

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: 61 (1942)

Artikel: Zur Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsrecht

Autor: Boerlin, Alfred

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896269>

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: 17.01.2026

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

Zur Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsrecht.

Von Dr. Alfred Boerlin, Basel.

I. Das Wesen der Allgemeinverbindlicherklärung.

1. Vorschriften allgemeinverbindlich erklären heisst dem Wortsinn nach, für die Allgemeinheit Vorschriften verbindlich erklären, die zunächst nur für einzelne verbindlich waren. Die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) von Verbandsrecht dehnt also den persönlichen Geltungsbereich von Verbandsvorschriften über den Verband hinaus auf Nicht-Verbandsmitglieder aus. Die AVE ändert aber nicht nur den Geltungsbereich des Verbandsrechts. Sie ändert auch seine Art, indem sie das private Recht des Verbandes zu objektivem Recht umgestaltet. Für das Verbandsmitglied gilt die Verbandsvorschrift vor der AVE, weil sich das Mitglied beim Eintritt in den Verband rechtsgeschäftlich allen Verbandsvorschriften unterwirft, die nach Statut und Gesetz zustandekommen: Die Verbandsvorschrift ist vor der AVE eine privatrechtliche Vorschrift. Für den Aussenseiter gilt die allgemeinverbindlich erklärte Vorschrift kraft obrigkeitlichen Aktes. Der Verwaltungsakt der AVE gestaltet die Verbandsvorschrift zu objektivem Recht um. Die AVE von Verbandsrecht ist zugleich Allgemeinverbindlicherklärung und Objektivverbindlicherklärung.

Das Gesagte trifft freilich nicht für alles Verbandsrecht zu. Es trifft nur für dasjenige Verbandsrecht zu, das vor der AVE privates Recht ist. Nach herrschender Lehre ist aber gerade ein wichtiges Gebiet des Verbandsrechts schon vor der AVE objektives Recht: der normative Teil der Gesamtarbeitsverträge nach Art. 322/323

OR¹). Die AVE eines Gesamtarbeitsvertrages erschöpft sich demnach für dessen normative Bestimmungen in der Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereichs, während die Bestimmungen in ihrer Art durch die AVE nicht berührt werden: Sie sind vor der AVE und bleiben nach der AVE objektives Recht.

2. Die Spezialgesetzgebung des Bundes lässt die AVE schon jetzt an mehreren Stellen zu²). Auch in den kantonalen Rechten ist die AVE nichts Unbekanntes. So ermächtigt z. B. das Arbeitszeitgesetz des Kantons Basel-Stadt den Regierungsrat, auf Begehren der Beteiligten die Arbeitszeitbedingungen eines Gesamtarbeitsvertrags für einen Erwerbszweig allgemeinverbindlich zu erklären, sobald dieser Gesamtarbeitsvertrag je zwei Drittel der Arbeitnehmer und Arbeitgeber umfasst³). Ebenso findet sich die AVE von privatem Recht im Ausland⁴).

Für die allgemeine Einführung der AVE von Verbandsrecht sind seit längerer Zeit welschschweizerische Kantone einerseits, mittelständische Kreise andererseits eingetreten⁵). Der Bundesbeschluss über die Revision der

¹) Zur Begründung dieser Lehre vgl. Oser-Schönenberger, Komm. zum OR, 2. Aufl., 1936, Note 10 ff. zu Art. 322 OR.

²) In der Uhrenindustrie, Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen, Band 55 (AS 55), S. 1549, Art. 5 und 9; in der Schiffilohnstickerei, AS 48, S. 833, Art. 10, AS 56, S. 1207, Art. 2; in der Milchproduktion, AS 54, S. 189, Art. 10; im Hotelgewerbe, AS 52, S. 465, Art. 1; im Autotransportwesen, AS 56, S. 1299, Art. 8, 10, 17; im Bundesgesetz über die Heimarbeit, AS 57, S. 1500, Art. 12.

³) Basler Gesetzessammlung, neue Folge, Band 24, Jahrgang 1921, S. 402, § 13.

⁴) Näheres bei Huber, Die staatsrechtliche Bedeutung der AVE von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen, ZfSR 1940, n. Folge Bd. 59, S. 333—335 (in der Folge zitiert „Huber“).

⁵) Vgl. über diese Bestrebungen Bundesblatt 1941 I, S. 321 ff.; ferner: Christlichnationaler Gewerkschaftsbund der Schweiz, Entwurf für ein Bundesgesetz über die Ordnung der Wirtschaft, 1934; Schirmer, Neuordnung der Wirtschaft, 1934; Willi, Die Verwirklichung der berufsständischen Ordnung in der Schweiz, 1934.

Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung⁶⁾ hat die Vorkämpfer der AVE ihrem Ziele beträchtlich näher gebracht. Art. 31 ter der revidierten Verfassung würde den Bund ermächtigen, Bestimmungen über die Allgemeinverbindlichkeit von Vereinbarungen und Beschlüssen der Berufsverbände und ähnlicher Berufsorganisationen zu erlassen. Die Abstimmung über die Verfassungsrevision ist freilich noch nicht angesetzt^{6a)}. Die Artikel sind also jetzt noch nicht in Geltung, und ob sie überhaupt je in Kraft treten, hängt vom Entscheid der Stimmberechtigten ab.

Aus sozialpolitischen Gründen hat aber das Parlament bereits ein Stück aus den neuen Wirtschaftsartikeln herausgegriffen und in einem dringlichen Bundesbeschluss die AVE von Verbandsrecht wenigstens teilweise ermöglicht. Dieser Bundesbeschluss sieht in Art. 1 zunächst die AVE von Gesamtarbeitsverträgen nach Art. 322 OR vor, daneben aber auch die AVE „ähnlicher Abmachungen über Fragen des Arbeitsverhältnisses“⁷⁾. Im Mittelpunkt des jetzt schon geltenden Rechts stehen also Vorschriften, die schon vor der AVE objektives Recht sind: eben die normativen Bestimmungen der Gesamtarbeitsverträge; daneben ist aber auch die AVE anderer Vorschriften von rein privatrechtlichem Charakter zugelassen, seien es „Abmachungen“ nach Art. 1 des dringlichen Bundesbeschlusses oder schuldrechtliche Teile eines Gesamtarbeitsvertrages.

Für die Anhänger der AVE bedeutet dieser dringliche Bundesbeschluss nur einen ersten Schritt. Schon ersucht ein

⁶⁾ BBl 1940, S. 196.

^{6a)} Ob sie in nächster Zeit stattfinden wird, ist unbestimmt. Am 19. März hat der Nationalrat ein Postulat angenommen, das den Bundesrat einlädt, Bericht und Antrag darüber einzubringen, ob nicht unter den gegenwärtigen Umständen die Volksabstimmung über die Revision der Wirtschaftsartikel verschoben werden soll.

⁷⁾ Bundesbeschluss über die AVE von Gesamtarbeitsverträgen vom 1. Oktober 1941, AS 57, S. 1106 ff.

vom Nationalrat angenommenes Postulat⁸⁾ den Bundesrat um Prüfung, ob nicht unverzüglich der Entwurf zu einem Bundesbeschluss über die AVE von Verbandsrecht überhaupt, — über Fragen des Arbeitsverhältnisses hinaus —, auszuarbeiten sei. Trotzdem sich die Stimmberechtigten über die Verfassungsänderung noch nicht ausgesprochen haben, ist es schon so weit, dass auf anderen Wegen die Möglichkeit der AVE, das Hauptstück der neuen Artikel, für einen Teil des Verbandsrechts schon jetzt zu geltendem Recht erhoben worden ist, für den andern Teil bald geltendes Recht werden soll. Die Teilung in geltendes und erst in Kraft zu setzendes Recht erfolgt dabei nach dem wirtschaftlichen Gegenstand der zur AVE zugelassenen Vorschriften: Verbandsvorschriften über das Arbeitsverhältnis sind bereits der AVE fähig, während Verbandsrecht über andere Verhältnisse dieser Fähigkeit noch entbehrt.

Diese Einteilung in „Sachgebiete“ ist juristisch ohne weitere Bedeutung. Die juristisch wichtige Scheidung in Verbandsrecht, das schon vor der AVE objektives Recht ist, und solches, das erst mit der AVE diesen Charakter erhält, fällt freilich weithin mit der genannten wirtschaftlichen Einteilung und mit der Unterscheidung nach *lex lata* und *lex ferenda* zusammen. Zur Hauptsache erlaubt das geltende Recht erst die juristisch weniger interessante AVE von Vorschriften, die schon vor der AVE objektives Recht sind, eben der wirtschaftlich sehr wichtigen Normativvorschriften in Gesamtarbeitsverträgen. Trotzdem darf auch jetzt schon auf die juristisch interessantere Art der AVE eingegangen werden, auf die AVE von Vorschriften, für welche die Allgemeinverbindlicherklärung zugleich Objektivverbindlicherklärung bedeutet; dies aus zwei Gründen: Einmal, weil schon nach geltendem Recht in geringem Masse neben den objektivrechtlichen Teilen von Gesamtarbeitsverträgen auch privatrechtliche Abmachungen über das Arbeitsverhältnis zur AVE gelangen

⁸⁾ Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, 1941, Nationalrat (Sten. Bull. 1941, NR), S. 160 ff.

können; sodann hauptsächlich, weil es wohl möglich ist, dass privatrechtliche Verbandsvorschriften, die andere Sachgebiete als das Arbeitsverhältnis regeln, der AVE fähig erklärt werden, sei es durch Bundesbeschluss oder Beschluss des Bundesrates, sei es durch Annahme der neuen Wirtschaftsartikel⁹⁾).

II. Die rechtliche Form der allgemeinverbindlich erklärten Vorschriften.

1. Der „Inhalt“ des einzelnen Rechtssatzes zerfällt in „Form“ und „Stoff“¹⁰⁾. Stoff ist das wechselnde Sachliche des Satzes, Form seine beständige logische Gliederung, sein juristisches Skelett. „Wer Uhren verkauft, ist verpflichtet, die Konventionspreise einzuhalten, auch ohne der Uhrenkonvention anzugehören.“ Die Angabe eines verpflichteten Subjekts, einer Voraussetzung und eines Gegenstandes einer Verpflichtung sind das Formelle, die Materie „Konventionspreise für den Uhrenverkauf“ das Stoffliche des Satzes.

Dabei ist zu unterscheiden, ob der Staat durch obrigkeitliches Handeln oder ob private Rechtssubjekte durch rechtsgeschäftliches Handeln Recht setzen. Der Gesetzgeber kann denselben Stoff in verschiedenen Formen zu verschiedenen Rechtssätzen gestalten:

- a) Er kann nachgiebiges Recht erlassen. „Wofern Uhrenverkäufer in ihren Verträgen über den Preis schweigen, gelten folgende Preise . . .“ Der Gesetzgeber will hier nachholen, was die privaten Rechtssubjekte hätten tun dürfen, aber zu tun unterlassen haben.

⁹⁾ Insbesondere „Die staatsrechtliche Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen“ behandelt Bundesrichter Dr. Huber in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1940, S. 331—414.

¹⁰⁾ Burckhardt, Methode und System des Rechts, 1936, S. 105 (in der Folge zitiert „Burckhardt“).

- b) Er kann verletzbare Pflichten aufstellen. „Wer Uhren verkauft, hat folgende Preise zu verabreden . . . Wer andere Preise verabredet, ist strafbar.“ Anderslautende Preisabreden sind also zwar gültig, ziehen aber Strafe nach sich. Mit dem Erlass von solchen Geboten und Verboten schreibt der Gesetzgeber ein „Sollen“ vor.
- c) Er kann zwingende Voraussetzungen für die Gültigkeit privater Rechtsgeschäfte aufstellen. „Für den Uhrenverkauf gelten folgende Preise . . . Anderslautende Verträge sind nichtig.“ Der Gesetzgeber umschreibt damit die Grenzen des rechtlichen „Könnens“.
- d) Er kann endlich unabdingbar den Inhalt privatrechtlich begründeter Rechtsverhältnisse festlegen. „Für den Verkauf von Uhren gelten folgende Preise . . . Anderslautende Preisabreden sind nichtig. An Stelle der nichtigen Preisabreden treten die gesetzlichen Preise. Wofern keine Preise verabredet sind, gelten von vornherein die gesetzlichen Preise.“ Auch hier umschreibt der Gesetzgeber die Grenzen des rechtlichen Könnens.

