

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:	117 (1998)
Heft:	2
Artikel:	Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzip
Autor:	Richli, Paul
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896083

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: 15.01.2026

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

Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips

Referat zum Schweizerischen Juristentag 1998

Von Paul Richli

Dr. iur., Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität Basel

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	145
2. Grundlegung	149
2.1. Übersicht und Hinweise	149
2.2. Staatszwecke, Staatsziele, Staatsaufgaben, Staatskompetenzen . .	150
2.3. Staatsaufgaben im besonderen	152
2.3.1. Historischer Abriss	152
2.3.2. Neuster Trend	153
2.3.3. Folgerungen	154
2.4. Subsidiaritätsprinzip	157
2.4.1. Herkunft	157
2.4.2. Inhalt	159
2.4.3. Verbreitung des Subsidiaritätsprinzips	163
2.4.4. Konkretisierungsbedürftigkeit und Konkretisierungs-fähigkeit	164
2.5. Staatsaufgaben und Subsidiaritätsprinzip im Licht einzelner Disziplinen	164
2.5.1. Lesehinweise	164
2.5.2. Staatsrecht und Staatslehre	165
2.5.3. Sozialphilosophie	173
2.5.4. Politologie	179
2.5.5. Systemtheorie	185
2.5.6. Ökonomie	192
2.5.7. Weitere Disziplinen	199
2.5.8. Folgerungen	201
2.6. Funktionale Teiläquivalente zum Subsidiaritätsprinzip	205
2.6.1. Deregulierung	205
2.6.2. Privatisierung	207
2.6.3. New Public Management	210
2.6.4. Grundrechtsgarantien	211
2.6.5. Verhältnismässigkeitsprinzip und öffentliche Interessen . .	211
2.6.6. Föderaler Staatsaufbau	212
2.7. Folgerungen	213
3. Zwecke, Ziele und Aufgaben der Eidgenossenschaft	214
3.1. Übersicht und Hinweise	214
3.2. Zwecke der Eidgenossenschaft	214
3.2.1. Bundesverfassung	214

3.2.2. Verfassungsentwurf 1977	215
3.2.3. Verfassungsentwurf 1996	216
3.2.4. Folgerungen für das Subsidiaritätsprinzip	216
3.3. Ziele	217
3.3.1. Bundesverfassung	217
3.3.2. Verfassungsentwurf 1977	217
3.3.3. Verfassungsentwurf 1996	217
3.3.4. Folgerungen für das Subsidiaritätsprinzip	218
3.4. Aufgaben der Eidgenossenschaft	219
3.4.1. Bundesverfassung	219
3.4.2. Verfassungsentwurf 1977	223
3.4.3. Verfassungsentwurf 1996	223
3.4.4. Folgerungen für das Subsidiaritätsprinzip	225
3.5. Verhältnis von Staatszwecken, Staatszielen, Staatsaufgaben und Staatskompetenzen	226
4. Zum Subsidiaritätsprinzip in der Europäischen Union	227
4.1. Übersicht und Hinweise	227
4.2. Regelung	228
4.3. Rechtslehre	229
4.4. Praxis der Organe der Europäischen Union	231
4.5. Zusammenfassung und Folgerungen für die Eidgenossenschaft	234
4.5.1. Zusammenfassung	234
4.5.2. Folgerungen für die Eidgenossenschaft	235
5. Zum Subsidiaritätsprinzip im Recht der Eidgenossenschaft	236
5.1. Übersicht und Hinweise	236
5.2. Verfassungsstufe	236
5.2.1. Bundesverfassung	236
5.2.2. Verfassungsentwurf 1977	238
5.2.3. Verfassungsentwurf 1996	238
5.2.4. Kantonsverfassungen	240
5.2.5. Exkurs: Ausländische Verfassungen	241
5.3. Gesetzesstufe	242
5.3.1. Vorbemerkung	242
5.3.2. Waren- und Dienstleistungsdeklaration	243
5.3.3. Bundessubventionen	244
5.3.4. Börsenaufsicht	245
5.3.5. Umweltschutz	246

5.3.6. Beseitigung und Verhinderung technischer Handelshemmisse	247
5.3.7. Energiepolitik	250
5.3.8. Reduktion der CO2-Emissionen	253
5.3.9. Landwirtschaftspolitik	255
5.4. Folgerungen für das Subsidiaritätsprinzip	255
5.5. Rechtsprechung	256
5.5.1. Vorbemerkung	256
5.5.2. Sozialrecht	256
5.5.3. Subventionsrecht	257
5.5.4. Enteignungsrecht	257
5.5.5. Folgerungen	258
5.6. Rechtslehre	258
5.6.1. Vorbemerkung	258
5.6.2. Subsidiaritätsprinzip im allgemeinen	258
5.6.3. Subsidiaritätsprinzip in der Wirtschaftsverfassung	260
5.6.4. Subsidiaritätsprinzip im Bundesstaat	262
5.6.5. Folgerungen	263
5.7. Einordnung des Subsidiaritätsprinzips im Recht der Eidgenossenschaft	264
5.7.1. Blosse Klugheitsregel oder (auch) Rechtsgrundsatz?	264
5.7.2. Teilweises oder allgemeines Strukturprinzip oder Verfassungsgrundsatz?	265
5.7.3. Möglichkeiten für die Einführung des Subsidiaritätsprinzips in den Rechtsdiskurs	269
5.7.4. Folgerungen	271
5.7.5. Prozessuale Hinweise	271
6. Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips im allgemeinen	274
7. Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips in einzelnen Rechtsbereichen	278
7.1. Übersicht	278
7.2. Berufsbildung	278
7.2.1. Zunehmender Lehrstellenmangel als Problem des Berufsbildungssystems	278
7.2.2. Handlungsbedarf erkannt und anerkannt	279
7.2.3. Benachteiligung gegenüber dem Mittel- und Hochschulsystem	280
7.2.4. Schaffung von Chancengleichheit als Rechtsgebot	281
7.2.5. Beurteilung im Lichte des Subsidiaritätsprinzips	281

7.3. Landwirtschaft	283
7.3.1. Subsidiäre Struktur der «Agrarpolitik 2002»	283
7.3.2. Beurteilung aus der Sicht des Subsidiaritätsprinzips	285
7.4. Verwandtenunterstützung	286
7.4.1. Beseitigung der Unterstützungs pflicht unter Geschwistern .	286
7.4.2. Grundrecht auf Existenzsicherung	288
7.4.3. Beurteilung im Lichte des Subsidiaritätsprinzips	289
7.5. Kantonalbanken	292
7.5.1. Entstehung der Kantonalbanken	292
7.5.2. Merkmale und Regelung der Kantonalbanken	293
7.5.4. Wirtschaftsverfassungsrechtliche Beurteilung	295
7.5.5. Beurteilung aus der Sicht des Subsidiaritätsprinzips	296
7.6. Folgerungen	298
8. Zusammenfassung und zugleich Thesen	299
Literaturverzeichnis	304
Materialien	315

1. Einleitung¹

Ziel dieser Abhandlung ist die Beurteilung der Zwecke, Ziele und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips. Mit der «Eidgenossenschaft» ist nicht allein der Bund gemeint; vielmehr sind Bund *und* Kantone angesprochen². Es geht um den Staat insgesamt. Das zu beurteilende Material ist nicht theoretischer Natur, sondern ergibt sich aus dem positiven Recht. Die in der Staatsrechtslehre verbreitete Klage, es fehle eine entwickelte Lehre der Staatszwecke und Staatsaufgaben, verdriesst uns daher wenig. Wir können es mit den Autorinnen und Autoren halten, welche sich nach solcher Klage mit Vorliebe der Darstellung und Analyse positiver Staatszwecke und Staatsaufgaben zuwenden³.

Es liegt also nicht in meiner Zielrichtung staatsrechtliche Defizite in allgemeiner Weise aufzuarbeiten. Dieses Anliegen beschäftigt PHILIPPE MASTRONARDI. Es ist vor allem zu fragen, ob sich die Eidgenossenschaft zu Recht mit allem beschäftige, womit sie sich heute in rechtlich relevanter Weise beschäftigt. Wer so fragt, stösst alsbald auch auf heute vielzitierte Stichworte wie Deregulierung, Privatisierung, Staatsversagen und nicht zuletzt auch auf New Public Management bzw. wirkungsorientierte Verwaltungsführung.

Das Subsidiaritätsprinzip bringt auch die bundesstaatliche (föderale) Konzeption der Eidgenossenschaft ins Blickfeld. Ich behandle diese Thematik allerdings nicht in umfassender Weise, sondern blende einen grossen Teil möglicher Fragen aus. Das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen ist in erster Linie Gegenstand der Abhandlung von REGULA KÄGI-DIENER. Immerhin kommen föderale Aspekte so weit zur Sprache, als spezifisch das Subsidiaritätsprinzip betroffen ist.

Unter Aspekten des Subsidiaritätsprinzips könnte auch die Einbettung der Eidgenossenschaft in die Staatenwelt behandelt werden, wie nicht zuletzt die Debatte um das Subsidiaritätsprinzip in der Europäischen Union belegt. Ich verzichte hierauf aber völlig. Das Verhältnis der Eidgenossenschaft zur

1 Für Beiträge zu dieser Studie habe ich vielfältigen Dank abzustatten. Allen voran ist mein Amtsvorgänger in Basel, Kurt Eichenberger, zu nennen, der einen Entwurf kritisch durchgesehen und Anregungen zur Konkretisierung einzelner Teile unterbreitet hat. Dank schulde ich sodann meinem Basler Kollegen Gerhard Steiner, Ordinarius für Psychologie, sowie Elmar Holenstein, Professor für Philosophie an der ETH Zürich, für wertvolle interdisziplinäre Anregungen. Nicht zuletzt sind lic. iur. Christoph Meyer und lic. iur. Kilian Wunder, Assistenten an meinem Lehrstuhl, in den Dank einzuschliessen. Sie haben nicht nur bei der Sichtung und Beschaffung des Materials tatkräftig mitgewirkt, sondern auch Entwürfe kritisch durchgesehen und Anregungen für Verbesserungen gemacht.

2 Vgl. auch AUBERT, in Kommentar BV, Art. 2, Rz. 19; HEBEISEN, S. 150.

3 Vgl. SALADIN, Wozu noch Staaten?, S. 48 f. mit Hinweisen.

Staatenwelt ist Thema der Überlegungen von GIORGIO MALINVERNI. Im übrigen hat PETER SALADIN zu dieser Thematik in seinem letzten Werk «Wozu noch Staaten?» wegweisende Überlegungen angestellt⁴.

Schliesslich blende ich auch die historische Dimension im wesentlichen aus. Diese ist Gegenstand der Darstellung von VICTOR MONNIER.

Mit dem Subsidiaritätsprinzip wird ein Beurteilungskriterium für Staatsaufgaben erprobt, das eine lange Tradition hat. Es ist, wie insbesondere auch das Gleichheitsgebot und die Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns zu einem wesentlichen Teil, ausserhalb des Rechtssystems entwickelt worden. Das Rechtssystem hat es im Unterschied zum Gleichheitsgebot aber nicht in gleichem Masse formalisiert und internalisiert. Es wäre daher methodisch verfehlt, dieses Prinzip ohne weiteres als Rechtsprinzip anzusprechen. Ausgangspunkt soll vielmehr die These bilden, dass das Subsidiaritätsprinzip eine Klugheitsregel ist, welche das Rechtssystem prinzipiell mit Gewinn einerseits für die Abgrenzung von staatlichen und privaten Aufgaben sowie andererseits für die Abgrenzung von Aufgaben verschiedener staatlicher Ebenen in adäquater Weise nutzbar macht.

Bemühungen um das Subsidiaritätsprinzip rufen gebieterisch nach einem interdisziplinären Ansatz. Denn dieses Prinzip ist auch in anderen Disziplinen Gegenstand von Überlegungen. Es kann unter diesen Umständen als Transmissionsriemen für die Einführung interdisziplinärer Überlegungen in die juristische Debatte um Staatsaufgaben dienen und damit – systemtheoretisch gesprochen – die Umweltoffenheit des politisch-administrativen Systems und des Rechtssystems⁵ sichern.

Wie der Gang der Ausführungen zeigen wird, dringt das Subsidiaritätsprinzip in neuster Zeit vermehrt ins Rechtsdenken ein und wird zum Gegenstand von Verankerungen im positiven Recht. Möglicherweise sind das politisch-administrative System und das Rechtssystem auf dem Weg dazu, es in einer ähnlichen Weise wie das Gleichheitsgebot zu internalisieren und zu formalisieren.

Wer sich mit Staatsaufgaben und Staatszwecken beschäftigt, kommt nicht um die Frage nach der Legitimation des Staates herum. Das Erklärungsangebot umfasst in neuerer Zeit vor allem Vertragstheorien, angefangen von THOMAS HOBBES bis JOHN RAWLS. Im Rahmen einer kurz zu haltenden Abhandlung verbietet sich eine auch nur halbwegs vollständige Übersicht über die einzelnen Vertragsmodelle. Ebenso übergehe ich andere Legitimationsstrategien⁶, insbesondere auch die mit den Namen von KARL OTTO APEL

4 Vgl. SALADIN, Wozu noch Staaten?, bes. S. 111 ff. und S. 158 ff.

5 Siehe zu diesen Begriffen hinten Ziff. 2.5.4.1.

6 Vgl. dazu allgemein etwa WILHELM J.G. MÖHLIG/TRUTZ VON TROTHA (Hrsg.), Legitimation von Herrschaft und Recht, Köln 1994.

und JÜRGEN HABERMAS verbundenen Konsenstheorien. Ich beschränke mich im wesentlichen auf die Darstellung eines neusten Ansatz von OTFRIED HÖFFE, der die staatlichen Aufgaben und Machtmittel mit einem transzendentalen Tausch zu erklären sucht⁷. Der Grund für die Hinwendung zu diesem Ansatz liegt in seiner meines Erachtens hohen Überzeugungskraft und in der ausdrücklichen Auseinandersetzung mit dem Subsidiaritätsprinzip. HÖFFE vermag damit den Fragwürdigkeiten der Verteilungsgerechtigkeit zu entrinnen, indem er staatliche Aktivitäten auf die Tauschgerechtigkeit plus die korrektive Gerechtigkeit⁸ zurückführt. Dieser Ansatz erscheint auch deshalb als attraktiv, weil er die Anknüpfung an das anthropologisch solide verankerte Gegenseitigkeitsprinzip⁹ erlaubt. Im weiteren konvergiert er der Sache nach mit der meines Erachtens hoch plausiblen sozialpsychologischen Equity-Theorie, welche das menschliche Verhalten in der Gesellschaft im wesentlichen aufgrund eines Verhältnisses des Austausches von Leistungen und Gegenleistungen deutet¹⁰.

Neben dem sozialphilosophischen Ansatz von OTFRIED HÖFFE, der die staatlichen Aufgaben normativ begründet, scheint mir der Bezug der analytisch vorgehenden Systemtheorie in besonderer Weise erkenntnismehrrend zu sein. Dabei beschränke ich mich auf die Darstellung der von HELMUT WILLKE ausformulierten Spielart. Diese Wahl drängt sich deshalb auf, weil sich dieser Autor ausdrücklich und ausführlich mit dem Subsidiaritätsprinzip auseinandersetzt. Anders als HELMUT WILLKE hat sich NIKLAS LUHMANN nicht näher mit Subsidiaritätsfragen beschäftigt. Die Entwicklung entsprechender Ansätze ist wohl auch ausserhalb seines Interessenbereichs; sein Anliegen ist die Analyse von Staat und Gesellschaft¹¹. In der öffentlichen Auseinandersetzung um Staatsaufgaben und Staatstätigkeit stehen nicht die bisher genannten Ansätze im Vordergrund. Hier erschallt vor allem die Stimme der Ökonomie. Diese mahnt unablässig, der Staat kümmere sich um zu vieles und behindere damit die private Initiative und die Funktionsfähigkeit des marktwirtschaftlichen Systems über Gebühr¹². Der Anspruch des Staates, sogenanntes Marktversagen zu korrigieren, sei im angepeilten Ausmass nicht einzulösen und münde in das Übel des Staatsversagens. Es drängt sich daher auf, sich auch mit der ökonomischen Sicht zu beschäftigen. Auch hier wähle ich Quellen aus, welche sich ausdrücklich auf das Subsidiaritätsprinzip beziehen.

7 HÖFFE, Tauschgerechtigkeit, S. 713 ff.

8 Siehe zu diesen Begriffen hinten Ziff. 2.5.3.1.

9 SPRENGER, 238 ff.

10 Zur Equity-Theorie siehe hinten Ziff. 2.5.7.

11 Vgl. DIRK BAECKER/GEORG STANITZEK (Hrsg.), Archimedes und wir: Interviews/Niklas Luhmann, Berlin 1987, S. 139 ff.

12 Vgl. etwa GERHARD SCHWARZ (Hrsg.), Wo Regeln bremsen ..., Zürich 1988.

Damit sind die wesentlichen Themenbereiche, Bezugs- und Ansatzpunkte markiert, welche dargestellt werden sollen. Ich beginne mit einer kurz gefassten Grundlegung (Ziff. 2.), welche die Auseinandersetzung mit den Zwecken, Zielen und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips ermöglicht. Der gewählte interdisziplinäre Ansatz¹³ ermöglicht es, ausserjuristische Überlegungen in die rechtlichen Erörterungen einfließen zu lassen und damit die Voraussetzungen zu schaffen, welche es erlauben, mindestens einen Teil gegenwärtiger (und künftiger) Kritiken an Staat und Recht, die aus andern Wissenschaftsbereichen erhoben werden, aufzufangen und ihnen entgegenzutreten. Mit Bezug auf diesen Teil werden besondere Lesehinweise gegeben (Ziff. 2.5.1.). Alsdann folgt die Darstellung von Zwecken, Zielen und Aufgaben der Eidgenossenschaft (Ziff. 3.). Diese Ausführungen sind sowohl summarisch als auch selektiv. Sie beschränken sich im wesentlichen auf die Bundesebene sowie auf die zuletzt totalrevidierten Verfassungen der Kantone Appenzell Ausserrhoden und Bern, welche das Subsidiaritätsprinzip in unterschiedlichem Ausmass ausdrücklich verankern. Zum Vergleich gehe ich auf das Subsidiaritätsprinzip in der Europäischen Union ein (Ziff. 4.). Vor diesem Hintergrund ist sodann nach der rechtlichen Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips in der Eidgenossenschaft zu fragen (Ziff. 5.). Mitbestimmend ist hier, ob und wieweit das Subsidiaritätsprinzip im geltenden Recht verankert sei. Weitere Ausführungen gelten der Frage nach der Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips im allgemeinen (Ziff. 6.) sowie der Konkretisierung anhand von vier ausgewählten Regelungsbereichen, nämlich der Berufsbildung, der Landwirtschaft, der Verwandtenunterstützung und der Kantonalbanken (Ziff. 7). Die Überlegungen enden mit einer Zusammenfassung und zugleich Thesen (Ziff. 8.).

13 Die Notwendigkeit einer interdisziplinären Betrachtung betont auch HABLITZEL, S. 33, der dort in Fussnote 129 im übrigen die wichtigste Literatur zum Subsidiaritätsprinzip nachweist.

2. *Grundlegung*

2.1. Übersicht und Hinweise

Beschäftigt man sich – entsprechend dem Auftrag des Schweizerischen Juristenvereins – mit Staatszweck und Staatsaufgaben, so treten mindestens zwei weitere Begriffe ins Blickfeld, nämlich die Begriffe Staatsziele und Kompetenzen. Diese Begriffe stehen nicht zusammenhanglos nebeneinander, sondern in einem bestimmten Verhältnis zueinander. Aufgrund der heutigen Literaturlage ist unklar, ob es sich um ein Verhältnis zunehmender Konkretisierung oder eher der Funktionsteilung handelt (Ziff. 2.2.). Aufgrund der Aufgabenstellung des Referats sind die Staatsaufgaben der Eidgenossenschaft ins Zentrum zu rücken. Im Sinne der Vorbereitung soll daher die Thematik der Staatsaufgaben gesondert und etwas ausführlicher dargelegt werden (Ziff. 2.3.). Sogleich anschliessend ist das Subsidiaritätsprinzip zu umreissen (Ziff. 2.4.). Es interessieren insbesondere seine Herkunft (Ziff. 2.4.1.) und sein Inhalt (Ziff. 2.4.2.). Einem interdisziplinären Ansatz folgend, besteht jetzt Anlass, Staatsaufgaben und Subsidiaritätsprinzip im Lichte einzelner Disziplinen zu skizzieren. Zunächst werden Lesehinweise gegeben (Ziff. 2.5.1). Sodann kommt als erstes die Sicht des Staatsrechts und der Staatslehre zur Sprache (Ziff. 2.5.2.), gefolgt von der Sicht der Sozialphilosophie (Ziff. 2.5.3.), der Politologie (Ziff. 2.5.4.), der (soziologischen) Systemtheorie (Ziff. 2.5.5.) und der Ökonomie (Ziff. 2.5.6.). In einer weiteren Ziffer wird angedeutet, dass sich noch weitere Disziplinen fruchtbar machen liessen (Ziff. 2.5.7.). Damit der interdisziplinäre Ansatz mehr ist als eine blosse intellektuelle Übung, müssen im Hinblick auf die spezifisch juristische Beurteilung des Subsidiaritätsprinzips Folgerungen gezogen werden (Ziff. 2.5.8.).

Nicht alles, was funktional unter dem Subsidiaritätsprinzip ganz oder teilweise abgehandelt werden könnte, wird auch so abgehandelt. Vielmehr gibt es eine Reihe von eigenständigen Ansätzen bzw. Kriterien, welche mindestens teilweise vergleichbare Funktionen erfüllen (Ziff. 2.6.). Gemeint sind Deregulierung (Ziff. 2.6.1.), Privatisierung (Ziff. 2.6.2.), New Public Management (Ziff. 2.6.3.), weiter Grundrechtsgarantien (Ziff. 2.6.4.), das Verhältnismässigkeitsprinzip und öffentliches Interesse (Ziff. 2.6.5.) sowie die föderale Staatsordnung (Ziff. 2.6.6.).

Man kann sich fragen, ob es methodisch zulässig sei, die Grundrechtsgarantien, das Verhältnismässigkeitsprinzip und den föderalen Staatsaufbau mit Deregulierung, Privatisierung und New Public Management auf die gleiche Gliederungsebene zu setzen. Man mag sich ebenfalls fragen, ob es korrekt sei, von funktionalen Teiläquivalenten zu sprechen. Meines Erachtens dürfen

beide Fragen bejaht werden. Deregulierung, Privatisierung und auch New Public Management stehen für weniger oder für effizientere Staatstätigkeit bzw. staatliche Regulierung. Dasselbe gilt für die Grundrechtsgarantien und das Verhältnismässigkeitsprinzip, die allerdings ihrerseits wieder rechtliche Beurteilungskriterien im Rahmen der Erörterung von Deregulierung, Privatisierung und New Public Management sind. Der föderale Staatsaufbau verwirklicht Anliegen des Subsidiaritätsprinzips, ist seine teilweise Umsetzung in die staatliche Wirklichkeit. Von funktionalen Teiläquivalenten zum Subsidiaritätsprinzip darf gesprochen werden, weil die genannten Ansätze bzw. Kriterien im Verhältnis zwischen Staat und Individuum bzw. zwischen verschiedenen staatlichen Ebenen in derselben Richtung wirken wie das Subsidiaritätsprinzip. Es geht stets darum, die Staatstätigkeit wirksam zu begrenzen.

2.2. Staatszwecke, Staatszielen, Staatsaufgaben, Staatskompetenzen

Das Verhältnis zwischen Staatszwecken, Staatszielen, Staatsaufgaben und Staatskompetenzen wird unterschiedlich dargestellt. Dabei werden vor allem die ersten drei Begriffe in Beziehung zueinander gesetzt.

Nach einer verbreiteten Auffassung steht die Begriffstrilogie Staatszwecke, Staatsziele und Staatsaufgaben in einem Verhältnis fortschreitender Konkretisierung¹⁴. Demgegenüber wird die meines Erachtens begründete These vertreten, die Staatszwecke stünden in keinem begriffslogisch näher bestimmabaren Verhältnis zu den verfassungsrechtlichen Staatszielen oder den Staatsaufgaben und ihrer Wahrnehmung. Es gibt danach keine in irgendeiner Weise verstehbare Kaskade. Staatszwecke, Staatsziele und Staatsaufgaben repräsentieren je verschiedene und zu unterscheidende Schichten von Rechtsgrundsätzen, welche alle je auf ihre eigene Weise Rechtsnormen betreffen. Es fehlt daher eine Rangordnung zwischen Staatszwecken, Staatszielen und Staatsaufgaben. Auch sind keine Prioritäten auszumachen. Nicht nur aus geistesgeschichtlichen Gründen und aus historisch gewachsener Differenz der entsprechenden Kontexte, sondern auch angesichts der methodologischen Grundlagen der Rechtswissenschaft sind Staatszwecke, Staatsziele und Staatsaufgaben nicht in ein systematisches Verhältnis zueinander zu bringen¹⁵.

14 Vgl. etwa LINK, S. 17 ff.; ähnlich WAHL, S. 29 ff.; RESS, S. 62; EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, S. 520 ff., ferner AUBERT, S. 80 ff. und S. 127 ff.

15 HEBEISEN, S. 134 f.

Die jeweils gewählten Begriffe lassen im übrigen keinen Schluss auf das zugrundeliegende Verständnis des Verhältnisses zwischen Staatszwecken, Staatszielen und Staatsaufgaben zu. Auch wer von einem Abfolgeverhältnis Zweck, Ziel und Aufgabe ausgeht, hält die Rangordnung nicht konsequent durch¹⁶. Die Begriffsverwendung weist nicht auf ein konsistentes theoretisches Konzept hin¹⁷.

Staatszwecke sind jedenfalls das Allgemeinste; sie erscheinen in der Staatslehre vorzüglich im Sinne von Letztbegründungen für staatliches Handeln¹⁸ und sind damit nicht Gegenstand positiver Regelung. Häufig ist die Rede von einer «klassischen Quadriga» von Staatszwecken. Diese umschliesst gemäss CHRISTOPH LINK¹⁹:

- die Verpflichtung auf das Gemeinwohl
- die Friedenssicherung nach innen und aussen
- die Wohlfahrt im weitesten Sinne sowie
- die Gewährleistung der individuellen und korporativen Freiheit.

Eine etwas abweichende, der Sache nach aber ähnliche Umschreibung gibt etwa ROMAN HERZOG. Bei ihm geht es um Gefahrenabwehr (Friedenssicherung), Schutz der inneren Sicherheit und des inneren Friedens (Gewaltmonopol und Gerichtswesen) sowie um Gesellschaftsgestaltung und Sozialstaatlichkeit²⁰.

Diese Staatszwecke stehen kaum in einer bestimmten Rangfolge. Im Konfliktfall ist Konkordanz anzustreben²¹.

Ziel- und Aufgabennormen werden neben den Staatszwecken gerne im Zusammenhang mit der Frage sozialer Grundrechte diskutiert. Dabei werden Sozialziele als Technik verwendet, keine individuellen verfassungsmässigen Rechte entstehen zu lassen und doch eine rechtlich relevante Verankerung zu ermöglichen²². Es ist dies auch der Weg, welchen der Vorentwurf 1996 für eine totalrevidierte Bundesverfassung geht²³.

Neben Staatszielen und Staatsaufgaben sind – jedenfalls im Bundesstaat – die Staatskompetenzen zu thematisieren. Sie sagen erst aus, welche staatsrechtliche Ebene sich mit einer ausgewiesenen Staatsaufgabe beschäftigen

16 HEBEISEN, S. 21.

17 HEBEISEN, S. 22.

18 Vgl. SCHULTZE-FIELITZ, S. 12; LINK, S. 10 f.

19 Vgl. LINK, S. 17 f.

20 Vgl. HERZOG, Rz. 7 ff.

21 So RESS, S. 110 f.; demgegenüber meint ROBERT ALEXY, es müsste eine Rangfolge gefunden werden (Votum, VVDStRL 48 [1990], S. 122 f.).

22 Vgl. HEBEISEN, S. 136.

23 Siehe hinten Ziff. 3.3.3.

dürfe bzw. sich damit zu beschäftigen habe²⁴. Dabei enthält die BV im Unterschied zum Bonner Grundgesetz für die Bundesebene ausführliche Aufgabenbennormen (Kompetenzbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge etc.)²⁵.

2.3. Staatsaufgaben im besonderen

2.3.1. Historischer Abriss

Das Thema der Staatsaufgaben kann auf unterschiedliche Weise angegangen werden, so insbesondere empirisch oder normativ, verfassungsunabhängig oder verfassungsbezogen, verfassungstheoretisch oder auch analytisch²⁶. Im übrigen beschäftigen sich mit dem Thema der Staatsaufgaben nicht nur Staatslehre und Staatsphilosophie, sondern auch zahlreiche ausserjuristische Disziplinen²⁷. Unter empirischen Aspekten interessiert an dieser Stelle natürlich ein kurzer historischer Abriss, angefangen mit dem Polizeistaat.

Der Polizeistaat, der sich in Europa im 16. bis 18. Jahrhundert herausbildete, bemühte sich vor allem um die Legitimation seiner Herrschaft. Es wird verdeutlicht, weshalb einheitliche Gebietskörperschaften erforderlich sind und worin diese bestehen. Der Polizeibegriff umschliesst einerseits die Aufgabengebiete des Staates, andererseits die Mittel ihrer Durchsetzung. Staatsaufgaben werden aus Staatszwecken abgeleitet bzw. durch diese legitimiert. Als Staatszwecke erscheinen Sicherheit, Wohlfahrt, Nützlichkeit und Glückseligkeit. Der Staat hat damit sehr weitgehende Zuständigkeiten, hat die Tendenz zur Allzuständigkeit. Dem Staat ist nicht nur das kollektive, sondern auch das individuelle Wohl aufgegeben. Dies wird an der im 18. Jahrhundert typischen Formel «gemeine Wohlfahrt und Sicherheit» deutlich²⁸.

Der bürgerliche Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts zieht sich aus der Sicherung der «gemeinen Wohlfahrt» zurück. Der Begriff Sicherheit schliesst jetzt die Wohlfahrt nicht mehr ein. Es kommt zur Trennung von Staat und Gesellschaft, welche in Kontinentaleuropa mit der Ausdifferenzierung von Privatrecht und öffentlichem Recht verbunden ist. Charakteristisch ist die Verrechtlichung der staatlichen Aktivitäten. Aufgabe des Staates ist die Gewährleistung von Freiheit und Eigentum. Dagegen hat der Staat nicht mehr für das Wohl der Bürgerschaft zu sorgen. Möglich wird dieses Konzept im Gefolge des Liberalismus, der auf die Koordinationsleistungen nicht-staatli-

24 Vgl. EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, S. 525; HEBEISEN, S. 150; WAHL, S. 31 f.

25 Vgl. WAHL, S. 32 und 34.

26 Vgl. SCHULZE-FIELITZ, S. 11; ERIKA MÜLLER, S. 2.

27 Vgl. dazu Ziff. 2.5; SCHULTZE-FIELITZ, S. 12.

28 Vgl. dazu KAUFMANN, S. 20 f.

cher Institutionen, namentlich des Marktes, setzt. Damit ist die Vorstellung verbunden, dass das Geflecht von privaten Interessen der gemeinsamen Wohlfahrt dienlicher sei als staatliche Vorsorge²⁹.

Die mit der Industrialisierung verbundenen sozialen Probleme führen spätestens seit der Mitte des 19. Jahrhunderts zur Überzeugung, dass der Staat sich auch im Bereich sozialer Anliegen engagieren muss. Ist dieses Engagement anfänglich punktuell, so weitet es sich im 20. Jahrhundert immer mehr aus. Und es setzt sich die Überzeugung durch, dass Sozialstaatlichkeit bzw. Sozialpolitik als Gewährleistung der sozialen Voraussetzungen der Verwirklichung grundrechtlicher Freiheit nötig ist. Meinungsverschiedenheiten bestehen nicht mehr über das Ob, sondern nur noch über das Wieviel. Damit etabliert sich das Konzept des sozialen Rechtsstaats. Es bedeutet dies allerdings keine Rückkehr zur Wohlfahrtsverantwortung des Polizeistaats. Im Unterschied dazu wird die strukturelle Verselbständigung der gesellschaftlichen Teilbereiche und die grundsätzlich unabhängige Rechtsstellung der in ihrem Kontext handelnden individuellen und kollektiven Akteure anerkannt. Das Anliegen ist jetzt (nur noch, aber immerhin), unerwünschte Folgen der gesellschaftlichen Selbststeuerung zu korrigieren und zu kompensieren. Im Gefolge der strukturellen Ausdifferenzierung der Gesellschaft, die mit einer (teilweisen) Auflösung oder Relativierung ehemaliger Sorgeverbände, wie insbesondere der (Gross-)Familie, einhergeht, fällt dem Staat die Aufgabe zu, soziale Teilhabemöglichkeiten für alle Menschen bereitzustellen. Dies geschieht weitgehend durch die Zuerkennung von sozialen Rechten. Die Implementation solcher Normen wird je länger je weniger als ausschliessliche Sache des Staates gesehen. Es treten vermehrt auch intermediäre Akteure auf, was die Trennung von Staat und Gesellschaft verwischt³⁰.

2.3.2 Neuster Trend

Der neuste Trend hebt sich vom Sozialstaat bzw. Wohlfahrtsstaat ab und geht in Richtung eines Steuerungsstaates, der mit einer Reihe von neuen Aufgaben verbunden ist. Zu nennen sind insbesondere:

- Schutz der natürlichen Ressourcen im Hinblick auf die Sicherung des ökologischen Systems, nicht mehr nur des Schutzes der Individuen
- Prävention vor den Gefahren und Risiken neuer Technologien, vor der Ausbreitung von Krankheiten und Kriminalität sowie
- vorausschauende Wirtschaftspolitik

29 Vgl. dazu KAUFMANN, S. 21 ff.

30 Vgl. KAUFMANN, S. 23 ff.

Dabei zeigt sich aber, dass die Steuerungsleistungen des Staates begrenzt sind und dass es der Entfaltung neuer Steuerungsmodelle bedarf, wobei in den Sozialwissenschaften vor allem an nicht-hoheitliche Steuerung gedacht wird. Da die Grenzen der Nationalstaaten mit Bezug auf eine zunehmende Zahl von Steuerungsbereichen überschritten werden, ergibt sich die Notwendigkeit überstaatlicher Steuerung³¹. Allerdings hört man auch Stimmen, welche dem Nationalstaat noch einiges zutrauen und ihn nach der Familie immer noch als die «erste Adresse bei der Gestaltung des Gemeinschaftslebens und der Lösung seiner Probleme betrachten»³².

Aus staatsrechtlicher Sicht sind Staatsaufgaben heute in engem Bezug zur jeweils geltenden Verfassung zu erörtern. Das schliesst freilich nicht aus, dass, insbesondere in rechtsvergleichender Perspektive, allgemeine Fragen aufgeworfen werden. So ist unter anderem von Interesse, ob es Konstanten in der Bestimmung und Erfüllung von Staatsaufgaben gebe oder ob man sich mit der allgemeinen Auskunft zu begnügen habe, der Staat sei potentiell allzuständig, schöpfe diese Potentialität aber nicht aus und vermöge sie auch gar nicht auszuschöpfen³³. Immerhin hören wir, dass sozusagen jeder Lebensbereich, der sich überhaupt menschlicher Einwirkung öffnet, auch schon Gegenstand staatlicher Tätigkeit gewesen sei³⁴.

2.3.3. Folgerungen

Bei allem Wechsel auf der Zeitachse scheint es einen Kern von Staatsaufgaben zu geben, der sich (jedenfalls in neuerer Zeit) durchzusetzen vermochte. Dazu gehören namentlich die Herstellung innerer und äusserer Sicherheit oder die Stabilisierung von Ordnung und Frieden. Institutionell geht es um Polizei, Verteidigung, Justiz, funktional um Rechtserzeugung und um Rechtsdurchsetzung³⁵. In einer anderen Umschreibung steht die Gewährleistung von Sicherheit nach innen und aussen, Gewährleistung von Freiheit und Gerechtigkeit und in grösserem oder kleinerem Ausmass um Wohlfahrtsförderung in Frage; das seien Kernaufgaben³⁶. Eine ähnliche Aufzählung von zwingenden staatlichen Aufgaben unter dem Aspekt der Bereitstellung öffentlicher Güter treffen wir in der Ökonomie³⁷. Mit

31 Vgl. KAUFMANN, S. 28 ff.; eindrücklich dazu SALADIN, Wozu noch Staaten?, S. 111 ff.

32 So ERNST FRIEDRICH JUNG, Europa – müde der Integration? Etikettierungen statt Antasten der nationalstaatlichen Substanz, Neue Zürcher Zeitung vom 3./4. Mai 1997, S. 85.

33 Vgl. etwa BULL, Staatsaufgaben, S. 4.

34 GRIMM, Bilanz, S. 771.

35 GRIMM, Bilanz, S. 772.

36 Vgl. STERN, S. 11.

37 Siehe WATRIN, Staatsaufgaben, S. 61 f.; DERS. Marktversagen, S. 4 ff. bes. S. 26 ff.

den genannten staatlichen Aufgaben verbunden ist das Gewaltmonopol. Dieses ist nach MAX WEBER denn auch konstitutiv für den Staat³⁸, mindestens verstanden als Monopol der Regulierung des Gewalteinsatzes³⁹. Auch in den Kernaufgaben kann es allerdings private Befugnisse geben. Genannt seien lediglich die Beteiligung von Privaten an polizeilichen Aufgaben, insbesondere im Bereich der Verkehrspolizei und des Strafvollzugs, sowie die private Schiedsgerichtsbarkeit. Entscheidend ist, dass der Staat die Regulierungs- und Kontrollbefugnis über alle, auch die privaten Aktivitäten in diesen Bereichen behält⁴⁰.

Staatsaufgaben sind mit Bezug auf ihre Einführung und Aufhebung das Ergebnis eines politischen Prozesses⁴¹, der überdies zirkulärer Natur ist⁴². Die Faktoren, welche ihn beeinflussen und in Gang halten, sind vielfältig, haben aber nicht zuletzt einen Zusammenhang mit der zunehmenden Komplexität der Gesellschaft. Kontinuität und Fortschreibung sind die Regel, Zäsuren und dramatische Veränderungen die Ausnahme⁴³. Bemerkenswert ist, dass repräsentative Demokratien mehr Staatsaufgaben hervorbringen als direkte Demokratien und Zentralstaaten mehr als Bundesstaaten. Weiter begünstigen progressive Steuersysteme das Aufgabenwachstum eher als proportionale⁴⁴. Andererseits fördern politische Kompromissstrukturen tendenziell das Wachstum von Staatsaufgaben, während konfrontative Strukturen mit Mehrheitsentscheidungen weniger Staatsaufgaben generieren⁴⁵.

Die neuen Staatsaufgaben, insbesondere im Bereich der Umweltpolitik, sind mit einer Veränderung des Instrumentariums verbunden. Gebote und Verbote treten zugunsten indirekt wirkender Steuerungsmittel (marktwirtschaftliche Instrumente wie Lenkungsabgaben) in den Hintergrund oder werden jedenfalls durch solche Instrumente ergänzt⁴⁶. Bei der Erfüllung der

38 WEBER, S. 17 ff., bes. S. 27.

39 GRIMM, Bilanz, S. 773; WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 696 f.

40 Siehe hinten Ziff. 2.6.2.

41 GRIMM, Bilanz, S. 773.

42 Vgl. GRIMM, Bilanz, S. 774.

43 GRIMM, Bilanz, S. 774.

44 Siehe GRIMM, Bilanz, S. 775; GEBHARD KIRCHGÄSSNER/WERNER W. POMMEREHNE, Die Entwicklung der öffentlichen Finanzen in föderativen Systemen, in: DIETER GRIMM (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994, S. 153 ff., 160 ff. und 172 f.

45 Vgl. GRIMM, Bilanz, S. 775; CAY FOLKERS, Politische Präferenzen und institutionelle Bedingungen der Interessenpolitik, in: DIETER GRIMM (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994, S. 141 ff.

46 Vgl. dazu etwa SUSSETTE BIBER-KLEMM, Staatliche Kontrolle und private Autonomie im betrieblichen Umweltschutz: Der Betriebsbeauftragte für Umweltschutz nach deutschem Recht und die Umwelt-Managements-Systeme und Audits. Ein Diskussionsbeitrag, URP 1997, S. 177 ff. mit Hinweisen.

sog. Kernaufgaben des Staates, ist man demgegenüber nach wie vor auf Gebote, Verbote und auf staatlichen Zwang angewiesen⁴⁷.

Auch die sozialstaatlichen Aufgaben werden prinzipiell nicht mit Geboten und Verboten, sondern mit Geld und geldwerten Leistungen erledigt. Staatalicher Zwang wird hingegen auf der Seite der Mittelbeschaffung eingesetzt⁴⁸. Auch bei der Erfüllung anderer Staatsaufgaben greift der Staat mit Vorliebe zum Medium Geld. Von zunehmender Bedeutung sind daneben Informationsmittel, welche auf eine Verhaltensänderung der Individuen abzielen. Informationen ersetzen mindestens teilweise Gebote und Verbote⁴⁹. Damit verbunden sind Verhandlungssysteme bzw. der Einsatz prozeduralen Rechts⁵⁰.

Sofern und soweit der Staat vom Einsatz von Zwang absieht, verzichtet er auf bzw. verliert er seine hierarchische Position und gebärdet sich als Partner von gesellschaftlichen Kräften, deren Verhalten er zu steuern sucht. Unter diesen Umständen haben auch die gesellschaftlichen Kräfte ein Interesse an der Zusammenarbeit mit dem Staat⁵¹.

Kooperatives Handeln stellt Probleme mit Bezug auf die rechtliche Einordnung; die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht wird zusehends fragwürdig. Darunter leidet auch die demokratische und rechtsstaatliche Legitimation dieser Aktivitäten⁵². Immerhin wird anerkannt, dass die kooperativen Steuerungsformen weitgehend funktionieren. Das erkläre sich daraus, dass der Staat im Verweigerungsfall hoheitlich auftreten könne⁵³.

Letztlich bleibt die Frage nach den Massstäben für Aufgabenentscheidungen und für die Aufgabenkritik⁵⁴. Diesbezüglich sind normative Überlegungen unverzichtbar⁵⁵. Von der Wissenschaft wird erwartet, dass sie sich zur Frage äussert, welche Aufgaben berechtigterweise oder unter Zweckmässigkeitsaspekten Gegenstand staatlicher Regelungen sein sollen und was den Individuen überlassen werden soll. Die Entwicklung von Grundsätzen kann nicht von der Legitimationsgrundlage absehen. Dabei kommt es nach heutigem Verständnis auf die Zustimmung bzw. Zustimmungsfähigkeit der Rechtssubjekte an⁵⁶. In der aktuellen Debatte stehen sich vor allem Bezug-

47 GRIMM, Bilanz, S. 777.

48 Vgl. GRIMM, Bilanz, S. 777.

49 Vgl. GRIMM, Bilanz, S. 778.

50 GRIMM, Bilanz, S. 778.

51 GRIMM, Bilanz, S. 780.

52 Vgl. GRIMM, Bilanz, S. 780.

53 Vgl. GRIMM, Bilanz, S. 782.

54 Einen eindrücklichen Beitrag leistet diesbezüglich SALADIN, Wozu noch Staaten?, S. 88 ff. und S. 121 ff.

55 Vgl. dazu etwa SCHMID, S. 127 ff.

56 Vgl. GRIMM, Bilanz, S. 783.

nahmen auf die Verteilungsgerechtigkeit und auf die Tauschgerechtigkeit gegenüber. Die Ergebnisse dieser beiden Legitimationsstrategien decken sich aber zum grossen Teil⁵⁷.

2.4. Subsidiaritätsprinzip

2.4.1. Herkunft

Der Sache nach ist das Subsidiaritätsprinzip ein altes Thema und geht mindestens bis auf ARISTOTELES zurück⁵⁸. Dessen Gesellschaftsverständnis beruht auf einer Trennung von Individuum, Gesellschaft und Staat. Die Selbständigkeit hat den Vorrang vor der Vereinheitlichung der Gesellschaft im Staat. Ziel der Gesellschaft ist das gute Leben des Menschen. Individuen und Gesellschaft haben Vorrang, der Staat nur subsidiäre Funktion⁵⁹.

Ausgeprägte Subsidiaritätsvorstellungen entwickelte sodann THOMAS VON AQUIN, der für seine Gesellschaftsauffassung eine enge Anlehnung an Aristoteles suchte. Auch er optiert für den Vorrang unterer gegenüber höheren Ebenen des Gemeinwesens⁶⁰.

Gedanken zur Subsidiarität finden wir weiter bei DANTE ALIGHIERI. Er entwirft im Anschluss an Aristoteles und THOMAS VON AQUIN den Gedanken des Staates als höchster Vollendung der Gemeinschaft. Sein Staat ist von unten nach oben gegliedert; und die einzelnen Ebenen sind mit eigenen Zuständigkeiten ausgestattet⁶¹.

Der Sache nach werden Subsidiaritätsgedanken im 16. und 17. Jahrhundert bei den Angehörigen der sogenannten Föderaltheologie, insbesondere bei JOHANNES ALTHUSIUS formuliert. Auf diesen Denker wird ideengeschichtlich namentlich das föderalistische Organisationsmodell zurückgeführt⁶².

Ausser diesen gesellschaftsphilosophischen hat das Subsidiaritätsprinzip auch staatstheoretische Ursprünge. Deutliche Subsidiaritätsvorstellungen entwickelt die liberale Staatstheorie⁶³. Sie sind mit der Ausprägung der Trennung von Staat und Gesellschaft im Laufe des 19. Jahrhunderts verbunden. In diesem Kontext steht das Subsidiaritätsdenken als freiheitssicherndes Abwehrprinzip der Bürger und der Gesellschaft gegenüber dem Staat im

57 Vgl. GRIMM, Bilanz, S. 784.

58 Vgl. PIEPER, S. 47.

59 Vgl. auch HÖFFE, Subsidiarität, S. 31 ff.

60 Vgl. PIEPER, S. 46.

61 Vgl. PIEPER, S. 47.

62 Vgl. PIEPER, S. 47 mit Hinweisen.

63 Siehe dazu bes. ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, S. 48 ff.

Vordergrund⁶⁴. Zu nennen sind Namen wie WILHELM VON HUMBOLDT⁶⁵ und ROBERT VON MOHL⁶⁶.

Seine eigentliche Blüte und Entfaltung erlebt der Subsidiaritätsgedanke in der katholischen Soziallehre. Dabei wird als zentrales Dokument die Enzyklika «Quadragesimo anno» von Papst Pius XI vom 15. Mai 1931 verortet⁶⁷. Die massgebenden Festlegungen stehen im Abschnitt über die «neue Gesellschaftsordnung», die sich mit der Aufgabenverteilung zwischen Staat und Gesellschaft sowie mit dem Individuum beschäftigt. Sie lauten⁶⁸:

«Es ist allerdings wahr, und die Geschichte beweist es zur Genüge, dass heute infolge der veränderten Verhältnisse vieles nur von grossen Verbänden geleistet werden kann, was in früheren Zeiten auch von kleineren bewältigt wurde. Trotzdem ist an jenem hochbedeutenden Grundsatz der Sozialphilosophie nicht zu rütteln, der keine Verschiebung und keine Abänderung duldet: Was von den einzelnen Menschen mit eigener Kraft und durch eigene Tätigkeit geleistet werden kann, darf ihnen nicht entrissen und der Gemeinschaft übertragen werden. Ebenso ist es eine Ungerechtigkeit und zugleich eine schwere Verletzung und Störung der rechten Ordnung, wenn Aufgaben, die von den kleinen und untergeordneten Gemeinschaften bewältigt und ausgeführt werden können, der höheren und übergeordneten Gesellschaft zugeschoben werden. Denn jede soziale Leistung soll ihrem Sinn und Wesen nach ein Dienst an den Gliedern des sozialen Körpers sein, niemals aber sie vernichten oder ganz aufsaugen.

Geschäfte und Angelegenheiten von untergeordneter Bedeutung also, durch die der Staat sonst grösstenteils von seiner eigentlichen Aufgabe abgelenkt würde, muss die oberste Gewalt den kleineren Gemeinwesen zur Erledigung überlassen. So wird sie selbst dann freier, energischer und erfolgreicher all das ausführen können, was sie allein angeht, weil einzig sie es zu leisten imstande ist: durch Leitung, Überwachung, Antrieb und Zügelung, wie es jeder einzelne Fall mit sich bringt und die Notwendigkeit es erfordert. Daher mögen die Machthaber davon wohl überzeugt sein: Je vollkommener gemäss diesem «subsidiären» Amtsprinzip die hierarchische Ordnung unter den verschiedenen Gesellschaften herrscht, umso besser wird es um die soziale Autorität und Wirksamkeit bestellt und umso glücklicher und blühender wird der Zustand des Staates sein.»

Das Subsidiaritätsprinzip der Enzyklika soll sich auf eine Textstelle aus dem Buch Exodus gründen (18, 18-22), wo Jetro Moses folgenden Rat gibt:

«Du reibst dich ja vollständig auf, dich selbst und das Volk, das bei dir ist; denn die Aufgabe überschreitet deine Kräfte, du kannst sie allein nicht bewältigen. Höre jetzt auf mich! Ich will dir einen Rat geben: ... Du aber suche dir aus allen Leuten tüchtige, gottesfürchtige und zuverlässige Männer aus, die der Bestechung nicht zugänglich sind, setze sie über jene als Vorsteher über je eintausend, über je einhundert, über je fünfzig und über je zehn! ... Nur alle wichtigen Sachen sollen sie vor dich bringen, alles Geringfügige aber sollen sie selbst entscheiden! Entlaste also dich selber und lass jene

64 Vgl. MERTEN, S. 90 f.

65 Vgl. ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, S. 50 ff.

66 Vgl. PIEPER, S. 49 ff.; ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, S. 58 ff.

67 Vgl. PIEPER, S. 33.

68 Zitiert nach: ANTON ROHRBASSER, Die Enzyklika über die gesellschaftliche Ordnung «Quadragesimo anno», neu übersetzt, Luzern 1945, S. 34 f., Rz. 79 f.

mit dir die Verantwortung tragen! Wenn du es so machst und auch Gott es dir so befiehlt, dann kannst du bestehen und auch dieses Volk wird befriedigt heimgehen»⁶⁹.

Es wäre verfehlt, die Ausprägung des Subsidiaritätsgedankens in der katholischen Soziallehre als spezifisch katholisch⁷⁰ oder auch nur spezifisch christlich zu betrachten. Dies ergibt sich vor allem auch daraus, dass das Subsidiaritätsprinzip innerhalb der katholischen Kirche gerade kein Gestaltungsprinzip ist. Es geht vielmehr um ein sozialphilosophisches Konzept⁷¹.

2.4.2. Inhalt

2.4.2.1. Suche nach Charakteristika

Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass das Subsidiaritätsprinzip in den einzelnen Entwicklungslinien unterschiedliche Ausprägungen erfahren hat. Es gibt also inhaltliche Unterschiede. Im folgenden soll keine umfassende und vollständige Übersicht über die Inhaltsumschreibungen geboten werden. Im Vordergrund steht die Herausarbeitung von Charakteristika, die sich auf das Verhältnis von Staat und Individuum beziehen. Es sollen aber auch jene Umschreibungen zur Sprache kommen, welche die einzelnen staatlichen Ebenen betreffen.

Es dürfte das Verständnis des Inhalts erleichtern, wenn wir an den Anfang der Ausführungen eine kurze, prägnante Formulierung stellen. Eine attraktive Offerte macht diesbezüglich LOTHAR SCHNEIDER; diese hat der Sache nach die Zustimmung keines Geringeren als OSWALD VON NELL-BREUNINGS gefunden⁷². SCHNEIDERS Kurzfassung lautet wie folgt⁷³:

- Was eine Person leisten kann, das darf ihr von der Gesellschaftstätigkeit nicht entzogen werden (Entzugsverbot).
- Was eine schwache Person nicht zu leisten in der Lage ist, das soll die Gesellschaftstätigkeit als Hilfe zur Selbsthilfe andienen (Hilfsgebot).
- Was eine erstarkte Person inzwischen selbst leisten kann, ist ihr seitens der Gesellschaftstätigkeit wieder zurückzuübertragen (subsidiäre Reduktion).

Anzumerken ist, dass die dritte Position in SCHNEIDERS Umschreibung eine meines Erachtens höchst bedeutungsvolle und attraktive Erweiterung des

69 Zit. bei SCHNEIDER, S. 19.

70 Vgl. LECHELER, S. 33.

71 Vgl. HAFEN, S. 129; HÖFFE, Subsidiarität, S. 24 f.

72 Siehe die von NELL-BREUNING verfasste Einführung in SCHNEIDERS Abhandlung, S. 9 ff.

73 SCHNEIDER, S. 143 f.; eine ähnliche Dreiteilung finden wir bei Roos, Spalte 1046, der das Entzugsverbot subsidiärer Kompetenz nennt und das Hilfsgebot subsidiäre Assistenz. Als dritten Begriff übernimmt er die subsidiäre Reduktion von SCHNEIDER.

Verständnisses des Subsidiaritätsprinzips bedeutet. Danach ist auf den im Zeitablauf unterschiedlichen Grad der Selbständigkeit der Individuen Rücksicht zu nehmen. Je nachdem muss sich der Staat um mehr oder weniger Angelegenheiten kümmern. Ist das Individuum in der Lage, Aufgaben, die der Staat erfüllt, wieder selber wahrzunehmen, so sind ihm diese zurückzübertragen (subsidiäre Reduktion)⁷⁴.

Eine für das Staatsrecht meines Erachtens attraktive Ausdifferenzierung des Subsidiaritätsprinzips verdanken wir OTFRIED HÖFFE. Laut diesem Autor enthält die Grundformel eine positive und eine negative Aussage⁷⁵. Die positive Aussage bestreitet die Ansicht, die Gesellschaft könne ein Eigenrecht haben. Die negative Aussage begrenzt alle Gesellschaftstätigkeit in deutlicher Weise. Es ist nicht zulässig, den Gliedern des Sozialkörpers die Selbständigkeit zu nehmen oder sie zu zerstören. Damit ist die Essenz aber noch nicht vollständig umrissen. Es geht nicht allein darum, das Individuum gegenüber der Gesellschaftstätigkeit bzw. der Staatstätigkeit zu schützen, sondern auch darum, es dort zu unterstützen, wo es der Unterstützung bedarf⁷⁶. Dabei kommt zunächst die kleinere Gemeinschaft und nur, wenn diese nicht kompetent ist, die größere, übergeordnete in Betracht. Ein weiteres Element besteht darin, dass übergeordnete Einheiten untergeordneten keine Kompetenzen entziehen dürfen. Darin liegt eine Parteinahme für unten und eine Minimalisierung der Kompetenz übergeordneter Instanzen. Die Subsidiarität verlangt von der jeweils höchsten Stufe grösste Zurückhaltung. Zuständigkeiten sollen nicht höher als nötig angesetzt werden. Dabei ist der Staat als höchste Einheit zu betrachten. Die Subsidiarität ist damit ein Prinzip, um sowohl die Aufgaben als auch die Kompetenzen des Staates zu begrenzen⁷⁷.

Damit das Subsidiaritätsprinzip überhaupt zum Zuge kommen kann, bedarf es in einer Gesellschaft hierarchisch (?) geordneter Sozialeinheiten. Dies ist nicht nur als Anwendungsvoraussetzung, sondern geradezu normativ zu verstehen, das Subsidiaritätsprinzip ruft nach intermediären Sozialeinheiten, wie insbesondere der Familie⁷⁸ oder ihren funktionalen Äquivalenten.

Das so umschriebene Subsidiaritätsprinzip trägt seine Anwendungsregeln nicht in sich selbst. Es vermag ohne weitere Konkretisierung erst eine Richtung anzugeben. Dabei ergibt sich allerdings, wie Höffe scharfsinnig aufgezeigt hat, ein immanentes Spannungsverhältnis, weil das Prinzip aus zwei Prioritätsregeln besteht, deren Forderungen sich widersprechen können.

74 SCHNEIDER, S. 143 f.

75 HÖFFE, Subsidiarität, S. 26.

76 Vgl. auch LECHELER, S. 36, der diesbezüglich von einem Solidaritätsgedanken spricht; ebenso HABLITZEL, S. 35 mit Hinweisen.

77 Vgl. HÖFFE, Subsidiarität, S. 27.

78 Vgl. HÖFFE, Subsidiarität, S. 27 f.

Es ist denkbar, dass sich die höhere gesellschaftliche oder staatliche Ebene aus der Sicht des Individuums mit einem Problem beschäftigen sollte, währenddem aus der Sicht dieser Ebenen eine Präferenz für die untere Ebene besteht. Alsdann stellt sich die Frage, welches Anliegen vorgehe. Höffe schlägt diesbezüglich eine dritte Regel (Metaregel) vor, wonach die Sicht des Individuums ausschlaggebend ist, so dass bei Kompetenzkonflikten zwischen höheren und niedereren Gemeinschaftsformen der Vorrang nicht grundsätzlich den niedereren gehört. Wo es dem Individuum besser dient, ist vielmehr die Kompetenz der höheren Ebene zuzusprechen⁷⁹.

Die vorstehende Ausdifferenzierung basiert zwar im wesentlichen auf der Umschreibung des Subsidiaritätsprinzips in der Enzyklika «Quadragesimo anno», darf aber eine allgemeine Vernünftigkeit für sich beanspruchen, die sogar kulturiübergreifend ist⁸⁰.

Aus staatstheoretischer Sicht ergibt das Subsidiaritätsprinzip Legitimationsgrundlagen für staatliche Aktivitäten. Der Staat hat Rechte nicht originär sondern nur subsidiär. Es stehen ihm Zwangskompetenzen nur deshalb zu, weil er Leistungen erbringt, welche die Möglichkeiten der Individuen übersteigen. Diese Rechte stehen ihm aber nur soweit zu, als die Individuen überfordert sind⁸¹.

Man kann sich fragen, ob das Subsidiaritätsprinzip nicht dem Demokratieprinzip widerspreche⁸². Danach entscheidet der Souverän, welche Aufgaben der Staat zu erfüllen habe. Das Subsidiaritätsprinzip scheint daneben nicht ohne weiteres Platz zu haben. Platz gibt es aber dann, wenn man dem Subsidiaritätsprinzip eine ähnliche Funktion zuspricht wie den Freiheitsrechten. Auch diese können gegen das Demokratieprinzip stehen und haben in diesem Falle gegenüber diesem den Vorrang. Das Subsidiaritätsprinzip seinerseits könnte allerdings nur dann den Vorrang beanspruchen, wenn es gleichermaßen wie Freiheitsrechte oder jedenfalls in einem minimalen Ausmass justizierbar wäre. Auf diesen Aspekt ist später zurückzukommen⁸³.

2.4.2.2. *Veranschaulichung*

Veranschaulichen wir das Subsidiaritätsprinzip etwa am Beispiel der Arbeitslosigkeit. Aus dem horizontalen Aspekt der Subsidiarität ergibt sich in dieser Situation eine Forderung an den arbeitslosen Menschen, Arbeit zu suchen bzw. sich erfolgreich auf die Arbeitssuche vorzubereiten, indem er die not-

79 Vgl. HÖFFE, Subsidiarität, S. 29 f.

80 Vgl. HÖFFE, Subsidiarität, S. 29; auch HÄBERLE, S. 298 ff.

81 Vgl. HÖFFE, Subsidiarität, 37 ff.

82 Vgl. HÖFFE, Subsidiarität, S. 40.

83 Siehe hinten Ziff. 5.7.

wendigen Fähigkeiten für eine nützliche Arbeitsleistung entwickelt. Soweit diese Eigenleistung nicht ausreicht, ruft das Subsidiaritätsprinzip nach gesellschaftlichen bzw. staatlichen Hilfsmassnahmen. Hingegen ist nicht verlangt, dass der Staat Aktivitäten aufnimmt, welche die Einzelnen selber wahrnehmen können. Andernfalls schafft er einerseits übertriebene Anreize für die Inanspruchnahme von Sozialhilfe und lähmt anderseits den Anreiz, Arbeit zu suchen bzw. sich für die Arbeitssuche zu qualifizieren⁸⁴.

Ebenso widerspricht es dem Subsidiaritätsprinzip, wenn der Staat Netze gegenseitiger sozialer Sicherungen, die bisher bestanden haben, etwa durch das Setzen negativer Anreize gefährdet. Als Beispiel seien hier die Familie bzw. ihre funktionalen Äquivalente und vor allem ihr Beitrag zur Versorgung der alten Generation genannt⁸⁵. Wenn der Staat beispielsweise prioritär Pflegeheime zur Verfügung stellt und die Kosten dafür stark subventioniert oder sogar völlig übernimmt, demgegenüber aber die Hauspflege (Spitex) nicht ebenfalls attraktiv ausgestaltet, so werden die Anreize für die (prinzipiell kostengünstigere) Alterspflege in der Familie und ihren funktionalen Äquivalenten zerstört^{86, 87}.

2.4.2.3. Rechtliche Deutung

Aus rechtlicher Sicht kann das Subsidiaritätsprinzip unterschiedlich gedeutet bzw. konzipiert werden. Interessant ist die Deutung als Kompetenzvermutung zugunsten der jeweils niedrigsten Entscheidungsebene bzw. als «Beweislastregel»⁸⁸. Danach bedarf die Notwendigkeit der Zuweisung einer bestimmten Kompetenz zu einer höheren Ebene des «Beweises». Dabei wird es sich allerdings nicht um einen Beweis im prozessualen Sinne handeln können. Vielmehr wird man sich mit Plausibilitäten begnügen müssen.

84 Vgl. BATTIGLIONE, S. 54 f.

85 BATTIGLIONE, S. 55.

86 Siehe dazu auch hinten Ziff. 7.4.3.

87 Siehe zur Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für die Sozialpolitik allgemein auch GENTILE, S. 71 ff.

88 HÖFFE, Subsidiarität, S. 35; Erwartungen in diesem Sinne hegt auch GROSSKETTLER (S. 86), wonach die Politiker dazu gebracht werden sollten, die Rückübertragung von Kompetenzen auf die «untere» Ebene klagbar zu machen.

