**Zeitschrift:** Gewerkschaftliche Rundschau : Vierteljahresschrift des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes

**Herausgeber:** Schweizerischer Gewerkschaftsbund

**Band:** 41 (1949)

**Heft:** 8

**Artikel:** Verbandsrecht und staatliches Recht

**Autor:** Gysin, Arnold

**DOI:** https://doi.org/10.5169/seals-353399

**Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

**Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

**Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

**Download PDF:** 11.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch**

GEWERKSCHAFTLICHE RUNDSCHAU

MONATSSCHRIFT DES SCHWEIZERISCHEN GEWERKSCHAFTSBUNDES
ZWEIMONATLICHE BEILAGEN: „BILDUNGSARBEIT" UND „GESETZ UND RECHT"

HEFT 8 · AOUT 1949 · 41. JAHRGANG

# Verbandsrecht und staatliches Recht

## I

1. Unter diesem Titel hat der Berner Staatsrechtslehrer *Hans Huber*, Schüler und Nachfolger Professor Walther Burckhardts, eine Abhandlung erscheinen lassen, die grundlegende Fragen aufwirft[1]. Die Auseinandersetzung mit dieser Kritik an der gegenwärtigen Rechtsentwicklung interessiert vor allem auch die Berufsverbände. Versuchen wir daher zunächst, die Gedankengänge kurz und verständlich zusammenzufassen.

« Im modernen Rechtsstaat des europäischen Festlandes », so beginnt die Abhandlung, « ist das Gesetz grundsätzlich die einzige Form der Rechtsschöpfung. » Es « erscheint als das Erzeugnis der staatlichen Souveränität ». Das Gesetz gilt, nachdem die moderne Entwicklung im Positivismus zunächst zu einer Loslösung der Gesetzgebung von höheren ethischen Bindungen geführt hatte, heute « wieder mehr als Ausdruck eines höheren Rechtes, eines Rechtes, das auch die Staatsgewalt bindet ». In Verfolgung dieser Konsequenz strebt die Entwicklung zum « Aufbau einer neuen universalen Ordnung, welche die Souveränität der Nationalstaaten beseitigt. Auch diese Ordnung « wird wiederum des Gesetzes in irgendeiner Form nicht entraten können ».

Dieser gradlinigen Entwicklung, das heisst dieser Ausdehnung des Gedankens moderner Rechtsordnung auf das Weltganze, kommt nun — wir folgen immer Huber — ein gleichzeitiger Auflösungsprozess im Innern der Staaten verhängnisvoll in die Quere. « Seit geraumer Zeit überlässt der Rechts- und Gesetzesstaat des Abendlandes, sozusagen sich selbst verleugnend, die Ausübung öffentlicher Funktionen privaten Verbänden, die unter keine öffentliche Verantwortung gestellt sind. » « Unter diesen öffentlichen Funktionen befindet sich auch die vornehmste, die Rechtssetzung. Dem Gesetze,

[1] « Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung », 1949, S. 52 ff.

diesem Rückgrat der rechtsstaatlichen Kultur, wird sein Rang und werden wesentliche Teile seines Anwendungsgebietes streitig gemacht... Sein Ansehen, seine Allgemeingültigkeit und der Glaube an seine Objektivität werden geschmälert. »

Dies führt, fährt Huber fort, zur Verwischung der Grenze zwischen dem öffentlichen und privaten Interesse, zur Untergrabung der Rechtsgleichheit des Gesetzes. Ein neuer Feudalismus ist im Entstehen begriffen: « Der Rechtsgenosse und Bürger im Menschen dankt ab zugunsten des Berufsgenossen und Verbandsmitgliedes, zugunsten engerer Lebenskreise und Gemeinschaften, die ihre Existenz und ihren Wirkungskreis zufälligen Entschlüssen von Privatpersonen verdanken. » « Diese Abkehr vom Staat und seinem objektiven Recht, dieser Verlust an Einheit und Allgemeinheit, diese einen Zug ins Anarchische aufweisende Zersplitterung der Rechtsordnung... ist ein Verhängnis in einer Epoche », in der das Gesetz « berufen wäre, allmählich das internationale Feld zu erobern » und wieder Verkörperung eines « höheren Rechts » zu werden.

2. Dieser Einleitung schliesst Huber eine interessante Erörterung über Gesetz und Vertrag an, die wir, ohne zunächst Stellung zu nehmen, ebenfalls kurz wiedergeben:

Die Verträge dienen im Rechtsstaat den Menschen zur Gestaltung ihrer Privatverhältnisse. Diese Privatautonomie gründet sich auf das objektive Recht und ist durch dieses beschränkt. Sie darf nicht mit der staatsrechtlichen Autonomie in Parallele gestellt werden. Denn erstens ist sie nicht ursprünglich, sondern geschaffen durch das Gesetz, und zweitens schafft sie nicht objektives Recht wie die autonomen Kantone und Gemeinden, sondern subjektive (verzichtbare) Rechte. In diese Zweiteilung hinein wuchert nun immer mehr der sogenannte öffentlich-rechtliche Vertrag. Es kommt die Meinung auf, « die Beteiligten seien befugt, nach ihrem Gutscheinen das Gesetz durch den Vertrag abzulösen ». Die Nachteile « dieses Ueberhandnehmens des Vertrages an Stelle des Gesetzes »... « bestehen zum Beispiel in mangelhafter Publizität, in einem bedenklichen Schwund der Uebersichtlichkeit, in der Bindung des Staates in Fällen, wo ein Gesetz oder eine Verordnung revidiert werden könnte, in der Uebergehung und Benachteiligung von Interessenten und Gruppen von solchen in Fällen, wo sie bei Verwendung einer rechtsstaatlichen Rechtssetzungform ein Mitspracherecht gehabt hätten, in dem Fehlen jener Grundsätzlichkeit und Gründlichkeit, die sich bei der Gesetzgebung von selbst mehr einstellt als bei der Vertragsschliessung, in der Ausschaltung von Volksvertretung und Referendum usw. ».

Hauptanwendungsgebiet dieser Verschiebung und Vermengung ist die Tätigkeit der Wirtschaftsverbände, auch ausserhalb der

Kriegswirtschaft. Daher untersucht Huber vor allem den Gesamtarbeitsvertrag. Seine Entwicklung beruhte vor Erlass der Artikel 322 und 323 des OR im Jahre 1911 « auf einer blossen Anmassung der Verbände ». Denn allein der Gesetzgeber hätte ihren Abmachungen « die Wirkung der Unabdingbarkeit gegenüber den individuellen Dienstverträgen beilegen können ». Diese Unabdingbarkeit sei Begriffsmerkmal des Gesamtarbeitsvertrages. Der entscheidende Schritt sei 1911 mit der gesetzlichen Zuerkennung der Unabdingbarkeit (nicht etwa erst mit der späteren Einführung der Allgemeinverbindlichkerklärung) getan worden. « Als 1911 die Artikel 322 und 323 in das OR aufgenommen wurden, da wurden keineswegs die Schranken der Privatautonomie etwas erweitert, sondern es wurde ein wahres Kuckucksei in das Nest unserer Rechtsordnung gelegt. Die Verbände wurden zur Rechtssetzung herangezogen, aber zur Rechtssetzung in der inadäquaten Form des Vertrages und ohne jenes Korrelat der staatlichen Beaufsichtigung dieser Rechtssetzung, das sich sonst auch die weit zuverlässigeren Verbände mit Rechtssetzungsautonomie, nämlich die Gemeinden, gefallen lassen müssen. »

Und heute, so führt Huber fort, lehnt dieser vom Gesetzgeber unvermerkt eingesetzte « aggressive Nebenbuhler » sogar einen Ausbau der Gesetzgebung über das Verbands- und Gesamtarbeitsvertragsrecht ab, weil die Verbände selbst über die weitere Entwicklung des Gesamtarbeitsvertrages befinden wollten. Dazu komme die weitere Ungereimtheit, dass die privatrechtlich organisierten Verbände sich « öffentliche Zwecke zulegen ». Ihre Statuten seien im Rahmen der Privatautonomie dazu aber gar nicht in der Lage. « Soll aber der Staat wirklich auf diese Weise die Verbände dazu verleiten, ausserhalb ihres statutarischen und einzig legalen, weil einzig privaten Verbandszweckes tätig zu werden ... », wie dies zum Beispiel durch die revidierten Wirtschaftsartikel nun geschehe? « Wenn der Staat den Abschluss und die Verlängerung des sogenannten Stabilisierungsabkommens durch die Spitzenverbände fördert und dieses Abkommen seiner Wirtschaftspolitik zugrunde legt, so stiftet er auch private Verbände auf, die Grenze der Privatautonomie zu überschreiten. »

Als weiteres Beispiel dieser Entwicklung zitiert Huber die qualifizierte Rechtsverordnung nach dem Entwurf Germann/Hug für ein Bundsgesetz über den Arbeitsschutz. Diese qualifizierte Rechtsverordnung habe im Vergleich zum allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag zwar gewisse Vorteile, aber es frage sich, ob daneben die Allgemeinverbindlicherklärung von Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen dann noch ein Daseinsrecht habe. Verfassungsrechtlich sei zu beanstanden, dass dieses neue Rechtssetzungsverfahren, zumal es auch den Kantonen aufgedrängt werde, durch blosses Bundesgesetz, nicht durch Verfassungsrevision eingeführt werde.

Huber bemerkt, dass durch die Uebernahme öffentlicher Funktionen die Verbände selbst in gewissem Sinne öffentliche Verbände werden. Sie wachsen in den Staat hinein und streifen ihr rein privates Wesen ab. Eine Strukturwandlung geht vor sich, von der nicht nur die Wirtschaftsverfassung, sondern « in vielleicht noch höherem Masse die politische Verfassung des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates betroffen » wird.