Der Gesetzgeber hat es also in der Hand zu bestimmen, wie man sich tatsächlich oder rechtsgeschäftlich verhalten soll. Solche Vorschriften über ein Sollen haben nur dann einen Sinn, wenn man sich tatsächlich oder rechtsgeschäftlich anders verhalten kann. Unmögliches erst noch verbieten wäre Unsinn. So bedurfte es in früherer Zeit z. B. keines Verbots, ohne Konzession Radio zu hören, weil das Radiohören überhaupt damals tatsächlich eben unmöglich war. So bedarf es keines Verbots, mündlich Eheverträge abzuschliessen, weil es eben rechtlich unmöglich ist, auf diese Weise das Rechtsgeschäft des Ehevertrags gültig vorzunehmen. Soll-Vorschriften sind nur sinnvoll, wo man anders handeln kann, als man soll; Soll-Vorschriften sind also nur sinnvoll, wo sie verletzbar sind. Die Folge der Verletzung ist in der Regel eine Strafe.

Der Gesetzgeber hat es auch in der Hand zu bestimmen, was man rechtsgeschäftlich tun kann. Ein „Können“

ist nun nicht verletzbar wie ein „Sollen“. Wer mündlich Gütergemeinschaft vereinbaren will, kann das wohl in Worten aussprechen, er kann aber damit nichts rechtlich Gültiges vornehmen. Da ein „Können“ nicht verletzbar ist, bedarf es auch keiner Strafe für die Verletzung.

Der Gesetzgeber hat es aber nicht in der Hand zu bestimmen, ob man tatsächlich etwas tun kann oder nicht; das bestimmt innerhalb der Naturgesetze der Stand der Technik.

Im Bereich des tatsächlichen Verhaltens beherrscht der Gesetzgeber also nur das Sollen, nicht das Können; er kann ein Verhalten nur gebieten oder verbieten, aber nicht theoretisch unmöglich machen. Im Bereich des rechtsgeschäftlichen Verhaltens bestimmt der Gesetzgeber Können und Sollen. Wenn er ein rechtsgeschäftliches Verhalten völlig verhindern will, verbietet er es nicht nur, sondern er erklärt es für unmöglich: Man kann sich nicht rechtsgeschäftlich binden, zeitlebens ledig zu bleiben. Dabei will der Gesetzgeber keineswegs das entsprechende tatsächliche Verhalten verhindern: Man darf ledig alt werden. Die rechtsgeschäftliche Bindung ist unerwünscht, nicht das entsprechende tatsächliche Verhalten¹¹⁾. Oft ist freilich beides unerwünscht: Ein rechtlich gültiger Vertrag über gemeinsamen Diebstahl ist unmöglich; der Diebstahl selber ist möglich, aber strafbar.

Ein privates Rechtssubjekt ist so wenig wie der Gesetzgeber imstande zu bestimmen, was man tatsächlich tun kann; es ist aber im Gegensatz zum Gesetzgeber auch ausserstande, das rechtsgeschäftliche Können, die Grenzen der Privatautonomie, festzulegen. Das private Rechtssubjekt ist nur fähig, auf Grund einer Obligation von einem andern privaten Rechtssubjekt zu verlangen, dass es sich tatsächlich oder rechtsgeschäftlich in bestimmter Weise verhalten soll, z. B. keine weitere Reklame machen oder mit einem Dritten keine Darlehensverträge abschlies-

¹¹⁾ Burckhardt, S. 207 ff.

sen soll. Das gilt auch für privatrechtliche Verbände. Auch sie sind nur imstande, auf Grund von Beschlüssen ihren Mitgliedern oder auf Grund von Verträgen ihren Vertragspartnern vorzuschreiben, wie sie sich verhalten sollen, ausserstande aber festzulegen, wie sie sich tatsächlich oder rechtsgeschäftlich verhalten können; sie verfügen weder über die Naturgesetze noch über die Privatautonomie. Davon gibt es nur eine Ausnahme: Im normativen Teil eines Gesamtarbeitsvertrags legen private Rechtssubjekte, dem Gesetzgeber gleich, Schranken der Privatautonomie für künftige Dienstverträge fest; zugleich bestimmen sie zwingend den Inhalt künftiger Dienstverträge¹²⁾.

¹²⁾ Es ist bestritten, ob auch ausserhalb des Dienstvertrages ein Bedürfnis bestehe, die Verbände zum Erlass unabdingbarer Vorschriften für die Einzelverträge ihrer Mitglieder zu befugen. Ein Postulat Schirmer, BBl 1937 II, S. 875, Nr. 13, schlägt dies für Werkverträge vor. Hug, in Ernst-Hug-Haas, Neuordnung der Wirtschaft, 1934, S. 47 ff., erweitert den Vorschlag für die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse.

Huber, S. 342, wendet sich dagegen, weil die wirtschaftliche Gleichförmigkeit im Tatbeständlichen nur beim Arbeitsverhältnis bestehe, in Gestalt der Serienarbeit. Auch Nawiasky, Rechtsfragen des wirtschaftlichen Neuaufbaues, 1935, S. 72, lehnt ab, weil die sozialpolitische ratio ausserhalb des Arbeitsverhältnisses fehle. Gegen diese Ansicht spricht z. B. das starke Bedürfnis nach einheitlichen Preisen. Ein Beispiel für mehrere ist die Lage in der wichtigen Exportindustrie der Uhrenfabrikation. Darüber eingehend Renggli, Festgabe für Ernst Scherz, 1937, S. 44, S. 56. Die eidgenössische Gesetzessammlung strotzt ja seit 1936 geradezu von Preistarifen für die Uhrenindustrie. Allerdings wären Gesamtwirtschaftsverträge über Uhrenpreise kaum abzuschliessen, auch wenn das Gesetz solche Verträge zulassen würde, da die andere Marktseite, die ausländischen Käufer, nicht organisiert und kaum organisierbar sind. Das spricht aber nicht gegen das Bedürfnis nach Gesamtwirtschaftsverträgen, nur gegen die Möglichkeiten, sie abzuschliessen.

Gerade hier zeigt sich übrigens ein Beispiel, wie beim Export die Durchorganisation der Wirtschaft durch Organisation aller Marktgruppen auf ein absolutes Hindernis stösst.

2. Bei der Allgemeinverbindlicherklärung von privatem Verbandsrecht, die ja zugleich Objektivverbindlicherklärung bedeutet, ist es nun wichtig, dass dem objektiven Recht mehr Formen rechtlicher Gliederung zu Gebote stehen als dem privaten Recht. Vom Gesamtarbeitsvertrag abgesehen, verfügt der Verband als privates Rechtssubjekt ja nur über die Form der Verpflichtung, gleichviel, ob er ein rechtsgeschäftliches Verhalten völlig verhindern oder in jedem Fall durchsetzen oder nur unter Strafe gebieten oder verbieten will, oder ob er ein tatsächliches Verhalten gebieten oder verbieten will. Das objektive Recht kann aber für jeden dieser Fälle eine spezifische Form rechtlicher Gliederung benutzen. Richtigerweise muss es dies tun; denn die spezifische Form zugunsten einer weniger geeigneten Form zurückzustellen, wäre unsachlich. Mit dem Übergang vom privaten zum objektiven Recht fällt die Beschränkung auf die eine Form der Verpflichtung dahin. Es ist zu untersuchen, wann die allgemein- und objektivverbindlich zu erklärende Vorschrift bei der AVE die Form zu wechseln hat, und wann sie weiterhin in der Form einer Verpflichtung erscheinen muss.

Falls die einfache Verbandsnorm die Pflicht zu einem tatsächlichen Verhalten aufstellt, muss auch die allgemeinverbindlich erklärte Norm eine Pflicht aussprechen; etwas anderes bleibt gar nicht übrig; auch das objektive Recht ist nur fähig vorzuschreiben, was man tatsächlich tun soll, nicht aber, was man tatsächlich tun kann. Es kann in diesem Bereiche nur gebieten oder verbieten, nicht aber möglich oder unmöglich erklären. Zwar zieht die Verletzung der einfachen Norm andere Sanktionen nach sich, als die Verletzung der allgemeinverbindlich erklärten Norm; und über die Erfüllung der Pflicht wird hier von Amtes wegen, dort nach privatem Belieben gewacht. Aber diese Verschiedenheit betrifft den Rechtszwang, die Folgen des normwidrigen Verhaltens; sie betrifft nicht die Rechtspflicht, das Sollen, die Norm selber. Beide

Normen sind in der Form identisch; beide Normen begründen Pflichten.

Falls aber das einfache Verbandsrecht die Pflicht enthält, sich in bestimmter Weise rechtlich nicht zu binden, z. B. Preise nicht unter einem bestimmten Tarif zu vereinbaren, spricht die allgemein- und objektivverbindlich erklärte Norm vernünftigerweise kein Verbot, keine Pflicht zu einem Nicht-Tun, kein Nicht-Sollen aus, sondern eine negative Voraussetzung gültigen rechtsgeschäftlichen Handelns, ein Nicht-Können. Nur ein Verbot aussprechen, hiesse das Verbotswidrige weiterhin möglich lassen, wenn auch unter Straffolge. Das objektive Recht würde dann zulassen, was es durch eine Vorschrift des Nicht-Könnens völlig verhindern könnte, und was es ja verhindern möchte, wie das Verbot zeigt¹³⁾. Wenn die Verbandsnorm Boykottabreden verbietet, muss die allgemeinverbindlich erklärte Norm solche Abreden vernünftigerweise nicht nur verbieten, sondern geradezu rechtlich unwirksam erklären. Die AVE ändert hier die rechtliche Form.

Entsprechendes ist zu sagen, falls das einfache Verbandsrecht die Verbandsmitglieder verpflichtet, sich rechtlich in bestimmter Weise zu binden. Dann spricht die allgemein- und objektivverbindlich erklärte Norm vernünftigerweise nicht nur ein Gebot aus, sondern stellt Vorschriften über den unabdingbaren Inhalt künftiger Einzelverträge auf. Während z. B. der Verband nur die Pflicht aussprechen konnte, gewisse Preise einzuhalten, schreibt die allgemeinverbindlich erklärte Norm vor, dass gewisse Preise unabdingbarer Inhalt künftiger Kauf-

¹³⁾ Die Nichtigkeit eines Vertrags als Folge einer Vorschrift des Nicht-Könnens trifft freilich alle Beteiligten. Wenn die rechtsgeschäftliche Bindung nur einer Partei verboten werden soll, der andern Partei aber Nichtigkeit des gutgläubig eingegangenen Vertrages nicht zugemutet werden soll, ist es richtig, den Vertrag in Kraft zu lassen, nicht ein Nicht-Können festzulegen, sondern nur der einen Partei — unter Straffolge — das unerwünschte rechtsgeschäftliche Verhalten zu untersagen.

verträge seien. Würde auch die allgemeinverbindlich erklärte Norm nur eine Pflicht aufstellen, so würde sie, wenn auch unter Straffolge, ein abweichendes rechtsgeschäftliches Verhalten weiterhin möglich lassen, was sie völlig verhindern könnte durch eine Vorschrift über den unabdingbaren Inhalt künftiger Einzelverträge, und was sie verhindern möchte, wie das Gebot bestimmter Preise zeigt¹⁴⁾. Auch hier ändert die AVE die rechtliche Form.

Wenn schon die AVE den folgenschweren Schritt vollzieht, privates Recht zu objektivem Recht umzugestalten, soll sie diesen Schritt auch möglichst folgerichtig tun: Die Form der privatrechtlichen Vorschrift darf nicht in jedem Fall übernommen werden.

