

Professor Dr. Andreas Kley, Bern¹

Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Wirkung aus historischer Perspektive

Inhalt

1. Problem
2. Die «ausschliesslichen» Bundeskompetenzen aus der Perspektive von 1848
 - a) Grundsatz: Weitergeltung des materiellen Rechts der 1815er Bundesordnung
 - b) Regierungsgewalt, Aussenpolitik
 - c) Post- und Telegraphenwesen
 - d) Zollwesen
 - e) Münzwesen
 - f) Eisenbahnwesen
 - g) Organisationsgewalt und andere Kompetenzen kraft Natur der Sache
3. Die «ausschliesslichen» Bundeskompetenzen aus der Perspektive der Totalrevision von 1874 und der seitherigen Partialrevisionen
 - a) Problem
 - b) Militärwesen, Zivilschutz und Pulverregal
 - c) Notenbankmonopol
 - d) Freiheitsrechte, insb. Wirtschaftsfreiheit als Bundeskompetenzen?
4. Herkunft der «ausschliesslichen» Bundeskompetenzen
5. Ergebnis I: Was bleibt von den ausschliesslichen Bundeskompetenzen?
 - a) Aus verfassungsgeschichtlicher Sicht
 - b) Aus aktueller Sicht: nachgeführte Bundesverfassung
6. Ergebnis II: Quellenarbeit bei rechtswissenschaftlichen Arbeiten

1. Problem

Der Begriff der Bundeskompetenz mit ursprünglich derogatorischer Wirkung hat der Zürcher Staatsrechtslehrer *Zaccaria Giacometti* (1893–1970) verwendet und durch sein führendes Werk «Schweizerisches Bundesstaatsrecht» (1948) in der schweizerischen Literatur eingebürgert. Der Ausdruck bezeichnet diejenigen Kompetenzen des Bundes, «die bereits mit ihrer Begründung in der Bundesverfassung die entsprechenden kantonalen Zuständigkeiten vernichten»². Die Kompetenznorm entfaltet damit mit ihrer Inkraftsetzung eine *Sperrwirkung* gegenüber der kantonalen Gesetzgebung. *Giacometti* führt folgende Beispiele dieser Kompetenzart an³:

¹ Es handelt sich um einen überarbeiteten und erweiterten Auszug aus meiner Antrittsvorlesung an der Universität Bern vom 25. November 1998 mit dem Titel: «Die Gründung des schweizerischen Bundesstaates 1815–1848». Die Antrittsvorlesung werde ich zu einem späteren Zeitpunkt publizieren.

² *Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, 101.

³ Vgl. (Fn. 2), S. 102 (in Klammer sind die relevanten Fussnoten von *Giacometti* ebenfalls wiedergegeben).

«Diese Art von Rechtsetzungskompetenzen der Eidgenossenschaft bilden aber angesichts des Art. 2 der Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung nur Ausnahmefälle. Als solche Gesetzgebungskompetenzen des Bundes mit ursprünglich derogatorischer Wirkung kommen in erster Linie diejenigen Vorschriften der Bundesverfassung in Betracht, die bestimmte Grundsätze, wie die **Freiheitsrechte, polizeiliche Verbote bzw. gewisse Gebote an die Kantone oder andere Prinzipien** enthalten, irrelevant, ob diese Grundsätze durch Gesetz noch näher ausgeführt werden dürfen oder nicht. Denn diese Verfassungsbestimmungen begründen nicht nur Bundeskompetenzen, sondern enthalten bereits materielles Recht.

Im übrigen ist es Auslegungsfrage, welche bundeskompetenzbegründende Bestimmungen der Bundesverfassung derartige Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes mit ursprünglich derogatorischer Kraft enthalten. Als solche erscheinen selbstverständlich in erster Linie die formellen Gesetzgebungskompetenzen der Eidgenossenschaft im Sinne ihrer **Organisationsgewalt** (vgl. *Sträuli a. a. O.* 79 ff.) sowie diejenigen Zuständigkeiten, die den Schutz des Bundes betreffen (Art. 20 aBV). Hieher gehören ferner die Gesetzgebungskompetenzen, die den Machtbereich der Kantone übersteigen, wie die **Zuständigkeiten zur Regelung der Beziehungen der Kantone** unter sich. Dazu können sodann die Rechtsetzungskompetenzen des Bundes auf dem Gebiete des **Zoll-, Post-, Telegraphen-, Eisenbahnwesens, Münzwesens** gezählt werden (dies ergibt sich aus der Geschichte dieser Zuständigkeiten, vgl. *Sträuli a. a. O.* 78 f.). Ausserdem gehören alle Verwaltungszuständigkeiten des Bundes, die nicht lediglich Gesetzesvollziehungskompetenzen sind, so vorab seine **Regierungsgewalt** (... vgl. auch Art. 8 aBV), zu dieser Art von Bundeskompetenzen.»

Diese «ausschliesslichen» Bundeskompetenzen erweisen sich damit als «historische» Phänomene. Sie beziehen sich direkt auf die Inkraftsetzung der Verfassungsnorm und die damit verbundene tatsächliche Situation zurück. Das betroffene Sachgebiet bedarf offenbar einer möglichst raschen Umgestaltung. In diesem Sinne beruft sich *Giacometti* beim Zoll-, Post-, Telegraphen-, Eisenbahn- und Münzwesen auf die *Geschichte*, d. h. auf das historische Auslegungselement. Solche «geschichtsorientierte» Kompetenzen beziehen sich auf staatsrechtliche Ursprünge der Verfassungsordnungen von 1848 und 1874 bzw. auf spätere entsprechende kompetenzbegründende Teilrevisionen. Die ausschliesslichen Bundeskompetenzen stellen nach der Logik ihres Begriffes unter anderem auch verfassungsgeschichtliche Phänomene dar.

Giacometti hebt im obigen Zitat zu Recht hervor, dass die ursprünglich derogatorische Kraft nur ausnahmsweise besteht: Sie soll nicht dazu führen, dass bei der Kompetenzeräumung gleich schon ein *Regelungsvakuum* und damit ein rechtloser Zustand entsteht, weil erst noch eine Ausführungsgesetzgebung geschaffen werden muss⁴. Diese Kompetenzen können bloss deshalb eine ursprünglich derogatorische Kraft besitzen, weil (1.) bereits eine genügende gesetzgeberische oder organisatorische Infrastruktur besteht, (2.) eine solche Infrastruktur sofort zur Verfügung gestellt werden kann oder (3.) gar nicht nötig ist. Diese Kompetenzart könnte – versteht man sie geschichtlich bezogen auf 1848 – die *These* nahelegen, dass schon vor der Schaffung der Bundesverfassung von 1848 bereits eine genügende (und damit vakuumverhindernde) Bundes-Infrastruktur bestand. Diese hätte dem (um-)gegründeten Bund von 1848 als provisorische Basis dienen können, um seine Tätigkeit sofort aufzunehmen. Wie es sich damit verhält, ist nun im einzelnen zu prüfen.

Giacometti war einer der bedeutendsten Staatsrechtslehrer, welche die Schweiz hervorgebracht hat. Sein konsequent rechtsstaatliches Denken und seine Begriffsschöpfungen waren prägend. Auch den Begriff der Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Wirkung hat die spätere Lehre von ihm übernommen. So verwenden ihn bzw. dessen Synonym «ausschliessliche Bundeskompetenzen» etwa *Jean François Aubert*⁵, *Ulrich Häfelin* und *Walter Haller*⁶, *Yvo Hangartner*⁷, *Peter Saladin*⁸ und *Pierre Tschannen*⁹. Diese Autoren führen zudem weitere Beispiele für ausschliessliche Bundeskompetenzen an:

- Landesverteidigung, Zivilschutz, Pulverregal¹⁰ (Art. 18–22, 22^{bis}, 41 aBV; Art. 58–61, 107 BV);
- Alkoholwesen (Art. 32^{bis} aBV; Art. 105 BV);

⁴ Vgl. *Yvo Hangartner*, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern 1974, 141; *Pierre Tschannen*, Eidgenössisches Organisationsrecht, Bern 1997, 102.

⁵ Vgl. *Jean-François Aubert*, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Band I, Basel 1991, N. 699, S. 283f.

⁶ Vgl. *Ulrich Häfelin/Walter Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Aufl., Zürich 1998, 104f.

⁷ Vgl. *Yvo Hangartner*, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band I: Organisation, Zürich 1981, 73.

⁸ Vgl. N. 203ff. zu Art. 3 aBV, Kommentar zur (alten, 1874er-)Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern/Basel/Zürich 1987ff. (Loseblatt), im folgenden nur noch «Kommentar aBV».

Die Bundesverfassung von 1874 wird durchwegs mit «aBV», jene von 1999 wird durchwegs mit «BV» abgekürzt: Sie tritt voraussichtlich per 1. 1. 2000 in Kraft.

⁹ Vgl. (Fn. 4), 101 f.

¹⁰ Das Pulverregal des Art. 41 Abs. 1 aBV ist in der Volksabstimmung vom 8. 6. 1997 aufgehoben worden und trat per 1. 4. 1998 ausser Kraft, vgl. AS 1998 918.

- nebst dem Münzregal auch das Banknotenmonopol (Art. 39 aBV; Art. 99 BV);
- Verbot der Kultussteuern für Nichtangehörige (Art. 49 Abs. 6 aBV)¹¹;
- Wirtschaftspolitische Massnahmen in Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit (Art. 31^{bis} Abs. 3 aBV, Art. 94 Abs. 4 BV)¹².

Folgt man dieser erweiterten Liste von Kompetenzen, so handelt es sich bei den Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Wirkung nicht mehr um einen Ausnahme-, sondern um einen häufigen Fall. Es stellt sich daher die historische Frage, auf welche Weise der Bund der Gefahr des Regelungsvakuums begegnen konnte. Es ist interessant, dass *Giacometti* diese Kompetenzart vorwiegend mit Zuständigkeiten begründet, die dem Bund anlässlich des Erlasses der ersten Bundesverfassung von 1848 zugewiesen worden sind. Es lohnt sich, diese historische Linie genauer zu verfolgen.