2.4.3. Verbreitung des Subsidiaritätsprinzips

Das Subsidiaritätsprinzip ist primär ein christlich-abendländisches Thema. Und in der derzeitigen Staatstheorie ist es darüber hinaus schwergewichtig ein Thema des deutschsprachigen Raums⁸⁹. Subsidiaritätsgedanken sind der Sache nach aber auch in den USA anzutreffen. Sie werden dort über eine Spielart des Kommunitarismus vermittelt⁹⁰. Positivierungen auf Verfassungsstufe sind selten⁹¹.

Immerhin hören wir aus der Ethnologie, dass zwar nicht das Prinzip als solches aber wenigstens «funktionale Äquivalente» durch ethnografisches Material vermutlich belegt werden können. Die Menschen als Akteure und Mitglieder «kleiner» Gruppen seien im Alltag stets dabei, über die vom Staat getroffenen Entscheidungen zu verhandeln. Mit Hilfe von formellen Verbänden, informellen Koalitionen und zahlreichen Handlungsstrategien, die meistens aus dem eigenen, direkten bzw. mediatisierten Erfahrungsraum entsprangen, akzeptierten, beanstandeten und manipulierten die Akteure die staatlichen Bestimmungen und Massnahmen. Auf diese Weise würde der Staat sozusagen alltäglich «subsidiarisiert». Durch diese unterschiedlichen Verhandlungsinstrumente versuchen die Akteure den Zustand des «soviel Staat wie nötig, so wenig Staat wie möglich» zu verwirklichen⁹². Diese These wird mit vier Beispielen dokumentiert, nämlich mit dem inkaischen «Despotismus» und seiner lokalen Autonomie⁹³, der Zentralgewalt und «Dorfgemeinschaft» in Indien⁹⁴, im traditionellen politischen System Marokkos⁹⁵ sowie dem bürokratischen Rechtsstaat und den Klientelen in südeuropäischen Mittelmeergesellschaften⁹⁶.

89 Vgl. PIEPER, S. 61. So ist es beispielsweise in Frankreich wenig bedeutsam: JEAN-PIERRE PUISSOCHE, La subsidiarité en droit Français, in: KNUT W. NÖRR/THOMAS OPPERMANN (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit – Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa, Tübingen 1997, S. 105 ff.

90 Siehe GRESS, S. 163 ff.; vgl. auch VANBERG, S. 256 ff.

91 Siehe dazu hinten Ziff. 4.2 und 5.2.

92 Vgl. GIORDANO, S. 137 f.

93 GIORDANO, S. 138 ff.

94 GIORDANO, S. 144 ff.

95 GIORDANO, S. 149 ff.

96 GIORDANO, S. 152 ff.

2.4.4. Konkretisierungsbedürftigkeit und Konkretisierungsfähigkeit

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass das Subsidiaritätsprinzip ein sehr allgemeines, offenes Prinzip ist. Es bedarf der Konkretisierung, und es ist – umgekehrt betrachtet – auch sehr weitgehend konkretisierungsfähig. Dabei ist jedenfalls die Wirkungsrichtung angegeben. Man kann das Subsidiaritätsprinzip als Zuständigkeitsvermutung nach unten bzw. als Handlungsgebot der adäquaten Ebene umschreiben. Von einem gegebenen Zustand aus sind demzufolge Verschiebungen von Kompetenzen nach unten nicht begründungspflichtig, während solche nach oben der Begründung bedürfen.

Die Konkretisierungsbedürftigkeit und Konkretisierungsfähigkeit erfordert es, eine konsistente Begründungslinie zu entwickeln. Dafür scheinen weder spontane Konsense, noch spontane Intuitionen verfügbar zu sein. Diese Annahme drängt sich allein schon dann auf, wenn man die vielstimmige und kontroverse Debatte über die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips in Artikel 3b des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) analysiert. Darin ist Widersprüchliches vorgetragen worden⁹⁷.

Insbesondere ist offen, welchen Legitimationswert das Subsidiaritätsprinzip im politischen Diskurs habe⁹⁸.

2.5. Staatsaufgaben und Subsidiaritätsprinzip im Licht einzelner Disziplinen

2.5.1. Lesehinweise

Die an interdisziplinären Fragen weniger interessierten Leserinnen und Leser können die Ziffern 2.5.3. bis 2.5.7. überspringen oder sich nur mit einzelnen dieser Ziffern beschäftigen. Die Ausführungen in den einzelnen Ziffern sind nicht systematisch, sondern nur punktuell vernetzt, so dass jede Ziffer für sich allein verständlich ist. Es ist auch keine die Voraussetzung für das Verständnis der anderen.

Begriffe, die für den Kontext wichtig und die nach meiner Einschätzung nicht allgemein bekannt sind, werden jeweils bei der ersten Nennung erläutert.

In den Ziffern 2.5.2. bis 2.5.7. stelle ich im Interesse der leichteren Lesbarkeit die Auffassung der einzelnen Autoren in direkter Rede und nicht

97 Vgl. HÖFFE, Subsidiarität, S. 23 f.; vgl. auch BRUHA, S. 373 ff.; siehe im übrigen hinten Ziff. 4.3.

98 Vgl. zu dieser Thematik im weiteren etwa HÄBERLE, S. 302 ff.; BRUHA, S. 376 ff.; BRUNNER, S. 13 ff.

in indirekter Rede dar. Die direkte Rede bedeutet also nicht, dass meine eigene Meinung erläutert wird. Eigene Stellungnahmen sind als solche gekennzeichnet.

Auch wer die Ziffern 2.5.2. bis 2.5.7. überspringt, sollte in jedem Falle die Folgerungen in Ziffer. 2.5.8. lesen.

2.5.2. Staatsrecht und Staatslehre

2.5.2.1. Literaturlage im allgemeinen

Die schweizerische Staatsrechtslehre ist zur Thematik von Staatsaufgaben und Subsidiaritätsprinzip wenig ergiebig, wenn man allgemeine Fragen ins Zentrum rückt. Am ehesten ist hier auf die Allgemeine Staatslehre von THOMAS FLEINER⁹⁹ sowie auf seinen Beitrag über Kriterien für die Aufgabenverteilung von Staat und Gesellschaft¹⁰⁰ zu verweisen sowie auf die Studie von WALTER M. HEBEISEN zu Staatszweck, Staatszielen und Staatsaufgaben¹⁰¹. Die Schweizer Literatur beschäftigt sich schwergewichtig mit der Stellung des Subsidiaritätsprinzips im Wirtschaftsverfassungsrecht und im Föderalismus. Sie soll später dargestellt werden¹⁰².

Einmal mehr besteht Veranlassung, den Blick in die deutsche Literatur schweifen zu lassen. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass die Ausführungen, auch wenn sie allgemein gehalten sind, durch das Bonner Grundgesetz beeinflusst und daher entsprechend zu deuten sind.

Vertiefte Ausführungen zum Subsidiaritätsprinzip sind auch in Deutschland nicht in der Lehrbuchliteratur zu finden. Erwähnenswert ist diesbezüglich immerhin die Allgemeine Staatslehre von REINHOLD ZIPPELIUS, der sich für die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips ausspricht¹⁰³. Er versteht diesen Grundsatz als allgemeines Strukturprinzip, das nicht nur im Verhältnis zwischen staatlichen Ebenen gilt (Föderalismus), sondern auch im Verhältnis zwischen Staat und Individuum¹⁰⁴. Ein gutes Beispiel für die Verwirklichung des Subsidiaritätsanliegens sieht ZIPPELIUS in der Schweiz¹⁰⁵.

99 FLEINER-GERSTER, Staatslehre, S. 421 ff.

100 FLEINER-GERSTER, Aufgabenverteilung, S. 31 ff.

101 HEBEISEN, S. 65 ff.

102 Hinten Ziff. 5.6.3. und 5.6.4.

103 ZIPPELIUS, S. 223.

104 ZIPPELIUS, S. 119 und 188 ff.

105 ZIPPELIUS, S. 223.

2.5.2.2. *Subsidiaritätsdenken bei JOSEF ISENSEE*

Einer der Hauptverfechter, wenn nicht der Hauptverfechter überhaupt einer Verbindung von Staatsrecht, Staatslehre und Subsidiaritätsprinzip ist Josef Isensee¹⁰⁶. Eine prägnante Formulierung seines Verständnisses, das er im wesentlichen bereits in seiner Dissertation von 1968¹⁰⁷ erarbeitet hat, präsentiert er in seinem Beitrag «Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat»¹⁰⁸.

Eine erste für das Subsidiaritätsprinzip bedeutungsvolle Unterscheidung ist jene in öffentliche Aufgaben und Staatsaufgaben. Tätigkeitsbereiche, die den öffentlichen Interessen entsprechen, sind öffentliche Aufgaben. Sie können entweder von staatlichen oder gesellschaftlichen Trägern wahrgenommen werden. Sie sind also nicht prinzipiell dem Staat vorbehalten. Es würden sich nicht einmal alle öffentlichen Aufgaben für die staatliche Wahrnehmung eignen, so etwa nicht jene von Presse und Rundfunk¹⁰⁹.

Staatliche Aufgaben machen einen Teil der öffentlichen Aufgaben aus. Umgekehrt gewendet lässt sich sagen, dass eine öffentliche Aufgabe zur staatlichen Aufgabe wird, wenn der Staat sie in den Formen des Rechts erfüllt. Dabei lassen sich unterschiedliche Formen des Engagements unterscheiden. ISENSEE nennt fünf Stufen¹¹⁰:

1. die vollständige Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe selbst durch die Staatsverwaltung. Beispiele sind die militärische Landesverteidigung und die polizeiliche Gefahrenabwehr.
2. die Teilnahme des Staates an der Aufgabenerfüllung in Zusammenarbeit mit Organisationen oder in Konkurrenz zu ihnen. Hier geht es beispielsweise um Einrichtungen der Sozial- und Jugendhilfe, der Daseinsvorsorge und der politischen Bildung.
3. die Steuerung der Tätigkeit Privater durch Interventionen. Zu nennen sind etwa die Wirtschaftslenkung, die Gewährung von Subventionen, die influenzierende Planung, etwa im Spitalbereich.
4. die Schaffung und Durchsetzung der rechtlichen Rahmenordnung mit den Mitteln des allgemeinen Gesetzes. Dabei steht die klassische rechtsstaatliche Lösung für die private Gemeinwohlverwirklichung auf der Grundlage grundrechtlicher Freiheit im Vordergrund.

106 Vgl. in zustimmendem Sinn etwa RUPP, Rz. 51 ff., der vor allem darauf hinweist, das Subsidiaritätsprinzip sei geeignet, offene Flanken des Grundrechtsschutzes abzudecken (Rz. 52).

107 ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip.

108 ISENSEE, Gemeinwohl, S. 1 ff.; weitere Befürworter sind etwa: GÜNTER DÜRIG, in: MAUNZ/DÜRIG, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1, Rz. 52; HÄBERLE, S. 267 ff.

109 ISENSEE, Gemeinwohl, Rz 136.

110 ISENSEE, Gemeinwohl, Rz. 139.

5. die Anregung und Förderung privater Tätigkeit in Bereichen, die für das Gemeinwohl bedeutungsvoll sind, die sich aber der staatlichen Regellungs- und Organisationsmacht entziehen. Gemeint sind hier die Steuervergünstigung und die finanzielle Förderung privater gemeinnütziger Träger, welche die religiösen, sittlichen, kulturellen und intellektuellen Lebensgrundlagen des Gemeinwesens beeinflussen können, weil sie, anders als der Staat, an der grundrechtlichen Freiheit teilhaben und nicht den grundrechtlichen Neutralitätspflichten unterliegen.

An Rechts- und Erkenntnisquellen für Staatsaufgaben nennt ISENSEE vorab das Grundgesetz, das aber keine umfassende Kodifikation der Staatsaufgaben enthält. Im übrigen sind auch die Grundrechte Staatsaufgabe¹¹¹. Es bedarf der staatlichen Schaffung der rechtlichen, sozialen und bildungsmässigen Voraussetzungen für den Schutz der Grundrechte gegen private Übergriffe sowie schliesslich der Bereitstellung von Verfahren für die Grundrechtsdurchsetzung. Ein umfassenderes Bild als das Grundgesetz vermitteln die Gesetze, welche Aufgaben normieren oder Organisation und Verfahren regeln¹¹².

Eine weitere Einteilung, die für das Subsidiaritätsdenken bedeutungsvoll ist, sondert in ausschliessliche und konkurrierende Staatsaufgaben. Dabei ist nicht das bundesstaatliche Verhältnis gemeint, sondern im Anschluss an GEORG JELLINEK die Einteilung in «zwei grosse Abteilungen», nämlich in Tätigkeiten, die dem Staat ausschliesslich zukommen, und in solche, «mit welchen er nur ordnend, unterstützend, fördernd oder abwehrend zu individuellen oder sozialen Lebensäusserungen» hinzutritt¹¹³. Konkurrierende Staatsaufgaben trifft man beispielsweise in der staatlichen Bildungs-, Kultur- und Wirtschaftsförderung, der Schule und der Daseinsvorsorge. Ausschliesslich sind Staatsaufgaben, deren Erfüllung wesentlich und notwendig durch den Einsatz der dem Staat vorbehaltenen Mittel des physischen Zwangs geprägt wird. Angesprochen sind insbesondere die Justiz und die Zwangsvollstreckung, die Polizei und das Militär. Ebenfalls zu den ausschliesslichen Staatsaufgaben gehören Aktivitätsbereiche, die aufgrund des heutigen gesellschaftlichen Kontextes notwendigerweise der einheitlichen Regelung bedürfen, so etwa die Währungshoheit und das öffentliche Beurkundungswesen¹¹⁴.

Eine weitere Einteilung lautet auf obligatorische und fakultative Staatsaufgaben. Die obligatorischen decken sich weitgehend mit den ausschliesslichen. Dazu gehören etwa die Bereitstellung und Durchsetzung einer Rechtsordnung und der Schutz der Grundrechte sowie die Erschliessung des

111 Vgl. dazu auch STERN, S. 21 f.

112 ISENSEE, Gemeinwohl, Rz. 149.

113 JELLINEK, S. 255.

114 ISENSEE, Gemeinwohl, Rz. 150 f.

Staatsgebietes durch Verkehrswege und Kommunikationsmittel. Demgegenüber zählt etwa die Kulturpflege mindestens teilweise noch zu den fakultativen Staatsaufgaben¹¹⁵.

Aufgrund der vorangehenden Kategorisierungen steht noch nicht fest, welche Aufgaben der Verfassungsstaat insgesamt erfüllt bzw. erfüllen muss. Hierzu bedarf es weiterer Überlegungen. Ausgangspunkt ist die Allzuständigkeit¹¹⁶. Der Staat ist danach legitimiert, seinen eigenen Wirkungskreis zu definieren und seine Aufgaben selbst zu wählen (Kompetenz-Kompetenz). Kein Lebensbereich ist im vornehmerein dagegen immun, möglicher Gegenstand staatlicher Tätigkeit zu werden. Das gilt auch für die grundrechtlich abgeschirmten Räume des Privatbereichs. Auch sie befinden sich innerhalb der staatlichen Rechtsordnung. Im Streitfall hat der Staat den gerichtlichen, im Falle der Gefahr den polizeilichen Schutz zu bieten. Besonders potent wird der Staat im Falle der Not und Gefahr. Zur Selbstverteidigung kann er auch sehr weitgehende Grundrechtsbeschränkungen einführen, so etwa den Konsum beschränken und bei bedrohlichen Seuchen die individuelle Hygiene vorschreiben¹¹⁷.

Die Allzuständigkeit bedarf im Verfassungsstaat aber der Einschränkung. Die Allzuständigkeit besteht nur virtuell, nur säkular, nur im Rahmen staatlicher Organisierbarkeit und nur subsidiär¹¹⁸.

Die volle Ausschöpfung seiner Allzuständigkeit würde den Staat zu einem totalen, zu einem totalitären machen. Der Verfassungsstaat ist aber notwendigerweise ein sektoraler Staat. Er darf nicht das ganze Potential von Kompetenzen und Befugnissen aktualisieren, weil er sonst den Individuen und den gesellschaftlichen Gruppen alle Räume zu grundrechtsautonomer Gemeinwohlverwirklichung verschliessen würde. Ganz allgemein setzen Grundrechte der Entfaltung der Allzuständigkeit Schranken¹¹⁹. Die Verfassung schützt gegen Bestrebungen seitens des Staates, ohne sachliche Rechtfertigung aus Erfordernissen des Gemeinwohls seine Allzuständigkeit umfassend auszunützen und seinen Wirkungskreis auszuweiten. Allerdings weiss man, dass der Staat nicht ohne weiteres dagegen gefeit ist, gewissen Gruppenanliegen nachzugeben¹²⁰. Die Usurpation des Staates durch Gruppeninteressen ist vor allem Forschungsgegenstand der Neuen Politischen Ökonomie¹²¹.

115 ISENSEE, Gemeinwohl, Rz. 152 f.

116 Vgl. zum Ganzen namentlich auch SCHMID, S. 124 ff.

117 ISENSEE, Gemeinwohl, Rz. 156.

118 ISENSEE, Gemeinwohl, Rz. 157.

119 WAHL, S. 36 ff.; STERN, S. 20 ff.

120 ISENSEE, Gemeinwohl, Rz. 158 ff.

121 Vgl. etwa SCHÜLLER, S. 71 ff.

Die virtuelle Allzuständigkeit des Staates beschränkt sich auf den weltlichen, säkularen Bereich. Der Staat darf im Kampf um letzte Wahrheiten nicht Partei ergreifen, weil er sich andernfalls mit einer bestimmten Gruppierung identifizieren würde, was dem pluralistischen Verständnis zuwiderlaufen würde. Er darf sich daher mit keiner Religion und keiner Weltdeutung identifizieren¹²².

Die virtuelle Allzuständigkeit des Staates findet sodann eine Grenze, wo staatlicher Zugriff versagt, wo es etwa darum geht, Sittlichkeit, Kunst, Wissenschaft oder menschlichen Nachwuchs zu bewirken. Organisierbar ist nur das äussere Verhalten, nicht Subjektivität und moralische Gesinnung, auch nicht wirtschaftliche Vernunft oder politische Moral, nicht-wissenschaftliche Errungenschaften oder künstlerische Kreativität. Hingegen kann der Staat in diesen Bereichen Förderungsmassnahmen treffen und die äusseren Bedingungen des physischen und geistigen Lebens so beeinflussen, dass ein fruchtbare Nährboden für die genannten Lebensäusserungen entsteht¹²³.

Der Gedanke, dass staatliche Aktivitäten subsidiär sein sollen, erhält starke Nahrung aus der liberalen Staatslehre von ROBERT VON MOHL und GEORG JELLINEK. Sie entfalten den Leitgedanken, dass die individuelle wie die gesellschaftliche Freiheit durch Schranken der Staatstätigkeit zu schützen sind. Zwar sollen nicht die möglichen Staatsziele und Staatsaufgaben als solche beschränkt werden, aber deren Aktualisierung. Die aktuelle Staatstätigkeit kann und muss im Bereich der konkurrierenden Staatsaufgaben nur soweit einsetzen, als «die freie individuelle oder genossenschaftliche Tat unvermögend ist, den vorgesetzten Zweck zu erreichen», und «sofern der Staat mit seinen Mitteln das betreffende Interesse in besserer Weise zu fördern vermag»¹²⁴.

Dieses liberale Verständnis des Subsidiaritätsprinzips findet in der ersten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts eine Entsprechung in der katholischen Soziallehre, nämlich in der Enzyklika «Quadragesimo anno»¹²⁵.

Das Subsidiaritätsprinzip ist Ausdruck des liberalen Konzepts dezentraler Verwirklichung des Gemeinwohls im Bereich der konkurrierenden Staatsaufgaben. Hier kommt den Individuen und gesellschaftlichen Verbänden der Vorrang in der Wahrnehmung zu, wenn und soweit sie fähig sind, den einschlägigen öffentlichen Interessen zu genügen. Mit andern Worten gehört die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private zur grundrechtlichen Freiheit. Diese ist legitimatorisch stärker als die Legitimation des Staates. Das Subsidiaritätsprinzip ist auch ein Gebot der Rationalität. Danach soll der Staat

122 ISENSEE, Gemeinwohl, Rz. 161.

123 ISENSEE, Gemeinwohl, Rz. 163 f..

124 JELLINEK, S. 259.

125 Vgl. Ziff. 2.4.1.

seine sachlichen und persönlichen Mittel nur für solche Aufgaben einsetzen, denen die private Initiative nicht zu genügen vermag¹²⁶.

ISENSEE betont, seinem Subsidiaritätsverständnis liege nicht der Liberalismus der ersten Stunde zugrunde, sondern der für aktuelle Gemeinwohlbelange geöffnete Liberalismus, der vor allem eine Anreicherung im Einzugsbereich des sozialen Staatsziels erfahre. Die Sozialstaatsklausel gibt danach aber kein Monopol für staatliche Sozialaktivitäten. Angesichts der grundrechtlichen Absicherung erreicht der Subsidiaritätsgrundsatz den praktischen Ausgleich zwischen dem liberalen und dem sozialen Ziel dadurch, dass sozialstaatliche Aktivitäten erst Platz greifen, wo die gesellschaftliche Selbstregulierung die Anliegen sozialer Gerechtigkeit nicht in hinreichendem Mass erfüllen und die Ergebnisse der staatlichen Marktprozesse der Korrektur bedürfen¹²⁷. Vorrang haben danach freie Träger sozialer Dienste wie etwa die Kirchen mit ihren karitativen Einrichtungen. ISENSEE meint, damit erledige sich der Einwand gegen das Subsidiaritätsprinzip, der in der Literatur vor allem von BULL erhoben wird und der dahingehend lautet, der Staat müsse sich heute auch um Daseinsvorsorge kümmern, weil der Markt soziale Ungleichheiten erzeuge¹²⁸. Sozialstaatliche Organisations- und Finanzhilfe soll gerade das Überleben gesellschaftlicher Initiative ermöglichen. Daneben bleibt der subsidiäre Sozialstaat virtuell umfassend gegenwärtig als Garant innergesellschaftlicher Toleranz und innergesellschaftlicher Sicherheit gegenüber Notlagen, unerwünschten sozialen Abhängigkeiten und privaten Übergriffen¹²⁹.

In die gleiche Richtung wie das Subsidiaritätsprinzip wirkt der Grundrechtsschutz, nämlich als Abschirmung gegen übermässige staatliche Einwirkung. Dabei wird die Gemeinwohlpotenz der Individuen in differenzierter Weise geschützt, je nach der Staatsoffenheit oder Geschlossenheit des jeweiligen grundrechtlichen Schutzbereichs und der Schrankenordnung. So ist der grundrechtliche Kompetenzschutz beispielsweise im Bereich des Elternrechts anders ausgestaltet als im Bereich der Schule¹³⁰. Der Grundrechtsschutz vermag den durch das Subsidiaritätsprinzip vermittelten Schutz aber nicht voll in sich aufzunehmen. Die Frage nach der Verhältnismässigkeit von Grundrechtsbeschränkungen (Übermassverbot) misst die Mittel nur am vorgegebenen Ziel, stellt aber das Ziel als solches nicht kategorisch in Frage. Dieser Schutz wirkt sich dahingehend aus, dass bei Wegfall des Rechtfertigungsgrundes für eine Staatstätigkeit grundsätzlich die Privatisierung bzw.

126 ISENSEE, Gemeinwohl, Rz. 166 f.

127 ISENSEE, Gemeinwohl, Rz. 168.

128 Siehe dazu sogleich Ziff. 2.5.2.3.

129 ISENSEE, Gemeinwohl, Rz. 169 f.

130 ISENSEE, Gemeinwohl, Rz. 170.

die Deregulierung und die Freigabe der Materie an die gesellschaftliche Selbstregulierung geboten ist¹³¹. Diese Forderung ergibt sich auch aus der Formulierung des Subsidiaritätsprinzips von LOTHAR SCHNEIDER, welcher diesen Aspekt «subsidiäre Reduktion» nennt¹³².

Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private rechtfertigt staatliche Förderungsmassnahmen, wobei die Leistungen an die Gewähr für die tatsächliche Erfüllung des öffentlichen Interesses geknüpft werden können¹³³.

Die Grundrechte bieten nicht nur Schutz gegen den Entzug öffentlicher Aufgaben, sondern auch gegen das zwangsweise Auferlegen öffentlicher Aufgaben. Die verfassungsrechtliche Grundnorm lautet dahin, dass der Staat seine ausschliesslichen wie konkurrierenden Aufgaben mit seinen eigenen organisatorischen Mitteln und gegebenenfalls über Beleihungen wahrnimmt und über Steuern finanziert¹³⁴.

Starke Unterstützung erhält die Sicht von JOSEF ISENSEE neuestens von THOMAS OPPERMANN¹³⁵. Dieser Autor hält dafür, mit der Verankerung des Subsidiaritätsprinzips in Artikel 23 des Bonner Grundgesetzes für das Verhältnis zur Europäischen Union sei die Verfassungsqualität dieses, in mehreren Artikeln des GG angelegten Prinzips nun auch für den Bundesstaat Deutschland (implizit) klar anerkannt worden¹³⁶. Nicht so weit geht demgegenüber FRANZ KNÖPFLE, der meint, das Subsidiaritätsprinzip sei seinem Programmsatz oder einer Staatszielbestimmung gleichzusetzen¹³⁷.

2.5.2.3. *Die Stimme der Kritiker: HANS PETER BULL*

Es ist allerdings keine durchwegs gehegte Annahme, dass das Subsidiaritätsprinzip im Staatsrecht eingeschlossen, immanent sei. Vielmehr gibt es auch kritische bis ablehnende Stimmen. Eine der prominentesten ist diejenige von HANS PETER BULL. Seine Überlegungen und Einwände lassen sich wie folgt resümieren¹³⁸:

In der heutigen hochtechnisierten Gesellschaft gilt für alle wesentlichen Aufgaben die Vermutung dafür, dass die grössere Einheit es besser macht als

131 ISENSEE, *Gemeinwohl*, Rz. 171.

132 SCHNEIDER, S. 35 ff.

133 ISENSEE, *Gemeinwohl*, Rz. 173.

134 ISENSEE, *Gemeinwohl*, Rz. 174 ff.

135 OPPERMANN, S. 569 ff.

136 OPPERMANN, S. 570 ff.

137 KNÖPFLE, S. 168 f.

138 BULL, *Staatsaufgaben*, S. 190 ff., § 12: Das Subsidiaritätsprinzip als generelle Beschränkung des staatlichen Aufgabenbereichs; kritisch weiter auch etwa HEBEISEN, S. 65 f.; SCHULZE-FIELITZ, S. 36, wo auch auf Einwände aus der Systemtheorie hingewiesen wird; EICHENBERGER, *Staatsaufgaben*, S. 123.

die kleine, weil sie über mehr Mittel verfügt und die Teilaufgaben besser verteilen kann. Sie kann die Aufgaben effektiver und rationeller erfüllen. Die «Redistribution» der Aufgaben durch die grössere Einheit kann auf dem Wege der Dezentralisation oder Dekonzentration oder auch der inneren Geschäftsverteilung erfolgen¹³⁹. Diese Bedenken müssten zurücktreten, wenn man davon ausgehen könnte, dass das Subsidiaritätsprinzip um den Schutz der Freiheit willen unentbehrlich wäre. Dies ist nach BULL aber nicht gewiss. Es ist denkbar, dass in kleineren Einheiten individuelle Anliegen vernachlässigt und Minderheiten vergewaltigt werden. Immerhin sei zutreffend, dass das Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis des einzelnen zu allen in übergeordneten Gemeinschaften «freiheitsfördernd» wirken könne. Unter diesem Gesichtspunkt sei eine Qualifizierung als Rechtsprinzip diskutierbar. Mehr als fraglich ist laut BULL aber, ob die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips zu grösserer sozialer Gerechtigkeit führt als die Inpflichtnahme des Staates für dieses Ziel. Der Autor misstraut auch dem Subsidiaritätsprinzip als Leitsatz der staatlichen Wirtschaftspolitik. Es ist zur politischen Waffe eingesetzt worden. Insgesamt sei das Subsidiaritätsprinzip, auch in seiner «elastischeren» Form, zu starr und zu schematisch für die durchgehende Verteilung der Aufgaben zwischen privaten und gesellschaftlichen Institutionen sowie dem Staat¹⁴⁰. Einleuchtend ist aus dem Themenkreis Subsidiarität vor allem das Postulat, der Willensbildungsprozess müsse von «unten» nach «oben» offen gestaltet werden. Dafür sind Zwischeninstanzen hilfreich, die zwar gewisse eigene Aufgaben haben müssen, aber nicht von den anderen Ebenen isoliert sein dürfen¹⁴¹.

Mit Bezug auf die spezifisch bundesdeutsche Situation ist BULL der Meinung, das Grundgesetz verankere oder impliziere das Subsidiaritätsprinzip nicht, insbesondere sei die Analogie zum föderalen Aufbau der Bundesrepublik nicht gegeben¹⁴². Hingegen räumt er ein, dass aus Grundrechten gewisse Subsidiaritätsgedanken ableitbar sind, so etwa aus Artikel 6 Absatz 1 bis 3 GG, wo die Familie vor äusseren Einflüssen abgeschirmt wird, sowie aus Artikel 9 Absatz 1 GG, welcher die Vereinigungsfreiheit und damit das Recht zu Zusammenschlüssen verankert¹⁴³.

Bull sieht namentlich auch keine Veranlassung, den Grundrechtsschutz durch die Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip zu verstärken. Die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) vermag nicht gegen wirtschaftliche Aktivitäten des Staates zu schützen. Es ist verfehlt, für dieses Verbot das Subsidiaritätsprinzip

139 BULL, Staatsaufgaben, S. 193.

140 BULL, Staatsaufgaben, S. 194 f.

141 BULL, Staatsaufgaben, S. 195.

142 BULL, Staatsaufgaben, S. 196 ff.

143 BULL, Staatsaufgaben, S. 198 ff.

anzurufen. Geschützt ist nicht der wirtschaftliche Erfolg, sondern geschützt sind lediglich die Erfolgschancen. Für die Güterverteilung gilt nicht der Grundsatz, dass im Zweifel die kleinere Einheit statt des Staates zu begünstigen ist. Eingriffe des Staates in das Wirtschaftsleben, welche der nach staatlichen Massstäben gerechten Verteilung der Erwerbschancen und des erzielten Gewinnes dienen, sind in höherem Masse zulässig als Eingriffe, welche die Arbeitsbedingungen einengen. Die Berufsfreiheit ist auf den Schutz ihrer personalen Momente zu konzentrieren, während die Veränderung des Rahmens für die Berufstätigkeit in grösserem Masse zulässig ist¹⁴⁴.

BULL kommt nach alledem zu folgendem Ergebnis: Das Bonner Grundgesetz hat durch die starke Betonung der Grundrechte von Individuen und Vereinigungen im Ergebnis vielfach den Schutz für die «kleinere Einheit» im Sinn, den dieses Prinzip fordert, es kann aber keine allgemeine Geltung angenommen werden, weil andere wichtige Prinzipien, insbesondere das Demokratieprinzip, vernachlässigt würden und eine rationale Ordnung der komplexen sozialen Verhältnisse im heutigen Staat nicht möglich wären¹⁴⁵.

Neben BULL begegnet insbesondere auch SCHULZE-FIELITZ dem Subsidiaritätsprinzip mit Vorbehalten¹⁴⁶. Danach ist es als Leitlinie nur für sehr einfach strukturierte, eindeutig hierarchische Beziehungen zwischen grob schematisierten Einheiten wie etwa zwischen Individuum, Gesellschaft und Staat tauglich. Bereits die Einrichtung eines Kindergartens in einer Gemeinde lässt sich mit Hilfe dieses Prinzips ohne Zusatzkriterien nicht mehr entscheiden. Das Subsidiaritätsprinzip ist ein «ideologieanfälliges» Prinzip, weil gegen nahezu jedes staatliche Handeln verwendbares Prinzip. Der Subsidiaritätsgedanke leistet nicht mehr, als was die Grundrechtsinterpretation in der dogmatischen Differenziertheit einer Jahrzehntelangen Verfassungssjudikatur ohnehin leistet¹⁴⁷.

2.5.3. Sozialphilosophie

2.5.3.1. Der subsidiäre Staat bei OTFRIED HÖFFE

Die nachfolgende Darstellung beruht auf Überlegungen von OTFRIED HÖFFE zur Tauschgerechtigkeit plus korrekten Gerechtigkeit, welche er im Hinblick auf die Legitimation von Staatsaufgaben entwickelt und in Gegensatz

144 BULL, Staatsaufgaben, S. 207 ff.

145 BULL, Staatsaufgaben, S. 210.

146 Die Rechtsnormqualität verneint auch KNÖPFLE, S. 163.

147 SCHULZE-FIELITZ, S. 36 f.

zu Begründungsversuchen mit der Verteilungsgerechtigkeit stellt¹⁴⁸. Ange-merkt sei, dass der Ansatz von HÖFFE nicht immun gegen jedwede Kritik ist¹⁴⁹.

Die Tauschgerechtigkeit nimmt Bezug auf Verträge, welche Rechtssubjekte freiwillig abschliessen und worin sie sich zum Austausch von gleichwertigen (äquivalenten) Leistungen und Gegenleistungen verpflichten. Insofern ist von ausgleichender Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*) die Rede. Der Gedanke der korrekten Gerechtigkeit ist verbunden mit unfreiwilligen Rechtsverhältnissen, so namentlich mit den unerlaubten Handlungen. Diesbezüglich hat der Staat im Hinblick auf die Wiedergutmachung in Erscheinung zu treten. Bei der Verteilungsgerechtigkeit (*iustitia distributiva*) geht es seit Aristoteles um die Frage, ob und wie weit sich der Staat um die gerechte Verteilung der Güter unter die Menschen zu kümmern habe¹⁵⁰.

Im Unterschied zu andern Autoren, insbesondere solchen aus dem Einflussbereich der Systemtheorie, ist HÖFFE der Auffassung, dass der Staat keineswegs einem Machtverlust ausgesetzt ist, sondern dass sich seine Gesamtmacht bis heute vermehrt hat. Die Diagnose des Machtverlustes erscheint ihm als eine perspektivische Täuschung. Der Grund dafür liegt wohl darin, dass die Wahrnehmung traditioneller Aufgaben und deren wirksame Erfüllung zur Selbstverständlichkeit geworden sind. Man nimmt daher eine geringere Zuwachsrate an Macht schon als Machtverlust wahr¹⁵¹. Auch die These des Effizienzverlustes ist nach HÖFFE nicht durchschlagend. Sie geht auf eine zweite perspektivische Täuschung zurück. Die an den Staat gehegten Erwartungen, weil tendenziell unbegrenzt, können nie rundum erfüllt werden. Was als Effizienzverlust erscheint, ist in vielen Fällen eine Fehlerwartung, eine Überschätzung der staatlichen Einflussmöglichkeiten¹⁵².

HÖFFE vermag auch keinen Abbau der Zwangsgewalt des Staates zu sehen. Richtig ist, dass der Staat heute zu neuen Formen des Zwangs greift, dass er diesbezüglich geradezu überraschend kreativ ist. Er bedient sich zusehends

148 HÖFFE, Tauschgerechtigkeit, S. 713 ff.; vgl. auch HÖFFE, Vernunft, S. 199 ff. und S. 220 ff. Eine Kurzfassung der Überlegungen findet sich im weiteren in einem neusten Aufsatz: OTTFRIED HÖFFE, Subsidiarität als Gesellschafts- und Staatsprinzip, Schweiz. Zeitschrift für Politikwissenschaft, Sonderheft Subsidiäres Staatshandeln, 1997, S. 259 ff.

149 Siehe die, allerdings kurz geratene, Fundamentalkritik bei BERNHARD SCHMID, Otfried Höffes transzental-anthropologische Menschenrechtsbegründung, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1995, S. 563-568. Die Haupteinwände gehen dahin, dass nur «starke» Menschen «drohfähig» und damit tauschfähig seien und dass nicht alle Menschen ein Interesse am Erhalt ihres Leibes und Lebens hätten. Damit würden die Voraussetzungen für die Theorie HÖFFES mindestens teilweise entfallen.

150 Siehe zu diesen Begriffen etwa PETER PRECHTL/FRANZ-PETER BURKHARD (Hrsg.), Metzler Philosophie Lexikon, Stuttgart/Weimar 1996, Stichwort Gerechtigkeit.

151 HÖFFE, Tauschgerechtigkeit, S. 716.

152 HÖFFE, Tauschgerechtigkeit, S. 716.

der strukturell komplexeren «Steuerung». Indem er vermehrt steuert, expandiert er erneut. In den neuen, «weichereren» Instrumenten ist auf der Oberfläche der Staatstätigkeit ein Zwang vielleicht nicht zu entdecken. Er ist aber dennoch vorhanden. Denn anders als in der «Gesellschaft» werden die entsprechenden Instanzen durch Steuern, also zwangsförmig finanziert. Auch besteht gegen diese neuen Formen der Tätigkeit gerichtlicher Rechtsschutz¹⁵³.

In Anlehnung an die Systemtheorie ist laut HÖFFE sodann weiter geltend zu machen, dass die Ausbildung von gesellschaftlichen Subsystemen die Staatstätigkeit verändert. Ihre Adressaten sind nicht mehr nur Individuen, Verbände und Organisationen, sondern zusätzlich auch Teilsysteme. Der Staat wirkt auch auf sie ein und trachtet danach, ihre Kapazität der Adaptation und Problemlösung zu steigern oder ihre Handlungsprämissen zu modifizieren. Damit beweist er eine zusätzliche Effektivität. Nicht Abnahme sondern Expansion der Staatstätigkeit ist die Folge¹⁵⁴. Den heute dominierenden Diagnosen liegt also eine dritte perspektivische Täuschung zugrunde. Da man eine uniforme, vom Paradigma des Intervenierens geprägte Vorstellung staatlicher Wirksamkeit hegt und sie auf Bereiche überträgt, in denen der Staat nicht interveniert, sondern steuernd tätig ist, übersieht man seine Machtentfaltung.

Die zutreffende Diagnose ist nach HÖFFE eine wachsende «Responsiveness»¹⁵⁵, d.h. die Bereitschaft und Fähigkeit des Staates, auf die Bedürfnisse und Interessen der Betroffenen stärker und rascher zu reagieren. Damit einher geht eine Zunahme des Grades der Subsidiarität¹⁵⁶. Der Staat behält seine Entscheidungs- und Zwangsbefugnis, die rechtmässig organisiert wird und am Ende die Frage nach der Legitimation aufwirft.

2.5.3.2. Staatstätigkeit auf der Grundlage eines transzendentalen Tausches

Die neuere Sozialphilosophie¹⁵⁷ legitimiert insbesondere die sozialstaatlichen Aufgaben mit der Idee der Verteilungsgerechtigkeit (distributiven Gerechtigkeit). Dieser Ansatz ist zufolge der unterschiedlichen Auffassungen über die Verteilungskriterien besonderer Anfechtung ausgesetzt. Diese Pro-

153 HÖFFE, Tauschgerechtigkeit, S. 760 f.

154 HÖFFE, Tauschgerechtigkeit, S. 717 f.

155 Einen Zusammenhang zwischen «Responsiveness» und Subsidiarität sieht auch VANBERG, S. 256 ff., und zwar im Kontext des Kommunitarismus, welcher zum Liberalismus in ein Spannungsverhältnis gerate.

156 HÖFFE, Tauschgerechtigkeit, S. 718.

157 So insbesondere JOHN RAWLS, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 1975.

blematik umgeht HÖFFE¹⁵⁸ mit einem neuen Ansatz für die politische Legitimation von Staatsaufgaben. Statt der Verteilungsgerechtigkeit schlägt er die weithin anerkannte Tauschgerechtigkeit vor, ergänzt um den Gedanken der korrekiven Gerechtigkeit. Den transzendentalen Tausch, dessen Kurzdefinition wie folgt lautet¹⁵⁹:

«Gewöhnlich denken wir beim Tausch an einen Markt, also an Wirtschaftsprozesse oder, etwas allgemeiner, an ein positives Nehmen und Geben. Eine grundsätzlichere Bedeutung hat ein negativer und durch und durch nichtökonomischer Tausch: der wechselseitige Verzicht, Leib und Leben, die Religionsausübung bzw. die Gewissens- und Meinungsfreiheit und das Eigentum anderer mit Gewalt zu bedrohen. Insofern die Verzichte gegenseitig vorgenommen werden, findet ein Tausch statt; und da jeder auf dasselbe verzichtet, ist das Getauschte gleichwertig, folglich der Tausch selbst gerecht.»

Für diesen Tausch trägt HÖFFE die folgenden Argumente vor:

Erstens ist der genannte Ansatz seitens der Zwangsunterworfenen zustimmungsfähig. Damit sind ausserhalb des Individuums liegende Legitimationskriterien, die heute kaum noch Chancen auf Akzeptanz haben, überflüssig. HÖFFE spricht denn auch von einer kopernikanischen Wende der Legitimationsmuster für Staatsaktivitäten¹⁶⁰. Das propagierte Legitimationsmuster ist allerdings nicht völlig neu; es geht vielmehr bis in die Antike zurück. Für die Tauschgerechtigkeit spricht das legitimationsstrategische Argument, dass über das Prinzip der Verteilungsgerechtigkeit heftig gestritten wird, über das der Tauschgerechtigkeit dagegen Einigkeit besteht¹⁶¹. Der aus dem Gegenseitigkeitsprinzip fliessende Tauschgedanke ist anthropologisch uralt¹⁶². Grund dafür ist, dass sich beim Tausch ein wechselseitiger Vorteil ergibt.

Um (insbesondere sozialpolitische) Argumente gegen die Tauschgerechtigkeit zu entkräften konzipiert HÖFFE seinen Tausch als einen transzendentalen¹⁶³. Die Transzendenz ergibt sich namentlich daraus, dass der Tausch von den logisch höherstufigen Interessen her legitimiert wird, welche die Bedingungen umfassen, die die Handlungsfähigkeit des Menschen ermöglichen. Hierbei geht es um elementare Interessen, auf die kein Mensch verzichten kann. Als Beispiel nennt HÖFFE Integrität von Leib und Leben. Sie ist eine Bedingung der Möglichkeit von Handlungsfähigkeit überhaupt. Diese transzendenten Interessen müssen sich darüberhinaus noch durch eine inhärente Sozialität auszeichnen. Da bei diesem Tausch jeder Mensch dasselbe gibt, z.B. die Freiheit zu töten, sowie dasselbe als Gegenleistung erhält, nämlich

158 HÖFFE, Tauschgerechtigkeit, S. 719.

159 OTFRIED HÖFFE, Gerechtigkeit als Tausch? Zum politischen Prozess der Moderne, Baden-Baden 1991, S. 23.

160 HÖFFE, Tauschgerechtigkeit, S. 719.

161 HÖFFE, Tauschgerechtigkeit, S. 720 f.

162 SPRENGER, S. 238 f.

163 HÖFFE, Tauschgerechtigkeit, S. 721 ff.

das Recht auf Leib und Leben, ist er durch eine elementare Gleichwertigkeit des Nehmens und Gebens charakterisiert und demzufolge auch grundlegend gerecht¹⁶⁴.

Unter Aspekten des Subsidiaritätsprinzips von besonderem Interesse sind die weiteren Argumente HÖFFES, welche auf eine Depotenzierung des Staates lauten und die insofern dem systemtheoretischen Konzept der «Entzauberung des Staates» nahekommen¹⁶⁵. Die tauschtheoretische Legitimation der Staatsaufgaben trägt vier Argumente zur Depotenzierung des Staates bei¹⁶⁶. Erstens ist der Staat nur unter gewissen historischen und kulturellen Randbedingungen legitim. Zweitens folgt die Legitimität aus der universalen Zustimmungsfähigkeit. Das dritte Depotenzierungsargument heisst, dass der Vorrang des Staates auf wohl definierte Aufgaben limitiert ist und für andere Aufgaben die Kompetenz anderer Teilsysteme vorgeht, so beispielsweise die Kompetenz der Wissenschaft in epistemischer Hinsicht und die Kompetenz der Wirtschaft für Geld. Nach dem vierten Argumentationsmuster sind öffentliche Gewalten lediglich sekundär und subsidiär legitim, nämlich zur Durchsetzung der grundlegenden Rechte.

In Anlehnung an die Neue Politische Ökonomie begründet HÖFFE die Legitimation öffentlicher Gewalten im beschriebenen Sinne hinsichtlich des transzendentalen Tausches noch durch ein mindestens dreifaches Marktversagen¹⁶⁷. Der Markt versagt für die Umgrenzung des transzendentalen Tausches. Diese Umschreibung ist daher Sache des Gesetzgebers. Im weiteren sind auch bei genauer Definition kontroverse Auslegungen möglich, welche nach gerichtlichen Entscheidungskompetenzen riefen. Schliesslich müssen insbesondere dort, wo die Vorteile zeitverschoben zum Tragen kommen, Trittbrettfahrer abgefangen werden. Insofern braucht es das «Schwert der Gerechtigkeit». Als Anwendungsbeispiel wird vor allem das Umweltproblem genannt.

HÖFFE anerkennt, dass das bisher erörterte Konzept des transzendentalen Tausches nur für die klassischen Staatsaufgaben voll funktioniert. Für die Bewältigung sozialer und umweltpolitischer Anliegen bedarf das Konzept der Ergänzung. Statt eines zeitgleichen Tausches ist ein phasenverschobener Tausch erforderlich¹⁶⁸. Er illustriert dies am Beispiel der Altersstufen. Es haben sowohl Kinder, um heranzuwachsen, als auch ältere Menschen, um in Ehren alt zu werden, ein Interesse daran, dass man ihre Schwächen nicht ausnützt. Ein generationenübergreifender Blick zeigt, dass es nicht Solidari-

164 HÖFFE, Tauschgerechtigkeit, S. 725.

165 So die vielzitierte Studie von WILLKE, Entzauberung.

166 HÖFFE, Vernunft, S. 197 ff.

167 HÖFFE, Tauschgerechtigkeit, S. 726 f.; DERS., Vernunft, S. 199 ff.

168 HÖFFE, Tauschgerechtigkeit, S. 728 ff.

tätsargumente sondern Argumente der Tauschgerechtigkeit sind, welche die genannten Gruppen in den allseits vorteilhaften Freiheitstausch einbeziehen. Der «Familienvertrag» kann nun zu einem «Generationenvertrag» ausgeweitet werden. HÖFFE nennt diesbezüglich insbesondere die Sozialpolitik¹⁶⁹, die Arbeitsmarktpolitik sowie die Umweltpolitik. Hier wird die Tauschgerechtigkeit durch den Gedanken der korrekten Gerechtigkeit (und nicht der Verteilungsgerechtigkeit) ergänzt.

2.5.3.3. Schwäche des Ansatzes bei der Gerechtigkeit zwischen Generationen

HÖFFES Ansatz hat aus meiner Sicht etwas bestechendes und vermag auch weitgehend zu überzeugen. Die schwächste Stelle findet sich beim Generationenvertrag und vor allem beim Nachweltschutz. Dasselbe gilt für die Argumentation von PETER SALADIN, der auf drei ethische Prinzipien greift, um den Nachweltschutz zu rechtfertigen, nämlich auf das Prinzip der «Geschwisterlichkeit», auf das Prinzip des menschlichen Respektes und auf das Prinzip der Verantwortung gegenüber späteren Generationen¹⁷⁰. Diese Argumentation setzt einen der empirischen Erfahrung widersprechenden altruistischen Menschen voraus. Ein Prozess des Nehmens und Gebens zwischen heutigen und künftigen Generationen findet nicht statt. Nach HÖFFE hat der Einwand vor dem Hintergrund des phasenverschobenen Tausches indessen nur begrenzte Gültigkeit. Zu einem gerechten Tausch zwischen den Generationen gehört es danach, für Aspekte des Umweltschutzes sensibel zu werden. Die jeweils vorangehende Generation darf der jüngeren keine Hypothesen ohne entsprechende Bürgschaften vererben¹⁷¹. Ergänzend kommt der Gedanke der korrekten Gerechtigkeit hinzu. Die Umwelt muss als Gemeineigentum der Menschheit, als deren Allmende betrachtet werden, die jeder Generation und innerhalb jeder Generation jedem Individuum gleichermassen gehört.

169 Vgl. dazu auch GENTILE, S. 71 ff.

170 SALADIN, Wozu noch Staaten?, S. 93 f.

171 HÖFFE, Tauschgerechtigkeit, S. 735.

2.5.4. Politologie

2.5.4.1. *Der subsidiäre Staat bei ARNO WASCHKUHN*

Eine neuste Studie zu Subsidiaritätsprinzip und Staatsaufgaben aus politikwissenschaftlicher Sicht verdanken wir ARNO WASCHKUHN¹⁷². Seine Überlegungen lassen sich, so weit hier von Belang, wie folgt skizzieren:

Für diesen Autor ist die Subsidiarität zwar keine strikte Abgrenzungs- und Zuordnungsregel, wohl aber eine Orientierungsnorm in mehrfacher und ambivalenter Weise. Subsidiarität liefert stets das Stichwort für einzuleitende Institutionalisierungs- und Entinstitutionalisierungsprozesse. Darüberhinaus sind andere Sinnbezüge denkbar. So würde Subsidiarität zusammen mit den Begriffen Solidarität und Toleranz zu einer multikulturellen und kulturintegrativen Gesellschaft passen. Subsidiarität könnte im weiteren auch mit der Diskussion über die «Civil Society», d.h. über die Bürgergesellschaft, in Verbindung gebracht werden¹⁷³.

Ob und wieweit es zu einer subsidiären Ausgestaltung kommt, hängt von der politischen Klasse, den wirtschaftlichen und kulturellen Eliten und nicht zuletzt von den Bürgerinnen und Bürgern ab, wenn die bürgerliche Gesellschaft zur Entfaltung gebracht werden soll. Über den Einfluss des Subsidiaritätsprinzips im heutigen Staat entscheidet mit andern Worten nicht die Wissenschaft¹⁷⁴.

2.5.4.2. *Subsidiaritätsprinzip und Selbsthilfe*

Das Subsidiaritätsprinzip hat zunächst einen Zusammenhang mit der Selbsthilfe. WASCHKUHN illustriert ihn am Beispiel der sozialen Arbeit. Subsidiarität ist auf ein auf Aktivität und Selbstentfaltung orientiertes Individuum ausgerichtet. Sie ist der «Maxime des hilfreichen Beistandes» verpflichtet und anerkennt das existentielle Recht kleiner Lebenskreise und Handlungseinheiten. In diesem Kontext fällt der Blick auf soziale Selbsthilfegruppen, welche Ausdruck der Selbsthilfe und des sozialen Engagements sind. Ihre Aktionsbereiche beziehen sich auf Lebens- und Arbeitswelt, Freizeit-, Bildungs- und Kulturfragen, Benachteiligte, Diskriminierte, Behinderte und Kranke¹⁷⁵.

172 WASCHKUHN, S. 1 ff.

173 WASCHKUHN, S. 17.

174 WASCHKUHN, S. 17 f.

175 WASCHKUHN, S. 36.

Als Bestimmungselemente für Selbsthilfegruppen werden insbesondere genannt: Autonomie, Selbstgestaltung, Betroffenheit, Kooperationsbereitschaft und Subsidiarität¹⁷⁶.

Nicht-staatliche und nicht-professionelle Hilfssysteme erscheinen heute gewissermassen als «dritter Sektor» neben Markt und Staat. Sie führen zum Aufbau kleiner Netze¹⁷⁷. Sie können als Elemente eines «neuen Wohlfahrtsmixes» gelten. Damit sind innovative Lösungsmodelle gemeint, die zu einer besseren intersektorellen Kombination und Vernetzung von Markt, Staat, informellen und gemeinnützigen Aktivitäten führen, dies unter optimaler Nutzung der spezifischen Stärken der einzelnen Sektoren¹⁷⁸.

2.5.4.3. Subsidiaritätsprinzip und Sozialpolitik

Mit Bezug auf die Gestaltung der Sozialpolitik stellt sich die Frage, welche Leistungen die traditionellen freien Träger der Wohlfahrtspflege bzw. neue Formen individueller und kollektiver Selbsthilfe zu spielen vermögen. Weiter fragt sich, ob und wie staatliche Hilfs- und Leistungsangebote umstrukturiert werden müssten, um mehr als in der Vergangenheit Hilfe zur Selbsthilfe zu institutionalisieren¹⁷⁹. Ziel einer Sozialpolitik sollte es sein, günstige Bedingungen für die Entfaltung individueller und kollektiver Selbsthilfe zu schaffen, wozu vor allem eine bedürfnisgerechte Vernetzung von Eigen- und Fremdhilfe gehört¹⁸⁰. Eine bewusste staatliche Förderung informeller Netzwerke und die Verbesserung der Rahmenbedingungen für individuelle und kollektive Selbstversorgung würde dem Subsidiaritätsprinzip entsprechen¹⁸¹.

Das Subsidiaritätsprinzip fordert also nicht einfach den Abbau staatlicher Massnahmen. Sozialpolitik in einem modernisierten Sinne unterstützt und begleitet die funktionale Differenzierung der Gesamtgesellschaft. Sozialpolitik darf sich der Tendenz nach nicht auf Sozialhilfe beschränken, sonst versagt sie als Steuerungsinstrument¹⁸². Es muss darum gehen, persönliche Freiheit und Selbstorganisation der Lebenswelt, im Sinne persönlicher Autonomie und partizipatorischer Planungsbeteiligung, gegenüber verwalteten und damit fremdbestimmten Lebensräumen zu fördern¹⁸³.

176 WASCHKUHN, S. 36 f.

177 WASCHKUHN, S. 37 f.

178 WASCHKUHN, S. 39.

179 WASCHKUHN, S. 47.

180 Vgl. in diesem Sinne auch GENTILE, S. 76 ff.

181 WASCHKUHN, S. 48 f.

182 WASCHKUHN, S. 49.

183 WASCHKUHN, S. 55.

2.5.4.4. Subsidiaritätsprinzip und Demokratie

Bedenkenswerte Überlegungen stellt WASCHKUHN besonders unter dem Titel Subsidiarität und Demokratie an¹⁸⁴. Subsidiarität ist danach basisorientiert, ohne auf die funktionale Unterstützungskraft und Effizienz von Hierarchien zu verzichten. Sie ist als ein regulatives Prinzip an Vermittlungs- und Zustimmungsprozessen interessiert, um die kollektiven Kosten in Gestalt von unnötigen Diskriminierungen möglichst gering zu halten. Subsidiarität ist Bestandteil eines integrativ-dynamischen Demokratiekonzepts, das Freiheitschancen ermöglichen, strukturelle Nachteile ausgleichen und das Gemeinwohl fördern will. Subsidiarität ist ein Bindeglied zur positiven gesellschaftlichen Gestaltung, das die Befriedigung vitaler Bedürfnisse und Interessen sicherstellen will und Teil-Systemrationalitäten sowie eigene Gestaltungschancen ausdrücklich anerkennt¹⁸⁵.

Von besonderem Interesse sind im weiteren die Hinweise auf die Diskussion um die «Civil Society», welche im Rückgriff auf das Erbe des politischen Liberalismus und in Anlehnung an die laufende Kommunitarismus-Auseinandersetzung in akzentuierter Weise fortgesetzt wird. Die in Ost-Mitteleuropa neuerlich erfundene (und vorher bereits in Lateinamerika wiederentdeckte) Kategorie der «Civil Society» bezieht sich auf eine Vielfalt freiwilliger, authentischer und demokratischer Assoziationen, in denen ein allgemeiner Bürgerstatus gewährleistet ist. Darin kann jede Person ihre Anrechte verwirklichen und ihre Lebenschancen nutzen. Sie ist eine Säule der Freiheit und das Grundelement einer offenen Gesellschaft¹⁸⁶. Darin kann gedeihen, was die Demoskopin ELISABETH NOELLE-NEUMANN als Voraussetzung für Glücksentfaltung bezeichnet¹⁸⁷:

«Selbstverwirklichung durch Wachstum von Kräften, durch Sich-anstrengen, durch Schwierigkeiten überwinden, ist eine Glücksquelle, weil sie Selbstvertrauen schafft. Es gibt kein Glück ohne Selbstvertrauen.»

Nach RALF DAHRENDORF¹⁸⁸ ist die «Civil Society» eine aktive Gesellschaft, die geradezu zur Handlung und zum Tun einlädt:

«Etwas tun, heisst selbst etwas tun, in freier Assoziation mit anderen. Es führt zur bunten Welt der freiwilligen Verbände und Organisationen, dann auch zu den autonomen Institutionen. Es führt also zur Bürgergesellschaft. Sie ist das Medium des Lebens mit Sinn und Bedeutung der erfüllten Freiheit.»

184 WASCHKUHN, S. 62 ff.

185 WASCHKUHN, S. 64.

186 WASCHKUHN, S. 73.

187 Zit. bei WASCHKUHN, S. 72, Fn. 140.

188 Zit. bei WASCHKUHN, S. 74, Fn. 147.

2.5.4.5. *Subsidiaritätsprinzip und Dezentralisation*

Eine allgemeine, von WASCHKUHN behandelte Thematik ist jene von Subsidiarität und Dezentralisation¹⁸⁹. Die Forderung nach Dezentralisierung, oftmals unterstützt und angeregt von einer diffusen Sehnsucht nach überschau- und bewältigbaren Lebensräumen, hat danach wieder Konjunktur. Sie ist gleichzeitig eine Gegentendenz zu den transnationalen Integrationsprozessen¹⁹⁰. Von der Dezentralisation werden bessere gesellschaftliche Steuerungsleistungen erwartet, die mit der erhöhten Flexibilität, einer ortsnahen und raschen sowie bedürfnis- und problemadäquaten Entscheidungsfindung und insbesondere mit der Entlastung der höheren Systemebenen verbunden sind. Solches Denken führt zur Aufhebung der strikten Trennung von Staat und Gesellschaft, von öffentlicher und privater Sphäre; diese Teilung wird schlicht für obsolet und überholt gehalten¹⁹¹. Der Staat hat sich auf die Wahrnehmung von Führungsaufgaben unter Anerkennung von Teilsystemrationalitäten zu konzentrieren, wobei im Vordergrund Kooperation, Koordination und Moderation stehen^{192, 193}. Der Kooperationsbedarf entspricht staatlichen Eigeninteressen, nämlich der Sicherung der finanziellen Voraussetzungen für staatliches Handeln, der Verhinderung von Legitimationsverlusten und der Verbesserung der Wirksamkeit von Reformvorhaben¹⁹⁴. Der Staat wird je länger je mehr auf Rahmenplanung und dezentrale Kontextsteuerung angesetzt¹⁹⁵. Im Zuge der Wiedervereinigung Deutschlands ist die Entwicklung laut WASCHKUHN zwar in die andere Richtung gelaufen. Längerfristig wird man aber wieder zu dezentralen Lösungen übergehen müssen, so insbesondere in der Raumordnungspolitik¹⁹⁶.

Eine relative Autonomie von Subeinheiten ist auch unter Subsidiaritätsaspekten zwingend anzuerkennen, soweit sie ihre inhaltlich besonderen oder gewünschten Aufgaben bewältigen können und dafür mit einem Kernbestand an Ressourcen auskommen. Kleine Handlungssysteme sind dabei stets auf das Wohlwollen ihrer Umwelt(en) angewiesen. Dieses ist nur solange auf-

189 WASCHKUHN, S. 83 ff.

190 WASCHKUHN, S. 170.

191 WASCHKUHN, S. 84; von einem andern Ansatz her gelangt etwa SALADIN (Wozu noch Staaten?, S. 102 ff.), zu ähnlichen Ergebnissen; vgl. dazu auch GRIMM, Staat, S. 13 ff.

192 JOACHIM JENS HESSE, Aufgaben einer Staatslehre heute, in: THOMAS ELLWEIN u.a. (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft 1987, Band I, S. 55 ff.

193 Einvernehmliches Handeln wird besonders auch von SCHARPF betont, der darauf hinweist, nicht-hoheitliche Handlungsformen würden in der Politologie anstelle des hierarchischen, autoritativen Handelns zunehmend, wenn teilweise auch kontrovers, thematisiert und debattiert (S. 621 ff. mit Hinweisen).

194 WASCHKUHN, S. 85.

195 WASCHKUHN, S. 86.

196 WASCHKUHN, S. 86.

rechtzuerhalten, als Evaluationen nach Kriterien, deren Rationalität und Logik nicht allein von den Subeinheiten definiert werden könnten, günstig lauteten. Das Subsidiaritätsprinzip sei insofern niemals ganz frei von Vereinnahmungen verschiedenster Art und bleibt mit Bezug auf die Anwendbarkeit auf pluralistische Grundüberzeugungen (Legitimität und Wünschbarkeit von Vielfalt) auf unterstützende Toleranz angewiesen¹⁹⁷.

2.5.4.6. Subsidiaritätsprinzip und Parteiprogramme

WASCHKUHN thematisiert das Subsidiaritätsprinzip auch vor dem Hintergrund der Parteienlandschaft und zeigt, dass mit diesem Prinzip unterschiedliche Erwartungen und Befürchtungen verbunden sind¹⁹⁸. Dabei zeigt sich, dass den politischen Traditionen des Konservativismus, Liberalismus und Sozialismus grundlegende Ausrichtungen der Sozialpolitik und damit auch unterschiedliche Verständnisse des Subsidiaritätsprinzips entsprechen¹⁹⁹.

Konservative bevorzugen eine ordnungspolitische Einheit, wonach Ansprüche in erster Linie aus Loyalität auf Gegenseitigkeit erwachsen und wobei prinzipiell alle Menschen das ihnen zustehende gemäss ihrem (Besitz-) Stande erhalten sollen. Bevor der Staat für etwas zuständig wird, sollen Familie, Kirchengemeinde, Betriebsgemeinschaft usw. angesprochen sein.

Für die Liberalen ist hingegen keine Sozialpolitik, jedenfalls keine staatliche, keine kirchliche, keine berufsständige und keine gewerkschaftliche die beste Sozialpolitik. Sozialpolitik erübrigts sich bei einer guten Wirtschaftspolitik. Würde man die unsichtbare Hand des Marktes spielen lassen, so könnten alle durch eigene Leistung und aufgrund der Selbstverantwortung ihre Bedürfnisse selber befriedigen. Damit wären Voraussetzungen für die Welfare Society anstelle des Welfare State geschaffen. Der Staat sollte gute Rahmenbedingungen schaffen, die Inflation dämpfen und die Individuen zu privatem Sparen und Vermögensbildung ermutigen. Öffentliche Einrichtungen sollen nur subsidiär einspringen und auch dann vor allem im Sinne der Hilfe zur Selbsthilfe.