## II

Ich nehme an, dass auch der Nichtjurist diesen Gedankengängen Hubers ohne Mühe gefolgt ist. Sie werden ihren Eindruck kaum verfehlen. Das ist begreiflich. Was Huber vorbringt, ist — mag es auch die persönliche Prägung eines juristischen Denkers haben — keine bloss persönliche Meinungsäusserung. Sondern es wird hier gleichsam das Arsenal der modernen rechtsstaatlichen Entwicklung, das Produkt jahrzehntelanger Kulturarbeit als Maßstab an ein Geschehen herangetragen, das der Träger dieses Kulturgutes oft als zersetzend empfindet. Zudem wollen wir nicht übersehen, dass diese Kritik zum guten Teil auf dem Boden der bewährten Lehre Walther Burckhardts steht. Die Tätigkeit dieses unbestechlichen, von tiefer Humanität getragenen Gelehrten hat auch in den Kreisen des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes stark eingewirkt. In einer Zeit des Rechtszerfalls verkörperte Burckhardt für viele das staatsrechtliche Gewissen der Schweiz. Und es klingt wie eine symbolische Mahnung, dass Burckhardt im Frontenfrühling 1934 mit Gedankengängen, die denen Hubers gleichen, den Korporationenstaat scharfsinnig analysiert und damit wirksam bekämpft hat[2]. Auch den Gesamtarbeitsvertrag, das heisst die Unabdingbarkeit seiner Normen, hat er damals « zerpflückt » und darauf hingewiesen, dass die Korporativisten aller Schattierungen gerade hier anknüpften und dass ihre « Wendung » meistens darin bestand, den Gesamtarbeitsvertrag ins öffentliche Recht zu stossen und damit den Verbänden die überlieferte Freiheit des Privatrechts zu nehmen. « Die Körperschaft, die eine vom Staat als notwendig erkannte gesellschaftliche Aufgabe zu erfüllen hat, muss auch notwendig bestehen; mit anderen Worten, sie muss als ein unentbehrliches staatliches Organ von Rechts wegen vorgesehen und gebildet werden[3]. »

Auch ich habe im Chor der Warner wiederholt auf die fatale Seite der Entwicklung der Berufsverbände nach der öffentlichrechtlichen Seite hin aufmerksam gemacht. « Diese ganze schiefe Ebene beginnt damit, dass die Berufsverbände sich zunächst *selbst* in die Sphäre des öffentlichen Rechts hinein begeben, indem sie

---

[2] Burckhardt, Gedanken eines Juristen über den Korporationenstaat, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 1934, S. 97 ff.

[3] Burckhardt, a. a. O., S. 118.

eine ‚Kompetenz' nach der anderen ebenso willig, wie sie ihnen angeboten wird, ergreifen. Eines Tages wird die Rechnung gestellt... Es ist die Schlussfolgerung, dass der Staat Verbände, die so grundlegende öffentliche Kompetenzen geniessen, nun auch *kontrollieren* müsse[4]. »

Demgegenüber darf man nicht einfach auf die Tatsachen, wie sie nun einmal sind, verweisen und damit alle « Bedenken » des Juristen bagatellisieren. Es ist eben einmal eine der vornehmsten Aufgaben gerade der Juristen, die Tatsachen nicht bloss als solche hinzunehmen, sondern sie abzuwägen und zu bewerten. Und dann möchten die Wissenschaft und der politisch handelnde Mensch sich dem Strom des Geschehens auch nicht nur überlassen, sondern in ihm lenkend und gestaltend wirken. Deshalb ist Ueberblick und grundsätzliche Besinnung immer wieder nötig.

Und da wollen wir anerkennen, dass wir ein gutes Stück gemeinsam mit der Kritik Hubers zusammengehen können. Ohne Zweifel sind die « Herrschaft des Gesetzes » und die Aufrechterhaltung und Entwicklung der demokratischen rechtsstaatlichen Formen Güter, zu denen wir wachsam und dauernd Sorge tragen müssen. Denn so wie die Wahrung der verfassungsmässigen Formen eine unerlässliche Voraussetzung für die Erhaltung der Demokratie und der Rechte des Volkes darstellt — so ist auch die Anerkennung der grundsätzlichen Priorität des *Gesetzes* vor allen Formen rechtsgeschäftlicher Betätigung, somit auch vor dem *Vertrag*, eine Grundbedingung des Rechtsstaates. Das Gesetz ist die adäquate Form, in der sich die Rechtsgleichheit verwirklicht, zunächst als « Gleichheit vor dem Gesetz » und dann fortschreitend als materielle Gerechtigkeit des Gesetzes selbst. Diese Funktion kann der Vertrag, der selbst der Rechtssetzung bedarf, nicht übernehmen. Der chaotische Zustand des Völkerrechts lehrt das zur Genüge.

Etwas Richtiges liegt auch in der Bemerkung, dass auf dem Gebiet des Gesamtarbeitsvertragsrechts im gewissen Sinne der entscheidende Schritt nicht erst durch die Einführung der Allgemeinverbindlichkeit, sondern schon im Jahre 1911 durch die gesetzliche Statuierung der Unabdingbarkeit geschehen ist. Inwiefern dies zutrifft, wollen wir noch sehen. Auf alle Fälle sollte der Gesamtarbeitsvertrag als streng privatrechtliche Kategorie in seiner Freiheit erhalten bleiben. Ich habe deshalb bei der Beratung des gewerblichen Arbeitsgesetzes vor der Einführung öffentlich-rechtlicher Kollektivverträge gewarnt und in der grossen Expertenkommission die schliesslich akzeptierte Lösung in der Form der qualifizierten Rechtsverordnung empfohlen.