III. Der innere Widerspruch der AVE.

1. Der Bundesbeschluss betreffend die Überwachung von Warenpreisen¹⁵⁾ hatte den Bundesrat ermächtigt, Preise zu überwachen und Preisvorschriften aufzustellen. In einer Verfügung¹⁶⁾ setzte nun das eidgenössische Wirtschaftsdepartement den Preis für Schachtelkäse fest, indem es einen Preisbeschluss des Verbandes der Schachtelkäsefabrikanten allgemeinverbindlich erklärte. Das Departement war kompetent zu bestimmen, welcher Preis der richtige sei. Im besondern Fall hat das Departement diesen Preis einem Verbandsbeschluss entnommen.

Der Bundesbeschluss über die Fortsetzung der Hilfsmassnahmen für das schweizerische Hotelgewerbe¹⁷⁾ hatte den Bundesrat ermächtigt, die Bestimmungen eines Ver-

¹⁴⁾ Auch hier gebietet ausnahmsweise das objektive Recht folgerichtig nur einer Partei — unter Straffolge — ein bestimmtes rechtsgeschäftliches Verhalten, wenn die Gegenpartei in der Gestaltung des Vertragsinhalts die Fesseln nicht verdient, welche ihr Vorschriften über den unabdingbaren Inhalt von Einzelverträgen auferlegen würden.

¹⁵⁾ Vom 20. Juni 1936, AS 52, S. 504.

¹⁶⁾ AS 52, S. 570.

¹⁷⁾ AS 51, S. 234, Art. 3.

trages zwischen den Berufsverbänden der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer des Hotelgewerbes über Bedienungsgelder allgemeinverbindlich zu erklären. Der Bundesrat hat diese AVE ausgesprochen¹⁸⁾. Der Bundesrat war zu dieser Zeit nicht kompetent, das Trinkgeldwesen unabhängig von einem Vertrag der Berufsverbände zu normieren. Er besass auch keine Befugnis, bei der inhaltlichen Gestaltung des Vertrags mitzuwirken. Er war ausschliesslich befugt zur AVE eines schon bestehenden Vertrages.

Offenbar handelt es sich in den beiden Beispielen um ganz verschiedene Arten der AVE.

In der Regel ist es dem Gesetzgeber freigestellt, welchen Inhalt er einer einzelnen Norm geben will. Frei ist aber der Gesetzgeber nie im Sinne motivlosen Beliebens, sondern nur nach Art pflichtmässigen Ermessens¹⁹⁾. Nicht persönliche, sondern sachliche Überlegungen sollen ihn leiten. Auch wenn der Gesetzgeber zur inhaltlichen Gestaltung Dritte, Experten, beizieht oder ausländische Muster benützt oder bestehende private Abreden zum Beispiel nimmt, bestimmt doch er den Inhalt der Normen. Er entscheidet allein, ob und wie weit der Inhalt der Norm auf eigener Überlegung oder auf fremdem Vorbild beruhen soll. Wo der Gesetzgeber dem Dritten mehr Sachkenntnis zutraut als sich selber, wird er dessen Lösung übernehmen. Es hat keine juristische Bedeutung, ob die Norm ausdrücklich auf den fremden Ursprung ihres Inhalts hinweist, oder ob sie stillschweigend jenen Inhalt übernimmt. Der Gesetzgeber mag also die Pflichten privater Abreden durch AVE zum Inhalt öffentlichrechtlicher Normen machen, lediglich um den Inhalt dieser Normen sachlich richtig zu gestalten. Der Gesetzgeber übt dabei seine Kompetenz unabhängig von rechtsgeschäftlichem Handeln Privater aus. Besteht eben z. B. kein Verbandsbeschluss über Käsepreise, und ist es doch

¹⁸⁾ AS 52, S. 465.

¹⁹⁾ Burckhardt, S. 191, Anmerkung 41.

nötig, diese Preise amtlich festzusetzen, so muss der Gesetzgeber den Inhalt seiner Norm selber gestalten. Besteht aber ein Verbandsbeschluss, so kann er dessen Inhalt durch AVE in seine Norm überführen. Der Zweck dieser Art AVE ist: Finden des richtigen Inhalts einer öffentlich-rechtlichen Norm.

War eben die eine Art AVE unter dem Gesichtspunkt des „Wie“ einer öffentlichrechtlichen Norm als unbedenkliches Mittel der „Inhaltsfindung“ dargestellt worden, so meint der Zweck der anderen Art AVE das „Ob“ der Normierung. Selbst die höchste Recht setzende Behörde ist durch pflichtmässiges Ermessen gebunden, ob sie eine Norm zu erlassen hat oder nicht. Ihre Aufgabe ist es, das öffentliche Interesse zu verfolgen. Wo immer das öffentliche Interesse es verlangt, hat sie tätig zu werden. Dem steht gegenüber die Rechtssetzung kraft Privatautonomie. Die Befugnis der Privaten zur Rechtssetzung ist eine andere als die behördliche, „weil sie nicht zugleich eine Obliegenheit ist“²⁰⁾. Der Private ist frei, sich zu verpflichten. Er kann sich verpflichten, braucht es aber nicht zu tun. Er kann nur sich verpflichten, keine Dritten gegen ihren Willen. Nur er kann sich verpflichten; Dritte können ihn gegen seinen Willen nicht verpflichten.

Nun bietet die AVE der Trinkgeldordnung im Hotelgewerbe ein merkwürdiges Bild: Der Erlass einer öffentlichrechtlichen Norm ist hier abhängig vom Bestehen eines privatrechtlichen Vertrages. Ob die Behörde Dritte verpflichten kann, hängt davon ab, dass Private sich selber verpflichtet haben. Ob die Behörde Recht setzen kann, — was sie nur in öffentlichem Interesse tun sollte —, hängt davon ab, dass Private — ihre privaten Interessen verfolgend — privates Recht gesetzt haben. Die Behörde hat hier ja keine Kompetenz zu selbständiger Rechtssetzung. Diese auffallende Bindung eines staatlichen Organs rührt daher, dass die Recht setzende Behörde

²⁰⁾ Burckhardt, S. 190.

zum Schutze privater Interessen tätig werden soll. Der Zweck dieser Tätigkeit, dieser Art AVE ist: Schutz versagender privatrechtlicher Selbsthilfe. Das Mittel, diesen Zweck zu erreichen, ist der Erlass öffentlichrechtlicher Normen, soweit gleichlautende privatrechtliche Normen bestehen und zur AVE angemeldet werden²¹⁾.

Man ist versucht, dies als „Eingriff ins öffentliche Recht“ zu bezeichnen. In der Tat werden Prinzipien staatlicher Rechtssetzung verletzt. Ebenso sehr begeht diese Art AVE aber einen „Eingriff ins Privatrecht“. Mittels der AVE wollen Private durch ihre Normen andere Private binden. Diese ändern Privaten sollen Normen unterworfen werden ohne ihre Zustimmung. Die Absicht dieser Art AVE ist: einerseits aus rechtsgeschäftlichen Schranken herauszuhelfen, soweit sie die rechtliche Macht Privater über Dritte hindern; andererseits die rechtsgeschäftlichen Schranken einzudrücken, soweit sie diese Dritten vor der rechtlichen Macht anderer Privater schützen. Mit rechtsgeschäftlich begründeten Normen sind diese Absichten nicht zu erreichen. Dazu bedarf es objektivrechtlicher Normen. Der Gesetzgeber soll tun, was der Private mit eigenen Mitteln nicht tun kann: Darum erhält ein staatliches Organ die Ermächtigung, seine Kompetenz zur Rechtssetzung in privatem Interesse auszuüben. Dieses Organ soll aber nur tun, was der Private tun möchte und nicht tun kann; es soll nicht mehr tun: Darum wird das zur AVE befugte Organ in eigenartiger Weise gebunden, nur soweit objektives Recht zu erlassen, als private Normen bestehen.

Diese Art AVE missachtet zugleich die Grundsätze privater und die Grundsätze staatlicher Rechtssetzung. Diese Zwiespältigkeit muss de lege ferenda sehr zu denken geben. Sie ist aber auch de lege lata von Bedeutung, wofern die lex lata Lücken aufweist. Gerade in wichtigen

²¹⁾ Sten. Bull. 1941, NR, S. 106: „Und da wollen wir tatsächlich etwas Neuartiges schaffen, ein Mittelding zwischen Staatshilfe und Selbsthilfe“.

Fragen sind nun die gesetzlichen Regelungen der AVE unvollständig: Im selben Masse tauchen diejenigen Schwierigkeiten auf, welche der zwiespältige Charakter der AVE de lege ferenda mit sich bringt. Das soll belegt werden an der Frage nach der richtigen Auslegungsmethode und an der Frage, ob mit der Aufhebung der Verbandsnormen auch die durch AVE geschaffenen Normen wegfallen.

2. Die Recht anwendende Instanz hat den abstrakten Satz auf den konkreten Ausdruck zu bringen. Ist der Satz unklar, unvollständig oder widerspruchsvoll, so hat sie ihn zu verbessern durch Auslegung, Ergänzung oder Wahl zwischen den sich widersprechenden Aussagen. Denn erst der vollständige und klare Satz ist anwendbar. Die Methoden der Verbesserung unterscheiden sich grundsätzlich je nach der Art der zu verbessernden Norm:

- a) Beruht die mangelhafte Norm auf Rechtsgeschäft, soll der wirkliche oder unter ehrlichen Partnern zu vermutende Parteiwille²²⁾ gelten.
- b) Ist die mangelhafte Norm eine objektivrechtliche, soll gelten, „was vernünftigerweise damit gemeint sein muss“²³⁾.

Welche Methode ist nun für die Verbesserung von Mängeln allgemeinverbindlich erklärter Normen anzuwenden? Die Literatur zur AVE streift diese Frage kaum²⁴⁾. Huber befürwortet eine Auslegung wie bei mangelhaften rechtsgeschäftlichen Normen:

„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,

²²⁾ Burckhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1939, S. 78.

²³⁾ Burckhardt, S. 278.

²⁴⁾ Huber, S. 401; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1930, 2. Band, S. 260.

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.“

Sind die Voraussetzungen dieser Schlussfolgerung richtig? Die eine Prämisse lautet: Die Verbände seien es und nicht die Behörden, welche „die Bestimmungen aufstellen“ und „das Recht setzen“. Zuzugeben ist, dass die Verbände die Bestimmungen aufstellen im Sinne der Redaktion. Zu bestreiten ist, dass sie das allgemeinverbindliche Recht setzen. Die Verbände bestimmen wohl den Inhalt der allgemeinverbindlich zu erklärenden Norm. Sie können aber nicht die allgemeine Verbindlichkeit aussprechen. Beides gehört jedoch zur Rechtssetzung: die rechtliche Formulierung des Stoffes und die Verbindlichklärung. Die Verbände können nur das eine tun, die Behörde nur das andere. Beider Tätigkeit zusammen ist erst Rechtssetzung. Der Verband ist beteiligt an der Rechtssetzung, er setzt nicht allein Recht. Ohne die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit (durch die Behörde) bleibt es toter Buchstabe, was als Inhalt der allgemeinverbindlich zu erklärenden Norm (durch den Verband) festgelegt wurde. Huber's Folgerung beruht aber gerade auf der scharfen Trennung, ob der Verband oder die Behörde das Recht setze. Es ist nicht richtig, die Tätigkeit der Rechtssetzung bei der AVE nur dem Verband oder nur der Behörde zuzuschreiben. Ist aber die Prämisse nicht stichhaltig, ist es auch die Folgerung nicht, solange wenigstens kein anderer Beweis für ihre Richtigkeit vorliegt.

