Das Staatsrecht des Interventionismus : Betrachtungen über die neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung

Autor(en): **Huber, Hans**

Objekttyp: **Article**

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

Band (Jahr): **70 (1951)**

Heft 2

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896477

Nutzungsbedingungen

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

Haftungsausschluss

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

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

http://www.e-periodica.ch

Das Staatsrecht des Interventionismus

Betrachtungen über die neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung

von Prof. Hans Huber, Bern

> Toute société qui accepte la liberté soumet l'action du pouvoir à des règles précises. Certaines fins ne peuvent être envisagées, certains moyens sont interdits.
>
> Senator Michel Debré

> C'est de la Constitution que ces législateurs tiennent leurs pouvoirs. Comment pourraient-ils la changer sans détruire le fondement de leur autorité?
>
> Emerich de Vattel

> Il y a des révolutions qui n'ont provoqué aucune modification ni du personnel, ni des institutions gouvernementales.
>
> Georges Burdeau

I.

Wir stellen einige Definitionen des Interventionismus an die Spitze unserer Erörterungen[1]:

Küng: Interventionismus ist die Gesamtheit jener wirtschafts- und sozialpolitischen Eingriffe in das freie Spiel der wirtschaft-

---

[1] Die amerikanische Political Science sieht in der Regel von einer Begriffsbestimmung ab und beschränkt sich auf die Deskription der neuen Staatsaufgaben. Vgl. etwa: Bei J. A. Coryr, Elements of Democratic Government 1947 das Kapitel «The expansion of Government activities» p. 48ff., bei R. M. Mac Iver, The Web of Government 1947 den Abschnitt «Functions of Economic control» p. 340ff.; bei Carl J. Friederich, Constitutional Government and Democracy das Kapitel «Interest Groups and the Relation of Government to Modern Industrial Life», p. 506ff; Finer, Theory and Practice of Modern Government, 1949, p. 23ff. Siehe ferner Potthoff, Aktive Wirtschaftspolitik, in «Recht, Staat, Wirtschaft», Bd. 2, 1950, S. 550ff.

lichen Kräfte, die entweder Produktion oder Verteilung in der Volkswirtschaft zu verändern suchen, ohne das System der Marktwirtschaft völlig aufzuheben[2].

Laufenburger: Le terme interventionisme couvre toute une série d'expressions telles que: économie dirigée, contrôlée ou organisée, capitalisme réglementé, ou planifié, néo-capitalisme, néo-mercantilisme, réformisme social, étatisme, corporatisme etc.[3].

Marbach: Als Staatsinterventionen bezeichnen wir jene Maßnahmen des Staates sowie von ihm beauftragter Verwaltungsstellen und Organisationen, welche in das freie Spiel der Marktkräfte, diese teilweise korrigierend, eingreifen und dadurch Produktion oder Verteilung oder beide zusammen verändern, die aber nicht von jenem Ausmaß oder jener Grundsätzlichkeit sind, wie es notwendig wäre, um an Stelle der privaten Unternehmerdisposition staatliche oder staatsbedingte, umfassende Planwirtschaft und an Stelle des Privateigentums grundsätzlich Kollektiveigentum zu setzen. Die bewußte, wiederholte Anwendung dieses wirtschaftspolitischen Mittels nennen wir Interventionismus[4].

Mises: In defiance of economic science the very popular doctrine of modern interventionism asserts that there is a system of economic cooperation, feasable as permanent form of economic organisation, which is neither capitalism nor socialism. This third system is conceived as an order based on private ownership of the means of production in which, however, the government intervenes, by orders and prohibitions, in the exercise of ownership rights[5].

Nach Art. 31bis Abs. 3 lit. a und b der BV ist der Bund befugt, wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit, Vorschriften zur Erhaltung wichtiger, in ihren Existenzgrundlagen gefährdeter Wirtschaftszweige und Berufe, zur Förderung der beruflichen Leistungsfähigkeit der Selbständigerwerbenden in solchen Wirtschaftszweigen und Berufen

---

[2] Küng, Der Interventionismus. Volkswirtschaftliche Theorie der staatlichen Wirtschaftspolitik, 1941, S. 2.

[3] Henry Laufenburger, L'intervention de l'Etat en matière économique, 1939, p. 7, übereinstimmend mit Saitzew, Der Interventionismus, Festgabe für Fritz Fleiner, 1937, S. 326.

[4] Fritz Marbach, Zur Frage der wirtschaftlichen Staatsintervention, 1951, S. 37.

[5] Ludwig Mises. Omnipotent Government, Fourth printing 1948, p. 59, vgl. auch vom gleichen Verfasser: Kritik des Interventionismus, 1929, S. 1—3.

zur Erhaltung eines gesunden Bauernstandes und einer leistungsfähigen Landwirtschaft, sowie zur Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes zu erlassen. Ohne Zweifel entsprechen diese Ermächtigungen allen oben erwähnten Begriffsbestimmungen, obschon diese sich nicht decken. Art. 31bis Abs. 3 lit. a und b werden also fortan in der Schweiz recht eigentlich die verfassungsmäßige Begründung des Interventionismus liefern. Die übrigen Litterae des Verfassungsartikels 31bis haben entweder im Ganzen der modernen Staatseingriffe eine wesentlich geringere Bedeutung, wie der Schutz wirtschaftlich bedrohter Landesteile, oder sie entfernen sich kraft der Besonderheit ihres Zweckes vom Wesenskern der Eingriffe, wie die Vorsorge für Kriegszeiten. Unter den Nationalökonomen herrscht nun freilich Uneinigkeit darüber, ob Maßnahmen zum Schutze des Wettbewerbes und gegen wirtschaftliche Machtstellungen, wie auch Art. 31bis Abs. 3 lit. d sie vorsieht («gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnliche Organisationen») zum Interventionismus zählen[6]. Der Verfassungsrechtler dagegen kann Antimonopolvorschriften des Bundes aus folgenden Gründen nicht als Erzeugnisse des Interventionismus ansehen: Interventionismus bedeutet nach der Konzeption des Art. 31bis BV, die mit der im Ausland herrschenden und in der Schweiz überwiegenden Rechtsauffassung übereinstimmt, Ausnahme von der Gewerbefreiheit, Einbruch in sie. Dieselben Vorschriften können aber unmöglich als Schutz des freien Wettbewerbes und zugleich als Ausnahme von der Gewerbefreiheit betrachtet werden. Denn die Gewerbefreiheit hat, wenn sie das Verhältnis der Privatpersonen als Wirtschaftssubjekte zum Staat bestimmt, den freien Wettbewerb gerade zum Gegenstand[7]. Ein Freiheitsrecht kann nämlich sehr wohl gleichzeitig den

---

[6] Marbach a.a.O. S. 35.

[7] Burckhardt, Kommentar der BV, S. 223; Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 283, BGE 45 I 357, 47 I 40, 59 I 61, 66 I 23.

status negativus des Individuums umgrenzen und für den Staat einen institutionellen Charakter haben[8]. Gerade die Gewerbefreiheit ist eine Säule der in Rechtsformen niedergelegten Wirtschaftsverfassung des Landes[9]. Sieht der Jurist das ein, so wird er sich nie zu der dieses Grundrecht auflösenden Ansicht bekennen können, staatlicher Schutz des freien Wettbewerbes sei ein Eingriff in das freie Spiel der Kräfte[10]. Wenn der Bund wirklich Vorschriften gegen private Monopole soll aufstellen können, so bedarf er also einer Verfassungsgrundlage nicht deshalb, weil solche Vorschriften vom Grundrecht der Gewerbefreiheit abweichen würden, sondern er hat sie bloß nötig, weil er nach dem Grundsatz des Art. 3 BV nur legiferieren kann, wenn die Bundesverfassung ihn als zuständig erklärt. Darin liegt keine Verkennung der übrigens nicht unanfechtbaren Lehre, daß die Grundrechte nur das Verhältnis zwischen Staat und Individuum und nicht, auch nicht reflexartig, das Verhältnis der Individuen untereinander betreffen. Art. 31bis Abs. 3 lit. d über die Kartelle und ähnlichen Organisationen steht also am falschen Ort. Die Bestimmung wäre besser an Art. 31bis Abs. 2 angeschlossen oder als in Art. 64 BV schon enthalten angesehen, statt bei den interventionistischen Maßnahmen eingereiht worden[11].

