte noch die Vorschrift, dass die Regierung oder der gesetzgebende Körper eines Kantons wegen Verletzung von Decreten der Tagsatzung als Rebell vor ein aus den Kriminalgerichtspräsidenten aller übrigen Kantone zu bildendes Gericht gestellt werden könne. — Siehe *Acte de médiation du 19. fevr. 1803, Chap. XX*, art. 21, 36 und 11.

1) Vergl. Simmler, Regiment der Eydgenossenschaft, herausg. von Leu, S. 438 ff.; Balthasar, Fragmente (Luzern 1783), S. 71–104; Stettler, Bundesstaatsrecht vor 1798, S. 87 ff.; Blumer a. a. O. S. 334, 338; Bluntschli, a. a. O. passim.

2) Wobei es Herkommen war, dass vor der Entscheidung „nach Recht“ zuerst die beiden streitenden Theile um ihre Zustimmung dazu angefragt wurden, Bluntschli a. a. O. S. 449.

3) Praktisch gestaltete sich die Sache so, dass die Schiedsrichter sich als Rechtsanwälte ihrer Kommittenten betrachteten und die Entscheidung somit ganz vom Obmann abhing. Bern hat sich daher schon 1381 in einem Streit mit Unterwalden dem Spruch eines Schiedsgerichts, dessen Obmann, der Vorschrift des bernischen Bundes mit den Waldstätten gemäss, ein Unterwaldner gewesen war, nicht gefügt, weil es das Gericht nicht als unparteiisch anerkennen konnte (vergl. J. v. Müller, Thl. II, Kap. 5; Sammlung der älteren eidgen. Abschiede, S. 10 und 12); 1656 konnte das zu Austrag der confessionellen Streitigkeiten niedergesetzte Schiedsgericht sich über die Wahl des Obmanns nicht einigen, weil man voraus wusste, der

Obmanns war unter diesen Umständen die Kardinalfrage bei der ganzen gerichtlichen Verhandlung, und den Schwierigkeiten und Umtrieben, die sich hieran knüpften, ist es hauptsächlich zuzuschreiben, dass schon unter der alten Eidgenossenschaft diese Schiedsgerichte kein wahrhaft fruchtbringendes Institut waren und selten etwas zu Stande brachten, was nicht auch ohne sie zu Stande gekommen wäre. Die Vorschriften über die Wahl des Obmanns lauten in den einzelnen Bundesverträgen sehr verschieden: bald sollen ihn *mutuo consensu* die Schiedsrichter selbst ernennen, bald der klägerische Theil, mit oder ohne Beschränkungen der Auswahl auf bestimmte Personen oder Angehörige bestimmter Orte u. s. w., nie aber stand diess Wahlrecht der *Tagsatzung* zu. Eine besondere juristische Cultur ist diesem älteren eidgenössischen Rechtsverfahren nicht zu Theil geworden<sup>1)</sup>; wesshalb, darüber gibt uns Simmler in den Schlussworten seiner Schilderung dieser Justiz folgende Auskunft: „Dieses ist die Form des Rechten in gemeinen Spänen, da ich dann nicht zweifle, es könne viel darvon auf beide Theile subtil und spitzfündig *raisonnirt* werden, welches ich anderen überlassen, und hier allein unserer Altvorderen Einfaltigkeit und Aufrichtigkeit lobe, als welche durch solche Form des Rechten oft grosse Streithändel aufhebt, und Fried und Einigkeit mit sonderbarem Fleiss erhalten haben, sie sahen aber freilich nicht auf ihren eigenen Nutzen, sondern fürnehmlich darauf, was zur Aufenthaltung der Ihrigen und Wohlstand gemeiner Eidgenossenschaft dienen möchte.“ Ob dieses Lob der Vorzeit, soweit es auf die eidgenössische Bundesjustiz sich bezieht, so ganz ge-

---

Spruch müsse zum Nachtheil derjenigen Konfession ausfallen, welche sich dazu verstehen würde, einem der anderen Konfession angehörenden Obmann ihre Stimme zu geben.

1) Juristisch interessant ist der Rechtsstreit im alten Zürichkrieg, in welchem Zürich die Kompetenz der eidgenössischen Schiedsrichter über sein mit Oesterreich geschlossenes Bündniss zu urtheilen desshalb bestritt, weil es diess Bündniss kraft eines in seinem Bunde mit den Eidgenossen ausdrücklich vorbehaltenen Souveränitätsrechts abgeschlossen habe; siehe J. v. Müller, Thl. III, Kap. 10. — Eine ganz singuläre Erscheinung ist das „eidgenössische Malefizgericht“, welches nach dem Bauernkrieg niedergesetzt wurde; siehe Bluntschli, a. a. O., S. 440 f.



gründet sei, wollen wir hier nicht untersuchen; so viel ist sicher, dass nach den napoleonischen Kriegen, als die Schweiz, durch politischen und konfessionellen Hader zerrissen, ohne Kraft und Würde dem Ausland gegenüberstand und nur mit dessen Hülfe es zu einer Konstituierung ihres Bundes brachte, allerdings eine Lücke vorhanden war, die nicht mehr durch patriotischen Sinn und aufopfernde Hingebung ausgefüllt wurde und das „subtil und spitzfindig Raisonniren“ zu einem nicht mehr überflüssigen Geschäft machte. In der neuen Verfassung mussten neue abstrakte Regeln das ersetzen, was sonst die nunmehr verwischte Tradition mit sich gebracht hatte. So gab es Conflicte unter den Kantonen, die zu einer richterlichen Cognition sich durchaus nicht zu eignen schienen — z. B. Separatbündnisse einzelner Kantone, durch welche andere sich für beeinträchtigt erachteten; Hemmungen des freien Verkehrs von einem Kanton zum anderen — und man musste darauf bedacht sein, eine theoretische Norm für die Auscheidung solcher Fälle und damit für die Abgränzung der Kompetenz der Bundesschiedsgerichte aufzustellen. Eine glückliche Hand hatte man darin nicht, denn mit dem Art. V des Bundesvertrags vom 7. August 1815 („Alle Ansprüche und Streitigkeiten zwischen den Kantonen über Gegenstände, die nicht durch den Bundesvertrag gewährleistet sind, werden an das eidgenössische Recht gewiesen“<sup>1)</sup>), der diese Norm gewähren sollte, hatte man statt eines sicheren Anhaltspunktes nur einen Anlass zu neuen Unklarheiten geschaffen. Einzelne „Gegenstände“ nämlich waren allerdings im Bundesvertrag direkt gewährleistet — so freier Kauf und Verkauf, freie Aus- und Durchfuhr im Innern — Streitigkeiten darüber gehörten also jedenfalls nicht

---

1) Eine ganz schiefe Analogie ist es, wenn Cherbuliez (*de la démocratie en Suisse*, T. II, p. 278 — ein Werk, in dem überhaupt nicht Alles Gold ist) das schiedsrichterliche Verfahren unter dem 15er Bunde dadurch erklärt zu haben meint, dass er anführt, im privatrechtlichen Gesellschaftskontrakt sei es allgemein üblich, für Streitigkeiten unter den Gesellschaftern Schiedsrichter vorzubehalten; dieses ist — gerade umgekehrt, wie nach dem Art. V des 15er Vertrages — nur der Fall für diejenigen Collisionen, welche sich auf aus der Societät entspringende Rechte und Verbindlichkeiten beziehen.

vor das eidgenössische Recht, sondern — ein Rückschluss der freilich nicht unbedingt als richtig zugegeben wurde — vor die Tagsatzung <sup>1)</sup>. Aber der Bund garantirte den Kantonen auch z. B. ihre Verfassungen; wie nun, wenn ein Kanton kraft seiner Verfassung ein Recht beanspruchte, der andere Kanton kraft seiner Verfassung den Anspruch abweisen musste, jeder also sich auf jene mittelbare Garantie berief? Diese Frage bot sich — freilich hing nicht von ihr einzig die Entscheidung ab — dar in einem Streit zwischen Solothurn und Bern; Solothurn klagte gegen Bern eine civilrechtliche Schuldforderung ein, Bern weigerte sich, sich vor dem eidgenössischen Recht darauf einzulassen, und stützte diese Weigerung u. A. darauf, kraft seiner vom Bunde gewährleisteten Verfassung habe der Staat Bern als Fiskus und Beklagter seinen Gerichtsstand vor den bernischen Tribunalen; die Tagsatzung, obwohl sie den rein civilrechtlichen Charakter des Streites nicht bestritt, verwarf diesen Einwand. Ferner gewährleistete der 15er Bundesvertrag den Kantonen ihr Gebiet: dennoch sind häufig Grenzstreitigkeiten unter den Kantonen vor die eidgenössischen Schiedsgerichte gewiesen worden, andere freilich auch vor die Tagsatzung, und ausserdem gab es noch eine dritte Meinung <sup>2)</sup>, welche weder mit dem Einen noch mit dem Anderen einverstanden war, sondern annahm, die Kantone hätten sich in dieser Beziehung ihre volle Souveränität vorbehalten und der Bund sei somit zu keiner Einmischung irgend einer Art befugt. Endlich stritt man sich darüber, ob ausnahmslos alle und jede Kantonalkonflikte über „nicht durch den Bundesvertrag gewährleistete Rechte“ vor das eidgenössische Recht gehören oder ob nicht einige, z. B. Ansprachen privatrechtlicher Natur, davon auszunehmen und der kantonalen

1) Nach Art. VIII des Bundesvertrags: „Die Tagsatzung besorgt, nach den Vorschriften des Bundesvertrags, die ihr von den souveränen Ständen übertragenen Angelegenheiten des Bundes.“

2) Stettler, Bundesstaatsrecht von 1798 bis zur Gegenwart, S. 135. — Es ist dies eine Reproduktion der bereits oben erwähnten Theorie Zürichs im alten Zürichkrieg, welche, damals so kräftig zurückgewiesen, im Landfrieden von 1656 sogar als gemeineidgenössisches Recht sanktionirt wurde.

Jurisdiktion zu überlassen seien — eine Streitfrage, die endlich zu Gunsten der ersteren Ansicht entschieden wurde <sup>1)</sup>. — Die Form des schiedsrichterlichen Verfahrens blieb im Wesentlichen dieselbe, wie sie unter den alten Bünden gewesen war: jeder Kanton wählt je einen oder je zwei Schiedsrichter, diese versuchen zuerst eine Ausgleichung „in der Minne“, und ernennen, wenn dieser Versuch gescheitert ist, einen Obmann; hierauf erfolgt ein nochmaliger Versuch zu gütlicher Beilegung <sup>2)</sup>, und, wenn auch dieser nicht zum Ziele führt, die rechtliche Entscheidung, welche inappellabel ist und deren Exekution der Tag-

1) Das Nähere bei Stettler, a. a. O., S. 138.

2) Art. V cit.: „Der Obmann und die Schiedsrichter versuchen nochmals, den Streit durch Vermittlung auszugleichen, oder entscheiden, im Fall allseitiger Uebergabe, durch Kompromisspruch; geschieht aber keines von beiden, so sprechen sie über die Streitsache, nach den Rechten, endlich ab.“ Henke (öffentl. Recht der Eidgen. S. 239) weiss sich den Unterschied zwischen „Entscheidung durch Kompromisspruch“ und „Abspruch nach den Rechten“ nicht zu erklären, und auch Stettler gibt über diese Distinktion keinen Aufschluss. Die anscheinende Tautologie löst sich indessen, wenn man die Worte „im Fall allseitiger Uebergabe“ betont. Eine solche Uebergabe bedeutet nämlich: beide Theile begnügen sich mit einer allgemeinen Formulirung der Streitfrage, ohne bestimmte Klags- und Antwortsbegehren ans Recht zu setzen und ein förmliches Civilprocessverfahren einzuleiten; statt dessen überlassen sie es den Richtern, das Einzelne genauer zu untersuchen und hierauf gestützt nach bestem Wissen und Gewissen zu entscheiden, wobei die Richter nicht einzig das strenge Recht, sondern auch Rücksichten der Billigkeit in Anschlag zu bringen befugt sind. Beim Abspruch nach den Rechten dagegen tritt ein formaler Rechtsgang ein und das Urtheil soll nur auf Rechtsgründen beruhen, bei welchem Geschäft *in praxi* der Obmann selten eine theilweise Abweisung und theilweise Zusprechung der Klage erwirken konnte — aus Gründen, die bereits oben bei dem älteren Verfahren erwähnt wurden — sondern in der Regel ganz zusprechen oder ganz abweisen musste, wenn überhaupt ein Urtheil zu Stande kommen sollte. Mit dieser Ansicht stimmt überein der Art. 9 des Konkordats über die Heimathlosen vom 30. Juli 1847: „Mit Ausnahme der durch Compromisspruch der Parteien dem Urtheil der eidgenössischen Schiedsrichter unterworfenen Fälle sollen die Schiedsrichter in Gemässheit der bestehenden Konkordate aburtheilen.“ — Vergl. auch den französischen *Code de procéd. civ. art. 1019*: „*Les arbitres décideront d'après les règles du droit, à moins que le compromis ne leur donne pouvoir de prononcer comme amiables compositeurs.*“

satzung obliegt. Die einzige erhebliche Neuerung, und zugleich Verbesserung, besteht darin, dass der Obmann, wenn die Schiedsrichter über dessen Wahl sich nicht einigen können, „und einer der Kantone darüber Beschwerde führt“, von der Tagsatzung gesetzt wird. Auch diese processualischen Vorschriften erweckten jedoch mannigfache Streitfragen. Man hat die Schiedsgerichte hauptsächlich zu dem Zwecke eingeführt, damit die Centralgewalt die Richter nicht setze, sondern sie setzen lasse durch die Parteien; eine Verpflichtung der Kantone, die Bildung des Schiedsgerichts in Fällen, wo an sich dessen Kompetenz begründet wäre, vorzunehmen, hat der Bundesvertrag von 1815 nirgends ausgesprochen, ebensowenig ein Verfahren für den Fall vorgesehen, dass sich Kantone weigern würden, Schiedsrichter zu wählen. Also — schloss man hieraus — hängt es vom freien Entschluss des Beklagten ab, ob er seinerseits Schiedsrichter bezeichnen will; kann er sich dazu nicht entschliessen, so ist eine richterliche Cognition über die Streitfrage unmöglich, jeder Kanton bleibt, soweit es den streitigen Punkt betrifft, unbeschränkter Herr auf seinem Territorium und muss sich nur hüten, durch Anordnung irgend welcher Gewaltmaassregel das bundesrechtliche Verbot der Selbsthülfe zu übertreten oder andere durch den Bundesvertrag übernommene Garantien zu verletzen. Diese Ansichten wurden erst in den 40er Jahren definitiv zurückgewiesen: die Tagsatzung legte sich damals durch förmliche Beschlüsse das Recht bei, darüber zu erkennen, ob ein Streitpunkt an das eidgenössische Rechtsverfahren zu verweisen, und ob ein Kanton verpflichtet sei, vor diesem Forum sich einzulassen, ebenso erklärte sie sich für berechtigt, an der Stelle eines Kantons, der nach bejahender Entscheidung dieser beiden Fragen Schiedsrichter zu wählen verweigere, dieselben zu bezeichnen <sup>1)</sup>. Ob diese Beschlüsse den Vorschriften des Bundes-

---

1) In Uebereinstimmung mit diesem Beschlusse wurde in das bereits erwähnte Heimathlosenkonkordat von 1847 durch die konkordirenden Stände die Vorschrift aufgenommen: „Sollte sich ein Kanton weigern, zu der Ernennung von Schiedsrichtern zu schreiten oder an einer solchen Ernennung Theil zu nehmen, so wird der eidgenössische Vorort, und, eintretendes Falles, die Tagsatzung, dieselbe vornehmen“. — Ueber die Stellung,

vertrags ganz gemäss seien, darf billig bezweifelt werden, um so mehr, als dieselben in der neuen Form des Verfahrens eine stärkere Hinneigung zu einer von Amteswegen zu ertheilenden Bundesjustiz an den Tag legen, als mit dem Wesen des Staatenbundes vereinbar scheint. Allein man muss auch den Schlüssel zu diesen Ausdehnungen der Befugnisse der Tagsatzung nicht in theoretischen Sätzen, sondern in der Zeitgeschichte suchen. Nachdem schon die 30er Jahre durch die Verfassungsreformen im Innern der Kantone ein fühlbares Missverhältniss hervorgebracht hatten zwischen den neuen konstitutionellen Prinzipien, auf welche die regenerirten Kantonsverfassungen gestellt waren, und den Voraussetzungen, von welchen man 15 Jahre zuvor bei Entwerfung des Bundesvertrags ausgegangen war <sup>1)</sup> — charakterisiren die 40er Jahre sich dadurch, dass der Gegensatz zwischen den bestehenden und den vom Volke geforderten und ersehnten öffentlichen Rechtszuständen im Bunde zu einem vollkommen bewussten Bruche ausgebildet vorlag. Der Zug der Zeit ging nach grösserer Festigkeit des nationalen Verbandes, nach Vermehrung der Attribute der centralen Bundesgewalt, und da den Bestrebungen zu einer umfassenden Reform der Bundesverfassung unüberwindliche Hindernisse entgegenzustehen schienen, so benutzte man Anlässe, bei welchen man dem Dichten und Trachten der Gegenwart einigermaassen gerecht werden konnte, oft mehr im Hinblick auf jene Zielpunkte, als dass man

---

welche nach diesem Konkordat den Schiedsrichtern zukam, siehe unten Abschnitt 2, Kap. 1, § II, 3. Das ganze Konkordat beruht auf Grundsätzen, die nicht auf dem Boden des 15er Bundesvertrages gewachsen sind.

1) Den eigentlichen Grenzstein, von welchem an kantonales und Bundesstaatsrecht nach verschiedenen Richtungen auseinandergehen, man könnte sagen, die Insolvenzerklärung des letzteren gegenüber den Anforderungen des ersteren, bildet der Tagsatzungsbeschluss vom 27. Dezember 1830, durch welchen die Tagsatzung hinsichtlich der kantonalen Verfassungsreformbestrebungen den Grundsatz der Nicht-Intervention des Bundes sanktionirte. Von da an standen sich das öffentliche Recht des Bundes und das politische Leben der Nation als zwei Dinge ohne inneren Rapport gegenüber, und je mehr das Letztere sich entwickelte, um so unausfüllbarer wurde die Kluft. Die Versuche, welche man in dieser Richtung machte, geschahen eben auf Kosten der positiven Satzung des Bundesrechts.

sich besondere Scrupeln gemacht hätte mit strikter Auslegung des schon um seiner Entstehungsgeschichte willen in üblem Andenken stehenden Bundesvertrags von 1815. In solchen Perioden, in welchen man an der siegenden Kraft der Wahrheit und Gerechtigkeit zu zweifeln beginnt, geschieht es oft, dass man wenigstens verstohlener Weise dem Vernünftigen eine theilweise Sanktion und einen Anhaltspunkt zu verschaffen bemüht ist.

Schon die ersten, Anfangs wenig beachteten Anregungen zur Reform des 18er Bundes in den 30er Jahren hatten die Hebung der Mängel des bisherigen eidgenössischen Rechtsverfahrens im Auge. Eine Schrift von Dr. Kasimir Pfyffer, welche in dieser Richtung von nachhaltigem Einfluss war und den Anstoss zu den Revisionsverhandlungen der Tagsatzung von 1831 gab<sup>1)</sup>, befürwortete eine selbst über die Grenzen des Bundesstaates hinausgehende Umgestaltung der Bundesjustiz. Nach Pfyffers Vorschlägen sollte ein oberstes Bundesgericht eingesetzt werden mit Kompetenz in allen Rechtsstreitigkeiten der Kantone untereinander, sowie in Beschwerdesachen von einzelnen Bürgern gegen ihre kantonalen Obrigkeiten wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte; überdiess aber sollte dieses Gericht theils, innerhalb gewisser noch festzusetzender Schranken, als Appellationsinstanz in Civil- und Kriminalsachen gegenüber Urtheilen der kantonalen Gerichte, theils — „mit Rücksicht auf die in einigen Kantonen noch herrschende Barbarei der Justiz“ — als Kassationshof für alle Kriminalfälle funktionieren. Gingen diese Vorschläge — die jedenfalls noch einer genaueren Exposition bedurft hätten — zu weit, so bewegten sich hingegen die Gesandten der sieben Kantone Luzern, Zürich, Bern, Solothurn, St. Gallen, Aargau und Thurgau, welche an der ersten ausserordentlichen Tagsatzung des Jahres 1832 zu Privatberathungen über die Bundesrevision zusammentraten, viel zu sehr inner der Schranken des Hergebrachten, als sie dem auch in ihrem Entwurf proponirten obersten Bundesgericht bloss die Beurtheilung von „Streitigkeiten unter Kantonen, welche nicht der Kompetenz der Tag-

---

1) „Zuruf an den eidgenössischen Vorort Luzern“ von K. Pfyffer; Luzern 1831, S. 28 ff.

satzung anheimfallen“, zuschieden <sup>1)</sup>). Die beiden offiziellen Reformprojekte von 1832 und 1833 alsdann — das erstere von der am 17. Juli 1832 niedergesetzten Revisionskommission, das letztere von der Tagsatzung selbst herrührend — haben beide das Bundesgericht ebenfalls beibehalten, und die Ausstattung desselben ist in den Hauptpunkten die nämliche, wie in der jetzt geltenden Bundesverfassung von 1848 <sup>2)</sup>), so dass, um nicht schon Gesagtes wiederholen zu müssen, ein Eingehen auf das Detail jener beiden Entwürfe hier füglich unterbleiben kann. Erwähnenswerth ist indess, dass der Entwurf von 1833, obwohl sonst unter dem vorherrschenden Einfluss der Reaktion des Kantonalismus gegen denjenigen von 1832 entstanden, in der Organisation der Bundesrechtspflege gerade umgekehrt noch mit einigen Reminiscenzen an das alte eidgenössische Rechtsverfahren auftrifft, deren sein Vorgänger sich noch nicht entledigt hatte. Der Entwurf von 1832 enthielt nämlich in Art. 102 die Vorschrift: „dem gerichtlichen Verfahren (nämlich in Rechtsstreitigkeiten unter Kantonen) soll jederzeit ein Vermittlungsversuch vorangehen, zu welchem Ende jeder der streitenden Theile einen Vermittler aus einem nicht betheiligten Kanton zu wählen hat; auch steht den streitenden Kantonen immerhin zu, sich über ein Schiedsgericht zu verständigen.“ Diesen ganzen Satz, welcher die traditionelle Abtheilung des Verfahrens in ein solches „nach Minne“ und ein solches „nach Recht“ wieder aufleben liess, strich der 33ger Entwurf und scheint damit den Urtheilen eines Schiedsgerichts, wenn ein solches mit Umgehung des Bundesgerichts gewählt wird, auch die Kraft der *res judicata* absprechen zu wollen. Ja, in einer Beziehung hat das Projekt von 1833 sogar der von den damaligen Stimmführern der radikalen Partei ausgegangenen

---

1) Entwurf einer schweizer. Bundesverfassung, von einer Gesellschaft Eidgenossen, (Zürich 1832) Art. 22. — Vergl. Baumgartner, die Schweiz von 1830 bis 1850, Bd. I, S. 281 f.

2) Der „Bericht der Revisionskommission vom 26. April 1848 (verfasst von den beiden Redaktoren der Bundesverfassung, Dr. Kern und Heinrich Druey) gesteht, S. 70, selbst zu, dass bezüglich des Bundesgerichts die Bestimmungen aus den Entwürfen der Jahre 1832 und 1833 „mit gewissen Modificationen“ aufgenommen worden seien.

Opposition, obwohl diese Opposition sonst in der Tagsatzung nicht gerade besonderen Anklang fand, Zugeständnisse gemacht. Das *Caeterum censeo* dieser Opposition war die Behauptung, das neue Bundesprojekt sei ein Bund der Regierungen gegen die Volksfreiheiten, ein „Herrenbund“; eine solche Tendenz glaubte man auch darin zu entdecken, dass nach dem Entwurf von 1832 einerseits das Bundesgericht nicht durch direkte Einreichung von Klagen des einzelnen Bürgers mit der Repression von Verletzungen kantonaler Verfassungsbestimmungen, welche die Kantonalobrigkeiten sich erlauben würden, befasst werden konnte, andererseits das Bundesgericht über die bei Unruhen im Innern, die eine eidgenössische Intervention veranlasst haben, verübten Verbrechen nur dann urtheilen sollte, „wenn die Tagsatzung auf Antrag des Bundesrathes erachtet: dass es nicht der Fall sei, Amnestie eintreten zu lassen, und dass, im Interesse des Rechts und der öffentlichen Ordnung, Untersuchung und Beurtheilung den Kantonalgerichten entzogen werden soll.“ Namentlich mit Rücksicht auf diese letztere Bestimmung wurde die Befürchtung geäußert, man beabsichtige, zur Aufrechthaltung der Solidarität der Regierungsinteressen, das Bundesgericht als ein Werkzeug zur Eindämmung des dem Volke gegen ein Willkür-Regiment zustehenden Widerstandsrechts zu benutzen und dasselbe zu politischen Verurtheilungen zu missbrauchen da, wo entweder die auf die kantonale Verfassung verpflichteten Gerichte freisprechen oder dann in Folge einer gelungenen Revolution die Möglichkeit einer strafrechtlichen Verfolgung gegen deren Urheber wegfallen würde <sup>1)</sup>. Die Tagsatzung von 1833 behielt nun zwar den 32ger Entwurf insofern bei, als ihr Projekt ebenfalls Beschwerden Einzelner nur wegen Verletzung „bundesmässiger Rechte“ und nur infolge Aufnahme der Beschwerde und Parteiergreifung für dieselbe Seitens der Regierung desjenigen Kantons, dem der Verletzte angehört — also nie Beschwerden gegen die eigene Kantons-Regierung — vor Bundesgericht

---

1) Man muss bei solchen Motivirungen nicht vergessen, dass sie in eine Zeit fallen, in welcher „die Putschtheorie der oberste Satz des eidgenössischen Staatsrechtes war.“



anzubringen gestattete<sup>1)</sup>; dagegen machte sie bezüglich der „politischen Verbrechen, welche Ursache oder Folge derjenigen Unruhen sind, durch welche das eidgenössische Einschreiten veranlasst worden ist,“ das Zugeständniss, dass das Bundesgericht nur dann dieselben vor sein Forum ziehen dürfe, wenn die Angeklagten die Ueberweisung an das Bundesgericht verlangen. Ausdrücklich wurde überdiess sowohl dem Kanton, wo solche Verbrechen begangen worden sind, als auch der Tagsatzung das Recht der Amnestirung der Angeklagten (d. h. vor der Beurtheilung) eingeräumt, dem Kanton selbst dann noch, wenn die Tagsatzung die Amnestiefrage bereits verneinend entschieden

---

1) Die Gewährleistung der Kantonalverfassungen durch den Bund, welche schon im Bundesvertrag von 1815 vorgeschrieben war, hatte zwar in den Entwürfen von 1832 und 1833 die Deutung erhalten, dass damit auch „die Freiheit und die Rechte des Volkes“ garantirt sein sollten, allein einen praktischen Werth hätte diese Ausdehnung der eidgenössischen Gewährleistung nur in Ausnahmefällen erhalten können. Auch der Tagsatzung nämlich war die Befugniss nicht verliehen, über Beschwerden wegen Verletzung der durch eine vom Bund gewährleistete Kantonalverfassung zugesicherten „Freiheit und Rechte des Volkes“ zu urtheilen und Abhülfe zu bringen, ja das Recht der Petition an die Bundesbehörden war sogar vorsorglich eingeschränkt auf „Gegenstände, welche dem Bund übertragen sind“, so dass die Tagsatzung, ohne nur auf die Sache eintreten zu dürfen, Beschwerden der genannten Art hätte die Annahme verweigern müssen. Die Garantie der Kantonalverfassungen hatte wesentlich die Bedeutung, denselben und den in Folge derselben constituirten Kantonalbehörden die Hülfe des Bundes gegen gewaltsame Umsturzversuche zu sichern und von Bundeswegen die Abänderung der Kantonalverfassung auf einem anderen als auf dem von ihr selbst vorgezeichneten Wege zu verhindern. Beschwerden wegen Nichtbeachtung des von der Kantonalverfassung vorgeschriebenen Revisionsmodus konnten dann allerdings direkt an die Tagsatzung und von ihr (nach dem Entwurf von 1832 in freier Abstimmung, nach demjenigen von 1833 dagegen gemäss Instruktionen der Kantone) entschieden werden. Nur dann, wenn in einem Kanton eine bewaffnete Intervention des Bundes hatte stattfinden müssen, konnten, „und zwar ausschliesslich in Folge einer mit Ermächtigung der Tagsatzung geschehenen Ueberweisung des Bundesrathes,“ Klagen gegen die Kantonalbehörden wegen Verletzung der Kantonsverfassung an das Bundesgericht gebracht werden, welches jedoch alsdann bloss Nichtigkeitserklärung des verfassungswidrigen Akts, Verurtheilung zu Schadenersatz u. dgl., nicht aber Strafurtheile auszufällen befugt war.

hätte; ferner sollte der Kanton sowie die Tagsatzung die wegen solcher Verbrechen vom Bundesgericht Verurtheilten zu begnadigen befugt sein. Uebersehe man jedoch nicht, dass zugestanden wurde diejenige Beschränkung der bundesgerichtlichen Kompetenzen, welche man im Namen der Volksfreiheit forderte, abgeschlagen dagegen diejenige Erweiterung dieser Kompetenzen, die aus gleichem Interesse, und in der That mit besserer Berechtigung als jene Beschränkung, verlangt wurde. Statt also als eine Inkonsequenz und Schwäche sich darzustellen, steht diese Nachgiebigkeit gegen die radikale Opposition in bester Harmonie mit der in dem Reformprojekte von 1833 vorwaltenden Tendenz. Im Jahr 1848 wurde das in den soeben genannten Fällen dem Angeklagten anheimgestellte Recht der Wahl zwischen dem kantonalen und bundesgerichtlichen Forum ohne Einwendung gestrichen, die berührte Doppelamnestie durch Bund und Kantone nicht einmal mehr in Anregung gebracht: der Grund hiervon liegt nicht sowohl in dem Wechsel politischer Tagesmeinungen — obwohl allerdings nach dem entscheidenden Siege über den Sonderbund die „Putschtheorie“ nicht mehr als alleinseigmachendes politisches Evangelium angesehen wurde, wie diess früher hie und da der Fall war und bei den unaufhörlichen politischen Kämpfen und gewaltsamen Erschütterungen kaum anders der Fall sein konnte — sondern vielmehr darin, dass die 48er Bundesrevision durch Einführung der Schwurgerichte in die Bundesstrafrechtspflege von vornherein den Verdacht beseitigte, als handle es sich um Aufstellung einer den Volksfreiheiten feindseligen Jurisdiktion <sup>1)</sup>.

