



Walther Hug

---

Walther Hug

Ausgewählte Abhandlungen  
zum Arbeits-  
und Wirtschaftsrecht

*Festschrift zum 80. Geburtstag  
des Verfassers am 14. April 1978*

Band II  
Beiträge zum Wirtschaftsrecht

*Herausgegeben von  
Walter R. Schlupe*



---

Verlag Stämpfli & Cie AG Bern · 1978

## Hundert Jahre schweizerisches Wirtschaftsrecht

### *Einleitung*

In der Besinnung über Recht und Wirtschaft während der ersten 100 Jahre des schweizerischen Bundesstaates, der durch die Annahme der neuen Bundesverfassung geschaffen wurde, erscheint es notwendig, auch einen Überblick über Entwicklung und Grundzüge des schweizerischen Wirtschaftsrechts zu geben. Freilich kann diese Entwicklung nur in knappen Strichen gezeichnet werden. Die Fülle des Stoffes verbietet das Eingehen auf Einzelheiten, auch wenn an Beispielen nur die Entwicklungstendenzen illustriert werden sollen. Dabei können wir uns an dieser Stelle nicht mit der in der Wissenschaft kontroversen Frage auseinandersetzen, was unter «Wirtschaftsrecht» verstanden werden soll<sup>1</sup>. Wir gehen davon aus, dass die Einrichtungen und Vorgänge zum Zwecke der menschlichen Bedarfsdeckung, welche die Wirtschaft darstellen, in jedem staatlichen Verbands unter einer bestimmten *Wirtschaftsordnung* stehen; diese bestimmt einerseits die Organisation der Wirtschaft und andererseits ihren Ablauf, den Wirtschaftsprozess. Der Gestaltung der Wirtschaftsordnung können dabei zwei entgegengesetzte Prinzipien zu Grunde gelegt werden: entweder das Prinzip einer freiheitlichen, individualistischen Wirtschaft, bei der das individuelle Interesse über die Gestaltung der Wirtschaft und die Verwendung der wirtschaftlichen Güter entscheidet und der Wirtschaftsprozess dezentralistisch, marktwirtschaftlich verläuft, oder das Prinzip einer gebundenen, kollektivistischen oder zentralistischen Wirtschaft, bei der das kollektive Interesse massgebend ist und der Wirtschaftsprozess planwirtschaftlich geregelt ist<sup>2</sup>. Nie aber ist die konkrete Wirtschaftsordnung aus einem der beiden Prinzipien allein herausgestaltet worden, immer haben Elemente der verschiedenen Systeme nebeneinander bestanden; in den verschiedenen Epochen kann daher nur das Vorwiegen des einen oder andern Elements festgestellt werden.

Jede Wirtschaftsordnung wird primär durch das Recht bestimmt, jede Wirtschaft ist die Wirtschaft einer *Rechtsordnung*. Das will nicht heissen, dass alle wirtschaftlichen Einrichtungen und Vorgänge nur durch Vor-

<sup>1</sup> Vgl. HUG, Die Problematik des Wirtschaftsrechts, St. Gallen, 1939, S. 9 ff., 19 ff.

<sup>2</sup> Vgl. BÖHLER, Grundlehren der Nationalökonomie, Bern 1944, S. 9 ff., 16 ff., 49 ff.

schriften des Rechts bestimmt seien, aber sie sind jedenfalls mitbewirkt durch eine in Kraft stehende, geltende Rechtsordnung. Dabei hat das staatliche Grundgesetz, die Verfassung, auch die Grundentscheidung zu treffen: Soll die Güterproduktion, als der Hauptgegenstand der wirtschaftlichen Tätigkeit, verstaatlicht und der Einzelne öffentlichrechtlich verpflichtet werden, daran mitzuwirken, wobei er dann von Staates wegen auch seinen Anteil an den produzierten Gütern erhält; oder soll der Staat die Produktion den Einzelnen überlassen und damit dem Spiel der individuellen Kräfte, was der Einzelne von diesen Gütern erhalten kann<sup>3</sup>. Der erste Weg führt zur zentralisierten Staatswirtschaft, zur «Zentralverwaltungswirtschaft» (EUCKEN), die sich ausschliesslich in den Formen des öffentlichen Rechts vollzieht. Der zweite Weg verwirklicht das Postulat der Wirtschaftsfreiheit, führt zur dezentralisierten Privatwirtschaft, die in privatrechtlicher Form gestaltet wird und mit privatrechtlichen Mitteln arbeitet. Daher kann man feststellen: die privatrechtliche Wirtschaftsordnung entspricht der individuellen Privatwirtschaft, die öffentlichrechtliche Wirtschaftsordnung ist die Form der zentralistischen Staatswirtschaft. Freilich, auch wenn sich der Staat grundsätzlich zum System der Wirtschaftsfreiheit und damit der Privatwirtschaft bekennt, kann er sich einzelne Bereiche der wirtschaftlichen Tätigkeit vorbehalten, die öffentlich-rechtlich geordnet werden. Er kann aber auch versuchen, die wirtschaftliche Organisation und die wirtschaftlichen Vorgänge nach gewissen Richtungen zu leiten; dann greift dieser staatliche Interventionismus mit öffentlichrechtlichen Mitteln in die Privatwirtschaft ein. Das Wirtschaftsrecht umfasst daher die öffentlichrechtlichen wie die privatrechtlichen Normen, welche wirtschaftliche Einrichtungen und Vorgänge betreffen.

