Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Heft 6

Bundesstaatliche und gliedstaatliche Rechtsordnung

Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt

Berichte
von

Fritz Fleiner, Josef Lukas
Lutz Richter und **Arnold Köttgen**

Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer
zu Frankfurt a. M. am 25. und 26. April 1929

Mit einem Auszug aus der Aussprache

Berlin und Leipzig 1929
Walter de Gruyter & Co.
vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung — J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung — Georg Reimer — Karl J. Trübner — Veit & Comp.

Gedruckt bei A. W. Hayn's Erben, Potsdam.

Inhalt.

Seite

I. Eröffnung 1

II. Erster Beratungsgegenstand: Bundesstaatliche und gliedstaatliche Rechtsordnung.

1. Bericht von Professor Dr. Fritz Fleiner in Zürich 2

1a. Leitsätze hierzu 23

2. Mitbericht von Professor Dr. Josef Lukas in Münster 25

2a. Leitsätze hierzu 53

3. Aussprache 57

III. Zweiter Beratungsgegenstand: Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt.

1. Bericht von Professor Dr. Lutz Richter in Leipzig 69

1a. Leitsätze hierzu 103

2. Mitbericht von Privatdozent Dr. Arnold Köttgen in Jena 105

2a. Leitsätze hierzu 142

3. Aussprache 144

IV. Verzeichnis der Redner 159

V. Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 160

VI. Satzung der Vereinigung 165

I. Eröffnung.

Der Vorsitzende Thoma-Heidelberg eröffnete die Beratungen am 25. April 1929 um 10 Uhr. Er begrüßte die Erschienenen, erstattete kurzen Bericht über die Mitgliederbewegung und machte einzelne Ausführungen über die Gestaltung der Tagung.

Schriftführer Nawiasky-München erstattete den Geschäfts- und Kassenbericht. Die Vereinigung betrauert den Tod ihres Mitgliedes Fürstenau-Berlin.

II. Erster Beratungsgegenstand:

Bundesstaatliche und gliedstaatliche Rechtsordnung

in ihrem gegenseitigen Verhältnis im Rechte Deutschlands, Österreichs und der Schweiz.

1. Bericht von Professor Dr. **Fritz Fleiner** in Zürich.

Der moderne Bundesstaat geht von der Ausscheidung der staatlichen Aufgaben zwischen der Zentralgewalt und der Gewalt der Gliedstaaten aus. Den eisernen Bestandteil jeder Bundesstaatsverfassung bildet die Aufzählung der der Bundesgewalt zugewiesenen staatlichen Zuständigkeiten, und unter ihnen steht an erster Stelle die Übertragung der Gesetzgebungskompetenz in bestimmten von der Bundesverfassung näher umschriebenen Materien. In Nordamerika, der Schweiz und Deutschland ist der Bundesstaat (Etat fédératif, Etat fédéral) aus der Überwindung des Staatenbundes (Confédération des Etats) hervorgegangen. Die gliedstaatliche Gewalt ist vor der Bundesstaatsgewalt vorhanden gewesen; die Gliedstaaten (Kantone) sind in jenen Territorien keine Schöpfungen des Bundesstaates, sondern deren Schöpfer. Alle staatlichen Zuständigkeiten, welche die Bundesverfassung nicht der Zentralgewalt übertragen hat, sind den Gliedstaaten verblieben. In Nordamerika haben die zehn ersten Amendements zur Unionsverfassung von 1787 die Staatenrechte (state rights) gegenüber den Ausdehnungstendenzen der neuen Bundesgewalt ausdrücklich sichergestellt, und die Schweiz. Bundesverfassung vom 12. September 1848 hat in ihrem Art. 3 den bekannten, in die abgeänderte Bundesverfassung vom 19. Mai 1874 unverändert übergegangenen Grundsatz aufgestellt: „Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränetät nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, und üben als solche alle Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind." In diesem Satz hat Tocquevilles Lehre von zwei nebeneinander bestehenden, sachlich voneinander geschiedenen Souveränetäten, m. a. W. die Lehre von der geteilten Souveränetät — Tocquevilles berühmtes Buch „De la démocratie en Amérique"

ist 1835 erschienen — ihren verfassungsrechtlichen Ausdruck gefunden. „Le gouvernement fédéral n'est qu'une exception; le gouvernement des Etats est la règle commune" (Vol. I, chap. V).

I.

Mit dem Nebeneinanderbestehen zweier selbständiger echter Staatsgewalten im Bundesstaat — Bundesgewalt und gliedstaatliche Gewalt — ist auch die Anerkennung zweier voneinander unabhängiger Rechtsordnungen gegeben, und damit ist das Problem nach ihrem wechselseitigen Verhältnis gestellt. Seine Lösung wurde in den drei erwähnten Bundesstaaten durch ein politisches Moment erschwert: durch die Tatsache, daß der Bundesstaat der Garant der nationalen Einheit wurde und das Bundesrecht daher gegenüber der gliedstaatlichen Gesetzgebung gefühlsmäßig als eine Ordnung höheren Ranges erschien. Hier liegt die Quelle für die Behauptung von dem unbedingten Vorrang des Bundesrechts im Bundesstaat. Ist sie in dieser absoluten Fassung (Reichsrecht bricht Landesrecht; Bundesrecht bricht kantonales Recht) richtig?