---

[4] Gysin, Richtlinien und Postulate zum Schutz der Arbeit in den Gewerben, Gewerkschaftliche Schriften, Heft 7, 1933, S. 16 f, ähnlich zum Beispiel « Gewerkschaftliche Rundschau », 1945, S. 339, « Arbeitsrecht » 1943, S. 70.

Ein Problem, das immer im Auge behalten werden muss, liegt auch in der Beeinträchtigung der regulären Volksrechte durch die Mitwirkung der wirtschaftlchen Verbände bei der Rechtssetzung. Das Problem stellt sich insbesondere bei der Allgemeinverbindlicherklärung der Gesamtarbeitsverträge.

Schliesslich wollen wir auch heute wieder anerkennen, dass die Erhaltung der privatrechtlichen Autonomie der Berufsverbände und das heisst *ihrer vom Staate nicht gelenkten Selbsttätigkeit* eine wohlüberlegte Zurückhaltung in der Uebernahme öffentlich-rechtlicher Funktionen voraussetzt. Man kann auch hier nicht beides, « den Fünfer und das Weggli » haben[5].

Das alles sind wichtige Wahrheiten, über die wir mit Huber einig sind. Dabei denken wir auch daran, dass der « Kampf gegen das Gesetz » nur allzuoft ein reaktionärer Kampf gegen die fortschreitende ausgleichende Sozialgesetzgebung ist.

## III

An der Kritik Hubers sind nun aber doch wichtige Einschränkungen und Korrekturen anzubringen. Sie machen zunächst einige rechtstheoretische Bemerkungen nötig. Ich will versuchen, auch hier kurz und allgemeinverständlich zu bleiben.

1. Huber geht von der in der heutigen Jurisprudenz zweifellos herrschenden Auffassung eines gewissermassen verabsolutierten Gegensatzes zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht aus, an den sich dann der Gegensatz zwischen subjektivem und objektivem Recht anschliesst. Von diesem Axiom aus wird auch die Rolle des Vertrages und der Verbände beurteilt.

Gerade dieses Axiom unterliegt nun aber rechtstheoretischen Bedenken.

Ich möchte zwar nicht bestreiten, dass für die technisch-juristische Beherrschung der positiven Rechtsordnung die möglichst präzise Anwendung dieser Begriffsschemata eine wertvolle Hilfe leistet. Diese Schemata dienen praktisch einer sauberen Handhabung des positiven Rechts. Und da mag man schon begreifen, dass der Jurist etwas nervös wird, wenn die Praxis, insbesondere der Verbände, dieser Einteilung gelegentlich in die Quere kommt.

Aber man muss sich dann eben davor hüten, aus dieser rein rechtstechnischen Angelegenheit unbesehen « weltanschauliche » Konsequenzen abzuleiten. Nach richtiger Auffassung dienen sowohl

---

[5] So im Prinzip auch Schweingruber, Gesetz und Kollektivvertrag, Gewerkschaftliche Schriften, Nr. 19, 1946, S. 30 f. Schweingruber meint sogar, dass die Berufsverbände eben wegen der Konsequenzen überhaupt die Uebernahme staatlicher Funktionen nicht wünschten. Tatsächlich stimmt dies nicht. Sie üben öffentliche Funktionen aus. Aber es kommt hier wesentlich auf die Art und das Ausmass dieser Funktionen an, auch auf die grundsätzliche Haltung der Verbände.

die Formen des öffentlichen Rechts als auch diejenigen des Privatrechts der Herstellung gerechter Beziehungen zwischen den Menschen. Wohl besteht eine Ueberordnung des Gesetzes über den Vertrag in der Hierarchie der Rechtsordnung. Aber es ist nicht so — und das ist das Entscheidende —, dass auf der einen Seite (öffentliches Recht) die Gerechtigkeit, auf der anderen Seite (privates Recht) die blosse « Willkür » steht. Vielmehr wird es auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts immer Situationen geben, wo verschiedene gleichwertige Lösungen und Entscheidungen möglich sind. Mit anderen Worten: Es gibt auch im öffentlichen Recht einen « Spielraum der ethischen Indifferenz » oder der « Willkür » (die hier allerdings keine private ist). Umgekehrt ist den Rechtsgenossen im Privatrecht die private Freiheit ihrer Entscheidung nicht gegeben, weil das Recht hier *als solches* willkürlich wäre. Sondern die Rechtsordnung setzt voraus, dass dort, wo die Rechtsgenossen sich frei einigen, im allgemeinen ein einigermassen gerechtes Resultat herauskomme. Zudem misst man in dieser Sphäre der Freiheit der *privaten* Entscheidung einen derartigen Eigenwert bei, dass auch gewisse Ungleichheiten des Ergebnisses, nämlich des Vertragsinhalts, noch als kompensiert erscheinen können. Man sagt sich mit anderen Worten, es sei bis zu einer gewissen Grenze immer noch besser, etwelche Ungleichheiten des Ergebnisses der privatrechtlichen « Rechtsschöpfung » zu akzeptieren, als die Menschen durch öffentlich-rechtliche Festsetzung allen Rechts ganz ihrer privaten Verfügung über ihr Recht zu berauben. Und je gleicher die Parteien sind, je ausgeglichener ihre Machtsphäre ist, desto ausgeglichener wird auch der Vertragsinhalt sein, den sie schaffen.