Es ist im Gegenteil begründet, die allgemeinverbindlich erklärte Norm wie ein Gesetz auszulegen. Objektives Recht soll das allgemeine Interesse wahren, und wo es

mangelhaft ist, soll es nach diesem Gesichtspunkt verbessert werden. Das privat gesetzte Recht soll (innerhalb der weiten Grenzen der Rechtsordnung) gelten, wie es die Recht setzenden Privaten wollten, — ihre privaten Interessen nach ihrem Gutdünken während —, und nach diesem Gesichtspunkt soll es auch verbessert werden. Die Herrschaft des öffentlichen Interesses wird (innerhalb der weiten Grenzen der Privatautonomie) ausgeschlossen. Das private Gutdünken wird innerhalb dieser Grenzen zugelassen. Das ist begreiflich und tragbar, solange die Recht setzenden Privaten nur ihre eigenen Rechtsverhältnisse regeln. Nicht mehr begreiflich wäre es aber, wenn Dritte privatem Gutdünken ausgeliefert würden. Das könnte aber eintreten, wenn die an Dritte gerichteten allgemeinverbindlich erklärten Normen so gelten und so verbessert werden sollen, wie es dem Willen der ihre privaten Interessen verfolgenden Verbände entspricht. Diese Überlegung allein spricht dafür, allgemein- und objektivverbindlich erklärte Normen wie anderes objektives Recht auszulegen.

Zudem steht es ja regelmässig im pflichtmässigen Ermessen der zur AVE befugten Instanz, ob die Allgemeinverbindlichkeit privater Normen auszusprechen ist oder nicht. Die zur AVE befugte Instanz darf die AVE nicht aussprechen, wenn die zur AVE angemeldete Norm für Dritte Untragbares enthält. Noch viel weniger darf dann aber die zur Rechtsanwendung befugte Instanz durch Verbesserung von Mängeln nach dem Gesichtspunkt des privaten Interessen währenden Verbandswillens aus der allgemeinverbindlich erklärten Norm für Dritte Untragbares ableiten. Denn das würde auf einen Inhalt der allgemeinverbindlich erklärten Norm schliessen lassen, welcher die zur AVE befugte Instanz seinerzeit hätte bewegen müssen, die AVE abzulehnen, wenn er schon damals offenbar gewesen wäre. Auch das erst durch Auslegung Ermittelte gilt ja nicht, weil die Recht anwendende Instanz nachträglich selbst Recht schaffen darf, soweit sie mangel-

haftes Recht durch Auslegung verbessern muss. Das so Ermittelte gilt vielmehr, weil es als von jeher, wenn auch verborgen, zum Inhalt der verbesserten Norm gehörig betrachtet wird. Es gilt also kraft der Befugnis der ursprünglich Recht setzenden Instanz. Was ursprünglich nicht zu allgemeinverbindlichem Recht hätte erklärt werden dürfen, darf nicht später als seit jeher vorhandenes allgemeinverbindlich erklärtes Recht betrachtet werden. Privatrechtliche Normen durften durch AVE nur zu objektivem Recht erhoben werden, soweit sie dem allgemeinen Interesse Genüge leisteten. Auch bei der Verbesserung mangelhafter allgemeinverbindlich erklärter Normen darf man nicht auf die privaten Interessen der hinter der AVE stehenden Verbände abstellen; man hat vielmehr zu ermitteln, was die mangelhafte Norm vom öffentlichen Interesse aus besehen vernünftigerweise besagen muss.

3. Der zwiespältige Charakter der AVE zeigt sich ebenso bei den Antworten auf die Frage, ob mit der Aufhebung der Verbandsnormen auch die durch AVE geschaffenen Normen wegfallen.

Dass private Rechtssubjekte am Erlass objektiven Rechts beteiligt sind, ist eine Besonderheit der AVE, die schon oben besprochen wurde. Die zur AVE befugte Behörde darf ein Gebiet ja erst dann normieren, wenn Private, wenn ein Verband es normiert hat. Die Behörde hat keine Befugnis zu selbständiger Rechtssetzung. Private können also den Erlass objektiven Rechts für das fragliche Gebiet völlig verhindern, indem sie keinen Beschluss fassen, der zur AVE gelangen könnte. Sie können anderseits beim Erlass objektiven Rechts mitwirken, indem sie alles tun, was ihnen und nur ihnen in diesem Verfahren der Rechtssetzung zu tun obliegt. Zweifellos hängen also die durch AVE geschaffenen objektivrechtlichen Normen zu Beginn ihrer Existenz vom Bestand gleichlautender privatrechtlicher Normen ab. Sollen sie

nun auch später nur solange gelten, als ihre einstige Grundlage, das private Verbandsrecht, in Geltung bleibt?

Das Problem stellt sich in gleicher Weise für die AVE eines Gesamtarbeitsvertrages wie für die AVE privaten Verbandsrechts. So verschieden sonst die AVE eines Gesamtarbeitsvertrages als AVE objektiven Rechts von der AVE privaten Rechts ist, darin gleichen sich die beiden Arten AVE, dass die zur AVE fremder Normen befugte Behörde nicht auch befugt ist, selbständig für das fragliche Gebiet Normen zu erlassen. Darum stellt sich hier wie dort die Frage: Wenn bei der AVE die allgemeinverbindlich erklären von den einfachen Verbandsnormen abhängig sind, soll dann auch nach der AVE diese Abhängigkeit bestehen? Fällt die AVE dahin, wenn die einfache Norm dahinfällt, sei es, dass diese befristet war, sei es, dass der Verband sie ändert oder aufhebt? Die Literatur zum früheren deutschen Arbeitsrecht hat für die AVE des Tarifvertrages, des Gegenstücks zu unserem Gesamtarbeitsvertrag, drei Lösungen vorgeschlagen:

- a) Die Aufhebung des Tarifvertrages befreit zwar die ursprünglich Tarifbeteiligten von der Tarifwirkung; die AVE besteht aber weiter. Die Aussenseiter bleiben weiterhin dem Tarif unterworfen. Denn die unabdingbaren Vorschriften des Tarifvertrages gelten kraft AVE nur für die Aussenseiter; für die Tarifbeteiligten gelten die Tarifbestimmungen vor wie nach der AVE einzig kraft Tarifvertrages²⁵⁾. Diese Möglichkeit scheidet aus, weil die AVE von Verbandsrecht heute unbestritten und richtigerweise die Aussenseiter wie die Verbandsmitglieder trifft²⁶⁾. Zu besprechen sind deshalb nur die beiden weiteren Lösungen, welche der AVE unterschiedslos die Tarifbeteiligten wie die Aussenseiter unterwerfen.

²⁵⁾ Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923, S. 80; dagegen Hueck, Das Recht des Tarifvertrages, 1920, S. 138.

²⁶⁾ Vgl. unten V, 2.

- b) Mit dem Tarifvertrag fällt auch die AVE dahin. Aussenseiter wie Tarifbeteiligte werden vom Tarif frei (Vertragstheorie). Diese Lösung entspreche, so sagt man²⁷⁾, dem Interesse der Parteien an Bewegungsfreiheit. Dagegen wird eingewendet²⁸⁾: Es zeige sich das befremdliche Bild eines staatlichen Rechtssatzes, der in seinen Wirkungen nur vom Bestand eines der Disposition Privater unterliegenden Vertrages abhängt. Der Rechtssatz stehe zur Verfügung Privater. Das sei etwas völlig Neues und mit dem Wesen des staatlichen Rechtssatzes, seiner Selbstherrlichkeit und seinem Bedürfnis nach Publizität kaum zu Vereinbarendes. Die Rechtssicherheit sei gefährdet.
- c) Die AVE bleibt für Aussenseiter wie für Tarifbeteiligte in Kraft, auch wenn der Tarifvertrag wegfällt (Gesetzestheorie). Denn die AVE sei selbständiger Rechtssatz. Sie verweise auf den Tarifvertrag lediglich um der technischen Einfachheit willen, um nicht wiederholen zu müssen, was ausdrücklich im Tarifvertrag stehe. Im übrigen führe das Gegenteil der Gesetzestheorie, die Vertragstheorie, zu unhaltbaren Ergebnissen²⁹⁾.

Holer nimmt *de lege ferenda* für die AVE des schweizerischen Gesamtarbeitsvertrages die deutschen Argumente im Sinne der Gesetzestheorie auf³⁰⁾. Allerdings verteidigt er die Notwendigkeit der Geltung der AVE auch nach Wegfall des Gesamtarbeitsvertrages nicht so sehr mit sachlichen Argumenten: Die Rechtssicherheit und das Ansehen des staatlichen Rechtssatzes seien wichtiger als das Interesse der Parteien des Gesamtarbeitsvertrages

²⁷⁾ Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 104 ff.

²⁸⁾ Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 104 ff.; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1930, 2. Band, S. 265.

²⁹⁾ Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 107.

³⁰⁾ Holer, Die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrags, Schweizerische Juristenzeitung, 1940/41, S. 196 ff.

an dauernder Möglichkeit der Selbstbestimmung. Er sucht seine These vielmehr begrifflich-logisch zu beweisen: Begrifflich sei einzig und allein der Staatsakt, die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit, wesentlich. Logisch betrachtet sei es gleichgültig, ob der Gesamtarbeitsvertrag vor oder mit der AVE abgeschlossen werde. Es sei nicht einzusehen, dass der allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsvertrag vom Bestande des einfachen Gesamtarbeitsvertrages abhängig sei. Jedenfalls gehöre diese Abhängigkeit nicht zu seinem Begriff.

Holer begeht den methodischen Fehler, von einem feststehenden Begriff der AVE auszugehen. Dagegen ist zu sagen: Der Begriff der AVE ist kein allgemeingültiger; er steht nicht a priori fest. Der Begriff der AVE ist ein positivrechtlicher Begriff. Seine Definition steht erst a posteriori fest, nämlich post legem latam. Man kann definieren, was AVE nach diesem oder jenem Gesetz, was AVE nach Art. 31 ter der neuen Wirtschaftsartikel heisst. Man kann zu einem allgemeinen positivrechtlichen Begriff, zu einer Arbeitsdefinition die Merkmale zusammentragen, die den einzelnen positiven Regelungen gemeinsam sind³¹⁾. Aber man wird nicht vom Begriff „Recht“ ausgehend zu einem allgemeingültigen Begriff „AVE“ gelangen, so wie man vom Begriff „Recht“ ausgehend zum Begriff „Rechtssetzung“ oder „privatrechtliche Handlungsfähigkeit“ gelangt³²⁾. „AVE“ als positivrechtlicher Begriff ist unfruchtbar. Es lässt sich keine materielle Entscheidung aus dem Begriff ableiten. Der Begriff enthält nur, was aus der positiven gesetzlichen Regelung durch Abstraktion in ihn hineingelegt wurde. Darum lassen sich umgekehrt aus ihm nur diejenigen Regeln

³¹⁾ So lautet die schon mehrmals erwähnte Definition der AVE in dieser Arbeit: AVE von Verbandsrecht ist behördlicher Erlass objektiven Rechts für Mitglieder und Nichtmitglieder des Verbandes in einem Gebiet, in dem die zur AVE befugte Behörde nur soweit objektives Recht erlassen darf, als gleichlautendes Verbandsrecht besteht.

³²⁾ Burckhardt, S. 70, § 3, III: Die Begriffe des Rechts.

wieder herauskonkretisieren, deren abstrakten Ausdruck er bildet; er lässt keine neue Regeln erschliessen. Aus dem Fehlen eines Merkmals in der Definition, aus dem Schweigen eines positivrechtlichen Begriffs darf man höchstens schliessen, dass die zugehörige Frage im positiven Recht nicht geregelt ist; man darf nicht schliessen, dass sie verneinend beantwortet werden soll. Wenn das positive Recht weder bejahend noch verneinend aussagt, ob mit dem Gesamtarbeitsvertrag auch die AVE dahinfällt, kann die Definition der AVE natürlich das Merkmal weder der nachträglichen Abhängigkeit noch der nachträglichen Unabhängigkeit enthalten. Wer schweigt, sagt weder ja noch nein.

Holer zieht nun nicht nur einen fehlerhaften Schluss, wenn er aus dem Schweigen des Begriffs über nachträgliche Abhängigkeit der allgemeinverbindlich erklärten von der einfachen Verbandsnorm folgert, das positive Recht wolle solche Abhängigkeit verneinen; er geht auch von einem fehlerhaften Begriff aus; denn er behauptet schlechthin, der Bestand des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages sei begrifflich unabhängig vom Bestand des einfachen Gesamtarbeitsvertrages. Damit negiert er aber auch die offensichtliche anfängliche Abhängigkeit. Denn dass die Behörde durch AVE ein bestimmtes Gebiet objektivrechtlich nur dann normieren darf, wenn gleichlautende Verbandsnormen vorliegen, ist ja eben kennzeichnend für die AVE. Falls anfängliche Unabhängigkeit bestehen würde, läge es freilich nahe, auf nachträgliche Unabhängigkeit zu schliessen. Um dieses Analogieschlusses willen streitet wohl Holer die unbestreitbare anfängliche Abhängigkeit weg.