Der demokratische Sozialismus macht demgegenüber schon immer geltend, dass mit diesem liberalen Konzept die «schlechten Risiken» vernachlässigt würden. Unvermögen, Kranke, Unbegabte oder sonst Benachteiligte sind auf staatliche Intervention angewiesen. Die freiwillige Bürgerhilfe kann nicht ausreichen. Die Sozialisten wollen daher soziale Leistungen weder nach

197 WASCHKUHN, S. 89.

198 WASCHKUHN, S. 92 ff. Neokonservativismus; S. 98 ff. Sozialdemokratie; S. 103 ff. «Regenbogengesellschaft».

199 Auf die grosse, ja riesige Spannweite des Subsidiaritätsdenkens macht auch SCHÜLLER aufmerksam (siehe hinten Ziff. 2.6.5.).

Loyalität und Pflichtmitgliedschaft noch nach individueller Leistung und selektiv wie die Liberalen vergeben, sondern aufgrund bloßer Staatsbürger-schaft entsprechend der Bedürfnislage. Alle haben Anspruch auf Sozialleistungen und für möglichst alle Eventualitäten. Entsprechend ist eine solidarische Sekundärverteilung zu sichern²⁰⁰.

Der demokratische «Regenbogen-Typus» bevorzugt demgegenüber einen Optimierungswettbewerb und entnimmt den drei genannten Grundausrich-tungen spezifisch zu kombinierende Elemente. Während für den Konservat-ismus der Besitzstand Vorrang hat, für den Liberalismus die Leistung und für den Sozialismus die Bedürfnisgerechtigkeit, geht es dem demokratischen «Regenbogen-Typus» um einen schöpferischen Umbau sozialer Leistungen im Sinne einer reichhaltigen Sozialentwicklung und umfassenden Persön-lichkeitsentfaltung²⁰¹.

2.5.4.7. Subsidiaritätsprinzip und Demokratietheorie

Im Rahmen einer näheren Auseinandersetzung mit der «Civil Society» be-stätigt sich die Relevanz des Subsidiaritätsprinzips auf eine normativ reflexi-ve Demokratietheorie²⁰². Erforderlich ist die Bereitstellung demokratischer Mittel der Selbsteinwirkung sowie eine tiefe Staffelung der Meinungs-, Willensbildungs-, Entscheidfindungs- und Durchsetzungsprozesse. Der po-litische Prozess soll eine reflexivere Gestalt erhalten, die sich vor allem auf Partizipationsmöglichkeiten, auf die Verfahren zur Artikulation und Aggrega-tion von Meinungen und Interessen sowie auf die inhaltliche Spezifikation der zivilgesellschaftlichen Handlungszusammenhänge bezieht. In diesem Zusammenhang ist die Formenvielfalt demokratischer Muster auf Komple-mentarität hin zu testen, damit die institutionellen Arrangements womöglich in den Stand versetzt werden, in neuer, kombinierter Weise politikfähig werden zu können²⁰³. Politisch-administrative Steuerung durch den Staat und die gesellschaftliche Selbststeuerung sollen sich ergänzen, damit verbunden ist eine Rückverlagerung staatlicher Souveränität auf neue Orte und verän-derte Formen der politischen Entscheidung in der Arbeits- und Lebenswelt. Das ruft nach einer Wandlung der Formen politischer Willensbildung. Es wird mehr Vertrauen in die Rationalisierungsleistungen der sozialen Teilsysteme investiert. Es müssen sich hier neue Institutionalisierungen einspielen. Ge-dacht wird an Bürgerdialoge, an Schnittstellendialoge und an Verhandlungs-systeme. Für die Mobilisierung der Demokratie in der unmittelbaren Erfah-

200 WASCHKUHN, S. 104 f.

201 WASCHKUHN, S. 106.

202 WASCHKUHN, S. 109 ff.

203 WASCHKUHN, S. 122.

rungswelt der Beteiligten ist nicht zuletzt das Subsidiaritätsprinzip wegleitend²⁰⁴.

2.5.5. Systemtheorie

2.5.5.1. Der subsidiäre Staat bei HELMUT WILLKE

Der Soziologe HELMUT WILLKE hat vor kurzem eine Trilogie zur Staatstheorie abgeschlossen. Diese begann 1983 mit der «Entzauberung des Staates»²⁰⁵, wurde 1992 mit der «Ironie des Staates»²⁰⁶ fortgesetzt und 1996 mit der «Supervision des Staates»²⁰⁷ beendet. Die für unsere Bedürfnisse bedeutungsvolle Essenz dieser systemtheoretisch konzipierten Staatstheorie findet sich im Aufsatz über «Die Steuerungsfunktion des Staates aus systemtheoretischer Sicht»²⁰⁸. Darin zeigt WILLKE, dass der Staat keine von der Politik unabhängige Existenz aufweist und dass die drei Hauptfunktionen des Staates in Repression, Restitution und Prävention bestehen. Im Rahmen der Prävention wird die Idee einer wissensbasierten Infrastruktur entwickelt. Im einzelnen lässt sich das systemtheoretische Konzept²⁰⁹ von WILLKE wie folgt beschreiben:

Der Autor wendet sich zunächst gegen den kontinental-europäischen Traditionsgedanken von der Trennung von Staat und Gesellschaft. Moderne Industriegesellschaften haben sich in Funktionsbereiche, so namentlich Politik, Wirtschaft, Wissenschaft, Erziehung und Gesundheit ausdifferenziert und je eigene divergierende Teilrationalitäten geschaffen. Der Staat steht nicht mehr über der Gesellschaft, sondern neben der Gesellschaft bzw. den gesellschaftlichen Subsystemen. Dies nötigt zu einem neuen Funktionsverständnis des Staates in hochentwickelten Gesellschaften²¹⁰. Es stellt sich die Frage, weshalb Gesellschaften überhaupt noch einen Staat brauchen und welche Ordnungsaufgaben ihm obliegen²¹¹.

204 WASCHKUHN, S. 123 f.

205 WILLKE, Entzauberung.

206 HELMUT WILLKE, Ironie des Staates. Grundlinien einer Theorie des Staates polyzentrischer Gesellschaft, Frankfurt am Main 1992.

207 WILLKE, Supervision.

208 WILLKE, Steuerungsfunktion.

209 Diesem erwuchs allerdings auch Widerspruch. Kritisch zu WILLKE etwa HEBEISEN, S. 46 ff. mit Hinweisen.

210 Ein abweichendes Funktionsverständnis des Staates findet man bei NIKLAS LUHMANN (Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie, Frankfurt am Main 1984, S. 626 f.). Für diesen Autor ist der Staat die Selbstbeschreibung des politischen Systems.

211 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 686.

WILLKE begreift die Gesellschaft in systemtheoretischer Diktion als Kommunikationssystem. Ebenso sind ausdifferenzierte Funktionssysteme von Gesellschaft, wie insbesondere die Politik, ihrerseits als Systeme spezialisierter Kommunikation zu sehen. Das politische System einer Gesellschaft ist danach ein auf politische Kommunikationen spezialisierter Bereich mit der Aufgabe, die für eine bestimmte Gesellschaft erforderlichen, verbindlichen Entscheidungen zu erzeugen, so etwa Entscheidungen über die Bedingungen des Einsatzes physischer Gewalt. Ein Staat ist dafür nicht erforderlich, hat sich aber historisch herausgebildet. Die Politik muss ein Modell ihrer selbst entwickeln, das der Kontingenz, d.h. der Beliebigkeit, ihrer Operationen Halt gibt²¹². In geschichtlicher Perspektive haben sich verschiedene Modelle herausgebildet. Als Beispiele seien nur genannt der absolutistische Staat, der liberale «Nachtwächter»-Staat, der Verfassungsstaat, der Interventionsstaat oder der Wohlfahrtsstaat.

Ein bedeutender Schritt in der funktionalen Ausdifferenzierung von Politik ist die Idee der Gewaltenteilung in der Formel von Montesquieu. Diese Gewalten bezeichnet WILLKE²¹³ als Teilsysteme. Das politische System erzeugt, wie bereits erwähnt, verbindliche Entscheidungen. Das administrative System ist die öffentliche oder hoheitliche Verwaltung; sie ist zuständig für die Implementation der verbindlichen politischen Entscheidungen. Als letztes ist das Rechtssystem zu nennen; dieses regelt Konflikte, welche aus den verbindlichen Entscheidungen und deren Implementation entstehen.

Diese Systeme sind in einem zirkulären Prozess verbunden: Politik legitimiert das Recht, das Recht legitimiert das Handeln der Verwaltung und der Individuen, diese wiederum legitimieren die Politik usw. Der Staat rechtbertigt sich damit, dass die aus politischen Kommunikationen resultierenden Entscheidungen durch konkrete, zurechenbare und verantwortliche Akteure der Umsetzung bedürfen²¹⁴. Wenn WILLKE von Staat spricht, dann denkt er das implizierte Verhältnis zwischen Politik und Staat mit. Der Staat ist lediglich eine – allerdings folgenreiche – Hilfskonstruktion der Politik²¹⁵.

WILLKE setzt sich sodann mit einer fundamentalen Begründung für den Staat auseinander, nämlich dem Schutz vor Gewalt durch die Monopolisierung von Gewalt. Anders als die Staatstheorie stellt die Systemtheorie nicht die Frage, wie soziale Ordnung entstanden und zu erklären sei. Zentral ist vielmehr die Frage, wie bei den gegebenen Bedingungen soziale Ordnung möglich sei. Die wichtigste systemtheoretische Präzisierung der Frage liegt darin, soziale Ordnung als Problem organisierter Sozialsysteme zu verste-

212 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 686 f.

213 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 687.

214 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 688.

215 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 688.

hen. Unter diesen Umständen reicht es namentlich nicht mehr aus, den Staat mit MAX WEBER als diejenige menschliche Gemeinschaft zu deuten, welche innerhalb eines bestimmten Gebietes das Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit mit Erfolg beansprucht²¹⁶. Der Staat hat darüberhinaus die zumindest ebenso bedeutsame Rolle als Strukturelement einer gesellschaftlichen Ordnung, welche sich als System symbolisierter und institutionalisierter Bedeutungen gegenüber der Ebene der Individuen autonom gesetzt hat²¹⁷. In differenzierten Gesellschaften impliziert die Monopolisierung legitimer öffentlicher Macht im politischen System, dass diese Macht nicht nur zur Kontrolle illegitimer Gewalt «von oben nach unten» eingesetzt wird, sondern auch zur positiven Durchsetzung privater Rechte von Individuen, die auf eigene Durchsetzungsrechte im Vertrauen darauf verzichtet haben, dass deren Durchsetzung öffentlich abgesichert ist²¹⁸. Eine von vielen Folgen der Monopolisierung ist die Entstehung einer über politische Entscheidungen konstituierten, machtbasierten Infrastruktur der Gesellschaft. Sie soll die Durchsetzung kollektiv-verbindlicher Entscheidungen ermöglichen und glaubhaft machen. Sie besteht insbesondere aus Polizei, Militär, Gerichten, Gefängnissen und Bürokratien. Diese Infrastruktur ist mit dem Staat nicht gleichzusetzen. Sie findet sich in relativ «staatenlosen» Gesellschaften.

2.5.5.2. Subsidiaritätsprinzip und Armut

In der systemtheoretischen Analyse WILLKES taucht das Subsidiaritätsprinzip weiter im Zusammenhang mit dem Problem der Armut auf²¹⁹. Hier sieht der Autor Einflussfaktoren, welche nicht mit individuellen Fähigkeiten, Präferenzen oder Möglichkeiten zusammenhängen. Genannt werden unter anderem Verwissenschaftlichung und Technologisierung. In diesem Kontext stossen wir auch wieder auf den Gewaltbegriff. Dieser muss im Hinblick auf die spezifischen Lebensbedingungen einer konkreten Gesellschaft formuliert werden²²⁰. Wenn z.B. Krankheit als Strafe der Götter oder als unabänderliche Naturereignisse verstanden wird, hat die betroffene Person Krankheit machtlos zu erdulden. Wird Krankheit aber als rational erklärbar verstanden und gibt es zugängliche Möglichkeiten der Heilung, dann ist die Verhinderung der Heilung Gewalt gegen die kranke Person. Sie wird unmittelbar an Leib oder Leben beschädigt. Es ist eine legitime Aufgabe des Staates, die Aus-

216 MAX WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, hrsg. von JOHANNES WINCKELMANN, 5. Aufl., Tübingen 1972, zit. nach WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 690.

217 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 690 f.

218 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 691.

219 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 694.

220 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 694.

übung von Gewalt zu kontrollieren. Das gilt nun aber eben nicht nur mit Bezug auf Gewalt von Personen gegen andere Personen, sondern auch für die Gewalt durch Folgen der Armut. Dort verläuft die Grenze der zulässigen Selbsthilfe, also die durch das Subsidiaritätsprinzip bezeichnete Eigenverantwortlichkeit. In dem Masse, in dem Personen für ihre Armut nicht selbst verantwortlich sind, sondern die Armut aus bestimmten Momenten der Gesellschaftsentwicklung resultiert²²¹, erwächst der Gesellschaft eine genuin eigene Verantwortung, nämlich die Kontrolle auch dieser Form von Gewalt²²². WILLKE hält dafür, dass die Gesellschaft bzw. der für sie handelnde Staat versuchen muss, die gewalttätigen Folgen individueller Arbeitslosigkeit zu kontrollieren, wie wenn es sich um physische Gewalt handeln würde²²³.

In einer funktional hochdifferenzierten Gesellschaft stehen die Individuen nicht mehr nur einer kompakten sozialen Einheit gegenüber, also insbesondere nicht mehr dem Staat, sondern einer Mehrzahl hochspezialisierter Funktionsbereiche. Gefährdungen für Leib und Leben resultieren nicht nur daraus, dass andere Personen physische Gewalt anwenden. Deshalb ergeben sich entscheidende Veränderungen für die möglichen Begründungen von staatlichen Funktionen. Die primäre Aufgabe der Politik, d.h. die Stabilisierung von Ordnung und Frieden durch die Repression illegitimer Gewalt, kann jedenfalls heute nicht mehr allein durch eine machtbasierte staatliche Infrastruktur erfüllt werden²²⁴. Es ist darüberhinaus eine geldbasierte staatliche Infrastruktur nötig. Damit soll mit den Mitteln des Sozial- und Wohlfahrtsstaates die Kontrolle über die Probleme der Armut erfolgen, welche sich nicht aus individuell zurechenbaren Risiken für Leib und Leben ergeben²²⁵.

2.5.5.3. Subsidiaritätsprinzip und Infrastruktur sowie Unwissenheit

Zwischen machtbasierter und geldbasiertem Infrastruktur gibt es freilich erhebliche Unterschiede. Während das politische System und sein Staat ein Monopol der Kontrolle physischer Gewaltanwendung beanspruchen können, gilt gleiches nicht für das Einsetzen von Geld. Es bedarf dort keiner Monopolisierung, sondern einer kontrollierenden kontextuellen Steuerung. Selbst noch dieser Anspruch an Kontrolle ist reduziert, nämlich durch das Subsidiaritätsprinzip sowie durch das Prinzip funktionaler Differenzierung und dem

221 So wird etwa die Meinung vertreten, die Marktwirtschaft produziere Arbeitslosigkeit und in deren Gefolge Armut (vgl. MÄDER/NEFF, S. 19 ff., S. 112).

222 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 695.

223 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 695.

224 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 696 f.

225 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 697.

daraus folgenden Primat dezentraler Autonomie²²⁶. Auch in diesen Fällen geht es um die Repression illegitimer Gewalt. Der neue Aspekt ist einzig der, dass ausser der Gewalt durch Personen auch Formen organisierter, struktureller, in die «normale» Operationsweise hochspezialisierter Funktionssysteme moderner Gesellschaften eingebauter Gewalt kontrolliert werden sollen²²⁷.

In den Überlegungen WILLKES ist weiter das Problem der zunehmenden Unwissenheit von grosser Bedeutung. Es mag zwar individuell zurechenbar sein, wenn jemand die Risiken des Rauchens ignoriert. Das gilt aber nicht gleicherweise für das Wissen um verseuchtes Wasser oder um strahlende Computer-Monitore. Mit dem Grad der Intelligenz von Systemen wächst zwingend auch der Grad möglicher Ignoranz und vor allem auch der Grad individuell nicht zurechenbarer Ignoranz.

2.5.5.4. Subsidiaritätsprinzip und Gewaltkontrolle sowie Kontextkontrolle

Während die Politik mit Bezug auf die traditionelle Gewaltausübung definiert, welche Arten der Gewalt in der Familie oder in der Schule zulässig sind und welche Formen der Gewalt im öffentlichen Interesse kontrolliert werden sollen, geht es bei den neuen Gewaltformen nicht um die Zusprechung eines Gewaltmonopols, sondern um die Kompetenz-Kompetenz, und es genügt in diesem Kontext, ein relatives Mass an Gegen-Gewalt bzw. Gegen-Reichtum aufzubauen, welches der Politik ermöglicht, die für Leib und Leben der Individuen bedrohlichen Formen illegitimer Macht und der nicht zurechenbaren Armut zu kontrollieren²²⁸.

Falls der Gedanke der Gegen-Macht und des Gegen-Reichtums ins Zentrum der Staatsbegründung gerückt wird, so zeigt sich, dass der Staat weder eines Machtmonopols, noch eines Monopols des Reichtums bedarf. Anderseits wird deutlich, dass die Kontrolle personaler physischer Gewalt nicht ausreicht. Das Prinzip der Subsidiarität erlaubt und erzwingt als legitime Funktion des Staates eine kontextuelle Kontrolle²²⁹. Die Erklärung dafür ergibt sich aus dem Umstand, dass mit der gegenwärtigen Ausbildung der Informationsgesellschaft das Problem der Ignoranz ein ähnliches Gewicht bekommt wie vorher das Problem von Gewalt und Armut. Der Staat muss unter diesen Umständen eine wissensbasierte Infrastruktur aufbauen, die den Einsatz des erforderlichen Gegen-Wissens leitet und kontrolliert²³⁰.

226 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 697 f.

227 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 698.

228 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 700.

229 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 701.

230 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 702.

WILLKE nennt in diesem Zusammenhang die Nutzung der Atomenergie, Kommunikationstechnologie, die Raumfahrt, neue Transportsysteme, neue Arzneimittel und neue Waffentechnologien. Erhellend für das gesamte Konzept ist der folgende Satz²³¹:

«Der Rechtsstaat wurde hervorgetrieben durch einen Mangel an Macht, welche der Anwendung illegitimer Gewalt Einhalt gebieten können. Der Sozial- und Wohlfahrtsstaat wurde erzwungen durch einen Mangel an Geld, welches die gewalttätigen Folgen der Armut hätten erträglich machen können. Ganz analog muss man heute feststellen, dass ein Mangel an Wissen eine neue Staatsfunktion fordert, einen präventiven Staat, weil mit der Ausbreitung wissensbasierter Technologien das individuelle und kollektive Risiko eines unkontrollierten Wissens selbst destruktiv wird.»

Diese neue Staatsaufgabe, d.h. die Schaffung einer wissensbasierten Infrastruktur, ist eine bloss subsidiäre und präventive. Es genügt der Aufbau eines Potentials für die Produktion des für die Kontrolle wissensbasierter Technologien erforderlichen Gegenwissens²³².

Wenn WILLKE nach alledem nach der Steuerungsfunktion des Staates fragt, so lautet die Antwort, dass diese neue Aufgabe weder mit dem Konzept des «Nachtwächter»-Staates noch mit dem Konzept einer autoritativen Gesamtplanung eines Interventions-Staates zu erfüllen ist. Beides entspricht nicht den Operationsbedingungen einer hochdifferenzierten und modernen Gesellschaft²³³. Gefragt ist eine Anleitung zur Selbststeuerung im Rahmen einer wechselseitigen kontextuellen Kontrolle der Funktionssysteme. Der wesentliche kontextuelle Parameter, den das politische Funktionssystem beitragen soll, ist eine Entscheidungsleistung, nämlich die Definition der öffentlichen Interessen hinsichtlich einer zum politischen Problem gewordenen Frage²³⁴. Die traditionelle politische Intervention der autoritativen, direkten Art kann in diesen Problemfeldern nicht mehr erfolgreich sein. Gefragt ist vielmehr eine neue Bescheidenheit der Politik. Es geht nicht um einen Interventionsverzicht überhaupt, sondern lediglich um den Verzicht auf direkte Intervention. Möglich sind demgegenüber kontextuelle Interventionen, welche Willke als Idee der dezentralen Kontextsteuerung bezeichnet²³⁵.

231 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 702 f.

232 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 703.

233 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 705.

234 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 706 f.

235 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 708 f.; vgl. auch DERS., Entzauberung, S. 62 ff., wo als Mittel für die Steuerung des heutigen Staates vor allem Relationierungsprogramme thematisiert werden.

2.5.5.5. *Vom übergeordneten zum gleichgeordneten Staat*

Eine ausgesprochen scharfzüngige Attacke gegen überzogenen staatlichen Interventionismus lancierte WILLKE in seiner «Supervision des Staates». Er plädiert dort dafür²³⁶, dass die Politik alles, was die spezialisierten Funktions-systeme, ihre Organisationen und Akteure selbst leisten können, nicht anrühren soll. Man hat das Prinzip der horizontalen Subsidiarität zu beachten. So wie das vertikale Subsidiaritätsprinzip fordert, dass eine hierarchisch übergeordnete Einheit, etwa die traditionelle Politik gegenüber Verbänden, keine Aufgaben usurpiert, welche die nachgeordnete Einheit selber zu lösen vermag, so fordert das horizontale Subsidiaritätsprinzip, dass die Politik als heterarchisch gleichgeordnetes Funktionssystem keine Aufgabe an sich zieht, die von einem fachlich zuständigen, (funktional spezialisierten) System selbst wahrgenommen werden kann. Allerdings muss man damit rechnen, dass die Politik, so wie sie es auch verstanden hat, die vertikale Subsidiarität mit allen nur denkbaren Chimären des Gemeinwohls zu durchlöchern, auch die heterarchisch gleichgeordneten Funktionssysteme unter Berufung auf die allgemeine Wohlfahrt zu entmündigen trachtet. Der Kern des Problems liegt in einem staatlich gepflegten und ausgenützten Misstrauen gegen Selbstorganisation²³⁷.

Steuerungskompetenz liegt nach diesem Konzept nicht ein für alle mal an einer bestimmten Stelle, d.h. nicht ein für alle mal beim Staat, sondern fluktuiert dorthin, wo die Entscheidungsexpertise für ein bestimmtes Problem liegt. Verfügt bei einem gegebenen Problem keines der Systeme über die alleinige Entscheidungsexpertise, so sind Verhandlungen und Abstimmungen zwischen allen betroffenen Systemen erforderlich. Die besondere Leistung der Politik könnte nach WILLKE sein, die erforderlichen Verhandlungen und Abstimmungen zu moderieren, ohne eine Lösung vorzugeben und auch ohne auf Formen direkter Steuerung zurückzugreifen²³⁸.

Zu guter Letzt gerät auch noch der Nationalstaat ins Kreuzfeuer, weil die Globalisierung, die Wissensbasierung und die Digitalisierung die Regeln des politischen Systems neu schreibt. Moderation wird zur Kernkompetenz, welche poststatistische Politiksysteme erbringen müssen, wenn sie im Konzert der Wissensgesellschaft und in der noch schwierigeren Partitur der Kontextsteuerung lateraler Weltsysteme mitspielen wollen. Die Beteiligung der Politik ist dabei keineswegs zwingend. Es ist denkbar, dass die Moderationsfunktion von einem «konsultativ» operierenden Rechtssystem übernom-

236 WILLKE, Supervision, S. 308 f.

237 Aus der Sicht der Neuen Politischen Ökonomie formuliert SCHÜLLER eine vergleichbare Klage (hinten Ziff. 2.6.5.).

238 WILLKE, Supervision, S. 318 f.

men wird, in dem soziale Kooperationsabkommen wie zivilrechtliche Verträge nach vorher vereinbarten Prozessordnungen verhandelt werden.

Falls man die Idee vertikaler und horizontaler Subsidiarität als Prinzip der Selbststeuerung ernst nimmt, kann es mit der immer deutlicheren Infragestellung des verbliebenen Sinns von Nationalstaaten geschehen, dass die Politik zwar noch weiter operiert und mit sich selbst beschäftigt, aber dies niemanden mehr stört, weil ihre Leistungen für die anderen Funktionssysteme irrelevant werden²³⁹.

2.5.5.6. *Widerstand seitens des Staatsrechts*

Es versteht sich beinahe von selbst, dass diese radikale Relativierung des Staates vor allem in Kreisen der Staatsrechtslehre Widerspruch hervorruft. Die Bereitschaft ist gering, den Staat lediglich als eine – wenn auch realitätsprägende – gedankliche Konstruktion zu betrachten. Vielmehr hält die Staatsrechtslehre an einer eigenständigen Realität des Staates fest. Weniger Anstoss an dieser Sicht scheint die Politologie zu nehmen²⁴⁰.

Ebenso wenig Begeisterung löst die These aus, das politische System sei von den übrigen Teilsystemen der Gesellschaft allein durch seine spezifische Funktion zu trennen, es könne für sich aber keinerlei herausgehobene Position beanspruchen²⁴¹. Tatsächlich bleibt der Staat Staat, auch wenn er informiert, kooperiert, vermittelt, überzeugt und Verträge schliesst²⁴².

2.5.6. **Ökonomie**

2.5.6.1. *Subsidiaritätsüberlegungen erst in jüngster Zeit*

In den Lehrbüchern der Ökonomie ist das Subsidiaritätsprinzip noch kaum anzutreffen²⁴³. Hingegen stösst man in der monographischen Literatur und in Fachzeitschriften insbesondere seit einigen Jahren vermehrt auf Überlegungen zum Subsidiaritätsprinzip. Dies dürfte nicht zuletzt auf die Diskussion zurückzuführen sein, welche im Umfeld der Verankerung des Subsidiaritätsprinzips in Artikel 3b EGV entfaltet worden ist. Einschlägige Erörterungen

239 WILLKE, Supervision, S. 342 f.

240 Vgl. SCHARPF, S. 629 f.

241 Siehe GRIMM (Bilanz, S. 781) unter Hinweis auf Reaktionen in der Forschergruppe, die sich mit den Aufgaben des Staates beschäftigt hat. Weitere Verteidigung des Eigenwertes des Staates etwa bei SCHUPPERT (Steuerungsinstrument, S. 76), wo im übrigen der Steuerungspessimismus der Systemtheoretiker LUHMANN und WILLKE abgelehnt wird.

242 Vgl. auch SALADIN, Wozu noch Staaten?, S. 88 f.

243 Bei ERDMANN figuriert das Stichwort zwar, wird aber nur beiläufig im Zusammenhang mit der Sozialpolitik thematisiert; diese respektiere die Subsidiarität zu wenig (S. 28).

verdanken wir namentlich WERNER DICHMANN, HEINZ GROSSKETTLER, HANS JÜRGEN KRUPP, ARNOLD PICOT, KURT W. ROTHSCHILD, DIRK SAUERLAND, ALFRED SCHÜLLER, VIKTOR VANBERG, CHRISTIAN WATRIN sowie EBERHARD WILLE.

2.5.6.2. Unterscheidung von öffentlichen und privaten Gütern

Im Kontext ist zunächst die Debatte um öffentliche und private Güter bzw. um Staatsversagen und Marktversagen bedeutungsvoll. Die Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen Gütern ist ein Hilfsmittel zur Festlegung von Staatsaufgaben²⁴⁴.

Private Güter charakterisieren sich dadurch, dass sie über Märkte erzeugt werden. Das rechtliche Vehikel ist der Austauschvertrag. In Frage stehen beispielsweise der Kauf von Nahrungsmitteln und die Miete einer Wohnung. Für öffentliche Güter besteht zwar ebenfalls eine private Nachfrage. Ihre Besonderheit liegt aber darin, dass vom Austausch nicht nur die Partner profitieren, sondern dass es freie Bezugsmöglichkeiten gibt. Deshalb verflüchtigt sich die Bereitschaft einzelner Nachfragender, den Preis für ein Gut zu entrichten. Es kommt zur Erscheinung des «Trittbrettfahrers» («free rider»). Das Angebot dieser Güter muss daher dem Staat überantwortet werden²⁴⁵. Betroffen sind Güter wie Verkehrspolizei, Landesverteidigung, Umweltschutz, Geldordnung sowie regulierende Massnahmen wie Wirtschaftsaufsicht²⁴⁶.

Indessen ist nicht ein für allemal ausgemacht, welche Güter zu den öffentlichen gehören²⁴⁷ und bei Bedarf durch den Staat erzeugt werden sollen²⁴⁸. Die technische Entwicklung kann aus öffentlichen Gütern private Güter machen, so etwa im Bereich von Radio und Fernsehen²⁴⁹. Solange Radio- und Fernsehprogramme frei empfänglich sind, handelt es sich um öffentliche Güter. Beim Pay-TV geht es demgegenüber um ein privates Gut. Weiter kann etwa die Umschreibung von Eigentumsrechten für die Gruppenzuordnung entscheidend sein.

Probleme ergeben sich im Bereich des Leistungsstaates. Zu denken ist beispielsweise an schulische Ausbildungen, an subventionierte öffentliche

244 Vgl. GROSSKETTLER, S. 69 ff.

245 Siehe zur Thematik der öffentlichen und privaten Güter: WATRIN, Staatsaufgaben, S. 54 ff.; DERS., Marktversagen, S. 20 ff.; WILLE, S. 259 f.; HOTZ-HART/MÄDER/VOCK, S. 96; ERDMANN, S. 4.

246 Siehe WATRIN, Staatsaufgaben, S. 56 f. und S. 61 f.

247 Vgl. dazu bes. auch WILLE, S. 255 ff.

248 Vgl. GROSSKETTLER, S. 69 ff.

249 Vgl. auch DICHMANN, S. 232 f.

Verkehrsnetze, an subventionierte Theater. Hier ist weit weniger eindeutig, wie weit das staatliche Engagement gehen soll als bei den «klassischen» öffentlichen Gütern Polizei, Militär usw.²⁵⁰. Man spricht insofern auch von meritorischen Gütern²⁵¹. Wie weit solche Güter durch den Staat bereitzustellen sind, vermag die Ökonomie nicht zu sagen²⁵²; ihre Leistung bezieht sich vor allem auf die Beurteilung der Effizienz von Angeboten²⁵³. Welche meritorischen Güter zu erzeugen seien, muss das politische System entscheiden. Unter Umständen steht im übrigen nicht ein Entweder-oder zur Debatte. Denkbar ist teilweise auch eine Synthese von privater und öffentlicher Produktion²⁵⁴.

Dem Subsidiaritätsprinzip dienen Forderungen in besonderer Weise zu, welche mit dem Argument des Staatsversagens verlangen, dass der Staat nur eng interpretierte öffentliche Güter produzieren solle²⁵⁵. In umgekehrter Diktion lässt sich das Subsidiaritätsprinzip aus ökonomischer Sicht dahingehend ausmünzen, dass der Staat lediglich bei Marktversagen (Marktmängeln) tätig werden und Aufgaben wahrzunehmen habe²⁵⁶.

Bemerkenswert sind die Anforderungen und Voraussetzungen, welche DICHMANN mit Bezug auf die Erzeugung öffentlicher Güter formuliert. Sie dienen dazu, Schranken gegen das Überborden staatlicher Aktivitäten zu errichten. Dies geschieht durch die Reduktion des Öffentlichkeitsgrads von Gütern und durch ordnungspolitische Restriktionen für die staatliche Lieferung von privaten Gütern sowie auf regulative Prinzipien bei der Gewährung

250 Siehe WATRIN, Staatsaufgaben, S. 61 ff.; KRUPP, S. 31 f.

251 Vgl. ERDMANN, S. 4 und 68; illustrativ ferner RENÉ L. FREY, Universitäten im Aufbruch – Volkswirtschaftliche Analyse der gegenwärtigen Reformen, Rektoratsrede, Basel 1997, S. 13 f.

252 Siehe KRUPP, S. 31 f.; vgl. auch KURT W. ROTHSCHILD, Bericht über die Generaldiskussion, in: GOTTFRIED BOMBACH/BERNHARD GAHLEN/ALFRED E. OTT (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen der Staatstätigkeit, Tübingen 1982, S. 721, wo betont wird, die ökonomischen Grenzen der Staatstätigkeit seien nicht klar erkenn- und definierbar.

253 WATRIN, Staatsaufgaben, S. 65 ff.; DERS., Marktversagen, S. 26 ff.; GOTTFRIED BOMBACH, Bericht über die Diskussion zum Referat H.J. KRUPP, in: GOTTFRIED BOMBACH/BERNHARD GAHLEN/ALFRED E. OTT (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen der Staatstätigkeit, Tübingen 1982, S. 53.

254 WILLE, S. 271 ff.

255 Vgl. DICHMANN, S. 231 ff.; GROSSKETTLER, S. 70 ff.; ROTHSCHILD, S. 199 f.; vgl. auch HOTZ-HART/MÄDER/VOCK, S. 76 ff.

256 Vgl. THOMAS DÖRING (Die Beurteilung der EG-Regionalpolitik unter Subsidiaritätsaspekten, Konjunkturpolitik 1994, S. 3 f.), der in seiner Abhandlung im übrigen zum Ergebnis gelangt, die EG-Regionalpolitik werde dem Subsidiaritätsprinzip nur in Teilen gerecht. Es bestehe eine Tendenz zu übertriebener Zentralisierung. Im Verhältnis zwischen EG und Mitgliedstaaten sollte generell gelten, dass regionalpolitische Probleme, die grundsätzlich auf einzelstaatlicher Ebene bewältigt werden könnten, nicht Gegenstand von EG-Massnahmen werden dürfen (S. 25).

gesellschaftlicher Solidarität²⁵⁷. Grosse Bedeutung hat die Äquivalenzfinanzierung staatlicher Aktivitäten anstelle der Finanzierung durch Steuern²⁵⁸. Betont wird vor allem auch, dass soziale Hilfen so ausgestaltet werden müssten, dass die individuelle Leistungsbereitschaft erhalten bleibt²⁵⁹.

WILLKE hält aus systemtheoretischer Sicht dafür, dass die Versuche, mit politischen Strategien die vielfältigen Formen von Marktversagen zu kompensieren, in ein komplementäres Staatsversagen münden, welches sich quantitativ vor allem an einer kontraproduktiven Staatsquote oder auch an der Zahl der beim Staat beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer abgreifen lässt. Eine Abfolge von «konservativen» und «progressiven» Regierungen (in parlamentarischen Regierungssystemen) führt zu einer Schaukelpolitik von Regulierung und Deregulierung, Verstaatlichung und Entstaatlichung, Etatisierung und Privatisierung, mehr Steuerung und mehr Autonomie, mehr Markt und weniger Staat²⁶⁰.

2.5.6.3. Wettbewerb als konstitutives Element der subsidiären Wirtschaftsordnung

Nach diesen Ausführungen soll noch ein Blick auf Überlegungen zur Ordnungspolitik geworfen werden, welche sich mit den Bedingungen für die Produktion privater Güter beschäftigt. Diese sind für den Kontext insofern besonders bedeutungsvoll, als das Verhältnis zwischen Staat und Privaten betroffen ist. Hierzu hat sich namentlich WERNER DICHHMANN in vertiefter Weise geäussert²⁶¹.

Für die Produktion privater Güter erweist sich nach DICHHMANN der Wettbewerb als Ordnungsprinzip der subsidiären Wirtschaftsordnung²⁶². Ihm entspricht ein idealistisches Menschenbild mit Betonung der Sicherung der Würde des einzelnen Menschen. Um dies zu erreichen sollen dem Individuum und den untergeordneten staatsrechtlichen Ebenen möglichst grosse Freiheiten eingeräumt werden. Hilfen sollen dann gewährt werden, wenn die Individuen sich nicht selber helfen können²⁶³.

Die Wettbewerbsfreiheit ist konstitutives Merkmal einer subsidiären Wirtschaftsordnung. Sie ist die notwendige Bedingung von Subsidiarität²⁶⁴. Die

257 DICHHMANN, S. 230 ff.

258 DICHHMANN, S. 236 ff.; vgl. dazu auch GROSSKETTLER, S. 70 ff.

259 DICHHMANN, S. 238 f.

260 WILLKE, Supervision, S. 85 ff.

261 In dieselbe Richtung weisen auch Ausführungen von PICOT, S. 109.

262 DICHHMANN, S. 204 ff.

263 DICHHMANN, S. 204.

264 DICHHMANN, S. 205.

Wettbewerbsfreiheit kann nur in der Marktwirtschaft und nicht in der Planwirtschaft entfaltet werden. Zentralistisch gelenkte Wirtschaften sind mit dem Subsidiaritätsprinzip unvereinbar²⁶⁵. Hat man sich für eine subsidiäre Wirtschaftsordnung entschieden, dann ist mit dieser Entscheidung jedes Streben unvereinbar, den Wettbewerb als Ordnungsprinzip der Subsidiarität zu liquidieren. Ergebnisgerechtigkeit oder Verteilungsgerechtigkeit ist prinzipiell nicht innerhalb des subsidiären Marktsystems anzustreben. Dieses Anliegen muss vielmehr ausserhalb des subsidiären Marktsystems verfolgt werden²⁶⁶.

Die subsidiäre Wirtschaftsordnung stellt sich nicht von selbst ein, sondern bedarf einer institutionellen Basis. Erforderlich ist die Verankerung einer Wirtschaftsverfassung, die eigenverantwortliches, subsidiäres Handeln durch Einräumung der erforderlichen Freiheiten ermöglicht²⁶⁷. In diesem Kontext hat das Privatrecht eine herausragende Bedeutung²⁶⁸. Dabei erwähnt DICHMANN unter Hinweis auf FRIEDRICH A. VON HAYEK vor allem klar definierte Eigentumsrechte zugunsten natürlicher und juristischer Personen²⁶⁹. Entscheidend sind ein für alle Rechtssubjekte gleicher formaler Status sowie Schutz vor willkürlichen staatlichen Eingriffen in Rechtspositionen. Im weiteren soll das Recht dafür sorgen, dass subsidiäre Handlungsfreiheiten nicht mit ethischen Prinzipien in Konflikt geraten. Dies kann durch die Variation der Transaktionskosten für die Erzeugung von privaten Gütern geschehen²⁷⁰. Hingegen ist es abzulehnen, die Marktwirtschaft institutionell auf Solidarität und soziale Gerechtigkeit zu verpflichten, weil sonst immer weniger sachliche und immer mehr moralische Ansichten eine Rolle spielen können, wenn es um die Frage der Einschränkung individueller Freiheitsrechte geht²⁷¹.

Ausser dieser institutionellen Basis ist die subsidiäre Wirtschaftsordnung auf zusätzliche Sicherungen durch eine übergeordnete staatliche Ebene angewiesen. Diese hat die institutionellen Rahmenbedingungen für kooperatives, subsidiäres Handeln zu schaffen. Dazu gehören die Gewährleistung der Vertragsfreiheit und des Privateigentums, die Durchsetzung der Haftung, das Offenhalten der Märkte, die Sicherung von Preisniveaustabilität, die Korrek-

265 DICHMANN, S. 206; relativierend, unter Hinweis auf «Missbrauchsmöglichkeiten» des Subsidiaritätsprinzips SCHÜLLER, S. 72 ff.

266 DICHMANN, S. 210.

267 DICHMANN, S. 211.

268 DICHMANN, S. 211 f.

269 DICHMANN, S. 213 f.

270 DICHMANN, S. 213 ff.

271 DICHMANN, S. 218.

tur von Marktversagen sowie die Verwirklichung einer sozialen Komponente ohne Liquidation des Wettbewerbs als Ordnungsprinzip²⁷².

Im Rahmen des Wettbewerbsschutzes geht es vor allem um die Sicherung des Markteintritts und des Abwanderungsrechts²⁷³. Zweck dieser Rechte ist die Gewährleistung der Freiheit und Entfaltungsmöglichkeit auf der subsidiären Ebene durch die Neutralisierung von privater und staatlicher Macht. Marktmächtige Unternehmen oder Kartelle dürfen den Marktzutritt nicht versperren, und der Staat darf Rechtssubjekte nicht zum Verbleiben auf seinem Territorium zwingen. Im Zusammenhang mit der Preisniveaustabilisierung ist eine unabhängige Zentralbank gefordert, welche nicht vom Staat zum Betätigen der Notenpresse gedrängt werden kann²⁷⁴.

Die vorstehend umschriebenen institutionellen Sicherungen genügen laut DICHMANN (immer noch) nicht, um eine subsidiäre Wirtschaftsordnung zu sichern. Es bedarf darüberhinaus noch Sicherungen, welche verhindern, dass übergeordnete staatliche Ebenen durch wettbewerbsfeindliche gesellschaftliche und wirtschaftliche Kräfte usurpiert werden²⁷⁵. In der Terminologie der Neuen Politischen Ökonomie geht es darum, Rentseeking-Aktivitäten zu verhindern. Dazu werden fünf grundsätzliche Regelungen propagiert²⁷⁶. Erstens muss die individuelle Vertragsfreiheit faktisch durchsetzbar sein. Zweitens müssen rechtliche Regelungen richtig sein, welche es erlauben, Rentenpositionen zu schaffen und zu verteidigen. Die Rechtsordnung darf drittens einzelvertragliche Arrangements, womit sich opportunistisches Verhalten unattraktiv gestalten lässt, nicht untersagen. Viertens muss für Eingriffe übergeordneter Ebenen eine rationale Grundlage geschaffen werden, welche sicherstellt, dass der Wettbewerb als Organisationsprinzip der Subsidiarität nur dann ausgeschaltet wird, wenn seine Wirksamkeit versagt (Marktversagen). Fünftens dürfen von übergeordneten Ebenen nur solche Hilfen gewährt werden, welche an Individuen fliessen, deren soziale Bedürftigkeit klar umschrieben und nachgewiesen ist. Solche Hilfen müssen ausserhalb des subsidiären Marktsystems gewährt werden.

Bemerkenswert sind die folgenden abschliessenden Äusserungen von DICHMANN²⁷⁷:

«Das Subsidiaritätsprinzip zielt auf die Ordnung von Wirtschaft und Staat. Da zu jeder Zeit gesellschaftliche und wirtschaftliche Kräfte existieren, die sich durch Einschränkung subsidiärer Handlungsfreiheit Vorteile versprechen, bleibt die Verwirklichung der Subsi-

272 DICHMANN, S. 218 ff.

273 DICHMANN, S. 223 ff.

274 DICHMANN, S. 225 f.

275 DICHMANN, S. 227 ff.

276 DICHMANN, S. 228 f.

277 DICHMANN, S. 243.

diarität ständige Aufgabe einer individualistischen Gesellschaftsordnung. Ohne die individuelle Bereitschaft zur Übernahme von Ergebnisungewissheit kann eine subsidiäre Ordnung weder geschaffen noch dauerhaft aufrecht erhalten werden. In parlamentarischen Demokratien geht diese Bereitschaft in dem Masse zurück, in dem politische Parteien und Regierungen bereit und in der Lage sind, den Volksneid und Gruppeninteressen durch rechtliche und finanzielle Privilegierungen und Diskriminierungen zu institutionalisieren».

2.5.6.4. Sozialpolitik und Subsidiaritätsprinzip

Für die Subsidiaritätsdebatte ist auch die Sozialpolitik von erheblicher Bedeutung. Diesbezüglich sei lediglich erwähnt, dass SCHÜLLER an dieser Politik die Ambivalenz des Subsidiaritätsprinzips eindrücklich aufzeigt. Seine resignierende Schlussfolgerung lautet dahin, dass dieses Prinzip im Extremfall sogar zur Begründung der Zentralverwaltungswirtschaft ehemals kommunistischer Prägung instrumentalisiert werden kann²⁷⁸. Das Subsidiaritätsprinzip ist je nach Menschenbild und Staatsverständnis verschiedenen interpretierbar, ja es bietet vor allem im politischen Prozess viel Spielraum für verbale Verdrehungskünstler²⁷⁹.

2.5.6.5. Verhältnis der staatlichen Ebenen zueinander

Die bisherigen Ausführungen beziehen sich im wesentlichen auf das Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaftssubjekten. Hingegen hat man noch wenig davon gehört, welche Aussagen die Ökonomie zum Verhältnis der einzelnen staatlichen Ebenen macht. Jüngst hat sich diesbezüglich SAUERLAND vernehmen lassen und die These vertreten, dieses Prinzip sei aus ökonomischer Sicht²⁸⁰ eine Richtschnur für die föderale Gestaltung von politischen Organisationen²⁸¹. Dabei bestehe kein Widerspruch, sondern prinzipiell ein Gleichlauf zwischen Subsidiarität und Effizienzüberlegungen²⁸².

278 SCHÜLLER, S. 71 ff.; demgegenüber hält Roos (Spalte 1048) dafür, das Subsidiaritätsprinzip stehe ganz klar gegen die Einrichtung einer Zentralverwaltungswirtschaft.

279 SCHÜLLER, S. 74.

280 SAUERLAND, S. 41 ff., bes. S. 55, wo auf die Kollektivgüterindustrie Bezug genommen wird, und S. 141 ff., bes. S. 209, wo die neue Industrieökonomik herangezogen wird.

281 Ähnliche Überlegungen finden sich bei PICOT, S. 109.

282 SAUERLAND, S. 35 ff.

2.5.6.6. *Subsidiaritätsprinzip als Legitimation der ökonomischen Theorie der Organisation*

Im Sinne eines Hinweises sei hier lediglich erwähnt, dass wir bei ARNOLD PICOT eine (teilweise) umgekehrte Betrachtungsweise finden. Dieser Autor zieht das Subsidiaritätsprinzip nach einer Auseinandersetzung damit zur Legitimation der ökonomischen Theorie der Organisation heran. Zentral ist die folgende Passage²⁸³:

«Die Analyse der Gestaltungsaussagen von Property-Rights- und Transaktionskosten-theorie als zweier heute in der Wirtschaftswissenschaft (Volks- und Betriebswirtschaftslehre) vielfältig diskutierter und angewandter ökonomischer Organisationstheorien gelangt zu dem Ergebnis, dass sich deren ökonomische Effizienzaussagen mit den anthropologisch-ethischen Sollvorstellungen des Subsidiaritätsprinzips weitgehend decken, dass also der Subsidiaritätsgedanke in der neueren ökonomischen Theorie der Organisation bereits implizit enthalten ist.»

2.5.7. Weitere Disziplinen

2.5.7.1. *Vorbemerkung*

Mit den angesprochenen Disziplinen Staatslehre, Sozialphilosophie, Politologie, Systemtheorie und Ökonomie ist der Fächer möglicher Bezüge nicht erschöpft. Es liessen sich noch weitere Disziplinen in die Überlegungen einbeziehen. Indessen sind die Beiträge zum Subsidiaritätsprinzip dort nicht gleicherweise leicht zugänglich. Im folgenden sollen lediglich einige Hinweise gegeben werden.

2.5.7.2. *Ethnologie*

Zunächst wäre es interessant, Subsidiaritätsfragen aus ethnologischer Perspektive näher anzugehen. Vorderhand wissen wir aus der Ethnologie immerhin, dass das Subsidiaritätsprinzip der Sache nach wohl in den verschiedensten Zeitepochen und Kulturen nachweisbar ist²⁸⁴.

2.5.7.3. *Sozialpsychologie (Equity-Theorie)*

Im weiteren ist anzunehmen, dass die Sozialpsychologie aufschlussreiche Beiträge zu leisten vermöchte. Dabei ist vor allem an die Equity-Theorie zu

283 PICOT, S. 115 f.

284 Siehe vorn Ziff. 2.4.3.; siehe im weiteren die interessanten Hinweise bei WOLFGANG MARSCHALL, Tauschen und Schenken – Ritualisierte Formen von Gegenseitigkeit und Ungleichheit, Neue Zürcher Zeitung vom 23./24. Dezember 1995, S. 17.

denken. In grober Vereinfachung lässt sich diese als eine Gerechtigkeitstheorie charakterisieren, die auf dem Gleichheits- bzw. Gleichgewichtsprinzip beruht. Equity ist dann vorhanden, wenn die von einer Person eingebrachten Beiträge (Inputs) den als Gegenleistung erhaltenen Werten (Outcomes) entsprechen. Das Equity-Prinzip steuert spezifische Erwartungen, mit denen ein Interaktionsergebnis angestrebt wird. Aufgrund des Equity-Prinzips kann man Voraussagen über das Verhalten von Personen in zahlreichen zwischenmenschlichen Situationen machen.

So weit ersichtlich, gibt es keine für den Kontext besonders einschlägigen Untersuchungen. Ein Grund für diese Lücke dürfte darin liegen, dass die Equity-Theorie in kleinen sozialen Systemen, insbesondere in Paarbeziehungen und am Arbeitsplatz, entfaltet worden ist. Man hat es mit anderen Worten mit der mikrosozialen Ebene zu tun. Die Übertragung auf die makrosoziale Ebene stellt wohl einige Probleme²⁸⁵. Dennoch spricht aus der Optik der Alltagspsychologie²⁸⁶ vieles dafür, dass die Menschen auch im Verhältnis zum Staat weitgehend ein Austauschdenken pflegen und dass die Equity-Theorie für den Kontext in besonderer Weise fruchtbar gemacht werden könnte²⁸⁷. Angemerkt sei, dass die Equity-Theorie auch Einfallstore für Kritik und Relativierung enthält²⁸⁸.

2.5.7.4. Biologie

Nicht zuletzt ist denkbar, dass aus der Biologie relevante Beiträge zur Subsidiaritätsfrage geleistet werden können, wenn man eine neuere Abhandlung von HELMUT HELSPER veranschlagt, welche diese Disziplin befragt, auf den hier aber nicht näher eingegangen werden soll²⁸⁹. Weiter sei auf eine Studie von MARGARET GRUTER verwiesen, welche (ebenfalls) die grosse Bedeutung von Tauschbeziehungen (Reziprozität) für das menschliche Verhalten betont²⁹⁰.

285 Vgl. BIERBRAUER, S. 31 ff., bes. S. 38.

286 Siehe zu diesen Begriffen etwa BIERBRAUER, S. 38 ff.

287 Auch aus anderen Bereichen der Psychologie fehlt es laut Angaben meines Basler Kollegen GERHARD STEINER an substantieller Literatur. Aus Gesprächen mit Kollegen Steiner entnehme ich jedoch, dass das Vorwissen, die Bedürfnisse, die Erwartungen und externe Einflüsse wie namentlich seitens der Medien mit Bezug auf die menschliche Wahrnehmung und Bewertung der staatlichen Aufgaben und Aktivitäten von erheblicher Bedeutung sind.

288 Siehe namentlich GÜNTER F. MÜLLER/MANFRED HASSEBRAUCK, Gerechtigkeitstheorien, in: DIETER FREY/MARTIN IRLE (Hrsg.), Theorien der Sozialpsychologie, Band I: Kognitive Theorien, 2. Aufl., Bern/Göttingen/Toronto/Seattle 1993, S. 222 ff.

289 Siehe HELMUT HELSPER, Die Vorschriften der Evolution für das Recht, Köln 1989.

290 MARGARET GRUTER, Rechtsverhalten. Biologische Grundlagen mit Beispielen aus dem Familien- und Umweltrecht, Köln 1993, bes. S. 55 f., 169 und 183 ff.

2.5.8. Folgerungen

Die Dicta von WASCHKUHN, über den Einfluss des Subsidiaritätsprinzips im heutigen Staat entscheide nicht die Wissenschaft, sondern die Politik²⁹¹, sowie von SCHÜLLER, mit dem Subsidiaritätsprinzip lasse sich im Extremfall sogar die Zentralverwaltungswirtschaft rechtfertigen²⁹², könnten einen in Resignation versinken lassen. Ist das Subsidiaritätsprinzip nicht ein chamäleonartiges Prinzip, das für irgendwelche Zwecke instrumentalisiert werden kann? Lohnt sich unter diesen Umständen eine juristische Debatte?

Nach der hier vertretenen Auffassung besteht kein Anlass, angesichts der Ergebnisoffenheit von einer näheren Prüfung abzusehen. Denn auch allgemein anerkannte Rechtsprinzipien sind kontextabhängig und auf der Zeitachse sehr unterschiedlich ausformbar. So kannten beispielsweise die Verfassungen der kommunistischen Staaten klassische Freiheitsrechte. Das damit verbundene Verständnis unterschied sich indessen grundlegend vom unsrigen²⁹³. Weiter ist zu bedenken, dass wir erst heute gewahr werden, dass der schweizerische Binnenmarkt auch mehr als 120 Jahre nach seiner Verankerung in der Bundesverfassung (Art. 31 Abs. 1) noch der Verwirklichung harrt und dass sich zur Unterstützung des Verwirklichungsprozesses im Jahre 1996 der Erlass eines Binnenmarktgesetzes aufdrängte! Einen weiteren illustrativen Vergleich liefert die grosse Spannweite in der Handhabung der «Interstate commerce clause» in den USA²⁹⁴.

Bei näherer Betrachtung verheisst ein interdisziplinär breit abgestützter Diskurs über das Subsidiaritätsprinzip einen bedeutungsvollen wissenschaftlichen Ertrag und vermag die einzelnen Disziplinen, einschliesslich der Rechtswissenschaft, zu einer gehaltvoller und kompetenteren Politik- und Rechtsberatung sowie Politik- und Rechtskritik zu befähigen, als sie in der Vergangenheit möglich war und erfolgte.

Tatsächlich will mir scheinen, dass der vorangehende kurze Blick in einschlägige Disziplinen klarend und inspirierend wirkt. Zwar wäre es verfehlt anzunehmen, damit sei die Stimme der jeweiligen Disziplin insgesamt erklungen. Ich habe mich auf ausgewählte Repräsentanten beschränkt. Es handelt sich dabei aber nicht um irgendwelche Fachvertreter, sondern mindestens teilweise um führende Vertreter ihrer Disziplin. Auch wenn nicht alle Facetten aufgezeigt worden sind, so darf doch angenommen werden, dass

291 WASCHKUHN, S. 17 f.

292 SCHÜLLER, S. 74.

293 Vgl. dazu etwa NORBERT HENKE/WILLY WIRANTAPRAWIRA, Verfassung (Grundgesetz) der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken vom 7.10.1977, Frankfurt am Main/Bern 1981, S. 52 ff.; MARTIN FINCKE (Hrsg.), Handbuch der Sowjetverfassung, Band I, Einleitung, Präambel, Art. 1-69, Berlin 1983, S. 574 ff.

294 SIEHE FLEINER-GERSTER, Subsidiarität, S. 328 f.

relevante Tredaussagen aus den einschlägigen Disziplinen wahrgenommen werden. Allerdings kann man nicht von einem völligen Konsens über die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips ausgehen²⁹⁵.

Geht man die vorstehend behandelten Beiträge durch, so eröffnen sich dem juristischen Auge bemerkenswerte Perspektiven. Bei aller Unterschiedlichkeit der Überlegungen sind vielversprechende Konvergenzen klar ersichtlich²⁹⁶.

Als erster Eindruck sei genannt, dass das Subsidiaritätsprinzip in allen erwähnten Disziplinen bedeutungsvoll ist. Es erscheint als Katalysator für die Entwicklung fachspezifischer Argumentationslinien. Sie alle zeigen einerseits Grenzen für staatliches Tun auf, weisen dem Staat anderseits aber auch klar Aufgaben zu, die über jene des Nachtwächter-Staates weit hinausreichen. Zwar wird nicht der Anspruch erhoben, das Subsidiaritätsprinzip ermögliche eine Feinsteuierung der staatlichen Aufgabenzuweisung. Hingegen gibt das Subsidiaritätsprinzip eine deutliche Richtungsweisung. Sie lautet: Der Staat muss flexibler, beweglicher, innovativer, konsensualer, partnerschaftlicher werden. Die gesellschaftliche Selbststeuerungsfähigkeit wird vom Staat tendenziell unterschätzt. Er muss nicht alles selber machen (wollen), sondern soll mitunter lediglich Spielregeln aufstellen und deren Einhaltung sicherstellen²⁹⁷. Der Staat kann auch nicht alles wissen, was er wissen müsste, um den nahezu unendlich vielfältigen Steuerungsbedürfnissen zu entsprechen, die in der postindustriellen, wissensbasierten und auf (Aus-)Bildung angewiesenen Gesellschaft anfallen²⁹⁸.

Zumal aus dem Staatsrecht wird gegenüber dem Subsidiaritätsprinzip der Ideologieverdacht erhoben²⁹⁹. Ähnliches vernimmt man aus den Sozialwissenschaften³⁰⁰. Ein solcher Verdacht wiegt schwer, weil damit der weitere Vorwurf verbunden ist, das Subsidiaritätsprinzip könne gar nicht anders als für ideologische Positionen mobilisiert und instrumentalisiert werden; demzufolge sei der wissenschaftliche Anspruch in Frage gestellt. Allein, auch die Ablehnung des Subsidiaritätsprinzips zieht den Ideologieverdacht auf sich, nämlich den Verdacht, man wolle aus ideologischen Gründen die Konsequenzen vermeiden, welche mit der Anwendung und Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips verbunden sind.

295 Auf den teilweise kontroversen Befund in den Sozialwissenschaften machen etwa KISSLING-NÄF/CATTACIN (S. 2) aufmerksam.

296 Das bestreiten letztlich auch KISSLING-NÄF/CATTACIN (S. 3 ff.) nicht.

297 Besonders deutlich WASCHKUHN, S. 47 ff.

298 WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 708 ff.

299 So der Sache nach BULL, Staatsaufgaben, S. 190 ff.; PESCATORE, S. 1071 ff.

300 Vgl. KISSLING-NÄF/CATTACIN, S. 2.

Aus dem vorstehenden Bericht aus einzelnen Disziplinen ergibt sich, dass das Subsidiaritätsprinzip alles andere als ein starres Kriterium ist. Vielmehr erweist es sich als augesprochen geschmeidig. Es vermag Anliegen des postindustriellen, wissensbasierten Staates, dem nicht zuletzt die Umwelt- und Nachweltsorge aufgetragen ist, ebenso aufzunehmen wie die Anliegen des Polizeistaates. Dennoch ist es kein Legitimationskriterium für alles und jedes. Es zwingt stets zum rationalen Diskurs darüber, was eine anthropozentrische Gesellschafts- und Staatsarchitektur zu leisten und was sie nicht zu leisten habe.

Aus staatsrechtlicher Sicht kann das Subsidiaritätsprinzip namentlich an der Menschenwürde anknüpfen und zur Konkretisierung dafür herangezogen werden, was ein Staat im Hinblick auf die Verwirklichung der Menschenwürde an Aufgaben zu übernehmen und was er nicht zu übernehmen habe³⁰¹. Das Subsidiaritätsprinzip schärft den Blick dafür, dass Menschenwürde und Selbstverantwortung zusammenzusehen sind. Staatsversagen droht jedenfalls dort, wo der Staat die Bereitschaft und den Willen zur Selbstverantwortung und zur Selbststeuerung lähmt³⁰². Er muss dort eingreifen, wo individuell nicht beherrschbare Faktoren auftreten, zu deren Ermittlung, Verständnis und Strukturierung die Systemtheorie einen herausragenden Beitrag leistet³⁰³.

Am Beitrag der Sozialphilosophie begeistert die realistische Einschätzung der Möglichkeiten staatlichen Engagements und eine Legitimationsstrategie, welche aus den Unwägbarkeiten der Verteilungsgerechtigkeit herausführt³⁰⁴.

Die Ökonomie macht klar bewusst, dass sich Subsidiarität nur in einer Privatrechtsgesellschaft mit institutionellem Wettbewerbsschutz und Zurückhaltung in der Produktion von öffentlichen Gütern sinnvoll entfalten kann. Das Hilfsgebot darf gegenüber dem Entzugsverbot nicht überwuchern und einem kollektivistischen Menschenbild dienstbar gemacht werden³⁰⁵. Anderseits kann das Hilfsgebot aber auch als Mittel zur Wahrung von Rechtsstaatlichkeit und Freiheit gelten, das den Rückfall in die Zunftwirtschaft verhindert³⁰⁶.

Die Systemtheorie rüttelt am deutlichsten und respektlosesten am Bild, welches das Staatsrecht vom Hochleistungsstaat zeichnet. Das Staatsrecht

301 Die Menschenwürde ist auch für SALADIN (Wozu noch Staaten?, S. 88 ff.) ein wesentlicher Ansatz für die Bestimmung und Zuweisung von Staatsaufgaben.

302 Vgl. eindringlich DICHMANN, S. 242 f.

303 Siehe WILLKE, Steuerungsfunktion, S. 694 ff. mit den Stichworten Armut, Gewalt, zunehmende Ignoranz, Gegen-Macht und wissensbasierte Infrastruktur.

304 HÖFFE, Tauschgerechtigkeit, S. 718 ff.

305 Vgl. DICHMANN, S. 195 ff.; SCHÜLLER, S. 69 ff.; GROSSKETTLER, S. 69 ff.

306 PERNTHALER, S. 191.

wird insofern die Schützenhilfe gerne annehmen, welche HÖFFE mit dem Bild der perspektivischen Täuschungen leistet. Noch treffender wäre es, mit der Psychologie von Wahrnehmungs- oder Urteilsverzerrungen³⁰⁷ bzw. von selektiver Wahrnehmung³⁰⁸ zu sprechen. Damit will gesagt sein, dass bei der Wahrnehmung durch die menschlichen Sinne zahlreiche Details verloren gehen. Tatsächlich verfügt das psychische System Mensch individuell nicht über die notwendigen Informationen, um eine korrekte Einschätzung des Einflusses und der Machbarkeit staatlicher Steuerung vorzunehmen. Mir will indessen scheinen, dass HÖFFE näher bei der Realität liegt als WILLKE und dass sich das Staatsrecht eher an diese Linie, die es tendenziell ja auch verfolgt, halten sollte.

Nach alledem wage ich die Schlussfolgerung, dass der interdisziplinäre Befund das Staatsrecht zur vermehrten Beschäftigung mit dem Subsidiaritätsprinzip ermutigt, ja geradezu nötigt. Verschliesst sich das Staatsrecht dieser Auseinandersetzung und Beschäftigung, so gibt es wissenschaftliche Profilierungschancen preis und überlässt das Feld anderen Disziplinen, zum eigenen Schaden und zum Schaden von Individuum, Gesellschaft und Staat.