Ist man sich darüber aber einmal klar, dann erkennt man die Verabsolutierung der Gegensätze zwischen Gesetz und Vertrag und zwischen öffentlichem Recht und privatem Recht als falsch. Dann erscheint nämlich der Vertrag zum mindesten vom Standpunkt der Rechtstheorie, das heisst von einer an der Gerechtigkeit orientierten Betrachtung aus, als eine *dezentralisierte Form der Rechtssetzung* in der Hierarchie der Rechtsordnung[6]. Das Gesetz geniesst daher in Wahrheit in der Rechtssetzung kein *Monopol* gegenüber dem Vertrag, wie Huber annimmt, sondern nur eine rangmässige Priorität im Stufenbau der Rechtsordnung.

2. Man erkennt, dass sich von hier aus allerdings eine andere Perspektive eröffnet. Nehmen wir nur einmal den Gesamtarbeits-

---

[6] In dem grossen — hier nicht zu erörternden — Streit zwischen den Antipoden Walther Burckhardt und Hans Kelsen stehe ich in diesem Punkt somit auf dem Boden der Kelsenschen Lehre. Walther Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Auflage, 1944, zum Beispiel S. 24 ff. Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 195, 231 ff. Gysin, Zeitschrift für schweizerisches Recht, 1927, S. 338; ferner « Oeffentliches Recht und Privatrecht », Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. 9, 1930, S. 481 ff.

vertrag. So lange man Gesetz und Vertrag als absolute Gegensätze betrachtet und die etwas mystische Theorie von den « Rechtsquellen » spielen lässt, so lange mag einem der Gesamtarbeitsvertrag, dieses plötzlich ganz « systemwidrig » zur « Rechtsquelle » beförderte « Kuckucksei » ein juristisches Gruseln erregen. Schweingruber hat darüber nicht ohne Recht gespottet[7]. Man darf hier aber nicht bloss auf den Gesamtarbeitsvertrag als Tatsache hinweisen. Sondern man muss versuchen, den wissenschaftlichen Fehler in der Kritik des Gesamtarbeitsvertrages blosszulegen. Man muss die « Bedenken » juristisch und rechtstheoretisch zu zerstreuen suchen.

Und da ist schon vom Boden der traditionellen (falschen) Theorie aus die Sache nicht ganz so abwegig, wie der Jurist mitunter meint. Auch Walther Burckhardt fasst von seinem Standpunkt aus die im Obligationenrecht verankerten Vertragstypen mit ihren nichtzwingenden Normen über Kaufvertrag, Werkvertrag usw. als Niederschlag einer Uebung auf. Das Gesetz stellt zur Ergänzung und Präzisierung hier *das* als Vertragsinhalt auf, was « tatsächlich am meisten abgemacht wird »[8]. Trifft das zu, dann ist es nun doch keineswegs befremdlich, wenn auch Berufsverbände unter sich solche Regeln vereinbart haben, die als Ergänzung der Einzelverträge galten. Dieser alte, *vor* 1912 geübte Gesamtarbeitsvertrag war also alles andere als eine « Anmassung der Verbände ». Jene « Normen » beanspruchten eben noch gar keine « Unabdingbarkeit ». Die Unabdingbarkeit gehört nach der arbeitsrechtlichen Lehre nicht zum Begriff des Gesamtarbeitsvertrages, wie Huber glaubt. Sondern sie ist dem Gesamtarbeitsvertrag erstmals durch das schweizerische OR von 1911 zugeschrieben worden[9]. Jener ältere Gesamtarbeitsvertrag, der noch heute das englische Recht mit Erfolg beherrscht, entspricht daher weitgehend den von den Berufsverbänden herausgegebenen Vertragsformularen und « Musterverträgen ».

Die Fortsetzung des Gedankens liegt dann zunächst im Normalarbeitsvertrag unseres OR[10]. Und nun ist das OR schon hier insofern « systemwidrig » vorgegangen, als hier ausnahmsweise auch kantonales Zivilrecht auftritt und ferner Zivilrecht, das durch den Bundesrat oder die « zuständige kantonale Behörde » nach Anhörung der beteiligten Berufsverbände oder gemeinnützigen Vereinigungen erlassen wird! Auch die Kantone haben die Regierung oder sogar das kantonale Einigungsamt als zuständig erklärt und somit die gesetzgebende Behörde ausgeschaltet[11]. Betrachtet man

---

[7] E. Schweingruber, Entwicklungstendenzen des Gesamtarbeitsvertrages, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 1947, S. 193 ff.

[8] Burckhardt, Organisation, 2. Auflage, S. 53.

[9] Kaskel, Arbeitsrecht, 1928, S. 16; Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1927, S. 50.

[10] Vgl. dazu Schweingruber, Arbeitsrecht, 1946, S. 48 ff.