Auszugehen ist nicht vom Begriff, sondern von der konkreten Regelung; wo diese schweigt, wie es in der Frage der nachträglichen Abhängigkeit allgemeinverbindlich erklärter Normen von den Verbandsnormen zutrifft, müssen praktisch-ethische Erwägungen weiterhelfen, nicht begrifflich-logische.

Der Grundgedanke der AVE ist: Unterstützung durch öffentliches Recht, wenn und soweit machtlose privatrechtliche Selbsthilfe diese Unterstützung verlangt. Umfassenden Bestrebungen, ein Gebiet mit privatrechtlichen Mitteln zu normieren, soll gegen erfolgreichen Widerstand einzelner mit öffentlichrechtlichen Mitteln geholfen werden. Die AVE soll durch geringen Zwang grosse Hilfe bringen. Die AVE soll nicht durch starken Zwang unerwünschte Hilfe bringen; sie soll nicht aufgezwungen werden. Diesem Gedanken entspringt, dass der Beginn des Bestandes einer objektivrechtlichen Norm vom Bestand einer gleichlautenden privatrechtlichen Verbandsnorm abhängt. Die Hilfe durch Mittel des öffentlichen Rechts soll nicht aufgezwungen werden, schlechthin nicht aufgezwungen werden, also weder anfänglich noch nachträglich. Der Grundgedanke der AVE spricht für dauernde Möglichkeit der Selbstbestimmung des Verbandes, für Wegfall der AVE, sobald die einfache Verbandsnorm wegfällt. Da auch die Verbandsmitglieder der AVE unterworfen sind³³⁾, wäre die Aufhebung der einfachen Norm wertlos, wenn mit der einfachen nicht auch die allgemeinverbindlich erklärte Norm wegfallen würde.

Gewiss entsteht „das befremdliche Bild eines Rechtsatzes zur Disposition Privater“. Aber dieses befremdliche Bild zeigt sich schon vorher in der Abhängigkeit der allgemeinverbindlich erklärten Norm von der einfachen beim Beginn ihres Bestehens, bei der AVE selber. Objektives Recht wird ja nur erlassen, wenn und soweit privates Recht gesetzt worden ist, trotzdem objektives Recht spontan erlassen werden sollte, wenn öffentliches Interesse dies erheischt, und nur erlassen werden sollte, wenn öffentliches Interesse dies erheischt. Diese Grundsätze verletzt die AVE von Anfang an. Diese anfängliche, mit dem Prinzip der AVE selber verknüpfte Verletzung muss vor allem befremden, nicht die weitere Verletzung,

³³⁾ Vgl. unten V, 2.

die sich aus der konsequenten Durchführung des befremdlichen Prinzips ergibt. Diese spätere Verletzung wiederholt ja nur eine bereits bekannte und zugelassene Missachtung gesetzgeberischer Grundsätze. Der nachträglich betonte Respekt vor der Würde objektiven Rechts ist beinahe verdächtig. Soll er die Aufmerksamkeit von der schwerer wiegenden ursprünglichen Missachtung ablenken?

Die Gefährdung der Rechtssicherheit ist das einzige ernstliche Argument gegen die Vertragstheorie. Auch in dieser Beziehung bestehen aber bei Beendigung der Allgemeinverbindlichkeit keine grösseren Schwierigkeiten als bei der Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit. Wie die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit erst mit der Publikation wirksam werden soll, soll auch die Aufhebung der Verbandsnorm und damit der AVE erst mit der Publikation wirksam werden. Dadurch fällt freilich die AVE nicht ohne weiteres mit dem Beschluss über die Aufhebung des zugrundeliegenden Verbandsrechts weg, sondern erst unter gewissen weiteren Bedingungen. Da es aber in der Macht des Verbandes liegt, diese Bedingungen zu erfüllen, bleibt die Vertragstheorie in Geltung: Der Verband kann den Wegfall der AVE bewirken. Die AVE wird nicht aufgezwungen. Selbst wenn aber eine Publikation nur bei der Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit, nicht auch bei der Aufhebung der Verbandsnorm zu erfolgen hätte, trotzdem mit der Verbandsnorm auch die AVE wegfallen würde, wäre dies kein so grosser Nachteil wie im umgekehrten Fall. Denn es ist wohl weniger bedenklich, von Pflichten befreit zu sein, als Pflichten zu haben, ohne dass man es weiss.

Man darf sich nicht verhehlen, dass der Forderung nach Rechtssicherheit mit der Publikation nicht voll Genüge getan ist. Jede Rechtsänderung, auch die sofort publizierte, stört die Rechtssicherheit. Je kurzfristiger die Geltung, um so empfindlicher die Störung. Das spricht aber eher gegen die AVE im ganzen als gegen die

Vertragstheorie. Denn selbst wo die Herrschaft der Gesetzestheorie juristisch den nachträglichen Einfluss der Privaten auf die AVE ausschliesst, wird der Staat aus politischen Gründen nicht lange gegen den Willen des Verbandes an einer allgemeinverbindlich erklärten Norm festhalten können. Dieser Aspekt schränkt überhaupt die praktische Tragweite des Streitiges Vertragstheorie-Gesetzestheorie ein. Das Institut der AVE, einmal zugelassen, führt auch mit der Gesetzestheorie zu umso schneller wechselnden Normen, je mehr die allgemeinverbindlich erklärten Normen die Wirtschaft in ihren einzelnen kurzlebigen Erscheinungen regeln wollen³⁴).

IV. Die Durchsetzung der allgemeinverbindlich erklärten Vorschriften.

1. Die zwangsmässige Durchsetzung gehört zum Recht. Das Gebot zeigt, was recht ist; das Unrecht und seine Folge, der Zwang, zeigt, was Recht ist. Aber nur die Normen des Verhaltens, die Soll-Vorschriften, sind diesem Zwang zugänglich. Zu einem vorgeschriebenen Verhalten wird der Widerstrebende unter Umständen gezwungen. Die Kann-Vorschriften bedürfen dieses Zwangs nicht. Sie sind ja auch nicht eigentlich verbindlich wie die Verhaltensnormen. Sich zu einem „Können“ binden, ist ebenso unmöglich, wie zu einem „Können“ gezwungen werden. Man kann rechtlich nichts anderes bewirken, als wozu man fähig ist. Die Missachtung einer Kann-Vorschrift braucht nicht geahndet zu werden, weil sie gar nicht möglich ist. Die allgemeinverbindlich erklärten Normen treten nun sowohl in der Form von Pflichten auf wie in der Form

³⁴) Das Bundesgericht, BGE 65 I, S. 255, neigt der Vertragstheorie zu. Die Botschaft zum Bundesbeschluss über die AVE von Gesamtarbeitsverträgen vertritt die Vertragstheorie; BBl 1941 I, S. 337, Art. 18; der Beschluss selber verwirklicht praktisch, wenn auch nicht der äussern Formulierung nach, die Vertragstheorie; AS 57, S. 1110, Art. 18.

von Kann-Vorschriften³⁵⁾. Die Frage der Durchsetzung stellt sich nach dem Gesagten aber nur bei denjenigen allgemeinverbindlich erklärten Normen, die in der Form Rechtens einer Pflicht erscheinen³⁶⁾.

Nicht jede Pflicht ist in natura erzwingbar. Nicht jede in natura erzwingbare Pflicht soll in natura erzwungen werden³⁷⁾. An Stelle des unmöglichen oder unerwünschten unmittelbaren Zwangs tritt der mittelbare Zwang, die Sanktion. Sanktion ist Ersatz unmittelbaren Zwangs. Die unmittelbare Erzwingung bildet die Ausnahme. Regelmässig wird die Erfüllung der Pflicht mittelbar, durch Sanktion, erzwungen. Dabei sind zu unterscheiden öffentlichrechtliche und privatrechtliche Sanktionen, je nachdem eine Behörde die Sanktion von Amtes wegen

³⁵⁾ Vgl. oben II, 2.

³⁶⁾ Die Frage der Durchsetzung stellt sich also weder vor noch nach der AVE für den wesentlichen Teil der Gesamtarbeitsverträge, für die Vorschriften über den unabdingbaren Inhalt künftiger Dienstverträge. Denn damit stellt der Gesamtarbeitsvertrag unverletzbare Kann-Vorschriften auf. In künftigen Dienstverträgen können dann z. B. Lohnabreden nur noch gemäss dem Gesamtarbeitsvertrag vereinbart werden. Das betrifft aber nur die Lohnabreden, das rechtsgeschäftliche Verhalten. Ob die Lohnzahlung der Lohnabrede entspricht, ist eine weitere Frage. Zwar hat der Arbeitnehmer die zivilrechtlichen Zwangsmittel zur Verfügung, um den Arbeitgeber zu einem vertragsgemässen Verhalten zu zwingen. Oft ist es aber für den Arbeitnehmer als den wirtschaftlich Schwächeren nicht ratsam, diese Zwangsmittel zu benützen. Tut er es nicht, so bleibt der Gesamtarbeitsvertrag toter Buchstabe. Der Gesetzgeber wird sich deshalb fragen, ob er nicht von Amtes wegen die Befolgung der durch Gesamtarbeitsvertrag normierten Einzelverträge erzwingen soll, besonders wenn er sich bereits zur AVE des Gesamtarbeitsvertrages entschlossen hat. Der Bundesbeschluss über die AVE von Gesamtarbeitsverträgen hat davon abgesehen; vgl. Art. 23 der Botschaft in BBl 1941 I, S. 338 und AS 57, S. 1111, Art. 23. Das vom Bundesgericht annullierte Freiburger Gesetz hingegen hatte vertragswidriges Verhalten unter Strafe gestellt; vgl. BBl 1941 I, S. 349, Art. 2.

³⁷⁾ Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927, S. 285.

durchführt oder ein Privater den staatlichen Zwangsapparat nach seinem Belieben in Tätigkeit treten lässt. Die typische öffentlichrechtliche Sanktion ist die Strafe, wie die typische privatrechtliche Sanktion der Schadenersatz ist. Ebenso sind öffentlichrechtliche und privatrechtliche Pflichten zu unterscheiden, je nachdem diese Pflichten kraft Gesetzes oder kraft Privatautonomie begründet worden sind, oder zum mindesten: je nachdem die Pflicht gemäss staatlichem Gebot oder auf das Verlangen eines Privaten hin zu erfüllen ist³⁸⁾.

Es liegt nahe, für die Verletzung öffentlichrechtlicher bzw. privatrechtlicher Gebote öffentlichrechtliche bzw. privatrechtliche Sanktionen zu verlangen. Auf diese Parallelität kann das Recht gar nicht ohne Widerspruch verzichten. Denn es ist ebenso seltsam, wenn ein Privater beliebig über die Auslösung der Sanktion zum Schutze öffentlichrechtlicher Gebote bestimmen kann³⁹⁾, wie wenn der Staat von Amtes wegen gegen die Verletzung von Pflichten einschreitet⁴⁰⁾, die nur bestehen und erfüllt werden müssen, wofern es einem privaten Berechtigten beliebt.

Diese grundsätzlichen Bemerkungen erlauben verschiedene Folgerungen für die AVE von Verbandsrecht, insbesondere von Verbandspflichten.

2. Die AVE muss ausdrückliche Bestimmungen über die Durchsetzung der Gebote enthalten. Schweigt die AVE über die Zwangsfolge der Verletzung einer allgemeinverbindlich erklärten Norm, so bleibt die allgemein-

³⁸⁾ Burckhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1939, S. 26.

³⁹⁾ So die Auffassung des Strafantrags als einer Prozessvoraussetzung.