Aus den vorstehenden Berichten aus einzelnen Disziplinen lassen sich meines Erachtens die folgenden gemeinsamen Merkmale gewinnen. Der Staat muss:

- in seinem Auftreten menschenfreundlicher (bürgernäher) werden
- in seinen Steuerungsansprüchen bescheidener sein, weil er sonst die Grenzen seiner Kompetenz und Legitimation überschreitet
- flexibler werden und responsiver auf die Bedürfnisse der Individuen antworten
- die Steuerungsleistungen der gesellschaftlichen Subsysteme anerkennen und integrieren
- seine Steuerungsinstrumente «enthoheitlichen» und anstatt hoheitlich vermehrt kooperierend, moderierend, mediatisierend und animierend auftreten
- Anliegen der Verteilungsgerechtigkeit prinzipiell ausserhalb des Wettbewerbs verwirklichen und dabei die Anreize für Leistungsbereitschaft und Leistungswillen sichern.

307 Vgl. etwa BIERBRAUER, S. 41 f.

308 Vgl. etwa BIERBRAUER, S. 64 f.

2.6. Funktionale Teiläquivalente zum Subsidiaritätsprinzip

2.6.1. Deregulierung

Der Eindruck ist verbreitet, der Staat erlasse zu viele Rechtsnormen und neige zu einer übersetzten Regelungsdichte und Regelungsintensität; der Grad der Verrechtlichung sei übertrieben. Im Vordergrund des Interesses und der Abneigung stehen öffentlich-rechtliche Erlasse. Es wird daher nach Deregulierung gerufen³⁰⁹.

Die Gründe für die heute bestehende hohe Regulierung sind vielfältig. Sie haben aber nicht zuletzt mit der zunehmenden Komplexität der Lebensbedingungen zu tun, welche staatliche Regulierung nötig zu machen scheint, sowie mit dem Bedürfnis nach möglichst konkreten Normen im Interesse der Rechtssicherheit. Der Staat ist hohen Regelungserwartungen ausgesetzt³¹⁰. Wenn heute verstärkt nach Deregulierung gerufen wird, dann hat dies vor allem mit dem Eindruck zu tun, der heutige Regulierungsstand schwäche die Wettbewerbskraft der Schweizer Wirtschaft. Diese bedürfe der Revitalisierung³¹¹.

Die Deregulierungsforderung ergeht an alle Stufen der Rechtsetzung, d.h. an Bund, Kantone und Gemeinden. Ihre Träger sind in erster Linie die Unternehmen, aber auch Kantone und Gemeinden je gegenüber den übergeordneten Regelungsebenen. Dies folgt nicht zuletzt aus dem Begriff der Deregulierung³¹². In einer allgemeinen Umschreibung geht es darum, wieder vermehrte Freiräume für private, insbesondere privatwirtschaftliche Aktivitäten zu gewinnen. Dieser Prozess ist verbunden mit einer Neubesinnung und einer Neudeinition des Verhältnisses zwischen Staat, gemeint auf allen Ebenen, sowie Gesellschaft und Individuen³¹³.

Betrachtet man die Reichweite der Deregulierungsforderung, so bezieht sie sich vor allem auf das Wirtschaftsverwaltungsrecht, erschöpft sich aber nicht in diesem Bereich³¹⁴. Neben materiell-rechtlichen sollen vor allem auch formell-rechtliche Normen, insbesondere Bewilligungsvorschriften, abge-

309 Vgl. LIENHARD, S. 99 f.; vgl. zu dieser Thematik weiter auch etwa: HANS GIGER (Hrsg.), *Wirtschaft und Recht im Würgegriff der Regulierer, Normenflut als Resultat einer verfehlten Gesetzgebungspolitik, Auswirkungen auf Klein- und Mittelbetriebe*, Zürich 1996. Die Thematik scheint in der Bevölkerung allerdings nicht überaus aktuell zu sein. Jedenfalls erreichte die «Deregulierungsinitiative: Mehr Freiheit – weniger Gesetze» die erforderlichen 100'000 Unterschriften innert Frist nicht (BBI 1997 III 711).

310 Vgl. LIENHARD, S. 101 f.

311 Vgl. LIENHARD, S. 102 f.; SCHLUEP, S. 479 f.

312 Vgl. dazu ausführlich LIENHARD, S. 105 ff.

313 Vgl. LIENHARD, S. 111.

314 Vgl. LIENHARD, S. 112 f.

baut werden³¹⁵. Auf diese Weise soll mehr Raum für Wettbewerb geschaffen werden³¹⁶.

Der Staat kann dem Ruf nach Deregulierung allerdings nicht hemmungslos nachgeben. Er hat eine Reihe von Schranken zu beachten. Zu nennen sind insbesondere verfassungsrechtliche Pflichten, Grundrechte (in ihrer konstitutiven Bedeutung) sowie das (grundsätzlich für die gesamte Staatstätigkeit geltende) Legalitätsprinzip³¹⁷. Anderseits werden auch Deregulierungspflichten namhaft gemacht, abgeleitet aus Grundrechten (in ihrer Abwehrfunktion) und aus dem Verhältnismässigkeitsgebot, dem Subsidiaritätsprinzip und dem Beschleunigungsgebot³¹⁸.

Weiter ergeben sich Schranken aus dem Föderalismus und der Gemeindeautonomie³¹⁹. Der mit der Deregulierung verbundene Normenabbau äussert sich auf unterschiedliche Weise, nämlich als Kompetenzverlagerung auf Individuen oder nachgeordnete staatsrechtliche Ebenen. In diesem Kontext erscheint auch die Privatisierung in ihren verschiedenen Formen³²⁰. Es kann auch zum Wechsel von öffentlichrechtlichen zu privatrechtlichen Normen kommen³²¹. Beliebt sind weiter der Wechsel von Geboten und Verboten zu sogenannten marktwirtschaftlichen Instrumenten, wie etwa Lenkungsabgaben, sowie Verhandlungslösungen³²².

Diese Ausführungen lassen die Nähe der Deregulierungsdebatte zum Subsidiaritätsprinzip bzw. zum Subsidiaritätsdenken erkennen. Tatsächlich können sich aus dem Subsidiaritätsprinzip heute Forderungen nach Deregulierung ergeben. Dies gilt insbesondere dann, wenn man mit SCHNEIDER aus dem Subsidiaritätsgebot ein Gebot der «subsidiären Reduktion» ableitet³²³. Der Eindruck ist verbreitet, der Staat kümmere sich heute um zu viele Fragen und sei damit, nicht zuletzt finanziell, überfordert.

Das Ausmass der zu leistenden Deregulierung wird allerdings sehr unterschiedlich umschrieben. Der Ruf nach Rückzug des Staates auf die Kernaufgaben ist die radikale Antwort auf den heutigen Regulierungsstand³²⁴. Moderatere Forderungen lauten dahin, den Staat zu verwesentlichen, ihn

315 Vgl. LIENHARD, S. 113 ff.

316 Vgl. LIENHARD, S. 120 f.

317 Vgl. LIENHARD, S. 132 ff.

318 Vgl. LIENHARD, S. 135 ff.

319 Vgl. LIENHARD, S. 145 ff.

320 Vgl. LIENHARD, S. 145 ff.

321 Vgl. LIENHARD, S. 159 ff.

322 Vgl. LIENHARD, S. 168 ff.

323 SCHNEIDER, S. 35 ff. und S. 143 f.

324 Vgl. CHRISTOPH REICHART, Neue Steuerungsmodelle in der deutschen Kommunalverwaltung, 1994, S. 39 f.

zurückzunehmen³²⁵. So ist beispielsweise davon die Rede, er solle die Gewährleistungsverantwortung tragen. Gemeint ist damit, dass sich der Staat auf die Gewährleistung der Erfüllung nach wie vor als öffentlich angesehener Aufträge konzentriert. Es fällt ihm zuallererst die Steuerungsfunktion zu, nicht notwendigerweise auch der Auftrag zur unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Mit diesem Rollenverständnis ist eine Fülle neuer Handlungsformen des Staates verbunden, so die Orientierung, die Rahmensexzung, die Moderation, die finanzielle Unterstützung, die Kooperation mit nicht-staatlichen Einrichtungen in Netzwerken und Partnerschaften³²⁶.

2.6.2. Privatisierung

Neben der Deregulierung ist heute auch die Privatisierung³²⁷ (immer noch und wieder vermehrt) Thema der politischen und wissenschaftlichen Diskussion³²⁸. Diese Debatte wird teils im Zusammenhang mit der Deregulierung geführt, teils aber auch selbstständig. Aus diesem Grunde werden der Privatisierung hier einige besondere Überlegungen gewidmet. Vorweg ist festzuhalten, dass wie bei der Deregulierung Verbindungslien zum Subsidiaritätsprinzip bestehen³²⁹. Subsidiaritätsüberlegungen können Privatisierungen nahelegen³³⁰, wenn nicht sogar gebieten³³¹.

Privatisierung ist wie Deregulierung kein Rechtsbegriff, sondern ein Sachbegriff und hat lediglich heuristische Funktion³³². Man kann Vermögens-, Organisations- und Aufgabenprivatisierung unterscheiden, weiter Voll- und Teilprivatisierung sowie schliesslich Mischformen zwischen Organisations- und Vermögensprivatisierung sowie Übergänge³³³. Eine andere Gliederung

325 Vgl. in diesem Sinne etwa ELLWEIN/HESSE, S. 161 ff.

326 Siehe SCHUPPERT, Rückzug, S. 769 f.; vgl. auch SCHARPF, S. 627 ff.; ferner auch GRIMM, Staatsaufgaben, S. 297 ff.

327 Hinweise auf aktuelle Literatur über die Thematik findet sich bei FRANZ-JOSEF PEINE, Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte, Die öffentliche Verwaltung 1997, S. 353, Fn. 4.

328 Vgl. ausser den nachfolgend zitierten Titeln aus der reichen Literatur besonders auch: HAGEMEISTER; BERNHARD GROMOLL, Rechtliche Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, München 1982; Annuaire européen d'administration publique XI 1988, Paris 1989 mit Landesbeiträgen zu den meisten europäischen Ländern, zur EU und zu den USA sowie mit einem Synthesenbericht.

329 Vgl. HENGSTSCHÄGER, S. 193 ff.

330 Siehe dazu konkret hinten Ziff. 7.5.5.

331 In diesem Sinne aus der Sicht der ökonomischen Theorie der Organisation nachdrücklich und mit zahlreichen weiteren Hinweisen auf ökonomische Literatur PICOT, S. 102 ff.

332 BAUER, S. 250 f.

333 Vgl. BAUER, S. 251 ff.

lautet auf³³⁴ Privatisierung im formellen Sinn (Organisationsprivatisierung), Übertragung von Verwaltungsaufgaben (Dienstleistungen) auf Private, sogenanntes «Contracting out», Gutscheinsystem sowie auf Privatisierung im materiellen Sinn (Eigentumsprivatisierung).

In Deutschland wird ein als «gewaltig» eingestuftes Privatisierungspotential ausgemacht, von dem man sich mögliche Erlöse in dreistelliger Milliardenhöhe verspricht³³⁵. Das deutsche Grundgesetz zieht für Privatisierungen zwar Schranken, lässt dafür insgesamt aber einen grossen Spielraum³³⁶. Auf Bundesebene wird vor allem die Veräusserung von Industrieunternehmen und -beteiligungen thematisiert und aus ordnungspolitischen Gründen propagiert³³⁷. Sie sind gegenwärtig vor allem unter finanzpolitischen Aspekten aktuell und sollen dazu dienen, die hohen Haushaltdefizite zu verringern³³⁸. Als Beispiele für mögliche Privatisierungen werden in der Bundesrepublik Deutschland die Privatisierung von Verwaltungsaufgaben im Bereich der Energieversorgung, der Entsorgung und der Infrastrukturplanung genannt³³⁹. Im übrigen bestehe vor allem auf kommunaler Ebene Privatisierungspotential³⁴⁰. Für die Schweiz wird die These vertreten, es bestehe nur ein geringes Privatisierungspotential, weil es unter dem Einfluss des Subsidiaritätsprinzips auch nie Verstaatlichungswellen gegeben habe³⁴¹.

334 LIENHARD, S. 151.; vgl. zu den Formen auch SCHUPPERT, Rückzug, S. 766 f.; JAAG, S. 293 f.

335 Siehe BAUER, S. 257; vgl. dazu bes. auch BENZ, S. 343 ff.

336 Siehe BAUER, S. 263.

337 OSTERLOH, S. 213.

338 Vgl. OSTERLOH, S. 213 f.

339 OSTERLOH, S. 226.

340 Vgl. BULL, Privatisierung, S. 625 ff. Mit Bezug auf Polizei und Gewaltmonopol wird allerdings vor allem von sozialwissenschaftlicher Seite darauf aufmerksam gemacht, dass der Anteil der privaten Aufgaben- und Gewaltwahrnehmung im Steigen begriffen und schon sehr bedeutend sei (vgl. TRUTZ VON TROTHA, Staatliches Gewaltmonopol und Privatisierung. Notizen über gesamtstaatliche Ordnungsformen der Gewalt, in: FRITZ SACK (Hrsg.), Privatisierung staatlicher Kontrolle: Befunde, Konzepte, Tendenzen, Baden-Baden 1995, S. 14 ff.). Es ist sogar von einer weltweiten Krise des Gewaltmonopols die Rede (VON TROTHA, S. 36).

341 BLAISE KNAPP, Les privatisations en Suisse, in: Annuaire européen d'administration publique XI 1988, Paris 1989, S. 47.

Nicht privatisierungsfähig sind prinzipiell genuine Staatsaufgaben. Ge-nannt werden die Landesverteidigung, die auswärtige Gewalt, die Poli-zei^{342,343}, die Justiz, die Währungshoheit, die Finanzverwaltung³⁴⁴ und grosse Teile des Bildungswesens³⁴⁵. Weitere Grenzen enthält unter anderem³⁴⁶ das Rechtsstaatsprinzip, und zwar für die inhaltliche Determinierung des Über-tragungsaktes und der privatisierten Verwaltungstätigkeit selbst sowie für den Rechtsschutz³⁴⁷. Bedeutungsvoll ist sodann, dass aus gegliederte Rechtsträger den Grundrechtsbindungen unterliegen, d.h. eine Flucht ins Privatrecht un-zulässig ist³⁴⁸. Auch im Bereich der genuinen Staatsaufgaben stellt man aber je länger desto mehr Teilprivatisierungen fest. So haben private Sicherheits-dienste eine je länger desto grössere Bedeutung³⁴⁹.

In der Schweiz stehen für die Privatisierung vier Gründe voran³⁵⁰: die marktwirtschaftliche Renaissance, das Staatsversagen, die Haushaltdefizite und die Globalisierung der Wirtschaft. Die Stossrichtung der Privatisierung ist eine doppelte. Man versucht einerseits, den öffentlichen Bereich zugun-sten des privaten Sektors zurückzudrängen. Andererseits sollen im öffentlichen Bereich privatwirtschaftliche Elemente eingebaut werden (New Public Ma-nagement). Konkrete Privatisierungsprojekte beziehen sich gegenwärtig auf: Kantonalbanken, Gebäudeversicherung, Elektrizitätsversorgung, öffentli-cher Verkehr, Post und Telekommunikation, Gebäudereinigung, Kehrichtent-sorgung, Informatikdienste, Universitäten, Schulen, Rüstungsbetriebe und Strafvollzug³⁵¹.

342 BULL, Privatisierung, S. 628.

343 Allerdings hat LOTHAR MAHLBERG (Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunter-nehmen, Berlin 1988, S. 53 ff.) unter Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip die Privatisie- rung von Polizeiaufgaben postuliert. Diesem Anliegen tritt namentlich RAINER KELLER (Verhältnis von staatlicher und privater Sozialkontrolle aus staatstheoretischer und öffent-lich-rechtlicher Sicht, in: FRITZ SACK [Hrsg.], Privatisierung staatlicher Kontrolle: Befun-de, Konzepte, Tendenzen, Baden-Baden 1995, S. 88 ff.) mit Recht entschieden entgegen. Der Staat muss das mit der Polizei verbundene Gewaltmonopol fraglos in seiner Hand behalten, wenn er Staat bleiben will.

344 Vgl. HENGSTSCHLÄGER, S. 174; HAGEMEISTER, S. 102 ff.; BULL, Staatsaufgaben, S. 99 ff.; BAUER, S. 255.

345 So BULL, Privatisierung, S. 628; vgl. auch Berufsbildungsbericht, S. 598 f.

346 Im übrigen können sich Schranken namentlich auch aus Gründen der demokratischen Kontrolle und aus sozialpolitischen Überlegungen ergeben.

347 Vgl. HENGSTSCHLÄGER, S. 175 ff.

348 Vgl. HENGSTSCHLÄGER, S. 188 ff.

349 Vgl. etwa RAINER PITSCHE, Gefahrenabwehr durch private Sicherheitsdienste? Die öffent-liche Verwaltung 1997, S. 393 ff. mit Literaturhinweisen in FN. 2.

350 Siehe FREY, S. 341.

351 Siehe FREY, S. 345 ff.

Die Diskussion um die Aufgabenprivatisierung ist keineswegs neu. Sie wird vielmehr seit langem geführt, und in den letzten zwanzig Jahren sind kaum neue Argumente aufgetaucht³⁵².

2.6.3. New Public Management

Seit einigen Jahren beherrscht ein Begriff das Staatshandeln wie kein zweiter, das New Public Management (NPM), bzw. in der deutschen Formulierung, die wirkungsorientierte Verwaltungsführung (Wov). Sie ist der Sache nach eine Teilprivatisierung³⁵³.

In radikaler Vereinfachung und Abstraktion lässt sich das Programm des New Public Management dahingehend zusammenfassen, die Verwaltung habe qualitativ gute Leistungen zu möglichst tiefen Kosten zu erbringen³⁵⁴.

Unter Subsidiaritätsaspekten ist das New Public Management wenig bedeutungsvoll. Es geht vor allem darum, die Verwaltungstätigkeit effizienter und flexibler zu gestalten. Anders als bei der Privatisierung steht nicht die Rückführung von Aufgaben auf nachgeordnete staatliche Ebenen bzw. vom Staat auf Individuen und gesellschaftliche Gruppen im Vordergrund. Vielmehr ist die Neigung vorhanden das New Public Management bis zu einem gewissen Grad als Alternative zur Privatisierung von Staatsaufgaben zu sehen³⁵⁵. Daraus erklärt sich auch, dass bürgerliche Parteien teilweise eine gewisse Skepsis entwickeln³⁵⁶. Immerhin rückt ein Aspekt das New Public Management doch nahe an das Subsidiaritätsprinzip heran, das Streben nach mehr Bürgernähe.

352 BULL, Privatisierung, S. 622.

353 Vgl. FREY, 355.

354 Vgl. ERNST BUSCHOR, Wirkungsorientierte Verwaltungsführung, Referat an der Generalversammlung der Zürcher Handelskammer vom 1. Juli 1993, Wirtschaftliche Publikationen der Zürcher Handelskammer, Nr. 52, Zürich 1993, S. 24.

355 Vgl. auch Bericht der von den Staatspolitischen Kommissionen der eidgenössischen Räte eingesetzten Expertenkommission über die Kompetenzverteilung zwischen Bundesversammlung und Bundesrat, BBI 1996 II 491 f.

356 Siehe etwa BBI 1996 II 491; ferner den redaktionellen Beitrag von G.S. unter dem Titel «Schlank macht fit» in der Neuen Zürcher Zeitung vom 22. September 1995, S. 21; ferner den Bericht über einen Vortrag von KURT BIEDENKOPF, Ministerpräsident des Freistaates Sachsen, unter dem Titel «Rahmenbedingungen als Basis für den Strukturwandel» in der Neuen Zürcher Zeitung vom 14./15. Oktober 1995, S. 25. Die Relevanz der Fragestellung belegt ein neustes Beispiel aus der Berner Verwaltung: Die Berner Wirtschaftsförderung soll neu nach den Grundsätzen des New Public Management geführt statt privatisiert werden (siehe Bericht von HEINZ DÄPP unter dem Titel «Bernische Wirtschaftsförderung wird «verstaatlicht» statt «privatisiert», Basler Zeitung vom 17. Oktober 1995, S. 7).

2.6.4. Grundrechtsgarantien

Grundrechte sind in ihrer klassischen Ausrichtung Bollwerke gegen staatliche Übergriffe in die Freiheitssphäre der Individuen (defensive Funktion). In ihrer neueren Funktion durchwirken sie die ganze Rechtsordnung und setzen Massstäbe für den Prozess der Rechtsverwirklichung (konstitutive Funktion)³⁵⁷.

Es springt ins Auge, dass die Grundrechtsgarantien funktional in die gleiche Richtung wie das Subsidiaritätsprinzip weisen³⁵⁸. Sie schützen die persönliche Freiheitssphäre und schaffen damit Freiräume für die selbstverantwortliche Gestaltung des Lebens und die Verwirklichung individueller Lebensentwürfe. Angesprochen sind hier insbesondere die persönliche Freiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Eigentumsfreiheit und die HGF. Weiter sind die Grundrechtsgarantien von Belang, welche der gesellschaftlichen Gruppenbildung zudienen. Hier sind insbesondere die Ehefreiheit, die Vereinsfreiheit, die Koalitionsfreiheit und die Tarifautonomie zu nennen³⁵⁹.

2.6.5. Verhältnismässigkeitsprinzip und öffentliche Interessen

Das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Erfordernis eines (überwiegenden) öffentlichen Interesses entfalten ganz offensichtlich eine ähnliche Funktion wie das Subsidiaritätsprinzip³⁶⁰. Sie dienen dazu, staatliche Aktivitäten, insbesondere Grundrechtsbeschränkungen, einer besonderen Legitimation zu unterwerfen.

In seiner allgemeinen Bedeutung verlangt das Verhältnismässigkeitsprinzip, dass Grundrechtsbeschränkungen für die Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und notwendig sind, d.h. dass keine mildere Massnahme zum Ziel führt. Schliesslich ist die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn (Zumutbarkeit) zu beachten, wonach ein vernünftiges Verhältnis zwischen Eingriffs-zweck und Eingriffswirkung (Zweck-Mittel-Relation) gegeben sein muss³⁶¹. Im Rahmen der Zumutbarkeit ist also die staatliche Beschränkung ins Verhältnis zum verfolgten Zweck zu setzen. Geprüft wird jeweils, ob hinreichen-

357 Siehe dazu statt vieler J.P. MÜLLER, in Kommentar BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 21 ff.

358 Vgl. HÄBERLE, S. 284 ff.

359 Vgl. auch HÄBERLE, S. 286.

360 Diesen Zusammenhang hat ISENSEE klar herausgearbeitet (Subsidiaritätsprinzip, S. 88 ff., 281 ff. und 314; vgl. auch HABLITZEL, S. 43); ferner EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, S. 534; LANGHART, S. 105 mit Hinweisen.

361 Vgl. etwa HÄFELIN/HALLER, Rz 1141 ff.; bes. auch: J.P. MÜLLER, Elemente, S. 119 ff.

de überindividuelle Gründe dafür bestehen, individuelle Zuständigkeiten einzuschränken. Dies ist auch ein Thema im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips³⁶². Zusätzlich kommt dort die Legitimität des Zwecks als solche auf den Prüfstand³⁶³.

Die Frage nach der Legitimität des Zwecks kann bis zu einem gewissen Grade auch bei der Prüfung der Frage gestellt werden, ob eine staatliche Massnahme durch ein (überwiegendes) öffentliches Interesse gerechtfertigt sei. Indessen ist dies bis heute jedenfalls keine Standardfrage. Im weiteren ist eine Fragelücke dort auszumachen, wo zu entscheiden ist, welche staatsrechtliche Ebene eine bestimmte Massnahme treffen oder eine bestimmte Regelung erlassen solle.

Unter diesen Umständen kann nur eine teilweise Äquivalenz zwischen Subsidiaritätsprinzip sowie Verhältnismässigkeitsprinzip und öffentlichen Interessen angenommen werden. Und auch die teilweise Äquivalenz ist noch dadurch zu relativieren, dass diese Prinzipien einen völlig unterschiedlichen Ursprung haben. Während die Subsidiarität ursprünglich ein Anliegen der Sozialphilosophie ist, handelt es sich bei der Verhältnismässigkeit und beim öffentlichen Interesse um ursprüngliche Rechtsstaatsprinzipien, welche das Rechtssystem in einem viel höheren Ausmaße internalisiert und formalisiert haben als das Subsidiaritätsprinzip³⁶⁴.

2.6.6. Föderaler Staatsaufbau

Soweit das Subsidiaritätsprinzip die staatlichen Ebenen anspricht und eine Vermutung für die Aufgabenwahrnehmung durch die untere Ebene enthält, trifft es sich inhaltlich mit dem Föderalismus, dem Regionalismus und der Gemeindeautonomie³⁶⁵. Allerdings ist auch hier wie beim Verhältnismässigkeitsprinzip und beim überwiegenden öffentlichen Interesse keine Deckungsgleichheit auszumachen. Hingegen ist eine teilweise funktionale Äquivalenz gegeben³⁶⁶.

Föderalismus, Regionalismus und Gemeindeautonomie erscheinen in vielfältiger Ausgestaltung, die sich ohne oder jedenfalls ohne massgebliche Rückkoppelung mit dem Subsidiaritätsgedanken herausgebildet hat. Es sind dafür spezifische Rationalitäten verantwortlich, welche aus dem Subsidiari-

362 Vgl. auch PIEPER, S. 114 ff.

363 Vgl. ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, S. 88 ff. und 315.

364 Vgl. auch LECHELER, S. 16.

365 Vgl. HÄBERLE, S. 287 ff.; SALADIN, Bund und Kantone, S. 554 ff.; vgl. auch PIEPER, S. 42 und S. 52 ff.; PERNTHALER, S. 290; DERS., Der differenzierte Bundesstaat, Wien 1992, S. 18 ff.

366 Vgl. auch LECHELER, S. 42 ff.; HARTMANN, S. 26; BULL, Staatsaufgaben, S. 190 ff.

tätsgedanken nicht zwangsläufig im gleichen Massen abgeleitet werden können³⁶⁷. Für die Einrichtung unterschiedlicher staatsrechtlicher Ebenen und die Verteilung der Aufgaben auf diese Ebenen muss auf eine ganze Reihe von Prinzipien und Gesichtspunkten zurückgegriffen werden, welche das Subsidiaritätsprinzip nach seiner sehr allgemeinen Formulierung nicht enthält und auch nur beschränkt aufzunehmen vermöchte. Zu nennen sind insbesondere Aspekte der Demokratie, des Minderheitenschutzes, der Machtbegrenzung und des Grundrechtsschutzes³⁶⁸.

Im Zusammenhang mit dem föderalen Staatsaufbau ist die Gemeindeautonomie von besonderer Bedeutung. Sie hat insofern Bezug zum Subsidiaritätsprinzip, als sie einen – nach kantonalem Recht aus- und zugemessenen – Gestaltungsspielraum der Gemeinden gegen die übergeordnete staatsrechtliche Ebene schützt³⁶⁹.

2.7. Folgerungen

Die vorstehend erörterten Trends bzw. Rechtsprinzipien weisen teilweise in dieselbe Richtung wie das Subsidiaritätsprinzip. Indessen besteht keine Dekungsgleichheit. Das Subsidiaritätsprinzip behält daneben seine eigene Funktionalität. Das Subsidiaritätsprinzip kann für sich beanspruchen, der Privatisierung und Deregulierung Wegweisung zu geben. Es vermag diesen Bestrebungen im übrigen eine Legitimation zu verschaffen. Anderseits gestattet es auch, Übereifer zu entlarven. Zwar leisten der Grundrechtsschutz sowie die Erfordernisse der Verhältnismässigkeit und des öffentlichen Interesses teilweise ähnliche Hilfestellungen für die Orientierung. Das Rechtssystem hat sie aber mit einer eigenen Funktionalität ausgestaltet und sie auch mehr oder weniger von den Systemumwelten abgeschottet. Das Subsidiaritätsprinzip bringt Systemöffnung und schafft Möglichkeiten für systemvernetzende Diskurse.

367 Vgl. auch FLEINER-GERSTER, Subsidiarität, S. 327 ff.

368 Vgl. FLEINER-GERSTER, Subsidiarität, S. 332 ff.

369 Vgl. HÄBERLE, S. 289 f.; LECHELER, S. 126 f.

3. Zwecke, Ziele und Aufgaben der Eidgenossenschaft

3.1. Übersicht und Hinweise

In diesem Teil der Abhandlung skizziere ich Zwecke, Ziele und Aufgaben der Eidgenossenschaft. Die Darstellung ist darauf angelegt, die Erörterung von Subsidiaritätsfragen vorzubereiten. Sie soll aber auch das Verhältnis von Zwecken, Zielen und Aufgaben erkennen lassen. Dies geschieht dadurch, dass nicht nur die geltende BV als Grundlage für die Skizze genommen wird, sondern auch der Verfassungsentwurf 1977 (VE 1977) sowie der Verfassungsentwurf 1996 (VE 1996). Da die parlamentarischen Beratungen des VE 1996 im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Textes noch im Gang waren, wird nur die Fassung nach der bundesrätlichen Botschaft zitiert. Zunächst gelangen die Staatszwecke (Ziff. 3.2.), sodann die Staatsziele (Ziff. 3.3.) und die Staatsaufgaben (Ziff. 3.4.) zur Sprache. Abschliessend soll das Verhältnis dieser drei Kategorien reflektiert werden (Ziff. 3.5).

Nach Konsultation der Literatur ist man versucht, die nachfolgenden Ausführungen mit einer Problematisierung der Begriffsverwendung zu beginnen. Ziel der nachfolgenden Überlegungen ist es indessen nicht, das Verhältnis der Begriffe bzw. ihre korrekte Verwendung in den Normtexten abschliessend zu klären. Vielmehr geht es darum, der Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips nachzuspüren. Aus diesem Grund nehme ich die Normtexte «beim Wort», spreche also mit den Normtexten von Zwecken, Zielen, Aufgaben und Kompetenzen. Richtigerweise müsste man sie mitunter zuerst auswechseln oder anpassen³⁷⁰.

3.2. Zwecke der Eidgenossenschaft

3.2.1. Bundesverfassung

Die geltende BV legt die Zwecke³⁷¹ der Eidgenossenschaft in Artikel 2 nieder. Der Bund hat danach zum Zweck: «Behauptung der Unabhängigkeit

370 Vgl. EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, S. 520 f.; vgl. auch PETER MÜLLER, S. 20 ff., 81 ff.

371 Laut EICHENBERGER (Aufgabenverteilung, S. 521) handelt es sich hierbei nicht um Zwecke im Sinne der Staatszwecklehre. Denn jene Zwecke bestünden unabhängig von einer Positivierung. Dennoch ist m.E. aber von einer teilweisen, wenn nicht weitgehenden Inhaltsgleichheit auszugehen, weshalb die Problematik hier nicht weiter verfolgt wird. Verbreitet ist auch die Meinung, bei Artikel 2 BV handle es sich um Ziele: vgl. SALADIN, Struktur, S. 225; BREITER, S. 163 ff.

des Vaterlandes gegen aussen, Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern, Schutz der Freiheit und Rechte der Eidgenossen und Förderung ihrer gemeinsamen Wohlfahrt.»

Diese Bestimmung blieb seit 1874 unverändert. Es ist heute unbestritten, dass der Bund daraus keine Rechtsetzungszuständigkeiten ableiten kann³⁷².

Die BV zählt vier Zwecke auf. Dies geschieht in so allgemeiner Weise, dass damit die meisten üblichen Staatszwecke gedeckt sind. JEAN-FRANÇOIS AUBERT meint, dass Artikel 2 den Zweck der Zwecke festlege³⁷³. Mit dem Bund als Subjekt werden die in Artikel 2 genannten Zwecke zu Zwecken des Staates in seiner Gesamtheit, Bundesebene und kantonale Ebene eingeschlossen. Die Zwecke von Artikel 2 BV sind also auch Zwecke der Kantone³⁷⁴. Die Bestimmung gibt Wegweisung, in welcher Richtung Bund und Kantone ihre Kompetenzen wahrzunehmen haben³⁷⁵. Umstritten ist, ob Artikel 2 eine Sozialstaatsklausel enthält³⁷⁶.

Die vier Zwecksetzungen enthalten Konfliktmöglichkeiten. So kann der Schutz der Freiheit in ein Spannungsverhältnis zur Förderung der gemeinsamen Wohlfahrt treten. Alsdann ist nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz ein Ausgleich der Zwecke zu suchen³⁷⁷.

3.2.2. Verfassungsentwurf 1977

Der VE 1977 enthält keinen Zweckartikel. An dessen Stelle formuliert er Ziele (Art. 2).

Die Expertenkommission verzichtete bewusst auf einen Zweckartikel nach dem Vorbild von Artikel 2 BV, weil dieser bloss eine willkürliche Auswahl enthalte und zu wenig Substanz und kein abgerundetes Bild von den Staatsaufgaben vermitte. Anderseits wollte die Kommission auch nicht gleich einen Aufgabenkatalog formulieren³⁷⁸. Sie begann daher mit einer Zielbestimmung³⁷⁹.

372 AUBERT, in Kommentar BV, Art. 2, Rz. 21 ff.; J.P. MÜLLER, Soziale Grundrechte, S. 772; HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 71 f.

373 AUBERT, in Kommentar BV, Art. 2, Rz. 11.

374 AUBERT, in Kommentar BV, Art. 2, Rz. 19.

375 AUBERT, in Kommentar BV, Art. 2, Rz. 28 ff.

376 Ablehnend: AUBERT, in Kommentar BV, Art. 2, Rz. 30; bejahend: J.P. MÜLLER, Soziale Grundrechte, S. 772 ff.; SALADIN, Bundesverfassung, S. 316 ff.

377 AUBERT, in Kommentar BV, Art. 2, Rz. 33 ff.

378 Bericht VE 1977, S. 22.

379 Siehe hinten Ziff. 3.3.2.

3.2.3. Verfassungsentwurf 1996

Wie in der geltenden BV figuriert im VE 1996 als Artikel 2 eine Zweckbestimmung. Sie hat den folgenden Wortlaut:

¹ Die schweizerische Eidgenossenschaft schützt die Freiheit und die Rechte des Volkes und wahrt die Unabhängigkeit und die Sicherheit des Landes.

² Sie fördert den inneren Zusammenhalt, die gemeinsame Wohlfahrt und die kulturelle Vielfalt des Landes.

³ Sie setzt sich ein für die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und trägt bei zu einer friedlichen und gerechten internationalen Ordnung.

Diese Formulierung orientiert sich an der «klassischen Quadriga» des Staatszwecks, nämlich am Freiheits-, Sicherheits-, Gemeinschafts- und Wohlfahrtszweck³⁸⁰. Dazu tritt der Bundesstaats- oder Integrationszweck. Artikel 2 ist nicht kompetenzbegründend und damit auch nicht unmittelbar anwendbar, sondern hat einen programmatischen und historischen Wert. Er gibt aber Richtungsweisung für die Interpretation anderer Bestimmungen³⁸¹.

Im Unterschied zu Artikel 2 BV nimmt Artikel 2 VE 1996 den Umweltschutz in die Zweckbestimmung auf. Begründet wird dies mit der existenziellen Bedeutung des Umweltschutzes für die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen. Darin liegt ein bedeutungsvoller Wandel im Gefolge der Technisierung und Zivilisierung des Lebens³⁸².

Neu wird im weiteren der Einsatz für eine friedliche und gerechte internationale Ordnung erwähnt, auch dies eine bedeutungsvolle Erweiterung im Vergleich zu Artikel 2 BV³⁸³.

3.2.4. Folgerungen für das Subsidiaritätsprinzip

Die Zweckumschreibungen in Artikel 2 BV und Artikel 2 VE 1996 lassen Subsidiaritätsgedanken jedenfalls nicht in den Vordergrund treten. Das Individuum und der Schutz seiner Rechte erscheint nicht an erster Stelle. Es wäre aber verfehlt, daraus bereits eine negative Folgerung für die Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips zu sehen. Verlässliche Schlüsse zur Haltung der BV setzen daher eine Analyse weiterer Bestimmungen voraus.

380 Botschaft VE 1996, S. 126; vgl. dazu auch vorn Ziff. 2.2.

381 Botschaft VE 1996, S. 126.

382 Botschaft VE 1996, S. 127.

383 Vgl. Botschaft VE 1996, S. 128.

3.3. Ziele

3.3.1. Bundesverfassung

Die BV enthält keinen geschlossenen Zielkatalog. Man sucht auch vergeblich nach einer grösseren Zahl von Einzelbestimmungen mit blosser Zielsetzung, die nicht auch Kompetenzübertragungen an den Bund bzw. Handlungsaufträge umfassen. Zu nennen ist vorweg einzig Artikel 31^{bis} Absatz 1 BV³⁸⁴. Danach trifft der Bund im Rahmen seiner verfassungsmässigen Befugnisse die zur Mehrung der Wohlfahrt des Volkes und zur wirtschaftlichen Sicherung der Bürger geeigneten Massnahmen. Diese Bestimmung verleiht dem Bund keine Gesetzgebungscompetenzen, sondern lediglich (aber immerhin) Handlungsaufträge im Rahmen seiner bestehenden Kompetenzen. Die Auffassung ist verbreitet, es handle sich dabei um eine Bestimmung, welche einem Sozialstaatsartikel gleich- oder wenigstens nahekomme³⁸⁵. Ausserdem vernehmen wir, dass Zielbestimmungen vor allem auch im Zweckartikel enthalten seien³⁸⁶.

3.3.2. Verfassungsentwurf 1977

Der VE 1977 verankert in Artikel 2 eine Reihe von Staatszielen³⁸⁷. Die beiden ersten Absätze sind auf das Individuum ausgerichtet. Nach Absatz 1 sorgt der Staat für das friedliche Zusammenleben der Menschen in einer gerechten Ordnung. Und nach Absatz 2 schützt der Staat die Rechte und Freiheiten der Menschen und schafft die erforderlichen Grundlagen für deren Verwirklichung³⁸⁸. Es liegt nahe, in diesem Einstieg ein implizites Bekenntnis zum Subsidiaritätsprinzip zu sehen.

3.3.3. Verfassungsentwurf 1996

Im VE 1996 figuriert eine Bestimmung mit Sozialzielen, nämlich Artikel 33, der den folgenden Wortlaut hat:

384 Vgl. SALADIN, Struktur, S. 225.

385 Vgl. GYGI/RICHLI, S. 48; BREITER, S. 173 ff.; RHINOW, in Kommentar BV, Art. 31^{bis}, Rz. 31.

386 SALADIN, Bundesverfassung, S. 316; BREITER, S. 164.

387 Siehe dazu BREITER, S. 229 ff.

388 Für KLAUS STERN dürfte mit dieser Formulierung der Höhepunkt in der Festlegung von Staatszielen für die Verfassungen freiheitlicher Demokratien erreicht worden sein (S. 9).

¹ In Ergänzung zu privater Initiative und Verantwortung setzen sich Bund und Kantone im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Zuständigkeiten und ihrer verfügbaren Mittel dafür ein, dass:

- a) jede Person an der sozialen Sicherheit teilhat und besonders gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität, Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Mutterschaft, Verwairung oder Verwitwung; Familien und Kinder geniessen besonderen Schutz;
- b) jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält;
- c) Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können;
- d) Wohnungssuchende für sich und ihre Familie eine angemessene Wohnung zu tragbaren Bedingungen finden können;
- e) Kinder und Jugendliche sowie Personen im erwerbsfähigen Alter sich nach ihren Fähigkeiten bilden und weiterbilden können;
- f) Kinder und Jugendliche in ihrer Entwicklung zu selbständigen und sozial verantwortlichen Personen gefördert und in ihrer sozialen, kulturellen und politischen Integration unterstützt werden.

² Aus den Sozialzielen können keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden. Das Gesetz bestimmt, unter welchen Voraussetzungen solche Ansprüche bestehen.

Der Bundesrat macht in seiner Botschaft klar, dass Artikel 33 VE 1996 eine Staatszielbestimmung ist, die bedeutet, dass das sozialpolitische Engagement des Staates die private Initiative und Verantwortung ergänzen will und insofern ein Bekenntnis zum Subsidiaritätsprinzip enthält³⁸⁹. Die subsidiäre Formulierung wurde im Anschluss an Forderungen insbesondere der FDP im Vernehmlassungsverfahren zum VE 1995 verstärkt. In der Fassung von 1995 stand die Aussage über die Subsidiarität am Schluss der Bestimmung.

Diese Zielbestimmung wird nicht zuletzt unter Hinweis auf die Verpflichtungen gerechtfertigt, die sich aus dem UN-Sozialpakt³⁹⁰ ergeben. Es sei Sache des eidgenössischen und des kantonalen Gesetzgebers, Rechtsansprüche zu formulieren. Die Funktion der vorgeschlagenen Sozialzielbestimmung sei denn auch primär eine staatspolitische. Es gehe primär um ein staatspolitisches Grundsatzbekenntnis. Ausgangspunkt seien die Eigenverantwortung und Eigeninitiative des Einzelnen. Der Beitrag des Staates sei als subsidiär zu verstehen³⁹¹.

3.3.4 Folgerungen für das Subsidiaritätsprinzip

In der BV ist den Staatszielen keine Aussage zum Subsidiaritätsprinzip zu entnehmen. Im VE 1977 klingt das Subsidiaritätsprinzip dadurch an, dass das

³⁸⁹ Die Subsidiarität betont auch LUZIUS MADER, Grundrecht und Sozialziele – ein Brennpunkt der Verfassungsreform, Gesetzgebung heute 1996/3, S. 24 f.

³⁹⁰ SR 0.103.1.

³⁹¹ Vgl. zum Ganzen Botschaft VE 1996, S. 201 ff.

Individuum und der Schutz seiner Rechte ins Zentrum von Staatszielen gestellt werden. Der VE 1996 optiert in klarer Weise für das Subsidiaritätsprinzip, allerdings beschränkt auf die Sozialziele. Diese sind aber so weit gefasst, dass ein grosser Teil der staatlichen Aufgaben erfasst wird. Der Bundesrat will diese Sozialziele freilich nur als staatspolitisches Grundsatzbekenntnis installieren. Rechtsansprüche werden ausdrücklich ausgeschlossen. Dies spricht nicht gegen das Subsidiaritätsprinzip, sondern soll einer Überbeanspruchung des Staates durch sozialpolitische Forderungen der Bevölkerung vorbeugen. Es bedeutet, dass die persönliche Verantwortung und Initiative der Individuen einen hohen Stellenwert, ja ihren Vorrang behalten.

3.4. Aufgaben der Eidgenossenschaft

3.4.1. Bundesverfassung

An dieser Stelle muss in einer bundesstaatlichen Struktur helvetischen Zuschnitts zwischen Aufgaben und Kompetenzen gesondert werden. Dazu kämen noch Gesetzgebungsaufträge. Da die (ohnehin fragwürdige) Unterscheidung von Kompetenzen und Aufträgen³⁹² für den Kontext nicht von Belang ist, wird fortan vereinfachend von Kompetenzen gesprochen. Aufgaben sind den Kompetenzen im Grunde genommen vorgelagert³⁹³. Bevor sich die Frage stellt, wer im Bundesstaat tätig werden soll, muss man wissen, wann der Staat überhaupt tätig werden kann und soll³⁹⁴.

Die BV enthält keinen Katalog staatlicher Aufgaben, sondern regelt zunächst die Kompetenzverteilung auf Bund und Kantone. Artikel 3 BV verankert das Prinzip der Einzelermächtigung des Bundes und der generellen subsidiären Zuständigkeit (Generalkompetenz) der Kantone³⁹⁵. Der Bund wird nur dort mit einer Zuständigkeit ausgestattet, wo ihm die Verfassung eine solche zuweist. Die Kompetenzen werden damit lückenlos auf Bund und Kantone verteilt. Allerdings sind stillschweigende Zuständigkeiten des Bundes (implied und inherent powers) nicht ausgeschlossen³⁹⁶. Mit KURT EICHENBERGER kann man sagen, die BV überspringe die Aufgabenzuweisung und nehme unmittelbar die Kompetenzverteilung in Angriff, wobei in der Kompetenzzuweisung regelmässig auch eine Aufgabenzuweisung inbe-

392 Vgl. dazu etwa AUBERT, S. 127 ff.

393 Vgl. ISENSEE, Gemeinwohl, Rz. 140 ff.

394 Vgl. EICHENBERGER, Aufgabenzuweisung, S. 525 f.; HEBEISEN, S. 150 f.

395 Siehe dazu besonders HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 54 f.; SALADIN, in Kommentar BV, Art. 3, Rz. 76 ff.

396 Vgl. SALADIN, in Kommentar BV, Art. 3, Rz. 125 ff.

griffen ist³⁹⁷. Offen bleibt, wann der Kanton im Rahmen seiner Zuständigkeiten tätig werden soll. Und offen bleibt, wann der Bund eine Kompetenz und damit eine Aufgabe an sich ziehen und erfüllen soll³⁹⁸. Im übrigen ist denkbar, dass Konflikte zwischen Bund und Kantonen darüber entstehen, welche Ebene eine bestimmte Aufgabe angehen dürfe oder solle³⁹⁹.

Die Zielsetzung der vorliegenden Abhandlung erfordert nicht, dass eine vollständige Übersicht über die Aufgaben bzw. Kompetenzen des Bundes und der Kantone geboten wird. Eine stichwortartige Auflistung unter Hervorhebung subsidiärer Elemente genügt. Es kann dafür auf die Aufzählung in der Studie von PETER SALADIN «Wozu noch Staaten?»⁴⁰⁰, zurückgegriffen werden⁴⁰¹.

An wesentlichen Bundesaufgaben sind zu nennen:

- Regelung des Zivilrechts (Art. 64)
- Regelung des Strafrechts (Art. 64^{bis})
- Regelung des Gerichtswesens auf Bundesebene (Art. 64 Abs. 3, Art. 64^{bis} Abs. 2, Art. 103 Abs. 3, Art. 113, Art. 114 und Art. 114^{bis})
- Bürgerrecht, Umgang mit Ausländern, Einbürgerung (Art. 43, 44, 45, 45^{bis}, 46, 47, 69^{ter} und 70)
- Landesverteidigung, d.h. Militär (Art. 18 bis 22), Zivilschutz (Art. 22^{bis}) und wirtschaftliche Landesversorgung (Art. 31^{bis} Abs. 3 Bst. e)
- teilweise Regelung im Bereich des Schul- und Hochschulwesens (Art. 27, 27^{quater} und 27^{sexies})
- weitgehende Regelung der Berufsbildung (Art. 34^{ter} Abs. 1 Bst. g)
- Förderung der Forschung (Art. 27^{sexies})
- Regelung des Verkehrswesens, nämlich Eisenbahnen (Art. 26), Schiffahrt (Art. 24^{ter}), Luftfahrt (Art. 37^{ter}), Luftseilbahnen (Art. 36), Festlegung des Nationalstrassennetzes (Art. 36^{bis}), Postwesen (Art. 36), Strassenverkehr (Art. 37^{bis})
- Oberaufsicht über Strassen (Art. 37)
- Zollwesen (Art. 28 bis 30)
- Regelungen im Bereich der Wirtschaft, insbesondere Ausübungsvorschriften (Art. 31^{bis} Abs. 2), Wirtschaftsförderung (Art. 31^{bis} Abs. 2), Strukturpolitik (Art. 31^{bis} Abs. 3 Bst. a), Konjunkturpolitik (Art. 31^{quinquies}), Regelung des Wettbewerbs (Art. 31^{bis} Abs. 3 Bst. d, Art. 31^{bis} Abs. 2), regionale Strukturpolitik (Art. 31^{bis} Abs. 3 Bst. c), Landwirtschaft (Art. 31^{octies}),

397 EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, S. 525 f.

398 EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, S. 526 ff.

399 Vgl. HEBEISEN, S. 150 ff.

400 SALADIN, Wozu noch Staaten?, S. 54 ff.

401 Vgl. auch SCHMID, S. 131 ff.

Konsumentenschutz (Art. 31^{sexies}), Filmgewerbe (Art. 27^{ter}), Spielbanken (Art. 35), Währung (Art. 38 und 39), Mass und Gewicht (Art. 40)

- Regelung des Umweltschutzes (Art. 24^{septies}) und von umweltnahen Fragen, insbesondere Waldschutz (Art. 24^{bis}), ionisierende Strahlen (Art. 24^{quinquies} Absatz 2), Fischerei (Art. 25), teilweise Natur- und Heimatschutz (Art. 24^{sexies} Abs. 2 bis 4), Genschutz (Art. 24^{novies}), Tierschutz (Art. 25^{bis}), Alpenschutz (Art. 36^{sexies})
- Bekämpfung von Krankheiten (Art. 69)
- Regelung des Verkehrs mit Nahrungs- und Genussmitteln sowie von Gebrauchs- und Verbrauchsgegenständen mit Gefährdungspotential (Art. 69^{bis} Abs. 1)
- weitgehende Regelung des Energiewesens, insbesondere Fortleitung und Abgabe elektrischer Energie (Art. 24^{quater} Abs. 1), Atomenergie (Art. 24^{quinquies} Abs. 1) und Energiepolitik (Art. 24^{octies})
- Grundsätze für die Raumordnung (Art. 22^{quater})
- Regelung des Schutzes von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (Art. 24^{ter}), und von Mieterinnen und Mietern (Art. 34^{septies})
- Förderung des Wohnungsbaus und des Erwerbs von Wohnungs- und Hauseigentums (Art. 34^{sexies})
- Regelung der Sozialversicherung, nämlich berufliche Vorsorge (Art. 34<sup>qua-
ter</sup> Abs. 1), Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (Art. 34^{quater} Abs. 2), Invalidenversicherung (Art. 34^{novies})
- Regelung des Kriegsmaterials (Art. 41)
- Regelung einer Reihe von Bundessteuern (vgl. Art. 42) und der Steuerharmonisierung (Art. 42^{quinquies})

In einem Teil dieser Bereiche behalten die Kantone Regelungsbefugnisse und sehr häufig weist die BV den Kantonen die Durchführung des Bundesrechts zu, so namentlich in den Artikeln 22^{quater} Absatz 2, 24^{bis} Absatz 3, 24^{septies} Absatz 2, 25^{bis} Absatz 3, 27^{ter} Absatz 3, 27^{quinquies} Absatz 1 und 69^{bis} Absatz 2. Der blosse Vollzug stösst allerdings in verschiedenen Bereichen, so namentlich im Umweltschutz, auf zunehmende Vorbehalte der Kantone. Es ist mit abwertender Betonung zunehmend von Vollzugsföderalismus die Rede. Das lässt darauf schliessen, dass die Kantone Subsidiaritätsdefizite wahrnehmen.

Den Kantonen verbleiben namentlich in den folgenden Bereichen eigene Regelungszuständigkeiten⁴⁰²:

- Schulwesen und Erwachsenenbildung
- Bauwesen

402 SALADIN, Wozu noch Staaten?, S. 55 f.

- Sicherheits- und Gerichtspolizei
- Gerichtswesen auf kantonaler und kommunaler Ebene
- Regelung des Verhältnisses von Staat und Kirche
- Spitalwesen und Gesundheitsvorsorge
- Fürsorgewesen
- Gemeindewesen

Insgesamt ergibt sich ein Bild der Aufgabendurchmischung und eines kooperativen Föderalismus. Ein Anlauf zur Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen in den achtziger Jahren brachte keine fundamentale Entflechtung⁴⁰³.

Eigentliche Bezugnahmen der BV auf das Subsidiaritätsprinzip im Bereich der Aufgaben sind die Ausnahme. Vor allem fehlt eine allgemeine Bezugnahme. Eine ausdrückliche Ansprache enthält die Bestimmung über die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Art. 34^{quater} Abs. 1). Im weiteren sind Bestimmungen herauszuheben, welche intermediäre gesellschaftliche Gruppen in die Aufgabenerfüllung einbeziehen. Es handelt sich namentlich um Artikel 32 Absatz 3, wonach die zuständigen Organisationen der Wirtschaft vor Erlass der einschlägigen Ausführungsgesetze anzuhören sind und beim Vollzug der Ausführungsvorschriften zur Mitwirkung herangezogen werden können. Weiter kann der Bund Vorschriften erlassen über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen und von andern gemeinsamen Vorkehren von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden zur Förderung des Arbeitsfriedens. Diese Bestimmung bedeutet die Anerkennung der Tarifautonomie (Art. 34^{ter} Abs. 1 Bst. c)⁴⁰⁴. Im Zusammenhang mit der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge wird vorgesehen, dass Berufsverbände und andere private Organisationen herbeigezogen werden können (Art. 34^{quater} Abs. 2). Vergleichbares gilt für den Vollzug der Gesetzgebung für die Mutterschaftsversicherung (Art. 34^{quinquies} Abs. 5). Im Bereich des Wohnungswesens ist die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Rahmen-Mietverträgen verankert sowie von sonstigen gemeinsamen Vorkehren von Vermieter- und Mieterverbänden oder Organisationen, die ähnliche Interessen wahrnehmen (Art. 34^{sexies} Abs. 2). Schliesslich wirken Organisationen der Wirtschaft auch beim Vollzug der Arbeitslosenversicherung mit (Art. 34^{novies} Abs. 5).

403 Vgl. SALADIN, Wozu noch Staaten?, S. 56.

404 Vgl. GYGI/RICHLI, S. 224 ff.

3.4.2. Verfassungsentwurf 1977

Was die Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen betrifft, ist ein präziser Vergleich im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip schwer möglich, weil der VE 1977 nicht auf dem Prinzip der Einzelermächtigung des Bundes beruht, sondern weil er Hauptverantwortungen des Bundes (Art. 50), Hauptverantwortungen der Kantone (Art. 51) und übrige Verantwortungsbereiche (Art. 52) festlegt. Institutionell wird aber der Kompetenzbereich der Kantone weniger deutlich gesichert, weil der Bund auch im Bereich der Hauptverantwortung der Kantone durch Rahmengesetze Mindestanforderungen festlegen und die Koordination zwischen den Kantonen sicherstellen kann (Art. 51 Abs. 2 Bst. a).

Mit Bezug auf das Verhältnis zwischen Staat, intermediären Gruppen und Privaten sind Artikel 27 und 28 herauszustreichen. Nach Artikel 27 ist die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtverträgen ohne Beschränkung auf Gesamtarbeitsverträge vorgesehen, und Artikel 28 verankert mit der Koalitionsfreiheit und der Tarifautonomie die Sozialpartnerschaft. Artikel 69 Absatz 1 statuiert ein generelles Anhörungsrecht zugunsten interessierter Gruppen und Organisationen sowie weiterer Kreise. Der Anwendungsbereich für die Allgemeinverbindlicherklärung würde nach Auffassung der Expertenkommission beispielsweise Abmachungen der Nationalbank mit den Schweizer Banken erfassen. Es soll nach dieser Konzeption Sache des Gesetzgebers sein, in Bund und Kantonen zu bestimmen, wo eine wirtschaftliche Tätigkeit des Staates im öffentlichen Interesse liegt⁴⁰⁵.

3.4.3. Verfassungsentwurf 1996

Der VE 1996 ändert die Grundregel für die Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen nicht. Es bleibt bei der subsidiären Generalzuständigkeit der Kantone (Art. 3). Die Bundeskompetenzen werden in nachgeföhrter Fassung und neuer Strukturierung fortgeschrieben (Art. 49 bis 116):

- Beziehungen zum Ausland (Art. 49 bis 52)
- Sicherheit, Landesverteidigung, Zivilschutz (Art. 53 bis 57)
- Raumplanung und Umwelt (Art. 58 bis 64)
- öffentliche Werke, Verkehr, Energie, Kommunikation (Art. 65 bis 77)
- Bildung, Forschung und Kultur (Art. 78 bis 84)
- Wirtschaft (Art. 85 bis 98)
- Wohnen, Arbeit, soziale Sicherheit und Gesundheit (Art. 99 bis 111)

405 Bericht VE 1977, S. 66.

- Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern (Art. 112)
- Zivilrecht, Strafrecht, Messwesen (Art. 113 bis 116)

Im Hinblick auf die Subsidiaritätsthematik ist zunächst besonders herauszu-streichen, dass die Stellung der Kantone institutionell stärker ausformuliert wird. Dies ergibt sich aus Artikel 34 Absatz 3, welcher den Bund ausdrücklich auf die Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität verpflichtet. Eine Ver-stärkung ergibt sich auch aus Artikel 36 (Mitwirkung an der Willensbildung des Bundes) und Artikel 37 (Umsetzung und Vollzug des Bundesrechts) sowie Artikel 38 (Eigenständigkeit). Besonders bedeutungsvoll sind die Be-stimmungen, dass der Bund den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfrei-heit belässt und den kantonalen Besonderheiten Rechnung trägt (Art. 37 Abs. 2). Sodann muss der Bund der finanziellen Belastung Rechnung tragen, welche mit der Umsetzung und mit dem Vollzug des Bundesrechts verbunden ist. Der Bund muss den Kantonen ausreichende finanzielle Mittel belassen und für einen angemessenen Finanzausgleich sorgen (Art. 37 Abs. 3). Hinzu kommt ein Mitwirkungsrecht der Kantone an aussenpolitischen Entscheiden (Art. 50). Wenn ihre Zuständigkeiten betroffen sind, müssen sie sogar in geeigneter Weise in internationale Verhandlungen einbezogen werden (Art. 50 Abs. 2). Auch im Rahmen der Umsetzung und des Vollzugs des Bundesrechts hat der Bund den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfrei-heit zu lassen und den kantonalen Besonderheiten Rechnung zu tragen (Art. 37 Abs. 2).

Diese klare Ausformulierung des Verhältnisses zwischen Bund und Kan-tonen geht auf Forderungen von Kantonen zurück, welche diese im Anschluss an den VE 1995 erhoben. Noch weitergehende Forderungen lehnte der Bundesrat unter Hinweis darauf ab, sie würden die Nachführung sprengen⁴⁰⁶. Vor allem auch die Verankerung des Subsidiaritätsgedankens⁴⁰⁷ geht auf die Forderung der Kantone zurück⁴⁰⁸. In den Beratungen der Verfassungskom-missionen von National- und Ständerat ist diese Verankerung in der Substanz gutgeheissen worden. Die Kommission des Ständerates hat das Subsidiari-tätsprinzip zwar gestrichen (Art. 34 Abs. 3), seine Essenz mit einer konkre-tisierenden Formulierung verstärkt (Art. 34a Abs. 2)⁴⁰⁹.

Artikel 34 Absatz 1 ermächtigt den Staat, wirtschaftlich tätig zu werden, wo es im öffentlichen Interesse liegt. Die Bestimmung bezweckt keine

406 Botschaft VE 1996, S. 205 ff.

407 Kritisch dazu HANGARTNER (Entwurf, S. 150), der Streitereien über die Auslegung befürch-tet.

408 Botschaft VE 1996, S. 209.

409 Siehe BBI 1998 I 448.

Beschränkung der staatlichen Aktivitäten im Vergleich zur geltenden BV, sondern soll Kompetenzbestimmungen für Monopole erübrigen⁴¹⁰.

Für das Verhältnis zwischen Bund und intermediären Gruppen sowie Individuen ist zunächst Artikel 24 beachtlich, der die Koalitionsfreiheit und damit die Tarifautonomie sowie die Arbeitskampffreiheiten verankert⁴¹¹. Diese können ohne weiteres als Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips gesehen werden⁴¹². Weiter ist Artikel 33 zu nennen, der Sozialziele festlegt und deren Verfolgung in Ergänzung zu privater Initiative und Verantwortung zur Obliegenheit von Bund und Kantonen macht, was einer Verankerung des Subsidiaritätsprinzips für die Sozialpolitik gleichkommt⁴¹³.

Gegenüber der BV verzichtet der VE 1996 darauf, den Einbezug von Organisationen im Vernehmlassungsverfahren und beim Vollzug des Bundesrechts in einzelnen Artikeln zu erwähnen und bringt stattdessen eine generelle Regelung. Nach Artikel 138 sind interessierte Kreise bei der Vorbereitung wichtiger Erlass und anderer Vorhaben von grosser Tragweite sowie bei wichtigen völkerrechtlichen Verträgen zur Stellungnahme einzuladen. Und nach Artikel 166 Absatz 3 kann das Gesetz Verwaltungsaufgaben auf Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen. Diese Regelung entspricht der unter der geltenden BV entwickelten Praxis⁴¹⁴. Auch sie kann im Kontext des Subsidiaritätsprinzips gesehen werden.

3.4.4. Folgerungen für das Subsidiaritätsprinzip

Eine allgemeine Verankerung des Subsidiaritätsprinzips findet sich weder in der BV noch in einem der Entwürfe. Hingegen gibt es der Sache nach partielle Festlegungen von beträchtlichem Ausmass und von beträchtlicher Bedeutung.

Ein Teil der massgebenden Bestimmungen regelt das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen. Er weist den Kantonen eine subsidiäre Generalkompetenz zu (Art. 3 BV, Art. 3 VE 1996), behält den Kantonen den Vollzug von Bundesrecht vor, verpflichtet den Bund zur Anhörung der Kantone vor dem Erlass von Bundesrecht oder gebietet die Wahrung der Interessen der Kantone (vgl. die Bestimmungen, welche den Kantonen den Vollzug vorbehalten, ferner Art. 34 Abs. 3, Art. 36 bis 38 sowie Art. 50 VE 1996). Der VE 1996

410 Bericht VE 1977, S. 81.

411 Botschaft VE 1996, S. 177 ff.

412 Vgl. HÄBERLE, S. 286.

413 Botschaft VE 1996, S. 197 ff.

414 Botschaft VE 1996, S. 376 und 409; vgl. auch EICHENBERGER, in: Kommentar BV, Art. 102, Rz. 181.

verankert zu Gunsten der Kantone sogar ausdrücklich das Subsidiaritätsprinzip (Art. 34 Abs. 3).

Ein anderer Teil der Bestimmungen betrifft das Verhältnis zwischen Bund und Privaten. Geregelt werden die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtverträgen, die Beteiligung am Vollzug von Bundesrecht, die Anhörung vor dem Erlass von Bundesrecht sowie die staatliche Wirtschaftstätigkeit (vgl. bes. Art. 34^{quater} Abs. 1, Art. 32 Abs. 2, Art. 34^{ter} Abs. 1 Bst. c, Art. 34^{quater} Abs. 2, Art. 34^{quinquies} Abs. 5, Art. 34^{septies} Abs. 2 und Art. 34^{novies} Abs. 5 BV; Art. 27, Art. 28 und Art. 69 Abs. 1 VE 1977; Art. 24, Art. 33, Art. 138 und Art. 166 Abs. 3 VE 1996).