2. Die «ausschliesslichen» Bundeskompetenzen aus der Perspektive von 1848

a) Grundsatz: Weitergeltung des materiellen Rechts der 1815er-Bundesordnung

Die Verfassungsschöpfer von 1848 wollten aus verschiedenen Gründen möglichst nahtlos an die alte Ordnung anschliessen. Zum einen sollte der erneuerte Bund nicht Regelungslücken herbeiführen. Zum andern erleichterte die grundsätzliche Fortführung des bisherigen materiellen Rechts die Einführung der neuen Institutionen. Die Bundesverfassung von 1848 war ein ausgesprochenes *Kompromisswerk*, als solches suchte sie einen möglichst reibungslosen Übergang vom 15er- auf den 48er-Bund zu verwirklichen. Art. 6 ihrer Übergangsbestimmungen bestimmte deshalb:

«¹ Beschlüsse der Tagsatzung und die Konkordate bleiben bis zu ihrer Aufhebung oder Abänderung in Kraft, so weit sie nicht dieser Bundesverfassung widersprechen.

² Dagegen verlieren diejenigen Konkordate ihre Gültigkeit, deren Inhalt als Gegenstand der Bundesgesetzgebung erklärt wurde, und zwar von der Zeit an, in welcher die letztere ins Leben tritt.»

¹¹ Diese zusätzliche Kompetenz wird von *Aubert* (Fn. 5), 283, aber auch z. T. von *Tschannen* (Fn. 4), 102, oder von *Häfelin/Haller* (Fn. 6), 105, vorgeschlagen. Eigentlich handelt es sich um ein Grundrecht, das die Kompetenzverteilung sowieso nicht ändert, aber gewissermassen eine negative Kompetenznorm darstellt, vgl. unten Abschnitt 3 d).

¹² *Häfelin/Haller* (Fn. 6), 105.

Das alte «Bundesrecht» blieb gemäss Abs. 1 grundsätzlich weiterhin in Kraft. Zu diesem zählten insbesondere die Konkordate, die im Schosse der Tagsatzung abgeschlossen worden waren und als «Bundesgesetze» der 1815er-Ordnung galten¹³. Die Bundesverfassung stellte diesen engen Zusammenhang zwischen den alten Bundesgesetzen (den Konkordaten) und den neuen Bundesgesetzen der Ordnung von 1848 in Art. 6 Abs. 2 Üb.Bst. BV 1848 direkt her. Sie wollte möglichst an die Konkordate anschliessen, indem diese *erst* durch die ausführende Bundesgesetzgebung abgelöst werden sollten. Damit schloss der neue Bund übergangsrechtlich lückenlos an den bisherigen Bund von 1815 an¹⁴. Dies zeigt sich etwa bei *Ullmer*, dem Herausgeber der ersten Entscheidungssammlung der Bundesbehörden, der bei den einzelnen Sachgebieten nicht nur die entsprechenden Bundesgesetze, sondern auch die vorher bestehenden «Concordate» mit Fundstellen nachwies. Diese Konkordate wurden, soweit nicht Bundesgesetze partiell oder ganz an ihre Stelle traten, weiterhin angewandt. Die frühe Gesetzgebungspraxis der Bundesversammlung belegt, dass die Bundeskompetenzen erst mit der Ausführungsgesetzgebung aktiviert werden sollten. Für die Bereiche der unverändert fortbestehenden Bundeskompetenzen ist die ursprünglich derogatorische Wirkung *theoretisch* möglich; es bestand schon aufgrund der Ordnung von vor 1848 eine genügende normative oder institutionelle Infrastruktur, so dass der erneuerte Bund diese sogleich übernehmen konnte.

Im folgenden ist für die von *Giacometti* erwähnten Sachgebiete im einzelnen zu prüfen, ob und inwiefern sie historisch als ausschliessliche Bundeskompetenzen gelten und wirken konnten.

b) Regierungsgewalt, Aussenpolitik

Unter der Regierungsgewalt sind die spezifischen Zuständigkeiten einer jeden Exekutive im Innen- und im Aussenverhältnis gemeint, die auf die Verwirklichung der von Parlament und Regierung getragenen Politik ausgerichtet sind¹⁵. Diese Kompetenzen ergeben sich vielfach direkt aus der Verfassung und werden in einem Organi-

sationsgesetz ergänzt. Das erste derartige Gesetz ist am 16. 5. 1849 beschlossen worden¹⁶. Der Bundesrat war mit seiner erstmaligen Wahl am 16. November 1848 sofort nach innen und nach aussen handlungsfähig und hatte die Regierungsgewalt unmittelbar inne. Eines Gesetzes bedurfte er dazu nicht. Die Regierungsgewalt des Bundes entstand als Kompetenz mit der vollen Inkraftsetzung der Bundesverfassung neu. Die Kantone haben diesbezüglich keine «Bundes-Regierungsgewalt» verloren. Sie waren nie kompetent, die vor 1848 *nicht bestehende Regierungsgewalt* des Bundesrates auszuüben. Selbstverständlich haben die Kantone Sachkompetenzen abgegeben, damit die Regierungsgewalt des Bundes sinnvoll ausgeübt werden konnte. Eine solche wichtige Sachkompetenz im Zusammenhang mit der Regierungsgewalt ist die Aussenpolitik.

Der Bund besass schon vor 1848 die Aussenpolitik und die Vertragsschlusskompetenz als eigene Kompetenzen¹⁷. Die Verträge mit dem Ausland wurden von der Eidgenossenschaft unterhandelt und abgeschlossen. Die Schweizerkantone wurden vom Ausland «*als eine Macht angesehen*»¹⁸. Landesintern wurde der Anwendungsbereich der Verträge durch die Zustimmungen der Kantone bestimmt. Deshalb wurden diese Verträge oft nicht für alle Kantone verbindlich. Die Eidgenossenschaft hatte nach aussen die Völkerrechtssubjektivität. Die Kantone hatten allerdings im Bundesvertrag von 1815 und in der ersten Bundesverfassung fast dieselben Kompetenzen im Bereich der Verträge mit auswärtigen Staaten, nämlich im Bereich der «ökonomischen und Polizey-Gegenstände» bzw. der «Staatswirtschaft, des nachbarlichen Verkehrs und der Polizei»¹⁹. Die kantonalen Verträge mit dem Ausland waren vor deren verbindlichen Ratifikation der Tagsatzung zur Information und Genehmigung zu unterbreiten²⁰. Einzelne regenerierte Kantonsverfassungen beschränkten die Vertragsschlusskom-

¹³ Vgl. *Vogt Gustav*, Revision der Lehre von den eidgenössischen Konkordaten, in: ZBJV 65 (1864), Bd. 1, 201 ff., 206.

¹⁴ Vgl. als Beispiel *Rudolf Eduard Ullmer*, Die staatsrechtliche Praxis der schweizerischen Bundesbehörden, Band I: Aus den Jahren 1848–1860, Zürich 1862, Band II: Aus den Jahren 1848–1863, Zürich 1866, Band I, Nr. 482, vgl. auch *Vogt* (Fn. 13), 225 f.

¹⁵ Vgl. *Kurt Eichenberger*, N. 42 ff. zu Art. 95 aBV, in: Kommentar aBV.

¹⁶ Vgl. *Offizielle Sammlung* der das schweizerische Staatsrecht betreffenden Aktenstücke, Bundesgesetze, Verträge und Verordnungen seit der Einführung der neuen Bundesverfassung vom 12. 9. 1848 bis zum 8. 5. 1850, 2. Aufl., Bern 1850, 49 ff.: Bundesgesetz über die Organisation und den Geschäftsgang des Bundesrates.

¹⁷ Art. 8f. aBV 1848 und § 8 Abs. 3–6 BV 1815.

¹⁸ *Friedrich Stettler*, Das Bundesstaatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft gemäss den Entwicklungen seit dem Jahr 1798 bis zur Gegenwart, Bern/St. Gallen 1847, 68.

¹⁹ Vgl. § 8 Abs. 5 bzw. Art. 9 BV 1848.

²⁰ Organisatorische Vorschrift betreffend die Unterhandlungen Einzelner Stände mit Auswärtigen Mächten vom 22. 7. 1819, *Offizielle Sammlung* der das schweizerische Staatsrecht betreffenden Aktenstücke, der in Kraft stehenden eidgenössischen Beschlüsse, Verordnungen und Concordate und der zwischen der Eidgenossenschaft und den benachbarten Staaten abgeschlossenen besonderen Verträge, Band I: Zürich 1820, 228 f.

petenzen zum vorneherein; sie hatten die Militär-Capitulationen (Söldner-Verträge) verboten, was von der Bundesverfassung 1848 übernommen worden ist²¹.

Die Aussenpolitik des 1815er-Bundes wurde durch den Präsidenten der Tagsatzung (zugleich Präsident des jeweiligen Vorort-Kantons) und durch den Kanzler der Eidgenossenschaft besorgt. Diese unterschrieben im Namen des Bundes die völkerrechtlichen Verträge²². Nach der Verfassung von 1848 wurde die Aussenpolitik und die Vertragschlusskompetenz weiterhin beim Bund belassen; allerdings konnte der Bund fortan auch ohne Zustimmung der Kantone Verträge abschliessen, welche die kantonalen Kompetenzen berührten. Die Bundeskompetenz war damit erweitert worden. Die grundsätzlich fortbestehende Bundeskompetenz ist direkt von der Tagsatzung bzw. vom Vorortkanton auf den Bundesrat übergegangen²³. Im 1848 erneuerten Bund wählte die Politik das bisherige Modell: Das Politische Departement bildete das Präsidialdepartement, welches infolge der bloss einjährigen Amtszeit des Bundespräsidenten jedes Jahr mit einem andern Bundesrat besetzt wurde. Diese Praxis, welche die Kontinuität in den Aussenbeziehungen von Anfang an behinderte und eine Fortsetzung der Tagsatzungspraxis mit der zwei-jährigen Amtszeit des Vororts war, wurde erst vier Jahrzehnte später aufgegeben²⁴. Die Verträge wurden demzufolge statt vom Tagsatzungspräsidenten vom Bundespräsidenten und vom Kanzler der Eidgenossenschaft unterzeichnet²⁵. Das Amt des Kanzlers hat vor und nach 1848 kontinuierlich fortbestanden.