1. Die Rechtslage ist in jedem der drei alten Bundesstaaten dieselbe gewesen. Die Bundesverfassung hat staatliche Aufgaben, die bisher in den Machtbereich der Gliedstaaten gehört hatten, diesen entzogen und sie in die Zuständigkeit der neu begründeten Zentralgewalt gewiesen. Es entstand deshalb die Frage, ob die Rechtsordnung, die von der neuen Bundesstaatsgewalt aufgestellt wurde, in den Gliedstaaten erst in Kraft treten sollte auf Grund einer besonderen Anordnung jedes Gliedstaates, so wie es bisher mit dem „gemeinsamen Recht" im Staatenbund der Fall gewesen war, oder ob das von der Bundesstaatsgewalt innerhalb ihrer Kompetenzsphäre neugeschaffene Bundesrecht für Bürger und Behörden in den Gliedstaaten unmittelbar gelte, ohne daß es dabei einer Mitwirkung des gliedstaatlichen Gesetzgebers bedürfe. „Die unerläßliche Grundlage dieses kunstvollen Staatsbaues bleibt, daß .... die Bürger der Einzelstaaten in ein unmittelbares Untertanenverhältnis zur Bundesgewalt treten" (Treitschke, Bundesstaat und Einheitsstaat, 1864; Historische und Polit. Aufsätze II[6] S. 113).

In den großen politischen Diskussionen, die im 18. Jahrhundert nach dem Unabhängigkeitskrieg den Bürgern der Union die neue bundesstaatliche Verfassung erklären und nahebringen wollten, bezeichnete der „Federalist" — jenes Meisterwerk einer populären Aufklärungsschrift — als den Hauptvorzug des Verfassungsentwurfes, daß künftig die Autorität der Union unmittelbar die einzelnen Bürger ergreife. Einer Kollisionsnorm bedurfte es in der Bundesverfassung gar

nicht. Seit dem Inkrafttreten der Unionsverfassung, 1789, gehen die Gesetzgebung der Gliedstaaten und die der Union ihre eigenen Wege, und dieses Nebeneinanderleben ist um so leichter möglich, als, wie bekannt, die Union für die Vollziehung ihres Rechts durch Verwaltung und Rechtsprechung von oben bis unten ihre eigenen Behörden besitzt. Entsteht aber die Rechtsfrage, ob ein vom Unionsgesetzgeber erlassenes Bundesgesetz die gesetzgeberische Zuständigkeit der Union überschritten und verfassungswidrig in den Kompetenzbereich der Gliedstaaten eingegriffen habe, so steht die Prüfung darüber bei der Beurteilung des konkreten Rechtsfalles dem erkennenden Gerichte und in letzter Instanz dem obersten Unionsgerichte zu, das auch für diese Fragen der Wächter der Unionsverfassung ist[1]).

2. Ähnlich ist die Rechtslage in der Schweiz[2]). Weder die erste Bundesstaatsverfassung, die Bundesverfassung vom 12. September 1848, noch die geltende Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 haben den Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Recht" ausdrücklich ausgesprochen. Es ist charakteristisch, daß die Vorschrift, auf die man sich zur Rechtfertigung des erwähnten Satzes beruft, in beiden Bundesverfassungen (1848 und 1874) nur in den Übergangsbestimmungen steht. Nun beschränkt sich aber die Bundesverfassung von 1848 in ihren Übergangsbestimmungen Art. 6 auf eine Bestimmung, welche das alte im Staatenbund erlassene eidgenössische Recht, die Tagsatzungsbeschlüsse, aufrechterhielt, bis die neuen in der Bundesverfassung vorgesehenen Bundesgesetze an dessen Stelle treten würden. Den Satz, daß innerhalb der Bundeskompetenz erlassenes eidgenössisches Recht das kantonale Recht von selbst bricht, leitete man unter der Herrschaft der Bundesverfassung von 1848 einfach aus der Unmittelbarkeit der Bundesgewalt und aus der Überlegung ab, daß für gewisse Lebensgebiete die neue Bundesgesetzgebung verfassungsmäßig die Herrschaft erlangt und damit die kantonale Gesetzgebung verdrängt habe. Diese Auffassung liegt auch der Bundesverfassung von 1874 zugrunde. Sie enthält in ihren Übergangsbestimmungen Art. 2 lediglich die Vorschrift, daß Bestimmungen kantonaler Verfassungen und Gesetze, „welche mit der neuen

[1]) Gustav Vogt, Über die Organisation der Bundesrechtspflege in den Vereinigten Staaten von Amerika (Zft. f. Schweiz. Recht, n. F. 9, S. 566 ff.); Dietrich Schindler, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz (Zft. f. Schweiz. Recht, n. F., Bd. 44, S. 19 ff. und die dort zitierte Literatur).

[2]) Walther Burckhardt, Eidgenössisches Recht bricht Kantonales Recht (Festgabe f. Fleiner, 1927, S. 59 ff.). Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht S. 419 ff.

