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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 59 (1940)

Artikel: Die staatsrechtliche Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen : zur Revision der schweizerischen Staats- und Wirtschaftsverfassung

Autor: Huber, Hans

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896187

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: 25.12.2025

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

Die staatsrechtliche Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen.

Zur Revision der schweizerischen Staats- und Wirtschaftsverfassung.

Von Bundesrichter Dr. Hans Huber, Lausanne.

		Seite
I.	Einleitung	331
II.	Die AVE von polizeilichen und wettbewerbsregulierenden Pflichten	340
	1. Die AVE von polizeilichen Vereinbarungen und Beschlüssen	345
	2. Die AVE von Bestimmungen über die Wettbewerbsregulierung	354
III.	AVE, Gewaltentrennung und Referendumsdemokratie	369
IV.	Das Verhältnis der AVE zu andern Rechtsquellen	372
V.	Die allgemeinverbindlichen Vereinbarungen und Beschlüsse als Recht von Rechtskreisen	380
VI.	AVE, Rechtsgleichheit und Gesetzesbegriff	383
VII.	AVE und Verbandsfreiheit	389
VIII.	Öffentliches Recht und Privatrecht bei der AVE	395
IX.	Zur staatsrechtlichen Ideologie der AVE	408
	1. Selbstverwaltung der Wirtschaft	408
	2. Entlastung des Parlamentes und Entpolitisierung der Wirtschaft	412
	3. Das Fehlen einer staatsrechtlichen Idee	413

I. Einleitung.

Die neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung (Art. 31, 31bis, 31ter, 31quater, 31quinquies, 32 und 34ter)[1]) erschöpfen sich teilweise darin, nachträglich eine verfassungsrechtliche Grundlage für die in der Form des

[1]) BBl 1940 S. 196.

dringlichen Bundesbeschlusses getroffenen interventionistischen Maßnahmen des Bundes herzustellen. Eine Ausnahme macht u. a. Art. 31 ter über die Einführung der Allgemeinverbindlicherklärung von Vereinbarungen und Beschlüssen von Berufsverbänden (AVE). Art. 31 ter lautet:

„Der Bund ist befugt, Bestimmungen zu erlassen über die Allgemeinverbindlichkeit von Vereinbarungen und Beschlüssen der Berufsverbände und ähnlicher Wirtschaftsorganisationen.

Die Sachgebiete, für welche der Bund oder die Kantone solche Vereinbarungen und Beschlüsse allgemeinverbindlich erklären dürfen, sind durch Bundesgesetze zu bezeichnen.

Die Allgemeinverbindlicherklärung ist nur zulässig, wenn sie von unabhängigen Sachverständigen begutachtet ist und wenn die Vereinbarungen und Beschlüsse begründeten Minderheitsinteressen und regionalen Verschiedenheiten angemessen Rechnung tragen, dem Gesamtinteresse nicht zuwiderlaufen und die Rechtsgleichheit sowie die Verbandsfreiheit nicht beeinträchtigen. Abweichungen vom Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit sind dabei zulässig."

Die Bestimmung steht freilich noch nicht in Kraft, und es ist möglich, daß sie in der einstweilen verschobenen Abstimmung von Volk und Ständen verworfen wird. Dennoch rechtfertigt sich eine Abhandlung über das vorgesehene neue Institut des schweizerischen öffentlichen Rechtes heute schon. Die AVE von Gesamtarbeitsverträgen war schon in dem verworfenen BG betr. die Ordnung des Arbeitsverhältnisses vom 27. Juni 1919[2]) in Art. 2 geregelt gewesen. Die AVE war ferner in dem Entwurf des schweizerischen Volkswirtschaftsdepartementes zu einem BG über den wirtschaftlichen Schutz der schweizerischen Wehrmänner vom Sommer 1939 für die zusätz-

---

[2]) BBl 1919 III S. 846.

lichen Leistungen der Arbeitgeber an die Wehrmänner vorgesehen gewesen. Sodann ist sie auf zwei Gebieten bereits anwendbar: Art. 3 des BBeschl. vom 13. Oktober 1922 betr. die staatliche Hilfeleistung für die schweizerische Stickereiindustrie ermächtigt den Bundesrat, Verträge der wirtschaftlichen Verbände über Stichpreise und Löhne für die betreffenden Erwerbsgruppen allgemeinverbindlich zu erklären, und Art. 6 der Verordnung des Bundesrates über die Verbesserung und Einschränkung der Milchproduktion und über die Beaufsichtigung des Milchhandels vom 28. April 1933 bestimmt, daß die Abteilung für Landwirtschaft des Volkswirtschaftsdepartementes bei Genehmigung von einschränkenden Bestimmungen des Zentralverbandes und der Sektionen, besonders über die Verwendung von Ersatzfuttermitteln und über die Düngung, diese Bestimmungen allgemeinverbindlich erklären kann[3]). Diese Vorläufer einer allgemeinen Einführung der AVE und die propagandistische Literatur mancher Verbände weisen uns darauf hin, daß das Postulat der AVE bald wieder aufgestellt würde, wenn die neuen Wirtschaftsartikel der BV verworfen würden. Dazu kommt, daß das Rechtsinstitut der AVE in verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen schon Eingang gefunden hat. Nach § 2 Abs. 1 der deutschen Tarifvertragsordnung in der Fassung vom 1. März 1928, die durch § 65 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934 außer Kraft gesetzt wurde, konnte der Reichsarbeitsminister Tarifverträge (Gesamtarbeitsverträge), die für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen des Berufskreises im Tarifgebiet überwiegende Bedeutung erlangt hatten, für allgemeinverbindlich erklären. In Österreich war die AVE von Tarifverträgen, Satzung genannt, durch das ö. Gesetz über

[3]) Von der AVE von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen durch eine staatliche Behörde ist die Ermächtigung der Verbände durch das Gesetz, selbst allgemeinverbindliche Beschlüsse zu fassen, zu unterscheiden. Vgl. ein solches Postulat des Verbandes der Schweizer Müller von 1935 bei Hanspeter Brunner, Zwangskartelle, 1937, S. 135 ff.

die Errichtung von Einigungsämtern und über kollektive Arbeitsverträge vom 18. Dezember 1919 eingeführt worden. In Frankreich gilt die Loi sur la Convention collective du travail vom 9. Juni 1936, welche die AVE, „extension" genannt, zugunsten der repräsentativsten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände zuläßt. Weit über das Gebiet der Gesamtarbeitsverträge hinaus greift die AVE der Codes of fair competition des amerikanischen New Deal: Nach dem National Industrial Recovery Act (NIRA) vom 16. Juni 1933 erlangen die von den Wirtschaftsverbänden aufgestellten Codes durch Genehmigung des Präsidenten der Vereinigten Staaten Gesetzeskraft; diese Codes enthalten nicht nur Vorschriften für die Arbeitsverhältnisse mit dem Charakter der Unabdingbarkeit, sondern auch polizeiliche und insbesondere wettbewerbsregulierende Verhaltungspflichten, die durch die AVE auf die Nichtmitglieder der beschließenden Verbände in der Branche ausgedehnt werden. Weiter sind zu nennen das holländische Gesetz über die Erklärung der Verbindlichkeit und Unverbindlichkeit von Unternehmervereinbarungen vom 24. Mai 1935, das sowohl die AVE als die Außerkraftsetzung von Kartellabmachungen vorsieht, das ähnliche belgische Dekret vom 13. Januar 1935, das in Art. 1 die Ausdehnung freiwilliger Kartellbindungen im allgemeinen Interesse anordnet, das japanische Gesetz über den Zusammenschluß und die Kontrolle wichtiger Industriezweige vom 1. April 1931, das in § 2 Kartellabmachungen für Unternehmer desselben Industriezweiges der AVE unterwirft, und schließlich das Entwurf gebliebene französische Gesetz „fixant les conditions dans lesquelles des accords professionnels peuvent être rendus obligatoires en période de crise" vom Februar 1935[4]).

---

[4]) Der Text der erwähnten Gesetze über die AVE von Unternehmervereinbarungen und -beschlüssen findet sich bei Reichert, Die Kartellgesetze der Welt, 1935. Weitere Darlegungen bei Friedländer, Die Rechtspraxis der Kartelle und Konzerne in Europa, 1938, und bei Brunner a. a. O. S. 140 ff.

In den Vereinigten Staaten von Nordamerika wurde die Gesetzgebung des New Deal, wie verschiedene Amerikaner selbst beobachteten[5]), im allgemeinen bloß als ein Bündel von Zweckmäßigkeitsmaßnahmen zum wirtschaftlichen Neuaufbau nach der großen Krise betrachtet. Über den Einbruch in die liberale Staats- und Wirtschaftsverfassung machte man sich wenig Gedanken, und wenn man es doch tat, bestritt man, daß die Planwirtschaft des New Deal eine wirkliche Abkehr von den amerikanischen Grundauffassungen über Staat und Wirtschaft bedeute[6]). Ganz ähnlich verhält es sich in der Schweiz mit der geplanten Einführung der AVE. Man hört zwar hie und da das Schlagwort von der Selbstverwaltung der Wirtschaft, welche durch die AVE bewerkstelligt oder doch gefördert werde. Daneben aber wird die AVE, besonders von den Berufsverbänden selbst, gewöhnlich bloß als ein Mittel zur Förderung des Arbeitsfriedens oder zur Sanierung unhaltbar gewordener Konkurrenzverhältnisse betrachtet. Damit wird man aber dem neuen Rechtsinstitut nicht gerecht. Man erfaßt es nicht in seiner vollen Tragweite. Staatsrechtlich betrachtet, wird die AVE geradezu eine revolutionäre Neuerung sein. Auch in der Form einer Verfassungsrevision kann sich ein revolutionärer Wandel vollziehen, können sich die Grundlagen des Staates verschieben.

Die Aufzählung der verschiedenen „Sachgebiete", auf welche sich die allgemeinverbindlich zu erklärenden Vereinbarungen und Beschlüsse der Berufsverbände er-

---

[5]) Vgl. die beiden Aufsätze von Dickinson und Brown, zitiert bei H. v. Mangoldt, Rechtsstaatsgedanke und Regierungsformen in den Vereinigten Staaten von Amerika, Die geistigen Grundlagen des amerikanischen Verfassungsrechts, 1938, S. 122.

[6]) Bekanntlich hat das oberste Bundesgericht einzelne Bestimmungen der beiden hauptsächlichsten Gesetze des New Deal, NIRA und AAA (Agricultural Adjustment Act), in den Jahren 1935 und 1936 als verfassungswidrig erklärt. Doch wurde nicht etwa ein Verstoß gegen ein Grundrecht des Individuums angenommen, sondern ein Eingriff in die Zuständigkeiten der Gliedstaaten.

strecken dürfen, ist durch den Nationalrat aus dem Verfassungsentwurf gestrichen und der einfachen Bundesgesetzgebung überlassen worden[7]). In Art. 32 lit. d des bundesrätlichen Entwurfes vom 10. September 1937 und in Art. 31ter des nationalrätlichen Kommissionsentwurfes war die Aufzählung noch enthalten gewesen[8]). Es ist aber trotz der Streichung vorauszusehen, daß eines der „Sachgebiete" der AVE nach der künftigen Bundesgesetzgebung der Gesamtarbeitsvertrag im Sinne von OR Art. 322/23 sein wird. Die Schweiz will dem Beispiel des französischen und des frühern deutschen und österreichischen Rechtes folgen und die Möglichkeit schaffen, Gesamtarbeitsverträge (Tarifverträge) allgemeinverbindlich zu erklären. Maßgebend ist dabei dieselbe Erwägung wie in den genannten Ländern: durch die AVE sollen die beiden am Gesamtarbeitsvertrag beteiligten Arbeitsmarktparteien vor Benachteiligung geschützt werden. Die Arbeitnehmer des am Gesamtarbeitsvertrag beteiligten Arbeitnehmerverbandes sollen davor bewahrt werden, daß wilde Arbeitnehmer ihnen vorgezogen werden. Die Arbeitgeber sollen vor Unterbietung durch Außenseiter geschützt werden, welche infolge Anstellung wilder Arbeiter mit niedrigeren Löhnen und Kosten arbeiten können. Man erwartet in der Schweiz geradezu von der AVE, daß sie dem Gesamtarbeitsvertrag, der bislang noch nicht stark verbreitet war, erst recht Eingang verschaffe[9]). Der Unterschied

---

[7]) Art. 31ter Abs. 2 rev.BV, Sten. Bull. 1938 NR S. 377 ff., 384.

[8]) Art. 31ter des nationalrätlichen Kommissionsentwurfes zählte wahllos nebeneinander als „Sachgebiete" auf: Berufsbildung, Befähigungsausweis, Arbeitsbedingungen mit Einschluß der sozialen Nebenleistungen, Bekämpfung des unlautern Wettbewerbes, Erhaltung bedrohter Wirtschaftszweige und Förderung der Konkurrenzfähigkeit gegenüber dem Ausland. Sten. Bull. 1938 NR S. 377.

[9]) Wenn der nationalrätliche Entwurf ursprünglich als „Sachgebiet" die „Arbeitsbedingungen mit Einschluß der sozialen Nebenleistungen" genannt hat, kam darin freilich nicht deutlich

zwischen der Schweiz und andern Staaten besteht nur darin, daß man bei uns die AVE von Gesamtarbeitsverträgen gleichzeitig und im gleichen Erlaß ordnen will[9a]), wie die davon gänzlich verschiedene AVE von Unternehmervereinbarungen und -beschlüssen, insbesondere auch von Kartellabmachungen, während die andern Staaten die beiden Dinge auseinanderhalten.

Der Gesamtarbeitsvertrag wird also vermutlich sogar einer der wichtigsten Anwendungsfälle der AVE werden. Dennoch beschäftigen wir uns im folgenden gerade mit der AVE von Gesamtarbeitsverträgen nicht in eingehender Weise, und zwar deshalb nicht, weil die AVE von Gesamtarbeitsverträgen, staatsrechtlich betrachtet, nicht jene umwälzende Bedeutung hat wie die AVE von Unternehmervereinbarungen und -beschlüssen. Nach der herrschenden Lehre (Normentheorie) ist der normative Teil, der unabdingbare Teil des Gesamtarbeitsvertrages, objektives Recht aus der Rechtsquelle der den Verbänden vom Gesetz verliehenen Autonomie[10]). Aber auch auf dem Boden der abweichenden Lehren vom Gesamtarbeitsvertrag bleibt unbestritten, daß nur das objektive Recht den Tarifvertragsparteien die Autonomie einräumen kann, in ihren Verträgen Bestimmungen aufzustellen, die von den Kontrahenten der individuellen Dienstverträge nicht wegbedungen werden können[11]). Die AVE eines Gesamtarbeitsvertrages

---

genug zum Ausdruck, daß Gesamtarbeitsverträge, d. h. Arbeitsbedingungen mit Unabdingbarkeit in kollektiven Arbeitsverträgen gemeint wären.

[9a]) Zschokke, Kartellrundschau 1938 S. 278.

[10]) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts 5. Aufl. 1932 Bd. 2 S. 135; Kaskel, Arbeitsrecht 4. Aufl. 1932 S. 34; Oser-Schönenberger, Kommentar zum OR N. 7—14 zu Art. 322.

[11]) Solche von der herrschenden Lehre abweichende Konstruktionen verfechten Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 246 ff., welcher der reinen Vertragstheorie huldigt, von Tuhr OR I S. 121, der den unabdingbaren Inhalt als vertragsmäßige Beschränkung der Handlungsfreiheit betrachtet, und Wacker-

bedeutet nun nur, daß der normative Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages in dessen räumlichem Geltungsgebiet auch für verbandsfremde Arbeitgeber und Arbeitnehmer des Berufes unabdingbar wird. Dabei ist für uns belanglos, ob man in der AVE eine Rechtsverordnung oder eine bloße Verfügung erblickt oder ob man sie als eine legislatorische Hilfsfunktion bezeichnet[12]). Jedenfalls verändert der unabdingbare Inhalt eines Gesamtarbeitsvertrages

---

nagel, Die Konstruktion des Gesamtarbeitsvertrages, Zeitschrift f. Schweiz. Recht n. F. 49 S. 221, der darin privilegiertes Verbandsrecht sieht.

[12]) Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, 8. Aufl. S. 71, und W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 2. Aufl. S. 134, bezeichnen die AVE des Gesamtarbeitsvertrages als Rechtsverordnung, die Mehrheit der Autoren dagegen nimmt an, es handle sich um einen Verwaltungsakt: Kaskel, S. 120, Hueck-Nipperdey, S. 305 f.; Wackernagel verneint, daß infolge der AVE die Arbeitsbedingungen auch für die ursprünglich Beteiligten nicht mehr kraft Gesamtarbeitsvertrages gelten, sondern kraft der Rechtsetzungsbefugnis, und er bezeichnet deshalb die AVE als bloße gesetzgeberische Hilfsfunktion zur Verhinderung der Umgehung des Tarifvertrages durch Außenseiter. — Gewöhnlich wird angenommen, der Streit darüber, ob die AVE Rechtsverordnung oder Verwaltungsakt sei, sei nur von praktischer Bedeutung für die Beurteilung der Nachwirkung der AVE nach Ablauf des Gesamtarbeitsvertrages selbst. So Kaskel S. 305. Allein man muß sich vor Begriffsjurisprudenz hüten. Auch die Frage der Nachwirkung kann nicht anhand eines Begriffes entschieden werden. Es geht nicht an, die AVE zuerst als Verordnung oder als Verfügung zu bezeichnen, um hernach aus einem dieser Begriffe Schlüsse für eine Auslegungsfrage des positiven Rechtes zu ziehen. — Wer übrigens frägt, ob die AVE eine Rechtsverordnung oder ein Verwaltungsakt sei, der denkt an die allgemeingültige Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung und will wissen, ob die AVE ein Akt der Rechtsetzung oder der Rechtsanwendung sei. Darauf kann es nur eine vermittelnde Antwort geben: Die AVE ist weder Rechtsetzung noch Rechtsanwendung, denn es werden weder neue Rechtssätze aufgestellt noch geltende angewendet, sondern es wird der persönliche Geltungsbereich bestehender Normen (oder, wenn man lieber will, unabdingbarer Vertragsbestimmungen) ausgedehnt. Dadurch wird die AVE als ein Teil eines Rechtsetzungsverfahrens gekennzeichnet.

durch die AVE seinen Charakter nicht. Er bleibt, was er vorher war, objektives Recht aus der Quelle einer Autonomie oder, nach der andern Auffassung, Vertragsrecht, das immerhin die Vertragsfreiheit der Kontrahenten individueller Verträge einschränkt. Nicht erst durch die AVE wird also aus einem rein schuldrechtlichen Vertrag etwas anderes. Vielmehr hat der normative Teil des Gesamtarbeitsvertrages auch ohne AVE jene merkwürdige Eigenart, mehr als nur vertragliche Verpflichtung der Kontrahenten, mehr als nur schuldrechtlicher Art zu sein, nämlich Schranke der Vertragsfreiheit. Allerdings besteht nun insofern ein Unterschied zwischen den Verbandsmitgliedern und den Außenseitern, als jene mit ihrem Eintritt in den Verband gewissermaßen zu gewärtigen haben, von einem Gesamtarbeitsvertrag betroffen zu werden, während diese vom Gesamtarbeitsvertrag durch die AVE und ohne jeden Willensakt ihrerseits betroffen werden. Allein dieser Unterschied ist für uns hier belanglos, denn das Verbandsmitglied hat nur deshalb zu gewärtigen, von einem Gesamtarbeitsvertrag betroffen zu werden, weil das Gesetz dem Verband jene Autonomie eingeräumt hat, in der Form von Verträgen die Vertragsfreiheit aufzuheben[13]). Wir sehen also, daß schon der Gesamtarbeitsvertrag als solcher Erschließung einer neuen Rechtsquelle war. Aber auch wenn man nur von privilegierten Vertragsbestimmungen sprechen will, wurde dieses Privileg jedenfalls durch Erlaß von OR Art. 322 und 323 geschaffen, nicht erst durch die AVE. Wenn nun oben von einer Verschiebung der Grundlagen unserer Staats- und Wirtschaftsverfassung durch Einführung der AVE die Rede war, so trifft diese Behaup-

---

[13]) Wir halten uns nicht weiter bei den Widersprüchen auf, die dem Institut des Gesamtarbeitsvertrages eigen sind und welche alle darauf zurückgeführt werden können, daß hier in der Form eines Vertrages bestimmt wird, was in die Form einer Satzung gehören würde. Vgl. darüber Burckhardt, Gedanken eines Juristen über den Korporationenstaat, Zeitschrift des bern. Juristenvereins 1934 S. 97 ff., bes. S. 126 ff.

tung gerade für die AVE der Gesamtarbeitsverträge nicht zu. Hier war schon die Einführung des Gesamtarbeitsvertrages selbst der Schritt mit umstürzender Bedeutung, während die AVE, staatsrechtlich betrachtet, nicht viel Neues bringt. Ganz anders verhält es sich bei der AVE von Vereinbarungen und Beschlüssen der Berufsverbände mit unmittelbaren Verpflichtungen, seien es polizeiliche Pflichten (Unterlassung unlautern Wettbewerbes), seien es Pflichten aus Kartellabreden.

II. Die AVE von polizeilichen und wettbewerbsregulierenden Pflichten.

Kontrahenten der Gesamtarbeitsverträge sind die Verbände der beiden Arbeitsmarktparteien eines Berufes, der Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die Vereinbarungen und Beschlüsse, die außer den Gesamtarbeitsverträgen der AVE unterworfen sein werden, sind dagegen in der Regel ausschließlich solche von Unternehmerverbänden. Arbeitnehmerverbände sind daran in der Regel nicht beteiligt. Auf der Arbeitgeberseite kann derselbe Verband beim Abschluß von Gesamtarbeitsverträgen als Arbeitgeberverband und beim Zustandekommen anderer Vereinbarungen und Beschlüsse als Unternehmerverband auftreten. Doch ist nicht ausgeschlossen, daß dieselben Personen als Unternehmer in einem andern Verband zusammengeschlossen sind, denn als Arbeitgeber[14]). Übrigens ist nicht jeder Unternehmer auch Arbeitgeber[15]).

---

[14]) So besteht sowohl ein Arbeitgeberverband der schweiz. Maschinenindustriellen, welcher z. B. die (inzwischen verlängerte) Vereinbarung vom 19. Juli 1937 über den Arbeitsfrieden mit den Gewerkschaften abgeschlossen hat, als ein Verein schweizerischer Maschinenindustrieller, der von den Unternehmern als solchen gegründet wurde und sich mit industriellen und kommerziellen Fragen befaßt.

[15]) Art. 31ter läßt nicht nur die AVE von Vereinbarungen und Beschlüssen der Berufsverbände zu, sondern auch solche von „ähnlichen Wirtschaftsorganisationen". Darunter sind wohl

Soweit nun die Unternehmerverbände miteinander Vereinbarungen schließen, die der AVE zugänglich gemacht werden sollen, hat man diese Vereinbarungen in Anlehnung an den Begriff des Gesamtarbeitsvertrages Gesamtwirtschaftsverträge genannt[16]). Es gäbe somit Gesamtkaufverträge, Gesamtwerkverträge, Gesamtfrachtverträge usw. Allein diese Terminologie ist mißverständlich. Ein Gesamtwirtschaftsvertrag würde streng genommen nur vorliegen, wenn er mit Unabdingbarkeit ausgestattet wäre, wenn also seine Bestimmungen den Sinn hätten, daß widersprechende Einzelkaufverträge, -werkverträge usw. ungültig und die ungültigen Bestimmungen durch diejenigen des Gesamtwirtschaftsvertrages zu ersetzen wären. Solche Gesamtwirtschaftsverträge sind durch die geltende Gesetzgebung noch nicht vorgesehen, und bevor ihre AVE ins Auge gefaßt werden könnte, müßte das Obligationenrecht revidiert und für sie eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, genau so, wie erst OR Art. 322/23 die Ermächtigung an die Verbände erteilt haben, in ihren arbeitsrechtlichen Verträgen die Vertragsfreiheit ihrer Mitglieder zu beschränken[16a]). Aber auch wenn eine solche Grundlage im Obligationenrecht geschaffen würde, könnte man diesen Gesamtwirtschaftsverträgen und ihrer AVE keine große Zukunft voraussagen. Sie

Organisationen zu verstehen, die sich über einen Beruf hinaus erstrecken, die aber einen ähnlichen Verbandszweck haben wie ein Berufsverband; man denke an Detaillistenverbände, Grossistenverbände, Geschäftsreisendenverbände usw.