---

[8] Kitzinger, Die Freiheit der Wissenschaft und Kunst; bei Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 1930, I S. 465.

[9] Böhm, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, 1937, S. 39.

[10] Vgl. auch vom katholischen Standpunkt aus Meßner, Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik, Wirtschaftsethik, 1950, S. 688: «Das entscheidende Mittel der Herbeiführung der gerechten Preisstruktur ist der freie, aber geordnete Wettbewerb.»

[11] Gleicher Ansicht: Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 292; Tanner, Die Kartellbestimmung der schweizerischen BV, 1950, S. 35, und früher schon Gysin, Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, Zeitschr. f. schweiz. Recht n. F. Bd. 49 S. 428; a. A. Marti, Die Handels- und Gewerbefreiheit, 1950, S. 175, ferner Verwaltungsentscheide 1927 S. 13.

Mit Recht ist gefragt worden, ob im Bereich des Art. 31 bis Abs. 3 lit. a und b die Handels- und Gewerbefreiheit überhaupt noch ein echtes Freiheitsrecht geblieben sei. Oder ist hier die wirtschaftliche Freiheit nur noch nach Maßgabe der einfachen Gesetzgebung gewährleistet? Wird nur noch ein dürftiger Rest an Freiheit durch den intervenierenden Gesetzgeber nach seinem Gutdünken ausgemessen?[12]. Die Antwort lautet in der Regel ungünstig für das Freiheitsrecht. Der Interventionsartikel 31 bis Abs. 3 lit a und b habe es entthront und relativiert, denn die darin angesammelten Ermächtigungen zu Staatsinterventionen seien zu zahlreich und zu umfassend, die noch vorhandenen Schranken zu unbestimmt und nichtssagend[13]. Außerdem wird darauf hingewiesen, daß Art. 31 bis Abs. 3 nach der Periode der dringlichen Bundesbeschlüsse und des Notrechtes nur eine äußerliche Legalität und formale Rechtsstaatlichkeit wieder hergestellt habe. Die materielle Rechtsstaatlichkeit habe durch den sanktionierten Interventionismus bleibenden Schaden gelitten[14].

Sowohl über diesen Abbau des Freiheitsrechtes, als über die unüberwindlichen Schwierigkeiten des Gesetzgebers bei Auslegung und Anwendung des Art. 31 bis Abs. 3 lit. a und b kann man sich nur in befriedigender Weise Rechenschaft geben, wenn man ohne Rückhalt zur Diskussion stellt, ob überhaupt der Interventionismus mit dem Konstitutionalismus, das heißt mit dem Wesen der Verfassung und des Verfassungsstaates, vereinbar und verträglich sei. Der vorliegende Aufsatz ist ein Versuch, diese Frage zu klären.

---

[12] Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 291, Marti, a.a.O. S. 33; Nef, Der richterliche Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit, in «Die Freiheit des Bürgers im schweiz. Recht», 1948, S. 195; Schürmann, Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der BV, 1948, S. 4, 11.

[13] Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 289, 291.

[14] Giacometti, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln der Bundesverfassung, in «Die Freiheit des Bürgers im schweiz. Recht», S. 189/90.

Die Methode der Verfassungslehre kann einzig die geisteswissenschaftliche sein, welche «die Welt der hinter dem positiven Recht liegenden Prinzipien, Ideen und Werte als Realitäten anerkennt, die ideengeschichtlichen Zusammenhänge unserer Rechtskultur bewußt als Erkenntnisquelle für die Erfassung des positiven Rechts und die Herausarbeitung seiner tragenden Rechtsgedanken zu verwerten sucht»[15].

Konstitutionalismus bedeutet, daß die Ausübung der Staatsgewalt und damit das politische Leben eines Staates von einer normativen Verfassung beherrscht sein solle[16]. Der Gegensatz zum Konstitutionalismus ist die Ausübung uneingeschränkter Herrschaft durch die politische Führung. Die Verfassung ist das Instrument des «limited gevernment».

Die Legitimität qualifiziert das Verhältnis zwischen Regierenden und Regierten[17]. Legitim ist eine staatliche Autorität, «wenn die Macht nach den Prinzipien und Regeln zuerkannt und ausgeübt wird, die jene, die gehorchen müssen, ohne Diskussion hingenommen haben»[18]. Von den drei Legitimitätsgründen oder Legitimitätstypen, welche die Staatssoziologie unterscheidet[19], ist nun einer dem Verfassungsstaat eigentümlich. Es ist jene Rechtfertigung der staatlichen Autorität, die sich auf den Glauben der Regierten «an die Geltung legaler Satzung und der durch rationale Regeln begründeten sachlichen Kompetenz»

---

[15] Holstein, Archiv f. öff. Recht, Bd. XI 1ff., XII 187ff.

[16] Roucek, Huszar and Associates, Introduction to Political Science, 1950, S. 119, vor allem aber Werner Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945, bes. S. 18ff.

[17] Zihlmann, Legitimität und Legalität des Notrechts, 1950, S. 72f.

[18] Guglielmo Ferrero, Macht, 1944, S. 214.

[19] Max Weber, Politik als Beruf, in Gesammelte Politische Schriften, 1921, S. 398, und Grundriß der Sozialökonomik III 1 S. 124, nennt als Legitimitätsgründe die Sitte (traditionelle Herrschaft), das Charisma (Herrschaft auf Grund der Gnadengabe eines Herrschers oder Führers) und die Satzung (Herrschaft und Anerkennung derselben auf Grund der Erfüllung satzungsmäßiger Pflichten durch die Staatsdiener).

stützt[20]. Das «limited government» des konstitutionellen Staates, die ihm innewohnende Begrenzung der Staatsgewalt, fällt daher mit dem Legitimitätsgrund dieses Staates zusammen, wenn das auch im Verlaufe eines Jahrhunderts reibungslosen Funktionierens des konstitutionellen Systems fast ganz vergessen worden war[21]. Das Wesen der Verfassung selber erklärt uns also, weshalb im konstitutionellen Staat die Rechts- und Staatsunterworfenen jenen Gehorsam in ihrer überwiegenden Mehrheit und ohne Zwang aufbringen, auf den jeder Staat angewiesen ist[22]. Im Hinblick auf den Interventionismus stellt sich schon hier eine Schicksalsfrage für den konstitutionellen Staat, die meist übersehen wird: Zerstört der Interventionismus nicht die dem Verfassungsstaat eigentümliche staatliche Autorität, indem er, im Zusammenhang mit der pluralistischen Auflösung des Handlungsgebildes Staat durch die Interessengruppen, in den Augen der Bürger die Funktion von Verfassung und Gesetz nur noch als Machterwerb, Machterhaltung, Machtverschiebung und geregelten Zutritt zur Staatskrippe erscheinen und so jenen Glauben an die Erfüllung der satzungsmäßigen Pflichten durch die Staatdiener und damit den die staatliche Autorität tragenden Gehorsam der Regierten erlahmen läßt? Entzieht der Interventionismus der staatlichen Herrschaft in der konstitutionellen Demokratie die Legitimität, indem er das Gesetz zur bloßen Parteisatzung und Gruppeninteressenbefriedigung erniedrigt, die schon Platon in seinen Nomoi gegeißelt hatte?[23]

---

[20] Max Weber a.a.O. S. 398.

[21] Zihlmann a.a.O. S. 72.