Bundesverfassung im Widerspruch stehen, mit Annahme derselben bzw. der Erlassung der darin in Aussicht genommenen Bundesgesetze außer Kraft treten". Aber schon bei der Ausarbeitung der Bundesverfassung von 1874 wurde auf ein Bedenken hingewiesen, für das man im Jahre 1848 noch kein durch Erfahrung geschärftes Auge besessen hatte: die Gefahr verfassungswidriger Bundesgesetze. Als die Bundesverfassung von 1874 das ständige Bundesgericht schuf und diesem in weitgehendem Maße (Art. 113) Verfassungsgerichtsbarkeit und die Beurteilung von Kompetenzkonflikten zwischen Bundesbehörden und Kantonalbehörden übertrug, so entstand die Frage, ob das Bundesgericht berufen sein solle, Bundesgesetze auch auf ihre inhaltliche Übereinstimmung mit der Bundesverfassung zu prüfen und also z. B. — dem ganzen Zuschnitt der Verfassungsgerichtsbarkeit entsprechend — Bundesgesetze oder einzelne darin enthaltene Vorschriften aufzuheben, welche in die Zuständigkeit des kantonalen Rechtes eingreifen. Die Bundesverfassung hat jedoch — leider — die endgültige Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetze der Bundesversammlung selbst vorbehalten: „In allen diesen Fällen", sagt in Abs. 3 der Art. 113, der die staatsrechtliche Gerichtsbarkeit des Bundesgerichts umschreibt, „sind jedoch die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze . . . für das Bundesgericht maßgebend". Damit hat man den Bock zum Gärtner gesetzt. Es ist bekannt, das schon seit Jahren der Kampf darum geht, diese Einschränkung durch Partialrevision der Bundesverfassung zu beseitigen und das Bundesgericht von der erwähnten Fessel zu befreien. Immerhin bestehen schon heute Garantien für die Einhaltung der Kompetenzschranken: die eine ist das Referendum, die Volksabstimmung; die andre die streng festgehaltene Tradition, der zufolge die Bundesversammlung am Eingang jedes Bundesgesetzes mitteilen muß, auf welche Vorschrift der Bundesverfassung sie die Kompetenz gründet, in dieser Materie ein Gesetz zu erlassen. Vor allem aber steht es dem Richter wie dem Verwaltungsbeamten zu, bei der Anwendung der Gesetze zu prüfen, ob und wieweit eidgenössisches und wieweit kantonales Recht maßgebend ist — immer unter dem Vorbehalt des Art. 113 Abs. 3 der Bundesverfassung.

Gegen eine Verkümmerung des eidgenössischen Rechts hat die Bundesgesetzgebung ausreichende Rechtsmittel ausgebildet: die Berufung (Revision) an das Bundesgericht mit der Behauptung, es habe der kantonale Richter einen Satz des eidgenössischen Zivil- oder Strafrechts nicht oder nicht richtig ausgelegt. Das Bundesgericht hat ferner, soweit normale Rechtsmittel nicht gegeben sind, den staatsrechtlichen Rekurs an das

Bundesgericht zugelassen mit der Erwägung, der erwähnte Art. 2 der Übergangsbestimmungen über die „derogatorische Kraft" des Bundesrechts gewährleiste ein individuelles Recht jedes Bürgers. So sind die eidgenössischen Rechtsmittel zunächst einseitig darauf zugeschnitten, daß der Geltungsbereich des Bundesrechts nicht beeinträchtigt werde. Aber die Auffassung, die in dem Satze „Bundesrecht bricht kantonales Recht" eine Norm der staatsrechtlichen Abgrenzung zweier Herrschaftssphären erblickt, ist in der neuern bundesgerichtlichen Praxis weiter ausgebaut worden: das Bundesgericht hat wiederholt bei der Beurteilung von zivilrechtlichen Beschwerden[3]) erklärt, es sei Bundesrecht auch dann verletzt, wenn der kantonale Richter im Wege der Auslegung das Bundesrecht auf Rechtsverhältnisse erstrecke, die nach der Meinung des Bundesgesetzgebers unter das kantonale Recht gehörten[4]).

Die Gleichordnung der beiden Rechtskreise tut der Souveränetät des Bundes keinen Eintrag. Denn im Konfliktsfalle sind es ausschließlich Bundesorgane, die darüber entscheiden, ob dem Bunde oder dem Kanton die Kompetenz zur Gesetzgebung zusteht.

3. Eine von der bisherigen Bundesstaatslehre abweichende Auffassung hat erst die Verfassung des Deutschen Reiches von 1871 oder, richtiger gesagt, die auf Grund dieser Verfassung entwickelte wissenschaftliche Theorie zur Geltung gebracht. Sie ist ausgegangen von dem Satze der Reichsverfassung Art. 2, demzufolge das Reich das Recht der Gesetzgebung innerhalb des Reichsgebietes ausübt „nach Maßgabe des Inhalts dieser Verfassung mit der Wirkung, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen"[5]). Die meisten Schrift-

[3]) Nach dem Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 (Fassung vom 6. Oktober 1911) ist die zivilrechtliche Beschwerde, im Gegensatz zur Berufung (revisio in iure), vom Streitwert unabhängig. Art. 87: „Durch Beschwerde können ferner angefochten werden letztinstanzliche, der Berufung nicht unterliegende kantonale Entscheide in Zivilsachen: 1. wegen Anwendung kantonalen oder ausländischen anstatt eidgenössischen Rechtes..."