Der Bericht, mit welchem die Revisionskommission von

---

1) Der bereits angeführte Bericht der Revisionskommission von 1848 hebt ausdrücklich als einen Hauptgrund für Einführung der Jury hervor, dass bei Verbrechen, die mehr oder weniger einen politischen Charakter an sich tragen — wohin die meisten der dem Bundesgericht zuzuweisenden Straffälle gehören — „die Entscheidung nicht denjenigen zukommen dürfe, welche einen Theil der Gewalt ausüben, die vom Angeklagten angegriffen würde“. — In welcher Weise die Verfassung von 1848 den anderen Einwand, betreffend Beschwerden einzelner Bürger wegen Verfassungsverletzungen, berücksichtigt hat, davon hienach Abschnitt II, Kap. 1, § 3.

1832 ihr Werk einbegleitete, ist ein Produkt des berühmten Rossi, welcher, damals Professor der Rechtswissenschaft in Genf, von diesem Stande zum Tagsatzungsgesandten gewählt worden war. Wir entheben diesem Bericht folgende Stelle, in welcher Rossi die Beschwerdepunkte gegen die Bundesrechtspflege unter dem Bundesvertrag von 1815 resumirt <sup>1)</sup>:

„Wir schlagen vor, die Bundesgewalt dadurch zu vervollständigen, dass auch der dritte Zweig, die richterliche Thätigkeit, ein Organ erhält.

„Dass sich über die Interessen, deren Beschützung dem Bunde obliegt, richterliche Fragen erheben können, wird Niemand in Zweifel ziehen.

„Wo ist nun gegenwärtig der Richter? — Nirgends.

„Mit den Kantonalgerichten steht der Bund in keinerlei Berührung; Fragen des eidgenössischen Rechts könnte er nicht an sie verweisen. Würde man ihm auch das Recht dazu einräumen, wie könnte er davon Gebrauch machen? Welcher Kanton wäre es, dessen Gerichte z. B. das Vorrecht erhielten, zwischen zwei Kantonen Recht zu sprechen? Eidgenössische Beamte, die von der Tagsatzung in Anklagezustand versetzt würden, könnte man sie vor ein Kantonalgericht stellen? Doch, warum denn länger bei der Bekämpfung eines Systems verweilen, das, unseres Wissens, Niemand in Vorschlag gebracht hat.

„Gegenwärtig gelangen im Grunde alle Fragen des eidgenössischen Rechts vor die Tagsatzung, nur gleichsam verstohlener Weise, vermischt mit politischen Fragen.

„Die Tagsatzung fühlt, dass sie keine Richterbehörde ist; dass es Tyrannei wäre, wenn eine politische Versammlung richterliche Gewalt ausübte. Darum wagt sie auch nicht definitiv abzusprechen. Sie ist ihrer Inkompetenz sich bewusst. Daher jene endlosen Ausgleichungs- und Vermittlungsversuche <sup>1)</sup>, jene

---

1) „Bericht über den Entwurf einer Bundes-Urkunde, erstattet an die eidg. Stände von der Kommission der Tagsatzung.“ Amtliche Uebersetzung; Zürich 1833, S. 90 ff.

2) Der zürcherisch-schwyzerische Schiffahrtsstreit z. B. dauerte vom Jahr 1776 bis ins Jahr 1796, wo endlich die Vermittlungsvorschläge Berns

immer sich erneuernden Konkordatsentwürfe <sup>1)</sup>, jene halben Maassregeln aller Art, die um so weniger zum Ziele führen können, als die streitenden Theile wissen, dass sie nicht vor einem Richter stehen, und dass es kein rechtliches Mittel gibt, sie zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen, sei es gegen den Bund, sei es gegen einen Mitstand, zu zwingen.

„Der Artikel V des Vertrages von 1815 schreibt zwar einen schiedrichterlichen Entscheid vor, und bestimmt einige Formen für das diessfällige Verfahren. Aber diese Bestimmung ist unvollständig und ihre Unwirksamkeit hat sich nur allzusehr bewährt. Unverkennbar setzt der Bundesvertrag die Mitwirkung der streitenden Theile, ihre Einwilligung zu einem Schiedrichterspruche, voraus. Widersetzen sie sich, verweigern sie die Ernennung von Schiedrichtern, so liegt hierin für die Tagsatzung ein unübersteigliches Hinderniss <sup>2)</sup>).

„Es ist Zeit, dieser Ohnmacht, dieser Unordnung einmal ein Ziel zu setzen.“

Erst nach sechszehn Jahren brachte man es dahin, was nach diesen Worten schon 1832 an der Zeit gewesen wäre. Die Revision des Bundesvertrags blieb vom Jahre 1833 an ein stehender, nie erledigter Artikel in den Traktanden der Tagsatzung, bis endlich nach der Krise des Jahres 1847 die Angelegenheit mit Aussicht auf Erfolg an die Hand genommen werden konnte. Die gefährlichen Klippen für dieses Revisionswerk lagen anderwärts als in den zu begründenden gerichtlichen Institutionen des Bundes: sie boten sich dar theils in der Anordnung des Repräsentationsverhältnisses der Kantone auf der Bundesversammlung, theils bei den sogen. materiellen Fragen (Zölle, Posten, Militärwesen u. dgl.). Wie schwierig in diesen beiden Punkten eine Aussöhnung der so mannigfach divergirenden Interessen und

---

von beiden streitenden Parteien angenommen wurden (s. die Sammlung der eidg. Abschiede von 1778 bis 1798, Seite 229 ff.).

1) Für auswärtige Leser bemerken wir, dass man in der Schweiz unter Konkordaten nicht bloss kirchliche Verträge, sondern auch Verträge der Kantone unter sich über gerichtliche Verhältnisse u. dgl. m. versteht.

2) Diese Worte sind geschrieben vor den oben S. 350 erwähnten Tagsatzungsbeschlüssen.

Ansichten war, erhellt schon daraus, dass bei Berathung des ersteren Punktes im Schoosse der Revisionskommission es einen Augenblick den Anschein hatte, als sollte das ganze Streben auch diessmal nicht über die Sammlung schätzbarer Materialien hinauskommen. „Von einem Mitgliede“ dieser Kommission<sup>1)</sup> wurde bereits der, freilich dann nicht zur Abstimmung gebrachte Antrag gestellt, „zu untersuchen, ob die Kommission überhaupt noch ferner mit dem Entwurf eines neuen Bundesvertrages sich befassen solle,“ indem „ein günstiger Erfolg der gegenwärtigen Arbeit nicht erwartet werden könne und es für diesen Fall zweckmässiger sein dürfte, Zeit und Kosten zu sparen und das der Kommission gewordene Mandat der Tagsatzung zurückzugeben<sup>2)</sup>.“ Die Einrichtung eines obersten Bundesgerichts dagegen gehörte nicht zu diesen Lebens- und Existenzfragen; weder in der Revisionskommission, noch in den Verhandlungen der Tagsatzung, die mit der Vorlage der gegenwärtig bestehenden Bundesverfassung vom 12. Sept. 1848 abschlossen<sup>3)</sup>, erhob man prinzipielle Einwendungen dagegen; die Diskussionen über Einzelnes, welche meistens nicht tiefer eingingen, werden im Folgenden an ihrem Orte ihre Berücksichtigung finden. Die schweizerische Nation, wie sie lebte in der Geschichte und im Bewusstsein der Gegenwart, sollte jetzt endlich einen lebendigen Körper erhalten; an diesem Körper durfte ein so wesentliches und in seinen Verrichtungen so scharf charakterisirtes Glied, wie es die

---

1) Zuzufolge ausdrücklichen Beschlusses der Kommission sind die Namen der Votirenden nie genannt worden: man wollte dadurch bewirken, dass die Mitglieder frei nach ihrer Ueberzeugung stimmen und sich aussprechen würden, ohne befürchten zu müssen, dadurch in Kollisionen mit den ihnen als Gesandten erteilten Standesinstruktionen zu gerathen.

2) „Protokoll über die Verhandlungen der am 16. August 1847 durch die Tagsatzung mit der Revision des Bundesvertrages von 1815 beauftragten Kommission“, verfasst vom eidg. Kanzler Dr. Schiess, 14te Sitzung vom 7. März 1848, S. 82. — Diese Kommission begann ihre Sitzungen am 17. Februar 1848 und schloss dieselbe am 8. April 1848.

3) Derjenige Theil des Tagsatzungsabschiedes von 1848, in welchem die Berathung über die Bundesverfassung enthalten ist (15. Mai bis 27. Juni), ist in besonderem Abdruck erschienen, aber ebensowenig wie das in voriger Anmerkung genannte Protokoll in den Buchhandel gekommen.

richterliche Funktion ist, nicht unausgedrückt bleiben, denn nur durch Ausscheidung in seine begrifflichen Differenzen führt ein Ganzes wirkliches Leben.

Bevor wir nunmehr zur Darstellung des heutigen positiven Rechts übergehen, sei uns noch eine Bemerkung über dessen Quellen gestattet. Wir können nicht, wie die deutschen Publisten, Klage führen über absichtliche Geheimhaltung des zu wissenschaftlicher Bearbeitung nothwendigen Materials <sup>1)</sup> — demungeachtet stösst man bei Untersuchungen über das heutige Bundesrecht auf nicht geringere Hindernisse als in Deutschland, die theils in einer am unrechten Ort angebrachten Bescheidenheit und Sparsamkeit, theils in ungeschickten Anordnungen der Behörden ihren Grund haben. Publizirt werden in der „Amtlichen Sammlung“ die Gesetze, sowie einzelne Beschlüsse der Bundesversammlung, Staatsverträge, auch einzelne Verordnungen des Bundesrathes, und im amtlichen Blatt der Eidgenossenschaft, dem „Bundesblatt“ Berichte von Kommissionen der gesetzgebenden Räte, Botschaften und Berichte des Bundesrathes, Mittheilungen über offizielle Verhandlungen aller Art u. dgl. Beides sind unordentliche <sup>2)</sup> und ohne die nöthige Sorgfalt und Sachkenntniss geleitete Publikationen. So wird man eine Menge staatsrechtlich sehr wichtiger Beschlüsse und Einzelentscheide der Bundesversammlung in der „Amtlichen Sammlung“ vergeblich suchen, ebensowenig findet man die dazu gehörigen Kommissionsberichte im „Bundesblatt“ — oder von den letzteren steht der eine oder andere im „Bundesblatt“ und nirgends der darauf hin erfolgte

1) Nie wenigstens würde es in der Schweiz eine Behörde wagen, durch förmliches Conclusum der Wissenschaft zu erklären, in Fragen des öffentlichen Rechts ihrer Nation habe sie keinen Anspruch auch nur angehört zu werden.

2) Bezüglich des „Bundesblattes“ ist diess eine alte und allgemeine Klage. Aber auch in der „Amtlichen Sammlung“ ist im ersten Band eine Art systematischer Anordnung versucht worden, in den folgenden Bänden ist die Reihenfolge chronologisch, aber auch diese Ordnung schlecht eingehalten, Aelteres mit dem Neuen vermischt, die Register unbequem und unzweckmässig u. s. w. Ein Beispiel der darin herrschenden Oberflächlichkeit ist es, dass z. B. in dem in dieser Sammlung zu findenden Abdruck der Bundesverfassung von 1848 grobe Druckfehler vorkommen!

Beschluss, und *vice versa*. Namentlich das „Bundesblatt“ ist eine trostlose Zusammenhäufung von ungesichtetem und ohne Bedacht ausgewähltem Material, stumm über viele prinzipielle Fragen, die einlässlich und mit grossem Aufwand von Geist, Wissen und Beredsamkeit erörtert worden sind, und ermüdend freigebig mit einer Unzahl Dinge von sehr vorübergehendem Werth (so z. B. sind selbst von den üblichen Eröffnungsreden der Nationalrathspräsidenten einige abgedruckt worden). Es scheint bei diesen Publikationen Niemand thätig zu sein, der nur einigermaassen ein kompetentes Urtheil darüber besässe, was staatsrechtlich von Werth für die Folgezeit ist und was nicht. Ueberdiess existirt, seitdem ein im „Bundesblatt“ gemachter Anfang wieder zu Ende gegangen ist, keine amtliche Publikation der Diskussionen der gesetzgebenden Räthe: eingehende Verhandlungen über Kardinalfragen des Bundesrechts sind Alltagsfliegen, von denen in den in den Archiven niedergelegten amtlichen Protokollen nichts als der dürre Kadaver, nämlich bloss die gestellten Anträge und das Resultat der Abstimmung, aufbewahrt wird, während weder nach Art der früheren Tagsatzungsabschiede ein Resumé der Diskussion mitgetheilt, noch auch ein stenographisches Bulletin — welches man, so oft es in Anregung gebracht wurde, als eine nicht zu verantwortende Geldverschleuderung darstellte — geführt wird. Es ist zu hoffen, dass in Zukunft diesen einer stetigen Fortentwicklung des bestehenden Bundesrechts und einer wissenschaftlichen Cultur desselben so äusserst hinderlichen Uebelständen abgeholfen und die Leistungen und Anstrengungen der Gegenwart auch als eine Sorge für den kommenden Tag taxirt werden. — Wir mussten diesen Zustand der Quellen des heutigen eidgenössischen Bundesrechts berühren, damit man nicht im Zweifel sei über den Grund, wesshalb wissenschaftliche Versuche auf diesem Felde sich weniger an die Ereignisse des praktischen Staatslebens anschliessen und aus ihnen Nahrung ziehen können, als es im Interesse der Sache und im Wunsche derjenigen liegt, welche solchen Untersuchungen ihre Aufmerksamkeit zuwenden.

## Zweiter Abschnitt.

### Das positive Recht.

Bei der Erörterung der heutigen Gerichtsbarkeit des eidgenössischen Bundes glauben wir die militärische Rechtspflege bei Seite lassen zu dürfen, weil dieselbe als ein Theil der schweizerischen Heeresverfassung ein vorwiegend militärisches, und nur in untergeordneter Weise ein rechtswissenschaftliches Interesse darbietet. Wir werden dieselbe nur insoweit berücksichtigen, als es der Zusammenhang mit sich bringt; was alsdann die bürgerliche Jurisdiktion des Bundes anbelangt, so wird dieselbe — das Paradoxe, was diese Eintheilung an sich trägt, wird sich im Verlauf aufklären — ausgeübt durch drei verschiedene Organe:

durch das Bundesgericht;  
durch die Bundesversammlung;  
durch den Bundesrath.

Wir durchgehen im Folgenden, unter möglichster Beschränkung auf die staatsrechtlichen Gesichtspunkte, die richterlichen Funktionen dieser drei verschiedenen Behörden.

### Kapitel I.

#### Jurisdiktion des Bundesgerichts.

Nach Vorschrift der Bundesverfassung <sup>1)</sup> besteht das Bundesgericht, der oberste Gerichtshof der Eidgenossenschaft, aus eilf Mitgliedern, welchen, der Bestimmung des Art. 1 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 5. Juni 1849 zufolge, eine gleich grosse Anzahl von Ersatzmännern beigeordnet wird <sup>2)</sup>. Zur Ausübung der Strafgerichts-

---

1) Art. 94. — Wir citiren von nun an die Bundesverfassung mit B.V., die Bundesgesetze mit B.G., die „amtliche Sammlung“ seit 1848 mit A. S.

2) Reicht, z. B. wegen Rekusation einer grossen Anzahl Mitglieder und Ersatzmänner des Bundesgerichts, diese Anzahl nicht aus, so hat die Bundesversammlung ausserordentliche Ersatzmänner zur Beurtheilung des einzelnen Falles zu wählen. Werden alle Mitglieder des Bundesgerichts



barkeit theilt sich das Bundesgericht in Abtheilungen (Kammern): Anklagekammer, Kriminalkammer (welche unter Zuziehung von Geschwornen <sup>1)</sup> das Assisengericht bildet), und Kassationsgericht, die ersteren aus je drei, das letzte aus fünf Mitgliedern zusammengesetzt. In dieser zur Verwaltung der Strafrechtspflege nothwendigen Eintheilung liegt der Grund, wesshalb man die Mitgliederanzahl des Bundesgerichts auf elf festsetzte <sup>2)</sup>: die Anklagekammer wie die Kriminalkammer mussten, um ein Collegium vorzustellen, jede mindestens drei Mitglieder erhalten, das Kassationsgericht mindestens fünf, desshalb, damit nicht zwei Stimmen im Kassationsgericht Macht hätten, ein mit drei Stimmen gefasstes Erkenntniss der Anklage- oder Kriminalkammer umzustossen. Vollständig gleiche Geltung haben indess auch so die Richterstimmen nicht: drei Kassationsrichter können abändern, was drei Richter einer der beiden anderen Abtheilungen geurtheilt haben. Alljährlich werden die Abtheilungen durch das Gericht selbst bestellt; das Gesetz schreibt ihm dabei nur die eine Regel vor, dass der Bundesgerichtspräsident von Amtswegen Präsident des Kassationsgerichts ist. In der Praxis macht sich die Vertheilung so, dass die Mitglieder der Anklagekammer zugleich in das Kassationsgericht bezeichnet und die fünf Kriminalkammern (entsprechend den fünf Geschwornenbezirken, in welche die ganze Eidgenossenschaft eingetheilt ist) aus sämmtlichen nach Abzug der drei Mitglieder der Anklagekammer noch restirenden Bundes-

---

wegen Amtsverbrechen angeklagt, so besteht das urtheilende Gericht ausschliesslich aus solchen ausserordentlichen Ersatzmännern. Siehe B.G. 5. Juni 1849, Art. 63, B.G. 9. Dezember 1850, Art. 29.

1) Die Einführung der Schwurgerichte in die Bundesrechtspflege gab in der Revisionskommission wie in der Tagsatzung Anlass zu eingehenden Erörterungen, welche die fast einstimmige Annahme des Geschworneninstituts zum Resultat hatten.

2) Siehe die Verhandlungen der verfassunggebenden Tagsatzung von 1848, Seite 147. — Demungeachtet wollte man der Frage, ob die Versetzung in Anklagezustand durch Anklagejury oder Anklagekammer vorgenommen werden solle, nicht schon in der Verfassung präjudiciren, in derselben wird desshalb auch die Anklagekammer nicht genannt, sondern die näheren Bestimmungen über Versetzung in Anklagezustand der Bundesgesetzgebung vorbehalten B.V. Art. 103.

richtern gebildet werden, so dass also immer einige Richter Mitglieder mehr als einer Kriminalkammer sind. Allfällig sich ergebende Collisionen werden durch Einberufung von Ersatzmännern vermieden. Bei dem Kassationsgerichte ist noch das Besondere, dass Mitglieder des Bundesgerichts als Ersatzmänner der Mitglieder des Kassationsgerichts bezeichnet zu werden pflegen.

In allen nicht ausdrücklich einer der Abtheilungen zugewiesenen Geschäften verhandelt das Bundesgericht als Plenum: dahin gehören also namentlich alle Civilrechtssachen, Wahlen, Bestellung der Abtheilungen, ausnahmsweise auch eine strafrichterliche Funktion, nämlich die Beurtheilung von Kassationsrekursen gegen Erkenntnisse des ausserordentlichen Kriegsgerichts, welches über Verbrechen und Vergehen des Generals der eidgenössischen Armee, des Chefs des Generalstabs oder des Chefs eines Armeekorps zu urtheilen hat <sup>1)</sup>.

Wählbar als Mitglied des Bundesgerichts (und die gleichen Bedingungen sind wohl auch, obwohl eine bestimmte Vorschrift darüber mangelt, für die Wahl der Ersatzmänner maassgebend) ist jeder Schweizerbürger weltlichen Standes, der das zwanzigste Altersjahr zurückgelegt hat und im Uebrigen nach der Gesetzgebung des Kantons, in welchem er seinen Wohnsitz hat, nicht vom Aktivbürgerrecht ausgeschlossen ist; naturalisirte Schweizerbürger müssen überdiess das Bürgerrecht seit mindestens fünf Jahren besitzen <sup>2)</sup>. Nicht wählbar sind die Mitglieder des Bundesrathes und die von diesem gewählten Beamten; überdiess können Verwandte und Verschwägerte in gewissen Graden, sowie Ehemänner von Schwestern nicht gleichzeitig Mitglieder oder Ersatzmänner des Bundesgerichts sein <sup>3)</sup>. Die Bundesver-

---

1) B.G. über die Strafrechtspflege bei den eidg. Truppen, v. 27. August 1851, Art. 266 (A. S. II, S. 691).

2) B.V. Art. 97, 63 und 64.

3) B.G. 5. Juni 1849, Art. 53. — In der Tagsatzung von 1848 (siehe deren Verhandlungen S. 148) wurden noch Wahlbeschränkungen hinsichtlich der Kantonsangehörigkeit beantragt, wie sie für den Bundesrath, in welchem aus einem Kanton nicht mehr als ein Mitglied sitzen darf, bestehen. Der Antrag hatte jedoch keinen Erfolg.

sammlung nimmt (wie bei allen Wahlen in vereinigter Sitzung des National- und Ständeraths) die Wahl der Mitglieder und Ersatzmänner des Bundesgerichts jeweilen in der ersten auf eine Integralerneuerungswahl des Nationalrathes folgenden Dezember-session vor; die Amtsdauer ist drei Jahre <sup>1)</sup> und geht für alle Mitglieder und Ersatzmänner des Gerichts mit dem nämlichen Tag zu Ende, indem erledigte Stellen nur bis zum Ablauf der Amtsdauer, für welche der Abgegangene bestellt war, wieder besetzt werden. Die Amtsdauer des bestehenden Gerichts geht zu Ende und diejenige des neuen Gerichts hebt an mit dem Tage, an welchem die Wahl des letzteren stattfindet <sup>2)</sup>. Präsident und Vicepräsident des Gerichts, beide nach Ablauf ihrer Amtsdauer wieder wählbar, werden ebenfalls von der Bundesversammlung aus der Zahl der gewählten Mitglieder bezeichnet. Die Anklagekammer sowie die Kriminalkammern präsidiert jeweilen das vom Gericht zuerst gewählte Mitglied derselben.

Das Bundesgericht tritt je nach Bedürfniss der Geschäfte in Thätigkeit, und die Glieder desselben haben nur während der Zeit der Sitzungen amtlichen Charakter; sie beziehen nicht fixe Besoldungen, sondern nur Entschädigungen für die in amtlicher Funktion aufgewendete Zeit und Arbeit, geniessen auch weder die gleichen persönlichen Vorrechte, wie z. B. die Mitglieder des Bundesrathes, noch kommt ihnen die Befreiung von strafge-

---

1) Für den von Aargau in der Tagsatzung gestellten Antrag, die Amtsdauer auf vier Jahre zu verlängern, damit nicht die jeweilen bei den Integralerneuerungswahlen vorherrschende politische Richtung ihren Einfluss auch auf die Bestellung des Bundesgerichts äussern könne, erklärten sich nur 2½ Stände. In der That reicht das vorgeschlagene Mittel für den angestrebten Zweck nicht aus, und eine Anstellung der Richter auf Lebenszeit, oder wie in Nordamerika „auf Wohlverhalten“, welche die sicherste Garantie gegen eine Parteijustiz wäre, würde in der Schweiz, wo das Volk die periodische Wiederwahl der Beamten als eine politische Nothwendigkeit ansieht, auf bedeutende Schwierigkeiten stossen.