Wenn wir das schweizerische Wirtschaftsrecht der letzten 100 Jahre überblicken, so bildet den Ausgangspunkt die Feststellung, dass die grundsätzliche Umgestaltung des Staatssystems im Jahre 1848 das Werk des politischen und wirtschaftlichen Liberalismus war, dessen politische Ideen dem Naturrecht und dessen wirtschaftliche Auffassungen der liberalen Wirtschaftstheorie der Physiokraten und der englischen Klassiker entstammten. Der siegreiche Liberalismus fühlte sich als berufener Träger des wirtschaftlichen Fortschrittes und verlangte nach Beseitigung überlebter kantonaler und kommunaler Bindungen und Hemmnisse.

<sup>3</sup> Vgl. BURCKHARDT, Gedanken eines Juristen über den Korporationenstaat, ZBJV 1934 97 ff., 108 ff.

Die wirtschaftspolitische Befreiung und Vereinheitlichung gehörte daher zu dessen wichtigsten Programmpunkten. Aber dieses Ziel konnte 1848 noch nicht verwirklicht werden, vielmehr blieb dessen Verwirklichung die Aufgabe der ersten Periode, die erst mit der Bundesverfassung von 1874 zum Abschluss gelangte.

Damit beginnt die zweite Periode, indem die Verfassung das liberale Wirtschaftssystem für alle in der Schweiz erwerbstätigen Personen zwingend einführt, allerdings mit gewissen Einschränkungen, die in den folgenden Jahrzehnten durch etatistische Strömungen und die Wendung zur sozialen Solidarität nachhaltig verstärkt worden sind. Abgesehen von einer gewissen Einschränkung des privaten Wirtschaftsraumes durch eine sich ausdehnende staatliche Wirtschaftstätigkeit, und abgesehen von der Einschränkung der privaten Wirtschaft durch die Sozialgesetzgebung, blieb das liberale Wirtschaftssystem bis 1914 von der Rechtsordnung unberührt.

Mit dem Ausbruch des ersten Weltkrieges hebt die dritte Periode an, die durch eine weitere Ausdehnung des staatlichen Wirtschaftsbereiches, durch eine Verstärkung der Arbeits- und Sozialgesetzgebung, vor allem aber durch weitgehende wirtschaftspolitische Eingriffe des Staates in die private Tätigkeit und damit durch einen Abbau der öffentlichen und privaten Wirtschaftsfreiheit gekennzeichnet ist. Zwar wurde die gebundene Kriegswirtschaft nach dem ersten Weltkrieg schrittweise wieder abgebaut, aber der Ausbruch der Weltwirtschaftskrise im Jahre 1931 zwang zu neuen Eingriffen protektionistischer und interventionistischer Natur. Der zweite Weltkrieg endlich hat die schweizerische Wirtschaftspolitik in den Bann staatlicher Wirtschaftslenkung geschlagen. Kriegs- und Krisenwirtschaftsrecht haben die grundsätzliche Wandlung unserer Wirtschaftsordnung offenbart, und diese Erkenntnis bildete den Ausgangspunkt zu den Bestrebungen um eine verfassungsrechtliche Neuordnung des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft. Die Annahme der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung in der Volksabstimmung vom 6. Juli 1947 kann daher als Abschluss der dritten Periode und als Beginn einer neuen Epoche unseres Wirtschaftsrechts betrachtet werden. Entwicklung und Grundzüge des Wirtschaftsrechts in diesen verschiedenen Perioden sollen nunmehr kurz im einzelnen dargestellt werden.