[4]) Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts Bd. 14 S. 427; Bd. 29 I S. 180; Bd. 46 I S. 280 („eine Verletzung des Bundesrechts liegt nicht nur dann vor, wenn der kantonale Richter in einem nach Bundesrecht zu beurteilenden Prozesse Bundesrecht nicht oder nicht richtig anwendet, sondern auch dann, wenn er seinem Urteil irrtümlicherweise eidgenössisches statt kantonales Recht zugrunde legt"). Vgl. ferner Bd. 48 I S. 232.

[5]) Der Wortlaut schließt an die Vorschrift der Verfassung des Deutschen Reichs vom 28. März 1849 § 66 an: „Reichsgesetze gehen den Gesetzen der Einzelstaaten vor, insofern ihnen nicht ausdrücklich nur subsidiäre Geltung beigelegt ist." Die Bestimmung steht am

steller haben darin die Anerkennung eines absoluten Vorranges der Reichsgesetze gegenüber den Landesgesetzen erblickt[6]). Dieser Vorrang ergab sich aus dem Grundsatz — ich zitiere Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs 5. Aufl. II S. 115 —, „daß das Reich die souveräne Gesetzgebungsgewalt, die Einzelstaaten die Autonomie haben", der Vorrang der Reichsgesetze beruhe m. a. W. darauf, „daß ihre Sanktion von der höheren, und zwar der souveränen Gewalt ausgeht". Man hat bei dieser Auslegung der Reichsverfassung das Schwergewicht einseitig auf das „Vorgehen" der Reichsgesetze gelegt und dem Satze keine gleichwertige Bedeutung beigelegt, daß dieses Vorgehen allein den „nach Maßgabe des Inhalts der Reichsverfassung" erlassenen Reichsgesetzen, also nur den im Bereich der Reichszuständigkeit beschlossenen Gesetzen, zugesprochen worden ist. Die „absolute" Lösung hing u. a. damit zusammen, daß vor 1919 im Reiche eine einheitliche richterliche Instanz fehlte, vor welcher die Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen der Gesetzgebungshoheit des Reichs und der der Gliedstaaten ex professo hätte verhandelt werden können.

Die Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 hat m. E. die Rechtslage verschoben. Allerdings scheint es zunächst, sie habe den souveränen Vorrang kompetenzwidriger Reichsgesetze noch schärfer hervorgehoben, als die Verfassung von 1871. „Reichsrecht bricht Landrecht", sagt Art. 13 Abs. 1, und der Abs. 2 beschränkt seine Sorge einseitig darauf, eine unabhängige richterliche Instanz zur Verfügung zu stellen, um den Geltungsbereich des Reichsrechts gegenüber dem Landesrecht zu schirmen. Es braucht kaum ausführlich daran erinnert zu werden, daß dem Satz des Art. 13 Abs. 1 sprachlich als Muster gedient hat das alte deutsche Rechtssprichwort „Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemein Recht", d. h. jene Rechtsauffassung, die für den Einzelnen das Recht seines engeren Rechtskreises gegenüber dem weiteren Rechtskreise vorgehen ließ[7]). Der Satz „Reichsrecht bricht Landesrecht" —

Schluß der Vorschriften, die die Zuständigkeit der Reichsgewalt umschreiben, und weist schon um dieses Umstandes willen darauf hin, daß die Verfassung der Paulskirche nur an kompetenzgemäß erlassene Reichsgesetze gedacht hat. Das bestätigt auch der Zusatz über Reichsgesetze mit subsidiärer Geltung. Die Regel sollte sein, daß die in die Zuständigkeit des Reichs fallenden Reichsgesetze absolute Geltung beanspruchten und subsidiär nur galten, soweit ein Reichsgesetz das ausdrücklich vorsah.

[6]) Georg Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., 1919, S. 715 ff. Paul Posener, Das deutsche Reichsrecht im Verhältnis zum Landesrecht, 1900 (Brie, Abhandlungen III).

[7]) Andreas Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, I S. 23 ff., 32 ff. Hans Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 1925, S. 120 ff.

denn das ist seine alte Formulierung — hat das Gesicht des Satzes nach einer ganz anderen Richtung gewendet: nicht das Recht des engeren, sondern das des größeren Rechtskreises soll vorgehen.

Aber diese sprachliche Übersteigerung der Weimarer Verfassungsbestimmung wird alsbald durch eine folgende Vorschrift der Verfassung selbst in den verfassungsmäßigen Rahmen zurückgeschraubt. Ich halte es mit Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, 1923, S. 87 ff., für zweifellos, daß Art. 19 der Weimarer Reichsverfassung jedem Lande die Befugnis verleiht, sich vor dem Staatsgerichtshof gegen einen verfassungswidrigen Einbruch des Reichsgesetzgebers in den Bereich der Landesgesetzgebung zu wehren. Vgl. auch Nawiasky, Grundprobleme der Reichsverfassung, 1928, S. 71 ff. Diese Gerichtsstandsnorm ist aber nur verständlich von der Erwägung aus, daß allein das kompetenzgemäß erlassene Reichsrecht das widerstreitende Landesrecht bricht.