[22] In der Geschichte der Staatstheorien taucht diese Frage seit der Sophistik immer wieder auf: Weshalb gehorchen die Menschen dem Staat, dessen Zwangsmittel doch niemals ausreichen würden, um sie zu unfreiwilligem Gehorsam anzuhalten? Vgl. Bertrand de Jouvenel, Du Pouvoir, 1945, und die kulturgeschichtliche Erklärung durch Alexander Rüstow, Ortsbestimmung der Gegenwart, Bd. I, 1950.

[23] Platon, Die Gesetze. Hauptwerke Ausgabe Kröner, S. 301: «Solche bloß zugunsten Einzelner entworfene Gesetze nennen wir

II.

Der Konstitutionalismus ist geboren worden, als zwischen Staat und Gesellschaft ein ganz bestimmtes Verhältnis bestand. Damals galt der Staat keineswegs als der Baumeister der sozialen Ordnung, sondern die soziale Ordnung war ihm schon gegeben. Er hatte sie nicht zu gestalten, sondern bloß zu hüten. Dieser Gesellschaftsbegriff kam aus der bürgerlichen Freiheits- und Gleichheitsforderung[24]. Dieser Staat aber, der die gesellschaftliche Ordnung nicht zu schaffen, sondern nur zu respektieren und zu bewahren hat, ist von Hegel der äußere, der Not- und Verstandesstaat geheißen worden[25]. Kennzeichnend ist in dieser Beziehung der Grundstock des Verwaltungsrechtes dieses Staates, das Polizeirecht. Das Polizeirecht mit seinen Elementen, der Sicherheits- und der Ordnungspolizei, dient der Gefahrenabwehr[26]. Bloße Gefahrenabwehr durch den Staat aber beruht auch auf der Voraussetzung, daß die zu schützende öffentliche Ordnung als solche ohne entscheidendes Zutun des Staates schon gegeben sei. Gerade am Beispiel des Polizeirechtes erweist sich, daß Konstitutionalismus und Dualismus von Staat und Gesellschaft nicht

---

vielmehr Parteisatzungen und nicht Staatsgesetze, und alles auf sie gegründete angebliche Recht ein leeres Gerede.»

[24] Bluntschli, Staatswörterbuch, S. 246; Heller, Staatslehre, 1934, S. 110.

[25] Georg Wilhelm Friedrich Hegels Werke, Vollständige Ausgabe, 1833, Bd. 8 S. 247 (Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaften im Grundrisse).

[26] Vgl. das preußische Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931 § 14 und dazu Brauchitsch, Verwaltungsgesetze für Preußen, Bd. II, 1. Halbband S. 16ff.; Hans Ulrich Scupin, Die Angelegenheiten der öffentlichen Ordnung, in «Recht, Staat, Wirtschaft», Bd. II, 1950, S. 299ff. und die Diskussion über den Polizeibegriff an der Münchner Tagung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer 1950 im Anschluß an das Referat von Gönnenwein, Die Gestaltung des Polizei- und Ordnungsrechtes in den Ländern der amerikanischen und französischen Besetzungszone, nach dem Bericht im Archiv des öffentlichen Rechts, 76. Band, S. 489.

nur ein zufälliges ideengeschichtliches Zusammentreffen sind. Vielmehr verlangt der Verfassungsstaat andauernd, daß er nicht dazu berufen sei, eine gesellschaftliche Ordnung von Grund aus aufzubauen. Auch gegenwärtig darf der häufige Gebrauch des Wortes «Polizeistaat» als Schlagwort des Alltages nicht darüber hinwegtäuschen, daß sogar die Ausweitungen der polizeilichen Staatsaufgaben im 20. Jahrhundert es nicht sind, die das Verhältnis von Staat und Gesellschaft so grundlegend verändert haben. Ja auch der Polizeistaat des Absolutismus im 17. und 18. Jahrhundert stand dem Totalitarismus nicht so nahe, wie der Interventionismus, denn seine Eingriffe in das Privatleben «zur Verwirklichung der irdischen Glückseligkeit der Untertanen»[27] verfolgten andere, zum Beispiel moralische Zwecke. In der Wirtschaftswissenschaft wird freilich darüber gestritten, ob und inwieweit die heutige Sozialpolitik dem Interventionismus zuzurechnen sei[28]. Die Staats- und die Verwaltungsrechtswissenschaft wird demgegenüber wesentliche Teile des Sozialrechtes, zum Beispiel das öffentliche Recht des Arbeiterschutzes, zum Polizeirecht zählen und damit aus dem Wirtschaftsrecht des Interventionismus ausscheiden[29]. Auch das Bundesgericht behandelt die Vorschriften des öffentlichen Arbeitsrechtes konsequent als Polizeivorschriften[30]. Denn sie dienen der Abwehr von — meist gesundheitlichen — Gefahren. Erst das Recht der modernen Wohlfahrtspflege ragt dann teilweise in den In-

[27] Vgl. Johannes Roth, Das Polizeiverordnungsrecht des Bundesrates und der Kantonsregierungen, 1947, S. 40.

[28] Marbach a.a.O. S. 30f.

[29] Das öffentliche Arbeitsrecht gehört also zum Verwaltungsrecht und innerhalb desselben zum Polizeirecht. Der Begriff des Arbeitsrechtes selber weicht von der inhaerenten Gliederung der geltenden Rechtsordnung und namentlich vom Wertmaßstab der Verfassungsrechte ab.

[30] Vgl. z. B. BGE 58 I 30 (Feriengesetzgebung), 70 I 3 (Ladenschlußgesetzgebung zur Vermehrung der wöchentlichen Ruhezeit des Bedienungspersonals). Übereinstimmend der Kommentar von Bundesrichter Hafner zum aOR N. 2 zu Art. 338 und das in BGE 58 I S. 30 zitierte Gutachten von W. Burckhardt.

terventionismus hinein, zum Beispiel das Recht der Verbilligungsaktionen[31]. Auch der an der neo-liberalen Schule der Wirtschaftswissenschaft unbeteiligte Wissenschafter stellt hier übrigens fest, daß sich diese im Einklang mit der staatsrechtlichen Theorie und Praxis befindet, wenn sie zum Beispiel ein Investitionsverbot als «nichtkonformen», ein Sonntagsruhe- und Ladenschlußreglement als «konformen» Staatseingriff bezeichnet[32]. Diese Unterscheidung zwischen konformen und nichtkonformen Eingriffen deckt sich eben, wenn auch nur zu einem erheblichen Teil, mit der im schweizerischen Verfassungsrecht seit mehreren Jahrzehnten geläufigen Unterscheidung zwischen den mit der Gewerbefreiheit verträglichen und daher zulässigen polizeilichen und den bis 1947 unzulässig gewesenen wirtschaftspolitischen (systemkorrigierenden) Beschränkungen der Gewerbefreiheit[33].

Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft hat sich seit dem ersten Weltkrieg vollständig gewandelt. Sie sind gleichsam in einander hineingewachsen. Der Staat findet keine gesellschaftliche Ordnung mehr vor, die er nur zu schützen hätte, sondern an allen Ecken und Enden wird ihm zugemutet, eine soziale Ordnung erst anzubahnen. Diese Verstaatlichung der Gesellschaft hat mit dem marxistischen Postulat der Verstaatlichung der Produktionsmittel nichts zu tun. Wir lassen kurz Ernst Forsthoff sprechen, der sein Augenmerk insbesondere den Auswirkungen auf das Verwaltungsrecht zugewandt hat: «Die moderne durch Technik, Wirtschaft und — als Folgeerscheinung — Vermassung entscheidend bestimmte soziale Wirklichkeit legt dem Staat die Verpflichtung auf, umfassend zu planen und zu lenken, hier zu hemmen und dort zu fördern, das Starke und das Schwache in dauernden Ordnungen zu vereinigen, Da-

---

[31] Roth a.a.O. S. 101.

[32] W. Röpke, Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart, 1942, S. 254, zitiert auch von Marbach, S. 28.