2) Für die Mitglieder des Nationalrathes und des Bundesrathes ist ein bestimmter Tag des Amtsantritts fixirt: für jene der dem ersten Montag im Dezember vorhergehende Sonntag, für diese der 31. Dezember derjenigen Jahre, in welchen nach dem verfassungsmässigen Turnus von drei Jahren eine Gesamterneuerungswahl des Nationalrathes stattfindet. B.G. 21. Dez. 1850, Art. 35 (A. S. II, S. 229).

richtlicher Verfolgung zu Statten, welche während der Dauer der Sitzungen der Bundesversammlung den Mitgliedern des National- und Ständerathes zugesichert ist <sup>1)</sup>). Der Versammlungsort des Gerichts wechselt, nur seine ordentliche Sitzung, welche in den Jahren einer Gesamterneuerung unmittelbar nach erfolgter Neuwahl, sonst einige Tage vor der jährlichen ordentlichen Sitzung der eidgenössischen Räthe <sup>2)</sup>) abgehalten werden soll, hält das Gericht in der Bundesstadt Bern, für sonstige Sitzungen des Plenums oder des Kassationsgerichts bezeichnet der Bundesgerichtspräsident den Versammlungsort, für Sitzungen der Anklagekammer deren Präsident, für die Kriminalkammern ist die Bestimmung maassgebend, welche die Anklagekammer bezüglich des Sitzungsortes der Assisen getroffen hat. Regel ist, dass die Anklagekammer sowie die Assisen in demjenigen Bezirk zusammenkommen, in dessen Gebiet das Verbrechen begangen worden ist <sup>3)</sup>). — Beschlussfähig ist das Bundesgericht in der Regel bei Anwesenheit von sieben Richtern; ausnahmsweise werden, wenn es sich um einen Entscheid über Streitigkeiten zwischen Kantonen handelt, neun, und wenn das Bundesgericht die Funktionen des Kassationshofes gegenüber Urtheilen des ausserordentlichen Kriegsgerichts versieht, alle elf Stimmen zur Beschlussfähigkeit erfordert. Die einzelnen Abtheilungen des Bundesgerichts sind nur bei Anwesenheit der vollen Mitgliederzahl beschlussfähig. Beschlüsse werden gefasst durch die absolute Mehrheit der Anwesenden, bei einstehenden Stimmen entscheidet der Präsidirende; nur zur Ausübung des Abberufungsrechts gegenüber den vom

1) Auffallenderweise ist in dem Gesetz, welches den Mitgliedern der gesetzgebenden Räthe dieses Privilegium einräumt (B.G. 23. Dezbr. 1851, Art. 1 — A. S. III, S. 33) dasselbe nicht auf die Hin- und Rückreise ausgedehnt, obwohl diese Ausdehnung in England z. B. schon vor der Normannenzeit für die Mitglieder des Wittenagemot anerkannter Grundsatz war (*Guizot, hist. des origines du gouvern. représentatif*. T. II, p. 415) und ebenso in Nordamerika besteht (*Story, Bundesstaatsrecht*, übersetzt von *Buss*, S. 385 ff.)

2) Dieselbe beginnt in jedem Jahr am ersten Montag im Juli, B.G. 22. Dezbr. 1849, Art. 1 (A. S. I, S. 279).

3) B.G. 5. Juni 1849, Art. 5, 17, 50. — B.G. über die Bundesstrafrechtspflege vom 27. August 1851, (A. S. II, S. 743 ff.) Art. 9.

Bundesgericht gewählten Beamten bedarf es einer Mehrheit aller (nicht bloss der anwesenden) Mitglieder der Behörde, und ein Kassationsgesuch gegen Urtheile des ausserordentlichen Kriegsgerichts kann nur, wenn wenigstens sieben Mitglieder dazu stimmen, zu Recht erkannt werden <sup>1)</sup>.

Das Bundesgericht wählt seinen Gerichtsschreiber sowie zwei Untersuchungsrichter (in der Regel einen aus der deutschen und einen aus der französischen Schweiz) selbst; ihre Amtsdauer ist die nämliche wie diejenige der Mitglieder des Bundesgerichts. Als Instruktionsrichter in Civilsachen funktioniert ein vom Bundespräsidenten bezeichnetes Mitglied des Gerichts. Die Hilfspersonen zur Vollziehung richterlicher Befehle, zur Besorgung von Kanzleigeschäften, Bedienung des Gerichts u. s. w. ernennen die Präsidenten des Gerichts oder seiner Abtheilungen <sup>2)</sup>. Gegenüber den von ihm gewählten Beamten steht dem Bundesgericht die nämliche Disciplinargewalt zu, wie dem Bundesrath gegenüber denjenigen Beamten, welche dieser zu wählen hat (Verweis; Ordnungsbusse bis auf 50 Fr.; Suspension; Entlassung). Die Beamten der Bundesanwaltschaft wählt und beaufsichtigt der Bundesrath <sup>3)</sup>.

Es gibt in der Schweiz nicht wie in der nordamerikanischen Union Ober- und Untergerichte des Bundes <sup>4)</sup>; das schwei-

1) B.G. 5. Juni 1849, Art. 7 und 15; B.G. über die Strafrechtspflege für die eidgen. Truppen, vom 27. Aug. 1851, Art. 266 (A. S. II, S. 691); B.G. 9. Dezbr. 1850, Art. 38 und 39 (A. S. II, S. 158).

2) In sämtlichen bis jetzt vom Bunde genehmigten Eisenbahnkonzessionen ist das demselben durch Art. 14 des Eisenbahngesetzes vom 28. Juli 1852 zugestandene Recht des Rückkaufs der Eisenbahnen genauer regulirt und bestimmt worden, dass allfällige Streitigkeiten über den Rückkauf durch Schiedsgerichte erledigt werden sollen, deren Obmann, wenn sich die Schiedsrichter über dessen Wahl nicht einigen können, aus einem vom Bundesgericht zu bildenden Dreivorschlag gezogen wird.

3) Ein besonderer Staatsanwalt wird von der Bundesversammlung alsdann gewählt, wenn sie die Ueberweisung eines von ihr gewählten Beamten vor das Bundesgericht wegen Amtsverbrechen beschliesst; B.G. 9. Dezbr. 1850, Art. 27 (A. S. II, S. 155).

4) Vergl. R. Mohl, nordamerikanisches Bundesstaatsrecht, S. 287 ff.; Tittmann in der Zeitschr. für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft des Auslandes, XXII, S. 1–26. — Auch unter der deutschen Reichsverfassung

zerische Bundesgericht hat immer ursprüngliche Gerichtsbarkeit und nie eigentliche Appellationsgerichtsbarkeit; es kann vorkommen, dass es Urtheile kantonaler Gerichtsstellen zu bestätigen oder zu reformiren berufen ist, aber der Grund davon liegt nie in einer Appellationserklärung gegen das Urtheil, sondern in anderen Voraussetzungen des Falles. Ein von der Gesandtschaft von Uri bei den Berathungen der Tagsatzung über das Bundesprojekt gestellter Antrag, das Bundesgericht zum obersten Appellationsgerichtshof in allen wegen politischer Vergehen gefällten Strafurtheilen zu machen, wurde von der Tagsatzung abgelehnt. In manchen Fällen besitzt das Bundesgericht konkurrierende Jurisdiktion mit den kantonalen Gerichten; alsdann gibt aber nicht die Prävention, sondern sonderbarer Weise eine vom Bundesrath ausgehende Entscheidung den Ausschlag <sup>1)</sup>. Der leitende Gedanke ist also der, dass die Gerichtsbarkeit des Bundes wie diejenige der Kantone, ohne ineinander zu greifen, jede inner der ihr bestimmt zugewiesenen Sphäre sich bewege, und demgemäss steht dem Bundesgericht auch nicht ein Recht der Aufsicht über die Geschäftsbesorgung Seitens der Kantonalgerichte zu.

Wir zerlegen die Kompetenzen des Bundesgerichts, der Anordnung der Bundesverfassung entsprechend, in: Strafgerichtsbarkeit, Civilgerichtsbarkeit, und Jurisdiktion über Verletzungen verfassungsmässiger Rechte.

### § I. Strafrichterliche Kompetenzen.

Regel ist, dass bei der Ausübung der Strafrechtspflege des Bundes alle drei Kriminalabtheilungen zur Mitwirkung berechtigt sind. Um die etwas complicirte Einrichtung der Bundesstrafgewalt zu übersehen, muss man zwei Dinge wohl aus einander halten: das urtheilende Forum und das anzuwendende

---

gab es Reichsuntergerichte; ein solches war z. B. auch das in der Schweizergeschichte eine Rolle spielende Hof- und Landgericht zu Rottweil (Zöpfel, Staatsrecht I, § 102). Ueber die Beziehungen Rottweils zur Eidgenossenschaft siehe, ausser Simler und Bruntzli, namentlich (Gerold Meyer) Sammlung der eidgen. Abschiede von 1778 bis 1798, Seite 207 und 296.

1) Siehe hiernach § I, 2, b, und 3.

**Strafgesetz.** Jenes bedingt nicht dieses, noch dieses jenes: eidgenössische Gerichte haben oft das kantonale Strafgesetz, kantonale Gerichte das eidgenössische Strafgesetz anzuwenden. Das Forum ist nur maassgebend hinsichtlich der zu beobachtenden Strafprozessgesetzgebung; doch gibt es auch in dieser Hinsicht eine, freilich schwer mit der Bundesverfassung in Einklang zu bringende Ausnahme, nämlich die bundesgesetzlichen Vorschriften über das Verfahren, welches die kantonalen Gerichte bei Untersuchung und Bestrafung der Uebertretungen von Polizei- und Fiskalgesetzen des Bundes<sup>1)</sup> einhalten sollen. — Folgendes ist die Uebersicht der einzelnen Fälle:

1) Nach der Bundesverfassung (Artikel 104, litt. b, c. und d) ist das Assisengericht des Bundes ausschliesslich kompetent zur Beurtheilung von: Hochverrath gegen die Eidgenossenschaft; Verbrechen und Vergehen gegen das Völkerrecht; Aufruhr und Gewaltthat gegen die Bundesbehörden; politischen Verbrechen oder Vergehen<sup>2)</sup>, die Ursache oder Folge derjenigen Unruhen

1) B.G. 30. Juni 1849 (A. S. I, S. 87 ff.)

2) Eine genauere Angabe der unter diesem Ausdruck befassten Delikte ist nirgends gegeben; nur das B.G. über die Auslieferung von Verbrechern vom 24. Juli 1852 (A. S. III, S. 161 ff.) gewährt einen, freilich nicht genügenden Anhaltspunkt hiefür. Laut Art. 55 B.V. nämlich darf die Auslieferung für politische Vergehen nicht verbindlich gemacht werden; sämtliche in jenem Gesetz genannte Verbrechen also, wegen deren die Auslieferung gestattet werden muss, sind als nicht-politische anzusehen. Der Mangel einer bestimmten Definition der „politischen Vergehen“ ist um so fühlbarer, als die Anwendbarkeit des Art. 54 B.V. („Wegen politischer Vergehen darf kein Todesurtheil gefällt werden“) davon abhängt. — Der Art. 52 des Bundesstrafrechts scheint die gewünschte Bestimmung zu geben, indem er gleichbedeutend mit dem Ausdruck der B.V. „politische Verbrechen und Vergehen“ die Bezeichnung „eine der in den Artikeln 45 bis 60 (des Bundesstrafrechts) bezeichneten Handlungen“ gebraucht; allein, wenn auch ohne Zweifel die in diesen Artikeln genannten Handlungen politische Delikte sind, so enthält doch das Bundesstrafrecht noch in einer Anzahl fernerer Artikel, welche in jenem Art. 52 nicht angezogen sind, die Thatbestände von Delikten (z. B. die „völkerrechtswidrige Handlung“), deren politischer Charakter ebensowenig einem Zweifel unterliegen kann. Ueberdiess erhellt aus dem Zusammenhang, dass es gar nicht die Absicht des Gesetzgebers sein konnte, im Art. 52 auf alle politischen Vergehen Bezug zu nehmen.

sind, durch welche eine bewaffnete eidgenössische Intervention veranlasst worden ist<sup>1)</sup>. In dem Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht vom 4. Febr. 1853 (A. S. III, S. 404 ff.), Art. 36 bis 39, 41 bis 43, 45 bis 50 und 52, haben diese Reate ihre genauere Definition<sup>2)</sup> erhalten; es sind auf dieselben ausschliesslich die Strafbestimmungen des angeführten Bundesgesetzes anwendbar, und einzig der Bundesversammlung steht bezüglich dieser Verbrechen das Recht der Amnestie und Begnadigung zu, welches sie überhaupt gegenüber allen von den Bundesassisen ausgefüllten Strafurtheilen besitzt<sup>3)</sup>. — Diese Jurisdiktion bestimmt sich übrigens lediglich nach der Natur der Vergehen und es ist daher für die Gerichtsstandsfrage gleichgültig, ob die Theilnehmer an solchen Handlungen Beamte oder Privatleute sind.

2) Amtsverbrechen der Mitglieder eidgenössischer Behörden und eidgenössischer Beamten<sup>4)</sup>. — In dieser Beziehung haben zwei in einem Zwischenraum von wenig mehr als zwei Jahren erlassene Gesetze<sup>5)</sup>, die beide von verschiedenen Grundan-

1) Wie bereits bemerkt wurde, ist der Thatbestand, welchen der Art. 52 des Bundesstrafrechts aufstellt, enger als der im Text der B.V. Art. 104, d, gegebene Begriff, indem letzterer alle, jener nur einige politische Verbrechen, „die Ursache oder Folge derjenigen Unruhen sind, durch welche eine bewaffnete eidgenössische Intervention veranlasst worden ist,“ in sich begreift. Wo also die Voraussetzungen des Art. 104, d, der B.V., nicht aber diejenigen des Art. 52 des Bundesstrafrechts vorhanden sind, wird das eidg. Assisengericht die einschlagenden Bestimmungen des kantonalen Strafgesetzes zu beobachten haben.

2) Wenn anders Redaktionen wie die des Art. 39 („wer das schweizerische Gebiet verletzt oder eine andere völkerrechtswidrige Handlung gegen die Schweiz oder einen Theil derselben sich zu Schulden kommen lässt“ u. s. w.) oder diejenige des Art. 41 („wer ein fremdes Gebiet verletzt, oder eine andere völkerrechtswidrige Handlung begeht, ist mit Gefängniss oder Geldbusse zu belegen“) noch den Namen „Definitionen“ verdienen und nicht vielmehr Indefinita sind!

3) B.G. über Bundesstrafrecht, Art. 73; B.V. Art. 104; B.G. über Bundesstrafrechtspflege vom 27. August 1851, Art. 169 (A. S. II, S. 784).

4) B.V. Art. 104: „Das Assisengericht, mit Zuziehung von Geschworenen, urtheilt: a) in Fällen, wo von einer Bundesbehörde die von ihr ernannten Beamten zur strafrechtlichen Beurtheilung überwiesen werden.“

5) B.G. über die Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten,



schauungen ausgingen, eine Menge Controversen und Zweifel veranlasst und einen so heillosen Wirrwarr angerichtet, dass wir, wenn wir nicht eine eigene ausführliche Abhandlung hier einschalten wollen, uns begnügen müssen, die Resultate unserer Ansicht mitzutheilen, wobei wir freilich, solange die Motivirung noch aussteht, auf allseitige Zustimmung nicht rechnen dürfen.

Wir unterscheiden, wie die deutsche Wissenschaft, von den eigentlichen Amtsverbrechen, zu deren Begriff der amtliche Charakter des Thäters gehört, die gemeinen Verbrechen, die in amtlicher Stellung begangen worden sind, „zu deren Begehung der Staatsdienst unmittelbare Gelegenheit und auch das zufällige Mittel darbietet <sup>1)</sup>.“ Nun können:

a) wegen Mangels eines Strafgesetzes weder für Amtsverbrechen noch für gemeine in amtlicher Stellung verübte Verbrechen bestraft werden: die Mitglieder des National- und Ständerathes (es sei denn es handle sich um ein im Gesetz über Bundesstrafrecht vorgesehenes gemeines Verbrechen oder Vergehen <sup>2)</sup>), welches von einem Mitglied dieser Behörden in amtlicher Stellung begangen worden ist: alsdann bedarf es zur Einleitung des strafgerichtlichen Verfahrens der Zustimmung beider eidgenössischen Räthe, in der Form eines von jedem in getrennter Sitzung gefassten, übereinstimmenden Beschlusses; die Sache wird an die eidgenössischen Gerichte gewiesen; anwendbar ist einzig das eidgenössische Strafgesetz);

b) auf Amtsverbrechen, welche von irgend einem der übrigen Beamten und Angestellten des Bundes (und zwar sind hier auch die Mitglieder des Bundesrathes, die Richter am Bundesgericht, sowie eidgenössische Repräsentanten oder Kommis-

---

vom 9. Dez. 1850 (A. S. II, S. 149 ff.); B.G. über das Bundesstrafrecht v. 4. Febr. 1853 (A. S. III, S. 404 ff.)

1) Heffter, Kriminalrecht, §. 539.

2) Dieser Ausdruck ist hier natürlich nicht als Gegensatz gegen die politischen, sondern als Gegensatz gegen die Amtsverbrechen zu verstehen. Es ist nicht zu billigen, dass das B.G. über Bundesstrafrecht den Ausdruck „gemeines Verbrechen“ ohne nähere Bezeichnung in diesen beiden wesentlich verschiedenen Bedeutungen gebraucht (Art. 40 u. 75).

sarien <sup>1)</sup> unter diesem Ausdrücke inbegriffen) begangen werden, sind einzig die eidgenössischen Strafgesetze (enthalten in Art. 53 ff. des Bundesstrafrechts) anzuwenden; das zur Untersuchung und Beurtheilung kompetente Gericht ist, wenn es vom Bundesrath gewählte Beamte und Angestellte betrifft, in der Regel das kantonale Forum *delicti commissi*, es sei denn der Bundesrath mache hievon eine Ausnahme und überweise den Straffall an die eidgenössischen Gerichte. Handelt es sich dagegen um Amtsverbrechen der von der Bundesversammlung gewählten Beamten, so scheinen ausschliesslich die eidgenössischen Gerichte competent. In jedem Fall kann eine strafgerichtliche Untersuchung wegen Amtsverbrechen nicht eingeleitet werden, es sei denn die Bundesversammlung oder der Bundesrath — je nachdem es von der einen oder anderen Behörde gewählte Beamte betrifft — habe zuvor ihre Zustimmung zu derselben gegeben, welche Seitens der Bundesversammlung in der bereits bei litt. a erwähnten Form ertheilt wird. — Lediglich den im Art. 189 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege vom 27. August 1851 bestimmten Ordnungsstrafen unterliegen diejenigen besonderen Amtsverbrechen der Bundesrichter, sowie der eidgenössischen Justiz und Strafpolizeibeamten, welche sich unter keinen der in Art. 53 ff. des Bundesstrafrechts aufgestellten Thatbestände subsumiren lassen (was z. B. mit der „Beugung des Rechts“ der Fall ist).

c) Für gemeine Verbrechen, von einem Beamten oder Angestellten des Bundes (unter welcher Bezeichnung hier zwar wohl die Bundesrichter, nicht aber — vergleiche unten Nr. 5 — die Mitglieder des Bundesrathes, der Kanzler der Eidgenossenschaft, eidgenössische Repräsentanten oder Kommissarien zu verstehen sind) in amtlicher Stellung verübt, tritt ausschliesslich kantonale Jurisdiktion und kantonales Strafgesetz ein, und zwar ohne dass es in solchen Fällen um des amtlichen Charakters des Thäters willen <sup>2)</sup> zur Anhebung der strafgericht-

1) Eidgenössische Repräsentanten wählt die Bundesversammlung, eidgenössische Kommissarien der Bundesrath; B.V. Art. 74, Ziffer 3, u. Art. 90, Ziffer 6.

2) Wohl aber hängt, wenn es sich um politische Verbrechen handelt,

lichen Verfolgung einer Autorisation des Bundesrathes oder der Bundesversammlung bedürfte.

Auch nach eidgenössischem Bundesrecht also geniessen die Beamten des Schutzes der sogenannten *garantie administrative* <sup>1)</sup>, welche das absolutistische Genie des *ancien régime* in Frankreich ersann und alle seitherigen Regierungssysteme, trotz ihrer Verschiedenheit in politischen Tendenzen, wie ein kostbares Kleinod gehegt und gepflegt haben <sup>2)</sup>. Wir besitzen

---

die Anhebung der strafgerichtlichen Verfolgung von einer vorläufigen Entscheidung des Bundesrathes ab, und kann die Fortsetzung der Untersuchung von der gleichen Behörde gehemmt werden, so lange die Versetzung in Anklagezustand nicht erfolgt ist; B.G. über Bundesstrafrechtspflege, von 27. Aug. 1851, Art. 4, 14, 29.

1) Ein Institut wie die moderne Ministerverantwortlichkeit, oder überhaupt, wie Tocqueville in seinem Werk über Nordamerika (Band I, Kap. 7) es nennt, das „*jugement politique*“ kennt unser Staatsrecht nicht; es ist diess nach unserer Ansicht theils des groben Missbrauchs wegen, der mit solchen Anklagen wegen Handlungen, die im Strafkodex nicht definirt sind und nicht definirt werden können, nothwendig verknüpft ist — in England sind Staatsanklagen (*impeachments*) vorgekommen, weil Jemand dem König ohne den Rath der Aerzte Arznei gegeben — theils der besonderen Garantien wegen, welche eine demokratische Regierungsform gegen Verfassungsverletzungen Seitens der obersten Behörden darbietet, ein Vorzug und nicht ein Mangel unseres Rechts. In der nordamerikanischen Union (Verfassung von 1787, Art. II, Sekt. 4) besteht das *Jugement politique*, aber — nach der Notiz bei Mohl, Gesch. u. Literatur der Staatswissensch. I. S. 312, Anm. 5, zu schliessen — ziemlich als Luxusartikel.

2) Es ist nicht richtig, wenn die Einführung der Administrativgarantie in Frankreich als „*une des grandes conquêtes de la Révolution*“ bezeichnet wird; Tocqueville (*l'ancien régime et la révolution*, Paris 1856) führt das Institut auf seinen wahren Ursprung zurück: „*Sous l'ancienne monarchie le gouvernement n'avait guère moins de soins que de nos jours d'éviter aux fonctionnaires le désagrément d'avoir à se confesser à la justice comme de simples citoyens. La seule différence essentielle entre les deux époques est celle-ci: avant la Révolution le gouvernement ne pouvait couvrir ses agents qu'en recourant à des mesures illégales et arbitraires, tandis que depuis il a pu légalement leur laisser violer les lois*“ (a. a. O. p. 86). Die französische Revolution in allen ihren Phasen (siehe das Nähere bei A. Morin, *répertoire du droit criminel*, T. I, p. 103 s.) hat nur, zuerst in einem Gesetz vom 22. Dezember 1789, die Traditionen Richelieus und Mazarins sanktionnirt.

diese Garantie sogar in einer grösseren Ausdehnung, als Frankreich: dort umgibt sie bloss die Administrativbeamten <sup>1)</sup>, bei uns steht sie auch den Richtern und Justizbeamten zur Seite. Nur beschränken wir das Institut auf die eigentlichen Amtsverbrechen, während das französische Recht von „allen auf die amtlichen Funktionen bezüglichen Verbrechen“ redet, und darunter auch solche Handlungen begreift, welche die deutsche Theorie als gemeine aber in amtlicher Stellung verübte Verbrechen qualifizieren würde <sup>2)</sup>. — Die Argumente jedoch, deren man sich zur

Noch gegenwärtig wird als einziges gesetzliches Fundament der *garantie administrative* der Artikel 75 der Constitution vom Jahr VIII angeführt, welcher, obwohl diese Constitution ihrem ganzen Umfang nach aufgehoben ist, dennoch von der Jurisprudenz stets als fortbestehend anerkannt worden ist, namentlich noch unter der letzten Republik durch ein Urtheil des Kassationshofes vom 29. April 1848. Auch die gegenwärtige französische Verfassung vom 14. Januar 1852 enthält keine ausdrückliche Bestätigung jenes Art. 75 der Verfassung vom Jahr VIII, dennoch gilt derselbe als stillschweigend gutgeheissen, weil in den Eingangsworten der gegenwärtigen Verfassung dieselbe für eine Nachbildung derjenigen vom Jahr VIII erklärt ist (*Trébutien, cours du droit criminel*, T. II, p. 107).

1) „*Agents du gouvernement*,“ Art. 75 der Verfassung vom Jahr VIII; ein Ausdruck, über dessen Ausdehnung die französische Jurisprudenz (siehe Morin und Trébutien a. a. O.) sehr detaillirte Bestimmungen an die Hand gibt. Das Recht, die Autorisation zur strafgerichtlichen Verfolgung zu geben, steht — wo es nicht durch Spezialgesetze anderen Behörden eingeräumt wird, wie z. B. durch das Dekret vom 10. Floreal Jahr X den Präfekten hinsichtlich der Steuerheber — dem *Conseil d'Etat* zu. — Betreffend die Verbrechen und Vergehen von Richtern und Beamten der Staatsanwaltschaft enthält der *Code d'instruction criminelle* in Art. 479 ff. Spezialvorschriften; vergl. Höchster, Lehrbuch des französ. Strafprozesses, S. 544 ff.

2) Dem französischen Recht ist die Unterscheidung zwischen Amtsverbrechen und gemeinen in amtlicher Stellung begangenen Verbrechen nicht bekannt. Der angeführte Art. 75 der Constitution vom Jahr VIII beschränkt die den Administrativbeamten zugestandene Garantie auf „*des faits relatifs à leurs fonctions*,“ was, nach Morin's Auslegung (a. a. O. p. 135) so zu verstehen ist: „*qu'il y ait entre ce fait et la fonction une corrélation de cause ou d'objet, de telle sorte, qu'on ne puisse dire que tout particulier aurait pu agir de même*.“ Eine solche Wechselbeziehung trifft aber auch z. B. bei den Unterschlagungen öffentlicher Gelder Seitens des Rechnungsbeamten zu, welche nach der deutschen Theorie doch nicht unter die eigentlichen Amtsverbrechen gezählt werden können.

Rechtfertigung dieses Instituts bedient, sind wie uns scheint eher Gründe gegen als für dasselbe. Man gibt zwar in der Regel zu, dass ein Beamter zum Gehorsam gegenüber Befehlen der Regierung nur insoweit verpflichtet sei, als dieselben nicht eine durch Verfassung oder Gesetz verbotene Handlung gebieten; aber man appellirt an unser Billigkeitsgefühl, um uns die Konsequenzen einer starren Durchführung dieses Grundsatzes möglichst abschreckend auszumalen. Im konkreten Falle, sagt man uns, ist es oft schwierig, richtig zu erkennen, was verboten sei und was nicht, denn es handelt sich dabei um Verbote und Gebote, deren Tragweite mit den politischen Institutionen zusammenhängt, zu deren Beobachtung es der Einsicht in den wahren Charakter dieser letzteren, nicht bloss des Wissens um Recht und Unrecht bedarf. Und ist es nicht eine sehr verzeihliche Neigung, ist es nicht die instinktmässige Sophistik der menschlichen Schwäche, wenn der abhängige Beamte Collisionen solcher Art durch eine gekünstelte Auslegung der verfassungs- oder gesetzmässigen Vorschriften zu Gunsten des Geheisses seiner Vorgesetzten zu lösen sucht, durch eine Auslegung, deren unbefangene Prüfung seine Verhältnisse und seine Stellung ihm fast zur Unmöglichkeit machen? Soll man, durch die stete Drohung mit strafgerichtlicher Verfolgung, ein Beamtenkorps erzielen, welches statt die Regierung zu unterstützen ihr auf jedem Schritte Bedenklichkeiten entgegensetzt und alle Energie der Verwaltung lähmt? — Allein, so beachtenswerth dergleichen Rücksichten auch sind, so ist doch keineswegs gesagt, dass der Richter bei Ausmessung der Strafe nicht befugt sei, sie gebührend zu würdigen; diess ist vielmehr seine Pflicht, und in Fällen, wo die ganze subjektive Seite der Handlung, das Wissen um den verbrecherischen Zweck, nur auf Seite des Auftraggebers, nicht aber auf derjenigen des den Auftrag vollziehenden Beamten vorhanden ist, muss der Richter den Letzteren vollständig absolviren. In Fällen dieser letzteren Art ist durch den Richter der Beamte ebenso wirksam geschützt, wie durch die Administrativgarantie — nur erscheint letztere, wo man von ihr Gebrauch macht, immer als ein Akt der Gunst und der Willkühr, und nie als ein Akt unparteiischen Gerechtigkeitssinnes; sie ist eine

Beschimpfung, die Freisprechung durch den Richter eine Ehrenanerkennung des Beamten. Handelt es sich dagegen bloss um Geltendmachung von Strafmilderungs- oder -minderungsgründen, so schießt die Administrativgarantie weit über das Ziel hinaus, indem sie volle Straflosigkeit da eintreten lässt, wo nur eine theilweise Entschuldbarkeit vorliegt — in jenem Falle ist sie zwecklos, in diesem Falle ein offenes Unrecht. Andere Argumente für die Administrativgarantie stützen sich auf das politische Dogma von der Gewaltentrennung, welches nicht zulasse, dass die richterliche Gewalt sich in die Sphäre der Regierung einmische und die Rechtmässigkeit ihrer administrativen Anordnungen dem Urtheil des Richters unterwerfe <sup>1)</sup>.