Insgesamt ist das Subsidiaritätsprinzip in den Entwürfen gegenüber der BV auf dem Vormarsch. Das gilt besonders mit Bezug auf das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen. Dieser Ausbau geht auf das Betreiben der Kantone zurück.

3.5. Verhältnis von Staatszwecken, Staatszielen, Staatsaufgaben und Staatskompetenzen

In der schweizerischen Rechtslehre werden Zwecke, Ziele, Aufgaben und Kompetenzen nicht durchwegs deutlich und konsequent auseinandergehalten. So verwendet etwa JEAN-FRANÇOIS AUBERT die Begriffe Zweck und Ziel synonym⁴¹⁵. Und Staatszwecke seien vergleichbar mit Staatsaufgaben. Allerdings seien die Aufgaben häufig mehr im einzelnen beschrieben und bildeten Mittel zum Erreichen weiter gefasster und weiter entfernter Zwecke. Zwecke und Mittel vermischtten sich, ein Zweck sei auch fast immer Mittel zu einem weiteren Zweck⁴¹⁶. Demgegenüber müssten Kompetenzen klar von Zwecken abgegrenzt werden. Darin liege Entscheidungsmacht, deren fakultative oder obligatorische Ausübung dazu diene, die Zwecke des Staates zu wählen und die geeigneten Massnahmen zu ergreifen⁴¹⁷.

Massgeblich ist die Einsicht, dass die BV verschiedene Normgruppen bzw. Normtypen enthält⁴¹⁸, die unterschiedlich gegliedert werden können. Eine erste Einteilung ist jene in materielles Recht und Organisationsrecht. Eine zweite Einteilung führt neben einer Reihe von anderen Normgruppen Ziel-

415 AUBERT, in: Kommentar BV, Art. 2, Rz. 5.

416 AUBERT, in: Kommentar BV, Art. 2, Rz. 9; vgl. auch BREITER, S. 93 ff.

417 AUBERT, in: Kommentar BV, Art. 2, Rz. 10.

418 Vgl. etwa HUBER, S. 188 ff.; SALADIN, Struktur, S. 223; PETER MÜLLER, S. 16 ff. und S. 20 ff.

normen und Normen für staatliche Sachaufgaben auf⁴¹⁹. Auch Ziel- und Programmnormen sind Recht und begründen ein Sollen⁴²⁰. Sie begründen aber keine Kompetenzen.

Zielnormen einerseits und Aufgabennormen bzw. Kompetenznormen anderseits treten allerdings nicht stets in reiner Form auf. Es kommen mitunter Kombinationen vor. Aus rechtlicher Sicht macht dies keinen Unterschied. Denn jede Zuständigkeit wird auf bestimmte Ziele zugewiesen, seien sie explizit oder implizit⁴²¹. Zu dieser Gruppe der kombinierten Aufgabenbestimmungen gehören etwa Artikel 31^{quinquies} Absatz 1 (Konjunkturpolitik), 31^{sexies} Absatz 1 (Konsumentenpolitik) und Artikel 31^{septies} (Preisüberwachung)⁴²².

4. Zum Subsidiaritätsprinzip in der Europäischen Union

4.1. Übersicht und Hinweise

In den letzten Jahren hat in der Europäischen Union im Zuge der Verankerung in Artikel 3b EGV eine breite Auseinandersetzung über das Subsidiaritätsprinzip stattgefunden, welche für die Bestimmung des rechtlichen Gehalts dieses Prinzips in der Eidgenossenschaft fruchtbar gemacht werden kann und soll. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der politische und gesellschaftliche Kontext in der Schweiz von jenem der Europäischen Gemeinschaft stark abweicht.

Im folgenden wird zuerst die Regelung wiedergegeben (Ziff. 4.2.). Es folgen ein Blick in die Rechtslehre zu dieser Regelung (Ziff. 4.3.) sowie in die Praxis der Organe der Europäischen Union (Ziff. 4.4.). Nach alledem sollen Folgerungen gezogen werden (Ziff. 4.5.).

Der Überblick über Rechtslehre und Praxis der Gemeinschaftsorgane wird auf die Zielrichtung des vorliegenden Referats beschränkt. Es wird auch darauf verzichtet, Rechtslehre und Praxis aus europarechtlicher Sicht kritisch zu würdigen.

419 EICHENBERGER, Einleitung, Rz. 17 f.

420 EICHENBERGER, Einleitung, Rz. 72.

421 SALADIN, in Kommentar BV, Art. 3, Rz. 189.

422 Vgl. SALADIN, Struktur, S. 225; ferner BREITER, S. 93 ff.

4.2. Regelung

Die zentrale Regelung des Subsidiaritätsprinzips für die Europäische Union, deren Motivation nicht zuletzt im Bestreben nach Schaffung von mehr «Bürgerinnennähe» der Union liegt⁴²³, findet sich in Artikel 3b Absatz 2 EGV. Diese Bestimmung ist in Zusammenhang mit dem Abschluss des Vertrags zur Gründung der Europäischen Union, in Kraft getreten am 1. November 1993, in den EGV aufgenommen worden. Sie lautet wie folgt:

Die Gemeinschaft wird innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig.

In den Bereichen, die nicht in ihre ausschliessliche Zuständigkeit fallen, wird die Gemeinschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Massnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.

Die Massnahmen der Gemeinschaft gehen nicht über das für die Erreichung der Ziele dieses Vertrags erforderliche Mass hinaus.

Angemerkt sei, dass Artikel 3b EGV in der Bundesrepublik Deutschland eine «Verlängerung» im Bonner Grundgesetz gefunden hat. Artikel 23 Absatz 1 Satz 1 bestimmt:

Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätze und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet.

Diese Bestimmung bedeutet eine Verpflichtung an die Adresse der Bundesregierung, auf eine strikte Handhabung von Artikel 3b EGV hinzuarbeiten. Es wird diesbezüglich eine eigentliche Verfassungspflicht angenommen. Der Bundesregierung könnte aus dieser Bestimmung eine «Darlegungslast» für weitere Übertragungsakte und die Pflicht zuwachsen, gegenüber dem Bundestag und dem Bundesrat den «Integrationsmehrwert» nachvollziehbar zu begründen⁴²⁴. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem bemerkenswerten Maastricht-Urteil bereits substantielle Kriterien für Kompetenzübertragungen festgelegt⁴²⁵. Die Bestimmung soll auch die Bundesgarantie für die kommunale Selbstverwaltung mit umfassen. Im weiteren wird die These

423 Vgl. ALEXIA PETRA MÜLLER, S. 64 f.; BIEBER, S. 182.

424 ONDOLF ROJAHN, in: Grundgesetz-Kommentar, Band 2, hrsg. von PHILIP KUNIG, München 1995, Art. 23, Rz. 33.

425 BVerfGE 89, 155, 182 ff.

vertreten, die Bestimmung verankere das Subsidiaritätsprinzip implizit auch für den innerstaatlichen Bereich ganz allgemein⁴²⁶.

4.3. Rechtslehre

Zu Artikel 3b EGV liegt mittlerweile eine umfangreiche Literatur vor, auf die in unserem Zusammenhang lediglich summarisch und selektiv eingegangen werden muss.

Seit Anbeginn der Diskussion über Artikel 3b EGV wird Unterschiedliches und Gegenläufiges zur rechtlichen Qualität, zur Justizierbarkeit und zur unmittelbaren Wirkung des Subsidiaritätsprinzips geäussert⁴²⁷.

Teilweise hört man, das Subsidiaritätsprinzip sei lediglich eine politische Leitlinie⁴²⁸. Die Rede ist auch von einer politischen Maxime. Die Rechtsqualität sei mit Zurückhaltung anzunehmen, im Sinne einer Abgrenzung von oben und unten, währenddem die politische Maxime sich vor allem auf eine gemeinsame Verantwortung für bestimmte Bereiche, z.B. die Umweltpolitik, beziehe⁴²⁹.

Dem steht die Meinung gegenüber, das Subsidiaritätsprinzip sei ein Rechtsprinzip⁴³⁰. Die Rechtsqualität wird unter Hinweis darauf bejaht, Artikel 3b EGV sei Teil des primären Gemeinschaftsrechts⁴³¹.

Einigkeit besteht mit Bezug darauf, dass das Subsidiaritätsprinzip nur im Bereich der nicht-ausschliesslichen Zuständigkeiten der EG anwendbar ist⁴³². Hingegen ist unklar, welche Kompetenzen zu den ausschliesslichen gehören⁴³³. In jedem Falle ist unter ausschliesslichen Kompetenzen im Gemeinschaftsrecht nicht dasselbe wie im schweizerischen Staatsrecht zu verstehen.

426 Vgl. ONDOLF ROJAHN, in: Grundgesetz-Kommentar, Band 2, hrsg. von PHILIP KUNIG, München 1995, Art. 23, Rz. 31 f.; PETER BADURA, Staatsrecht, 2. Aufl., München 1996, S. 362 f.

427 Neben der juristischen ist auch eine politikwissenschaftliche Debatte um das Subsidiaritätsprinzip entstanden. Es sei hier lediglich auf den Beitrag von FREIBURGHAUS (S. 197 ff.) verwiesen. Dieser Autor meint, das Subsidiaritätsprinzip diene in der Europäischen Union lediglich als Formelkompromiss und führe zu einer Überschätzung des Grades der Einigung. Es sei mittlerweile bereits nahezu bedeutungslos geworden (S. 224 f.).

428 Vgl. in diesem Sinne etwa BLANKE, S. 421.

429 In diesem Sinne WINTER, S. 262 f.; BRUNNER, S. 23 ff.; vgl. auch ALEXIA PETRA MÜLLER, S. 67 ff.; vgl. auch MANFRED LINKE, Zusammenfassung der Diskussion Geschichte, Verfassungslehre, in: ALOIS RIKLIN/GERARD BATLINER, (Hrsg.), Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium, Liechtenstein politische Schriften, Band 19, Vaduz, S. 315 ff.

430 Vgl. in diesem Sinne etwa MÜLLER-GRAFF, S. 56 f.; KAHIL, S. 86; BIEBER, S. 177 f.

431 Vgl. MÜLLER-GRAFF, S. 56.

432 Vgl. MÜLLER-GRAFF, S. 59.

433 Vgl. DUBACH, S. 31; ALEXIA PETRA MÜLLER, S. 65; PESCATORE, S. 1081 ff.

Im Gemeinschaftsrecht ist nicht ausgeschlossen, dass Mitgliedstaaten eigene Regelungen treffen, wenn die Gemeinschaft im Rahmen einer ausschliesslichen Kompetenz keine Bestimmungen erlassen hat. So könnte ein Mitgliedstaat etwa eine Ordnung für Getreide aufstellen, wenn es keine gemeinschaftsrechtliche Marktordnung gäbe⁴³⁴.

Umstritten ist weiter, ob die Bestimmung in Artikel 3b EGV nur eine Zuständigkeitsausübungsregel⁴³⁵ oder ob sie auch eine Kompetenzzuweisungsregel sei⁴³⁶.

Für den Inhalt des Subsidiaritätsprinzips ist nicht der ganze Artikel 3b EGV bedeutungsvoll. Im ersten Absatz findet sich im Grunde genommen lediglich die Wiedergabe einer kompetenzrechtlichen Selbstverständlichkeit⁴³⁷. Und in Absatz 3 ist das Verhältnismässigkeitsprinzip verankert. Es geht hier allerdings nicht um das klassische Konzept der Verhältnismässigkeit, welches danach fragt, ob die öffentliche Gewalt Grundrechte von Rechtssubjekten in rechtmässiger Weise beschränke. Vielmehr geht es um eine gemeinschaftsrechtliche Verhältnismässigkeitsprüfung, bezogen auf das Verhältnis Gemeinschaft-Mitgliedstaat⁴³⁸.

Mit Bezug auf die Wirksamkeit herrschen ebenfalls widersprüchliche Erwartungen bzw. Befürchtungen. Je nach Handhabung durch die Gemeinschaftsorgane könne es zu einer Kompetenzausweitung der Gemeinschaft oder aber zu einer Kompetenzstärkung der Mitgliedstaaten gegenüber der Gemeinschaft kommen⁴³⁹. Eine dritte Meinung geht dahin, das Subsidiaritätsprinzip verhalle wirkungslos⁴⁴⁰. Wir hören auch die These, der EGV sei in seinem Kern antisubsidiär; daran ändere Artikel 3b EGV nichts⁴⁴¹. Weiter wird die Meinung vertreten, das Subsidiaritätsprinzip sei viel zu grob für die Aufgabenverteilung⁴⁴².

434 Vgl. WINTER, S. 264 f.

435 Vgl. in diesem Sinne MÜLLER-GRAFF, S. 58.

436 Vgl. in diesem Sinne etwa SCHIMA, S. 99; MERTEN, S. 81.

437 Vgl. CALLIESS, S. 103.

438 Vgl. WINTER, S. 264 ff.; BIEBER, S. 171 ff.

439 Vgl. DUBACH, S. 17; ALEXIA PETRA MÜLLER, S. 42 ff. Einer der schärfsten Kritiker des Subsidiaritätsprinzips dürfte PESCATORE sein, welcher geradezu eine Zerstörung der Union befürchtet (S. 1073). Aus politikwissenschaftlicher Sicht hält, aus ganz anderen Gründen, auch FREIBURGHAUS nicht viel von diesem Prinzip (S. 197 ff.).

440 Vgl. DUBACH (S. 64), wo allerdings nicht auf Literatur hingewiesen wird, sondern ein mögliches Szenario skizziert wird.

441 So BRUNNER, S. 18; ähnlich PESCATORE (S. 1087 f.), der Art. 3b mit Art. 5 EGV konfrontiert.

442 SALADIN, Wozu noch Staaten?, S. 160 f.; BIEBER, S. 183.

Meinungsverschiedenheiten bestehen weiter über die Justizierbarkeit. Zwar wird die formale Justizierbarkeit im allgemeinen bejaht⁴⁴³. Ob sie aber auch materiell zum Tragen komme, ist offen⁴⁴⁴. Während ein Teil der Stimmen diese bejaht⁴⁴⁵, hegt ein anderer Teil Zweifel daran⁴⁴⁶. Daneben wird auch differenziert: Einklagbare Rechte gebe es nur im Bereich von Artikel 3b EGV⁴⁴⁷. Mit Bezug auf andere Bestimmungen habe man es mit programmatischen Gehalten zu tun⁴⁴⁸. Klar justizierbar und von grosser Tragweite ist jedenfalls die Frage, was eine ausschliessliche Zuständigkeit sei⁴⁴⁹.

4.4. Praxis der Organe der Europäischen Union

Die Gemeinschaftsorgane sind seit Einführung von Artikel 3b EGV nicht untätig geblieben. Sie haben Prüflisten aufgestellt, welche ihre Praxis anleiten sollen. Im folgenden soll lediglich die Liste vom 24. November 1993 der Kommission erwähnt werden⁴⁵⁰. Für die eigentliche Subsidiaritätsprüfung sind die Positionen c bis e einschlägig. Sie lauten wie folgt:

- c) Inwieweit hat der Sachverhalt eine gemeinschaftliche Dimension (z.B. wieviele Mitgliedstaaten sind betroffen? Wie wurde bisher vorgegangen?)
- d) Welches Vorgehen erweist sich bei einem Vergleich der Aktionsmittel der Gemeinschaft mit denen der Mitgliedstaaten als das wirksamste?
- e) Welchen konkreten Mehrwert bietet die geplante Massnahme der Gemeinschaft und welches wären die Kosten des Nicht-Tätigwerdens?

In Buchstabe d) wird der sogenannte komparative Effizienztest und im Buchstabe e) der sogenannte Mehrwerttest verlangt⁴⁵¹.

443 DUBACH, S. 39 mit Hinweisen; vgl. auch MANFRED ZULEEG, Justizierbarkeit des Subsidiaritätsprinzips, in: KNUT W. NÖRR/THOMAS OPPERMANN (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit – Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa, Tübingen 1997, S. 185 ff.

444 DUBACH, S. 40 f.; vgl. auch KAHIL, S. 92.

445 Vgl. MÜLLER-GRAFF, S. 56 f.; PESCATORE (S. 1090 ff.), der die Kontrolle auf offensichtliche Ermessensfehler beschränkt sieht.

446 Vgl. BLANKE, S. 421; DIETER GRIMM, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 17.9.1992 «Leerformel».

447 Vgl. DUBACH, S. 30.

448 Ausführlich und anschaulich behandelt ALEXIA PETRA MÜLLER die Frage der Justizierbarkeit (S. 60 ff.). Sie tritt in diesem Zusammenhang für eine Revision des EuGH ein, damit er von seiner bisherigen «Motor-Funktion» für die europäische Integration wegkomme (S. 159 ff.).

449 PESCATORE, S. 1092.

450 Abgedruckt in KOM (93), S. 545.

451 Vgl. WINTER, S. 248 f.

Statt vom komparativen Effizienztest könnte man auch von vergleichenden Eignungstests sprechen⁴⁵².

Parlament, Rat und Kommission haben in einer interinstitutionellen Vereinbarung vom 25. Oktober 1993⁴⁵³ das Verfahren der Prüfung des Subsidiaritätsprinzips festgelegt. Danach hat die Kommission diese Prüfung bei der Ausübung ihres Initiativrechts und bei Änderungen ihrer Vorschläge im weiteren Verlauf der Rechtsetzung durchzuführen⁴⁵⁴. Das Parlament und der Rat haben die Prüfung bei Ausübung ihres Rechts, die Kommission zur Vorbereitung von Rechtsakten aufzufordern, wahrzunehmen. Und alle drei Organe haben die Prüfung im Rahmen ihrer internen Verfahren vorzunehmen. Die Kommission hat sich darüberhinaus verpflichtet, jährlich einen Bericht über die Akten des Subsidiaritätsprinzips zu erstellen. Bei Schwierigkeiten kann eine institutionelle Konferenz einberufen werden. Schliesslich äussert sich auch Artikel 54 der Geschäftsordnung des Parlaments zur Subsidiaritätsprüfung.

Rat, Kommission und Parlament vertreten in der genannten Vereinbarung unter anderem die Auffassung, dass der gemeinschaftliche Besitzstand nicht in Frage gestellt werden soll. Das Subsidiaritätsprinzip soll in Gestalt des komparativen Vergleichstests und des Mehrwerttests einmal gefundene Kompromisse nicht wieder auflösen⁴⁵⁵.

Eine Analyse des Verhaltens von Rat, Europäischem Parlament, Kommission und Europäischem Gerichtshof hat folgendes zutage gefördert⁴⁵⁶: Während das Subsidiaritätsprinzip in der Praxis des Rates und des europäischen Parlaments noch kaum deutliche Spuren hinterlassen hat, beeinflusste es die Kommissionstätigkeit nachhaltig. Dies zeigt sich zunächst an der Zahl der Vorschläge für Rechtsakte, welche von 1990 bis 1995 massiv gesunken ist. Allerdings liegt der Grund dafür nicht allein beim Subsidiaritätsprinzip. Überlagernde Begründungen ergeben sich aus dem Bedürfnis nach Entstaatlichungen und Entlastungen der Wirtschaft. Entsprechendes Industrielobbying sei einflussreicher als das Subsidiaritätsprinzip gewesen⁴⁵⁷.

Ursprünglich geplante Initiativen, die zu einer Regulierung führen sollten, sind mehrfach entweder aufgehoben oder abgeschwächt, d.h. in eine blosse Empfehlung umgewandelt worden⁴⁵⁸.

452 WINTER, S. 265.

453 EUROPE Dokumente 1857 vom 4.11.1993, S. 3; abgedruckt auch in EuGRZ 1993, S. 603 f.

454 Vgl. dazu auch ALEXIA PETRA MÜLLER, S. 64 f.

455 EUROPE Dokumente Nr. 1857/1993, S. 3.

456 WINTER, S. 250 ff.

457 WINTER, S. 252 f.

458 WINTER, S. 254.

Das Subsidiaritätsprinzip trägt häufig dazu bei, dass die vorgeschlagenen Vorschriften den Mitgliedstaaten möglichst viele Entscheidungskompetenzen sichern, indem der Gemeinschaftsrechtsakt nur einen Rahmen setzt. Eine Vermutung geht aber dahin, dass es sich mitunter um eine Verschleierungstaktik handle, d.h. dass das Subsidiaritätsprinzip zur Verschleierung gruppenspezifischer Interessen angerufen wird. Dies sei vor allem bei der Dämpfung von Initiativen für soziale Regulierungen zu beobachten, während wirtschaftliche Regulierungen kaum auf Hemmungen stiessen⁴⁵⁹.

In der heutigen Praxis geht die Kommission von einem einseitigen Rechtfertigungzwang für Gemeinschaftsaktionen aus, d.h. von der Beweislast für die komparative Effizienz und den Mehrwert auf Seiten der Gemeinschaftsorgane⁴⁶⁰. Ein unversöhnlicher Kritiker des Subsidiaritätsprinzips bezeichnet die Haltung der Kommission als Selbstaufgabe und beschämende Kapitulation⁴⁶¹. Sie versteht das Subsidiaritätsprinzip aber nicht als Kompetenzzuweisungs- sondern lediglich als Kompetenzausübungsrregel⁴⁶².

Vor allem im Bereich der Umweltpolitik wird das Subsidiaritätsprinzip wenig für die Verschleierung benutzt. Vielmehr wird dort offen eingeräumt, dass auf Regelungen im Hinblick auf die Wettbewerbsfähigkeit verzichtet bzw. dass anstelle von Regelungen alternative Aktionsmittel wie Verhandlungen und Selbstverpflichtungen eingesetzt werden sollen⁴⁶³. Diese liegen im übrigen durchaus im Interesse des Subsidiaritätsprinzips⁴⁶⁴.

Das Subsidiaritätsprinzip gilt nach herrschender Meinung auch für die Änderung bestehenden sekundären Rechts. Es ist also nicht ganz allgemein der Besitzstand zu bewahren⁴⁶⁵.

In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hat das Subsidiaritätsprinzip bisher noch keine allzu deutlichen Spuren hinterlassen. Immerhin wird die Meinung vertreten, der Sache nach sei ein Rückzug der Rechtsprechung festzustellen. Statt eines vollkommenen Binnenmarktes werde nun nur noch ein unvollkommener angestrebt⁴⁶⁶. Ausdruck dieser Tendenz sei insbesondere die Keck-Rechtsprechung, wonach das Herkunftslandprinzip im Sinne des Cassis-de-Dijon-Prinzips nur noch für produktebezogene Vor-

459 WINTER, S. 255 f.

460 WINTER, S. 260.

461 PESCATORE, S. 1077. Diese Beurteilung ist vor dem Hintergrund seiner These zu sehen, das Subsidiaritätsprinzip sei eine verfehlte Maxime für die Gestaltung der gesellschaftlichen Ordnung (S. 1071).

462 Vgl. DUBACH, S. 36.

463 WINTER, S. 260 f.

464 Vgl. auch KLOEPFER/ELSNER (S. 964 ff.), dort allerdings vorweg mit dem Kooperationsprinzip begründet.

465 KAHIL, S. 139.

466 JICKELI, S. 63 f.

schriften gilt, nicht aber für Verkaufsmodalitäten wie Mindestpreisvorschriften, Ladenöffnungsvorschriften etc. Diesbezüglich gilt das Bestimmungslandprinzip, was die Rücknahme des Verbots der Massnahmen gleicher Wirkung (Art. 30 EGV) auf ein Diskriminierungsverbot bedeute⁴⁶⁷. Weiter werde auch die effet-utile Rechtsprechung relativiert, welche die Mitgliedstaaten unter Bezugnahme auf den Grundsatz der Gemeinschaftstreue verpflichtet, das wettbewerbsrechtliche Instrumentarium des EGV zu schützen und alles zu unterlassen, was das Ziel des unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt gefährden könnte⁴⁶⁸.

Das Europäische Parlament ist im übrigen der Meinung, die Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips sei, obwohl Verfassungsprinzip und damit rechtlich bindend, in erster Linie Sache der politischen Organe. Allerdings könne nicht ausgeschlossen werden, dass auch der Gerichtshof in einer konkreten Situation seiner Auslegung und Anwendung berufen sei⁴⁶⁹.

4.5. Zusammenfassung und Folgerungen für die Eidgenossenschaft

4.5.1. Zusammenfassung

Artikel 3b Absatz 2 EGV erhebt das Subsidiaritätsprinzip in den Rang eines Rechtsprinzips. Dieses ist justizierbar, liefert aber keinen engen Prüfungsraoster, sondern wirkt sich prinzipiell nur als Beweislastregel oder sogar nur als Begründungslastregel zugunsten der unteren bzw. zulasten der oberen Ebene aus. Die hauptsächliche Adressatin von Artikel 3b Absatz 2 EGV ist die Europäische Kommission. Rat und Parlament als rechtsetzende Organe sind funktional nicht gleichermaßen fähig, dem Subsidiaritätsprinzip aus eigener Initiative nachzuleben. Mitgliedstaaten können wegen Verletzung des Subsidiaritätsprinzips Nichtigkeitsklage führen. Ob und wieweit der Gerichtshof solche Klagen guttheissen wird, ist noch offen. Er wird jedenfalls keinen engen Prüfungsraoster anlegen können. Hingegen dürfte er einen erheblichen

467 Siehe JICKELI, S. 57 ff.

468 Siehe JICKELI, S. 61 ff.

469 Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 20. April 1994 zur Anpassung der Rechtsvorschriften an das Subsidiaritätsprinzip, abgedruckt in EuGRZ 1994, S. 468 ff. Das Parlament wendet sich in dieser Entschliessung nicht zuletzt gegen seines Erachtens etwas zu weit gehende Bekenntnisse der Kommission in deren Bericht an den Europäischen Rat über die Anpassung der geltenden Rechtsvorschriften an das Subsidiaritätsprinzip (KOM (93), S. 545). Das Parlament fordert u.a., dass das Subsidiaritätsprinzip nicht in missbräuchlicher Weise instrumentalisiert werde, etwa als Ersatz für beseitigte Vetorechte.

Teil seiner bisherigen Rolle als «Integrationsmotor» einbüßen. Er muss mehr als in der Vergangenheit die Regelungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten veranschlagen⁴⁷⁰.

Subsidiaritätsprinzip und Verhältnismässigkeitsprinzip werden klar gesondert, wobei die Verhältnismässigkeit hier untypisch auf das Verhältnis Gemeinschaft-Mitgliedstaaten angewendet wird.

Ausserhalb von Artikel 3b Absatz 2 EGV kann das Subsidiaritätsprinzip eine Wirkung als politische Maxime entfalten, deren Einhaltung aber keiner rechtlichen Kontrolle unterliegt.

4.5.2. Folgerungen für die Eidgenossenschaft

Nach alledem stellt sich die Frage, welche Folgerungen für die Beurteilung des Subsidiaritätsprinzips in der Eidgenossenschaft gezogen werden können.

Zunächst lässt sich aus der Verankerung des Subsidiaritätsprinzips in Artikel 3b Absatz 2 EGV nichts für die Geltung des Subsidiaritätsprinzips in der Schweiz ableiten. Die genannte Bestimmung bedeutet nicht, dass es in allen Fällen und Kontexten einer Positivierung bedürfe, um das Subsidiaritätsprinzip als ein Verfassungsprinzip anzusprechen. Die Diskussion um Artikel 3b Absatz 2 EGV bringt keinen Aufschluss zur Frage, unter welchen Umständen sich auf staatlicher Ebene ein ungeschriebenes Verfassungsprinzip herausbilden könne.

Hingegen zeigen Artikel 3b Absatz 2 EGV und die in seinem Umfeld geführte Diskussion, dass das Subsidiaritätsprinzip zum Verfassungsprinzip erhoben werden und dass ihm eine rechtliche Funktion zukommen kann. Die bedeutenden Meinungsverschiedenheiten nötigen aber zum Schluss, dass seine rechtliche Verfestigung vergleichsweise unsicher und anspruchsvoll ist. Man wird auch folgern dürfen und zugleich müssen, dass die rechtliche Leitwirkung eine beschränkte ist. Klare Direktiven für die Ausnützung von Kompetenzen auf verschiedene staatlichen Rechtsetzungsebenen sind ihm nicht zu entnehmen. Unter diesen Umständen bleibt ein erheblicher politischer Gestaltungsspielraum.

Artikel 3b EGV ist eine Richtschnur für die Ausnützung von konkurrierenden Gemeinschaftskompetenzen. Von der Bestimmung nicht erfasst wird die Zuteilung neuer Kompetenzen zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten. Im weiteren spricht sie auch das Verhältnis zwischen Gemeinschaft und privaten Rechtssubjekten nicht an. Insofern handelt es sich nur um eine sehr partielle Kodifikation des umfassend verstandenen Subsidiaritätsprinzips.

⁴⁷⁰ Siehe die (allerdings keineswegs einhellige) Kritik an der bisherigen Dynamik bei HÖFFE, Vernunft, S. 235; HABLITZEL, S. 51; bes. ALEXIA PETRA MÜLLER, S. 86 ff. und 178 ff.

Mit Bezug auf die nicht geregelten Gehalte ist aus Artikel 3b EGV und aus der unmittelbar darüber geführten Diskussion für die schweizerische Debatte nichts ableitbar.

5. *Zum Subsidiaritätsprinzip im Recht der Eidgenossenschaft*

5.1. Übersicht und Hinweise

Nach der Grundlegung (Ziff. 2.) und der Darstellung von Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft (Ziff. 3.) sowie der Skizzierung des Subsidiaritätsprinzips in der Europäischen Union (Ziff. 4.) geht es nun darum, das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Eidgenossenschaft nachzuweisen. Wir beginnen mit der Verfassungsstufe (Ziff. 5.2.) und wenden uns dann der Gesetzesstufe zu (Ziff. 5.3.). Die ursprünglich gehegte Absicht, zwischen expliziten und impliziten Verankerungen zu unterscheiden, habe ich angesichts der Schwierigkeit der Einordnung in vielen Fällen und der häufigen Gemengelage aufgegeben. Im Anschluss an die Übersicht über die subsidiäre Regelung sollen Folgerungen gezogen werden (Ziff. 5.4.). Es folgt ein Rundgang durch die Auseinandersetzung mit dem Subsidiaritätsprinzip in der einheimischen Rechtsprechung (Ziff. 5.5.) und in der einheimischen Rechtswissenschaft (Ziff. 5.6.). Vor diesem Hintergrund ist nach der rechtlichen Einordnung des Subsidiaritätsprinzips zu fragen. Dies soll in zwei Schritten bzw. mit zwei Fragen geschehen, nämlich mit den Fragen, ob das Subsidiaritätsprinzip ein Rechtsgrundsatz oder eine blosse «Klugheitsregel» sei (Ziff. 5.7.1.) oder ob es sich um ein Strukturprinzip oder um einen Verfassungsgrundsatz handle (Ziff. 5.7.2.). Schliesslich ist zu fragen, wie das Subsidiaritätsprinzip am vorteilhaftesten in den Rechtsdiskurs eingeführt wird (Ziff. 5.7.3.). Auch hier sind am Ende Folgerungen zu ziehen (Ziff. 5.7.4.).

5.2. Verfassungsstufe

5.2.1. **Bundesverfassung**

In der geltenden Bundesverfassung figuriert das Subsidiaritätsprinzip ausdrücklich an zwei Orten, nämlich in Artikel 31^{bis} Absatz 4 sowie in 31^{octies} Absatz 2 BV.

Nach Artikel 31^{bis} Absatz 4 werden strukturpolitische Massnahmen nach Buchstabe a des genannten Artikels nur erlassen, wenn die zu schützenden Wirtschaftszweige oder Berufe diejenigen Selbsthilfemassnahmen getroffen haben, die ihnen billigerweise zugemutet werden können. Nach Artikel 31^{octies} Absatz 2 BV fördert der Bund die bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe ergänzend zur zumutbaren Selbsthilfe und nötigenfalls abweichend von der Handels- und Gewerbefreiheit⁴⁷¹. Diese Bestimmungen sind Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips. Der Staat soll erst zu gunsten einzelner Wirtschaftszweige oder Berufe intervenieren, nachdem sich die betroffenen Wirtschaftssubjekte selbst zu helfen versucht haben⁴⁷². Mit Selbsthilfemassnahmen sind vor allem Vorkehren kollektiver Art im Visier. Aber auch individuelle Massnahmen sind denkbar. Gefordert sind nur die «billigerweise» zumutbaren Vorkehren. Angesprochen ist vor allem der Bundesgesetzgeber⁴⁷³. Entgegen dem Wortlaut ist die Selbsthilfe nicht konsequent Voraussetzung für staatliche Massnahmen. Selbsthilfe und staatliche Vorkehren können zeitlich parallel laufen und ineinander verwoben sein⁴⁷⁴.

Weiter rekuriert auch die Bestimmung über die Landesversorgung auf das Subsidiaritätsprinzip. Artikel 31^{bis} Absatz 3 Buchstabe e bestimmt, dass der Bund befugt sei, unter bestimmten Voraussetzungen Vorschriften über vorsorgliche Massnahmen der wirtschaftlichen Landesverteidigung und auch über Massnahmen zur Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern und Dienstleistungen bei schweren Mangellagen zu treffen, denen die Wirtschaft nicht selber begegnen kann⁴⁷⁵.

Eine implizite Verankerung des Subsidiaritätsprinzips enthält insbesondere Artikel 32 BV. Nach dessen Absatz 2 sind die Kantone vor Erlass der Ausführungsgesetze zu den Wirtschaftsartikeln anzuhören. Ihnen ist in der Regel auch der Vollzug der Bundesvorschriften zu übertragen. Weiter sind die zuständigen Organisationen der Wirtschaft vor Erlass der Ausführungsgesetze anzuhören. Und sie können beim Vollzug der Ausführungsvorschriften zur Mitwirkung herangezogen werden.

Was das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen in Zusammenhang mit dem Vollzug von Massnahmen betrifft, die sich auf die Wirtschaftsartikel

471 AS 1996 2502. Dieser Verweis auf das Subsidiaritätsprinzip wurde im Jahre 1996 zusammen mit dem Landwirtschaftsartikel aus Artikel 31^{bis} BV ausgegliedert und verselbständigt.

472 Vgl. RHINOW, in: Kommentar BV, Art. 31^{bis}, Rz 136.

473 Vgl. RHINOW, in: Kommentar BV, Art. 31^{bis}, Rz 137.

474 Vgl. RHINOW, in: Kommentar BV, Art. 31^{bis}, Rz 139.

475 Zur Subsidiarität der Landesversorgungspolitik vgl. RHINOW, in: Kommentar BV, Art. 31^{bis}, Rz. 228 f. sowie insbesondere RUDOLF PROBST, Landesversorgungsrecht, in: Berner Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1979, Bern/Stuttgart 1979, S. 544 ff.

stützen, ist das bundesstaatliche Subsidiaritätsprinzip angesprochen⁴⁷⁶. Mit Bezug auf das Verhältnis zwischen Bund und Organisationen kommt demgegenüber das allgemeine Subsidiaritätsprinzip ins Spiel. Zwischen Staat und Individuum werden intermediäre Gewalten eingeschaltet⁴⁷⁷. Dieser Rückgriff stellt besondere Legitimations-, Demokratie- und Transparenzprobleme.

5.2.2. Verfassungsentwurf 1977

Artikel 53 Absatz 1 des VE 1977 bestimmt, dass der Bund, wenn er Recht setzt oder auf andere Weise tätig wird, die Selbständigkeit der Kantone wahrt, soweit es sich mit der Erfüllung der Staatsaufgaben vereinbaren lässt. Im Bericht der Expertenkommission wird dazu lediglich angeführt, die Bestimmung lege das für den Föderalismus grundlegende Subsidiaritätsprinzip nieder. Der Bund solle den Kantonen soviel Autonomie und Eigenständigkeit belassen, wie es mit einer sachgerechten Erfüllung der jeweiligen Staatsaufgaben vereinbar sei. Dieser Grundsatz solle das dritte Kapitel über die Aufteilung der Verantwortung auf Bund und Kantone durchziehen und gleichermaßen für die Hauptverantwortung des Bundes, die Bundesrahmenge setze im Bereich der Hauptverantwortungen der Kantone sowie auch für die übrigen Verantwortungsbereiche gelten⁴⁷⁸.

5.2.3. Verfassungsentwurf 1996

Bereits der VE 1995 verankert das Subsidiaritätsprinzip im Rahmen der Sozialziele. Danach sollen Bund und Kantone diese Ziele in Ergänzung zur privaten Initiative und Verantwortung im Rahmen der verfügbaren Mittel verwirklichen (Art. 31 Abs. 2). Die Erläuterungen zum Verfassungsentwurf spielen zwar nicht auf das Subsidiaritätsprinzip an, sondern verweisen vor allem auf vergleichbare Bestimmungen in den Kantonsverfassungen Bern und Appenzell Ausserrhoden⁴⁷⁹. Zum Verhältnis Bund-Kantone enthält der VE 1995 die Bestimmung, dass der Bund die Eigenständigkeit der Kantone wahre (Art. 33 Abs. 1). Die Erläuterungen zum Vernehmlassungsentwurf führen dazu aus, die Bestimmung garantiere einen substantiellen Föderalismus⁴⁸⁰. Von Subsidiaritätsprinzip auch hier nicht die Rede.

476 Vgl. RHINOW, in: Kommentar BV, Art. 32, Rz. 48 ff.

477 Vgl. auch RHINOW, in: Kommentar BV, Art. 32, Rz. 52 ff.

478 Bericht VE 1977, S. 119.

479 Erläuterungen VE 1995, S. 66 f.

480 Erläuterungen VE 1995, S. 69.

Der VE 1996 verstärkt die Bezugnahme auf das Subsidiaritätsprinzip in den Sozialzielen. Es erscheint nun am Kopf der Bestimmung (Art. 33 Abs. 1). Danach setzen sich Bund und Kantone im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Zuständigkeiten und ihrer verfügbaren Mittel in Ergänzung zu privater Initiative und Verantwortung dafür ein, dass eine Reihe von Sozialzielen verwirklicht werden⁴⁸¹. In der Botschaft schreibt der Bundesrat dazu, es handle sich um eine Staatszielbestimmung, die keine Rechtsansprüche verschaffe. Es sei Sache des Gesetzgebers, auf Gesetzesstufe allenfalls Leistungsansprüche des Individuums vorzusehen. Die normative Kraft der Bestimmung bleibe daher beschränkt⁴⁸². Der Sache nach rekurriert der Bundesrat auf das Subsidiaritätsprinzip⁴⁸³.

In den Grundsätzen über die Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen verankert der VE 1996 den Grundsatz der Subsidiarität ausdrücklich und verpflichtet den Bund auf dessen Beachtung (Art. 34 Abs. 3). Die Verstärkung dieser Bezugnahme auf das Subsidiaritätsprinzip geht auf Forderungen der Kantone im Vernehmlassungsverfahren zum VE 1995 zurück. Der Bundesrat führt in diesem Zusammenhang aus, die schwierige Aufgabe der Nachführung bestehe darin, die grundlegenden, weitgehend ungeschriebenen Maximen, darunter das Prinzip der Subsidiarität, in Normtexte umzugießen, die ein anschauliches und gültiges Bild des gegenwärtig gelebten schweizerischen Föderalismus vermittelten⁴⁸⁴. Die Verankerung des Subsidiaritätsgedankens in der Verfassung trage einem von der Konferenz der Kantonsregierungen sowie von vielen Kantonen im Rahmen der Vernehmlassung geäusserten Anliegen Rechnung. Der Grundsatz der Subsidiarität sei ursprünglich zwar ein theologisch-gesellschaftspolitisches Prinzip, sei aber zunehmend auch auf das Verhältnis zwischen den verschiedenen Ebenen gegliederter Staatswesen übertragen worden und habe sich inzwischen namentlich im Recht der Europäischen Union ausdrücklich niedergeschlagen. Der Subsidiarität im Bundesstaat liege die Idee zugrunde, dass der Bund nicht Aufgaben an sich ziehen solle, welche die Gliedstaaten ebensogut erfüllen könnten, für die es also keinen zwingenden Grund zur bundesweiten Vereinheitlichung gebe. Als staatspolitische Handlungsmaxime sei das Subsidiaritätsprinzip auch Richtlinie für die Ausgestaltung der Rechtsordnung durch den Bundesgesetzgeber. Namentlich in Rechtsbereichen, in denen dem Bund nur eine Rahmengesetzgebungskompetenz zukomme, werde das Subsidiaritätsprinzip einen gewissen Einfluss auf die Regelungsintensität ausüben. Dabei bestehe ein Spannungsverhältnis zum Demokratieprinzip.

481 Botschaft VE 1996, S. 595.

482 Botschaft VE 1996, S. 199 f.

483 Botschaft VE 1996, S. 202.

484 Botschaft VE 1996, S. 205.

Inwieweit sich aus dem Subsidiaritätsgedanken eigentliche Handlungsschranken für den Bundesgesetzgeber ableiten liessen, sei bis heute unbeantwortet⁴⁸⁵.

Der VE 1996 erwähnt sodann zumutbare Selbsthilfemaßnahmen im Rahmen der Bestimmungen über die Strukturpolitik (Art. 92 Abs. 1) sowie im Rahmen der Landesversorgung (Art. 94 Abs. 1) und der Landwirtschaft (Art. 95 Abs. 2). In seiner Botschaft führte der Bundesrat zur Bestimmung über die Strukturpolitik aus, darin werde das Subsidiaritätsprinzip auf Verlangen von Wirtschaftsverbänden wieder ausdrücklich aufgenommen, welche das Fehlen dieser Bezugnahme im VE 1995 kritisiert hätten⁴⁸⁶. Zur Bestimmung über die Landesversorgung hält der Bundesrat fest, die Massnahmen hätten subsidiären Charakter⁴⁸⁷. Mit Bezug auf den Landwirtschaftsartikel ist der Bundesrat bestrebt, den 1996 eingefügten neuen Landwirtschaftsartikel inhaltlich unverändert zu übernehmen, eingeschlossen den Verweis auf das Subsidiaritätsprinzip⁴⁸⁸.

5.2.4. Kantonsverfassungen

Eine geradezu aufsehenerregende Positivierung findet das Subsidiaritätsprinzip in Artikel 27 Absatz 2 der Verfassung vom 30. April 1995 des Kantons Appenzell Ausserrhoden⁴⁸⁹. Sie lautet:

Der Kanton erfüllt nur Aufgaben, die nicht ebensogut von den Gemeinden oder von Privaten wahrgenommen werden können. Er fördert private Initiative und persönliche Verantwortung und strebt regionale Zusammenarbeit an.

Auch im Rahmen der Sozialziele wird das Subsidiaritätsprinzip verankert. Nach Artikel 25 Absatz 1 setzen sich Kanton und Gemeinden in Ergänzung der privaten Initiative und der persönlichen Verantwortung sowie im Rahmen der verfügbaren Mittel für eine Reihe von Sozialzielen ein.

Besonders prominent findet sich das Subsidiaritätsprinzip dann nochmals in der Gemeindeorganisation verankert. Danach erfüllen die Einwohnergemeinden alle öffentlichen Aufgaben, die nicht vom Bund oder vom Kanton wahrgenommen werden und die nicht sinnvollerweise Privaten überlassen bleiben (Art. 100 Abs. 3).

485 Botschaft VE 1996, S. 209.

486 Botschaft VE 1996, S. 308.

487 Botschaft VE 1996, S. 310.

488 Botschaft VE 1996, S. 311.

489 SR 131.224.1.

Der Verfassungsgeber hat in diesen Bereichen bewusst einen Anschluss an das Subsidiaritätsprinzip gesucht⁴⁹⁰.

Eine teilweise Bezugnahme auf das Subsidiaritätsprinzip enthält die Berner Kantonsverfassung vom 6. Juni 1993⁴⁹¹. Im Rahmen der Bestimmung über die Sozialziele (Art. 30) erklärt sie, Kanton und Gemeinden würden diese in Ergänzung der privaten Initiative und Verantwortung sowie im Rahmen der verfügbaren Mittel verwirklichen (Abs. 2).

Nach der hier vertretenen Auffassung ist zu wünschen, dass das Subsidiaritätsprinzip auch in künftigen Totalrevisionen von Kantonsverfassungen verankert wird⁴⁹².

5.2.5. Exkurs: Ausländische Verfassungen

Ein Gang durch ausländische Verfassungen fördert wenig Konkretes zur Verankerung des Subsidiaritätsprinzips als solchem, mit diesem Terminus, zutage⁴⁹³. Implizit kommt Subsidiaritätsdenken in den Verfassungen bei Grundrechtsgarantien zum Ausdruck⁴⁹⁴. Dasselbe gilt für den Föderalismus⁴⁹⁵, den Regionalismus⁴⁹⁶, die kommunale Selbstverwaltung⁴⁹⁷, und letztlich die Demokratie⁴⁹⁸. Hierauf soll hier aber nicht näher eingetreten werden.

Auf explizite Bezugnahmen auf das Subsidiaritätsprinzip stossen wir in den folgenden Verfassungen:

In Artikel 23 des Bonner Grundgesetzes ist im Zusammenhang mit dem Beitritt der Bundesrepublik zur Europäischen Union das Subsidiaritätsprinzip für das Verhältnis zwischen der Union und der Bundesrepublik verankert worden⁴⁹⁹. In der Lehre findet man die Meinung, in dieser Bestimmung sei implizit eine Verankerung für den bundesinternen Bereich enthalten⁵⁰⁰.

Eine ausdrückliche Festlegung des Subsidiaritätsprinzips trifft man in Artikel 7 Absatz 1 Landesverfassung Vorarlberg⁵⁰¹. Er lautet:

490 Vgl. HANS-JÖRG SCHÄR, Die neue Ausserrhoder Kantonsverfassung, ZBl 1996, S. 349.

491 SR 131.212.

492 In diesem Sinne auch PETER HÄBERLE, Die Kunst der kantonalen Verfassunggebung – das Beispiel einer Totalrevision in St. Gallen (1996), ZBl 1997, S. 114.

493 Vgl. auch HÄBERLE, S. 276 ff.

494 Vgl. HÄBERLE, S. 284 f.

495 Vgl. HÄBERLE, S. 287 f.; FLEINER-GERSTER, Subsidiarität, S. 321 f.

496 Vgl. HÄBERLE, S. 288 f.

497 Vgl. HÄBERLE, S. 289 ff.

498 Vgl. HÄBERLE, S. 291.

499 Vgl. HÄBERLE, S. 297.

500 So OPPERMANN, S. 569 ff.

501 Landesgesetzblatt 1984, 12. Stück, vom 31. Mai 1984, zit. nach HÄBERLE, S. 276 f.

Das Land hat die Aufgabe, die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Einzelnen sowie die Gestaltung des Gemeinschaftslebens nach den Grundsätzen der Subsidiarität und der Solidarität aller gesellschaftlichen Gruppen zu sichern. Selbstverwaltung und Selbsthilfe der Landesbürger sind zu fördern.

Eine weitere Verankerung enthält Artikel 7 Absatz 1 der Tiroler Landesordnung von 1988⁵⁰². Er hat den folgenden Wortlaut:

Das Land Tirol hat unter Wahrung des Gemeinwohles die freie Entfaltung der Persönlichkeit des einzelnen zu sichern, die Selbsthilfe der Landesbewohner und den Zusammenhalt aller gesellschaftlicher Gruppen zu fördern und den kleineren Gemeinschaften jene Angelegenheiten zur Besorgung zu überlassen, die in ihrem ausschliesslichen oder überwiegenden Interesse gelegen und geeignet sind, von ihnen mit eigenen Kräften besorgt zu werden.

5.3. Gesetzesstufe

5.3.1. Vorbemerkung

Es kann hier nicht darum gehen, eine vollständige Liste der Erlasse und Bestimmungen auf Gesetzesstufe zu erstellen, welche das Subsidiaritätsprinzip explizit oder implizit verankern oder subsidiäre Regelungsstrukturen enthalten. Hingegen soll anhand einer Reihe von Gesetzen bzw. Gesetzesentwürfen illustriert werden, dass das Subsidiaritätsprinzip in vielfältiger Weise Niederschlag in der Gesetzgebung gefunden hat.

Die Erlasse, welche zur Sprache kommen, sind, mit zwei Ausnahmen, seit anfangs der neunziger Jahren erlassen worden oder standen 1997 in der Vorbereitungsphase. Diese Zeitspanne wird für die Wahl der Beispiele gewählt, weil sich das Subsidiaritätsprinzip insbesondere in den letzten Jahren zunehmender Beliebtheit erfreut⁵⁰³. Bereits eine lange Tradition hat das Subsidiaritätsprinzip etwa im kollektiven Arbeitsrecht⁵⁰⁴. Obwohl aus den neunziger Jahren stammend, wird das Binnenmarktgesetz nicht erörtert. Es enthält mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung von kantonalen Regelungen auch ein subsidiäres Element⁵⁰⁵. Dieses betrifft aber mehr das

502 Landesgesetzblatt 1988, 28. Stück, vom 9. Dezember 1988, zit. nach HÄBERLE, S. 277.

503 Für eine Reihe früherer Beispiele siehe LANGHART, S. 116 ff.

504 Vgl. dazu etwa WOLFGANG ZÖLLNER, Subsidiarität zwischen den Gestaltungsfaktoren der Arbeitsbedingungen, in: KNUT W. NÖRR/THOMAS OPPERMANN (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit. Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa, Tübingen 1997, S. 227 ff. Seine Ausführungen betreffend das deutsche Recht, gelten für das schweizerische aber sinngemäss.

505 Diesbezüglich kann auf die Überlegungen zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der Europäischen Gemeinschaft (Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung) verwiesen werden; vgl. etwa JICKELI, S. 57 ff.

bundesstaatliche Verhältnis als das hier im Vordergrund stehende Verhältnis zwischen Staat und Rechtssubjekten. Ebenfalls nicht erörtert wird das noch in der Konkretisierungsphase steckende Projekt der Neukonzeption des Finanzausgleichs zwischen Bund und Kantonen⁵⁰⁶. Immerhin ist heute schon klar, dass das Subsidiaritätsprinzip von hoher Bedeutung ist; man will sich geradezu auf dieses Prinzip zurückbesinnen⁵⁰⁷. Ebenfalls nur beiläufig erwähnt sei das seit dem 1. Oktober 1997 geltende Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG)⁵⁰⁸. Dieses bestimmt in Artikel 5, dass der Bundesrat die Aufgaben des Bundes und ihre Erfüllung regelmässig auf ihre Notwendigkeit und die Zielerreichung überprüft. Auch wenn die Botschaft diesbezüglich nicht ausdrücklich das Subsidiaritätsprinzip anruft⁵⁰⁹, so liegt die Bestimmung dennoch auf der Linie dieses Gebots.

Im Hinblick auf die Beurteilung der rechtlichen Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips müsste eigentlich auch gefragt werden, ob dem Subsidiaritätsprinzip in bestimmten Bereichen ausdrückliche Absagen erteilt worden seien. Aus Zeitgründen unterblieb eine längere diesbezügliche Abklärung. Es ist aber anzunehmen, dass es in den neunziger Jahren keine Absagen gegeben hat, die vergleichbar deutlich und bedeutungsvoll wie die Bekenntnisse zum Subsidiaritätsprinzip wären.

5.3.2. Waren- und Dienstleistungsdeklaration

Das Konsumenteninformationsgesetz vom 5. Oktober 1990 (KIG)⁵¹⁰, in Kraft seit dem 1. Mai 1992, sieht in Artikel 2 Absatz 1 vor, dass die wesentlichen Eigenschaften der zum Kauf oder Gebrauch angebotenen Waren und der wesentliche Inhalt der vom Bundesrat bezeichneten Dienstleistungen in vergleichbarer Form zu deklarieren sind, soweit dies im Interesse der Konsumenten liegt. Nach Artikel 3 ist die Waren- und Dienstleistungsdeklaration eine Obliegenheit der betroffenen Organisationen der Wirtschaft und der Konsumenten. Diese vereinbaren, welche Waren deklariert werden müssen. Sie vereinbaren auch die Anforderungen an Form und Inhalt der Deklaratio-

506 Siehe dazu die Beiträge von ERIC MOTTU, ULRICH KLÖTI UND ALFRED MEIER in: Subsidiäres Staatshandeln, Sonderheft der Schweiz. Zeitschrift für Politikwissenschaft, 1977, S. 133 ff.

507 Siehe Bericht «Der neue Finanzausgleich zwischen Bund und Kantonen» der vom Eidg. Finanzdepartement und der Konferenz der kantonalen Finanzdirektoren gemeinsam getragenen Projektorganisation, Bern/Luzern 1996, S. 1, 13, 44 und 49. Laut Auskunft von Kurt Grüter, Vizedirektor der Eidg. Finanzverwaltung, wird sogar daran gedacht, eine Ergänzung der BV vorzuschlagen, welche das Subsidiaritätsprinzip in allgemeiner Weise aufnimmt.

508 AS 1997 2022; SR 172.010.

509 Botschaft zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, BBl 1993 II 1062.

510 AS 1992 910; SR 944.0.

nen über diese Waren und über die vom Bundesrat bezeichneten Dienstleistungen. Dabei sind die internationalen Normen sowie der Grundsatz der Nichtdiskriminierung zu berücksichtigen. In Artikel 4 erhält der Bundesrat eine Verordnungskompetenz zur Regelung der Deklaration, wenn innert angemessener Frist keine Vereinbarung zustande gekommen ist oder eine Vereinbarung unzureichend erfüllt wird. Im Hinblick auf die Regelung sind die betroffenen Organisationen der Wirtschaft und der Konsumenten anzuhören.

Diese Regelung, die der Sache nach eine subsidiäre ist, geht auf Vorschläge der eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen zurück, die am 6. Oktober 1981 vom Vorsteher des eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements beauftragt worden war, einen Vorentwurf zu einem Konsumentenschutzgesetz auszuarbeiten⁵¹¹. Diese Kommission gelangte aufgrund von Hearings mit zahlreichen Branchenvertretern über Erfahrungen mit freiwilligen oder gesetzlichen Deklarationen zum Ergebnis, dass keine allgemeine Form einer Warendeklaration gefunden werden könne, sondern dass je nach Branche, unter Umständen sogar je nach Produkteart, andere Regeln gelten müssten. Unter diesen Umständen bestehe die beste Lösung darin, die Deklarationen durch gegenseitige Absprache zu regeln. Für den Fall ungebührlicher Verzögerung oder mangelnder Repräsentativität sei eine öffentlichrechtliche Ordnung zu treffen⁵¹². Der Bundesrat schloss sich dieser Beurteilung an und beantragte in seiner Botschaft eine entsprechende Regelung. Nur für den Fall, dass der Weg der Übereinkunft scheitern sollte, werde subsidiär eine Lösung auf dem Verordnungsweg vorgesehen⁵¹³.

5.3.3. **Bundessubventionen**

Mit dem Subventionsgesetz vom 5. Oktober 1990 (SuG)⁵¹⁴, in Kraft getreten am 1. April 1991, hat der Bund eine Rahmenordnung für neue Subventionserlasse und die Überprüfung bestehender Subventionserlasse aufgestellt. Das Subventionsgesetz enthält neben hier nicht weiter interessierenden allgemeinen Bestimmungen für die Gewährung von Finanzhilfen und Abgeltungen (Art. 11 ff.) Bestimmungen für die Rechtsetzung über Finanzhilfen und Abgeltungen (Art. 4 bis 10). Im Rahmen dieser Bestimmungen wird dem Subsidiaritätsprinzip der Sache nach ein prominenter Platz eingeräumt.

511 Botschaft KIG, S. 360.

512 Botschaft KIG, S. 362.

513 Botschaft KIG, S. 373.

514 AS 1991 857; SR 616.1.

Nach Artikel 6 können Bestimmungen über Finanzhilfen erlassen werden, wenn – unter anderem – die Aufgabe ohne die Finanzhilfe nicht hinreichend erfüllt wird (Bst. c), die zumutbaren Selbsthilfemaßnahmen und die übrigen Finanzierungsmöglichkeiten nicht ausreichen (Bst. d) und die Aufgabe nicht auf andere Weise einfacher, wirksamer oder rationeller erfüllt werden kann (Bst. e). Artikel 7 enthält sodann besondere Grundsätze für die Ausgestaltung von Bestimmungen über Finanzhilfen. Danach sind solche Bestimmungen so auszustalten, dass – unter anderem – der Empfänger die Eigenleistung erbringen muss, die ihm aufgrund seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zugemutet werden kann und der Empfänger die ihm zumutbaren Selbsthilfemaßnahmen und die übrigen Finanzierungsmöglichkeiten ausgeschöpft hat (Bst. d).

Weniger bedeutungsvoll und charakteristisch sind im vorliegenden Zusammenhang Subsidiaritätsanforderungen für die Gesetzgebung über Abgeltungen (Art. 9 f.).

In seiner Botschaft führt der Bundesrat ausdrücklich aus, die Förderung mit Finanzhilfen solle subsidiären Charakter haben. Sie sei nur dort gerechtfertigt, wo die angestrebte Tätigkeit trotz Ausschöpfung aller privaten Kräfte ohne Finanzhilfe nicht ausgeübt werden könne⁵¹⁵.

5.3.4. Börsenaufsicht

Das Börsengesetz vom 24. März 1995 (BEHG)⁵¹⁶, soweit hier von Belang in Kraft seit dem 1. Februar 1997, statuiert in Artikel 3 Absatz 1 eine Bewilligungspflicht für den Betrieb einer Börse. Nach Absatz 2 wird die Bewilligung erteilt, wenn eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt sind, insbesondere die Börse durch ihre Reglemente und ihre Organisation die Erfüllung der Pflichten aus dem Börsengesetz gewährleistet (Bst. a). Und Artikel 4 bestimmt, unter der Sachüberschrift *Selbstregulierung*, dass die Börse eine eigene, ihrer Tätigkeit angemessene Betriebs-, Verwaltungs- und Überwachungsorganisation gewährleisten müsse (Abs. 1). Die Reglemente und deren Änderungen sind der Bewilligungsbehörde zur Genehmigung zu unterbreiten (Abs. 2). Ein weiteres Reglement zur Organisation eines leistungsfähigen und transparenten Handels ist in Artikel 5 Absatz 1 vorgesehen. Nach Artikel 7 ist ein Reglement über die Zulassung, die Pflichten und den Ausschluss von Effektenhändlern zu erlassen und nach Artikel 8 schliesslich ein Reglement über die Zulassung von Effekten zum Handel.

515 Botschaft SuG, S. 389.

516 AS 1997 68; SR 954.1.

Dieses Regelungskonzept geht einerseits auf Vorschläge einer Studiengruppe zur Prüfung der Struktur und der Regulierung des Schweizer Effektenmarktes zurück⁵¹⁷, anderseits auf den Vorentwurf einer im Anschluss an die Studiengruppe eingesetzten Expertengruppe⁵¹⁸. Der Bundesrat folgte diesem Konzept in seiner Botschaft⁵¹⁹.

Das BEHG ist demnach als Rahmenordnung⁵²⁰ konzipiert. Es hält lediglich die Grundzüge fest und überlässt vieles der Selbstregulierung. Im Vordergrund stehen gewerbepolizeiliche Schutzziele (Vermögensschutz), welche durch funktionsgerichtete Schutzziele (Funktionsfähigkeit der Börsen und des Kapitalmarktes) ergänzt werden. Die Börsen sind verpflichtet, diese Schutzziele im Rahmen der Selbstregulierung durch interne Massnahmen weitgehend autonom zu verwirklichen. Der Staat regelt also nur soweit, als die Privaten nicht selbst in der Lage sind, die schutzwürdigen Interessen der Rechtsgemeinschaft zu wahren. Gleichzeitig trägt laut Bundesrat das BEHG dem Gebot der Verhältnismässigkeit von Grundrechtsbeschränkungen optimal Rechnung. Die HGF der Börsen und Effektenhändler wird nur soweit beschränkt, als dies im Hinblick auf den Schutz der Börsenmitglieder und der Kundschaft der Effektenhändler erforderlich ist. Die Aufsicht soll sicherstellen, dass die Selbstregulierung das Erreichen der Ziele des BEHG gewährleistet. Damit besteht die notwendige Flexibilität, um auf die institutionelle und technische Entwicklung auf den internationalen Finanzmärkten rasch zu reagieren⁵²¹. An anderer Stelle wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dieses Regelungskonzept entspreche dem Subsidiaritätsprinzip⁵²².

5.3.5. Umweltschutz

Mit der Änderung vom 21. Dezember 1995 des Umweltschutzgesetzes (USG), in Kraft seit dem 2. Juli 1997⁵²³, ist der dem Umweltschutzgesetz von Anfang an inhärente Subsidiaritätsgedanke noch weiter verstärkt worden. Zentral dafür ist Artikel 41a, der die Zusammenarbeit mit der Wirtschaft regelt. Die Bestimmung lautet:

517 Botschaft BEHG, S. 1374.

518 Botschaft BEHG, S. 1377.

519 Botschaft BEHG, S. 1378.

520 Eine ausführliche und tief schürfende Auseinandersetzung mit dem Regelungskonzept, unter Einbezug des Subsidiaritätsprinzips, findet sich bei LANGHART, bes. S. 85 ff.

521 Botschaft BEHG, S. 1383.

522 Botschaft BEHG, S. 1378.

523 AS 1997 I 1155.

¹ Der Bund und im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Kantone arbeiten für den Vollzug dieses Gesetzes mit den Organisationen der Wirtschaft zusammen.

² Sie können Branchenvereinbarungen durch die Vorgabe mengenmässiger Ziele und entsprechender Fristen fördern.

³ Vor dem Erlass von Ausführungsvorschriften prüfen sie freiwillige Massnahmen der Wirtschaft. Soweit möglich und notwendig, übernehmen sie Branchenvereinbarungen ganz oder teilweise in das Ausführungsrecht.

Diese Bestimmung figurierte in der bundesrätlichen Botschaft noch nicht⁵²⁴. Sie geht auf die parlamentarische Debatte zurück. Es war der Ständerat, welcher sie lancierte⁵²⁵. Die Zusammenarbeit mit der Wirtschaft soll durch eine Zusammenarbeit mit Organisationen, nicht mit Einzelunternehmen erfolgen⁵²⁶. Es ist unverkennbar, dass bei der Umsetzung dieser Zusammenarbeit auch wettbewerbsrechtliche Fragen auftauchen und zu prüfen ist, ob Vereinbarungen vor dem Kartellrecht standhalten können⁵²⁷. Artikel 41a USG vermag nicht überall Begeisterung auszulösen⁵²⁸. Auch wird sein subsidiärer Charakter angezweifelt⁵²⁹. Der Sinn der Bestimmung geht indessen eindeutig in Richtung Subsidiarität⁵³⁰. Der Bundesrat weist darauf in anderem Zusammenhang, nämlich in seiner Botschaft zum Energiegesetz nachdrücklich hin⁵³¹.