## I. Die Grundlegung des liberalen Wirtschaftsrechts, 1848–1874

Die Bundesverfassung von 1848 hat ihre Aufgabe im Geiste der Mässigung und der Freiheit gelöst. Sie erklärte als Zweck des Bundes die Behauptung der Unabhängigkeit gegen aussen und die Handhabung der Ruhe und Ordnung im Innern, aber sie hat dem Föderalismus im Innern reichen Lebensraum belassen. Sie gewährleistete die Rechtsgleichheit, untersagte Untertanenverhältnisse und Vorrechte, wollte aber Freiheit und Rechte der Eidgenossen schützen und ihre gemeinsame Wohlfahrt fördern. Sie schuf aus der Schweiz ein einheitliches Wirtschaftsgebiet und die Grundlage für die Entfaltung einer schweizerischen Volkswirtschaft. Sie beseitigte die interkantonalen Zölle, die Weg- und Brückengelder, räumte dem Bunde die Zollhoheit, das Postregal und das Münzregal ein und anerkannte für jeden christlichen Schweizerbürger das Recht der freien Niederlassung. Aber die Verfassung hat weder die Freiheit und den Schutz des Privateigentums noch die Handels- und Gewerbefreiheit festgelegt, obwohl der Liberalismus Eigentumsfreiheit und individuelle Wirtschaftsfreiheit schon in der Regenerationsperiode neben den andern Freiheitsrechten der Bürger gefordert hatte. Die Ordnung des Eigentumsrechtes wurde völlig dem kantonalen Rechte überlassen, während der Grundsatz der sogenannten interkantonalen Handelsfreiheit gegenüber dem Bundesvertrag von 1815 in etwas erweiterter Form festgelegt wurde. Diese Freiheit des interkantonalen Handelsverkehrs, welche «für Lebensmittel, Vieh und Kaufmannswaren, Lebens- und Gewerbeerzeugnisse aller Art» den freien Kauf und Verkauf, die freie Ein-, Aus- und Durchfuhr von einem Kanton in den andern gewährleistete (Art. 29), war zwar als Individualrecht des Bürgers ausgestaltet, aber es war eine interkantonalrechtliche Norm und kein internes staatsrechtliches Freiheitsrecht<sup>4</sup>.

Die Kantone blieben daher unter der Bundesverfassung selbständig in der Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung. Sie bekannten sich aber schrittweise zur verfassungsrechtlichen Anerkennung des Privateigentums oder allgemeiner, der wohl erworbenen Privatrechte, und haben mit der Eigentumsгарantie den Bürger sichernde Schranken gegenüber der

<sup>4</sup> Vgl. His, Geschichte des neueren Schweiz. Staatsrechts (zit. Staatsrecht), Bd. III, Basel 1938, S. 589/590.

Enteignung aufgestellt<sup>5</sup>. Sie haben ferner den grossen wirtschaftlichen Prozess der Befreiung des Grundeigentums von feudalen Lasten und andern Reallasten zum Abschluss gebracht und unter Einsatz erheblicher staatlicher Mittel die Umgestaltung der Zehnten- und Grundzinsverhältnisse in die freieren privatrechtlichen Verhältnisse der hypothekarischen Bodenbelastung durchgeführt<sup>6</sup>. Die meisten und grössten Kantone führten in dieser Periode den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit in ihre Verfassung ein, so z. B. Zürich im Jahre 1865. Aber eine Reihe von Kantonen verblieb in bezug auf Handwerk und Gewerbe bei einer grundsätzlich an die öffentliche Gewalt gebundenen Wirtschaft, unter Beibehaltung des mittelalterlichen Zunftsystems. Am längsten blieb dieses im Kanton Basel-Stadt bestehen, der noch in der Verfassung von 1847 ausdrücklich erklärt hatte, es bestehe keine Gewerbefreiheit. Indessen gerieten die Kantone mit dem autoritär gebundenen System der Berufskorporationen je länger je mehr in die Minderheit, denn dieses erschien mit dem Streben nach der freien Entfaltung der wirtschaftlichen Kräfte und nach der Freiheit des Individuums nicht mehr vereinbar. Der Liberalismus, der durchaus kleinbürgerliches Gepräge trug, sah im einzelnen Menschen den Träger der Wirtschaft, und er erhob schon vor der bundesrechtlichen Ordnung von 1874 in den meisten industriellen Kantonen die Wirtschaftsfreiheit zum herrschenden, verfassungsrechtlich verankerten Prinzip<sup>7</sup>.

