

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:	89 (1970)
Artikel:	Die schweizerische Wirtschaftsverfassung
Autor:	Gygi, Fritz
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896019

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: 21.02.2026

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

DIE SCHWEIZERISCHE WIRTSCHAFTSVERFASSUNG

Referat von

Dr. FRITZ GYGI

Professor an der Universität Bern

INHALTSVERZEICHNIS

1.

Wirtschaftsverfassung der Handels- und Gewerbefreiheit oder Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik

1.1 Die Wirtschaftsverfassung der Handels- und Gewerbefreiheit	268
1.2 Die Wirtschaftspolitik der Wirtschaftslehre	271
1.3 Die Gesamtwirtschaftspolitik des Bundes	276
1.4 Die Wirtschaftspolitik nach den Richtlinien der Regierungspolitik	280
1.4.1 Binnenwirtschafts- und Außenhandelspolitik	281
1.4.2 Finanz- und Währungspolitik	283
1.5 Ausweitung auf eine Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik?	287
1.5.1 Die Grundentscheidung	288
1.5.2 Das «magische Viereck»	293
1.5.3 Die einzelnen Wirtschafts- und Sozialpolitiken	295
1.5.4 Zwecke und Mittel	298
1.5.5 Systematisierung der Instrumente	299
1.6 Zusammenfassung und Würdigung	302
1.6.1 Die traditionelle Rechtslehre	302
1.6.2 Die Wirtschaftspolitik der Volkswirtschaftslehre	304
1.6.3 Die praktische Wirtschaftspolitik	308

2.

**Die schweizerische Wirtschaftsverfassung
der Wirtschaftspolitik**

2.1 Zum Begriff der Wirtschaftsverfassung	309
2.2 Zum Inhalt der Wirtschaftsverfassung	309
2.2.1 Die Wohlfahrtsbestimmungen	309
2.2.2 Der ordnungspolitische Grundentscheid	314
2.2.3 Vollbeschäftigung	321
2.2.4 Strukturpolitik	323
2.2.5 Geld- und Währungspolitik	325
2.2.6 Finanz-, Fiskal- und Auftragspolitik	333
2.2.7 Außenwirtschaftspolitik	335
2.2.8 Infrastrukturaufgaben und andere wirtschaftspoliti- sche Zuständigkeiten	339
2.2.9 Arbeitsverfassung	342
2.3 Zur sozialen Frage	342
2.3.1 Sozialpolitik	344
2.3.2 Sicherheit	347
2.3.3 Die soziale Freiheit	348

3.

Sichtung und Schlussfolgerungen

3.1 Die Wirtschaftsverfassungskonzeption	356
3.1.1 Abkehr von der «staatsfreien Wirtschaft»	357
3.1.2 Marktorientierte Wirtschaftspolitik	357
3.1.3 Wirtschafts- und Sozialpolitik des Bundes	358
3.2 Die Handels- und Gewerbefreiheit in der Verfassung der Wirtschaftspolitik	360
3.2.1 Individualrecht	360
3.2.2 Stellung in der Wirtschaftsverfassung der Wirt- schafts- und Sozialpolitik	360
3.2.3 Kantonale Regelungen und Ausnahmen	363
3.3 Die Arbeitsverfassung	366
3.4 Grundsätze der Wirtschafts- und Sozialpolitik	370
3.4.1 Freiheitlichkeit	370
3.4.1.1 Veranstalteter Wettbewerb	371
3.4.1.2 Soziale Freiheit	373
3.4.1.3 In dubio pro libertate	375
3.4.2 Rechtsgrundsätze der Mittelauswahl	376

Die schweizerische Wirtschaftsverfassung	267
3.4.3 Stabilität und soziale Sicherheit	381
3.4.3.1 Stabilität	381
3.4.3.2 Soziale Sicherheit	382
3.4.4 Rechtsgleichheit	383
3.5 Demokratisch-föderativer Rechtsstaat und Wirtschaftsverfassung	385
3.5.1 Demokratie	385
3.5.2 Föderalismus	387
3.5.3 Rechtsstaat	388

Vorbemerkung

Es ließ sich nach dem Thema nicht vermeiden, auf wirtschaftswissenschaftliche Sachverhalte zu sprechen zu kommen. Ich bin daher Herrn Prof. Dr. HUGO SIEBER und seinem Assistenten Dr. G. BÄR zu Dank verpflichtet, daß sie das abgeschlossene Manuskript kurzfristig gelesen und mich auf Mißverständnisse aufmerksam gemacht haben. Darin ist nicht eingeschlossen, daß die beiden Herren die Darlegungen nationalökonomischer Provenienz unterschreiben wollten. Mein Assistent, Herr Fürsprecher A. JOST, erwies mir den Dienst, das Manuskript zu korrigieren und in mannigfacher Beziehung zu verbessern.

1.

**WIRTSCHAFTSVERFASSUNG DER HANDELS-
UND GEWERBEfreiHEIT ODER
WIRTSCHAFTSVERFASSUNG DER
WIRTSCHAFTSPOLITIK ?**

1.1

*Die Wirtschaftsverfassung der Handels-
und Gewerbefreiheit*

Die Handels- und Gewerbefreiheit in ihrer Bedeutung als Freiheitsrecht wird in der Regel als der Mittelpunkt der Wirtschaftsverfassung gesehen. Das muß man jedenfalls aus der herrschenden schweizerischen Rechtslehre schließen. Aus dem Gesichtskreis heraus, aus dem das Bundesgericht zu Fragen des Wirtschaftsverfassungsrechtes Stellung zu beziehen hat, kann es kaum zu einer andern Betrachtungsweise kommen. Es wird angerufen, wenn die individualrechtliche Bedeutung der Handels- und Gewerbefreiheit gegenüber kantonalen Eingriffen oder Maßnahmen geltend gemacht wird. Es befaßt sich mit Eingriffen kantonaler Provenienz in die Aufnahme oder Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Zwar sind mitunter Ansätze zu einer institutionellen Deutung der Handels- und Gewerbefreiheit zu erkennen, jedoch ohne nachhaltigen Einfluß. Vielfach wirkt die Begründung, die für ein institutionelles Verständnis der Handels- und Gewerbefreiheit gegeben wird – womit etwa im Zusammenhang mit dem Kartellrecht gemeint wäre, daß ein tatsächlicher Wettbewerbszustand herrschen soll –, wenig durchschlagskräftig¹.

¹ Überblick bei E. GRUNER, Die Handels- und Gewerbefreiheit und die schweizerische Wirtschaftsordnung, NZZ 1958 Nrn. 2363, 2371 und 2381.

Die Staatsrechtslehre sieht die Dinge beliebterweise in einer direkten Verbindung zwischen der rechtlichen Idee der Wirtschaftsverfassung und der (alt-liberalen) Vorstellung des Markt- und Gemeinwohlautomatismus². Die Rechtsprechung und die Rechtslehre sind vorwiegend damit befaßt, sich ein Urteil darüber zu bilden und Kriterien herauszuarbeiten, welche die Einschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit, die mit dem Prinzip vereinbar sind, von denjenigen scheiden, welche eine Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit in sich schließen. Das Ergebnis geht in der Richtung, daß Förderungsmaßnahmen im Unterschied zu Beschränkungen (Gebote, Verbote) trotz ihres wirtschaftspolitischen Charakters das Prinzip der Wirtschaftsfreiheit grundsätzlich nicht tangieren. Eingriffe und Verbote sind suspekter als Entwicklungshilfen. Daher stehen Förderungsmaßnahmen dem Bund und den Kantonen zu³.

Anders verhält es sich dagegen für die imperativen Maßnahmen. Der Form oder Erscheinung nach sind sie Vorschriften, welche die Zulassungsfreiheit oder die Ausübungsfreiheit betreffen, also den Bereich, den die Wirtschaftswissenschaft mikroökonomische Relationen des wirtschaftlichen Ablaufprozesses heißt. Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit dieser Art gelten als unverdächtig, wenn ihnen eine polizeiliche oder mindestens überwiegend polizeiliche Rechtfertigung zur Seite steht.

Demgegenüber laufen die nichtpolizeilichen, protektivistischen Maßnahmen auf eine prinzipiell verpönte Durchbrechung der Handels- und Gewerbefreiheit hinaus. Sie werden demzufolge den Ausnahmen im Sinne von Art. 31^{bis}

² FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 275; H. MARTI, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, S. 16 ff.; J. F. AUBERT, Traité de Droit constitutionnel suisse, S. 664 f.; FAVRE, Droit constitutionnel suisse, S. 348.

³ J. F. AUBERT, a.a.O., S. 682 f. Nr. 1917; H. THURNHERR, La mesure de politique économique au sens de l'art. 31^{bis} II de la Constitution fédérale, S. 54 ff.

Abs.3 BV zugeordnet und sind einzig unter den dort umschriebenen Voraussetzungen und nach Maßgabe bündesrechtlicher Regelung⁴ zulässig.

Über die Vereinbarkeit von beschränkenden Regelungen mit der Wirtschaftsfreiheit entscheidet danach (d.h. nach der Formulierung von BV 31^{bis} Abs.3 lit.a–c) weniger die äußere Erscheinungsform oder das angewandte Mittel (z.B. Preisvorschriften, Fähigkeitsausweis, Werbeverbote, Übernahmepflichten, Mengenbegrenzungen), als der Zweck der Maßnahme, mithin ob von polizeilicher oder ob von wirtschaftspolitisch-beschränkender und zugleich protektionistisch-privilegierender Zielsetzung geleitet⁵. Der beförderte Wohlfahrtszweck⁶ kennzeichnet die von der Handels- und Gewerbefreiheit abweichende Vorkehr, weil staatlich betriebene Wohlfahrt unnötig oder unerwünscht ist; das Wettbewerbsprinzip und das Gesetz von Angebot und Nachfrage sind es ja, welche nach dem Versprechen der altliberalen Idee das Gemeinwohl automatisch herbeiführen.

Die Erfahrung hat freilich ebenfalls gezeigt, daß von der instrumentalen Seite her gesehen eine Trennung nach marktkonformen und nicht marktkonformen Vorkehren – die Wirtschaftslehre hat diese Abgrenzung zugunsten der differenzierteren nach systemkonformen und systemwidrigen Maßnahmen aufgegeben⁷ – nicht rein vollziehbar ist. Bestimmte Eingriffe fallen vielmehr für polizeiliche und für wirtschaftspolitische Bestrebungen in Betracht. Je nach dem

⁴ Vorbehalten BV 31^{ter}.

⁵ H. MARTI, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, S. 29, 101 und 130; H. P. CHRISTEN, Die Wirtschaftsverfassung des Interventionismus, Diss. St. Gallen 1970, S. 243 ff. des Manuskriptes. O. K. KAUFMANN in «Staat und Wirtschaft», Festgabe für Hans Nawiasky, S. 39 ff.

⁶ Vgl. z. B. BGE 40 I 481.

⁷ E. TUCHTFELDT, Zur Frage der Systemkonformität wirtschaftspolitischer Maßnahmen, erschienen in: «Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen», Duncker und Humblot 1960, S. 203 ff., insb. S. 214 ff.

Ziel, das verfolgt wird, kann das gleiche Mittel die Wettbewerbsfreiheit verletzen oder nicht. Gewisse Instrumente dagegen können zum vorneherein kaum je andern als protektionistischen Zwecken dienen (z.B. Preisgarantien, Produktions- und Absatzkontingentierungen, Begrenzung der Anbauflächen, Übernahmepflichten nach sog. Leistungssystem).

Abschließend: Das Wirtschaftsverfassungsdenken der maßgebenden Staatsrechtslehre und der Staatsrechtspraxis kreist um die Handels- und Gewerbefreiheit in ihrer altliberalen Konzeption als Freiheitsrecht. Vorwiegend ist man mit der Frage befaßt, welche Eingriffe in die individuelle Wirtschaftsfreiheit eine Abweichung von diesem Verfassungsrecht implizieren. Wirtschaftspolizeiliche Maßnahmen sind unverdächtig, desgleichen wirtschaftspolitische, sofern sie nicht aufzwingbare Förderungsmaßnahmen beinhalten. Ausnahmeharakter haben dagegen die wirtschaftspolitischen Vorkehren, welche die individuelle Wirtschaftsfreiheit beeinträchtigen oder von ihr abweichen⁸. Wirtschaftspolitik im Rechtssinne wird als Krisen-, Kriegswirtschafts-, Not- oder jedenfalls Sonderrecht begriffen, eine Abirrung von der ordentlichen Wirtschaftsverfassung und zugleich ein Ärgernis, weil ein altüberliefertes und geschlossenes Rechts- und Systemdenken durchbrochen wird.

1.2

Die Wirtschaftspolitik der Wirtschaftslehre

Die Wirtschaftslehre geht von einem bedeutend weiteren Begriff der staatlichen Wirtschaftspolitik aus. Es können darunter prinzipiell alle Verhaltensweisen des Staates – durchaus nicht nur Eingriffe oder Vorkehren – gefaßt werden, welche Daten setzen, wirtschaftlich also relevant, im Gesamtkreislauf des Wirtschaftsgeschehens einzustellen

⁸ Vgl. BV 31 Abs. 2 und 31^{bis} Abs. 3.

oder von den privaten Unternehmern als Gegebenheiten in ihren Dispositionen einzukalkulieren sind. In solcher Sicht vermögen die rechtlich als wirtschaftspolizeilich und daher als einwandfrei geltenden Maßnahmen erhebliche wirtschaftspolitische Wirkungen zu entfalten. So kommt es für den Unternehmer wesentlich darauf an, welchen Arbeitnehmerschutzvorschriften oder Gewässerschutz- und Lufthygienebestimmungen er im Vergleich zu seinem Konkurrenten unterworfen ist⁹. Das kam sinnfällig im früheren Gewerbepolizeiartikel der Bundesverfassung zum Ausdruck¹⁰. Er ermächtigte den Bund, einheitliche Bestimmungen auf dem Gebiete des Gewerbeswesens aufzustellen¹¹, und zwar mit dem erklärten Zweck, auf diese Weise die kantonalen Verschiedenheiten und Wettbewerbsbenachteiligungen zu überwinden¹². Die mitunter dem Bundesgericht angekreidete Rechtsprechung über die Anforderung der Wettbewerbsneutralität in der Anlage polizeilicher Regelungen findet hierin die zutreffende Erklärung und zugleich Rechtfertigung¹³. Die polizeilichen Vorschriften sollen so ausgestaltet sein, daß sie keine Wettbewerbsverschiebungen oder Konkurrenzverzerrungen nach sich ziehen, selbst wenn deswegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen übergangen werden muß.

Intensiv seit der Weltwirtschaftskrise 1929–1933, welche die Zäsur mit dem klassischen Liberalismus herbeiführte, begann die konjunkturpolitisch orientierte Gesamtwirtschaftspolitik. Mit ihr zusammen entfaltete sich eine

⁹ Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates zum Arbeitsgesetz BBl 1960 II 910f., 914f., 923f., 965 ff.

¹⁰ BV 34^{ter} i. d. F. vom 7.10.1908.

¹¹ Bei der Überführung des früheren Art. 34^{ter} BV in Art. 31^{bis} Abs. 2 BV war in den Entwürfen das Wort «einheitlich» noch enthalten, ist dann jedoch in den Kommissionsberatungen gestrichen worden.

¹² Vgl. auch J. F. AUBERT, a.a.O., S. 639 Nr. 1774 und S. 679 Nr. 1904.

¹³ Statt vieler: BGE 95 I 334, 93 I 714, 91 I 462, wo der Ausdruck Wettbewerbsneutralität erscheint.

Wirtschaftslehre über die praktische Wirtschaftspolitik¹⁴. Die praktische Volkswirtschaftslehre hat längst einen Stand der Klärung und Festigung erreicht, der eine Verwertung ihrer Erkenntnisse für das Wirtschaftsverfassungsrecht angezeigt und fruchtbar erscheinen ließe. Die Gesamtwirtschaftspolitik der gemischt geheißenen Wirtschaftsordnung mit marktwirtschaftlicher Präferenz ist dabei weit über die konjunkturpolitische Steuerung hinaus gediehen, wofür die Weltwirtschaftskrise die Augen öffnete. Sie hat sich einer Mehrzahl gesamtwirtschaftlicher Zielsetzungen angenommen (Stichwort «magisches Vieleck oder Viereck») und die Methoden der Wirtschaftspolitik erarbeitet.

Für das rechtliche Verständnis dieser Wendung zur Gesamtwirtschaftspolitik ist die Abkehr von der Vorstellung eines ordre naturel am eindrücklichsten. Die allliberalen Vorstellungen waren gekennzeichnet durch das Fehlen förmlich postulierter oder stillschweigend anerkannter Makroziele¹⁵. Das Summum Bonum lag im System selbst und seiner Automatik beschlossen. Die heutige Gesamtwirtschaftspolitik entspringt demgegenüber der Erkenntnis und Erfahrung, daß das gemischte Wirtschaftssystem – und zwar ebenfalls im marktwirtschaftlich orientierten Bereich – der bewußten Lenkung auf seine Ziele bedürfe. Man setzt sich also Ziele und man verfolgt eine Zielrealisierungspolitik.

Welches die gesamtwirtschaftlichen Ziele des gemischten Wirtschaftssystems sind, ob sie von den Ökonomen

¹⁴ Vgl. z. B. K. SCHILLER, Wirtschaftspolitik, in Hwb d. Soz. Wiss., Bd. 12 1965, S. 210 ff.; G. GÄFGEN, Allgemeine Wirtschaftspolitik, in Kompendium der Volkswirtschaftslehre Bd. 2, S. 116 ff.; GERD VON EYNERN, Grundriß der politischen Wirtschaftslehre 1968, S. 191 ff.; E. TUCHTFELDT, Die volkswirtschaftliche Rahmenplanung im Widerstreit der Meinungen, in Weltwirtschaftliches Archiv 1965, S. 10 ff.; BR. S. FREY, Die ökonomische Theorie der Politik oder die neue politische Ökonomie (Eine Übersicht), erschienen in Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1970, S. 3 ff., insb. 5 f.

¹⁵ A. LOWE, Politische Ökonomik 1965, S. 45 f. und 58 f.

oder von den politischen Instanzen zu setzen sind, ist freilich nicht unstreitig. Gegenteils ist die Werturteilsdiskussion, die mit dem Namen von MAX WEBER verbunden ist, noch nicht abgeschlossen¹⁶. Sie dreht sich jedoch lediglich darum, ob sich der Wirtschaftswissenschaftler solcher Wertungen völlig zu enthalten habe – sofern er sich dessen überhaupt zu enthalten vermöge –, nicht darum, daß er allein sich als zuständig zu der Werturteilsfällung erachten wollte. Gegenteils wäre das mindestens zugleich eine politische Aufgabe, mithin eine rechtspolitische und mit der Verfassung verknüpfte. Man erkennt somit hier eine wesentliche Verbindungsline zwischen Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsverfassung oder Verfassung schlechthin.

An dieser Verbindungsstelle u.a. wird sich weisen müssen, ob die Verfassungsrechtslehre und die Rechtswissenschaft zu der rationalen Wirtschaftspolitik, d.h. zu ihrer rechtlichen Bewältigung etwas beizutragen haben oder nicht. Bisher haben sie nur den einen und recht unglücklichen Schritt getan, den nämlich, das Gespräch unter der Flagge der liberalen Planung aufzunehmen¹⁷. Deswegen wurde der Versuch, zu einer Wirtschaftsverfassung des sozialen Rechtsstaates oder der marktorientierten und sozialverpflichteten Wirtschafts- und Sozialordnung zu gelangen, gleich von Anbeginn ideologisch beschwert und belastet.

Wenn irgendwo jedoch von einer Krise der Rechtswissenschaft die Rede sein darf oder sein muß, dann im Gebiete des Wirtschafts- und Wirtschaftsverfassungsrechts. Sie liegt darin, daß übersehen wird, welchen schwierigen aber unerlässlichen rechtlichen Auftrag die rationale Wirtschaftspolitik des gemischten Wirtschaftssystems in sich schließt.

¹⁶ Vgl. z.B. HUGO SIEBER, Die Beziehungen zwischen Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Festschrift Marbach 1962, S.509ff. ; E. TUCHTFELDT, Zur Theorie der Wirtschaftspolitik, Entwicklungstendenzen und Probleme, Jahrbuch für Sozialwissenschaft 1959, S. 168 ff.

¹⁷ Der Verfasser bekennt sich mitschuldig.

Die Wirtschaftswissenschaft und die Wirtschaftspraxis werden die rationale Gesamtwirtschaftspolitik im gemischten System nicht deswegen preisgeben können – ohne die gewollte und unentbehrliche Wirtschaftsordnung unserer Zeit zu verfehlten –, weil das den Juristen nicht ins Konzept paßt¹⁸.

Mit der defensiven Ablehnung jeder Planung und dem globalen Vorhalt ihrer bedingungslosen Verwerflichkeit verschließt man sich dem Problem und bekundet sogar festen Halt im verbalen Liberalismus. Die rationale Wirtschaftspolitik spricht indessen die Vernunft und Erfahrung an und nicht die Gefühle. Sie will eine durchaus liberale Politik sein.

DIETRICH SCHINDLER hat aus seiner festen freiheitlichen Haltung heraus schon im Jahre 1931 in der im Anschluß an das Referat am schweizerischen Juristentag 1931 entstandenen Schrift über das Verfassungsrecht und die soziale Struktur (S. 150 ff.) auseinandergesetzt, daß eine Wirtschaftsfreiheit nicht durch Ausräumung staatlicher Schranken allein herbeigeführt wird¹⁹. Das hat die rationale Wirtschaftspolitik durch die Erfahrung bestätigt gesehen und daraus ihre Lehren und Methoden entwickelt. Für die Verfassungsrechtslehre gilt es hier anzuknüpfen. Dagegen soll nicht eine Änderung der liberalen Ordnung betrieben werden.

¹⁸ Die vorzügliche Studie von W. SCHAUMANN mit dem Titel «Der Auftrag des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Freiheitsrechte» in JZ 1970, S. 48 ff., insb. 52 unten, wäre mit einer Einschränkung zu versehen, wenn gemeint sein sollte, daß die Grundrechte der Wirtschaftsverfassung nicht auf die Anforderungen der rationalen Wirtschaftspolitik im gemischten Wirtschaftssystem einzustellen wären.

¹⁹ Vgl. auch W. KÄGI, Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848; ZSR 1952 I, S. 194 und 222 über die Aufgabe der Bereitstellung des sozialen Rechtsstaates.

1.3

Die Gesamtwirtschaftspolitik des Bundes

Auf wann zeitlich gesehen der Beginn einer bewußten Gesamtwirtschaftspolitik des Bundes – in Ablösung des früheren punktuellen Interventionismus und nach den Erkenntnissen der modernen Volkswirtschaftslehre – festzulegen ist, lässt sich nicht einfach bestimmen. Die Vorarbeiten zu den Wirtschaftsartikeln lassen davon wenig erkennen. Ansätze dazu haben sich aber bereits im Nationalbankartikel für die Kredit- und Währungspolitik deutlich niedergeschlagen²⁰. Ein weiterer Markstein wurde mit der Neuordnung des Finanzhaushaltes des Bundes 1958 gesetzt. Die Verankerung der kompensatorischen oder antizyklischen Finanzpolitik des Bundes bildete einen bedeutenden Schritt²¹. Daran ändert die zurückhaltende Formulierung der Verfassung nichts, wonach bei der Abtragung des Fehlbetrages der Bilanz des Bundes auf die Lage der Wirtschaft Rücksicht zu nehmen ist²². Es verflossen dann allerdings wiederum mehr als zehn Jahre, bis die konjunktur- und wachstumsgerechte Finanzpolitik des Bundes expliziteren Ausdruck im Finanzhaushaltgesetz fand²³, zugleich mit einem Anflug des Versuches einer bundesstaatlich-föderalistisch kooperierenden Haushaltspolitik²⁴.

In den sechziger Jahren setzt sich eine gezielte Gesamtwirtschaftspolitik stärker durch. Das äußert sich bei manigfachen Gelegenheiten (Kartellgesetz²⁵, Bundes-Finanz-

²⁰ Fassung 1951 mit der Beifügung in Abs. 3 des Art. 39 BV, wonach die Nationalbank eine dem Gesamtinteresse des Landes dienende Kredit- und Währungspolitik zu betreiben habe.

²¹ BBl 1958 I 545.

²² BV 42^{bis}; BBl 1957 I 545.

²³ BG über den eidgenössischen Finanzhaushalt vom 18.12.1968, AS 1969 I, S. 291 Art. 2 Abs. 3; ferner BBl 1968 I 471 ff., 477 f., 479.

²⁴ BG über den eidg. Finanzhaushalt Art. 29 f.; BBl 1968 I 502.

²⁵ BBl 1961 II 558 ff.

ordnung²⁶). Die Konsequenz erfährt freilich auch Unterbrechungen. Das Bestreben, die Nationalbank mit wirkungsvolleren Steuerungsmitteln auszustatten²⁷, schlug in das seltsame Währungskartell zwischen der Nationalbank und den Geschäftsbanken um. Der diskutable Verteidigungs einwand, es verstießen die vorgesehenen Maßnahmen (Mindestreserven, Kreditbeschränkungen) gegen die Verfassung, gebar statt der gesetzlichen Ordnung die wenigstens ver fassungsrechtlich eindeutig fragwürdige Vertragsregelung über die Kredit- und Währungspolitik. Dieser Fehlschlag dürfte zum Teil den unterschiedlich verdauten, volkswirtschaftlich jedoch positiv beurteilten²⁸ Konjunkturmaßnahmen 1964 zuzuschreiben sein (Baubeschluß, Kredit beschluß und ergänzende Maßnahmen mit einem damals versprochenen Anschlußprogramm, zu welchem die Erweiterung des Nationalbankinstrumentariums zu zählen gewesen wäre).

Die Einfügung einer AHV-Rentenerhöhung und einer Finanzierungsvorlage über das Nationalstraßenprogramm in eine konjunkturpolitische Sicht gelang ebensowenig (Referendum) oder schlecht²⁹.

Von nahezu der gesamten Prominenz der Volkswirtschaftslehre befürwortet, mußte in der jüngsten Zeit eine Wechselkursänderung des Schweizerfrankens im Anschluß an eine Aufwertung der D-Mark aus rechtlichen Gründen zum vorneherein außer Betracht fallen. Selbst wenn im Dringlichkeitsverfahren durchgeführt, ist und

²⁶ BBI 1969 II 557 ff.

²⁷ BBI 1968 II 254 ff., 301 ff.

²⁸ E. TUCHTFELDT, Wachstumsprobleme der schweizerischen Volks wirtschaft, Kieler Vorträge N.F. Heft 40/1965.

²⁹ F. GYGI, Wirtschaftsplanung in der Schweiz? in J. Kaiser: Planung I, S.178; wirtschaftspolitisch gesehen ist an den Abgaben ebenso wichtig, daß sie den Privaten Geld (Kaufkraft) weg nehmen, wie daß sie dem Staat Geld verschaffen: G. v. EYNERN, Theorie der politischen Wirtschaftslehre, S. 209 mit Verweisungen.

bleibt eine auf den formellen Gesetzgebungsweg angewiesene Paritätsänderung der Währung inoperabel, sofern man nicht mit der Wechselkurspolitik die Spekulation prämiieren möchte³⁰. Die Nachwirkungen des Schocks der Abwertung 1936 waren zur Zeit der Erneuerung des Münzgesetzes (1952) noch nicht überwunden³¹. Das gesamtwirtschaftliche Engagement der Währungs- und Wirtschaftspolitik des Bundes wurde in der unmittelbaren Nachkriegszeit, die sich nach Abbau des Kriegs- und Krisenwirtschaftsrechtes der Vollmachten sehnte, noch zu wenig stark als Zwangsläufigkeit verspürt. Die internationalen Verflechtungen der Währungen und die grenzüberschreitenden Ausstrahlungen fehlender monetärer Disziplin im Ausland sind erst in jüngerer Zeit sichtbarer geworden³².

Den vorläufigen Schlußpunkt der bewußten Gesamtwirtschaftspolitik setzt die Vorlage des Bundesrates über die Erhebung eines Exportdepots. Es handelt sich nur um eine der Maßnahmen, die gegenüber dem gegenwärtig (1969/1970) diagnostizierten konjunkturellen Pendelausschlag appliziert werden sollen. Die Exportbeschränkung stößt jedoch auf erbitterten Widerstand im Parlament³³.

Zwei Gesichtspunkte der Gesamtwirtschaftspolitik sind aus rechtlicher Sicht hervorhebenswert.

³⁰ Das Argument des Bundesrates gegen die Aufwertung, nämlich der irreversible Charakter, hängt damit zum Teil zusammen (BBl 1970 I 188, 197 f.; vgl. ferner BBl 1964 I 198 f.).

³¹ BBl 1949 I 521; Amtl. Bull. NR 1952, S. 463 ff.

³² H. SCHAFFNER, Konstanten der schweizerischen Wirtschaftspolitik, erschienen in «Arbeitgeberpolitik in der Nachkriegszeit 1948–1967», Bern (Stämpfli) 1968, S. 95.

³³ BBl 1970 I 185 ff.; die sich abzeichnende Rückweisung an den Bundesrat trägt alle Merkmale einer Alibitaktik. Man kann sich der Argumentation nicht verschließen, daß eine Inflationswelle anschwillt, möchte jedoch nach der Erfahrung 1964 als Parlament nicht unpopuläre Maßnahmen beschließen und greift daher zu der Verzögerung, damit die Verspätung als Entschuldigung dafür dienen kann, nichts mehr zu tun.

Die eindeutige und unbestreitbare Beweisbarkeit von volkswirtschaftlichen Fehlentwicklungen ist nicht gesichert, weder in den Ursachen noch im Ausmaß. Desgleichen fällt auf, daß die Wirkungen von Maßnahmen unterschiedlich beurteilt werden³⁴. Für das Konjunkturprogramm 1964 hieß es nachträglich, daß ihm der Erfolg versagt geblieben sei, daß es die Teuerung sogar verstärkt habe, oder daß die Abflachung der Konjunktur aus andern Gründen sich ohnehin durchgesetzt habe³⁵. Es läßt sich nicht ex post nachweisen, was sich ohne den Einsatz bestimmter Maßnahmen eingestellt hätte. Man kann die Tauglichkeit und den Erfolg immer in Frage stellen.

Der staatlichen Wirtschaftspolitik sollten sodann rasch einsatzfähige Reaktionsmittel gegenüber Fehlentwicklungen verfügbar sein. Sie sind nach Art und Ausmaß kaum völlig übersehbar und zum voraus zu bestimmen. Das demokratische Prinzip und das rechtsstaatliche Erfordernis der rechtssatzmäßigen Festlegung sind dadurch gleichermaßen betroffen³⁶. Die Gegner einer Gesamtwirtschaftspolitik haben es beträchtlich leichter auf der wirtschaftspolitischen und auf der rechtlichen Ebene³⁷, von der politischen Bühne nicht zu sprechen.

³⁴ G. v. EYNERN, a.a.O., S. 196, 205 f.

³⁵ Die Wirtschaftslehre und Wirtschaftsstatistik wird jedoch für sich in Anspruch nehmen, daß sie Aussagen über empirische Wahrheiten zu machen oder mindestens vertretbare Wahrscheinlichkeiten in Aussicht zu stellen in der Lage ist, obwohl keine kontrollierbaren Experimente durchgeführt werden können: vgl. G. GÄFGEN, a.a.O., S. 124; G. v. EYNERN, a.a.O., S. 282 ff.

³⁶ Auf diese rechtsstaatlichen Bedenken wies die Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Vorbereitung der Krisenbekämpfung und Arbeitsbeschaffung in aller Offenheit hin: BBI 1954 I, S. 572 ff.

³⁷ Vgl. K. EICHENBERGER, Leistungsstaat und Demokratie; Basler Universitätsreden, 62. Heft, S. 18 ff.

1.4

Die Wirtschaftspolitik nach den Richtlinien der Regierungspolitik

Eine gesammelte und geordnete Schau des wirtschaftspolitischen Gesamtkonzeptes hat der Bundesrat in den Richtlinien der Regierungspolitik ausgebreitet³⁸. Im Parlament sind gegen den bezüglichen Teil der Richtlinien der Regierungspolitik kaum grundsätzliche Einwendungen erhoben worden. Vielmehr wurde die Haltung der Regierung in der Frage der Wirtschaftspolitik repräsentativ als richtig befunden. Daran ist für unsren Zusammenhang eine wesentliche Feststellung zu knüpfen: Eine Gesamtwirtschaftspolitik des Bundes existiert als Tatsache. Sie kann nicht geleugnet oder als unerwünscht abgelehnt oder verworfen werden. In Frage zu stellen ist höchstens noch ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung. Von dieser Seite her allein wäre die betriebene Wirtschaftspolitik noch anfechtbar³⁹. Die Verfassungsrechtslehre hat sich mit ihr auseinanderzusetzen, sie weder unkritisch hinzunehmen und zu rechtfertigen noch doktrinär zu verwerfen.

Die Wirtschaftspolitik des Bundes wird den Zielen nach unter Berufung auf die Verfassung formuliert und zusätzlich in ökonomischer Richtung wie in sozialpolitischer Hinsicht in den Richtlinien des Bundesrates begründet⁴⁰:

Zur Hebung der materiellen Wohlfahrt sollen die Voraussetzungen für einen größtmöglichen Produktionsertrag geschaffen und dessen möglichst leistungsgerechte Verteilung, ergänzt durch eine sozialgerechte Verteilung, angestrebt

³⁸ BBl 1968 I, S. 1204 ff.

³⁹ In den Beratungen des Nationalrates ist die Bemerkung von SCHÜRMANN, dem eigentlichen Urheber dieser Richtlinien, gefallen, die generalisierende Umschreibung der Staatszwecke lehne sich zu stark an die Verfassung an (Amtl. Bull. NR 1968, S. 270 f.).

⁴⁰ BBl 1968 I 1223f.

werden. Staatspolitisch wird die Behauptung der (wirtschaftlichen) Unabhängigkeit und Eigenständigkeit hervorgehoben⁴¹. Damit wird auf die Landwirtschaftspolitik, aber auch auf die Abhängigkeit der Inlandswirtschaft von ausländischen Arbeitskräften und von ausländischem Kapital für die Investitionsfinanzierung angespielt⁴².