Ich komme somit zum Ergebnis, daß Reichsrecht und Landesrecht innerhalb ihres Kompetenzbereiches gleichwertige Rechtsordnungen sind — wobei es keinen Unterschied begründet, in welcher Form (Gesetz, Verordnung) Reichsrecht auf der einen, Landesrecht auf der andern Seite in die Erscheinung tritt. (In der Schweiz gilt als kantonales Recht [Landesrecht] auch der interkantonale Vertrag, das Konkordat, in welchem die Kantone eine ihrer Kompetenzsphäre vorbehaltene Materie gemeinsam regeln.) Insoweit pflichte ich dem Aufsatz von Doehl bei, „Reichsrecht bricht Landrecht" (Arch. f. öff. Recht n. F. 12 [1927] S. 37 ff.). Unabhängig und vorgängig einer Entscheidung des Staatsgerichtshofes haben Zivil- und Strafrichter ein Prüfungsrecht. Die Souveränetät des Reichsrechts findet somit nicht in dem Vorrang verfassungswidriger Reichsgesetze, sondern darin ihren Ausdruck, daß 1. das Reich in der Reichsverfassung einseitig die der Reichsgesetzgebung unterworfenen Materien bestimmt und festsetzt, wieweit der Reichsgesetzgeber zu deren Regelung zuständig ist, und daß 2. das Reich einseitig die Organe bezeichnet, die im Streitfalle verbindlich für Reich und Länder darüber zu entscheiden haben, ob das Reichsrecht oder das Landesrecht sachlich zuständig ist.

Soweit die bundesstaatliche Rechtsordnung kompetenzgemäß sich einer Materie bemächtigt hat, die bisher der gliedstaatlichen Zuständigkeit unterstand, ist das gliedstaatliche Recht endgültig beseitigt und nicht etwa bloß suspendiert, d. h. in seiner Wirkung gehemmt. Zieht in der Folge der Bundesstaat seine Zuständigkeit zurück, so wird wiederum Raum für die gliedstaatliche Gesetzgebungskompetenz; der Zentralstaat braucht sie ihm nicht besonders zurückzuverleihen. Hier zeigt

es sich, daß im Bundesstaat der Gliedstaat — anders als der Gesamtstaat — seine eigenen Zuständigkeiten nicht aus der Bundesverfassung ableitet. Aber das alte gliedstaatliche Gesetz lebt nicht von selbst wieder auf[8]). Es bedarf vielmehr einer neuen Rechtsschöpfung durch den Gliedstaat. In der Schweiz wurden mit Inkrafttreten der Bundesverfassung von 1874 alle Beschränkungen der in Art. 31 verkündeten Gewerbefreiheit aufgehoben, insbesondere fiel der in den Wirtschaftsgesetzen der Kantone aufgestellte Bedürfnisnachweis. Eine zur Bekämpfung des Alkoholismus beschlossene Partialrevision der Bundesverfassung von 1885 ermächtigte jedoch die Kantone, die Ausübung des Wirtschaftswesens auf dem Wege der Gesetzgebung den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen zu unterwerfen, und es fehlte nun nicht an Versuchen der kantonalen Regierungen, die alten kantonalen Wirtschaftsgesetze ohne weiteres als vollziehbar zu behandeln, nachdem die bundesrechtliche Hemmung hinweggefallen war. Das haben die Bundesbehörden mit Fug für unzulässig erklärt. Zur Einführung des Bedürfnisnachweises bedurfte es einer neuen Anordnung des kantonalen Gesetzgebers[9]).

II.

Für das nordamerikanische Bundesstaatsrecht ist mit dem „iudicium finium regundorum" das Problem Unionsrecht einerseits, Staatenrecht anderseits erschöpft — von Ausnahmen wird noch zu sprechen sein. Die beiden Rechtskreise schneiden sich nicht.

Anders dagegen verhält es sich in Deutschland und in der Schweiz. Hier findet eine wechselseitige Beeinflussung und Durchdringung der beiden Rechtsordnungen statt. Nur beiläufig sei erwähnt, daß in beiden Staaten die Zentralstaatsgewalt die gliedstaatliche Gewalt sogar in deren eigenstem Gebiet, dem der Ausgestaltung der gliedstaatlichen Verfassung, zu beeinflussen vermag. Der historische Vortritt kommt hier dem schweizerischen Bundesstaatsrechte zu. Die Bundesverfassung von 1848 wie die von 1874 Art. 6 schreiben den Kantonen bestimmte Grundsätze für ihren Verfassungsbau vor: die republikanische Staatsform, das obligatorische Verfassungsreferendum und die Volksinitiative für Verfassungsänderungen. Noch tiefer greift die Weimarer Reichsverfassung von 1919 in die Selbständigkeit der Gliedstaaten ein mit den Vorschriften über

[8]) Ebenso Anschütz, Kommentar zu Art. 12, Bemerkung 2. Doehl, Arch. öff. R. 12 S. 105.

[9]) Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts, Bd. 15 S. 157. v. Salis, Schweiz. Bundesrecht II² Nr. 930. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht S. 387.

die freistaatliche Verfassung der Länder, die Art der Zusammensetzung ihrer Volksvertretung, die Gebietsänderungen, die Anstellung der Beamten u. a. m.