Die Regierungsgewalt und die Aussenpolitik waren Kompetenzen, denen man eine ursprünglich derogative Kraft zuschreiben konnte. Sie entstanden als solche mit der vollen Inkraftsetzung der Bundesverfassung. Diese Sachlage war in-

des derart selbstverständlich, dass sie die schweizerischen Staatsrechtslehrer des letzten Jahrhunderts nicht thematisierten.

c) Post- und Telegraphenwesen

Schneider schildert in seiner Geschichte des Bundesstaates die chaotischen Zustände im schweizerischen Postwesen vor 1848: «Es verscheuchte den auswärtigen Warentransport auch da, wo ihn die kürzeste Linie durch die Schweiz geführt hätte, machte es dagegen einzelnen Nachbarstaaten möglich, die Rivalität der Kantone auszubeuten, um (ihr Felleisen wohlfeiler durch die Schweiz zu spedieren). Sie stellte endlich bei den Postverhandlungen mit dem Ausland mit ihren «Pilgerzügen kantonaler Postabgeordneten» beschämend die Ohnmacht der Schweiz zur Schau, die zuletzt noch 1847 in Wien bei den Beratungen über neue Postverträge in «ihrer ganzen Blösse» zutage trat.»²⁶ Es wundert daher nicht, dass die Bundesversammlung das Postwesen möglichst rasch reformieren wollte. Die kantonalen Postanstalten sollten vom Bund gegen Entschädigung der Kantone 1849 übernommen werden. Die Bundesversammlung beschloss noch am 28. 11. 1848 im Sinne eines Provisoriums, dass die insgesamt 18 kantonalen Postanstalten am 1. Januar 1849 von der Eidgenossenschaft übernommen werden²⁷. Diese rasche Übernahme wurde mit der vorläufigen Weitergeltung des kantonalen Postrechts ermöglicht. Im Laufe des Jahres 1849 übernahm der Bund die Postanstalten von den betroffenen Kantonen bzw. privaten Posteingentümern vertraglich. Unter der Leitung von *Benedikt La Roche-Staelin*, der noch vor Ende 1848 als erster höherer Beamter gewählt wurde, sollte das Provisorium in einen Regelzustand überführt werden. Dies konnte erst mit dem Erlass einer eidgenössischen Postgesetzgebung geschehen²⁸, welche Ende 1849 wirksam wurde²⁹. Erst zu diesem Zeitpunkt konnte die eidgenössische Post ihre Arbeit aufnehmen. Zur Zeit des Erlasses der ersten Bundesverfassung hätte das Postwesen niemals eine ursprünglich derogatorische Bundeskompe-

²¹ Vgl. *Ludwig Snell*, Handbuch des Schweizerischen Staatsrechts, Erster Band: Bundesstaatsrecht mit einem separat paginierten Zweiten Nachtrag; Zweiter Band: Kantonalstaatsrecht, Zürich 1837–1844, Band I, 540 (so etwa in Thurgau, Zürich oder Glarus; vgl. *Alfred Kötz*, Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte, Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992, 252, 293, 328); Art. 11 BV 1848/1874.

²² Vgl. die vielen Beispiele, z. B. bei *Offizielle Sammlung*, der das schweizerische Staatsrecht betreffenden Aktenstücke der in Kraft stehenden eidgenössischen Beschlüsse, Verordnungen und Concordate und der zwischen der Eidgenossenschaft und den benachbarten Staaten abgeschlossenen besonderen Verträge, Band II: Zürich 1938, 435 ff.

²³ Vgl. Art. 90 Ziff. 8 und 9 BV 1848.

²⁴ Vgl. *Hans Schneider*, Geschichte des Schweizerischen Bundesstaates 1848–1918, erster Halbband 1848–1874, Zürich 1931, 49; *J. Dürsteler*, Organisation der Exekutive der Schweizerischen Eidgenossenschaft seit 1798, Diss. Zürich 1912, 269 ff.

²⁵ Vgl. als Beispiel den Postvertrag zwischen der Schweiz und Österreich vom 2. 7. 1849, OS 1848–1850 (Fn. 16), 121 ff. (152).

²⁶ *Schneider* (Fn. 24), 94.

²⁷ Vgl. OS 1848–1850 (Fn. 16), 97 f.

²⁸ A. a. *Lendi*, N. 6 zu Art. 36 aBV, in: Kommentar aBV: «Die Kantone waren – seit der Gründung des Bundesstaates – nie zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Post- und Telegraphenwesens ermächtigt.» – Selbstverständlich haben die Kantone ihre Postgesetzgebung nach dem 12. 9. 1848 kaum mehr geändert; sie blieb aber bis zum eidgenössischen Postorganisationsgesetz vom 4. 6. 1849 in Kraft.

²⁹ Vgl. Bundesgesetz über die Organisation der Postverwaltung vom 4. 6. 1849, OS 1848–1850 (Fn. 16), 104 ff. mit Vollziehungsverordnungen und Postabkommen.

tenz sein können, denn damit wäre es in der Übergangszeit entweder zusammengebrochen oder verfassungswidrig gewesen. Das Problem der kantonalen Postanstalten wurde vielmehr durch den «sofortigen»³⁰ Erlass einer zunächst provisorischen und hernach definitiven Ausführungsgesetzgebung gelöst.

Die Verfassung nahm sich zwar nicht ausdrücklich des Telegraphenwesens an; dieses ist aber durch das Bundesgesetz vom 23.12.1851 als Bestandteil des Postregals erklärt und fortan von den Postbetrieben ausgeübt worden. Man stützte sich zusätzlich auf die Bundeskompetenz des Art.21 BV 1848, welcher die «Errichtung öffentlicher Werke im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines grossen Theiles derselben» dem Bund zuwies. Die Bundeskompetenz für das Telegraphenwesen ist damals als zweifelhaft bewertet worden³¹. Man hatte sie nachträglich durch Auslegung, nicht aber durch eine Verfassungsrevision gewonnen. Von einem Willen des historischen Verfassungsgebers von 1848, eine ausschliessliche Bundeskompetenz zu begründen, kann nicht im entferntesten gesprochen werden. Die Bundeskompetenz wurde faktisch erst mit dem Bundesgesetz von 1851 und damit in staatsrechtlich fragwürdiger Weise begründet.

d) Zollwesen

Das Zollwesen war zwar schon unter der Herrschaft des Bundesvertrages eine Angelegenheit des Bundes, soweit es die Beziehungen zum Ausland und die Erhebung neuer Zölle anbelangte³². Allerdings bestand grundsätzlich die Zollhoheit der Kantone. Die von den Kantonen erhobenen Zölle fielen mit dem Inkrafttreten der Bundesverfassung gerade nicht dahin. So bestimmte Art.5 der Üb.Bst. BV 1848 ausdrücklich, dass der Bezug der schweizerischen Grenzgebühren so lange fort dauert, bis die Tarife der neu einzuführenden Grenzzölle ihre Vollziehung finden. Die kantonalen Zölle konnten erst mit dem Inkrafttreten der eidgenössischen Zollgesetzge-

bung im Sommer 1849³³ ausser Vollzug geraten. Gewisse Konsumgebühren blieben noch über Jahrzehnte in Kraft. Hier hat der Verfassungsgeber eine Bundeskompetenz mit ursprünglich derogatorischer Wirkung ausgeschlossen.

e) Münzwesen

Im Münzwesen zeigt sich die faktische Unmöglichkeit einer ausschliesslichen Bundeskompetenz besonders drastisch. Die Bundesverfassung von 1848 verbot zwar in Art.36 Abs.2 die Münzprägung durch die Kantone («... hört auf»). Die kantonale Münzprägung konnte aber erst mit dem faktischen Beginn der eidgenössischen Münzprägung beendet sein. Die Schweiz musste sich daher zuerst für einen Münzfuss entscheiden. Zu diesem Zwecke lud die Bundesversammlung den Bundesrat am 30.6.1849 ein, ihr einen Bericht mit entsprechenden Anträgen vorzulegen. Der Bundesrat berief daraufhin den Basler Bankdirektor *Paul Speiser* als Experten³⁴. In der Zwischenzeit musste indessen die Münzvielfalt gleichwohl noch bewältigt werden. Dies geschah mit einem Dekret der Bundesversammlung; dieses legte nämlich den Tarif fest, zu welchem die Kantonsmünzen an den Kassen der eidgenössischen Administrationen anzunehmen waren³⁵. Dieses Dekret setzte die Verfassungsmässigkeit der kantonalen Münzen nach dem 12.9.1848 schlicht voraus. Die Bundeszuständigkeit im Münzwesen kann daher unmöglich als solche mit ursprünglich derogatorischer Wirkung verstanden werden. Hier versagt auch die von *Giacometti*³⁶ und *Sträuli*³⁷ angerufene Entstehungsgeschichte dieser Bestimmungen. Die Tagsatzung hatte nicht die Absicht, im Bereich des Münzgeldes ein zusätzliches Chaos zu veranstalten. Vielmehr sollte die Vielfalt kantonaler und ausländischer Münzen nicht durch ein Vakuum, sondern zunächst durch einen Umrechnungstarif und hernach durch den eidgenössischen Münzfuss ersetzt werden. Dies geschah mit dem Bundesgesetz über das eidgenössische Münzwesen vom 7.5.1850³⁸. Erst nachher war die kantonale Münzprägung untersagt; auch hier handelt es

³⁰ So auch *Johann Jakob Blumer/Joseph Morel*, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, 2. Aufl., Bd. I, Basel 1877, 540.

³¹ Vgl. *Peter Conradin von Planta*, Die Schweiz in ihrer Entwicklung zum Einheitsstaate, Zürich 1877, 15f.