[16]) Der Ausdruck „Gesamtwirtschaftsvertrag" stammt von Hug, Die rechtliche Neuordnung der Wirtschaft, in Ernst, Hug und Haas, Neuordnung der Wirtschaft, 1934, S. 47 ff. Hug möchte freilich die Störung der Analogie zum Gesamtarbeitsvertrag in Kauf nehmen und als Gesamtwirtschaftsverträge auch Verträge nicht mit Unabdingbarkeit, sondern mit direkt verpflichtendem Inhalt bezeichnen, z. B. Verträge mit der Kartellpflicht, eine zugeteilte Produktionsquote nicht zu überschreiten. S. 49.

[16a]) Nawiasky, Rechtsfragen des wirtschaftlichen Neuaufbaues, 1935, S. 72.

setzen nämlich eine wirtschaftliche Gleichförmigkeit im Tatbeständlichen voraus, die in Gestalt der Serienarbeit in den Fabriken beim Gesamtarbeitsvertrag wohl besteht, die aber außerhalb des Arbeitsverhältnisses nicht oder nur selten vorkommt[17]). Die allgemeinverbindlich zu erklärenden Vereinbarungen und Beschlüsse der Unternehmerverbände werden nicht unabdingbaren Charakter haben, wie die Gesamtarbeitsverträge, sondern sie werden unmittelbare Verpflichtungen der Berufsleute zum Inhalt haben. Sie machen den Verbandsmitgliedern und nach der AVE auch den Außenseitern ein bestimmtes Verhalten zur Pflicht, z. B. so und soviel Milch täglich in die Käserei zu liefern, Gratiszugaben beim Detailverkauf zu unterlassen, in ein bestimmtes Territorium nicht zu liefern usw. Sie enthalten also nicht unabdingbare Normen, sondern Verhaltungsrecht, und wer eine solche Pflicht verletzt, wird vor der AVE mit einer Verbandsbuße oder Konventionalstrafe gebüßt, nach der AVE sogar mit einer öffentlichen Strafe.

Sieht man von Vereinbarungen und Beschlüssen mit ergänzendem Vertragsrecht ab[18]), so wird man also allgemein sagen können, daß die Unternehmervereinbarungen und -beschlüsse im Gegensatz zu den arbeitsrechtlichen

---

[17]) Nawiasky S. 72.

[18]) Ergänzendes Vertragsrecht gilt, wenn in den individuellen Verträgen der Verbandsmitglieder, z. B. in den Werkverträgen, Kaufverträgen, Speditionsverträgen usw. nichts Abweichendes gesagt ist. Das ist auch die rechtliche Bedeutung der Normalarbeitsverträge nach OR Art. 324. Vgl. Burckhardt, Methode und System des Rechts, 1936, S. 173 ff; Nawiasky a. a. O. S. 72. Allein um in ihren Vereinbarungen und Beschlüssen ergänzendes Vertragsrecht aufzustellen, bedürften die Berufsverbände erst einer gesetzlichen Ermächtigung, die heute noch fehlt. Außerdem würden Vereinbarungen und Beschlüsse mit ergänzendem Vertragsrecht kaum eine große praktische Bedeutung erlangen, da ergänzendes Vertragsrecht schon in weitem Umfang im Obligationenrecht enthalten ist. Daher drängt sich auch die AVE von solchen Vereinbarungen und Beschlüssen dem Gesetzgeber nicht auf.

Vereinbarungen einen unmittelbar verpflichtenden Inhalt haben.

Diese Unterscheidung zwischen unabdingbarem und unmittelbar verpflichtendem Inhalt ist wichtiger als die Unterscheidung nach den „Sachgebieten", wie sie Art. 31ter vorsieht. Prüft man übrigens die „Sachgebiete", die im Verfassungsentwurf ursprünglich aufgezählt waren[19]), so sieht man klar, daß abgesehen vom „Sachgebiet" der Arbeitsbedingungen Vereinbarungen und Beschlüsse mit Verhaltungspflichten gemeint waren: Eine Vereinbarung über unlautern Wettbewerb, die der AVE zugänglich gemacht werden wollte, macht den Mitgliedern der beteiligten Verbände und nach der AVE den Außenseitern zur Pflicht, eine bestimmte Wettbewerbsform als unlauter zu unterlassen, ein Verbandsbeschluß über die Berufsbildung hält die Meister an, einen Fortbildungskurs zu besuchen oder zu finanzieren usw.

Es ist nun jedoch zweierlei, ob ein Gesamtarbeitsvertrag oder ob eine Vereinbarung oder ein Beschluß mit unmittelbar verpflichtendem Inhalt allgemeinverbindlich erklärt wird. Die AVE eines Gesamtarbeitsvertrages bedeutet, wie gesagt, Erstreckung des persönlichen Geltungsbereiches der unabdingbaren Normen des Gesamtarbeitsvertrages. Nach der AVE können auch die Außenseiter des Berufes keine individuellen Arbeitsverträge mehr abschließen, die von den Normen des Gesamtarbeitsvertrages abweichen. Darin erschöpft sich die Bedeutung der AVE des Gesamtarbeitsvertrages; verletzt werden kann ein Gesamtarbeitsvertrag weder vor der AVE durch die Verbandsmitglieder noch nach der AVE durch die Außenseiter, und es tritt auch niemals eine Straffolge ein. Die AVE von zwingenden Verhaltungsnormen von Unternehmervereinbarungen und -beschlüssen dagegen bedeutet, daß nun auch der Außenseiter von einer unmittelbaren Verhaltungspflicht betroffen und bei Verletzung strafbar

---

[19]) Oben N. 8.

wird[20]). Bei diesen Vereinbarungen und Beschlüssen hat es auch keinen Sinn, zu bestimmen, daß abweichende individuelle Verträge ungültig seien; denn es wird ja ein bestimmtes tatsächliches Verhalten vorgeschrieben, nicht der Abschluß bestimmter Verträge. Wer z. B. einen Verbandsbeschluß über das Ausverkaufswesen verletzt, der soll nach der Meinung desselben bestraft werden; mit der Ungültigkeit von Verträgen ist hier nicht geholfen[21]).

Wie verschieden die AVE von Gesamtarbeitsverträgen von der AVE von Unternehmervereinbarungen und -beschlüssen ist, wird sich aber erst recht zeigen, wenn wir nun noch genauer betrachten, welcher Art die Unternehmerpflichten sind, die allgemeinverbindlich erklärt werden können. Die Unternehmerpflichten sind nämlich nicht einheitlicher Art. Es ist nicht dasselbe, ob ein Unternehmer gehalten wird, hundert Franken im Monat in einen Kampffonds zu bezahlen, eine bestimmte Reklame als unlautern Wettbewerb zu unterlassen, oder endlich, sich vor einer Submissionseingabe mit den Konkurrenten zu verständigen. Im ersten Fall handelt es sich um eine Mitgliedschaftspflicht i. e. S., im zweiten Fall um eine polizeiliche Pflicht und im dritten Fall um eine Pflicht im Dienste der Wettbewerbsregulierung (z. B. Kartell- oder Monopolpflicht).

---

[20]) Art. 23 des sog. St. Galler Entwurfes (1933) unterscheidet nicht genügend nach der rechtlichen Bedeutung des Inhaltes der Vereinbarungen und Beschlüsse. Er sieht für dieselben Verbandsakte wahllos Strafbarkeit bei Verletzung und Unabdingbarkeit vor.

[21]) Allerdings kann bei Verletzung zwingenden Verhaltungsrechtes die Ungültigkeit von Verträgen zur Strafbarkeit der Verletzung hinzukommen, nämlich dann, wenn das verbotene Verhalten gerade im Abschluß eines Geschäftes, z. B. eines Rauschgiftkaufes, liegt. Dann ist die Ungültigkeit aber nicht die primäre Absicht des Gesetzgebers, sondern wird statuiert, weil ein verbotenes und strafbares Verhalten nicht Gegenstand einer rechtlichen Verpflichtung sein kann. Burckhardt, Methode S. 208 f.

Auf die AVE von Mitgliedschaftspflichten i. e. S., insbesondere auf die AVE der Pflicht zur Leistung von Verbandsbeiträgen, wollen wir nicht weiter eintreten. Es ist noch unabgeklärt, ob auch Beschlüsse der Berufsverbände über derartige Pflichten der AVE unterworfen werden, so daß also Nichtmitglieder unter Umständen Verbandsbeiträge oder doch Vergütungen für gewisse Kosten zu bezahlen hätten. Sieht man von diesen Mitgliederpflichten i. e. S. ab, so bleiben Vereinbarungen und Beschlüsse der Unternehmerverbände über polizeiliche und über wettbewerbsregulierende Pflichten übrig.

1. Die AVE von polizeilichen Vereinbarungen und Beschlüssen.

Unter den Sachgebieten, über die Vereinbarungen und Beschlüsse mit Allgemeinverbindlichkeit sollen ergehen können, wird allgemein der unlautere Wettbewerb genannt[22]). Aber auch die Vereinbarungen und Beschlüsse über den Befähigungsausweis gehören in diesen Zusammenhang. Der Befähigungsausweis soll offenbar eine Art Polizeierlaubnis für die Führung eines Gewerbes werden, auf die jedermann Anspruch hat, der die Voraussetzungen erfüllt.

Das polizeiliche Verhaltungsrecht des Staates wird gewöhnlich nach seinem Zweck definiert als das öffentliche Recht, das der Erhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dient[23]). Seinem Wesen nach ist es das öffentliche Verhaltungsrecht, das die Freiheit des einzelnen im öffentlichen Interesse einschränkt, indem

---

[22]) Das geplante BG über den unlautern Wettbewerb ist von den Räten nicht zuletzt deshalb nicht zu Ende beraten worden, weil diejenigen, welche für die Behandlung extremer Preisunterbietung als unlautern Wettbewerb eingetreten und auf Widerstand gestoßen waren, nun auf dem Wege über die AVE zum Ziele zu kommen hofften.

[23]) Fleiner, Institutionen S. 385 ff.; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1895, Bd. I S. 245 ff.

es schädliches Verhalten verbietet[24]). Das Verbot des unlautern Wettbewerbes z. B. schützt das Publikum vor Machenschaften im Wirtschaftsleben, die gegen Treu und Glauben verstoßen.

Bevor auf die AVE von polizeilichen Vereinbarungen und Beschlüssen eingetreten werden kann, wird man aber verwundert fragen, ob denn unter dem geltenden Recht solche Vereinbarungen und Beschlüsse überhaupt möglich sind. Können die Berufsverbände Vereinbarungen abschließen und Beschlüsse fassen, in denen polizeiliche Pflichten aufgestellt werden, so wie sie Gesamtarbeitsverträge, Kartellverträge usw. abschließen können, und handelt es sich nur noch darum, die AVE solcher polizeilicher Verbandsakte zu ermöglichen? Das trifft natürlich nicht zu. Der Erlaß von polizeilichen Bestimmungen ist unter dem geltenden Recht ein Monopol des Staates (und der Gemeinden), die Berufsverbände sind dazu nicht befugt. Allerdings können die Berufsverbände ihren Mitgliedern im Rahmen ihrer Satzungen ein Verhalten vorschreiben, das inhaltlich ein polizeigemäßes Verhalten wäre, wenn der Staat es vorgeschrieben hätte, z. B. ein feiertagspolizeiliches, ein gesundheitspolizeiliches, ein wettbewerbspolizeiliches Verhalten. Ein Berufsverband kann, wenn die Satzungen es erlauben, jetzt schon beschließen, daß seine Mitglieder ihre Läden am Samstag um 17 Uhr zu schließen haben, daß gewisse Preisausschreiben verboten seien, daß gesundheitsschädliches Packmaterial nicht verwendet werden dürfe usw. Aber das sind trotzdem keine polizeilichen, sondern bloße Mitgliedschaftspflichten, Verhaltungsrecht des Verbandes. Zur polizeilichen Natur der Pflichten fehlt dreierlei: Sie sind nicht allgemeinverbindlich, sondern nur für die Verbandsmitglieder, und diese können sich ihnen durch den Austritt entziehen; die Pflichten sind nicht im öffentlichen Interesse aufgestellt, sondern im privaten, und es fehlt drittens die Straf-

---

[24]) Burckhardt, Methode S. 211.

sanktion bei Verletzung; Verbandsbuße und Vertragsstrafe sind keine öffentlichen Strafen. Die Strafsanktion stellt der Staat den Verbänden gerade deshalb nicht zur Verfügung, weil er von ihren Vorschriften nicht vermutet, daß sie im öffentlichen Interesse aufgestellt seien. Die Strafen dienen der Erzwingung des öffentlichen, im öffentlichen Interesse aufgestellten Verhaltungsrechtes. Es ist auch ein merkwürdiger Gedanke, daß die privaten Verbände die Freiheit ihrer Mitglieder im öffentlichen Interesse sollten beschränken können.

Durch die AVE verändert dieses Verhaltungsrecht seinen Charakter, im Gegensatz zur AVE der Gesamtarbeitsverträge. Aus bloßem Verbandsrecht wird objektives Recht, Polizeirecht. Die Mitgliedschaftspflichten werden auch für die Außenseiter, d. h. allgemeinverbindlich; sie werden zu Polizeipflichten. Nach der AVE sind Mitglieder und Außenseiter bei Verletzung der Pflichten strafbar.

Durch das Institut des Gesamtarbeitsvertrages tritt der kollektive Vertrag an Stelle des individuellen, der Verband an Stelle der Einzelkontrahenten, und die AVE ändert nichts daran. Durch die AVE solchen Verhaltungsrechtes dagegen wird dieses erst zu objektivem Recht, und zwar zu Polizeirecht. Hier tritt der Verband nicht an Stelle des einzelnen, sondern an die Stelle des Staates. Der Verband wird hier durch die AVE, trotzdem er nur eine juristische Person des Privatrechtes ist, zum Erlaß der Polizeigesetzgebung herangezogen, die vor der Einführung der AVE dem Staate vorbehalten war. Darin liegt die große staatsrechtliche Bedeutung dieser AVE: private Verbände sollen, wenn auch unter staatlicher Mitwirkung, befugt werden, zu bestimmen, was im öffentlichen Interesse liegt[25])[26]). Der Gesetzgeber will bewußt darüber

[25]) Gewiß muß der Bürger auch in der Gemeindeversammlung oder bei einer Volksabstimmung mitentscheiden, was im öffentlichen Interesse liegt. Aber dann ist er eben Bürger, Teil eines Staatsorganes, nicht Privatmann. Wenn mit der Einführung

hinweggehen, daß eigentlich eine Körperschaft, die eine vom Staate als notwendig erkannte gesellschaftliche Aufhabe zu erfüllen hat, auch notwendig bestehen und nicht dem Zufall privater Gründung überlassen werden sollte.

Wann entsprechen nun aber die Bestimmungen der Verträge und Beschlüsse, die durch die AVE zu objektivem Polizeirecht erhoben werden sollen, dem Polizeibegriff?

Der schweizerische Polizeibegriff ist auf dem Gebiete der Gewerbepolizei auf die Handels- und Gewerbefreiheit abgestimmt. Nach Art. 31 lit. e der geltenden BV sind polizeiliche Erlasse und Verfügungen mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbar. Was sich also im polizeilichen Rahmen hält, ist auch keine Verletzung des geltenden Art. 31 BV. Eine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit liegt also, von wenigen Ausnahmen abgesehen[27]), nur vor, wenn der Erlaß oder die Verfügung zugleich den Polizeibegriff überschreitet.

der AVE die Berufsverbände zu Personen des öffentlichen Rechtes erhoben würden, würde der gerügte Widerspruch auch nicht bestehen, denn dann wäre ihre Betrauung mit einer öffentlichen Aufgabe natürlich. Aber das wollte der Gesetzgeber eben nicht; er wollte die Verbände private Verbände bleiben lassen und sie dennoch mit der öffentlichen Aufgabe der Rechtsetzung betrauen.

[26]) Vgl. die schwerwiegende Kritik dieser Lösung, die ohne hinreichende Garantien Organisationen des Gruppenegoismus in den Staat einbaue, bei Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, S. XII ff.

[27]) Diese Ausnahmen sind folgende: Eine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit wird auch angenommen, wenn sich eine Vorschrift zwar im polizeilichen Rahmen hält, wenn aber das angewendete polizeiliche Mittel dem angestrebten polizeilichen Zweck nicht angemessen ist, sondern einen zu starken Eingriff darstellt. BGE 52 I S. 236, 65 I S. 72, Urteil vom 30. April 1937 i. S. Elsener. Salis, Bundesrecht Bd. 2 Nr. 780; Fleiner, Institutionen 8. Aufl. S. 104. Weiter liegt eine Verletzung der Gewerbefreiheit auch vor, wenn die Gewerbegenossen ungleich behandelt werden, auch wenn sich die Maßnahme im polizeilichen Rahmen hält. Der rechtsungleich Behandelte kann also nicht nur Art. 4 BV anrufen, sondern auch Art. 31. His, Die Wandlungen der Handels- und Gewerbefreiheit in der Schweiz, Festgabe für Carl Wieland, 1934, S. 252; Burckhardt, Kommentar S. 236.

Die gewerbepolizeilichen Staatsakte bilden den Gegensatz zu den gewerbe- oder wirtschaftspolitischen Staatsakten. Nur diese verstoßen gegen die Handels- und Gewerbefreiheit und überschreiten zugleich den Polizeibegriff. Gewerbepolizeiliche Vorschriften sind nämlich solche, die nicht die volkswirtschaftlichen Wirkungen eines Gewerbes oder einer Betriebsart berichtigen, die nicht in die freie Konkurrenz eingreifen, sondern den für das Publikum schädlichen Einzelwirkungen vorbeugen wollen, welche mit einzelnen Gewerben oder Geschäften verbunden sind[28]).

Mit dieser Unterscheidung zwischen gewerbepolizeilichen und wirtschaftspolitischen Vorschriften stimmt auch der Begriff des unlautern Wettbewerbes im bisherigen Verstande überein. Das Verbot des unlautern Wettbewerbes ist ein polizeiliches Verbot, wenn man von der uns hier nicht interessierenden zivilrechtlichen Schadenersatzpflicht absieht. Es ist kein wirtschaftspolitisches Verbot, es will nicht das System der freien Konkurrenz korrigieren, dadurch, daß es angeblich schädliche Wirkungen der freien Konkurrenz als solcher bekämpft. Sondern es will das Publikum vor Machenschaften schützen, die gegen Treu und Glauben verstoßen und die nicht notwendig mit dem System der freien Konkurrenz zusammenhängen; es dient also einem rein polizeilichen Interesse. Nur der aus einem polizeilichen Grund bekämpfte Wettbewerb kann auch vernünftigerweise als unlauter bezeichnet werden; der aus wirtschaftspolitischen Gründen verfolgte Wettbewerb ist niemals unlauter und seine Urheber verdienen diese Diffamation nicht.

Aber auch die gewerbepolizeiliche Bewilligungspflicht und der Befähigungsausweis sind polizeiliche Institute. Nach der Praxis des Bundesgerichtes darf nicht die Ausübung irgendwelcher Berufe einem Erlaubniszwang unterworfen werden, und es darf nicht für die Ausübung be-

[28]) Burckhardt, Kommentar S. 233/34; His a. a. O. S. 253; H. P. Zschokke, Kartellrundschau, 1938, S. 266.

liebiger Berufe ein Befähigungsausweis verlangt werden. Sondern einem Erlaubniszwang mit Befähigungsausweis dürfen nur Berufe unterworfen werden, die mit besondern Gefahren für das Publikum verbunden sind und sofern diesen Gefahren nicht auf andere Weise vorgebeugt werden kann[29])[30]).

Es drängt sich nun die Frage auf, ob durch die AVE von polizeilichen Vereinbarungen und Beschlüssen an diesem Polizeibegriff des schweizerischen Rechtes etwas geändert werde. Auf den ersten Blick möchte man die Frage bejahen, denn Art. 31 ter Abs. 3 rev.BV läßt ausdrücklich Abweichungen der Vereinbarungen und Beschlüsse von der Gewerbefreiheit zu, und überdies wird in Art. 31 ter Abs. 3 nicht verlangt, daß die Vereinbarungen und Beschlüsse im öffentlichen Interesse liegen, sondern nur, daß sie „dem Gesamtinteresse nicht zuwiderlaufen". Es scheint also ein neuer, erweiterter Polizeibegriff daraus zu entstehen, daß einerseits Vereinbarungen und Beschlüsse der Berufsverbände über polizeiliche Gegenstände der AVE zugänglich gemacht werden, und daß anderseits diese Vereinbarungen und Beschlüsse von der Handels- und Gewerbefreiheit entbunden werden, und daß auch das Erfordernis des öffentlichen Interesses gemildert wird.

Allein bei näherm Zusehen hält diese Auffassung nicht stand. Die neuen Wirtschaftsartikel entbinden selbst den

[29]) BGE 38 I S. 72; 42 I S. 127, 256, 263; 46 I S. 332; 52 I S. 226; 53 I S. 118; 57 I S. 168; 58 I S. 157, 229; 65 I S. 75. Noch in seinem Urteil vom 30. April 1937 i.S. Elsener z. B. hat das Bundesgericht einen Bewilligungszwang für den Handel mit Geflügel und Fleischwaren als verfassungswidrig erklärt; der Nachweis eines guten Leumundes dürfe nicht verlangt werden, und das Publikum sei gegen Gesundheitsschädigungen schon durch die lebensmittelpolizeilichen Vorschriften geschützt.

[30]) Einen ähnlichen Polizeibegriff (police power) haben die amerikanischen Gerichte in ihrer Rechtsprechung zum Grundrecht des Due process of law (Amendment XIV der Unionsverfassung) entwickelt. Gewerbepolizeiliche Eingriffe sind nur statthaft, wenn das Gewerbe ein „business affected with a public interest" ist. Freund, Police Power S. 380 f.; v. Mangoldt a. a. O. S. 101 ff.

Staat nicht von der Handels- und Gewerbefreiheit, dort, wo er der Sache nach Polizeivorschriften erläßt. Nach Art. 31 Abs. 2 und nach Art. 31bis Abs. 1 rev.BV sind Bund und Kantone bei der Aufstellung von Polizeivorschriften an die Handels- und Gewerbefreiheit gebunden. Nun kann aber den Berufsverbänden nicht gestattet sein, was dem Staate untersagt ist, nämlich den bisherigen Polizeibegriff zu verlassen. Zudem wären Vorschriften gegen den unlautern Wettbewerb, welche gegen die Handels- und Gewerbefreiheit verstoßen — indem sie statt den polizeilichen Schutz des Publikums vor wirklich unlautern Machenschaften die Eindämmung der Konkurrenz im privaten Interesse oder wegen ihrer volkswirtschaftlichen Nachteile zum Ziele haben —, überhaupt keine Vorschriften gegen den unlautern Wettbewerb mehr, sondern vielleicht Vorschriften gegen einen lästigen oder volkswirtschaftlich schädlichen Wettbewerb. Solange es aber Vorschriften gegen den unlautern Wettbewerb sein müssen, welche allgemeinverbindlich erklärt werden können, haben sich die Verbände daran zu halten. Von Unlauterkeit kann nur gesprochen werden, wenn das öffentliche Interesse den Schutz des Publikums erheischt. Aber auch die Vereinbarungen und Beschlüsse der Berufsverbände über den Befähigungsausweis werden an die Handels- und Gewerbefreiheit gebunden sein und den bisherigen Polizeibegriff zu respektieren haben. Der Befähigungsausweis darf auch durch die Verbände nur eingeführt werden für Berufe, bei denen der Schutz des Publikums vor unfähigen Leuten durch das öffentliche Interesse geboten ist, nicht aber zur Beschränkung der in einem Berufe herrschenden Konkurrenz, weil diese für die einzelnen Betriebe oder für die Volkswirtschaft schädlich sei. Ein Befähigungsausweis, der in seiner Ausgestaltung oder Handhabung einer Bedürfnisklausel gleichkommt, ist kein Befähigungsausweis mehr, sondern ein Mißbrauch desselben; aber auch ein Befähigungsausweis mit Erlaubniszwang in einem Gewerbe, das ohne Schädigung des Publikums ohne beson-

dere Fähigkeiten und Kenntnisse ausgeübt werden kann, verletzt die Handels- und Gewerbefreiheit und sprengt den herkömmlichen Polizeibegriff[31]).