Für die praktische Volkswirtschaftslehre steigen solche Aufgabenstellungen der Gesamtwirtschaftspolitik in die Nähe der obersten Werte wie Freiheit und Gerechtigkeit und gelten als zu global, abstrakt oder gar inhaltsleer⁴³, von der Zurückhaltung der Wirtschaftswissenschaftler gegenüber Werturteilen ganz abgesehen⁴⁴. Für die rechtliche Fundierung sind solche Bezüge dagegen unausweichlich und zugleich aufschlußreich, trotz der zwangsläufigen inhaltlichen Unbestimmtheit.

1.4.1 Binnenwirtschafts- und Außenhandelspolitik

Die Richtlinien nehmen jedoch eine zusätzliche Verdeutlichung vor.

Für die Binnenwirtschaftspolitik wird ein nicht quantifiziertes Wachstumsziel verbunden mit konjunkturpolitischen Stabilisierungsbestrebungen genannt, ein Wachstum, das im außenwirtschaftlichen Gleichgewicht und unter Vollbeschäftigung der verfügbaren Arbeitskräfte verlaufen soll. Das außenwirtschaftliche Gleichgewicht wird ergänzt durch den Hinweis auf die Eindämmung der Inflationsgefahr (kalte Umverteilung des Volkseinkommens und

⁴¹ Vgl. auch BBl 1968 I 1215.

⁴² Vgl. E. TUCHTFELDT, Wachstumsprobleme der schweizerischen Volkswirtschaft, S. 11f. und 14f.

⁴³ Vgl. K. SCHILLER, a.a.O., S. 212; G. GÄFGEN, a.a.O., S. 128 ff. und 140 ff.

⁴⁴ Der damalige Vorsteher des Volkswirtschaftsdepartementes, Bundesrat Dr. h.c. H. SCHAFFNER, hat in seinem bereits zitierten Beitrag (S. 278 N. 32) unter dem Titel «Konstanten der schweizerischen Wirtschaftspolitik» eine instruktive und authentische Erläuterung gegeben.

Untergrabung des Nominalwertsparens, das für die Investitionsbedürfnisse des wachsenden Produktionsapparates nötig ist). Das Wachstum wird noch dahin spezifiziert, daß der Produktionsfortschritt (Rationalisierung und nicht Breitenwachstum) erreicht werden soll.

Instrumental verweisen die Richtlinien auf die Wettbewerbspolitik (Ordnungspolitik), die zu einem intensiveren Konkurrenzklima einerseits auf dem Weg über die Außenhandelsliberalisierung (verbunden mit der Förderung der internationalen Konkurrenzfähigkeit) und andererseits über die Kartellpolitik führen soll. Die Wahrung der Konsumenteninteressen haben die Kommission und das Bureau für Konsumentenfragen zu verstärken. Der Inflationsgefahr zu begegnen, wird der Finanz- und Notenbankpolitik anvertraut.

Die Forderung des Wachstums über den Infrastrukturausbau⁴⁵ kommt noch an andern Stellen zum Ausdruck (Verkehrs- und Energiewirtschaft, Bildung und Forschung).

In der sektoralen Wirtschaftspolitik (die hauptsächlich aber nicht allein die Landwirtschaft beschlägt) wird seit einiger Zeit versucht, von der Erhaltungs-⁴⁶ auf die Strukturverbesserungsintervention und die Anpassung an die Verbraucher- und Marktbedürfnisse (Preispolitik der Produktionslenkung und weniger der Einkommenssicherung) umzustellen; diese Entwicklungslinie wird in der laufenden Legislaturperiode fortgesetzt. Gesamtwirtschaftlich betrachtet hat die Landwirtschaftspolitik einerseits ein staatpolitisches Ziel als Bestandteil der Kriegsvorsorge und der Behauptung der Unabhängigkeit⁴⁷, und andererseits

⁴⁵ BBl 1968 I 1224.

⁴⁶ BV 31^{bis} Abs. 3 lit. b spricht von Erhaltung des Bauernstandes und einer leistungsfähigen Landwirtschaft; vgl. den vierten Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Lage der schweizerischen Landwirtschaft und die Agrarpolitik des Bundes: BBl 1969 I 389 ff., insb. 421 ff.

⁴⁷ BBl 1968 I 1215; vgl. auch BV 23^{bis} (Brotgetreideversorgung).

ist sie sozialpolitische Umverteilung⁴⁸ des Volkseinkommens zugunsten eines wichtigen Bevölkerungskreises.

Die Uhrenindustrie, in welcher sukzessive die Erhaltungsintervention in eine Anpassungsintervention und schließlich in eine bloße marktorientierte Regelung verwandelt wurde (Qualitätskontrolle), wird in den Richtlinien der Regierungspolitik nicht erwähnt, dagegen der Fremdenverkehr (Kurortsplanung).

Einen breiten Raum nimmt die Außenhandelspolitik ein (bilaterale und multilaterale Außenhandels- und Freihandelspolitik), eine Aufgabe, die in jedem Wirtschaftssystem einzig der Staat besorgen kann.

1.4.2 Finanz- und Währungspolitik

Die Wirtschaftspolitik bedarf der Ergänzung durch die Finanz- und Währungspolitik⁴⁹.

Die Finanzpolitik, in welcher die öffentliche Auftragsvergebung mitzubedenken ist, trägt der konjunkturellen Bedeutung der Steuern einerseits und der Ausgaben der öffentlichen Hand andererseits Rechnung. Über die öffentlichen Bedürfnisse (mit Einschluß der Infrastruktur) und die Sozialversicherungsträger (Umverteilung) fließen in entwickelten Ländern zwischen 20–30% des Volkseinkommens. Der wirtschaftspolitischen Wirkung der eigenen Einnahmen und Ausgaben kann sich das Gemeinwesen deshalb schlechterdings nicht entziehen⁵⁰. Hier gilt, daß Nichthandeln der Haushaltsträger – Verkennung oder Vernachlässigung der gesamtwirtschaftlichen Einflüsse der Haushaltspolitik etwa dadurch, daß sich die Finanzpolitik autonom vom Prinzip des sturen jährlichen Ausgleiches von Ausgaben und Ein-

⁴⁸ H. SCHAFFNER, a.a.O., S. 83 f., 95 ff.

⁴⁹ BBl 1968 I 1224, 1240 ff.; 1969 I 759 f., 769 f., 777 f.

⁵⁰ BBl 1968 I 477; vgl. W. EHRLICHER, Finanzwissenschaft (mit einem Abschnitt über die Wirkungen der Staatstätigkeit auf den Wirtschaftsablauf), im Kompendium der Volkswirtschaftslehre Bd. 2, S. 353 ff.

nahmen (Budgetausgleich) leiten ließe – wirtschaftspolitisches Handeln bedeutet.

Gleiches wäre zu sagen, wenn der Staat der Ausschaltung des Wettbewerbes durch privatrechtliche Absprachen (Kartelle) oder der fortschreitenden Geldentwertung tatenlos zusehe. In der Volkswirtschaftslehre ist für die Haushaltspolitik und vor allem für die Wettbewerbs- und Inflationsbekämpfungspolitik die Bezeichnung *liberale Intervention* geprägt worden⁵¹. Das will zunächst als ein Widerspruch in sich selbst erscheinen. Jedoch besagt der Ausdruck treffend, daß Nichthandeln genau so sehr eine wirtschaftspolitische Entscheidung bedeutet wie das Handeln. Das trifft gleicherweise außerhalb der Wettbewerbspolitik dort zu, wo der Staat mit dem Infrastrukturaufwand, den Steuern, Ausgaben und Aufträgen unvermeidlich Daten von gesamtwirtschaftlicher Relevanz setzt. Solche Daten können somit nur entweder bewußt, und zwar in Berücksichtigung einer bestimmten Wirtschaftsverfassungskonzeption, oder im Blindflug gesetzt werden.

Die Finanzpolitik kann wirtschaftspolitisch sowohl wachstumsgerecht als konjunkturausgleichend oder inflationshemmend eingesetzt werden⁵². Die Einflußkraft darf indessen auch nicht überschätzt werden. Der überwiegende Teil der Ausgaben des Haushaltes ist gesetzlich oder anderer Zwangsläufigkeiten wegen gebunden, so daß nur mit einem Bruchteil Wirtschaftspolitik betrieben werden kann⁵³.

Die direkten Steuern basieren auf Bemessungsjahren, die zwei Jahre zurückliegen. Sie werden bis vier Jahre später als die Realisierung des Einkommens bezogen. Für den kon-

⁵¹ E. TUCHTFELDT, Zur Frage der Systemkonformität wirtschaftspolitischer Maßnahmen, S. 211.

⁵² BBl 1968 I 477f., 1224, 1242; BG über den eidg. Finanzhaushalt vom 18.12.1968 Art. 2 Abs. 3 und 29.

⁵³ G. VON EYNERN, Grundriß der politischen Wirtschaftslehre, S. 182.

junkturpolitischen Einsatz sind diese Fristen verhältnismäßig lang⁵⁴. Daraus darf aber wiederum nicht geschlossen werden, die Finanz- und Haushaltspolitik sei deswegen für konjunkturelle Zwecke untauglich oder gar irrelevant.

Für die Kredit- und Währungspolitik ist vorab die Nationalbank zuständig, die zu der eigenen Kompetenz hinzu die Bundesbehörden in Währungsfragen zu beraten hat⁵⁵. Die Kredit- und Währungspolitik ist somit nicht an einer einzigen Stelle konzentriert. Gegenteils und zusätzlich beeinflussen neben den staatlichen Instanzen auf Grund eines bei Erlaß des Nationalbankgesetzes unbeachtet gebliebenen oder vernachlässigten Phänomens die Geschäftsbanken das Geld- und Kreditvolumen. Sie sind nach neueren Erkenntnissen der Wirtschaftslehre in der Lage, relativ autonom Kredit und Geld hervorzubringen⁵⁶. Damit sind die Geschäftsbanken gewissermaßen in eine öffentliche Aufgabe hineingewachsen, die zu kontrollieren mit der Revision des Nationalbankgesetzes bezweckt wurde. Das Unterfangen ist jedoch mißlungen. An dessen Stelle ist das getreten, was hier vor das Währungskartell geheißen wurde.

Nach der hergebrachten Auffassung wäre es ausschließlich Sache der Nationalbank, das Geldvolumen oder den Geldkreisumlauf dem Angebot von Gütern und Dienstleistungen anzupassen und damit der Stabilität der Währung nach innen wie nach außen zu dienen und ein angemessenes Wachstum zu ermöglichen. Die Geldversorgung der Wirtschaft ist an sich eine eminent öffentliche Aufgabe; «neutrales» Geld galt und gilt als eine Existenzbedingung der liberalen Marktwirtschaft⁵⁷. Die administrative Unabhän-

⁵⁴ BBl 1970 I 191.

⁵⁵ Art. 2 des Nationalbankgesetzes vom 23.12.1953.

⁵⁶ M. L. CATALAN, Die autonome Geld- und Kreditschöpfung der schweizerischen Banken; NZZ Nr. 169 vom 18.3.1969; BBl 1968 II 254 ff.

⁵⁷ G. VON EYNERN, Grundriß der politischen Wirtschaftslehre, S.71f.

gigkeit der Nationalbank gegenüber der Eidgenossenschaft ist historisch jedenfalls mit der Forderung erreicht worden, daß nur gesamtwirtschaftliche, also nicht andere als objektiv-wirtschaftliche Überlegungen für die Geldversorgung maßgebend sein sollten⁵⁸. Man befürchtete u.a., daß die politischen Behörden in bestimmten Konstellationen geneigt sein könnten, die Notenpresse zu betätigen, eine Überlegung, die der autonomen Geld- und Kreditschöpfung nicht so unähnlich sieht. Die Notenbank beherrscht den Geldumlauf und das Kreditpotential nicht mehr allein, wenn es neben ihr ins Gewicht fallende autonome Geld- und Kreditquellen gibt. Das bedeutet für die Währungsstabilität ein wichtiges Faktum.

Die Kredit- und Währungspolitik der Nationalbank beschlägt gesamtwirtschaftlich gesehen die konjunkturelle Entwicklung, das Wachstum, die Inflation und das außenwirtschaftliche Gleichgewicht⁵⁹.

Das Erfordernis der Unabhängigkeit der Zentralbank ist übrigens einer Denkweise entsprungen, welche der wechselseitigen Verflechtung der gesamtwirtschaftlichen Vorgänge und überhaupt der wirtschaftspolitischen Verantwortung des Gemeinwesens noch nicht die Bedeutung zumaß, die man heute anerkennen muß⁶⁰. Sie hat aber fernerhin einen guten Sinn, wenn man beachtet, daß konjunktur- und währungspolitische Einwirkungen nicht populär sind und sich mit ihnen nicht Wahlen machen lassen. Die relative organisatorische Unabhängigkeit hindert zudem die Zusammenarbeit mit andern für die Gesamtwirtschaftspolitik verantwortlichen Instanzen nicht.

⁵⁸ W. BURCKHARDT, Kommentar der BV, S. 334 f.

⁵⁹ BBl 1968 I 1244 ff.; 1968 II 253 ff.

⁶⁰ Vgl. dazu auch G. von EYNERN, Grundriß der politischen Wirtschaftslehre, S. 214 ff.; O. PFLEIDERER, Die Notenbank im System der wirtschaftspolitischen Steuerung, erschienen in Planung III, S. 423 ff.

So präsentiert sich in groben Zügen das Bild, das die Richtlinien des Bundesrates über die Wirtschaftspolitik sowie die Finanz- und Währungspolitik zeichnen.

1.5

Ausweitung auf eine Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik?

Die bewußt summarische und lückenhafte Skizzierung der Wirtschaftspolitik des Bundes wird vor der kritischen Volkswirtschaftslehre nicht bestehen können. Ich bilde mir auch nicht ein, wirtschaftswissenschaftliche Kenntnisse vermitteln zu können. Bezeckt wird mit diesen Hinweisen lediglich, gegenständlich von der Notwendigkeit einer Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik statt einer Wirtschaftsverfassung der Handels- und Gewerbefreiheit zu überzeugen. Dazu wurde der Weg über die Rechts-tatsachen beschritten mit den Einsichtmöglichkeiten, über die der Verfasser als Jurist verfügt.

Wichtig war einzig, eine einigermaßen substanzierte Begründung dafür zu geben, warum die These oder die tendenzielle Befürwortung einer «staatsfreien Wirtschaft» kein Wirtschafts- und Wirtschaftsverfassungsrecht zutage fördern wird, das der Wirklichkeit etwas zu bieten hat. Es sollte nur eine Andeutung davon gegeben werden, daß eine umfangreiche und differenzierte Gesamtwirtschaftspolitik existiert, die ihre Ursachen hat. Zu dieser Gesamtwirtschaftspolitik gehört u.a. eine Wettbewerbspolitik, welche die marktwirtschaftliche Entfaltung zu befördern trachtet. Ohne Kenntnisnahme und Auseinandersetzung mit der praktischen Wirtschaftspolitik und der Lehre über die praktische Wirtschaftspolitik, nur mit dem Wunsch, daß es der gleichen nicht geben sollte, wird die Problematik rechtlich nicht bewältigt.

Manches konnte überhaupt nicht zur Sprache gebracht, geschweige denn vertieft werden. Nicht ohne Bedauern

mußte weggelassen werden und soll daher vermerkt sein, daß die Kategorien Ziel/Mittel nicht so einfach auseinanderzuhalten sind, wie es nach gewissen gefallenen Äußerungen den Anschein haben möchte⁶¹. Ziele volkswirtschaftlicher Art – beispielsweise der Produktivitätsfortschritt durch Wettbewerb – können in rechtlicher Sicht anders als in ökonomischer bewertet werden. Die Wettbewerbsmöglichkeit etwa hat in unserer Verfassungsordnung einen rechtlichen Eigenwert als Zustand der wirtschaftlichen Entfaltungschance⁶², selbst wenn – was allgemein verneint wird – der Zwang der Planwirtschaft bessere Produktivitätserfolge zeitigen könnte.

Doch zurück zu den Darlegungen über die im Bund praktizierte Wirtschaftspolitik. Sie läßt sich ohne weiteres in das im ganzen gesehen doch erfreulich geschlossene Bild der Lehre über die praktische Volkswirtschaftspolitik einfügen.

1.5.1 Die Grundentscheidung

Nach den Richtlinien der Regierungspolitik steht der größtmögliche Produktionsertrag mit einer möglichst leistungsgerechten aber auch einer sozialgerechten Verteilung dieses Ertrages voran⁶³. Zur Hebung des Volkswohlstandes hinzu treten staatspolitische Ziele (Behauptung der Unabhängigkeit und Selbständigkeit).

Hier läßt sich einmal der **ordnungspolitische Grundsatzentscheid** einfügen, der in der Wirtschaftslehre auf ein gemischtes Wirtschaftssystem lautet. Diese Mischung wird so umschrieben, daß die Marktwirtschaft (Verkehrswirtschaft) mit gemeinwirtschaftlichen, sozialpoliti-

⁶¹ G. VON EYNERN, Grundriß der politischen Wirtschaftslehre, S. 21f.; K. SCHILLER, Wirtschaftspolitik, Hwb d. Soz. Wiss. 12. Bd. 1965, S. 212; G. GÄFGEN, Kompendium der Volkswirtschaftslehre, S. 125f. und 128f.

⁶² Vgl. E. HOPPMANN, Workable Competition (funktionsfähiger Wettbewerb) in ZBJV 1966, S. 253.

⁶³ BBl 1968 I 1223f.

schen oder verwaltungswirtschaftlichen Elementen verbunden sei⁶⁴.

Der Gedanke ist in der Rechtswissenschaft von W.R. SCHLUEP aufgenommen und verfeinert worden. SCHLUEP knüpft an die Voraussetzungen der arbeitsteiligen Wirtschaft an, die eine Vielzahl von einzelnen Wirtschaftssubjekten (Einzelhaushalte oder Einzelpläne) kennt, die der gesamtwirtschaftlichen Koordination bedürfen. Das Zusammenspiel wird danach durch Wettbewerb, kollektive Absprache oder Plan erreicht⁶⁵; gemischt sind folglich die Formen oder Techniken der Koordination. Die Anschrift «gemischtes System» läßt glauben, es entstehe aus einem Kompromiß oder einem Verschnitt reiner Systeme. Diese reinen Systeme wären die vollkommene Marktwirtschaft oder der vollständige Wettbewerb einerseits und die perfekte Zentralverwaltungswirtschaft andererseits. Es ist zum mindesten mißlich, ein Wirtschaftssystem aus einer Verbindung zwischen einem ideal-typischen aber nicht verwirklichungsfähigen Gedankenmodell und einer unerwünschten Ordnung herstellen zu wollen.

Mit der gemischten Wirtschaftsordnung verwandt ist die Kennzeichnung als offene Ordnung. Offen wäre innerhalb gewisser Schwankungsbreiten anscheinend die Annäherung an das eine oder andere der beiden vermerkten Extremmodelle. Offen kann aber auch bedeuten, daß die Verfassung sich nicht auf eine bestimmte Ordnung festgelegt oder sich zu keinem der reinen wirtschaftstheoretischen Modelle bekannt habe. So wird für die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland angenommen, daß sie nicht für das neoliberale System der sozialen Marktwirt-

⁶⁴ K. SCHILLER, a.a.O., S. 211 und 213; G. VON EYNERN, a.a.O., S. 111, 206 f., 237 f.; G. GÄFGEN, a.a.O., S. 182 f.

⁶⁵ W. R. SCHLUEP, Was ist Wirtschaftsrecht? Festschrift Hug, S. 25 ff., insb. 69 ff.; E. TUCHTFELDT, Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung? (im Erscheinen begriffen).

schaft⁶⁶ optiert habe. Die wirtschaftspolitische Neutralität liege also darin, daß die Verfassung sich für kein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden habe.

Der Verzicht der Verfassung darauf, sich ein bestimmtes wirtschaftstheoretisches System zu eigen zu machen, tut nichts zur Sache, solange diese Ordnungsvorschläge vorab als Gedankenmodelle zur Erfassung der wirtschaftlichen Vorgänge dienen und deshalb eigentlich nur didaktischen Charakter haben. Für die Verfassungsfrage kommt es auf die realen Systeme an⁶⁷.

Alle jene Kennzeichnungsversuche sind schon im Ansatz ungenügend, weil sie einer Festlegung auf eine Ordnung weitgehend ausweichen. Sie laufen damit dem Sinn des Verfassungsdenkens zuwider. Die Verfassung soll doch wohl einem Sozialbereich ein Halt sein, also ihm eine, wenn auch allgemeine Richtung geben. Zwar ist die Meinung der Verfassung nicht adäquat, die glaubt, daß es die Bestimmung von Verfassungsregelungen sei, den künftigen Weg auf eine einzige Fährte festzulegen. Daher kann den parlamentarischen Tendenzen, die Ausführungsgesetzgebung bereits anlässlich der Beratung der Verfassungsvorschrift vorgelegt zu bekommen, nicht genug begegnet werden. Wenn mit der offenen Wirtschaftsverfassung bloß das gemeint sein sollte, daß unter ihrer Geltung mehr als eine einzige Ausführungsregelung Unterschlupf finde, und der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ein Spielraum eröffnet sei, so ist damit nicht viel mehr gesagt als für die Verfassung überhaupt gelten muß. Man kann sogar nach den Erfahrungen ausländischer Verfassungsgerichtshöfe einräumen, daß für die Wirtschaftsverfassung eine vermehrte Beweglichkeit in der ein-

⁶⁶ Die soziale Marktwirtschaft ist nicht mit dem sozialen Rechtsstaat zu verwechseln, sondern vor allem von der Idee der Bekämpfung kollektiver und monopolistischer Wettbewerbsbeeinträchtigungen geleitet, und zwar in Richtung auf die funktionsfähige Konkurrenz (G. GÄFGEN, a.a.O., S. 180 f.).

⁶⁷ G. VON EYNERN, a.a.O., S. 284; G. GÄFGEN, a.a.O., S. 170 ff.

fachen Gesetzgebung geboten sein kann⁶⁸. Einmal stellt sich aber dann doch die Frage, wo Offenheit in Verfaßtheit übergehen muß. Man erwartet von der Verfassung legitimerweise, daß sie Orientierungs- und Haltepunkte setzt, wie schwer die Konkretisierung ihrer Aussagen mitunter auch fallen mag.

Die in den Richtlinien der Regierungspolitik⁶⁹ vorangestellte wirtschaftspolitische Grundhaltung kann in eine positive Aussage gefaßt werden, freilich nicht jenseits des Vorwurfs einer immer noch beträchtlichen Unbestimmtheit. Ein Fortschritt kann jedoch darin gesehen werden, daß eine Festlegung versucht wird, die eher als Auslegungshilfe dienen kann als die These von der Offenheit in Zeit, Raum und Gegenstand.

Den nachfolgenden Erörterungen wird – das ist gemeint – die aus dem Konzept der Gesamtwirtschaftspolitik des Bundes gefolgte Annahme unterstellt, der soziale Rechtsstaat habe den verbindlichen Auftrag, eine marktorientierte und sozialverpflichtete Wirtschafts- und Sozialordnung zu verwirklichen⁷⁰. Die soziale Verpflichtung ist dabei nicht als bloße veredelte Armenfürsorge gemeint, als Beiwerk, das den liberalen Gehalt abschwächt oder verfälscht. Mit ihr ist vielmehr die Wechselbeziehung zwischen Wirtschaftsfreiheit und Rechtsgleichheit, zwischen verbaler und realer Freiheit angesprochen. Die «liberté» bedingt nach RAYMOND ARON die «capacité», sich ihrer zu bedienen⁷¹. Es liegt darin der Gedanke, daß die Ausübung der Wirtschaftsfreiheit einer ökonomischen Basis und eines gewissen Grades von Stabilität und

⁶⁸ LEIBHOLZ/RINCK, Grundgesetz, Kommentar 3. Aufl., S. 74f.

⁶⁹ BBI 1968 I 1223.

⁷⁰ Vgl. W. KÄGI, Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848, ZSR 1952 I 194 und 222.

⁷¹ R. ARON, *Essai sur les libertés*, 1966, S. 210 ff.: «être libre de faire quelque chose et être capable de faire quelque chose sont deux notions radicalement autres».

Sicherheit bedarf, ohne die Freiheit leere Deklamation bleibt⁷².

Die Wirtschaftspolitik des marktorientierten und sozialverpflichteten Staates bezweckt einmal ein rationales Verhalten – also ein möglichst einheitliches widerspruchsfreies Handeln – in der gesamtwirtschaftlich relevanten Wirksamkeit des Gemeinwesens (Finanz- und Fiskalpolitik, Auftragsvergabe, Infrastruktorentwicklung). Sie befleißigt sich ferner und zugleich einer gezielten Beeinflussung des privatwirtschaftlichen Sektors auf die gesamtwirtschaftlichen und sozialpolitischen Fixierungen hin. Angesichts der Wechselwirkungen innerhalb der gesamtwirtschaftlichen Kräfte wäre es zum vornehmerein eine – wiederum von der reinen «anti-Haltung» emotionell beeinflußte – Verengung, nur das staatliche Wirken in die Gesamtkonzeption einbeziehen zu wollen.

Von der Sache her gesehen ist nämlich nicht gesagt, daß die Ansetzung der Maßnahmen beim Staat allein in der Wirkung auf die Privaten freiheitlicher oder milder wäre. Nicht die Voreingenommenheit muß wegleitend sein, sondern das Ziel; innerhalb desselben hat die rechtsstaatliche Vertretbarkeit der Mittel, verbunden mit dem sachgerechten Anknüpfungspunkt voranzugehen.

⁷² R. ZIPPELIUS, Allgemeine Staatslehre 1969, S. 223 ff.; D. SCHINDLER, Verfassungsrecht und soziale Struktur 1950, S. 152 f.; M. DUVERGER, Institutions politiques et Droit constitutionnel 1965, S. 211 ff.; H. ZACHER, Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland; Beiheft 9 der Zweimonatsschrift Politische Studien 1968, S. 46 ff.; H. ZACHER, Freiheitliche Demokratie, S. 113 ff., 201 ff.; H. SCHOLLER, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit; Schriften zur Rechtstheorie Heft 16/1969, S. 17 ff. und 101 f.; G. GÄFGEN, a.a.O., S. 147 f.; H. RYFFEL, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie, S. 468 ff. insb. 475 ff.

1.5.2 Das «magische Viereck»

In der praktischen Volkswirtschaftslehre erfährt die ordnungspolitische Grundentscheidung⁷³ eine Detaillierung. Das «magische Viereck» stellt die zur Zeit repräsentativste Vorstellung eines Programmes der Wirtschaftspolitik dar. Es ist in der Bundesrepublik Deutschland in Gesetzesform überführt worden⁷⁴. Das «magische Viereck» ist normativ im Einleitungsartikel des Stabilitätsgesetzes so formuliert:

«Bund und Länder haben bei ihren wirtschafts- und finanzpolitischen Maßnahmen die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichtes zu beachten. Die Maßnahmen sind so zu treffen, daß sie im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung gleichzeitig zur Stabilität des Preisniveaus, zu einem hohen Beschäftigungsgrad und außenwirtschaftlichem Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum beitragen.»

Wenn man eine knappe Zusammenfassung der Ziele, welche nach den Richtlinien der Regierungspolitik für die Wirtschafts-, Finanz- und Währungspolitik anvisiert werden, hätte geben wollen, so könnte sie inhaltlich kaum anders lauten als die zitierte Bestimmung des Stabilitätsgesetzes⁷⁵.

Das «magische Viereck» enthält somit die Elemente:

- stabiles Preisniveau (Währungsstabilität nach innen; Inflationsbekämpfung)
- Ausgleich der Zahlungsbilanz (außenwirtschaftliches Gleichgewicht)
- gleichmäßige und hohe Beschäftigung der Arbeitskräfte und Auslastung der Produktionskapazitäten (konjunkturpolitische Stabilität)

⁷³ Vgl. 1.5.1.

⁷⁴ Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8.6.1967; die aus dem Stabilitätsgesetz hervorgegangene Rechtsliteratur kann hier nicht zusammengestellt werden (vgl. immerhin STERN/MÜNCH, Kommentar zum StabG, Stuttgart 1967; K. STERN, Grundfragen der globalen Wirtschaftssteuerung, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e.V. Berlin Heft 34/1969).

⁷⁵ Vgl. BBl 1968 I 1224 ff., 1240 ff., 1244 ff., 1246.

– angemessene Förderung des Wachstums der Gesamtwirtschaft i.S. einer Steigerung des realen *per capita* Sozialproduktes (Wachstumspolitik); nicht der nominelle Zuwachs bedeutet Wachstum, denn er röhrt von Preissteigerungen (Geldentwertung) her⁷⁶.

Magisch heißt das Viereck^{76a}, weil die genannten Ziele nur relativ und nicht gleichzeitig voll verwirklicht werden können, selbst wenn sie gesetzlich verankert sind. Es entstehen gegenteils mannigfache Zielkonflikte und Zielreibungen⁷⁷. Der praktischen Volkswirtschaftslehre daraus von juristischer Warte einen Vorwurf zu machen, wäre billig und unklug. Welche Verfassungsgrundsätze und allgemeinen Rechtsgrundsätze gelten absolut, uneingeschränkt und bedürfen nicht der gegenseitigen Ausgleichung und Synthese? Die Volkswirtschaftslehre ist sich der Gegensätzlichkeit der Anliegen bewußt. Sie bescheidet sich mit den wirtschaftspolitischen Theorien des Zweitbesten⁷⁸ und ist pragmatisch bestrebt, mit den Problemen der Wirtschaftspolitik besser fertig zu werden, als es bisher möglich war⁷⁹. Nach ihr sind die Vergleiche nicht zu ziehen zwischen vollkommenen Märkten und unvollkommenen Regierungen oder unvollkommenem Marktsystem und rationalem wohl-

⁷⁶ Schätzungen im März 1970 für 1969: Bruttosozialprodukt 79 850 Mio. Fr. Steigerung gegenüber 1968 um 7,9 % nominell (Zuwachsraten 1968 7,6%). Realer Zuwachs gegenüber 1968 um ca. 5,2% (Vorjahr 4%), NZZ Nr. 106 vom 5.3.1970.

^{76a} Unter Einschluß des Ziels der Verteilungsgerechtigkeit wird neuestens von einem magischen Fünfeck oder gar – mit Einbezug weiterer Elemente – von einem magischen Polygon gesprochen (H. G. SCHACHTSCHABEL, Wirtschaftspolitische Konzeptionen, 1967, S. 23 f.).

⁷⁷ P. BAUMGARTNER/W. MÜCKL, Wirtschaftspolitische Zielkonflikte in der Bundesrepublik Deutschland, S. 14 f., 56 ff.; G. VON EYNERN, a.a.O., S. 195 f., 216 f., 233; G. GÄFGEN, a.a.O., S. 129 f., 149 f.; K. SCHILLER, a.a.O., S. 226 f.

⁷⁸ G. GÄFGEN, a.a.O., S. 136.

⁷⁹ E. TUCHTFELDT, Weltwirtschaftliches Archiv 1965, S. 26.

tätigem Staat; zur Bewältigung stehen vielmehr notwendigerweise unvollkommene Situationen, denen mit doktrinären Ideologiepositionen nicht beizukommen ist⁸⁰.

1.5.3 Die einzelnen Wirtschafts- und Sozialpolitiken

Mit dem «magischen Viereck» ist die Wirtschaftspolitik der marktorientierten und sozialverpflichteten Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik noch zu unvollständig umrissen. Trotz den Vorbehalten, die gegenüber den Ziel/Mittel-Einteilungen anzubringen sind, gehen die verdeutlichenden Unterteilungen der Wirtschaftslehre von durch Ziele bestimmten Wirtschafts- und Sozialpolitiken aus. Noch divergieren von Autor zu Autor die Schemata oder ergeben sich Unterschiede aus dem kleineren oder größeren Grad der Verfeinerung. Es kann sich nachstehend nur darum handeln, den nötigen Überblick für den Bedarf der Entwicklung einer Verfassung der Wirtschaftspolitik zu gewinnen. Überschneidungen innerhalb der Übersicht und mit dem «magischen Viereck» sind unvermeidlich. Das Bemühen, um der rechtlichen Klärung willen in ein fremdes Sachgebiet einzudringen, bleibt ein Wagnis, so daß tunlichste Zurückhaltung geboten erscheint.

Ordnungs- oder Systempolitik

Gemeint ist vor allem die Wettbewerbspolitik, obwohl sie allein nicht das System der marktorientierten und sozialverpflichteten Wirtschaftskonzeption ausmacht. Grundlage bilden die Gewerbefreiheit (Zulassungsfreiheit) und in Verbindung damit die Vertragsfreiheit oder Privatautonomie (Ausübungsfreiheit) sowie das Privateigentum. Aus ihnen heraus soll nach überwiegender Auffassung nicht ein vollkommener, wohl aber ein funktionsfähiger Wettbewerb entwickelt werden.

⁸⁰ Formulierungen in dankenswerten volkswirtschaftlichen Informationen von Prof. H. G. BIERI an den Verfasser.

Die Eigentumspolitik befaßt sich mit der breiten Streuung des Privateigentums⁸¹ und der Sparförderung.

Wo Ordnungspolitik richtigerweise ganzheitlich begriffen wird, stellt sich bereits hier die Anforderung der materialen Freiheit und werden Gerechtigkeitsanliegen (sozialer Friede und Machtausgleich) eingeführt⁸². Nach andern Konzeptionen werden diese Gesichtspunkte erst im Zusammenhang mit der Einkommens- und Verteilungspolitik aufgeführt (sozialgerechte Verteilung nach den Richtlinien der Regierungspolitik, die insoweit den Zusammenhang mit den ökonomischen Bedingungen der Freiheitsausübung übersehen, als sie die sozialgerechte Verteilung als Einschränkung der leistungsgerechten Verteilung auffassen⁸³).

Prozeß- oder Ablaufpolitik

Konjunktur- und Wachstumspolitik.

Krisenverhütung und Vollbeschäftigung (Strukturelle Arbeitslosigkeit ist Gegenstand der Strukturpolitik in einzelnen Wirtschaftszweigen, wo sie branchebedingt auftritt).

Strukturpolitik

Infrastrukturverbesserung (Zusammenhang mit Wachstumsförderung).

Sektoral- oder Branchenpolitik⁸⁴ (Interventionismus).

Mittelstands- und Landwirtschaftspolitik, Krisenindustrien.

Regionalpolitik⁸⁵.

Einkommens- und Verteilungspolitik

Die Volkswirtschaftslehre unterscheidet in Primärverteilung des Einkommens und Sekundärverteilung oder Umverteilung.