Allein diese Theorie ist ein ebenso grosser Paralogismus, als die soeben erörterten „Billigkeitsrücksichten“ ein gehässiges Unrecht. Man verlangt, kraft des Prinzips der Gewaltentrennung, volle Unabhängigkeit der Regierung; wir halten diess Prinzip in solcher Ausdehnung für nicht richtig, aber zugegeben es sei wirklich, wie manche Publicisten uns versichern, das A und O aller politischen Weisheit, erheischt dann nicht das nämliche Prinzip auch die volle Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt? Nun bestreitet man nicht, dass die Untersuchung über das Vorhandensein eines Amtsverbrechens und die Verhängung der darauf gesetzten Strafe einzig dem Richter zustehe, aber demungeachtet untersagt man ihm, diess Urtheil auszusprechen, es sei denn, die Regierung habe ihm Erlaubniss zum Urtheilen gegeben. Den Entscheid, der dem Prinzip zufolge dem Richter zusteht, vindicirt sich im flagranten Widerspruch gegen die geforderte Unabhängigkeit des richterlichen Amtes, die Regierung; hat diese die Schuld verneint, so kann sie der Richter nicht mehr bejahen. Man wende nicht ein, dass diess bei allem der Anklageform huldigenden Strafprozess sich ebenso verhalte. Macht man das Einschreiten der Strafjustiz von einem Antrag des Verletzten abhängig, so hat man dabei eine zwiefache Anschauungsweise: entweder gilt der Staat als Vertreter der öffentlichen Rechtsordnung für die verletzte Partei, oder der

---

1) So namentlich Trébutien, a. a. O. p. 109.

durch das Verbrechen in seinen Privatrechten Geschädigte. Keinem von diesen beiden Standpunkten entspricht die Administrativgarantie: sie hindert die Civilpartei, die strafrechtliche Reaktion gegen das Verbrechen in Bewegung zu setzen, und das Einschreiten von Staateswegen, welches nicht nur ein Recht, sondern zugleich auch eine Pflicht des Staates ist, stellt sie in die Willkür und ins Belieben der Regierung. — Mit all jenen Scheinargumenten wird an der Sache nichts geändert; die Administrativgarantie bleibt, wofür sie ein unbefangener Sinn schon beim ersten Anblick nimmt: ein dem Beamten eingeräumtes Vorrecht der Straflosigkeit für gewisse in Wahrheit strafwürdige Handlungen. Es liegt in einer solchen Institution ein trauriges Bekenntniss ausgesprochen, das Bekenntniss, dass im modernen Staat Regierung und Gericht in unvermeidliche Collisionen gerathen und dass, um der Existenz des Staates willen, die Lösung solcher Collisionen darin gesucht werden müsse, dass die Regierung Gewalt habe die Gerichte an der Handhabung des Rechts zu verhindern: Unvereinbarkeit des Rechts mit den Interessen des Staates, dieser „verkörperten Rechtsidee.“ In der Regel ist man sich freilich dieser geradezu unsittlichen und alles Ansehen der Staatsgewalt untergrabenden Natur der Administrativgarantie nicht bewusst, oder man stellt bei deren Einführung wenigstens zum Schein einen unschuldigeren Beweggrund voran, nämlich die Abwendung unmotivirter oder zu strenger Ahndungen von Dienstvergehen durch die Gerichte; allein auch derartige Rechtfertigungen enthalten das demüthigende Zugeständniss einerseits der Unzulänglichkeit der bestehenden Strafgesetzgebung oder der bestehenden Gerichte — beide immerhin noch gut genug für den gemeinen Bürger, aber zu schlecht für das auserwählte Volk der Beamten — andererseits der eigenen Unfähigkeit, zu bewirken, dass die Justiz nicht nur Justiz heisse, sondern auch Justiz sei.

Wir halten somit dieses ganze Institut der Administrativgarantie für verwerflich<sup>1)</sup>; noch in weit höherem Grade gilt

---

1) Einen positivrechtlichen Grund für dieselbe hat man im Art. 104 litt. a, B.V., wo die Rede ist von „Fällen, wo von einer Bundesbehörde die von ihr ernannten Beamten zur strafrechtlichen Beurtheilung dem

diess von der Ausdehnung des Instituts auf Richter und Justizbeamte, womit man im schweizerischen Staatsrecht die unwillkommene Erbschaft aus Frankreich noch vermehrt hat. Für eine solche Ausdehnung lassen sich nicht einmal die erörterten halben und Schein-Gründe mehr anführen: denn der Richter urtheilt selbstständig und nicht nach Befehlen von Oberen, und von einem Uebergrieff der Gerichte in die Sphäre der Regierung kann bei Dienstvergehen des Richters nicht die Rede sein. Es ist ohne Zweifel ein wohlberechtigtes Streben der Regierung, ihre Beamten gegen grundlose Kriminalanklagen zu schützen, das einzig gerechte Mittel aber, um diesem Ziele nahe zu kommen, ist die stete Verbesserung der Strafrechtspflege. Aber in dieser Hinsicht erhebt das Interesse des öffentlichen Dienstes noch eine weitere Anforderung: nicht minder wichtig als die Beseitigung von Vexationen und Hindernissen, die der Einzelne ohne Grund der Verwaltung in den Weg legt, ja in Demokratien, wo der häufige Wechsel im Beamtenpersonal u. A. m. den Mechanismus der Administration leichter und öfter lockert, als in Monarchien, noch ungleich wichtiger ist es, die Beamten zu gewissenhafter Erfüllung ihrer Amtspflichten anzuhalten. In dieser Beziehung hat die Regierung einzustehen für ihre Beamten; es muss ihr daher besonders daran gelegen sein, dass der Beamte, wenn die Verletzung oder Nichteinhaltung seiner Amtspflichten in ein wirkliches Verbrechen oder Vergehen übergeht, zur verdienten Strafe gezogen werde. Dieses Interesse ist materiell das nämliche wie jenes, nur von anderer Seite aufgefasst. Die Aufgabe ist, den Richter zu suchen, welcher durch vorgefasste Meinungen am wenigsten gehindert wird, unbefangen die von der Regierung erhobene Anklage gegen den Beamten zu prüfen. Hat das eidgenössische Staatsrecht diesen Richter gefunden, wenn es die kantonale Jurisdiktion als Regel aufstellt für die Verbrechen

---

eidg. Assisengericht überwiesen werden.“ Allein darin ist nur die sich von selbst verstehende Befugniss zu solchen Ueberweisungen ausgesprochen, keineswegs Richter und Gericht für den Fall, dass von dieser Befugniss nicht Gebrauch gemacht würde, ausgeschlossen. — Nach dem Verantwortlichkeitsgesetz von 1850 war die Administrativgarantie sogar auf alle in amtlicher Stellung verübte gemeine Verbrechen ausgedehnt! —



und Vergehen von Bundes-Beamten? Nach unserer Ansicht ist diess nicht der Fall, ja wir halten dafür, es liegt in dieser Anordnung, soweit es wenigstens die eigentlichen Amtsverbrechen betrifft, ein prinzipieller Verstoss gegen die Natur des Bundesstaates. Das richterliche Urtheil über diese Verbrechen ist zugleich ein Urtheil über Charakter und Ausdehnung der Amtspflicht, welche als verletzt behauptet wird; ein solches Urtheil darf ein staatlicher Organismus, welcher eigene Gerichte besitzt, nicht in die Hand von Gerichten eines anderen Staatskörpers legen. Wozu hätte der Bundesstaat sein Bundesgericht, wenn dasselbe mit denjenigen richterlichen Funktionen, welche in engstem Zusammenhang stehen mit dem politischen Bestand des Bundes, ja von deren Ausübung die Möglichkeit einer Erfüllung der staatlichen Aufgaben des Bundes abhängt, nicht betraut würde? Der kantonale Richter lebt gleichsam in anderer Luft als der Richter des Bundes; er bewegt sich in anderen Gedankenkreisen, in anderen politischen Anschauungen; die Rechte und Pflichten, welche das vom Bund verliehene Amt in sich schliesst, sind ihm etwas Fremdartiges; dazu kommt noch der Gegensatz zwischen den offiziellen Organen des Bundes und denjenigen der Kantone — ein Gegensatz, der unvermeidlich ist, weil die Grenze zwischen Bundeshoheit und Kantonsouveränität nie mathematisch fest steht und diese Organe in entgegengesetztem Sinn an deren Feststellung interessirt sind, und welcher selbst auf gewissenhafte Richter einen unwillkürlichen Einfluss ausübt. Freisprechungen von Beamten des Bundes in Fällen, wo eine Bestrafung gerechtfertigt und zur Aufrechterhaltung des Ansehens der Bundesadministration erforderlich gewesen wäre, können, sobald dem kantonalen Richter das Urtheil über Amtsverbrechen überlassen wird, leicht eintreten, zumal in freien Staaten ohnehin jeder Richter die Begehren, welche der Staat ans Recht setzt, mit besonderer Sorgfalt abzuwägen und im Zweifelsfalle eher gegen als für den Staat zu entscheiden geneigt ist. Unter der gegenwärtigen Gesetzgebung muss ein solcher Kriminalfall schon ganz besonders gestaltet sein, damit die Bundesbehörde zu dem auffallenden Schritt, von der Regel der kantonalen Gerichtsbarkeit abzugehen, sich entschliesse: man liebt es nicht, die eidgenös-

sischen Gerichte in Bewegung zu setzen, und dennoch kann man sich schon jetzt die Uebelstände nicht verhehlen, welche die kantonale Jurisdiktion in richterlichen Funktionen des Bundes mit sich bringt<sup>1)</sup>. Es kann kaum anders kommen, als dass in Folge dieses Systems aus Besorgniss, der Bund möchte in einer Anklage vor den Kantonalgerichten unterliegen und seine Autorität dadurch geschwächt werden, Manches ungeahndet bleibt, was im Interesse des öffentlichen Dienstes vor den Strafrichter gezogen werden sollte. — Weniger bedenklich erscheint die kantonale Jurisdiktion über gemeine Verbrechen von Beamten, seien sie in amtlicher Stellung verübt worden oder nicht: hier handelt es sich um Widerhandlungen gegen allgemeine, überall in ziemlich übereinstimmender Weise anerkannte Rechtspflichten, welche dem Privaten sogut wie dem Beamten obliegen und wobei die amtliche Stellung nur unter Umständen einen Strafschärfungsgrund bildet<sup>2)</sup>, ohne dass der Richter durch sein Urtheil auch die besonderen Amtspflichten einer Kritik unterwirft. Indessen würden wir doch vorziehen, die Gerichtsbarkeit des Bundes auch auf die gemeinen in amtlicher Stellung begangenen Verbrechen auszudehnen.

3) Mit den in Art. 59 bis und mit 68 des Bundesstrafrechts genannten Delikten (öffentliche Beschimpfung oder Verleumdung der höchsten Bundesbehörden oder ihrer Mitglieder; Fälschung von Bundesakten; Ablegung eines falschen Zeugnisses vor einer Bundesbehörde; Uebertretung einer von den eidgenössischen Gerichten verhängten Landesverweisung; Werbung für fremden Militärdienst; Beschädigung oder Gefährdung von Post- oder Eisenbahnzügen, von Telegraphen u. dgl. m.) verhält es sich wie mit den Amtsverbrechen eidgenössischer Beamten: immer eidgenössisches Strafgesetz, aber regelmässig kantonales Gericht, es sei denn der Bundesrath überweise den Fall an die eidgenössischen Gerichte.

Eine geregelte Rechtspflege würde erfordern, dass der

---

1) Offizielle Klagen darüber finden sich z. B. im Bundesblatt, Jahrgang 1854, Band I, Seite 137 ff.

2) Diess ist anerkannt im B.G. über Bundesstrafrecht, Art. 58,

Bundesrath von der ihm hier und bei Amtsverbrechen ertheilten Befugniss der Kompetenzbestimmung nicht auch dann noch Gebrauch machen dürfte, wenn die Untersuchung bereits bei einem kantonalen Gericht rechtshängig ist; allein da kein Gesetz den Kantonen vorschreibt, von der Anhebung solcher Untersuchungen dem Bundesrath Kenntniss zu geben, so ist es dem letzteren in den seltensten Fällen möglich, gleich beim Beginn der strafgerichtlichen Verfolgung einen Beschluss zu fassen.

Wie aus dem unter Nr. 2 und 3 Angeführten erhellt, ist die Bundesgesetzgebung darauf ausgegangen, die eidgenössischen Assisengerichte möglichst wenig in Thätigkeit zu berufen. Die Straffälle, zu deren Beurtheilung sie ausschliesslich kompetent sind, gehören zu den am seltensten vorkommenden; diejenigen, welche häufiger vorkommen, sind sämmtlich auf den kantonalen Kanal abgeleitet. Eine Verhandlung vor Bundesassisen ist dermal ein wahres Ereigniss, die eidgenössischen Geschwornen ein Luxusartikel, der bloss im eidgenössischen Staatskalender eine bedeutende Rolle einnimmt und dessen Wichtigkeit dem wählenden Volke je länger desto weniger einleuchten wird. Wozu all der Aufwand von Scharfsinn und Beredsamkeit, womit man in der Revisionskommission und im Schoose der verfassungsgebenden Tagsatzung den hohen Werth des Geschworneninstituts verfocht, wenn man ihm in der Folgezeit ein so äusserst bescheidenes Plätzchen im Winkel anweisen wollte<sup>1)</sup>? Es lässt sich diese Verdrängung des bundesgerichtlichen Verfahrens — der Kostenpunkt, welchen man zu deren Gunsten hervorhebt, ist, wo es

---

1) Verhandl. der Revisionskommission S. 138: „Das Vorzügliche in dem Institut des Schwurgerichts wurde von keiner Seite bestritten; nur fand sich ein Mitglied zu der Bemerkung veranlasst, dass es aus dem Grunde Bedenken trage dafür zu stimmen, weil dadurch dem Bunde nicht unbedeutende Kosten verursacht werden dürften, und sodann lohne es kaum der Mühe, für die wenigen Fälle, die abzuwandeln sein dürften, die Bürger in ihrer Gesamtmasse zu Bildung einer Geschwornenliste zu veranlassen. Gegen das Letztere ist jedoch bemerkt worden, dass nachdem so bedeutende Hoheitsrechte an den Bund abgetreten worden seien, das Gericht voraussichtlich öfter Gelegenheit haben werde sich zu bethätigen, so bei Falschmünzerei, Schleichhandel, Pressvergehen gegen die Eidgenossenschaft, Fälschungen.“ — „*oh gentle shaper, tell me where ?*“ —

sich um constitutionelle Grundsätze handelt, eine untergeordnete Frage, — um so weniger rechtfertigen, als die ihr entsprechende Erweiterung der kantonalen Gerichtsbarkeit durchaus nicht im Einklang steht mit der Bundesverfassung. Allerdings ist nach dieser Verfassung der Bund berechtigt, ausser den ausdrücklich bezeichneten Gegenständen „noch andere Fälle in die Kompetenz des Bundesgerichts zu legen“<sup>1)</sup>, allein einerseits sind diejenigen Fälle, „wo von einer Bundesbehörde die von ihr ernannten Beamten zur strafrechtlichen Beurtheilung überwiesen werden,“ laut Art. 104 litt. a B.V. in die ausschliessliche Kompetenz der Bundesassisen verwiesen, andererseits gibt die Verfassung dem Bunde nicht das Recht, allgemein verbindliche Strafgesetze zu erlassen, deren Handhabung und Vollziehung Aufgabe der Kantone und nicht des Bundes sein soll. Der Bund, indem er diese Gesetze erliess, hat damit die Fundamentalbestimmung des Art. 3 B.V., dass den Kantonen in allen nicht dem Bunde eingeräumten Rechten volle Souveränität verbleibe, umgangen. Die Einwendung: der Art. 106 B.V. gebe dem Bunde sogar Gewalt, die gesammte Civil- und Strafrechtspflege den Kantonen abzunehmen und auf das Bundesgericht zu übertragen, also müsse im Grösseren auch das Kleinere, nämlich die Ausdehnung der Strafgesetzgebung des Bundes ohne gleichweite Ausdehnung seiner Strafgerichtsbarkeit, enthalten sein, lassen wir nicht gelten. Die Auslegung des Art. 106, wie sie bei diesem Einwand als zulässig vorausgesetzt wird, entspricht allerdings dem buchstäblichen Wortlaut dieses Artikels; allein es versteht sich wohl von selbst, dass von der dadurch verliehenen Gewalt nur ein mit den politischen Grundlagen des Bundesstaates vereinbarer Gebrauch gemacht, also nicht durch vollständige Centralisation der Rechtspflege die Souveränität der Gliedstaaten vernichtet

---

1) B.V. Art. 106. — Allerdings schwebte der Revisionskommission bei Berathung über diesen Artikel (Verhandlungen S. 140 f) der Gedanke vor, dass in gewissen vom eidgenössischen Strafkodex zu bedrohenden Straffällen je nach den Umständen entweder das kantonale Gericht oder dasjenige des Bundes entscheiden solle; allein schon in den Verhandlungen der Tagsatzung ist davon nicht mehr die Rede und ebensowenig wird jene Meinung in irgend einer Bestimmung der B.V. wirklich ausgesprochen.

werden darf. Gerade von den Amtsverbrechen aber wurde oben der Nachweis geleistet, dass deren Beurtheilung den Gerichten des Bundes anheimgegeben werden müsste, und ein gleicher Nachweis liesse sich bezüglich einiger unter Nr. 3 genannter Delikte erbringen. Allein auch ganz abgesehen hiervon ist das Mehr oder Weniger, welches nach Art. 106 B.V. in der Vertheilung der Gerichtsbarkeit unter Bund und Kantone stattfinden kann, grundverschieden von der Trennung der Strafgesetzgebung und Strafgerichtsbarkeit in einer und derselben Materie: jenes mag ohne Gefährdung der Natur des Bundesstaates geschehen, nicht aber dieses, und zwar aus naheliegenden Gründen nicht. Dem Erlass eines Bundesstrafgesetzes liegt die Anerkennung zu Grunde, dass an der Rechtsprechung in dieser Beziehung, als an einer gemeineidgenössischen, nicht kantonalen Angelegenheit, der Bund interessirt sei, m. a. W. dass dieser Gegenstand seiner Natur nach in den Bereich des Bundes gehöre. Soll demnungeachtet das Kantonalgericht dieses Gesetz anwenden, so versieht es nicht ein Geschäft des eigenen Kantons, sondern ein Geschäft des Bundes; die Kantonalstaatsgewalt besitzt daran ein bloss delegirtes, nicht ein ursprüngliches Hoheitsrecht, und gerade diese Stellung der Kantone, wodurch sie zu blossen Verwaltungskreisen herabgesetzt werden, widerspricht den Prinzipien des Bundesstaates (vergl. oben S. 343. Anm. 1).

Eine wahrhaft monströse Einrichtung endlich ist es, wenn in allen Fällen, in welchen durch kantonale Gerichte eidgenössisches Strafgesetz angewendet wird, die Bundesversammlung das Recht der Begnadigung besitzt <sup>1)</sup>; denn das den Kantonen gegenüber ihren Gerichten zustehende Begnadigungsrecht ist damit nicht beseitigt, sondern im nämlichen Falle steht dieses höchste Majestätsrecht zweien Souveränitäten zu; begnadigt der Kanton, während der Bund die Begnadigung versagen will, so ist dem letzteren jeder Einfluss auf die Rechtsprechung, welchen er durch Erlass eines Bundesstrafgesetzes beanspruchte, entzogen und vereitelt.

4) Durch die Kantonalgesetzgebung können, im Einver-

---

1) B.G. über Bundesstrafrecht, Art. 74.

ständniss mit der Bundesversammlung, Straffälle jeder Art dem eidgenössischen Assisengericht übertragen werden — von dieser durch Art. 49 des B.G. über die Organisation der Bundesrechtspflege den Kantonen eingeräumten Befugniss hat bis jetzt keiner derselben Gebrauch gemacht, auch dürfte bei der herrschenden Neigung zu möglichster Verminderung der Geschäfte des eidg. Assisengerichts das „Einverständniss“ mit der Bundesversammlung schwer oder wenigstens nur unter sehr lästigen Bedingungen erhältlich sein.

5) Mitglieder des National- und Ständerathes dürfen während der Dauer der Session der Bundesversammlung wegen Verbrechen und Vergehen, welche nicht unter den Begriff von Amtsverbrechen fallen, nur mit Einwilligung desjenigen Rathes, welchem sie angehören, in eine polizeiliche oder gerichtliche Untersuchung gezogen werden; die Mitglieder des Bundesrathes, der eidgenössische Kanzler, sowie eidgenössische Repräsentanten und Kommissarien nur mit Zustimmung des Bundesrathes. Verhaftung auf frischer That ist gestattet; jedoch ist zur Fortdauer dieser Verhaftung die Genehmigung der zuständigen Bundesbehörde nachzuholen. Wird die Zustimmung ertheilt, so wird der Straffall an die Anklagekammer des Bundesgerichts gewiesen, welche, nach Maassgabe der Strafprozessgesetze des Bundes, das weitere Verfahren anzuordnen hat; „in unbedeutenden Fällen“ kann auch eine Ueberweisung an das kantonale Forum der begangenen That eintreten. Angewendet wird in jedem Fall das kantonale Strafgesetz, es sei denn, es handle sich um eines der im Bundesstrafrecht vorgesehenen Delikte. Wird die Einwilligung verweigert, so kann gegen den daherigen Entscheid des Bundesrathes oder eines der eidgenössischen Räte bei der vereinigten Bundesversammlung Beschwerde geführt werden <sup>1)</sup>. — Diese der vereinigten Bundesversammlung angewiesene Kompetenz steht mit der ihr durch die Verfassung angewiesenen Stellung, welcher zufolge sie keineswegs eine Art Appellations-

---

1) B.G. über die politischen und polizeilichen Garantien zu Gunsten der Eidgenossenschaft, vom 23. Dezbr. 1851, Art. 1 und 2. (A. S. III, Seite 33.)

instanz bildet gegenüber Beschlüssen, welche der National- oder Ständerath fassen, nicht in Uebereinstimmung, und es ist diese Neuerung um so weniger zu billigen, als man noch ein Jahr vor ihrer Einführung den ganz analogen Fall, wo es sich um Ueberweisung der von der Bundesversammlung gewählten Beamten an die Gerichte handelte, richtig und in Gemässheit der Principien der Bundesverfassung entschied d. h. einen von beiden Räten in getrennter Berathung gefassten übereinstimmenden Beschluss forderte <sup>1)</sup>).

6) Art 4 des Garantiesgesetzes vom 23 Dezbr. 1851 schreibt vor: „Verbrechen gegen die Personen der Mitglieder des Bundesrathes und des eidgenössischen Kanzlers gehören in die Kompetenz des Bundesgerichts <sup>2)</sup>. Dasselbe gilt hinsichtlich derjenigen Verbrechen, welche gegen die <sup>3)</sup> Mitglieder der Bundesversammlung, des Bundesgerichts und der Jury, sowie gegen die Bundesanwälte und Verhörrichter oder gegen eidgenössische Repräsentanten oder Kommissarien verübt werden, während diese Beamten <sup>4)</sup> im wirklichen Dienst des Bundes sich befinden.“ Zur Anwendung gelangen in diesen Fällen in der Regel die kantonalen Strafgesetze, da die eidgenössische Strafgesetzgebung nur wenige Verbrechen gegen Personen beschlägt.

---

Wir schliessen hier noch eine Aufzählung derjenigen Fälle an, in welchen, abgesehen von den bereits erörterten strafbaren Widerhandlungen eidgenössischer Beamten, kraft bundesgesetzlicher Bestimmung ein Einschreiten der eidgenössischen oder kantonalen Strafgerichte von einer vorhergehenden Verfügung von Verwaltungsbehörden abhängt. Es ist nämlich:

a) Zur Verfolgung von Uebertretungen fiskalischer oder

---

1) Siehe B.G. über die Verantwortlichkeit der eidgen. Behörden und Beamten, vom 9. Dezbr. 1850, Art. 21, 22, 25, 33.

2) Ausnahme: Art. 59 und 74 des B.G. über Bundesstrafrecht vom 4. Febr. 1853.

3) Hierunter werden wohl nur Verbrechen gegen die Personen, nicht alle Privatverbrechen zu verstehen sein.

4) Also auch ein Geschwornen ein „Beamter“ ?!

polizeilicher Bundesgesetze eine besondere Verfügung der betreffenden oberen Verwaltungsbehörde erforderlich. Ueberdiess soll die Untersuchung unterbleiben oder, sofern sie bereits begonnen hätte, eingestellt werden, wenn der Uebertreter entweder sofort bei Niederschreibung des Protokolls oder Berichts über die Uebertretung oder dann binnen acht Tagen, von Angabe der Fiskalanzeige an gerechnet, sich schriftlich und ohne Vorbehalt der verfallenen Strafe unterzieht; im ersteren Fall kann der Bundesrath dem Uebertreter einen Drittel, im zweiten, also wenn die Unterziehung erst inner der achttägigen Frist erfolgt, einen Viertel der Strafe nachlassen, Beides jedoch nur, insofern der Uebertreter nicht rückfällig ist. Solche Unterziehungen haben — auch wenn die gesetzliche Strafe Gefangenschaft ist oder wegen Insolvenz des Schuldners aus Geldbusse in Gefangenschaft oder öffentliche Arbeit umgewandelt wird — gleiche Wirkung wie ein rechtskräftiges Urtheil <sup>1)</sup>).

b) Bei politischen Vergehen welche unter die Jurisdiktion der eidgenössischen Gerichte fallen, soll die Untersuchung nur „in Folge einer vorläufigen Entscheidung des Bundesrathes“ angehoben werden; vorher können lediglich provisorische Maassnahmen, um die Entweichung von Schuldverdächtigen und die Verwischung der Spuren des Delikts zu verhindern, durch die Beamten der gerichtlichen Polizei und, nachdem die Bundesanwaltschaft Bericht über die Entdeckung erhalten hat, durch diese angeordnet werden. Auch nach geschlossener Voruntersuchung über politische Vergehen ist dem Bundesrath ein bedeutender Einfluss auf das weitere Verfahren eingeräumt: wenn nämlich der Untersuchungsrichter Aufhebung der Untersuchung beantragt, so muss der Bundesanwalt, welcher bei gemeinen Verbrechen diesem Antrag von sich aus beizupflichten berechtigt ist, Weisung des Bundesrathes einholen und sich nach dieser richten. Stimmt er in Folge dieser Weisung dem Antrag des Untersuchungsrichters nicht bei, so findet Fortsetzung der

---

1) B.G. betreffend das Verfahren bei Uebertretungen fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze, vom 30. Juni 1849 (A. S. I. S. 87 ff.) Art. 9, 12, 13, 14 und 28.