Wir kommen also zum Ergebnis, daß dort, wo die Vereinbarungen und Beschlüsse dem Sachgebiete nach, dem sie zugehören, polizeilicher Art sind, die Handels- und Gewerbefreiheit nach wie vor respektiert werden muß. So wenig wie der Staat dürfen die Verbände, wo sie Polizeirecht erlassen, von der Gewerbefreiheit abweichen und den Polizeibegriff sprengen. Bestimmungen gegen den unlautern Wettbewerb dürfen also in Vereinbarungen und Beschlüssen mit AVE nur aufgestellt werden, wenn der Wettbewerb wirklich unlauter ist, d. h. wenn ein polizeiliches Interesse seine Unterdrückung verlangt. Ein Erlaubniszwang mit Fähigkeitsausweis darf nur aufgestellt werden, wenn der betreffende Beruf mit besondern Gefahren für das Publikum verbunden ist. Die Entbindung der Vereinbarungen und Beschlüsse von der Handels- und Gewerbefreiheit in Art. 31ter Abs. 3 rev.BV kann sich der Natur der Sache nach nicht auf polizeiliche Pflichten beziehen, sondern nur auf die Wettbewerbsregulierung, besonders auf Kartellabreden.

Bei der AVE polizeilicher Vereinbarungen und Beschlüsse wird die Prüfung durch die zuständige Behörde eine ganz andere sein als bei der AVE von Gesamtarbeitsverträgen. Sie wird nach einer andern Richtung gehen.

---

[31]) Freilich herrscht schon unter der geltenden BV vielfach die irrtümliche Meinung vor, die Kantone könnten den Befähigungsausweis mit Erlaubniszwang für beliebige Berufe einführen. Art. 42 Abs. 2 des BG über die berufliche Ausbildung vom 26. Juni 1930 sieht allerdings für die erfolgreichen Kandidaten der Meisterprüfung einen Fähigkeitsausweis vor. Allein dieser ist nur eine Art Diplom, welches das allgemeine Ansehen des Berufes heben soll. Dieser Ausweis darf nicht mit einer Bewilligungspflicht verbunden werden; d. h. aus Art. 31 BV hat auch derjenige Anspruch auf freie Gewerbeausübung, der den Ausweis nicht besitzt, es wäre denn, daß im betreffenden Gewerbe ein besonderer Schutz des Publikums im öffentlichen Interesse notwendig wäre.

Bei der AVE eines Gesamtarbeitsvertrages wird zu untersuchen sein, ob die Voraussetzungen des Art. 31ter Abs. 3 und der künftigen Ausführungsgesetzgebung für die AVE erfüllt sind, insbesondere aber, ob ein legitimes Interesse an der Beseitigung des Außenseitertums besteht, ob die Arbeitgeber von Unterbietung, die Arbeitnehmer von der Bevorzugung „Wilder" bedroht sind, ob der Gesamtarbeitsvertrag im Tarifgebiet überwiegende Bedeutung erlangt hat und ob die beteiligten Verbände für den Beruf repräsentativ sind. Ganz anders bei der AVE polizeilicher Vereinbarungen und Beschlüsse! Hier hat die Behörde vor allem zu untersuchen, ob die Vorschriften wirklich durch das öffentliche Interesse diktiert sind, ob z. B. der bekämpfte Wettbewerb wirklich unlauter ist. Unter keinen Umständen dürfen wirtschaftspolitische Vorschriften, die lediglich unter polizeilicher Flagge segeln, allgemeinverbindlich erklärt werden[32]).

Die Verbände werden freilich versuchen, den Polizeibegriff zu sprengen. Diese Gefahr ist nicht zu leugnen. Wie hoch sie einzuschätzen ist, hängt von verschiedenen Umständen ab: davon, ob die Berufsverbände in ihre neue, öffentliche Aufgabe hineinwachsen, ob die Prüfung der für die AVE zuständigen Behörde streng ist, ob der Richter befugt sein wird, die allgemeinverbindlich erklärten Vereinbarungen und Beschlüsse auf ihre Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit zu prüfen usw. Das sind z. T. politische Fragen, deren Beantwortung nicht in den Rahmen dieser wissenschaftlichen Abhandlung gehört.

Die Heranziehung der Berufsverbände zum Erlaß von Polizeirecht bedeutet zugleich eine Heranziehung zum

---

[32]) Daß das öffentliche Interesse und das private Interesse des anständigen Konkurrenten u. U. parallel laufen können, soll nicht bestritten werden. Daran, daß gewisse zu Täuschungen Anlaß gebende Ausverkäufe verschwinden, ist sowohl das Publikum als der loyale Geschäftsmann interessiert. Aber wenn der Berufsverband eine Maßnahme vorschlägt, tut er es im privaten, nicht im öffentlichen Interesse.

Erlaß von Strafrecht. Die Verbote und Gebote, die in den Vereinbarungen und Beschlüssen mit polizeilichem Charakter enthalten sein werden, sind zugleich die „gesetzlichen" Straftatbestände. Indem der Berufsverband beschließt, was unlauterer Wettbewerb ist, bestimmt er zugleich, unter welchen Voraussetzungen Mitglieder und Außenseiter strafbar sind. Was es in einem Rechtsstaat bedeuten würde, wenn die Straftatbestände nicht mehr scharf abgegrenzt würden oder wenn Blankettbestimmungen in den Vereinbarungen und Beschlüssen zur Abkehr vom Grundsatz nulla poena zwingen würden, ist leicht einzusehen.

2. Die AVE von Bestimmungen über die Wettbewerbsregulierung.

Wettbewerbsregulierung ist Wirtschaftspolitik, nicht Wirtschaftspolizei. Wettbewerbsregulierung ist das Kennzeichen einer Zeit, wo der Staat sich nicht mehr mit der Polizei begnügt und im übrigen die freie Konkurrenz walten läßt. Wettbewerbsregulierung ist also auch der Gegensatz zur freien Konkurrenz.

Beim System der freien Konkurrenz herrschen Angebot und Nachfrage, während die Wettbewerbsregulierung darauf ausgeht, den Einfluß des freien Wettkampfes auf die Preis- und Angebotsgestaltung geradezu zu beseitigen oder doch zu ändern[33]). Sofern man sich bewußt ist, daß es nicht nur absolute Monopole gibt, sondern auch relative, kann man statt von Wettbewerbsregulierung auch von Monopolisierung sprechen. Zwischen dem idealen Grenzzustand des absoluten Monopols, d. h. der Vereinigung des Angebotes oder der Nachfrage einer Wirtschaftsleistung in einer einzigen Hand, und dem idealen Grenzzustand der vollkommen freien Konkurrenz gibt es Übergangstatbestände[34]), und es ist nicht unrichtig, auch

---

[33]) Böhm a. a. O. S. 5.
[34]) Böhm a. a. O. S. 12—15.

diese als Monopoltatbestände aufzufassen. Jedenfalls sind freier Wettbewerb und Wettbewerbsregulierung zwei verschiedene Wirtschaftsorganisationsformen innerhalb der kapitalistischen Wirtschaft[35]).

Die hauptsächlichste Wettbewerbsregulierung in unserm Sinne ist die Kartellierung. Doch nicht alle Bestimmungen der Vereinbarungen und Beschlüsse der Unternehmerverbände mit dem Zwecke der Wettbewerbsregulierung sind Kartellverträge und -beschlüsse. Ein Vertrag zwischen dem Apotheker- und dem Drogistenverband über die Artikel, die nur in den Apotheken, und über diejenigen, die nur in den Drogerien verkauft werden dürfen, ist nach dem üblichen Sprachgebrauch keine Kartellabrede, aber er ist sicher eine Vereinbarung über Wettbewerbsregulierung. Übrigens sind nicht alle Kartelle Berufsverbände und nicht alle Berufsverbände Kartelle. Es gibt Kartelle, die mangels Rechtspersönlichkeit nicht als Berufsverband angesehen werden können, und andere, die es nicht sind, weil sie trotz der monopolistischen Marktbeherrschung nur einen kleinen Teil der Berufsleute ihrer Branche umfassen. Anderseits gibt es Berufsverbände, die nach ihren Satzungen nicht befugt sind, als Kartell aufzutreten oder auch nur Beschlüsse über sonstige Wettbewerbsregulierung zu fassen.

Für das Verständnis der folgenden Ausführungen genügt es, die Wettbewerbsregulierung so zu definieren: Bestimmungen der Vereinbarungen und Beschlüsse der Unternehmerverbände über Wettbewerbsregulierung sind alle Bestimmungen, welche zum Zwecke haben, die freie Konkurrenz zu korrigieren, insbesondere die Kartellbeschlüsse und -vereinbarungen der Unternehmerberufsverbände.

Die Frage, ob auch Vereinbarungen und Beschlüsse mit Bestimmungen über die Wettbewerbsregulierung sollen allgemeinverbindlich erklärt werden können, wurde bei

[35]) Liefmann, Kartelle, Konzerne und Trusts, 1927, 7. Aufl. S. 55 ff.

Beratung der neuen Wirtschaftsartikel nie in grundsätzlicher Weise gestellt und wird auch durch Art. 31 ter nicht beantwortet. Selbst die Auswahl der „Sachgebiete", wie sie in Art. 31 ter ursprünglich enthalten war, läßt keinen zuverlässigen und klaren Schluß zu. Zwar wurde sowohl in den parlamentarischen Kommissionen als in den Räten einläßlich erörtert, ob Preisfestsetzungen von der AVE ausgeschlossen werden sollen[36]). Allein es hätte offenbar keinen Sinn gehabt, die Preise von der AVE auszunehmen, wenn in Anbetracht der ausgewählten „Sachgebiete" der AVE eine AVE von Preisabreden gar nicht in Betracht gekommen wäre. Preisfestsetzungen in Vereinbarungen oder Beschlüssen von Berufsverbänden sind Wettbewerbsregulierungsmaßnahmen, und nur wenn solche Wettbewerbsregulierungsmaßnahmen im allgemeinen der AVE unterworfen sind, hat es einen vernünftigen Sinn, die Preise auszunehmen. Eine grundsätzliche Fragestellung hätte also nicht nur gerade die Preise[37]) betroffen, sondern sie hätte allgemein gelautet: Soll außer dem Arbeits-

[36]) Nach einem Antrag des Vororts des Handels- und Industrievereins hätte Art. 31ter die Preise von der AVE ausdrücklich ausnehmen sollen, nach einem Vorschlag des Schweiz. Gewerbeverbandes hätte die AVE auch auf die Lieferungsbedingungen erstreckt werden sollen. Protokollnotizen der nationalrätlichen Kommission vom 24.—27. Januar 1938 S. 77 ff. Der Antrag, die Preise auszunehmen, wurde in der Kommission verworfen. S. 90 und 96. Nachher nahm die ständerätliche Kommission einen Antrag an, wonach die AVE von Preisfestsetzungen zulässig gewesen wäre, wenn ein in seiner Existenz bedrohter Wirtschaftszweig durch vorübergehende Ausschaltung der Unterbietung besser erhalten werden könne. Sten. Bull. 1939 StR S. 85. Der Vorschlag wurde jedoch vom Plenum des Ständerates abgelehnt. Sten. Bull. 1939 StR S. 95.

[37]) Es herrschte übrigens nicht einmal Klarheit darüber, was unter einem Preis zu verstehen sei. Sollte nur ein Kaufpreis nicht allgemeinverbindlich erklärt werden dürfen, wohl aber ein Frachtlohn? Sind alle Geldleistungspflichten Preise in diesem Sinne? Das Obligationenrecht spricht vom Preis nur beim Kauf, nicht aber bei Miete, Pacht, Werkvertrag, Verlagsvertrag usw. Soll es auf die Terminologie des OR ankommen?

verhältnis auch das übrige Wirtschaftsverhältnis, sollen Produktion und Absatz in Gestalt der Wettbewerbsregulierung der AVE zugänglich gemacht werden? Daß man mehr oder weniger bewußt auch an die AVE von Vereinbarungen und Beschlüssen über die Wettbewerbsregulierung herantreten wollte, geht immerhin daraus hervor, daß in Art. 31ter vorübergehend „die Erhaltung bedrohter Wirtschaftszweige" und „die Förderung der Konkurrenzfähigkeit gegenüber dem Ausland" als „Sachgebiete" auftauchten[38]). Offenbar dachte man dabei doch an Bestimmungen, welche Wettbewerbsverhältnisse korrigieren und sanieren sollten. Dazu kommt, daß Art. 31ter Abs. 3 ausdrücklich von der Beobachtung der Gewerbefreiheit entbindet; da die Gesamtarbeitsverträge und die polizeilichen Vereinbarungen und Beschlüsse die Gewerbefreiheit nicht verletzen oder nicht verletzen dürfen, bleibt nur die Annahme übrig, daß es noch eine weitere Kategorie von Vereinbarungen und Beschlüssen der Berufsverbände geben müsse, welche allgemeinverbindlich erklärt werden und die Gewerbefreiheit verletzen dürfen. Die Einführung der AVE ist übrigens von Anfang an namentlich von denjenigen Kreisen (des Gewerbestandes) postuliert worden, welche einerseits mit dem System der freien Konkurrenz nicht mehr zufrieden waren und anderseits sich nicht aus eigener Kraft kartellieren konnten, besonders deshalb nicht, weil die Zahl der Unternehmer in ihren Branchen zu groß war. Es ist daher wahrscheinlich, daß die Ausführungsgesetzgebung zu Art. 31ter auch wettbewerbsregulierende Vereinbarungen und Beschlüsse der

---

[38]) Die Erhaltung bedrohter Wirtschaftszweige und die Förderung der Konkurrenzfähigkeit gegenüber dem Ausland, wie sie in Art. 31ter nach dem Entwurf der nationalrätlichen Kommission enthalten waren (oben N. 8), sind überhaupt keine „Sachgebiete", sondern Ziele staatlicher Wirtschaftspolitik. Sie bieten kein scharfes Kriterium, um den zulässigen vom unzulässigen Inhalt der mit AVE ausgestatteten Vereinbarungen und Beschlüsse abzugrenzen. Vgl. auch Böhler, Korporative Wirtschaft, 1934, S. 37.

Berufsverbände, insbesondere Kartellabreden und -beschlüsse, der AVE unterwerfen wird.

Vielfach wird, was als Bekämpfung unlautern Wettbewerbes unzulässig ist, als Vereinbarung oder Beschluß mit wettbewerbsregulierendem Inhalt zulässig sein. Es ist z. B. vorgeschlagen worden, die Vorschriften der Verbände zur Bekämpfung unlautern Wettbewerbes hätten zu bestehen in Bestimmungen über Qualität, Arbeitsführung, Lieferungs- und Kreditbedingungen, Buchführung und Kalkulation[39]). Es kann aber keine Rede davon sein, daß das Bestimmungen zur Bekämpfung wirklich unlautern Wettbewerbes seien; denn es fehlt zumeist das Moment der Unlauterkeit, d. h. das öffentliche Interesse am Schutze des Publikums. Beabsichtigt ist vielmehr eine Korrektur des Systems der freien Konkurrenz. Vereinbarungen und Beschlüsse solcher Art sind nach Art. 31ter rev.BV von der AVE nicht ausgeschlossen, sondern die AVE ist zulässig, wenn sie sich unter eines der künftigen Sachgebiete ordnen lassen; aber unter polizeilicher Flagge dürfen sie nicht segeln.

Die wettbewerbsregulierenden Verhaltungspflichten der Vereinbarungen und Beschlüsse sind vor der AVE Verbandsrecht[40]). Die Organe eines Berufsverbandes oder einer ähnlichen Wirtschaftsorganisation können schon unter dem geltenden Recht wie die Organe anderer juristischer Personen im Rahmen ihrer durch die Statuten gegebenen Zuständigkeitsordnung Verhaltungsrecht, Mitgliederpflichten begründen, z. B. eben die Kartellpflicht, eine bestimmte Produktionsquote nicht zu überschreiten

---

[39]) Vgl. den Entwurf von Nationalrat Schirmer zu einem BG über die AVE vom November 1937.

[40]) Es gibt natürlich Vereinbarungen und Beschlüsse, die nicht abgeschlossen oder gefaßt würden, wenn nicht die AVE hinzukommen würde, zu denen sich die Berufsverbände also nur entschließen werden, weil die AVE winkt. Wenn also zwischen den Vereinbarungen und Beschlüssen vor und nach der AVE unterschieden wird, so ist das nicht zeitlich gemeint.

oder in ein Territorium nicht zu liefern usw. Dieses Verbandsrecht kann neben den organisatorischen Bestimmungen in den Statuten selbst enthalten sein. Notwendig ist das aber nicht. Diese Mitgliederpflichten sind das Verhaltungsrecht der engern Gemeinschaft des Verbandes[41]). Eine Strafsanktion bei Verletzung besteht nicht, sondern der Verband ist auf Bußen und dergl. angewiesen. Die Mitglieder können sich durch den Austritt diesen Pflichten wieder entziehen, soweit nicht der Austritt — bei der Form der Genossenschaft nach OR Art. 843 — erschwert werden darf.

Durch die AVE wird auch aus diesem Verbandsrecht objektives Recht. Dieselben Pflichten sind dann keine bloßen Mitgliederpflichten der engern Gemeinschaft des Verbandes mehr, sondern allgemeines Verhaltungsrecht. Sowohl der Außenseiter als das Mitglied hat dann die vorgeschriebene Produktionsquote innezuhalten, als Schuhfabrik die einer orthopädischen Werkstätte vorbehaltenen Spezialschuhe nicht zu fabrizieren usw., und Mitglieder sowohl wie Außenseiter werden bei Widerhandlung mit einer öffentlichen Strafe gebüßt. Die wettbewerbsregulierenden Pflichten haben also mit den polizeilichen gemein, daß erst durch die AVE objektives Recht daraus wird, während, wie wir gesehen haben, die unabdingbaren Normen des Gesamtarbeitsvertrages diesen Charakter auch ohne AVE haben. Worin besteht nun aber der Unterschied zur AVE polizeilicher Vereinbarungen und Beschlüsse? Die AVE polizeilicher Vereinbarungen und Beschlüsse bedeutet Heranziehung der Berufsverbände zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, zur Polizeigesetzgebung. Die AVE von wettbewerbsregulierenden Mitgliederpflichten ist jedoch etwas anderes; sie ist Mitwirkung des Staates bei der Wettbewerbsregulierung. Nicht der Verband hilft dem Staat, wie bei der Polizeigesetzgebung, sondern der Staat hilft dem Verband.

---

[41]) Burckhardt, Methode S. 171/72.

Im extremsten Fall kommt die AVE von wettbewerbsregulierenden Vereinbarungen und Beschlüssen der Unternehmerverbände der Zwangskartellierung gleich. Wird eine eigentliche Kartellpflicht allgemeinverbindlich erklärt, so besteht der Unterschied zwischen Zwangskartell und AVE nur darin, daß dort auch eine organisatorische Zusammenfassung der beteiligten Unternehmer erzwungen wird, hier nicht; das Ziel von AVE und Zwangskartellierung ist aber dasselbe[42]).

Die AVE von wettbewerbsregulierenden Vereinbarungen und Beschlüssen ist zunächst nur im privaten Interesse gelegen. Von einem öffentlichen Interesse kann man nur sprechen, wenn man zugibt, daß das öffentliche Interesse ganz allgemein, in allen Wirtschaftszweigen und Berufen, eine Korrektur der freien Konkurrenz diktieren kann.

Indem der Staat aber die AVE wettbewerbsregulierender Vereinbarungen und Beschlüsse einführt, nimmt er eben für eine grundsätzliche Korrektur des Systems der freien Konkurrenz Stellung. Er gibt grundsätzlich das System der freien Konkurrenz auf. Er schafft einen Weg für den Erlaß von Bestimmungen über die Wettbewerbsregulierung. Wir stehen vor einem Wandel der schweizerischen Wirtschaftsverfassung, der die größte Aufmerksamkeit des Staatsrechtlers verdient:

Die Wirtschaftsverfassung besteht nicht etwa aus ökonomischen Gesetzen, sondern sie ist ein Teil der Rechtsordnung, nämlich derjenige, welcher die Entscheidung zugunsten einer bestimmten Art des Wirtschaftens enthält[43]). Man spricht im gleichen Sinn etwa auch von

[42]) Brunner a. a. O. S. 124 ff. Es ist daher nicht von ungefähr, daß einzelne Autoren allgemeinverbindlich erklärte Unternehmerbeschlüsse mit Pflichten zu solidarischem Marktverhalten als Zwangskartelle bezeichnen. Vgl. Kartellrundschau 1935 S. 6 und S. 70.

[43]) Franz Böhm, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, 1937, S. 54 ff.; Böhler S. 47.

der Wirtschaftsordnung[44]). Zwischen der politischen Verfassung oder Staatsverfassung und der Wirtschaftsverfassung besteht eine Beziehung; bestimmte Wirtschaftsverfassungen sind mit bestimmten politischen Verfassungen unvereinbar. Formell brauchen diejenigen Rechtssätze und Rechtsinstitute, welche die Wirtschaftsverfassung eines Staates ausmachen, nicht der Verfassungsurkunde zuzugehören.

Wenn wir nun prüfen, welches bis anhin die schweizerische Wirtschaftsverfassung war, so lautet die Antwort: Es war die Wirtschaftsverfassung der freien Verkehrswirtschaft[45]). Diese Wirtschaftsverfassung ist gekennzeichnet durch das Privatrecht mit dem Privateigentum und der Vertragsfreiheit und durch die Handels- und Gewerbefreiheit. Unter dieser Wirtschaftsverfassung hat der freie Wettbewerb eine funktionelle Bedeutung, er ist das Steuer der Wirtschaft. Handel und Gewerbe, deren freie Ausübung die Handels- und Gewerbefreiheit garantiert, bestehen im Abschluß von Rechtsgeschäften. Das Feld der Rechtsgeschäfte ist das Gebiet, wo die freie Konkurrenz sich abwickelt; wer zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes kommt, ist der Sieger im Konkurrenzkampf. Die Rechtsgeschäfte werden aber eben durch das Privatrecht ermöglicht. Das Privatrecht schafft die Möglichkeit der Rechtsgeschäfte durch die Privatautonomie und die Vertragstypen, die Gewerbefreiheit garantiert die Möglichkeit durch Beschränkung des Staates; Privatrecht und Gewerbefreiheit stehen auch

---

[44]) Dagegen sind Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsrecht nicht zu verwechseln. Unter Wirtschaftsrecht versteht man die Gesamtheit der rechtlichen Vorschriften, erlassen zu dem Zwecke, den Ablauf der Wirtschaft nach gewissen Richtungen zu leiten. Renggli, im Handbuch der Schweiz. Volkswirtschaft 1939 Bd. II S. 552. Der Erlaß von Wirtschaftsrecht setzt bereits eine bestimmte Wirtschaftsverfassung voraus. Ebenso Klausing, Wirtschaftsrecht, in der Festschrift für Heymann, 1931, Bd. 1 S. 37.

[45]) Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf S. 337.

in einem sinnvollen Zusammenhang miteinander. Das Wirtschaftssystem aber, das dieser Wirtschaftsverfassung entspricht, ist eben dasjenige der freien Konkurrenz[46]). Ohne das Bewußtsein dieser Zusammenhänge läßt sich nicht beurteilen, welche staatsrechtliche Bedeutung der AVE, insbesondere von wettbewerbsregulierenden Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen, zukommt[47]).

Die AVE steht schon im Widerspruch mit dem fundamentalen Satz des Privatrechtes, daß die Beschlüsse einer juristischen Person des Privatrechtes nur für die Mitglieder verbindlich sind. Bei diesem Widerspruch wollen wir aber nicht länger verweilen, denn es läßt sich sagen, der Umstand, daß die allgemeinverbindlich erklärten Beschlüsse zuerst von den Verbänden aufgestellt werden, sei nur eine Besonderheit dieses Rechtsetzungsverfahrens, in Wirklichkeit habe dieses Verfahren zumeist von Anfang an die Setzung objektiven Rechtes zum Ziel, und daß objektives Recht nicht nur die Verbandsmitglieder treffe, liege in seiner Natur. Ein Vertrag z. B., das lernt der Student der Rechte schon im ersten Semester, ist nicht allgemein, sondern für die Kontrahenten verbindlich, und wenn er allgemeinverbindlich ist, ist es kein Vertrag mehr[48]).