[11] Berenstein, Normalarbeitsvertrag, juristische Kartothek 1947.

diese beruflich gegliederten Normalarbeitsverträge dann auch inhaltlich etwas näher, so wird bald klar, dass die Ausscheidung dezentralisierter beruflicher Rechtskreise hier ihre gute Begründung hat und dass sich das auftretende Problem mit zentralisierter einheitlicher Gesetzgebung kaum lösen lässt.

Hier greift nun der moderne, erstmals in der Schweiz eingeführte Gesamtarbeitsvertrag mit der durch das Gesetz eingeführten Unabdingbarkeit seiner Normen ein. Er geht einerseits einen Schritt weiter als der Normalarbeitsvertrag, indem er *zwingendes Privatrecht* schafft, also etwas, was sonst Private nicht schaffen können. Anderseits geht er weniger weit als der Normalarbeitsvertrag. Denn die zwingenden Normen des Gesamtarbeitsvertrages gelten nicht allgemein im Beruf, sondern nur für die am Gesamtarbeitsvertrag « beteiligten » Berufsgenossen, für ihre Einzeldienstverträge. Beachtet man, dass im Zentrum dieser Normen der Lohntarif steht und dass die immer dringender werdenden sozialen Fragen sich durch die blosse Methode der Einzelfestsetzung der Löhne nicht mehr haben lösen lassen, dann wird auch klar, *dass diese kollektivrechtliche Form der Lohnregulierung eines Tages einfach kommen musste, wenn man nicht zur staatlichen Lohnfestsetzung übergehen wollte.*

So verhält es sich also rechtspolitisch mit dem « Kuckucksei ».

Aber auch rechtstheoretisch sieht die Sache nicht ganz so dramatisch aus. Zunächst ist zu beachten, dass wir uns mit dem Gesamtarbeitsvertrag ja immer noch auf dem Boden des Privatrechts bewegen. Wenn daher der Staat den Verbänden die Möglichkeit gibt, *für ihre Mitglieder* zwingende Normen zu schaffen, so will er doch wohl nichts anderes tun, als ein Optimum an sozialem Ausgleich unter Aufrechterhaltung privatrechtlicher Methoden erzielen, das heisst Freiheit mit der Gleichheit soweit wie möglich aussöhnen. Versuchen wir einmal, diese Rechtslage aus den Grundgedanken des Privatrechts heraus zu verstehen. Dann ergibt sich etwa die folgende Ueberlegung: *Verpflichtungen* konnten die Verbände des Privatrechts für ihre Mitglieder ohnehin schon immer aufstellen. Die Verbände beschränken auch damit die Freiheit des Einzelnen. Der *Einzelne* darf die ihm auferlegten Pflichten nicht verletzen. Aber er kann es allerdings. Daher sind Rechtsgeschäfte, die das Mitglied mit Aussenstehenden in Verletzung dieser Pflichten (zum Beispiel der « Kartellnormen ») abschliesst, im allgemeinen gleichwohl gültig. *Im Falle des Gesamtarbeitsvertrages treffen sich nun aber die Verpflichtungen von beiden Seiten.* Das ist die wichtige Eigenart des Gesamtarbeitsvertrages: Sowohl der organisierte Arbeitgeber als der organisierte Arbeitnehmer verletzten schon vor dem OR von 1911 beiderseits ihre Mitgliedschaftspflichten, wenn sie Dienstverträge entgegen den vereinbarten Tarifnormen abschlossen. Schon hier lag also im « normwidrigen » Einzelrechtsgeschäft sehr oft ein

Verstoss gegen die guten Sitten, der den « normwidrigen » Einzeldienstvertrag nach den allgemeinen Grundsätzen des Privatrechts ungültig machte. Je stärker nun im Laufe der Entwicklung das Bewusstsein der beruflichen Solidarität sich entwickelte, desto mehr musste dieser Fall, wo der « normwidrige » Einzelvertrag zugleich auch ein *sittenwidriger* und deshalb ungültiger im Sinne des objektiven Rechts wurde, zur Regel werden. Denn nun war nicht mehr bloss der Tatbestand einer beidseitigen gewissermassen isolierten Verletzung der *Treuepflicht* jedes der beiden Einzelkontrahenten gegenüber seinem Verband gegeben[12]. *Sondern zur Verletzung der beiderseitigen Treuepflicht durch die beiden Einzelkontrahenten kam noch ein durch sie gemeinsam begangener Einbruch in die die Verbände beider Seiten umspannende wachsende Berufssolidarität.* War es da etwas so Ungeheuerliches, wenn der Gesetzgeber die aus diesem Tatbestand und den allgemeinen Grundsätzen des objektiven Privatrechts sich ergebende Konsequenz im Interesse der Rechtsklarheit generalisierte? Er erklärte im Grunde genommen doch nur das: Die normwidrigen Einzelvertragsbestimmungen sind von nun an nicht mehr bloss je nach der Lage des Einzelfalles, sondern *in jedem Fall ungültig.* Er generalisierte einen Rechtssatz der sittlichen Beurteilung. Und er knüpfte daran eine neuartige, rechtstechnische praktische Konstruktion. Gewiss, das *war* ein Schritt über das « System » hinaus. Aber es war ein Schritt, der auf dem festen Boden der Sache selbst gemacht wurde und der grundsätzlich im Rahmen der privatrechtlichen Konzeption blieb.