Für die unmittelbare Rechtsanwendung ist jedoch eine andre Erscheinung von besonderer Wichtigkeit: die Ergänzung des Reichsrechts (Bundesrechts) durch das gliedstaatliche Recht. Ausschließlich im Bundesrecht ist die Antwort darauf zu suchen, ob überhaupt Raum für eine eigentlich gliedstaatliche Ergänzung vorhanden ist. Ich lasse daher die Fälle außer Betracht, in denen ein Gliedstaat bundesstaatliche Vorschriften als solche in seinen eigenen gliedstaatlichen Gesetzen wiederholt wegen des inneren Zusammenhangs, in denen das eigene Landesrecht zu den übernommenen bundesrechtlichen Sätzen steht. Es fehlt in Deutschland nicht an Stimmen[10]), die ein derartiges Verfahren als unzulässig betrachten. In der Schweiz wird es von jeher in Wissenschaft und Praxis als einwandfrei betrachtet. So z. B. bildet es eine ganz regelmäßige Erscheinung, daß die Kantonsverfassungen gewisse Grundsätze über das Schulwesen aufstellen, dabei jedoch einen Widerspruch zu den Vorschriften der Bundesverfassung über die Konfessionslosigkeit der öffentlichen Schulen dadurch ausschließen, daß sie einfach die maßgebenden Bestimmungen der Bundesverfassung (Art. 27) wiederholen. Sogar ein Hinweis auf diese Quelle kann fehlen; er ist überflüssig in einer Demokratie, in welcher der Text der Bundesverfassung Allgemeingut geworden ist.

Eine gliedstaatliche Ergänzung von Bundesrecht ist naturgemäß in allen den Fällen ausgeschlossen, in welchen nach der Bundes- (Reichs-) verfassung die Gewährleistung bestimmter individueller Freiheitsrechte den Sinn hat, dem Individuum innerhalb der verfassungsmäßigen Schranken einen von jedem staatlichen Eingriffe — mag er vom Bunde oder dem Gliedstaate ausgehen — freien Raum zu schaffen. So hat die Schweizerische Bundesverfassung vom 19. Mai 1874 Art. 49 u. 50 die unmittelbaren Folgerungen, die sich aus der Glaubens- und Gewissensfreiheit und aus der Kultusfreiheit ergeben (kein Zwang zur Vornahme einer religiösen Handlung, Unabhängigkeit der bürgerlichen Rechte vom Religionsbekenntnis usf.), selbst ausgesprochen, um jedes Ausführungsgesetz auszuschließen, und in diesem Punkte hat die Schweizerische Bundesverfassung der Weimarer Reichsverfassung Art. 135 ff. als Muster gedient.

Eine Ergänzung durch den Gliedstaat ist aber ferner ausgeschlossen in den Fällen, in welchen das Reich (der Bund)

[10]) Vgl. z. B. Hänel, Staatsrecht I S. 252.

von seinem Recht zur Gesetzgebung Gebrauch gemacht hat durch eine erschöpfende Regelung einer Materie.

Außerhalb der genannten Fälle bildet die Ergänzung des Bundesrechts durch gliedstaatliches Recht auf Grund eines Auftrags oder einer Ermächtigung des Bundesrechts eine Besonderheit des Bundesstaats in Deutschland, der Schweiz und Österreich. Sie stellt eine Form des Zusammenwirkens von Bundesgewalt und gliedstaatlicher Gewalt dar, in der sich u. a. die Eigenart unseres europäischen Bundesstaatsbegriffs gegenüber dem der nordamerikanischen Union ausgeprägt hat. In der Union ist bei der scharfen Ausscheidung der Machtsphären zwischen Union und den Gliedstaaten und bei der Trennung der beidseitigen Behördenorganismen bis in die allerneuste Zeit dieses Zusammenwirken unbekannt gewesen. Das XVIII. Amendement zur Unionsverfassung, die Prohibition (1921)[11]), wird von zahlreichen amerikanischen Juristen — auch von „trockenen" — beklagt und bekämpft nicht bloß um seines Übergriffs in das bisher den Gliedstaaten vorbehaltene Gebiet der Polizeigewalt willen, sondern auch deshalb, weil es die Vollziehung des Alkoholverbots von dem Zusammenwirken der Union und der Gliedstaaten abhängig macht. „Der Kongreß und die Einzelstaaten", sagt das Amendement XVIII in Ziff. 2, „sollen konkurrierende Gewalt haben, diesen Artikel durch eine geeignete Gesetzgebung durchzuführen." Es handelt sich um die nähere Bestimmung darüber, welche Getränke als „berauschende Getränke" vom Verkehr und Genuß ausgeschlossen sind. Im Staat Wisconsin hat, wie bekannt, vor kurzem das Volk, als Protest gegen das Alkoholverbot der Union, das s. Z. erlassene gliedstaatliche Ausführungsgesetz wieder aufgehoben und damit die Vollziehung des XVIII. Amendements in Wisconsin eingestellt und so einen Konflikt mit der Unionsregierung heraufbeschworen.