Untersuchung, respect. Ueberweisung derselben an die Anklagekammer statt <sup>1)</sup>. — Bei allen gemeinen Verbrechen tritt der Untersuchungsrichter erst in Folge einer Requisition der Staatsanwaltschaft (die Fälle des *flagrant délit* sind nicht als Ausnahmen hiervon aufgeführt) in Thätigkeit <sup>2)</sup>; diese Requisition kann sowohl auf einer Weisung des Bundesrathes, als auf selbstständigem Entschluss des Beamten der Staatsanwaltschaft beruhen.

Wenn es, wie wir oben bemerkten, Regel ist, dass in Strafsachen alle drei Abtheilungen des Bundesgerichts zur Wirksamkeit gelangen können, so müssen wir hier noch zweier Ausnahmen gedenken, in welchen lediglich das eidgenössische Kassationsgericht, wie die Kriminal- oder Anklagekammer des Bundesgerichts, strafrichterliche Funktionen versieht. Diess gilt fürs erste von den Kassationsrekursen gegen die Urtheile kantonaler Gerichte über Uebertretungen fiscalischer und polizeilicher Bundesgesetze (z. B. Zolldefraudationen, Verletzungen des Postregals u. s. w.). Der Kassationsrekurs gegen solche Urtheile ist sowohl im Falle der Freisprechung wie in dem der Verurtheilung zulässig, jedoch nur „wegen Inkompetenz des urtheilenden Gerichts oder wenn das Urtheil gegen bestimmte gesetzliche Vorschriften sich verstösst, oder wesentliche Formfehler unterlaufen sind.“ Wird die Kassation ausgesprochen, so überweist das Kassationsgericht den Fall zu neuer Beurtheilung an ein beliebiges Gericht vom gleichen Range <sup>3)</sup>. Fürs zweite entscheidet, nach Art. 51 des B.G. über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 5. Juni 1849, das Kassationsgericht „über die Kompetenzanstände der eidgenössischen Civil- und Militärstrafgerichte.“ Im Verlauf der Bundesgesetzgebung ist diese Vorschrift freilich — verloren gegangen; in den beiden am 27. August 1851 erlassenen Bundesgesetzen „über die Strafrechtspflege für die eidgenössischen Truppen,“ und „über die Bundesstrafrechtspflege“ findet sich nicht mehr die mindeste Re-

1) B.G. über Bundesstrafrechtspflege (A. S. II, S. 743 ff.) Art. 4, 14, 29 ff.

2) Ibid. Art. 19.

3) B.G. vom 30. Juni 1849, Art. 18.

miniscenz an diese Gesetzesvorschrift von 1849 — demungeachtet finden wir, sie fülle eine so wesentliche Lücke in der Bundesgesetzgebung aus, dass man sie trotz der fehlenden näheren Ausführung derselben in denjenigen Gesetzen, wo das dahrige Verfahren genauer hätte regulirt werden sollen, nicht für stillschweigend abgeschafft ansehen darf. Die militärische Strafgerichtsbarkeit des Bundes nämlich tritt ein: 1) nur dann wenn eine im Bundesgesetz über die Militärstrafrechtspflege mit Strafe bedrohte Handlung vorliegt; 2) nur dann, wenn diese Handlung begangen worden ist durch eine Militärperson oder eine zufolge Art. 1 dieses Gesetzes der Militärstrafgerichtsbarkeit unterworfen Person (dahin gehören z. B. Freiwillige, Offiziersbediente, unter Umständen auch Lieferanten u. s.w.). Fehlt das eine oder das andere dieser Requisite, so untersucht und urtheilt das bürgerliche Strafgericht, unter Anwendung der bürgerlichen Strafgesetze. Es hängt demgemäss theils von faktischen theils von Rechtsfragen, über deren Beantwortung sehr verschiedene Ansichten herrschen können, ab, ob der militärische oder der bürgerliche Strafrichter zur Untersuchungsführung und Urtheilsfällung befugt sei. Die gegenwärtige Bundesgesetzgebung nun gibt wohl Regeln über die Kompetenzausscheidung zwischen diesen beiden Branchen der Strafrechtspflege, sie enthält auch Bestimmungen darüber, wie eine Bestreitung der Kompetenz auszutragen sei, aber nur insoweit, als sich diese Bestreitung auf das Gebiet der einen oder anderen Branche beschränkt, also dem militärischen Strafrichter Einreden gegen die Kompetenz der Militärtribunale, dem bürgerlichen Richter Einwendungen gegen die Zuständigkeit der Civilstrafgerichte entgegengesetzt und zugleich ihm selbst zur Beurtheilung anheimgestellt werden. Für eigentliche Kompetenzkonflikte aber d. h. für Fälle, wo die Organe des einen oder anderen Zweiges der Strafgerichtsbarkeit gegen einander sich die Kompetenz streitig machen, jede so viel an ihr sich der Untersuchung bemächtigen und das Vorgehen der anderen als ungesetzlich und unbefugt zu hindern sucht, mangelt jede Vorschrift, und doch kann sie nicht entbehrt werden, weil die beiden kollidirenden Jurisdiktionen sich vollkommen gleich stehen, keine von der anderen die Unterwerfung unter ihre Ansicht verlangen

kann. Die betreffende Bestimmung des Organisationsgesetzes muss daher als noch zu Recht bestehend anerkannt werden.

Beim Schlusse dieses Paragraphen erwähnen wir noch eines Punktes, welcher, wie sich erzeigen wird, bei der Civilrechtspflege des Bundes auf ganz eigenthümliche Weise regulirt ist; wir meinen die Befugniß der Gerichte, Einreden gegen ihre Kompetenz, wenigstens in erster Linie, selbst zu beurtheilen. Diese Befugniß ist, was die Strafrechtspflege des Bundes betrifft, in keiner von den gewöhnlichen Prinzipien abweichenden Weise geordnet, vielmehr in mehreren ausdrücklichen Vorschriften des B.G. über Bundesstrafrechtspflege den Gerichten zuerkannt <sup>1)</sup>. Zweifel könnte indess doch der Art. 74, Ziffer 17 der Bundesverfassung anregen; nach diesem Artikel hat die Bundesversammlung „Kompetenzstreitigkeiten darüber, ob ein Gegenstand in den Bereich des Bundes oder der Kantonsouveränität gehöre“ zu entscheiden: kann nun ein eidgenössisches Kriminalgericht auch dann noch, wenn diese in Kompetenzfragen höchste Instanz die Ueberweisung eines Straffalles an die eidgenössischen Gerichte angeordnet hat, sich für inkompetent, und die kantonalen Gerichte als einzig legitimirt erklären? Allerdings wird eine solche Kompetenzbestimmung nur selten bei der Frage der Ueberweisung mit einspielen, ja in der Regel <sup>2)</sup> müssen diese beiden Punkte in streng abgesondertem Verfahren erörtert werden, weil die Entscheidung von Kompetenzstreitigkeiten von der vereinigten Bundesversammlung ausgehen, Ueberweisungen an den Strafrichter dagegen eines übereinstimmenden von jedem Rath in getrennter Verhandlung gefassten Beschlusses bedürfen. Man möchte somit versucht sein, jene Zweifel mit der Bemerkung zu beseitigen: bei Ueberweisungen an den Strafrichter handle die Bundesversammlung nicht in der ihr durch Art. 74, Ziffer 17 B.V. angewiesenen Stellung des obersten Richters in Konflikten zwischen Bundesgewalt und Kantonsouverä-

1) B.G. über Bundesstrafrechtspflege, vom 27. Aug. 1851, Art. 31, 40, 61, 149 litt. a, 153 litt. a.

2) Die einzige und, wie dort bemerkt wurde, ganz abnorme Ausnahme ergibt sich aus dem oben unter Nr. 5 Angeführten von selbst.

netät. Allein dieser Einwand wäre doch nicht von entscheidendem Gewicht. Nach der richtigen — freilich in praxi noch keineswegs allseitig recipirten — Ansicht nämlich ist die Scheidung der vereinigten Bundesversammlung von der in gesonderter Berathung verhandelnden nichts als eine verschiedene Art des Verfahrens und hat nicht den Sinn eines qualitativen Unterschiedes oder einer untergeordneten Stellung dieser Behörde im Verhältniss zu jener; gewisse Gründe der Zweckmässigkeit, oder genauer ausgedrückt die Unzulänglichkeit des Zweikammersystems, haben die Einführung dieser verschiedenen Verhandlungsart hervorgerufen, aber in der einen wie in der anderen Gestalt ist die Behörde die eine und nämliche Bundesversammlung. Wenn nun, wie doch wohl unbestreitbar ist, jede Ueberweisung an den Strafrichter die Prüfung voraussetzt, ob derselbe kompetent ist oder nicht, und implicite eine bejahende Entscheidung dieser Frage enthält, so ist denn auch in dieser Beziehung durch jeden Ueberweisungsbeschluss der Bundesversammlung ein vollgültiger, inappellabler Entscheid gegeben. Die vereinigte Bundesversammlung kann an diesem Entscheid nichts mehr ändern, ebensowenig als sie berechtigt ist, von beiden Räten erlassene Gesetze, von denen ja fast jedes eine mehr oder weniger zweifelhafte Grenzbestimmung zwischen Bundes- und Kantonalgewalt vorzunehmen hat, auf's Neue vor ihren kritischen Richterstuhl zu ziehen, sobald ein Kanton den Inhalt solcher Gesetze eines Eingriffs in die kantonalen Hoheitsrechte beschuldigt. In Uebereinstimmung mit dieser Ansicht hat denn auch die Bundesgesetzgebung im Art. 14 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 9. Dezember 1849, wo der Fall des Coincidirens einer Kompetenzbestimmung und einer Ueberweisung an den Strafrichter vorgesehen ist, jene der letzteren vorausgehen lassen — das Umgekehrte, ein Spruch über die streitige Kompetenzfrage, nachdem das eidgenössische Gericht bereits als kompetent bezeichnet worden, hätte keinen Sinn. Der wahre Grund, wesshalb ein Ueberweisungsbeschluss der Bundesversammlung das freie Entscheidungsrecht der Gerichte nicht schmälert, liegt anderswo. Das Kompetenzurtheil der Bundesversammlung hat anderen Charakter als das Kompetenzurtheil des

Strafgerichts; letzteres, wenn es schon das erstere wirkungslos macht, ist demungeachtet nicht eine Abänderung oder Aufhebung desselben. Nicht den Gerichten selbst nämlich, sondern den Regierungsbehörden, welche die aktuelle Macht des Staates vertreten und darum auch im eminenten Sinne Staatsgewalten heissen, kommt es zu, dem richterlichen Amt seinen Wirkungskreis zu sichern und ihm das Gebiet, auf welchem es seine Aufgaben erfüllen soll, frei zu erhalten gegen Eingriffe von Aussen her, kommen diese von Privaten oder von Behörden anderer Staaten. Was der Regierung eines jeden Staates obliegt, sobald Zweifel entstehen, ob zur Beurtheilung eines Straffalles das auswärtige oder das einheimische Gericht befugt sei — nämlich eine selbstständige Prüfung dieser Kompetenzfrage und je nach Ergebniss dieser Prüfung die Vindicirung der Gerichtsbarkeit für den eigenen Staat, eine Vindicirung, welche z. B. dann, wenn es sich um ein Delikt handelt, welches die einheimische Gesetzgebung gar nicht als strafbare Handlung betrachtet, den Zweck nicht hat, diese Gerichtsbarkeit auch nur wirklich in Thätigkeit zu setzen — das ganz Nämliche thut unsere Bundesversammlung, wenn sie, nach Art. 74, Ziffer 17a B.V., einen Kompetenzstreit zwischen kantonaler- und Bundesstrafjustiz entscheidet. Nur ist ihr Entscheid, was im Verhältniss souveräner Staaten zu einander nicht der Fall sein kann, gemäss der Natur des Bundesstaates ein für die Kantonalgewalt verbindlicher. Sonst ist der Sinn der gleiche: nämlich dem eidgenössischen Gericht zu überliefern, was, nach Ansicht der Bundesversammlung, ihm gebührt; das Geschäft des Richtens soll damit nicht auf die Schultern der Bundesversammlung abgeladen, sondern vielmehr dem Richter, insoweit es Verfassung und Gesetz ihm überbinden, in vollem Maasse ermöglicht werden und erhalten bleiben. Die juristische Qualifikation des Delikts endgültig zu geben, ist also nicht der Zweck eines solchen Beschlusses der Bundesversammlung, der Beschluss ergeht vielmehr unter dem sich von selbst verstehenden Vorbehalt, dass diese spezifisch richterliche Thätigkeit durch das eidgenössische Gericht vorgenommen werde. Erklärt das Letztere sich inkompetent, so ist das keine Umstossung eines Beschlusses, der eine Erledigung des

juristischen Punktes nicht beanspruchte und nicht erteilte. In der That würde eine Vermischung der verschiedenen Bedeutung dieser beiden Arten von Kompetenzbestimmung zu höchst sonderbaren Konsequenzen führen: die Ueberweisung findet statt beim Beginn der Untersuchung, diese letztere hat den Zweck, den Richter in den Stand zu setzen, dem Gegenstand der Anklage seinen rechten Namen zu geben: wie nun, wenn aus der Untersuchung eine andere Anklage resultirt, als es bei deren Anhebung den Anschein hatte? und zwar eine Anklage, zu deren Beurtheilung einzig die kantonalen Gerichte kompetent sind? — Wäre alsdann die in der Ueberweisung der Bundesversammlung enthaltene Kompetenzentscheidung unbedingt maassgebend für das Bundesgericht, so würde dieses, wenn ein materiell gerechtes Urtheil herauskommen soll, zu einem unbefugten Eingriff in die Kantonaljurisdiktion genöthigt: aber selbst dann muss es der bindenden Kraft jenes Beschlusses der Bundesversammlung dadurch Abbruch thun, dass es ein die Grundlage desselben entkräftendes Strafgesetz anwendet.

Somit ist wenigstens insoweit die Selbstständigkeit des Gerichts unversehrt geblieben. — Dass es, um diess zu erweisen, was sonst als unbestrittenes Dogma gilt, einer speziellen Erörterung bedurfte, hängt mit einer Tendenz unseres gegenwärtigen Bundesrechts zusammen, welche wir noch genauer zu beleuchten Gelegenheit haben werden.

## § II. Civilrichterliche Kompetenzen.

Die Befugnisse, welche dem Bundesgericht in civilrechtlicher Beziehung zustehen, lassen sich weit leichter übersehen, als dessen strafrichterliche Thätigkeit. Das Meiste, was hierher gehört, ist schon in der Bundesverfassung bestimmt worden, und dasjenige, was in Anwendung des Art. 106 B.V. noch hinzugefügt worden ist, findet sich fast vollständig aufgezählt im Art. 47 des B.G. über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 5. Juni 1849, dessen Ordnung wir im Folgenden beibehalten, mit Hinzufügung der bei jedem einzelnen Punkte nöthigen Ausführungen. — Das Bundesgericht beurtheilt (die Worte „als Civilgericht,“ welche in der B.V. sich finden, sind im Art. 47

des angeführten Gesetzes weggelassen — mit Recht, wie sich unten bei Nr. 6 ergeben wird):

„1) Streitigkeiten, welche nicht staatsrechtlicher Natur sind: a) zwischen Kantonen unter sich; b) zwischen dem Bund und einem Kantone; c) zwischen ausländischen Klägern und dem Bund,

auf Weisung des Bundesrathes oder der Bundesversammlung.“

Die unter litt. b und c genannte Jurisdiktion bedarf keiner weiteren Erläuterung; der einzige Fall eines Civilrechtsstreites zwischen ausländischen Klägern und dem Bund, welcher bis jetzt dem Bundesgericht zur Beurtheilung vorgelegen hat, betraf eine Regressforderung der „*Messageries générales de France*“ gegen die eidgenössische Postadministration (die Klägerin wurde durch Urtheil vom 19. April 1856 abgewiesen). Auffallend ist dabei jedoch, dass auch für diese Klasse von Fällen noch eine spezielle Weisung des Bundesrathes oder der Bundesversammlung erfordert wird. Die Motive nämlich, welche man im Auge hatte, als man bei Civilrechtsstreitigkeiten unter Kantonen oder zwischen dem Bund und einem Kanton die Anbringung der Klage von einem Beschluss des Bundesrathes oder der Bundesversammlung abhängig machte — man wollte nämlich verhindern, dass das Bundesgericht das Entscheidungsrecht in Fragen, welche den politischen Gewalten vorbehalten sein sollten, an sich reisse — erstrecken sich nicht auf diese Kategorie von Civilprocessen, welche ein Privatmann gegen den Bund anhebt, die Einmischung der politischen Behörden in solche Prozesse hat daher den gehässigen Charakter einer durch das moderne Völkerrecht längst verworfenen Hintansetzung und Beschränkung des Ausländers hinsichtlich der Geltendmachung seiner Privatrechte. Eine solche Erschwerung des Zutritts zu den Civilgerichten wäre auch kaum vereinbar mit den von der Eidgenossenschaft abgeschlossenen Staatsverträgen mit Frankreich, Sardinien, Grossbritannien und Nordamerika, und findet ebensowenig an den Kantonalgesetzgebungen eine Unterstützung, da diese ausser Processkautionen dem Fremden bei Anhebung eines Civilprozesses keine besonderen Schwierigkeiten in den Weg legen. Nach dem Verfahren, wie

es in Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über Civilprozess vom 22. November 1850<sup>1)</sup> vorgeschrieben ist, muss man annehmen, die für Klagen von Ausländern gegen den Bund erforderliche „Weisung“ sei nunmehr dahingefallen; denn nach diesen Vorschriften wird die Klage, wenn sie Streitigkeiten zwischen mehreren Kantonen oder zwischen dem Bund und einem Kanton zum Gegenstand hat, dem Bundesrath, „in allen anderen Fällen“ dagegen unmittelbar dem Präsidenten des Bundesgerichts eingereicht, welcher nunmehr ohne weitere Einholung von Weisungen u. dgl. das weitere gesetzlich vorgeschriebene richterliche Verfahren einleitet.

Von grösster Wichtigkeit dagegen ist die Frage über die Natur und Tragweite der dem Bundesgericht unter litt. a zugeschiedenen Civiljurisdiktion; hier beschränken wir uns jedoch auf die Bemerkung, dass diese Vorschrift in Relation steht mit dem Art. 74, Ziffer 16 B.V., nach welchem es die Bundesversammlung ist, welche über Streitigkeiten staatsrechtlicher Natur unter den Kantonen entscheidet, und dass wir, um das Zusammengehörige nicht auseinanderzureissen, jene Fragen im folgenden Kapitel, welches von der Gerichtsbarkeit der Bundesversammlung handelt, besprechen werden.

„2) Streitigkeiten zwischen dem Bunde einerseits und Korporationen oder Privaten andererseits, wenn diese Korporationen oder Privaten Kläger sind und der Streitgegenstand einen Hauptwerth von wenigstens Fr. 3000 hat.“

In dem Entwurf der Bundesverfassung, wie er aus den Berathungen der Revisionskommission hervorging, hatte man dem Bundesgericht die Kompetenz beigelegt, alle Civilprozesse, in welchen der Bund als Kläger oder Beklagter erschien, zu beurtheilen. Die nämliche Ausdehnung der Bundesgerichtsbarkeit besteht noch heutzutage in der nordamerikanischen Union, nach deren Verfassung (Art. 3, Sekt. 2, § 1) die richterliche Gewalt sich erstreckt „auf Streitigkeiten, bei welchen die Vereinigten Staaten Partei sein werden,“ und Story<sup>2)</sup> hält es kaum für

---

1) A. S. II, S. 77 ff.

2) Bundesstaatsrecht, übersetzt von Buss, S. 727.



möglich, einen vernünftigen Zweifel über die Zweckmässigkeit dieser Bestimmung zu erheben. In der schweizerischen Tagsatzung von 1848 wurde die Beschränkung der Bundesgerichtsbarkeit, wie sie in die definitive Redaktion der Verfassung überging, veranlasst durch einen Antrag von Solothurn, welches zur Begründung desselben anführte: „der Artikel, wie er in dem Entwurf vorliege, möge der Bundesbehörde zusagen, allein er falle dem Bürger lästig und setze ein Misstrauen gegen die Rechtspflege in den Kantonen voraus; wenn der vorliegende Wortlaut beibehalten werde, so gerathe man in Widerspruch mit dem Art. 53 B.V., welcher ausdrücklich den wahrhaft republikanischen Grundsatz festhalte, dass kein Bürger seinem ordentlichen verfassungsmässigen Richter entzogen werden dürfe; eine Ausnahme von dieser so wichtigen constitutionellen Regel dürfe aber aus Rücksicht grösserer Bequemlichkeit im Interesse des Bundes nicht aufgenommen werden“<sup>1)</sup>. Wir halten diese Motivirung für ganz richtig und geben der Bestimmung unserer Verfassung entschieden den Vorzug vor derjenigen der nordamerikanischen Constitution. Der Grund der Differenz liegt, wie man aus Story's Ausführung sich überzeugen kann, in einer prinzipiell verschiedenen Auffassung der Kompetenzen des Gerichts in den Verfassungen der Einzelstaaten. Unsere Kantonalverfassungen lassen Civilklagen gegen den Staat zu und machen die Annahme derselben Seitens der Gerichtshöfe nicht von einer vorhergehenden Einwilligung der gesetzgebenden oder obersten Exekutivbehörde abhängig. Nach dem nordamerikanischen Territorialstaatsrecht dagegen besteht ein verfassungsmässiges Recht des Einzelnen, Privatrechtsansprüche gegen den Staat vor den Gerichten einzuklagen, überhaupt nicht, und man ist der Ansicht, es liege diess wesentlich in der Natur der Souveränität. Ja, Story erinnert sogar daran, dass ein Richterspruch gegen den Staat, wenn er auch erginge, doch nicht zwangsweise exequirt werden könne<sup>2)</sup>; es sind, nach seinem Zeugniß, in Folge des

---

1) Tagsatzungsabschied von 1848 (Auszug) S. 279.

2) Einen Fall, in welchem die deutsche Bundesversammlung, nachdem sie einen ihr drohenden Civilprozess durch Zugeben des klägerischen An-

Satzes, dass weder der Bund, noch die Einzelstaaten verpflichtet seien, sich Richtersprüchen zu unterziehen, schon „Fälle der grausamsten Härte und unerträglicher Verzögerung vorgekommen, in welchen verdiente Gläubiger in schwere Verluste und bisweilen in absoluten Ruin durch die Langsamkeit der Justiz gestürzt wurden, welche erst nach vieljährigen demüthigen Bitten von der Legislatur gewährt wurde;“ er gibt zu, dass die Monarchie in dieser Beziehung einen viel wirksameren Rechtsschutz gewähre, während die Republik „einer despotischen Souveränität, zu handeln oder zu verweigern, wie es ihr gefällt, genieße“ — aber der Widerspruch entgeht ihm, dass alle diese Justizgräuel ebenso wesentlich in der Natur der Souveränität liegen, wie er diese auffasst, wenn er als nothwendige Konsequenz davon die Forderung aufstellt, dass kein Staat ohne seine Einwilligung der Klage eines Privaten unterworfen sei. Auf dem europäischen Continent huldigt man dem Grundsatz, dass der Staat als Inhaber von Privatrechten gleich stehe jeder anderen Privatperson; dass er als Träger des öffentlichen Rechts den Richterspruch als bindend anzuerkennen verpflichtet sei — in Nordamerika hat man die englische Theorie, dass der König nur aus Gnade vor dem Civilrichter sich einlasse, zur Praxis gemacht — was sie in England nicht ist — und damit dem Staatsfiskus weitergehende Exemptionen und eine grössere Willkür eingeräumt, als sie selbst das römische Staatsrecht der Kaiserzeit zu behaupten gewagt hat. Wir können von einer Kritik dieses letzteren Standpunkts, welcher durch die deutsche Wissenschaft längst verurtheilt ist, füglich Umgang nehmen; nur das möge hier bemerkt werden, dass es in letzter Instanz überhaupt ein rechtliches Zwangsmittel nicht gibt, um die Staatsgewalt zur Erfüllung ihrer verfassungsmässigen Pflichten anzuhalten, aus dem einfachen Grunde nicht, weil über der Staatsgewalt keine höhere Gewalt besteht; dass somit auch die Unmöglichkeit einer zwangsweisen Exekution keineswegs den

---

spruchs abgewendet hatte, den Kläger zu befriedigen zögerte, der keine rechtliche Zwangsmittel ihr gegenüber besass, erwähnt Klüber, öffentl. Recht des deutschen Bundes, § 216, Note c.

Schluss auf Nichtvorhandensein einer staatsrechtlichen Verpflichtung rechtfertigt. Die nordamerikanische Ansicht anerkennt theilweise die Gleichstellung des Fiskus mit anderen Privatpersonen: der Fiskus der Union muss, um einen Privatrechtsanspruch gegen einen Beklagten durchzusetzen, vor dem Bundesgericht klagend auftreten; aber es anerkennt sie nur, soweit es sich um Rechte, es verwirft sie, wenn es sich um Verpflichtungen des Fiskus handelt. Die Bestimmung unserer Bundesverfassung dagegen bleibt dem angenommenen Grundsatz treu, indem sie den Bund in Civilklagen gegen Privatpersonen vor den Gerichtsstand des Beklagten verweist, wie diess für alle Privatrechtsstreitigkeiten schon in den ältesten Bünden der Eidgenossen als Regel ausgesprochen war. Eine Inkonsequenz hat sich dabei freilich eingeschlichen: nach dem unter Nr. 1 Angeführten nämlich beurtheilt das Bundesgericht alle Civilprozesse zwischen dem Bund und einem Kanton, auch dann, wenn der Bund Kläger ist. Nach der ursprünglichen Fassung des Antrags von Solothurn sollte auch dieser Fall der Jurisdiktion des Bundes entzogen und an das ordentliche Gericht des Beklagten verwiesen werden<sup>1)</sup>; bei der zweiten Berathung über diesen Antrag wurde er beschränkt auf Civilprozesse zwischen dem Bund einerseits und Korporationen oder Privaten andererseits, ohne dass bestimmte Gründe für diese Modifikation angegeben wurden, in der Diskussion wurde die Veränderung des Antrags nicht beachtet und derselbe in seiner letzten Redaktion genehmigt.

„3) Streitigkeiten in Bezug auf Heimathlosigkeit.“

Gestützt auf diese Bestimmung, sowie auf diejenige des Art. 56 B.V. („die Ausmittlung von Bürgerrechten für Heimathlose und die Maassregeln zur Verhinderung der Entstehung neuer Heimathlosen sind Gegenstand der Bundesgesetzgebung“) hat die Bundesversammlung am 29. November und 3. Dezember 1850 ein „Bundesgesetz die Heimathlosigkeit betreffend“ erlassen, welches in zwei Abtheilungen theils Vorschriften zur Ausmittlung der Bürgerrechte für die Heimathlosen, theils solche zur Verhinderung des Eintretens neuer Fälle von Heimathlosigkeit enthält.

---

1) Tagsatzungsabschied von 1848 (Auszug) S. 151.