⁸¹ Konzept des persönlichkeitsbezogenen Eigentums nach dem Vorschlag von A. MEIER-HAYOZ (ZGBR 1964, S. 8f. und 22f.).

⁸² G. GÄFGEN, a.a.O., S. 146 ff.

⁸³ BBI 1968 I 1223.

⁸⁴ BV 31^{bis} Abs. 3 lit. a und b.

⁸⁵ BV 31^{bis} Abs. 3 lit. c.

Die Primärverteilung des Volkseinkommens (UnternehmergeWINN, Lohn, Zins) ergibt sich unmittelbar aus dem Wirtschaftsprozeß (z.B. gesetzliche Arbeitszeiten⁸⁶, Gesamtarbeitsvertragspolitik⁸⁷). Nicht berührt wird in der Regel die Beziehung zwischen Unternehmer und Verbraucher, offenbar weil Anknüpfungspunkt der Anteil am Volkseinkommen ist.

Die Sekundärverteilung oder Umverteilung vollzieht sich über staatliche Maßnahmen (Steuerprogression, Sozialleistungen und Sozialversicherung, staatliche Zuschüsse an Sozialversicherungen, Renten-Beitragssystem der Sozialversicherungen, Gruppenprotektionismus, Subventionen).

Die Umverteilung wird in der Regel mit Sozialpolitik identifiziert. Das ist dort nur bedingt zutreffend, wo wegen der Ausgangssituation keine gerechte Primärverteilung zu stande kommt. Das Gewährenlassen der Inflation etwa läuft auf Umverteilung hinaus, aber nicht auf soziale, sondern kalte Umverteilung⁸⁸.

Bei GÉRARD GÄFGEN⁸⁹ findet sich eine bemerkenswerte Gliederung nach Produktionszielen (reales Wachstum, optimale Effizienz), Verteilungszielen (Gleichbehandlung, Gleichheit der Chancen, Leistungsgerechtigkeit, Bedarfsgerechtigkeit, ausgleichende Gerechtigkeit), Sicherungszielen (Stabilisierung von Beschäftigung, Geldwert, Vermeidung von Strukturkrisen, soziale Sicherheit) und Ordnungszielen (Freiheitlichkeit, sozialer Friede, Macht-

⁸⁶ Die harte Auseinandersetzung um die Höchstarbeitszeit im Arbeitsgesetz war nicht ein Ringen um die Verbesserung des Gesundheitsschutzes, sondern ein Seilziehen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden um die Primärverteilung (BBl 1960 II 965ff.). So spielt sich unterhalb der Verfassung und von den Juristen oft unbemerkt eine eminent wirtschaftspolitische Entscheidung über eine einzelne Gesetzesvorschrift ab.

⁸⁷ BV 34^{ter} lit. c.

⁸⁸ BBl 1970 I 187; 1964 I 189 ff.

⁸⁹ G. GÄFGEN, Kompendium der Volkswirtschaftslehre Bd. 2, S.132 ff.

ausgleich). Es muß bei diesem Hinweis und den erläuternden Stichworten sein Bewenden haben.

1.5.4 Zwecke und Mittel

Abschließend ist auf die instrumentale Technik der Wirtschaftspolitik kurz einzugehen.

– Gesetzgebung über Kartelle und ähnliche Organisationen wie marktmächtige Unternehmungen.

Hervorstechender Zweck: Produktivitäts- und Wachstumsförderung.

– Fiskal- und Finanzpolitik mit Einschluß der Vergabe von öffentlichen Aufträgen.

Hervorstechende Zwecke: Konjunkturausgleich, Wachstumsförderung.

– Kredit- und Währungspolitik (binnenwirtschaftlich: Liquiditätssteuerung, außenwirtschaftlich: Wechselkurspolitik).

Hervorstechender Zweck: Konjunkturausgleich.

– Infrastrukturausbau⁹⁰, Forschungs- und Bildungsförderung.

Hervorstechender Zweck: Wachstumsförderung.

– Außenwirtschaftspolitik⁹¹.

Hervorstechende Zwecke:

Exportförderung: Wachstumspolitik.

Importliberalisierung: Belebung der Inlandskonkurrenz.

Die vorstehende Klassifizierung gibt die in der Wirtschaftswissenschaft in den Vordergrund gestellten Typen von Mitteln wieder. Das Instrumentarium ist jedoch nicht abschließend eingrenzbar. Zumal hinsichtlich der Strukturpolitik wäre der ganze Werkzeugkasten des Interventionismus auszubreiten⁹². Aber auch innerhalb der Gesamtwirt-

⁹⁰ BBl 1968 I 1224.

⁹¹ H. SCHAFFNER, Konstanten der schweizerischen Wirtschaftspolitik, a.a.O. S. 84 ff.; BBl 1970 I 192 ff.

⁹² Vgl. F. GYGI, Interventionsrecht und Interventionsverwaltung, S. 15 ff.; die Schrift gibt allerdings nicht den heutigen Stand wieder; A. PFENNINGER, Rechtsfragen der Produktionslenkung in der Landwirtschaft, Blätter für Agrarrecht 1969, S. 28 ff.

schaftspolitik gibt es noch «kleine und große» Mittel der Globalsteuerung (Arbeitsmarktpolitik über ausländische Arbeitskräfte⁹³; Erschwerung der Abzahlungskäufe, Export- und Investitionsrisikogarantie).

Die mitunter als Instrument angeführte staatliche Preispolitik soll nur am Rande vermerkt sein⁹⁴.

1.5.5 Systematisierung der Instrumente

Die Systematisierung des wirtschaftspolitischen Instrumentariums ist von der Wirtschaftswissenschaft freilich weit über die soeben entworfene Grundgliederung hinaus gediehen⁹⁵. Anknüpfungspunkte sind – meist in Gegensatzpaaren ausgedrückt – etwa:

- direkte/indirekte Maßnahmen
- imperative/konduktive Maßnahmen
- autoritative/kooperative Maßnahmen
- befehlende/fördernde Maßnahmen
- marktkonforme/marktwidrige Maßnahmen
- systemkonforme/systemwidrige Maßnahmen
- qualitative/quantitative Maßnahmen
- kausalorientierte/symptomorientierte Maßnahmen
- makroökonomische/mikroökonomische Maßnahmen
- globale/punktuelle Maßnahmen
- informative Maßnahmen
- persuasive Maßnahmen.

⁹³ E. TUCHTFELDT, Wachstumsprobleme der schweizerischen Volkswirtschaft, Kieler Vorträge N.F. Heft 40, S. 5 ff.

⁹⁴ BG über geschützte Warenpreise vom 21.12.1960; AS 1961, S. 263; BBl 1960 II 666.

⁹⁵ Vgl. R. KRÜGER, Das wirtschaftspolitische Instrumentarium, Volkswirtschaftliche Schriften Heft 110 (1967); A. JÖHR, Planung als Mittel rationaler Wirtschaftspolitik? erschienen in Rationale Wirtschaftspolitik und Planung in der Wirtschaft von heute, S. 79 f.; G. GÄFGEN, a.a.O., S. 157 ff.; E. KANTZENBACH, Einzel-, Struktur- und Niveausteuierung in einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung, erschienen in Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 1966, S. 67 ff.

Zum Teil dienen diese Gliederungen nur der beschreibenden Erfassung der Erscheinungen und sind nicht rechtlich verwertbar. Die Volkswirtschaftslehre hat außerdem eine gewisse Vorliebe für Vorkehren, die in den volkswirtschaftlichen Kreislauf eingespritzt werden und hernach als Daten wirken, welche die Wirtschaftssubjekte nolens volens beachten müssen. Es soll der Verwaltungsaufwand des Einzolvollzuges vermieden werden. In rechtlicher Sicht kann die Verwaltungsökonomie indessen nicht der einzige Gradmesser sein. Gegenteils sind solche wirtschaftlichen Druckfaktoren, zumal wenn sie undifferenziert gleich auf Starke und Schwache wirken, nicht wegen der Einfachheit in der Anwendung vorzugswürdig⁹⁶. Rechtlicher Befehl und faktischer Zwang sind nicht grundsätzlich unterschiedlich zu bewerten. Die nämliche Überlegung gilt für den durch unterschiedliche Förderung oder unterbleibende Förderung ausgeübten Druck. Es ist somit nicht darauf abzustellen, wie der Effekt erzielt wird, sondern welches ökonomische Gewicht ihm beizumessen ist⁹⁷.

Daß vertragliche Regelungen immerdar hoheitlichen Lösungen vorzuziehen wären, kann wiederum nicht als durchgehendes Prinzip bewertet werden. Über öffentliche Aufgaben der Gesamtwirtschaftspolitik zu paktieren ist nicht selbstverständlich, trotz der Vereinbarung zwischen der Nationalbank und den Schweizer Banken über die Mindestguthaben und die zulässige Kreditausweitung. Die Verfassung überantwortet die Kredit- und Währungspolitik der Nationalbank. Nach der nahezu einhelligen Meinung der Verfassungsrechtslehre sieht die Verfassung den allgemein-

⁹⁶ Beispiel: Ergänzungen des Kreditbeschlusses durch den Baubeschluß 1964 u.a., weil sonst die nicht auf Fremdfinanzierung angewiesenen Unternehmen bevorzugt gewesen wären (BBl 1964 I 202); vgl. ferner F. GYGI, Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung; Planung II, S. 127).

⁹⁷ CH. DICKE, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Wirtschaftslenkung in Italien und der Bundesrepublik Deutschland, *res publica* Beiträge zum öff. Recht Nr. 22, 1969, S. 60f.

verbindlich erklärten Verbandsbeschuß nicht vor; gar so weit davon ist jenes Abkommen nicht entfernt⁹⁸.

Sicherlich kann es von Vorteil sein, wenn wirtschaftspolitische Maßnahmen womöglich nach Anhörung der unmittelbar betroffenen Kreise angeordnet werden. Das freiwillige, dem Gesamtinteresse konforme Verhalten – nach echtem Subsidiaritätsprinzip – wird in der Wirtschaftspolitik in Anwendung der Form schlichter Verwaltung (Gespräche mit Sozialpartnern, Gentlemen's Agreement, moral suasion, Anknuren, Seelenmassage) mitunter erfolgreich angeregt. Es gelingt, wenn die Interessensspannungen nicht zu groß sind. Dann behält sich aber die öffentliche Hand für den Fall der Änderung der Sachlage (Gesamtinteresse) oder der Fragwürdigkeit des Experiments freie Hand vor, wogegen die Währungspolitik nun auf fünf Jahre vertraglich gebunden ist.

Die subtilen Abstufungen, nach welchen die Wirtschaftswissenschaft die Vielfalt wirtschaftspolitischer Maßnahmen klassifiziert hat, können sich aber dennoch für die rechtliche Wirtschaftspolitik als fruchtbar erweisen. Die wirtschaftspolitischen Vorkehren haben sich bestimmten Rechtsgrundsätzen anzupassen. Dazu zählen die Wirksamkeit (Beachtung der Nebenwirkungen), die Verhältnismäßigkeit (Erforderlichkeit, Angemessenheit, Mindestmaß) und die Vermeidung sachwidriger Ungleichheiten oder Wettbewerbsbeeinträchtigungen (Konkurrenzneutralität).

Für solche Zwecke sind die Spezifikationen der Wirtschaftswissenschaft verwertbar. Das setzt freilich voraus, daß sich die Rechtswissenschaft intensiver mit den wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen aus dem Bereich

⁹⁸ Ohne viel Aufsehen zu erregen, hat nachträglich der Stichtag für den Ausgangsstand der zulässigen Krediterweiterungen um einen Monat vorverlegt werden müssen, weil da und dort Aufblähungen im Monat August 1969 registriert wurden. Das Unbehagen wird damit nicht beseitigt, selbst wenn die Vertragslösung rascher und sicherer bereitzustellen war als die gesetzlichen Erweiterungen des Notenbankinstrumentariums.

der Wirtschaftspolitik auseinandersetzt, sich darin vertieft. Sobald andererseits die Wirtschaftswissenschaft erkennen kann, wo die rechtlichen Ansätze und Anforderungen der Wirtschaftspolitik liegen, kann die interdisziplinäre Bereicherung einsetzen.

1.6

Zusammenfassung und Würdigung

Die Ergebnisse des ersten Teiles der Betrachtungen sollen jetzt eine kurze **Zusammenfassung und Würdigung** erfahren.

1.6.1 Die traditionelle Rechtslehre

Die traditionelle Rechtslehre sucht die Wirtschaftsverfassung in der Handels- und Gewerbefreiheit. Die Handels- und Gewerbefreiheit wird primär als Individualrecht aufgefaßt. Sie äußert sich in der individualrechtlichen Vorstellung als Zulassungsfreiheit (Berufswahlfreiheit) und Ausübungsfreiheit. Freiheit bedeutet danach Abwesenheit von staatlichen Eingriffen oder Hindernissen, die sich in Verboten und Beschränkungen ausdrücken.

Die Wirtschaftsfreiheit versteht sich freilich nicht als unbegrenzter Handlungsspielraum. Tendenziell herrscht jedoch die Abwehreinstellung – Abwehr staatlicher Eingriffe – vor (Auslegungsempfehlung: in dubio pro libertate). Am Rande fristet noch die im Prinzip zugelassene und als unverdächtig erachtete, aber doch nach Sozialhilfe riechende Förderung ein rechtlich weithin unbeachtetes Dasein⁹⁹.

Die Beschränkungen, die sich die Handels- und Gewerbefreiheit gefallen lassen muß, werden nach Regelungen im Interesse der abstrakten öffentlichen Ordnung einerseits und nach Ausnahmen andererseits gegliedert.

⁹⁹ Vgl. BBl 1970 I 305 über die Förderung der Berufsfischerei, die damit allenfalls verbundenen Wettbewerbseinflüsse und deren Unbedenklichkeit nach BV 31^{bis} Abs. 2.

Die Regelungen polizeilicher Art stehen im Dienste der öffentlichen Ordnung, unterteilt nach den Rechtsgütern der öffentlichen Ruhe, Gesundheit, Sitte, Sittlichkeit, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Geschützt wird die unbestimmte Allgemeinheit, sozusagen der unbekannte Soldat. Die Verwaltung soll zwar einschreiten, wenn ein Polizeirechtsgut verletzt ist. Den Verletzten steht jedoch kein klagbarer öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Durchsetzung der polizeilichen Normen zu¹⁰⁰. Nachbarschützendes Polizeirecht bleibt vorläufig eine Errungenschaft der Eigentumsgarantie, die für das Wirtschaftspolizeirecht höchstens spätere Früchte verspricht¹⁰¹. Wichtig bleibt vorderhand die rechtsstaatliche Begrenzung des polizeilichen Wirkens zum Schutz der individuellen Freiheit des Einzelnen, der sich gegen die Polizeivorschrift zur Wehr setzt. Der Grundgedanke ist der, daß im Prinzip die Polizei «nicht ihren Arm zur Wahrung bloßer Privatinteressen leihen» dürfe¹⁰². Der Einzelne ist lediglich auf dem Umweg über die öffentliche Ordnung geschützt¹⁰³.

Die Versuche, den Grundrechten über das Polizeirecht und über die Drittewirkung eine horizontale zu der überlieferten vertikalen Dimension (Staat/Einzelner) hinzuzufügen, haben erst in jüngster Zeit eingesetzt¹⁰⁴. Man nennt

¹⁰⁰ Die klassische verwaltungsrechtliche Unterscheidung nach Rechtsreflexen und subjektiven öffentlichen Rechten und die ungefestigte Theorie der Beschwerdebefugnis Dritter kann hier nur als Ausdruck einer Einstellung vermerkt, aber nicht weiter dargestellt werden.

¹⁰¹ BGE 95 I 196f.; vgl. auch 94 I 642f. E.5.

¹⁰² Vgl. BGE 87 I 364.

¹⁰³ E. RUCK, Schweizerisches Verwaltungsrecht I, S. 48; F. FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 400.

¹⁰⁴ H. HUBER, Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenosßen, ZSR 1955 I, S. 173ff.; J. P. MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, S. 192ff. (mit den gebotenen Differenzierungen); W. SCHAUmann, Der Auftrag des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Freiheitsrechte, JZ 1970, S. 48ff.

das auch ein institutionelles Verständnis der Grundrechte, welches zum individualrechtlichen oder an dessen Stelle zu treten hätte. Solange für das Wirtschaftsverfassungsdenken die Handels- und Gewerbefreiheit das A und O darstellt, wird dieses Umdenken in der Luft hängen und Bekenntnis bleiben.

Neben den polizeilichen Beschränkungen sind unter erschwerten Voraussetzungen ausnahmsweise Abweichungen von der Handels- und Gewerbefreiheit angängig, die im Prinzip dem Bund vorbehalten und demokratisch abgesichert sind¹⁰⁵. Der sektorale Interventionismus macht in der rechtlichen Terminologie die ganze Wirtschaftspolitik aus¹⁰⁶.

Die Kartellbestimmung der Wirtschaftsartikel hat in verfassungsrechtlicher Hinsicht vor allem die Kontroverse heraufbeschworen, ob die Kartellgesetzgebung Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit oder notwendige Bestärkung der Wettbewerbsfreiheit bedeute. Hinter solcher Fragestellung verbirgt sich die gleiche Grundhaltung, die bereits für das Polizeirecht vermerkt worden ist (in *dubio pro liberate*).

1.6.2 Die Wirtschaftspolitik der Volkswirtschaftslehre

ist von anderem Zuschnitt als die Wirtschaftspolitik der Ausnahmen von der Handels- und Gewerbefreiheit. Ihre Ordnungsvorstellung kreist nicht allein um das eine Prinzip der Handels- und Gewerbefreiheit und seinen Schutz gegen staatliche Einschränkungen. Für die Nationalökonomie ist die Wirtschaftspolitik alles, was der Staat an gestaltenden Maßnahmen im Hinblick auf die Wirtschaftsordnung, die Wirtschaftsstruktur und den Wirtschaftsprozeß trifft oder

¹⁰⁵ Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. a bis c, 32 BV (Art. 31^{ter} BV ist von sekundärer Bedeutung).

¹⁰⁶ Von der häufig als rechtlich unproblematisch erachteten Förderung nach Art. 31^{bis} Abs. 2 BV abgesehen.

durch Passivität bewirkt¹⁰⁷. Darunter fällt alles, was auf die wirtschaftlichen Tatbestände Wirkungen ausübt¹⁰⁸. Ausgangspunkt bildet die Tatsache, daß das Gemeinwesen an und für sich eine eminente wirtschaftliche Größe darstellt, die auf die Wirtschaftsordnung unvermeidlichen Einfluß nimmt, ob sein Verhalten sich nach bestimmten Ordnungsvorstellungen richtet oder nicht (öffentlicher Haushalt und öffentliche Versicherungen mit Einnahmen und Ausgaben, öffentliche Aufträge, Infrastrukturleistungen, öffentliche Betriebe, Außenwirtschafts- und Währungsaufgaben). Für die wirtschaftspolitische Relevanz spielt es keine Rolle, ob die Einwirkung durch Handeln oder Unterlassen, durch Eingriffe oder Förderung, durch Befehl oder Datensetzung bedingt ist. Die Unterscheidung nach polizeilichen und andern Vorkehren spielt kaum eine Rolle.

Für die volkswirtschaftliche Wirtschaftspolitik ist die Verantwortlichkeit des Staates für eine bestimmte Wirtschaftsordnung eine Selbstverständlichkeit. Sie geht vom existierenden gemischten Wirtschaftssystem¹⁰⁹ aus, in welchem der Staat gestaltend, ordnend, leistend und verteilend wirksam ist. Selbst der Wettbewerb ist für sie Aufgabe oder Veranstaltung der staatlichen Wirtschaftspolitik, und zwar nicht allein vermittelst der Kartell- und Monopolüberwachung.

Ist die Wirtschaftsverfassung der Handels- und Gewerbefreiheit im Prinzip gegenständlich umschrieben (Zulassungs- und Ausübungsfreiheit) und auf das einzelne Wirtschaftssubjekt oder gar nur den Unternehmer bezogen¹¹⁰, arbeitet die Volkswirtschaftslehre bemerkenswerter-

¹⁰⁷ K. SCHILLER, Wirtschaftspolitik in Hwb d. Soz. Wiss., Bd. 12, S. 210.

¹⁰⁸ G. GÄFGEN, Kompendium der Volkswirtschaftslehre Bd. 2, S.118.

¹⁰⁹ Verschmelzung von marktwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Komponenten.

¹¹⁰ Es ist streitig, ob dem Unselbständigerwerbenden die Handels- und Gewerbefreiheit etwas nützen könnte (H. HUBER, ZBJV 95, S.337f.; BGE 84 I 18; siehe auch nachstehend S.361

weise mit der Umschreibung von Zielen und Mitteln. Sie trägt damit der Erfahrung Rechnung, daß ökonomische Einflüsse von Ursachen herrühren, die gegenständlich nicht unmittelbar die Berufswahl und Berufsausübung betreffen. Die Handels- und Gewerbefreiheit in rechtlicher Sicht schützt demgegenüber schlicht und einfach die private Erwerbstätigkeit gegen unzulässige staatliche Eingriffe¹¹¹, nicht mehr und nicht weniger.

Final betrachtet¹¹² geht es in der ökonomischen Wirtschaftspolitik um

- Produktivitätssteigerung (Wachstum)
- gleichmäßige und hohe Beschäftigung (Konjunkturpolitik)
- Stabilität der Währung nach innen (Inflationsbekämpfung)
- Stabilität der Währung nach außen (außenwirtschaftliches Gleichgewicht)
- sektorale und regionale Strukturpolitik
- soziale Sicherung und sozialgerechte Einkommensverteilung.

Instrumental gesehen stützt sich die Wirtschaftspolitik auf

- Wettbewerbspolitik
- Finanz- und Haushaltspolitik
- Kredit- und Währungspolitik
- Infrastrukturleistungen
- Außenwirtschaftspolitik.

Die Technik der sektoralen Strukturpolitik (Interventionismus) läßt sich nicht mit einer Kurzumschreibung

Noten 274 a, b), und für den Konsumenten findet sich in ihr überhaupt kein Platz (J. F. AUBERT, *Traité de Droit constitutionnel suisse*, S. 670 Nr. 1873).

¹¹¹ H. MARTI, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, S. 31; H. NEF, Handels- und Gewerbefreiheit I, Begriff und Bedeutung SJK Ersatzkarte 616, S. 2.

¹¹² Zur Unterscheidung zwischen Ziel und Mitteln ist der Vorbehalt in 1.5 zu beachten.

benennen. Im allgemeinen stützt sie sich auf Maßnahmen, welche an den mikroökonomischen Vorgängen (etwa Preise, Produktions- oder Einfuhrmengen, Absatzsicherungen, Investitionen) ansetzen¹¹³.

Für die Sozialpolitik ist eine gegenständliche oder instrumentale Eingrenzung schlechterdings unmöglich¹¹⁴. Neben den eigentlichen Sozialhilfe- und Sozialversicherungsinstitutionen können Einkommensverteilungs- oder Umverteilungszwecke mit unübersehbar vielen Erlassen verfolgt oder solche Nebeneffekte erzielt werden. Jeder Erlass kann sozialer oder weniger sozial ausgestaltet sein.

Zu vermerken ist schließlich bereits in diesem Zusammenhang, daß der Wettbewerb jedenfalls nach der ökonomischen Beurteilung in der Zweck/Mittel-Beziehung eine ambivalente Stellung einnimmt. Man wird mit HOPPMANN annehmen müssen, daß die Konkurrenz nach der Betrachtungsweise der Volkswirtschaftslehre als Ziel und Mittel zugleich gewertet wird¹¹⁵. In der ordnungspolitischen Entscheidung zugunsten eines marktorientierten sozialen Wirtschaftssystems ist die Eröffnung der Selbstentfaltungschance inbegriffen. Zudem enthält der funktionsfähige Wettbewerb das Versprechen der Produktivitätssteigerung. Für die Wettbewerbspolitik ist die Handels- und Gewerbefreiheit und die für die Ausübungsfreiheit notwendige Ergänzung durch den Grundsatz der Privatautonomie konstitutiv, aus der Sicht der Volkswirtschaftslehre jedoch sicherlich zur Ermöglichung und nicht zur Unterbindung des Wettbewerbes.

¹¹³ K. SCHILLER, a.a.O., S. 213 i.V.m. S. 224; G. GÄFGEN, a.a.O., S. 158.

¹¹⁴ H. F. ZACHER, Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, DöV 1970, S. 3f.; W. WERTENBRUCH, Sozialrecht und allgemeines Verwaltungsrecht, DöV 1969, S. 594; G. VON EYNERN, a.a.O., S. 192: «Die meisten wirtschaftlichen Maßnahmen haben soziale Wirkungen, gute oder schlechte. Sämtliche sozialpolitische Maßnahmen haben wirtschaftliche Folgen.»

¹¹⁵ E. HOPPMANN, Workable Competition, ZBJV 102, S. 253.

1.6.3 Die praktische Wirtschaftspolitik

des Bundes lässt sich sichtlich in den Grundzügen von den Erkenntnissen der Volkswirtschaftslehre leiten. In den Richtlinien der Regierungspolitik ist dieser Wille bekundet und belegt, bei andern Gelegenheiten bestätigt worden. Angestrebt wird der größtmögliche Produktionserfolg verbunden mit leistungs- und sozialgerechter Verteilung¹¹⁶, nebst staatspolitischen Zielen. Eingespannt in die Wirtschaftspolitik ist die Finanz- und Währungspolitik sowie die Infrastrukturpolitik und – nicht zu vernachlässigen – die Fremdarbeiterpolitik oder allgemeiner die Arbeitsmarktpolitik.

Damit erscheint notwendig, nach der Wirtschaftsverfassung einer solchen Wirtschaftspolitik im weitern Sinne zu forschen. Wo die Wirtschaftspolitik von einer gemischten Wirtschaftsordnung spricht, wäre in rechtlicher Betrachtung an eine marktorientierte und sozialverpflichtete Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung im sozialen Rechtsstaat zu denken¹¹⁷.

Man geht damit von einem wesentlich weiteren Begriff der Wirtschaftspolitik aus als heute das schweizerische Wirtschaftsrecht ihn versteht. Wirtschaftspolitik ist danach Gesamtwirtschaftspolitik. Sie umschließt das ganze staatliche Verhalten, das für die Wirtschafts- und Sozialordnung relevant ist und das nach einer Verfassungskonzeption ausgerichtet wird. Die juristische Wirtschaftspolitik umschloß bisher lediglich die kleine Wirtschaftspolitik der Strukturinterventionen.

¹¹⁶ BBl 1968 I 1223f.

¹¹⁷ Vgl. 1.5.1.

2.

DIE SCHWEIZERISCHE WIRTSCHAFTSVERFASSUNG DER WIRTSCHAFTSPOLITIK

2.1

Zum Begriff der Wirtschaftsverfassung

Um nicht der Gefahr zu erliegen, einen Begriff zu formulieren und aus ihm abzuleiten, was zuvor hineingelegt wurde, wird von einer Definition der oder einer Wirtschaftsverfassung abgesehen. Die Verfassung wird im folgenden als die rechtliche Grundordnung des Staates (WERNER KÄGI) aufgefaßt. Zur Wirtschaftsverfassung wären demnach und auf Grund der Ausführungen im ersten Teil jene Bestimmungen zu rechnen, welche die staatliche Wirtschaftspolitik und damit die Ordnung der Wirtschaft durch das Verfassungsrecht des Näheren betreffen. Es kann sich um geschriebene oder ungeschriebene Grundsätze, Ziel- oder Kompetenzbestimmungen von Verfassungsrang handeln¹¹⁸. Es ist schließlich nicht die Meinung, daß es eine in sich abgeschlossene Wirtschaftsverfassung gebe, für die der übrige Teil der Verfassung belanglos wäre.

2.2

Zum Inhalt der Wirtschaftsverfassung

2.2.1 *Die Wohlfahrtsbestimmungen*

Die Richtlinien der Regierungspolitik führen nur die Zweckbestimmung der Bundesverfassung¹¹⁹ an und leiten

¹¹⁸ Vgl. H. F. ZACHER, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, erschienen in Festschrift Böhm, S. 63 ff., insb. S. 77 ff.

¹¹⁹ Art. 2 BV; BBl 1968 I 1207.

daraus die drei großen Ziele der schweizerischen Politik ab:

- die Behauptung der Unabhängigkeit,
- der Schutz der persönlichen Freiheit,
- die Förderung der gemeinsamen Wohlfahrt.

Dagegen fehlt eine ausdrückliche Berufung auf den Wohlfahrtsartikel¹²⁰, der in den Beratungen der Verfassungsänderung 1947 als einer der Schicksalsartikel gehalten wurde¹²¹. Ob in dieser Vorschrift nur der parteipolitische Gegensatz zwischen liberal und sozial zur Austragung kam, oder ob die katholische Sozialphilosophie mitbeteiligt war, kann hier unerörtert bleiben.

Der Wohlfahrtsartikel geht nicht unerheblich über den Zweckartikel hinaus und bringt insoweit eine Verdeutlichung, als er von der wirtschaftlichen Sicherung der Bürger spricht. Innerhalb dieses Ziels spiegelt die in den Richtlinien der Regierungspolitik angeführte sozial gerechte Verteilung lediglich den Vorsorge- und Sicherungszweck wider. Dem Gedanken der Sicherung kommt in der Gestalt der Stabilität für die Wirtschaftspolitik jedoch ein über die individuelle soziale Sicherung hinausgehender Sinn zu¹²². (Ausgleich von Konjunkturschwankungen, innere und äußere Währungsstabilität, Beschäftigungssicherung, Vermeidung und Überwindung von Strukturkrisen.) Aus dem übrigen Inhalt der Richtlinien der Regierungspolitik geht hervor, daß solche Absichten mitbedacht sind.

Während uns das wirtschaftsverfassungsrechtliche Schrifttum des Auslandes um die beiden Zweck- und Wohlfahrtsartikel beneidet¹²³, werden sie in der schweizerischen

¹²⁰ BV 31bis Abs. 1.

¹²¹ L. SCHÜRMANN, Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, ZBL 1948, S. 37 ff.

¹²² G. GÄFGEN, Allgemeine Wirtschaftspolitik, in Kompendium der Volkswirtschaftslehre, S. 143 ff.

¹²³ STERN/MÜNCH, Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft, S. 53; K. STERN, Konjunktursteue-

Rechtsliteratur in ihrer praktischen und normativen Bedeutung gering geschätzt. Die Wertung reicht von reiner Deklamation bis höchstens Auslegungshilfe. Jedenfalls entbehrten sie des kompetenzbegründenden Charakters und unterstünden dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit. Daß namentlich aus dem Wohlfahrtsartikel¹²⁴ keine Rechtsetzungskompetenzen abgeleitet werden dürfen¹²⁵, ergibt sich zweifelsfrei aus seinem Wortlaut¹²⁶. Dieser Vorbehalt gegenüber dem Wohlfahrtsartikel ist also richtig, jedoch relativ unwichtig, wenn man die zahlreichen wirtschafts- und sozialpolitischen Kompetenzen und Potenzen bedenkt, welche dem Bund verfassungsmäßig zukommen. Allerdings muß man, um die Reichweite der Zielformulierung zu erfassen, den Blick über die Handels- und Gewerbefreiheit hinaus auf die Verfassung der Wirtschaftspolitik richten.

Gerade deswegen kann die Aussage nicht unterschrieben werden, daß der Wohlfahrtsartikel dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit unterstehe. Das widerlegt sich schon dadurch, daß die Wohlfahrtsklausel ihrem Inhalt nach vorzugsweise auf die Interventionsbestimmungen¹²⁷ Bezug hat. Aus solchen Äußerungen spricht vor allem die Vorstellung, die Handels- und Gewerbefreiheit mache die eigentliche Wirtschaftsverfassung aus. Das in Frage zu stellen, ist ein Hauptanliegen des Referates.

Verkannt wird vielfach, daß mit Wohlfahrt in den Wohlfahrtsklauseln der Verfassung durchaus nicht allein die korrektive Protektions- und Sozialpolitik gemeint sein muß; dem markt- und wettbewerbswirtschaftlichen Prinzip wird ja bekanntlich der primäre Beitrag zur Förderung der Pro-

rung und kommunale Selbstverwaltung – Spielraum und Grenzen
S. 16.

¹²⁴ BV 31^{bis} Abs. 1.

¹²⁵ Gleiches trifft auf Art. 2 BV zu, ist nur nicht immer respektiert worden.

¹²⁶ Der Bund trifft im Rahmen seiner verfassungsmäßigen Befugnisse...

¹²⁷ BV 31^{bis} Abs. 3 lit. a–c.

duktivität und damit zur Hebung des Volkswohlstandes zugeschrieben¹²⁸.

Der Wohlfahrtsartikel in Verbindung mit dem Zweckartikel wird hiernach als eine Bekundung zugunsten einer marktorientierten und sozialverpflichteten Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung mit bindendem Inhalt gedeutet werden. Mag dieses Leitbild auch vage sein, so ist es trotzdem aussagekräftiger als der sonst übliche Hinweis auf ein dualistisches oder gemischtes Wirtschaftssystem¹²⁹.

Die Wohlfahrtsklausel drückt selber aus, was sie zu leisten imstande ist. Sie kann eine gemeinsame Sinnverbindung für alle staatlichen Befugnisse herstellen, die zu der Wirtschafts- und Sozialverfassung gehören und sie konstituieren. Das setzt voraus, daß es gelingt, ein bestimmbares Leitbild positiv aus ihr herauszukristallisieren.

In etwelchen Verfassungs- und Gesetzesvorschriften wird auf das Gesamtinteresse verwiesen. Welchen Schwierigkeiten begegnet nicht die Konkretisierung des Gesamtinteresses im Kartellrecht und das zum nicht geringsten Teil deswegen, weil es an einem Bezugspunkt fehlt. Was bedeutet ferner eine dem Gesamtinteresse dienende Kredit- und Währungspolitik¹³⁰? Nichts anderes als das Gesamtinteresse ist mit der Berücksichtigung der Lage der Wirtschaft bei der Finanz- und Handelspolitik¹³¹ gemeint.

¹²⁸ BBl 1968 I 1223f.; die freiheitliche Komponente wird in Art. 2 BV angeführt.

¹²⁹ Botschaft I zu den Wirtschaftsartikeln vom 10. 9. 1937, S. 14 des Separatums: «Privatwirtschaft und Staatswirtschaft, freie und gebundene Wirtschaft, oder wie man dieses Gegensatzpaar immer bezeichnen mag, sind jedoch keine praktisch zu erstrebenden Ideale, sondern gedankliche Abstraktionen, die in Wirklichkeit nicht existieren... In jeder wirklich existierenden Wirtschaftsordnung sind Elemente beider Wirtschaftssysteme miteinander verbunden.»