³² Vgl. § 8 Abs.3–5 und § 11 Abs.3 BV 1815. Vgl. die gründliche Darstellung des Zollwesens bei *Margrit Müller*, Nationale Einigung aus wirtschaftlicher Notwendigkeit? In: *Thomas Hildbrand* u. a., Im Zeichen der Revolution. Der Weg zum Schweizerischen Bundesstaat 1798–1848, Zürich 1997, 91 ff. (93 ff.), oder *Cédric Humair*, Etat Fédéral, centralisation douanière et développement industriel de la Suisse 1798–1848, in: *Andreas Ernst* u. a. (Hrsg.) Revolution und Innovation. Die konfliktreiche Entstehung des schweizerischen Bundesstaates von 1848, Zürich 1998, 103 ff.; *Eduard His*, Geschichte des neuen schweizerischen Staatsrechts, Band III, Basel 1938, 239 ff.

³³ Vgl. Bundesgesetz über das Zollwesen vom 30.6.1849, *Offizielle Sammlung* 1848–1850 (Fn. 16), 180 ff. mit dem Zolltarif und den zugehörigen Verordnungen.

³⁴ Vgl. z. B. *Blumer/Morel* (Fn. 30), 569 ff.

³⁵ Vom 30.6.1849, OS 1848–1850 (Fn. 16), 173 ff.

³⁶ Vgl. S. 102 Anm. 55.

³⁷ Vgl. *Hans Sträuli*, Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen im Gebiete der Gesetzgebung, Diss. Zürich 1931, 78 f.

³⁸ OS 1848–1850 (Fn. 16), 305 ff.; das Bundesgesetz betreffend die Ausführung der schweizerischen Münzreform vom 7.5.1850 mit Einlösungstarif, OS 1848–1850 (Fn. 16), 310 ff.

sich um eine Bundeskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung.

f) Eisenbahnwesen

Im März 1836 nahm die Handelskammer der Stadt Zürich Beratungen über die Frage auf, «ob das System der Eisenbahnen im allgemeinen für die Schweiz anwendbar sein könne»³⁹. Nach einigen Rückschlägen konnte *Martin Escher-Hess* dank ausländischer Finanzierung das erste Bahnprojekt verwirklichen. Am 9. August 1847 wurde die erste Bahnlinie der Schweiz zwischen Zürich und Baden eingeweiht. Die Bahn beruhte rechtlich auf Konzessionen bzw. Bewilligungen der beiden Kantone Zürich und Aargau. Die Bundesverfassung von 1848 nahm sich nicht ausdrücklich des Eisenbahnwesens an. Immerhin hätte Art. 21 BV 1848 über die öffentlichen Werke dem Bund die Errichtung und den Betrieb von Eisenbahnen erlaubt. Allerdings gestattete Art. 21 kein Regalrecht; die Kantone und die Privaten wären weiterhin zuständig gewesen, den Eisenbahnbau zu betreiben⁴⁰. Am 28. 6. 1852 beschloss die Bundesversammlung, dass der Bund den Eisenbahnbau den Kantonen und den Privaten überlasse. Einzig die Genehmigung der von den Kantonen erteilten Konzessionen werde dem Bund vorbehalten und für den Bau von Eisenbahnen fand das Bundesgesetz betreffend die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vom 1. 5. 1850 Anwendung⁴¹.

Der demokratischen Bewegung im Kanton Zürich war die Macht der Nordostbahn, die politisch durch *Alfred Escher* einen grossen Einfluss besass, ein Dorn im Auge. Die Abneigung im Kanton Zürich übertrug sich auf die Bundesversammlung, die 1872, nach einem gescheiterten Versuch ein Jahr zuvor, am 23. 12. 1872 ein Eisenbahngesetz beschloss, welches das bisher kantonale Eisenbahnwesen beim Bund zentralisierte. Die Kompetenzbasis in der Bundesverfassung von 1848 war unverändert schmal. *Von Planta* warf der Bundesversammlung vor, sie habe sich «durch jenes Gesetz Befugnisse angemasst, welche verfassungsmässig den Kantonen zugestanden und von diesen auch bis dahin ausgeübt worden waren»⁴². Der Bundesversammlung war die Verfassungswidrigkeit ihres Vorge-

hens bewusst; sie hatte die entsprechende Bundeskompetenz nachträglich in die gescheiterte Verfassungsvorlage von 1872⁴³ und dann erneut und unverändert in die erfolgreiche Revisionsvorlage von 1874 als Art. 26 (heute Art. 87 BV) eingefügt. Damit wird deutlich, dass das Eisenbahnwesen 1848 auf keinen Fall eine ausschliessliche Bundeskompetenz darstellen konnte; 1874 war eine *ausschliessliche* (nicht aber die nachträglich derogatorische) Bundeskompetenz im Eisenbahnwesen indes überflüssig, da der Bund sich die Kompetenz (unzulässigerweise) «bundesgesetzlich» beschafft hatte. Die Kantone waren schon vorher aus ihren Kompetenzen verdrängt worden, etwelche Restkompetenzen, die im Eisenbahnwesen bis heute fortbestehen, ausgenommen. Das Eisenbahnwesen ist eine Bundeskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung⁴⁴.

g) Organisationsgewalt und andere Kompetenzen kraft Natur der Sache

Die Zuständigkeit des Bundes, seine obersten Behörden, das Beamtenwesen und seine Entscheidungsverfahren zu ordnen, besteht kraft *Natur der Sache*⁴⁵. «Alle diese Gegenstände unterliegen ihrer Natur nach nicht der Machtsphäre eines einzelnen Staates, sondern setzen die Verbindung der Einzelstaaten zu einer höheren Einheit ... voraus; sie können daher auch nur von dieser höheren Gewalt ihre rechtliche Normierung erhalten»⁴⁶. Die Kantone können diese Kompetenz im Bundesstaat gar nicht besitzen. Die Bundeskompetenzen kraft Natur der Sache (oder inhärenten Kompetenzen) stehen definitionsgemäss dem Bund zu. Sie sind in der Tat «ursprünglich derogatorisch» im Sinne von *Giacometti*. Freilich ist diese Tatsache selbstverständlich, da eine kantonale Kompetenz voraussetzungsgemäss ausscheidet. Beispielsweise kann es für die Festlegung der Schweizer Flagge keine kantonale Kompetenz geben. Das Problem der Flagge hatte sich 1848 deshalb nicht gestellt, weil die Schweizer Flagge, die 1815 von der Tag-

³⁹ Vgl. *Theodor Curti*, Geschichte der Schweiz im XIX. Jahrhundert, Neuenburg 1902, 472; das Eisenbahnwesen ist bei *Curti* ausführlich dargestellt, vgl. S. 472 ff., 547 ff., 625 ff., 695 ff.

⁴⁰ Vgl. *von Planta* (Fn. 31), 17.

⁴¹ Vgl. z.B. *Curti* (Fn. 39), 547 ff.; Text: OS 1848–1850 (Fn. 16), 319 ff.

⁴² *Von Planta* (Fn. 31), 39; vgl. ausführlich *Johann Jakob Blumer/Joseph Morel*, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, Band II/1, Basel 1880, 48 f.

⁴³ Vgl. Art. 24, Text: *Kölz Alfred*, Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte von 1848 bis in die Gegenwart, Bern 1996, 129 ff. (132).

⁴⁴ Aus systematischen Gründen ablehnend zur ausschliesslichen Eisenbahnkompetenz: *Lendi*, N. 6 zu Art. 26 aBV, Kommentar aBV; *Saladin*, N. 205 zu Art. 3 aBV, Kommentar aBV.

⁴⁵ Vgl. *Saladin*, N. 142 zu Art. 3 aBV, Kommentar aBV. Als erster Autor hielt wohl *A. Affolter*, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Zürich o. J. (ca. 1905), 47 Anm. 6 gestützt auf deutsche Literatur diese Kompetenz für eine ausschliessliche.

⁴⁶ *Paul Labänd*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2 Bände, Freiburg i. Br. 1888/91, Band I, 622.

satzung bestimmt worden war, unverändert in Gebrauch blieb⁴⁷.

3. Die «ausschliesslichen» Bundeskompetenzen aus der Perspektive der Totalrevision von 1874 und der seitherigen Partialrevisionen

a) Problem

Ist die Konstruktion von Kompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Wirkung nötig, um den grundsätzlichen Übergang der Bundesverfassung von 1848 zu jener von 1874 oder der Bundesverfassung von 1874 zur Bundesverfassung von 1999 zu ermöglichen⁴⁸? Die Antwort auf diese Frage ist eindeutig: Soweit der Bund vor und nach 1874 bzw. 1999 dieselben Kompetenzen besitzt, erscheint eine solche Kompetenz unnötig. Denn das Inkrafttreten der jeweils neuen Bundesverfassung änderte an den Kompetenzen im fraglichen Bereich (z. B. Aussenpolitik, Post-, Zollwesen) nichts. Der Bund hatte vor und nach den jeweiligen Totalrevisionen dieselben Kompetenzen; dafür ist die Konstruktion ausschliesslicher Bundeskompetenzen nicht erforderlich. Der Vorrang des Bundesrechts aus Art. 3 BV sorgt von selbst dafür, dass mit der Inkraftsetzung der neuen Verfassung die bisherige Bundesregelung fortgilt und eine kantonale Kompetenz *weiterhin* nicht besteht.

Nun stellt sich freilich die Frage, ob nicht anlässlich der *neuen Bundeskompetenzen* aufgrund der Totalrevision von 1874 und der später folgenden Partialrevisionen derartige Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Wirkung begründet worden sind. Da kann es zumindest theoretisch angehen, dass die Kantone mit der Kompetenzeräumung an den Bund sofort ihre Kompetenz verlieren. Das ist beispielhaft zu prüfen beim Militärwesen, beim Notenbankmonopol und bei Eingriffen in Freiheitsrechte, namentlich bei der Wirtschaftsfreiheit.

b) Militärwesen, Zivilschutz und Pulverregal

Das Militärwesen war schon vor 1848 relativ umfassenden Bundesregelungen unterworfen; das Bundesheer wurde aber vor und nach 1848 immer noch aus kantonalen Kontingenten gebildet⁴⁹. Diese Bundesregelungen sind dann durch die Militärorganisation von 1850 fortgeschrieben worden⁵⁰. Die kantonalen Armeen mit der entsprechenden Verfügungsberechtigung der Kantone blieben weiterhin bestehen. 1848 bestand daher keine Notwendigkeit, eine Bundeskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung anzunehmen.