Dass eine so grosse Anzahl von Heimathlosen, deren endliche Wiederaufnahme in die bürgerliche Gesellschaft mit Recht als eine der grössten Segnungen der gegenwärtigen Bundesverfassung angesehen wird, in der Schweiz entstehen konnte, erklärt sich hauptsächlich aus der diesem Lande eigenthümlichen engen Schliessung des bürgerrechtlichen Gemeindeverbandes, in Verbindung mit dem in früherer Zeit getriebenen Missbrauch mit den sogenannten Bürgerrechtsentsetzungen. Hatten letztere den Verlust des Bürgerrechts zur Folge, und zwar in der Regel kraft staatlicher Anordnung, so war dagegen der Staat fast überall wehr- und rechtlos, um die Gemeinden zur Annahme eines Bürgers zu bewegen. Gesetzliche Requisite, nach deren Erfüllung der Einzelne die Aufnahme ins Gemeindebürgerrecht als ein Recht verlangen kann, bestehen noch heute nicht, oder wenigstens nur als seltene Ausnahme von der allgemeinen Regel; die geforderten Requisite sind nur negativer Art, und eine Verweigerung der Bürgerrechtsannahme steht im freien Willen der Gemeinden; der Staat ist nicht befugt, sich einzumischen, und ohne Aufnahme in ein Gemeindebürgerrecht kann auch die Aufnahme ins Kantonsbürgerrecht nicht stattfinden. Natürlich sahen sich die Gemeinden vor, nicht Solche als Bürger anzunehmen, welche durch Armuth ihnen zur Last fallen könnten, eine Menge Korporationsrücksichten, wie sie in einem so engen Kreis entstehen müssen, machten sich noch ausserdem geltend — und gegenüber den Schwierigkeiten, welche all diese Umstände der Erwerbung eines Heimathrechts entgegensezten, wurden in der Gesetzgebung wie in der politischen Praxis der Kantone die Fälle eines Verlusts des Heimathrechts immer vermehrt. Dazu kamen noch Solche, welche, ursprünglich Ausländer, ihr Bürgerrecht im fremden Staat verloren hatten, ohne ein solches in der Schweiz erwerben zu können, so z. B. Solche, die in Schweizerregimentern in fremden Diensten Aufnahme gefunden hatten. — Vor der Revolution von 1798 war der Verlust des Heimathrechts besonders häufig als Strafe für den Wechsel der in einem Kanton anerkannten Confession in Uebung; die helvetische Revolution, welche die althergebrachte Strenge und enge Schliessung der Bürgerrechte löste, glaubte, gerade desshalb, um so unbe-

denklicher den Verlust eines Gutes, dessen Bedeutung sie in hohem Grade geschwächt hatte, aussprechen zu dürfen. Die Verfassung vom 12. April 1798, Art. 27 <sup>1)</sup>, zählt ein ganzes Register von Voraussetzungen auf, unter welchen das schweizerische Bürgerrecht verwirkt wird; das Strafgesetzbuch der helvetischen Republik vom 4. Mai 1799, § 30 ff., hat der Bürgerrechtsentsetzung einen besonderen Platz in seinem Strafkatalog angewiesen. Die Mediationsakte Napoleons brachte zwar kein ausdrückliches Verbot gegen diese Missbräuche, welche allmählig eine ganze Klasse einer flottanten, ausser jedem rechtlichen Zusammenhang mit der bürgerlichen Gesellschaft stehenden Bevölkerung erzeugt hatten; demungeachtet schienen die Zeiten, die mehr mit dem Druck des französischen Imperators, als mit Wirren im Innern zu kämpfen hatten, humaneren Anschauungen zugänglicher werden zu wollen. Am 22. Juni 1810 kamen durch Zustimmung sämtlicher Kantone, ausgenommen Schwyz, Unterwalden und Appenzell, zwei Konkordate zu Stande <sup>2)</sup>, durch welche die konkordirenden Stände sich verpflichteten, gemischte Ehen weder zu verbieten noch mit dem Verlust des Bürger- und Heimathrechts zu bestrafen, und ebensowenig den Uebertritt von einer christlichen Konfession zu der anderen mit dieser Strafe zu belegen. Trotzdem nöthigte die politische Abhängigkeit, in welche die Schweiz gegenüber Frankreich gerathen war, derselben noch manche Androhung der alten Bürgerrechtsentsetzung ab: so finden wir unter dieser Pönalfolge Verbote der Anwerbung für anderen fremden Militärdienst, als für denjenigen Frankreichs, Verbote der Desertion aus den französischen Schweizerregimentern, Befehle zur Rückkehr an alle in englischen Diensten stehenden Schweizer und Untersagung des Eintritts in englischen Dienst <sup>3)</sup>. Unter dem Bundesvertrag von 1815 wurden die beiden

---

1) Bluntschli, Geschichte des schweiz. B.R. II, S. 310.

2) Urkunden zum Repertorium der eidg. Abschiede, 1803—1812, S. 268 und 269. Sneli (Handbuch des schweiz. Staatsrechts, I, S. 217) datirt das erste dieser Konkordate irrig vom 11. Juni 1812.

3) Urkunden a. a. O. S. 504, 507 f, 580 (vergl. Repertorium der Abschiede von 1803—1812, S. 282) und 581 (vergl. Art. 11 der Militärkapitulation mit Frankreich, vom 28. März 1812).

erwähnten Konkordate von 1810 bestätigt <sup>1)</sup> und es fanden vielfache, aber nicht vom gewünschten Erfolg begleitete Schritte zur Beseitigung der Heimathlosigkeit statt; die Bundesverfassung von 1848 endlich erliess ein kategorisches Gebot, dass fortan kein Schweizerbürger des Bürgerrechts verlustig erklärt werden könne (Art. 43 B.V.).

Das Verfahren, welches nach dem angeführten Bundesgesetz über die Heimathlosigkeit vom 3. Dezember 1850 eingeschlagen wird, besteht wesentlich in Folgendem. Der Bundesrath hat vermittelt einer durch den eidgenössischen Generalanwalt geleiteten Untersuchung die Zahl und die Verhältnisse sämmtlicher Heimathlosen zu ermitteln, und, nachdem Solche, von welchen es sich herausstellt, dass sie Heimathhörige anderer Staaten sind, ausgeschieden worden, zu entscheiden, welchem Kanton die Pflicht zur Einbürgerung, d. h. zur Verschaffung eines Kantons- und Gemeindebürgerrechts, obliegt. „Sind die betreffenden Kantone mit der Ansicht des Bundesrathes nicht einverstanden, so soll derselbe bei dem Bundesgerichte den Prozess einleiten, wobei es ihm freisteht, auch mehrere Kantone gleichzeitig zu belangen und darauf anzutragen, dass der eine oder andere, oder auch mehrere die Einbürgerung eines Heimathlosen zu übernehmen haben“ (Art. 9 a. a. O.). Bei seinen Urtheilen soll nach Art. 11 des Gesetzes das Bundesgericht namentlich folgende Verhältnisse berücksichtigen: „1) eheliche oder aussereheliche Abstammung von Eltern, die schon in einem Kanton eingebürgert, eingetheilt, oder als Angehörige oder Geduldete anerkannt sind; 2) die in einem Kanton mit Umgehung der konkordatsmässigen oder gesetzlichen Vorschriften, erfolgte Kopulation; 3) der längste Aufenthalt seit dem Jahre 1803, insofern derselbe nicht auf einer Bewilligung zur Duldung von Seite eidgenössischer Behörden oder auf Verhaft beruht; 4) mangelhafte Handhabung der Fremdenpolizei; 5) Anwerbung von Ausländern unter kapitulirte Truppen; 6) Uebertragung von öffentlichen Stellen an Ausländer; 7) Ertheilung von Ausweisschriften an Fremde; 8) Ertheilung von Patenten oder Bewilligungen zur Gewerbsbetreibung; 9) ab-

---

1) 7. und 8. Juli 1819 (Snell, Handbuch I. S. 217 u. 219).

sichtlich oder aus Nachlässigkeit unterlassene Anzeige an den Bundesrath von dem Vorhandensein eines Heimathlosen auf dem Gebiet eines Kantons.“ Liegen im speziellen Falle mehrere dieser Gründe gegenüber mehreren Kantonen vor, so ist die Würdigung des relativen Gewichts der einzelnen Gründe dem freien Ermessen des Bundesgerichts anheimgestellt, welches in solchen Fällen den einen oder anderen Kanton oder mehrere Kantone zugleich zur Einbürgerung anhalten kann (Art. 13). Das Bundesgericht ist in seinem Urtheil an die Parteischlüsse der vor sein Forum tretenden Kantone nicht gebunden. Kantone, auf welche der Bundesrath bei Ueberweisung der Sache an das Bundesgericht keine Rücksicht genommen, können auf Verlangen der Betheiligten oder auch vom Gericht von Amtswegen additirt werden; von selbst versteht es sich, dass nur einem Kanton, welchem rechtliches Gehör gewährt worden ist, ein Heimathloser zur Einbürgerung zugesprochen werden kann.

Es liegt in der Natur der Sache, dass bei Heimathlosenprozessen das Bundesgesetz über Civilprozess nicht angewendet werden kann<sup>1)</sup>; höchstens können dessen Vorschriften in analoger Auslegung berücksichtigt werden. Der Grund ist einleuchtend: die ganze Jurisdiktion des Bundesgerichts in Heimathlosensachen

---

1) Womit denn auch die Praxis des Bundesgerichts übereinstimmt: siehe dessen Geschäftsbericht über das Jahr 1854 im Bundesblatt, 1855, Bd. II, S. 5; Bericht der ständeräthlichen Kommission ebendas. S. 384: „die Heimathlosenprozesse können darum nicht ganz nach den Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen instruiert werden, weil nach den Vorschriften des einschlägigen Bundesgesetzes eine durch den eidg. Generalanwalt geführte polizeiliche Untersuchung den Parteiverhandlungen voranzugehen hat, demnach der Instruktionsrichter hier den grössten Theil des zur Entscheidung des Rechtsstreites erforderlichen Materials sofort empfängt, während er in anderen Fällen dasselbe erst zu sammeln hat. Die reinen Civilfälle, welche das Bundesgericht zu entscheiden hat, bestehen vorzugsweise in Rechtsstreitigkeiten zwischen den Kantonen, solchen, in denen die Eidgenossenschaft als Partei erscheint, und solchen, welche auf dem Wege des Kompromisses unter den Parteien an das eidgenössische Tribunal gebracht werden. Sie sind begreiflicher Weise nicht zahlreich. Das Bundesgericht bemerkt in seinem letzten Geschäftsberichte, dass es bis dahin nicht mehr als dreizehn Rechtsfälle behandelt habe, in denen das Prozessgesetz unbedingte Anwendung fand.“

ist nicht civilrechtlichen Charakters, sondern wesentlich kontinente Administrativejustiz. Heimathlos sind nämlich, nach der Definition des B.G. vom 3. Dezember 1850, Art. 1 nur diejenigen, welche weder ein Kantons- noch auch ein Gemeindebürgerrecht besitzen, und auch nicht nach der kantonalen Gesetzgebung durch gerichtliche Klage die Anerkennung ihrer Eigenschaft als Kantonsbürger zu erwirken in der Lage sind. Ihnen selbst, um deren Statusbestimmung es sich handelt, steht durchaus kein Klagrecht gegen den einen oder anderen Kanton zu; nicht sie, sondern die ins Recht gerufenen Kantone erscheinen vor dem Bundesgericht als die streitenden Parteien. Aber auch diese Kantone führen keineswegs einen wahren Civilprozess unter einander: keiner von ihnen hätte ein civilrechtliches Interesse daran, einen anderen Kanton zur Einbürgerung eines Heimathlosen verurtheilen zu lassen, von welchem ja Jedermann anerkennt, dass er von Rechtswegen gar keinem Kanton, auch dem klagenden nicht, angehört. Was hätte es für einen Sinn, einen Anderen zur Uebernahme einer Last anzuhalten, welche wir selbst nicht tragen und Niemand zu tragen uns zumuthet? die streitigen Interessen, welche vor dem Bundesgericht dabattirt werden, entstehen erst, wenn der Bundesrath seinen Entscheid über die Zugehörigkeit eines Heimathlosen abgegeben hat; im Gegensatz zu jedem Civilprozess, mag das Verfahren auf der Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime beruhen, wird es auch von nun an nicht dem freien Belieben des durch den erstinstanzlichen Entscheid des Bundesrathes Belasteten überlassen, ob er vor Gericht als Kläger auftreten will oder nicht, vielmehr tritt das gerichtliche Verfahren, nachdem der belastete Kanton lediglich eine Einsprache erhoben hat, in Folge Anordnung des Bundesrathes: er ist es, welcher „den Prozess einleitet,“ „die betheiligten Kantone vor Bundesgericht belangt“ — obwohl gerade der Bundesrath diejenige Behörde ist, welche ein privatrechtliches Interesse und demgemäss eine Legitimation zur Rolle des Klägers im Civilprozess, nicht besitzt und nie besitzen kann, weil laut Art. 43 B.V. Niemand Schweizerbürger sein kann, der nicht Kantonsbürger ist, der Bund also unter keinen Umständen Gefahr läuft, dass ihm ein



Heimathloser bloss als Schweizerbürger zugesprochen werden könnte. Das ganze Verfahren in Heimathlosenstreitigkeiten stellt sich vielmehr als ein ganz eigenthümlicher Modus dar, um zu möglichst billiger Vertheilung einer von der gesamten Eidgenossenschaft übernommenen öffentlichen Last unter die einzelnen Kantone zu gelangen: eine Repartition dieser Last nach reinen Rechtsgrundsätzen gehört zu den Unmöglichkeiten, und die Entscheidung hängt, wie bei den meisten anderen Administrativsachen ebenfalls, von einer Menge relativer Gesichtspunkte ab, deren Werth oder Unwerth nach billigem Ermessen und nach der eigenthümlichen Gestaltung des einzelnen Falles gewürdigt werden muss. Absichtlich haben wir oben den Art. 11 des Bundesgesetzes über die Heimathlosigkeit vollständig mitgetheilt, damit man daraus ersehe, wie es den Urtheilen des Bundesgerichts in Heimathlosensachen wirklich an festen rechtlichen Stützpunkten mangelt. Das Verfahren ist ein Stück Administrativjustiz, bei welcher das Bundesgericht dem Bundesrath gegenüber die Stellung der höheren Verwaltungsbehörde im Verhältniss zur niederen einnimmt.

So wenig nun auch ein solches *Mixtum compositum* von Verwaltung und Justiz den prinzipiellen Anforderungen entspricht, so lässt sich doch nicht verkennen, dass beachtenswerthe Motive zu dessen Gunsten bestanden haben. Vorerst die geschichtliche Entwicklung des Heimathlosenwesens auf dem Weg eidgenössischer Konkordate. Schon durch das Konkordat vom 3. August 1819 <sup>1)</sup> wurde eine Vereinbarung über einige Grundsätze getroffen, nach welchen die Kantone Heimathlose als ihre Angehörigen anerkennen sollten, und zugleich bestimmt, dass, wenn diese Frage nicht durch gegenseitiges Einverständniss der beteiligten Kantonsregierungen gelöst werden könne, der Streit an das eidgenössische Recht (Schiedsrichter) gewiesen werden solle. Das nachträgliche Konkordat vom 17. Juli 1828 <sup>2)</sup> räumte noch überdiess dem eidgenössischen Vorort eine Betheiligung im Heimathlosenwesen ein: derselbe sollte die Vollziehung des Konkordats vom

---

1) Snell, a. a. O., I, S. 237 ff.

2) Snell, a. a. O., S. 240 f.

3. August 1819 beaufsichtigen und leiten, von den Ständen Berichte einfordern, und die Stände ihrerseits sollten zur Erstattung dieser Berichte, sowie zur Unterstützung des Vororts in allen zur Vollziehung des Konkordats nothwendigen Maassregeln verpflichtet sein, und ebenso den Einladungen des Vororts, sei es zu Vergleichungsversuchen, sei es zur Ueberweisung aus eidgenössische Recht, entsprechen, ja — eine für jene Zeit ungewöhnliche Liberalität — den Heimathlosen selbst wurde das Recht verliehen, sich direkt an den Vorort zu wenden und dessen Intervention zum Behuf ihrer Einbürgerung nachzusuchen. Allein der Vorort war keineswegs die geeignete Behörde, um auf diesem schwierigen Felde etwas zu fördern. Es hätte der Einhaltung eines konsequenten und kräftigen Verfahrens, einer gleichförmigen Verfolgung des angestrebten Zieles bedurft, um Opfer zu erlangen, über deren Nothwendigkeit Alle einverstanden waren, während Jeder, wenn es galt sie zu bringen, zögerte und die Anderen beginnen lassen wollte: wie konnte ein solches Verwaltungssystem von einer Behörde erwartet werden, welche begraben wurde, bevor sie nur Zeit gehabt, das Werk anzulegen? Was der eine Vorort während zwei Jahren eingeleitet hatte, nach seinen Verwaltungsmaximen, blieb liegen und verdarb während der folgenden vier Jahre, in welchen die beiden anderen Vororte auf ihre Weise administrirten. Das Konkordat vom 30. Juli 1847 setzte daher auch eine neue Behörde, eine vom Vorort zu ernennende Kommission von drei Mitgliedern, ein, welcher eine umfassende Generaluntersuchung der schweizerischen Heimathlosenverhältnisse zur Aufgabe gemacht wurde; diese Kommission sollte vorerst die freiwillige Anerkennung der Heimathlosen von Seite derjenigen Kantone, welchen nach Ansicht der Kommission die nächste Pflicht dazu obliege, zu erwirken suchen, und, wenn diess nicht gelinge, vor dem eidgenössischen Recht als Klägerin gegen den oder die Kantone, welchen die Einbürgerung zugemuthet werden könnte, auftreten. Einstweilen, um das stete Hin- und Herschieben der Heimathlosen — eine Art moderner Helotenjagd — zu verhindern, sollte jeder Kanton zu provisorischer, der Einbürgerungsfrage nicht präjudizirender Duldung der auf seinem Gebiet befindlichen Heimathlosen verpflichtet sein; auch

über diese provisorische Duldung hatte nöthigen Falles die Kommission zu beschliessen und, bei Nicht-Annahme ihres Beschlusses, das eidgenössische Schiedsgericht zu entscheiden. Diese ganze Anordnung erklärt sich aus dem Art. V des Bundesvertrages von 1815, welcher Streitigkeiten unter den Kantonen über Gegenstände, welche nicht durch den Bundesvertrag gewährleistet seien, an das eidgenössische Recht verwies: allerdings findet sich im Bundesvertrag von 1815 nicht einmal eine Erwähnung der Heimathlosen. Aber zugleich erlitt diess eidgenössische Rechtsverfahren durch das Konkordat eine sehr wichtige Ausdehnung: es war berechnet lediglich auf Streitigkeiten unter Kantonen, nach dem Konkordat aber war es die Heimathlosenkommission, also eine Bundesbehörde, welche als Klägerin vor das Schiedsgericht trat und ebenso viele Schiedsrichter wählte, als den beklagten Kantonen zu wählen zustand. Wollte man auf der einmal eingeschlagenen Bahn fortfahren, so war es natürlich, dass an die Stelle der Kommission der Bundesrath, an die Stelle des Schiedsgerichts das Bundesgericht trat, Letzteres um so eher, als ohnehin das richterliche Einschreiten unabhängig von einer Klage eines der streitenden Interessenten stattfand und schon diess zwar wohl mit der Aufstellung eines ständigen Gerichts, weniger aber mit der Idee der Schiedsgerichte im Einklang war. Ein Bundesbeschluss vom 21. Dezember 1849, worin der Bundesrath zu beförderlicher Vorlage eines Heimathlosengesetzes aufgefordert wurde, verfügte denn auch, dass einstweilen die auf die provisorische Duldung der Heimathlosen bezüglichen Artikel des Konkordats in Kraft treten, die Funktionen der Kommission jedoch an den Bundesrath, diejenigen des Schiedsgerichts an das Bundesgericht übergehen sollten.

Ausser der Continuität der Rechtsentwicklung musste noch das Motiv ins Gewicht fallen, dass es sich um Auflegung einer Last handelte, welche nicht nur empfindlich für die kantonale Armenpflege werden musste, sondern überdiess noch den Kantonen eine schwierige Stellung gegenüber ihren Gemeinden bereitete, weil ein Zwang gegen dieselben zur Aufnahme eines Heimathlosen selten durch Verfassung und Gesetz förmlich gestattet ist, die Einbürgerung somit wieder ökonomische Opfer

von Seite des Kantons erforderte. Ein Entscheid des Bundesrathes oder der Bundesversammlung in solchen Fragen wäre weit mehr, als ein Urtheil des Bundesgerichts, dem Verdacht ausgesetzt gewesen, als beruhe er auf Gunst oder Ungunst, auf Sympathien oder Antipathien. Jetzt kommt, um der Behörde willen, von welcher sie ausgeht, der Sentenz ein Ansehen zu, welches sie um ihrer materiellen Grundlage willen nicht beanspruchen kann, weil eine Beurtheilung nach streng rechtlichen Gesichtspunkten nicht möglich ist.

Bemerkenswerth ist,\* dass das gegenwärtige Bundesgesetz in einem Falle ein richterliches Urtheil in Heimathlosensachen nicht zulässt: wenn nämlich in Folge von Verfügungen eidgenössischer Behörden oder Beamten Heimathlosigkeit entsteht, so hat die Jurisdiktion des Bundesgerichts ein Ende, und die politische Gewalt des Bundes, die Bundesversammlung, hat alsdann „das Geeignete zu verfügen“ (Art. 10).

In anderen Fällen hat das Bundesgericht seine Heimathlosengerichtsbarkeit ausgedehnt. Es geschieht nämlich öfter, dass zwei Kantone über die Angehörigkeit eines Individuums in Conflict gerathen, welches nicht eigentlich als Heimathloser bezeichnet werden kann: es steht vielmehr fest, dass dasselbe rechtmässiger Bürger des einen oder anderen Kantons ist, während ein Heimathloser keinen rechtlichen Anspruch auf irgend ein Kantonsbürgerrecht besitzt.\* Solche Verhältnisse treten ein in Folge der Verschiedenheit der Gesetzgebungen über die Unehelichen, namentlich über die rechtlichen Wirkungen einer Anerkennung von Seite des Vaters eines unehelichen Kindes, ferner in Folge unregelmässiger Eingehung von Ehen, wenn z. B. der Bürger eines Kantons, ohne die Einwilligung seiner heimathlichen Regierung einzuholen, sich in einem anderen Kanton mit einer Bürgerin desselben verehlicht, und nunmehr die Regierung, deren Zustimmung zu Eingehung der Ehe erforderlich gewesen wäre, den aus der Ehe entsprossenen Kindern die Anerkennung verweigert. Es handelt sich hierbei ursprünglich um Statusklagen, welche von dem betreffenden Individuum selbst angebracht und im gewöhnlichen Civilprozesse erledigt werden müssten; zu Streitigkeiten unter zweien Kantonen werden sie erst dadurch, dass die

betheiligten Regierungen die Debatte an die Hand nehmen. Gerade hier würde nun in der That die kantonale Jurisdiktion nicht ausreichen, um dem Individuum zu seinem Recht zu verhelfen: seine Klage würde vor den Gerichten beider Kantone abgewiesen — z. B. nach der Gesetzgebung des Kantons A ist die Ehe rechtsgültig geschlossen, das Kind folgt also dem im Kanton B verbürgerten Vater, nach derjenigen des Kantons B dagegen liegt eine legitime Ehe nicht vor, das Kind folgt also der im Kanton A verbürgerten Mutter — und es entstünden somit durch den Richterspruch neue Fälle von Heimathlosigkeit bei Individuen, welche ursprünglich von keinem der interessirten Kantone als heimathlos angesehen worden sind. Hier ist also das bundesgerichtliche Forum eine Nothwendigkeit, und es schien diess so einleuchtend, dass in solchen Fällen bis jetzt weder die Kantone gegen die Einleitung des Prozesses vor Bundesgericht Einsprache erhoben, noch auch dieses letztere, obwohl es sich des Unterschiedes dieser Gerichtsbarkeit von derjenigen in eigentlichen Heimathlosensachen wohl bewusst war, die Beurtheilung von der Hand wies. Immerhin beruht aber diese Jurisdiktion nur auf der Einwilligung der Parteien (*prorogirter Gerichtsstand*), und es wäre zu wünschen, dass man sie in eine gesetzliche Gerichtsbarkeit umgestalten würde.

4) „Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, welche sich auf einen Hauptwerth von wenigstens Fr. 3000 beziehen und durch Uebereinkunft beider Parteien dem Entscheide des Bundesgerichts unterworfen werden.“

Solche Civilprozesse hat das Bundesgericht schon öfter zu entscheiden gehabt: so z. B. denjenigen zwischen Staat und Stadt Luzern, zwischen Staat Schaffhausen und Stadt Stein am Rhein, u. A.

5) „Schadenersatzklagen, die aus Verbrechen entspringen und welche nicht von dem Assisengerichte erledigt worden sind.“ Mit dieser Bestimmung steht im Zusammenhang der Art. 119 des B.G. über Bundesstrafrechtspflege vom 27. August 1851: „wenn hinsichtlich des Schadenersatzes die Sache nicht spruchreif erscheint, oder die Bundesanwaltschaft oder die beschädigte

Partei sich ihre Schritte vor dem Civilrichter vorbehalten hat, so wird dieser Punkt an Letzteren gewiesen.“

6) „Diejenigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche die Bundesversammlung vermöge Art. 106 B.V. durch besondere Gesetze in die Kompetenz des Bundesgerichts legen wird.“ Diess ist geschehen:

a) in Expropriationsstreitigkeiten. Die Bundesverfassung verfügte in Art. 21: „dem Bunde steht das Recht zu, im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines grossen Theiles derselben, auf Kosten der Eidgenossenschaft öffentliche Werke zu errichten oder die Errichtung derselben zu unterstützen. Zu diesem Zwecke ist er auch befugt, gegen volle Entschädigung das Recht der Expropriation geltend zu machen. Die näheren Bestimmungen hierüber bleiben der Bundesgesetzgebung vorbehalten.“ Die Bundesversammlung vollzog diese Aufgabe durch Erlass des Bundesgesetzes vom 1. Mai 1850, „betreffend die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten <sup>1)</sup>“, nach welchem die Abtretungspflicht begründet ist gegenüber allen öffentlichen Werken, die von Bundeswegen errichtet werden, sowie gegenüber allen öffentlichen Werken, „auf welche die Anwendung des eidgenössischen Expropriationsgesetzes von der Bundesversammlung beschlossen wird.“ Dieser letztere Satz machte es möglich, dass im Bundesgesetz über den Bau und Betrieb von Eisenbahnen vom 28. Juli 1852 <sup>2)</sup>, Art. 6, das eidgenössische Expropriationsgesetz auf alle schweizerischen Eisenbahnen anwendbar erklärt werden konnte; mit dem Art. 21 B.V. hätte sich eine solche Auslegung nicht vereinigen lassen, denn der Bund errichtet weder selbst, noch unterstützt er die Errichtung der Eisenbahnen, der Bau derselben ist vielmehr durch das angeführte Gesetz „den Kantonen, beziehungsweise der Privatthätigkeit“ überlassen worden <sup>3)</sup>.

---

1) A. S. I, S. 319 ff.

2) A. S. III, S. 170 ff.