[33] Burckhardt, Kommentar der BV, S. 234; BGE 59 I 111, 70 I 231 u. a.

seinsmöglichkeiten für Millionen zu schaffen und zu erhalten, Sozialfunktionen auszuteilen, unter Kontrolle zu halten oder selbst wahrzunehmen, kurzum inmitten einer Welt von höchster Verletzlichkeit gestaltend, ausgleichend und stabilisierend zu wirken. Das schließt die Verfügung über individuelle und kollektive Schicksale ein, die der Verwaltung früherer Zeiten wenn nicht überhaupt, so doch in diesem Umfange unbekannt war»[34]. Was bedeuten nun die Erhaltung von Wirtschaftszweigen und Berufen, die Förderung der Leistungsfähigkeit der Selbständigerwerbenden, die Erhaltung eines gesunden Bauernstandes und einer leistungsfähigen Landwirtschaft anderes, als gerade die Übernahme jener schweren und unermeßlichen Aufgabe durch den Staat, selbst die soziale Ordnung zu besorgen? Art. 31 bis BV ist, in's Verfassungsrechtliche übersetzt, das unmittelbare Ergebnis jener Veränderung im Verhältnis von Staat und geordneter Gesellschaft.

III.

Gewaltentrennung, Grundrechte und Einfang der Staatsgewalt in festumrissene Kompetenzen sind die rechtlichen Mittel, durch die die Organisation des modernen Staates (das heißt der souveränen sozialen Entscheidungseinheit auf territorialer Grundlage)[35] zugleich mit dem «limited government» ausgestattet, gegenüber den Rechts- und Staatsunterworfenen begrenzt wird.

Die äußerste Bedrohung dieser Schranken der Staatsgewalt und der Abbau der Rechtsstaatlichkeit durch den Interventionismus sind kürzlich am Beispiel des gegenwärtig wachsenden Verwaltungsrechtes einleuchtend dargetan worden[36]. Die sogenannte gestaltende Verwaltung, die mit der Interventionsverwaltung identisch ist, entzieht sich den Institutionen und Kontrollen des «limited govern-

---

[34] Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 1950, S. 3, ferner S. 52ff., S. 61ff.

[35] Heller, Staatslehre, S. 199ff.

[36] Forsthoff, a.a.O. S. 61ff.

ment». «Das ganze überkommene rechtsstaatliche Gefüge ist weithin außer Kraft gesetzt»[37]. Daß in einem Rechtsstaat Eingriffe in Freiheit oder Eigentum einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, ist plötzlich keine Wahrheit mehr, weil wir von den Interventionsmaßnahmen nicht wissen, ob sie Eingriffe sind; eine Produktionskontingentierung zum Beispiel ist gleichzeitig Einschränkung und Schutz (gegenüber virtuellen neuen Konkurrenten). Die rechtsstaatliche Unterscheidung zwischen genereller Norm und konkreter Verfügung wird über Bord geworfen, so indem der Staat das Verhalten von einzelnen oder von Kategorien von Wirtschaftssubjekten durch Vertrag mit ihnen regelt, statt nach seiner Art und seinem Aufbau durch seinen demokratisch bestellten Gesetzgeber generelle Anordnungen zu treffen und diese dann durch gesonderte Behörden auf die konkreten Tatbestände anzuwenden. Gerade auch durch solche Verträge werden die rechtsstaatlichen Formen gesprengt und wird die Gewaltentrennung beseitigt[38]. Ferner scheitert heute auch der Rechtsschutz der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu einem erheblichen Teile daran, daß er auf Rechtsverletzungen zugeschnitten ist, das Wirtschaftsrecht sich aber weithin in Ermächtigungen erschöpft, ferner daran, daß es den Wirtschaftssubjekten selbst oft gar nicht darauf ankommt, Rechte zu verteidigen, selbst wenn Rechtsbehelfe zur Verfügung stünden, sondern auf irgend eine Weise Positionen zu erstreiten oder zu behaupten. Allein zu sicherer Klärung kommen wir nur, wenn wir die Fragen nicht erst auf der Stufe des Verwaltungsrechtes stellen, sondern schon auf der Stufe der Verfassung.

---

[37] Forsthoff, a.a.O. S. 62.

[38] Durch einen tatsächlichen, nirgends vorgesehenen Druck sind z. B. kürzlich die Detaillisten der Textilbranche angehalten worden, die Beschränkung ihrer Gewinnmargen zum Gegenstand eines Abkommens mit dem Bund zu machen! Sowohl ein derartiges Abkommen, als der Druck, der dazu führt, finden in einem Rechtsstaat keinen legitimen Platz. Und woher soll es seine Verbindlichkeit nehmen?

Gewiß ist die Annahme eine Illusion, daß über ausnahmslos jeden staatlichen Willen eine objektive Norm gesetzt werden könne. Dennoch bleibt aber das Problem der Objektivierung des Herrscherwillens das Problem des Rechtsstaates. Wie kann die Souveränität der Willkür entzogen werden?[39]. Das kann nur so geschehen, daß der überwiegende Teil der Ausübung der Staatsgewalt berechenbar gestaltet wird. Nach den rechtsstaatlichen Prinzipien müssen die Rechtssätze mit Einschluß der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsnormen einen meßbaren oder berechenbaren Inhalt haben. Das Ob, Wie und Wann staatlichen Handelns muß rechtlich genau umschrieben sein. In den organisatorischen Vorschriften sollten bestimmte Begriffe verwendet werden. Nur dann geht daraus die postulierte Bindung der Staatsgewalt hervor[40]. Nur dann wird nicht der Absolutismus, die uneingeschränkte Herrschaft der politischen Führung begünstigt, und zwar in einer Gestalt, die bedrohlicher ist, als der Absolutismus des 17. und 18. Jahrhunderts. Ohne diese Bestimmtheit der für die Ausübung der Staatsgewalt geltenden Rechtssätze fällt aber selbstverständlich auch die Prüfbarkeit der Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit des behördlichen Handelns dahin; Berechenbarkeit des behördlichen Verhaltens ist unerläßliche Voraussetzung rechtsstaatlicher Kontrolle. Schließlich büßt die Verfassung als Grundgesetz aber auch ihre Praktikabilität ein, denn ohne Bestimmtheit und Berechenbarkeit ihrer Normen können die Rechtssätze der untern Stufen und kann die Rechtsanwendung nicht mehr auf sie ausgerichtet werden.

Das Staatsrecht des Interventionismus, wie es in Art. 31 bis Abs. 3 lit. a und b enthalten ist, entbehrt nun gerade dieser für den konstitutionellen Staat unerläßlichen Präzision. «Gesamtinteresse», «wichtiger Wirtschaftszweig oder Beruf», «berufliche Leistungsfähigkeit», «Gefährdung der Existenzgrundlagen», «gesunder Bauernstand», «leistungs-

[39] Vgl. Heller, Die Souveränität, 1927, S. 17ff.