5.3.6. Beseitigung und Verhinderung technischer Handelshemmnisse

Das Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995 (THG)⁵³², in Kraft seit dem 1. Juli 1996, enthält ein Regelungskonzept für technische Normen bzw. gegen technische Handelshemmnisse, das auf Subsidiaritätsgedanken beruht.

Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Ausführungen sei folgendes vorausgeschickt:

Technische Handelshemmnisse sind Behinderungen des grenzüberschreitenden Warenverkehrs, welche auf unterschiedliche technische Vorschriften oder Normen, auf die unterschiedliche Anwendung solcher Vorschriften oder Normen zurückzuführen sind oder auf die Nichtanerkennung von Prüfungen, Konformitätsbewertungen, Anmeldungen oder Zulassungen im Ausland.

524 Botschaft USG, S. 1445 ff., bes. 1474 f., 1501 und 1535 f.

525 Amtl.Bull. S 1994, S. 483.

526 Vgl. TRÜEB, S. 542 f.

527 TRÜEB, S. 543.

528 Siehe die vernichtende Kritik bei TRÜEB, S. 541 ff.

529 TRÜEB, S. 546.

530 Vgl. Amtl.Bull. N 1994, S. 483 und 460 ff.; Amtl.Bull N 1995, S. 1339.

531 Botschaft EnG, S. 1072 f. und 1087.

532 AS 1996 1725; SR 946.51.

Zentral ist die Unterscheidung zwischen technischen Vorschriften und technischen Normen. Technische Vorschriften sind staatliche Regeln, während dem technische Normen von privaten Normierungsvereinigungen erzeugt werden und insofern privatrechtlichen Ursprungs sind. Beide Normentypen umschreiben Anforderungen an Produkte, wie Beschaffenheit, Eigenschaften, Verpackungen oder Beschriftung, bzw. von Verfahren, etwa zur Prüfung oder Konformitätsbewertung. Die Anwendung technischer Normen ist freiwillig, währenddem technische Vorschriften zwingend sind. Vielfach wird in technischen Vorschriften Bezug auf technische Normen genommen. Dies geschieht entweder dadurch, dass Gesetzes- oder Verordnungsbestimmungen auf den jeweiligen Stand der Technik verweisen, der in erster Linie in den einschlägigen Normen zum Ausdruck kommt. Oder es werden konkrete Normen bezeichnet, welche typischerweise die gesetzliche Regelung näher definieren. Solche Verweisungen bedeuten der Sache nach eine Privatisierung der Normgebung, welche nur einer beschränkten staatlichen Kontrolle unterliegt⁵³³.

Zweck des THG ist die Schaffung einheitlicher Grundlagen, damit im Regelungsbereich des Bundes technische Handelshemmisse vermieden, beseitigt oder abgebaut werden (Art. 1 Abs. 1). Beim Erlass von technischen Vorschriften für bestimmte Güter sind in der Regel mehrere Verfahrenstypen zur Konformitätsbewertung zur Wahl zu stellen, wobei bei mindestens einem dieser Verfahren die Person, welche das Produkt herstellt oder in Verkehr bringt, die Möglichkeit haben soll, die Konformitätsbewertung selbst vorzunehmen (Art. 5 Abs. 1 Bst. a). Weiter sind in der Regel Prüfungen und Konformitätsbewertungen durch Dritte als privatrechtliche Tätigkeiten vorzusehen, soweit sie eine Voraussetzung für das Anbieten, das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme, die Verwendung oder die Entsorgung von Produkten bilden (Art. 5 Abs. 1 Bst. b). Weiter kann der Bundesrat oder die von ihm bezeichnete Behörde im Hinblick auf die Erarbeitung von technischen Normen, auf die in technischen Vorschriften verwiesen wird oder verwiesen werden soll, nationale Normungsorganisationen beauftragen, die schweizerischen Interessen in den Lenkungsgremien internationaler Normenorganisationen wahrzunehmen, und dafür eine Entgeltung vorsehen (Art. 11 Bst. b).

Das THG setzt im Anschluss und in Übereinstimmung mit der sogenannten «neuen Konzeption» der Europäischen Union auf ein Regelungskonzept, das der Sache nach dem Subsidiaritätsprinzip verpflichtet ist und das nur die sogenannten grundlegenden Anforderungen durch technische Vorschriften fest-

533 Vgl. Botschaft THG, S. 526 f.; vgl. zur privaten Normsetzung bes. auch: KLOEPFER/ELSNER, S. 966 ff.

schreibt, währenddem für deren Erreichung auf bestimmte technische Normen verwiesen wird⁵³⁴.

Zur Illustration dieses Konzepts sei die Regelung im Bundesgesetz über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEG)⁵³⁵ erwähnt. Diese ist im Zusammenhang mit dem Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR Abkommens eingeführt worden und dient der marktwirtschaftlichen Erneuerung⁵³⁶.

Nach Artikel 3 STEG in der Fassung vom 18. Juni 1993⁵³⁷ dürfen technische Einrichtungen und Geräte nur in Verkehr gebracht werden, wenn sie bei ihrer bestimmungsgemässen und sorgfältigen Verwendung Leben und Gesundheit der Benutzer und Dritter nicht gefährden. Sie müssen den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nach Artikel 4 entsprechen oder, wenn keine solchen Anforderungen festgelegt worden sind, nach den anerkannten Regeln der Technik hergestellt worden sein.

Nach Artikel 4 legt der Bundesrat die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen fest; er berücksichtigt dabei das internationale Recht. Nach Artikel 4a Absatz 1 bezeichnet das zuständige Bundesamt im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Aussenwirtschaft die technischen Normen, welche geeignet sind, die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen zu konkretisieren. Nach Absatz 3 kann es unabhängige schweizerische Normenorganisationen beauftragen, technische Normen zu schaffen. Zentral ist nun Artikel 4b Absatz 2, wonach vermutet wird, dass die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt sind, wenn technische Einrichtungen und Geräte nach den technischen Normen gemäss Artikel 4a hergestellt worden sind. Fehlt die Festlegung grundlegender Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen, so muss nach Absatz 4 nachgewiesen werden können, dass die technische Einrichtung oder das Gerät nach den anerkannten Regeln der Technik hergestellt worden ist.

Ein zweites Regelungsmodell in diesem Sinne findet sich in der Medizinprodukteverordnung vom 24. Januar 1996⁵³⁸. Darin wird für die Anforderungen an Medizinprodukte im wesentlichen auf technische Normen verwiesen (Art. 4). Dieses Konzept ist im Vorentwurf vom 19. Februar 1997 für ein Heilmittelgesetz (HMG) aufgenommen werden⁵³⁹.

534 Botschaft THG, S. 534 f.

535 AS 1995 2766; SR 819.1.

536 Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR Abkommens, BBI 1993 I 844 ff.; Botschaft II über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft), BBI 1992 V 532 ff.

537 AS 1995 2766.

538 AS 1996 987; SR 819.124.

539 Vgl. die Ausführungen im erläuternden Bericht vom 19. Februar 1997 zum Vorentwurf für ein Heilmittelgesetz, bes. S. 42 f., S. 62 f. und S. 78 f.

5.3.7. Energiepolitik

In seiner Botschaft vom 21. August 1996 zum Energiegesetz, das zu einer ausreichenden, breitgefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung beitragen soll, legt der Bundesrat ein bis anhin beispielloses Bekenntnis zum Subsidiaritätsprinzip ab⁵⁴⁰. Eine ganze Reihe von Bestimmungen lassen diese Ausrichtung deutlich erkennen. Sie sollen hier wegen ihrer kontextuellen Bedeutung im vollen Wortlaut wiedergegeben werden:

Art. 2 Zusammenarbeit mit den Kantonen und geeigneten Organisationen

¹ Bund und Kantone koordinieren ihre Energiepolitik und berücksichtigen die Anstrengungen der Wirtschaft. Der Bundesrat kann nach Anhörung der Kantone und der betroffenen Organisationen Ziele und Programme der Energiepolitik festlegen.

² Bund und Kantone arbeiten für den Vollzug dieses Gesetzes mit geeigneten privaten Organisationen und der Wirtschaft zusammen.

³ Vor dem Erlass von Ausführungsvorschriften prüfen sie Massnahmen privater Organisationen.

Art. 17 Vollzug durch den Bund

¹ Der Bundesrat vollzieht dieses Gesetz und erlässt die erforderlichen Ausführungsvorschriften. Er kann den Erlass technischer oder administrativer Vorschriften dem Departement übertragen. Artikel 21 bleibt vorbehalten.

² Der Bundesrat kann geeignete private Organisationen zum Vollzug beziehen.

³ Das Bundesamt kann Prüf-, Kontroll- und Überwachungsaufgaben an Dritte übertragen.

Art. 18 Vorrang von Massnahmen der Wirtschaft

Vor dem Erlass von Ausführungsvorschriften zu den Artikeln 8⁵⁴¹ und 9⁵⁴² prüft der Bundesrat Massnahmen der Wirtschaft insbesondere privater Organisationen nach Artikel 19. Soweit möglich und notwendig übernimmt er Vereinbarungen, die dem Kartellgesetz und dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse entsprechen, ganz oder teilweise in sein Ausführungsrecht.

Art. 19 Aufgaben privater Organisationen

¹ Der Bundesrat kann geeigneten privaten Organisationen namentlich folgende Aufgaben übertragen:

a) Vereinbarung von einheitlichen und vergleichbaren Angaben des Energieverbrauchs von serienmäßig hergestellten Anlagen, Fahrzeugen und Geräten (Art. 8 Abs. 1);

b) Vereinbarung von energietechnischen Prüfverfahren (Art. 8 Abs. 2);

c) Vereinbarung von Verbrauchs-Zielwerten zur Reduktion des spezifischen Energieverbrauchs von serienmäßig hergestellten Anlagen, Fahrzeugen und Geräten (Art. 9 Abs. 1);

d) Umsetzung von marktwirtschaftlichen Instrumenten wie Zertifikate (Art. 9 Abs. 4);

540 Botschaft EnG, S. 1005 ff.

541 Dabei geht es um Vorschriften über einheitliche und vergleichbare Angaben des Energieverbrauchs von serienmäßig hergestellten Anlagen, Fahrzeugen und Geräten.

542 Dabei geht es um Massnahmen zur Reduktion des Energieverbrauchs. In erster Linie sind Vereinbarungen mit Herstellern oder Importeuren zu treffen. Beim Scheitern solcher Vereinbarungen kommt die verordnungsmässige Festlegung von Massnahmen zum Einsatz. Auch diese Bestimmung ist zentral dem Subsidiaritätsprinzip verhaftet.

e) Vereinbarung und Durchführung von Programmen zur Förderung der sparsamen und rationellen Energienutzung sowie der Nutzung von einheimischen und erneuerbaren Energien;

f) Vereinbarung von Zielen für die Entwicklung des Energieverbrauchs von Grossverbrauchern.

² Die Organisationen arbeiten bei der Erfüllung ihrer Aufgaben mit den zuständigen Behörden des Bundes und der Kantone sowie mit weiteren betroffenen Organisationen zusammen.

Art. 20 Übertragung der Aufgaben, Aufsicht und Beteiligung der öffentlichen Hand

¹ Das Departement vereinbart mit den betroffenen Organisationen nach Anhörung der Kantone namentlich:

a) Die Ziele und Grundsätze für die einzelnen Aufgaben;

b) die Untersuchungen, die über die Auswirkungen von Massnahmen und Programmen durchzuführen sind;

c) die Berichterstattung.

² Das Departement überprüft alle zwei Jahre, wie die übertragenen Aufgaben durchgeführt wurden, und erstattet dem Bundesrat Bericht.

³ Bund und Kantone können Mitglieder der Organisationen werden und sich an deren Finanzierung beteiligen.

Die Botschaft des Bundesrates tönt streckenweise wie ein eigentliches Hohelied auf die Subsidiarität. So wird bereits in der Übersicht ausgeführt, zentrale Elemente des Entwurfs seien das Kooperations- und Subsidiaritätsprinzip⁵⁴³. Bei allen Massnahmen des Energiegesetzes sei darauf geachtet worden, die Eingriffsintensität und die Kosten zur Zielerreichung möglichst gering zu halten. Freiwilligen Massnahmen würde grundsätzlich Vorrang vor direkten staatlichen Eingriffen gegeben. Neu werde auch die Möglichkeit geschaffen, marktwirtschaftliche Instrumente, insbesondere Zertifikate, einzuführen⁵⁴⁴.

Der Entwurf liegt auf der Linie des Aktionsprogramms Energie 2000. Dessen Voraussetzung ist der sogenannte «Energiefriede»⁵⁴⁵. Im Vordergrund stehen Aktivitäten in drei Bereichen: freiwillige Massnahmen, staatliche Rahmenbedingungen und Dialog zur Lösung von Konflikten⁵⁴⁶. Der Entwurf knüpft teilweise an Erfahrungen an, die bereits im Rahmen des Energienutzungsbeschlusses vom 14. Dezember 1990⁵⁴⁷ bzw. der Energienutzungsverordnung vom 22. Januar 1992⁵⁴⁸ gemacht worden sind, so insbesondere an die Vereinbarung von Verbrauchs-Zielwerten⁵⁴⁹. Eine 1996 durchgeführte

543 Botschaft EnG, S. 1006.

544 Botschaft EnG, S. 1007.

545 Botschaft EnG, S. 1027.

546 Botschaft EnG, S. 1027.

547 AS 1991 1018; SR 730.0.

548 AS 1992 397; SR 730.01.

549 Botschaft EnG, S. 1029.

Untersuchung zu den Verbrauchs-Zielwerten für Elektrogeräte zeigte, dass sich diese neue Form der Zusammenarbeit mit der Branche gut bewährte⁵⁵⁰.

Das Kooperations- und Subsidiaritätsprinzip werden bereits am Anfang des Gesetzes genannt (Art. 2), um ihre zentrale Bedeutung für das Energiegesetz zu unterstreichen⁵⁵¹. Die beiden Prinzipien sind Ausdruck des Bemühens um Deregulierung und Revitalisierung der Schweizer Wirtschaft⁵⁵². Nach Meinung des Bundesrates tritt die rechtliche Bedeutung von Artikel 2 allerdings hinter die politische zurück⁵⁵³.

Ähnlich wie im Umweltschutzgesetz sollen das Kooperationsprinzip und die Eigenverantwortung von Wirtschaft und Privaten verstärkt werden. Freiwillige Massnahmen sollen möglichst viel zur Erreichung der Ziele beitragen. Vor dem Erlass von Ausführungsvorschriften sollen daher freiwillige Massnahmen, mit anspruchsvollen Zielsetzungen und unabhängigen Erfolgskontrollen, geprüft werden⁵⁵⁴.

Für die effiziente Zusammenarbeit mit Bund und Kantonen plant die Wirtschaft die Errichtung einer schweizerischen Energieagentur in der Form eines privatrechtlichen Vereins. Diese Agentur soll für die Gesamtwirtschaft repräsentativ sein. Die Spartenverbände, nämlich der Vorort des Schweizerischen Handels- und Industrievereins, der Gewerbeverband, die Wirtschaftsförderung und die Bankervereinigung, sollen daher in der Energieagentur mitwirken. Im weiteren ist eine Vertretung der Energieträger Erdöl, Elektrizität und Gas sowie der grossen Energieverbraucher vorgesehen. Daneben soll der Bundesrat Vertreter seiner Wahl, z.B. Vertreter des Bundes, der Kantone, der Gewerkschaften, der Umwelt- und Konsumentenorganisationen, in den Agenturrat entsenden können⁵⁵⁵.

Laut Bundesrat hat sich die bisherige Energiepolitik stark auf polizeirechtliche Instrumente (Gebote und Verbote) sowie, in Teilbereichen, auf Finanzhilfen abgestützt. Diese Instrumente würden heute an ihre Grenzen stossen. Die Energiepolitik der Zukunft werde sich vermehrt auf staatliche Rahmenbedingungen, ökonomische Anreize sowie Zusammenarbeit mit der Wirtschaft abstützen. Mit dem Bekenntnis zum Subsidiaritätsprinzip werde eine merkliche Reduktion behördlicher Eingriffe und Regelungen bezweckt. Das Subsidiaritätsprinzip stehe in engem Zusammenhang mit dem Kooperationsprinzip. Und diese zwei Prinzipien würden die konstruktiven Kräfte von Wirtschaft und Staat verbinden, so dass staatliche Eingriffe nur getroffen

550 Botschaft EnG, S. 1046 f.

551 Botschaft EnG, S. 1071.

552 Botschaft EnG, S. 1072 f.; vorne Ziff. 5.3.4.

553 Botschaft EnG, S. 1086.

554 Botschaft EnG, S. 1077.

555 Botschaft EnG, S. 1087.

werden müssten, wo eigene Massnahmen der Wirtschaft nicht vorhanden oder nicht genügend seien⁵⁵⁶. Im Kontext des Subsidiaritätsprinzips sind sodann namentlich Konfliktlösungsmechanismen von grosser Bedeutung⁵⁵⁷.

5.3.8. Reduktion der CO₂-Emissionen

Mit seiner Botschaft vom 17. März 1997 zum Bundesgesetz über die Reduktion der CO₂-Emissionen⁵⁵⁸ beantragt der Bundesrat eine Regelung, die wiederum – vergleichbar dem Entwurf zum Energiegesetz – ganz im Zeichen des Subsidiaritätsprinzips steht.

Mit dieser Botschaft will der Bundesrat dem Treibhauseffekt als einem der drängenden globalen Umweltprobleme begegnen⁵⁵⁹. Es geht auch darum, dem Rahmenabkommen der Vereinigten Nationen über die Klimaänderungen, das anlässlich des Erdgipfels von Rio im Juni 1992 unterzeichnet wurde, nachzuleben⁵⁶⁰. Neben der Bekämpfung des Treibhauseffekts dient der Erlass der Reduktion bei den traditionellen Schadstoffen, insbesondere bei den Stickoxid-Emmisionen⁵⁶¹.

Auch diese Bestimmungen sollen wegen ihres hohen Bezugs zum Subsidiaritätsprinzip wörtlich wiedergegeben werden:

Art. 3 Mittel

¹ Das Reduktionsziel soll in erster Linie durch energie-, verkehrs-, umwelt- und finanzpolitische sowie freiwillige Massnahmen erzielt werden.

² Kann das Reduktionsziel durch diese Massnahmen allein nicht erreicht werden, erhebt der Bund eine Lenkungsabgabe auf den fossilen Energieträgern (CO₂-Abgabe).

³ Bestimmte Verbraucher von fossilen Brenn- und Treibstoffen können sich von der CO₂-Abgabe befreien, wenn sie sich gegenüber dem Bund zu einer Begrenzung der CO₂-Emmissionen verpflichten (Art. 9).

Art. 4 Freiwillige Massnahmen

¹ Zu den freiwilligen Massnahmen zählen namentlich auch Erklärungen, in denen sich Verbraucher von fossilen Brenn- und Treibstoffen freiwillig verpflichten, die Emmissionen zu begrenzen.

² Der Bundesrat kann geeignete Organisationen mit der Unterstützung und der Durchführung freiwilliger Massnahmen beauftragen.

Art. 5 Evaluation

¹ Der Bundesrat beurteilt regelmässig die Wirkung der getroffenen und geplanten Massnahmen im Hinblick auf die Verminderung der CO₂-Emmissionen. Er berücksichtigt

556 Botschaft EnG, S. 1124.

557 Botschaft EnG, S. 1035 f.

558 Botschaft CO₂, S. 410 ff.

559 Botschaft CO₂, S. 413.

560 Botschaft CO₂, S. 422.

561 Botschaft CO₂, S. 416.

insbesondere die Entwicklung der wichtigsten Rahmenbedingungen wie Bevölkerungs-, Wirtschafts- und Verkehrswachstum.

² Er stützt sich bei der Evaluation auf statistische Erhebungen.

Art. 6 Einführung der Abgabe

¹ Ist absehbar, dass das Reduktionsziel mit den Massnahmen nach Artikel 3 Absatz 1 allein nicht erreicht werden kann, führt der Bundesrat die CO₂-Abgabe ein. Er berücksichtigt namentlich die Preise der fossilen Treibstoffe in den Nachbarstaaten.

² Der Bundesrat kann die Abgabe frühestens im Jahr 2004 einführen.

³ Er kann die Abgabe stufenweise einführen. Er legt den Zeitplan für die einzelnen Stufen im voraus fest.

Art. 9 Abgabebefreiung

¹ Wer grosse Mengen von fossilen Brenn- oder Treibstoffen verbraucht oder wer durch die Einführung der CO₂-Abgabe in seiner internationalen Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigt würde, wird von der Abgabe befreit, wenn er sich dem Bund gegenüber verpflichtet, die CO₂-Emmissionen zu begrenzen.

² Zur Begrenzung der CO₂-Emmissionen verpflichten können sich:

a) grosse Unternehmen;

b) mehrere Verbraucher von fossilen Brenn- und Treibstoffen gemeinsam;

c) energieintensive Unternehmen, wenn ihre Belastung durch die CO₂-Abgabe mehr als 1% ihres Bruttoproduktionswertes beträgt.

³ ...

⁴ ...

⁵ ...

⁶ Wer die gegenüber dem Bund eingegangenen Verpflichtungen nicht einhält, hat die Abgabe, von der er befreit wurde, einschliesslich Zinsen nachzuzahlen. (...).

Art. 10 Verwendung des Abgabebetrags

¹ ...

² Der Abgabebetrag von Bevölkerung und Wirtschaft wird nach Massgabe der von ihnen entrichteten Abgaben aufgeteilt.

³ Der Anteil der Bevölkerung wird gleichmässig an alle natürlichen Personen verteilt. (...)

⁴ Der Anteil der Wirtschaft wird an die Arbeitgeber und an die Arbeitgeberinnen entsprechend dem abgerechneten massgebenden Lohn der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Art. 5 AHVG) über die AHV-Ausgleichskassen abgerechnet (...).

Der Bundesrat hält in seiner Botschaft fest, dass die CO₂-Abgabe nicht auf Vorrat eingeführt werden solle. Massnahmen wie die leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe oder die geplante Treibstoffsteuererhöhung hätten Priorität vor der CO₂-Abgabe. Nur wenn aufgrund der Evaluationen absehbar sei, dass die Ziele mit den andern Massnahmen nicht erreicht würden, sei die CO₂-Abgabe einzuführen⁵⁶². Die Subsidiarität der CO₂-Abgabe erlaube es, die Lenkungsabgabe optimal auf die Fiskalprojekte und anderen Massnahmen des Bundes abzustimmen. Und mit der Möglichkeit der Abgabenbefreiung könnten negative Auswirkungen auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Unternehmen vermieden werden⁵⁶³. Das subsidiäre

562 Botschaft CO₂, S. 411.

563 Botschaft CO₂, S. 412.

Konzept hat allerdings nicht in allen politischen Lagern Freude ausgelöst. Vor allem SP und Grüne hätten sich eine obligatorische CO₂-Abgabe gewünscht⁵⁶⁴.

5.3.9. Landwirtschaftspolitik

In der Landwirtschaftspolitik ist ein grundlegender Umbau der Regelungsstrukturen im Gange. Ein erheblicher Deregulierungsschub wird mit dem vom Bundesrat am 26. Juni 1996 verabschiedeten Entwurf zum Landwirtschaftsgesetz ausgelöst⁵⁶⁵. Subsidiäre Regelungsstrukturen sollen darin einen zentralen Platz erhalten. Zu nennen sind insbesondere die Artikel 8 und 9 des Entwurfs, welche von der Kollektiven Selbsthilfe handeln⁵⁶⁶.

5.4. Folgerungen für das Subsidiaritätsprinzip

Das Subsidiaritätsprinzip ist auf Bundesebene bisher nicht umfassend verankert worden. Hingegen finden sich zahlreiche explizite oder implizite Festlegungen bzw. subsidiäre Regelungsstrukturen. Demgegenüber fehlen, so weit ersichtlich, entsprechend deutliche Absagen an das Subsidiaritätsprinzip. Dennoch wäre es ohne nähere Reflexion gewagt anzunehmen, das Subsidiaritätsprinzip beherrsche die ganze Rechtsordnung des Bundes. Jedenfalls beruhen die einzelnen Regelungen noch nicht auf einem dogmatisch reflektierten Bekenntnis zu einem allgemeinen Rechtsprinzip.

Subsidiäre Regelungsstrukturen sind aber in auffälliger und kontinuierlicher Weise im Vormarsch. Der Trend geht eindeutig in Richtung eines Staates, der weniger unmittelbar, hoheitlich und verbindlich regelt und der vermehrt auf die Steuerungsbeiträge gesellschaftlicher Subsysteme setzt, wie namentlich auf Verbandsnormen (technische Normen)⁵⁶⁷, auf Informationen, Empfehlungen, Selbstverpflichtungen der Individuen oder von gesellschaftlichen Intermediären, auf Arrangements und Vereinbarungen.

Auf kantonaler Ebene sticht der Kanton Appenzell Ausserrhoden heraus. Er erhebt das Subsidiaritätsprinzip zu einem allgemeinen Rechtsprinzip und verankert es in gleicher Weise für das Verhältnis zwischen Staat und Indivi-

564 Botschaft CO₂, S. 417.

565 Botschaft AP 2002, S. 1 ff.

566 Das Subsidiaritätsprinzip ist auch im Europäischen Agrarrecht thematisiert worden, vgl. PETER GILSDORF, Der Grundsatz der Subsidiarität und die Gemeinsame Agrarpolitik, in: Gedächtnisschrift für EBERHARD GRABITZ, München 1995, S. 77-102.

567 Vgl. in diesem Sinne auch LECHELER, S. 125; KLOEPFER/ELSNER, S. 966 ff.

duen wie für das Verhältnis zwischen oberen und unteren staatlichen Ebenen (Kanton, Gemeinde).

Subsidiaritätsdenken liegt aus rechtstatsächlicher Sicht dennoch im Trend und bedarf der Reflexion mit Bezug auf seine juristische Bedeutung. Im folgenden ist daher auf die rechtliche Einordnung des Subsidiaritätsprinzips näher einzugehen. Zu diesem Zwecke sollen vorweg die einschlägige Rechtsprechung und Rechtslehre skizziert und erörtert werden.

5.5. Rechtsprechung

5.5.1. Vorbemerkung

Soweit ersichtlich, beruft sich die Rechtsprechung in der Schweiz kaum ausdrücklich und nachdrücklich auf das Subsidiaritätsprinzip. Am ehesten findet man entsprechende Bezugnahmen im Sozialrecht, im Subventionsrecht und im Enteignungsrecht.

5.5.2. Sozialrecht

Ein Entscheid des Basellandschaftlichen Verwaltungsgerichts vom 18. Mai 1988 lehnt Fürsorgeleistungen während einer Zweitausbildung mit dem Argument ab, es fehle an einer wirtschaftlichen Notwendigkeit für den Berufswechsel, weshalb es nicht Aufgabe der öffentlichen Fürsorge sein könne, die Zweitausbildung zu finanzieren. Dies sprengt eindeutig den Rahmen der unterstützungswürdigen Selbsthilfe⁵⁶⁸.

Die Rekurskommission des Thurgauischen Obergerichts erkennt in einem Entscheid vom 13. Mai 1994, dass die selbstverschuldete Mittellosigkeit die unentgeltliche Prozessführung nicht ausschliesse. Es wird aber in diesem Zusammenhang festgehalten, dass die Sozialhilfegesetze aller Kantone die unterstützte Person anhalten, eine zumutbare Erwerbstätigkeit aufzunehmen⁵⁶⁹. Das ergebe sich auch aus dem Subsidiaritätsprinzip und aus dem Grundsatz der Selbsthilfe⁵⁷⁰. Wer bewusst deshalb nicht arbeite, weil die öffentliche Fürsorge ohnehin einspringe, nütze diese staatliche Einrichtung aus, ja missbrauche sie. Ein solcher Gesuchsteller sei anders zu behandeln als derjenige, welcher eigene Initiative gezeigt habe, aber aus arbeitsmarktlchen

568 Basellandschaftliche Verwaltungsgerichtsentscheide 1988, S. 134.

569 Vgl. auch COULLERY, S. 87 ff.

570 Dieser kommt in den neueren kantonalen Erlassen je länger je häufiger vor (vgl. COULLERY, S. 77 f.).

Gründen oder persönlichen, familiären oder psychischen Problemen zeitweise oder auf Dauer nicht imstande sei, eine Arbeit zufriedenstellend auszuführen. Wie im allgemeinen Sozialhilferecht habe der Gesuchsteller auch bei der Beanspruchung der unentgeltlichen Prozessführung seine Mitwirkungspflichten zu erfüllen, namentlich nachzuweisen, dass ihm die Aufnahme einer Arbeitstätigkeit objektiv nicht möglich oder zumindest subjektiv nicht zumutbar sei. Die Vorinstanz habe es unterlassen, den Gesuchsteller zur Mitwirkung anzuhalten⁵⁷¹.

Der Regierungsrat des Kantons Luzern macht in einem Entscheid vom 29. September 1995 zu Sozialhilfebeiträgen geltend, das luzernische System der Ausbildungsbeitragsberechnung im Sozialhilfegesetz verankere das Prinzip der absoluten Subsidiarität⁵⁷².

5.5.3. Subventionsrecht

In einem Entscheid vom 23. Dezember 1985 weist die eidgenössische Rekurskommission für die Stiftung Pro Helvetia einen Publikationsbeitrag für ein wissenschaftliches Buch über eine grossstädtische Fasnacht (Zürich) mit dem Argument ab, im Hinblick namentlich auf die Wirtschaftskraft der betreffenden Gegend bestehe kein Bedürfnis nach einem Beitrag (Subsidiaritätsprinzip)⁵⁷³. Nach diesem Prinzip werde ein Projekt durch die Stiftung Pro Helvetia grundsätzlich nur dann unterstützt, wenn es ohne diese Hilfe nicht oder nur unter unangemessenem Aufwand der Träger verwirklicht werden könnte.

5.5.4. Enteignungsrecht

Das Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Landschaft setzte sich in einem Entscheid vom 26. April 1995 mit dem Subsidiaritätsprinzip im Rahmen der Enteignung auseinander. Danach sei die Enteignung zu verweigern, wenn und solange die Möglichkeit bestehe, dass auf dem Zivilweg die Übereignung bestimmter dinglicher Rechte erwirkt werden könne.

571 Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau 1994 Nr. 24.

572 Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide 1995 III 10, S. 279 ff.

573 VPB 50 Nr. 71, S. 443 ff.

5.5.5. Folgerungen

Das Subsidiaritätsprinzip erscheint als solches in der Rechtsprechung nur äusserst punktuell und betrifft das Verhältnis zwischen Staat und Individuum. Entweder geht es darum, dass der Staat nur subsidiär Sozialhilfe oder Subventionen gewähren soll oder dass er Eigentum nur subsidiär enteignen darf. Die Judikate sind zu wenig zahlreich und zu wenig grundsätzlich, um daraus plausible Schlüsse mit Bezug auf die rechtliche Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips zu ziehen.

5.6. Rechtslehre

5.6.1 Vorbemerkung

In der schweizerischen Rechtslehre fehlen, soweit ersichtlich, vertiefte Auseinandersetzungen mit dem Subsidiaritätsprinzip. In den Stichwortregistern der staats- und verwaltungsrechtlichen Lehrbuch- und Kommentarliteratur taucht der Begriff Subsidiarität nur vereinzelt auf. Am ehesten wird er im Zusammenhang mit der HGF und der staatlichen Wirtschaftstätigkeit sowie im Zusammenhang mit dem Föderalismus erwähnt. In der Spezialliteratur gibt es zahlreiche Anspielungen auf das Subsidiaritätsprinzip. Es versteht sich von selbst, dass diese auch nicht annähernd vollständig nachgewiesen werden können. Hingegen darf angenommen werden, dass die nachfolgende Auswahl einigermassen repräsentativ ist und die wesentlichen Gedanken enthält.

5.6.2. Subsidiaritätsprinzip im allgemeinen

PIERRE MOOR äussert sich in seinem «Droit administratif» zum Subsidiaritätsprinzip im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse, und zwar in einer so prägnanten Weise, dass sich die wörtliche Wiedergabe eines Textausschnitts aufdrängt⁵⁷⁴:

«L'intervention étatique est donc subordonnée à un principe de subsidiarité. L'intérêt n'est public, c'est-à-dire ne peut être pris en charge par l'état, que si le déroulement spontané des »lois« du marché est insuffisant à réaliser des valeurs sociales – spontanéité qui est garantie par le jeu des activités individuelles autonomes. Le »marché« doit être pris dans son acception la plus large: libre circulation des personnes, des idées, des marchandises.»

574 MOOR PIERRE, *Droit administratif*, Vol. I: Les fondements généraux, 2. Aufl., Bern 1994, S. 388.

KURT EICHENBERGER benennt das Subsidiaritätsprinzip in seinem Aufsatz «Zur Problematik der Aufgabenverteilung zwischen Staat und Privaten» als eines von sechs seines Erachtens anerkannten Prinzipien für die Bestimmung der Staatsaufgaben. Neben dem Subsidiaritätsprinzip erwähnt er das Verantwortungsprinzip, das Verhältnismässigkeitsprinzip, das Praktikabilitätsprinzip, das gesellschaftspolitische Neutralitätsprinzip sowie das Traditionsprinzip⁵⁷⁵. Von allen diesen Prinzipien werde das Subsidiaritätsprinzip am meisten bemüht. Lassen wir ihn wegen der scharfsinnigen und feinfühligen Umschreibung im Originalton zu Worte kommen⁵⁷⁶:

«Was der Private vermag und nicht vermag und zu was schliesslich der durchorganisierte Staat befähigt ist, bedarf der – oft prognostischen – Wertung, mit der zusätzlichen Beantwortung der kritischen Frage, ob angesichts eines bestimmten Aufgabenbereichs der Staat wirklich als der potente Testträger gelten darf, höherwertig, weil leistungskräf-tiger denn ein »tiefer« eingereihtes Sozialgebilde oder das Individuum. »Das« Subsidiaritätsprinzip ist weitaus komplizierter und offener, als es die Praxis anzunehmen gewohnt ist, und es ist in der Schweiz – wir sollten es redlicherweise eingestehen – zur abgegrif-fenen Münze bequemer Politikargumentation geworden.»

Den genannten Prinzipien komme insgesamt nur eine beschränkte Leitkraft zu⁵⁷⁷. Unergiebig für die Festlegung von Staatsaufgaben bzw. Staatszwecken ist das Subsidiaritätsprinzip für PETER SALADIN. Es vermöge den Rechtsstaat nicht zu befestigen⁵⁷⁸.

In der verfassungsrechtlichen Einleitung zum Kommentar BV verortet KURT EICHENBERGER das Subsidiaritätsprinzip zusammen mit dem Solidaritätsprinzip, dem Prinzip der Neutralität und der Disponibilität, dem Prinzip der Bundestreue und dem Prinzip der Partnerschaft von Bund und Kantonen in Angelegenheiten der hohen Politik als einen Grundsatz im Grenzbereich von rechtlichen Normierungen und politischen Maximen. Die Bundesverfas-sung lasse diesbezüglich Raum für die Einordnung als allgemeines Verfas-sungsprinzip⁵⁷⁹.

Im weiteren ist namentlich auf MICHAEL WALTER HEBEISEN hinzuweisen, der das Subsidiaritätsprinzip in seiner Abhandlung «Staatszweck, Staatsziele und Staatsaufgaben» im Rahmen der Erörterungen zur «Überforderung» des Staates als Folge der Entgrenzung der Staatsaufgaben behandelt. Dieser Autor meldet im Anschluss an HANS PETER BULL einige grundsätzliche

575 EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, S. 533 ff.

576 EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, S. 534.

577 EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, S. 535.

578 PETER SALADIN, Verantwortung als Staatsprinzip, Bern/Stuttgart 1984, S. 157 f.

579 EICHENBERGER, Einleitung, Rz. 114.

Einwände an. Die Vermutung gelte dafür, dass die grössere Einheit es besser mache als die kleine und die Rechtsstaatlichkeit bei Anwendung des Subsidiaritätsprinzips tendenziell leide. Zweifel an der besseren Erfüllung der Aufgaben im kleinen Kreise ergäben sich gerade auch mit Bezug auf die Sozialstaatlichkeit. Das Subsidiaritätsprinzip berge in einer starren Version ebenfalls ebensoviele Gefahren, wie es Sicherheit verspreche. Im übrigen verstärke es die auch sonst schon beachtliche Tendenz der Mediatisierung der Gesellschaft⁵⁸⁰. Für HEBEISEN bleibt vor allem auch unbeantwortet, wie das Subsidiaritätsprinzip zu seiner behaupteten Geltung komme und wie diese zu begründen sei. Das Subsidiaritätsprinzip leiste auch keinen deutlichen Beitrag zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen Staatsaufgaben, Staatszielen und Staatszwecken⁵⁸¹.

Schliesslich ist an THOMAS FLEINER-GERSTER zu erinnern, der sich in seiner Allgemeinen Staatslehre und in seinem Beitrag über Kriterien für die Aufgabenverteilung von Staat und Gesellschaft auf das Subsidiaritätsprinzip beruft. Es ist danach eines unter anderen Prinzipien für die Zuweisung von Aufgaben an den Staat⁵⁸².

5.6.3. Subsidiaritätsprinzip in der Wirtschaftsverfassung

Im Kontext der HGF bzw. der Wirtschaftsverfassung stossen wir wiederum auf PIERRE MOOR. Er hält im «Droit administratif» dafür, dass für staatliche Wirtschaftstätigkeit das Subsidiaritätsprinzip ganz allgemein zum Zuge komme⁵⁸³. In die gleiche Richtung zielt TOBIAS JAAG in seinem Landesbericht Schweiz an der Jahrestagung 1994 der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zum Thema der Privatisierung von Staatsaufgaben. Danach basiert die Wirtschaftsverfassung auf dem Grundsatz der privaten Wirtschaftstätigkeit. Demgemäß seien wirtschaftliche Tätigkeiten grundsätzlich den Privaten vorbehalten. Die wirtschaftliche Tätigkeit des Staates solle die Ausnahme bilden; es gelte der Grundsatz der Subsidiarität⁵⁸⁴. Ähnliches lesen wir bei BEAT KRÄHENMANN⁵⁸⁵ sowie bei LEO SCHÜRMANN⁵⁸⁶. Demgegenüber stösst sich UHLMANN weniger an privatwirtschaftlicher und zu-

580 HEBEISEN, S. 65.

581 HEBEISEN, S. 66 f.

582 FLEINER-GERSTER, Aufgabenverteilung, S. 32 und 36.

583 PIERRE MOOR, Droit administratif, Vol. III: L'organisation des activités administratives. Les biens de l'état, Bern, 1992, S. 333.

584 JAAG, S. 289 f. mit Hinweisen; GYGI/RICHLI, S. 68.

585 KRÄHENMANN, S. 160 ff.

586 SCHÜRMANN, S. 267.

gleich gewinnorientierter Tätigkeit des Staates. Entscheidend sei, dass diese wettbewerbsneutral erfolge⁵⁸⁷.

RENÉ A. RHINOW referiert den Begriff der Subsidiarität in der Erläuterung von Artikel 31⁵⁸⁸ sowie von Artikel 31^{bis} Absatz 4 BV im Kommentar BV⁵⁸⁹. Es ist dort sogar zu lesen, die genannte Bestimmung sei Ausdruck des in der schweizerischen Verfassungsordnung selbstverständlichen Gedankens der Subsidiarität staatlichen Handelns. Die staatliche Intervention zugunsten einzelner Wirtschaftszweige und Berufe soll erst erfolgen, nachdem sich die betroffenen Wirtschaftssubjekte selbst zu helfen versucht haben⁵⁹⁰. Auch die Rücksichtnahme auf bestehende Selbsthilfeorganisationen (Art. 31^{bis} Abs. 5) gehört in diesen Kontext⁵⁹¹. Ausgeprägt ist der Subsidiaritätsgedanke weiter im Bereich der Landesversorgung (Art. 31^{bis} Abs. 3 Bst. e)⁵⁹². Zu guter Letzt klingt das Subsidiaritätsprinzip laut RHINOW an⁵⁹³, wenn Artikel 32 Absatz 3 BV anordnet, die Verbände seien als intermediäre Organe zwischen Staat und Individuum für den Vollzug des Wirtschaftsrechts heranzuziehen. Diese Bestimmung knüpfe an die Realität des Vorbestehens von Verbänden an, deren Gründung zum Teil in das 19. Jahrhundert zurückreiche, und mache sie zu Mittlern zwischen Staat und Individuum bzw. Gesellschaft. Mit dieser Hinwendung zum korporatistischen Vollzug könne sich der Staat von Vollzugsaufgaben entlasten. Diese Spielart des Rechtsvollzugs berge allerdings auch Risiken, weil die Verbände nicht in gleicher Weise demokratisch organisiert und legitimiert seien wie der Staat. Der Begriff der «zuständigen Organisationen der Wirtschaft» sei weit zu verstehen und umfasse – je nach Regelungsbereich – neben Spitzenverbänden der Wirtschaft auch nachgeordnete Branchenorganisationen, weiter Gewerkschaften, Konsumenten-, Frauen- und Umweltorganisationen⁵⁹⁴.

Eine – wenn auch nur hinweisartige – Erwähnung im Zusammenhang mit Artikel 31^{bis} Absatz 4 BV findet das Subsidiaritätsprinzip weiter im Schweizerischen Bundesstaatsrecht von ULRICH HÄFELIN und WALTER HALLER⁵⁹⁵.

587 UHLMANN, S. 190 ff., wo zur Stützung der Argumentation vor allem auf die Regelung im Recht der EG verwiesen wird.

588 RHINOW, in: Kommentar BV, Art. 31, Rz. 38 ff.

589 RHINOW, in: Kommentar BV, Art. 31^{bis}, Rz. 118.

590 RHINOW, in: Kommentar BV, Art. 31^{bis}, Rz. 136.

591 RHINOW, in: Kommentar BV, Art. 31^{bis}, Rz. 141.

592 RHINOW, in: Kommentar BV, Art. 31^{bis}, Rz. 228 f.

593 RHINOW, in: Kommentar BV, Art. 32, Rz. 57 ff.

594 RHINOW, in: Kommentar BV, Art. 32, Rz. 61 ff.

595 HÄFELIN/HALLER, Rz 1461.

Ich selber habe der Subsidiarität im Rahmen des öffentlichen Wirtschaftsrechts verschiedentlich einen prominenten Platz zugewiesen und sie in jenem Bereich als Verfassungsgrundsatz thematisiert⁵⁹⁶.

Nicht zuletzt ist auf ANDREAS LIENHARD hinzuweisen. Dieser hält in seiner Dissertation «Deregulierung – Leitmotiv im Wirtschaftsverwaltungsrecht?» dafür, dass sich die Pflicht zur Deregulierung vornehmlich aus dem Grundsatz der Subsidiarität ergeben könne. Eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe solle nur dann vom Staat erfüllt werden, wenn die Privatwirtschaft sie nicht selber erfüllen könne⁵⁹⁷. Die «offensichtlich zentrale Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips in einer freiheitlich sozialverpflichteten Wirtschaftsordnung» würde es nach LIENHARD sogar rechtfertigen, den Grundsatz in der gesamten Rechtsordnung als verfassungsrechtlichen Grundsatz anzuerkennen⁵⁹⁸.

Schliesslich scheint die Subsidiarität in der Wirtschaftsverfassung auch für PHILIPPE MASTRONARDI unbestritten⁵⁹⁹. Er sieht sie ganz allgemein in der Erforderlichkeit eingeschlossen⁶⁰⁰.

Skeptischer mit Bezug auf die allgemeine Geltung des Subsidiaritätsprinzips in der Wirtschaftsverfassung sind ALBRECHT LANGHART⁶⁰¹ und FELIX UHLMANN⁶⁰².

5.6.4. Subsidiaritätsprinzip im Bundesstaat

Grosse Bedeutung hat das bundesstaatliche Subsidiaritätsprinzip in den Erläuterungen von PETER SALADIN zu Artikel 3 BV im Kommentar BV⁶⁰³. Er leitet aus dem Subsidiaritätsprinzip konkrete Forderungen für die Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen ab⁶⁰⁴. Eine Aufgabe ist den Kantonen zu überlassen, wenn sie zu ihrer Erfüllung fähig und bereit sind. Der Bundesgesetzgeber soll in einem bestimmten Zuständigkeitsbereich Teilbereiche nicht ordnen, welche keiner zentralen Regelung bedürfen. Er soll den Kantonen sodann den Vollzug von Bundesrecht überlassen, wo sie dazu fähig und bereit sind und wo kein zentraler Vollzug nötig ist. Schliesslich soll sich der

596 Siehe etwa GYGI/RICHLI, S. 196 f.; RICHLI, Leitung, S. 106 ff.

597 LIENHARD, S. 135 ff.

598 LIENHARD, S. 140.

599 MASTRONARDI, S. 75 ff.

600 MASTRONARDI, S. 76.

601 LANGHART, S. 103 f.

602 UHLMANN, S. 184 ff. Für eine kritische Würdigung der Thesen UHLMANNS siehe meine Besprechung in der AJP 1998, S. 131 f.

603 Die Grundlagen dafür wurden bereits in seinem Referat am Schweizerischen Juristentag 1984 gelegt: SALADIN, Bund und Kantone, S. 554 ff.

604 SALADIN, in: Kommentar BV, Art. 3, Rz. 56 ff.

Bund auf den Erlass von Grundsatzvorschriften beschränken, wo keine detaillierte Bundesregelung nötig ist. Das gilt namentlich im Bereich von Grundsatz- und Rahmengesetzgebungskompetenzen⁶⁰⁵. SALADIN bringt das Subsidiaritätsprinzip auch ins Spiel, wo es um die Frage geht, ob der Bund eine neue Kompetenz benötige⁶⁰⁶. Der Bund solle keine Aufgaben an sich ziehen, zu deren Erledigung die Kantone fähig und bereit seien. Kompetenzen sollen weiter nicht als ausschliessliche ausgestaltet werden, wo konkurrierende ausreichen. Den Kantonen müsse ein substantieller Bereich von Aufgabenautonomie verbleiben. Das Subsidiaritätsprinzip entfalte auf dieser «ersten Ebene» allerdings nur beschränkte rechtliche Wirkung.

WALTER HALLER und ALFRED KÖLZ halten in ihrer Allgemeinen Staatslehre dafür, der Grundsatz der Subsidiarität – auf den Staat bezogen – bedeute, dass die staatliche Ordnung stufenförmig aus kleineren zu grösseren Einheiten aufgebaut werden solle. Das Prinzip erhalte im übrigen im Verhältnis der Staaten zum inter- und supranationalen Recht zunehmend Anerkennung, wie Artikel 3b EGV belege⁶⁰⁷.

Das bundesstaatliche Subsidiaritätsprinzip erscheint im weiteren in den Erläuterungen von RENÉ A. RHINOW zu den Artikeln 31^{bis} und 32 BV. Der Autor sieht in Artikel 32 Absatz 2 BV einen Ausdruck des genannten Prinzip⁶⁰⁸. Die Kantone sollten mit dem Vollzug des Wirtschaftsrechts des Bundes betraut werden, wenn sie dazu fähig und bereit seien. Allerdings verblasse der Subsidiaritätsgrundsatz hinter dem Leitgedanken der einheitlichen schweizerischen Wirtschaftspolitik.

5.6.5. Folgerungen

Der (unvollständige, aber inhaltlich wohl repräsentative) Überblick über die Lehrmeinungen zeigt, dass zwar eine eigentliche Dogmatik des Subsidiaritätsprinzips fehlt. Es gibt aber zahlreiche Bezugnahmen und Äusserungen, welche zeigen, dass Subsidiaritätsdenken geläufig und beliebt ist. Im Wirtschaftsverfassungsrecht und im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen hat sich der Grundsatz fest etabliert. Zaghafter sind die Äusserungen zum Verhältnis zwischen Staat und Individuum im allgemeinen. Doch gibt es Vorstösse, welche dem Subsidiaritätsprinzip auch hier ein Anwendungsfeld eröffnen

605 Auch der Bundesrat (Botschaft EnG, S. 1063) sowie die Justizabteilung – heute: Bundesamt für Justiz – (VPB 42 Nr. 95, S. 421) thematisieren das Subsidiaritätsprinzip im Zusammenhang mit Grundsatzgebungskompetenzen.

606 SALADIN, in: Kommentar BV, Art. 3, Rz. 69 ff.

607 HALLER/KÖLZ, S. 113.

608 RHINOW, in: Kommentar BV, Art. 32, Rz. 48 ff.

wollen (EICHENBERGER, MOOR, LIENHARD). Die nachfolgenden Überlegungen knüpfen an diesen Befund an.

5.7. Einordnung des Subsidiaritätsprinzips im Recht der Eidgenossenschaft

5.7.1. Blosse Klugheitsregel oder (auch) Rechtsgrundsatz?

Zunächst muss das Subsidiaritätsprinzip meines Erachtens in der Reihe der Klugheitsregeln⁶⁰⁹ einen festen Platz haben. Klugheitsregeln sind Ausdruck einer allgemeinen, kulturübergreifenden Vernünftigkeit⁶¹⁰. Die lebenspraktische Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips ist jedenfalls im Verhältnis zwischen Staat und Individuum empirisch erhärtet und geradezu evident. Je mehr Verantwortung das Individuum zu tragen vermag, desto grösser ist seine Sphäre der autonomen Gestaltung. Es entstehen einerseits weniger staatsgerichtete Abhängigkeiten. Und anderseits muss der Staat gegenüber dem Individuum weniger Ansprüche zur Finanzierung seiner Aktivitäten stellen.

Darüber hinaus ist das Subsidiaritätsprinzip aber auch als Rechtsgrundsatz anzusprechen. Dies gilt jedenfalls fürs erste soweit, als es auf unverfassungsrechtlicher Ebene ausdrücklich positiviert wird, wie das beispielsweise in Artikel 3 des Konsumenteninformationsgesetzes, in 41a Absatz 3 des Umweltschutzgesetzes, in Artikel 2 und 17 bis 20 des Entwurfs zum Energiegesetz oder in Artikel 3 Absatz 2 des Entwurfs zum Bundesgesetz über die Reduktion der CO₂-Emissionen geschieht.

Der Subsidiaritätsgrundsatz ist auf unverfassungsrechtlicher Ebene bisher hingegen nicht in allgemeiner Weise positiviert worden. Seine allgemeine Geltung als Rechtsgrundsatz ist damit jedenfalls nicht normativ angeordnet. Dennoch stellt sich die Frage, ob das Subsidiaritätsprinzip als solcher Grundsatz gelten könnte. Die Frage kann aber zurückgestellt werden, bis geklärt ist, ob das genannte Prinzip ein allgemeiner Verfassungsgrundsatz sei; gegebenenfalls wird sie hinfällig. Als Verfassungsgrundsatz würde das Subsidiaritätsprinzip auf allen Normstufen gelten.

609 In diesem Sinne etwa auch SCHMID, S. 130.

610 Vgl. dazu etwa HÄBERLE, S. 298 ff.; auch HÖFFE, Subsidiarität, S. 29.

5.7.2. Teilweises oder allgemeines Strukturprinzip oder Verfassungsgrundsatz?

Zunächst ist festzuhalten, dass das Subsidiaritätsprinzip auf Verfassungsstufe Verankerungen erfahren hat.

Zu nennen ist auf kantonaler Ebene Artikel 27 Absatz 2 der Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden, welcher das Subsidiaritätsprinzip in allgemeiner Weise positiviert.

Der Sache nach finden wir auch in der Bundesverfassung Verankerungen, so namentlich in Artikel 31^{bis} Absatz 4, Artikel 31^{octies} Absatz 2 und Artikel 32 Absatz 2. Im Unterschied zu Artikel 27 Absatz 2 der Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden sind diese Verankerungen nur partiell. Weiter stossen wir namentlich in Artikel 33 und Artikel 34 Absatz 3 des VE 1996 auf Positivierungen des Subsidiaritätsprinzips. Daraus folgt, dass das Subsidiaritätsprinzip auf der Ebene des geschriebenen Rechts des Bundes kein allgemeiner, aber ein partieller Verfassungsgrundsatz ist.

In der Rechtslehre wird mindestens vereinzelt die Meinung vertreten, das Subsidiaritätsprinzip sei ein allgemeiner Verfassungsgrundsatz oder könne zu einem solchen erhoben werden (EICHENBERGER, MOOR, LIENHARD). Es besteht Anlass, hier anzuknüpfen und zu einer dogmatischen Vertiefung anzusetzen. Dabei ist auch und vorweg auf die Figur der Strukturprinzipien einzugehen.

Der Bundesverfassung sind eine Reihe von Strukturprinzipien⁶¹¹ inhärent, die keine ausdrückliche Positivierung erfahren haben, die aber dennoch Verfassungsrang haben. Genannt werden namentlich das Demokratieprinzip, das Rechtsstaatsprinzip, das Sozialstaatsprinzip, das Bundesstaatsprinzip⁶¹², weiter das Wirtschaftsstaatsprinzip⁶¹³ und neuerdings das Binnenmarktprinzip⁶¹⁴. Eine prägnante und treffende allgemeine Umschreibung der Strukturprinzipien verdanken wir KURT EICHENBERGER. Er schreibt⁶¹⁵:

«Genetisch-kausal betrachtet, waren Grundentscheidungen teils vorhanden, als die Bundesverfassung geschaffen wurde, teils sind sie mit der Verwirklichung der Bundesverfassung allmählich entstanden und aus dieser abstrahierend gewonnen worden (artikuliert). Der Vorgang ihrer Schaffung ist nicht abgeschlossen; es können in und mit der gleichen Verfassung neue gebildet oder entdeckt werden. Rational-rechtslogisch gesehen, sind die Grundentscheidungen Fundamente der Bundesverfassung, die mit ihnen ihre normative Existenz aufbauen und die sie für die Verwirklichung ausprägt.»

611 Für synonome Bezeichnungen wie Grundentscheidungen, Verfassungsprinzipien usw. siehe EICHENBERGER, Einleitung, Rz. 89.

612 EICHENBERGER, Einleitung, Rz. 91.

613 MASTRONARDI, S. 62 und 69 ff.

614 GIOVANNI BIAGGINI, Schweizerische und europäische Wirtschaftsverfassung im Vergleich, ZBI 1996, S. 54.

615 EICHENBERGER, Einleitung, Rz. 89.

Für die Beurteilung ist vorweg zu veranschlagen, dass der Begriff Subsidiaritätsprinzip jüngeren Datums als die Bundesverfassung von 1874 ist. Er kam erst im Gefolge der Enzyklika «Quadragesimo anno» von 1931 in Gebrauch. Der Gedanke – wir haben es im Laufe der Ausführungen wiederholt gesehen – ist aber viel älter. Und es ist unbestritten, dass die Bundesverfassung einen freiheitlichen und sozialverpflichteten Geist atmet⁶¹⁶. Zudem ist der föderalistische Staatsaufbau vorgegeben. Das Prinzip der Einzelermächtigung zugunsten des Bundes und der subsidiären generellen Zuständigkeit der Kantone weisen darauf hin, dass die «obere» Ebene ihre Zuständigkeiten «holen» und das «Holen» damit auch begründen muss. Die Aufnahme des Subsidiaritätsprinzips in Artikel 34 Absatz 2 VE 1996 ist daher nicht eigentlich rechtschöpferisch, sondern bringt das inhärente Prinzip in die Offensichtlichkeit und Unbestreitbarkeit.

Dies alles rechtfertigt die These, dass das Subsidiaritätsprinzip ein der BV immanentes allgemeines Strukturprinzip ist⁶¹⁷. Diese These basiert auf einer analytischen und zugleich integrativen Betrachtungsweise. Sie impliziert im übrigen kein Bekenntnis zu einer bestimmten Herkunftsline des Subsidiaritätsprinzips, sondern will das Subsidiaritätsprinzip herkunftsneutral festmachen.

Mit der Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips als Strukturprinzip ist für den Prozess der Rechtsverwirklichung noch wenig Konkretes gewonnen. Strukturprinzipien enthalten weder konkrete Handlungsanweisungen an die Rechtsetzung, noch verleihen sie den Individuen Rechtsansprüche, die rechtsförmig durchgesetzt werden könnten. Damit solches möglich wird, muss die Ebene der allgemeinen Verfassungsgrundsätze erreicht werden⁶¹⁸.

Also ist zu fragen, ob sich das Subsidiaritätsprinzip als allgemeines Verfassungsprinzip auszuweisen vermöge.

Laut KURT EICHENBERGER ist just das Subsidiaritätsprinzip eines von mehreren Prinzipien, das sich gewissermassen im Vorhof der Verfassungsprinzipien aufhält. Er sieht es zusammen mit dem Solidaritätsprinzip, dem Prinzip der Neutralität und dem Prinzip der Disponibilität an der Grenze zwischen politischer Maxime und Verfassungsgrundsatz. Es kann sich seines Erachtens aber zum Verfassungsgrundsatz aufschwingen, weil es keinen Numerus clausus von Verfassungsprinzipien gibt⁶¹⁹.

Für die folgenden Überlegungen gehe ich von der These aus, es sei angesichts der bisherigen Ausführungen gerechtfertigt, das Subsidiaritäts-

616 Vgl. etwa EICHENBERGER, Einleitung, Rz. 87 ff.; MASTRONARDI, S. 14 ff.

617 In diese Richtung, wenn auch unter der Terminologie der Verfassungsgrundsätze, geht bereits EICHENBERGER, Einleitung, Rz. 114.

618 Vgl. EICHENBERGER, Einleitung, Rz. 110 f.

619 EICHENBERGER, Einleitung, Rz. 114.

prinzip als allgemeines Verfassungsprinzip anzusprechen und anzuerkennen. Diese These basiert wiederum auf einer analytisch-integrativen Betrachtungsweise und abstrahiert von einer konkreten Herkunft des Subsidiaritätsprinzips.

Die Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips als Verfassungsprinzip ist nicht mit einer konkreten Aussage über dessen Stellung im Prozess der Rechtsverwirklichung verbunden. Jedenfalls ist damit keineswegs automatisch die durchgehende prozessuale Durchsetzung gesichert⁶²⁰. Wegen seines hohen Abstraktionsgrades und seines offenen Gehalts eignet es sich nicht ohne weitere Konkretisierungen zur Ableitung von irgendwelchen Rechtsansprüchen.

Das Subsidiaritätsprinzip hat zunächst einen programmativen Gehalt und ist daher grundsätzlich nicht in die Obhut der Gerichtsbarkeit, insbesondere der Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern in die Obhut der Rechtsetzung zu legen. Diese hat ihre Tätigkeit einem Subsidiaritätstest zu unterwerfen und in einzelnen Rechtsgebieten Konkretisierungen vorzunehmen. Es ist also der Weg fortzusetzen, den die jüngere Gesetzgebung zunehmend bereits beschreitet⁶²¹. Die Praxis zur Verankerung des Subsidiaritätsprinzips in Artikel 3b EGV deutet im übrigen darauf hin, dass die juristische Leistungsfähigkeit selbst dann nicht fundamental anders ist, wenn das Subsidiaritätsprinzip nicht nur als ungeschriebener allgemeiner Verfassungsgrundsatz anerkannt, sondern wenn es in die Verfassung hineingeschrieben wird. Die Vorhand liegt auch in diesem Fall bei der Rechtsetzung. Diese darf und muss bei der Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips einen grossen Gestaltungsspielraum beanspruchen.

Man ist versucht, in Analogie zur Grundrechtstheorie⁶²² davon zu sprechen, dem Subsidiaritätsprinzip eigne, wenn überhaupt, nur eine kleine direkt anspruchsgrundende Schicht. Im Vordergrund stehe die programmatische Schicht. Diese richtet sich an die Rechtsetzung und gibt die Richtung an, ohne die konkrete Ausgestaltung im einzelnen anleiten zu können. So wenig beispielsweise aus der Eigentumsgarantie konkrete Forderungen für die Ausgestaltung des Sachenrechts abgeleitet werden können, so wenig kann aus dem Subsidiaritätsprinzip abgeleitet werden, wie beispielsweise die Familienunterstützung im einzelnen zu regeln ist⁶²³. Das Subsidiaritätsprinzip vermag aus sich selbst auch nicht zu determinieren, wie weit sich der Bund oder die Kantone beispielsweise mit dem Schulwesen zu beschäftigen haben. Es vermag aber einen Argumentationsprozess in eine bestimmte

620 EICHENBERRGER, Einleitung, Rz. 114.

621 Siehe die Beispiele in Ziff. 5.3.

622 Siehe dazu grundlegend J.P. MÜLLER, Elemente, S. 46 ff.

623 Siehe dazu hinten Ziff. 7.3.

Richtung zu steuern, der dann von zeitbedingten Überlegungen und Wertungen erfüllt wird. Man muss im jeweiligen gesellschaftlichen Kontext plausible Argumente dafür namhaft machen können, weshalb sich der Bund mit einer bestimmten Aufgabe anstelle der Kantone bzw. weshalb sich Bund oder Kanton überhaupt mit einer bestimmten Aufgabe beschäftigen solle.

Angesichts der laufenden Totalrevision der BV ist zu fragen, ob die blosse partiellen Positivierungen des Subsidiaritätsprinzips im VE 1996 der Annahme eines allgemeinen Verfassungsprinzips entgegenstehen. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung zu verneinen. Der VE 1996 kodifiziert die Verfassungsgrundsätze nicht abschliessend und lässt überdies Raum für die Weiterentwicklung des Verfassungsrechts⁶²⁴. Wenn für das Subsidiaritätsprinzip nur partielle Verankerungen erfolgen, so entspricht dies dem im Zeitpunkt der Erarbeitung des VE vorhandenen Standes der Reflexion. Diese kann aber weitergetrieben werden und ist in dieser Abhandlung weitergetrieben worden. Die vorstehende Überlegung gilt umso mehr für den Fall, dass die laufende Totalrevision BV nicht zu einem positiven Abschluss kommen sollte.