Zweifellos ist mit dieser Ermächtigung zum Erlass zwingender Normen auch Verantwortung verbunden. Aber im Gegensatz zur Darstellung Hubers besteht schon heute eine solche, zum Beispiel durch die Friedenspflicht, also eine privatrechtliche Verantwortung. Diese Verantwortung könnte durch eine Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag, die von den Verbänden meines Wissens nicht a priori abgelehnt wird, ausgebaut werden, unter anderem dadurch, dass unorganisierte Gruppen vom Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen ausgeschlossen würden.

Als Problem für sich stellt sich alsdann die Frage der Allgemeinverbindlicherklärung der Gesamtarbeitsverträge. Wir können sie hier nicht behandeln. Ich bin mit Huber aber darin einig, dass die Allgemeinverbindlicherklärung nicht ins öffentliche Recht hinüber gezogen werden darf. Und es scheint mir, dass die Schweiz, *wenn* man schon Allgemeinverbindlicherklärung als heilsames Gift will, das Problem vorbildlich, das heisst freiheitlich und sauber gelöst hat; konsequent vom Boden des Vertrags- und Verbandsrechts aus.

Deutlich unterschieden von der Allgemeinverbindlicherklärung ist die qualifizierte Rechtsverordnung zu gestalten. Trotz der In-

---

[12] Vgl. zu dieser Treuepflicht BGE 74, II, S. 165.

itiative der Verbände handelt es sich hier um eindeutig staatliches Recht, für das der Staat die Verantwortung trägt. Aus diesem Grunde sollte man aber auch keine rein vertragsartigen Forderungen an dieses Institut stellen, das heisst, zum Beispiel nicht den Staat zwingen wollen, die Verordnung jederzeit auf blosses Begehren der Verbände wieder aufzuheben.

## IV

Auch im Grundsätzlichen entsteht nun ein wesentlich anderes Bild:

1. Huber knüpft seine Betrachtung über das Gesetz an das « höhere Recht », das heisst an naturrechtliche Gedankengänge. Von diesem Standpunkt aus scheint mir die ideologische Verabsolutierung des Gesetzes nicht recht verständlich. Zum eisernen Bestand des Naturrechts gehörte doch Jahrhunderte hindurch gerade die Vertragstheorie. Sie ist aus dem Altertum erwachsen, hat sich durch das ganze Mittelalter hindurch behauptet und hat die Zeit der Aufklärung machtvoll beherrscht. Sie war der leidenschaftliche, immer wieder festgehaltene Versuch, Staat und Gesetz auf Vertrag, das heisst auf freien eigenen Entschluss der Unterworfenen zu begründen. Mag diese Vertragstheorie nun auch rechtstheoretisch nicht zu halten sein, so zeigt sie doch, dass der menschliche Geist sich sträubt, den Vertrag, das heisst das Walten freier Entscheidung, als blosses Erzeugnis des Staates, als blosse Gnade des Gesetzes anzuerkennen.

Für uns Schweizer hat das noch seine besondere Bedeutung. Die schweizerische Eidgenossenschaft, also unser *Staat*, ist ja selbst aus *Verträgen* herausgewachsen, die früher waren als er und die in ihm noch heute lebendig verkörpert sind. Und die « Orte », die diese Bünde schlossen, waren selbst auch Wirtschaftsverbände. Also mitten drin im öffentlichen Recht unseres Staates sehen wir schon den uralten Zusammenhang von Staat und Vertrag.

Grundsätzlich stellt sich aber auch für das Privatrecht das Problem anders: Sind wir denn so ganz davon überzeugt, dass das « höhere Recht », das auch nach Huber über dem Gesetz und über dem Staatswillen stehen soll, dem Gesetzgeber nicht wenigstens das gebietet, dass er den Vertrag und damit die private Entschliessung des Menschen *grundsätzlich* anerkennt? Gilt nicht dieses Postulat *im Prinzip* sogar für jede denkbare soziologische und geschichtliche Lage? Beruht nicht die Verkennung dieses (rein grundsätzlichen) Postulats immer auf einer falschen Bewertung der menschlichen Persönlichkeit? Gewiss kann man die Privatautonomie nicht einfach als fertige selbständige apriorische Kategorie vor oder neben das Gesetz stellen. Aber die Autonomie wird doch ebensowenig wie die Persönlichkeit des Menschen durch das Gesetz « erzeugt », sondern von ihm bloss anerkannt, normiert und geschützt.

*Gesetz* und *Vertrag* stehen zueinander also doch in einem etwas anderen Verhältnis als in dem des Erzeugers zu seinem blossen Produkt.