---

[46]) Burckhardt, Kommentar S. 233.

[47]) Im allgemeinen macht man sich unter Juristen zu wenig Gedanken darüber, daß die Rechtsordnung ein bestimmtes Wirtschaftssystem verkörpert. Nicht ganz mit Unrecht schreibt Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf S. 18: „Man kann der Rechtswissenschaft den Vorwurf nicht ersparen, daß sie derjenigen Marktverfassung, die unserm gesamten Privatrechtssysteme und unserer öffentlich-rechtlichen Gewerbegesetzgebung als Voraussetzung zugrunde liegt, mit einer kaum zu überbietenden Interesselosigkeit gegenübersteht."

[48]) Die Verbindlichkeit der Verträge und Beschlüsse der Berufsverbände für die Mitglieder beruht auf den Satzungen und auf der Zugehörigkeit der Mitglieder zum Verband. Es ist eine bedingte Verbindlichkeit, bedingt nämlich durch die Anerkennung der staatlichen Organe. Burckhardt, Methode S. 171. Es kann auch nicht einfach behauptet werden, es sei bisher ein Mangel

Die AVE von Vereinbarungen und Beschlüssen der Berufsverbände mit wettbewerbsregulierendem Inhalt steht nun aber auch in einem Widerspruch mit der gesamten Wirtschaftsverfassung: sie widerspricht sowohl der Handels- und Gewerbefreiheit als der privatrechtlichen Vertragsfreiheit[49]). Sie begründet ein Wirtschaftssystem, das dem System der freien Konkurrenz entgegengesetzt ist: das System der Wettbewerbsregulierung, der Monopolisierung und Kartellierung, und im letzten Grunde sogar einer Planwirtschaft. Da es der Staat ist, der die AVE einführt, ist er es auch, der die Wirtschaftsverfassung ändert: er anerkennt, daß die Unterbindung der freien Konkurrenz im öffentlichen Interesse liegt oder doch liegen kann, und er übernimmt in Gestalt der AVE eine Verantwortung für den Ablauf der Wirtschaft unter der neuen Wirtschaftsverfassung, während beim System der freien Konkurrenz diese Verantwortung infolge seiner Nichteinmischung nicht gegeben war[49a]).

---

gewesen, daß die Verbandsbeschlüsse nur für die Mitglieder verbindlich gewesen seien; denn in Wirklichkeit wird durch die AVE eben nicht nur die Verbindlichkeit auf einen weitern Personenkreis ausgedehnt, sondern es wird etwas anderes geschaffen, objektives Recht.

[49]) Nach schweizerischer Auffassung ist die Vertragsfreiheit selbst kein verfassungsmäßiges Individualrecht. Ein verfassungsgerichtlicher Schutz der Vertragsfreiheit besteht nur auf dem Umweg über die derogatorische Kraft des Bundesrechtes (Art. 2 der Übergangsbestimmungen der BV), d. h. soweit das Zivilrecht, insbesondere das Obligationenrecht, Vertragsfreiheit garantiert, kann eine Verletzung derselben als Verletzung des Vorranges des Bundesrechtes vor dem kantonalen Recht gerügt werden. Urteil der Staatsrechtlichen Abteilung vom 3. Mai 1940 i. S. Schnyder; BGE 64 I S. 29, 65 I S. 79 ff. Anders verhält es sich in den Vereinigten Staaten, wo auf Grund des due process of law die Vertragsfreiheit als verfassungsmäßiges Recht garantiert ist. v. Mangoldt a. a. O. S. 56 ff.

[49a]) Böhler, Korporative Wirtschaft, 1934, S. 14, definiert geradezu die korporative Wirtschaft als eine Wirtschaft, bei der die Herrschaft des Marktes ersetzt oder eingeschränkt werden soll durch eine kollektive Kontrolle der Wirtschaft unter Mitwirkung

Es liegt auf der Hand, daß deshalb auch die Prüfung der Behörde bei der AVE von wettbewerbsregulierenden Vereinbarungen und Beschlüssen eine ganz andere sein wird als bei der AVE von Gesamtarbeitsverträgen und polizeilichen Bestimmungen. Bei der AVE eines Gesamtarbeitsvertrages kommt es vor allem darauf an, ob die Verhinderung der Vertragsumgehung geboten ist, bei der AVE von polizeilichen Verhaltungspflichten darauf, ob das öffentliche Interesse am Erlaß der Bestimmung gegeben ist. Bei der AVE von wettbewerbsregulierenden Bestimmungen dagegen steht eine ökonomische Prüfung im Vordergrund, und es hat dort auch das durch Art. 31ter Abs. 3 geforderte Gutachten der Sachverständigen eine besondere Bedeutung. Es ist zu untersuchen, ob die AVE der vorgeschlagenen Bestimmungen, z. B. eines Kartellbeschlusses, wirtschaftlich verantwortet werden kann, ob sie z. B. keine zu starke Erhöhung des allgemeinen Preisniveaus zur Folge hat usw.[50]). Und da sowohl die Sachverständigen als die für die AVE zuständige Behörde dabei die gesamte Volkswirtschaft im Auge zu behalten haben, läuft wie gesagt die AVE letztlich auf einen namhaften Ansatz zu einer Planwirtschaft hinaus.

Es gilt nun noch einen Einwand zu widerlegen. Gegen die Auffassung, daß die AVE wettbewerbsregulierender Verbandsakte eine grundsätzliche Abkehr von der Wirtschaftsverfassung der freien Verkehrswirtschaft sei, wird vielleicht eingewendet, diese Abkehr sei schon durch

---

der Wirtschaftsverbände. Die AVE ist aber bereits eine solche Kontrolle unter Aufhebung der freien Marktwirtschaft.

[50]) Gewiß dürfen die ökonomischen Wirkungen einer AVE eines Tarifvertrages oder einer polizeilichen Bestimmung auch nicht übergangen werden; ein Gesamtarbeitsvertrag kann z. B. mit seinem Lohnansatz den Lebenskostenindex zu sehr beeinflussen, eine Bestimmung gegen unlautern Wettbewerb kann ein ganzes Gewerbe verunmöglichen. Aber die ökonomischen Wirkungen haben hier doch lange nicht dieselbe Bedeutung wie bei der Wettbewerbsregulierung.

die private Kartellierung und den staatlichen Interventionismus vollzogen worden.

Soweit dieser Einwand die private Kartellierung betrifft, ist er teilweise berechtigt. Die Kartelle sind ein Einbruch in die Wirtschaftsverfassung der freien Verkehrswirtschaft. Allerdings widersprechen sie nach der frühern schweizerischen Auffassung der Handels- und Gewerbefreiheit nicht. Damals meinte man, im Gegensatz zu der in den Vereinigten Staaten herrschenden Ansicht, sie seien sogar ein Ausfluß der Vertragsfreiheit; denn Kartelle seien auch Verträge, und jedermann habe einen verfassungsmäßigen Anspruch darauf, auch Verträge solcher Art schließen zu können[51]). Diese Ansicht ist aber heute widerlegt und überholt; sie ist formalistisch[52]). Zwischen Konkurrenzkampf und Monopolkampf muß unterschieden werden. Die freie Konkurrenz ist nicht gewährleistet, damit derjenige, dem sie zugute kommt, sich ihrer durch Verträge entledige. Die Wirtschaftsverfassung der freien Verkehrswirtschaft ist eine herrschaftsfreie Sozialverfassung, aber sie ist doch Verkörperung einer bestimmten Ordnung, einer Ordnung jedoch, die nur funktioniert, wenn das ordnungserzeugende Verfahren von allen Beteiligten innegehalten wird, wenn also wirklich freie Konkurrenz herrscht. Wird dagegen das ordnungserzeugende Prinzip der freien Konkurrenz von den Beteiligten selbst preisgegeben, so wird das Wirtschaftssystem der Steuerung beraubt, und es entsteht ein oft fast chaotisch anmutendes Durcheinander von Kon-

---

[51]) Vgl. BBl 1887 II S. 687 und ein Gutachten des Justiz- und Polizeidepartementes, Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden aus dem Jahr 1927 S. 13.

[52]) Daß freilich heute noch das Kartellrecht als bloßes Anhängsel des Gesellschaftsrechtes behandelt wird, statt als Teil und Problem des Verfassungsrechtes, insbesondere des Wirtschaftsverfassungsrechtes, das hängt immer noch mit jener veralteten Ansicht zusammen. Böhm a. a. O. S. 173.

kurrenzkampf und Monopolkampf[53]). Wir wollen nicht behaupten, die Kartellverträge und -beschlüsse hätten wegen Verstoßes gegen Art. 31 BV ungültig erklärt werden sollen. Nach der schweizerischen Auffassung schützt die Handels- und Gewerbefreiheit den Bürger nur gegen den Staat, nicht gegen seinesgleichen; die privaten Kartelle aber sind keine Staatsakte. Allein daraus, daß das verfassungsmäßige Recht der Handels- und Gewerbefreiheit seine Schießscharten auf einer andern Seite hat, folgt keineswegs, daß die Kartellierung und private Monopolisierung mit der Wirtschaftsverfassung der freien Verkehrswirtschaft im Einklang stehe[54]). Es bleibt wahr, daß die Kartellierung und Monopolisierung Preisgabe des ordnungserzeugenden Prinzips der freien Verkehrswirtschaft ist.

Die Berufung auf die private Kartellierung und Monopolisierung ist jedoch nicht stichhaltig, um darzutun, daß die von uns in der AVE erblickte grundsätzliche Abkehr von der Wirtschaftsverfassung der freien Verkehrswirtschaft schon früher erfolgt sei. Die private Kartellierung war gewissermaßen nur eine private Abkehr; sie war noch kein Aufbau einer neuen, andern Ordnung. Der Staat war daran nicht beteiligt, es wäre denn durch die

---

[53]) Böhm S. 174 ff. schreibt im Anschluß an einen Ausspruch Bismarcks, daß mit der Aufgabe der freien Konkurrenz durch die Beteiligten das Wirtschaftsleben „einem recht- und gottlosen Souveränitätsschwindel" von Wirtschaftsverbänden und privaten Monopolen überantwortet werde. Vgl. auch Böhler S. 60, 63.

[54]) Diese neue Auffassung wird geteilt von Böhm S. 106 ff., 170 ff., Brunner a. a. O. S. 15 ff., Feldmann, Kartelle, Trusts und Monopole in ihrem Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit, 1931, S. 51, 139, 147 ff.; Gysin, Grundlinien des schweiz. Kartellrechts, Zeitschrift für schweiz. Recht n. F. 49 S. 423; E. R. Huber, Bedeutungswandel der Grundrechte, Archiv für öffentliches Recht 1933 S. 1 ff. Vgl. auch H. Huber, Die Handels- und Gewerbefreiheit, 1933, S. 20; Derselbe, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, Zeitschrift f. Schweiz. Recht n. F. 55 S. 195a. Auch in BGE 52 II S. 384 wird der Gegensatz von Kartellierung und Handels- und Gewerbefreiheit hervorgehoben.

bloße Duldung der Monopole und Kartelle. Durch die AVE von wettbewerbsregulierenden Bestimmungen hingegen beteiligt sich auch der Staat an der Preisgabe der geltenden Wirtschaftsverfassung, und darin liegt zugleich der Aufbau einer neuen Ordnung. Der Staat übernimmt an Stelle der freien Konkurrenz die Ordnung des Wirtschaftslebens, wenn auch zusammen mit den Berufsverbänden. Das ist die revolutionäre Wendung.

Aber auch die wirtschaftsinterventionistischen Maßnahmen des Staates, z. B. das Hotelbauverbot, das Warenhaus- und Filialverbot, das Verbot der Neugründung und Erweiterung von Schusterwerkstätten, die Sanierungsmaßnahmen in der Uhrenindustrie usw., sind keine grundsätzliche Abkehr von der Wirtschaftsverfassung der freien Verkehrswirtschaft, wie die AVE von wettbewerbsregulierenden Bestimmungen der Berufsverbände es ist. Abgesehen davon, daß man sie gewöhnlich immer noch als vorübergehend, durch die „Krise" bedingt betrachtet, sind es bloße Einzelmaßnahmen. „Rechtlich gesehen sind alle gebundenen Wirtschaftsformen, die wir heute beobachten, Inseln auf dem Meere der Wirtschaftsfreiheit. Sie stellen sich der juristischen Betrachtung als Ausnahmen von der Regel dar. Und mögen diese Ausnahmen noch so häufig festzustellen sein, mögen sie sogar dem heutigen Wirtschaftszustande geradezu das charakteristische Gepräge geben, sie sind und bleiben Ausnahmen bis zu dem Augenblicke, da die Rechtsordnung das Verhältnis umkehrt."[55]) Eine solche Umkehrung geschieht aber, wenn der Staat allgemein die Schleusen für die Wettbewerbsregulierung öffnet. Dann tritt das Prinzip der Wettbewerbsregulierung auf und will die freie Konkurrenz, die Selbstregulierung, ablösen. Und da es der Staat ist, der im Verein mit den Verbänden die Regulierung besorgt, kommt zugleich eine herrschaftliche Wirtschaftsverfassung an Stelle einer herrschaftsfreien auf: der von den

---

[55]) Böhm a. a. O. S. 190.

Verbänden angeregte staatliche Befehl und nicht mehr die freie Konkurrenz ist ordnungserzeugend in der Wirtschaft[56]).

Der Verfassungsgesetzgeber wollte zwar keine neue Wirtschaftsverfassung begründen, keinen Korporationenstaat oder dergleichen errichten, sondern nur die AVE einführen. Allein ganz gegen seine Absicht entsteht eben schon aus der AVE eine neue Wirtschaftsverfassung. Denn die AVE wettbewerbsregulierender Verbandsbestimmungen durch den Staat bedeutet nichts weniger als die grundsätzliche Preisgabe der Wirtschaftsverfassung der freien Verkehrswirtschaft zugunsten einer staatlichen Ordnung und Durchkartellierung der Wirtschaft, zugunsten einer neuen, herrschaftlichen Wirtschaftsverfassung, in welcher der mit Strafsanktion versehene staatliche Befehl die freie Konkurrenz zu ersetzen bestimmt ist[56a]).

Es besteht freilich noch die Möglichkeit, daß die AVE toter Buchstabe des Gesetzes bleiben wird, ähnlich wie etwa die Bestimmungen des ZGB über die Heimstätten. Damit ist aber nichts gegen die Richtigkeit obiger Ausführungen gesagt. Und vor allem ist Art. 31ter rev.BV, wenn er einmal in Kraft steht, nicht dazu bestimmt, toter Buchstabe zu bleiben[57]).

---

[56]) Die bloße Kartellaufsicht, wie sie in einzelnen Staaten besteht, bedeutet noch nicht wie die staatliche Wettbewerbsregulierung eine solche grundsätzliche Abkehr von der Wirtschaftsverfassung der freien Verkehrswirtschaft. Böhm a. a. O. S. 191.

[56a]) Auch Hug, Die Problematik des Wirtschaftsrechts, 1939, S. 16 ff., nimmt an, daß mit der AVE wie mit andern wirtschaftsrechtlichen Neuerungen eine allgemeinverbindliche Marktordnung angestrebt wird. Sehr mit Recht bemerkt Böhler S. 66, das Grundproblem laute, ob die Bindung durch den Markt aufgehoben und eine Bindung durch korporative oder staatliche Organe eingeführt werden solle.

[57]) Nach einer Mitteilung, die ich Herrn Bankdirektor Stempels in Utrecht verdanke, hat allerdings die AVE in Holland noch keine wesentliche praktische Bedeutung erlangt; von 1935 bis 1939 soll das holländische Gesetz über die AVE von Kartellabmachungen (oben S. 334) noch nicht zehnmal angewendet worden sein.

III. AVE, Gewaltentrennung und Referendumsdemokratie.

Der Grundsatz der Gewaltentrennung ist wohl ein verfassungsmäßiges Recht der meisten Kantone, nicht aber ein solches des Bundes. In der Einführung der AVE im Bunde kann also keine Einschränkung eines Individualrechtes der Gewaltentrennung liegen. Dennoch ist die Frage berechtigt, ob durch die AVE im Bunde die Trennung der Gewalten beeinträchtigt werde. Auch wenn nämlich eine Staatsverfassung die Gewaltentrennung nicht zu einem verfassungsmäßigen Recht der Bürger erhebt, kann sie doch eine Maxime ihrer Behördenorganisation sein. Das trifft nun im Bunde zweifellos bis zu einem gewissen Grade zu. Da zwar 1848 die Bundesversammlung als „oberste" Gewalt gedacht und mit zahlreichen Aufgaben der Justiz und Verwaltung betraut wurde und da auch der spätere Ausbau des Bundesgerichtes diesen Rechtszustand nur teilweise gemildert hat, hat man freilich sogar von einer Vermengung der Gewalten im Bunde gesprochen[58]). Immerhin ist der Grundsatz der Gewaltentrennung wenigstens insofern rein durchgeführt, als die Gesetzgebung dem gesetzgebenden Organ vorbehalten ist; die Gewaltenvermengung besteht nicht darin, daß dieses sich mit andern Gewalten in die Gesetzgebung teilen muß, sondern darin, daß diese andern Gewalten ihre Funktionen mit der Bundesversammlung teilen müssen. Aus diesem Grunde kann die AVE trotz der sonst bestehenden Gewaltenvermengung ein Abbau der teilweisen Gewaltentrennung sein. Das ist nun auch der Fall. Durch die AVE wird ein Rechtsetzungsverfahren geschaffen, das einer Verwaltungsbehörde im Verein mit den Berufsverbänden und ähnlichen Organisationen anvertraut ist und bei dem das gesetzgebende Organ nicht mitzuwirken hat. Das Postulat Montesquieus, daß die Rechtsetzung einem besondern Organ vorzubehalten sei und daß die Behörden der beiden andern Gewalten von der Rechtsetzung aus-

---

[58]) Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 132.

zuschließen seien, wird also durchkreuzt[59]). Aber auch der andere Grundsatz des Aufklärungs- und Revolutionszeitalters, daß die Gesetzgebung Verwirklichung der Volonté générale sei und nur durch das Volk oder die Volksvertretung ausgeübt werden dürfe, wird durch die AVE aufgegeben.

Doch nicht nur die Bundesversammlung wird ausgeschaltet. Auch das Volk hat kein Recht der Mitwirkung auf dem Wege des Referendums nach BV Art. 89. Die Referendumsdemokratie wird nicht zugelassen auf den der Gesetzgebung neuerschlossenen Gebieten, insbesondere der Wettbewerbsregulierung. Die AVE wird durch die Verfassung vorgesehen und ist deshalb ein Rechtsetzungsverfahren eines konstitutionellen Staates, aber sie ist keine demokratische Rechtsetzung. Sie ist keine Rechtsetzung der direkten Demokratie, weil das Referendum ausgeschlossen ist; sie ist aber sogar keine Rechtsetzung einer mittelbaren Demokratie, indem auch die Volksvertretung ausgeschaltet ist.

Eine Bewertung dieser Rechtsetzung ohne Gewaltentrennung und Referendumsdemokratie gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit. Es genügt die Feststellung, daß hier ein neues und wichtiges allgemeines Rechtsetzungsverfahren unter Ausschaltung von Volk und Parlament in den Händen einer Verwaltungs- und Regierungsbehörde konzentriert wird.

Man wird vielleicht darauf hinweisen, daß die Gewaltentrennung nach dieser Richtung bereits längst durch das delegierte Verordnungsrecht abgebaut worden sei. Ja man wird vielleicht behaupten, die AVE sei selbst Verordnungsgesetzgebung kraft Delegation. Allein die Einwendung ist nicht begründet. Allerdings ist richtig,

---

[59]) „Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté, parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement.“ Esprit des Lois Livre XI chapitre VI.

daß die Rechtsprechung das Verordnungsrecht selbst in den Kantonen zugelassen hat, in denen die Gewaltentrennung Individualrecht ist; ein verfassungswidriger Übergriff der vollziehenden Gewalt in die gesetzgebende liegt nach der Praxis nur vor, wenn die Verwaltungsbehörde ohne gesetzliche Ermächtigung Rechtssätze aufstellt[60]). Allein der grundlegende Unterschied zwischen AVE und delegiertem Verordnungsrecht besteht darin, daß die Einführung der AVE Öffnung eines allgemeinen „Verordnungsrechtes" bedeutet, während das delegierte Verordnungsrecht z. B. des Bundesrates ein spezielles Verordnungsrecht ist; es bedarf für jede Verordnung einer Ermächtigung eines Gesetzes. Nachdem Art. 31ter in Kraft getreten sein wird, können unzählige Vereinbarungen und Beschlüsse allgemeinverbindlich erklärt werden, ohne daß jedesmal wieder eine Ermächtigung notwendig wäre. Die AVE gleicht also dem sogenannten selbständigen Verordnungsrecht kraft Verfassungsbestimmung, nicht dem unselbständigen Verordnungsrecht kraft Gesetzesdelegation[61]). Ein allgemeines selbständiges Rechtsverordnungsrecht des Bundesrates gibt es aber nicht, sondern die Bundesverfassung kennt nur ein beschränktes selbständiges Polizeiverordnungsrecht auf gewissen Gebieten (Neutralität, Sicherheit der Eidgenossenschaft)[62]). Sofern

---

[60]) Burckhardt, Kommentar S. 785.

[61]) Bekanntlich haben die Kantone Genf und Neuenburg versucht, die AVE von Gesamtarbeitsverträgen auf dem Wege der Gesetzgebung einzuführen. Allein da, wie gesagt, die Einführung der AVE der Eröffnung des selbständigen Verordnungsweges gleichkommt, wäre in diesen Kantonen zuerst eine Verfassungsrevision notwendig gewesen. Die Einführung der AVE durch bloßes Gesetz widersprach nicht nur dem Art. 2 ÜbBV — daran sind diese kantonalen Versuche auch gescheitert —, sondern sie widersprach m. E. auch dem kantonalen Verfassungsrecht der Gewaltentrennung. In den staatsrechtlichen Beschwerden war dieser Beschwerdegrund aber nicht geltend gemacht worden. BGE 64 I S. 16 ff., 65 I S. 248.

[62]) BGE 64 I S. 365 ff. und Urteil des Kassationshofes vom 5. Februar 1940 i. S. Schaad u. Janser.

man die Rechtsetzung durch AVE der Form nach als Verordnungsgesetzgebung bezeichnen will, bedeutet also die Einführung der AVE die Anbahnung des dem Bunde bisher fremd gewesenen allgemeinen und selbständigen Rechtsverordnungsrechtes des Bundesrates. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die AVE eine Neuerung von großer Tragweite.

Nach Art. 31ter Abs. 2 sind die „Sachgebiete" der AVE freilich noch durch Bundesgesetze zu bezeichnen. Allein deswegen wird die AVE nicht zum delegierten Verordnungsrecht. Die Bezeichnung eines Sachgebietes der AVE durch Bundesgesetz ist keine Delegation; denn nachdem einmal das „Sachgebiet" bezeichnet ist, z. B. das „Sachgebiet" des Arbeitsrechtes oder des unlautern Wettbewerbes, können unzählige Vereinbarungen und Beschlüsse allgemeinverbindlich erklärt werden, ohne daß eine Schranke bestünde, wie beim unselbständigen Verordnungsrecht in jedem Falle in Gestalt der einzelnen Ermächtigung.

IV. Das Verhältnis der AVE zu andern Rechtsquellen.

Die Rechtssätze der allgemeinverbindlich erklärten Vereinbarungen und Beschlüsse der Berufsverbände treten neben die Rechtssätze des gesetzten staatlichen Rechtes und des Gewohnheitsrechtes. Immer wenn eine neue Rechtsquelle erschlossen wird, muß auch bestimmt werden, welche Rechtssätze andern vor- und welche nachgehen. Widersprechendes kann nicht zugleich gelten. Es wird Sache des Gesetzgebers sein, den Rang des durch AVE gesetzten Rechtes zu bestimmen. Immerhin hätte die Frage eigentlich durch die BV selbst gelöst werden sollen, denn das durch AVE gesetzte Recht muß auch in einem Verhältnis zur BV stehen und dieses Verhältnis zur BV kann nicht ein einfaches Gesetz regeln.