Dies gesagt, erachte ich es als Gebot der wissenschaftlichen Redlichkeit einzuräumen, dass die Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips als allgemeiner Verfassungsgrundsatz dogmatisch nicht zwingend ist. Aus einer anderen als der hier zugrundegelegten Perspektive gibt es auch Argumente für die gegenteilige These. Das ist aus erkenntnistheoretischer und vor allem wahrnehmungspsychologischer Sicht geradezu selbstverständlich. Denn die wahrgenommene Welt ist eine konstruierte Welt⁶²⁵. Auch die wahrgenommene Verfassung und Verfassungswirklichkeit sind eine konstruierte Wirklichkeit. Die Interpreten und Interpretinnen sind geneigt, die für ihre These sprechenden Daten selektiv wahrzunehmen oder mit besonderem Gewicht zu versehen. Und sie sind bereit, für ihre These sprechenden Elemente ohne grosse Überprüfung zu akzeptieren, während gegenteilige Thesen einer gründlichen Nachprüfung unterzogen werden⁶²⁶.

Dieses Faktum lässt sich beispielsweise an der Dissertation von JOSEF ISENSEE zum Subsidiaritätsprinzip auf schönste Weise illustrieren. Dieser Autor hat im deutschen Grundgesetz eine eindrucksvolle Zahl von Elementen nachgewiesen, welche für die Annahme sprechen, das Subsidiaritätsprinzip

624 Vgl. auch HANGARTNER, Entwurf, S. 145 ff.; PAUL RICHLI, Zur Nachführung der Bundesverfassung: Ausgewählte Grundsatzfragen und Beurteilung der Finanzverfassung, Gesetzgebung heute 1996/1, S. 61 f.

625 Vgl. etwa BIERBRAUER, S. 69 ff.

626 Vgl. BIERBRAUER, S. 68.

sei ein Verfassungsprinzip⁶²⁷. Dennoch stiess sein Ergebnis auf erheblichen Widerstand, der sich erst in jüngster Zeit (wieder) abschwächt.

Auch in der Debatte um das Subsidiaritätsprinzip in der Europäischen Union zeigt sich, dass Haltungen oder Einstellungen⁶²⁸ den Umgang mit dem nun in Artikel 3b EGV positivierten Subsidiaritätsprinzip massgeblich bestimmen. Während etwa PIERRE PESCATORE an diesem Prinzip keinen guten Faden lässt, weil es nichts anderes bewirken werde, «als den Weg zurück in die nationalstaatliche Anarchie zu beschleunigen»⁶²⁹, erkennen andere Autoren darin ein Instrument, welches der Europäischen Union mehr Akzeptanz in der Bevölkerung verschaffen kann⁶³⁰.

Unter diesen Umständen beruht die Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips als allgemeines Verfassungsprinzips nicht ausschliesslich auf einer analytisch-integrativen Betrachtungsweise, sondern hat zusätzlich den Charakter eines Postulats. Ich formuliere es in der Überzeugung, dass für seine Anerkennung bessere Gründe sprechen als für seine Ablehnung.

Sollte man gegen die umfassende Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips als allgemeines Verfassungsprinzip – zur Zeit oder generell – Hemmungen haben, so wäre mindestens an eine «mildere» Variante zu denken, nämlich an seine Berücksichtigung und Veranschlagung im Rahmen der Prüfung des öffentlichen Interesses bzw. der Verhältnismässigkeit staatlicher Tätigkeiten.

Im folgenden soll die These weiterverfolgt werden, wonach das Subsidiaritätsprinzip ein eigenständiges allgemeines Verfassungsprinzip ist.

5.7.3. Möglichkeiten für die Einführung des Subsidiaritätsprinzips in den Rechtsdiskurs

Folgt man den vorstehenden Überlegungen, so interessiert die Frage, wie das Subsidiaritätsprinzip in den Rechtsdiskurs eingeführt werden kann.

Auf der Stufe der Rechtsetzung ist daran zu denken, eine Pflicht zur Prüfung der Verträglichkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip zu statuieren. Dies ist in der Europäischen Union bereits geschehen und hat dort eine nachhaltige Wirkung gezeigt. Es ist vor allem die Kommission, welche die Begründungslast dafür trägt, dass eine bestimmte Gemeinschaftsregelung vonnöten sei.

627 ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, bes. S. 106 bis 295.

628 Vgl. dazu BIERBRAUER, S. 112 ff.

629 PESCATORE, S. 1073.

630 Vgl. etwa ALEXIA PETRA MÜLLER, S. 64 f.; BIEBER, S. 182.

Im Bund könnte der Bundesrat verpflichtet werden, in seinen Botschaften entsprechende Erörterungen anzustellen⁶³¹. Legislatorisch könnte die Liste der Berichtspflichten in Artikel 43 Absatz 3 des Geschäftsverkehrsgegesetzes (GVG)⁶³² ergänzt werden. Diese Berichtspflicht würde dann auch Verfassungsinitiativen treffen. Je nachdem ergäben sich aus dem Subsidiaritätsprinzip Argumente für oder gegen eine Volksinitiative. Denkbar wäre auch, auf eine besondere Berichtspflicht zu verzichten und vom Bundesrat lediglich (aber immerhin) zu verlangen, dass er sich im Rahmen der Prüfung der Verfassungsmässigkeit einer Vorlage auch zur Subsidiarität äussert.

Analogen gilt für die kantonale Ebene, jedenfalls dort, wo, wie im Kanton Appenzell Ausserrhoden, das Subsidiaritätsprinzip positiviert worden ist.

Im Hinblick auf die gerichtliche Umsetzung kann erwogen werden, das Subsidiaritätsprinzip vorab im Rahmen der Grundrechtsprüfung zu handhaben und als Grundrechtsschranke in den Rechtsdiskurs einzuführen. Dieser Ansatz soll anhand der HGF illustriert werden, welche hinsichtlich der Subsidiaritätsprüfung von besonderem Interesse ist.

Wie die überhandnehmende Rechtslehre zeigt, sieht man in der Wirtschaftsverfassung den Subsidiaritätsgrundsatz bereits verankert; es wird mit dem Subsidiaritätsargument gefochten. Gegen staatliche Wirtschaftstätigkeit ist die HGF nach bisherigem Verständnis aber eine ziemlich stumpfe Waffe, weil man zögert, eine Grundrechtsbeschränkung zu diagnostizieren. So hat man gegen den Betrieb von Kantonalbanken bislang kaum grundrechtlich argumentiert. Eine erste Möglichkeit bestünde darin, die der Subsidiarität inhärenten Gedanken auf dem Wege der Verhältnismässigkeitsprüfung oder der Prüfung der öffentlichen Interessen einzuführen. Doch vermag dieser Weg nicht voll zu befriedigen, weil die genannten Kriterien mit einer neuen Aufgabe beladen würden, welche von ihrer ursprünglichen Funktion wegführen würde. Aus diesem Grund und auch aus Transparenzgründen ist eine eigenständige unmittelbare Subsidiaritätsprüfung vorzuziehen. Wirft man das Subsidiaritätsargument in die Debatte um die Kantonalbanken, so lässt sich eine HGF-Beschränkung überzeugender dastun und überzeugender zeigen, dass die Kantonalbanken ihre Existenzberechtigung (mindestens weitgehend) verloren haben⁶³³.

Subsidiaritätsargumente sind unter Umständen auch dort bedeutungsvoll, wo sich aus der HGF staatliche Handlungspflichten ergeben. Dies ist

631 Eine entsprechende Pflicht ist mit Bezug auf das in Artikel 27 Absatz 2 der Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden verankerte Subsidiaritätsprinzip anzunehmen, wie sich aus einem Gespräch mit dem Ausserrhoder Ratschreiber, Hans-Jürg Schär, ergibt.

632 SR 171.11.

633 Hinten Ziff. 7.4.

nach der neueren Rechtslehre mit Bezug auf die Berufswahlfreiheit der Fall⁶³⁴. Man kann dort zeigen, dass sich der Bund bzw. der Staat vermehrt in der Berufsbildung engagieren muss. Freilich ergeben sich die entsprechenden Argumente nicht allein aus dem Subsidiaritätsprinzip. Mit diesem Prinzip kann die Forderung aber nachhaltig begründet und verstärkt werden⁶³⁵.

Der grundrechtliche Ansatz für die Einführung des Subsidiaritätsarguments lässt sich vor allem insoweit verfolgen, als zu überprüfen ist, ob die für eine Regelung auf «höherer Ebene» vorgetragene Argumentation dem Willkürtest standzuhalten vermöge.

5.7.4. Folgerungen

Die bisherigen Überlegungen sprechen meines Erachtens dafür, das Subsidiaritätsprinzip als allgemeinen Verfassungsgrundsatz anzuerkennen. Für den Bereich der Wirtschaftsverfassung ist diese Sicht der Sache nach bereits weitestgehend akzeptiert. Mit Bezug auf die anderen Rechtsgebiete geht es hingegen um eine Ausweitung des heutigen Verständnisses.

Die Beachtung und Verwirklichung des Subsidiaritätsprinzips liegt in erster Linie in der Hand der Rechtsetzung und hier vor allem in der Hand der die Rechtsetzung vorbereitenden Regierung. Sie trägt die Begründungslast. In einem beschränkten Bereich kann aber auch an die unmittelbare Umsetzung durch Rechtsanwendung und Rechtsprechung gedacht werden.

Wenn ich diesen Weg beschreite, so ist damit auch die Hoffnung und Erwartung verbunden, dass das politisch-administrative System und das Rechtssystem eine neue Öffnung für die Wahrnehmung der Systemumwelten schaffen. Dieser Weg eröffnet Möglichkeiten des interdisziplinären Diskurses insbesondere mit der Sozialphilosophie, mit der Politologie, mit der Soziologie (Systemtheorie) und mit der Ökonomie.

5.7.5. Prozessuale Hinweise

5.7.5.1. Vorbemerkung

Mit der Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips als allgemeiner Verfassungsgrundsatz des Bundes ist noch nicht ausgemacht, wie dieser Anerkennung prozessual Nachachtung verschafft werden könne. Hierauf ist nachfolgend mindestens im Sinne von Hinweisen einzugehen. Dabei ist die Verletzung des

634 Vgl. RICHLI, Chancengleichheit, S. 224 ff.

635 Siehe dazu hinten Ziff. 7.1.

Subsidiaritätsprinzips im Verhältnis zwischen Staat und Individuum von der Verletzung des Subsidiaritätsprinzips im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen zu trennen.

5.7.5.2. Verhältnis zwischen Staat und Individuum

In der Staatsrechtspflege lässt sich das Subsidiaritätsprinzip im Rahmen der Grundrechtsprüfung entfalten. Die Subsidiarität kann neben der gesetzlichen Grundlage, dem öffentlichen Interesse und der Verhältnismässigkeit als weitere Grundrechtsschranke thematisiert werden. In der Sache wird sich das weitgehend in einer Willkürprüfung der Argumente für die angegriffene Regelung bzw. Entscheidung erschöpfen müssen. Jedenfalls scheint mir eine deutliche Strukturierung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers («gesetzgeberisches Ermessen») schwerlich möglich⁶³⁶.

Im Rahmen der Verwaltungsrechtspflege vermag sich das Subsidiaritätsprinzip demgegenüber wie andere Verfassungsprinzipien selbständig zu entfalten. Auch hier wird man über eine Willkürprüfung nicht leicht hinauskommen, wenngleich im Rahmen der ersten Beschwerde, der Verwaltungsbeschwerde, neben Rechtsverletzungen auch Ermessensfehler gerügt werden können.

Anders verhält es sich in Bereichen, in denen das Subsidiaritätsprinzip positiviert ist:

Steht als Kodifikationsstufe die Kantonsverfassung in Rede, wie das im Fall des Kantons Appenzell Ausserrhoden zutrifft (Art. 27 Abs. 2), so stellt sich die Frage nach seiner Qualifikation. Behandelt man es als verfassungsmässiges Recht, so kann die Verletzung des Subsidiaritätsprinzips als Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts im Sinne von Artikel 84 Absatz 1 Buchstabe a OG gerügt werden⁶³⁷. Behandelt man es lediglich als Verfassungsprinzip oder geht es um eine gesetzliche Verankerung auf Kantonsebene, so kann dessen Verletzung im Rahmen der Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts wie beispielsweise der HGF gerügt werden. Konkret ist geltend zu machen, der angefochtenen Regelung oder Massnahme fehle ein überwiegendes öffentliches Interesse oder Verhältnismässigkeit. Der Positi-

636 A.M. wohl ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, S. 313 f., wo die Meinung vertreten wird, das Prinzip als solches vermöge die Entscheidungsfreiheit der handelnden Organe zwar nicht aufzuheben, wohl aber ihr Ermessen zu leiten.

637 Vgl. etwa KÄLIN, S. 44 ff.

vierung des Subsidiaritätsprinzips im Kanton Appenzell Ausserrhoden dürfte die zweitgenannte Bedeutung zukommen⁶³⁸.

Will ein Individuum demgegenüber die Verletzung des auf Stufe Bundesgesetz verankerten Subsidiaritätsprinzips rügen, wie etwa die Verletzung von Artikel 41a USG, so steht dafür die Verwaltungsbeschwerde offen. Hier genügt die Rüge, Artikel 41a USG sei verletzt; man braucht nicht darzutun, es bestehe kein überwiegendes öffentliches Interesse für eine bestimmte Grundrechtsbeschränkung.

5.7.5.3. Verhältnis zwischen Bund und Kantonen

Das Subsidiaritätsprinzip soll die Kantone gegenüber dem Bund schützen. Der Rechtsschutz muss also den Kantonen, nicht dem Bund gewährt werden. Ist ein Kanton der Meinung – sei es vor oder nach Annahme von Artikel 34 Absatz 2 des Verfassungsentwurfs 1996 –, eine Bundesregelung verletze das Subsidiaritätsprinzip, so kann er zur staatsrechtlichen Klage nach Artikel 83 Buchstabe a OG greifen⁶³⁹. Auch hier wird der Erfolg tendenziell vom Vorliegen eines willkürlichen Vorgehens des Bundes abhängig sein. Sofern sich die angegriffene Regelung in einem Bundesgesetz oder allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss befindet, ist das Bundesgericht wegen Artikel 113 Absatz 3 BV allerdings auf ein Appellurteil beschränkt⁶⁴⁰.

5.7.5.4. Verhältnis zwischen Kantonen und Gemeinden

Das Subsidiaritätsprinzip schützt nicht nur die Kantone gegenüber dem Bund, sondern auch die Gemeinden gegenüber dem Kanton. In prozessualer Hinsicht kann sich die Gemeinde im Rahmen einer Autonomiebeschwerde⁶⁴¹ darauf berufen und geltend machen, der Kanton habe ihre Zuständigkeiten im Übermass beschränkt; es bedürfe keiner kantonalen Regelung⁶⁴². Aller-

638 Nach Auskunft des Ausserrhoder Ratsschreibers, Hans-Jürg Schär, wurde die Frage nach der Qualifikation des Subsidiaritätsprinzips im Rahmen der Erarbeitung und Beratung nicht näher diskutiert. Man ging aber davon aus, dass kein klagbares Recht eingeräumt werde. Anderseits soll Artikel 27 Absatz 2 KV aber nicht blosse Deklamation sein.

639 Vgl. RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Basel/Frankfurt am Main 1996, Rz. 1923 ff.; HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 196 ff.

640 Vgl. dazu KÄLIN, S. 403 in Verb. mit S. 11 f.

641 Siehe dazu allgemein etwa KÄLIN, S. 271 ff.

642 Ein solches Vorgehen kann sich auch der Ausserrhoder Ratsschreiber, Hans-Jürg Schär, mit Bezug auf das in Artikel 27 Absatz 2 der Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden gewährleistete Subsidiaritätsprinzip vorstellen.

dings wird man sich von einer solchen Anrufung nur in vergleichsweise krassen Fällen Erfolg versprechen können.

6. *Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips im allgemeinen*

Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, dass die Leistungsfähigkeit des Subsidiaritätsprinzips im politisch-administrativen und im Rechtssystem beschränkt ist. Eine eigentliche, substantielle Justizierbarkeit ist schwerlich zu erreichen. Denn eine solche würde in einer treffenden Formulierung von JÖRG PAUL MÜLLER voraussetzen, dass «hinter der anzuwendenden Norm ein hinreichend auskristallisierter politischer Konsens über die Tragweite der Norm besteht»⁶⁴³. Diese Voraussetzung fehlt offensichtlich. Vom Subsidiaritätsprinzip darf unter diesen Umständen keine Feinsteuerung des Prozesses der Rechtsverwirklichung erwartet werden⁶⁴⁴. Anderseits ist eine solche Feinsteuerung auch nicht zu befürchten. Darin liegt die eigentliche Chance des Ansatzes. Das Subsidiaritätsprinzip steht – aus heutiger Sicht – vor allem für Stichworte wie Bürgernähe, Dezentralisation, Kooperation, Mediation und Moderation⁶⁴⁵. Dies gilt vor allem für Aufgabenbereiche mit Planungscharakter, wie insbesondere für die Wirtschaftspolitik, die Umweltpolitik, die Enerpolitik und die Raumplanung, aber auch etwa für Teilbereiche der Gesundheitspolitik. Durch Kooperation, Moderation und Mediation sind unter Umständen integrative Lösungen möglich, welche bei einer autoritativen Entscheidung nicht ohne weiteres in Sicht geraten⁶⁴⁶. Solche Lösungen können für den Staat wie für die Privaten vorteilhafter sein (sog. Win-win-Solutions)⁶⁴⁷.

643 J.P. MÜLLER, Soziale Grundrechte, S. 21.

644 Vgl. auch BENZ, S. 354 ff.; ISENSEE, Subsidiaritätspinzip, S. 313 ff.

645 Vgl. auch CHARLES ALBERT MORAND, Le droit de l'état providence, ZSR 1988 I, S. 548 f.; GRIMM, Staatsaufgaben, S. 297 ff.

646 Vgl. zum «Mehrwert» integrativer Lösungen BIERBRAUER, S. 160 ff. Illustrativ dazu der dort angeführte Streit von zwei Schwestern um die Verwendung einer Orange. Die eine will die Orange zu Saft verarbeiten, die andere braucht die Orangenschale zum Kuchenbacken. Statt die Orange «gerecht» in zwei Hälften zu verteilen (distributive Lösung), besteht die weit kreativere (integrative) Lösung darin, der einen Schwestern die gesamte Schale und der anderen den gesamten Saft zu geben.

647 Vgl. BIERBRAUER, S. 163 f.

Der Staat hat sich der Einsicht zu beugen, dass er nicht alles (besser) kann als andere Teilsysteme der Gesellschaft. Er muss seine Rolle neu bestimmen, seine Möglichkeiten und Grenzen neu ausloten. Er muss sich auch neu um seine Legitimation mühen. Dabei besticht OTFRIED HÖFFES Gedanke des transzendentalen Tausches. Die Vermutung ist berechtigt, dass sich der Tauschgedanke, erweitert um die korrektive Gerechtigkeit, auch sozialwissenschaftlich erhärten lässt. Die Ergebnisse der Equity-Forschung zeigen jedenfalls, dass auch in kleinen Verbänden nicht in erster Linie das Solidaritätsprinzip gilt, sondern dass der Tauschgedanke vorherrscht⁶⁴⁸. Der aus dem Gegenseitigkeitsprinzip fliessende Tauschgedanke ist sodann auch anthropologisch ausgewiesen und unangefochten⁶⁴⁹. Im übrigen erheischt das Subsidiaritätsprinzip die Förderung, ja sogar Anstachelung des Lebenswillens der bestehenden Sozialeinheiten, so dass sie nicht in Abhängigkeit vom Staat geraten⁶⁵⁰. Im bundesstaatlichen Verhältnis wirkt das Subsidiaritätsprinzip als institutionelle Bremse gegen Zentralismus⁶⁵¹. Dieser Gedanke verdient deshalb besondere Beachtung, weil die Individuen mitunter einen eigentlichen Hang haben, den Staat (allzu) rasch als Nothelfer in Anspruch zu nehmen⁶⁵².

Skeptisch bin ich gegenüber der These von ISENSEE, das Subsidiaritätsprinzip vermöge das Ermessen der Staatsorgane zu leiten⁶⁵³. Mir will scheinen, dass es bei einer Willkürkontrolle sein Bewenden haben muss.

Das Subsidiaritätsprinzip eröffnet dem Recht und der Rechtswissenschaft nicht zuletzt neue Chancen. Beide stehen in zunehmender Konkurrenz zu anderen Teilsystemen und Disziplinen, die sich der je länger desto komplexer werdenden gesellschaftlichen Wirklichkeit annehmen. Es reicht nicht (mehr) aus, bisherige Argumentationslinien zu verfeinern und gegen Angriffe von aussen, aus den Systemumwelten, zu verteidigen.

Es wäre selbstverständlich erwünscht, das Subsidiaritätsprinzip so weit zu konkretisieren, dass es für die Beurteilung von Staatsaufgaben unmittelbar verwertbar wäre. Indessen scheint mir ein solches Unterfangen nicht möglich oder mindestens nicht erfolgversprechend. So wäre es etwa verfehlt, das Subsidiaritätsprinzip für einen Minimalstaat im Sinne von ROBERT NOZICK⁶⁵⁴

648 Zur Equity-Theorie siehe vorn Ziff. 2.5.7.

649 SPRENGER, S. 238 f.

650 HÖFFE, Vernunft, S. 236.

651 HÖFFE, Vernunft, S. 253.

652 EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, S. 538.

653 ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, S. 313 f.

654 ROBERT NOZICK, Anarchie, Staat und Utopie, München 1976.

setzen und dementsprechend scharfe Grenzen ziehen zu wollen. Bereits die pauschale Forderung «Zurück zum Kernbereich»⁶⁵⁵ wäre fragwürdig⁶⁵⁶. Der «Kernbereich» ist nämlich keine analytische, sondern sehr wesentlich eine Wertungsgrösse. Überdies besteht das Risiko, dass dieser «Kernbereich» heute zu einseitig unter (den selbstverständlich wichtigen) Finanzierungsaspekten⁶⁵⁷ definiert wird⁶⁵⁸. Anderseits wird man sich schwerlich der Forderung verschliessen können, der Staat müsse sich zurücknehmen⁶⁵⁹.

Das Subsidiaritätsprinzip vermag, wie schon gesagt, aus sich selbst keine Feinsteuerung der Aufgabenzuweisung zu leisten. Seine Konkretisierung muss vielmehr kontextbezogen, im Zusammenspiel mit anderen Grundsätzen erfolgen. KURT EICHENBERGER hat dies bereits plausibel dargetan⁶⁶⁰. Man wird heute immerhin sagen können, dass das Subsidiaritätsprinzip in manchen Bereichen für den «Rückzug des Staates» auszumünzen ist⁶⁶¹. Das gilt aber nicht durchwegs. Das Subsidiaritätsprinzip wirkt nicht einseitig kontrastaatlich, sondern teilweise auch prostaatlich, wie die nachfolgenden Beispiele zeigen⁶⁶².

Eher könnte daran gedacht werden, unter Rekurs auf das Subsidiaritätsprinzip für eine möglichst weitgehende «Enthoheitlichung» («Depotenzierung») des Staates zu plädieren⁶⁶³. In diesem Sinne denke ich, es sei vertretbar, das Subsidiaritätsprinzip für die Benennung einer Reihe von Präferenzen in Anspruch zu nehmen, welche von einer gewissen Dauerhaftigkeit sein dürften: Dabei ist zwischen dem Verhältnis Staat-Individuum und dem Verhältnis Bund-Kanton-Gemeinde zu unterscheiden.

1. Verhältnis Staat-Individuum

- Übernahme von Eigenverantwortung durch Schaffung von staatlichen Anreizen fördern, beispielsweise durch steuerliche Begünstigung bestimmter, im öffentlichen Interesse liegender Aktivitäten, etwa im Berei-

655 Vgl. dazu SCHUPPERT, Rückzug, S. 761; ELLWEIN/HESSE, S. 161 ff.

656 Vgl. SCHUPPERT, Rückzug, S. 768, der stattdessen propagiert, der Staat solle sich auf die Gewährleistungsverantwortung beschränken, d.h. die bisher übernommene Erfüllungsverantwortung relativieren.

657 Diesen Aspekt betont auch EICHENBERGER, Staatsaufgaben, S. 120.

658 Zur systemtheoretischen Sicht der Kernaufgabenthematik siehe beispielsweise HELMUT WILLKE, Gesellschaftssteuerung oder partikulare Handlungsstrategien? Der Staat als korporativer Akteur, in: MANFRED GLAGOW/HELMUT WILLKE/HELMUT WIESENTHAL (Hrsg.), Gesellschaftliche Steuerungsrationale und partikulare Handlungsstrategien, Pfaffenweiler, S. 9 ff. und 27 ff.

659 ELLWEIN/HESSE, S. 161 ff.

660 EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, S. 533 ff.; vgl. auch SCHMID, S. 130; ferner BENZ, S. 354 ff.

661 Vgl. zu diesem Stichwort insbes. SCHUPPERT, Rückzug, S. 763 ff.

662 Ziff. 7.

663 Vgl. auch SCHUPPERT, Rückzug, S. 763.

che der freiwilligen, in Geld oder Naturleistungen bestehenden Verwandtenunterstützung oder von ausserfamiliärer Sozialhilfe

- Einsatz vorbestehender gesellschaftlicher «Intermediäre», wie Verbände und Selbsthilfegruppen, zur Lösung von öffentlichen Aufgaben oder zum Vollzug von Staatsaufgaben
- Förderung der Entstehung von gesellschaftlichen «Intermediären», welche die genannten Aufgaben übernehmen können
- Anerkennung verbandlicher Normgebung durch Verweisung auf Verbandsnormen (technische Normen), unter Einbau von Sicherungen zur Gewährleistung demokratischer und rechtsstaatlicher Anforderungen
- Einsatz von nichtzwingender anstelle von zwingender rechtlicher Steuerung, d.h. Informationen und Empfehlungen anstelle von Geboten und Verboten
- Insbesondere: Einsatz marktwirtschaftlicher Instrumente anstelle von hoheitlichen Instrumenten zur Verwirklichung der Umwelt- und Energiepolitik
- Einsatz konsensualer Handlungsinstrumente (Arrangements, Verträge) anstelle von hoheitlichen Instrumenten (normative Verpflichtungen, Verfügungen)
- Einsatz von Vermittlungs- und Schlichtungsverfahren vor dem Einsatz von förmlichen Streitverfahren
- Verzicht auf staatliche Wirtschaftstätigkeit, wo nicht im Einzelfall plausibel ein Marktversagen dargetan werden kann
- -Periodische Überprüfung, ob bestehende Regelungen angepasst werden müssen, wobei die Anpassungsbedürftigkeit zugunsten des Individuums wie zugunsten des Staates zu prüfen ist

2. Verhältnis Bund-Kanton-Gemeinde

Für die Handhabung der nachfolgenden Präferenzen ist in erster Linie die Sicht der Individuen, nicht die Sicht der «unteren» Ebene massgebend.

- Zuweisung von Kompetenzen und Regelungen an die je «unterste» staatsrechtliche Ebene, wo eine einheitliche Regelung auf einer «höheren» Stufe nicht zwingend ist
- Beschränkung von Kompetenzen und Regelungen auf «höherer» Ebene auf Grundsatzgesetzgebung
- Bei Regelung auf «höherer» Ebene Überlassung des Vollzugs an die «untere» Ebene, unter Einräumung von Gestaltungsspielräumen
- Beteiligung der «unteren» Ebene an der Rechtsetzung der «oberen» Ebene
- Einsatz von Vermittlungs- und Schlichtungsverfahren vor dem Einsatz von förmlichen Streitverfahren

- Periodische Überprüfung, ob sich angesichts des Subsidiaritätsprinzips Anpassungen aufdrängen, wobei die Anpassungsbedürftigkeit nach «unten» und nach «oben» zu prüfen ist.

7. *Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips in einzelnen Rechtsbereichen*

7.1. Übersicht

Nach den allgemeinen Überlegungen zur Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips drängt es sich auf, die Relevanz dieses Prinzips anhand ausgewählter Beispiele aus der aktuellen Rechtsetzung zu illustrieren und aufzuzeigen, wie die bereichsspezifische Konkretisierung erfolgen kann. Ich wähle zwei bedeutsame Beispiele aus dem öffentlichen Recht des Bundes, die Berufsbildung (Ziff. 7.2.) und die Landwirtschaft (Ziff. 7.3.), ein Beispiel aus dem Privatrecht, die Verwandtenunterstützung (Ziff. 7.4.) , sowie ein Beispiel aus dem kantonalen Bereich, die Kantonalbanken, die gegenwärtig einem besonderen Anpassungs- und Rechtfertigungsdruck ausgesetzt sind (Ziff. 7.5.). Auch hier sind wiederum Folgerungen zu ziehen (Ziff. 7.6.).

7.2. Berufsbildung

7.2.1. **Zunehmender Lehrstellenmangel als Problem des Berufsbildungssystems**

Das schweizerische Berufsbildungssystem zeichnet sich durch eine duale Struktur aus. Das bedeutet, dass Lehrlinge und Lehrtöchter die praktischen Fähigkeiten für einen Beruf in einem Betrieb erlernen, während die theoretischen Kenntnisse in der Berufsschule vermittelt werden. Dieses Konzept ist im Berufsbildungsgesetz (BBG) verankert. Wer eine Lehrstelle gefunden hat, hat Anspruch auf Zulassung in die entsprechende Berufsschule (Art. 32 Abs. 1 BBG). Der Bund ist nicht dafür verantwortlich, dass Lehrstellen geschaffen werden. Das Berufsbildungsgesetz nennt aber immerhin staatliche Lehrwerkstätten, welche private Ausbildungsbetriebe ersetzen, sowie Schulen für Gestaltung (Art. 7 Bst. b) und sieht für diese Träger der Berufsbildung Subventionen vor (Art. 64 Abs. 1 Bst. b).

Für besonders begehrte Berufe fehlt es seit langem an einer genügenden Zahl von Lehrstellen. Dies gilt insbesondere für die Berufe des grafischen Gewerbes. Anderseits fehlen Interessentinnen und Interessenten für Berufsbildungen beispielsweise im Baugewerbe. Der Lehrstellenmangel hat sich in den letzten Jahren akzentuiert. Und im Frühling 1997 ist nahezu ein Notstand ausgerufen worden. Es sind vor allem leistungsschwache Schulabgängerinnen und -abgänger bzw. Ausländerinnen und Ausländer, welche am Lehrstellenmarkt Mühe bekunden. Darin wird eine soziale Zeitbombe verortet⁶⁶⁴.

7.2.2. Handlungsbedarf erkannt und anerkannt

Mittlerweile sind die Bundesbehörden aktiv geworden. Zum einen hat der Bundesrat am 11. September 1996 einen Bericht über die Berufsbildung verabschiedet⁶⁶⁵. Anderseits ist in den eidgenössischen Räten mit parlamentarischen Vorstößen Druck in der Angelegenheit gemacht worden. In seiner Antwort auf fünf Dringliche Einfache Anfragen aus dem Nationalrat skizziert der Bundesrat Massnahmen, die zu einer Verbesserung der Situation auf dem Lehrstellenmarkt beitragen sollen; er richtet auch Aufrufe an Lehrbetriebe, Lehrlinge und Lehrtöchter sowie Kantone, Initiative und Flexibilität unter Beweis zu stellen⁶⁶⁶.

Im Sinne einer Sofortmassnahme haben die eidgenössischen Räte am 30. April 1997 den dringlichen BB über Massnahmen zur Verbesserung des Lehrstellenangebots für die Ausbildungsjahre 1997, 1998 und 1999 (Lehrstellenbeschluss)⁶⁶⁷ erlassen. Er ging nicht auf einen bundesrätlichen Entwurf zurück, sondern auf Eigeninitiative des Parlaments im Rahmen der Beratung der Botschaft über besondere konjunkturpolitische Massnahmen zur Substanzerhaltung der öffentlichen Infrastruktur und zur Förderung privater Investitionen im Energiebereich (Investitionsprogramm) sowie zur Erleichterung ausländischer Investitionen⁶⁶⁸.

Der Lehrstellenbeschluss sieht vor, dass der Bund Beiträge an Massnahmen leistet, die der Verbesserung des Lehrstellenangebotes in den Jahren 1997, 1998 und 1999 dienen (Art. 1). Beiträge können für eine ganze Reihe von Massnahmen gewährt werden (Art. 2). Teils geht es um Entlastungsmassnahmen zugunsten der Lehrbetriebe, teils um die Verbesserung des Lehrstel-

664 Siehe den redaktionellen Beitrag von hag. unter dem Titel «Krise der Berufsbildung als soziale Zeitbombe» in der NZZ vom 26./27. April 1997, S. 13.

665 BBI 1996 V 586 ff.

666 Amtl.Bull. N 1997, S. 848 ff.

667 AS 1997 1031; SR 412.100.3.

668 BBI 1997 II 1221 ff. Von den für jenes Programm vorgesehenen rund 360 Millionen Franken sind 60 Millionen für Massnahmen im Berufsbildungsbereich abgezweigt worden.

lenmarketings, um Motivationskampagnen und um die Verbesserung der Berufsinformation. Schliesslich sollen Jugendliche, die Schwierigkeiten bei der Lehrstellensuche haben, mit Vorkehren und Integrationskursen unterstützt werden. Die Beiträge können an Kantone, an anerkannte Lehrwerkstätten und Berufsbildungsinstitutionen sowie an Berufsverbände ausgerichtet werden (Art. 3). Die Lehrstellenverordnung vom 7. Mai 1997⁶⁶⁹ bestimmt die Beitragssätze und regelt formellrechtliche Fragen.

Darüberhinaus will der Nationalrat Lehrbetriebe gegenüber Betrieben ohne Ausbildungsstellen begünstigen, damit neue Lehrstellen geschaffen werden. Er verabschiedete am 10. Juni 1997 entsprechende Vorstösse an den Bundesrat. Danach soll der Bundesrat die Kompetenz erhalten, zur Förderung der Lehrstellen ein Anreizsystem für einen Lastenausgleich von Lehrbetrieben einzuführen. Und aufgrund einer parlamentarischen Initiative von Nationalrat Strahm⁶⁷⁰ muss die nationalrätliche Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur (WBK) eine entsprechende Ergänzung des Berufsbildungsgesetzes ausarbeiten. Am 30. September 1997 eröffnete die Kommission mit Frist bis 31. Dezember 1997 bereits eine Konsultation über Vorschläge.

7.2.3. Benachteiligung gegenüber dem Mittel- und Hochschulsystem

Der Handlungsbedarf des Bundes im Bereich der Berufsbildung wird ohne weiteres augenfällig, wenn man das Berufsbildungssystem mit dem Mittel- und Hochschulsystem vergleicht. Dort gehört es zur Selbstverständlichkeit, dass Ausbildungsplätze entsprechend der Nachfrage verfügbar sind. Dies gilt für Gymnasien wie für Hochschulen. Man kann sich dafür insbesondere auf die aus der HGF abgeleitete Berufswahlfreiheit berufen. Ob die ausgebildeten Personen auf dem Arbeitsmarkt gebraucht werden, wird prinzipiell nicht gefragt. Demgegenüber wurden jedenfalls früher ebenso selbstverständlich Überlegungen dazu angestellt, ob die Jugendlichen nach dem Abschluss einer Lehre auf dem Arbeitsmarkt auch gefragt seien⁶⁷¹. Der Bundesrat hafte noch 1984 keine Hemmungen, den folgenden Satz zu schreiben⁶⁷²: «Es wäre indessen niemandem und zuletzt den betroffenen Lehrlingen gedient, wenn in einzelnen gefragten Berufen zusätzliche Ausbildungsplätze geschaffen würden, diese Lehrabsolventen von der Wirtschaft jedoch mangels Bedarf

669 AS 1997 1139; SR 412.100.31.

670 Parlamentarische Initiative Strahm (96.432: Anreizsystem für Lehrstellen), Amtl.Bull. N 1997, S.1091.

671 Vgl. Botschaft Berufsbildung, S. 1378.

672 Botschaft Berufsbildung, S. 1378.

nicht in das Erwerbsleben integriert werden könnten.» Der Berufsbildungsbericht von 1996 auferlegt sich diesbezüglich mehr Zurückhaltung und rückt die Deckung der Nachfrage nach Ausbildungsplätzen mit einer Reihe von Massnahmen in den Vordergrund⁶⁷³. Zu seiner Stossrichtung gehören unter anderem die Verbesserung der Durchlässigkeit von beruflichen und allgemeinbildenden Bildungsgängen sowie die Prüfung von Möglichkeiten, wie der Lehrstellenmarkt mittels eines Finanzausgleichssystems zwischen den Unternehmen, welche Lehrstellen anbieten, und den andern, gefördert werden kann.

7.2.4. Schaffung von Chancengleichheit als Rechtsgebot

Der Aufbruch zu einem zusätzlichen Engagement des Staates im Bereich der Berufsbildung mag vordergründig in erster Linie politisch motiviert sein. Tatsächlich entspricht er aber auch einem Rechtsgebot. Das zunehmende Auseinanderdriften des schulischen Ausbildungswegs über Gymnasium und Hochschule und des Berufsbildungssystems würde die aus Artikel 4 BV abzuleitende Chancengleichheit im Bildungsbereich fraglos strapazieren⁶⁷⁴.

Zahlenmäßig ist die berufliche Ausbildung nach der obligatorischen Schule dominierend. Zwei Drittel aller jungen Menschen absolvieren eine berufliche Grundausbildung. Es ist für die Zukunft der Eidgenossenschaft daher von höchster Bedeutung, dass die Jugendlichen eine vollwertige, sie für die Arbeitswelt hinreichend qualifizierende und sie auch persönlich erfüllende Ausbildung erhalten⁶⁷⁵.

7.2.5. Beurteilung im Lichte des Subsidiaritätsprinzips

Für ein zusätzliches Engagement des Staates im Berufsbildungswesen spricht neben der Chancengleichheit auch das Subsidiaritätsprinzip. Es zeigt sich, dass das Angebot an Lehrstellen die Lehrstellennachfrage nicht mehr abdecken vermag und dass vor allem zwei Gruppen von Jugendlichen «auf der Strecke» bleiben: jene, die eine Lehre in einem gesuchten Beruf absolvieren wollen, und jene, welche Vorbildungsdefizite aufweisen, was sich vor allem bei Ausländerinnen und Ausländern besonders nachteilig auswirkt.

Aus dem Subsidiaritätsprinzip sind keine konkreten Ableitungen mit Bezug auf die zu treffenden Massnahmen möglich. Es lässt sich aber eindeu-

673 Berufsbildungsbericht, S. 590 ff.

674 Vgl. dazu RICHLI, Chancengleichheit, S. 224 ff.

675 Berufsbildungsbericht, S. 587.

tig begründen, dass der Staat vermehrt aktiv werden muss. Das im Subsidiaritätsprinzip enthaltene Hilfegebot ruft danach. Die Jugendlichen selber sind nicht in der Lage, Lehrstellen zu schaffen. Hingegen richtet sich das Subsidiaritätsprinzip insofern auch an sie, als sie alle zumutbaren Anstrengungen unternehmen müssen, um sich für die von ihnen nachgefragten Ausbildungen hinreichend zu qualifizieren.

Kriterien für minimalen und maximalen staatlichen Einsatz ergeben sich im übrigen aus grundrechtlichen Überlegungen einerseits und finanzpolitischen Imperativen und Restriktionen anderseits.

7.3. Landwirtschaft

7.3.1. Subsidiäre Struktur der «Agrarpolitik 2002»

Mit seiner Botschaft vom 26. Juni 1996 zur Reform der Agrarpolitik: 2. Etappe (Agrarpolitik 2002)⁶⁷⁶ beantragt der Bundesrat eine tiefgreifende Reform des Agrarproduktionsrechts. Es sind dafür nationale wie internationale Imperative massgebend. Auf nationaler Ebene schlägt die Revitalisierungs- und Deregulierungsdebatte auch auf die Landwirtschaft durch. Und international ist die Schweiz im Rahmen des WTO-Agrarabkommens zum Abbau des Grenzschutzes und zum Abbau von Subventionen verpflichtet⁶⁷⁷.

Die Landwirtschaft ist derzeit der mit Abstand am dichtesten und am restriktivsten geregelte Zweig der schweizerischen Wirtschaft, wenn man den Gesundheitssektor nicht dazuzählt.

Dieser Rechtszustand mag Verwunderung auslösen, wenn bedacht wird, dass für die Landwirtschaft seit 1947 das Gebot gilt, der Bund solle Regelungen nur erlassen, nachdem die Branche die ihr billigerweise zumutbaren Selbsthilfemassnahmen getroffen hat (Art. 31^{ocites} Absatz 2, welcher für die Landwirtschaft Artikel 31^{bis} Absatz 4 abgelöst hat). Tatsächlich ist denn auch die Meinung verbreitet, der Bund habe dieses Gebot in der Vergangenheit vernachlässigt⁶⁷⁸. Man wird aber einräumen müssen, dass die Landwirtschaft nicht nur in der Schweiz mit einem dichten Regelungsnetz überzogen worden ist, sondern auch in andern Staaten, so namentlich auch im europäischen Ausland. Der Unterschied liegt vor allem darin, dass das Schutzniveau in der Schweiz höher ist⁶⁷⁹.

Seit einigen Jahren ist die Selbsthilfe nun wieder unter zwei Aspekten vermehrt in das Blickfeld der landwirtschaftspolitischen Akteure gerückt, nämlich erstens unter dem Aspekt der Einbindung von Aussenseitern und zweitens unter dem Aspekt der Abwehr neuer staatlicher Beschränkungen für die landwirtschaftliche Produktion⁶⁸⁰. Eine gewisse Vorbildfunktion für künftige Regelungen dürfte dabei die Geflügelverordnung vom 25. Oktober

676 Botschaft AP 2002, S. 1 ff.

677 Botschaft AP 2002, S. 14.

678 Vgl. in diesem Sinne insbes. WERNER DE CAPITANI, Die verfassungsrechtliche Grundlage des Interventionismus, Zürich 1960, S. 132; THOMAS FRAEFEL, Die Selbsthilfe in der Landwirtschaft (Art. 31^{bis} Absatz 4 BV), unter besonderer Berücksichtigung der Vermarktbungsorganisation für Appenzeller Käse, Zürich 1986, S. 124; IVAN THOMAS LOCHER, Die Selbsthilfe als Voraussetzung staatlicher Hilfsmassnahmen, Bern/Frankfurt am Main 1971, S. 149 f.

679 Vgl. RICHLI, Selbsthilfe, S. 312.

680 RICHLI, Selbsthilfe, S. 315.

1995⁶⁸¹ haben, welche auf die Geflügelverordnung vom 22. März 1989 zurückgeht und diese ablöst (Art. 16). Zentral ist dabei, dass die Geflügelverordnung einen privatrechtlichen Vertrag flankiert und gegen Aussenseiter, welche die privatrechtliche Regelung unterlaufen und Gefahr bringen könnten, absichert (Art. 8)⁶⁸².

In seinem Entwurf zum neuen Landwirtschaftsgesetz stellt der Bundesrat Selbsthilfemassnahmen der Landwirtschaft und der benachbarten Wirtschaftszweige an den Anfang des Gesetzes und verleiht ihr eine zentrale Bedeutung⁶⁸³. Die massgebenden Bestimmungen lauten wie folgt:

Artikel 8 Selbsthilfe

¹ Die Förderung der Qualität und des Absatzes sowie die Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes sind Sache der Produzenten und Produzentinnen oder der entsprechenden Branchenorganisationen.

² Als Branchenorganisation gilt der Zusammenschluss von Produzenten und Produzentinnen einzelner Produkte oder Produktgruppen mit den Verarbeitern und gegebenenfalls mit dem Handel.

Artikel 9 Unterstützung der Selbsthilfemassnahmen von Branchenorganisationen

Sind die Selbsthilfemassnahmen einer Branchenorganisation in ihrer Wirkung gefährdet, so kann der Bundesrat zur Unterstützung befristete Vorschriften erlassen, wenn die Organisation:

- a) repäsentativ ist;
- b) weder in der Produktion noch in der Verarbeitung noch im Verkauf tätig ist;
- c) die Selbsthilfemassnahmen mit grossem Mehr beschlossen hat.

Mit dieser Konzeption wird geradezu ein legislatorischer Druck⁶⁸⁴ zur Bildung von Branchenorganisationen geschaffen, währenddem die bisherige Konzeption des Landwirtschaftsrechts die Selbsthilfe an das Bestehen von Organisationen angeknüpft hat. Der Bundesrat hält fest, dass den Produzentinnen und Produzenten eine aktiver Rolle zugewiesen werde. Abgesehen von Ausnahmen müssten sie in Zukunft ihre Beziehungen zu den Verarbeitern und zum Handel in den Bereichen Mengen, Preise und Qualität selbst regeln. Die Branchenorganisation sei dafür ein geeignetes Forum. Eine Branchenorganisation sei in den meisten Fällen rund um ein bestimmtes Produkt organisiert, wie etwa das Schweinefleisch, die Kartoffeln oder eine gewisse Käsesorte. In gewissen Fällen seien die Produkte in ihren Eigenheiten verwandt, sodass sich die Branchenorganisation sinnvollerweise mit einer ganzen Produktgruppe befasse, beispielsweise mit dem Gemüse⁶⁸⁵.

681 AS 1995 5246; SR 916.335.

682 Vgl. zu diesem Regelungskonzept RICHLI, Selbsthilfe, S. 323.

683 Botschaft AP 2002, S. 83 und 98 ff.

684 Vgl. Botschaft AP 2002, S. 98 f.

685 Botschaft AP 2002, S. 98 f.

Artikel 9 ist der Sache nach eine Verankerung des Konzepts der Geflügelverordnung, auch wenn die Botschaft darauf nicht Bezug nimmt⁶⁸⁶.

Es ist allerdings nicht so, dass der Entwurf zum Landwirtschaftsgesetz staatliche Massnahmen zur Ausnahme zurückdrängen würde; es gibt auch weiterhin einen hohen Regelungsbedarf, was aus den anschliessenden nahezu 150 Artikeln mit wirtschaftlichen Bestimmungen hervorgeht⁶⁸⁷.

7.3.2. Beurteilung aus der Sicht des Subsidiaritätsprinzips

Unter Aspekten des Subsidiaritätsprinzips bedeutet der Entwurf zum neuen Landwirtschaftsgesetz einen klaren Kurswechsel. Die Produzentinnen und Produzenten sowie vor allem ihre bestehenden und zu gründenden Organisationen sollen zur Selbstregulierung angehalten werden, so dass der staatliche Regulierungsbedarf abnimmt. Dieses Konzept beruht auf der Überzeugung, dass die Landwirtschaft auch inskünftig nicht schutzlos den Marktkräften überantwortet werden kann, sondern dass Regulierungen unerlässlich sind. Sie sollen aber mehr als bisher auf der Ebene privater Vereinbarungen erfolgen und weniger auf der Grundlage staatlicher Normen⁶⁸⁸. Begründet wird der Regelungsbedarf mit der fortbestehenden Besonderheit der Agrarmärkte.

Der mit dem Entwurf zum neuen Landwirtschaftsgesetz bezweckte Liberalisierungs- und Deregulierungsschub liegt prinzipiell in der Zielrichtung des Subsidiaritätsprinzips. Beim Bundesrat besteht der Eindruck, dass die Eigenverantwortung der Produzentinnen und Produzenten von landwirtschaftlichen Gütern wieder vermehrt zum Tragen kommen muss und auch kann. Man wird auch ganz nüchtern festhalten können, dass der Entwurf eine relative Schwächung der grossen Bauernorganisationen reflektiert. Es ist nicht so, dass es nicht bereits früher Kritiker der Agrargesetzgebung gegeben hätte. Sie blieben aber in der Minderheit und vermochten sich gegen die grossen Organisationen und deren Forderungen nach staatlicher Unterstützung nicht durchzusetzen. Die Veränderung des Umfeldes der Landwirtschaft verleiht Revisionsbestrebungen eine erhöhte Schubkraft.

Aus dem Subsidiaritätsprinzip lassen sich zwar keine präzisen Aussagen dazu ableiten, welcher Instrumente sich das interventionistische Agrarproduktionsrecht bedienen solle. Es lassen sich daraus beispielsweise zwingende Argumente weder für noch gegen eine Milchkontingentierung gewinnen. Diese Kontingentierung soll laut Entwurf weitergeführt werden, weil eine

686 Botschaft AP 2002, S. 99 f.

687 Botschaft AP 2002, S. 314 ff.

688 Botschaft AP 2002, S. 76 ff.

Freigabe der Milchproduktion nach der Prognose des Bundesrates zu einem Preiszusammenbruch mit tiefgreifenden, strukturpolitisch und sozial unerwünschten Auswirkungen führen würde⁶⁸⁹. Hingegen lässt sich aus dem Subsidiaritätsprinzip in seiner Spielart als Hilfsgebot ableiten, dass zielführende Massnahmen getroffen werden müssen, welche einen solchen Preiszusammenbruch verhindern. Es ist denkbar, dass ausser einer Kontingentierung auch andere Massnahmen zielführend wären.

Das Subsidiaritätsprinzip kann im Agrarrecht neben dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine komplementäre Funktion entfalten. Namentlich im Agrarproduktionsrecht sind Beschränkungen der HGF häufig eng mit Finanzhilfen verknüpft. Dieser Instrumentenmix erschwert die Handhabung des Verhältnismässigkeitsgebots und relativiert seine direktive Kraft. Das Subsidiaritätsprinzip erlaubt besser als das Verhältnismässigkeitsprinzip, die mit bestimmten Politiken verfolgten Zwecke als solche einer kritischen Überprüfung zu unterziehen.

In einer Ex post-Betrachtung ist der seit Ende des Zweiten Weltkrieges entfaltete Agrarprotektionismus in höchstem Masse fragwürdig. Besonders fragwürdig ist, dass er trotz dem hier verfassungsrechtlich ausdrücklich angeordneten Subsidiaritätsprinzip (Art. 31^{bis} Abs. 4) aufgebaut worden ist. Das spricht aber nicht gegen das Prinzip als solches, sondern spricht gegen seine Handhabung. Es zeigt allerdings, dass die Befürchtung von ALFRED SCHÜLLER nicht ohne Grund ist, das Subsidiaritätsprinzip könne sogar für kollektivistische Anliegen instrumentalisiert werden⁶⁹⁰. Wenn das politische und gesellschaftliche Umfeld auf staatliche Aktivitäten drängen, hält es schwer, mit rechtlichen Kriterien dagegen aufzukommen. Die gebotene Antwort ist aber nicht die Aufgabe der Kriterien, sondern die Kritik des staatlichen Tuns anhand dieser Kriterien im Falle ihrer Missachtung. Die Rechtswissenschaft ist in Zukunft diesbezüglich mehr gefordert.

7.4. Verwandtenunterstützung

7.4.1. Beseitigung der Unterstützungspflicht unter Geschwistern

In seiner Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches⁶⁹¹ beantragt der Bundesrat der Bundesversammlung unter anderem eine Änderung im Bereich der Verwandtenunterstüt-

689 Botschaft AP 2002, S. 139 f.

690 SCHÜLLER, S. 72 ff.

691 Botschaft ZGB, S. 1 ff.

zungspflicht. Die Unterstützungspflicht unter Geschwistern soll aufgehoben werden⁶⁹².

Nach der geltenden Regelung in Artikel 328 ZGB sind Verwandte in auf- und absteigender Linie und Geschwister gegenseitig verpflichtet, einander zu unterstützen, sobald sie ohne diesen Beistand in Not geraten würden. Geschwister können aber nur dann herangezogen werden, wenn sie sich in günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen befinden. Sie habe ihre Grundlage u.a. im Solidaritätsprinzip, das mindestens bei Erlass des ZGB innerhalb der Familiengemeinschaft noch gespielt habe⁶⁹³. Dieses habe sich heute verflüchtigt⁶⁹⁴.

Diese Regelung ist in Kontext weiterer familienrechtlicher Unterstützungspflichten zu sehen⁶⁹⁵. Artikel 226 ff. ZGB schreibt die Unterhaltpflicht der Eltern gegenüber ihren unmündigen Kindern vor. Und gemäss Artikel 159 ff. ZGB besteht die gegenseitige Unterhaltpflicht der Eheleute. Währenddem die Verwandtenunterstützungspflicht an eine Notlage anknüpft, ist für die genannten Unterstützungspflichten lediglich das Bestehen der fraglichen Rechtsbeziehung erforderlich. Auch im Umfang der Leistungspflicht bestehen Unterschiede. Die Unterhaltpflichten wollen einen standesgemässen Unterhalt gewährleisten, wogegen die Verwandtenunterstützungspflicht als Hilfe in Notlagen nur auf das Erbringen der notwendigen Lebensbedürfnisse ausgerichtet ist. Nach Artikel 328 Absatz 3 ZGB ist die Verwandtenunterstützungspflicht subsidiär zur Unterhaltpflicht der Eltern und des Ehegatten⁶⁹⁶.

Zur Begründung des Antrags auf Beseitigung der Unterstützungspflicht der Geschwister macht der Bundesrat geltend, die Entwicklung der Sozialversicherung habe die praktische Bedeutung der Verwandtenunterstützung stark vermindert. Gleichzeitig sei auch die Verankerung der Unterstützungspflicht im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung mit der Lockerung der verwandtschaftlichen Bande deutlich schwächer geworden. Sodann stehe nicht selten der Aufwand bei der Durchsetzung der Verwandtenunterstützungspflicht in keinem vernünftigen Verhältnis zum Ertrag. Nicht zuletzt werde der im Sozialrecht der Kantone verbreitet vorgesehene Rückgriff auf die Verwandten im Falle von Sozialhilfeleistungen von den Hilfesuchenden als schwere Belastung empfunden⁶⁹⁷. Materielle Not, verbunden mit der Beanspruchung von Sozialhilfe, sei eine persönliche und vertrauliche Angelegen-

692 Botschaft ZGB, S. 166.

693 MÄDER/NEFF, S. 68; vgl. auch BANZER, S. 15 f.

694 MÄDER/NEFF, S. 68; COULLERY, S. 77.

695 Vgl. BANZER, S. 36, 65 und S. 71.

696 Vgl. auch BGE 121 III 441 ff.

697 Vgl. dazu auch SCHWENZER, S. 691.; COULLERY, S. 77.

heit. Schliesslich diene die Streichung der Unterhaltspflicht der Geschwister der Harmonisierung mit dem Erbrecht, das seit 1988 keinen Pflichtteil als Schutz für die Geschwister mehr kenne.

Eine noch weitergehende Einschränkung der Verwandtenunterstützungspflicht auf die erste Parentel (Eltern und Kinder) wollte der Bundesrat hingegen nicht beantragen, obwohl auch Forderungen in dieser Beziehung laut geworden waren. Die Familiensolidarität solle nicht zulasten des Sozialstaates zu stark abgebaut werden. Zudem gebe es in der Praxis immer wieder Fälle, in denen namentlich die Unterstützungspflicht der Grosseltern gegenüber den Enkelkindern von Bedeutung sei⁶⁹⁸.

Der Bundesrat betont, dass die Aufhebung der Geschwisterunterstützungspflicht nicht den Sinn habe, dass die freiwillige Unterstützung nicht gefördert werden sollte. Dies könne in wirksamer Weise beispielsweise mit den Mitteln der Steuergesetzgebung geschehen⁶⁹⁹. Eine gegenläufige Tendenz findet sich im öffentlichen Sozialrecht, das prinzipiell subsidiäre Funktion hat⁷⁰⁰. Ein dogmatischer Markstein ist die Anerkennung eines ungeschriebenen Grundrechts auf Existenzsicherung durch das Bundesgericht⁷⁰¹.

7.4.2. Grundrecht auf Existenzsicherung

In seinem Grundsatzurteil führt das Bundesgericht aus, die Sicherung elementarer menschlicher Bedürfnisse wie Nahrung, Kleidung und Obdach, seien die Bedingung menschlicher Existenz und Entfaltung überhaupt und daher unentbehrlicher Bestandteil eines rechtsstaatlichen und demokratischen Gemeinwesens. Allerdings soll nicht ein Mindesteinkommen garantiert werden, sondern lediglich das, was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag. Das Bundesgericht ist der Meinung, dieses Grundrecht sei von einem allgemeinen Konsens getragen. Es verweist dafür auf die tatsächlich geübte Praxis, die Verfassungsrechtslehre sowie auf andere Quellen⁷⁰². Der Bundesrat geht in seinem VE 1996 ebenfalls davon aus, dass ein Recht auf Existenzsicherung bereits Bestandteil des Bundesverfassungsrechts sei (Art. 10)⁷⁰³.

Mit der Anerkennung eines ungeschriebenen Grundrechts ist das Bundesgericht parlamentarischen Bestrebungen zur Ergänzung von Artikel 48 BV zuvorgekommen. Die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des

698 Botschaft ZGB, S. 166.

699 Botschaft ZGB, S. 166 f.

700 Vgl. etwa WOLFFERS, S. 71 ff. und S. 171; BANZER, S. 74.; COULLERY, S. 75 ff.

701 BGE 121 I 376; 122 I 101; 122 II 193.

702 Kritisch dazu ANDREAS KLEY-STRULLER, AJP 1996, S. 757.

703 Botschaft VE 1996, S. 145 f.

Nationalrates beauftragte den Bundesrat im Juli 1995, den Vorentwurf für eine Änderung von Artikel 48 BV in die Vernehmlassung zu geben. Danach soll ein individuelles Recht auf Existenzsicherung bzw. ein Anspruch auf die für ein menschenwürdiges Leben erforderliche Sozialhilfe explizit in der BV verankert werden.

Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung zum Grundrecht auf Existenzsicherung das Verhältnis zur Verwandtenunterstützung nicht näher dargelegt. Man wird aber wohl davon auszugehen haben, dass der Rückgriff des leistenden Gemeinwesens soweit zulässig bleibt, als die familienrechtliche Unterstützungspflicht nach ZGB geht. Denn die öffentliche Sozialhilfe ist subsidiär zur privatrechtlichen Unterstützung. Sie kommt nur zum Zuge, wenn die Hilfe innerhalb der Verwandtschaft nicht ausreichend ist oder nicht rechtzeitig erfolgt⁷⁰⁴. Dies ergibt sich aus Artikel 289 Absatz 2 und Artikel 329 Absatz 3 ZGB, wonach Unterhalts- und Unterstützungsansprüche an das Gemeinwesen übergehen, welches anstelle der pflichtigen Privatpersonen tatsächlich Hilfe geleistet hat. Der Anspruch kann allerdings nicht mittels Verfügung geltend gemacht werden, sondern muss auf dem zivilprozessualen Wege eingeklagt werden, falls die Leistung nicht freiwillig erfolgt⁷⁰⁵. Von Bundesrechts wegen besteht keine Verpflichtung, den Anspruch gegenüber den pflichtigen Verwandten durchzusetzen. Die Kantone sehen denn auch unterschiedliche Regelungen vor und handhaben auch eine unterschiedliche Praxis⁷⁰⁶. Es scheint mir allerdings merkwürdig, dass ein verfassungsrechtliches Sozialrecht anerkannt wird, dessen finanzielle Folgen mindestens teilweise nach den Regeln der Verwandtenunterstützung überwälzt werden. Eine dogmatische Klärung ist jedenfalls angezeigt, kann hier aber nicht geleistet werden.

7.4.3. Beurteilung im Lichte des Subsidiaritätsprinzips

Hingegen soll die Frage aufgeworfen und erörtert werden, wie der Rückzug im Bereich der privatrechtlichen Familienunterstützung mit dem Subsidiaritätsprinzip zu vereinbaren sei. In diesem Zusammenhang kann an eine Abhandlung von GERD BRUDER MÜLLER zum deutschen Recht angeknüpft werden⁷⁰⁷.

Die Verwandtenunterstützungspflicht, namentlich der Unterhalt zwischen Eltern und Kindern, ist nach G. BRUDER MÜLLER Ausdruck einer auf fami-

704 Vgl. WOLFFERS, S. 171; MÄDER/NEFF, S. 94 ff.; COULLERY, S. 76 f.

705 Vgl. WOLFFERS, S. 174.

706 WOLFFERS, S. 175 f.

707 BRUDER MÜLLER, S. 129 ff.; vgl. auch SCHWENZER, S. 685 ff.

liärer Bindung beruhenden Solidarität über mehrere Generationen hinweg. Es ist damit die Idee einer sittlich begründeten Solidarität auch im ökonomischen Bereich verbunden, dies im Sinne eines vorrechtlichen Wesensmerkmals der Familie. Typischerweise werden nicht Leistungen ausgetauscht, sondern Interessen vergemeinschaftet⁷⁰⁸. Allerdings ist ein Trend in Richtung eines vermehrten Austauschdenkens auszumachen. Die Austauschmöglichkeit scheint allerdings beim Eltern-Kindesverhältnis auf Schwierigkeiten zu stossen, ja seine Grenzen zu finden. Dies gilt mindestens bei traditionellen Gerechtigkeitsargumentationen⁷⁰⁹.

In der Argumentation von OTFRIED HÖFFE ist hier an die Figur des phasenverschobenen Tausches anzuknüpfen⁷¹⁰. Danach sorgen Eltern für ihre Kinder, weil ihre Eltern für sie gesorgt haben. Dieses Austauschmodell gerät allerdings dann in Schwierigkeiten, wenn Abweichungen von der Regel eintreten. Zu denken ist insbesondere an Kinder, welche aus gesundheitlichen Gründen Unterstützungsbedürftig bleiben. Dasselbe gilt für Eltern, welche bei Unterstützungsbedürftigkeit ein hohes Alter erreichen oder krank sind. Hier wird der Familienverband unter Umständen überfordert und ist soziale Solidarität im Sinne einer Risikogemeinschaft gefragt. Die Gesellschaft bzw. der Staat muss jedenfalls subsidiär zum Familienverband einspringen⁷¹¹.

Im Vergleich zu früher hat die Unterstützungs pflicht gegenüber Kindern eine grössere Bedeutung erlangt, die sich aus längeren Ausbildungsbedürfnissen ergeben⁷¹². Eltern sind nicht mehr nur für unmündige, sondern auch für in Ausbildung befindliche mündige Kinder unterhaltpflichtig. Diese erweiterte Unterstützungs pflicht lässt die Unterstützungs pflicht gegenüber Eltern und Geschwistern als drückender erscheinen, zumal die Lebenserwartung in den letzten Jahrzehnten erheblich angestiegen ist.