1. In unseren europäischen Bundesstaaten ist es Sache der maßgebenden Bundesvorschrift (sei sie in einem Verfassungsartikel oder in einem Ausführungsgesetze enthalten) anzuordnen, in welchem Umfang für die Rechtsetzung des Gliedstaates ein Raum offen ist und ob dessen Ausfüllung eine bundes- (reichs-) rechtliche Pflicht der Gliedstaaten darstellt oder ihrem freien Willen anheimgegeben ist. Auf den Wortlaut, mit dem die Ermächtigung (oder die Erteilung des Auftrages) ausgesprochen wird, kommt es nicht an. Die Redeweise unserer Gesetze ist gerade hier eine zuchtlose; es ge-

[11]) Freund, Jbch. öff. R. XI (1922) S. 377. Nicholas Murray Butler, Der Aufbau d. amerik. Staates, Deutsche Ausgabe 1927, S. 238 ff. André Siegfried, Les Etats-Unis d'aujourd'hui, 4. édit. 1928, p. 66—86.

nügt daran zu erinnern, was alles durch den Ausdruck gedeckt wird, es sei dem gliedstaatlichen Rechte „vorbehalten", oder es bleibe die Kompetenz der Landesgesetzgebung „unberührt". Ein und dieselbe Redeweise wird hier dazu verwendet, zwei juristisch ganz verschiedene Wirkungen in dem Verhältnis Landesrecht zu Reichsrecht zu regeln:

a) Mit seinem „Vorbehalt" — man hat gelegentlich hier von einem „echten Vorbehalt" gesprochen — kann der Reichs- (Bundes-) gesetzgeber den Gliedstaaten die Ermächtigung oder Verpflichtung übertragen, ihrerseits und mit ihrer eigenen Staatsgewalt Recht zu setzen in einer Materie, die verfassungsmäßig zum Sachgebiete des Reichs- (Bundes-) gesetzgebers gehört. Dabei begründet es keinen Unterschied, wieweit ein Reichsgesetz die Materie selbst geregelt hat und wie groß die landesrechtlich auszufüllenden Lücken sind. Verfassungsrechtlich steht es dem gleich, wenn der Reichsgesetzgeber bei der Regelung einer reichsrechtlichen Materie die gliedstaatlichen Gesetzgeber ermächtigt, über die reichsgesetzliche Regelung hinaus weitere Vorschriften aufzustellen (z. B. EG. z. BGB. 124, Nachbarrecht, Schweiz. ZGB. 472 [Ausdehnung des Pflichtteils der Geschwister auf deren Nachkommen]). Möglich ist auch, daß der Reichsgesetzgeber aus einer ihm unterworfenen Materie ein Teilgebiet ausscheidet, um es der landesrechtlichen Regelung anheimzugeben. Ob hierfür historische oder praktische Erwägungen oder ob die Rücksicht darauf maßgebend ist, daß das Teilgebiet mit Materien der landesgesetzlichen Zuständigkeit enge zusammenhängt, ist juristisch gleichgültig. Beispiele: EG. z. BGB. Art. 59 (Lehenrecht, Familienfideikommisse); Art. 62 (Rentengüter) u. a. m. In allen diesen Fällen gründet sich die sachliche Kompetenz des Landesgesetzgebers auf eine bundes- (reichs-) gesetzliche Zuweisung. — Ob der Reichsgesetzgeber seinerseits verfassungsmäßig zu einer solchen Zuweisung als befugt erscheint, ist eine Frage für sich. Für unser europäisches Bundesstaatsrecht ist m. E. die Frage selbst für jene Fälle zu bejahen, in denen die Verfassung dem Reichs- (Bundes-) gesetzgeber die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz in einer Materie zuspricht und damit die gliedstaatliche Gesetzgebung ausschaltet. Denn die Zuständigkeit zur ausschließlichen Gesetzgebung bedeutet bloß, daß die gliedstaatliche Kompetenz mit dem Inkrafttreten der erwähnten Verfassungsbestimmung pro futuro untergegangen und für dieses Sachgebiet allein der Wille der Bundesstaatsgewalt maßgebend ist. Aber eine solche Verfassungsvorschrift greift — wenn die Verfassung nicht ausdrücklich ein anderes bestimmt hat — nicht ein in das Ermessen des Ausführungsgesetzgebers, frei darüber

zu befinden, wieweit er die Materie erschöpfend und abschließend selbst ordnen oder für einzelne Verhältnisse eine Ergänzung durch das Landesrecht vorsehen will. Denn auch hier zeigt es sich, daß unser europäischer Bundesstaat begriffsmäßig auf dem Zusammenwirken von Reich (Bund) und Gliedern aufgebaut ist.