Anlässlich der Totalrevision von 1874 wurde das Militärwesen weitgehend zentralisiert. *Jean-François Aubert* hat daraus geschlossen, dass 1874 die kantonalen Kompetenzen im Sinne der ursprünglich derogatorischen Kraft der Bundesverfassung verloren gingen. *Peter Conradin von Planta* hat als politischer Zeitzeuge jener Vorgänge gerade das Gegenteil festgestellt. Den Kantonen verblieben nämlich eine Reihe von Militär-Restkompetenzen nach Massgabe der Bundesgesetzgebung. Die kompetenzmässigen Konzessionen zugunsten der Kantone «wären aber nur von Werth gewesen, wenn nicht der Bundesgesetzgebung anheimgestellt worden wäre, sie nachträglich alle zunichte zu machen»⁵¹. Historisch trifft sich diese Aussage mit dem Verhalten der Bundesversammlung; sie hat die Militärkompetenzen des Bundes nach der Totalrevision von 1874 wahrgenommen und ein entsprechendes Bundesgesetz am 13.12.1874 erlassen⁵². Das Bundesheer wurde nun neu aus dem Auszug und der Landwehr gebildet: Dies erforderte umfangreiche organisatorische Vorkehrungen. Aus dem bekannten Grund des Regelungsvakuums war es undenkbar, dass die Kantone ihre bisherigen Kompetenzen schon mit dem Inkrafttreten am 29.5.1874 auf einen Schlag verloren, zumal gar nicht klar war, wieweit der Bund seine Kompetenz ausschöpfen würde. Den Kantonen verblieb daher vorerst die Verfügungsberechtigung über ihre Truppenkörper. Dies war allerdings nur insofern möglich, als der Bund nicht über diese kantonalen Truppen verfügte. Damit sollte der Übergang von den kantonalen Armeen auf kantonale

⁴⁷ Vgl. die Beschreibung des eidg. Siegels nach der Tagsatzungsverhandlung vom 4. 7. 1815, *Offizielle Sammlung* der das schweizerische Staatsrecht betreffenden Aktenstücke, der in Kraft stehenden eidgenössischen Beschlüsse, Verordnungen und Concorde und der zwischen der Eidgenossenschaft und den benachbarten Staaten abgeschlossenen besonderen Verträge, Band II: Zürich 1838, 3 oder dessen Wiedergabe in BBl 1889 IV 630. Anlässlich der Totalrevision von 1999 ist die Beschreibung der Flagge und des Wappens in der Bundesverfassung ausdrücklich abgelehnt worden, vgl. Arntl. Bull. 1998 N.361.

⁴⁸ So *Hangartner* (Fn. 7), 73, an Hand des Zollwesens.

⁴⁹ Vgl. z.B. *Edgar Bonjour*, Die Gründung des schweizerischen Bundesstaates, Basel 1948, 174 f.

⁵⁰ Vgl. Gesetz über die Militärorganisation der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 8. 5. 1850, OS 1848–1850 (Fn. 16), 366 ff. Vgl. zu den Neuerungen von *Planta* (Fn. 31), 10, 52; *His* (Fn. 32), 236 ff.

⁵¹ Vgl. *von Planta* (Fn. 31), 68 f.

⁵² Vgl. Militärorganisation der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 13. 12. 1874; die neuen Art. 18–21 aBV waren unbedingt auf dieses Bundesgesetz angewiesen.

Truppenkörper unter eidgenössischem Befehl erleichtert werden. Schon dieses behutsame Vorgehen des Verfassungs- und Gesetzgebers verbot die Annahme einer «schlagartigen» ausschliesslichen Bundeskompetenz. Aufgrund dieser Tatsachen und der rasch erfolgten Bundesgesetzgebung über das Militärwesen erscheint eine Bundeskompetenz mit ursprünglich derogatorischer Wirkung unpraktikabel und ausserhalb der Optik des Bundesgesetzgebers gewesen zu sein⁵³.

Für den Bereich des Zivilschutzes hat *Peter Saladin* dargelegt, dass es sich nicht um eine ausschliessliche Bundeskompetenz handeln kann⁵⁴. Das schon 1848 begründete Pulverregal ist infolge seiner Abschaffung als behauptetes Beispiel für eine ausschliessliche Bundeskompetenz irrelevant geworden⁵⁵.

c) Notenbankmonopol

1874 erhielt der Bund die Kompetenz, «Vorschriften über die Ausgabe und Einlösung der Banknoten zu erlassen»⁵⁶. 1879 scheiterte Nationalrat Dr. *Joos* mit einer Motion auf Einführung des Banknotenmonopols des Bundes. Daraufhin begann er mit der Unterschriftensammlung für eine Volksinitiative, mit dem Begehren, dass Art. 39 BV 1874 zu ändern sei. *Joos* brachte über 52 000 Unterschriften zusammen. Die Bundesversammlung verstand – da es damals kein Recht auf Partialrevision gab – sein Begehren indes als Vorabstimmung über die Frage einer Totalrevision. Die Vorlage scheiterte am 31.10.1880 mit 260 126 Nein- und 121 099 Ja-Stimmen⁵⁷. Die Frage blieb aber politisch brisant, und 1891 erhielt der Bund aufgrund einer von der Bundesversammlung initiierten Partialrevision das Notenbankmonopol, das entweder von einer «Staatsbank» oder von einer «zentralen Aktienbank» auszuüben war. Die politischen Auseinandersetzungen um die Struktur dieses Instituts verzögerten die Ausarbeitung des entsprechenden Bundesgesetzes, nachdem eine Gesetzesvorlage in der Volksabstimmung vom 28. 2. 1897 gescheitert war⁵⁸. So kam es erst

mit dem Nationalbankgesetz vom 6. 10. 1905 zur Schaffung der zweiten Lösung, der zentralen Aktienbank. Diese nahm ihre Tätigkeit 1907 auf. Folgte man der Auffassung, dass Art. 39 eine Kompetenz mit ursprünglich derogatorischer Wirkung sei, so hätte im Banknotenbereich während 16 Jahren ein staatsrechtliches Regelungsvakuum bestanden. Theoretisch steht der Annahme einer ursprünglich derogatorischen Kompetenz des Bundes nichts im Wege, da nach damaliger Auffassung die 1891 erlassene Kompetenz nicht auf das Privatrecht «durchschlug», sondern auf das öffentliche Recht beschränkt blieb. Etliche Kantonal- und Privatbanken haben tatsächlich Banknoten ausgegeben, und zwar als privatrechtliche Schuldverschreibungen. Gleichwohl ist die Annahme einer ausschliesslichen Notenbankkompetenz mit ihrer Sperrwirkung für das kantonale öffentliche Recht mindestens *unnötig*, da kein einziger Kanton auch nur daran gedacht hatte, eine öffentlichrechtliche kantonale Zentralbank zu errichten. Das blosse Wort «ausschliesslich» des Art. 39 Abs. 1 aBV vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern⁵⁹. Das in der Lehrbuchliteratur verwendete Beispiel des Banknotenmonopols beinhaltet daher kaum eine ursprünglich derogatorische Kompetenz des Bundes.

d) Freiheitsrechte, insb. Wirtschaftsfreiheit als Bundeskompetenzen?

Unter keinen Umständen können die Freiheitsrechte als Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Wirkung angesehen werden⁶⁰. Die Freiheitsrechte der Bundesverfassung begründen keine Bundeskompetenzen; sie ändern die bundesstaatliche Kompetenzverteilung nicht⁶¹. Ansonsten wäre die Bundesstaatsklausel des Art. 3 BV überflüssig, und der Bund könnte praktisch jeden Lebensbereich regeln. Die Freiheitsrechte können hingegen als eine «*Negation staatlicher Zuständigkeit*»⁶² verstanden werden, indem sie «Inhalt und ... Form der Staatstätigkeit ... negativ determinieren»⁶³ und dem einzelnen

⁵³ Die Kantone besaßen im übrigen nach dem in der vorstehend genannten Militärorganisation vom 13.12.1874 noch gewisse Restkompetenzen, vgl. Art. 244 und 245; vgl. auch Art. 19 Abs. 4 BV 1874.

⁵⁴ Vgl. *Saladin*, N. 205 zu Art. 3 aBV, Kommentar aBV.

⁵⁵ Volksabstimmung vom 8. 6. 1997; Aufhebung von Art. 41 Abs. 1 aBV per 1. 4. 1998, AS 1998 918, siehe heute Art. 107 BV. Vgl. auch *Bonjour* (Fn. 49), 173.

⁵⁶ Vgl. den ursprünglichen Text bei *Hans Nabholz/Paul Kläui*, Quellenbuch zur Verfassungsgeschichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Kantone, 3. Aufl., Aarau 1947, 335.

⁵⁷ Vgl. *Curti* (Fn. 39), 623–635; *Kölz* (Fn. 43), 187. Das Initiativrecht auf Partialrevision wurde erst 1891 ermöglicht.

⁵⁸ Vgl. *Junod*, N. 2 zu Art. 29 aBV, Kommentar aBV.

⁵⁹ So legte *Jakob Schollenberger*, Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar mit Einleitung, Berlin 1905, 321, dar, dass die bisherige blosse Kontrollgesetzgebung des Bundes unverändert in Kraft blieb. A. A. *Aubert* (Fn. 5), N. ad 697–698, S. 500.

⁶⁰ So aber *Fleiner/Giacometti* (Fn. 2), 102.

⁶¹ Vgl. *Aubert* (Fn. 5), 500f.; *Yvo Hangartner*, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band II, Zürich 1982, 55; *Tschannen* (Fn. 4), 107.

⁶² *Fritz Fleiner*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, 318; vgl. weitere Hinweise bei *Kley Andreas*, Grundpflichten Privater im Schweizerischen Verfassungsrecht, Diss. St. Gallen 1989, 75 Anm. 4.

⁶³ *Zaccaria Giacometti*, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, 4.

Freiheit lassen. Der Staat darf nicht in den Kerngehaltsbereich eingreifen, aber er darf gesetzliche Anordnungen zum Schutz des Kerngehaltes treffen.