3) D. h. die einlangenden Konzessionsbegehren unterliegen in erster Linie der Genehmigung durch die Kantone (ausnahmsweise kann der Bund gegen einen die Erstellung einer Eisenbahn ohne Grund verweigernden Kanton eine Zwangskonzession ertheilen), die Konzessionen werden aber

Was das Verfahren in Expropriationsfällen betrifft, so kommt der Entscheid, ob nach Mitgabe von Verfassung, Gesetzen und Beschlüssen des Bundes im konkreten Fall die Pflicht zur Abtretung von Privateigenthum vorhanden sei, dem Bundesrath zu, welcher auch, gleich einem Civilgericht, die aus solchen Streitigkeiten entstehenden Kosten bestimmt und auferlegt (Art. 49 des Expropriationsgesetzes) das Urtheil über den Betrag der Entschädigung dagegen dem Bundesgericht. Zur Ausmittlung dieses Betrages wird eine aus drei Mitgliedern bestehende Schätzungskommission gebildet, deren erstes Mitglied das Bundesgericht (oder, im Falle zur Vornahme dieser Wahl das Gericht ausserordentlicher Weise versammelt werden müsste, der Bundesgerichtspräsident), das zweite der Bundesrath, das dritte die Regierung desjenigen Kantons, auf dessen Gebiet das öffentliche Werk errichtet wird, bezeichnet. Diese Kommission steht unter Aufsicht des Bundesgerichts, welches die diessfälligen Verrichtungen seinem Präsidenten oder einer besonderen aus der Mitte des Bundesgerichts hiefür zu bestellenden Kommission überträgt <sup>1)</sup>. Die Schätzungskommission erstattet, nach Einvernahme der Interessirten, ihren Bericht; derselbe wird sämmtlichen Betheiligten mitgetheilt, und seine Schlüsse gelten, wenn nicht innert 30 Tagen von der Mittheilung an gerechnet Beschwerde beim Bundesgericht geführt wird, einem rechtskräftigen Urtheil gleich. Wird dagegen der Rekurs an das Bundesgericht erklärt, so wird vor diesem ein Prozessverfahren eingeleitet, für welches in erster Linie die Vorschriften des Expropriationsgesetzes, in zweiter Linie die allgemeinen Civilprozessnormen maassgebend sind <sup>2)</sup>. In der

erst durch die ihnen vom Bunde ertheilte Sanktion rechtskräftig. Auch kann ein Kanton den Bau einer Eisenbahn auf Staatskosten beschliessen und dann die Bundesversammlung um Sanktion seines Bauprojekts angehen.

1) Reglement des Bundesgerichts für die Schätzungskommission, vom 22. April 1854 (A. S. IV, S. 214 ff.) Art. 7.

2) Bericht der ständeräthlichen Kommission (Bundesblatt, 1855, Bd. II, S. 383): „Unsere Bundesgesetzgebung hat dem Bundesgerichte manche Funktionen übertragen, welche beinahe mehr dem administrativen als dem strengen Rechtsgebiete angehören; dahin gehören namentlich die Entscheidungen über Expropriationsstreitigkeiten und über die Einbürgerung von Heimathlosen. Für die Expropriationsfälle ist durch das Bundesgesetz über

Regel wird das Urtheil auf Grundlage des Befundes der Schätzungskommission ausgefällt; jedoch ist das Bundesgericht befugt, eine neue Untersuchung und Schätzung anzuordnen. — Ueber Entschädigungen, welche in Folge einer vom Bundesrathe kraft Art. 8 des Expropriationsgesetzes angeordneten Aufnahme von Plänen oder Vornahme von Aussteckungen für öffentliche Werke reklamirt werden, urtheilt nicht das Bundesgericht, sondern die kompetente Behörde desjenigen Kantons, in welchem der Plan aufgenommen wurde oder die Aussteckung stattfand <sup>1)</sup>. Dagegen ist durch Spezialvorschrift (Art. 47 des Expropriationsgesetzes) dem Bundesgericht noch die fernere Kompetenz eingeräumt, über Streitigkeiten betreffend das unter gewissen Voraussetzungen dem Expropriirten zustehende Recht, das Abgetretene zurückzufordern, zu erkennen, und ebenso beurtheilt es Prozesse über das dem Expropriirten für den Fall, dass der Bauunternehmer das abgetretene Recht an einen Dritten um einen geringeren

---

die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten in kurzen Zügen ein besonderes Verfahren vorgeschrieben, welches von dem im Civilprozessgesetze enthaltenen wesentlich abweicht. Während nämlich nach diesem der Instruktionsrichter den Rechtsstreit soweit zur Reife zu bringen hat, dass er nachher vom Bundesgericht in einer ununterbrochenen Verhandlung definitiv entschieden werden kann, und zu diesem Ende von sich aus nöthigenfalls auch den Augenschein aufzunehmen und Sachverständige beizuziehen befugt ist, kann nach dem Expropriationsgesetze, welches den Befund der eidg. Schätzungskommission als die regelmässige Grundlage des bundesgerichtlichen Entscheids erklärt, eine neue Untersuchung des Streitgegenstandes nur in Folge vorherigen Beschlusses des Bundesgerichts selbst stattfinden.“

1) Ob diese *Lex specialis* aufgehoben sei durch die *Lex generalis* (B.G. über den Gerichtsstand in Civilklagen, welche von dem Bund oder gegen denselben erhoben werden, vom 20. Nov. 1850, A. S. II, S. 73 ff., Art. 4): „für dingliche und Besitzklagen, die sich auf Immobilien beziehen, ist der Richter des Orts zuständig, wo der Streitgegenstand oder der grössere Theil desselben liegt; alle anderen Klagen gegen den Bund werden vom Richter desjenigen Ortes beurtheilt, wo das Domizil der eidgenössischen Zentral- und Kreisverwaltung ist, die das betreffende Rechtsgeschäft abschloss oder sich im Besitze der streitigen beweglichen Sache befindet, oder deren Beamte und Angestellte die Handlung begingen, aus welcher geklagt wird“ — wollen wir hier unentschieden lassen.



Preis, als die Entschädigungssumme betrug, zu veräussern beabsichtigt, zugesicherte Zugrecht.

b) *Civilklagen gegen eidgenössische Behörden und Beamte.* Eine solche Civilklage setzt, laut Art. 7 des Verantwortlichkeitsgesetzes von 1849, voraus: eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung, begangen durch Uebertretung der Bundesverfassung, Bundesgesetze oder Reglemente, und einen dadurch verursachten positiven Schaden. Das Verfahren ist verschieden, je nachdem der Beklagte ein von der Bundesversammlung gewählter Beamter ist oder nicht. Im ersteren Fall wird die Klage, wurde sie vom Bundesrath im Interesse des eidgenössischen Fiskus, oder von Privaten, Korporationen oder Kantonen angehoben, ohne vorherige Mittheilung an den Bundesrath direkt bei der Bundesversammlung angebracht: beschliessen die beiden Räthe (jeder in abgesonderter Berathung), es sei der Klage Folge zu geben, so wird dieselbe dem Bundesgericht überwiesen und vor diesem der Prozess gemäss den Vorschriften des eidgenössischen Civilprozessgesetzes verhandelt — zugleich bestellt, wenn der Prozess das fiskalische Interesse des Bundes beschlägt, die Bundesversammlung einen Anwalt oder beauftragt den Bundesrath mit dessen Bezeichnung; verweigern dagegen beide Räthe die Ueberweisung der Klage, so übernimmt damit die Eidgenossenschaft selbst die Beklagtenrolle und kann nunmehr ins Recht gefasst werden — vor dem Bundesgericht oder vor kantonalen Gerichten, je nach den oben bei Nummer 2 angeführten Regeln. Was Civilklagen gegen die übrigen eidgenössischen Beamten anbetrifft, so kann man nur über die Lückenhaftigkeit dieses überhaupt so äusserst mangelhaften Gesetzes erstaunen. Die einzigen hier einschlagenden Vorschriften sind Art. 42: „der Bundesrath ist verpflichtet, im Interesse der Bundeskasse gegen fehlbare Beamte auch Civilklagen zu erheben, wenn deren Bedingungen vorhanden sind (Art. 7)“, und Art. 43. „Alle Civilklagen, welche von anderer Seite gegen Beamte wegen gesetzwidriger Amtsführung erhoben werden, sind zunächst beim Bundesrathe anzubringen; verweigert dieser seine Zustimmung, so kann der Kläger den beklagten Beamten auf dem Civilweg belangen, sofern er vorerst für die entspringenden Kosten eine

vom Bundesgericht zu bestimmende Kautio n geleistet hat.“ Darin ist nicht einmal vorgeschrieben, welches Gericht urtheilen solle: im Falle des Art. 43 wie es scheint das Bundesgericht, aber wie im Falle des Art. 42? — Ich sage: „wie es scheint,“ weil Art. 43 von einer vom Bundesgericht zu bestimmenden Kautio n redet; aber ist es erlaubt, überhaupt einen Schluss aus einer Gesetzesvorschrift zu ziehen, welche so unüberlegt abgefasst ist, dass sie mit andern Worten lautet: „Ertheilt der Bundesrath seine Zustimmung zur Anbringung einer Civilklage gegen einen nicht von der Bundesversammlung gewählten Beamten, so steht dem Kläger der Rechtsweg offen; verweigert er dagegen seine Zustimmung, so steht er ihm — ebenfalls offen.“ Will man dagegen annehmen, der Art. 43 enthalte eine wirkliche Disjunktion, so kann sie liegen in den Worten „den beklagten Beamten auf dem Zivilwege belangen“ d. h. also im ersten Falle geht die Klage gegen den Bund, im zweiten gegen den Beamten persönlich: aber auch dann ist kein Verstand in der Sache; oder ist es nicht gerade die verkehrte Welt, wenn der Bund nicht haftet, da wo er eine Civilklage gegen den Beamten nicht zulässt, also da, wo er den Beamten deckt und ihn der persönlichen Verantwortlichkeit nicht unterworfen erachtet, wohl aber dann, wenn er die Klage zulässig findet? Bei den von der Bundesversammlung gewählten Beamten verhält sich — vernunftgemäss — die Sache umgekehrt. Oder soll endlich die Disjunktion darin gefunden werden, dass die Verweigerung oder Ertheilung der Einwilligung nur auf die Kautionspflicht des Klägers von Einfluss ist — so müsste also in beiden Fällen die Klage gegen den Beamten persönlich gehen, und es wäre eine unbegreifliche Ungerechtigkeit, dass gegenüber dem Bund selbst dann, wenn er durch seine Weigerung die Handlungsweise des Beamten gebilligt und damit unter seine Verantwortlichkeit genommen hätte, dem Kläger nicht einmal der Regress zustünde (denn eine allgemeine Vorschrift, dass der Bund für seine Beamten eintrete, existirt nicht). Noch mehr: der Art. 41 räumt, wenn der Bundesrath sich weigert, eine Kriminalklage gegen einen seiner Beamten dem Gericht zu überweisen, dem Kläger das Recht der Beschwerdeführung an die Bundesversammlung ein: in den un-

mittelbar folgenden Art. 42 und 43 wird davon nichts gesagt, ein Rekurs scheint somit nicht zulässig — ohne dass ein einleuchtender Grund für diese verschiedene Behandlung des Kriminal- und Zivilklägers vorhanden wäre.

Man kommt, wenn man solche Proben der Gesetzgebungskunst analysiren soll, zur Ueberzeugung, dass das berühmte Diktum des Kanzlers Oxenstiern: „*Nescis, mi fili, quantula sapientia regitur mundus*“ ein Wort für alle Zeiten war — selbst in Ländern, in welchen die so oft gepriesene Wohlthat des Zweikammersystems: sorgfältigere Berathung der Gesetze, Gelegenheit hätte, sich fühlbar zu machen. In unserer gegenwärtigen Bundesgesetzgebung wenigstens gibt es manche — Ferienarbeit.

7) „Durch die Gesetzgebung eines Kantons können im Einverständnisse mit der Bundesversammlung noch andere bürgerliche Streitfälle dem Bundesgericht übertragen werden.“ — Damit ist es gegangen, wie mit den oben §. II, Nr. 4, erwähnten Straffällen.

### §. III. Entscheid über Verletzungen der durch die Bundesverfassung garantirten Rechte.

Nachdem die Bundesverfassung in Art. 101 die Attribute des Bundesgerichts als Civilgericht, in Art. 104 die strafrichterlichen Kompetenzen des eidgen. Assisengerichts aufgeführt hat, fährt sie im Art. 105 fort: „das Bundesgericht urtheilt im Ferneren über Verletzung der durch die Bundesverfassung garantirten Rechte, wenn hierauf bezügliche Klagen von der Bundesversammlung an dasselbe gewiesen werden.“

So sparsam auch die Bundesversammlung mit solchen Ueberweisungen an das Bundesgericht ist <sup>1)</sup>, so ist doch eine nähere

---

1) Der Fall der Madame Dupré gegen die Regierung des Kantons Freiburg ist, so viel uns bekannt, der einzige, welcher bis jetzt auf den durch Art. 105 B.V. vorgeschriebenen Weg gewiesen wurde; das Urtheil des Bundesgerichts in diesem interessanten Prozesse findet sich abgedruckt in der Zeitschrift f. schweizerisches Recht, Bd. II, Abtheilung Rechtspflege, S. 41 ff. (vergl. ebendasselbst S. 19 ff.).

Beleuchtung dieser eigenthümlichen Art von Jurisdiktion um so nothwendiger, als dieselbe ein Surrogat sein soll für das dem nordamerikanischen Bundesgericht verliehene Recht, Streitsachen, deren Entscheid von der Auslegung der Verfassung abhängt, vor sein Forum zu ziehen, und weil auf dem europäischen Kontinent das Beispiel des deutschen Reichskammergerichts die Ansicht in Aufnahme gebracht hat, dass die Institution eines gemeinsamen Bundesgerichts ihre wesentlichste Bedeutung daran habe, dass dem einzelnen Bürger ein kräftiger und bereitwilliger Schutz gegen Gewaltakte gewährt werde.

Was heisst zunächst der Ausdruck: „verfassungsmässige Rechte?“ Alles bestehende Recht im Staate ist ein verfassungsmässiges, denn erst mit Errichtung der Staatsverfassung gibt es wirkliches positives Recht — könnte nun desshalb jeder civilrechtliche Streit über Eigenthum, jeder Diebstahl als eine „Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts“ nach Art. 105 der B.V. vor das Bundesgericht gewiesen werden? — Niemand wird eine solche Absurdität behaupten wollen; es können bloss solche Verletzungen gemeint sein, für welche es weder im Civilprozesse noch auf dem Strafwege ein ausreichendes Heilmittel gibt.

Fürs Andere ist in keinem Staate die öffentliche Gewalt so gelähmt, dass sie ohne alle eigene Macht wäre, den Widerstand, welchen Einzelne ihr bei Ausübung ihrer verfassungsmässigen Befugnisse entgegensetzen, zu brechen. Sie handhabt die Macht, welche die Verfassung ihr verliehen hat; sie wäre erniedrigt, wenn sie, sobald ein einzelner Bürger ihre verfassungsmässigen Rechte verletzte, vorerst an ein Tribunal sich wenden müsste, bloss um den theoretischen Streit, ob sie im Rechte sich befunden habe, entscheiden zu lassen. Auch auf solche Verletzungen also kann sich der Art. 105 nicht beziehen; wozu auch noch dem Bundesgericht eine besondere Jurisdiktion in dieser Hinsicht zutheilen, während doch schon die ordentlichen Strafgerichte den Widerstand gegen kompetente Akte der Staatsgewalt, sowie die unbefugte Anmaassung amtlicher Attribute ahnden?

Der Art. 105 hat also nur Bezug:

a) auf Beschwerden von Individuen gegen Behörden oder Beamte des Staates, oder gegen solche Personen,

welche momentan eine öffentliche Funktion versehen und in dieser Eigenschaft sich einer Verletzung verfassungsmässiger Rechte schuldig machen;

b) auf solche individuelle Rechte, deren Quelle das Staatsrecht ist: seien es politische Berechtigungen, durch welche die Theilnahme des Einzelnen am praktischen Staatsleben bestimmt wird, z. B. Stimmrecht, seien es individuelle Freiheitsrechte, durch deren Gewährleistung der Staat seiner eigenen Wirkungssphäre feste Grenzen setzt.

Wir werden, um Missdeutungen zu verhüten, statt „verfassungsmässige Rechte“ in dem Sinne, wie er so eben näher bestimmt wurde, von nun an den Ausdruck: „politische Rechte“ gebrauchen.

Schon aus der Stellung des Art. 105 und aus dessen Fassung ist ersichtlich, dass diese Jurisdiktion von den sonstigen Voraussetzungen des richterlichen Einschreitens gänzlich absieht <sup>1)</sup>. Es werden weder die Eigenschaften einer Civilprozesssache, noch diejenigen einer Strafsache gefordert; es genügt, dass die Handlung, wegen welcher geklagt wird, als eine Verletzung politischer Rechte betrachtet werden könne. Eine solche Verletzung kann ein strafbares Delikt darstellen — z. B. willkürliche Gefangenhaltung durch einen Polizeibeamten — sie kann ebenso Veran-

1) Ganz missig ist ein Einwand, auf welchen ein in Sachen der Madame Dupré erstatteter Kommissionalbericht geduldiges Papier verschwendet; er meint, es könne die Behauptung aufgestellt werden, dem Bundesgericht seien nur die in Art. 101 und 104 B.V. bezeichneten Kompetenzen eingeräumt, somit dasselbe nicht befugt, Beschwerden zu beurtheilen, welche nicht in eine dieser Kompetenzen einschlagen. Niemand, der den Art. 105 B.V. liest („das Bundesgericht urtheilt im Fernern“), kann auf eine so haltlose Einwendung verfallen. Der Bericht ist aber in grossem Irrthum, wenn er diese taube Nuss nicht anders knacken zu können meint, als mit der Phrase: wenn man jenen Einwand als richtig zugäbe, so wären damit „die wichtigsten politischen und bürgerlichen Rechte, trotz ihrer Garantie durch die Bundesverfassung, der Willkür der Kantonalgewalt blossgestellt“ — denn immerhin bliebe, wenn der Art. 105 auch ganz wegfiel, das Recht des Bundesrathes und der Bundesversammlung, gegen Verletzungen der Bundesverfassung einzuschreiten, ungeschmälert, und man scheint auch in der Praxis, welche den Art. 105 so zu sagen nie anwendet, diese Garantie als vollkommen hinreichend anzusehen und des Art. 105 wenig zu bedürfen.

lassung zu einer Civilklage auf Schadensersatz werden, und im einen wie im anderen Falle muss eine Prüfung der konstitutionellen Frage durch den Richter ebenfalls stattfinden, denn dieser Punkt ist präjudizierend für das Urtheil. Unter Umständen mag durch das ordentliche Civil- oder Strafgericht auch eine Kassation des verfassungswidrigen Aktes ausgesprochen werden, aber immerhin ist diess lediglich ein Accessorium der Entscheidung über die civil- oder strafrechtliche Frage: die letztere bildet den Nerv und den Mittelpunkt des ganzen Verfahrens. Hingegen kann eine Verletzung politischer Rechte auch vorliegen, ohne dass sie Civil- oder Pönalfolgen bedingt; die Jurisdiktion, welche das Bundesgericht kraft des Art. 105 B.V. ausübt, hat bloss das Erstere im Auge und kümmert sich nicht darum, ob die für jeden anderen Richter unentbehrlichen Voraussetzungen seiner Thätigkeit vorhanden sind; sie ist rein staatsrechtlicher Natur; ihr Lauf wird gehemmt und ihr Zweck ist erreicht auf einer Grenze, welche ein anderes Gericht überschreiten muss. Das Hauptgeschäft des Bundesgerichts besteht in der Abgabe einer definitiven Erklärung über Gültigkeit oder Vernichtung der inkriminirten amtlichen Handlung; was allenfalls weiter hinzukommt, z. B. ein Urtheil über civilrechtliche oder Straf-Folgen, ist ein rein accessorisches Nebengeschäft. — Ja wir gehen weiter und behaupten, zur Erledigung solcher Accessorien sei das Bundesgericht überhaupt gar nicht befugt, so oft es vermöge des Art. 105 B.V. in Bewegung gesetzt wird. Bezüglich der Pönalfolgen ist diess evident: schon deshalb weil über Verletzungen politischer Rechte das Plenum des Bundesgerichts urtheilt, strafrichterliche Erkenntnisse dagegen von der Kriminalkammer unter Mitwirkung von Geschwornen ausgefällt werden. Ueberhaupt aber bestehen keinerlei Normen oder Vorschriften, dass beim Vorhandensein gewisser Voraussetzungen die Bundesversammlung Klagen wegen Verletzungen politischer Rechte ans Bundesgericht weisen müsse; vielmehr steht es in ihrem freien Ermessen, ob sie selbst entscheiden oder den Entscheid dem Bundesgericht übertragen will, Letzteres urtheilt somit bloss als Mandatar der Bundesversammlung und kann in dieser Eigenschaft nicht Befugnisse ausüben, welche dem Mandanten selbst nicht zuge-

kommen wären. — Diesem Gesichtspunkt entspricht es auch vollständig, dass in Sachen der Madame Dupré, welcher ihre gegen den Kanton Freiburg erhobene Klage zugesprochen wurde, nicht der unterliegende Kanton, sondern die Bundeskasse zur Bezahlung der Gerichtskosten verurtheilt wurde: den Aufwand für eine Dienstleistung hat der zu vergüten, welcher den Auftrag dazu gegeben.

Durch diese Auslegung, welche dem Art. 105 vermöge seiner jetzigen Stellung in der Verfassung gegeben werden muss, erhält derselbe einen ganz anderen Charakter, als ihm ursprünglich bei Aufnahme desselben in den Verfassungsdebatten zugeschrieben wurde. Der erste Antrag ging aus von der Gesandtschaft des Kantons Genf: dieselbe beantragte, als der nunmehrige Art. 104 B.V., handelnd von den Kompetenzen des eidgen. Assisengerichts, zur Berathung kann, „als eine weitere Littera aufzunehmen: „e) *de la violation des droits des citoyens garantis par la présente Constitution, lorsque les plaintes à ce sujet sont renvoyées devant lui par l'assemblée fédérale*“<sup>1)</sup>.“ Die Absicht ging also dahin, dem Bundesgericht die Strafgerichtsbarkeit über alle solche Verfassungsverletzungen, die eine strafbare Handlung darstellen würden, zu übertragen. Der Antrag wurde, so wie er gestellt war gutgeheissen. Aber die Redaktoren der Bundesverfassung machten nun nachträglich aus dem Antrage einen eigenen Artikel, den jetzigen Art. 105 B.V., und über diese Modifikation findet sich im Tagsatzungsabschied von 1848<sup>2)</sup> bloss die Motivirung: „statt des Ausdrucks „Assisengericht“ sei der entsprechendere Ausdruck „Bundesgericht“ gewählt worden“. In Wahrheit aber lag darin nicht nur eine Wortveränderung, sondern eine sehr wichtige Veränderung des Sinnes, die Schöpfung einer neuen und eigenthümlichen Gattung von Gerichtsbarkeit, welche ursprünglich in Niemandes Absicht lag. — Noch in anderer Beziehung bietet die Debatte über den Art. 105 einen interessanten Vergleichungspunkt. Man erinnert sich, dass einer der hauptsächlichsten Einwürfe gegen die Bundesreformprojekte

1) Tagsatzungsabschied von 1848, (Auszug) S. 155.

2) Seite 280.

von 1832 und 1833 darin bestand, dass man den Schutz, welchen sie dem Bürger gegen Verletzungen der Bundes- oder Kantonalverfassung gewährten, für unzureichend erachtete. Man sollte denken, die nämlichen Bestrebungen hätten sich auch bei der Bundesrevision von 1848 wieder gezeigt; aber so argwöhnisch man damals gegen die Keime des neuen „Herrenbundes“ war, von dem man die Eidgenossenschaft bedroht glaubte, so vertrauensvoll war man 1848, als endlich ein grosser Sieg errungen war und eine bessere Zukunft gesichert schien. In der Revisionskommission fiel keine Andeutung, das Bundesgericht mit der früher so heftig geforderten konstitutionellen Gerichtsbarkeit auszustatten; erst durch den Antrag, den Genf im Schoosse der Tagsatzung stellte, ward die Erinnerung daran wieder aufgefrischt. — So mächtig erzeigen sich die Eindrücke der Gegenwart, dass sie den Einzelnen wie politische Versammlungen selbst dann bestimmen, wenn sie eine Arbeit, die von Dauer sein soll für mehrere Menschenalter, unternehmen; was man für unantastbare Grundsätze ausgibt, ist manchmal nur der Ausdruck einer vorübergehenden Tagesmeinung, entstehend und verlöschend wie diese. Und wenn schon Thucydides erklärt: zum Richten sei eine grosse Menge die tauglichste Behörde<sup>1)</sup>, so sind doch in der Regel Versammlungen, je grösser sie sind, um so weniger im Stande, sich den Einwirkungen der Tagesströmungen zu entziehen und das Beharrende im Wechselnden zu erkennen und festzuhalten.

Die staatsrechtliche Jurisdiktion des Bundesgerichts erstreckt sich jedoch nicht auf alle Beschwerden, welche die angegebenen Voraussetzungen an sich tragen. Sie ist ausgeschlossen gegenüber gewissen Trägern der öffentlichen Gewalt, nämlich:

a) Mitglieder des National- oder Ständerathes sind für ihre Stimmgebung im Schoosse der Behörde nicht verantwortlich und es kann gegen sie nie eine hierauf bezügliche Klage erhoben werden; von selbst versteht es sich, dass ebensowenig eine

---

1) Thucyd. VI, c. 39: ἐγὼ δὲ φημι φύλακας μὲν ἀρίστους εἶναι χρημάτων τοὺς πλουσίους, βουλευῶσαι δ' ἂν βέλτεστα τοὺς ξυνετούς, κ ρ ι ν α ι δ' ἂν ἀκούσαντας ἑτάριστα τ ο υ ς π ο λ λ ο υ ς.