¹³⁰ BV 39 Abs. 3.

¹³¹ BV 42bis.

Wettbewerbs-, Währungs-, Finanz-, Haushalt-, Steuer- und Konjunkturpolitik bedürfen unter sich der Harmonisierung auf das gemeinsame und allgemeine Interesse. Jedenfalls liegt eine solche Annahme näher als das Gegenteil. Gesamtinteressen oder auch nur gesamtwirtschaftliche Interessen sollten sich in erster Linie in einer übergreifenden Wirtschaftsverfassungskonzeption zusammenfinden¹³².

Auf eine weitere Notwendigkeit soll auch bereits im jetzigen Zusammenhang verwiesen werden. Die Rechtsgleichheit steht in einem ausgesprochenen und ungelösten Spannungsverhältnis zu der Wirtschaftsfreiheit¹³³. Der Rechtsgleichheitsgedanke liegt im Wirtschaftsverfassungsrecht, von untergeordneten Aktivierungen im Polizeirecht abgesehen (Gleichheit bezüglich der Beschränkungen der Freiheit unter direkten Konkurrenten), weitgehend brach. Das ist wesentlich dem Umstande zuzuschreiben, daß es an einer Leitvorstellung über die Wirtschafts- und Sozialordnung fehlt. Die differenzierungs-, aber auch intensivierungsbedürftige Verbindung von Wirtschaftsfreiheit und Rechtsgleichheit hat der Tendenz nach den Sinn, die Wirtschaftsfreiheit mit einer realen Entfaltungschance zu erfüllen. Das geschieht aus der Erfahrung heraus, daß die Abwesenheit von staatlichem Zwang noch nicht die soziale Freiheit verschafft¹³⁴.

Weil nicht alles gleichzeitig gesagt und entwickelt werden kann, soll die innere Verflechtung zwischen Wirtschaftsfreiheit und Sozialpolitik im weiteren Sinn vorläufig nur als Gegenstand späterer Ausführungen angemeldet¹³⁵, aber schon hier mitbedacht werden, wenn nunmehr der ordnungspolitisch-wettbewerbliche Aspekt der Wirtschaftsverfassung vorausgenommen wird.

¹³² Vgl. auch Botschaft I zu den Wirtschaftsartikeln, S. 15.

¹³³ D. SCHINDLER, Verfassungsrecht und soziale Struktur, S. 149 ff.; R. ZIPPELIUS, Allgemeine Staatslehre, S. 224.

¹³⁴ D. SCHINDLER, a.a.O., S. 149 ff.

¹³⁵ Vgl. 2.3.3.

2.2.2 Der ordnungspolitische Grundentscheid

Der ordnungspolitische Grundentscheid lautet nach den bisherigen Ausführungen auf eine marktorientierte und sozialverpflichtete Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung. Obwohl also der liberale und der soziale Gedanke im ordnungspolitischen Grundentscheid inbegriffen sind und nicht allein die markt- oder verkehrswirtschaftlich preisgesteuerte Organisation von Produktion und Verteilung der arbeitsteiligen Wirtschaft dazu gehört, wird dennoch der privatwirtschaftliche Charakter als für die freiheitlichen Wirtschaftsverfassungen kennzeichnend angesehen. Davon wird auch hier ausgegangen.

Für die schweizerische Rechtslehre steht ordnungspolitisch die Kartellfrage im Mittelpunkt. Man streitet sich darüber, ob die Verfassung die privatautonom-kartellistische Organisation der Wirtschaft sanktioniert, oder ob sie einen effektiv wettbewerbsorientierten Zustand gewollt habe. Ein Teil der Autoren hält dafür, daß die Entscheidung zugunsten der Privatautonomie gefallen sei. Sie leiten daraus ab, daß die Kartellbestimmung eine Ausnahme vom Prinzip der Handels- und Gewerbefreiheit in die Verfassung einführe. Damit verbinden sich ausgesprochen oder unausgesprochen die Konsequenzen, die jeweilen mit der Ausgangswertung oder Gegenüberstellung «Grundsatz/Ausnahme» verbunden sind¹³⁶. Für andere Autoren ist die Entscheidung zugunsten des «Systems der freien Konkurrenz» gefallen. Die Kartellgesetzgebung dient dementsprechend der Durchsetzung dieses Systems, sofern es durch private Vereinbarungen unterwandert zu werden drohte.

Die Antagonisten leiten die Argumente für ihren Standpunkt aus dem Begriff und dem Zusammenhang der Kartell-

¹³⁶ Restriktive Auslegung und Handhabung der Ausnahmen; Zurückhaltung in der Korrektur des verfassungsmäßigen Grundentscheides; verfassungskonforme Auslegung bezogen auf den einen Grundentscheid; in dubio pro libertate i. S. der Ablehnung eines Eingriffes in die Privatautonomie.

frage mit der Handels- und Gewerbefreiheit ab. Daher taucht auch die Problemstellung auf, ob der Handels- und Gewerbefreiheit Drittirkung oder institutionelle Bedeutung zuzuschreiben sei, oder ob sich das nicht vielmehr verbiete.

Es geht also um die ordnungspolitische Grundfrage, für welche wettbewerbspolitische Konzeption die schweizerische Wirtschaftsverfassung optiert habe. Wäre es erlaubt, die Antwort allein aus dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit einerseits und dem Kartellartikel der Verfassung – in seiner Beziehung zu der Handels- und Gewerbefreiheit – andererseits abzuleiten, so müßten zum vorne herein gewisse Überlegungen angestellt werden.

Wenn schon die Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit alles zur Lösung der streitigen Kontroverse hergeben soll, so wäre zunächst zu vermerken, daß die Verfassung ausdrücklich nur die Handels- und Gewerbefreiheit, nicht aber die Vertragsfreiheit und die wirtschaftliche Vereinigungsfreiheit verbürgt¹³⁷. Die Kartelle entstammen jedoch der Vertragsfreiheit und der Vereinigungsfreiheit. Sollten jene Freiheiten oder Grundsätze als ungeschrieben oder stillschweigend garantiert gelten, so wäre nachzuweisen, inwieweit sie im Bereich der Handels- und Gewerbefreiheit verfassungsrechtlich mitgarantiert sind. Für ungeschriebene Verfassungsgrundsätze fällt die Entwicklung der zudienlichen Schranken und Ausnahmen noch schwerer als für die geschriebenen. Man darf sicherlich nicht unterstellen, daß die ungeschriebenen Verfassungsrechte zugleich als einzige uneingeschränkte und ausnahmslose Geltung zu beanspruchen hätten.

Betrachtet man die Vertragsfreiheit und die Vereinigungsfreiheit als ungeschrieben verfassungsrechtlich gewährleistet, wäre zu überlegen, daß diese ungeschriebenen

¹³⁷ Vgl. H. HUBER, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 6 N. 181 ff.; J. P. MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, S. 174f.

Garantien im Bereich der Handels- und Gewerbefreiheit¹³⁸ auf deren notwendige Ergänzung angelegt sind und keine (formalistische) Rechtfertigung zur Aufhebung der Wettbewerbsfreiheit abzugeben vermögen.

Man kann ferner argumentieren, bis 1947 habe die Verfassung Handels- und Gewerbefreiheit gesagt und Wettbewerbsfreiheit gemeint. Das habe sich als Irrtum erwiesen, der 1947 korrigiert werden sollte. Mit der Beifügung des Kartellartikels sei eine Änderung in dem Sinne vollzogen worden, daß von da an mit der Handels- und Gewerbefreiheit zugleich Wettbewerbsfreiheit gemeint und gesagt sein wollte.

Das Sonderbarste an der rechtlichen Wirtschaftsverfassung, welche sich die Handels- und Gewerbefreiheit zum Kern wählt, ist ja, daß sie ihre Legitimation von der preisgesteuerten Markt- oder Verkehrswirtschaft ableitet. Am Hebelarm des durch Angebot und Nachfrage gesteuerten liberalen Marktmechanismus sitzt (angeblich) seine Majestät der Kunde¹³⁹. Bedeutet nun aber die Wirtschaftsverfassung der Handels- und Gewerbefreiheit einen Entscheid für privatautonome Organisation des Wettbewerbes nach Belieben der Wettbewerber und nicht für freie Konkurrenz, dann wird dem Kunden zugleich jener Hebelarm abgesägt. Aufgabe der Kartellgesetzgebung wäre es jedoch gerade,

¹³⁸ Die Vertragsfreiheit und die Vereinigungsfreiheit haben auch außerhalb des Wirtschaftslebens Bedeutung, so daß man nicht unterstellen darf, mit der Handels- und Gewerbefreiheit seien gleich alle Ergänzungsfreiheiten mit gleichem Inhalt und Umfang mitgarantiert. So nimmt beispielsweise die Eigentumsgarantie in verschiedener Beziehung eine eigene Stellung ein, trotz ihres Zusammenhangs mit der Handels- und Gewerbefreiheit; vgl. auch H. HUBER, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e.V. Berlin, Heft 24, S. 31 f.; FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 286.

¹³⁹ G. VON EYNERN, Grundriß der politischen Wirtschaftslehre, S. 69 und 89.

u.a. für den Letztverbraucher zu sorgen, der im rechtlichen Spiel der Handels- und Gewerbefreiheit nicht mitwirken kann¹⁴⁰.

Die Ausnahmehypothese lässt sich bereits vom Verfassungstext aus gesehen nicht halten. Der Standort des Kartellartikels innerhalb der Wirtschaftsartikel täuscht nur optisch, indem Art. 31^{bis} Abs. 3 BV in Mißkredit steht, die wirtschaftspolitischen Ausnahmen von der Handels- und Gewerbefreiheit zu beherbergen. Indessen enthält jene Bestimmung – im Interesse der Rechtseinheit vor allem – zunächst nichts anderes als eine bundesrechtliche Rechtssetzungskompetenz. Die Regelung der in Art. 31^{bis} Abs. 3 BV angeführten Sachmaterien ist dem Bund zugewiesen. Dabei darf er zwar in den entsprechenden Erlassen von der Handels- und Gewerbefreiheit abweichen, soll das jedoch nur nötigenfalls – wenn unvermeidlich – tun. Das Landwirtschaftsgesetz beispielsweise enthält zahlreiche Vorschriften, die keine Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit bedeuten. Der Kartellartikel statuiert schon nach seinem Wortlaut keineswegs per se eine Ausnahme von der Handels- und Gewerbefreiheit.

Worin eine Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit zu erblicken, also woran sie zu erkennen ist, wäre des ferner zu beantworten. Der äußeren Form oder dem angewandten Mittel nach lassen sich die zulässigen Regelungen oder Einschränkungen der Gewerbefreiheit von den nur ausnahmsweise statthaften Abweichungen nicht unterscheiden. Diese Abgrenzung erlaubt nur die Würdigung des Zweckes, der sich als protektionistischer darbieten muß. Die Kartellkompetenz ist frei von protektionistischen Tendenzen. Sie hat zwar eine etwas merkwürdige Formulierung erfahren, weil sie mit ganz andern Materien zusammen in eine einzige Vorschrift verfrachtet und redaktionell aus dem nämlichen Grunde zweigeteilt worden ist.

¹⁴⁰ Vgl. J. F. AUBERT, a.a.O., S. 670 Nr. 1873; M. KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 59 ff.

Säubert man den Kartellartikel vom sachfremden Ballast der Umgebung, so lautet er:

«Wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt, ist der Bund befugt, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit Vorschriften zu erlassen gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen.»

Der Kartellartikel hat also gesetzliche Maßnahmen gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen zum Gegenstand¹⁴¹. Volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit steht der Bedeutung nach auf der Stufe des Gesamtinteresses. Die Verfassung besagt mithin dem Wortsinne nach, daß gegen die dem Gesamtinteresse nachteiligen Einflüsse von Kartellen und ähnlichen Organisationen gesetzgeberisch etwas unternommen werden könne, sofern das Gesamtinteresse es rechtfertige! Das ist an sich eine unelegante und sinnverwirrende Aussage, wie man wird zugestehen müssen. Ein protektionistischer Zweck fällt außer Betracht. Zu schützen ist das Gesamtinteresse gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen.

Die Formulierung des Entwurfes¹⁴² lautete anders. Vorschriften über Kartelle und ähnliche Organisationen sollten dem Bund unter Wahrung des Gesamtinteresses anheimstehen. Bereits nach der ursprünglichen Fassung war indessen die Meinung, daß die Kartelle nicht ausgeschaltet und untersagt, sondern deren Mißbräuche und Auswüchse bekämpft werden sollten¹⁴³. Die monopolistische und die kartellistische Entwicklung wurde freilich dem Grade nach schon damals als alarmierend empfunden. Der Staat könne nicht tatenlos zusehen, wie neben der staatlichen Wirt-

¹⁴¹ Alle andern Fälle in BV 31^{bis} Abs. 3 betreffen nicht Maßnahmen gegen, sondern für oder zum Schutz bestimmter Zweige oder Anliegen.

¹⁴² Botschaft I zu den Wirtschaftsartikeln, S. 69.

¹⁴³ Botschaft I zu den Wirtschaftsartikeln, S. 57.

schaftsordnung eine private Wirtschaftsordnung entstehe, die den Einzelnen oft viel einschneidender binde, als es staatliche Maßnahmen zu tun vermöchten¹⁴⁴.

Die Ergänzung «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen» wollte in den Räten lediglich deswegen hinzugefügt werden, um dergestalt ein generelles Verbot dieser Erscheinungen zu verhindern. Wie so oft wäre diese Klarstellung nicht notwendig gewesen und wurde so formuliert, daß sie jedenfalls nicht auf eine Klarstellung hinauslief.

Der Kartellartikel enthält einen Teil der wettbewerbspolitischen Konzeption der schweizerischen Wirtschaftsverfassung. Er steht insofern nicht für sich allein da, sondern ist in den Gesamtzusammenhängen zu würdigen. Wettbewerbsfördernde Einwirkungsmöglichkeiten stehen dem Bunde auch noch anderwärts zu (z.B. Außenwirtschaftspolitik, Auftragsvergabe). Die Wirtschaftsverfassung ist eine marktorientierte – das wird sich nicht in Frage stellen lassen –, die aus dem Wettbewerb einen Wohlstandsfortschritt erwartet.

Die Auslegung des Kartellartikels auf die Handels- und Gewerbefreiheit hin – Ausnahme oder deren Bestätigung – und nicht auf die gewollte Wirtschaftsverfassung insgesamt ist schief und steril. Sie entstammt der Betrachtungsweise, welche die Wirtschaftsverfassung mit der individualistisch begriffenen Handels- und Gewerbefreiheit identifiziert und diese demnach zum vornehmesten einzige Abwehrrecht gegen jedwelche staatlichen Eingriffe oder gesetzgeberische Erlasse deutet. Das ist zu eng und zu einseitig.

Der Kartellartikel besagt, daß gegen die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen gesetzliche Vorschriften erlassen werden können. Für Vermutungen zugunsten oder

¹⁴⁴ Botschaft I zu den Wirtschaftsartikeln, S. 7 (Gefahr der Preis hochhaltung und Benachteiligung der Kunden durch Großunternehmungen) und S. 17f.

gegen diese Erscheinungen ist kein Platz. Mit der Kartellierung oder Monopolisierung können volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Einflüsse verbunden sein. Aus den Materialien zu schließen, wollte ganz einfach diese Feststellung als Grundlage und Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Kartellpolitik getroffen werden; und damit wurde ein Rechtssetzungsauftrag für eine Wettbewerbsgesetzgebung verbunden.

Zur Frage, ob die Verfassung grundsätzlich für oder gegen die Kartelle und kartellähnlichen Organisationen Stellung bezogen habe, ist noch ein Gesichtspunkt zu vermerken.

Der Konsument ist durch die Handels- und Gewerbefreiheit, aufgefaßt als Individualrecht, nicht geschützt. Es stehen ihm keine zivilrechtlichen Rechtsmittel gegen Wettbewerbsbehinderungen zu. Wenn man schon mit Vermutungen argumentieren wollte, so würde die Vermutung dafür sprechen, daß Wettbewerbsbeschränkungen nicht um der Wettbewerbsbeschränkung, sondern um der Vorteile der Wettbewerbsbeschränkung willen geschlossen werden. Die Vorteile und nicht die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung oder Wettbewerbsbeeinflussung halten die Kartellpartner zusammen und machen ihr gemeinsames Interesse aus. Von Wettbewerbsbeschränkungen werden selten keine Wirkungen auf Dritte ausgehen und noch seltener nur gute. Sie dienen der Sicherung ihrer Mitglieder durch Beeinflussung des Wettbewerbes, berücksichtigen aber nicht notwendig die Interessen Dritter oder das Gesamtinteresse.

Produktivitätsfortschritt, Wachstumsförderung und Stabilisierungsinteressen treffen in der Wettbewerbspolitik aufeinander. Stabilisierungsinteressen sind nicht an sich sozial oder volkswirtschaftlich nur negativ zu bewerten. Sie können aber diesen Effekt haben. Mit dem Kartellgesetz ist der Entscheid über die Notwendigkeit einer solchen Gesetzgebung verbindlich gefällt worden.

Zusammengefaßt: Die Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik bejaht die Notwendigkeit einer Wettbe-

werbspolitik gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen¹⁴⁵.

2.2.3 Vollbeschäftigung

In Form einer Zielbestimmung enthält die Verfassung einen Krisenartikel¹⁴⁶. Nach der Fassung der Vorschrift und ihrer Entstehungsgeschichte kann daraus nur ein Auftrag zur Überwindung von Zuständen der Unterbeschäftigung geschlossen werden¹⁴⁷.

Die Anweisung zur Krisenbekämpfung ist – wie die Wettbewerbspolitikvorschrift – vorab selbstständig aus sich heraus auszulegen. Das schließt nicht aus, die Bestimmung auf die Gesamtkonzeption der Wirtschaftsverfassung hin zu deuten¹⁴⁸.

Die Verfassung bestimmt ein Ziel, ohne die Mittel anzugeben. Nach dem Verfahren der Konsequenz¹⁴⁹ müßten die als ziel- und sachgerecht, wirksam und verhältnismäßig einzuschätzenden Mittel zur Krisenbekämpfung als verfassungsmäßig gelten. Eine Einschränkung der Zweckverfolgung auf Mittel, die mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbar sind, hat die Verfassung nicht vorgenommen, abgesehen davon, daß vom Mittel her allein die Übereinstimmung mit der Wettbewerbsfreiheit nicht feststellbar ist.

Es darf ferner nicht durch Umkehrschluß gefolgert werden, in den Wirtschaftsartikeln sei jeweils gesagt worden, ob eine Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit zu-

¹⁴⁵ BV 31^{bis} Abs. 3 lit. d; BG über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20.12.1962.

¹⁴⁶ BV 31^{quinquies}; BG über die Vorbereitung der Krisenbekämpfung und Arbeitsbeschaffung vom 30. 9. 1954; BBl 1954 I 565 ff.

¹⁴⁷ Strukturell-branchemäßiger Arbeitslosigkeit kann auf Grund von BV 31^{bis} Abs. 3 lit. a–c begegnet werden.

¹⁴⁸ Vgl. 2.2.1.

¹⁴⁹ FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S.74; vgl. auch BGE 94 I 532 E. 8; 64 I 371.

lässig sei¹⁵⁰. Solch formaler Überlegung wäre in gleich formaler Weise dadurch zu begegnen, daß die Verfassung wiederholt ausdrücklich ausführt, es dürfe mit bestimmten Maßnahmen die Handels- und Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigt werden¹⁵¹, sich jedoch im Krisenartikel einfach ausschweigt. Der Krisenartikel sagt also weder positiv noch negativ etwas über sein Verhältnis zu der Gewerbefreiheit aus.

Allgemeine Krisen sind konjunkturelle Tiefs, Schwankungen, die mit der Markt- und Verkehrswirtschaft in der Reinform verbunden sind. Seit der Weltwirtschaftskrise will die Wirtschaftspolitik diese Krisen nicht mehr als Schicksal hinnehmen. Die Annahme, daß man einer Krise nur mit marktkonformen Mitteln begegnen darf, obwohl die Krise die Ursache in den marktwirtschaftlichen Voraussetzungen hat oder jedenfalls haben kann, ist fragwürdig, wenn nicht ein Widerspruch in sich selbst¹⁵².

Aktueller ist die Frage, ob die Überordnung der Konjunktur, die wirtschaftswissenschaftlich als unmittelbarer Vorgänger eines krisenhaften Rückschlages gedeutet wird, auf Grund des Krisenartikels angegangen werden dürfte¹⁵³. Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Krisenartikels verbieten – wie bereits einleitend vermerkt – eine derartige Sinndehnung der Vorschrift. Sie erscheint zudem entbehrlich, weil andere Verfassungszuständigkeiten gegen den Konjunkturüberhang¹⁵⁴ herangezogen werden können.

¹⁵⁰ Das geschah einzig in Art. 31^{bis} Abs. 3 BV.

¹⁵¹ BV 31 Abs. 2, 31^{bis} Abs. 2.

¹⁵² Vgl. auch FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 294 f.; a. A. J. F. AUBERT, *Traité de Droit constitutionnel suisse*, S. 690 f. mit Verweisungen.

¹⁵³ Mitteilungsblatt des Delegierten für Konjunkturfragen 1968, S. 29 ff.; 1969, S. 45 f.

¹⁵⁴ Z.B. Kredit- und Währungspolitik, antizyklische Haushalt-, Steuer- und Auftragsvergebungspolitik würden – ausgeschöpft und harmonisch abgestimmt – ermöglichen, dem Konjunkturüberschuß zu begegnen, doch stoßen solche Maßnahmen auf größere Widerstände als die Rezessionsbekämpfung.

Zusammengefaßt: Der Auftrag zur Krisenverhütung und zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit ist in der Verfassung erteilt. Die Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik hat die Vollbeschäftigung zum Gegenstand.

2.2.4 Strukturpolitik

Die Verfassungsgrundlagen für eine sektorale und regionale Strukturpolitik sind in den Wirtschaftsartikeln verankert worden¹⁵⁵. Mit ihnen wurde der seit der Weltwirtschaftskrise praktizierte punktuelle Interventionismus nachträglich in die Verfassung übergeführt.

Die anfänglich pessimistische Beurteilung des Interventionsrechts darf heute einer positiveren Würdigung weichen.

Das Landwirtschaftsrecht macht, zusammen mit den ergänzenden Importregelungen für konkurrenzierend gleichartige Erzeugnisse, den Hauptbestand des Interventionsrechts des Bundes aus. Die Landwirtschaftspolitik hat indessen in der Zeit seit 1947 eine grundlegende Umorientierung erfahren¹⁵⁶. Die Agrarpolitik wurde auf eine Strukturanpassung im Unterschied zu der früheren Strukturerhaltung umzustellen versucht. Die Produktionslenkung erfolgt vermehrt über eine Preispolitik, welche statt der Einkommenssicherung¹⁵⁷ die optimale Produktion nach Maßgabe der Inlandsnachfrage und den Ausfuhrmöglichkeiten anstrebt.

Die Uhrenindustrie soll demnächst aus den interventionistischen Fängen entlassen werden, nachdem sie einen Prozeß der Erziehungs- und Anpassungsintervention durchgemacht hat. Von der Erhaltungs- und Existenzsicherungsintervention weg schritt man zur Aufhebung fast aller Be-

¹⁵⁵ BV 31^{bis} Abs. 3 lit. a–c; außerdem sind BV 23^{bis} (Brotgetreideversorgung) und BV 32^{bis} insb. Abs. 2 und 3 (Tafelobst- und Kartoffelbau) zu beachten.

¹⁵⁶ H. SCHAFFNER, Konstanten der schweizerischen Wirtschaftspolitik, a.a.O., S. 96f.

¹⁵⁷ BBI 1969 I 389 ff., insb. 540 ff.

schränkungen. Dafür wurde die Qualitätskontrolle eingeführt. Die obligatorische Qualitätskontrolle in Verbindung mit einer Herkunftsbezeichnung (Swiss made) soll verfassungsrechtlich den Übergang von Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. a BV zu Art. 31^{bis} Abs. 2 BV bewirken, womit die protektionistische Phase, die seit der Weltwirtschaftskrise dauerte, abgeschlossen wäre.

Es erhab sich bei Anlaß der bevorstehenden Neuordnung die Frage, ob eine Qualitätskontrolle in Verbindung mit der Herkunftsbezeichnung polizeilicher oder wirtschaftspolitischer Art im Sinne der gewohnten Unterscheidung zwischen zulässigen Regelungen und verpönten Durchbrechungen der Gewerbefreiheit sei. Obwohl sich für die handelspolizeiliche Natur der Qualitätskontrolle durchschlagende Gründe anführen lassen¹⁵⁸, wird man sich zu überlegen haben, ob die rechtstheoretische und nicht voll bewältigte Unterscheidung zwischen polizeilich und wirtschaftspolitisch auf die Fragestellung der Verfassung überhaupt zutrifft. Die Verfassung geht von der Klassifizierung aus, ob Maßnahmen mit der Handels- und Gewerbefreiheit im Einklang stehen oder sie beeinträchtigen, indem sie vom Prinzip abweichen. Damit ist nicht gesagt, daß rechtstheoretisch als polizeilich geltende Vorkehren allein niemals eine Abweichung bedeuten und vor allem nicht, daß nichtpolizeiliche notwendig eine Durchbrechung der Wettbewerbsfreiheit in sich schließen. Die Volkswirtschaftslehre ist jedenfalls von der mit dieser Unterscheidung im wesentlichen übereinstimmenden Gliederung nach marktkonformen und marktwidrigen Maßnahmen abgekommen. Für sie ist die Systemkonformität das sachrichtige Kriterium¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Eine abweichende Auffassung gründete sich darauf, daß die Qualitätssicherung auch «nach unten» innerhalb der HGF frei bleiben müsse (vgl. BGE 87 I 450 oben).

¹⁵⁹ E. TUCHTFELDT, Zur Frage der Systemkonformität wirtschaftspolitischer Maßnahmen, erschienen in «Zur Grundlage wirtschaftspolitischer Konzeptionen», S. 214 ff.

Die Qualitätskontrolle in der Uhrenindustrie wurde von der Preisbildungskommission¹⁶⁰ als nicht wettbewerbsbeschränkende Maßnahme, sondern als geeignet bezeichnet, die Leistungsfähigkeit der Uhrenindustrie zu fördern und gesamtwirtschaftliche Nachteile der Wettbewerbsfreiheit zu mildern. Es sollte sich jedenfalls nicht ereignen, daß wettbewerbspolitische Fortschritte und die Förderung der lauteren Konkurrenz an überalterten rechtlichen Konzepten scheitern könnten, weil sie in der rechtlichen Betrachtung als von der Wirtschaftsfreiheit abweichend von den strengen Anforderungen des Art. 31^{bis}, Abs. 3 lit. a BV abhingen.

Mit den bescheidenen Steuerbegünstigungen der Klein- und Mittelbetriebe der Tabakindustrie dürfte der noch weitergeführte Interventionismus vollständig oder nahezu vollständig aufgezählt sein.

Verfassungsrechtlich bedeutsam ist heute weniger die als Strukturpolitik gedachte kleine (juristische) Wirtschaftspolitik, Interventionismus nach Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. a–c BV, als die große Gesamtwirtschaftspolitik.

2.2.5 Geld- und Währungspolitik

Die Nationalbank hat nach Art. 39 Abs. 3 BV eine dem Gesamtinteresse des Landes dienende Kredit- und Währungspolitik zu führen¹⁶¹. Für die Wirtschaftsverfassungsfrage ist das Bemerkenswerte an dieser Bestimmung, daß die Ziele dieser Kredit- und Währungspolitik nicht festgelegt sind, so wenig wie die Mittel. Es wird auf das Gesamtinteresse verwiesen und nicht etwa auf die Handels- und Gewerbefreiheit. Ähnlich verhält es sich für die Au-

¹⁶⁰ Darstellung und Würdigung der privat- und öffentlich-rechtlichen Konkurrenzregelung in der schweizerischen Uhrenindustrie, 32. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des EVD, S. 88 und S. 104; vgl. auch K. SCHILLER, Wirtschaftspolitik, a.a.O., S. 224 i.V.m. S. 213.

¹⁶¹ Nach Art. 39 Abs. 8 BV bestimmt die Bundesgesetzgebung das Nähere.

ßenwirtschaftspolitik und die Finanz- und Haushaltspolitik, für welche entweder die Rücksicht auf die Lage der Wirtschaft¹⁶² maßgebend sein soll oder überhaupt keine Ziele genannt werden. Die Konkretisierung der Zwecke ist – wenn überhaupt – allenfalls vermittelst der Herausarbeitung einer Konzeption der schweizerischen Wirtschaftsverfassung zu erreichen.

Bekanntlich ist unlängst eine ziemlich breit ausgetragene Kontroverse über das Nationalbankinstrumentarium entbrannt, und zwar über die Mittel, mit denen die Kredit- und Währungspolitik zu betreiben wäre, ferner über die Verfassungsgrundlagen und über das Verhältnis der vorgeschlagenen Mittel zu der Handels- und Gewerbefreiheit.

Die Kredit- und Währungspolitik gibt ein treffliches Beispiel dafür ab, wohin das gewohnte Rechtsdenken führt, daß die Handels- und Gewerbefreiheit als Individualrecht in den Mittelpunkt der Wirtschaftsverfassung stellt. Etwas vereinfachend gesagt, gilt für die Volkswirtschaftslehre, daß eine intakte Geld- und Währungsordnung die Voraussetzung einer intakten Wirtschaftsordnung bildet. Die Geld- und Währungspolitik ist demnach als eminent öffentliche Aufgabe zu begreifen; was mit ihr unmittelbar zusammenhängt, wird deshalb vom öffentlichen Interesse beherrscht.

Demgegenüber müßte man von der rechtlichen Warte und von der über diese Frage geführten Diskussion aus gesehen anscheinend schließen, daß die Handels- und Gewerbefreiheit unter allen Umständen zu respektieren ist, möchte auch die Geld- und Währungssituation dadurch eine Entwicklung nehmen, welche die bestehende und gewollte Wirtschaftsordnung untergraben könnte. Von der Volkswirtschaftslehre her betrachtet, ist es Sache der Kredit- und Währungspolitik, den Geldumlauf des Landes zu regeln und

¹⁶² BV 42^{bis}; das ist kaum etwas anderes als das Gesamtinteresse.

Die Verdeutlichung ist im Finanzhaushaltgesetz vom 18.12.1968 vorgenommen worden.

das Geldvolumen¹⁶³ in die richtige Beziehung zum Angebot an Gütern und Dienstleistungen zu bringen. Stabilität der Währung nach innen und außen, Ermöglichung von ausreichendem Wachstum, Vermeidung inflationärer Störungen, welche das wirtschaftliche und soziale Gleichgewicht beeinträchtigen, das sind nach den Richtlinien der Regierungspolitik die Aufgaben der Kredit- und Währungspolitik¹⁶⁴.

Als Verfassungsgrundlage fallen für die Kredit- und Währungspolitik Art. 38 und 39 BV in Betracht.

Das Münzregal hat die Währungsparität zum Gegenstand. Auf diese Verfassungsvorschrift ist unangefochtenerweise das Münzgesetz¹⁶⁵ gestützt worden. Die Währungsparität geht vor allem das außenwirtschaftliche Gleichgewicht (Auf- und Abwertung) an.

Von der Währungsparitätfrage abgesehen ist die Kredit- und Währungspolitik der Nationalbank überantwortet worden. Dafür besteht wiederum eine einwandfreie Verfassungsgrundlage¹⁶⁶. Diese Verfassungsvorschrift genügt vollauf, und es bedarf keiner zusätzlichen Ansatzstelle im Bankenartikel, um die Mittel der Kredit- und Währungspolitik der Nationalbank zu bestimmen.

Die Kredit- und Währungspolitik ist eine öffentliche Aufgabe, die – wie soeben dargelegt – für die Wirtschaftsordnung grundlegende Bedeutung hat. Aus der Verfassungsbestimmung über die Regelung des Geldumlaufes und die dem Landesinteresse dienende Kredit- und Währungspolitik sind nach dem Verfahren der Konsequenz die zulässigen Mittel abzuleiten und zu bestimmen, die in den Dienst dieser Aufgabe zu stellen sind. Ein anderer Weg bleibt nicht übrig, da die Verfassung die zulässigen Mittel nicht festlegt. Da-

¹⁶³ Für die Nationalökonomie ist nicht die Geldmenge allein entscheidend, sondern auch die Umlaufgeschwindigkeit; der Ausdruck *Geldvolumen* soll hier für die Bedeutung des Geldes in der Wirtschaftsordnung schlechthin stehen.

¹⁶⁴ BBl 1968 I 1245 f.; 1969 II 254 ff.

¹⁶⁵ BG über das Münzwesen vom 17. Dezember 1952, AS 1953, S. 209.

¹⁶⁶ BV 39 Abs. 3 und 8.

gegen ist zur Bestimmung der Instrumente der Nationalbank die Heranziehung des Bankenartikels¹⁶⁷ weder notwendig, noch gibt er den sachgerechten Anknüpfungspunkt ab.

Der Bankenartikel betrifft die Aufsicht über den Geschäftsbetrieb der Banken, die das Privatbankgeschäft betreiben, so wie gegenüber Versicherungsgesellschaften oder Anlagefonds eine Aufsichtsgesetzgebung zum Schutze der Kunden zugelassen ist. Man kann ihm überdies die Bedeutung zuschreiben, daß das Privatbankwesen nicht der Verstaatlichung anheimfallen darf. Um eine andere Dimension oder Rechtsbeziehung geht es dagegen dort, wo der Geldumlauf und die autonome Kreditschöpfung der Banken¹⁶⁸ zur Regelung steht. Auf diese Verhältnisse war die Erweiterung des Instrumentariums der Nationalbank (Mindestreserven und Kreditbegrenzung) angelegt. Der Natur der Sache nach setzen diese Maßnahmen rechtstechnisch bei den Geschäftsbanken an und werden von diesen als Eingriff oder Beschränkungen empfunden. Deswegen bedarf es des zusätzlichen Nachweises einer Verfassungsgrundlage im Bankenartikel für die kredit- und währungspolitischen Maßnahmen nicht, weil die Geschäftsbanken von diesen Maßnahmen betroffen werden. Für die von der Nationalbank einzusetzenden währungspolitischen Maßnahmen reicht jene Verfassungsbestimmung aus, welche die Kompetenz zur Regelung des Geldumlaufes und der Währungsverhältnisse für den Bund und für die zur Durchführung dieser Aufgabe vorgesehene unabhängige Organisation (Nationalbank) begründet. Das geschieht in Art. 39 Abs. 3 BV.