Das Verhältnis zum Gewohnheitsrecht wollen wir übergehen; es hat keine große praktische Bedeutung.

Das Verhältnis des Gesamtarbeitsvertrages zu andern Rechtsquellen gestaltet sich gleich, ob er allgemeinverbindlich erklärt worden ist oder nicht. Bei den Vereinbarungen und Beschlüssen mit Verhaltungsrecht hingegen, die erst durch die AVE zu objektivem Recht werden, ist es auch erst nach der AVE notwendig, das Verhältnis zu den andern Rechtsquellen zu bestimmen; vor der AVE sind sie Verbandsrecht, das dem objektiven und zwingenden Recht nie widersprechen darf. Das Rechtsquellenproblem ist also nicht dasselbe bei der AVE von Gesamtarbeitsverträgen wie bei der AVE der andern Verbandsakte[63]). Kraft ausdrücklicher Vorschrift[64]) geht der Gesamtarbeitsvertrag der Fabrikordnung, die nach Art. 11 des Fabrikgesetzes vom 18. Juni 1914 erlassen wird, vor[65]). Im übrigen wird allgemein angenommen, daß der Gesamtarbeitsvertrag den dispositiven gesetzlichen Bestimmungen derogieren könne, vor den zwingenden gesetzlichen Bestimmungen aber zurückzutreten habe[66]). Das wird auch nach der AVE so bleiben. Die zwingenden Vorschriften, denen der Gesamtarbeitsvertrag nicht widersprechen darf, setzen sich zusammen aus den Vorschriften über die Gültigkeit von Rechtsgeschäften (z. B. OR Art. 347 Abs. 3, Art. 351) und aus den polizeilichen Vorschriften (z. B. Fabrikgesetz Art. 54 Abs. 1). Ein Gesamtarbeitsvertrag darf demnach keine Vorschrift enthalten, die in

[63]) A. A. Hug, Wirtschaftsrecht, Nr. 7 der St. Galler Hochschulnachrichten S. 12.

[64]) VVO zum Fabrikgesetz vom 3. Okt. 1919 Art. 101 Abs. 2. Auch ein Normalarbeitsvertrag geht der Fabrikordnung vor.

[65]) Da dem schweizerischen Recht die Betriebsvereinbarungen, d. h. zweiseitige kollektive Verträge des Arbeitgebers mit einer gesetzlichen Arbeitervertretung, unbekannt sind, braucht die in Deutschland früher umstrittene Frage des Vorranges von Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag nicht erörtert zu werden. Kaskel a. a. O. S. 83, 130; Hueck-Nipperdey a. a. O. II S. 410.

[66]) Oser-Schönenberger, Kommentar N. 33 zu Art. 322 OR; Becker, Kommentar N. 18 zu Art. 322/23; Kaskel a. a. O. S. 86.

einem Einzeldienstvertrag ungültig wäre, z. B. eine verschiedene Kündigungsfrist für Arbeitgeber und Arbeitnehmer (OR Art. 347 Abs. 3) oder eine Wegbedingung des Rücktrittes aus wichtigen Gründen (OR Art. 352 Abs. 1). Unter den polizeilichen Vorschriften kann unterschieden werden zwischen solchen, die den Abschluß eines Vertrages verbieten, z. B. die Vereinbarung von Naturallohn (Fabrikgesetz Art. 25 Abs. 1), und solchen, die ein bestimmtes sonstiges Verhalten untersagen[67]). Verbietet eine zwingende Bestimmung nur einer Partei den Abschluß eines Vertrages, so wird der Gesamtarbeitsvertrag nicht ungültig sein[68]). Ob das zwingende Recht solches des Bundes oder der Kantone ist, ist nach geltendem Recht gleichgültig; die Gesamtarbeitsverträge dürfen auch dem kantonalen Recht nicht widersprechen, selbst wenn der örtliche Geltungsbereich sich über mehrere Kantonsgebiete erstreckt. Wird inskünftig die AVE durch eine Bundesbehörde ausgesprochen, so kann es als fraglich erscheinen, ob das zwingende kantonale Recht diesen Vorrang behaupten kann. Wir wollen dieser Frage nachher bei den andern Vereinbarungen und Beschlüssen nachgehen.

Die Vereinbarungen und Beschlüsse der Berufsverbände mit zwingendem Verhaltungsrecht, d. h. mit polizeilichen und wettbewerbsregulierenden Bestimmungen, dürfen nach der AVE ebenfalls vom dispositiven staatlichen Recht abweichen, gleichwie die Gesamtarbeitsverträge vor und nach der AVE. Sie dürfen aber nicht gegen zwingendes staatliches Recht verstoßen, gleichwie die Gesamtarbeitsverträge vor und nach der AVE. Sie haben vielmehr dem zwingenden staatlichen Recht zu weichen. Dispositives staatliches Recht sind hier nicht etwa die Bestimmungen, die gelten, wenn in den Verbandsstatuten über eine organisatorische Frage nichts gesagt ist, d. h. die sogenannten organisatorischen nachgiebigen

---

[67]) Burckhardt, Methode S. 209 ff.
[68]) Burckhardt, Methode S. 209.

Normen[69]), sondern dispositives staatliches Recht sind hier die nachgiebigen Verhaltungsnormen, z. B. OR Art. 189 Abs. 1, wonach beim Versandkauf der Käufer die Transportkosten zu tragen hat. Zwingendes staatliches Recht sind die Bestimmungen über die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte (z. B. OR Art. 417 über die Herabsetzung übermäßiger Mäklerprovisionen) und die polizeilichen Bestimmungen des Staates (z. B. Art. 336 Abs. 1 der Verordnung über den Verkehr mit Lebensmitteln, wonach Bezeichnungen über Ursprung und Jahrgang von Wein wahrheitsgetreu sein müssen). Gleichgültig ist die Form der zwingenden staatlichen Bestimmungen; nicht nur ein Bundesgesetz, selbst eine bundesrätliche Verordnung geht mit ihren zwingenden Bestimmungen der allgemeinverbindlich erklärten Vereinbarung oder dem allgemeinverbindlich erklärten Beschluß vor, mag die Verordnung noch so untergeordnet, der Berufsverband noch so bedeutend sein.

Aber auch das in den Vereinbarungen und Beschlüssen enthaltene, allgemeinverbindlich erklärte Recht will ja zwingend sein. Dennoch hat es dem zwingenden staatlichen Recht zu weichen. Es gilt also der Satz, daß das staatliche Recht das allgemeinverbindliche Verbandsrecht bricht. Dieser Satz soll bei dem Rechtsquellendualismus von staatlichem Recht und allgemeinverbindlichem Verbandsrecht eine Kollision vermeiden; er ist die Entscheidung zugunsten der einen von beiden Rechtsquellen, da nicht Widersprechendes aus unabhängigen Rechtsquellen zugleich gelten kann. Eine solche Entscheidung ist bei jedem Rechtsquellendualismus notwendig. Ebenso ist ja die derogatorische Kraft des Bundesrechtes, der Satz „Bundesrecht bricht kantonales Recht", die Entscheidung zugunsten der einen Rechtsquelle beim bundesstaatlichen Rechtsquellendualismus des Bundesrechtes und des gliedstaatlichen Rechtes.

---

[69]) Burckhardt, Methode S. 184.

Jede Erschließung einer neuen und unabhängigen Rechtsquelle, jede wahre Autonomie bedeutet eine Vermehrung der Rechtsunsicherheit. Wirklich oder scheinbar sich widersprechende Normen aus verschiedenen Quellen treten beide mit ihrem Geltungsanspruch auf, und der Bürger ist sich nicht klar, woran er sich zu halten hat. So ist im Bundesstaat die Rechtsunsicherheit größer als in einem Einheitsstaat, eben weil aus den beiden bundesstaatlichen Rechtsquellen widersprechende Normen hervorgehen können. Gewiß hat nun eben der hier postulierte Satz „Staatliches Recht bricht allgemeinverbindliches Verbandsrecht", gleichwie der Satz „Bundesrecht bricht kantonales Recht", den Zweck, solche Rechtsunsicherheiten zu heben[70]). Allein man muß sich bewußt sein, daß dieser Vorrang der einen der beiden Rechtsquellen nicht jede Rechtsunsicherheit beseitigt und deshalb bloß ein Notbehelf ist. Bis über die Frage des Widerspruches endgültig entschieden ist, kann kostbare Zeit verstreichen, kann aus der Unsicherheit sogar Schaden entstehen, zumal wenn Private erst rekurrieren müssen, statt daß sich die Behörden des Widerspruches von Amtes wegen annehmen.

Allerdings sollen die Vereinbarungen und Beschlüsse der Berufsverbände bei der AVE durch die für diese zuständige Behörde daraufhin geprüft werden, ob sie gegen zwingendes staatliches Recht verstoßen. Vereinbarungen und Beschlüsse, die zwingendem staatlichem Recht widersprechen, dürfen nicht allgemeinverbindlich erklärt werden. Das gilt, wiewohl es in Art. 31 ter rev.BV nicht ausdrücklich gesagt ist. Darin besteht auch ein gewisser Unterschied zum Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht. Das kantonale Recht wird nicht allgemein, wie das Verbandsrecht bei der AVE, auf seine Rechtmäßigkeit geprüft, sondern das kantonale Recht wird nur ausnahmsweise schon bei seinem Erlaß daraufhin untersucht,

---

[70]) Burckhardt, Kommentar S. 824.

ob es bundesrechtmäßig ist. Eine solche Prüfung findet nämlich nur statt, wenn für kantonales Recht die Genehmigung durch eine Bundesbehörde vorgeschrieben ist[71]). Dennoch kann nun die Prüfung des Verbandsrechtes bei der AVE nur eine vorläufige sein. Sie fördert nur die gröbsten Widersprüche zum staatlichen Recht zutage. Der Behörde können nicht alle geltenden staatlichen Bestimmungen gegenwärtig sein. Vor allen Dingen zeigen sich die Widersprüche erst bei der Rechtsanwendung, genau so, wie erfahrungsgemäß zumeist auch die Widersprüche zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht erst bei der Anwendung offenbar werden. Übrigens hat nach richtiger Auffassung auch die Genehmigung kantonaler Erlasse durch den Bund, wo sie vorgeschrieben ist, nur diese Bedeutung eines Siebes; die Prüfung ist eine vorläufige, und wenn Widersprüche später festgestellt werden, ist immer noch für den Vorrang des Bundesrechtes zu sorgen, da die Genehmigung keine Rechtskraft hat[72]).

Nach Einführung der AVE kommt also zum Rechtsquellendualismus des Bundesstaates der Rechtsquellendualismus von staatlichem Recht und allgemeinverbindlichem Verbandsrecht hinzu. Das vermehrt nicht nur die geschilderte Rechtsunsicherheit. Vielmehr stellt sich hier eine Frage, die sich in einem Einheitsstaat, der die AVE einführt, nicht stellt: Gilt der Vorrang des staatlichen Rechtes vor dem allgemeinverbindlichen Verbandsrecht nur für das Bundesrecht, oder gilt er auch für das kantonale Recht? Wir haben bis jetzt allgemein vom Vorrang des staatlichen Rechtes gesprochen. Ist darunter aber auch das kantonale Recht zu verstehen?

Man könnte versucht sein, zu differenzieren. So könnte man darauf abstellen, ob die AVE von einer Bundesbehörde ausgesprochen wird oder von einer kantonalen Behörde, und dem kantonalen Recht den Vorrang nur zuerkennen, wenn nicht eine Bundesbehörde die AVE

[71]) Vgl. z. B. StGB Art. 401 Abs. 2.

[72]) Burckhardt, Kommentar S. 71, 377.

ausgesprochen hat. Oder man könnte darauf abstellen, ob ein allgemeinverbindlicher Beschluß oder eine Vereinbarung nur innerhalb eines Kantons oder in mehreren Kantonen gilt, so daß das kantonale Recht den Vorrang vor dem allgemeinverbindlichen Verbandsrecht nur hätte, wenn dieses nur innerhalb des betreffenden Kantons gilt. Allein diese Differenzierungen sind nicht haltbar. Es gibt hier nur ein Entweder-Oder; entweder geht das kantonale Recht dem allgemeinverbindlichen Verbandsrecht vor, oder umgekehrt. Die Rechtsunsicherheit würde unerträglich, wenn die Verbandsbeschlüsse irgendeines Verbandes erst noch daraufhin untersucht werden müßten, wie weit ihr Geltungsgebiet reicht, bevor entschieden werden könnte, ob sie gelten oder ob ein kantonales Gesetz gilt. Und ob die künftige Bundesgesetzgebung die AVE teilweise an kantonale Behörden delegiert, kann auch nicht entscheidend sein für die Frage, ob die Verbände Recht setzen können, das dem kantonalen Recht vorgeht; denn für eine solche Delegation werden Gründe bestimmend sein, die mit dem Rechtsquellendualismus nichts zu tun haben, und die Behörde, die im Kanton die AVE auszusprechen hat, wird zudem nicht etwa die gesetzgebende Behörde sein.

Man sieht also: die Einführung der AVE in einem Bundesstaat stößt auf große, fast unüberwindliche Schwierigkeiten. Wie soll nun die Entscheidung lauten, soll auch das kantonale Recht dem allgemeinverbindlichen Verbandsrecht vorgehen oder nicht? Das ist eines der heikelsten staatsrechtlichen Probleme, welche bei der Einführung der AVE zu lösen sind. Eigentlich hätte es schon in der Verfassungsbestimmung selbst gelöst werden sollen, denn es ist nichts weniger als die Entscheidung über die rechtliche Suprematie der Kantone oder der Berufsverbände[73]). Die Frage ist auch von großer

[73]) Dieser Kampf von Kanton und Berufsverband um den Vorrang ist schon heute nicht unbekannt. Der Vorrang der Lohnausgleichskassen der Berufsverbände vor den kantonalen Kassen ist z. B. in mehreren Kantonen auf starken Widerstand gestoßen.

praktischer Bedeutung. Haben die allgemeinverbindlichen Beschlüsse und Vereinbarungen die vielen, buntscheckigen zwingenden Bestimmungen aller Kantone zu respektieren, in denen sie gelten, so stoßen sie mitunter auf einen ganzen Wald von Hindernissen in Gestalt kantonaler Vorschriften, die ihrer Aufstellung und ihrer Durchführung außerordentlich schädlich sein, ja geradezu ihr Schicksal besiegeln können. Ein Gesamtarbeitsvertrag einer bedeutenden gesamtschweizerischen Industrie kann dann an einer Arbeitszeit- oder Ferienbestimmung des Polizeigesetzes eines einzelnen Kantones scheitern. Ein Beschluß eines Verbandes gegen unlautern Wettbewerb kann unmöglich sein, weil das Wettbewerbsgesetz eines einzelnen Kantons das durch die Verbandsbestimmung verbotene Verhalten erlaubt oder das erlaubte Verhalten verbietet oder eine andere Strafe vorsieht. Sind dagegen die Vereinbarungen und Beschlüsse an das zwingende kantonale Recht nicht gebunden, so bedeutet das zwar eine große Erleichterung der AVE, teilweise geradezu erst ihre Ermöglichung, auf der andern Seite aber auch einen neuen mächtigen Fortschritt der Unifikation zu Lasten der kantonalen Autonomie und eine weitere Auflösung des föderativen Aufbaues des schweizerischen Staates durch eine neue Bundesrechtsquelle. Ein Berufsverband könnte dann sogar über den Willen einer Landsgemeinde hinwegschreiten.

In diesem Zusammenhang taucht noch ein weiteres Problem auf. Eine Anzahl von Kantonsverfassungen garantiert ebenfalls die Handels- und Gewerbefreiheit, und zwar in dem bisherigen weitern Umfang. Das Bundesgericht nimmt an, daß eine kantonale Verfassungsbestimmung, die lediglich eine Wiederholung einer Bestimmung der Bundesverfassung sei, rechtlich keine Bedeutung habe. Nach Inkrafttreten der neuen Wirtschaftsartikel bekommen aber die kantonalen Garantien der Gewerbefreiheit plötzlich eine Bedeutung: sie gewährleisten dann die Gewerbefreiheit in einem weitern Umfang als die Bundesverfassung. Ja unter Umständen werden

die Stimmberechtigten eines solchen Kantons eine Revision sogar ablehnen und an der unbeschränkten Handels- und Gewerbefreiheit festhalten wollen. Dann hilft nur noch der Entscheid darüber, ob solche kantonale Verfassungsbestimmungen überhaupt ungültig seien. Wird die Frage bejaht, so bedeutet das, daß der Bund und nur er befugt sei, die Wirtschaftsverfassung des Landes zu bestimmen.

V. Die allgemeinverbindlichen Vereinbarungen und Beschlüsse als Recht von Rechtskreisen.

Durch die AVE wird das Verhaltungsrecht der Verbände, werden die polizeilichen und wettbewerbsregulierenden Bestimmungen der Vereinbarungen und Beschlüsse der Berufsverbände auch für die Nichtmitglieder verbindlich. Sie werden allgemeinverbindlich; aus Verbandsrecht wird objektives Recht. Sie verlieren ihren Charakter als bloßes Verhaltungsrecht der engern Gemeinschaft des privaten Verbandes.

Allgemeinverbindlichkeit bedeutet also, daß nicht mehr nur die Mitglieder verpflichtet sind, sondern auch die Nichtmitglieder. Durch die AVE wird der Kreis der Verpflichteten über den Verband hinaus ausgedehnt. Es schadet jedoch grundsätzlich der Allgemeinverbindlichkeit nicht, daß nicht schlechthin jedermann verpflichtet ist. Auch nach der AVE werden die Bestimmungen nämlich nur für die beteiligten Berufe verbindlich. Dennoch sind sie allgemeinverbindlich. Auch die Hundesteuerpflicht beruht auf einer allgemeinverbindlichen Bestimmung, wiewohl nicht jedermann verpflichtet ist, sondern nur der Hundehalter. Nicht allgemeinverbindlich wären die Vereinbarungen und Beschlüsse nur, wenn die Verbindlichkeit immer noch auf der Verbandssatzung und der Zugehörigkeit zum Verband beruhen würde. Das trifft aber nach der AVE just nicht mehr zu. Jeder allgemeinverbindliche Rechtssatz muß das verpflichtete Subjekt

bezeichnen, sonst ist er unvollständig[74]). Aber die verpflichteten Subjekte sind gewöhnlich nur ein Teil der Allgemeinheit[74a]).

Trotzdem besteht nun zwischen einer allgemeinverbindlichen Bestimmung einer Vereinbarung oder eines Beschlusses von Berufsverbänden und einem staatlichen Rechtssatz, z. B. eines Gesetzes, ein wesentlicher Unterschied. Während nämlich bei den Rechtssätzen der staatlichen Gesetze usw. der Kreis der Verpflichteten je nach der Materie und ihrer Regelung größer oder kleiner, so oder anders gezogen ist, hat das allgemeinverbindliche Verbandsrecht zu äußerst stets dieselbe Grenze, den Beruf. Diese Rechtsquelle kann niemals jemand verpflichten, der außerhalb der beteiligten Berufe steht. Aus dieser Rechtsquelle entspringt immer nur Berufsrecht. Diese Begrenzung des Kreises der Verpflichteten hängt als mit der Natur der Rechtsquelle und nicht mit der Materie und ihrer Regelung zusammen. Die Berufsverbände können nur für die Berufe Recht durch AVE setzen, der Staat dagegen kann je nach der Materie beliebig die Grenzen der Berufe überschreiten. Der Verband der Metzger kann nur bestimmen, was in seinem Beruf unlauterer Wettbewerb ist. Der Staat dagegen kann für verschiedene Berufe zugleich oder für alle Berufe Bestimmungen gegen den unlautern Wettbewerb aufstellen. Dieser Unterschied trennt übrigens auch den Gesamtarbeitsvertrag vom staatlichen Recht. Der Staat kann Arbeitszeitbestimmungen für verschiedene Berufe erlassen, der Verband nicht. Auch

---

[74]) Burckhardt, Methode S. 226 f.

[74a]) Daran, daß auch die staatlichen Rechtssätze der Gesetze, Verordnungen usw. trotz Allgemeinverbindlichkeit nicht für jedermann Pflichten schaffen, will die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Legitimation zur Führung staatsrechtlicher Beschwerde anknüpfen: Legitimiert ist nicht jedermann, nicht die Allgemeinheit, für die ein Erlaß verbindlich ist, sondern legitimiert sind nur diejenigen, die von einem Erlaß oder einer Verfügung betroffen sind. Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, 1933, S. 168.

wenn ausnahmsweise an einem Gesamtarbeitsvertrag die Verbände der beiden Arbeitsmarktparteien aus verschiedenen Berufen beteiligt sind, z. B. die Verbände der Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowohl der Schreiner als der Klavierfabrikanten, gilt der Gesamtarbeitsvertrag doch nicht für dritte Berufe.

Das allgemeinverbindliche Verbandsrecht ist also ein Recht von Rechtskreisen, die enger sind als die Allgemeinheit und deren Beschränktheit mit der Natur dieser Rechtsquelle gegeben ist. Die allgemeinverbindlichen Bestimmungen sind ihrer Natur nach ein Sonderrecht der Berufe. Die Berufe sind Rechtskreise, in denen dieses Recht gilt. Die Rechtsquelle der AVE schafft also allgemeinverbindliches Recht nur insofern, als es nicht nur für die Verbandsmitglieder verbindlich ist. Jene Allgemeinheit, die den staatlichen Gesetzen eigen ist, geht dem Verbandsrecht aber trotz AVE ab. Das Verbandsrecht kann niemals über die beteiligten Berufe hinausgreifen.

Durch Einführung der AVE wird also die Schaffung von Sonderrecht von Rechtskreisen ermöglicht. Auch das ist ein wichtiges staatsrechtliches Novum. Bis jetzt haben wir keine Rechtsquellen gekannt, die eine solche feste persönlich-sachliche Begrenzung hatten. Wir haben nur territoriale Rechtskreise gekannt: Bund, Kantone und autonome Gemeinden. Durch die AVE werden wir in Gestalt der Berufe persönlich-sachliche Rechtskreise erhalten.

Ein Beruf oder mehrere Berufe zusammen bilden den Rechtskreis, in dem der allgemeinverbindlich erklärte Vertrag oder Beschluß gilt. Die Rechtsquelle der AVE löst die Allgemeinheit in die Rechtskreise der Berufe auf. Wir werden gleich sehen, daß diese Auflösung noch weitere staatsrechtliche Konsequenzen hat, indem sogar der bisherige Gesetzesbegriff sich wandelt und die Rechtsgleichheit beeinträchtigt wird.

VI. AVE, Rechtsgleichheit und Gesetzesbegriff.

Es wurde in der Schweiz von jeher durch die Literatur[74b]) und durch die staatsrechtliche Praxis des Bundesgerichtes[75]) anerkannt, daß das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 4 BV) auch für den Gesetzgeber verbindlich sei. Auch der Gesetzgeber darf nicht Gleiches ungleich und Ungleiches gleich behandeln, sonst verstößt er gegen Art. 4 BV[76]).

Weniger beachtet wurde hingegen, daß einer solchen auch für den Gesetzgeber geltenden Rechtsgleichheit allein ein ganz bestimmter Gesetzesbegriff entspricht: das allgemeine Gesetz, im Gegensatz zum Sondergesetz oder Sonderrecht, das mit der Rechtsgleichheit unvereinbar ist. Der Gesetzgeber kann dem Gleichheitsgebot nur nachkommen, wenn ihm ein Gesetzesbegriff zur Verfügung steht, mit dem er auch imstande ist, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln.

Gewissermaßen das extremste Beispiel von Sonderrecht ist das Vorrecht oder Privilegium. Nicht umsonst erklärt der gleiche Art. 4 BV gewisse Vorrechte als abgeschafft; diese Vorrechte wären mit der Rechtsgleichheit unvereinbar. Ein Gesetzgeber, der die einen bevorrechten und die andern benachteiligen müßte, würde notwendig gegen die Rechtsgleichheit verstoßen. Allein auch abgesehen von den Vorrechten, die einzelnen Personen zukommen, ist Sonderrecht mit der Rechtsgleichheit un-

---

[74b]) Vgl. z. B. Burckhardt, Kommentar S. 29 ff.; Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 283 ff.