[40] E. Friesenhahn, Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, in «Recht, Staat, Wirtschaft» Bd. II S. 250ff.

fähige Landwirtschaft» usw. sind keine Begriffe, die geeignet wären, den Gesetzgeber konstitutionell wirklich zu binden. Es muß auch sofort auffallen, daß Art. 31 bis Abs. 3 lauter umfassende Ziele allgemein aufzählt, aber die Mittel, um dazu zu gelangen, überhaupt nicht, geschweige denn mit Präzision bestimmt. Wie, mit welchen genauen Maßnahmen sollen gefährdete Wirtschaftszweige oder Berufe erhalten werden? Wie, mit welchen genauen Maßnahmen sollen ein gesunder Bauernstand und eine leistungsfähige Landwirtschaft erzielt werden? Darüber schweigt die Bundesverfassung; mit dem Schweigen aber verzichtet sie darauf, eine normative Verfassung zu bleiben. Aber auch die Ausführungsgesetze zu den Wirtschaftsartikeln setzen dieses Schweigen fort, und das Ende der uferlosen Ermächtigungen von Stufe zu Stufe mündet bei der niedrigsten Form des allgemeinverbindlichen Erlasses, der dadurch seiner Allgemeinverbindlichkeit gerade beraubt wird, bei der Verordnung der Exekutive, in einen fast reinen Dezisionismus. Nur vereinzelt gelingt es noch, normative Schranken aufzuzeigen. So wird man in der Bestimmung des Art. 31 bis Abs. 3 BV, daß nur «nötigenfalls» von der Gewerbefreiheit abgewichen werden dürfe, eine Übertragung des alten rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit[41] vom Polizeirecht auf das Wirtschaftsrecht erblicken dürfen: Abweichungen von der Gewerbefreiheit sind nur zulässig, wenn das in Art. 31 bis Abs. 3 gesteckte Ziel ohne eine solche Abweichung nicht erreicht werden kann. Immerhin ist die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Wirtschaftsrecht schwieriger, als im Polizeirecht, und zwar auch wieder, weil jene «règles précises» fehlen, die in dem diesem Aufsatz vorangestellten Wort von Michel Debré als Garanten der konstitutionellen Freiheit des Menschen und Bürgers erscheinen[42].

---

[41] BGE 52 I 227, 236, 65 I 72, 70 I 147, 71 I 87, 256; Salis, Bundesrecht Bd. II Nr. 780.

[42] Michel Debré, Du gouvernement de la liberté, Revue du droit public, 1949, p. 21.

Die mangelnde Bestimmtheit des Staatsrechtes des Interventionismus hat folgende Ursachen:

a) Wenn eine Verfassung das neue Verhältnis von Staat und Gesellschaft dadurch übernimmt, daß sie dem Staat aufträgt, die soziale Ordnung für große Sparten des menschlichen Zusammenlebens erst zu schaffen, so wird sie sich gerade deshalb mit weitgesteckten, der Präzision ermangelnden Zielsetzungen begnügen; nur mit der Angabe von Zielen können die neuartigen und umfassenden, dem Staat aufgebürdeten Ordnungsaufgaben zwar nicht umschrieben, aber wenigstens namhaft gemacht werden.

b) Wie aus den angeführten Definitionen des Interventionismus, besonders derjenigen von F. Marbach, hervorgeht, sind seine Maßnahmen nicht grundsätzlicher Natur[43], sondern, wie wir beifügen wollen, experimentelle oder jedenfalls sporadische Abhilfen. Die Rechtsnormen mit Einschluß der Zuständigkeitsvorschriften der Verfassung sind hingegen ihrem Wesen nach Grundsätze; schon ihre generelle und abstrakte Fassung macht sie dazu. Wenn nun eine Verfassung durch ihre Grundsätze grundsatzlose Maßnahmen für konkrete Situationen vorsehen soll, so kann sie das nur auf Kosten der Präzision, auf Kosten der Berechenbarkeit des vorgeschriebenen behördlichen Handelns tun. Natürlich geht dann aber schließlich der Verfassungsrechtssatz auch seiner Grundsätzlichkeit verlustig, wenn er derart ausgeweitet und entleert wird.

c) Der Interventionismus besteht aus Maßnahmen, die vorübergehen. Sie können sich wiederholen oder durch andere abgelöst werden. Das wird besonders deutlich in Art. 31 bis lit. a BV, wo von der Gefährdung eines Wirtschaftszweiges oder Berufes in seinen Existenzgrundlagen die Rede ist; es hat offenbar die Meinung, daß nach Wegfall der Gefährdung zufolge der getroffenen Schutzmaßnahme diese auch dahinfallen soll[44]. Eine Verfassung da-

---

[43] Oben S. 1.

[44] Ob die Beibehaltung von Schutzmaßnahmen nach Behebung der Gefährdung verfassungswidrig ist, wenn sie damit begründet

gegen ist für die Dauer bestimmt[45]. «La permanence est la généralité dans le temps»[46]. Wenn nun durch eine Verfassungsnorm derartige vorübergehende Maßnahmen vorgesehen werden sollen, deren Häufung und spätere Gestalt noch nicht abgesehen werden kann, wird wiederum die Verfassungsnorm möglichst weit und unbestimmt gefaßt werden, um wenig oder nichts zu präjudizieren. Schon John Locke hatte dargetan, daß Verfassungsnormen nicht dafür taugen, Gelegenheitsmaßnahmen zu decken. Durch die «extemporary decrees» aber, zu denen man dann gleichwohl Zuflucht nimmt, geht die Normativität verloren. Locke hatte auch klar gesehen — darauf werden wir zurückkommen — daß sogar das öffentliche Wohl nur verfolgt werden kann, wenn die Staatsmacht in generelle Normen eingefangen wird, d.h. wenn ein Zwang besteht, den Willen der Herrschenden in den Rechtsnormen durch Objektivität und Sachlichkeit abzulösen.

d) Im Zeitpunkt, da die Wirtschaftsartikel aufgestellt wurden, ja z.T. noch im Zeitpunkt des Erlasses der Ausführungsgesetze, war und ist man sich sowohl über die Beschaffenheit der Interventionsmittel, als über die Art ihres Einsatzes, noch nicht im klaren. Darum sieht man in disem Stadium davon ab, sie überhaupt rechtlich zu definieren. Es kann z.B. auf sehr verschiedene Weise versucht werden, eine von einer Krise bedrohte Industrie zu erhalten, etwa durch Subventionierung und Exportförderung, durch ein Verbot neuer Betriebe, durch ein Zwangskartell, durch Verbot oder Belastung der Einfuhr von Substitutionsprodukten usw. Welches Mittel in Aussicht genommen wer-

---

wird, daß die Aufhebung der Schutzmaßnahmen eine neue Gefährdung herbeiführen würde, ist eine mit den anerkannten Auslegungsmethoden unlösbare Frage. Sie beleuchtet aber gerade die im Text erörterte Antinomie zwischen Verfassung als dauerhaftem Grundgesetz und Interventionismus als einer Folge von Einzeleingriffen.

[45] Werner Kägi a.a.O. S. 51.

[46] Joseph-Barthélemy et Duez, Traité de Droit Constitutionnel, 1933, p. 725.

den soll, wird in der ermächtigenden Verfassungs- oder auch Gesetzesnorm gänzlich offen gelassen, da Verfassungsgesetzgeber und Gesetzgeber sich nicht festlegen wollen. Auch das ist ein Grund, washalb die Normativität der Wirtschaftsartikel so armselig, die konstitutionelle Bindung des Gesetzgebers so schwach ist.

Schließlich mögen auch eine Scheu vor der öffentlichen Meinung und referendumspolitische Erwägungen mitgewirkt haben. Wenn das Staatsrecht des Interventionismus seine schweren Einbrüche in die wirtschaftliche Freiheit etwas genauer umschreiben würde, könnte es auf größeren Widerstand stoßen, als wenn es sich mit Zielsetzungen begnügt, die gerade wegen ihrer Unbestimmtheit als unverdächtig oder sogar als gerecht und billig erscheinen.

Es kann nicht eingewendet werden, daß unbestimmte, z.B. ethische Begriffe, wie «gute Sitten», «Treu und Glauben», «wichtige Gründe» usw.[47] auch anderswo in der Rechtsordnung in Fülle vorkommen. Wo sich unbestimmte Begriffe im Verhaltensrecht, z.B. im Privatrecht[48] vorfinden, da haben die Normen, denen sie zugehören, nicht die Funktion, die Staatsgewalt zu bändigen. Wo hingegen organisatorische Normen unbestimmte Begriffe verwendet haben, da war es immer als Ausnahme, gleichsam eine Lockerung der Bindung nach einer einzelnen Richtung.

Schwerwiegender ist der Einwand, daß die Zuständigkeitsbestimmungen der BV vielfach Begriffe verwenden

[47] Über die ethischen Begriffe im Recht Burckhardt, Methode und System des Rechts, 1936, S. 234ff.; über die Bedeutung der unbestimmten Begriffe für die Bindung der Verwaltung Friesenhahn a.a.O. S. 253f.