Die wirtschaftspolitischen Massnahmen in Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit (Art. 31^{bis} Abs. 3 aBV bzw. Art. 94 Abs. 4 BV)⁶⁴ können in der Tat vor dem Hintergrund dieses Freiheitsrechts als ausschliessliche Bundeskompetenzen betrachtet werden. Die 1874 eingeräumte Wirtschaftsfreiheit wirkte als «negative Kompetenznorm»; sie verbot Bund und Kantone wirtschaftspolitisch motivierte Einschränkungen. Als man vor allem mit den «Wirtschaftsartikeln» von 1947 dem Bund doch entsprechende Kompetenzen gab, wirkte sich die «Handels- und Gewerbefreiheit» weiterhin sperrend gegen eine kantonale Kompetenz aus. Auch bei Nichtgebrauch der Bundeskompetenz verbietet die Wirtschaftsfreiheit den Kantonen irgendwelche Massnahmen an Stelle des Bundes. Freilich ist auch hier der Begriff der ausschliesslichen Bundeskompetenz entbehrlich. Die Sachlage besteht aufgrund des Zusammenwirkens von Wirtschaftsfreiheit und wirtschaftspolitischer Bundeskompetenz und nicht aufgrund eines entsprechenden Willens des Verfassungsgebers auf Einräumung einer Bundeskompetenz mit ursprünglich derogatorischer Wirkung.

4. Herkunft der «ausschliesslichen» Bundeskompetenzen

Woher bezog *Giacometti* seine Idee «ausschliesslicher Bundeskompetenzen»? Er verweist in seinem Standardwerk⁶⁵ auf eine von *Fritz Fleiner* wenige Jahre vor seinem Tod betreute Dissertation von *Sträuli* (1933)⁶⁶. Diese gibt über die Herkunft des Begriffs Aufschluss. *Sträuli* verweist zum einen auf *Fleiner* (1923), der den Begriff nur erwähnt, aber nicht eigentlich erörtert⁶⁷. Zum andern erwähnt *Sträuli* die eigentliche Quelle der ausschliesslichen Bundeskompetenzen, nämlich die Art. 6 Abs. 1 Satz 2 und Art. 12 Abs. 1 der Weimarer Reichsverfassung vom 11.8.1919:

Art. 6

«Das Reich hat die ausschliessliche Gesetzgebung über:

1. die Beziehungen zum Ausland;
2. das Kolonialwesen;
3. die Staatsangehörigkeit, die Freizügigkeit, die Ein- und Auswanderung und die Auslieferung;
4. die Wehrverfassung;
5. das Münzwesen;
6. das Zollwesen sowie die Einheit des Zoll- und Handelsgebiets und die Freizügigkeit des Warenverkehrs;
7. das Post- und Telegraphenwesen einschliesslich das Fernsprechwesen.»

Art. 12 Abs. 1: «Solange und soweit das Reich von seinem Gesetzgebungsrechte keinen Gebrauch macht, behalten die Länder das Recht der Gesetzgebung. Dies gilt nicht für die ausschliessliche Gesetzgebung des Reichs.»

Bei dieser Liste handelt es sich exakt um den von *Giacometti* angeführten Katalog, ausgenommen ist einzig die Ziff. 2, die für die Bundesverfassung offensichtlich nicht stimmen konnte. Im Staatsrecht der Weimarer Republik war die Frage der Regelungslücke deshalb kaum aktuell, weil diese Kompetenzen schon nach bisherigem Staatsrecht vom Reich ausgeübt wurden. Gleichwohl hat man sich mit der Hilfskonstruktion der «Rezeption» landesrechtlicher Normen durch das Reich beholfen⁶⁸. *Sträuli* hat diese Konstruktion ebenfalls vertreten. Die Geltung der kantonalen Gesetze im Bereich neuer ausschliesslicher Bundeskompetenzen beruhe auf dem Willen der Zentralstaatsgewalt; «sie wechseln ihre juristische Natur und werden zu regional verschiedenem Bundesrecht»⁶⁹. Diese Gedankenkonstruktion vermag in der Tat das Problem der Regelungslücke zu überbrücken; sie ist m.W. indes im schweizerischen Staatsrecht sonst nicht vertreten worden.

Die Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung gingen auf Lehräusserungen zur Bismarckschen Reichsverfassung von 1870 zurück⁷⁰, wonach das Reich in bezug auf die Organisationsgewalt, die Kriegsmarine und das übrige Kriegswesen, das Zollwesen sowie Besteuerung gewisser landwirtschaftlicher Produkte eine «ausschliessliche Kompetenz» habe. «Auf diesen Gebieten sind gesetzliche Vorschriften der Einzelstaaten unstatthaft und rechtlich unwirksam auch hinsichtlich solcher Punkte, welche das Reich gesetzlich nicht geregelt hat. Denn hier ist die Gesetzgebung der Einzelstaaten ganz und gar ausgeschlossen und durch die Reichsverfassung

⁶⁴ Häfelin/Haller (Fn. 6), 105. Heute ist es Art. 94 Abs. 4 i.V.m. Art. 100 Abs. 3, 101 Abs. 2, 102 Abs. 2, 103 usw. Von den kantonalen Regalen als einzigen zulässigen «Abweichungen» wird hier abgesehen.

⁶⁵ Vgl. Bundesstaatsrecht (Fn 2), 102.

⁶⁶ Hans Sträuli jun., Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete der Gesetzgebung, Diss. Zürich 1933, 76 ff.

⁶⁷ Fleiner (Fn. 62), 422: «Es sei hingewiesen auf die Ausschliesslichkeit der Bundesgesetzgebung für das Zoll-, Post-, Telegraphen- und Eisenbahnwesen.»

⁶⁸ Vgl. z.B. Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl., Berlin 1933, 77.

⁶⁹ Vgl. Sträuli (Fn. 66), 77.

⁷⁰ Vgl. Laband (Fn. 46), Band I, 622 f.

untersagt»⁷¹. Diese Äusserungen sind in der Schweiz mindestens durch *Affolter* rezipiert worden. So hatte *Affolter* 1905, vermutlich als erster Schweizer Autor, gestützt auf *Laband* die Organisationsgewalt des Bundes sowie das Eisenbahnwesen des Art. 26 aBV (87 BV) als «ausschliessliche Bundeskompetenzen» gewertet⁷². Währenddem die Aussage über die Organisationsgewalt zutrifft⁷³, ist jene über das Eisenbahnwesen mit Sicherheit falsch. Die von *Affolter* angeführten Seitenzahlen aus *Labands* Werk behandeln zwar das deutsche Eisenbahnwesen⁷⁴, allerdings ergibt sich daraus, dass dieses *keine* ausschliessliche Reichskompetenz darstellt. Die Aussage, wonach das Eisenbahnwesen eine Bundeskompetenz mit ursprünglicher Wirkung darstelle, beruht also auf einem *tradierten Irrtum*. Die Geschichte der schweizerischen Eisenbahngesetzgebung zeigt ebenso deutlich, dass diese Aussage nicht zutreffen kann⁷⁵.

Die Herkunft der ausschliesslichen Bundeskompetenzen ist damit geklärt. Der Begriff wird zwar vereinzelt in der schweizerischen Bundesverfassung verwendet⁷⁶; seine ursprüngliche Grundlage findet sich in Art. 6 und 12 Abs. 1 WRV und in Lehräusserungen zum Bismarckschen Reichsstaatsrecht. *Fleiner* und *Giacometti* haben gewiss nicht unbesehen die deutschen Begrifflichkeiten auf das schweizerische Staatsrecht übertragen. Denn sie bezogen möglicherweise die ausschliesslichen Bundeskompetenzen auf das Jahr 1874⁷⁷, als die neue Verfassung in Kraft trat. Das ist theoretisch vorstellbar, m.E. macht ein solcher Bezug aber keinen Sinn. Denn es besteht *nach* 1874 keinerlei Bedürfnis, die Kantone von Verfassungen wegen von einer Kompetenz auszuschliessen, die sie schon *vor* 1874 nicht hatten. In diesem Sinne hatte etwa *Burckhardt* in seinem BV-Kommentar diese Kompetenzart für den schweizerischen Bundesstaat ausdrücklich und grundsätzlich ausgeschlossen⁷⁸. Auf die Kategorie der Bundeskompetenz mit ursprünglich derogatorischer Wirkung kann ohne Verlust verzichtet werden. So hatte schon *Jean-François Au-*

bert diese zu Recht als von bloss *historischem Interesse* qualifiziert⁷⁹. Geht man diesem historischen Interesse nach, so stellt sich heraus, dass die ausschliesslichen Bundeskompetenzen höchstens theoretisch existieren. Sie haben einen bloss scheinhistorischen Bezug, der nicht vom überlieferten Denken jener Zeit gedeckt ist. Dieses Ergebnis ist im folgenden *fünften Abschnitt* herauszustellen.

Das Phänomen bleibt eigenartig, dass *Fleiner* und *Giacometti* als Autoren von hoher Autorität einen solch theoretischen Begriff einführen und sogar – wie es das Beispiel des Eisenbahnwesens zeigt – eigentliche Irrtümer tradieren konnten. Die Aussagen und Begriffe werden sodann von Autor zu Autor weitergereicht und verfestigen sich dadurch zur *dogmatischen Wahrheit*. Es ist kein Zufall, dass Juristen das Adjektiv «dogmatisch»⁸⁰ häufig gebrauchen, ohne dass klar wird, woher ein Satz seine Wahrheits-Autorität hernimmt. Ständig reproduzierte Rechtsdogmen können in der Jurisprudenz entstehen, weil sich die Arbeitsweise vieler Juristen als wenig geschichtstreu und bloss geschichtsmimend erweist. Der Geschichte wird oft nur dergleichen getan. Die über Publikationen und Zitierungen erfolgende, aber immer «dünner» werdende Tradierung von Begriffen und Aussagen hat System. Diese problematische Erscheinung des Wissenschaftsbetriebs soll im *sechsten und letzten Abschnitt* vertieft werden.