⁴⁰⁾ Es ist zweierlei, eine Sanktion von Amtes wegen und eine Sanktion auf Verlangen Privater durchzuführen. Beide Male zwingt freilich der Staat, weil ihm (mit wenigen Ausnahmen) das Monopol auf den Zwang eignet. Im Zusammenhang des Textes kommt es darauf an, wer die staatliche Tätigkeit auslöst und aus welchem Grunde er sie auslöst.

verbindlich erklärte Norm unter Umständen *lex imperfecta*. Denn öffentlichrechtliche Sanktionen sind nur zulässig, wenn sie ausdrücklich vorgesehen sind (*nulla poena sine lege*). Die Voraussetzungen der allgemeinen privatrechtlichen Sanktion, des Schadenersatzes, sind nicht immer erfüllt, z. B. nicht notwendig bei Verletzung einer Buchführungspflicht. Die speziellen privatrechtlichen Sanktionen des Verbands, seine statutarischen Strafen, sind zunächst ebenfalls nicht durchführbar, weil die AVE nur den Geltungsbereich einzelner Verbandsgebote, nicht des Statuts überhaupt, ausdehnt. Aber selbst wenn die AVE die Verbandssanktionen ausdrücklich einbezieht, entstehen neue Schwierigkeiten. Es ist zu bedenken, dass ausschliesslich der Staat festlegt,

welche öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Pflichten in natura erzwingbar sind,

welche Sanktionen als Ersatz unmittelbarer Erzwingung dienen,

ob die staatlichen Vollstreckungsbehörden die Sanktionen von Amtes wegen (öffentlichrechtliche Sanktionen) oder nach privatem Belieben (privatrechtliche Sanktionen) durchzuführen haben⁴¹⁾.

Die „Verbandssanktionen“ sind nicht vom Verband festgelegter Ersatz für unmittelbare Erzwingung, sondern vom Verband festgelegte qualifizierte, sekundäre Pflichten für den Fall der Verletzung einer primären Pflicht. Die AVE von Verbandssanktionen bedeutet demnach AVE sekundärer Gebote, nicht Festlegung von Zwangsfolgen. Ob diese sekundären Pflichten unmittelbar oder mittelbar erzwungen werden, entscheidet wiederum der Staat. Über die Erzwingung dieser weiteren Gebote ist mit ihrer AVE so wenig Endgültiges gesagt, wie über die Erzwingung der primären Gebote. Hat der Verband eine allgemeinverbindlich erklärte Konventionalstrafe geltend zu machen wie eine Privatstrafe, oder hat sie der Staat einzutreiben

⁴¹⁾ Burckhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1939, S. 79, S. 164.

wie eine öffentlichrechtliche Busse? Wenn eine Verbandssanktion „Lieferungsboykott“ allgemeinverbindlich erklärt wird, bleibt ungewiss, ob der Verband seinen Mitgliedern die Belieferung untersagen darf, vielleicht auch muss, oder ob der Staat polizeilich die Belieferung verhindern muss, und ob dann die Polizei nur Lieferungen seitens der Verbandsmitglieder oder die Belieferung mit der fraglichen Ware überhaupt verhindern muss. Der AVE von Verbandspflichten sind daher eingehende Bestimmungen über die Zwangsfolgen der Verletzung der Pflichten beizufügen.

3. Worin diese Zwangsfolgen bestehen sollen, ob in unmittelbarem oder mittelbarem Zwang, ob dieser Zwang von Amtes wegen oder auf privates Belieben des Verbandes hin auszulösen sei, ist nicht allgemeingültig festzulegen. Zwar mag die Möglichkeit befremden, dass privates Belieben über die Auslösung von Zwangsfolgen für die Verletzung einer Norm entscheiden darf, welche kraft behördlicher Erklärung — kraft AVE — für die zu zwingenden Aussenseiter verbindlich ist. Behördliches Gebot (die allgemeinverbindlich erklärte Norm) und Zwang nach Belieben des Verbandes scheinen sich auszuschließen. Behördliches Gebot im üblichen Sinne liegt aber beim behördlichen Gebot im Sinne der AVE nicht vor. Die zur AVE befugte Behörde übt ja ihre Kompetenz in privatem Interesse aus. Schon früher wurde das als Eingriff in Grundsätze des öffentlichen Rechts bezeichnet. Hier ist der Ausgangspunkt aller Schwierigkeiten. Die Abhängigkeit behördlicher Rechtssetzung von verbandsautonomer Rechtssetzung stellt die von der Behörde allgemeinverbindlich erklärten Normen in Gegensatz zu den behördlichen Geboten, die ihre Entstehung spontaner Rechtssetzung in öffentlichem Interesse verdanken. Warum dürfte sich aber diese soziologische und vor allem auch juristische Eigenart der allgemeinverbindlich erklärten Normen nur beim Erlass und nicht auch bei der Vollstreckung zeigen? Das private Interesse des Ver-

bandes wird offen zugegeben in der juristischen Abhängigkeit bei der behördlichen Rechtssetzung. Warum soll die Beachtung der in privatem Interesse allgemeinverbindlich erklärten Gebote von Amtes wegen erzwungen werden? Etwa weil die Einhaltung behördlicher Gebote um jeden Preis von Amtes wegen zu erzwingen ist? Gewiss würden die allgemeinverbindlich erklärten Normen behördliche Gebote widerspruchsvoller Art darstellen, wenn die Beachtung dieser Gebote nicht von Amtes wegen erzwungen würde. Aber wie grosser innerer Widerspruch haftet diesen behördlichen Geboten ja schon an, insofern sie nicht öffentliches Interesse verfolgen und einer zwitterartigen Rechtssetzungskompetenz entspringen? Es scheint sachlich gerechtfertigt, in privatem Interesse Gebotenes nicht von Amtes wegen durchzusetzen. Dieser sachliche Grund muss schwerer wiegen als der formale, behördliches Gebot sei unvereinbar mit Vollstreckung nach privatem Belieben. Innerhalb des Instituts der AVE soll folgerichtig die der übrigen Rechtsordnung widersprechende Eigenart der AVE herrschen. Es sollen nicht bei der Vollstreckung an sich begreifliche Forderungen neuen Widerspruch innerhalb des Instituts schaffen.

4. Droht die AVE, den geäusserten Bedenken zum Trotz, für die Verletzung allgemeinverbindlich erklärter Pflichten öffentlichrechtliche Strafen an⁴²⁾, so ist es von grundsätzlicher Bedeutung, dass diese Strafen Gebote schützen, die in privatem Interesse zu öffentlichrechtlichen Geboten erhoben wurden. Die zur Strafe gehörige öffentlichrechtliche Gebotsnorm konnte zudem nur erlassen werden, soweit eine gleichlautende Verbandsnorm vorhanden war und zur AVE vorgelegt wurde: beides Dinge, die im Belieben eines privaten Verbandes standen. Besonders bedenklich ist diese Abhängigkeit strafrechtlicher Normen von privatem Belieben im Blick auf die zeitliche Geltung des Strafrechts. Was heute strafbar ist, kann morgen straflos sein. Was morgen bestraft werden soll, weil es heute als strafbare Handlung begangen wurde,

hätte vielleicht morgen straflos begangen werden dürfen. Denn den allgemeinverbindlich erklärten Normen blüht oft nur ein kurzes Leben⁴²⁾⁴³⁾.

5. Art. 20 OR erklärt Verträge mit widerrechtlichem Inhalt nichtig. Das Recht, dessen Verletzung Widerrechtlichkeit nach Art. 20 OR bedeutet, muss gesetzliches Recht sein. Verträge, die gegen privates Recht, insbesondere gegen privates Verbandsrecht verstossen, fallen nicht unter Art. 20 OR. Allgemeinverbindlich erklärte Gebote, deren Verletzung öffentlichrechtliche Strafe nach sich zieht, stellen nun ohne Zweifel gesetzliches Recht im Sinne des Art. 20 OR dar⁴⁴⁾. Verträge, deren Inhalt gegen allgemeinverbindlich erklärte Gebote verstösst, sind demnach nichtig⁴⁵⁾.

6. Das OR unterscheidet zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit. Es unterscheidet nicht zwischen anfänglicher und nachträglicher Widerrechtlich-

⁴²⁾ Vgl. z. B. die Krisenerlasse zugunsten der fabrikmässigen Uhrenindustrie anhand des Inhaltsverzeichnisses zur AS 55 auf S. 81 unter dem Stichwort „Uhrenindustrie“.

⁴³⁾ Es sei hier lediglich vermerkt, dass in vielen Fällen strafbare Nichtbeachtung allgemeinverbindlich erklärter Normen in Idealkonkurrenz zum Tatbestand des strafbaren unlauteren Wettbewerbs treten wird.

⁴⁴⁾ Zweifelhaft ist es aber, ob auch allgemeinverbindlich erklärte Normen, deren Verletzung nur nach Belieben Privater geahndet wird, gesetzliches Recht nach Art. 20 OR darstellen. Die ratio von Art. 20 ist folgende: Es wäre widerspruchsvoll für den Staat, zivilrechtlich ein Verhalten zu fördern, indem er einen auf dieses Verhalten hinzielenden Vertrag schützt, straf- und verwaltungsrechtlich aber dasselbe Verhalten zu verhindern zu suchen. Verzichtet nun der Staat auf die straf- und verwaltungsrechtliche Durchführung der allgemeinverbindlich erklärten Normen, so braucht er auch zivilrechtlich nicht gegen die Verletzung dieser Normen einzuschreiten. Dass die Behörde auf die amtliche Durchsetzung von Normen, an deren Erlass sie selber — bei der AVE — mitgewirkt hat, verzichtet, ist befremdlich, aber doch zu begründen; vgl. oben IV, 3.

⁴⁵⁾ Wofern wenigstens das verletzte Gebot sich an beide Kontrahenten wendet.

keit⁴⁶⁾. „Nachträgliche Widerrechtlichkeit“ liegt vor, wenn Abschluss oder Inhalt eines Vertrages gegen einen Satz der Rechtsordnung verstösst, der erst nach Abschluss, aber vor Erfüllung des Vertrages in Kraft getreten ist. Der Begriff der nachträglichen Widerrechtlichkeit führt auf die Frage, ob ein Gesetz auf private Rechte einwirken solle, die begründet worden sind, bevor das Gesetz in Kraft getreten ist (eine Frage des intertemporalen Rechts, der Rückwirkung). Allgemeinverbindlich erklärte Normen leben oft kurz. Rasch wechselnde wirtschaftliche und soziale Verhältnisse lassen allgemeinverbindlich erklärte Normen bald wieder sachlich ungerechtfertigt erscheinen. Neue Normen drängen sich auf. Beim Institut der AVE kommt daher den Vorschriften über die intertemporale Geltung besondere Bedeutung zu. Als allgemeine Regel gilt der Ausschluss der Rückwirkung⁴⁷⁾. Die Rechtssubjekte sollen in ihrem Vertrauen auf die Dauer der früheren Gesetze nicht enttäuscht werden. Ob aber im einzelnen Fall das neue Recht, die neuen allgemeinverbindlich erklärten Normen ausnahmsweise nicht doch zurückwirken sollen, ist nach sachlichen Erwägungen zu bestimmen. Vielleicht verdient eben der neue Rechtsatz als der bessere schnell und umfassend durchgesetzt zu werden, auch wenn dies mit Eingriffen in früher begründete Rechte verbunden ist⁴⁸⁾.

⁴⁶⁾ Auch die OR-Kommentare Becker und Oser-Schönenberger erwähnen die nachträgliche Widerrechtlichkeit nicht.

Nachträgliche Rechtlichkeit (Aufhebung eines Verbotsgesetzes) ist wie nachträgliche Möglichkeit von Bedeutung, wenn die Leistung erst nach Eintritt der Rechtlichkeit zu erbringen ist, besonders wenn dies im Vertrag vorgesehen war oder zur Bedingung seiner Wirksamkeit gemacht wurde; von Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 1924/25, S. 228—229.

⁴⁷⁾ Regelsberger, Pandekten, 1893, S. 184, § 47; Reichel, Kommentar zum Schlusstitel des ZGB, 1916, S. 6.