[48] Im Strafrecht werden unbestimmte Begriffe aus rechtsstaatlichen Gründen vermieden. Wenn «Kautschukparagraphen» wie Art. 31bis Abs. 3 BV in einem Strafgesetz stehen würden, würde man die Hände über dem Kopf zusammenschlagen, wenn sie aber in der Verfassung stehen, nimmt man keinen Anstoß, obschon sie dort die Rechtsstaatlichkeit mehr und nicht weniger beeinträchtigen. Ein «berüchtigtes» Beispiel aus der schweizerischen Rechtsgeschichte ist § 1 des frühern aargauischen Zuchtpolizeigesetzes.

müssen, um eine Bundeskompetenz zu bezeichnen, denen dann erst der Gesetzgeber selbst den genauen Inhalt gibt, indem er das Ausführungsgesetz erläßt. So erhalten die Begriffe des Heerwesens (BV Art. 20 Abs. 1), der Eisenbahn (BV Art. 26), des Zollwesens (BV Art. 28), des Telegraphen (BV Art. 36 Abs. 1, gehört auch der Rundfunk dazu?), des Zivilrechts (BV Art. 64 Abs. 2) ihren genauen Inhalt erst durch die Gesetzgebung des Bundes, und es ist durchaus richtig, daß die Bindung des Gesetzgebers dadurch gelockert wird[49]. Doch handelt es sich in solchen Fällen im Gegensatz zu Art. 31 bis Abs. 3 BV nicht um Gesetzgebungskompetenzen des Bundes, die gleichzeitig ein Freiheitsrecht der Bürger einengen. Darin liegt ein entscheidender Unterschied. Es ist zweierlei, ob eine inhaltlich unbestimmte Norm nur eine Angrenzung gegenüber der Kompetenzsphäre der Kantone besorgen soll, oder ob ihr die Abgrenzung gegenüber der Freiheitssphäre des Individuums übertragen wird. In diesem Fall versagt sie als konstitutionelle Begrenzung der Staatsgewalt, in jenem kann sie ihre Aufgabe, die Kompetenzen der beiden Teile des Bundesstaates auszuscheiden, doch erfüllen. Sodann wird sich später noch zeigen, daß die herkömmlichen, in der Bundesverfassung zerstreuten Kompetenzbestimmungen auch besser imstande sind, die Abgrenzung gegenüber den kantonalen Zuständigkeiten zur Gesetzgebung zu treffen, als die Bestimmung des Art. 31 bis Abs. 3 mit ihrem bloßen sozialen Zielsetzungen. Und wo die Bundesverfassung andere Grundrechte als die Gewerbefreiheit einschränkt, wie in Art. 45 Abs. 2—4 (Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit), Art. 49 Abs. 5 (Beschränkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit durch den Vorrang der bürgerlichen Pflichten), Art. 50 Abs. 2 (Beschränkung der Kultusfrei-

---

[49] Auf diese Schwierigkeit der bundesstaatlichen Kompetenzausscheidung weist vor allem die Abhandlung von W. Burckhardt, Grundsätzliches über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 68 Heft 7.

heit durch Polizeivorschriften zur Wahrung der öffentlichen Ordnung und des religiösen Friedens), Art. 56 (Beschränkung der Vereinsfreiheit zulasten der rechtswidrigen und staatsgefährlichen Vereine), ist sie im Gegensatz zu Art. 31 bis Abs. 3 ebenfalls präzis, das Verhalten der Behörde berechenbar, und zwar schon deshalb, weil diese Beschränkungen fast ohne Ausnahme innerhalb des Polizeibegriffes bleiben.

In der Literatur über die neuen Wirtschaftsartikel ist freilich vereinzelt die Meinung vertreten worden, Art. 31 bis Abs. 3 verleihe dem Bund im Vergleich zu Art. 31 bis Abs. 2 überhaupt keine weitere Gesetzgebungszuständigkeit, sondern nur die Befugnis, unter (ungewissen) Voraussetzungen von der Gewerbefreiheit abzuweichen; Schutzmaßnahmen im Sinne von Abs. 3, die aber die Gewerbefreiheit nicht berühren, könnten schon auf Grund von Abs. 2 getroffen werden[50]. Diese Auffassung ist jedoch nicht zutreffend. Abs. 3 hat andere Vorschriften im Sinn, als Abs. 2; dieser bezieht sich außer auf reine Förderungsvorschriften, zum Beispiel Subventionsbestimmungen, auf Polizeivorschriften. Das geht nicht nur aus der Entstehungsgeschichte der neuen Wirtschaftsartikel hervor, sondern auch daraus, daß die Wendung «über die Ausübung von Handel und Gewerben» aus dem frühern Art. 31 lit. e unverändert übernommen wurde und dort ausschließlich polizeiliche Bedeutung besaß[51]. Der Vorbehalt von Abs. 3 in Abs. 2 des Art. 31 bis ist daher hinsichtlich der Polizeivorschriften irreführend.

IV.

Welches sind nun die Folgen der Unberechenbarkeit und Grenzenlosigkeit des in dem unbestimmten Art. 31 bis Abs. 3 vorgesehenen gesetzgeberischen Verhaltens für den

---

[50] Marti a.a.O. S. 164/65.

[51] Ebenso Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 304; Schürmann a.a.O. S. 9/10.

konstitutionellen Staat?[52]. Man ist versucht, mit unserm Landsmann Emerich de Vattel, dem bedeutenden Natur- und Völkerrechtler, zu sagen, daß eine derartige Ausweitung der Macht des Gesetzgebers dessen eigene Autorität zerstöre. Man ist weiter in Versuchung, nach dem ebenfalls an den Anfang gestellten Wort von Georges Burdeau zu fürchten[53], daß darum die Wirtschaftsartikel eine stille Revolution sondergleichen vollzogen hätten.

a) Die erste Folge ist die, daß die Wirtschaftspolitik des Bundes mit derartigen unbestimmten Zuständigkeits-«Bestimmungen» nicht einmal in die äußere Legalität und formelle Rechtsstaatlichkeit zurückkehren kann («unbestimmte Bestimmungen» sind eine contradictio in adjecto, die indessen die Untauglichkeit des Versuches gut beleuchtet, die Verfassung als bloße Form für die Legalisierung des Interventionismus zu gebrauchen). Daß das Staatsrecht des Interventionismus so heillos vage und unbestimmt ist, mag unvermeidlich sein, ist aber schuld daran, daß Konstitutionalismus und Interventionismus unverträglich sind. «Toute société qui accepte la liberté, soumet l'action du pouvoir à des règles précises. Certains fins ne peuvent être envisagées, certains moyens sont interdits». Die Alternative ist unausweichlich. Legalität setzt Verbindlichkeit der Normen des positiven Rechts voraus, binden aber kann eine Norm nur, wenn sie einen faßbaren Inhalt hat. Darum werden schon von heute an die Fragen der Verfassungsmäßigkeit der Ausführungsgesetze unlösbar, die Entscheide der Bundesversammlung Machtsprüche statt Auslegungen und die widersprechenden Geister nicht zu beschwichtigen sein. Mit Formeln wie den in Art. 31 bis Abs. 3 enthaltenen kann es niemals gelingen, die Staats-

---

[52] Es hält schwer, mit Schürmann, S. 11, anzuerkennen, daß auf die Formulierung des Abs. 3 viel Sorgfalt verwendet worden sei. Sorgfalt hätte hier in einer Vertiefung in das Wesen der Verfassung und nicht im Formelhaften bestehen müssen.