Die Betroffenheit der Geschäftsbanken durch die Kredit- und Währungsmaßnahmen tut nichts zur Sache. Käme es hierauf an, so wären nicht allein die Banken als Kreditgeber,

¹⁶⁷ BV 31 quater.

¹⁶⁸ Vgl. M. L. CATALAN, Die autonome Geld- und Kreditschöpfung der schweizerischen Banken, NZZ Nr. 169 vom 18. März 1969; BBl 1968 II 255 ff.; O. PFLEIDERER, Die Notenbank im System der wirtschaftspolitischen Steuerung, Planung III, S. 409 ff., insb. 413 ff.

sondern mindestens so sehr die Kreditnehmer überhaupt berührt. Wohin würde es führen, wenn eine Verfassungsgrundlage nicht nur für die Kredit- und Währungspolitik, sondern noch für jedes Gewerbe oder Wirtschaftssubjekt, das durch sie tangiert wird, dargetan sein müßte?

Aus dem gleichen Grunde nützt es, wenn gesetzliche Maßnahmen von der Art der Mindestreserven und der Kreditbeschränkungen verfassungswidrig wären, verfassungsrechtlich gar nichts, daß über die Mindestguthaben und Kreditausweitungen dieses Währungskartell als angebliche freiheitliche oder kooperative Lösung abgeschlossen statt eine gesetzliche Regelung getroffen wurde. Wenn tatsächlich die behauptete Verfassungswidrigkeit jener Maßnahmen zuträfe, so würde daran die Zustimmung der Geschäftsbanken nichts ändern. Es müßte dann vielmehr die Zustimmung all derjenigen eingeholt werden, auf welche diese Maßnahmen Auswirkungen (Kreditverweigerungen) zeitigen und zeitigen sollen¹⁶⁹. Im Bankenartikel die Kompetenz zu währungspolitischen Vorkehrungen niederzulegen, wäre sachlich so unangebracht wie es ist, sie dort zu suchen¹⁷⁰.

Die jetzige Fassung des Nationalbankartikels ist als Gegenvorschlag zu einem Volksbegehr zur Sicherung der Kaufkraft und der Vollbeschäftigung (Freigeld) entstanden. Die Begründung der Vorlage war eher knapp, dafür klar. Nach der Ergänzung der früheren Fassung des Nationalbankartikels – durch Sperrung hervorgehoben – lautet die Verfassungsstelle:

«Die mit dem Notenmonopol ausgestattete Bank hat die Hauptaufgabe, den Geldumlauf des Landes zu regeln, den Zahlungsverkehr

¹⁶⁹ Damit soll nicht gesagt sein, daß Verfassungsgrundlagen durch individuelle Zustimmung der Betroffenen ersetzt werden können.

¹⁷⁰ Daher spielt es keine Rolle, daß in der Beratung zu Art. 31^{quater} BV der Antrag abgelehnt wurde, der eine von der Handels- und Gewerbefreiheit abweichende Regelung der Bankengesetzgebung zugelassen hätte (H. MARTI, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, S. 92).

zu erleichtern und im Rahmen der Bundesgesetzgebung eine dem Gesamtinteresse des Landes dienende Kredit- und Währungspolitik zu führen.»

Dazu kam die Neufassung von Art. 39 Abs. 8 BV, welcher der Bundesgesetzgebung das Nähere über die Ausführung überließ.

In der Botschaft des Bundesrates zum Gegenvorschlag hieß es, daß der Zusatz über die Kredit- und Währungspolitik beantragt werde, um damit der Wandlung des Aufgabenbereiches der Nationalbank Rechnung zu tragen¹⁷¹.

In der kurz darauf folgenden Botschaft zum Nationalbankgesetz wurde die Frage erörtert, ob zu der traditionellen Diskont- und Offenmarktpolitik hinzu noch eine Mindestreserveregelung in den Erlaß aufzunehmen sei. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Erweiterung war nach der vorausgegangenen Änderung des Nationalbankartikels fraglos, denn Offenmarkt- und Diskontpolitik standen der Bank schon vorher, also ohne die Änderung zu¹⁷². Die Einführung der Mindestreserven wurde zurückgestellt, da man noch Erfahrungen abwarten wollte. Verfassungsrechtliche Bedenken bestanden jedoch nicht im geringsten.

In der Verfassungsergänzung vom 15. April 1951 wurde die Verfassungsgrundlage für eine über die Diskont- und Offenmarktpolitik hinausgehende Kredit- und Währungspolitik geschaffen. Damit sollten bessere Voraussetzungen für eine Geldpolitik der Stabilität des Preisniveaus (Inflation) und der stabilen Entwicklung überhaupt geschaffen und der Nationalbank als Aufgabe zugewiesen werden¹⁷³.

Die Frage, in welchem Verhältnis die geldpolitischen Maßnahmen auf Grund des abgeänderten Nationalbankartikels zu der Handels- und Gewerbefreiheit stehen sollten, wurde überhaupt nicht aufgeworfen. Von der öffentlichen Aufgabe der Nationalbank sowie von der Funktion der

¹⁷¹ BBI 1950 I 909; vgl. auch Amtl. Bull. NR 1953, S. 708.

¹⁷² BBI 1953 I 905 f.

¹⁷³ Amtl. Bull. NR 1953, S. 708.

Geldordnung in der Wirtschaftsverfassung her beurteilt, ist eine solche Fragestellung weder notwendig noch angezeigt.

Die Verfassung schuf die Voraussetzungen zur Erweiterung der Aufgabe der Nationalbank über die Regelung des Geldumlaufes und die Erleichterung des Zahlungsverkehrs hinaus auf eine dem Gesamtinteresse des Landes dienende Kredit- und Währungspolitik ohne instrumental eine Beschränkung anzutragen. Wenn schon der Wandlung des Aufgabenbereiches der Notenbank durch Angliederung der Kredit- und Währungspolitik Rechnung getragen werden wollte, so konnte sicher nicht eine währungspolizeiliche Ordnung im bereits praktizierten Sinne gemeint sein. Hiervon abgesehen läßt sich rein instrumental zum vorneherein nicht entscheiden, was in bezug auf Kredit- und Währungsmaßnahmen als polizeilich oder politisch zu gelten hat, bzw. was mit der Handels- und Gewerbefreiheit im Einklang wäre und was nicht.

Im übrigen scheint dem Verfassungsgesetzgeber damals klar gewesen zu sein, daß die Geld- und Währungsordnung eine Grundlage der Wirtschaftsordnung ist und nicht umgekehrt die Handels- und Gewerbefreiheit eine Grundlage der von der öffentlichen Aufgabe und vom öffentlichen Interesse her bestimmten Geldordnung.

Die Notenbank nimmt in der Gesamtwirtschaftspolitik wegen ihrer hoheitlichen Aufgabe eine Schlüsselstellung hinsichtlich wirtschaftspolitischer Steuerung ein¹⁷⁴. Das gilt unabhängig davon, daß die Nationalbank in der Frage der Währungssparität die Bundesbehörden bloß berät und die Paritätsänderung überhaupt nicht praktikabel ist. Sie verfügt über andere Einflußmöglichkeiten, die allerdings der Verbesserung bedürften.

Zusammengefaßt: Der Nationalbankartikel bietet die verfassungsmäßige Rechtfertigung für alle Notenbankmittel, die notwendig sind, um eine sachgerechte, widerspruchs-

¹⁷⁴ O. PFLEIDERER, Die Notenbank im System der wirtschaftspolitischen Steuerung, Planung III, S. 409 ff.

freie, wirksame und verhältnismäßige Geld-, Kredit- und Währungspolitik nach Maßgabe der Anforderungen einer marktorientierten und sozialverpflichteten Wirtschaftsverfassung zu führen. Dieser Schluß ergibt sich aus dem Auslegungsverfahren der Konsequenz, indem die Verfassung nicht der Nationalbank eine dem Gesamtinteresse des Landes dienende Regelung des Geldumlaufes und eine vom gleichen Ziel bestimmte Kredit- und Währungspolitik zur Aufgabe stellen kann, ohne die zudienlichen Mittel zu wollen¹⁷⁵.

Darin liegt keine unbeschränkte Kompetenz, sondern es gelten die Anforderungen der Sachgerechtigkeit, Widerspruchsfreiheit und Verhältnismäßigkeit. Irrelevant ist dagegen die sachfremde Frage der Vereinbarkeit einer dem Gesamtinteresse des Landes dienenden Kredit- und Währungspolitik mit der Handels- und Gewerbefreiheit.

Eine Bemerkung noch zur Funktion der Geld- und Währungspolitik:

Die Geld-, Kredit- und Währungspolitik ist gesamtwirtschaftspolitisch einsetzbar in Belangen der Konjunkturpolitik¹⁷⁶, der Wachstumsbeeinflussung, der Inflationsbekämpfung und des außenwirtschaftlichen Gleichgewichtes.

In der Vielzahl der Wirkungsmöglichkeiten ist die Gefahr von Zielgegensätzen und Zielreibungen inbegriffen. Das gilt für die aktive und für die passive Geld- und Währungspolitik. Die Handhabung ihrer Mittel gehört zur «hohen Schule»

¹⁷⁵ FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S.77; BGE 94 I 532 E. 8, 64 I 371; vgl. auch W. SCHAUMANN, ZBl1970, S.43f. Die nach Abschluß des Manuskriptes erschienene Dissertation M. LEY, Erwerbsfreiheit der Banken und «Instrumentarium» der Notenbank, S. 45 ff. und 91 ff. läßt eine Einordnung der Kredit-Währungspolitik in die gesamtwirtschaftlichen Zusammenhänge vermissen, so daß die teilweise Übereinstimmung der Ergebnisse mit der hier vertretenen Auffassung nichts an der Verschiedenheit der Standpunkte ändert.

¹⁷⁶ BBl 1968 I 1244: jedenfalls in Kombination mit der Finanz- und Wettbewerbspolitik.

der Wirtschaftspolitik. Daraus ergibt sich die Angewiesenheit auf die Erkenntnisse der Volkswirtschaftslehre¹⁷⁷, die zugleich dazu dienen können, Kriterien für die rechtliche Zulässigkeit der Mittel zu entwickeln.

Verfassungsrechtlich ist die aktive Geld- und Währungspolitik als Bestandteil der Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik und als Obliegenheit¹⁷⁸ anzusehen.

2.2.6 Finanz-, Fiskal- und Auftragspolitik

In der Botschaft zu den Wirtschaftsartikeln findet sich die Bemerkung¹⁷⁹:

«Auch die staatliche Wirtschaftstätigkeit, ihre Auftrags-, Finanz- und Steuerpolitik haben einen wichtigen Einfluß auf den Wirtschaftsverlauf. Der Staat besitzt die Möglichkeit, innerhalb gewisser Grenzen der Konjunkturtendenz der Privatwirtschaft entgegenzuwirken, weil er nicht so streng an ertragswirtschaftliche Erwägungen gebunden ist.»

In der Verfassung fand das Prinzip in Art. 42^{bis} BV den Niederschlag und zwar bei Anlaß der Neuordnung des Finanzaushhaltes des Bundes¹⁸⁰. Man hat das Gebot allerdings höchst anspruchslos und nicht sonderlich einprägsam formuliert:

«Der Fehlbetrag der Bilanz des Bundes ist abzutragen. Dabei ist auf die Lage der Wirtschaft Rücksicht zu nehmen.»

Was gemeint war, wurde dafür in der Botschaft unmißverständlich ausgesprochen, nämlich eine konjunkturausgleichende Finanzpolitik¹⁸¹.

¹⁷⁷ Vgl. etwa: H. SIEBER, Der Wettbewerbsaspekt des Notenbankinstrumentariums, NZZ Nr. 746 vom 2.12.1968; F. A. LUTZ, Mindestreserven und direkte Kreditkontrolle, NZZ Nr. 710 vom 15.11.1968.

¹⁷⁸ BV 39 Abs. 3.

¹⁷⁹ Botschaft I zu den Wirtschaftsartikeln, S. 8.

¹⁸⁰ BBI 1957 I, S. 511, 543 ff., 619 f.

¹⁸¹ BBI 1957 I, S. 511 f., 545 f., 619 f.

Seither ist die Maxime immer wieder in den Botschaften anzutreffen¹⁸².

Eine Konkretisierung erfuhr die antizyklische Finanzpolitik im Bundesgesetz über den Finanzhaushalt vom 18. Dezember 1968. Nach zwei Richtungen hin erfolgte eine bemerkenswerte Präzisierung.

Einmal soll die Finanzpolitik des Bundes konjunktur- und wachstumsgerecht praktiziert werden¹⁸³.

Zum andern wird der Bund angewiesen, eine Koordination der Finanzplanung des Bundes mit derjenigen der Kantone und Gemeinden anzustreben (kooperativer Föderalismus). Um dem Gedanken Nachachtung zu verschaffen, kann die Zusicherung von Bundesbeiträgen zum Ausbau der Infrastruktur davon abhängig gemacht werden, daß die beteiligten Kantone hierfür ein mehrjähriges Programm vorlegen. Unter Berücksichtigung der konjunktur- und wachstumsgerechten Erfordernisse sollen Dringlichkeiten festgelegt werden¹⁸⁴.

Insgesamt erhält der Voranschlag des Bundes, verbunden mit der mehrjährigen und stets nach den veränderten Verhältnissen überholten Finanzplanung¹⁸⁵ auch rechtlich die Bedeutung eines wirtschaftspolitischen Steuerungsinstrumentes¹⁸⁶.

Nach einem maliziösen Ausspruch soll Konjunkturpolitik die Kunst sein, ein heißes Eisen mit fremden Händen anzufassen¹⁸⁷. Tatsächlich ist der Vorhalt gängige Münze, an allen Fehlentwicklungen sei allein das undisziplinierte Verhalten der öffentlichen Hände schuld. Damit will vor allem

¹⁸² BBl 1969 II 749 f. und 757 ff.; 1968 I 1240 ff.

¹⁸³ Art. 2 Abs. 3 Finanzhaushaltgesetz; ferner Prioritätsordnung in der Erfüllung der Aufgaben unter Berücksichtigung der konjunktur- und wachstumspolitischen Erfordernisse.

¹⁸⁴ Art. 30 Finanzhaushaltgesetz.

¹⁸⁵ Art. 29 f. Finanzhaushaltgesetz.

¹⁸⁶ Vgl. BBl 1968 I 471 ff., 476 ff., 481 f., 500 ff.

¹⁸⁷ NZZ Nr. 500 vom 17.8.1969.

die Finanzpolitik apostrophiert werden. Wenn Fehler begangen wurden und der kooperative Föderalismus erst im Anlaufen begriffen ist, so liegt in der Einseitigkeit des Vorhaltes dennoch nicht die volle Wahrheit.

In der Finanz-, Fiskal- und Auftragspolitik liegen manigfache Spannungen zwischen konjunkturellen, wachstumsbedingten und infrastrukturellen Anforderungen¹⁸⁸. Diesen Fragen kann hier im einzelnen nicht nachgegangen werden. Die Arbeit setzt sich lediglich zum Ziel, die Umrisse der Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik und ihren verfassungsrechtlichen Untergrund zu skizzieren.

Zusammengefaßt: Finanz-, Fiskal- und Auftragspolitik berühren die Konjunktur-, Wachstums- und Wettbewerbspolitik. Verfassungsrechtlich ist diese Art von Wirtschaftspolitik nicht zu beanstanden. Der Auftrag dazu ist vielmehr ausdrücklich niedergelegt¹⁸⁹.

2.2.7 Außenwirtschaftspolitik

Außenwirtschaftspolitik wird zur Hauptsache auf Grundlage des bilateralen und multilateralen Staatsvertragsrechtes¹⁹⁰ einerseits und vermittelst der Zollartikel¹⁹¹ andererseits betrieben. Außenwirtschaftspolitik, deren Bedeutung in der integrationsfreudigen Zeit und für ein exportorientiertes Land wie die Schweiz keiner Hervorhebung bedarf, ist mithin im liberalsten Staat eine nicht von der Wirtschaft, sondern von den staatlichen Instanzen besorgte Aufgabe. Einen staatsfreien Außenwirtschaftsverkehr kann man sich zwar einbilden, keinesfalls dagegen praktizieren.

¹⁸⁸ Mitteilungsblatt des Delegierten für Konjunkturfragen 1968, S. 30; E. TUCHFELDT, Wachstumsprobleme der schweizerischen Volkswirtschaft, S. 10; F. GYGI, Wirtschaftsplanung in der Schweiz? Planung I, S. 177f.; Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung, Planung II, S. 118f.

¹⁸⁹ BV 42bis.

¹⁹⁰ BV 8.

¹⁹¹ BV 28f.

Zur Außenwirtschaftspolitik gehört mittelbar die Währungspolitik¹⁹² (z.B. Währungsparität, d.h. Auf- oder Abwertung, währungspolitische Maßnahmen der Nationalbank).

Einen äußeren Eindruck von der staatsvertraglichen außenpolitischen Aktivität vermittelt das systematische Inhaltsverzeichnis zur eidgenössischen Gesetzessammlung, das allein unter der Rubrik Handel, Industrie und Gewerbe eine sich über vierzehn Seiten erstreckende Aufzählung von Abkommen über die wirtschaftliche Zusammenarbeit, Handelsverträge und Zollabkommen enthält.

Die Handels- und Zollvertragsautonomie des Bundesstaates repräsentiert die eine Säule der Außenwirtschaftspolitik¹⁹³. Sie hat zwei Seiten. Extravertiert geht es um die internationale Handelsliberalisierung, die unserer leistungsfähigen Exportindustrie die Wege ebnen soll¹⁹⁴. Nach dieser Richtung kann gesamtwirtschaftlich die wachstums- und konjunktur-, aber auch wettbewerbspolitische Zielsetzung der Außenhandelspolitik angeführt werden. Introvertiert – in der Außenhandelsliberalisierung herrscht in der Regel nicht Einbahnverkehr – wird durch die Außenhandelspolitik und den Zollabbau im Inland ein konkurrenzfördernder Effekt erzielt¹⁹⁵. Reibungsflächen mit der binnengesetzlichen Agrarpolitik sind unvermeidlich und zeigen einen der zahlreichen Zielkonflikte der Wirtschaftspolitik.

¹⁹² BV 38 und 39 Abs.3 (Zahlungsverkehr); vgl. auch M. IKLE, Der internationale Zahlungsverkehr, erschienen in «Banken und Bankgeschäfte in der Schweiz», S.52 ff.; M. GAL, Die monetäre Integration in der EWG und die Auswirkungen für die Schweiz, erschienen in «Die Schweiz und die europäische Integration», S. 217 ff.

¹⁹³ BBl 1968 I 1227 ff.

¹⁹⁴ H. SCHAFFNER, Konstanten der schweizerischen Wirtschaftspolitik, a.a.O., S.84 ff.

¹⁹⁵ BBl 1970 I 192f.; Ausführungen über die handelsvertragliche Problematik einseitiger Zollsenkungen, BBl 1970 I 193 f.

Die andere Seite der Außenwirtschaftspolitik ist auf die Zollartikel¹⁹⁶ abgestützt. Der Wortlaut der Zollartikel verrät die Möglichkeiten nicht, die aus den beiden Artikeln abgeleitet wurden. Rechtlich ist die auf die Zollartikel gegründete Wirtschaftspolitik wenig erforscht. Um die Jahrhundertmitte flammte eine publizistische Auseinandersetzung auf, die sich in stark gegensätzlichen Auffassungen äußerte¹⁹⁷.

Vom Zollgesetz abgesehen ist der einmal verlängerte und ergänzte Bundesbeschuß über wirtschaftliche Maßnahmen gegenüber dem Ausland vom 28. September 1956/28. September 1962 auf diese Verfassungsbasis gestützt worden. Der Bundesrat erstattet zweimal jährlich über die vom Bundesrat getroffenen Maßnahmen dem Parlament einen Bericht¹⁹⁸; seit der Änderung 1962 erteilt er zusätzlich Auskunft über wesentliche Fragen der schweizerischen Außenhandelspolitik.

Die Außenhandelspolitik der wirtschaftlichen Maßnahmen gegenüber dem Ausland hat Defensivcharakter in dem Sinne, daß sie sich gegen ausländische staatliche Vorkehren oder außerordentliche Verhältnisse im Ausland (z.B. Dumpingsituationen) richtet, welche wesentliche schweizerische Wirtschaftsinteressen beeinträchtigen. Der Beschuß gestattet, den grenzüberschreitenden Handel zu überwachen (Preisüberwachung¹⁹⁹), bewilligungspflichtig zu erklären, zu beschränken oder zu verbieten.

Den angewandten Mitteln nach würde man somit auf eine rein protektionistische Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit schließen. Dem Zwecke nach beurteilt verhält es sich indessen grundlegend anders. Ob die Reaktion

¹⁹⁶ BV 28 f.

¹⁹⁷ Vgl. J. F. AUBERT, *Traité de Droit constitutionnel suisse*, S. 691 Nr. 1939 mit Verweisungen; CH. A. JUNOD, *Le statut légal de l'industrie horlogère suisse* 189 ff.; BBl 1956 I 941 ff., insb. 945 f.

¹⁹⁸ Erscheint im Bundesblatt.

¹⁹⁹ Vgl. BGE 86 I 312.

auf dumpingähnliche Gegebenheiten²⁰⁰ und andere außerdentliche Verhältnisse der Handels- und Gewerbefreiheit widersprechen, dürfte mit guten Gründen zu verneinen sein. Hiervon abgesehen soll der Bundesbeschuß gestatten, in der Außenhandelpolitik Kampf-, Verhandlungs- und Compensationspositionen gegenüber ausländischen Maßnahmen auszuspielen. Das Endziel liegt in der wechselseitigen Aufhebung der Handelshindernisse, also der Öffnung der Grenzen. Einmal mehr ist zu erkennen, daß jedenfalls die angewandten Mittel rechtlich nicht qualifizierend sind.

Jüngst hat der Bundesrat für das Exportdepot als Verfassungsgrundlage die Zollartikel angerufen²⁰¹. Zu konjunkturpolitischen und antiinflationären Zwecken hätte danach der Exporteur einen kleinen Anteil des Warenwertes²⁰² in ein unverzinsliches Depot, erhoben von der Zollverwaltung, abzuzweigen. Das Depot würde wieder zur Verfügung des Exporteurs gestellt, sobald es die Wirtschaftslage erlaubt, also durch die temporäre Abschöpfung und die andern wirtschaftspolitischen Maßnahmen der konjunkturpolitische Effekt erreicht wäre. Die Gewinnrealisierung auf Seiten des Exporteurs würde im Umfang des Depots aufgeschoben und um den Zinsertrag geschrämt. Daraus möchte man erwarten, daß sich das Interesse an der Ausweitung der Ausfuhr vermindern würde. Zudem könnten die sterilisierten Beträge vorläufig nicht neu investiert und damit dieser Auftriebsfaktor beeinflußt werden.

Es ist nicht schon von vorneherein von der Hand zu weisen, daß konjunkturpolitisch motivierte Ausfuhrerschwerungen²⁰³ in dem Zollartikel einen Rückhalt finden. Die Begründung der Botschaft ist indessen zu knapp, um zu überzeugen.

²⁰⁰ Vgl. BBl 1969 I 107.

²⁰¹ BBl 1970 I 199 f.

²⁰² Vorgesehen sind 5 %, evtl. bis 5 %.

²⁰³ Vgl. allg. über Ausfuhrmaßnahmen: BURCKHARDT, Kommentar zur BV, S. 213; CH. A. JUNOD, a.a.O., S. 189 f.

In der Wirtschaftswissenschaft wird die Konjunktur-entwicklung, gegen die sich das Exportdepot richtet, als primär in ausländischen Ursachen liegend erachtet. Daher haben die Ökonomen auf eine Paritätsänderung des Schweizerfrankens als Kausaltherapie gedrängt. Man spricht bei derartigen Gegebenheiten von einer importierten Inflation²⁰⁴. Mit diesem sinnbildlichen Stichwort wäre zugleich der sachliche Zusammenhang mit im Ausland liegenden außerordentlichen Umständen, also mit Art. 29 Abs. 2 BV gegeben.

Abschließend: Die Außenhandelspolitik kann vorab wachstums-, konjunktur- und wettbewerbspolitisch eingesetzt werden. Verfassungsrechtlich ist die Außenwirtschaftspolitik als Bestandteil der Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik niedergelegt²⁰⁵.

2.2.8 Infrastrukturaufgaben und andere wirtschaftspolitische Zuständigkeiten

Hier muß es mit Andeutungen sein Bewenden haben, um nicht jeden vertretbaren Rahmen zu sprengen. Allein schon wie weit der Bogen der Infrastruktur reicht, ist schwer zu bestimmen. Sicherlich gehören Wasser-, Energie- und Verkehrswirtschaft dazu²⁰⁶. Vielfach wird die berufliche Ausbildung in ihrer ganzen Breite miteinbezogen²⁰⁷. Verbesserung der Aufstiegschancen und Sicherung des spezialisierten Nachwuchses in einer hochentwickelten arbeitsteiligen Wirtschaft sind die sozial- und wirtschaftspolitischen Ziele. Wirtschaftspolitisch relevant sind die Sekundärinvestitionen, welche die Unternehmer nicht oder nur zum Teil selber tragen (Gewässerreinigung, Erschließung, Luft-

²⁰⁴ Vgl. NZZ Nr. 65 vom 9.2.1970 betreffend Bericht der OECD über die Wirtschaftslage in der Schweiz; H. LIPFERT, Einführung in die Währungspolitik, 4. Aufl., S. 289 ff.

²⁰⁵ BV 8 und 28 f.

²⁰⁶ BV 24^{bis}, 24^{ter}, 24^{quinquies}, 26, 26^{bis}, 36^{bis}, 37, 37^{ter}.

²⁰⁷ BV 27, 34^{ter} Abs. 1 lit. g.

hygiene, Lärmbekämpfung). Im weitesten Sinne werden diese Aufwendungen als *social costs* bezeichnet.

Man versteht darunter denjenigen volkswirtschaftlichen Kostenzuwachs, der nicht in die Wirtschaftsrechnungen der Verursacher eingeht und dem kein volkswirtschaftlicher Ertragszuwachs gegenübersteht. Eine neuere volkswirtschaftliche Arbeit unternimmt es geradezu, von diesen Kosten her eine Theorie der Wirtschaftspolitik zu entwickeln²⁰⁸.

Die Infrastruktur spielt wachstumspolitisch eine Rolle. Zum Teil tritt der Infrastrukturausbau zugleich als Kehrseite einer großzügigen Fremdarbeiterpolitik²⁰⁹ in Erscheinung. Außerdem drückt er sich im Haushalt und Auftragsvergebungs volumen der öffentlichen Hand konjunkturbeinflussend aus. Wachstums- und konjunkturpolitische Wirkungen stehen demnach in wechselseitiger Verflechtung und Verkoppelung.

Die Infrastrukturpolitik soll mit der Annahme der Verfassungsergänzung über die verfassungsrechtliche Ordnung des Bodenrechtes²¹⁰ eine neue, und zwar bundesstaatlich-kooperative Wendung nehmen. Fraglos greift die rechtliche Ordnung der Bodennutzung und der Raumplanung tief in die Wirtschaftspolitik ein. Daraus hat der Bundesrat in der Botschaft denn auch kein Hehl gemacht²¹¹. Der wechselvollen Entwicklungsgeschichte der Bodenrechtsartikel und ihrer wirtschaftspolitischen Bedeutung kann indessen hier nicht nachgegangen werden, so daß ein –

²⁰⁸ BR. LINK, Social costs; die Lösung des Problems der social costs als Ansatz einer Theorie der Wirtschaftspolitik, Diss. St. Gallen 1969; vgl. auch die Ausführungen in BBl 1970 I 763.

²⁰⁹ Vgl. E. TUCHTFELDT, Wachstumsprobleme der schweizerischen Volkswirtschaft, S. 10.

²¹⁰ BV 22ter, 22quater.

²¹¹ BBl 1967 II 138f., 142f.; vgl. auch H. SIEBER, Überfordertes Bodenrecht NZZ Nr. 651 vom 22.10.1968 mit Ausführungen über die Zusammenhänge zwischen Bodenrecht und inflatorischer Wachstumsförderung.

allerdings gewichtiger – Hinweis auf die Verbindung von Infrastruktur und Wirtschaftspolitik genügen muß.

Die Fremdarbeiterfrage hat sich für die Schweiz staatspolitisch und wirtschaftspolitisch zu einem äußerst komplexen Problem verschärft²¹², das ohne emotionale Belastung bereits schwierig genug zu bewältigen gewesen wäre. Es ist gesagt worden, daß die Verfassungsbestimmungen über das Fremdenrecht²¹³ lediglich der Überfremdungsgefahr zu wehren vermöchten. Wirtschaftspolitsche Zwecke dagegen dürften in die Ausführungsgesetzgebung oder Anwendung nicht einfließen²¹⁴. Läßt sich das praktisch überhaupt auseinanderhalten? Könnte beispielsweise eine liberale Zulassungspraxis gefordert werden, wenn die Sekundärinvestitionen, die damit verursacht werden, die Allgemeinheit und nicht die Verursacher zu tragen haben²¹⁵, von anderen gesamtwirtschaftlichen Effekten ganz abgesehen?

Konjunkturpolitisch zum Einsatz kamen 1964 und 1970 die Abzahlungskäufe, übrigens mit einer bemerkenswerten Ergänzung in der zweiten Phase. Offenbar war das interessierte Abzahlungsgeschäft auf die Weise ausgewichen, daß der Kaufpreis bezahlt, jedoch mit Kleinkrediten finanziert wurde²¹⁶. Die Maßnahmen wenden sich differenziert gegen die nicht spargedekelte Anschaffung von Bedarfsgütern und von «Gütern des gehobenen Wahlbedarfes» (z.B. Automobile).

²¹² BBl 1968 I 1216, 1969 II 1044 ff., 1970 I 196.

²¹³ BV 69ter.

²¹⁴ H. P. MOSER, Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, ZSR 1967 II 377 ff. und 411.

²¹⁵ Vgl. E. TUCHTFELDT, a.a.O., S.10.

²¹⁶ BBl 1970 I 191 und 195f.; in der Botschaft zum Entwurf des BG über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag findet sich allerdings die Äußerung, daß es nicht die Meinung haben könne, auf diesem Wege wirtschaftspolitische, insbesondere konjunkturpolitische Ziele zu verfolgen (BBl 1960 I 538f.).

2.2.9 Arbeitsverfassung

Einen ebenfalls wichtigen Bestandteil der Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik bildet auch die **Arbeitsverfassung**, die jedoch in anderem Zusammenhang unter Ziffer 3.3 erörtert wird.

2.3

Zur sozialen Frage

Die vorausgehenden Darlegungen beabsichtigten, den Nachweis zu führen, daß die nach den Richtlinien der Regierungspolitik und nach zahlreichen anderen Verlautbarungen praktizierte Wirtschaftspolitik des Bundes verfassungsrechtlich gedeckt ist. Damit sollte belegt werden, daß sich der Bundesstaat in Übereinstimmung mit der Verfassung in viel ausgedehnterem Maße für die Wirtschaftsordnung verantwortlich erachtet und erachten muß, als eine vordergründige Meinung über die «staatsfreie Wirtschaft» sich das vorstellt²¹⁷. Dabei ist dieses Engagement für eine marktorientierte Wirtschaftsordnung notwendig. Zur Rechtfertigung vor der Verfassung stand einzig und allein die Gesamtwirtschaftspolitik in einer grundsätzlich privatwirtschaftlich verankerten Wirtschaftsordnung.

Die Handels- und Gewerbefreiheit kann in dieser Konzeption durchaus ihren Platz eines Individualrechtes beibehalten. Ihre Bedeutung beschränkt sich jedoch auf den Sinn, die Zulassungs- und Ausübungsfreiheit der Selbständigerwerbenden im Verhältnis zu den staatlichen Beschränkungen (Regelungen und Ausnahmen) zum Ausdruck zu bringen. (Für unselbständig Erwerbende kommt allenfalls die Arbeitsplatzwahlfreiheit in Betracht.) Innerhalb der Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik macht sie

²¹⁷ Vgl. dazu L. FRÖHLER, Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik, Wien 1969, S. 8 ff.

einen beileibe nicht unwichtigen Teilbereich aus, jedoch nicht den alleinigen Kern der Wirtschaftsverfassung.

Die Wohlfahrtsbestimmungen der Bundesverfassung wurden indessen hiervor so verstanden, daß eine marktorientierte und sozialverpflichtete Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung programmatisch niedergelegt sei²¹⁸. Es bleibt somit die Relation *sozial* oder *sozialverpflichtet* zu erklären. Das ist der schwierigere Teil des Vorhabens, zumal es als gleichsam unvornehm empfunden wird, am Liberalismus soziale Abstriche vorzunehmen. Daran hat sich trotz der sozialen Marktwirtschaft nichts geändert, um so weniger als das Beiwort *sozial* dort werbetechnisch die Vorteile des veranstalteten Wettbewerbes und der radikalen Monopolbekämpfung unterstreichen soll.

Hier ist der Zusatz *sozial* durchaus ernst gemeint, in der Annahme, daß auch die Verfassung mit sozial schädlichen Auswirkungen²¹⁹, mit gemeinsamer Wohlfahrt²²⁰ oder mit wirtschaftlicher Sicherung der Bürger²²¹ keine heuchlerischen Lippenbekenntnisse aussprechen will.

Mit den angeführten Hinweisen ist das Wort *sozial* jedoch nicht begrifflich festgelegt und erklärt. Zugegeben sei, daß damit bis zu einem gewissen Grade ein Spannungsverhältnis zu marktwirtschaftlich ausgedrückt ist. Nach dem, was über die staatlichen Veranstaltungen zugunsten der Wettbewerbspolitik gesagt wurde, kann das nicht überraschen. Sozial darf nach der Verfassung sodann den Klang maßvoller sozialstaatlicher Veranstaltungen haben²²². Darin, insbesondere in den Sozialansprüchen von der Art der

²¹⁸ Vgl. 2.2.1.

²¹⁹ BV 31^{bis} Abs. 3 lit. d.

²²⁰ BV 2, 31^{bis} Abs. 1.

²²¹ BV 31^{bis} Abs. 1.