⁴⁸⁾ Da allgemeinverbindlich erklärte Normen oft Tages-schwierigkeiten zu meistern haben, werden sie gerne rückwirkend erklärt. So die Preisvorschriften der Uhrenindustrie: AS 57, S. 154, Art. 3 am Ende; AS 55, S. 1472, S. 768, S. 621 etc.

Doch sind der Rückwirkung bei der AVE spezifische Grenzen gezogen. Zur AVE gehört die Abhängigkeit des Erlasses objektivrechtlicher Normen von verbandsmässiger Rechtssetzung. Objektivrechtliche Normen sollen im fraglichen Gebiet nicht erlassen werden, bevor entsprechende Verbandsnormen bestehen und zur AVE gelangt sind. Verbandsnormen können nun zweifellos auf bestehende Rechtsverhältnisse der Verbandsmitglieder nicht ohne weiteres einwirken. Der Verband kann seine Mitglieder lediglich verpflichten, ihre Rechtsverhältnisse künftighin in bestimmter Weise zu gestalten. Weiter kann auch die allgemeinverbindlich erklärte Norm nicht gehen, ohne die Forderung zeitlicher Abhängigkeit des Erlasses objektivrechtlicher Normen von verbandsinterner Rechtssetzung zu verletzen. Allgemeinverbindlich erklärte Normen dürfen demnach auf bestehende Rechtsverhältnisse zurückwirken höchstens bis zu dem Zeitpunkt, von dem an die Verbandsmitglieder in der Ausübung ihrer Privatautonomie verbandsintern gebunden waren.

V. Der persönliche Geltungsbereich der AVE.

1. Zur Diskussion stehen zwei Möglichkeiten:

- a) Die allgemeinverbindlich erklärte Norm richtet sich nur an die Aussenseiter.
- b) Die allgemeinverbindlich erklärte Norm richtet sich an die Aussenseiter und an die Mitglieder des Verbandes, dessen Vorschrift allgemeinverbindlich erklärt worden ist.

Wer vom baldigen Erlass eines rückwirkenden Gesetzes weiss, hat Gelegenheit zu Schiebergeschäften. Hier hat neben dem öffentlichen Recht auch das Zivilrecht einzugreifen. Wer bösgläubig in Voraussicht eines rückwirkenden Gesetzes (z. B. bei Preiserhöhung) kontrahiert, lädt wohl auch nach schweizerischem Recht culpa in contrahendo auf sich. Wer bösgläubig nicht erfüllt in Voraussicht eines Verbotsgesetzes, das rückwirkend Nichtigkeit ausspricht, hat diese nachträgliche Widerrechtlichkeit wohl zu vertreten wie nachträgliche Unmöglichkeit nach Art. 97 OR.

In den Beratungen über die neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung hat man erwogen⁴⁹⁾, ob der Wortlaut einer AVE (z. B. „jedermann ist gehalten“ oder „wird allgemeinverbindlich erklärt“) nicht schlechthin jedermann zum Aussenseiter stempelt, ob der Wortlaut nicht Pflichten für die Allgemeinheit weit über die Berufsangehörigen hinaus schaffe.

Nun ist zwischen Allgemeinverbindlichkeit und konkreter Pflicht zu unterscheiden. Wenn der Kanton Basel-Stadt ein Vermögen von einer Million einer Steuer von 6000 Fr. unterwirft, ist dieser Satz zwar allgemeinverbindlich; er schafft aber nur für den Millionär eine konkrete Pflicht. Eine allgemeinverbindliche Norm enthält potentiell Pflichten für jedermann, weil jedermann die Voraussetzungen der konkreten Pflicht erfüllen kann. Aktuell wird die allgemeinverbindliche Norm aber erst dann, wenn jemand diese Voraussetzungen erfüllt. Im Ergebnis ist nicht die Allgemeinheit, sondern eine unbestimmte Vielheit konkret verpflichtet.

Dass die Allgemeinverbindlichkeit sich in konkreten Pflichten lediglich für eine unbestimmte Vielheit äussere, trifft allerdings nur zu, wenn die allgemeinverbindliche Norm den Kreis der Verpflichteten durch Aufzählung näherer Voraussetzungen einschränkt. Das ist bei Geboten regelmässig der Fall. Nur ausnahmsweise schafft eine gebietende allgemeinverbindliche Norm voraussetzungslos für jedermann konkrete Pflichten⁵⁰⁾. Verbotende allgemeinverbindliche Normen dagegen begründen in der Regel für jedermann konkrete Unterlassungspflichten⁵¹⁾. Weil die Erfüllung dieser Unterlassungspflichten meist selbstverständlich ist, empfindet

⁴⁹⁾ Sten. Bull. 1938, NR, S. 304, S. 330.

⁵⁰⁾ So wenn der Kaiser Augustus alle Landesbewohner verhielt, in ihre Heimat zu gehen zur Schätzung des Volkes, gleichgültig ob krank, ob schwach oder arm.

⁵¹⁾ Es ist arm und reich verboten, unter den Brücken zu schlafen (Anatole France).

man das Vorhandensein der Pflichten nicht. Die erwähnte Debatte war insofern berechtigt, als man verlangte, dass die allgemeinverbindlich erklärten Normen nur unter gewissen Voraussetzungen konkrete Pflichten schaffen. Überflüssig war die Debatte allerdings, soweit man schon aus den Worten „jedermann“ und „allgemein“ verbindlich auf das Fehlen näherer Voraussetzungen für die Entstehung konkreter Pflichten geschlossen hat. Denn es macht juristisch keinen Unterschied, ob eine Voraussetzung der konkreten Pflicht sprachlich als Umschreibung des verpflichteten Subjekts erscheint (der Eigentümer einer Million ist zu einer Vermögenssteuer von 6000 Fr. verpflichtet) oder als Umschreibung des Verpflichtungsinhalts (jedermann ist verpflichtet, 6000 Fr. Steuer für eine Million Vermögen zu zahlen).

Berechtigt war die Debatte zudem auch, soweit sie auf Schwierigkeiten in der Formulierung der Voraussetzungen für die konkreten Pflichten hinwies. Soll ein allgemeinverbindlich erklärter Verbandsbeschluss nur für die Berufsaussenseiter Pflichten schaffen oder auch für nicht-berufsangehörige Dritte, wofern diese Dritten Handlungen vornehmen, die ihrer Art nach unter die AVE fallen? Sollen z. B. Dritte strafbar sein, die zu Schleuderpreisen einkaufen, nachdem Preisbeschlüsse allgemeinverbindlich erklärt worden sind? Dass Dritte nicht unter die AVE fallen sollen, darüber ist man sich einig. Ob Dritte im gegebenen Fall dem klaren Wortlaut nach nicht doch unter eine AVE fallen, lässt sich nicht allgemeingültig sagen. Berechtigterweise hat man aber verlangt, dass im einzelnen Gültiges seinerzeit gesagt werde.

2. Richtigerweise trifft die AVE die Aussenseiter und die Verbandsmitglieder. Die deutsche Wissenschaft war sich uneinig, ob die unabdingbaren Wirkungen des Tarifvertrages nach der AVE für die Aussenseiter kraft AVE, für die Tarifbeteiligten kraft Tarifvertrages, oder aber ob sie für Aussenseiter und Tarifbeteiligte kraft AVE gelten.

Die Entscheidung der Frage war bedeutsam einzig bei der Aufhebung des Tarifvertrages⁵²⁾. Solange Tarifvertrag und AVE in Geltung waren, blieb es gleichgültig, ob man den unabdingbaren Wirkungen kraft Tarifvertrages oder kraft AVE unterworfen war. Die Wirkungen des einfachen und des allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages waren dieselben, waren objektivrechtliche.

Die Wirkungen anderer Verbandsnormen hingegen sind vor der AVE privatrechtliche, nach der AVE objektivrechtliche. Dass die Aussenseiter kraft AVE den allgemeinverbindlich erklärten Verbandsnormen als objektivem Recht unterstehen, ist selbstverständlich. Dass auch die Verbandsmitglieder kraft AVE den allgemeinverbindlich erklärten Verbandsnormen als objektivem Recht unterstehen, gebietet der Grundsatz der Rechtsgleichheit⁵³⁾. Es wäre ungleich, sie unter privatrechtlichen Normen zu belassen, während die Aussenseiter durch die AVE objektivem Recht unterworfen würden.

VI. Aussenseiter und Erlass von Verbandsrecht.

1. Mit der AVE will der Staat den Berufen helfen, ihre eigenen Angelegenheiten selber zu ordnen. Darum sollen die allgemeinverbindlich erklärten Normen nur die Berufsaussenseiter erfassen, nicht über den Beruf hinaus auch Drittaussenseiter. Diese Forderung positivrechtlich zu erfüllen, ist Sache der einzelnen AVE.

Es sollen aber auch alle Berufsangehörigen beim Erlass des Berufsrechts mitwirken können, nicht nur die Verbandsmitglieder. Nun besteht diese Mitwirkung im Erlass desjenigen Verbandsrechts, das später allgemein-

⁵²⁾ Vgl. oben III, 3.

⁵³⁾ Das deutet auch BGE 65 I, S. 256 an. Auch wenn die AVE Aussenseiter und Verbandsmitglieder trifft, ist damit der Forderung nach Rechtsgleichheit nur zu einem Teil Genüge getan. Wie die AVE in anderer Beziehung Rechtsungleichheit bedeutet, darüber vgl. Huber, S. 383—388.

verbindlich zu erklären ist. Es müssen demnach Nicht-Verbandsmitglieder die Möglichkeit erhalten, am Erlass von Verbandsrecht mitzuwirken. Das führt zu Änderungen an den gemeinhin geltenden Regeln über Inhalt, Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft.

2. Einen bemerkenswerten Vorschlag macht Nawiasky⁵⁴): Er schlägt einen „Verhandlungszwang“ vor. Der Aussenseiter soll an den Verhandlungen des Verbandes teilnehmen dürfen, ohne Verbandsmitglied zu sein. Was diese Teilnahme im einzelnen bedeutet, bleibt ungesagt. Offenbar hat der Verband die Pflicht, den Aussenseiter einzuladen, sowie ihn mitreden und mitstimmen zu lassen beim Erlass von Verbandsnormen, die zur AVE angemeldet werden sollen. Unter Missachtung solcher Vorschriften erlassene Normen wären von der AVE auszuschliessen, oder die AVE wäre aus diesem Grunde anfechtbar zu erklären⁵⁵).

3. Andere Vorschläge stellen den Aussenseitern die volle Mitgliedschaft in Aussicht. Diese Aussichten sind nicht immer von gleichem Werte. Unter dem Gesichtspunkt der Durchsetzung gegliedert ergeben sich folgende Möglichkeiten:

Entweder bedient sich die Rechtsordnung ihrer Zwangsmittel. Dabei kann das objektive Recht einen Zwang zur Entstehung der Mitgliedschaft ausüben, indem es den Beitritt auf der Seite des Aussenseiters (Eintrittszwang) und die Aufnahme auf der Seite des Verbandes (Aufnahmezwang) erzwingt⁵⁶).

⁵⁴) Nawiasky, Rechtsfragen des wirtschaftlichen Neuaufbaues, 1935, S. 75.

⁵⁵) Der Vorschlag des „Verhandlungszwanges“ vermeidet viele Schwierigkeiten, welche der Grundsatz der offenen Tür nach sich zieht; vgl. unten VI, 3.

⁵⁶) Das objektive Recht kann aber auch, in umgekehrter Richtung, einen Zwang zur Verhinderung der Mitgliedschaft ausüben (Zwangsaussenseiter).

Zwang zur Verhinderung der Mitgliedschaft ist berechtigt, wofern die Mitgliedschaft einer Person dem Verbandszweck oder

Oder aber die Rechtsordnung belässt den Aussenseitern ihre Freiheit. Der Aussenseiter kann Mitglied werden, wenn es ihm und dem Verband beliebt (er kann Mitglied werden: positive Verbandsfreiheit; er muss nicht Mitglied werden oder bleiben: negative Verbandsfreiheit).