Dieses Prinzip bedeutete die Emanzipation der gesamten Wirtschaft vom Staat, wie sie schon unter der alten Ordnung von Industrie und Grosshandel erreicht worden war, die nie den Fesseln des Zunftzwanges unterstellt gewesen sind. Die Wirtschaft wurde damit zur Angelegenheit des einzelnen Bürgers; das Prinzip der Privatwirtschaft war damit anerkannt. Daher kam nun der Gestaltung des Privatrechts entscheidende Bedeutung zu, das aufgerufen war, die privatrechtliche Freiheit sicherzustellen und mit seinen Mitteln die Wirtschaft des Landes zu fördern.

Einige romanische Kantone sowie die Kantone Bern, Luzern und Solothurn hatten schon in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts die grosse und schwierige Aufgabe an die Hand genommen, das Zivilrecht in umfassende, systematisch aufgebaute Gesetzbücher zu fassen, wobei die welschen Kantone dem Vorbild des französischen Code civil, die ge-

<sup>5</sup> Vgl. His, Staatsrecht, S. 136 ff.

<sup>6</sup> Vgl. His, Staatsrecht, S. 645 ff.

<sup>7</sup> Vgl. His, Staatsrecht, S. 591–594.

nannten deutschschweizerischen Kantone demjenigen des österreichischen ABGB gefolgt waren<sup>8</sup>. Die übrigen Kantone, vor allem die ganze Gruppe der ostschweizerischen Kantone, gingen nun daran, ihre zivile Gesetzgebung auszubauen, wobei das Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch von 1853–1856 eine besondere Bedeutung für die spätere Entwicklung gewonnen hat. Was alle diese kantonalen Gesetzbücher, ganz besonders aber das zürcherische auszeichnet, ist das hohe Mass, in dem sie der Tradition verbunden blieben und mit welchem sie ihr überkommenes Recht bewahrten. Dieser Wille zur Beharrung setzte sich mit besonderer Kraft im zürcherischen Gesetzbuch durch, das ein «wahrhaft konservatives Gesetzeswerk» darstellt und «im neuzeitlichen Gewande ein Recht von alter genossenschaftlicher Prägung» enthielt<sup>9</sup>.

Trotz der traditionellen Haltung wirkte sich der Geist der individuellen Freiheit im ganzen Privatrecht, vor allem aber im Wirtschafts- und Verkehrsrecht aus. Das lässt sich selbst am Beispiel des konservativsten Zivilgesetzbuches, des Zürcher PGB, veranschaulichen: Freiheit von Grund und Boden, Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung, Freiheit der privatrechtlichen Verbände, Vertragsfreiheit bilden leitende Grundsätze des Zürcher Gesetzbuches und stellen, auch wenn das Gesetz diese Freiheiten nach gewissen Richtungen beschränkte, die Grundlage für die Entfaltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit dar<sup>10</sup>. Auf der andern Seite schuf dieses Gesetz ein hochentwickeltes, den Anforderungen des Handels und Verkehrs angepasstes Verkehrs- und Handelsrecht: ein ausgebautes Sachen- und Obligationenrecht und im Rahmen des letztern ein neues Gesellschafts- und Aktienrecht, ein neues Wechsel- und Wertpapierrecht, ein neues Versicherungsrecht. Wohl den kühnsten Schritt tat das Zürcher Gesetzbuch aber mit der Generalisierung des Handelsrechts, das kein Standesrecht der Kaufleute sein, sondern dessen Einrichtungen dem gesamten Wirtschaftsverkehr offen stehen sollten<sup>11</sup>. Gewiss tritt dabei die Beschränkung der Freiheit des Individuums durch den Staat vor allem im Aktienrecht in die Erscheinung, indem die Bil-

<sup>8</sup> Vgl. EUGEN HUBER, System und Geschichte des Schweiz. Privatrechts, Bd. IV, Basel 1893, S. 185 ff.

<sup>9</sup> Vgl. EGGER, Die Freiheitsidee im Schweiz. Zivilrecht, Festgabe der Schweiz. Juristenfakultäten, Zürich 1948, S. 297, 299.