²²² R. ZIPPELIUS, Allgemeine Staatslehre, S. 125 ff., 136; W. KÄGI, Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848, ZSR 1952 I, S. 194 und 222.

Sozialversicherung und Sozialhilfe²²³, erschöpft sich jedoch der Zusatz nicht. Vielmehr soll ein Gedanke aufgenommen werden, der in der Rechtsliteratur wiederholt aufgegriffen worden ist, der aber außerordentlich schwer zur Darstellung zu bringen ist. Diese Idee geht dahin, daß sozial nicht lediglich korrektiv, ergänzend oder gar verfälschend zu liberal steht, sondern in innerer Beziehung zu liberal.

Nur zwei Aspekte werden diesbezüglich näher verfolgt, nämlich das Element der Sicherheit in der marktorientierten Wirtschaftspolitik einerseits und dann vor allem die These der sozialen Freiheit. Zunächst müssen aber doch die eigentlichen sozialpolitischen Kompetenzen der Bundesverfassung Erwähnung finden. Dagegen werden die sozialen Grundrechte nicht berührt, weil sie in dieser Gestalt nicht Inhalt der geltenden Verfassung sind. Außerdem wird HANS HUBER darüber eine Untersuchung voraussichtlich vor dem Erscheinen des vorliegenden Berichtes veröffentlichen.

Die soziale Frage innerhalb der Wirtschaftsverfassung berührt aufs engste die Frage nach der Gerechtigkeit der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung. Die Wirtschaftswissenschaft versucht, eine Antwort zu vermeiden (Werturteil). Das soll tunlichst auch hier so gehalten werden, einmal unter Verweis auf die Rechtspolitik und zum andern unter Hinweis auf die Rechtsphilosophie. Gänzlich ausklammern lässt sich freilich der Gerechtigkeitsbezug nicht. Man kann ihm allenfalls ausweichen, indem das Gesamtinteresse vorgeschoben wird.

2.3.1 Sozialpolitik

Die Sozialversicherung bedeutet öffentliche Vorsorge für das Alter und gegenüber dem Schicksal²²⁴, zum

²²³ BBI 1968 I 1237.

²²⁴ Alters- und Hinterlassenenversicherung, Invalidenversicherung, Kranken- und Unfallversicherung, Militärversicherung, Erwerbsersatzordnung, Arbeitslosenversicherung; BV 34^{bis} ff.

Teil Umverteilung (Kinder- und Familienzulagen) oder strukturelle Hilfe²²⁵ (Familienzulagen an Bergbauern, Kleinbauern und landwirtschaftliche Arbeitnehmer). Sie hat Bezug auf die soziale Gerechtigkeit und betreibt sowohl über die Ausschüttungen als auch über die Finanzierung Umverteilung des Volkseinkommens²²⁶. Darauf beschränkt sich jedoch ihre wirtschaftspolitische Bedeutung nicht. Dazu wäre etwa an die konjunkturellen Einwirkungen der Kaufkraftvermehrung durch Rentenerhöhung der AHV oder der Abschöpfung durch Beitragserhöhung in dieser bedeutenden öffentlichen Versicherung, an die Einflüsse der Versicherungsfonds auf den Kapitalmarkt sowie an die Wiederherstellung und Erhaltung der Arbeitskraft zu denken, um nur wenige Stichworte zu nennen²²⁷. Mit den Sozialversicherungswerken können egalisierende aber – etwa durch Indexierung der Renten – nicht ungefährlich dynamisierende, destabilisierende Effekte erzielt werden²²⁸.

Sozialpolitisch motivierbar ist die Vollbeschäftigungspolitik, die den Umweg über die Arbeitslosenversicherung oder die Umverteilung erspart. Desgleichen läßt sich die Wachstumspolitik mit dem nämlichen Gedanken in Beziehung setzen²²⁹.

Die Richtlinien der Regierungspolitik erwecken den Eindruck, daß Sozialpolitik als sozialstaatlich motivierte

²²⁵ BBl 1969 I 471 ff., insb. 476 f.

²²⁶ BBl 1968 I 1223 f. und 1237; H. HUBER, Der Standort der Sozialversicherung, SZS, 1957 S. 4 ff.; H. HUBER, Die rechtsstaatlichen Grundsätze im Sozialversicherungsrecht, SZS 1960, S. 1 ff., insb. 10 ff. Beachtenswert sodann H. F. ZACHER, Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, DöV 1970, S. 3 ff. mit zahlreichen Hinweisen.

²²⁷ Vgl. A. MAURER/G. MACCIACCHINI, Wechselwirkungen zwischen Sozialversicherung und Volkswirtschaft, SZS 1969, S. 187 ff.; BBl 1963 II 517 ff., insb. S. 562 ff.

²²⁸ K. SCHILLER, Wirtschaftspolitik, Hwb der Soz. Wiss. Bd. 12, S. 225.

²²⁹ G. VON EYNERN, Grundriß der politischen Wirtschaftslehre, S. 245 ff.

Korrektur an der Leistungsgerechtigkeit der Einkommensverteilung aufzufassen sei²³⁰. In der Volkswirtschaftslehre ist ebenfalls die Unterscheidung nach Leistungsgerechtigkeit und Bedarfsgerechtigkeit anzutreffen²³¹. Sofern man die Voraussetzungen, unter welchen die leistungsgerechte Primärverteilung des Volkseinkommens zustande kommt, als zweifelsfrei gerecht hinzunehmen bereit ist, kann eine solche Zweiteilung befriedigen, sonst aber nicht.

Nahezu unüberblickbar nimmt sich das Feld aus, in welchem Wirtschafts- und Sozialpolitik vermittelst Subventionen besorgt werden. Die gesamte Subventionspraxis des Bundes ist vor wenigen Jahren untersucht worden, um sie in die gesamtwirtschaftlichen Zusammenhänge zu stellen. Das Ergebnis dieser grundsätzlichen Überprüfung durch die mit dem Namen ihres Präsidenten Prof. P. STOCKER bekannt gewordenen Kommission von fünf Wissenschaftern ist in einer Botschaft des Bundesrates gewürdigt worden²³². Behörden und Parlament haben anschließend die Konsequenzen aus der Analyse gezogen, allerdings nicht durchwegs zur Genugtuung der Urheber des wissenschaftlichen Berichtes. Interessant ist die Gliederung, welche zugrunde gelegt wurde: Infrastruktursubventionen, Branchensubventionen (Landwirtschaft, Gewerbe, Industrie, Fremdenverkehr), sozialpolitische, gesundheitspolitische, bildungs- und forschungspolitische, wehrpolitische und andere Subventionen.

In der sachlichen Würdigung wurde in den Subventionen ein taugliches Mittel der Wirtschafts- und Finanzpolitik gesehen, sofern sie zielkonform eingesetzt und zweckmäßig ausgestaltet seien. Es gelte, dauernd zu überwachen, ob der ursprüngliche Subventionszweck noch gegeben und fernerhin sinnvoll sei. Andere Finanzierungsmöglichkeiten seien den Subventionen vorzuziehen und danach

²³⁰ BBl 1968 I 1223f.

²³¹ G. GÄFGEN, Allgemeine Wirtschaftspolitik, Kompendium der Volkswirtschaftslehre, S. 141 ff.

²³² BBl 1967 I 301 ff.

zu trachten, statt ihrer den «Nachmann im Verkehr» zur Bezahlung eines marktgerechten Preises anzuhalten! Subventionen sollten grundsätzlich als wachstumspolitische Lenkungsinstrumente ausgestaltet sein, und deshalb die Beitragsempfänger durch geeignete Auflagen zu zielkonformem Gebaren verhalten werden. Erziehungs-, Start-, Anpassungs- und Überbrückungshilfen wären zu befristen und die Vergebung hätte den wirtschaftlichen und fachlichen Verhältnissen des Empfängers weitmöglichst Rechnung zu tragen (individualisierende, differenzierende Gleichheit angepaßt an die Verschiedenheit der Voraussetzungen statt egalitärer, mathematischer Gleichheit, wie sie dem Sozialversicherungsrecht oft eigen ist²³³).

Die Wirtschafts- und Sozialpolitik der Subventionen ragt ferner in den bundesstaatlichen Finanzausgleich hinein.

Von der differenzierenden Gleichheitsanforderung und vom Verhältnismäßigkeitssatz abgesehen²³⁴, sind kaum Anhaltspunkte für eine rechtliche Disziplinierung derartiger Sachbereiche zu erkennen. Das Recht ist gegenüber der Wirtschafts- und Sozialpolitik im Rückstand, weil es sich von der Illusion der staatsfreien Wirtschaft leiten läßt oder ließ.

2.3.2 Sicherheit

Die Verfassung führt die wirtschaftliche Sicherung der Bürger²³⁵ als ein Ziel an. Man ist sich gewohnt, darunter die Sozialpolitik im Sinne von sozialer Sicherung zu verstehen und sie der marktwirtschaftlichen Dynamik gegenüberzustellen, mitunter nicht ohne einen leichten Beigeschmack. Gewiß ist Sozialpolitik vom Sicherheitsbestreben getragen. Die Wirtschaftspolitik der marktorientierten Wirtschafts-

²³³ Vgl. H. HUBER, Die rechtsstaatlichen Grundsätze im Sozialversicherungsrecht, SZS 1960, S. 10 ff.

²³⁴ Auch sie sind oft aus verwaltungsökonomischen Gründen und der Gefahr der Umgehung wegen schwer durchführbar. Die Lex Piot ist an dieser Erfahrung gescheitert: BBl 1960 I 1631f.

²³⁵ BV 31^{bis} Abs. 1.

ordnung zielt jedoch ihrerseits in beträchtlichem Umfang auf Sicherung²³⁶: stetiges und nicht unregelmäßiges Wachstum, Vermeidung von extremen Konjunkturausschlägen und Konjunkturschwankungen, Verhütung von Strukturkrisen, Festigung des Beschäftigungsgrades, Stabilisierung des Geldwertes und des Preisniveaus, Erhaltung des Zahlungsbilanzgleichgewichtes.

Das Beispiel der Inflationsbekämpfung, also der Geldwertstabilität ist das sprechendste. Die Inflation schließt kalte und unsoziale Umverteilung in sich. Ihre Verhütung oder Verminderung kann deshalb der Sozialpolitik zugerechnet werden²³⁷. Von der Währungsverschlechterung droht jedoch zugleich dem Funktionieren der Marktwirtschaft eine ernste Gefahr²³⁸. Sozialpolitik und Wirtschaftspolitik in der marktorientierten und sozialverpflichteten Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung lassen sich überhaupt sachlich nicht voneinander trennen. Diese Feststellung soll überleiten zum letzten Gesichtspunkt der sozialen Frage.

2.3.3 Die soziale Freiheit

In der italienischen Verfassung steht – sinngemäß übersetzt – im Anschluß an die Umschreibung des Gleichheitssatzes²³⁹:

«Es ist Aufgabe der Republik, die Hindernisse der wirtschaftlichen und sozialen Ordnung zu beseitigen, die, indem sie faktisch

²³⁶ G. GÄFGEN, a.a.O., S. 132 und 143f.

²³⁷ BBl 1970 I 187, 1968 I 1244, 1964 I 190f.

²³⁸ Siehe vorangegangene Fußnote; ferner G. VON EYNERN, a.a.O., S. 71f., 202f.; G. GÄFGEN, a.a.O., S. 145f.; eingehend auseinandergesetzt sind die Zusammenhänge bei E. DÜRR, Probleme der Konjunkturpolitik (insbes. 139ff.), vor allem auch in den internationalen Relationen der Geldordnung und der Währungseinflüsse.

²³⁹ Übersetzung bei D. CH. DICKE, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Wirtschaftslenkung in Italien und der Bundesrepublik Deutschland, res publica, Beiträge zum öff. Recht Nr. 22, S. 45f.

die Freiheit und die Gleichheit der Bürger beschränken, die volle Entfaltung der menschlichen Person und die tatsächliche Teilnahme aller Arbeitenden an der politischen, wirtschaftlichen und sozialen Gestaltung des Landes verhindern.»

Die zitierte Formulierung mag in der politischen Entstehung auf linksgerichtete Urheber zurückzuführen sein²⁴⁰. Dennoch wurde ihr objektiver Sinn in der italienischen Rechtslehre in eine Beziehung zu der wirtschaftlichen Freiheit gebracht, die echt liberales Rechtsdenken schon längst beschäftigt²⁴¹: Welches sind die ökonomischen Vorbedingungen der Effizienz der wirtschaftlichen Freiheitsrechte?

In Worte wurde das Problem öfters zu fassen versucht. Es tauchen Bezeichnungen wie echte, effektive, konkrete, reale, faktische, tatsächliche Freiheit²⁴² auf, wobei im Grunde immer das gleiche gemeint ist. Ausgesprochen wird damit die Erfahrung, daß die Verbriefung von rechtlichen Freiheiten in der Verfassung, auch verbunden mit der weitgehenden Verschonung der Freiheitsrechte von staatlichen Eingriffen, für sich allein keinen Zustand effektiver Möglichkeit der Selbstentfaltung der Person gewährleistet. Die Umstände scheinen für die Wirtschaftsfreiheit ausnehmend komplex zu sein, weil das wirtschaftliche Substrat und der erfolgreiche Zugang zum Tausch mit privaten Partnern in der arbeitsteiligen Wirtschaft existentielle Voraussetzungen der Entfaltung darstellen. Das hat RAYMOND ARON mit der bereits einmal zitierten Unterscheidung zwischen *liberté*

²⁴⁰ D. CH. DICKE, a.a.O., S.50.

²⁴¹ D. CH. DICKE, a.a.O., S.50; A. CESAREO, Die Entwicklung der Wirtschaftsplanung in Italien, erschienen in Planung II, S. 201 f.; C. CERETI, Diritto costituzionale italiano 7. Aufl., S.160f.

²⁴² Vgl. R. ZIPPELIUS, Allgemeine Staatslehre, S. 223f.; D. SCHINDLER, Verfassungsrecht und soziale Struktur, S. 151; H. RYFFEL, Rechts- und Staatsphilosophie, S. 475f.; G. VON EYNERN, a.a.O., S. 91 ff.; H. SCHOLLER, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, S. 14 ff., 101 f.

und *capacité* fein heraustreten lassen²⁴³. In der Wirtschaftslehre verbirgt sich die nämliche Fragestellung hinter Ausdrücken wie Chancengleichheit oder Gleichheit der Startbedingungen oder auch Startgerechtigkeit, die auch schon in die Rechtssprache übernommen worden sind²⁴⁴.

Man könnte geneigt sein, die Frage einmal so zu formulieren: Darf der liberale Staat nicht sozial sein? Die Antwort wird lauten, daß er es automatisch sei, weil die preisgesteuerte Marktwirtschaft eine leistungsgerechte Verteilung des Volkseinkommens herbeiführe. Das gerade ist jedoch – und zwar ebenfalls in wirtschaftswissenschaftlicher Überzeugung – einmal dann fraglich, wenn die Chancenvoraussetzungen verzerrt sind²⁴⁵. Außerdem müssen die Bedingungen eines annähernd marktwirtschaftlichen Prozesses durch aktive Wirtschaftspolitik gestützt werden²⁴⁶.

Daher interessiert es, daß in der italienischen Verfassung die nahe Beziehung zwischen Freiheit und Gleichheit ausdrücklich vermerkt wird. Der Staat wird vor die Aufgabe gestellt, die wirtschaftlichen und sozialen Hindernisse auszuräumen, welche faktisch die Freiheit und die Gleichheit der Bürger beschränken und sie so an der wirtschaftlichen Entfaltung hindern. Die neue Dimension liegt darin, daß nicht die Abstinenz des Staates gegenüber der Freiheit und Gleichheit – Abwehr unzulässiger Eingriffe –, sondern aktive Wirtschafts- und Sozialpolitik begehrt wird.

Die Beziehung zwischen Wirtschaftsfreiheit und sozialer Gleichheit ist in der Rechtswissenschaft wieder-

²⁴³ R. ARON, *Essai sur les libertés*, Paris 1966, S. 210f.: «être libre de faire quelque chose et être capable de faire quelque chose sont deux notions radicalement autres».

²⁴⁴ G. GÄFGEN, a.a.O., S. 140f.; G. von EYNERN, a.a.O., S. 49, 88, 89, 200, 245; H. SCHOLLER, a.a.O., S. 14 ff.; H. HUBER, *Die Gleichbehandlung der Gewerbegegenossen*, Festschrift Hug, S. 454 ff.

²⁴⁵ G. GÄFGEN, a.a.O., S. 146.

²⁴⁶ Vgl. auch H. JÜRGENSEN/E. KANTZENBACH, *Ansatzmöglichkeiten einer gesamtwirtschaftlichen Planung*, Planung II, S. 53 ff.

holt aufgegriffen und als enger Wirkungszusammenhang gedeutet worden. Die Gefahren, die der Freiheit von der Anforderung der Gleichheit drohen, wurden richtig diagnostiziert, namentlich unter dem Gesichtswinkel der völligen Angleichung der ökonomischen Situationen der Einzelnen²⁴⁷. Die Gegenposition jedoch, die Bedrohung der Freiheit durch starke soziale Ungleichheiten, blieb vernachlässigt²⁴⁸. Man weiß freilich darum, daß Freiheit und Gleichheit in einem dialektischen Spannungsverhältnis zueinander stehen. Aber dieses Wissen hat im Wirtschaftsverfassungsrecht keine Früchte abgeworfen, obschon das gerade dort von ausschlaggebender Wichtigkeit wäre²⁴⁹.

So blieb im wesentlichen der Geltungsanspruch der Rechtsgleichheit gegenüber der Wirtschaftsfreiheit auf die Gleichheit in der Anlage und Ausgestaltung der Beschränkungen der Freiheit reduziert²⁵⁰. Die Rechtsgleichheit übernahm damit die Sinnrichtung, die dem Freiheitsrecht eigen ist, also die Funktion der Abwehr staatlicher Zumutungen²⁵¹.

Daß die Freiheit wirtschaftlicher Entfaltung über die Freistellung von staatlichem Zwang allein nicht zu erreichen ist, kann zwar als einhellige, jedenfalls richtige und durch die Erfahrung bekräftigte Auffassung gelten. In der verfassungsrechtlichen Begründung der daraus zu ziehenden Folgerungen fehlt jedoch die letzte Klärung. Vieles ist bereits versucht worden. Die Drittirkung und die institutionelle Bedeutung der Grundrechte zählen zu Lösungsversuchen, die bislang herausgebracht wurden.

²⁴⁷ H. SCHOLLER, a.a.O., S.17.

²⁴⁸ H. F. ZACHER, Freiheitliche Demokratie, S.111; R. ZIPPELIUS, Allgemeine Staatslehre, S. 224.

²⁴⁹ D. SCHINDLER, a.a.O., S. 149 ff. R. ZIPPELIUS, a.a.O., S. 126 f., 224; U. SCHEUNER, Pressefreiheit, VVDStRL 22.

²⁵⁰ Sog. Wettbewerbsneutralität polizeilicher Eingriffe; BGE 91 I 462, 95 I 334.

²⁵¹ H. SCHOLLER, a.a.O., S.30.

Die anspruchs begründende Rechtsgleichheit – und um sie geht es – tritt in den schärfsten Gegensatz zu der überkommenen Grundrechtsdeutung. Sie liegt bereits prozessual im Nachteil. Freiheitsrechte gelten als unmittelbar anwendbar. Die Staatsrechtspflege ist geradezu auf die individualrechtlich-abwehrende Funktion der Grundrechte eingerichtet. Leistungen können auf diesem Wege nur in seltenen Ausnahmefällen eingeklagt²⁵², Säumnissen der Behörden und des Gesetzgebers prinzipiell nicht auf diese Weise begegnet werden²⁵³.

Worauf richtet sich der aus der Rechtsgleichheit herzuleitende Anspruch? Einerseits auf die Beseitigung der wirtschaftlichen und sozialen Hindernisse oder Machtstellungen, die der wirtschaftlichen Entfaltung des Einzelnen entgegenstehen, andernseits auch auf Überwindung ökonomischer Insuffizienzen.

Das ist eine äußerst komplexe und auf verschiedenen Wegen anzustrebende Aufgabe. Die Ausräumung privater Macht (Kartelle, Monopole, Diskriminierung) kann – wie es lange für die Schweiz der Fall war – dem Zivilrichter und der Boykottrechtsprechung überlassen werden. Wird das als nicht mehr zureichend erachtet, so ist der Gesetzgeber zu bemühen²⁵⁴. Die Kartellgesetzgebung dient der sozialen Freiheit.

Das Polizeirecht steckt in einer Krise, in die es durch die einseitige Dogmatisierung auf Abwehr übermäßiger polizeilicher Angriffe geraten ist²⁵⁵. Hochentwickelte Rechtsstaatsgrundsätze über die Beschränkung und Begrenzung des polizeilichen Wirkens sind verfügbar. Die Pflicht zu polizeilichem Einschreiten zum Schutz der Rechtsgüter der

²⁵² Vgl. immerhin BGE 92 I 510.

²⁵³ J. P. MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, S. 177; H. F. ZACHER, Soziale Gleichheit, Archiv des öff. Rechts 1968, S. 344 ff.

²⁵⁴ L. RAISER, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1 ff.

²⁵⁵ J. P. MÜLLER, a.a.O., S. 192 ff.

Privaten wird kaum am Rande vermerkt²⁵⁶. Nach der endlichen Zulassung der staatsrechtlichen Beschwerde des Privaten zur Durchsetzung nachbarschützenden Polizeirechts ergeht nun doch der Ruf, eine umfassende Gesetzgebung über den Immissionenschutz und über die Abwehr der gesundheitsbedrohenden Auswirkungen der technischen und sozialen Entwicklung an die Hand zu nehmen²⁵⁷. Der Gesetzgeber hat also in Funktion zu treten²⁵⁸. Die Dritt-wirkung der Grundrechte trägt somit nicht, so differenziert man sie auch zu verstehen gedenkt²⁵⁹. Denn Dritt-wirkung sollte doch besagen, daß die Privaten die Rücksicht auf-bringen sollten, die in einer verantwortungsbewußten Freiheit dem Mitmenschen geschuldet ist. Daher blitzt die Dritt-wirkung ab. Sie verwandelt sich in eine Verpflichtung des Gesetzgebers und der Ordnungsverwaltung, die Freiheit nicht nur zu respektieren sondern außerdem in Schutz zu nehmen, mithin die Privaten vor den Privaten zu schützen. Das Bild von der Freiheit als staatsfrei ausgespartem Raum wird zweifelhaft²⁶⁰.

Die soziale Gleichheit ist zum vornehmerein nicht als sozialstaatlicher Perfektionismus denkbar, ansonst sie die wirtschaftliche Freiheit verdrängen müßte²⁶¹. Sie soll ökonomische Ungleichheit abbauen und Chancen der Entfaltung in vernünftig angezeigtem Maße bieten²⁶². Das ergibt nicht in Rechtsbegehren ausdrückbare Ansprüche (Subventionen,

²⁵⁶ J. P. MÜLLER, a.a.O., S. 199 f.

²⁵⁷ BBl 1968 I 1239 f.

²⁵⁸ J. P. MÜLLER, a.a.O., S. 177 ff.; W. SCHAUMANN, Der Auftrag des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Freiheitsrechte, JZ 1970, S. 48 ff.

²⁵⁹ J. P. MÜLLER, a.a.O., S. 167 ff.

²⁶⁰ D. SCHINDLER, a.a.O., S. 150 f.

²⁶¹ K. STERN, Sozialstaat, in Ev. Staatslexikon, Sp. 2091 ff., insb. 2094 f.; R. ZIPPELIUS, a.a.O., S. 224; H. P. ZACHER, Freiheitliche Demokratie, S. 112 f., 202 f.

²⁶² H. F. ZACHER, Soziale Gleichheit, Archiv des öff. Rechts 1968, S. 362, 367.

Infrastrukturausbau, sozialer Wohnungsbau, Sozialtarife der Verkehrsbetriebe, Förderung der Ausbildung, Stipendien, Entwicklung der Forschung).

Die Sozialpolitik und die Umverteilung sind in der Gesetzgebung zu verwirklichen und nicht unmittelbar über den Rechtsgleichheitsgrundsatz durchsetzbar. Die Rechtsgleichheit wird zur obersten Leitmaxime und zur Obliegenheit, auf sozialer Gleichheit zu wirken und zu arbeiten, wo andere Zuständigkeiten die Gelegenheit dazu bieten. Solche Zuständigkeiten sind vielfältig vorhanden, nicht allein in den Verfassungsbestimmungen der Sozialpolitik.

Der Gleichheitssatz enthält demzufolge eine Anweisung, den Gedanken sozialer Angleichung in die Ausübung verfassungs- und gesetzmäßiger Zuständigkeiten einfließen zu lassen²⁶³.

Soziale Gleichheit zu fördern oder besser soziale Diskrepanzen zu vermeiden, hat ihren guten Sinn jedenfalls im Hinblick auf die Verbesserung der Bedingungen sozialer Freiheit und wirtschaftlicher Entfaltung²⁶⁴.

Hierzu bietet die Wirtschafts- und Sozialpolitik auf breiter und verfassungsrechtlich gesicherter Ebene mannigfachen Anlaß. Diese Zusammenhänge sichtbar zu machen, war das Anliegen der Ausführungen über die Wirtschafts- und Sozialpolitik des Bundes²⁶⁵.

Die Betreuung der Ziele der Wirtschaftspolitik ist bei weitem nicht nur Sache des Gesetzgebers, sondern der Verwaltung in allen ihren Formen²⁶⁶ und namentlich der Regierung. Die Handhabung und Koordination der Wirt-

²⁶³ G. DAX, Das Gleichheitsgebot als Grundlage positiver subjektiv-öffentlicher Rechte, Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 82, S. 71 ff.

²⁶⁴ D. CH. DICKE, a.a.O., S. 50; H. F. ZACHER, Soziale Gleichheit, Archiv des öff. Rechts 1968, S. 369 f.; H. F. ZACHER, Freiheitliche Demokratie, S. 113 f., 140 f., 209 ff.; G. VON EYNERN, a.a.O., S. 92, 104.

²⁶⁵ Vgl. 2.2.2 bis 2.2.9, 2.3.1 und 2.3.2.

²⁶⁶ Hoheitliche, leistende, schlichte, fiskalische Verwaltung.

schafts- und Sozialpolitiken, die Vermeidung oder Ausgleich von Zielfiktionen obliegt ausgesprochen der Regierung und ihren Stabsorganen. Das hat sich zutreffend bereits in den Richtlinien der Regierungspolitik niedergeschlagen. Die rationale Wirtschafts- und Sozialpolitik erfordert ein übergreifendes Zusammenspiel unter den Ressortverwaltungen, ein über den Spezialfachbereich hinausreichendes Denken und Handeln. Wenn WALTER LEISNER²⁶⁷ die Regierung als Macht des kombinierten Ermessens erklärt, so konnte ihm die Wirtschafts- und Sozialpolitik als bestes Beleg dienen.

²⁶⁷ W. LEISNER, Regierung als Macht des kombinierten Ermessens, JZ 1968, S. 727 ff.

3.

SICHTUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN

3.1

Die Wirtschaftsverfassungskonzeption

Die konkrete Wirtschaftsverfassung des Bundes wurde als eine Verfassung der Wirtschafts- und Sozialpolitik zu erklären versucht. Nachzuweisen war, daß die Komponenten der Wirtschafts- und Sozialpolitik konstitutionell legitimiert sind.

Mit der Wirtschaftsverfassung der Wirtschafts- und Sozialpolitik ist eine gegenüber der (vorstellungsmäßig fortlebenden) Wirtschaftsverfassung der Handels- und Gewerbefreiheit erweiterte und veränderte Wirtschaftsverfassungskonzeption gemeint.

Die Wirtschafts- und Sozialpolitik des Bundes entspringt einer praktizierten Einstellung, derzufolge sich das Gemeinwesen als Gemeinschaft freier und verantwortlicher Menschen²⁶⁸ für eine bestimmte oder bestimmbare Wirtschafts- und Sozialordnung verantwortlich erachtet. Die Wirtschafts- und Sozialpolitik unternimmt bewußt (rational) entsprechende Zustände herbeizuführen, zu unterhalten oder jedenfalls eine Annäherung daran zu fördern.

Der Bundesverfassung wurde aus den Wohlstandsbestimmungen die Ausrichtung auf eine marktorientierte und sozialverpflichtete Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung entnommen. Dieser – vielleicht als zu allgemein empfundene – Fixierungsversuch will Aussagen noch unbestimmteren Inhaltes – wie gemischte, dualistische oder offene Wirtschaftsverfassung – vermeiden. Eine der

²⁶⁸ Vgl. dazu H. BARTH, Überlegungen zu dem Buche von Max Imboden, Die politischen Systeme, ZSR 1962 I, S. 393 ff.

Funktionen, die von der so formulierten Umschreibung erwartet wird, ist die, daß sie helfen kann, das Gesamtinteresse zu verdeutlichen oder einen Beitrag daran zu leisten, daß eine praktisch brauchbare Orientierungshilfe gefunden wird.

3.1.1. Abkehr von der «staatsfreien Wirtschaft»

Die vorgetragene Verfassungskonzeption für den üblicherweise mit Wirtschaftsverfassung angesprochenen (von der übrigen Verfassung zwar nicht abgeschiedenen, wenn auch bis zu einem gewissen Grade verselbständigt) Teilbereich der Verfassung stellt vorweg nicht die individualistisch verstandene Handels- und Gewerbefreiheit in den Mittelpunkt. Sie trachtet ferner nicht danach, der Handels- und Gewerbefreiheit diesen zentralen Platz dadurch zu retten, daß man diese lediglich um eine institutionelle Bedeutung oder eine horizontale Wirkung zu erweitern sucht.

Die rechtliche Idee der «staatsfreien Wirtschaft» läßt sich wesentlich von der weit zurückliegenden ökonomischen Ordnungsvorstellung des «ordre naturel» oder der Annahme eines autonomen ökonomischen Automatismus leiten, der staatsunabhängig das Gemeinwohl hervorbringt. Die heutige Wirtschaftspolitik dagegen setzt sich und verwirklicht Ziele²⁶⁹.

3.1.2 Marktorientierte Wirtschaftspolitik

Gegenstand bewußter Wirtschafts- und Sozialpolitik bilden sowohl der marktorientierte als auch der sozialverpflichtete Bestandteil der Wirtschaftsverfassung des sozialen Rechtsstaates. Es darf zum vornehmerein nicht den Anschein haben, es bestehe in dieser Wirtschaftsverfassung wiederum ein autonomer, oder staatsfreier marktwirtschaftlicher Teil- oder Hauptbereich, zu welchem hinzu separat noch sozial- und staatspolitische Zwecke, zumeist zum Schaden der Marktwirtschaft, verfolgt würden. Die Sozialpolitik steht

²⁶⁹ A. LOWE, Politische Ökonomik, S. 45 und 157f.

vielmehr in beträchtlichem Ausmaße im Dienste der Stärkung der Wettbewerbskraft der Marktteilnehmer²⁷⁰.

Die Wirtschaftslehre scheut und schämt sich spätestens seit der Weltwirtschaftskrise nicht mehr, offen zuzugestehen, daß die Verkehrs- oder Marktwirtschaft etwelche ursprünglich in sie gesetzte Erwartungen nicht erfüllt und auch sonst mit gesamtwirtschaftlichen Nachteilen verbunden ist, die zu mildern ihr ein sinnvolles wirtschaftspolitisches Ziel erscheinen will²⁷¹.

Für die Wirtschaftswissenschaft bedeutet die Befürwortung solcher staatlicher Maßnahmen und Praktiken nicht bereits Intervention und Abkehr von liberaler Haltung, sondern gegenteils marktwirtschaftlich ausgerichtete Wirtschaftspolitik. Daneben mißbilligt die Lehre über die praktische Volkswirtschaftspolitik nicht zum vornehmerein jedwernes außerökonomische, zumal staats- oder sozialpolitische Anliegen.

Die Wirtschaftsrechtslehre über die Wirtschafts- und Sozialverfassung dagegen hat die skizzierten Entwicklungen höchstens in jüngster Zeit aufgenommen; die tendenzielle Haltung «staatsfreie Wirtschaft» dauert an, ja überwiegt nach wie vor.

3.1.3 Wirtschafts- und Sozialpolitik des Bundes

Die Wirtschafts- und Sozialpolitik umschließt alle Maßnahmen und Verhaltensweisen der Bundesinstanzen, die auf die Ziele der Gesamtwirtschaftspolitik nach der Verfassungskonzeption hinwirken.

Wirtschafts- und Sozialpolitik kann auf den mannigfachsten Wegen und mit den verschiedenartigsten Mitteln be-

²⁷⁰ H. RYFFEL, Soziale Sicherheit in der modernen Gesellschaft, erschienen in «Der Staat» 1970, S. 1 ff., insb. S. 5 und 8 ff.

²⁷¹ H. WAGNER (Öffentlicher Haushalt und Wirtschaft, VVDStRL 27, S. 52 N. 13) berichtet, daß die wirtschaftlichen Verluste der USA in der Weltwirtschaftskrise höher geschätzt würden als die Ausgaben für den 2. Weltkrieg; die Verluste der Rezession 1966/1967 in der BRD seien auf 37 Milliarden DM beziffert worden.

werkstelligt werden. Wirtschafts- und Sozialpolitik geht sogar ungewollt immer da vor sich, wo gesamtwirtschaftlich oder einzelwirtschaftlich maßgebliche Daten, herrührend von staatlichem Tun oder Unterlassen, unbewußt oder ohne Zielvorstellung, gesetzt werden. Die Wirtschafts- und Sozialpolitik ist für das Gemeinwesen eine unausweichliche Aufgabe.

Neben dem vorstehenden, weitern Begriff der Wirtschaftspolitik existiert noch ein engerer. Die Rechtswissenschaft und die Rechtsprechung verstehen darunter die nicht polizeilichen oder – nochmals enger – die mit der Handels- und Gewerbefreiheit im Widerspruch stehenden Vorkehren, welche namentlich den Kantonen verwehrt sind.

Der «staatsfreien Wirtschaft» wohnt keine automatische Gewähr für Vollbeschäftigung, optimales Wirtschaftswachstum, Preisstabilität und außenwirtschaftliches Gleichgewicht inne. Die aus ihr resultierende Verteilung des Volkseinkommens ist nicht zwangsläufig leistungs-, geschweige denn sozial gerecht. An diese Erfahrung knüpfen die wissenschaftliche und die praktische Volkswirtschaftslehre mit ihrer Gesamtwirtschaftspolitik an.