[75]) Vgl. z. B. BGE 27 I S. 497, 28 I S. 315, 30 I S. 249, 35 I S. 750, 48 I S. 4, 49 I S. 75, 52 I S. 359.

[76]) Auch in den Vereinigten Staaten von Nordamerika richtet sich das Gebot der Rechtsgleichheit auch an den Gesetzgeber: vgl. z. B. v. Mangoldt a. a. O. S. 195. In Deutschland dagegen war unter der Weimarer Verfassung die Frage lebhaft umstritten, ob der Gleichheitssatz auch für den Gesetzgeber gelte. Vgl. die umfangreiche Literaturzusammenstellung bei Stier-Somlo, Gleichheit vor dem Gesetz, in Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 1929, Bd. 1 S. 178 ff.

vereinbar. Nur das allgemeine Gesetz, mit dem alle Tatbestände erfaßt werden können, ermöglicht, Verschiedenes verschieden und Gleiches gleich zu behandeln und so die Rechtsgleichheit zu wahren. Der Gesetzgeber dagegen, der nicht allgemeine Gesetze erlassen darf, sondern seine Rechtssätze notwendig auf bestimmte Personenkreise als Sonderrecht beschränken muß, kann die Rechtsgleichheit gar nicht beobachten; er ist dazu nicht imstande. Denn wenn eine Person, die dem Rechtskreis des Sonderrechtes nicht angehört, in der gleichen tatsächlichen Lage ist wie die dem Rechtskreis des Sonderrechtes angehörenden Personen, so ist es nicht möglich, beide in der Rechtsetzung gleich zu behandeln, da Rechtssätze nur für den Rechtskreis erlassen werden dürfen. Kann ein Gesetzgeber Rechtssätze nur für die Adeligen aufstellen oder nur für die Grundeigentümer, so kann er die Rechtsgleichheit nicht wahren, da die Rechtsgleichheit unter Umständen verlangt, daß Adelige gleich wie Nichtadelige und Grundeigentümer gleich wie Fahrniseigentümer oder Habenichtse behandelt werden. Rechtsgleiche Behandlung in der Gesetzgebung und allgemeine Gesetzgebung sind also eins; ohne allgemeines Gesetz, ohne Eliminierung von Sonderrecht in einem Staat gibt es keine Rechtsgleichheit, und der Staat, der die Rechtsgleichheit hochhält, ist zugleich der Staat mit dem Begriff des allgemeinen Gesetzes[77]).

Daß Rechtskreise und Sonderrecht mit der Rechtsgleichheit unvereinbar sind, erhellt auch aus folgendem: auch die Kantone sind Rechtskreise, territoriale Rechtskreise, wie wir gesehen haben. In Ansehung des ganzen

[77]) In der amerikanischen Praxis zur Equal-Protection-Klausel des XIV. Amendments der Unionsverfassung kommt der Zusammenhang zwischen der Rechtsgleichheit und dem Begriff des allgemeinen Gesetzes viel deutlicher zum Ausdruck als in der Schweiz. Es wird anerkannt, daß die Gleichbehandlung des Gleichen und die unterschiedliche Behandlung des Verschiedenen in der Gesetzgebung nur durch allgemeine Gesetze, nicht durch Sonderrecht möglich sei. Vgl. z. B. v. Mangoldt a. a. O. S. 313 ff.

Staatsgebietes der Schweiz ist also auch das kantonale Recht Sonderrecht. Also muß sich auch am kantonalen Recht erweisen, daß Sonderrecht mit der Rechtsgleichheit unvereinbar ist. Das trifft auch zu. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes gibt Art. 4 BV nur einen Anspruch auf Gleichbehandlung durch die Gesetzgebung des nämlichen Kantons. Niemand kann auf Grund von Art. 4 BV beanspruchen, durch die Gesetzgebung des einen Kantons gleich behandelt zu werden wie durch die Gesetzgebung eines andern[78]). Es wäre auch gar nicht möglich, aus Art. 4 BV einen Anspruch auf Gleichbehandlung durch die Gesetzgebung aller Kantone abzuleiten, denn mit der Auflösung des Rechtes in Sondergesetzgebungen auf dem Gebiet der kantonalen Kompetenzen wird notwendig auf eine interkantonale Rechtsgleichheit verzichtet; der kantonale Gesetzgeber ist gar nicht imstande, alle Tatbestände zu erfassen und so alles Gleiche gleich und das Verschiedene ungleich zu behandeln, denn die außerkantonalen Tatbestände entziehen sich seiner Hoheit. Der Bestand eines Bundesstaates mit 25 kantonalen Sonderrechten bedeutet also notwendig eine Reduktion der Rechtsgleichheit im Vergleich zum Einheitsstaat: soweit nicht Bundesrecht gilt, herrscht keine Rechtsgleichheit über die Kantonsgrenzen hinaus.

Wie wir im letzten Abschnitt gesehen haben, sind auch die allgemeinverbindlich erklärten Vereinbarungen und Beschlüsse der Berufsverbände Sonderrecht. Sie stehen in einem Gegensatz zu den allgemeinen Gesetzen des Staates, denn sie schaffen verbindliches Recht immer nur für die beteiligten Berufe. Kein Berufsverband kann auf dem Wege der AVE Recht für fremde Berufe setzen. Diese Beschränktheit der Rechtsquelle ist also eine Abkehr vom schweizerischen Gesetzesbegriff; es wird durch Einführung der AVE eine Rechtsquelle geschaffen, deren Recht nur für einen persönlich-sachlich begrenzten Rechts-

---

[78]) Vgl. z. B. BGE 38 I S. 77.

kreis, nicht für die Allgemeinheit bestimmt ist. Diese Schaffung von Rechtskreisen mit Sonderrecht ist staatsrechtlich deshalb interessant, weil bis jetzt nur territoriale Rechtskreise bekannt waren; innerhalb der territorialen Rechtskreise von Bund, Kanton und Gemeinde galt stets der allgemeine Gesetzesbegriff und deshalb auch das Gebot der Rechtsgleichheit. Durch die Schaffung von Sonderrecht der Berufe wird nun die Rechtsgleichheit zwischen den Berufen, unter den Angehörigen verschiedener Berufe, aufgegeben. Auch das ist staatsrechtlich von größter Bedeutung. Wir erheben durch die Einführung der AVE die Berufe zu Rechtskreisen mit Sonderrecht, und die Verbände, die dieses Sonderrecht unter Mitwirkung des Staates erlassen, sind infolge der Beschränktheit der Rechtsquelle gar nicht fähig, die Rechtsgleichheit über die Grenze der beteiligten Berufe hinaus zu respektieren, da sie nur die innerberuflichen Tatbestände erfassen können[79]).

Zwei Beispiele mögen das Gesagte erläutern: Die Privatbankiers bilden einen besondern Berufsverband und die Großbanken bilden einen solchen, ebenso sind die Angestellten der beiden in getrennten Verbänden organisiert. Wenn nun der Verband der Großbanken als Arbeitgeberverband mit dem Arbeitnehmerverband der Großbankangestellten einen Gesamtarbeitsvertrag abschließt und dieser durch AVE auch für die beidseitigen Außenseiter verbindlich wird, und wenn in diesem Gesamtarbeitsvertrag ein Ferienanspruch von drei Wochen vom zehnten Dienstjahr an aufgestellt wird, so würde die Rechtsgleichheit erfordern, daß dieser Ferienanspruch unter gleichen Verhältnissen auch den Angestellten der Privatbankiers zustehe. Dennoch gelingt es vielleicht nicht, auch bei den Privatbankiers zu einem Gesamtarbeits-

[79]) Der Verfasser hat in einem dem Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit am 19. März 1938 erstatteten Gutachten erörtert, daß die AVE notwendig eine Beeinträchtigung der Rechtsgleichheit bedeute.

vertrag dieses Inhaltes und mit AVE zu gelangen, sei es, daß bei den Arbeitgebern die erforderliche Mehrheit nicht erzielt wird, sei es, daß die Behörde die AVE verweigert, oder aus andern Gründen. Es entsteht also eine offensichtliche Rechtsungleichheit daraus, daß der Gesamtarbeitsvertrag nur im Berufskreis der Großbanken gilt, während anderwärts die Voraussetzungen für einen solchen Ferienanspruch dieselben wären. Oder: Der Berufsverband der Baumwollhändler beschließt, daß eine bestimmte Reklame fortan als unlauterer Wettbewerb bestraft werde, und läßt diesen Beschluß allgemeinverbindlich erklären. Der Verband der Seidenhändler faßt keinen analogen Beschluß, wiewohl dieselbe Reklame auch im Seidenhandel praktiziert wird, vielleicht weil er von der Verwerflichkeit der Reklame nicht überzeugt ist oder weil die meisten daraus Nutzen ziehen. Das Ergebnis ist das, daß wegen derselben Handlungsweise und unter Umständen dieselbe Person bestraft wird oder straffrei bleibt, je nachdem die Handlung im Baumwollhandel oder im Seidenhandel begangen wurde: eine offenbare Rechtsungleichheit.

So sind mit der Einführung der AVE infolge der Beschränktheit der neuen Rechtsquelle unzählige Fälle zu gewärtigen, in denen Gleiches verschieden und Verschiedenes gleich behandelt werden wird.

Es läßt sich nicht einwenden, daß solche Unterschiede zwischen den Verbänden und ihren Bestimmungen heute schon bestehen. Gewiß regeln die Verbände heute nicht alles Gleiche gleich und alles Verschiedene verschieden. Allein solange die Vereinbarungen und Beschlüsse der Berufsverbände nicht allgemeinverbindlich erklärt werden können, richtet sich das Gebot der Rechtsgleichheit auch gar nicht an die Verbände; diese sind bei Fassung ihrer Beschlüsse nicht an die Rechtsgleichheit gebunden. Mit der Einführung der AVE und ihrer Anwendung wird aus dem Verbandsrecht objektives Recht und aus den Verbänden werden Gesetzgeber; mit diesem Moment wird auch das Gebot der Rechtsgleichheit auch für die Ver-

bände verbindlich. Wie wir aber eben gesehen haben, ist es gar nicht möglich, daß derartige Sonderrechtsgesetzgeber die Rechtsgleichheit auch über die Grenzen ihrer Rechtskreise hinaus beobachten.

Art. 31ter Abs. 3 rev.BV bestimmt allerdings, daß die Vereinbarungen und Beschlüsse der Berufsverbände nur allgemeinverbindlich erklärt werden dürfen, wenn sie die Rechtsgleichheit nicht beeinträchtigen. Mit dieser Anforderung verlangt der Verfassungsgesetzgeber jedoch etwas Unmögliches[80]). Es ist gar nicht möglich, daß die interberufliche Rechtsgleichheit durch die Verbände als Sonderrechtsgesetzgeber der Berufe respektiert werde. Die Einführung der AVE ist notwendig eine Beeinträchtigung der Rechtsgleichheit. Darin liegt gerade auch die staatsrechtliche Umwälzung, welche durch die AVE herbeigeführt wird. Nur innerhalb der beteiligten Berufe können die Verbände für die Wahrung der Rechtsgleichheit sorgen. Damit bleibt wenig genug von der Rechtsgleichheit übrig, wie sie unter der ausschließlichen Herrschaft des allgemeinen Gesetzesbegriffes seit der Französischen Revolution verstanden wurde[81]).

---

[80]) Die Anforderung geht zurück auf einen Antrag von Nationalrat Duttweiler in der nationalrätlichen Kommission, vgl. Protokollnotizen vom 24.—27. Januar 1938 S. 66.

[81]) Die Anforderung in Art. 31ter Abs. 3 ist auch deshalb unglücklich, weil die Vereinbarungen und Beschlüsse vor der AVE die Rechtsgleichheit gar nicht verletzen können, indem die Verbände, solange sie nichtallgemeinverbindliche Beschlüsse fassen, der Rechtsgleichheit nicht unterworfen sind. Es hätte also gesagt werden sollen, daß die AVE der Rechtsgleichheit nicht widersprechen dürfe. Ob z. B. die vom Bund ins Leben gerufenen Einfuhrsyndikate, etwa bei Erteilung der Einfuhrkontingente, die Rechtsgleichheit verletzen können, hängt auch davon ab, ob sie private Genossenschaften sind, so wie die Berufsverbände private Verbände vor der AVE sind, oder ob man sie als Amtsstellen betrachten muß. Vgl. Urteil des Kassationshofes i. S. Kesselring vom 19. Dezember 1938.

VII. AVE und Verbandsfreiheit.

Nach Art. 31ter Abs. 3 rev.BV dürfen die Vereinbarungen und Beschlüsse, welche die Verbandsfreiheit beeinträchtigen, nicht allgemeinverbindlich erklärt werden. Es wird also vorausgesetzt, daß in der Schweiz die Verbandsfreiheit gelte. Doch ist aber nicht klar, ob das zutrifft und was unter Verbandsfreiheit überhaupt zu verstehen sei. Der Verfassungsgesetzgeber hat hier einen Begriff gewissermaßen aus der Luft gegriffen.

Nach einer verbreiteten Meinung setzt sich die Verbandsfreiheit aus zwei Komponenten zusammen, aus dem verfassungsmäßigen Recht der Vereinsfreiheit (Art. 56 BV) und aus der freien Körperschaftsbildung, die darin besteht, daß das Zivilrecht den Privaten die Verbandsformen zur Verfügung stellt und den Verbänden die Rechtsfähigkeit zuerkennt, sofern sie nur organisiert oder in das Handelsregister eingetragen sind[82]). Dieser Begriff der Verbandsfreiheit kann jedoch in Art. 31ter Abs. 3 rev.BV nicht gemeint sein. Die Vereinsfreiheit gemäß Art. 56 BV fällt schon deshalb außer Betracht, weil sie ein Individualrecht gegen den Staat ist und nur durch diesen verletzt werden kann; Vereinbarungen und Beschlüsse privater Verbände können sie nicht verletzen. Die durch das Zivilrecht verbürgte freie Körperschaftsbildung kann auch nicht gemeint sein, weil diese nur durch den Zivilrechtsgesetzgeber aufgegeben oder beeinträchtigt werden könnte.

Auf die richtige Spur führt uns die frühere deutsche Arbeitsrechtswissenschaft. Sie kannte den Begriff der Vereinigungsfreiheit oder Koalitionsfreiheit[83]). Darunter wird die Freiheit der Rechtsgenossen verstanden, einer Koalition beizutreten und ihr zuzugehören. Das ist nicht dasselbe wie die Freiheit, einen Verband zu

---

[82]) Egger, Kommentar zum Personenrecht N. 6 der Vorbemerkungen über die jur. Personen, Art. 52 ff. ZGB.

[83]) Kaskel, Arbeitsrecht S. 318 ff.

bilden. Die Vereinigungsfreiheit hat zwei Seiten, eine positive und eine negative. Die positive Seite ist die Freiheit, einem Verband beizutreten und zuzugehören, die negative Seite ist die Freiheit, einem Verband nicht beizutreten, unorganisiert zu bleiben oder einem andern Verband beizutreten[84]). Diese Vereinigungsfreiheit ist also die Verbandsfreiheit, die in Art. 31 ter Abs. 3 gemeint ist. Diese Vereinigungsfreiheit fällt, wie gesagt, weder mit der Vereinsfreiheit des Art. 56 BV noch mit der freien Körperschaftsbildung zusammen, wie sie durch das Zivilrecht verbürgt ist. Sie ist übrigens auch zu unterscheiden von der Handels- und Gewerbefreiheit; bekanntlich stehen wirtschaftliche Vereinigungen zu Erwerbszwecken gegen den Staat unter dem Schutze der Handels- und Gewerbefreiheit und nicht unter dem Schutze der Vereinsfreiheit[85]) [86]).

Die Verbandsfreiheit, wie sie Art. 31 ter Abs. 3 rev.BV als garantiert voraussetzt, ist jedoch in der Schweiz noch nicht allgemein garantiert. Sie ist nur einigermaßen gewährleistet durch die Praxis der Gerichte über verbotene Boykotte und Sperren, d. h. durch die Anwendung der Art. 41 ff., besonders Art. 49 OR. Art. 31 ter Abs. 3 rev.BV

---

[84]) Diese Vereinigungsfreiheit „zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" war durch Art. 159 der Weimarer Reichsverfassung für jedermann und für alle Berufe als verfassungsmäßiges Recht gewährleistet. Doch hat man es hier eigentlich mit einem völlig neuen verfassungsmäßigen Recht zu tun, das sich nicht gegen den Staat, sondern gegen die Veranstalter von Boykotten und Sperren richtet. Vgl. im einzelnen Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung Bd. 3 S. 385 ff.; Waldecker, im Handbuch des Deutschen Staatsrechtes Bd. 2 S. 650 ff.

[85]) Nipperdey a. a. O. S. 401 ff.; Burckhardt, Kommentar S. 522.

[86]) In Deutschland unterschied auch die Gewerbeordnung von 1869 in Art. 152 zwischen Gewerbefreiheit und Koalitionsfreiheit. Die Koalitionsfreiheit war übrigens schon vor der Weimarer Verfassung in einem etwas beschränkteren Umfang garantiert. Nipperdey a. a. O. S. 404 ff.

bringt nun im Bereich der AVE erst die Garantie der Verbandsfreiheit, die er voraussetzt: dadurch, daß nur Vereinbarungen und Beschlüsse, welche die Verbandsfreiheit respektieren, allgemeinverbindlich erklärt werden dürfen, wird die Verbandsfreiheit aufgestellt. Art. 31 ter beschert uns also in einem gewissen Umfang die bisher fehlende Koalitionsfreiheit. Auch das ist staatsrechtlich von Belang.

Die positive Vereinigungsfreiheit oder Koalitionsfreiheit wird beeinträchtigt durch Vereinbarungen und Beschlüsse, die zum Inhalt haben oder bezwecken, jemand davon abzuhalten, einem Verband beizutreten, oder jemand zu veranlassen, aus einem Verband auszutreten. Zur positiven Verbandsfreiheit gehört aber auch die freie Entschließung des einzelnen, welcher Vereinigung er sich anschließen will[87]); eine Beeinträchtigung liegt also auch dann vor, wenn jemand durch eine Vereinbarung oder einen Beschluß veranlaßt werden soll, einem bestimmten Verband nicht beizutreten oder in einem bestimmten Verband nicht zu bleiben. Solche Vereinbarungen und Beschlüsse dürfen also nicht allgemeinverbindlich erklärt werden.

Weiter als diese positive Koalitionsfreiheit ginge der sogenannte Grundsatz der offenen Türe, wenn er in der Ausführungsgesetzgebung zu Art. 31 ter rev.BV verankert würde. Er würde dem einzelnen nicht nur garantieren, daß er ungehindert einem Verband beitreten und darin verbleiben könne, sondern er würde ihm auch einen Anspruch auf Aufnahme in den Verband gewähren. Damit hat es folgende Bewandtnis: Nach zwei im Nationalrat gestellten Anträgen[88]) wäre die AVE an die Voraussetzung geknüpft worden, daß die Berufsverbände, die sie beantragen, allen Berufsangehörigen offenstehen. Diese Anregung war durchaus berechtigt, und es ist zu hoffen,

[87]) Nipperdey a. a. O. S. 418/19.

[88]) Anträge der Nationalräte Berthoud und Scherer, Sten. Bull. 1937 NR S. 377 ff.

daß sie in der Ausführungsgesetzgebung berücksichtigt werde, nachdem sie nicht in die Verfassung aufgenommen wurde[89]). Wenn schon ein Nichtmitglied eines Berufsverbandes durch AVE von seinen Beschlüssen und Vereinbarungen soll erfaßt werden können, soll es auch Anspruch darauf haben, in den Verband aufgenommen zu werden; der Verband soll nicht Außenseiter wie Mitglieder verpflichten und ihre Aufnahmegesuche doch abweisen können[90]). Das Prinzip der offenen Türe geht auf die allgemeine Erwägung zurück, daß nicht zugleich das Außenseitertum bekämpft und den Außenseitern die Verbände doch gesperrt werden dürfen[91]). Allerdings hat nach dem Zivilrecht niemand Anspruch darauf, in einen Verein aufgenommen zu werden, wenn die Statuten diesen Anspruch nicht verleihen, und der Verein braucht für die Weigerung keine Gründe anzugeben. Bei der Genossenschaft verhält es sich anders, hier dürfen die Satzungen den Eintritt nach OR Art. 839 Abs. 2 nicht übermäßig erschweren; bei der Genossenschaft gewährt also schon das Zivilrecht

---

[89]) Die Vertreter der Berufsverbände sind übrigens meistens mit der Garantie der offenen Türe einverstanden. So sieht der Entwurf von Nationalrat Schirmer zu einem BG über die AVE vom Nov. 1937 in Art. 2 c vor, daß die AVE nur ausgesprochen werden dürfe, wenn die Statuten der beteiligten Verbände die Bestimmung enthalten, daß jeder Berufsangehörige jederzeit in den Verband aufgenommen werden müsse, wenn er die allgemeinen Bedingungen erfüllt. Auch die Autoren der Rechtswissenschaft haben sich für die Gewährleistung der offenen Türe ausgesprochen: Hug a. a. O. S. 44; Burckhardt, Korporationenstaat S. 118; Nawiasky S. 37.

[90]) Es kann auch auf das bundesgerichtliche Urteil i. S. Helfer vom 30. Sept. 1938 verwiesen werden, wo ein Verstoß gegen die Rechtsgleichheit darin erblickt wurde, daß bei einer vom Gesetz vorgesehenen konsultativen Abstimmung über den Sonntagsladenschluß der Bäcker und Konditoren Berufsangehörige mit ihrer Stimme zugelassen wurden, welche nachher von der Pflicht zum Sonntagsladenschluß ausgenommen wurden.

[91]) Egger, Kommentar zum Personenrecht N. 6 zu Art. 70 ZGB und die dort zitierte Literatur.

einen beschränkten Beitrittsanspruch. Zu Unrecht ist aber gegen den Grundsatz der offenen Türe als Voraussetzung der AVE eingewendet worden, da niemand gezwungen werden könne, einem Verband beizutreten, könne auch kein Verband gezwungen werden, jemand als Mitglied aufzunehmen[92]). Die Freiheit des Verbandes, die Aufnahme eines Mitgliedes zu verweigern, ist nur dann die Kehrseite der Freiheit des einzelnen, einem Verband zuzugehören oder fernzubleiben, wenn der einzelne vom Verbande auch wirklich freibleibt und nicht als Außenseiter auf dem Wege über die AVE von den Verbandspflichten doch erfaßt wird[93]). Es kann auch nicht eingewendet werden, die gesetzliche Verankerung des Grundsatzes der offenen Türe sei überflüssig, weil die Verbände ohnehin ein Interesse an einer großen Mitgliederzahl haben; es kann sehr wohl vorkommen, daß ein Verband einem gefährlichen Konkurrenten durch AVE gewisse Fesseln anlegen, seine Aufnahme aber beharrlich ablehnen möchte. Die Garantie der offenen Türe ist freilich eine Art Kontrahierungszwang für den Verband; dieser muß, wenn auch nur auf Antrag hin, den Berufsangehörigen aufnehmen[94]). Dieser Kontrahierungszwang hat aber nicht den Sinn, daß für die Aufnahme keinerlei Bedingungen gestellt werden dürfen, sondern nur, daß der Verband nicht mehr à bien plaire Aufnahmegesuche ablehnen darf[95]). Erfüllt ein Kandidat die statutarischen Bedingungen nicht, zeichnet er z. B. keine Anteilscheine der Genossenschaft oder gehört er nicht der Konfession der Verbands-

---

[92]) Sten. Bull. 1937 NR S. 379, 381.

[93]) Auch der zitierte Entwurf Schirmer zu einem BG über die AVE sieht mit Recht trotz dem Kontrahierungszwang für den Verband in Art. 4 die Anschlußfreiheit der Mitglieder vor. Ebenso Art. 4 des St. Galler Entwurfes.

[94]) Vgl. über die verschiedenen Arten des Kontrahierungszwanges und des Kontrahentenzwanges Oftinger, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht. Zeitschr. f. Schw. Recht n. F. 57 S. 523a ff.