[53] Georges Burdeau, Traité de Science politique, tome III p. 536.

gewalt, auch die des Gesetzgebers, in Schranken zu halten, das heißt eben zu legalisieren. Aus demselben Grund ist es jedoch auch fragwürdig, unter Anrufung gerade dieser mangelnden Präzision der Wirtschaftsartikel der Einführung der voll ausgebauten, repressiven und selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit im Bund zu rufen. Denn die Pseudointerpretation eines Art. 31bis Abs. 3 BV bedeutet für jedes Verfassungsgericht eine ausgesprochen artfremde Aufgabe, die ihm seine Unabhängigkeit zu entziehen droht[54]. Der Richter ist nicht unabhängig, weil er Richter heißt, sondern weil sein einziger Herr und Wegweiser das Gesetz ist, weil er sich hinter dem Gesetz und seiner Verantwortung für das Gesetz verschanzen kann. Und Aufgaben, die nicht Rechtsprechung sind, kann man nicht in Rechtsprechung umwandeln, indem man sie einem Gericht überträgt. Rechtsprechung ist Rechtsanwendung bei der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten[55]. Streitigkeiten über die «Auslegung» einer der Zielsetzungen des Art. 31bis Abs. 3 sind jedoch keine Rechtsstreitigkeiten, sondern Streitigkeiten über die Gestaltung der Sozialordnung. Gewiß ist die Rechtssatzgebundenheit auch des Richters nicht vollständig, und seine schöpferische Selbständigkeit gegenüber dem Gesetz bei der Auslegung und Lückenfüllung früher zu Unrecht oft verkannt worden. Eindrücklich hat aber Ernst Forsthoff nachgewiesen, daß die hoheitliche Gestaltung der Sozialordnung keine gewöhnliche Ermessensbetätigung ist[56].

Man wird daher den Versuch der Wirtschaftsartikel, dem staatlichen Interventionismus der 30er Jahre wenigstens zu einer formellen Verfassungsgrundlage zu verhel-

---

[54] Es ist schwer einzusehen, wieso ein Verfassungsgericht dazu berufen sein soll, zu entscheiden, ob ein Beruf ein «wichtiger» Beruf, ob er «in seinen Existenzgrundlagen gefährdet» oder er bereits nicht mehr gefährdet sei usw.

[55] Friesenhahn, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, Festschrift für Richard Thoma, 1950, S. 22ff.

[56] A.a.O. S. 60.

fen[57], heute schon als einen unvermeidlichen Fehlschlag ansehen müssen.

Es wird allerdings oft hervorgehoben, daß wenigstens das Referendum eine wirksame Schranke bilde. Art. 32 BV ordnet an, daß die Vorschriften nach Art. 31bis Abs. 3 nur durch Bundesgesetze oder referendumspflichtige Bundesbeschlüsse eingeführt werden dürfen. Wir wollen uns nicht dabei aufhalten, daß das Referendum durch die Delegation der Rechtssetzung an den Bundesrat umgangen werden kann. Dagegen muß hervorgehoben werden, daß das Referendum keine Institution des Konstitutionalismus und der Rechtsstaatlichkeit ist (wenn es sich auch gegenwärtig zum Teil als solche auswirkt), sondern der Demokratie. Es ist keine normative Schranke der Staatsgewalt, sondern eine voluntaristische, das Veto eines Willens, nicht das Veto einer Norm.

b) Das 20. Jahrhundert ist nicht mehr wie das 18. und 19. Jahrhundert des Glaubens, daß die gesamte Staatsgewalt in Normen eingefangen werden könne, daß nur «unpersönlicher Gehorsam innerhalb einer sachlichen Kompetenz geschuldet werde»[58], daß jede politische Entscheidung sich in Rechtsanwendung auflöse, jede Individualität und jeder Wille durch eine objektive Norm ersetzt werden könne. Allein die Bresche, die das Staatsrecht des Interventionismus in die überlieferte Verfassung schlägt, ist viel zu groß, als daß das Gefüge des Verfassungs- und Rechtsstaates durch bloße Politik zusammengehalten werden könnte. Die eindringenden Wasser werden den Verfassungsstaat überschwemmen. Es ist sehr fraglich, ob die Legitimität, die diskussionslose Hinnahme der staatlichen Autorität bei dieser Flucht der Wirtschaftspolitik aus der Normativität hinreichen wird, um vor Zersetzung zu bewahren, so wie die Legitimität trotz fehlender Legalität genügt hat, das Staatsschiff der Eidgenossenschaft durch die Fährnisse des

---

[57] Giacometti, Die Handels-und Gewerbefreiheit nach den Wirtschaftsartikeln, S. 189.

[58] Heller, Souveränität, S. 19.

Notrechtszustandes zu steuern. Schon die psychologischen Integretionsfaktoren der Kriegszeit gebrechen gegenüber der stark materialistisch eingestellten Wirtschaftspolitik. Die pluralistische Entartung des Staates ist hier schon stark fortgeschritten. Dazu kommt, daß in einem Volk, das letztlich sein Vertrauen in seine Behörden auf das Recht stützt, die Legitimität einen Mangel einer umfassenden Staatstätigkeit an Legalität doch nur vorübergehend, nicht auf die Dauer, heilen kann.

Weiter hat es den Anschein, als ob die Volksvertretung, wenn sie interventionistische Maßnahmen beschließt, ihre Aufgabe, zu repräsentieren und so das Volk zu integrieren, nicht mehr zu erfüllen vermöchte. So führt der Interventionismus schließlich zu einer fatalen Desintegrierung des politischen Gesamtkörpers[59]. Man wird zwar die alte, individualistische Ansicht von Gesellschaftszweck und Gemeinwohl als Harmonie der Privatinteressen, wie sie unter anderen Quesney vertrat, heute längst nicht mehr aufrechterhalten. Allein das Gemeinwohl besteht dennoch zu einem guten Teil in der gegenseitigen Anerkennung von Interessen. Oder noch besser: Es besteht in einem Verfahren. Seine Förderung durch die schöpferische Entscheidung repräsentativer Behörden hängt aber davon ab, daß nicht der ganze Interessenkonflikt dem Staate aufgeladen werde[60]. Vor allen Dingen ist das Gemeinwohl nicht Selbstzweck, sondern nur «die Hilfe, die die Menschen aus ihrer gesellschaftlichen Kooperation für die Verwirklichung ihrer existentiellen Zwecke, das ist Lebensaufgaben, gewinnen»[61]. Der Interventionismus geht darüber hinaus; er will, wenn

---

[59] Über die Begünstigung dieser Erscheinung durch das Verhältniswahlrecht siehe das Vorwort von Alfred Weber zu Hermens, Demokratie oder Anarchie, 1951, S. VIII, und über die Erscheinung selbst die Einleitung von Friedrich, S. 1ff. daselbst, ferner das aufschlußreiche Buch von James Mac Gregor Burns, Congress on Trial, The Politics of Modern Law Making, 1949.

[60] Vgl. auch Meßner a.a.O. S. 136.

[61] Meßner, S. 143.

er nicht in dilatorischen Formelkompromissen stecken bleibt, «sein Gemeinwohl» unter Umständen auf Kosten der menschlichen Persönlichkeit erkaufen.

c) Die inhaltliche Unbestimmtheit des Art. 31 bis Abs. 3 lit. a und b bewirkt weiter, daß, was als Ausnahme von der Gewerbefreiheit gedacht, zur Regel wird, daß die Abweichung vom Freiheitsrecht zur Aufhebung führt, daß das Freiheitsrecht von innen aufgerollt wird. Gewiß war das nicht der Wille des Verfassungsgesetzgebers; er wollte nicht «abandonner la détermination de la liberté au pouvoir discrétionnaire du législateur»[62]. Doch die Antinomie zwischen Verfassung und Interventionismus war stärker als sein Wille, wie es einer echten Antinomie entspricht. Die schweizerische Bundesverfassung verkennt in Art. 31 bis Abs. 3, daß Zielsetzungen der Gesellschaftsordnung von diesem Ausmaß gänzlich ungeeignet sind, das Grundrecht grundsätzlich intakt zu lassen und nur einzuschränken. Es ist auffallend, daß das deutsche Verfassungsrecht der Gegenwart in Übereinstimmung mit dem amerikanischen sich gerade gegen diese Auflösung der Grundrechte von innen heraus ausdrücklich wendet, während man in der Schweiz anno 1947 der bedeutsamen Frage nicht die gebührende Beachtung geschenkt hat. Nach Art. 19 des Bonner Grundgesetzes darf selbst dort, wo das Grundgesetz die Einschränkung eines Grundrechtes durch einfaches Gesetz zuläßt, auf keinen Fall der Wesensgehalt des Grundrechtes angetastet werden[63]. Noch deutlicher als die Verfassung der Bundesrepublik ist zum Beispiel Art. 63 der hessischen Verfassung:

«Soweit diese Verfassung die Beschränkung eines der vorstehenden Grundrechte durch Gesetz zuläßt, oder die nähere Ausgestaltung einem Gesetz vorbehält, muß das Grundrecht als solches unangetastet bleiben.