Klage gegen die Bundesversammlung gerichtet werden kann, wenn der Kläger durch einen ihrer Akte in seinen politischen Rechten gekränkt zu sein behaupten würde.

b) Die Verantwortlichkeit der übrigen eidg. Behörden und Beamten wird, nach Art. 4 des Verantwortlichkeitsgesetzes, begründet „durch Uebertretung der Bundesverfassung“; läuft eine darauf bezügliche Klage ein, so ist sie nach den Vorschriften des Verantwortlichkeitsgesetzes zu behandeln, und in der Regel<sup>1)</sup> wird die einem Bundesbeamten imputierte Verletzung politischer Rechte sich als eine Uebertretung der Bundesverfassung darstellen. In diesem Falle ist nun alles weitere Verfahren abgeschnitten, wenn es sich um einen von der Bundesversammlung gewählten Beamten handelt und diese Behörde beschliesst, es sei der Klage keine weitere Folge zu geben; tritt sie dagegen auf die Klage ein, so bleibt ihr (Art. 23 des Verantwortlichkeitsgesetzes) nur die Wahl: entweder eine Civil- oder Kriminalklage anzuheben — in welchem Fall die eingeklagte Verfassungsverletzung als Präjudizialfrage des gerichtlichen Urtheils mit entschieden wird — oder den Akt aufzuheben, welcher den Gegenstand der Beschwerde bildet, oder endlich eine Mahnung an den fehlbaren Beamten zu erlassen. Immer also nimmt entweder der Civil- oder Strafrichter, oder dann die Bundesversammlung selbst die materielle Entscheidung an die Hand und für den politischen Richter, den der Art. 105 B.V. eingesetzt hat, bleibt kein Raum mehr übrig. — Was die nicht von der Bundesversammlung gewählten Behörden und Beamten des Bundes anbelangt, so ist hinsichtlich ihrer dem Gesetzgeber die Verantwortlichkeit wegen „Uebertretung der Bundesverfassung“, welche im Art. 4 des Verantwortlichkeitsgesetzes im Allgemeinen ausgesprochen ist,

1) Wir sagen mit Bedacht: „in der Regel“. Es wird sich nämlich so gleich zeigen, dass sich der Art. 105 B.V. auch auf solche Rechte bezieht, welche durch eine Kantonalverfassung und nur mittelbar durch die Bundesverfassung garantirt sind; der Beamte des Bundes ist auf diese Kantonalverfassungen nicht verpflichtet, kann daher unter Umständen denselben zuwiderhandeln, ohne dass er damit gerade gegen eine seiner Amtspflichten verstösst: ein solcher Verstoss muss aber vorliegen, wenn er dem Beamten als eine seine Verantwortlichkeit begründende Uebertretung angerechnet werden soll.

auf dem Wege bis zum Art. 37 des nämlichen Gesetzes, wo von dieser Kategorie von Bundesbeamten speziell gehandelt wird, — verloren gegangen; es hindert nichts anzunehmen, dass die Bundesversammlung kraft des ihr zustehenden Obergerichtsrechts über die eidgenössische Verwaltung (Art. 74, Ziffer 14 B.V.) befugt sei, Beschwerden wegen Verletzung politischer Rechte gegen Beamte dieser Klasse anzunehmen und dieselben, sofern sie nicht zu einer Civil- oder Kriminalklage Stoff bieten, auf den durch Art. 105 B.V. vorgezeichneten Weg zu verweisen. Jedenfalls muss aber bei Behandlung solcher Beschwerden der durch Verfassung und Gesetz geordnete Behördenorganismus geachtet werden, denn die Bundesverfassung garantirt ebenso wie die Rechte des Volkes auch diejenigen der Behörden; Beschwerden gegen einen eidgenössischen Untersuchungsrichter z. B. werden vorerst bei der Anklagekammer anzubringen sein, Beschwerden gegen Beamte, welche unter dem Bundesrath stehen, bei dieser Behörde, und erst wenn auf diese Weise eine Abhülfe der stattgefundenen Verfassungsverletzung nicht erhältlich ist, wird die Bundesversammlung zum Einschreiten aufgefordert werden dürfen <sup>1)</sup>).

Am häufigsten wird somit die staatsrechtliche Jurisdiktion des Bundesgerichts eintreten können bei Verletzungen politischer Rechte, deren kantonale Behörden oder Beamten beschuldigt werden: es ist ein Vorzug des Bundesstaates, dass er dem einzelnen Bürger gegen Missbrauch der Staatsgewalt eine Rechtshilfe gewähren kann, die über den Staatsverband hinausreicht, und das wesentliche Motiv bei Einführung einer solchen staatsrechtlichen Justiz war eben die Verwirklichung dieses eigenthümlichen Vortheils, welchen Fichte auch dem einfachen Staate

---

1) Es wäre daher auch zu wünschen, dass die Bundesversammlung als praktische Maxime ihres Verhaltens den Satz adoptiren würde, auf Beschwerden wegen Verfassungsverletzung, welche auf dem Wege des ordentlichen Civil- oder Strafprozesses erledigt werden können, in der Regel nicht einzutreten, als bis nachgewiesen ist, dass dieser Weg eingeschlagen, das Ziel aber nicht erreicht worden ist. Allerdings können indessen Fälle vorkommen, wo mit dem Civil- oder Strafurtheil allein der Verfassungsbruch noch nicht vollständig gesühnt ist.

durch die Einsetzung seines „Ephorats“ zu verschaffen suchte, der aber praktisch nur in Föderativstaaten erreichbar ist. Es ist desshalb eine sehr wichtige Frage, ob nach unserem gegenwärtigen Bundesrecht auch Beschwerden wegen Handlungen, durch welche bloss die kantonale Verfassung verletzt worden ist, vor die Bundesversammlung gebracht und von dieser an das Bundesgericht gewiesen werden können?

Schon der bereits erwähnte Kommissionsbericht in Sachen der Madame Dupré hat diese Frage aufgeworfen und unbedingt bejaht<sup>1)</sup>. Gäbe es indessen nicht bessere Gründe für diese Ansicht, als die in diesem Bericht aufgeführten, so wäre es schlimm bestellt. Es wird gesagt: fürs Erste sei der Art. 5 B.V.<sup>2)</sup> im Interesse der bürgerlichen Freiheit zu interpretiren; fürs Zweite habe Genf, als es in der verfassungsgebenden Tagsatzung den damaligen Art. 105 B.V. beantragte, diesen Antrag mit der Unentbehrlichkeit eines von Bundeswegen zu gewährenden Schutzes „gegen Richterwillkür und Justizverweigerung“ motivirt. Das erste dieser Argumente ist, wo es sich um eine wichtige Beschränkung der Kantonsouveränität handelt, allzu vag, das zweite zwar faktisch richtig, aber werthlos, weil, wie oben bemerkt wurde, Genfs Antrag einen ganz anderen Charakter hatte, als in seinem nunmehrigen Zusammenhang der Art. 105 B.V.

Näher als diese Argumente liegt eine Berufung auf die Garantie, welche der Bund zufolge Art. 6 der B.V. für die Verfassungen der Kantone übernimmt. Dadurch gewährleistet er mittelbar die in der Kantonalverfassung garantirten Rechte. — Allein auch damit kommen wir nicht aus. Weder im ausländischen noch im schweizerischen Staatsrecht hat man bis dahin die Gewährleistung einer Verfassung in diesem Sinne ausgelegt. Die Verfassung des deutschen Bundes z. B. steht unter europäischer Garantie (Art. 53 bis 64 der Wiener Kongressakte vom 9. Juni 1815), und dennoch hat sowohl gegenüber dem be-

1) Bundesblatt, 1851, Bd. III, S. 127 ff.

2) „Der Bund gewährleistet den Kantonen ihr Gebiet, ihre Souveränität inner den Schranken des Art. 3, ihre Verfassungen, die Freiheit, die Rechte des Volkes und die verfassungsmässigen Rechte der Bürger, gleich den Rechten und Befugnissen welche das Volk den Behörden übertragen hat.“

kannten französisch-englischen Interventionsversuch zu Gunsten der bedrohten Souveränität der freien Stadt Frankfurt (1834)<sup>1)</sup>, als auch bei der von gleicher Seite eingereichten Protestation gegen den Gesamteintritt Oesterreichs und Preussens<sup>2)</sup> die deutsche Bundesversammlung den Signatairen der Wiener Congressakte jedes Recht, „die Aufrechterhaltung der in der deutschen Bundesakte sanktionirten Grundsätze zu beaufsichtigen,“ abgestritten<sup>3)</sup>. Die gleiche Ansicht ist noch in den schweizerischen Verfassungsentwürfen von 1832 und 1833 niedergelegt; die Garantie einer Kantonalverfassung hat hiernach bloss die Bedeutung einer Gewährleistung ihres Bestandes, der Bund ist infolge dessen nur verpflichtet, die Verfassung gegen gewalthätigen Umsturz oder willkürliche Aenderung auf anderem als dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege zu schützen, keineswegs aber ist er infolge der Garantie auch berechtigt, sich in die Art und Weise, wie die kantonalen Behörden ihre Verfassung auslegen und handhaben, einzumischen. Und endlich findet sich eine Bestätigung dieser Auffassung der Verfassungsgarantie im Text der gegenwärtigen Bundesurkunde selbst: der Art. 5 derselben gewährleistet den Kantonen ausser ihren Verfassungen auch noch die Freiheit und Rechte des Volkes und der Bürger — was hätte es dieses Zusatzes bedurft, wenn er schon in der Garantie der Verfassung enthalten gewesen wäre? Man kann um so weniger annehmen, dass hier eine blosser Tautologie vorliege, als der Art. 5 B.V. zu denjenigen gehört, die in den Verfassungsdebatten sehr aufmerksam behandelt und einlässlich berathen worden sind.

Die eigene Verfassung der Garantie eines anderen Staates zu unterwerfen, ist schon eine Schwächung der Souveränität; aber wo wäre noch ein Rest dieser Souveränität zu entdecken, wenn der Garant infolge der von ihm übernommenen Verpflichtung befugt wäre, Rechenschaft zu verlangen über jeden Akt der Staatsgewalt und so ein unumschränktes Oberaufsichtsrecht

1) H. A. Zachariä, die schweiz. Eidgenossenschaft, der Sonderbund u. s. w., Seite 136 ff.

2) Zöpfl, Staatsrecht, Bd. I, § 109, Note 3.

3) Bundestagsbeschlüsse vom 18. September 1834 und 17. Juli 1851.

auszuüben? In der That gibt es zwischen diesen beiden Extremen keine feste Grenze: entweder hat die Verfassungsgarantie den Sinn einer Garantie der blossen Existenz der Verfassung, oder aber sie legt die wahre Souveränität in die Hände des Garanten.

Aber gerade der Art. 5 B.V., den wir so eben anzogen, garantirt neben den Verfassungen auch noch die Rechte des Volkes und der Bürger, und die verfassungsmässigen Rechte der Behörden; er garantirt dieselben, obwohl sie in der Verfassungsgarantie nicht inbegriffen sind. Es bezieht sich diese Erweiterung der vom Bunde übernommenen Gewährleistungen zunächst auf die in der Bundesverfassung ausdrücklich garantirten Rechte, wohin z. B. das freie Niederlassungsrecht, die Gleichstellung aller Schweizer vor dem Gesetz, die Gleichheit der politischen Stimmberechtigung gehören, aber ebenso sicher bezieht sie sich auf die in den Kantonalverfassungen zugesicherten politischen Rechte: denn der Art. 5 gewährleistet den Kantonen die Rechte und Befugnisse, welche das Volk den Behörden (also den kantonalen!) übertragen hat — worin diese Befugnisse bestehen, lässt sich natürlich bloss vom Standpunkt des kantonalen Verfassungsrechts aus entscheiden, und dieses ist somit der Bund verpflichtet zu untersuchen und anzuwenden — der nämliche Art. 5 garantirt den Kantonen die Volksrechte und individuellen politischen Rechte „gleich“ den Rechten und Befugnissen der Behörden, also auch hier in dem Maasse und in der Ausdehnung, welche das kantonale Staatsrecht an die Hand gibt <sup>1)</sup>. — Ein weiterer Beweis hiefür liegt im Art. 16 B.V.; diesem zufolge haben, wenn

---

1) Schon in den Bundesverfassungsentwürfen von 1832 und 1833 war der Art. 5 in fast gleicher Fassung enthalten, wie in der jetzigen Constitution, und es könnte, wie es scheint, daraus schon für jene Entwürfe der nämliche Schluss, den wir so eben aufstellten, gezogen werden. Allein in jenen Entwürfen fehlte jede Bestimmung, welche der Tagsatzung oder dem Bundesgericht Gewalt verliehen hätte, Maassregeln „zum Schutz der Rechte und Freiheiten des Volkes“ auf an sie ergangene Beschwerde hin zu treffen, in der Bundesverfassung von 1848 dagegen findet sich eine solche Verleihung (Art. 74, Ziffer 8 und Art. 105).

Ruhestörungen im Innern eines Kantons eine bewaffnete Intervention des Bundes herbeigeführt haben, „die Bundesbehörden für Beachtung der Vorschriften des Art. 5 B.V. zu sorgen.“ Der Grund dieser Bestimmung ist, dass in solchen Fällen die kantonalen Behörden ausser Stande sind selbst die verfassungsmässige Ordnung im Innern aufrechtzuerhalten, und die Zügel ganz oder theilweise in die Hände der Bundesgewalt geben müssen. Für diesen Fall mussten der Bundesgewalt Regeln vorgeschrieben werden, an welche sie bei der Verwaltung dieses anvertrauten Gutes sich zu halten hätte; wäre es aber nicht eine unbegreifliche Verkehrtheit gewesen, wenn man die Bundesbehörde hinsichtlich eines solchen Vikariats für die kantonalen Behörden auf die gar nicht auf einen kantonalen Verwaltungsorganismus berechnete Bundesverfassung verwiesen hätte, auf welche alle Bundesbehörden ja ohnehin verpflichtet sind? Nein, offenbar will der Art. 16 auf die kantonale Verfassung verweisen; dass diese Verfassung nicht gewaltsam umgestürzt, dass sowohl die einzelnen Bürger als die Behörden bei den ihnen durch die Kantonalverfassung eingeräumten Rechten geschützt werden — das soll die Aufgabe der Bundesintervention sein, und diese Aufgabe fasst der Art. 16 in dem Ausdruck „Sorge für Beachtung der Vorschriften des Art. 5“ zusammen <sup>1)</sup>).

---

1) Mit unserer Ansicht stimmt auch die Motivirung des Art. 5 B.V. in der verfassunggebenden Tagsatzung zusammen. Bern beantragte nämlich, in diesem Artikel nicht nur die Freiheit und Rechte des Volkes, sondern auch die verfassungsmässigen Rechte der Bürger ausdrücklich zu erwähnen, und dieser Antrag wurde angenommen, nachdem zu dessen Unterstützung angeführt worden war „dass die Erfahrung deutlich genug beweise, wie wichtig es sei, die Rechte der einzelnen Bürger gegen die Uebergriffe der Regierungen (also der kantonalen!) von Bundes wegen zu gewährleisten; so habe im Kanton Luzern verfassungsgemäss (d. h. nach der kantonalen Verfassung, der Bundesvertrag von 1815 gewährleistete die Pressfreiheit nicht) auch Pressfreiheit bestanden, und dennoch sei durch die Gesetzgebung der unerträglichste Presszwang wieder eingeführt worden, ohne dass es den Bürgern möglich gewesen, nachhaltigen Schutz gegen diese despotische Maassregel auf legale Weise sich zu verschaffen“ (Abschied von 1848, Seite 54). — Im mehrerwähnten Dupré'schen Falle erfolgte die Ueberweisung an das Bundesgericht, obwohl Madame Dupré sich bloss wegen Verletzungen der freiburgischen Kantonalverfassung beschwerte: das

Von diesem Gesichtspunkt aus treten noch einige andere Vorschriften der Bundesverfassung in ihr rechtes Licht. So z. B. richtet sich bei eidgenössischen Wahlen die Stimmberechtigung theilweise nach kantonalen Vorschriften (Art. 63 B.V.) und ohne Zweifel ist der Bund befugt, zu prüfen, ob diese Vorschriften bei der Zulassung oder Ausschliessung eines Bürgers beobachtet worden sind; der Grundsatz, dass „Niemand seinem verfassungsmässigen Gerichtsstand entzogen werden dürfe“ (Art. 53 B.V.) bezieht sich ebenfalls hauptsächlich auf die Bestimmungen der kantonalen Verfassungen über Gerichtsbarkeit und Gerichtsstand. Diese Artikel der Bundesverfassung sind nicht so anzusehen, als sollte dadurch dem Bunde im speciellen Fall ein Recht eingeräumt werden, was er im Allgemeinen nicht besitzt, sondern es sind Anwendungen der Regel auf einzelne Fälle, für welche eine besondere Bestätigung und Anerkennung des Grundsatzes wünschenswerth schien. Auch praktisch ist dieser Unterschied zwischen bloss mittelbaren Gewährleistungen und solchen, die, wenn schon ihr Umfang und ihre Auslegung lediglich aus den Kantonalverfassungen geschöpft werden kann, doch in der Bundesverfassung speciell zugesichert sind, nicht unerheblich. Bei Missachtung der auf diese letztere Weise zugesicherten Rechte können unmittelbar die Bundesbehörden angerufen werden und einschreiten; bei Verletzung bloss mittelbar garantirter Rechte dagegen darf der Bund erst dann interveniren, wenn alle kantonalen Stadien ohne Erfolg durchlaufen worden sind. — Un-

---

Bundesgericht kassirte dann freilich das angegriffene Grossrathsdekret Freiburgs vom 6. Juni 1849 und zwei darauf basirte gerichtliche Urtheile wegen Verletzungen der Bundesverfassung (Garantie der Gleichstellung vor dem Gesetz). Man ist aber im Allgemeinen so wenig verschiedener Ansicht über die auch von uns verfochtene Auslegung der Art. 105 und 5 B.V., dass selbst die Regierung von Bern in einer sonst dem schroffsten Kantonalismus huldigenden Eingabe an den Bundesrath, worin sie sich wegen der von ihr angeordneten und als Verfassungsverletzung angefochtenen Aufhebung des sogen. „Grütlivereins“ rechtfertigte, ausdrücklich erklärte: „sie bestreite der Bundesgewalt die Befugniss nicht, die Gesetzmässigkeit der Kantonsverwaltungen vom Gesichtspunkt der eigenen (d. h. kantonalen) Verfassung aus zu kontroliren“ (Bundesblatt, 1854, I, Seite 470). Dieses Zugeständniss ist eher zu gross, als zu klein.

richtig ist es, wenn, wie es im Falle der Madame Dupré von Seite des Kantons Freiburg geschah <sup>1)</sup>, das Recht der Bundesversammlung, Beschwerden wegen Verletzung kantonaler konstitutioneller Rechte zu entscheiden respective dem Bundesgericht zu überweisen, auf Art. 74, Ziffer 7 <sup>2)</sup> der B.V. gestützt wird; es ist keine Konsequenz der Verfassungsgarantie und der Titel für diese Befugnis muss vielmehr in Art. 74, Ziffer 8 B.V. gesucht werden, nach welcher in den Geschäftskreis der Bundesversammlung gehören: „Maassregeln, welche die Handhabung der Bundesverfassung, die Garantie der Kantonalverfassungen, die Erfüllung der bundesmässigen Verpflichtungen und den Schutz der durch den Bund gewährleisteten Rechte zum Zwecke haben“ <sup>3)</sup>. Endlich ist eine Beschwerde wegen Verletzung eines bloss durch die Kantonalverfassung garantirten politischen Rechts selbst dann zulässig, wenn diese Verfassung in Kraft getreten ist, aber die eidgenössische Gewährleistung noch nicht erhalten hat: nur muss fürs Erste die Inkraftsetzung nicht im Widerspruch mit den Grundsätzen des demokratischen Freistaates über die rechtliche Basis einer Verfassung erfolgt sein, m. a. W. die Verfassung muss vom Volke angenommen worden sein, und fürs Zweite darf das Recht, dessen Schutz verlangt wird, nicht ein nach der Bundesverfassung unzulässiges Begehren in sich schliessen <sup>4)</sup>.

Wir nannten oben den Art. 105 ein Surrogat der in der nordamerikanischen Verfassung dem Bundesgericht verliehenen Gewalt, zu urtheilen: „über alle Fälle von *law* oder *equity*, welche unter dieser Verfassung sich ereignen“. In der That ist diese Gewalt von ganz anderer Art, als die dem schwei-

1) Zeitschrift f. schweizerisches Recht a. a. O. S. 43.

2) „Garantie der Verfassungen und des Gebiets der Kantone; Intervention in Folge der Garantie.“

3) Ein Gleiches ist zu sagen von Art. 90, Ziffer 3 B.V., welche der Anwalt der freiburgischen Regierung a. a. O. anzieht; er hätte höchstens Art. 90, Ziffer 2 anführen können.

4) Unentschieden lassen wir hier die Frage, ob die Bundesversammlung kraft Art. 74, Ziffer 8, B.V., sich auch mit Beschwerden wegen Verletzung kantonaler Gesetzesvorschriften befassen dürfe; dass jedenfalls das Bundesgericht mit solchen Klagen nicht behelligt werden kann, ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 105 B.V.



zerischen Bundesgerichte zustehende staatsrechtliche Gerichtsbarkeit. Das nordamerikanische Gericht verschliesst rein theoretischen Streitfragen sein Forum; es urtheilt über die „unter dieser Verfassung sich ereignenden Fälle“ nur dann, wenn sie in einem wirklichen Rechtsstreit bestehen; das schweizerische Bundesgericht begnügt sich mit Entscheidung der Frage der Verfassungsmässigkeit, ohne darnach zu fragen, ob im Uebrigen der Fall die Merkmale einer Justizsache an sich trage. Es liegt in diesen Attributen unseres Bundesgerichts nichts, was als Eigenthümlichkeit der richterlichen Gewalt angesehen werden könnte: jede andere Staatsbehörde kommt bei ihren Handlungen in den Fall, die Vereinbarkeit derselben mit der Verfassung prüfen zu müssen, Zweifel darüber gelangen auch an die Regierung oder an die gesetzgebenden Körper zur Entscheidung. Was die richterliche Thätigkeit von allen anderen staatlichen Lebensäusserungen unterscheidet, die Gewalt nämlich, nicht nur zu erklären, was Recht oder Unrecht sei, sondern auch zu bestimmen, worin die Wiederherstellung des Rechts aus dem Unrecht zu bestehen habe, gerade von diesem Kriterium ist in der staatsrechtlichen Gerichtsbarkeit, wie wir sie bis dahin beleuchtet, nichts wiederzufinden. Ihr Wesen besteht vielmehr in dem Mangel dieses Kriteriums. Ein verfassungswidriges Ausnahmegericht mag Jahre lang einen Unschuldigen im Kerker halten; wenn er klagt und von der Bundesversammlung auf den Weg des Art. 105 B.V. verwiesen wird, so werden die Beschlüsse, durch welche jenes Gericht eingesetzt wurde, vernichtet, der Verhaftsbefehl kassirt und die Verhaftung für rechtswidrig und ungültig erklärt; aber mit seinen Schadenersatzforderungen muss das Bundesgericht den Kläger verweisen — an den Richter, ein Paralogismus, der in Wahrheit keiner ist, denn wirklich vollzieht das Bundesgericht bei der Entscheidung über Verletzung politischer Rechte nicht die Funktionen eines Richters, sondern diejenigen eines Kollegiums von Sachverständigen: den Auftrag zur Expertise erhält es von der Bundesversammlung und nur der Rückweg zum Mandanten ist weggelassen worden, weil die Umgiessung eines Expertenbefundes in die Form eines Urtheils der Staatsbehörde nur als leere Formsache angesehen wurde.

Nur darin zeigt das bundesgerichtliche Erkenntniss noch richterliche Natur und einen Unterschied von Erkenntnissen der Bundesversammlung, dass jenes die Verletzung nur in praktischer Beziehung auf den einzelnen Fall untersucht, während die Bundesversammlung sie nach ihrem ganzen theoretischen Umfang erörtert. Wird z. B. wegen einer Regierungsmaassregel geklagt, welche konform ist einem erlassenen Gesetze, wo aber dieses Gesetz selbst ein verfassungswidriges ist, so begnügt sich das Bundesgericht damit, die erlassene Verfügungsmaßnahme für den Kläger unverbindlich zu erklären, die Bundesversammlung dagegen wird in einem solchen Fall das Gesetz mit allen in Folge dessen emanirten Verordnungen seinem ganzen Umfang nach vernichten. Die Garantie der politischen Rechte ist somit eine weit wirksamere, wenn die Bundesversammlung von ihrem Entscheidungsrecht selbst Gebrauch macht, als wenn sie es ans Bundesgericht delegirt: ein Beweis dass die Gerichte ihre Mission, ein Bollwerk der bürgerlichen Freiheit zu sein, nur in den Dingen erfüllen, die vernunftgemäss in den Kreis ihrer Befugnisse gehören. Eine ungebührliche Ausdehnung ihrer Wirkungssphäre taugt ebensowenig, als eine vernunftwidrige Beschränkung ihrer Kompetenzen und Niederbeugung der richterlichen Unabhängigkeit einem Lande Segen bringen kann.

Auf eine so ungewöhnliche Gerichtsbarkeit, wie sie hier eingeführt worden ist, leiden die sonst anerkannten Grundsätze über die Attribute der Richtergewalt nicht unveränderte Anwendung. So namentlich nicht hinsichtlich der Beurtheilung von Einreden gegen die Zuständigkeit des Gerichts, welche nach allgemeiner Regel das Gericht selbst vorzunehmen hat. Die Zuständigkeit des Bundesgerichts könnte in einer nach Mitgabe des Art. 105 B.V. ihm überwiesenen Sache angefochten werden:

1) weil der Gegenstand der Beschwerde überhaupt nicht in die Kompetenz des Bundes fällt z. B. es handelt sich um die Verletzung eines bloss durch die kantonale Gesetzgebung zugesicherten politischen Rechts;

2) weil der Fall nicht die Bedingungen an sich trägt, unter welchen das Bundesgericht zu entscheiden kompetent ist (z. B. eine kantonale Behörde klagt gegen ihre Kantonsbürger, wei

diese die bestehende Verfassung auf verfassungswidrigem Weg beseitigt haben; die Ueberweisung ist ausgegangen von der vereinigten Bundesversammlung, statt durch übereinstimmenden Beschluss beider Räte, u. s. w.).

Wenn das Bundesgericht Einreden der ersteren Art selbstständig zu entscheiden befugt wäre, so käme ihm das Recht zu, als Stellvertreter umzustossen was derjenige, dessen Stelle vertreten wird, kompetenter Weise verhandelt hat. Die Bundesversammlung hat bereits die Kompetenz des Bundes bejaht, indem sie die Beschwerde an das Bundesgericht überwies; diese Kompetenzbestimmung ist endgültig und unabänderlich für den blossen Mandatar. In keiner Weise dagegen greift das Bundesgericht in die Kompetenz der Bundesversammlung ein, wenn es sich hinsichtlich des Vorhandenseins von Bedingungen der zweiten Art sein Selbstentscheidungsrecht wahrt. Nicht berechtigt ist somit das Bundesgericht, seine Kompetenz abzulehnen, wenn es durch diese Vereinigung auch das Recht der Bundesversammlung, über das Materielle der Beschwerde zu erkennen, verneinen würde; wohl aber darf es sein Forum verschliessen, wenn die sonstigen Bedingungen, unter welchen es nach der Verfassung das Mandat anzunehmen befugt und verpflichtet ist, nicht vorhanden sind. — Mit dieser Unterscheidung harmonirt auch die Motivirung des bundesgerichtlichen Urtheils im Dupré'schen Falle. Freiburg behauptete nämlich u. A., Madame Dupré habe dadurch, dass sie ihre Beschwerdepunkte bereits den kantonalen Gerichten Freiburgs vorgetragen, diese als Richter über die von ihr behauptete Verfassungswidrigkeit freiwillig angenommen und damit auf das Recht, die gleichen Beschwerden bei den Bundesbehörden anzubringen, Verzicht geleistet. War diese Einrede Freiburgs begründet, so hätte schon die Bundesversammlung auf die Klage der Madame Dupré nicht eintreten dürfen; hätte das Bundesgericht sie erörtert, so hätte es sich damit zur Appellationsinstanz gegenüber der Bundesversammlung aufgeworfen. Das Gericht erklärte desshalb auch die forideklinatorische Einwendung Freiburgs für nicht stichhaltig; es weigerte sich auf die Frage zurückzukommen, ob Madame Dupré durch ihre Einlassung vor den freiburgischen Gerichten Verzicht geleistet habe auf den Rekurs

an die Bundesbehörden, und zwar, wie es in den Erwägungen des Urtheils heisst, desshalb, „weil notorisch ist, dass die Bundesversammlung bei genauer Kenntniss der Präcedentien und trotz derselben die Ueberweisung des Falls an das Bundesgericht beschloss“.

(Fortsetzung und Schluss im nächsten Heft.)

---