Die Wirtschafts- und Sozialpolitik des Bundes strebt den größtmöglichen Produktionsertrag und eine möglichst leistungsgerecht aber auch eine sozial gerechte Verteilung des Volkseinkommens an. Dazu verfolgt sie die staatspolitischen Ziele der Behauptung der Unabhängigkeit und Eigenständigkeit in ökonomischer Hinsicht (Richtlinien der Regierungspolitik).

Der Bund nimmt für sich in Anspruch, Wachstums-, Konjunktur-, Struktur-, Preis- und Währungsstabilitäts sowie Sozialpolitik (Verteilung) zu betreiben.

Für die Zielsetzung, die Mittel und den Inhalt dieser Wirtschafts- und Sozialpolitik sind die Verfassungsgrundlagen vorhanden (Wettbewerbspolitik, Kredit-, Geld- und Währungspolitik, Auftragsvergebungs-, Finanz- und Steuerpolitik, Außenwirtschaftspolitik, Arbeitsmarkt- und Fremdarbeiterpolitik, Infrastruktur- und Sozialpolitik).

3.2

Die Handels- und Gewerbefreiheit in der Verfassung der Wirtschaftspolitik

3.2.1 Individualrecht

Die Gewerbefreiheit ist als Individualrecht in der Verfassung verankert. Sie ist ebenfalls in der Rechtsprechung – von gelegentlichen aber schwankenden Äußerungen in der Boykottrechtsprechung aus der Zeit vor dem Erlaß des Kartellgesetzes abgesehen – nur als Individualrecht zur Geltung gekommen. Die neueren Bestrebungen der Rechtslehre, die Gewerbefreiheit institutionell zu deuten oder mit Drittirkung zu verstehen, sind Verlegenheitsvorschläge oder Symptomtherapien. Die Kausaltherapie führt dagegen direkt in die Wirtschaftsverfassung der Wirtschafts- und Sozialpolitik hinein (Wettbewerbspolitik nach Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d BV – richtiger Auffassung nach auch auf Grund von Art. 31 BV –, Außenhandelspolitik, Wettbewerbsförderung vermittelst anderer Kompetenzen). Aus der Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik heraus erklärt sich die ordnungspolitische Bedeutung der Wettbewerbspolitik weit überzeugender als mit dem ungenügend tragfähigen Versuch, der Handels- und Gewerbefreiheit eine institutionelle Bedeutung beizufügen. Zugleich wird dadurch die Verklemmung gelöst, die in der Wirtschaftsverfassung der Handels- und Gewerbefreiheit zur Fragestellung führte, ob die Kartellbestimmung Ausnahme von der Gewerbefreiheit ist oder diametral gegensätzlich gar Mahnmal der Ernsthaftigkeit des verfassungsrechtlichen Wettbewerbswillens sein könnte.

3.2.2 Stellung in der Wirtschaftsverfassung der Wirtschafts- und Sozialpolitik

Die Handels- und Gewerbefreiheit spricht die individualrechtliche Zulassungs- und Ausübungsfreiheit aus, die als solche eine der Vorbedingungen, aber nicht die alleinige, eines wirksamen Wettbewerbszustandes bildet.

Die Gewerbefreiheit hat keinen höheren Verfassungsrang als die übrigen namhaft gemachten konstitutionellen Komponenten der Verfassung der Wirtschaftspolitik. Miteingeschlossen in diese Aussage ist die Kartellvorschrift, welche die Vorkehren gegen privatrechtliche und privatwirtschaftliche Wettbewerbsbehinderungen²⁷² vorsieht.

Einzig gegenüber strukturpolitisch-interventionistischen Vorkehren ist die Handels- und Gewerbefreiheit besonders hervorgehoben. Nur wenn das Gesamtinteresse es erfordert, darf die Strukturpolitik von der Handels- und Gewerbefreiheit abweichen²⁷³.

Mit der Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit im Sinne der Absicherung der Berufswahl- und Ausübungsfreiheit des Einzelnen – vorbehältlich die statthaften Einschränkungen und Ausnahmen²⁷⁴ – gegenüber staatlichen Eingriffen ist somit lediglich die Grundlage für eine wettbewerbsgerichtete Ordnungspolitik geschaffen. Weder macht die Gewerbefreiheit jedoch die gesamte Wettbewerbspolitik aus, noch füllt die Wettbewerbspolitik den gesamten Inhalt der Wirtschafts- und Sozialpolitik des Bundes aus.

Die Handels- und Gewerbefreiheit ist ganz überwiegend auf die selbständige Erwerbstätigkeit^{274a} – eben die Zulassungs- und Ausübungsfreiheit – zugeschnitten und darauf beschränkt. Von diskutablen Singularitäten abgesehen vermag sie rechtlich dem Arbeitnehmer nichts zu bieten^{274b}. Die eigentliche Arbeitsverfassung findet sich zur Hauptsache in Art. 34^{bis} BV und nicht in Art. 31 BV.

²⁷² BV 31^{bis} Abs. 3 lit. d.

²⁷³ BV 31^{bis} Abs. 3 lit. a–c.

²⁷⁴ BV 31 Abs. 2 und 31^{bis} Abs. 2 und 3.

^{274a} Es ist bezeichnend, daß BV 31^{bis} Abs. 3 lit. a für Förderungsmaßnahmen nur die Selbständigerwerbenden anführt.

^{274b} Daß die gesetzliche Grundlage einer belastenden Entscheidung oder Verfügung ungültig ist und zwar zufolge eines Verstoßes gegen ein verfassungsmäßiges Recht, das kann auch geltend machen, wer nicht Träger dieses verfassungsmäßigen Rechtes ist (BGE 94 I 131 E. 3).

Noch weniger als das für den Arbeitnehmer der Fall ist, vermag der Konsument rechtlich aus der Handels- und Gewerbefreiheit etwas für sich abzuleiten. Darin liegt der sichtbarste Grund, warum die Wettbewerbspolitik des verwaltungsrechtlichen Teils des Kartellgesetzes²⁷⁵ und andere Maßnahmen²⁷⁶ sich der Konsumentenschaft annehmen.

Soweit polizeiliche Erlasse Gesundheit, Treu und Glauben oder andere Rechtsgüter der Konsumenten schützen sollen, handelt es sich – jedenfalls nach der überlieferten Lesart – nicht um Früchte der Handels- und Gewerbefreiheit, sondern im Gegenteil um (unter bestimmten Voraussetzungen zulässige) Einschränkungen derselben. Sie stützen sich denn auch nicht auf die Gewerbefreiheit, sondern auf andere Zuständigkeiten.

So oft wirkliche und direkte Maßnahmen zugunsten der Konsumenten als angezeigt erachtet wurden, waren Verfassungszusätze nötig²⁷⁷.

Die Wirtschaftsverfassung ist aus diesen Gründen nicht von der Handels- und Gewerbefreiheit allein ableitbar. Diese ist als individualrechtliche Freiheit des Unternehmers, verankert. Arbeitnehmer und Konsumenten bleiben verfassungsrechtlich in der Handels- und Gewerbefreiheit weitgehend oder ganz unberücksichtigt. Sie können konstitutionell jedoch nicht außerhalb der Wirtschaftsverfassung stehen.

Nichts läßt den Schluß zu, daß die Handels- und Gewerbefreiheit vor andern Verfassungsinhalten, zumal denjenigen, welche die Gesamtwirtschafts- und Sozialpolitik des Bundes festlegen, einen Vorsprung im Geltungsrang inne-

²⁷⁵ Art. 20 und 22 KG; u. a. auch deshalb die Sonderbehandlung der Auslandwirkungen der Kartelle nach Art. 5 lit. e KG, weil der schweizerische Konsument nicht direkt berührt ist.

²⁷⁶ BBI 1968 I 1225 f.

²⁷⁷ Mitunter wird Art. 31^{bis} Abs. 3 BV herangezogen: BG über geschützte Warenpreise vom 21.12.1960.

²⁷⁸ Vorbehalten ist die Sonderregelung bezüglich der sektoralen Strukturpolitik nach BV 31^{bis} Abs. 3 lit. a bis c.

hätte²⁷⁸. In den volkswirtschaftlichen Zusammenhängen gesehen und gewürdigt, erscheint die These eines Vorranges der Handels- und Gewerbefreiheit – verstanden als Zulassungs- und Ausübungsfreiheit der Unternehmer und etwa im Verhältnis zu der Geld- und Währungspolitik – unbegründet und im Ansatz falsch.

Daher ist die Fragestellung so schief, ob die Geld-, Kredit- und Währungspolitik des Bundes sich nach der Handels- und Gewerbefreiheit zu richten habe. Bejahendenfalls würde das etwa in sich schließen, daß das Inflationsproblem – obwohl es die Konsumenten, die Arbeitnehmer, Nominalwertsparer, Rentenbezüger und das Gesamtinteresse überhaupt tangiert – verfassungsrechtlich ausschließlich aus der Sicht der Unternehmer oder gar nur der Geschäftsbanken und ihrer Wettbewerbsfreiheit zu beurteilen wäre. Folglich würde anscheinend die Inflation unser verfassungsgewolltes Schicksal bedeuten und zwar dem Primat der – formalistisch verstandenen – individuellen Handels- und Gewerbefreiheit zuliebe²⁷⁹.

3.2.3 Kantonale Regelungen und Ausnahmen

Kantone sind in eigener Zuständigkeit befugt, Regelungen über die Handels- und Gewerbefreiheit zu treffen, die keine Beeinträchtigungen des Grundsatzes enthalten²⁸⁰.

Ferner dürfen die Kantone Förderungsmaßnahmen beschließen²⁸¹, sollen sich jedoch auch hier an den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit halten.

²⁷⁸ Vgl. dazu auch H. WAGNER, Öffentlicher Haushalt und Wirtschaft VVDStRL 27, S. 65.

²⁸⁰ Die Zulässigkeit kantonaler Regale und Monopole und die Probleme der kantonalen Sondergewerbesteuern sollen außer Betracht bleiben. Bemerkenswert ist lediglich, daß die Steuern als faktische Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit verstanden werden und dann unzulässig sind, wenn sie prohibitiv wirken, oder wenn sie gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verstößen.

²⁸¹ Nach den Beratungen über die Wirtschaftsartikel im Parlament sollten für die Förderungsmaßnahmen in Art. 31^{bis} Abs. 2 BV neben dem Bund ebenfalls die Kantone erwähnt werden; man

Mithin sind unter den Regelungen nach Art. 31 Abs. 2 BV die Beschränkungen und Eingriffe gemeint.

Die Rechtsprechung hat in Übereinstimmung mit der Lehre die Grundsätze herausgearbeitet, denen die als polizeilich verstandenen kantonalen Regelungen zu folgen haben (Gesetzmäßigkeit grundsatz, Erforderlichkeit, Angemessenheit und Wettbewerbsneutralität). Die Anforderung der Wettbewerbsneutralität wird zwar aus der Rechtsgleichheit (BV 4) hergeleitet, jedoch auf die Gleichheit solcher Regelungen unter konkurrierenden Gewerbetreibenden besonders zugeschnitten²⁸². Das darf auf den zutreffenden Gedanken zurückgeführt werden, daß mit jeder wirtschaftsregelnden Maßnahme wirtschaftspolitische Folgen unvermeidlich verbunden sind. Die Rechtsgleichheit unter den Gewerbegegenossen verdrängt mithin insoweit das Verhältnismäßigkeitsprinzip um der Wettbewerbsneutralität willen.

Diese Rechtsprechung besagt ferner, daß die wirtschaftspolitischen Nebeneffekte kantonaler Regelungen über Handel und Gewerbe ertragen werden müssen, wenn sie nicht primär gewollt, sondern als praktisch unvermeidliche und unbeabsichtigte Sekundärfolge eines polizeilichen Zweckes zu gelten haben²⁸³.

Vermeidbar sind wirtschaftspolitische Nebeneffekte dann, wenn sie nach dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität auf die potentiellen Konkurrenten erstreckt werden können.

Nicht zugelassen werden kantonale Maßnahmen, welche die Handels- und Gewerbefreiheit beeinträchtigen. Wann das der Fall ist, wurde soeben angedeutet. Es wird auf den Zweck der kantonalen Regelung abgestellt und gefragt, ob

hielt das jedoch für überflüssig, weil es dazu keiner Ermächtigung in der BV bedürfe. An sich können auch Förderungsmaßnahmen so ausgestaltet sein, daß insbesondere Konkurrenten eine Wettbewerbsbeeinträchtigung erfahren.

²⁸² H. HUBER, Die Gleichbehandlung der Gewerbegegenossen; Festschrift Hug, S. 447 ff.

²⁸³ BGE 87 I 357, ein wiederholt kritisierter Entscheid.

die Veranlassung eine polizeiliche oder eine wirtschaftspolitische sei²⁸⁴.

Die Wirtschaftspolitik hat in diesem rechtlichen Zusammenhang einen engeren Sinn als den der erörterten Gesamtwirtschaftspolitik des Bundes. Gemeint sind protektionistische Maßnahmen zugunsten bestimmter Erwerbszweige oder einzelner Gruppen. Damit wird die sachliche Verbindung mit Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. a und b BV hergestellt, wo – nach dem Zweck umschrieben – die dem Bunde ausschließlich vorbehaltenen strukturpolitischen Vorkehren geregelt sind. Der Interventionismus der Wirtschaftsartikel²⁸⁵ wird nach Zielklauseln (Schutz gefährdeter Wirtschaftszweige oder Berufe) umschrieben, nicht nach den anzuwendenden Mitteln.

Die meisten Entscheidungen, in denen die Abgrenzung von wirtschaftspolizeilichen gegenüber wirtschaftspolitischen kantonalen Vorkehren eine Rolle spielte, hätten übrigens bei kritischer Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Erforderlichkeit, Angemessenheit und Mindestmaß) ohne die Untersuchung der wirtschaftspolitischen Natur gleich lauten müssen.

Strenger am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen wären auch die kant. Monopole²⁸⁶. Wettbewerbsneutralität, ausschließliche Bundeskompetenz für den sektoralen Protektionismus²⁸⁷, Unzulässigkeit der prohibitiven oder diskriminierenden Besteuerung oder anders gearteter Behinderung bestimmter, zumal auswärtiger Gewerbetreibender, all das läßt sich auf den einen gemeinsamen Gedanken zurückführen, der sich zugleich hinter Bundeszuständigkeiten zum Erlaß von Regelungen über Handel und Gewerbe verbirgt²⁸⁸: Öffnung eines einheitlichen schweizerischen

²⁸⁴ Nach der Anforderung der Wettbewerbsneutralität käme es nicht auf den Zweck oder das Motiv, sondern auf den Effekt an.

²⁸⁵ Im Vordergrund stehen BV 31^{bis} Abs. 3 lit. a und b.

²⁸⁶ Vgl. BGE 91 I 185 und H. HUBER, ZBJV 102, S. 428 f.

²⁸⁷ BV 31^{bis} Abs. 3 lit. a bis c.

²⁸⁸ BV 31^{bis} Abs. 2, 34^{ter} lit. a, 69^{bis} u. a. m.

Wirtschaftsgebietes und Wegräumen der zwischenkantonalen Wettbewerbshindernisse.

3.3 Die Arbeitsverfassung

Dem Arbeitnehmer vermag die Verfassung mit der individualrechtlichen Handels- und Gewerbefreiheit kaum viel zu bieten. In der freien Wahl des Arbeitsplatzes kann zur Not ein für den Unselbständigerwerbenden aktualisierbarer Teilinhalt der Gewerbefreiheit gesehen werden²⁸⁹. Im ganzen genommen ist jedoch für den Unselbständigerwerbenden in der Handels- und Gewerbefreiheit verfassungsrechtlich sehr wenig enthalten²⁹⁰.

Seine Beteiligung am Sozialprodukt erlangt der Arbeitnehmer in Form von Lohn- und Sozialleistungen auf Grund von individuellen und vor allem kollektiven Vertragsverhandlungen. Über die Lohnverhandlungen spielt sich die Primärverteilung des Einkommens zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ab²⁹¹. Die Verfassung steht den als Einzelpersonen verhandlungsschwachen Arbeitnehmern mit der Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen zur Seite. Darin liegt eine wesentliche Stütze der Arbeitsverfassung und zugleich des sozialen Friedens²⁹².

Nun wird überwiegend angenommen, daß die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen eine Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit deswegen bedeuten soll, weil – ähnlich wie das für Kartelle

²⁸⁹ Die Niederlassungsfreiheit, die an sich nicht nur die beruflich bedingte Bewegungsfreiheit in sich schließt, schützt weithin gegen denkbare staatliche Beeinträchtigungen: BGE 64 I 163; 62 I 67.

²⁹⁰ H. HUBER, ZBJV 95, S. 337 f; s. auch vorstehend S. 361 N. 274 a, b.

²⁹¹ Vgl. D. SCHINDLER, Verfassungsrecht und soziale Struktur S. 150; G. GÄFGEN, a.a.O., S. 147 f.; K. SCHILLER, Wirtschaftspolitik, a.a.O., S. 225.

²⁹² Z. B. Friedensabkommen in der schweizerischen Metall- und Maschinenindustrie.

geltend gemacht wird – die Vertragsfreiheit durchbrochen werde²⁹³. Von der Wirtschaftsverfassung der Handels- und Gewerbefreiheit aus betrachtet mag das zutreffen, wenn zudem die volle Vertragsfreiheit mitgarantiert wäre. Die Rechtsfrage stellt sich ähnlich wie für das Verhältnis zwischen Kartellrecht und Gewerbefreiheit. Angenommen die Ausnahmehypothese sei richtig, dann erhandeln oder erstreiten die Gewerkschaften den Arbeitnehmern ihren Anteil am Produktionsergebnis kraft Ausnahme von der Handels- und Gewerbefreiheit! Ist das nicht sonderbar? Vorstellungen über verfassungsrechtliche Grundentscheidungen können in der Sinnermittlung und Konkretisierung des Verfassungsrechtes eine Rolle spielen. Daher ist die Frage nach der zu treffenden Wirtschaftsverfassungskonzeption nicht ohne praktischen Nutzen.

Hinter der seinerzeit als Sozialartikel²⁹⁴ bezeichneten Verfassungsbestimmung (Art. 34^{ter}) ist mehr und anderes zu suchen als Ausnahmen von der Handels- und Gewerbefreiheit, nämlich die Arbeitsverfassung²⁹⁵. Der Sozialartikel enthält nicht allein die Verfassungsgrundlagen für die Gesetzgebung zum Schutze der Arbeitnehmer, für die Erlasse über die berufliche Ausbildung, die Erwerbsausfall- und Arbeitslosenversicherung und damit wirtschafts- und sozialpolitisch eminent bedeutsame Materien²⁹⁶. Neben der Verfassungsgrundlage für das kollektive Arbeitsrecht enthält Art. 34^{ter} BV eine solche für eine gesetzliche Regelung der Betriebs- und Berufsgemeinschaft (lit. b), also z. B.

²⁹³ FLEINER / GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht S. 295 f.; H. MARTI, Die Handels- und Gewerbefreiheit, S. 90, 94, 197 f. und 207; J. F. AUBERT, *Traité de Droit constitutionnel suisse* N. 1935, S. 690.

²⁹⁴ L. SCHÜRMANN, Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, ZBl 1946, S. 91 f.

²⁹⁵ Botschaft II zu den Wirtschaftsartikeln vom 3. 8. 1945, S. 12 ff.

²⁹⁶ Z. B. Arbeitszeit- und Überzeitregelung in Industrie, Handel und Gewerbe.

der Statuierung von Anhörung oder Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmen²⁹⁷.

Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Arbeitsverfassung tritt in Erscheinung, wenn der Bundesrat aus Gründen der Konjunkturentwicklung Gespräche mit den Sozialpartnern führt²⁹⁸.

Wirtschafts- und verfassungsrechtlich viel instruktiver als die Frage nach dem Verhältnis des Sozialartikels zu der Gewerbefreiheit wären Vergleiche zwischen der rechtlichen Ordnung der Kartelle mit derjenigen der Gesamtarbeitsverträge. Die kollektiven Arbeitsvertragsverhandlungen werden durch die Verfassung gefördert, indem die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung der Gesamtarbeitsverträge geschaffen wird. Ausgeschlossen ist demgegenüber die Ausdehnung der Verbindlichkeit von Verbandsbeschlüssen auf Nichtmitglieder von Kartellen. Abweichungen bestehen ferner zwischen kartellistischer Verbandsfreiheit einerseits und Koalitionsfreiheit²⁹⁹ andererseits (Anschluß-

²⁹⁷ L. SCHÜRMANN, a.a.O., S. 92; Botschaft II S. 17 und 19; Gewerkschaftsbund zum Mitbestimmungsrecht, NZZ Nr. 85 vom 9.2. 1969.

²⁹⁸ BBl 1964 I 194 f.; vgl. für die BRD: M. LÖWISCH, Die Ausrichtung der tariflichen Lohnfestsetzung am gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht, Recht der Arbeit 1969, S. 129 ff. Das Stabilitätsgesetz (§ 3) schuf die sog. konzertierte Aktion als Dauerinstitution. Wird ein Stabilitätsziel zufolge einkommenspolitischer Entwicklung gefährdet, so setzt sich die Bundesregierung mit den Gewerkschaften und den Unternehmensverbänden an einen Tisch; vgl. dazu W. BRAUN, Die «Konzertierte Aktion» der Bundesrepublik Deutschland, Wirtschaftspolitische Mitteilungen 1970, Heft 4.

²⁹⁹ Das Arbeitsvertragsrecht soll indessen eine gewisse Angleichung an das Kartellrecht bringen (BBl 1967 II 420 f.). Hinsichtlich des Vertragszwanges bleibt ein wesentlicher Unterschied aufrecht, indem die in Art. 322^{bis} OR legalisierte Praxis (SCHWEINGERUBER/BIGLER, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag, S. 28 f., 49 f., BGE 75 II 310 ff.) fortbestehen darf (unveränderte Übernahme in Art. 356a und 356 b des Entwurfes: BGE 1967 II 419 f.). Es ist durchaus anzuerkennen, daß die Koalitionsinteressen der

zwang). In der rechtlichen Bewertung der Außenseiter der Gewerkschaften gegenüber dem Außenseiter der Kartelle machen die Verfassung und die Gesetzgebung somit einen wesentlichen Unterschied.

Die Kartelle sind ferner grundsätzlich der Kontrolle auf ihre volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit unterstellt. Gegenüber den Gewerkschaften findet eine Kontrolle nur statt, sofern ein Gesamtarbeitsvertrag zur Allgemeinverbindlicherklärung angemeldet wird. Dann wird untersucht, ob der Gesamtarbeitsvertrag dem Gesamtinteresse nicht zuwiderlaufe und die berechtigten Interessen anderer Wirtschaftsgruppen und Bevölkerungskreise nicht beeinträchtige³⁰⁰. Damit sind – wie bei den Kartellen³⁰¹ – jedenfalls und vor allem die Konsumenteninteressen gemeint; darüber hinaus jedoch auch die gesamtwirtschaftlichen Belange³⁰² (Lohn- und Preisgefüge).

Nicht über die Handels- und Gewerbefreiheit sondern über das Gesamtarbeitsvertragsrecht als Bestandteil der Arbeitsverfassung wird die Auseinandersetzung über die Primärverteilung des Einkommens (Unternehmerlohn, Kapitalertrag, Arbeitslohn) ausgetragen³⁰³. Den Anteil erringen sich die Arbeitnehmer nicht allein über den Lohn sondern auch über die Verbesserung der Arbeitsbedingungen. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erlaubt andererseits dem Gemeinwesen, gegenüber den

Arbeitnehmer nicht die gleiche Wertung wie die Kartellierungsbedürfnisse der Unternehmer zu erfahren brauchen; vgl. dazu H. HUBER, Die Koalitionsfreiheit, ZBJV 1947 Bd. 83, S. 1 ff., insb. 4 ff.

³⁰⁰ BV 34^{ter} Abs. 2; Art. 2 GAV-Gesetz.

³⁰¹ Art. 20 und 22 KG.

³⁰² SCHWEINGRUBER/BIGLER, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag, S. 93f.

³⁰³ H. RYFFEL, Soziale Sicherheit in der modernen Gesellschaft, erschienen in «Der Staat» 1970, führt S. 9 in Anlehnung an FRITZ MARBACH aus, daß die Arbeitnehmer von den Kapitalisten immer größere Teile des «Mehrwertes» zurückerober hätten.

Sozialpartnern die Gesamtinteressen und die Interessen der am Vertragswerk nicht beteiligten Gruppen zur Geltung zu bringen.

Zusammengefaßt: Der Sozialartikel³⁰⁴ umschließt mit der Gesamtarbeitsvertragskompetenz und anderen Zuständigkeiten die wesentlichen Teile der Arbeitsverfassung, welche mit zu der Verfassung der Wirtschafts- und Sozialpolitik zu rechnen ist. Die im Sozialartikel niedergelegte Sozial- und Wirtschaftspolitik des Bundes beinhaltet eine eigenständige Kompetenz, die der Verfassungsbestimmung über die Gewerbefreiheit gleich- und nicht untergeordnet ist. Sie regelt andere Beziehungen und Sachverhalte als die Handels- und Gewerbefreiheit. Die Frage ihres gegenseitigen Verhältnisses sollte sich richtigerweise gar nicht erheben, geschweige denn die der Unterordnung des Sozialartikels oder des Gesamtarbeitsvertrages unter die Handels- und Gewerbefreiheit.

3.4

Grundsätze der Wirtschafts- und Sozialpolitik

3.4.1 Freiheitlichkeit

Was in der Wirtschaftsverfassung der Handels- und Gewerbefreiheit oftmals mit Übereinstimmung im Unterschied zu Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit bezeichnet wird, wäre in der marktorientierten und sozialverpflichteten Wirtschaftsverfassung mit Freiheitlichkeit und Unfreiheitlichkeit zu übersetzen. Es frägt sich, ob nicht bereits im herkömmlichen Wirtschaftsverfassungsdenken die Freiheitlichkeit³⁰⁵ das bessere Richtmaß abgäbe als der Gesichtspunkt, ob Maßnahmen den Markt- oder Preismechanismus nur regeln, oder ob sie ihn korrigieren. Diese Unterscheidung

³⁰⁴ BV 34ter.

³⁰⁵ Womit vorzugsweise an das Verhältnismäßigkeitsprinzip in seinen differenzierungsbedürftigen und vielseitigen Ausprägungen gedacht wäre.

ist nämlich kaum vollziehbar^{305a}. Die Freiheitlichkeitsanforderung ist das schwierigste und im Rechtsdenken unbewältigte, vielleicht auch unlösbare Problem. Wenn jetzt Schlußfolgerungen zu ziehen sind, so kann daran aber nicht vorbeigesehen werden. Der Beitrag muß sich jedoch auf das beschränken, was die Verfassung zu geben hat und vermag sich nicht auf das zu erstrecken, was die Rechtsphilosophie zusätzlich zu bieten hätte.

Das Gebot der Freiheitlichkeitsanforderung kann zudem nur in wenigen Gedankenfolgen aufzuzeigen versucht werden. Die Paradoxien der freiheitlichen Wirtschaftsordnung erscheinen dabei am aufschlußreichsten. Mit diesem Hinweis kann zugleich das Ergebnis in einem gewissen Sinne vorweggenommen werden.

Noch immer neigt man leicht der Vorstellung zu, daß eine liberale Wirtschaftsordnung im Unterschied zu kollektivistischen Systemen in einem begnadet einfachen und erfolgreichen Prozeß verlaufe, sofern man nur den Mut aufbringe und im Willen stark bleibe, den Dingen ihren Lauf zu lassen. Diese Einsicht brächten die Promotoren unfreiheitlicher Ordnungen – um es ganz unpolitisch zu sagen – nicht auf, oder sie passe nicht in ihren Herrschaftsplan.

Demgegenüber wird hier die Überzeugung ausgesprochen, daß die freiheitliche Wirtschaftsordnung nicht das einfachste, sondern ein höchst anspruchsvolles und verantwortungsschweres Unterfangen ist. Das Gleichgewicht der arbeitsteiligen Industriewirtschaft zeichnet sich durch Labilität und Verletzlichkeit aus. Es sind diesem System nicht genügend selbstregulierende Stabilisatoren eigen.

3.4.1.1 Veranstalteter Wettbewerb

Mit marktorientiert ist das freiheitliche Wettbewerbsprinzip gemeint. Der Wettbewerbszustand ergibt sich in-

^{305a} Vgl. z. B. auch BGE 93 I 714 betreffend kantonale Eingriffe oder Pflichten, die weder polizeilicher noch wirtschaftspolitischer Natur sind und – als Pflichten – auch nicht Förderungsmaßnahmen darstellen.

dessen nicht als Geschenk der Sterne. Darüber ist sich die Volkswirtschaftslehre einig. Daher wird in manchen Sparten der Gesamtwirtschaftspolitik Wettbewerbspolitik betrieben, Wettbewerb gefördert³⁰⁶ und veranstaltet. Ohne Geld- und Währungsstabilitätspolitik erwächst der liberalen Wirtschaft eine bedrohliche Gefahr³⁰⁷.

Es soll indessen aus diesem Bündel nur jene Wettbewerbspolitik herausgegriffen werden, die sich mit den Kartellen und den Monopolen befaßt. Die Diagnose ist klar. Der Wettbewerb neigt von den Kartellen und den monopolistischen Erscheinungen her zum Selbstmord³⁰⁸: und dies ausgerechnet von der Vertragsfreiheit her.

Was gegen wettbewerbsfeindliche Interessenkonstellationen vorgekehrt wird, empfinden die einen als liberale Intervention der Wettbewerbsdurchsetzung und die andern diametral gegensätzlich als Freiheitsbeeinträchtigung.

Was soll das Ziel der kartellistischen Wettbewerbspolitik sein? Die Spannweite möglicher Lösungen reicht von unvollkommenem zu funktionsfähigem bis vollkommenem Wettbewerb. Die vollkommene Konkurrenz brächte letztlich die Paradoxie des perfekten Zwanges zum Wettbewerb. Verlockend bietet sich demgegenüber die schweizerische Variante des möglichen Wettbewerbes unter dem Gesichtspunkt der Freiheitlichkeit an. Danach steht es den potentiellen Wettbewerbern frei, ob und in welchem Ausmaß sie das marktwirtschaftliche Prinzip gelten oder außer Kraft setzen wollen³⁰⁹. Das mag von ihnen aus freiheitlich aussehen, ändert aber nichts daran, daß damit die Dynamik des Wettbewerbes gebrochen wird. Findet man sich mit der Abschwächung und Lahmlegung des Organisationsprinzips der freien Wirtschaft etwa des Gesamtinteresses oder der

³⁰⁶ Außenhandelspolitik, Arbeitsvergebung.

³⁰⁷ G. von EYNERN, a.a.O., S. 71.

³⁰⁸ G. von EYNERN, a.a.O., S. 70.

³⁰⁹ Botschaft I zu den Wirtschaftsartikeln vom 10.9.1937, S. 17f.

Konsumenten wegen nicht ab, so werden die Kartellpraktiken amtlicher Kontrolle und Einwirkung unterworfen³¹⁰. Freier Wettbewerb wird also wiederum zum Produkt der Verwaltungsintervention³¹¹.

Damit sind sicherlich nur wenige Striche gezeichnet, aber sie genügen. Die Wechselbezüge zwischen Konkurrenzwirtschaft, rechtlicher und wirtschaftlicher Entscheidungsfreiheit, rechtlichem und sozialem Zwang sind derart vielgestaltig oder von verblüffender Gegensätzlichkeit, daß globale Bekenntnisse oder Optionen für eine freiheitliche Wirtschaft ohne Staatsintervention ebenso unrealistisch wie irreführend sind.

3.4.1.2 Soziale Freiheit

Ähnlich wie für den Wettbewerb verhält es sich für die **soziale Freiheit**, die sozusagen als eine wirklichkeitsnahe Fortbildung der rechtlichen Freiheit aufzufassen ist. Der Sachverhalt ist an sich eindeutig, nur der Bezeichnungen sind zu viele³¹². Gemeint ist, daß die individualrechtliche Forderung nach Freistellung des Einzelnen von staatlichen Eingriffen für sich allein den Weg zu seiner freien Entfaltung noch nicht ebnet. Das eine Hindernis kann von den Kartellen und den anderen Erscheinungen privatwirtschaftlicher Macht stammen. Davon war soeben die Rede. Das andere Hemmnis liegt in der eigenen Schwäche des Einzelnen³¹³. Die Berufsaussichten sind selbst bei annähernd gleichen Fähigkeitsansätzen sehr unterschiedlich zugemessen, von der Verbesserung durch Erbschaft und Heirat ganz abgesehen. Leistungsgerechte Einkommensverteilung würde wenn nicht gleiche, so doch faire Leistungsvoraussetzungen erheischen. Es ist jedoch nicht auszudenken, welcher Summe

³¹⁰ M. KUMMER, Der Begriff des Kartells, S. 60f.

³¹¹ W. FRIEDMANN, Recht und sozialer Wandel, S. 261 ff.

³¹² Materiale/formale, konkrete/abstrakte, reale/verbale, effektive/deklaratorische Freiheit; liberté de fait/liberté de droit.

³¹³ Nach RAYMOND ARON ist nicht die liberté, sondern die capacité entscheidend.

von Eingriffen es bedürfte, um ein Ausgleichssystem der Chancengleichheit zu regulieren. Die Anforderungen müssen daher tiefer gesetzt werden. Weder vollkommener Wettbewerb noch Egalität der Startbedingungen können angestrebt werden. Die vertretbare und realistische Lösung liegt oberhalb der Armenunterstützung und unterhalb der Chancengleichheit, nämlich bei der nicht qualifizierbaren Chancenverbesserung³¹⁴.

Die Wirtschafts- und Sozialpolitik befaßt sich in weitem Umfang mit der Verbesserung der Entfaltungsbedingungen. Das ist ihre vornehmste Aufgabe. Sie bemüht sich damit um die Schaffung günstigerer Konstellationen der Primärverteilung³¹⁵. Sozialpolitik kann somit nicht auf die Umverteilung oder Sekundärverteilung beschränkt werden. Liberale und soziale Wirtschaftspolitik stehen zueinander somit teils gegensätzlich, teils bedingend. Warum etwa sollte die Kartellgesetzgebung nicht im Dienste sozialer Freiheit stehen, wenn der Einzelne vor privatwirtschaftlicher Macht in Schutz genommen wird? Womit auch der Hinweis der Verfassung auf sozial schädliche Auswirkungen übereinstimmt.