Vielleicht hat der Aussenseiter sogar ein Recht darauf, Mitglied zu werden. Der Verband ist verpflichtet, ihn aufzunehmen (Grundsatz der offenen Tür)⁵⁷⁾.

Wenn der Aussenseiter die Garantie der Verbandsfreiheit⁵⁸⁾ genießt, so besitzt er eine Freiheit, kein Recht. Er kann nicht abgehalten werden, um die Mitgliedschaft beim Verband nachzusuchen⁵⁹⁾. Der Erwerb der Mitglied-

der Öffentlichkeit nicht zuzumuten ist. So verdient z. B. kein Eintrittsrecht,

- wer gewisse Fähigkeitsausweise nicht vorlegen kann,
- wer wegen unlauteren Wettbewerbs verurteilt worden ist,
- wer Nationalitätsvorschriften nicht genügt,
- wer die bürgerlichen Ehrenrechte nicht besitzt,
- wer Inkompatibilitätsvorschriften verletzt.

Denn die Mitglieder des Verbandes üben immerhin eine Art gesetzgeberischer Funktion aus, wenn sie Verbandsrecht erlassen und zur AVE vorlegen.

⁵⁷⁾ Der Grundsatz der offenen Tür zielt auf die Begründung der Mitgliedschaft. Der Verband unterliegt einem Zwang zur Aufnahme. Deswegen wird der Verband noch keineswegs zum Zwangsverband. Wesentlich für den Zwangsverband ist, dass der Staat einen Zwang auf Errichtung oder Weiterbestand des Verbandes ausübt; Brunner, Zwangskartelle, Zürcher Dissertation, 1936, S. 117. Mass und Ziel des Zwangs sind beim Grundsatz der offenen Tür und beim Zwangsverband ganz verschieden. Hier soll die Assoziation sein, dort die Assoziierung. Ja, das Institut der AVE mit seinem Grundsatz der offenen Tür will als mildere Form der Marktregelung gerade die Zwangsverbände überflüssig machen.

⁵⁸⁾ Vgl. über die Verbandsfreiheit Huber, S. 389—395.

⁵⁹⁾ Damit genießt er die positive Verbandsfreiheit. Im Vordergrund steht bei den Vorschlägen zur AVE freilich die negative Verbandsfreiheit. Der Aussenseiter soll geschützt sein vor allgemeinverbindlich erklärten Vorschriften, welche zum Eintritt in einen Verband zwingen wollen. Ein solcher Verband, in den der Aussenseiter einzutreten hätte, kann nicht derjenige

schaft steht ihm aber damit noch keineswegs sicher. Denn grundsätzlich hängt der Erwerb der Mitgliedschaft ebenso ab von der Freiheit und dem Willen des Aussenseiters zum Eintritt wie von der Freiheit und dem Willen des Verbandes zur Aufnahme. Über die zweiten Erfordernisse entscheidet das Statut des Verbandes und der Wille seiner Organe. Einen Mindestwert der Eintrittsfreiheit garantiert nur eine Mindestanforderung an das Verbandsstatut. Der Wert dieser Freiheit wird um so grösser, je leichter der Verband, welcher seine Beschlüsse zur AVE anmelden will, den Erwerb der Mitgliedschaft gestalten muss. Am Ende dieser Entwicklung erhält der Aussenseiter ein durchsetzbares Recht auf Erwerb der Mitgliedschaft. Der Aussenseiter steht vor einer „offenen Tür“. Nur von seinem Willen hängt es noch ab, ob er Mitglied wird; der Verband ist zur Aufnahme verpflichtet.

Wenn alle Aussenseiter das Recht der offenen Tür ausnützen, wird die AVE illusorisch; es bleiben keine

sein, dessen Vorschrift die negative Verbandsfreiheit verletzt. Denn man kann sich keine einfache (nur den Mitgliedern gegenüber verbindliche) Vorschrift denken, welche die Mitglieder zum Eintritt in den eigenen Verband verpflichtet. Ist aber die Vorschrift als einfache Vorschrift nicht denkbar, so lässt sie sich auch nicht als allgemeinverbindlich erklärte denken. Denkbar ist nur, dass die Pflicht zum Eintritt in einen Drittverband beschlossen und zur AVE vorgelegt wird. Das hätte den Zweck, im Drittverband die ehemaligen, seither zum Eintritt gezwungenen Aussenseiter verbandsintern denjenigen Normen zu unterwerfen, die man ihnen nicht verbandsextern, durch AVE, auferlegen konnte. Mit Beschlüssen eines Drittverbandes würde dann erreicht, was man gegen den Willen der zur AVE befugten Instanz nicht hat erreichen können. Auf die Dauer wirksam wäre diese Umgehung der zur AVE befugten Instanz freilich nur, wenn der Austritt aus dem Drittverband zu verhindern wäre. Das ist aber nicht möglich, da dem Aussenseiter in jedem Verband, welcher Rechtsform er auch sei, der Austritt oder gar die Klage auf Auflösung aus wichtigen Gründen zusteht. Gerade die erwähnte Umgehung der zur AVE befugten Instanz stellt wohl einen wichtigen Grund dar. Immerhin führt die formelle Garantie der negativen Verbandsfreiheit schneller und sicherer zum selben Ziel.

Aussenseiter mehr übrig, welche eine AVE zu erfassen hätte. Es ist, als ob dem Gesetzgeber bei der Einführung der AVE das schlechte Gewissen schläge. Es ist ihm unangenehm, dass die einen Privaten andere Private mittels der AVE faktisch obrigkeitlich beherrschen. Es ist ihm um so unangenehmer, als der Staat mit der behördlichen AVE dazu die Hand bietet. Darum gelangt das Prinzip der offenen Tür zur Diskussion.

Das Recht auf Eintritt bedeutet in seiner Durchsetzung einen Zwang zur Aufnahme auf der Seite des Verbandes. Der Zwang zur Aufnahme ist am stärksten, wenn nötigenfalls die Behörde den unmittelbaren Zwangsbeischluss erklärt. Er ist weniger durchgreifend, wenn der Verband lediglich verpflichtet ist zur Aufnahme, unter Androhung von Sanktionen für die Verletzung dieser Pflicht, wenn die Behörde jedoch die Mitgliedschaft nicht direkt begründen kann.

Wer hat nun ein Recht auf Eintritt, falls das Prinzip der offenen Tür in Kraft ist? Billigerweise jeder, der in Zukunft der allgemeinverbindlich erklärten Norm unterstehen wird. Denn alle „in Zukunft rechtsunterworfenen Beteiligten“ sollen eben auch „rechtsgestaltende Beteiligte“ sein⁶⁰). Bedeutet das aber, ein Eintrittsrecht habe, an wen immer sich die Allgemeinverbindlichkeit richten wird? Das hiesse, jedermann hat ein Eintrittsrecht. Denn die Allgemeinverbindlichkeit wird sich an jedermann richten⁶¹). Die Verbände ständen in Gefahr, überschwemmt zu werden.

Oder bedeutet es, ein Eintrittsrecht habe, wen die konkrete Pflicht treffen wird? Das ist vorläufig noch nicht festzustellen. Wen die konkrete Pflicht treffen wird, kann erst feststehen nach der AVE, wenn der Adres-

⁶⁰) Damit folgt das Prinzip der offenen Tür einem Grundzug jeder Rechtsentwicklung, der Tendenz zur unmittelbaren Selbstverwaltung; „Un droit nouveau est créé par la volonté même de ceux qu'il est appelé à régir“; Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1936, S. 1.

⁶¹) Vgl. oben V, 1.

sat der allgemeinen Verbindlichkeit zum Adressaten der konkreten Pflicht wird, dadurch, dass er Handlungen vornimmt, die unter die bereits ausgesprochene AVE fallen. Der Verband soll aber seine Türen offen halten, gerade bevor er Beschlüsse fasst, die er später zur AVE vorlegen will; er soll sie nicht erst post festum öffnen.

Vernünftigerweise muss ein Drittes gelten: Ein Eintrittsrecht erhalte, wer wahrscheinlich, nicht nur möglicherweise, Aussenseiter sein wird. Das trifft zu für alle, deren Beruf Handlungen mit sich bringt, die unter die AVE fallen werden. Jedermann kann beispielsweise Uhren zum Export kaufen und damit Exportpreisen eines Verbandes unterstehen, die für jedermann, auch für Nicht-Berufsexporteur, allgemeinverbindlich erklärt werden sollen⁶²⁾. Aber nur wenige betreiben berufsmässig den Uhrenexport. Nur diese wenigen sollen ein Eintrittsrecht erhalten. Ob sie tatsächlich auch nach der AVE noch Uhren ankaufen werden, d. h. ob sie tatsächlich nach der AVE noch Aussenseiter sein werden, steht damit noch nicht fest. Falls einer es nicht sein wird, war es kaum ein Nachteil für den Verband, dass er trotzdem ein Eintrittsrecht erhielt. Ein Nachteil aber wäre es, wenn jedermann in den Verband einzutreten berechtigt wäre.

Keine gesetzliche Assoziationsform kennt ein Recht auf Aufnahme, selbst die Genossenschaft nicht. Wofern nach dem Grundsatz der offenen Tür der Aussenseiter ein erzwingbares Recht auf Erwerb der Mitgliedschaft erhalten soll, muss der Gesetzgeber in das gemeinhin geltende Recht eingreifen.

Der Erwerb der Mitgliedschaft ist bei den einen Assoziationsformen notwendig mit einer Leistung des Eintretenden verknüpft (z. B. Erwerb eines Gesellschaftsanteils einer G. m. b. H.), bei andern Formen möglicherweise kraft statutarischer Vorschrift. Gegenleistungen können ein Eintrittsrecht entwerfen. Doch führen diese Gegenleistungen beim Erwerb der Mitgliedschaft zu

⁶²⁾ AS 52, S. 143.

keinen andern Bedenken als die Leistungen, die kraft Mitgliedschaft erst später zu erbringen sind. Gewiss besteht der Grundsatz der offenen Tür nur um des einen Mitgliederrechts willen: Der bisherige Aussenseiter soll beim Erlass künftiger allgemeinverbindlich zu erklärender Vorschriften mitreden und mitstimmen dürfen. Die Mitgliedschaft erschöpft sich aber nicht in diesem einen Recht und überhaupt nicht in Rechten allein, sie umfasst regelmässig auch Pflichten. Der Grundsatz der offenen Tür schiesst zwar nicht an seinem Ziel vorbei, aber über sein Ziel hinaus. Der Aussenseiter hat ein Recht auf Eintritt; er muss aber beim Eintritt mit Gegenleistungen und Übernahme von Pflichten rechnen. Freilich wird der Verband solche Lasten nicht in einem prohibitiven Masse festlegen dürfen. An den Verband muss die Anforderung gestellt werden, die Aufnahme prinzipiell zu ermöglichen, ausserdem aber, den Eintritt nicht übermässig zu erschweren.

Wie aber, wenn z. B. der Verband seiner Rechtsform nach auf eine geschlossene Zahl von Mitgliedern eingestellt ist? Gerade die G. m. b. H. ist als Nebenleistungsgesellschaft für Unternehmerverbände geeignet. Wofern aber die AVE von Verbandsnormen an den Grundsatz der offenen Tür geknüpft ist, stösst die AVE von G. m. b. H.-Normen auf Schwierigkeiten, da die Gesellschaftsanteile zunächst in festen Händen sind, jedes neu eintretende Mitglied aber einen Gesellschaftsanteil erwerben muss.

Gerade am Grundsatz der offenen Tür wird klar, was bei jeder Betrachtung der AVE auffallen muss. Die AVE zieht Forderungen nach sich, die den Rahmen des gemeinhin geltenden Rechts, insbesondere auch des Privatrechts, sprengen. Die systemwidrige Kompetenz privater Verbände, am Erlass objektiven Rechts mitzuwirken, wie die systemwidrige Kompetenz der zur AVE befugten Behörde, objektives Recht nur auf Tätigkeit privater Verbände hin erlassen zu dürfen, hat allerorts ihre systemwidrigen Konsequenzen.