5. Ergebnis I: Was bleibt von den ausschliesslichen Bundeskompetenzen?

a) Aus verfassungsgeschichtlicher Sicht

Die Herkunft der ausschliesslichen Bundeskompetenzen hat sich quellengeschichtlich als Übernahme eines staatsrechtlichen Instituts aus der Bismarckschen und der Weimarer Reichsverfassungen von 1870 und 1919 erwiesen⁸¹. Dieses Ergebnis wird dadurch gestützt, dass sich verfassungsgeschichtlich kein Wille des schweizerischen Verfassungsgebers ergab, Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Kraft zu begründen. Die Bundeskompetenzen sind viel-

⁷¹ *Laband* (Fn. 46), Band I, 623.

⁷² Vgl. *Affolter* (Fn. 45), 46f. und Anm. 6.

⁷³ Vgl. oben Abschnitt 2.g).

⁷⁴ Vgl. *Laband* (Fn. 46), Band II, 112 ff.

⁷⁵ Vgl. oben Abschnitt 2.f).

⁷⁶ Vgl. Art. 39 Abs. 1 und den inzwischen aufgehobenen Art. 41 Abs. 1 aBV. Die Art. 8 («allein») und 38 Abs. 2 («einzig») aBV verwenden entsprechende Begriffe.

⁷⁷ So auch *Hangartner* (Fn. 7), 73, zum Zollwesen.

⁷⁸ Vgl. *Burckhardt Wälther*, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29.5.1874, 1. Aufl., Bern 1905, 64; 2. Aufl., Bern 1914, 52; 3. Aufl., Bern 1931, 16. Bei *Schollenberger* (Fn. 59), 89 ff., 101 ff., und bei *Ulrich Lampert*, Das schweizerische Bundesstaatsrecht, Zürich 1918, 14 f., fehlt diese Kompetenzart bei der entsprechenden Aufzählung völlig.

⁷⁹ *Aubert* (Fn. 5), 283.

⁸⁰ Das «Dogma», gr.-lat., ist nach dem Duden ein kirchlicher Glaubenssatz mit dem Anspruch unbedingter Geltung (bes. in der katholischen Kirche).

⁸¹ Vgl. zur Entstehungsgeschichte der ausschliesslichen Bundeskompetenzen des Grundgesetzes: *Rupert Stettner*, N. 1 f. zu Art. 73, in: *Horst Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band II: Art. 20–82, Tübingen 1998, 1361 ff.

mehr erst allmählich vom Gesetzgeber ausgeschöpft worden. Die Ausführungsgesetzgebung ist zum Teil sehr rasch innert Wochen, oft aber erst nach etlichen Monaten oder gar ein bis zwei Jahren nach der vollen Inkraftsetzung der Bundesverfassung am 16. 11. 1848 erlassen worden. Dieses Vorgehen gilt 1848 für das Post-, Telegraphen-, Zoll- und Münzwesen und 1874 ff. für das Militärwesen, die Notenbank und die weiteren Teilrevisionen. Die umgehende Vollziehung der Bundesaufgaben wurde demnach über den raschen Erlass der Ausführungsgesetzgebung und – vom Willen des Verfassungsgesetzgebers her gesehen – keinesfalls über die ursprünglich derogatorische Kraft einer Bundeskompetenz gelöst. Damit erweisen sich diese sog. «ursprünglich derogatorische» Bundeskompetenzen als gänzlich *unhistorisches* Phänomen.

Bei drei Sachbereichen besteht das Phänomen von mit der Kompetenzeräumung bestehenden und wirksamen Bundeskompetenzen, ohne dass der historische Verfassungsgeber dies so anzuordnen bräuchte:

(1) Die *Regierungsgewalt, die Aussenpolitik sowie die Vertragsschlusskompetenz* des Bundes bedurften primär keiner Ausführungsgesetzgebung, sondern konnten direkt mit der vollen Inkraftsetzung der Bundesverfassung durch die Wahl des ersten Bundesrates ausgeübt werden. Diese Kompetenzen gingen am 16. 11. 1848 von der Tagsatzung, dem letzten Vorort (Bern) und der alten eidgenössischen Kanzlei bruchlos auf den Bundesrat über. Die verfassungsmässigen Zuständigkeiten der bestellten Bundesbehörden konnten sich damit sofort entfalten, ohne dass die Kantone auch nur die Chance erhalten hätten, an Stelle des Bundesrates kompetent zu werden. Dafür sorgte schon die derogatorische Kraft des Bundesrechts. Der Begriff ist bei dieser Kategorie möglich, aber überflüssig.

(2) Der Bund besitzt schliessliche *Zuständigkeiten kraft Natur der Sache*. Diese sog. inhärenten Kompetenzen ergeben sich dort, wo die Regelung einer Materie wesensgemäss der Bundesgewalt zustehen muss. In diesem Fall wird deshalb auch von der Zuständigkeit kraft föderativen Staatsaufbaus gesprochen⁸². Die Bundeszuständigkeit wird hier nicht etwa aus einzelnen Kompetenznormen «abgeleitet», sondern aus dem «Insgesamt» der den Bundesstaat prägenden Prinzipien⁸³. Dazu gehört insbesondere die Organisationsgewalt wie auch etwa die Festle-

gung der Nationalflagge sowie eines Nationalfeiertags. Es handelt sich um ausschliessliche Bundeskompetenzen⁸⁴. Der Begriff ist freilich überflüssig, ist doch die Annahme einer kantonalen Kompetenz schon von der Sache her ausgeschlossen.

(3) Schliesslich erweist sich die Annahme einer Bundeskompetenz mit ursprünglich derogatorischer Wirkung bei den *wirtschaftspolitischen Kompetenzen* des Bundes als realistisch. Denn die Wirtschaftsfreiheit verbietet den Kantonen grundsätzlich wirtschaftspolitische Massnahmen. Die Sperrwirkung dieses Freiheitsrechts verhindert auch dann eine kantonale Kompetenz, wenn der Bund seine wirtschaftspolitischen Kompetenzen nicht oder nur teilweise ausübt. Die ausschliessliche Kompetenz ergibt sich nachgerade zufällig aus dem Zusammenwirken von Freiheitsrecht und Bundeskompetenz. Freilich muss dieser ohnehin bestehende Zusammenhang nicht zwingend mit dem Begriff der ausschliesslichen Bundeskompetenz bezeichnet werden.

b) *Aus aktueller Sicht: nachgeführte Bundesverfassung*

Die Expertenkommission Furgler hatte in ihrem Bericht von 1977 auf die ausschliesslichen Bundeskompetenzen ganz verzichten wollen. Sie hat den rein theoretischen Charakter der ausschliesslichen Bundeskompetenzen festgestellt. Denn der Bund habe heute die erforderliche Zentralisierung lebenswichtiger Bereiche schon längst erreicht. Es gebe daher kein Bedürfnis auf Weiterführung besonderer, «historischer» und ausschliesslicher Bundeszuständigkeiten⁸⁵. Freilich haben aus historischer Perspektive diese Bundeskompetenzen weitestgehend gar nicht bestanden. Die Kommission Furgler wollte diesen (ahistorischen) Ballast-Begriff abschaffen.

Der Verfassungsgeber ist natürlich frei, die ursprünglich derogatorische Wirkung beim Übergang auf eine neue Verfassung oder auf eine geänderte Verfassungsbestimmung anzuordnen⁸⁶. Die nachgeführte Bundesverfassung schweigt sich darüber aus. Hingegen wird nach der Botschaft des Bundesrates⁸⁷ der Begriff der «ausschliesslichen Kompetenzen» für Zuständigkeiten des Bundes mit ursprünglich derogierender

⁸⁴ In diesem Sinn die analoge Überlegung für das Grundgesetz: vgl. *Theodor Maunz/Günter Dürig*, Grundgesetzkommentar, Lf. 1–34, München 1998, N. 9 zu Art. 73 GG.

⁸⁵ Vgl. Bericht der Expertenkommission zur Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977, 113f.

⁸⁶ Vgl. oben Abschnitt 3.a.

⁸⁷ Vgl. BBl 1997 I 1 ff. (S. 227).

⁸² *Saladin*, N. 134 ff. zu Art. 3 aBV, Kommentar aBV.

⁸³ Vgl. Botschaft zum 1. August, BBl 1992 III 889, 900.

Wirkung verwendet. Im Verfassungstext signalisiere – so weiter die Botschaft – der Ausdruck «...ist Sache des Bundes» derartige Kompetenzen. Die nachgeführte Bundesverfassung definiert diesen Begriff nicht; der Verfassungsinterpret ist keineswegs auf diese Erklärung in der Botschaft verpflichtet. Folgt man aber der bundesrätlichen Botschaft bzw. dem dort definierten Begriff, so gehören zu den ausschliesslichen Kompetenzen folgende: die auswärtigen Angelegenheiten (Art. 54 Abs. 1), der Einsatz der Armee (Art. 58 Abs. 3), Militär- und Zivilschutzgesetzgebung (Art. 60 Abs. 1 und Art. 61 Abs. 1), Eisenbahn und andere Verkehrsträger (Art. 87), Kernenergie (Art. 90), Rohrleitungsanlagen (Art. 91 Abs. 2), Post- und Fernmeldewesen (Art. 92 Abs. 1), Radio und Fernsehen (Art. 93 Abs. 1), Nationalbank (Art. 99 Abs. 1), Alkoholwesen (Art. 105), Glücksspielwesen (Art. 106 Abs. 1), Ausländer (Art. 121 Abs. 1), Zivilrecht (Art. 122), Strafrecht (Art. 123), Messwesen (Art. 125) und Zollwesen (Art. 133 BV).

Es handelt sich demnach um den bekannten, mit einigen Kompetenzen erweiterten Katalog von *Giacometti*. Zusätzlich hinzugekommen zum tradierten Bestand sind die Kernenergie, Rohrleitungsanlagen, das Glücksspiel-, das Mess- und Ausländerwesen sowie vor allem das Zivil- und Strafrecht. Das ist insofern unproblematisch, als der Übergang von der 1874er-Verfassung auf jene von 1999 wegen der bereits vorhandenen Bundesinfrastruktur und der bereits vorhandenen Bundeskompetenzen (fast) ohne Regelungslücke erfolgen kann. Offen ist der Sinn einer solchen Regelung⁸⁸. Man könnte aber immerhin sagen, dass die Verfassung im Sinne einer zutreffenden (aber vergänglichen) Momentaufnahme damit über diejenigen Kompetenzen informiert, die (fast) ausschliesslich aus Bundesregelungen bestehen.