b) Eine ganz andre Bedeutung besitzt der „Vorbehalt" — „uneigentlicher Vorbehalt" —, welcher keine bundesgesetzliche Kompetenzzuweisung an die Gliedstaaten vornimmt, sondern aus praktischen oder politischen Gründen im Hinblick auf ein bestimmtes Verhältnis die verfassungsmäßige Kompetenzabgrenzung einfach wiederholt. Derartige „Vorbehalte" haben lediglich deklaratorische Bedeutung; sie sind als bloße Feststellungen zu werten, denn sie geben und nehmen den Gliedstaaten keine Zuständigkeiten, die ihnen nicht schon auf Grund der Verfassung zukommen. Beispiele: Die Vorschriften des EG. z. BGB., welche gemäß der Reichsverfassung v. 1871 für die Ordnung der landeskirchlichen Fragen (einschließlich der religiösen Kindererziehung) das Landesrecht als zuständig erklärten, oder die Bestimmung des Art. 111, die für die polizeilichen Einschränkungen des Eigentums die landesgesetzlichen Vorschriften als maßgebend anerkannte. Der vielzitierte Art. 6 des Schweizerischen ZGB., demzufolge die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt werden, spricht einen selbstverständlichen Satz aus. Folgerungen daraus werden im weiteren Verlauf des ZGB. an zahlreichen Stellen wiederholt, so z. B. in Art. 664, wonach die öffentlichen Sachen unter der Hoheit des Staates stehen, in dessen Gebiet sie sich befinden; Art. 702, „Vorbehalt" des öffentlichen Rechts der Gemeinden und Kantone, „Beschränkungen des Grundeigentums zum allgemeinen Wohl aufzustellen". Alle diese „unechten Vorbehalte" fallen zunächst für die folgende Erörterung außer Betracht.

c) Wenn das Bundesrecht dem ergänzenden Landesrecht ruft oder es ihm im Wege der Ermächtigung einen bestimmten Raum schafft, so vermag es ihm gleichzeitig verbindliche Anweisungen — in positivem oder negativem Sinne — aufzuerlegen, welche die Freiheit des Landesgesetzgebers einschränken. So behält die ReichsGewO. § 21 die näheren Bestimmungen über die Behörden und das Verfahren bei der Genehmigung gewerblicher Anlagen dem Landesgesetzgeber vor, führt aber mit den Worten „Es sind jedoch folgende Grundsätze einzuhalten" weitgehende Beschränkungen des landesgesetzgeberischen Ermessens bei[12]).

[12]) Ein Beispiel aus dem schweiz. Recht: Das eidg. Zivilstands-

Da die gliedstaatliche Gewalt vom Bundesgesetzgeber aufgerufen wird, tätig zu werden, so ist sie auch zuständig, nach den Grundsätzen ihres eigenen Landesrechts die Form zu bestimmen (Gesetz oder Verordnung), in die diese stellvertretende Rechtsetzung eingekleidet werden muß. Ausnahmsweise kann der Bundes (Reichs-) gesetzgeber dem Gliedstaate selbst die Form vorschreiben, deren er sich zu bedienen hat. Dies greift dann Platz, wenn der Bundesstaatsgewalt aus praktischen oder politischen Gründen daran gelegen ist, daß die landesrechtliche Ergänzung entweder in der der Abänderung leichter zugänglichen Form der Verordnung oder aber in der gewichtigeren Form des Gesetzes stattfindet. Die Beispiele aus dem deutschen Reichsrecht sind zahlreich; ich erinnere nur an die Vorschriften der Reichsgewerbeordnung, welche Verordnungen der Landesregierungen oder der Ortspolizeibehörden rufen (z. B. §§ 37, 38, 42 b u. dgl.). Auch zwei interessante Belege aus dem schweizerischen Recht gehören in diesen Zusammenhang. Die Vorschrift über den Bedürfnisnachweis bei der Erteilung der Schankkonzession, des „Wirtschaftspatentes" (wie man in der Schweiz sagt), darf von den Kantonen nur auf dem Wege der Gesetzgebung eingeführt werden; diese weitgehende Beschränkung der Gewerbefreiheit soll m. a. W. im Referendumsstaat stets nur unter Mitwirkung der Aktivbürgerschaft beschlossen werden können. Anderseits hat das ZGB. in seinen Einführungsbestimmungen Art. 52 die Kantone ermächtigt — nicht verpflichtet, „sie dürfen" —, die zur Ausführung des ZGB. notwendigen kantonalrechtlichen Ergänzungen auf dem Verordnungsweg zu erlassen; diese Ermächtigung traf Vorsorge dagegen, daß in einem Kanton das Volk durch Verwerfung des kantonalen Einführungsgesetzes zum ZGB. das Inkrafttreten des eidgenössischen Rechtes erschweren oder teilweise verhindern könnte. Es wirkte hier beim Bundesgesetzgeber eine Erinnerung an Vorgänge nach, die sich in einzelnen Kantonen bei der Einführung des eidgenössischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes von 1889 abgespielt hatten[13]).

2. Verschieden von den bisher dargestellten Fällen sind zwei besondere staatsrechtliche Erscheinungen des Problems, das uns in diesen Erörterungen beschäftigt.

Die Bundesstaatsverfassung kann davon ausgehen, daß bestimmte Sachgebiete in die Zuständigkeit der Gliedstaaten

---

gesetz vom 24. Christmonat 1874 übertrug die Führung der Zivilstandsregister, die Bildung der Zivilstandskreise, die Organisation der Zivilstandsämter usf. den Kantonen, fügte jedoch bei (Art. 2): „Die Zivilstandsbeamten müssen weltlichen Standes sein." Das ZGB. Art. 40 und 41 hat diese Vorschriften übernommen.

[13]) Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 63.