[95]) Rossel u. Mentha, Manuel du Droit civil 2e Ed. I 156.

mitglieder an (sofern konfessionelle Berufsverbände überhaupt zur AVE zugelassen werden), so kann das Aufnahmegesuch abgewiesen werden[96]). Außerdem können Kandidaten abgelehnt werden, die nicht dem Berufe angehören; dabei muß aber verlangt werden, daß nicht als berufsfremd abgewiesen werden darf, wer von der AVE als Außenseiter doch erfaßt werden soll. Eventuell muß als Korrelat des Grundsatzes in der Ausführungsgesetzgebung auch noch verlangt werden, daß niemand ausgestoßen wird, wer die allgemeinen Voraussetzungen als Mitglied noch erfüllt. Der Grundsatz der offenen Türe ist freilich ein Einbruch in die Ordnung, nach der die AVE einfach auf den bestehenden privaten Berufsverbänden aufgebaut wird. Ein Verband, der jedermann aufnehmen muß, um seine Beschlüsse allgemeinverbindlich erklären lassen zu können, ist kein völlig freier Verband mehr. Der Grundsatz ist aber doch notwendig, und die Notwendigkeit rührt daher, daß der Staat schließlich doch selber bestimmen muß, wer an der Rechtsetzung beteiligt sein soll und wer nicht. Es liegt ein Widerspruch darin, daß die Verbände in ihren Satzungen endgültig sollen bestimmen können, wer bei der Rechtsetzung mitwirken darf.

Die negative Verbands- oder Koalitionsfreiheit besteht in der Freiheit, jedem Verband oder einem bestimmten Verband fernzubleiben. Die negative Verbandsfreiheit wird beeinträchtigt, wenn eine Vereinbarung oder ein Beschluß eines Berufsverbandes zum Inhalt haben oder bezwecken würde, jemand zum Eintritt oder Verbleiben in einem bestimmten Verband oder in irgendeinem Verband anzuhalten. Man hat vor allem an diese negative Verbandsfreiheit gedacht, als man die Verbandsfreiheit in Art. 31ter Abs. 3 rev.BV schützen wollte[97]). Niemand soll gezwungen werden, sich „zu

[96]) Ebenso Hug a. a. O. S. 44.

[97]) Vgl. die Erklärung von Bundesrat Obrecht in der nationalrätlichen Kommission. Protokoll derselben vom 24.—27. Januar 1938 S. 94.

organisieren"[98]). Gleichgültig ist, ob sich der verpönte Organisationszwang gegen einen Unternehmer oder gegen eine der beiden Arbeitsmarktparteien — Arbeitgeber oder Arbeitnehmer — richtet. In Deutschland waren unter der Herrschaft der Weimarer Verfassung Verstöße gegen die Koalitionsfreiheit rechtswidrig und nichtig[99]). So weit geht nun allerdings Art. 31 ter nicht. Er versagt nur die AVE, wenn die angemeldeten Verbandsakte gegen die Vereinigungsfreiheit verstoßen. Darin liegt, wie schon bemerkt wurde, nur eine beschränkte Garantie der Koalitionsfreiheit, kein eigentliches neues Individualrecht. Dennoch ist die Bedeutung dieser Schranke der AVE hoch einzuschätzen. Alle Vereinbarungen und Beschlüsse der Berufsverbände, die auf einen Organisationszwang tendieren, und alle, die im Gegenteil von einem Verband fernhalten wollen, sind von der AVE ausgeschlossen.

VIII. Öffentliches Recht und Privatrecht bei der AVE.

Die Einführung der AVE in unsere Rechtsordnung bedeutet auch eine Verschiebung des Verhältnisses von öffentlichem Recht und Privatrecht. Auch diese Verschiebung ist eine auffallende staatsrechtliche Neuerung.

In der bisherigen Rechtsentwicklung war eine Verschiebung des Verhältnisses von öffentlichem Recht und Privatrecht namentlich im Sinne eines Überhandnehmens des öffentlichen Rechtes zu Lasten des Privatrechtes bekannt. Rechtsverhältnisse, die früher als privatrechtliche gedacht oder geordnet waren, wurden als öffentlich-rechtliche aufgefaßt oder ins öffentliche Recht überführt, z. B. das Beamtenverhältnis oder die Wasser-

---

[98]) In Deutschland herrschte Streit darüber, ob die negative Verbandsfreiheit nicht nur kraft gemeinen Rechtes bestehe, sondern in Art. 159 RV verfassungsrechtlich mitverankert sei. Nipperdey a. a. O. S. 419.

[99]) Kaskel, Arbeitsrecht S. 319.

rechtsverleihung. Ein derartiges Überhandnehmen des öffentlichen Rechtes ist auch in Gestalt der allgemeinverbindlichen Verbandsakte zu erwarten. Wenn z. B. in der Müllerei die Kartellpflicht der Mühlenunternehmungen besteht, ein bestimmtes Produktions- oder Handelskontingent an Mehl nicht zu überschreiten, so handelt es sich um eine privatrechtliche, kartellvertragliche Pflicht; wird sie allgemeinverbindlich erklärt, so erhält sie öffentlich-rechtlichen Charakter. Es ist also zuzugeben, daß auch die AVE inhaltlich eine Abart jener Sozialisierung sein kann, wie sie sich in dem bekannten Überhandnehmen des öffentlichen Rechtes zu Lasten des Privatrechtes ausdrückt.

Allein wenn wir hier von einer Verschiebung des Verhältnisses von öffentlichem Recht und Privatrecht durch Einführung der AVE sprechen, so denken wir nicht in erster Linie an dieses Überhandnehmen öffentlich-rechtlicher Regelungen durch den Inhalt der allgemeinverbindlichen Verbandsbeschlüsse und -vereinbarungen. Vielmehr meinen wir eine Verschiebung, die im Wesen der AVE, nicht im Inhalt der allgemeinverbindlichen Vereinbarungen und Beschlüsse liegt. Diese Verschiebung besteht darin, daß Organisationen des Privatrechtes zur Rechtsetzung berufen werden, ohne daß sich ihr privatrechtlicher Charakter verändern soll. Eine Staatsfunktion wird privaten Berufsverbänden übergeben, ohne daß diese in die öffentlich-rechtliche Ordnung eingebaut werden. Diese allgemeine Mitwirkung von privaten Personenvereinigungen bei der vornehmsten Staatsfunktion der Rechtsetzung ist staatsrechtlich etwas durchaus Neuartiges und verdient unsere Aufmerksamkeit[100]).

---

[100]) Auch Paul Keller, Die korporative Idee in der Schweiz, 1934, S. 46, macht darauf aufmerksam, daß die AVE Betrauung der Berufsverbände mit Rechtsetzung bedeute; aber er geht von der durch Art. 31ter nicht verwirklichten Voraussetzung aus, daß gleichzeitig mit Einführung der AVE ein BG über die Berufsverbände erlassen werde, das diese zu Körperschaften des öffentlichen Rechtes erheben werde.

Die Verschiebung ist aber eine solche zugunsten des Privatrechtes, nicht zu Lasten desselben. Privatpersonen erhalten Staatsfunktionen, während bis anhin diese den Staatsorganen vorbehalten waren. Man muß die AVE deshalb geradezu als ein Institut jenes neuen Feudalismus bezeichnen, der sich auch anderswo bemerkbar macht, z. B. bei der Anvertrauung der Einfuhrregelung an private Genossenschaften: überall werden Staatsfunktionen Privaten überlassen, ohne daß diese zu Beamten oder zu öffentlich-rechtlichen Körperschaften erhoben würden. Darin liegt eben der Anklang an das mittelalterliche Lehenswesen, der dazu berechtigt, von einem Neofeudalismus zu sprechen. Diese Umkehr der Rechtsentwicklung führt also sogar weiter zurück als nur zum Zunftwesen, denn die Zünfte waren bekanntlich Organisationen des öffentlichen Rechtes. Die Umkehr der Rechtsentwicklung ist auch um so merkwürdiger, als, wie wir gesehen haben, die mit der Funktion der Rechtsetzung betrauten privaten Verbände inhaltlich in ihren Vereinbarungen und Beschlüssen dann doch wieder dem Überhandnehmen des öffentlichen Rechtes zu Lasten des Privatrechtes dienen. Privatrecht und Vertragsfreiheit werden also zugunsten einer öffentlich-rechtlichen Regelung mittelst Verbandsbeschluß und -vereinbarung abgebaut, aber anderseits wird die staatliche Organisation mit Elementen des Privatrechtes durchsetzt, welche jene öffentlich-rechtlichen Regelungen bewerkstelligen sollen. Öffentliches und Privatrecht werden also miteinander sehr verwickelt, und auch diese Verwicklung erinnert stark an die lehensrechtlichen Institute des Mittelalters.

Man wird nun gegen die vorgetragene Auffassung zwei Einwände erheben:

Der erste Einwand geht dahin, daß die Berufsverbände gerade dadurch zu Körperschaften des öffentlichen Rechtes würden, daß sie zur Rechtsetzung herangezogen werden. Im Grunde genommen würden also neue Staatsorgane geschaffen, und der Widerspruch bestehe nicht,

daß Privatpersonen Staatsfunktionen erhalten. Allein diese Ansicht ist unrichtig. Nach der Absicht des Verfassungsgesetzgebers sollen die Berufsverbände juristische Personen des Privatrechtes bleiben; es soll gerade keine berufsständische Ordnung geschaffen werden. Die herrschende Meinung nimmt übrigens an, die bloße Übertragung eines Hoheitsrechtes an eine bisher private Körperschaft mache diese noch nicht zu einer öffentlich-rechtlichen, wenn nicht zugleich auch ein Einbau in die öffentlich-rechtliche Ordnung, z. B. durch Einführung einer Zwangsmitgliedschaft, erfolgt[101]). In Art. 31 ter fehlt auch eine Bestimmung, welche die Berufsverbände zu Körperschaften des öffentlichen Rechtes erheben würde; die Ausführungsgesetzgebung kann diese Bestimmung deshalb nicht bringen, weil Art. 31 ter keine verfassungsrechtliche Grundlage dafür bietet. Es wäre auch nicht klar, ob die Berufsverbände Körperschaften des öffentlichen Bundesrechtes oder des kantonalen Rechtes sein sollten. Vor allen Dingen hängt die öffentlich-rechtliche Natur einer Körperschaft keineswegs davon ab, ob sie durch das Gesetz oder die Verfassung als öffentlich-rechtliche bezeichnet wird[102]). Sondern sie hängt ausschließlich davon ab, ob die Körperschaft in eine öffentlich-rechtliche Ordnung eingebaut ist[103]). Auch Art. 59 ZGB setzt voraus, daß die öffentlich-rechtlichen Körperschaften dem öffentlichen Recht (des Bundes oder der Kantone) angehören, das heißt durch sie geordnet sind. Art. 31 ter beruht

---

[101]) Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, 1886, S. 186 ff.; Gottlieb, Der Begriff der öffentlich-rechtlichen Körperschaft, 1939, S. 110; Nawiasky a. a. O. S. 60.

[102]) Wenn z. B. Art. 2 des St. Galler Entwurfes bestimmt, daß die Berufsverbände Organe der schweizerischen Volkswirtschaft würden, ist damit nichts gewonnen, solange sie nicht als öffentliche Körperschaften in die öffentliche Ordnung eingebaut werden.

[103]) Egger, Kommentar N. 8 zu Art. 59 ZGB; Gottlieb a. a. O. S. 135.

jedoch gerade auf dem Gedanken, daß ein solcher Einbau nicht erfolgen soll; die Berufsverbände sollen vielmehr private Organisationen bleiben. So bestehen keine Pflicht der Berufsverbände, ihren Zweck auch wirklich zu erfüllen, keine Aufsicht des Staates über die Berufsverbände usw. Auch die Gründung wird ganz der privaten Initiative überlassen, ebenso der Beitritt; es ist z. B. nicht dafür gesorgt, daß in jedem Beruf ein Verband besteht. Die Organisation der Berufsverbände wird ganz von den Satzungen und den privatrechtlichen Bestimmungen über Verein und Genossenschaft beherrscht. Es liegt schlechthin gar nichts vor, was die zur Rechtsetzung berufenen Berufsverbände von gewöhnlichen Verbänden unterscheiden würde, welche keine öffentliche Aufgabe haben.

Der zweite Einwand geht dahin, daß die Berufsverbände durch die AVE gar nicht zur Rechtsetzung herangezogen würden, sondern nur zur Anregung der Rechtsetzung, ähnlich wie etwa die Initianten bei der Volksinitiative. Das Recht werde erst anläßlich der AVE durch die zuständige Behörde gesetzt, und man habe also mit Rechtsetzung der staatlichen Behörde, nicht mit privater der Verbände zu tun; was der AVE vorangehe, sei noch keine Ausübung eines Hoheitsrechtes. Auch diese Einwendung ist unbegründet. Auch die Ergreifung und Einreichung der Volksinitiative ist schon ein Teil der Rechtsetzung; namentlich bei der formulierten Initiative beginnt die Rechtsetzung nicht erst mit der Abstimmung[103a]). Es kann auch nicht verkannt werden, daß gerade die Redaktion der Vereinbarungen und Beschlüsse der Berufsverbände, welche durch diese und nicht durch die Behörde besorgt wird, eine sehr wichtige Phase dieser Rechtsetzung ist. Von der Vertragstechnik z. B. kann der Entscheid über bedeutende Auslegungsfragen abhängen, zumal wenn über die Strafbarkeit eines Mitgliedes oder Außenseiters zu entscheiden ist. Die Redaktion kann mitunter weit schwieriger sein als die Verfassung eines

[103a]) BGE 65 I S. 106 ff.

neuen Verfassungsartikels, besonders auch, weil die Vereinbarungen und Beschlüsse der Berufsverbände gewöhnlich umfangreicher sind als Verfassungsvorlagen einer Volksinitiative. Es ist auch nicht anzunehmen, daß sich die Behörde bei der AVE in Formulierungsfragen einmische; sie wird das nur tun, wenn sie klarstellen will, ob für die AVE ein gesetzlicher Ablehnungsgrund im Sinne des Art. 31ter Abs. 3 bestehe. In der Regel ist die Redaktion also ganz den Verbänden überlassen. Die Rolle der Berufsverbände bei der AVE bedeutet aber überhaupt weit mehr als bloß Anregung oder Initiative. Die Verbände erhalten eine Staatsfunktion, einen Teil eines Rechtsetzungsverfahrens, und sie haben diese Aufgabe unter eigener Verantwortung zu erfüllen. Der Grundgedanke der AVE ist der, daß die Bestimmungen der Vereinbarungen und Beschlüsse endgültig durch die Verbände aufgestellt und in Kraft gesetzt werden und daß die Behörde verpflichtet sein soll, die AVE auszusprechen, wenn kein gesetzlicher Ablehnungsgrund besteht. Diese Auffassung hat denn auch in Art. 31ter rev.BV ihren Niederschlag gefunden, wenn dort nur negative Voraussetzungen formuliert sind: wenn begründete Minderheitsinteressen nicht verletzt werden, wenn Rechtsgleichheit und Verbandsfreiheit nicht beeinträchtigt werden usw., soll die Behörde gehalten sein, die AVE zu gewähren[104]).

[104]) Die einzige positiv formulierte Voraussetzung der AVE ist nach Art. 31ter Abs. 3 rev.BV die Begutachtung durch unabhängige Sachverständige. Aber auch hier hat man davon abgesehen, geradezu eine Befürwortung der AVE durch die Sachverständigen zu verlangen, und man hat sich nach langem Zögern mit der bloßen Begutachtung begnügt. Vgl. Sten. Bull. 1939 NR S. 125, StR S. 389. Es ist immerhin zuzugeben, daß der Unterschied zwischen dem Erfordernis der Befürwortung und der Begutachtung nicht groß ist, denn wenn Befürwortung vorgeschrieben wäre, könnte die Behörde bei einem negativen Gutachten andere Experten zuziehen oder auf einen Bericht der Minderheit der Experten abstellen, und wenn Begutachtung vorgeschrieben ist, wird sich die Behörde von einem negativen Gutachten auch nur ausnahmsweise entfernen.

Die AVE fällt ja auch gar nicht immer mit dem Inkrafttreten einer Vereinbarung oder eines Beschlusses zusammen; eine Vereinbarung oder ein Beschluß kann unter den Mitgliedern der beteiligten Berufsverbände in Kraft gestanden haben lange bevor durch die AVE die Verbindlichkeit auch für die Außenseiter begründet wird. Die Rolle der Berufsverbände verhält sich also zu derjenigen der die AVE aussprechenden Behörde eher wie die Rechtsetzung zur Genehmigung des Erlasses. Gerade in einem solchen Fall aber muß anerkannt werden, daß die aufgestellten Bestimmungen dem Willen der Verbände entstammen, nicht dem Willen der Behörde[105]). Diese hat nur eine Überprüfung, wobei ihr freilich ein Ermessensspielraum zusteht[106]). Daß die Verbände es sind, welche die Bestimmungen aufstellen, und nicht erst die Behörde durch die AVE, hat seine Konsequenz auch bei der Frage, welche Auslegungsmethode für allgemeinverbindlich erklärte Vereinbarungen und Beschlüsse die richtige ist. Wenn das Recht erst bei der AVE durch die Behörde gesetzt würde, müßten die Bestimmungen auch nach der gleichen Methode ausgelegt werden wie Gesetze, d. h. es käme nicht auf den erklärten oder wirklichen Willen eines historischen Gesetzgebers an, sondern auf den vernünftigen Sinn der Bestimmungen (ZGB Art. 1). Wenn das Recht dagegen durch die Berufsverbände gesetzt wird, wird man die Auslegungsmethode für Willenserklärungen anwenden, d. h. es wird auf den erklärten Willen ankommen. Bei den Gesamtarbeitsverträgen nimmt nun die

---

[105]) Die Auffassung, daß erst die Behörde anläßlich der AVE das Recht setze, vernichtet gewissermaßen die Verbandspersönlichkeit, deren Produkt die Vereinbarungen und Beschlüsse sind. Vgl. Rosin a. a. O. S. 102 ff.

[106]) Wir haben oben S. 350 gesehen, daß bei der AVE polizeilicher Bestimmungen die Formulierung, es dürfe das Gesamtinteresse nicht verletzt werden, nicht befriedigt. Art. 31ter Abs. 3. Es muß vielmehr verlangt werden, daß polizeiliche Bestimmungen nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn sie durch das öffentliche Interesse geradezu diktiert sind.

herrschende Meinung in der Tat an, daß die Verträge selbst wie Willenserklärungen, nicht wie Gesetze auszulegen seien, und zwar auch nach der AVE[107]); nur die AVE selbst, d. h. die Verfügung der Behörde, sei wie ein Gesetz auszulegen[108]). Darin liegt also eine Bestätigung dafür, daß die Bestimmungen der Vereinbarungen und Beschlüsse durch die Verbände gesetzt werden und daß die Behörde sie nicht erläßt, sondern nur prüft, ob Gründe gegen die AVE bestehen. Daß freilich Bestimmungen von Vereinbarungen und Beschlüssen privater Verbände, nachdem sie objektives Recht geworden sind, immer noch wie Willenserklärungen ausgelegt werden sollen, ist auch ein rechtliches Kuriosum, das mit der genannten Verwicklung von Vertrag und Gesetz, Privatrecht und öffentlichem Recht zusammenhängt.

Es gehört nun nicht in den Rahmen dieser Arbeit, die geschilderte Überlassung der Rechtsetzung an private Verbände ohne öffentliche Verantwortung zu bewerten, obschon dazu Verschiedenes zu sagen wäre[109]). Hingegen

---

[107]) Hueck-Nipperdey a. a. O. S. 140 ff.

[108]) Hueck-Nipperdey a. a. O. S. 306/7.

[109]) Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf S. VI ff., nimmt in scharfen Ausführungen, die auch den Staatsrechtler interessieren müssen, dagegen Stellung, daß die Idee des Ständestaates für Kartellierungs- und Marktmonopolisierungstendenzen mißbraucht werde. Er verlangt, daß von den Berufsständen alles ferne gehalten werde, was sie untereinander in feindliche Interessengegensätze bringen könnte, und verweist auf die Enzyklika quadragesimo anno, welche mit großer Entschiedenheit jede Verquickung der berufsständischen Idee mit der Frage der gewerblichen Kartellierung und Monopolisierung ablehne. Ein Einbruch in die öffentliche Ordnung durch Zuziehung der Berufsverbände zur Rechtsetzung ohne gleichzeitige Verwirklichung einer berufsständischen Ordnung ist für ihn undenkbar. „Sollte es aber dahin kommen, daß den Kartellierungstendenzen der Einbruch in die neue öffentliche Ordnung gelingt und daß ihnen die legale Anerkennung im Rahmen dieser Ordnung zuteil wird, dann wird es keine Macht der Welt ablehnen können, daß das wirtschaftliche Marktinteresse des Gruppenegoismus die politische Idee des Ständestaates überwuchert . . . dann wird der alte Parteien- und

wollen wir noch auf einige juristische Schwierigkeiten hinweisen, die sich notwendig daraus ergeben, daß der Verfassungsgesetzgeber die Berufsverbände trotz der Betrauung mit einer öffentlichen Aufgabe private Organisationen bleiben läßt.

Wenn der AVE einfach die Vereinbarungen und Beschlüsse der unter Ausnützung der Privatautonomie zufällig entstandenen und zufällig bestehenden Berufsverbände des Privatrechtes unterworfen werden, wie sie nun einmal emporgewachsen sind, dann entstehen zunächst Schwierigkeiten in der staatlichen Zuständigkeitsordnung. Ob objektives Recht erlassen werden kann, hängt dann davon ab, ob ein Verband gegründet worden ist und wie er besteht, wie z. B. seine Satzungen lauten. Wenn in einem Beruf eine Regelung noch so dringend wäre, kann sie nur zustande kommen, wenn eine Verbandsorganisation besteht. Rechtsetzung und Rechtsverwirklichung hängen davon ab, ob es den Berufsangehörigen paßt und gelingt, sich zusammenzuschließen. In der staatlichen Zuständigkeitsordnung ist sonst dafür gesorgt, daß ein dringendes Gesetz erlassen werden kann, hier aber ist nicht dafür gesorgt, weil es an einer obligatorischen Organisation fehlt. Dazu kommt nun, daß sich die bestehenden Berufsverbände überschneiden. Wir kennen eine territoriale Überschneidung; ein Berufsverband ist z. B. nur lokal organisiert, der andere kantonal, und doch sollten die beiden eine Vereinbarung miteinander schließen; oder ein anderer Verband, wie etwa der Ausrüsterverband, erstreckt sich über einzelne Kantone der Ostschweiz, nicht aber über die ganze Schweiz. Es gibt weiter eine sachliche Überschneidung; ein Baumeister und Architekt kann sowohl dem Baumeister- als dem Architektenverband an-

---

Klassenhaß durch einen weit gefährlicheren, weil überhaupt nicht mehr entwirrbaren Markthaß und Markthader der Stände und Wirtschaftsgruppen abgelöst werden, der die Volksgemeinschaft in heilloser Weise zersplittern und untergraben wird.“ Vgl. auch Böhler S. 81 ff.

gehören, ein Feinmechaniker sowohl dem Mechaniker- als dem Elektrikerverband, oder in einem Berufsverband können verschiedene Berufe vereinigt sein, wie z. B. im Schweizerischen Metall- und Uhrenarbeiterverband oder im Schweizerischen Glaser- und Holzarbeiterverband, und auch hier kommt es vor, daß Verbände, die sachlich verschieden organisiert sind, Vereinbarungen miteinander abschließen sollten. Endlich gibt es noch politische und konfessionelle Berufsverbände. Dieser Wirrwarr wird in vielen Fällen die AVE erschweren; greift der Staat nicht ein, so wird die AVE oft toter Buchstabe bleiben, greift er ein, so sieht er, welches Wagnis es war, die AVE auf der völlig freien Verbandsbildung aufzubauen[110]).