Enthält die nachgeführte Bundesverfassung tatsächlich ausschliessliche Bundeskompetenzen, so hätte der Verfassungsgesetzgeber gut daran getan, die Frage der Rückübertragung ausschliesslicher Bundeskompetenzen – etwa nach dem Vorbild von Art. 71 GG – auf die Kantone zu regeln. In der schweizerischen Lehre ist diese Frage nämlich umstritten. Nach einer Mehrheitsmeinung⁸⁹ ist diese sog. föderative Rückdelega-

tion bei ausschliesslichen Bundeskompetenzen unzulässig. Damit erweist sich die nach der Botschaft lange Liste ausschliesslicher Bundeskompetenzen («ist Sache des Bundes») als fragwürdig. Infolgedessen hätte etwa das kantonale Privatrecht und vor allem das kantonale Übertretungsstrafrecht als verfassungswidrig zu gelten. Aus diesem Dilemma gibt es zwei Lösungen: Entweder ist es zulässig, dass der Bundesgesetzgeber ausschliessliche Kompetenzen an die Kantone delegiert, oder es gibt – entgegen den Ausführungen in der Botschaft – gar keine ausschliesslichen Bundeskompetenzen.

Das deutsche Grundgesetz kennt tatsächlich ausschliessliche Bundeskompetenzen im Sinne von *Giacometti* (vgl. Art. 73 GG). Die deutsche Verfassung sieht dafür auch eine Rechtsfolge vor; nämlich nach Art. 71 GG bedürfen Rückübertragungen dieser Kompetenz an die Länder einer *ausdrücklichen* Gesetzesgrundlage. Die nachgeführte Bundesverfassung kennt wie erwähnt diese Regelung nicht; damit wird der positivrechtliche Sinn solch «ausschliesslicher Bundeskompetenzen» in Frage gestellt.

Es bleibt zweifelhaft, ob die nachgeführte Bundesverfassung ausschliessliche Kompetenzen enthält; denn diese erwähnt den Begriff und die Rechtswirkungen dieser Kompetenzart mit keinem Wort. Der Sache nach gibt es das Phänomen der ausschliesslichen Bundeskompetenzen, und zwar in dem Sinn, dass in einigen Sachbereichen gegenüber den kantonalen Gesetzgebern von Bundesverfassung wegen tatsächlich eine Sperrwirkung besteht⁹⁰. Allerdings handelt es sich bei diesen ausschliesslichen Bundeskompetenzen kaum um ein mit der Anfangsgeschichte des Bundesstaates zu erklärendes Phänomen. Denn die historischen Beispiele des Zoll-, Münz- oder des Militärwesens sind nach den Quellen und der damaligen Tatsachenlage kaum ausschliessliche Bundeskompetenzen. Das ist ein überraschendes Ergebnis, führen doch die bekannten Lehrbücher und wissenschaftlichen Nachschlagewerke stets diese Beispiele und (freilich unbestimmte) «historische» Gründe dafür an. Die Bildung und Weitergabe historischer Irrtümer⁹¹ hat allerdings ihrerseits Gründe, die zu einem zweiten Ergebnis führen.

⁸⁸ Vgl. oben Abschnitt 3a), wie schon beim Übergang von der 1848er- auf die 1874er-Verfassung.

⁸⁹ Vgl. *Fleiner/Giacometti* (Fn. 2), 123 Anm. 30; *Hangartner* (Fn. 4), 150; *Häfelin/Haller* (Fn. 6), 121; a. A. *Saladin*, N. 161 zu Art. 3 aBV, Kommentar aBV; zweifelnd: *Aubert* (Fn. 5), 287, N. 708 m. H.; *Michael Bothe*, Die Kompetenzstruktur des Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht, 1977, 268.

⁹⁰ Vgl. den vorstehenden Abschnitt a).

⁹¹ Selbstverständlich unterliegt auch die Tradition historischer Tatsachen den Erkenntnissen der Hermeneutik, «wahre und reine Fakten» gibt es nicht, anders aber *Richard J. Evans*; *Fakten und Fiktionen*, Über die Grundlagen historischer Erkenntnis, Frankfurt a. M. 1998.

6. Ergebnis II: Quellenarbeit bei rechtswissenschaftlichen Arbeiten

Das Phänomen der Weitergabe gewonnener Erkenntnisse unter gleichzeitiger Anonymisierung und Enthistorisierung hat *Peter Noll* in seinen «Diktaten»⁹² unverhüllt beschrieben:

«Wie die moderne Wissenschaft an ihrer eigenen Vergänglichkeit arbeitet: A übernimmt z. B. einen Gedanken von B, und in der ersten Publikation zitiert er auch den B, wie es sich gehört. Später kommt A auf das Thema zurück, und in der zweiten Publikation zitiert er nun nur noch sich selbst, nämlich seine frühere Publikation. Von B ist nicht mehr die Rede. Dasselbe kann natürlich auch dem A passieren von seiten des C usw. Über das Zitieren und Nichtzitieren könnte man eine längere Analyse und Satire schreiben. Häufig kommt es z. B. vor, dass einer die Sekundärquelle nicht zitiert, sondern nur die Primärquelle, ohne diese aber gelesen zu haben. Er übernimmt einfach das Zitat aus der Sekundärquelle».

Es geht hier nicht darum, *Giacometti* ein unredliches oder unwissenschaftliches Verhalten vorzuwerfen. Sein Begriff der Bundeskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung scheint gleichwohl durch eine ungenügende Quellenarbeit entstanden zu sein. Hier hat vor allem der unkritische Umgang mit den Quellen und die zum Teil überhaupt fehlende Quellenarbeit zu einer von den ursprünglichen Dokumenten losgelösten, unhistorischen Begrifflichkeit geführt. Wie *Noll* selbst ausführt, handelt es sich dabei um ein allgemeines Phänomen. An den juristischen Fakultäten, in der juristischen Ausbildung und vor allem in den veröffentlichten Beiträgen, namentlich Dissertationen⁹³, herrscht ein starkes historisches Bewusstsein. In den juristischen Monographien findet sich oft eine historische Einleitung zum Thema. Freilich begnügen sich diese historischen Einleitungen fast immer mit der Weitergabe von Sekundärquellen; Primärquellen werden eher selten herangezogen. Auf diese Weise wird das geltende Recht nicht historisch, sondern nur über die Sekundärliteratur verstanden. Es kommt zur paradoxen Situation, dass gegenwärtige Vorstellungen über die Vergangenheit buchstäblich «Geschichte machen».

Warum kommt es zu diesem eigenartig *geschichtslosen* Umgang mit dem überlieferten Material? Ich vermute, dass die Rechts- und Verfassungsgeschichte von einer Fortschrittstheorie gelenkt wird. Dabei handelt es sich um eine *nicht-historische* Geschichtslehre. Als «historisch» be-

zeichne ich eine Auffassung, die alle untereinander vergleichbaren historischen Einheiten nicht nur für verschiedenartig, sondern auch für gleichwertig hält⁹⁴. Das Recht ist – so jedenfalls in den Augen der meisten Juristen – in einer aufwärtssteigenden Entwicklung begriffen; was angesichts der Tatsache der von Jahr zu Jahr wachsenden Rechtsprechung nicht von der Hand zu weisen ist. Die Autoren führen Neuauflagen ihrer Bücher nach und passen sie der «neuen» Rechtsprechung und Gesetzgebung an. In aller Regel werden deshalb möglichst aktuelle und neue Bücher und Artikel zitiert und verarbeitet. Dieser kleine, praktische Fortschritt darf nun allerdings nicht mit einer politischen oder geschichtlichen Höherentwicklung verwechselt werden. Für den praktisch tätigen Juristen ist die Arbeit mit aktueller Literatur gewiss wichtig. Der Drang nach neuer und neuester Literatur führt nun allerdings dazu, dass die Autorschaft grundlegender Ideen im Laufe kurzer Zeit durch die massenweise Produktion förmlich verschüttet wird. Es ist keineswegs a priori so, dass die Rechtsprechung, die Gesetzgebung und die darauf basierende Literatur qualitativ immer besser wird. Vielfach wird das bereits schon Geschriebene erneut, variiert, kompliziert oder vereinfacht wiedergeschrieben. Eine Höher- oder Tieferentwicklung ist oft nicht auszumachen. Eine lineare Geschichtstheorie im Sinne eines zunehmenden Fortschritts erscheint bei näherer Betrachtung zumindest zweifelhaft.

Freilich muss die Verfassungsgeschichte in einem Punkt auf der Anerkennung einer Höherentwicklung bestehen. Dabei handelt es sich um die Anerkennung und Ausbildung von vorstaatlichen Menschenrechten, so wie diese Rechte in Grossbritannien und in der amerikanischen und französischen Revolution zum Ausdruck gekommen sind. Von diesem Punkt gibt es kein Zurück mehr; es handelt sich um einen naturrechtlich bleibenden Ansatz. Die in den letzten zweihundert Jahren ungeheuer gestiegene Bedeutung der Menschenrechte gibt wohl den Juristen das allgemeine Selbstbewusstsein, dass das Recht dem Gesetz des Fortschritts unterliegt. Dieser muss aber nicht zwingend allgemein erfolgen, ja der Fortschrittsglaube kann beim wissenschaftlichen Arbeiten zum Gegenteil führen und von der Realität abgehobene Begriffsgebilde evozieren.

⁹² Vgl. Diktate über Sterben & Tod, Zürich 1984, 48f.

⁹³ Auch meine Dissertation macht diesbezüglich keine Ausnahme, vgl. *Kley* (Fn. 62), 26–47.

⁹⁴ *Helmut Seiffert*, Einführung in die Hermeneutik, Tübingen 1992: UTB Nr. 1666, S. 149.