<sup>10</sup> Vgl. KELLER, Rechtsethik und Rechtstechnik der modernen kontinentaleuropäischen Zivilgesetzgebung, am Zürcher privatrechtlichen Gesetzbuch als Hauptbeispiel erläutert, Aarau 1947, S. 29 ff., 47 ff., 63 ff., 89 ff., 124 ff.

<sup>11</sup> Vgl. WIELAND, Handelsrecht, Bd. I, München/Leipzig 1921, S. 6 ff., 40 ff.

dung der Aktiengesellschaften der Genehmigung des Staates bedarf und diese nur erteilt werden soll, wenn Zweck und Solidität der Unternehmung als einwandfrei befunden werden (§ 22). Auch die Auflösung der Aktiengesellschaft bedarf der Genehmigung (§ 44) und «gegenüber einer entarteten oder den Kredit oder andere öffentliche Interessen gefährdenden Korporation kann die Regierung reformierend einwirken» (§ 45). Aber diese Zurückhaltung des Gesetzgebers gegenüber der Aktiengesellschaft erklärt sich aus der Auffassung des ältern Liberalismus, der vom Wert der persönlichen Wirtschaftsweise des einzelnen Menschen unerschütterlich überzeugt war.

## II. Das liberale Wirtschaftsrecht und seine Beschränkungen 1874–1914

Die Entwicklung zur Wirtschaftsfreiheit in den Kantonen ermöglichte es, dass nach zwei Misserfolgen der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit bundesrechtlich in der neuen Verfassung von 1874 generell festgelegt werden konnte. Durch die Gewährleistung der Freiheit des Handels und der Gewerbe im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft erhielt jedes in der Schweiz tätige Individuum den öffentlichrechtlichen Anspruch gegenüber dem Staat auf Schutz seiner wirtschaftlichen Freiheit gegenüber jeder möglichen staatlichen Beschränkung. Freilich wurde ihm der Rechtsschutz nur gegenüber kantonalen Staatsorganen eingeräumt, dagegen nicht gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen (BV Art. 113 Ziff. 3 und Abs. 3). Als verfassungskräftiges, gerichtlich geschütztes Individualrecht bildete die schweizerische Handels- und Gewerbefreiheit eine Singularität des europäischen Rechts<sup>12</sup>. Wie die zur Auslegung berufenen Bundesbehörden, erst der Bundesrat, seit 1911 das Bundesgericht, in der Verfassungspraxis der folgenden Jahrzehnte feststellten, ist es dem Staat verboten, die Preise zu regulieren, für ein Gewerbe den *numerus clausus* oder die Bedürfnisklausel einzuführen, besondere Fähigkeiten für die Ausübung eines Gewerbes zu verlangen, den Beitritt zu einem Berufsverband obligatorisch zu erklären, die Preis- und Lohnnormen eines Verbandes ver-

<sup>12</sup> Vgl. RENGGLI, Das Recht auf Handels- und Gewerbefreiheit in der Schweiz. Bundesverfassung, Festgabe Schulthess, Zürich 1938, S. 75 ff.; HANS HUBER, Die Handels- und Gewerbefreiheit und ihre heutige Bedeutung, 1933, S. 4 ff.

bindlich zu erklären, prohibitiv wirkende Gewerbesteuern zu erheben oder mit irgendwelchen wirtschaftspolitischen Massnahmen in die freie Konkurrenz einzugreifen<sup>13</sup>.