Vereinfacht gesagt fällt der individualrechtlichen Bedeutung der Grundrechte die Abwehr staatlicher Eingriffe zu. Dieser Sinn der Grundrechte bleibt erhalten und ist stets aktuell. Die Freiheit des Einzelnen gegenüber dem Staat konvergiert jedoch nicht mit der Freiheit aller oder auch nur vieler³¹⁶. Aufgabe und Auftrag der Wirtschafts- und Sozialpolitik ist es, die Entfaltungsmöglichkeiten der Einzelnen zu verbessern. Ein solcher Auftrag an den Gesetzgeber zur Verwirklichung der Freiheitsrechte³¹⁷ ist nicht

³¹⁴ H. RYFFEL, Soziale Sicherheit in der modernen Gesellschaft, a.a.O., S. 9, 11 f., 14 f.

³¹⁵ Nach H. F. ZACHER (Freiheitliche Demokratie S. 113 ff.) soziale Erfüllung der Freiheitsrechte geheißen, wogegen die «Beschneidung des Übermaßes der Freiheit» den Kartellsachverhalt weniger treffend umschreibt.

³¹⁶ H. RYFFEL, a.a.O., S. 12 und 15 f.

³¹⁷ W. SCHAUmann, JZ 1970, S. 48 ff.

allein in wirtschaftspolitischen Erlassen, sondern ebenfalls in polizeilichen oder besser ordnungsrechtlichen Vorschriften enthalten.

3.4.1.3 In dubio pro libertate

Deswegen sind Vorbehalte gegen die Auslegungsempfehlung *in dubio pro libertate* anzumelden. Es kommt darauf an, wie man die Anweisung versteht, von der Fragwürdigkeit der Zweifelsthese als Auslegungshilfe nach den Einwendungen WALther BURCKHARDTs für einmal abgesehen.

Will sie so aufgefaßt sein, daß es vor allem darauf ankomme, die individualrechtliche Bedeutung der Grundrechte zur Geltung zu bringen, so ist sie gleichbedeutend mit der Wirtschaftsfassungskonzeption der Handels- und Gewerbefreiheit. Mithin wird damit einseitig der Liberalismus gestützt, der den Stärksten³¹⁸ unter den Einzelnen zustatten kommt. Will die Regel aber so gedeutet sein, wie es die Meinung der Wirtschaftsverfassung der marktorientierten und sozialverpflichteten Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung wäre, so müßte der Aufruf zu staatlicher Aktivität zum Schutze und zur Entfaltung der Freiheit aller inbegriffen sein³¹⁹. Dann wird die Maxime jedoch schwerlich viel zur Überwindung heikler Auslegungsfragen beitragen, jedenfalls nicht mehr, als das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu leisten vermag. Eher an den Verzicht auf Perfektionierung, oder Übertreibung in der Durchsetzung von einzelnen Prinzipien, die unter sich in einem Spannungsverhältnis stehen, wäre zu denken. Der Gedanke der Zurückhaltung in der staatlichen Aktivität ist in der hier vertretenen Wirtschaftsverfassungskonzeption mitenthalten und will mitbedacht sein³²⁰. Weder wurde eine Wettbewerbspolitik des vollkom-

³¹⁸ Vgl. H. RYFFEL, a.a.O., S. 8 und 15 f.

³¹⁹ D. SUHR: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, erschienen in «Der Staat» 1970, verwendet S. 86 ff. den Ausdruck bilaterale und multilaterale Freiheit.

³²⁰ Vgl. auch R. BÄUMLIN, Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke, ZBJV 101, S. 81 ff., insb. 98.

menen Wettbewerbes³²¹ noch eine Wirtschafts- und Sozialpolitik der Chancengleichheit propagiert, gegenteils an die Schwächen und Gefahren solcher Radikalität erinnert.

3.4.2 Rechtsgrundsätze der Mittelauswahl

Die ganze Klaviatur des wirtschafts- und sozialpolitischen Instrumentariums systematisch zusammenzufassen und mit rechtlichen Kriterien zu durchdringen, wird die Hauptaufgabe einer vertiefenden Rechtswissenschaft der Wirtschafts- und Sozialpolitik sein müssen. Diesbezüglich ist vorläufig der Anschluß verpaßt worden, weil sich das Recht der gestaltenden Wirtschafts- und Sozialpolitik gegenüber ablehnend oder passiv verhalten hat. Das hat wirtschaftspolitische Neigungen gefördert, die rechtlichen Einwendungen rufen können. Durchgängig Geltung beanspruchende Patentlösungen, die scheinliberalen Haltungen entspringen, sind vorsichtig zu würdigen.

Die Vorzugswürdigkeit vertraglich geregelter Wirtschaftspolitik – das Währungskartell wurde als Vorbild kooperativer Währungspolitik angepriesen³²² – kann nicht allgemein bejaht werden. Im Wirtschaftlichen einigt man sich oftmals auf Kosten eines (nichtbeteiligten) Dritten am raschesten. Daher sind Kartellvereinbarungen und die Gesamtarbeitsverträge unter gewissen Voraussetzungen der öffentlichen Kontrolle unterstellt.

³²¹ Die kartellistische Wettbewerbspolitik nach Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d BV ist an und für sich vom Gedanken getragen, daß volkswirtschaftlich oder sozial günstige und nachteilige Auswirkungen von Kartellen ausgehen können, so daß die Frage, wie weit auf dieser Grundlage der «Zwang zum Wettbewerb» getrieben werden dürfte, nicht der einzige Gesichtspunkt sein kann. Die in der Kartellierung als solche liegende Wettbewerbsbeschränkung kann im Ausmaß und in den Auswirkungen volkswirtschaftlich oder sozial nachteilig sein.

³²² NZZ Nr. 682 vom 4.11.1968 und die zutreffende Kritik in NZZ Nr. 606 vom 5.10.1969.

Globale Maßnahmen (im Unterschied zu punktuellen) sind einfacher zu handhaben (Verwaltungsökonomie), aber nur formal für alle gleich wirksam³²³. Daher wurde seinerzeit der Kreditbeschluß durch den Baubeschluß ergänzt, weil sonst die jungen und auf Kredit angewiesenen Unternehmen allenfalls einschneidender betroffen gewesen wären als die mit Reserven ausgestatteten alteingeführten Firmen³²⁴.

Des direkten Eingriffes und der Regulierung der mikroökonomischen Relationen wird man aber auch anderwärts, so vor allem in der Strukturpolitik und der umverteilenden Sozialpolitik nicht entraten können.

Zu bedenken sind die Nebenwirkungen von wirtschaftspolitischen Vorkehren, die nahezu unvermeidlich sind, und ferner die offenen und verborgenen Ausweichmöglichkeiten³²⁵. Hier spielt die Rechtsgleichheit hinein, also das Gebot, daß Maßnahmen nicht bloß mild (verhältnismäßig), sondern auch effektiv und nicht diskriminierend angelegt sein sollen.

Die Gliederung nach makroökonomischen (globalen) und mikroökonomischen (puntuellen) Vorkehren deckt sich weithin mit derjenigen nach direkten und indirekten³²⁶ Maßnahmen. Der Volkswirtschafter bevorzugt die Mittel, welche als ökonomische Daten oder Druckfaktoren wirken,

³²³ K. SCHILLER, Wirtschaftspolitik, a.a.O., S. 214 f.

³²⁴ BBl 1964 I 198 f. und 202. Eine ähnliche Fragestellung ergibt sich in der Fremdarbeiterpolitik, ohne jedoch hier auf die Kontroverse Gesamtplafonierung/Branchenplafonierung/einfache oder doppelte Betriebspfafonierung eingehen zu können: BRB über die Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer vom 16.3.1970; BBl 1965 I 331 ff., insb. 335 f., 345 ff. Zu den Schwierigkeiten sachgerechter Differenzierung: Mitteilungsblatt des Delegierten für Konjunkturfragen 1970, S. 1 f.

³²⁵ Beispiel der Verlagerung der Abzahlungskäufe in den Klein-Kredit.

³²⁶ Oder auch eingreifende im Unterschied zu lenkenden oder ablenkenden Maßnahmen (z. B. Steuern zur Lenkung der Wirtschaft; R. PROBST, ASA 30, S. 417 ff.).

ohne daß Einzelentscheidungen (Zuteilung von Arbeitskräften oder Krediten) gefällt werden müssen³²⁷. Demgegenüber muß vom Recht aus betont werden, daß der Unterschied zwischen imperativem Zwang und ökonomischem Druck nur eine Abweichung in der Eleganz des Vorgehens bedeutet. Für die rechtliche Bewertung ist die Technik der Druckausübung auf die Entscheidungsfreiheit sekundär³²⁸. Aus dem nämlichen Grunde kann nicht generell gesagt werden, daß fördernde (leistende) Hilfen gegenüber belastenden oder einschränkenden sich wie weiß und schwarz verhielten. Die Förderung steht nicht zum vornehmerein außerhalb jeden rechtlichen Verdachtes, zumal desjenigen der Diskriminierung.

Die Juristen müssen sich angewöhnen, daß in der Wirtschafts- und Sozialpolitik nicht allein qualitativ-klassifikatorische, sondern auch quantitative Merkmale Wesensunterschiede ausmachen können. Anders gesagt: Die Dosierung zieht mitunter den Umschlag vom Quantitativen in das Qualitative nach sich³²⁹. Die Erscheinung ist nicht neu, bereitet aber vorläufig der Rechtspraxis Mühe. Zu denken ist an die erhebliche Behinderung im Kartellrecht³³⁰, von der man sich fragen kann, ob die Reizschwelle in wirtschaftswissenschaftlicher Sicht – nach der neueren Tendenz – bereits knapp ob der unmerklichen Ungelegenheit angesetzt würde³³¹. Das Wirtschaftsleben nötigt fortwährend, zwischen mehr oder weniger vorteilhaft erscheinenden Alternativen zu unterscheiden. Selten werden nur Vorteile

³²⁷ Vgl. E. DÜRR, Probleme der Konjunkturpolitik, S. 149.

³²⁸ D. CH. DICKE, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Wirtschaftslenkung in Italien und der Bundesrepublik Deutschland, *res publica*, Beiträge zum öff. Recht Nr. 22, S. 60f.

³²⁹ M. GAL, Die Marktkonformität notenbankpolitischer Instrumente, *NZZ* Nr. 51 vom 24.1.1969.

³³⁰ Art. 4 und 22 KG.

³³¹ Vgl. BGE 95 II 335 mit zahlreichen Verweisungen; vgl. auch BGE 91 II 37f. und 40f. über das zulässige Ausmaß von Differenzierungen im Hinblick auf die Kohäsion des Kartells.

ohne Nachteile angeboten. Behinderung ist überall anzutreffen, ob vollständiger oder nur wirksamer Wettbewerb besteht³³².

Ob der rechtliche Persönlichkeitsschutz im Erwerbsbereich daran gemessen werden kann, ob jemand seine wirtschaftliche Tätigkeit so einrichten kann, wie es ihm beliebt³³³, erscheint in dieser Abstraktheit fraglich. Die erhebliche Behinderung ist nach den Vor- und Nachteilen zu beurteilen, welche die konkrete Situation bietet³³⁴.

Graduelle Grenzziehungen erfordert beispielsweise ebenfalls der Entscheid über die prohibitive Wirkung von Spezialgewerbesteuern³³⁵. Dagegen kommt es auf die Höhe der Spezialsteuern nicht an, wenn versucht wird, auswärtige Gewerbetreibende fernzuhalten³³⁶.

In der Rechtsprechung zu der Gewerbefreiheit ist sodann in verschiedener Hinsicht maßgebend, ob ein besonders schwerer Eingriff in Frage steht. Das entscheidet sich allenfalls danach, ob lediglich die Ausübungsfreiheit und nicht die Zulassungsfreiheit betroffen ist³³⁷. Das quantitative Ausmaß spielte vor dem Erlaß des Arbeitsgesetzes für sozialpolitische Ferienregelungen und jetzt noch für Freizeitregelungen³³⁸ eine Rolle, und man erwog einmal, wo die Grenze zwischen dem Hungerlohn und dem einkommenspolitischen Mindestlohn³³⁹ liege. Quantitative Maßstäbe sind also durchaus nicht neu.

³³² W. R. SCHLUEP, Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisationen, *Wirtschaft und Recht* 1969, S. 203 und 206.

³³³ BGE 90 II 513, 86 II 376.

³³⁴ BBl 1961 II 570f.; Kartellbericht der EPK, S. 166, 175, 179 ff., 201, 204 f.

³³⁵ BV 31 Abs. 2; ASA 32 S. 427; BGE 87 I 30f.

³³⁶ BGE 91 I 313f., 87 I 30f.

³³⁷ BGE 95 I 426.

³³⁸ Zwei oder drei Wochen Ferien, ein halber oder ein ganzer Wochenfreitag; BGE 91 I 105f., 87 I 187f., 85 II 375f.

³³⁹ BGE 80 I 163.

Um zum Grundsätzlichen der Mittelauswahl zurückzukehren.

Aus den Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaft über die Wirtschafts- und Sozialpolitik wird man ableiten dürfen, daß die zieladäquaten, wirksamen und von verfälschenden Nebenwirkungen möglichst freien und verhältnismäßigen Mittel heranzuziehen sind. Auf die Eingriffsintensität kann es ebenfalls ankommen. Zwar wird noch nicht einheitlich von Systemkonformität, sondern mitunter noch von Marktkonformität gesprochen, jedoch die Systementsprechung³⁴⁰ gemeint. Ob – wie etwa bei der Qualitätskontrolle der Uhren – nebst der Verwirklichung handelspolizeilicher Anliegen ein erzieherischer oder leistungsfördernder Einfluß ausgeübt wird, der im Gesamtinteresse positiv zu würdigen ist, steht für die Mittelwahl voran. Dagegen ist die Wirkung auf den Preismechanismus nicht entscheidend³⁴¹.

Die Unterscheidung nach polizeilichen und wirtschaftspolitischen Vorkehren ist für die Wirtschafts- und Sozialpolitik des Bundes jedenfalls von fragwürdigem Wert, schon gar nicht brauchbar, wenn gefahrenabwehrend oder gestaltend die Trennungslinie ziehen soll. Ordnungspolizeiliche Regelungen wirken unvermeidlich gestaltend.

Nur für bundesrechtliche Regelungen, die unmittelbar mit der Zulassungs- und Ausübungsfreiheit – also dem Inhalt der Verfassungsbestimmung über die Gewerbefreiheit – zusammenhängen³⁴², kann sich die Frage stellen, was Vorschriften über die Regelung der Ausübung von Handel und Gewerbe zum Inhalt haben dürfen, wenn sie die Bindung

³⁴⁰ E. TUCHFELDT, Zur Frage der Systemkonformität von wirtschaftspolitischen Maßnahmen, erschienen in «Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen» S. 203 ff.; H. SIEBER, Der Wettbewerbsaspekt des Notenbankinstrumentariums, NZZ Nr. 748 vom 2.12.1968; F. A. LUTZ, Mindestreserven und direkte Kreditkontrolle, NZZ Nr. 710 vom 15.11.1968.

³⁴¹ E. TUCHFELDT, zitiert in vorangehender Note, S. 214 ff.

³⁴² Also vor allem was sich auf BV 31^{bis} Abs. 2 gründet.

an die Gewerbefreiheit zu respektieren haben. Es ist also zu entscheiden, was unter Beschränkungen zu verstehen ist, die trotz des beschränkenden Inhaltes vor der Gewerbefreiheit standhalten, und welche Vorschriften als Abweichungen zu begreifen sind. Das braucht nicht mit der dogmatischen Klassifizierung von polizeilichen und wirtschaftspolitischen Regelungen übereinzustimmen. Bisher wurde nämlich damit lediglich die Abgrenzung zu strukturpolitischen Maßnahmen³⁴³ zu vollziehen versucht.

Für die andern Kompetenzen der Wirtschaftsverfassung der Wirtschafts- und Sozialpolitik kommt es auf die Übereinstimmung mit der Handels- und Gewerbefreiheit – die ihnen gegenüber keinen Vorrang hat – überhaupt nicht an, sondern darauf, daß sie zielentsprechend, verhältnismäßig und wirksam sind und darüber hinaus mit den allgemeinen Grundsätzen von Verfassungsrang tunlichst im Einklang stehen.

3.4.3 Stabilität und soziale Sicherheit

3.4.3.1 Stabilität

Auch die marktorientierte Komponente der Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik besteht nicht ausschließlich aus Dynamik. Gegenteils entstammt die Gesamtwirtschaftspolitik in der Entstehung zu einem Teil der Erfahrung, daß die Marktwirtschaft sich nicht durchgehend selbst in ein Gleichgewicht reguliert³⁴⁴. Ferner sind aus staats- und sozialpolitischen Gründen nicht zum vornehmerein alle Umwälzungen tragbar, die eine vollständige Dynamik auszulösen

³⁴³ BV 31^{bis} Abs. 3 lit. a bis c.

³⁴⁴ Zu erinnern wäre etwa an die Technostruktur nach der Lehre von J. K. GALBRAITH (Die moderne Industriegesellschaft); danach wäre die industrielle Produktion so unflexibel geworden, daß die Stabilisierung in etwelchen Richtungen geradezu zur Existenzfrage geworden sei, der sich auch der Staat nicht verschließen könne.

vermöchte. Die Stabilitätsziele ergeben sich zum Teil aus dem magischen Viereck, das in der Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik sinngemäß als Zielvorstellung enthalten ist. Der Stabilitätsgedanke kommt in der Konjunktur-, Wachstums- und Vollbeschäftigungspolitik zum Vorschein wie ferner in der Struktur- und namentlich in der Geld- und Währungspolitik (Inflation). Marktwirtschaftliche und sozialpolitische Überlegungen verbinden sich. Das strukturpolitische Stabilitätsinteresse darf mithin – allerdings nicht als einziger Gesichtspunkt – von einem Kartell³⁴⁵ ins Feld geführt und als schutzwürdige, mit dem Gesamtinteresse vereinbare Zweckverfolgung angesprochen werden, sofern außerdem die private Marktordnung sachgemäß und verhältnismäßig ausgestaltet ist.

3.4.3.2 Soziale Sicherheit

Die Ausführungen über die soziale Freiheit³⁴⁶ haben bereits gezeigt, daß sich Freiheit und Sicherheit gegenseitig bedingen. Das Gefühl der Sicherheit befreit und erspart Spannungen, die den sozialen Frieden beunruhigen³⁴⁷. Ein wichtiges Glied der sozialen Sicherheit und des sozialen Friedens ist in der Arbeitsverfassung zu erblicken³⁴⁸. Dazu kommen die Sozialversicherungswerke, d.h. Zwangsversicherungen im Dienste der sozialen Freiheit und Sicherheit³⁴⁹.

Angesichts des Wetteifers, mit welchem derzeit politische Gruppierungen der unterschiedlichsten parteiprogrammatischen Richtung auf die staatliche Vollversicherung in der Alters- und Hinterlassenenvorsorge (Volkspension) zusteueren, könnte man sich die Frage vorlegen, ob es verfassungsrechtlich keine Grenzen der sozialen Sicherheit in der markt-

³⁴⁵ Im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 2 lit. c und Art. 22 KG.

³⁴⁶ Vgl. 3.4.1.2.

³⁴⁷ G. von EYNERN, a.a.O., S. 92, 104, 195.

³⁴⁸ Vgl. 3.3.

³⁴⁹ Vgl. H. RYFFEL, Soziale Sicherheit in der modernen Gesellschaft, erschienen in «Der Staat» 1970, S. 1 ff.

wirtschaftlich orientierten und sozialverpflichteten Wirtschaftsverfassung gibt. Selbstredend wäre eine solche Schranke nicht mit Schlagworten – wie Staatsversorgung, Kollektivismus, Abtötung der individuellen Risiko- und Leistungsbereitschaft – zu begründen. Zu unbestimmt bliebe vermutlich ebenfalls der Hinweis darauf, daß die soziale Sicherung durch staatliche Werke subsidiär bleibe, und die soziale Freiheit als Chancenverbesserung eine gewisse Eigenvorsorge erlauben sollte. Ob die Marktwirtschaft das Volkspensionsprogramm verkraftet, erscheint als ein noch minder durchschlagskräftiger Einwand.

Weniger die Volkspension als Ziel, als vielmehr die Art ihrer Finanzierung könnte den Anhaltspunkt für verfassungsrechtliche Einwendungen abgeben. Zu denken wäre etwa an eine Finanzierungs- und Beitragsordnung, die mit an das Konfiskatorische grenzenden Umverteilungen der Vermögen oder der Einkommen verbunden wäre³⁵⁰.

Auf die Rechtsgrundsätze der sozialen Sicherheit – soweit sie bereits erforscht sind – kann im übrigen hier nicht näher eingegangen werden.

3.4.4 Rechtsgleichheit

Die Rechtsgleichheit hat mannigfache Beziehungen zu der Wirtschaftsverfassung der marktorientierten und sozialverpflichteten Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung. Die soziale Gleichheit im Sinne von Verbesserung der Entfaltungsmöglichkeiten geht in die soziale Freiheit³⁵¹ ein.

Die Rechtsgleichheit in ihren Grundzügen und in ihrer Bedeutung für die Wirtschaftsverfassung zu verfolgen, eräche Stoff für ein selbständiges Referat.

Besonders hervorzuheben ist die in der neueren Rechtsprechung als Wettbewerbsneutralität gedeutete

³⁵⁰ Vgl. H. F. ZACHER, Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung, DöV 1970 S. 8 f.; zur konfiskatorischen Besteuerung: BGE 94 I 115 f. E. 3 und 4 mit Verweisungen.

³⁵¹ Vgl. 3.4.1.2.

Rechtsgleichheit der (polizeilichen) Regelungen der Gewerbefreiheit. Sie ist Ausdruck der Erkenntnis, daß auch polizeiliche Ordnungen wirtschaftspolitische, zumal wettbewerbspolitische Ausstrahlungen zeitigen.

Hinter der Wettbewerbsneutralität steckt die egalitär verstandene Gleichheit. Die Sozialverpflichtung des freiheitlichen Rechtsstaates dagegen hat eine besondere Affinität zu der proportionalen Gleichheit³⁵². Das hat CLAUDE DU PASQUIER seinerzeit zu der trefflichen Formulierung veranlaßt:

«On crée une inégalité pour rétablir l'égalité. Ce handicap est l'image même de la justice sociale»³⁵³.

Die materiale Gleichheit hat zur Grundlage, daß die rechtliche Gleichheit sich nicht auf soziale Gleichheit stützen kann, diese nicht als gegeben voraussetzen darf, weil das Gleichgewicht überall gestört ist. Die materiale Gleichheit ist daher Aufruf zur Verbesserung der Voraussetzungen sozialer Gerechtigkeit. Die materiale Gleichheit ist – anders als die formale – mit der Unsicherheit sowohl der Bewertung rechtserheblicher Verschiedenheiten als der Zumessung der Korrektive verbunden. Dazu kommt, daß in wirtschaftlichen Belangen im Prinzip niemandem etwas gegeben werden kann, wenn nicht jemandem etwas genommen oder abgeschrieben wird. Wirtschafts- und Sozialpolitik zur Verbesserung der Entfaltungschancen oder zum Zwecke der Umverteilung des Einkommens gerät deswegen leicht in den Geruch der ungerechten Privilegierung. Darauf ist zu achten³⁵⁴.

³⁵² H. HUBER, Die rechtsstaatlichen Grundsätze im Sozialversicherungsrecht, SZS 1960, S. 10ff.

³⁵³ CL. DU PASQUIER, La notion de justice sociale et son influence sur le droit suisse, ZSR 1952 I 69 ff., insb. S. 94.

³⁵⁴ Gutes Beispiel der Vermeidung einer Kettenreaktion der Privilegierung: BGE 95 I 296 ff. E. 5.

3.5

Demokratisch-föderativer Rechtsstaat und Wirtschaftsverfassung

Wiederum bleibt es aus Zeitgründen bei wenigen Bemerkungen.

3.5.1 Demokratie

Wiederholt findet sich in wirtschaftsrechtlichen Publikationen die Feststellung, Wirtschaftspolitik sei wesensmäßig Regierungssache³⁵⁵ (gouvernemental). Das trifft unzweifelhaft insofern zu, als rationale Wirtschafts- und Sozialpolitik in der Durchführung konzertierte Aktion bedeutet, d.h. Abstimmen verschiedener Zuständigkeiten auf ein gesamtwirtschaftliches Ziel und Überdenken der Zielkonflikte erfordert. Dem wird organisatorisch im Neubau der Organisation der Bundesverwaltung Rechnung zu tragen sein. Zu der Ressort-Spezialisierung hat die übergreifende Gesamtführung in der Stabsleitung hinzuzutreten³⁵⁶.

Die Wirtschaftspolitik ist ferner insofern gouvernemental, daß sie rasche Aktion oder Reaktion erheischt. Die Wahl des richtigen Zeitpunktes für den Einsatz wirtschaftspolitischer Maßnahmen ist wichtig³⁵⁷. Ferner verlangt die Wirtschaftspolitik nach mannigfaltig auswechselbaren und dosierbaren Mitteln³⁵⁸. Sie ist somit nur zu bewältigen, wenn weitgespannte Kompetenzen in den Gesetzen delegiert werden.

³⁵⁵ K. EICHENBERGER, Leistungsstaat und Demokratie, S. 11 und 19 f.; K. H. FRIAUF, Öffentlicher Haushalt und Wirtschaft, S. 24 und 44 mit zahlreichen Verweisungen, insb. auf die bahnbrechenden und bereits wiederholt zitierten Untersuchungen von KLAUS STERN; JÜRGENSEN/KANTZENBACH, Planung II, S. 62.

³⁵⁶ Dazu kommt die Koordination in der bundesstaatlichen Vertikalen und Horizontalen.

³⁵⁷ G. VON EYNERN, a.a.O., S. 205.

³⁵⁸ BBl 1954 I 575 f.

Eine Änderung der Währungsparität dem demokratischen Rechtssetzungsverfahren vorzubehalten, heißt auf die Wechselkurspolitik verzichten³⁵⁹. Es darf nicht übersehen werden, daß mit der Änderung des Dringlichkeitsrechtes die Aktionsfähigkeit des Parlamentes vermindert worden ist³⁶⁰. Das spricht somit nochmals für eine Konzentration der Wirtschaftspolitik beim Bundesrat und bei der Verwaltung.

Kommt das Bundesrecht ohne Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen nicht aus³⁶¹, und mehren sich die Auffassungen, welche die Übertragung der Rechtssetzungskompetenz als unausweichliche Notwendigkeit anerkennen³⁶², sind für die Wirtschaftspolitik selbst die Kautelen nicht unbedingt realisierbar, die an die Rechtssetzungsermächtigung nach der largeren Auffassung immerhin noch zu knüpfen wären (nach Inhalt, Zweck, Mittel und Ausmaß im Gesetz umschriebene Kompetenzübertragung). Ausländische Erfahrungen lauten übereinstimmend³⁶³.

Freilich sind Stimmen zu vernehmen, die aus andern als den dargelegten sachbedingten Gründen eine Schwerpunktverlagerung in der Wirtschaftspolitik auf die Regierung befürworten. Es fallen mitunter harte Worte, etwa daß die Wirtschaftspolitik unpopuläre Maßnahmen erfordere und daher nicht der Gefälligkeitsdemokratie anheimgestellt werden dürfe³⁶⁴. Das Schicksal des Exportdepots ermutigt

³⁵⁹ Das wollte man im Grunde auch anlässlich der Erneuerung des Münzgesetzes (BBl 1949 I 521; Amtl. Bull. NR 1952, S. 463 ff.).

³⁶⁰ BV 89bis; BV 32 hat deswegen seine ursprüngliche Bedeutung eingebüßt.

³⁶¹ BGE 92 IV 111, 88 I 283, 86 I 318f.

³⁶² J. F. AUBERT, *Traité de Droit constitutionnel suisse*, S. 547 ff.

³⁶³ K. STERN, *Konjunktursteuerung und kommunale Selbstverwaltung – Spielraum und Grenzen*, S. 32 ff.; vgl. auch BGE 92 I 232.

³⁶⁴ H. WAGNER, *Öffentlicher Haushalt und Wirtschaft* VVDStRL 27, S. 61; WAGNER und FRIAUF führen übereinstimmend zu der anti-zyklischen Haushaltspolitik die Bemerkung von SCHUMPETER an, man könne eher von einem Mops verlangen, daß er einen Wurstvorrat anlege, als von Parlamentariern, daß sie Gelder nicht ausgeben.

nicht dazu, solchen Äußerungen entgegenzutreten³⁶⁵. Die dilatorische Behandlung hinterläßt den Eindruck, daß man die Notwendigkeit von Maßnahmen nicht in Abrede zu stellen vermochte, aber die stille Hoffnung nährte, bis zum Eintreffen der zweiten Auflage der Vorlage des Bundesrates die Einrede der Verspätung erheben zu können. Dazu gesellt sich das Unbehagen, das die in das Währungskartell ausgewichene Vorlage über das Nationalbankinstrumentarium hinterlassen hat.

Die Wirtschaftspolitik kann trotzdem auf die demokratische Verankerung nicht verzichten. Das Finanzaushaltsgesetz brachte einen wesentlichen Fortschritt, sicher einerseits deswegen, weil hier optisch gesehen dem Gemeinwesen und nicht dem Privaten konjunkturpolitische Disziplin zugemutet wurde. Andererseits stand diese Vorlage nicht unter dem Druck eines gerade aktuellen Interessenkonfliktes. Nicht gangbar ist der Weg, für jede besondere Situation ein befristetes Maßnahmeprogramm vorzulegen. Solche Wirtschaftspolitik greift regelmäßig zu spät ein. Zwar gelang die Maßnahmengesetzgebung im Konjunkturprogramm 1964. Die Wirtschaftspolitik sollte jedoch nach den jüngsten Erfahrungen in eine nicht gelegenheitsorientierte, sondern auf Dauer bedachte allgemeine Ordnung der wirtschaftspolitischen Hauptfragen gefaßt werden. Die Demokratie muß diese Probe bestehen können.

3.5.2 Föderalismus

Ob sich der kooperative Föderalismus verwirklicht, davon wird es abhängen, ob es sinnvoll ist, den Zentralismus aufzuhalten zu wollen. In der Fremdarbeiterpolitik ist die Prüfung des föderalistischen Willens, nach den kürzlichen Regelungen zu schließen, nicht bestanden worden³⁶⁶. Der

³⁶⁵ NZZ Nr. 135 vom 22.3.1970: Das konjunkturpolitische Fiasko.

³⁶⁶ BRB über die Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer vom 16.3.1970; Systemwechsel in der Regelung für ausländische Arbeitskräfte, NZZ Nr. 126 vom 17.3.1970.

Bund hatte hier auch keine Subventionen zu vergeben. Für die Raumplanung und Infrastrukturordnung, die sich nach bundesrechtlichen Grundsätzen richten sollen³⁶⁷, wie für die Koordination der Finanz- und Haushaltspolitik³⁶⁸ wird die Zukunft weisen, was der kooperative Föderalismus zu leisten imstande ist. Hier werden wiederum Bundesbeiträge die Aussichten des vertikalen und horizontalen Föderalismus verbessern. Darf es aber inskünftig generell heißen: point d'argent, point de – fédéralisme – suisse ?

3.5.3 Rechtsstaat

Die Wirtschaftspolitik wirft zahlreiche neue rechtsstaatliche Probleme auf, vor denen man sich nicht zu Unrecht gefürchtet hat. Indessen kann es nicht heißen Rechtsstaat oder Wirtschaftspolitik, vielmehr nur Rechtsstaat und Wirtschaftspolitik: rechtsstaatliche und nicht rein pragmatische Wirtschaftspolitik.

Vieles ist bereits ins Gespräch gekommen:

Plangewährleistung, also Rechtsbeständigkeit von Plänen³⁶⁹ bzw. Ersatzpflicht bei Änderung oder bei Planfehlern, die Grenze der Delegation³⁷⁰, das rechtliche Gehör in der Vorbereitung von Maßnahmen³⁷¹, der Rechtsschutz.

Im Rechtsschutz ist vieles offen, etwa für welche Maßnahmen eine Anfechtung überhaupt in Betracht fallen kann³⁷²; welchen Sinn eine Anfechtung haben könnte, wenn mit der Durchführung nicht zugewartet werden kann und eine Wiederherstellung des früheren Zustandes ausgeschlossen ist; die Grenzen der Überprüfungsbefugnis und Überprü-

³⁶⁷ BV 22quater.

³⁶⁸ Art. 30 Finanzhaushaltgesetz.

³⁶⁹ Vgl. BGE 94 I 343 ff. E. 4; für Raumpläne ist die Rechtslage noch verhältnismäßig einfach.

³⁷⁰ Vgl. 3.5.1.

³⁷¹ Vgl. BV 32 Abs. 3.

Anhörung ist nicht durchwegs angängig, vgl. z. B. Währungsparitätsänderung.

³⁷² K. H. FRIAUF, a.a.O., S. 33.

fungsmöglichkeit richterlicher Instanzen; die Beweisbarkeit von Tatsachen wie der gesamtwirtschaftlich-konjunkturellen Entwicklung³⁷³.

Mutmaßlich sind Fragestellungen des angedeuteten Inhaltes aber zum vornehmerein schief, weil man sich in den juristischen Denkkategorien der klassischen Rechtsstaatlichkeit an eine völlig neue Situation heranzutasten versucht. Der Plangewährleistungs- oder Schadenersatzanspruch wegen Fehlleistungen der rationalen Wirtschaftspolitik kann sehr wohl zu einer Papierexistenz verurteilt sein³⁷⁴.

Gegenüber globalen makroökonomischen Vorkehren ist bestimmt mit der Technik der Rechtssetzung und der Einzelfallanwendung nichts auszurichten. All das kann jedoch hier nur als – wörtlich genommen – fragwürdig und der Vertiefung wert vermerkt werden.

³⁷³ G. VON EYNERN, a.a.O., S. 196, 205 f., 289 f.; LEIBHOLZ/RINCK, Grundgesetz, Kommentar 2. Aufl., S. 74 f.; W. FRIEDMANN, Recht und sozialer Wandel, S. 269.

³⁷⁴ F. GYGI, Planung II, S. 139 f.

**Diese Seite stand nicht für die
Digitalisierung zur Verfügung**

**Cette page n'a pas été disponible
pour la numérisation**

**Questa pagina non era a
disposizione di digitalizzazione**

**This page was not available for
digitisation**