Aus solchen Überlegungen hat der 59. deutsche Juristentag 1992 im Grundsatz empfohlen, eine Unterhaltpflicht von Kindern gegenüber ihren Eltern und weiteren Aszendenten sowie von Grosseltern und weiteren Verwandten aufsteigender Linie zu beseitigen⁷¹³. Unter Aspekten eines phasenverschobenen Tausches ist es allerdings fraglich, ob eine solche Radikal lösung relevanten Gerechtigkeitskriterien und -intuitionen besser zu entsprechen vermöchte als das Weiterbestehen einer grundsätzlichen Unterstützungs pflicht. Hingegen ist es angezeigt, die gesellschaftliche bzw. staat-

708 BRUDER MÜLLER, S. 131.

709 Vgl. in diesem Sinne BRUDER MÜLLER, S. 131 f.

710 HÖFFE, Vernunft, S. 207 ff.; vorne Ziff. 2.5.5.3.

711 Vgl. auch BRUDER MÜLLER, S. 132 f.

712 Vgl. SCHWENZER, S. 690.

713 BRUDER MÜLLER, S. 134.

liche Solidarität anzufordern und die subsidiäre staatliche Unterstützung vergleichsweise grosszügig eingreifen zu lassen⁷¹⁴.

Die familienrechtliche Unterstützungspflicht ist im übrigen vor dem Hintergrund des Sozialversicherungssystems zu sehen, in welchem jede Person heute teils zwingend und teils freiwillig durch Beitragsleistungen Ansprüche erwirbt, welche die Risiken von Unterstützungsbedürftigkeit mindern. In diesem Sinne kommt die Selbstverantwortung zum Zuge, welche die Familienunterstützungspflicht zumutbar macht, dies jedenfalls im Zusammenspiel mit der staatlichen Sozialhilfe bzw. dem Grundrecht auf Existenzsicherung.

Der Rekurs auf das Subsidiaritätsprinzip vermag im vorliegenden Zusammenhang für sich allein keine einzige richtigen Entscheidungen zu determinieren. Es vermag aber eine Richtung anzugeben. Für seine Verwirklichung ist es entscheidend auf soziologische Gegebenheiten angewiesen, nämlich auf das Bestehen von Familiengemeinschaften oder von äquivalenten Gemeinschaften und von kongruenten güter- und erbrechtlichen Ansprüchen. Wo solche Verbände bzw. Ansprüche nicht mehr oder nicht mehr in ausreichendem Masse bestehen, fehlen die Tauschvoraussetzungen.

Die Forderung nach Streichung der Verwandtenunterstützung wird wohl mit einer Lockerung des Gemeinschaftssinns in Zusammenhang gebracht werden können und müssen sowie mit zunehmenden Belastungen gegenüber Kindern und allenfalls auch Eltern. INGEBORG SCHWENZER spricht insofern anschaulich von der «Sandwichgeneration»⁷¹⁵. Als besonders drückend kann diesbezüglich das gestiegene Arbeitslosenrisiko empfunden werden⁷¹⁶, das nach dem Ausschöpfen der Arbeitslosenversicherung auf die Ebene der Verwandtenunterstützung durchschlägt. Das bedeutet, dass der Staat zu zusätzlichen Unterstützungsaufgaben kommt, also eine Aufgabe übernehmen muss, welche man dem bisherigen Familienverband nicht mehr zumuten zu können glaubt. Es braucht dies allerdings nicht einseitig als Versagen bisheriger Sorgeverbände interpretiert zu werden, sondern wird auch als Folge der Veränderung der Rahmenbedingungen für die Unterstützung in den bisherigen Sorgeverbänden gedeutet.

So oder anders ist zu fordern, dass freiwillig geleistete Hilfe im Familienverband auch in Zukunft nicht demotiviert, sondern dass sie über geeignete staatliche Anreize gefördert wird⁷¹⁷. Wirksame Anreize können insbesondere über das Steuerrecht geschaffen werden, wie auch der Bundesrat in seiner Botschaft ausführt⁷¹⁸. Dabei reicht es allerdings nicht aus, nur finanzielle

714 Vgl. auch BRUDER MÜLLER, S. 134 f.

715 SCHWENZER, S. 687.

716 Vgl. auch SCHWENZER, S. 689.

717 Für Anreize zur Stimulierung von Gemeinwohlverhalten allgemein setzt sich auch ISENSEE (Gemeinwohl, Rz. 176 f.) ein.

Leistungen an unterstützungsbedürftige Familienmitglieder abzugsfähig zu machen. Die Abzugsfähigkeit muss sich auch auf Naturalleistungen wie insbesondere Betreuungsleistungen erstrecken.

7.5. Kantonalbanken

7.5.1. Entstehung der Kantonalbanken

Die Gründung der Kantonalbanken geht auf die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts zurück. In dieser Zeit entstanden auch Bankinstitute auf Gemeindeebene⁷¹⁹. Für diese Gründungswelle waren vor allem zwei Gründe verantwortlich: Die Demokratisierung des Landes sowie das Ungenügen der privaten Bankinstitute.

Das aufstrebende Bürgertum wollte sich aus der finanziellen Abhängigkeit von der Aristokratie befreien und sah in Kantonalbanken das geeignete Mittel zur Gewinnung der Unabhängigkeit⁷²⁰. Neben Finanzbedürfnissen des aufkommenden Bürgertums und der Industrie waren auch Finanzbedürfnisse (Hypotheken) seitens der Landwirtschaft in unzureichendem Masse verfügbar⁷²¹. Zudem waren die Kantonalbanken als zusätzliche Konkurrenten auf einem als unvollkommen angesehenen Markt gedacht. Private Bankinstitute standen weitgehend im Ruf, Wucherzinsen zu verlangen⁷²².

Im weiteren waren viele Bankinstitute den erhöhten Anforderungen, die der starke wirtschaftliche Aufschwung Mitte des 19. Jahrhunderts mit sich brachte, nicht gewachsen. Es kam zu Bankzusammenbrüchen, in deren Gefolge die Bevölkerung nach sicheren, neutralen staatlichen Anlegerbanken verlangte⁷²³. Mit der zunehmenden Industrialisierung wuchs vor allem das Bedürfnis nach Bodenkredit und nach Förderung des Wohnungsbaus, der von den bisherigen Bankinstituten nicht bewältigt werden konnte⁷²⁴.

Neben dem Ungenügen des bisherigen Bankangebots scheinen teilweise auch fiskalische Interessen der Kantone Anlass für die Gründung von Kantonalbanken gegeben zu haben⁷²⁵. Eine Möglichkeit zur Wahrnehmung von fiskalischen Interessen stand in der Emission von Banknoten, wofür das

718 Botschaft ZGB, S. 166 f.

719 Vgl. RITZMANN, S. 78 f.

720 Vgl. RITZMANN, S. 80.

721 RUSSENBERGER, S. 1 f.

722 Vgl. RITZMANN, S. 79.

723 Vgl. RUSSENBERGER, S. 6.

724 Vgl. RUSSENBERGER, S. 1 f.

725 Vgl. RUSSENBERGER, S. 6.

Bundesgesetz über die Ausgabe und Einlösung von Banknoten vom 8. März 1881 die Grundlage lieferte. Schliesslich war teilweise von Bedeutung, dass die Kantone mit der Errichtung von Kantonalbanken auch ihren eigenen Kreditbedarf leichter decken konnten⁷²⁶.

Was den Geschäftskreis betraf, beschränkten sich die Kantonalbanken nicht auf das Hypothekargeschäft, sondern betrieben auch frühzeitig das Kommerzkreditgeschäft⁷²⁷.

7.5.2. Merkmale und Regelung der Kantonalbanken

Für die Merkmale der Kantonalbank ist die Begriffsumschreibung der Kantonalbank im Bankengesetz (Art. 3 Abs. 4)⁷²⁸ massgebend. Danach gelten als Kantonalbank die durch kantonalen gesetzlichen Erlass errichteten Banken, für deren Verbindlichkeiten der Kanton haftet, sowie die durch kantonalen gesetzlichen Erlass vor 1883 errichteten Banken, für deren Verbindlichkeiten der Kanton zwar keine Haftung übernimmt, die aber unter Mitwirkung der kantonalen Behörden verwaltet werden. Die Kantonalbanken zeichnen sich danach durch drei Merkmale aus:

- die Gründung durch kantonales Gesetz
- die Staatsgarantie, d.h. die kantonale Haftung für die Verbindlichkeiten der Bank
- die firmenrechtliche Bezeichnung.

Die Gründung einer Kantonalbank bedarf demnach eines gesetzgeberischen Aktes. Das heisst aber nicht, dass eine Kantonalbank auch ein öffentlichrechtliches Kleid haben müsste. Es kann sich auch um eine Aktiengesellschaft handeln. Wesentlich ist einzig die Gründung durch kantonales Gesetz.

Die Staatsgarantie muss für Institute, die nach 1883 gegründet worden sind, eine umfassende sein. Vorher gegründete Institute können auch mit einer beschränkten Staatsgarantie ausgestattet sein⁷²⁹.

Firmenrechtlich ist nicht erforderlich, dass die Kantonalbank als solche bezeichnet wird. Hingegen muss aus der Bezeichnung hervorgehen, dass die Verantwortung des Kantons als Träger besteht⁷³⁰.

Die Kantonalbanken sind nicht erst Regelungsobjekt des Bankengesetzes, sondern bereits der BV. Diese bestimmt, dass bei der Regelung des Bankwe-

726 Vgl. RUSSENBERGER, S. 13 f.

727 Vgl. RITZMANN, S. 81.

728 SR 952.0.

729 Vgl. RUSSENBERGER, S. 55 f.

730 Vgl. RUSSENBERGER, S. 56 f.

sen der besonderen Aufgabe und Stellung der Kantonalbanken Rechnung getragen werden muss (Art. 31^{quater} Abs. 2).

Anders als die übrigen Bankinstitute bedürfen Kantonalbanken nach dem Bankengesetz keiner Betriebsbewilligung seitens der eidgenössischen Bankenkommission (Art. 3 Abs. 4). Dementsprechend kann ihnen auch keine Betriebsbewilligung entzogen werden. Ebenso entfallen besondere Auflagen für die Geschäftstätigkeit. Ein bedeutungsvoller Unterschied zu den andern Bankinstituten liegt weiter darin, dass eine externe Rechnungsrevision nicht erforderlich ist (Art. 18 Abs. 2 BankG). Voraussetzung ist allerdings, dass die Kantone eine eigene sachkundige Kontrollstelle einrichten⁷³¹. Weitere Privilegierungen gelten insbesondere für die Eigenmittelvorschriften und die Reservenzuweisung (Art. 4 BankG)⁷³².

Das Bankengesetz schreibt für Kantonalbanken keinen besonderen Leistungsauftrag für die kantonale Volkswirtschaft vor. Es ist demnach Sache des Kantons zu bestimmen, ob eine Kantonalbank einen Leistungsauftrag erhält und wahrzunehmen hat oder nicht. In den meisten Kantonalbankgesetzen figuriert ein eigentlicher Zweckartikel, der die Geschäftstätigkeit festlegt und der oft auch darauf hinweist, die Bank habe der volkswirtschaftlichen Entwicklung des Kantons Rechnung zu tragen oder diese zu fördern. Ein allfälliger Wettbewerbsvorteil, der sich aus der Staatsgarantie ergibt, wird nach einer Lehrmeinung durch den Leistungsauftrag und die damit verbundenen Auflagen und Beschränkungen in der Geschäftstätigkeit mindestens kompensiert⁷³³.

Die Kantonalbanken sind in den letzten Jahren, nicht zuletzt im Gefolge von Problemen einzelner Institute, so insbesondere der Berner Kantonalbank und der Solothurner Kantonalbank, Gegenstand einer Kontroverse geworden. Dabei wird auch ihre Berechtigung insgesamt in Frage gestellt.

Im Jahre 1995 wurde die Sondernorm für die Revisionsstelle dahingehend abgeändert, dass Kantonalbanken inskünftig eine externe Revisionsstelle einschalten müssen (Art. 18 Abs. 2 BankG). Diese Revision muss nach Ablauf einer Übergangsfrist von drei Jahren Platz greifen⁷³⁴. Eine weitere, ausgreifendere Revision ist geplant⁷³⁵.

Aus heutiger Sicht erweckt Argwohn, dass die Sonderregelung für die Kantonalbanken diesen Instituten gegenüber den andern ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile verschaffen könnte. Die Kartellkommission hat diesbezüglich im Jahre 1995 eine Untersuchung durchgeführt. Sie ist dabei zum

731 Vgl. ZIMMERLI, S. 69 f.

732 Vgl. ZIMMERLI, S. 70.

733 So ZIMMERLI, S. 68.

734 AS 1995 246.

735 Siehe Bericht Kantonalbanken.

Schluss gekommen, dass der Nachweis wettbewerbsverzerrender Auswirkungen durch die besondere Behandlung der Kantonalbanken, ob zu ihren Gunsten oder Ungunsten, während der Untersuchung nur in Einzelfällen habe erbracht werden können. Im übrigen sei die Gruppe der Kantonalbanken eine Gegenkraft zu den Grossbanken⁷³⁶. Dennoch empfiehlt die Kartellkommission dem Bundesrat, insbesondere die Haftung des Kantons für die Bankverbindlichkeiten, die Freistellung von der Bewilligungspflicht oder zumindest von der Aufsicht durch die eidgenössische Bankenkommission sowie die Sondervorschriften für die Kantonalbanken hinsichtlich der Eigenmittel aufzuheben.

Auch in der öffentlichen Diskussion stösst vor allem die Staatsgarantie auf zunehmende Vorbehalte⁷³⁷ oder auf konsequente Ablehnung⁷³⁸. Von anderer Seite wird eine unauflösliche Bindung von öffentlichem Leistungsauftrag und Staatsgarantie gesehen. Wenn der Leistungsauftrag hinfällig werde, dürfe auch die Staatsgarantie nicht weiter bestehen, andernfalls werde gegen verfassungsrechtliche Grundsätze verstossen⁷³⁹. Für den Bundesrat steht fest, dass bei Aufhebung der Staatsgarantie die Sonderstellung der Kantonalbanken dahinfallen muss⁷⁴⁰.

7.5.4. Wirtschaftsverfassungsrechtliche Beurteilung

Aufgrund einer an Boden gewinnenden Lehrmeinung soll der Staat wirtschaftlich nur dort tätig werden, wo das private Angebot nicht zu genügen vermag⁷⁴¹. Diese Forderung wird aus dem wirtschaftsverfassungsrechtlichen Kontext abgeleitet und entspricht dem Subsidiaritätsgedanken. Man kann sich fragen, ob das Subsidiaritätsprinzip überhaupt bemüht werden müsse oder ob nicht bereits die Handels- und Gewerbefreiheit (HGF) zu diesem Ergebnis hinführe. Aufgrund der bisherigen Interpretation der HGF wäre eine solche Ableitung noch kaum gedeckt. Wenn der Staat als Wettbewerber auftritt, bedeutet das nach bisherigem Verständnis keine Beschränkung der HGF⁷⁴². Im übrigen sieht bereits die BV das Bestehen und die Tätigkeit von Kantonalbanken vor (Art. 31^{quater} Abs. 2).

736 Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission 1995/3, S. 6 f.

737 Vgl. etwa NOBEL, S. 1554 ff.

738 So namentlich LEU, S. 47 ff.

739 BEAT KLEINER, Wie lassen sich Kantonalbanken privatisieren? – Rechtliche Aspekte eines hindernisreichen Wegs, Neue Zürcher Zeitung vom 15. April 1994, S. 37.

740 Bericht Kantonalbanken, S. 30.

741 Siehe vorn Ziff. 5.6.3.

742 So ausdrücklich KRÄHENMANN, S. 161.

Demgegenüber lässt sich heute die These vertreten, staatliche Wirtschaftstätigkeit beeinflusse die Geschäftsmöglichkeiten der konkurrierenden Privatrechtssubjekte⁷⁴³. Ein Teil der Geschäftsabschlüsse gehe an den staatlichen Anbieter, so dass man es mit einer faktischen Grundrechtsbeschränkung zu tun habe, ähnlich wie im Falle von Empfehlungen, Warnungen und Aufrufen des Staates mit Bezug auf das Verhalten von Wirtschaftssubjekten. Unter diesen Umständen müssten die üblichen Voraussetzungen für Grundrechtsbeschränkungen erfüllt sein.

Zunächst kann es nicht darum gehen, mit Kantonalbanken der Konzentration im Bankgewerbe entgegenzuwirken. Vielmehr hat der Staat gegebenenfalls durch seine Wettbewerbsgesetzgebung dafür zu sorgen, dass der Wettbewerb nicht aus den Angeln gehoben wird⁷⁴⁴.

Unter Aspekten der Wirtschaftsverfassung fällt besonders die Strapazierung der Wettbewerbsneutralität ins Gewicht. Dieser aus der HGF abgeleitete Grundsatz verlangt, dass die staatliche Wirtschaftsregulierung (direkte) Konkurrentinnen und Konkurrenten gleich behandelt. In der geltenden Bankengesetzgebung ist dies gerade nicht der Fall. Man mag zur Rechtfertigung allerdings auf Artikel 31^{quater} Absatz 2 hinweisen. Seine Ausnutzung führt wohl zwangsläufig zu kleineren oder grösseren Wettbewerbsverzerrungen. Aus dem Gesamtzusammenhang der Wirtschaftsverfassung heraus ist aber zu fordern, dass die Sonderstellung die Marktkräfte möglichst wenig beeinträchtige⁷⁴⁵.

7.5.5. Beurteilung aus der Sicht des Subsidiaritätsprinzips

Gäbe es keine Kantonalbanken, so stünde das Subsidiaritätsprinzip in seiner Spielart des Entzugsverbots heute gegen ihre Schaffung. Das Angebot der privaten Bankinstitute vermöchte den Bedürfnissen der Kundschaft nämlich vollauf zu genügen, wenn man vom heutigen Stand der Bankpraxis und Bankwirtschaftslehre ausgeht. Zur Debatte steht zur Zeit nicht die Gründung von Kantonalbanken, sondern die Frage, ob deren Weiterführung, allenfalls in angepasster Form, mit dem Subsidiaritätsprinzip verträglich sei.

HAMMER hält dafür, dass auch heute noch einige Gründe für den Betrieb der Kantonalbanken bestehen, so etwa die gezielte Förderung von umweltfreundlichen Vorhaben, die Förderung des privaten Wohnungsbaus und die

743 Bereits für RHINOW (in: Kommentar BV, Art. 31, Rz. 109) bleibt offen, inwieweit Rechtsschutz gegen staatliche Konkurrenz besteht. Er lehnt diese Möglichkeit also nicht mehr wie KRÄHENMANN (S. 161) deutlich ab.

744 Vgl. auch LEU, S. 56.

745 Vgl. auch ZIMMERLI, S. 64.

Beratung und Ausstattung von jungen Unternehmungen mit Risikokapital⁷⁴⁶. Diese Rechtfertigung könnte aber morgen schon entschwinden⁷⁴⁷. Nach meiner Kenntnis und Einschätzung sind dies aber keine Aufgaben, für deren Erfüllung man auf Kantonalbanken angewiesen wäre. Es gibt dafür andere Angebote.

Aufgrund des Subsidiaritätsprinzips in seiner Spielart der subsidiären Reduktion besteht heute Grund für die Forderung, dass sich der Staat angesichts der Marktgegebenheiten aus dem Bankgeschäft zurückzuziehen hat. Der ehemalige aus dem Hilfsgebot begründete Unterstützungsauflage kann prinzipiell als erfüllt gelten⁷⁴⁸.

Damit ist allerdings noch nicht entschieden, in welchem Sinne ein Rückzug erfolgen soll. Als Möglichkeiten bieten sich namentlich die Schliessung der Kantonalbanken oder deren Privatisierung an.

Die Schliessung der Kantonalbanken widerspräche den Interessen von zahlreichen Stakeholdern. Die Belegschaft müsste entlassen werden, was nicht in ihrem Interesse läge. Und Verträge mit der Kundschaft müssten gekündigt oder aufgehoben werden, was mindestens für einen Teil der Kundschaft zu nennenswerten Anpassungsproblemen führen könnte.

Die Stakeholder-Interessen stehen unter diesen Umständen klar für eine Privatisierung und gegen eine Schliessung der Kantonalbanken. Auch wettbewerbsrechtliche Gründe unterstützen diese Option. Die Schliessung der Kantonalbanken würde das Verschwinden eines relevanten Wettbewerbsfaktors bedeuten.

Aus den vorangehenden Überlegungen folgt, dass das Subsidiaritätsprinzip offen genug ist, um sich für eine praktischen Konkordanz mit andern wirtschaftsverfassungsrechtlich bedeutungsvollen Gesichtspunkten und Kriterien zu öffnen. Es fordert nicht kategorisch eine Einstellung jedweder staatlichen Tätigkeit. Mit einer Privatisierung kann ihm im vorliegenden Fall bereits in hohem Masse nachgelebt werden. Dabei stehen verschiedene Formen zur Diskussion, insbesondere die Umwandlung in eine gemischt-wirtschaftliche Aktiengesellschaft nach Artikel 762 OR oder in eine privatrechtliche AG nach Artikel 620 OR⁷⁴⁹.

746 HAMMER, S. 428.

747 HAMMER, S. 430.

748 Auf dieser Linie liegt auch die Argumentation von JAAG (S. 295), wenn er sich für die periodische Überprüfung der Berechtigung staatlicher Wirtschaftstätigkeit ausspricht.

749 Vgl. dazu NOBEL, S. 1557 ff.; ROLAND VON BÜREN, Die Rechtsformumwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine private Aktiengesellschaft nach OR 620 ff., SZW 1995, S. 85 ff.; vgl. auch den Vorentwurf zu einem BG über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) vom November 1997.

7.6. Folgerungen

Die vier behandelten Beispiele lassen eine eindrückliche Vielseitigkeit des Subsidiaritätsprinzips erkennen. Es liefert nicht nur Argumente gegen Freiheitsbeschränkungen, sondern auch Argumente für staatliche Aktivitäten. Und zwar leistet es dies mit weniger Kontur- oder Identitätsverlust als ihn etwa das Verhältnismässigkeitsprinzip beim Versuch erleidet, es auch in der Leistungsverwaltung einzusetzen. Die Frage, ob eine bestimmte Finanzhilfe verhältnismässig sei, ist angesichts der herkömmlichen Funktionalität des Verhältnismässigkeitsprinzips schief⁷⁵⁰. Demgegenüber weist das Subsidiaritätsprinzip konzeptionell eine doppelseitige Leitwirkung auf. Die eine Seite geht in Richtung Freiheitsschutz (Entzugsverbot, subsidiäre Reduktion), die andere Seite geht in Richtung staatliche Aktivität inklusive notwendige Beschränkungen der Freiheit (Hilfsgebot).

Anderseits machen die Beispiele deutlich, dass das Subsidiaritätsprinzip für sich allein nur eine beschränkte Leitkraft auszuüben vermag. Die Gestaltungsfreiheit der Rechtsetzung ist daher beträchtlich. Dennoch tragen Subsidiaritätsüberlegungen in substantieller Weise zur Klärung von Regelungsfragen bei (Beispiele der Landwirtschaft und der Verwandtenunterstützung). Übertriebene Ansprüche bzw. staatliche Aktivitäten können entlarvt (Beispiele der Landwirtschaft und der Kantonalbanken), zu zaghafte gestärkt werden (Beispiel der Berufsbildung). Dies gilt vor allem, wenn man das Subsidiaritätsprinzip zusammen mit herkömmlichen Rechtsprinzipien zur Geltung bringt. Fruchtbar ist namentlich die Zusammenschau von Rechtsgleichheit bzw. Chancengleichheit und Subsidiarität (Beispiel der Berufsbildung).

Die behandelten Beispiele haben keine Elemente gezeigt, welche in prinzipieller Weise gegen die Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips als Verfassungsprinzip stünden. Sie bestätigen die Auffassung, dass die Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips in erster Linie Sache des Gesetzgebers bzw. der die Gesetzgebung vorbereitenden Regierung sein muss. Es ist aber nicht ausgeschlossen, unter Rekurs auf dieses Prinzip punktuell auch unmittelbare Ansprüche zu begründen. Zu denken beispielsweise an die Forderung nach Abzugsmöglichkeiten für die Altersbetreuung im Familienverband im Rahmen der kantonalen und kommunalen⁷⁵¹ Einkommenssteuern.

750 Vgl. dazu etwa RICHLI, Leitung, S. 222 f.

751 Die Durchsetzung von Abzügen bei der direkten Bundessteuer würde hingegen wohl noch an Artikel 113 Absatz 3 BV bzw. Artikel 114^{bis} Absatz 3 scheitern.

8. Zusammenfassung und zugleich Thesen

8.1. Das Subsidiaritätsprinzip umfasst nach einer prägnanten Formulierung drei Teilgehalte:

- Was eine Person leisten kann, das darf ihr von der Gesellschaftstätigkeit nicht entzogen werden (Entzugsverbot).
- Was eine schwache Person nicht zu leisten in der Lage ist, das soll die Gesellschaftstätigkeit als Hilfe zur Selbsthilfe andienen (Hilfsgebot).
- Was eine erstarkte Person inzwischen selbst leisten kann, ist ihr seitens der Gesellschaftstätigkeit wieder zurückzuübertragen (subsidiäre Reduktion).

Das Subsidiaritätsprinzip wirkt sich als Begründungslast für die «höhere» Regelungsebene aus. Der Staat bzw. der Bund hat darzutun, dass er zur Regelung eines bestimmten Problems besser als eine «untere» Ebene berufen ist.

8.2. Das Subsidiaritätsprinzip steht unter einem doppelten ungerechtfertigten Verdacht:

- Erstens soll das Subsidiaritätsprinzip ein katholisches Prinzip sein, weshalb es sich nicht als Rechtsprinzip eigne. Tatsächlich ist das Subsidiaritätsdenken der Sache nach uralt. Es lässt sich einerseits im Alten Testament und anderseits bei Aristoteles nachweisen. Ethnografisches Material spricht sodann dafür, dass es auch in aussereuropäischen Kulturen beachtlich ist.
- Zweitens soll das Subsidiaritätsprinzip ideologieverdächtig sein; es steht im konkreten Verdacht, dem neoliberalen Konzept zuzudienen. Auch dieser Verdacht ist unbegründet. Das Subsidiaritätsdenken lässt sich konzeptneutral einsetzen bzw. herkunftsneutral konkretisieren. Wer es mit dem Ideologieverdacht belegt und deswegen ablehnt, setzt sich seinerseits dem Ideologieverdacht aus.

8.3. Das Subsidiaritätsprinzip wird in mehreren Disziplinen thematisiert. Das gilt insbesondere für die Sozialphilosophie, für die Systemtheorie, für die Politologie und für die Ökonomie. Unter diesen Umständen vermittelt es Bezüge zu anderen Disziplinen, welche der Staat und sein Recht oder, in systemtheoretischer Diktion, das politisch-administrative und das Rechtssystem mit Vorteil nutzen. Auf diese Weise ergibt sich eine Öffnung für die Systemumwelten, welche es der Rechtswissenschaft ermöglichen, sich mit Kritiken aus anderen Disziplinen an Staat und Recht leichter auseinanderzusetzen.

8.4. In der aktuellen Diskussion und im Recht stossen wir auf eine Reihe von Themen und Instituten, welche sich teilweise mit dem Subsidiaritätsprinzip

überschneiden oder welche, anders gesagt, teilweise Äquivalente zum Subsidiaritätsprinzip darstellen. Es geht insbesondere um Deregulierung, Privatisierung, Grundrechtsschutz, Verhältnismässigkeit und öffentliches Interesse, sowie um Föderalismus. Es ist aber nicht so, dass das Subsidiaritätsprinzip deswegen keine sinnvolle Funktion entfalten könnte. Vielmehr hat es neben den genannten Themen und Instituten einen Eigenwert.

8.5. Das Subsidiaritätsprinzip ist in der Bundesverfassung zwar nicht allgemein, aber teilweise verankert. Besonders präsent ist es in der Wirtschaftsverfassung. In den Verfassungsentwürfen (VE 1977, VE 1996) ist ein Trend zur vermehrten Anerkennung festzustellen. Der heute relevanteste Entwurf, der Verfassungsentwurf 1996, schreibt das Subsidiaritätsprinzip in Artikel 34 Absatz 2 im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen fest. Einen eindrücklichen Aufschwung erlebt das Subsidiaritätsprinzip seit kurzem in der Gesetzgebung des Bundes. Subsidiäre Regelungsstrukturen finden sich etwa im Konsumenteninformationsgesetz, im Subventionsgesetz, im Börsengesetz, im Umweltschutzgesetz sowie in den Entwürfen zum Energiegesetz, zum Landwirtschaftsgesetz und zum Gesetz über eine CO₂-Abgabe. Auf kantonaler Ebene ist die allgemeine Verankerung des Subsidiaritätsprinzips in Artikel 27 Absatz 2 der Verfassung des Kantons Appenzell besonders herauszustreichen.

8.6. In rechtsvergleichender Perspektive ist vor allem auf die Festlegung des Subsidiaritätsprinzips in Artikel 3b des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft hinzuweisen. Diese – auf das Verhältnis zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten beschränkte – Verankerung hat eine beispiellose Welle der Beschäftigung mit dem Subsidiaritätsgedanken ausgelöst. Die bisherige Praxis der Organe der Europäischen Union zeigt, dass das Subsidiaritätsprinzip Spuren hinterlässt. Die Kommission ist gehalten, im Hinblick auf alle neuen Regelungen einen Subsidiaritätstest durchzuführen.

8.7. Der Begriff Subsidiaritätsprinzip ist jünger als die Bundesverfassung von 1874. Der Sache nach ist Subsidiaritätsdenken in der Bundesverfassung angelegt, insbesondere in der freiheitlichen sozialverpflichteten rechtsstaatlichen Konzeption. Das Subsidiaritätsprinzip lässt sich auf der Grundlage einer analytisch-integrativen Betrachtungsweise daher zunächst als Strukturprinzip der Bundesverfassung ansprechen.

8.8. Nach der hier vertretenen Auffassung kann darüber hinaus ein zusätzlicher Schritt gewagt werden, nämlich die Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips als allgemeiner Verfassungsgrundsatz. Einzuräumen ist, dass dieser Schritt erkenntnistheoretisch über die Ebene der Analyse und Integration hinausgeht und auch einen Schuss Postulat enthält. Angesichts des offenen und geschmeidigen Gehalts des Subsidiaritätsprinzips führt dessen Anerken-

nung und Handhabung als allgemeines Verfassungsprinzip zu keiner fragwürdigen Beschränkung der staatlichen Handlungsmöglichkeiten. Das Subsidiaritätsprinzip gibt lediglich (aber immerhin) allgemeine Wegweisung, ohne eine Feinsteuerung der Regelungen beanspruchen zu wollen und beanspruchen zu können. Es stärkt den rationalen rechtsinternen Diskurs über Sinn und Unsinn von Regelungen, und es bereitet den Weg für einen interdisziplinären Diskurs, auf den die Rechtswissenschaft und die juristische Politikberatung je länger desto mehr angewiesen sind. Nicht zuletzt liefert es einen eigenständigen und integrativen Argumentationsrahmen, der in besonderer Weise Inkonsistenzen im Recht sichtbar machen und der Entstehung neuer Inkonsistenzen entgegenwirken kann.

8.9. Aus staatsrechtlicher Sicht kann daran gedacht werden, unter Rekurs auf das Subsidiaritätsprinzip für eine möglichst weitgehende «Enthoheitlichung» («Depotenzierung») des Staates zu plädieren und in diesem Sinne Präferenzen für bestimmte Regelungen bzw. Aktivitäten zu benennen. Angesprochen ist in erster Linie der Gesetzgeber bzw. die die Rechtsetzung vorbereitende Regierung (programmatische Schicht). In einem beschränkten Ausmass lassen sich aber auch unmittelbar Ansprüche zugunsten von Rechtssubjekten ableiten (anspruchsbegründende Schicht). Bei alledem ist zwischen dem Verhältnis Staat-Individuum und dem Verhältnis Bund-Kanton-Gemeinde zu unterscheiden.

1. Verhältnis Staat-Individuum

- Übernahme von Eigenverantwortung durch Schaffung von staatlichen Anreizen fördern, beispielsweise durch steuerliche Begünstigung bestimmter, im öffentlichen Interesse liegender Aktivitäten, etwa im Bereich der freiwilligen, in Geld oder Naturleistungen bestehenden Verwandtenunterstützung oder von ausserfamiliärer Sozialhilfe
- Einsatz vorbestehender gesellschaftlicher «Intermediäre», wie Verbände und Selbsthilfegruppen, zur Lösung von öffentlichen Aufgaben oder zum Vollzug von Staatsaufgaben
- Förderung der Entstehung von gesellschaftlichen «Intermediären», welche die genannten Aufgaben übernehmen können
- Anerkennung verbandlicher Normgebung durch Verweisung auf Verbandsnormen (technische Normen) unter Einbau von Sicherungen zur Gewährleistung demokratischer und rechtsstaatlicher Anforderungen
- Einsatz von nichtzwingender anstelle von zwingender rechtlicher Steuerung, d.h. Informationen und Empfehlungen anstelle von Geboten und Verboten
- Insbesondere: Einsatz marktwirtschaftlicher Instrumente anstelle von hoheitlichen Instrumenten zur Verwirklichung der Umwelt- und Energiepolitik

- Einsatz konsensualer Handlungsinstrumente (Arrangements, Verträge) anstelle von hoheitlichen Instrumenten (normative Verpflichtungen, Verfügungen)
- Einsatz von Vermittlungs- und Schlichtungsverfahren vor dem Einsatz von förmlichen Streitverfahren
- Verzicht auf staatliche Wirtschaftstätigkeit, wo nicht im Einzelfall plausibel ein Marktversagen dargetan werden kann
- Periodische Überprüfung, ob bestehende Regelungen angepasst werden müssen, wobei die Anpassungsbedürftigkeit zugunsten des Individuums wie zugunsten des Staates zu prüfen ist

2. Verhältnis Bund-Kanton-Gemeinde

Für die Handhabung der nachfolgenden Präferenzen ist in erster Linie die Sicht der Individuen, nicht die Sicht der «unteren» Ebene massgebend.

- Zuweisung von Kompetenzen und Regelungen auf die je «unterste» staatsrechtliche Ebene, wo eine einheitliche Regelung auf einer «höheren» Stufe nicht zwingend ist
- Beschränkung von Kompetenzen und Regelungen auf «höherer» Ebene auf Grundsatzgesetzgebung
- Bei Regelung auf «höherer» Ebene Überlassung des Vollzugs an die «untere» Ebene, unter Einräumung von Gestaltungsspielräumen
- Beteiligung der «unteren» Ebene an der Rechtsetzung der «oberen» Ebene
- Einsatz von Vermittlungs- und Schlichtungsverfahren vor dem Einsatz von förmlichen Streitverfahren
- Periodische Überprüfung, ob sich angesichts des Subsidiaritätsprinzips Anpassungen aufdrängen, wobei die Anpassungsbedürftigkeit nach «unten» und nach «oben» zu prüfen ist.

8.10. In prozessualer Hinsicht ist danach zu unterscheiden, ob das Verhältnis zwischen Individuum und Staat oder das Verhältnis zwischen Bund und Kanton betroffen sei. Im erstgenannten Verhältnis ist wiederum zwischen Staatsrechtspflege und Verwaltungsrechtspflege zu unterscheiden. In der Staatsrechtspflege kann das Subsidiaritätsprinzip als Grundrechtsschranke neben dem Legalitätsprinzip, den öffentlichen Interessen und der Verhältnismässigkeit thematisiert werden. Seine Wirkung wird sich im wesentlichen in einer Willkürprüfung der Begründung für Regelungen erschöpfen. Im Rahmen der Verwaltungsrechtspflege kann das Subsidiaritätsprinzip wie die anderen Grundrechtsschranken auch selbständig und ausserhalb des Grundrechtsschutzes thematisiert werden. Was das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen betrifft, so steht dem Kanton – sei dies vor oder nach der Verankerung in Artikel 34 Absatz 2 des Verfassungsentwurfs 1996 – gegen Verletzungen des Subsidiaritätsprinzips durch den Bund – unter Vorbehalt von Artikel 113 Absatz 3 BV – die staatsrechtliche Klage offen.

8.11. Aufgrund der aktuellen Diskussion in Politik und Wirtschaft, aber auch in Sozialphilosophie, Politologie, Systemtheorie und Ökonomie steht das Subsidiaritätsprinzip vor allem für vermehrte Bürgernähe, für Kooperation, Koordination und Moderation. Das gilt jedenfalls für Aufgaben mit Planungscharakter, wie insbesondere für die Wirtschaftspolitik, die Umweltpolitik, die Energiepolitik und die Raumplanung. Der Staat muss nicht alles selber machen wollen, sondern ist aufgerufen, die gesellschaftlichen Teilsysteme zum Zuge kommen zu lassen. Seine Aufgabe besteht nicht zuletzt darin, «Spielregeln» aufzustellen, welche die Beachtung der fundamentalen Rechtswerte einer freiheitlichen sozialverpflichteten rechtsstaatlichen Demokratie sicherstellen.

8.12. Letzlich dient das Subsidiaritätsprinzip dem Individuum zu und ist Ausdruck eines anthropozentrischen Weltbildes. Es steht für den eigenverantwortlichen Menschen, der weiß, dass er in der heutigen komplexen Welt allein nicht zu bestehen vermag, sondern dass er auf vielfältige Unterstützung durch gesellschaftliche Gruppen und staatliche Instanzen angewiesen ist, und der auch weiß, dass er die grossen Gegenwartsprobleme nicht für sich allein lösen kann. Zur Lösung dieser Fragen und Anliegen ist aber nicht stets und allein der Staat berufen. Vielmehr ist der Beitrag intermediärer (gesellschaftlicher) Gruppen zu gestatten und zu fördern.

Literaturverzeichnis

Autoren, die nur mit einem Titel verzeichnet sind, werden nur mit ihrem Namen zitiert. Falls mehrere Titel aufgeführt sind, wird dem Autorennamen ein Kurztitel (in Klammern angegeben) hinzugefügt.

Weitere Literaturangaben finden sich in den Fussnoten.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, La constitution, son contenu, son usage, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1991 II 9-141.

BANZER ALBERT, Die Verwandtenunterstützungspflicht nach Art. 328/329 ZGB, Zürich 1979.

BATTIGLIONI ROCCO, Eine philosophische Interpretation des sozialethischen Prinzips der Subsidiarität, in: ALOIS RIKLIN/GERARD BATLINER (Hrsg.), Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium, Liechtenstein politische Schriften, Band 19, Vaduz 1994, S. 47-62.

BAUER HARTMUT, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Band 54, Berlin/New York 1995, S. 245-286.

BENZ ANGELA, Privatisierung und Deregulierung – Abbau von Staatsaufgaben? Die Verwaltung 1995, S. 337-359.

BIERBRAUER GÜNTHER, Sozialpsychologie, Stuttgart/Berlin/Köln 1996.

BIEBER ROLAND, Subsidiarität im Sinne des Vertrages über die Europäische Union, in: KNUT W. NÖRR/THOMAS OPPERMANN (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit – Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa, Tübingen 1997, S. 165-183.

BLANKE HERMANN-JOSEF, Der Unionsvertrag von Maastricht – Ein Schritt auf dem Weg zu einem europäischen Bundesstaat, Die öffentliche Verwaltung 1993, S. 412 ff.

BREITER URS, Staatszielbestimmungen als Problem des schweizerischen Bundesverfassungsrechts, Zürich 1980.

BRUDER MÜLLER GERD, Solidarität und Subsidiarität im Verwandtenunterhalt Überlegungen aus rechtsethischer Sicht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1996, S. 129-135.

BRUHA THOMAS, Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der europäischen Gemeinschaft, in: ALOIS RIKLIN/GERARD BATLINER (Hrsg.), Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium, Liechtenstein politische Schriften, Band 19, Vaduz 1994. S. 373-410.

BRUNNER MANFRED, Das Subsidiaritätsprinzip als europäisches Prinzip, in DETLEF MERTEN (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, Berlin 1993, S. 9-22.

BULL HANS PETER, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Verwaltungsarchiv 1995, S. 621-631 (zit. Privatisierung).

BULL HANS PETER, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, Taschenbuchausgabe der 2. Auflage, Kronberg/Ts. 1977 (zit. Staatsaufgaben).

Bundesverband der katholischen Arbeitnehmer-Bewegung (KAB) Deutschlands (Hrsg.), Texte zur katholischen Soziallehre, Die sozialen Rundschreiben der Päpste und andere kirchliche Dokumente, mit einer Einführung von Oswald von Nell-Breuning SJ, Kevelaer 1975.

CALLIESS CHRISTIAN, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, Baden-Baden 1996.

COULLERY PASCAL, Das Recht auf Sozialhilfe, Bern/Stuttgart/Wien 1993.

DICHMANN WERNER, Subsidiarität–Herkunft, sozialpolitische Implikationen und ordnungspolitische Konsequenzen eines Prinzips, in: ORDO, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Band 45, Stuttgart/Jena/New York 1994, S. 195-243.

DUBACH ALEXANDER, Integration und Subsidiarität, Bern/Zürich 1996.

EICHENBERGER KURT, Verfassungsrechtliche Einleitung, in: Kommentar BV (zit. Einleitung).

EICHENBERGER KURT, Zur Problematik der Aufgabenverteilung zwischen Staat und Privaten, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 1990, S. 517-540 (zit. Aufgabenverteilung).

EICHENBERGER KURT, Der geforderte Staat: Zur Problematik der Staatsaufgaben, in: Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau (Hrsg.), Der Staat der Gegenwart, Basel/Frankfurt am Main 1980, S. 114-126 (zit. Staatsaufgaben).

ERDMANN GEORG, Grundsätze der Makroökonomik, Zürich 1996.

ELLWEIN THOMAS/HESSE JOACHIM JENS, Der überforderte Staat, Baden-Baden 1994.

FLEINER-GERSTER THOMAS, Allgemeine Staatslehre, unter Mitarbeit von PETER HÄNNI, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995 (zit. Staatslehre).

FLEINER-GERSTER THOMAS, Die Gemeindeautonomie, der Föderalismus und das Prinzip der Subsidiarität, in: ALOIS RIKLIN/GERARD BATLINER

(Hrsg.), Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium, Liechtenstein politische Schriften, Band 19, Vaduz 1994, S. 321-342 (zit. Subsidiarität).

FLEINER-GERSTER Thomas, Kriterien für die Aufgabenverteilung von Staat und Gesellschaft, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1984, München 1984, S. 25-39 (zit. Aufgabenverteilung).

FREIBURGHAUS DIETER, Subsidiarität - ein Nachruf, Überlegung zur Bedeutung von «Zauberworten» im europäischen politischen Diskurs, Schweiz. Zeitschrift für Politikwissenschaft, Sonderheft Subsidiäres Staatshandeln, 1997, S. 197-227.

FREY RENÉ L., Die drei Stossrichtungen der Privatisierung. Oder: auch das New Public Management ist eine Form der Privatisierung, in: Festschrift für ALFRED MEIER, Bern 1997, S. 339-359.

GENTILE PIERRE, Integration des acteurs non-étatiques dans les politiques sociales: quel jeu, quelles limites pour les villes suisses, Schweiz. Zeitschrift für Politikwissenschaft, Sonderheft Subsidiäres Staatshandeln, 1997, S. 71-102.

GIORDANO CHRISTIAN, Soviel Staat wie nötig, so wenig Staat wie möglich, ein interkultureller Vergleich, in: ALOIS RIKLIN/GERARD BATLINER (Hrsg.), Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium, Liechtenstein politische Schriften, Band 19, Vaduz 1994, S. 133-161.

GRESS FRANZ, Die USA als Vorbild für die «Vereinigten Staaten von Europa»? in: RUDOLF HRBEK (Hrsg.), Die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips in der Europäischen Union-Erfahrungen und Perspektiven, Baden-Baden 1995, S. 157 bis 179 ff.

GRIMM DIETER, Staatsaufgaben – Eine Bilanz, in: DIETER GRIMM (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994, S. 771-785 (zit. Bilanz).

GRIMM DIETER, Staat und Gesellschaft, in: Thomas Ellwein/Joachim Jens Hesse (Hrsg.), Staatswissenschaften: Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?, Baden-Baden 1990, S. 13-27 (zit. Staat).

GRIMM DIETER, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaates, in: DIETER GRIMM (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben–sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 291-306 (zit. Staatsaufgaben).

GROSSKETTLER HEINZ, Die Versorgung mit Kollektivgütern als ordnungspolitisches Problem, in: ORDO, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Band 42, Stuttgart/New York 1991, S. 69-89.

GYGI FRITZ/RICHLI PAUL, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, 2. Aufl., Bern 1997.

HÄBERLE PETER, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, in: ALOIS RIKLIN/GERARD BATLINER (Hrsg.), *Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium, Liechtenstein politische Schriften*, Band 19, Vaduz 1994, S. 267-310, publiziert auch in: *Archiv für öffentliches Recht* 1994, S. 169-205.

HABLITZEL HANS, *Subsidiaritätsprinzip und Bildungskompetenzen im Vertrag über die Europäische Union*, Regensburg 1994.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 3. Aufl., Zürich 1993.

HAFEN THOMAS, Zusammenfassung der Diskussion Philosophie, Theologie, Politikwissenschaft, in: ALOIS RIKLIN/GERARD BATLINER (Hrsg.), *Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium, Liechtenstein politische Schriften*, Band 19, Vaduz 1994, S. 119-130.

HAGEMEISTER ADRIAN VON, *Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben: eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Abhandlung unter Zugrundelegung des Verfassungs- und Verwaltungsrechts der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland*, München 1992.

HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED, *Allgemeines Staatsrecht. Ein Grundriss*, Basel/Frankfurt am Main 1996.

HAMMER THOMAS, Aufgabenwandel bei öffentlich-rechtlichen Unternehmungen, dargestellt am Beispiel der Kantonalbanken, in: Festgabe für ALFRED RÖTHELI, Solothurn 1990, S. 417-431.

HANGARTNER YVO, Der Entwurf einer nachgeführten Bundesverfassung, *Aktuelle Juristische Praxis* 1997, S. 145-155 (zit. Entwurf).

HANGARTNER YVO, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern/Frankfurt am Main 1974 (zit. Kompetenzverteilung).

HARTMANN KARL, *Subsidiarität und Föderalismus in der schweizerischen Sozialpolitik*, Winterthur 1971.

HEBEISEN MICHAEL WALTER, *Staatszweck, Staatsziele, Staatsaufgaben – Leistungen und Grenzen einer juristischen Behandlung von Leitideen der Staatstätigkeit*, Chur/Zürich 1996.

HENGSTSCHLÄGER JOHANNES, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Band 54, Berlin/New York 1995, S. 166-203.

HERZOG ROMAN, Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in: JOSEF ISENSEE/PAUL KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band III: Das Handeln des Staates, Heidelberg 1988, S. 83-120.

HÖFFE OTFRIED, *Vernunft und Recht*, Frankfurt am Main 1996 (zit. Vernunft).

HÖFFE OTFRIED, Tauschgerechtigkeit und korrektive Gerechtigkeit: Legitimationsmuster für Staatsaufgaben, in: DIETER GRIMM (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, Baden-Baden 1994, S. 713-737, (zit. Tauschgerechtigkeit).

HÖFFE OTFRIED, Subsidiarität als staatsphilosophisches Prinzip?, in: ALOIS RIKLIN/GERARD BATLINER (Hrsg.), *Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium*, Liechtenstein politische Schriften, Band 19, Vaduz 1994, S. 19-44 (zit. Subsidiarität).

HOTZ-HART BEAT/MÄDER STEFAN/VOCK PATRICK, *Volkswirtschaft der Schweiz*, Zürich 1995.

HUBER HANS, Formenreichtum der Verfassung, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 1971, S. 172-196.

ISENSEE JOSEF, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: JOSEF ISENSEE/PAUL KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band III: Das Handeln des Staates, Heidelberg 1988, S. 1-82 (zit. Gemeinwohl).

ISENSEE JOSEF, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, Berlin 1968 (zit. Subsidiaritätsprinzip).

JAAG TOBIAS, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, 4. Länderbericht, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Band 54, Berlin/New York 1995, S. 288-300.

JELLINKEK GEORG, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin 1914.

JICKELI JOACHIM, Der Binnenmarkt im Schatten des Subsidiaritätsprinzips, *Juristen Zeitung* 1995, S. 57-64.

KAHIL BETTINA, *Europäisches Sozialrecht und Subsidiarität*, Diss. Lausanne, Baden-Baden 1996.

KÄLIN WALTER, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2. Aufl., Bern 1994.

KAUFMANN FRANZ-XAVER, Diskurse über Staatsaufgaben, in: DIETER GRIMM (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, Baden-Baden 1994, S. 15-41.

KISLING-NÄF INGRID/CATTACIN SANDRO, Einleitung: Subsidiäres Staatshandeln in modernen Gesellschaften, Schweiz. Zeitschrift für Politische Wissenschaft, Sonderheft Subsidiäres Staatshandeln, 1997, S. 1-16.

KLOEPFER MICHAEL/ELSNER THOMAS, Selbstregulierung im Umweltrecht- und Technikrecht, Deutsches Verwaltungsblatt 1996, S. 964-975.

KNÖPFLE FRANZ, Zur Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für die verfassungsrechtliche Ordnung, in: Festschrift für Anton Rauscher, Berlin 1993, S. 151-167.

KRÄHENMANN BEAT, Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens, Basel/Frankfurt am Main 1987.

KRUPP HANS JÜRGEN, Möglichkeiten und Grenzen der Staatstätigkeit, in: GOTTFRIED BOMBACH/BERNHARD GAHLEN/ALFRED E. OTT, Möglichkeiten und Grenzen der Staatstätigkeit, Tübingen 1982, S. 1-51.

LANGHART ALBRECHT, Rahmengesetz und Selbstregulierung. Kritische Be trachtungen zur vorgeschlagenen Struktur eines Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel unter Berücksichtigung des amerikanischen und englischen Börsenrechts, Zürich 1993.

LECHELER HELMUT, Das Subsidiaritätsprinzip, Strukturprinzip einer europäischen Union, Berlin 1993.

LEU ROBERT E., Ist eine Staatsgarantie für Banken ökonomisch sinnvoll?, in: Berner Tage für die Juristische Praxis 1994, S. 47-61.

LIENHARD ANDREAS, Deregulierung – Leitmotiv im Wirtschaftsverwaltungsrecht? Mit aktuellen Tendenzen und Potentialen im Bund und im Kanton Bern, Bern 1995.

LINK CHRISTOPH, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 48, Berlin/New York 1990, S. 10-55.

MÄDER ANNE/NEFF URSULA, Vom Bittgang zum Recht, Bern/Stuttgart 1990.

MASTRONARDI PHILIPPE, Strukturprinzipien der Bundesverfassung? Fragen zum Verhältnis von Recht und Macht anhand des Wirtschaftsstaatsprinzips, Beihefte zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Heft 7, Basel/Frankfurt a. Main 1988.

MERTEN DETLEF, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: DETLEF MERTEN (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, 2. Aufl., Berlin 1994, S. 77-96.

MÜLLER ALEXIA PETRA, Der Europäische Gerichtshof im Spannungsfeld von Subsidiarität und Integration, St. Gallen 1996.

MÜLLER ERIKA, Gesetzgebung im historischen Vergleich – Ein Beitrag zur Empirie der Staatsaufgaben, Pfaffenweiler 1989.

MÜLLER JÖRG PAUL, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. Elemente).

MÜLLER JÖRG PAUL, Soziale Grundrechte in der Verfassung? Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1973 II 697-964; 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1981 (zit. Soziale Grundrechte).

MÜLLER PETER, Funktionen und Motive einer verfassungsrechtlichen Aufgabennormierung in den Kantonen, Basel/Frankfurt am Main 1981.

MÜLLER-GRAFF PETER-CHRISTIAN, Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip?, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1995, S. 37-77.

NOBEL PETER, Lageanalyse und rechtliche Entwicklungsperspektiven der Kantonalbanken, AJP 1994, S. 1554-1561.

OPPERMANN THOMAS, Subsidiarität als Bestandteil des Grundgesetzes, Juristische Schulung 1996, S. 569-573.

OSTERLOH LERKE, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Band 54, Berlin/New York 1995, S. 205-242.

PERNTHALER PETER, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, 2. Aufl., Wien/New York 1996.

PESCATORE PIERRE, Mit der Subsidiarität leben. Gedanken zu einer drohenden Balkanisierung der Europäischen Gemeinschaft, in: Festschrift für ULRICH EVERLING, Baden-Baden 1995, S. 1071-1094.

PICOT ARNOLD, Subsidiaritätsprinzip und ökonomische Theorie der Organisation, in: Festschrift für Karl Oettle, Baden-Baden 1991, S. 102-116.

PIEPER STEFAN ULRICH, Subsidiarität: Ein Beitrag zur Begrenzung der Gemeinschaftskompetenzen, Köln/Berlin/Bonn/München 1994.

RESS GEORG Staatszwecke im Verfassungsstaat–nach 40 Jahren Grundgesetz, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 48, Berlin/New York 1990, S. 57-118.

RICHLI PAUL, Chancengleichheit im Schul- und Ausbildungssystem als Problem des Staats- und Verwaltungsrechts, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 1995, S. 197-230 (zit. Chancengleichheit).

RICHLI PAUL, Über die Selbsthilfe und deren staatliche Unterstützung in der Landwirtschaft, in: Festschrift für OTTO K. KAUFMANN Bern/Stuttgart 1989, S. 311-326 (zit. Selbsthilfe).

RICHLI PAUL, Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch Verfassungsgrundsätze und zum Verhältnis zwischen Wirtschaftspolitik und Handels- und Gewerbebefreiheit, Bern 1983 (zit. Leitung).

RITZMANN FRANZ, Die Schweizer Banken – Geschichte – Theorie – Statistik, Bern 1973.

ROOS LOHTAR, Stichwort Subsidiarität, in: GEORGES ENDERLE und andere (Hrsg.), Lexikon der Wirtschaftsethik, Freiburg/Basel/Wien 1993, Spalten 1045-1049.

ROTHSCHILD KURT W., Subsidiarität aus ökonomischer Sicht, in: ALOIS RIKLIN/GERARD BATLINER (Hrsg.), Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium, Liechtenstein politische Schriften, Band 19, Vaduz 1994, S. 193-202.

RUPP HANS HEINRICH, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: JOSEF ISENSEE/PAUL KIRCHHOF (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundlagen von Staat und Verfassung, Heidelberg 1987, S. 1187-1223.

RUSSENBERGER M., Die Sonderstellung der schweizerischen Kantonalbanken in der Bundesverfassung und im Bankengesetz, unter besonderer Berücksichtigung ihrer Entstehung und rechtlichen Ausgestaltung, Zürich 1988.

SALADIN PETER, Wozu noch Staaten? – Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt, Bern/München/Wien 1995 (zit. Wozu noch Staaten?).

SALADIN PETER, Bund und Kantone, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1984 II 433-590 (zit. Bund und Kantone).

SALADIN PETER, Bemerkungen zu Struktur und Stil der Schweizerischen Bundesverfassung, in: Recueil des travaux suisse présentés au 9^e congrès international de droit comparé, 1976, S. 219-235 225 (zit. Struktur).

SALADIN PETER, Unerfüllte Bundesverfassung? Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1974 I 307-338 (zit. Bundesverfassung).

SAUERLAND DIRK, Föderalismus zwischen Freiheit und Effizienz. Der Beitrag der ökonomischen Theorie zur Gestaltung dezentraler politischer Systeme, Berlin 1997.

SCHARPF FRITZ W., Die Handlungsfähigkeit des Staates am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts, Politische Vierteljahresschrift 1991, S. 621-634.

SCHIMA A., Das Subsidiaritätsprinzip im europäischen Gemeinschaftsrecht, Wien 1994.

SCHLUEP WALTER RENE, Revitalisierung, Deregulierung, Redebattisierung, Wettbewerb der Systeme – Was sonst noch an neuen wirtschaftsrechtlichen Delikatessen?, in: Festschrift für Bundesrat ARNOLD KOLLER, Bern/Stuttgart/Wien 1993, S. 477-514.

SCHMID GERHARD, Überlegungen zur Auslese von Staatsaufgaben im politischen System der Schweiz, in: Zukunft des Staates, Schweizerisches Jahrbuch für politische Wissenschaft 1990, S. 121-135.

SCHNEIDER LOTHAR, Subsidiäre Gesellschaft – Erfolgreiche Gesellschaft, 3. erg. Auflage, München/Wien/Zürich 1990.

SCHUPPERT GUNNAR FOLKE, Rückzug des Staates? Zur Rolle des Staates zwischen Legitimationskrise und politischer Neubestimmung, Die öffentliche Verwaltung 1995, S. 761-770 (zit. Rückzug).

SCHUPPERT GUNNAR FOLKE, Recht als Steuerungsinstrument: Grenzen und Alternativen rechtlicher Steuerung, in: THOMAS ELLWEIN/JOACHIM JENS HESSE (Hrsg.), Staatswissenschaften: Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?, Baden-Baden 1990, S. 73-83 (zit. Steuerungsinstrument).

SCHULZE-FIELITZ HELMUTH, Staatsaufgaben und Verfassung. Zur normativen Kraft der Verfassung für das Wachstum und die Begrenzung der Staatsaufgaben, in: DIETER GRIMM (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 11-47.

SCHWENZER INGEBORG, Verwandtenunterhalt und soziodemographische Entwicklung, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1989, S. 685-691.

SCHÜLLER ALFRED, Subsidiarität im Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und Harmonisierung, in: KNUT W. NÖRR/THOMAS OPPERMANN (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit – Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa, Tübingen 1997, S. 69-104.

SCHÜRMANN LEO, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 1994.

SPRENGER GERHARD, Gegenseitigkeit und praktische Vernunft, in: WERNER MAIHOFER/GERHARD SPRENGER (Hrsg.), Praktische Vernunft und Theorien

der Gerechtigkeit, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 50, Stuttgart 1992, S. 237-247.

STERN KLAUS, Staatsziele und Staatsaufgaben in verfassungsrechtlicher Sicht, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1984, München 1984, S. 5-24.

TRÜEB HANS RUDOLF, Die neuen Instrumente des Umweltschutzrechts: Haftpflicht, Lenkungsabgaben und Zusammenarbeit mit der Wirtschaft, Umweltrecht in der Praxis 1996, S. 527-553.

UHLMANN FELIX, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Möglichkeiten und Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher Eigenbetätigung aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht, Basel/Frankfurt am Main 1997.

VANBERG VIKTOR, Subsidiarity, Responsive Government and Individual Liberty, in: KNUT W. NÖRR/THOMAS OPPERMANN (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit–Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa, Tübingen 1997, S. 253-269.

WAHL RAINER, Staatsaufgaben im Verfassungsrecht, in: THOMAS ELLWEIN/JOACHIM JENS HESSE (Hrsg.), Staatswissenschaften: Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?, Baden-Baden 1990, S. 29-53.

WASCHKUHN ARNO, Was ist Subsidiarität? Ein sozialphilosophisches Ordnungsprinzip: von Thomas von Aquin bis zur «Civil Society», Opladen 1995.

WATRIN CHRISTIAN, Marktversagen versus «Staatsversagen», Schriftenreihe des Vororts, Nr. 42, Zürich 1986 (zit. Marktversagen).

WATRIN CHRISTIAN, Staatsaufgaben – die ökonomische Sicht, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1984, München 1984, S. 41-68 (zit. Staatsaufgaben).

WEBER MAX, Staatssoziologie, Berlin 1956.

WILLE EBERHARD, Marktversagen versus Staatsversagen – ein ideologisches Karussel? in: THOMAS ELLWEIN/JOACHIM JENS HESSE (Hrsg.), Staatswissenschaften: Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?, Baden-Baden 1990, S. 251-273.

WILLKE HELMUT, Supervision des Staates, Frankfurt am Main 1997 (zit. Supervision).

WILLKE HELMUT, Die Steuerungsfunktion des Staates aus systemtheoretischer Sicht, in: DIETER GRIMM (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994, S. 685-711 (zit. Steuerungsfunktion).

WILLKE HELMUT, Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer gesellschaftlichen Steuerungstheorie, Königstein/Ts 1983 (zit. Entzauberung).

WINTER GERT, Subsidiarität und Deregulierung im Gemeinschaftsrecht, Europarecht 1996, S. 247-269.

WOLFFERS FELIX, Grundriss des Sozialhilferechts, Bern/Stuttgart/Wien 1993.

ZIMMERLI ULRICH, Bedeutung und Zukunft der Kantonalbanken, in: Berner Tage für die Juristische Praxis, 1994, S. 63-86.

ZIPPELIUS REINHOLD, Allgemeine Staatslehre, 12. Aufl., München 1994.

Materialien

Die nachfolgenden Materialien werden mit dem Kurztitel vor dem Doppelpunkt zitiert.

Bericht Kantonalbanken: Bericht des Bundesrates zur Stellung der Kantonalbanken, insbesondere ihre Beschränkung der Staatshaftung sowie Privatisierung, März 1995.

Bericht VE 1977: Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977.

Berufsbildungsbericht: Bericht über die Berufsbildung (Bundesgesetz über die Berufsbildung), BBl 1996 V 586-655.

Botschaft AP 2002: Botschaft zur Reform der Agrarpolitik: Zweite Etappe (Agrarpolitik 2002), BBl 1996 IV 1-466.

Botschaft BEHG: Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, BBl 1993 I 1369-1462.

Botschaft Berufsbildung: Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative aus Kreisen der PdA «Für eine gesicherte Berufsbildung und Umschulung», BBl 1984 II 1377 ff.

Botschaft CO₂: Botschaft zum Bundesgesetz über die Reduktion der CO₂-Emissionen, BBl 1997 III 410-479.

Botschaft EnG: Botschaft zum Energiegesetz, BBl 1996 IV 1005-1184.

Botschaft KIG: Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Förderung der Konsumenteninformation und zu einem Bundesgesetz über die Änderung des Obligationenrechts, BBl 1986 II 354-405.

Botschaft SuG: Botschaft zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen, BBl 1987 I 369-462.

Botschaft THG: Botschaft zu einem Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse, BBl 1995 II 521-641.

Botschaft USG: Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz, BBl 1993 II 1445-1578.

Botschaft VE 1996: Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1-642.

Botschaft ZGB: Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Ver-

wandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung), BBl 1996 I 1-227.

Erläuterungen VE 1995: Erläuterungen zum Verfassungsentwurf, Bern 1995.