Eine weitere juristische Schwierigkeit entsteht daraus, daß der Gesetzgeber nicht vorschreibt, welche Form des Privatrechtes die Berufsverbände zu wählen haben. Sind sie aber in der Wahl frei, können sie sich beliebig die Form der Genossenschaft oder des Vereins oder gar eine andere Form geben, so entscheiden sie damit auch selber über den Spielraum für ihre Satzungen und über das dispositive und das zwingende Recht, das auf sie anwendbar sein soll. Dadurch, daß ein Berufsverband sich die Form der Genossenschaft gibt, entscheidet er sich auch für die Möglichkeit der Erschwerung des Austrittes nach OR Art. 842, während man doch meinen sollte, daß bei einer mit einer öffentlichen Aufgabe betrauten Organisation diese nicht selber entscheiden könne, ob ein Mitglied austreten kann oder nicht[111]).

---

[110]) Der Ausweg, daß ein Verband eine Vereinbarung nur für einen Teil seiner Mitglieder schließt, oder daß umgekehrt auf der einen oder andern Seite einer Vereinbarung mehrere Verbände beteiligt werden, hilft bei weitem nicht in allen Fällen. Vgl. immerhin A. v. Arx, Grundlinien zu einem Entwurf über die Errichtung von Gesamtarbeitsverträgen, Ziff. 1 Nr. 23 der Schriften der freisinnig-demokratischen Partei der Schweiz.

[111]) Ob ein Berufsverband, zu dessen Zweck auch Kartellmaßnahmen gehören, sich die Form des Vereins nach ZGB Art. 60 ff. geben kann, ist allerdings zweifelhaft. Die Frage muß

Die größte Schwierigkeit aber besteht darin, daß der statutarische Verbandszweck mancher bestehender Berufsverbände gar nicht gestattet, Vereinbarungen und Beschlüsse über einzelne oder alle Sachgebiete aufzustellen, welche der AVE zugänglich sind, und allgemeinverbindlich erklären zu lassen. Nur ein Verband, dessen Satzungen erlauben, einen Gesamtarbeitsvertrag abzuschließen, kann gültigerweise einen solchen eingehen und ihn allgemeinverbindlich erklären lassen[112]). Vereinbarungen und Be-

mit der herrschenden Meinung verneint werden. Egger, Kommentar N. 4 ff. zu Art. 60 ZGB; Zölly, Die rechtliche Behandlung der Kartelle in der Schweiz S. 83; Gysin, Grundlinien des schweizerischen Kartellrechtes, Zeitschr. f. schw. Recht n. F. 49 S. 387. Das Bundesgericht hat freilich in zwei Urteilen Verbände mit Kartellcharakter als nichtwirtschaftliche Vereine gelten lassen. Urteil der I. Zivilabteilung vom 5./6. Dez. 1934 i. S. Fédération suisse des associations de fabriques d'Horlogerie et cons. und Urteil derselben Abteilung vom 11. Febr. 1936 i. S. Schweiz. Tabakverband, BGE 62 II S. 32 ff. Allein in einer mit Kartellen durchsetzten Wirtschaft ist die Regulierungstätigkeit eines Kartells genau so ein wirtschaftlicher Verbandszweck wie in der Wirtschaft der freien Konkurrenz eine gewerbliche Tätigkeit. Der Zweck eines Kartells ist also auch ein wirtschaftlicher, wenn auch nicht ein wettbewerbswirtschaftlicher, sondern ein monopolwirtschaftlicher. Vgl. Böhm a. a. O. S. 18 ff.; Neuling, Wettbewerb, Monopol und Befehl in der heutigen Wirtschaft, Zeitschrift f. d. ges. Staatswissenschaft 1939 Bd. 99 S. 279 ff. Die beiden kritisierten Urteile scheinen mir also zu verkennen, daß in einer kartellierten Wirtschaft nicht mehr allein auf das Kriterium eigener Erwerbstätigkeit des Verbandes abgestellt werden kann. Dazu kommt die Erwägung, daß das neue OR gerade für Kartell- und Berufsverbandszwecke die Genossenschaftsform besonders sorgfältig ausgestaltet hat. Vgl. OR Art. 828 Abs. 1. Es rechtfertigt sich nicht, die weitherzige, auf ideale Vereine zugeschnittene Vereinsform den Kartellen zur Verfügung zu stellen. Schließlich besteht, solange wir kein Kartellregister haben, ein Bedürfnis nach einer minimalen Publizität durch das Handelsregister. A. A. aber teilweise Schönenberger, SJZ 1939/40 S. 317.

[112]) Darauf hatte Alt-Bundesrat Schultheß in der Unterkommission IV der Großen Expertenkommission für die neuen Wirtschaftsartikel hingewiesen. Protokollnotizen der 3. Tagung S. 23, ferner Nawiasky a. a. O. S. 39. So kann z. B. der Verein

schlüsse, die sich nicht unter den statutarischen Verbandszweck ordnen lassen, sind ungültig und anfechtbar; sie können daher auch nicht allgemeinverbindlich erklärt werden[113]). Auch wenn die Ausführungsgesetzgebung zu Art. 31ter nichts darüber sagt, muß die Voraussetzung gelten, denn mit der AVE von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen kann nur die AVE gültiger, unanfechtbarer Verbandsbeschlüsse und -vereinbarungen gemeint sein[114]). Gestattet der Zweck eines Verbandes nicht, einen Beschluß oder eine Vereinbarung allgemeinverbindlich erklären zu lassen, so besteht Vereinbarungs- und Beschlussesunfähigkeit des Verbandes, eine Eigenschaft, die man beim Gesamtarbeitsvertrag gewollte Tarifunfähigkeit nennt[115]). Viele Berufsverbände werden mithin, bevor sie Vereinbarungen und Beschlüsse im Sinne der künftigen Sachgebiete aufstellen und allgemeinverbindlich erklären lassen können, ihre Statuten ändern müssen. Allein gerade bei einer solchen Änderung des statutarischen Verbandszweckes werden sie auf ein Hindernis stoßen: Ist der Verband als Verein organisiert, so kann eine Zweckänderung den Mitgliedern selbst durch Statutenänderung nicht aufgezwungen werden[116]). Das bedeutet nicht etwa nur, daß die nicht zustimmenden Mitglieder austreten können — das können sie nach ZGB Art. 70 Abs. 2

---

schweizerischer Maschinenindustrieller nach seinen gegenwärtigen Statuten nicht als befugt angesehen werden, einen Kartellbeschluß zu fassen.

[113]) Vgl. für den Verein ZGB Art. 75, für die Genossenschaft OR Art. 891.

[114]) Ebenso der Entwurf Schirmer zu einem BG über die AVE Art. 2 d. Erforderlich ist aber nicht, daß die Statuten eine ausdrückliche Bestimmung enthalten, sondern nur, daß die Vereinbarungen und Beschlüsse mit dem statutarischen Verbandszweck vereinbar sind. Oser-Schönenberger N. 25 zu Art. 322 OR.

[115]) Kaskel S. 50. Einzelne ausländische Gesetzgeber haben den Verbänden mit gewollter Tarifunfähigkeit die Tariffähigkeit von Gesetzes wegen zugesprochen.

[116]) ZGB Art. 74.

ohnehin und würde ihnen nichts nützen, da sie als Außenseiter durch die AVE gleichwohl erreicht würden —, sondern es bedeutet, daß jedes einzelne Mitglied die Zweckänderung durch den Richter annullieren lassen kann[117]). Ein einzelnes Mitglied eines als Verein organisierten Berufsverbandes kann diesem also verunmöglichen, die AVE für sich in Anspruch zu nehmen. Das rührt daher, daß das Vereinsrecht des ZGB individualistisch orientiert ist und im Minderheitenschutz sehr weit geht. Es liegt aber gewiß ein Widerspruch darin, daß ein einzelner die Setzung objektiven Rechtes soll verhindern können. Dieser Widerspruch ist jedoch die notwendige Folge davon, daß die AVE einfach auf den bestehenden privaten Verbänden und auf dem privaten Verbandsrecht aufgebaut wird. Bei der Genossenschaft nach dem aOR verhielt es sich gleich; eine Änderung des Genossenschaftszweckes konnte einem Mitglied, selbst mit einfacher oder qualifizierter Mehrheit, nicht aufgezwungen werden[118]). Nach dem neuen Genossenschaftsrecht hingegen ist eine Zweckänderung wie jede andere Satzungsänderung mit Zweidrittelsmehrheit zulässig[119]).

Eine weitere bedeutende Schwierigkeit besteht darin, daß nicht leicht gesagt werden kann, wann eine Vereinbarung zwischen zwei Berufsverbänden notwendig ist und wann ein bloßer Beschluß genügt. Art. 31ter rev.BV läßt sowohl Vereinbarungen als Beschlüsse zur AVE zu, ohne aber zu sagen, wann ein einseitiger Beschluß hinreicht[120]). Auch diese Schwierigkeit hängt mit der

---

[117]) Egger, N. 5 zu Art. 74 ZGB; Hafter, N. 6 zu Art. 74 ZGB.

[118]) Bachmann, Kommentar N. 3c zu Art. 680 aOR, BGE 24 II S. 801.

[119]) OR Art. 888 Abs. 2.

[120]) Gegen die Möglichkeit, einseitige Beschlüsse allgemeinverbindlich zu erklären, Hug, Die Problematik des Wirtschaftsrechts, 1939, S. 33. Es ist aber zu anerkennen, daß es auch Vereinbarungen gibt, welche nicht ein gegensätzliches Interesse überbrücken, sondern gegen Dritte gerichtet sind, z. B. Vereinbarungen

Unvollkommenheit der bestehenden privaten Verbandsorganisation als Grundlage für die Rechtsetzung durch AVE zusammen. Wenn die Gegeninteressenten, welche für den Abschluß einer Vereinbarung berufen wären, überhaupt nicht organisiert sind, wird ein Berufsverband geneigt sein, einen einseitigen Beschluß zu fassen und ihn allgemeinverbindlich erklären zu lassen[120a]). Der Autohändlerverband wird z. B. u. U. einen Beschluß, daß gewisse Rabatte gegenüber den Katalogpreisen nicht mehr erlaubt seien, nur deshalb fassen und allgemeinverbindlich erklären lassen können, weil die Autokäufer, die Konsumenten mit dem gegensätzlichen Interesse, nicht organisiert sind; bedürfte es einer Vereinbarung mit ihnen, so käme sie vielleicht nicht zustande, auch wenn sie organisiert wären. Daß die Konsumenten sehr oft nicht organisiert sind, hängt notwendig mit der privaten Verbandsorganisation zusammen; eine öffentliche Verbandsorganisation würde die Wirtschaft durchorganisieren, d. h. auch die Konsumenten zu Verbänden zusammenschließen, und dann wäre es nicht mehr möglich, daß ein gegensätzliches Interesse einfach durch einseitigen Beschluß umgangen würde.

IX. Zur staatsrechtlichen Ideologie der AVE.

1. Selbstverwaltung der Wirtschaft.

Es wird allgemein zugegeben, daß durch die Einführung der AVE nicht die berufsständische Idee verwirklicht wird. Man will sich endgültig oder einstweilen mit weniger begnügen. Aber man behauptet, die Einführung der AVE ermögliche wenigstens eine teilweise

---

zwischen Unternehmerverband und Gewerkschaft zur Benachteiligung wilder Unternehmer und Arbeiter. Derartige wirtschaftlich einseitige Vereinbarungen gleichen also den einseitigen Beschlüssen und bilden den Gegensatz zu den ausgleichenden Vereinbarungen, z. B. den Gesamtarbeitsverträgen.

[120a]) Böhler a. a. O. S. 33.

Selbstverwaltung der Wirtschaft oder, anders ausgedrückt, eine Ordnung der Wirtschaft durch diese selbst[121]).

Es ist zweifellos richtig, daß die Berufsverbände als Organisationen der Wirtschaft bei der Rechtsetzung durch AVE eine weit größere Mitsprachemöglichkeit haben als bei der Rechtsetzung durch Parlament und Volk in der Form der Gesetze oder bei der Rechtsetzung durch die Regierung in der Form der Verordnung. Beim Erlaß von Gesetzen und Verordnungen über wirtschaftliche Gegenstände beschränkt sich die Mitsprache der Berufsverbände darauf, daß sie heutzutage ihre Vertrauensmänner im Parlament haben, welche bei der Gesetzesberatung mitwirken und bei der Verordnungsgesetzgebung wenigstens vorstellig werden können, und daß sie ihren Einfluß in der Kampagne vor der Gesetzesabstimmung des Volkes geltend machen können. Diese Mitsprachemöglichkeit der Berufsverbände ist also mehr eine tatsächliche, obschon man zugeben muß, daß gerade diese Einwirkungen der Verbände zusammen mit der Häufung der wirtschaftlichen Staatsaufgaben bereits zu einem Wandel der parlamentarisch-demokratischen Gesetzgebung geführt haben. Bei der Rechtsetzung durch AVE dagegen haben die Berufsverbände nicht nur eine tatsächliche Mitsprachemöglichkeit, sondern ein Mitspracherecht:

---

[121]) Botschaft des Bundesrates vom 10. Sept. 1937, BBl 1937 II S. 833 ff. Hug, Die Problematik des Wirtschaftsrechtes S. 33, formuliert diese Idee dahin, daß die auf dem Boden des Privatrechtes erwachsenen wirtschaftlichen Verbände „als Träger der rechtlichen Ordnung des Wirtschaftslebens anerkannt werden sollen". Derselbe, Die rechtliche Neuordnung der Wirtschaft a. a. O. S. 33, führt aus: „Das Wirtschaftsleben soll in Zukunft auf wirtschaftlicher Selbstverwaltung beruhen." Anderegg, Die Allgemeinverbindlicherklärung, 1938, S. 4, bemerkt: „ . . . daß mit der Allgemeinverbindlicherklärung der Wirtschaft die ihr zugehörige Selbstverwaltung teilweise geschenkt werde." Der St. Galler Entwurf S. 16 führt aus: „Wer die Verbände als Organe der Selbstverwaltung bestimmter Wirtschaftskreise einsetzt, der muß ihnen die dafür notwendige Kompetenz verleihen."

sie werden doch auf eine Art zu Organen der Rechtsetzung, obwohl sie in echt neufeudalistischer Denkweise als private Organisationen bestehen gelassen werden. Auch die Auslese des Gesetzgebers im Staat ist also bei der Rechtsetzung durch AVE anders als bei der Rechtsetzung durch Parlament und Volk und durch die Regierung. Die Berufsverbände bilden nicht mehr nur eine zufällige Auslesebasis für die Parlamentarier und Politiker überhaupt, sondern sie werden selbst mit der Rechtsetzung beauftragt. Insofern ist es also richtig, von einer wenigstens teilweisen Ordnung des Wirtschaftslebens durch die Wirtschaft selbst zu sprechen, welche durch die AVE ermöglicht werde. Immerhin dürfen drei Dinge nicht übersehen werden: die Berufsverbände sind nicht die einzigen Repräsentanten der Wirtschaft unter der herrschenden Wirtschaftsverfassung, und deshalb liegt in der Behauptung der Selbstverwaltung der Wirtschaft durch AVE eine gewisse Verallgemeinerung. Sodann hat auch bei der Rechtsetzung durch AVE der Staat in wesentlichem Maße mitzuwirken, und zwar nicht nur in der Weise, daß durch seine Gesetzgebung die Verbände erst ermächtigt werden, Vereinbarungen abzuschließen und Beschlüsse zu fassen und die AVE zu beantragen, sondern auch in der Weise, daß die Behörde jede einzelne AVE aussprechen muß. Obschon die Bestimmungen durch die Verbände erlassen und durch die Behörde nur allgemeinverbindlich erklärt werden, ist die Mitwirkung des Staates doch nicht weniger wichtig als die der Verbände, und deren Selbstverwaltung der Wirtschaft ist doch nicht eigentlich selbständig. Endlich werden auch nach Einführung der AVE zahlreiche wirtschaftliche Gegenstände durch Gesetz und Verordnung geregelt werden, so daß sich die Verbände mit dem bisherigen Gesetzgeber in die Wirtschaftsgesetzgebung teilen müssen, wobei, wie wir gesehen haben, das staatliche Recht bei Konflikten vor dem allgemeinverbindlichen Verbandsrecht erst noch den Vorrang hat[122]).

[122]) Oben S. 375.

Gelegentlich wird der Behauptung, durch die AVE werde die Ordnung der Wirtschaft durch die Wirtschaft selbst ermöglicht, eine noch viel weittragendere Bedeutung beigelegt. Es wird die Wirtschaft als ein Bereich des sozialen Lebens aufgefaßt, während Staat und Recht ein anderer solcher Bereich seien. Und es wird dann angenommen, durch die AVE werde nun eine außerrechtliche und außerstaatliche Ordnung der Wirtschaft durch diese selbst ermöglicht[123]). Allein Recht und Wirtschaft sind nicht zwei voneinander unabhängige Bereiche des Sozialen[124]). Die Verfechter jener Ansicht übersehen, daß eine jede Ordnung der Wirtschaft eine rechtliche Ordnung ist, und daß eine jede rechtliche Ordnung, wenn man vom Problem des Gewohnheitsrechtes absieht (das übrigens staatlicher Anerkennung bedarf), im modernen Staat ein staatliches Monopol ist. Auch die Ordnung des Wirtschaftslebens durch AVE ist eine rechtliche Ordnung. Sie ist auch eine staatliche Ordnung, indem der Staat durch seine Bestimmungen den Verbänden die Autonomie einräumt und dazu noch bei der AVE mitwirkt. Die Wirtschaft kann niemals eine Ordnungsaufgabe dem Recht abnehmen, denn das Recht ist die Form der Wirtschaft, und jede Ordnung derselben ist eine Ordnung in den Formen Rechtens, ja die Wirtschaft ist ohne das Recht gar nicht denkbar, denn wer den Begriff der Wirtschaft klar denkt, der denkt das Recht mit[125]). Es gibt

[123]) Dieser Auffassung scheint Anderegg a. a. O. S. 9 zu sein, wenn er bemerkt, die Einführung der AVE sei mehr eine soziale als eine juristische Aufgabe. Freilich mag der Sozial- und Wirtschaftspolitiker den Wunsch nach Verwirklichung besserer Zustände haben und Vorschläge an den Gesetzgeber richten. Ob diese Vorschläge aber etwas taugen, kann man erst beurteilen, wenn sie ausgedacht sind, und ausgedacht sind sie erst, wenn sie in eine rechtliche Form, in die Form des Gesetzes, gegossen sind. Vgl. auch Hug, Problematik des Wirtschaftsrechts S. 31—34.

[124]) Burckhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1939, S. 65.

[125]) Burckhardt, Methode S. 43, 87; Stammler, Wirtschaft und Recht 5. Aufl. 1924.

somit keine außerrechtliche Ordnung der Wirtschaft durch diese selbst.

2. Entlastung des Parlamentes und Entpolitisierung der Wirtschaft.

Eine andere Idee, die der AVE zugrunde liege, sei — so wird vielfach angenommen — die Entlastung des Parlamentes von der Wirtschaftsgesetzgebung und die gleichzeitige Entpolitisierung der Wirtschaft durch die Übertragung dieser Gesetzgebung an die Wirtschaft selbst.

Die Entlastung des Parlamentes wird jedoch nur geringfügig sein. Die Rechtsetzung, welche durch AVE geschehen wird, wäre nur zu einem kleinen Teil sonst auf dem Wege der ordentlichen Gesetzgebung unternommen worden. Wenn inskünftig die Berufsverbände imstande sein werden, für ihre Berufe wettbewerbsregulierende Bestimmungen mit Allgemeinverbindlichkeit zu erlassen, so ist doch nicht denkbar, daß deswegen in größerem Umfang gewöhnliche Gesetze und Verordnungen in Bund und Kantonen überflüssig werden. Nur in einzelnen Fällen mag das zutreffen; allgemeinverbindlich erklärte Vereinbarungen und Beschlüsse im Schuhmacherhandwerk oder im Detailhandel mit Lebensmitteln werden unter Umständen gewisse interventionistische Bundesbeschlüsse überflüssig machen.

Irrtümlich ist aber der Gedanke, daß durch eine Wegnahme der Gesetzgebung vom Parlament und Übergabe an die Berufsverbände und die Regierung eine Entpolitisierung der Wirtschaft erzielt werde. Die ordentliche Gesetzgebung ist nicht deshalb von der Politik beeinflußt und beherrscht, weil sie beim Parlament liegt und weil das Parlament eine politische Behörde sei. Sondern die Politik ist immer dort, wo wichtige Entscheidungen in der Gesetzgebung zu treffen sind. Erhält der Staat Aufgaben auf dem Gebiete der Wirtschaftsgesetzgebung, so wird notwendig auch eine Wirtschaftspolitik im Staate

kreiert. Wird die Entscheidung in der Wirtschaftsgesetzgebung dem Parlament abgenommen und andern Instanzen, Berufsverbänden und Regierung, übergeben, so geht auch die Politik mit: sie flüchtet sich in die Diskussionen und Entscheidungen dieser Instanzen hinein, und wir erhalten eine Verbandspolitik und eine Regierungspolitik bei der Rechtsetzung durch AVE, wie wir vorher eine parlamentarische Politik bei der ordentlichen Gesetzgebung hatten. Die Wirtschaft wird also keineswegs entpolitisiert, denn wo wirtschaftliche Dinge rechtlich geordnet werden sollen, gleichgültig durch welche Instanz, ist auch die Politik beteiligt. Durch die Einsetzung neuer Instanzen läßt sie sich nicht verscheuchen, denn sie gehört zum Wesen der Rechtsetzung, wo Gegensätze zu überbrücken sind. Entscheidungen irgendeines Gesetzgebers über neue Bestimmungen, durch welche gegensätzliche Interessen geordnet werden sollen, sind immer politische Entscheidungen. Es gibt hier überhaupt keine neutrale Gesetzgebung im Sinne einer unpolitischen Gesetzgebung. Höchstens vom Gutachten der unabhängigen Sachverständigen, das nach Art. 31ter Abs. 3 rev.BV vor der AVE einzuholen ist, läßt sich der politische Einfluß vielleicht bannen, und auch das bleibt problematisch[126]). Zuzugeben ist lediglich, daß die Art der politischen Einwirkungen und Überlegungen in einem Parlament eine andere ist als in und unter den Verbänden und in der Regierung.

3. Das Fehlen einer staatsrechtlichen Idee.

Nach dieser fast vollständigen Ablehnung der verbreiteten Ideologie kommen wir zum Ergebnis, daß die wirklich treibenden Ideen der AVE überhaupt nicht dem Staatsrecht angehören. Treibende Idee bei der AVE der

---

[126]) Vgl. im einzelnen über Gesetzgebung und Politik und die Möglichkeit politisch neutraler Gesetzgebung Carl Schmitt, Hüter der Verfassung, 1931, S. 73 ff., 103.

Gesamtarbeitsverträge ist das sozialpolitische Postulat der Förderung des Arbeitsfriedens. Maßgebend für das Postulat der AVE von Unternehmerbeschlüssen und -vereinbarungen sind Bestrebungen von Gewerbe, Kleinhandel und einzelnen Industriezweigen auf Kartellierung und Wettbewerbsregulierung mit staatlicher Hilfe[127]). So berechtigt nun diese Bestrebungen vom sozial- und wirtschaftspolitischen Standpunkte aus auch sein mögen, so stimmt es den Vertreter des Verfassungsrechtes doch nachdenklich, daß eine Neuerung, welche mit so großen staatsrechtlichen Konsequenzen verbunden ist, wie die AVE, selbst keineswegs auf einer staatsrechtlichen Idee beruht. Die AVE ist geeignet, wie wir gesehen haben, eine große Bresche in den Bau des schweizerischen Staatswesens zu schlagen, aber sie ist nicht imstande, diese Bresche durch eine auf einer neuen staatsrechtlichen Idee beruhende anderwärtige staatliche Organisation wieder auszufüllen.

Nachwort: Die vorliegende Abhandlung sollte ursprünglich mit einem weitern Umfang als selbständige Monographie publiziert und Professor Dr. Walther Burckhardt in Bern, meinem verehrten, lieben Lehrer, gewidmet werden. Der Krieg und die daherrührende Verschiebung der Abstimmung über die neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung haben es ratsam erscheinen lassen, von jener Veröffentlichung abzusehen, und Professor Burckhardt ist indessen gestorben. Doch möchte ich mit diesem kurzen Hinweis dennoch die Erinnerung an den großen schweizerischen Rechtsgelehrten wachgerufen haben. H. H.

---

[127]) Böhler S. 38.