---

[62] Bridel, Sur les limites des libertés individuelles, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht», S. 99.

[63] H. von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, S. 116ff.

Gesetz im Sinne solcher grundrechtlicher Vorschriften ist nur eine vom Volk oder der Volksvertretung beschlossene allgemeinverbindliche Anordnung, die ausdrückliche Bestimmungen über die Beschränkung oder Ausgestaltung des Grundrechts enthält. Verordnungen, Hinweise im Gesetzestext auf ältere Regelungen, sowie durch Auslegung allgemeiner gesetzlicher Ermächtigungen gewonnene Bestimmungen genügen diesen Erfordernissen nicht.»

Art. 31 bis dagegen tastet in weitem Umfang das Grundrecht selber an. Er verbietet auch nicht Verordnungen und Ermächtigungsgesetze. Er verlangt nicht, daß alle grundrechtsbeschränkenden Gesetzesbestimmungen ausdrückliche sein müssen. Vollends unerbittlich konstitutionalistisch ist demgegenüber auf deutscher Seite die bayrische Verfassung, die in Art. 98, wie es scheint, überhaupt nur polizeiliche Grundrechtsbeschränkungen und auch diese nur zuläßt, wenn sie zwingend notwendig sind[64].

e) Endlich versagt Art. 31 bis Abs. 3 BV vollständig, wenn es gilt, die darin aufgeführten Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes von denen der Kantone abzugrenzen. Darf zum Beispiel der Bund gestützt auf lit. a zur Erhaltung eines bedrohten Berufes kantonale oder kommunale Steuern herabsetzen? Oder in das kantonale Fischereiregal eingreifen? Oder in die Verfügung der Kantone und Gemeinden über ihre Straßen und Plätze? Man wird all das mit Entrüstung ablehnen. Allein die Frage ist nach Art. 31 bis Abs. 3 ungewiß. Zielsetzungen, wie Art. 31 bis Abs. 3 sie enthält, sind eben zur Abgrenzung gegenüber den kantonalen Gesetzgebungshoheiten ungeeignet. Es würde hiezu gegenständlich umschriebene Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes brauchen. Die gegenständlich bestimmten Gesetzgebungskompetenzen des Bundes sind den kantonalen Zuständigkeiten, von denen sie abgehoben werden müssen, sachlich benachbart. Wie sich die Oberaufsicht des Bundes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Art. 24 bis BV) vom kantonalen Gewässerregal abhebt, läßt sich, wenn auch mit einiger Mühe, ermitteln; jeden-

[64] Friesenhahn, Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 251.

falls darf das kantonale Gewässerregal nicht auf Grund der Oberaufsicht durch den Bund aufgehoben werden. Wer aber kann uns begründen, daß nicht auf Grund von Art. 31 bis Abs. 3 lit. a die kantonalen Hausiergesetze aufgehoben werden dürfen, wenn es der Erhaltung eines in seinen Existenzgrundlagen gefährdeten Berufes dient? Das läßt sich auf dem Auslegungsweg überhaupt nicht begründen, denn bloße Zielsetzungen ohne Nennung der Mittel und Wege und genauen Maßnahmen, decken naturgemäß alles, was zu solchen Zielen führt, und damit scheinbar auch eine beliebige Zurückdrängung der Kantone. Im Interventionismus, wie er in der Bundesverfassung Eingang gefunden hat, liegt also auch noch eine ernste Gefahr für die Kantone. Natürlich können auch hier noch politische Widerstände Halt gebieten. Uns war es aber darum zu tun, zu zeigen, daß die normativen Widerstände, die zu einem voll ausgebauten Rechtstaat und Bundesstaat gehören, mächtig abgebaut wurden.

Es kann nicht entgegengehalten werden, dieser Abbau treffe ausschließlich die wirtschaftliche Freiheit. Durch Machtkonzentration wird mittelbar auch die in andern Grundrechten gewährleistete geistige Freiheit berührt. Sodann hängt allgemein die Freiheit auch vom Geiste der einfachen Gesetzgebung ab[65]; die Gesetze des Interventionismus aber sind wenig freiheitlich. Endlich hat schon Montesquieu darauf hingewiesen, daß das Maß der Freiheit in einem Volke auch von den «exemples reçus» mitbestimmt werde. Die interventionistischen Vorschriften und Maßnahmen des Staates geben schwerlich den Privatpersonen und Gruppen, die in ihrem Bereich auch über die Abgrenzung von Freiheit und Bindung verfügen, ein gutes Beispiel.

V.

Die wirtschaftspolitischen Bedürfnisse des Massenzeitalters sind stärker als der Konstitutionalismus. Die Funk-

[65] H. Huber, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, Zeitschrift für schweizerisches Recht, n. F. 55 S. 193a.

tion des Staates wird ihm durch eine bestimmte Kultursituation aufgegeben[66]. Der moderne Staat hat sich als souveräner und als Flächenstaat (als organisierte soziale Wirkungseinheit auf territorialer Grundlage) und als Glied der rechtlich losen, aber faktisch von Interdependenz erfüllten Staatengesellschaft des Abendlandes seit dem 13. Jahrhundert herausgebildet, als der postfeudale, ständische und schließlich nach Überwindung des Absolutismus individualrechtlich gebundene Staat[67]. Der konstitutionelle Staat nimmt nur einen Teil dieser geschichtlichen Epoche ein. Gegenwärtig scheint ihm das Ende bereitet zu werden. Der Glaube an die Möglichkeit rationeller Gestaltung der staatlichen Organisation schwindet. Die Rechtsverfassung des Staates ist nicht mehr relativ verselbständigt gegenüber der gesellschaftlichen Wirklichkeit, sondern droht in ihr zu versinken. Die Verfassung des Staates wird wieder mehr und mehr zum höchst labilen Übermachtsverhältnis[68], dem der spezifische Legitimitätsgrund allmählich abhanden kommt. Das sittliche Problem der Macht[69], für Aufklärung und Liberalismus ein entscheidendes Problem, wird nicht mehr auch durch freiheitliche Organisationsprinzipien (Grundrechte, Gewaltentrennung, Zuständigkeitsordnung) zu bewältigen gesucht, denn die entsprechenden Rechtssätze unterliegen einem beispiellosen Bedeutungswandel oder entfallen gänzlich durch das Einfallstor der gesellschaftlichen Wirklichkeit der Zeit nach den zwei Weltkriegen[70]. Es hält aber schwer zu glauben, daß ohne den Konstitutionalismus die Freiheit erhalten werden könne, daß nicht auch der Zivilist im Kasernenhofdasein enden werde.

---

[66] Heller, Staatslehre, S. 201.

[67] Werner Näf, Frühformen des modernen Staates im Spätmittelalter, Historische Zeitschrift, 1951, S. 225ff.

[68] Heller, Staatslehre, S. 278.

[69] Gerhard Ritter, Das sittliche Problem der Macht, 1948.

[70] Über Normalität und Normativität, Verfassungsrecht und gesellschaftliche Wirklichkeit Heller, Staatslehre, S. 258ff.