2. Auch zwischen demokratischem *Staat und* Privatrechts*verband* sehen wir das Verhältnis nun in einem neuen Licht. Gerade die neueste Zeit hat uns darüber belehrt, dass die *Existenz privatrechtlich organisierter politischer Parteien* zum Bestand der modernen Demokratie gehört: Mit der Umformung dieser Parteien in öffentlich-rechtliche Gebilde wandelt der Staat sich zur Diktatur. Was nun aber Huber über die Unvereinbarkeit öffentlich-rechtlicher Funktionen mit dem privatrechtlichen Statut der Wirtschaftsverbände sagt, das müsste Satz für Satz ja auch auf die politischen Parteien zutreffen, wenn es richtig wäre. Auch sie würden vom Staat gewissermassen zur Verletzung ihrer eigenen Privatrechtsform aufgefordert, weil auch sie sich von ihm als Träger staatspolitischer Rechte in das demokratische Wahlverfahren einbauen lassen. Steht also nicht auch hier der Privatrechtsverband mitten im Aufbau des Staates drin? Stehen diese privaten Verbände nicht sogar an der Wiege der staatlichen Willensbildung? Und ist es nicht so, dass sie diese Willensbildung fortgesetzt bis in ihre höchsten Aeusserungen hinein kontrollieren und mit den staatlichen Organen aller Stufen immer wieder verhandeln und paktieren? Auch hier bricht der private Verband in gewissem Sinne in die Rechtsgleichheit des Bürgers ein, der für seinen Wahlakt schon wichtige Entscheidungen, zum Beispiel die der Listenzusammenstellung, vorausgetroffen sieht. Die privatrechtlich organisierten politischen Parteien sind also auch Träger öffentlicher Funktionen, gleich wie die Wirtschaftsverbände. Und doch fällt es niemandem ein, ihnen deshalb ihre Privatrechtsnatur und ihre privatrechtliche Autonomie abzusprechen. Bildung, Mitgliederaufnahme und Auflösung des Verbandes bleiben eben auch hier frei. *Darin* besteht der private Charakter der Verbände.

Es verhält sich also nicht so, dass mit den öffentlichen Funktionen der Wirtschaftsverbände erstmals ein privatrechtliches Element in den früher rein öffentlich-rechtlich aufgebauten demokratischen Staat hineinwachsen und ihn nun auflösen würde. Vielmehr ist neben den im modernen Staat immer schon vorhanden gewesenen *politischen Privatrechtsverband* in neuerer Zeit nun auch noch der *wirtschaftliche Privatrechtsverband* getreten. *Dieses* Neben- und Durcheinander ist es, was in Wirklichkeit die Situation kompliziert und uns immer wieder die Pflicht der Klärung und Vereinfachung auferlegt.

Und dieses Nebeneinander mit allen seinen heiklen Problemen erzeugt heute in der Tat eine gewisse Auflockerung und Dezentralisierung des staatlichen Rechts. Vereinbarung und Kompromiss treten vielerorts an Stelle des mechanischen Mehrheitsbeschlusses.

Engere Rechtskreise und oft schwer übersehbare Gliederungen entstehen, die den Juristen vor schwierige Aufgaben stellen. Man mag darin einen gewissen Abbau des Gesetzes und der überlieferten Staatsmacht erblicken. Aber wenn man dann schon diesen Auflockerungsprozess in den Zusammenhang mit den Problemen des Völkerfriedens und einer kommenden Universalordnung stellen will, dann darf man diesen Zusammenhang nicht nur rein negativ beurteilen. Denn gerade mit dieser Auflockerung des Staates, damit, dass ihm die Giftzähne der abstrakten politischen Macht ausgebrochen werden, steigen zugleich die Chancen dafür, dass derselbe Staat auch nach aussen mehr Verständigungsbereitschaft zeigt als in der Epoche der starren Souveränität des Staates und seiner Gesetzgebung.

Aber auch im Innern des Staates erwarten wir von dieser Dezentralisierung, die allerdings auch konsequent auf die innere Organisation der Wirtschaftsverbände selbst ausgedehnt werden sollte, eine Stärkung und nicht eine Schwächung des Gesamtzusammenhalts[13]. Besonders wir Schweizer dürften hier gegen das verfängliche Schlagwort gewappnet sein, dass die Kraft in irgendeinem Monopol der Willensbildung, in irgendeinem bequem zu handhabenden zentralen Mechanismus liege. So wie wir gelernt haben, dass der Föderalismus nicht erst bei den Kantonen, sondern schon bei den unzähligen Gemeinden als den Keimzellen und Bausteinen des Staates beginnt, so müssen wir auch lernen, dass die Uebung demokratischer Rechte bei uns in Tausenden von privaten Vereinen vor sicht geht. In diesem Sinne gehört auch der private Verein, die private Korporation des kulturellen, politischen und wirtschaftlichen Lebens unlösbar zum demokratischen Aufbau unseres Staates. Das ist, wie mir scheint, die richtige genossenschaftliche Betrachtungsweise, aus der heraus unser politisches Leben verstanden werden muss. Auf *diesem* Boden wächst bei uns das Gesetz — muss es wachsen. Mag also im Leben unserer Wirtschaftsverbände manches der Kritik bedürfen. Im Prinzip stellen sie nichts Neues, nichts Fremdes, nichts in schlechtem Sinne Auflösendes dar. Sie passen organisch in unser überliefertes, genossenschaftlich-staatliches Leben hinein.

*Dr. Arnold Gysin, Luzern.*

---

[13] Edgar Salin, Der genossenschaftliche Gedanke und die Gesamtarbeitsverträge, Zeitschrift für schweizerische Statistik und Volkswirtschaft 1943, S. 137 ff.