Schon die Bundesverfassung von 1874 hat eine wenn auch geringe Zahl von Bereichen wirtschaftlicher Tätigkeit dem Staat vorbehalten, nämlich die auf verfassungsmässigen Monopolen und Regalien beruhende Tätigkeit. Sie nannte das Salzregal der Kantone, das Pulverregal des Bundes, die eidgenössischen Zölle, die Importgebühren von geistigen Getränken und gewisse Verbrauchssteuern (Art. 31 lit. a, 32). Aber in den folgenden Jahrzehnten ist der *Bereich staatlicher Wirtschaftstätigkeit* in steigendem Masse ausgedehnt und damit der Bereich der Privatwirtschaft eingeengt worden und zwar im Gefolge eines Vordringens etatistischer Auffassungen. Es war, wie His feststellte, «bereits in den siebziger und achtziger Jahren kennzeichnend für die Politik des Bundes und der meisten Kantone, dass sie die liberalen Grundsätze preisgaben und aus volkswirtschaftlichen, sozialpolitischen oder materiellen Gründen eine Last nach der andern auf die Schultern ihrer geduldigen und machtungshungrigen Gemeinwesen luden» (Wandlungen S. 250/251). So führte der Bund das Banknotenmonopol und das Alkoholmonopol ein, verstaatlichte die Hauptlinien der Eisenbahnen und schuf eine zentralisierte, obligatorische Unfallversicherung für Arbeitnehmer. Dazu kamen kantonale Monopole: Das Bergregal, das Jagd- und Fischereiregal, das Regal der Wasserkraftnutzung, in einzelnen Kantonen auch ein Monopol der Gebäude- oder Mobiliarversicherung<sup>14</sup>. Schliesslich aber haben Kantone und Gemeinden, ohne dass das bundesrechtliche Monopolverbot sie daran hindern konnte, staatliche und kommunale Unternehmungen und Werke geschaffen, die mit den Unternehmungen der Privatwirtschaft in Konkurrenz getreten sind und, teils durch die Schaffung faktischer Monopole, teils durch die staatliche Unterstützung, den privaten Wirtschaftsraum erheblich beschränkt haben: so die Kantonalbanken, kantonale Nebenbahnen, kantonale Werke der Elektrizitätsproduktion, so auch kommunale Werke für die Elektrizitätsverteilung, die Gasproduktion und -verteilung, die Wasserversorgung und die Strassenbahnen.

Die Verfassung von 1874 hat gegenüber dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit auch *gewerbepolizeiliche Beschränkungen* aufge-

<sup>13</sup> Vgl. His, Staatsrecht, S. 596 ff.; *derselbe*, Wandlungen der Handels- und Gewerbefreiheit in der Schweiz, Festgabe Wieland, Basel 1934 (zit. Wandlungen), S. 241 ff., 249 ff.

<sup>14</sup> Vgl. His, Staatsrecht, S. 695 ff., 722 ff.

richtet, «eigentlich selbstverständliche Begrenzungen, nicht wirtschaftspolitische, prinzipielle Durchbrechungen des Freiheitsgrundsatzes» (His, S. 250). Wie aber Art. 31 Abs. 2 bestimmt, dürfen diese Massnahmen die Handels- und Gewerbefreiheit selbst nicht verletzen. Der Praxis der Bundesbehörden war es überlassen, die Grenze zu bestimmen zwischen polizeirechtlich zulässigen und unzulässigen Beschränkungen. Die öffentlichrechtlichen Vorschriften der Kantone über unlauteren Wettbewerb und unlauteres Geschäftsgebahren, die Vorschriften zum Schutze des Publikums gegen Ausbeutung, Irreführung, Übervorteilung, die zahlreichen Bestimmungen der Gesundheits- und Lebensmittelpolizei, der Bau- und Sicherheitspolizei, der Strassen- und Verkehrspolizei wurden als zulässige Schranken erklärt. Auch die von einzelnen Kantonen eingeführte Patent-, Lizenz- oder Kautionspflicht gewisser Gewerbe wurde als zulässig anerkannt<sup>15</sup>. Alle diese Einschränkungen waren solche des kantonalen Rechts, weil die Gewerbepolizei grundsätzlich den Kantonen überlassen bleiben sollte. Vereinzelt Durchbrechungen dieses Grundsatzes zu Gunsten des Bundes waren nur für wenige Gebiete vorgesehen: In bezug auf Bau und Betrieb der Eisenbahnen (Art. 26), den Geschäftsbetrieb von Auswanderungsagenturen und Versicherungsunternehmungen (Art. 34 Abs. 2), die Spielbanken und Lotterien (Art. 35). Durch spätere Verfassungsrevisionen kamen dazu Vorbehalte zu Gunsten des Bundes in bezug auf die Kranken- und Unfallversicherung (Art. 34<sup>bis</sup>) und die Alters- und Hinterlassenenversicherung (Art. 34<sup>quater</sup>). Durch den sogenannten Gewerbeartikel von 1908 (Art. 34<sup>ter</sup>) ist der Bund allgemein ermächtigt worden, über das Gewerbewesen einheitliche Bestimmungen aufzustellen. Ein allgemeines Gewerbegesetz ist jedoch nicht erlassen worden; der Bund beschränkte sich auf Teilregelungen für einzelne Gebiete<sup>16</sup>.

Der Verfassungsgesetzgeber von 1874 hat aber auch bereits die nachteiligen Wirkungen erkannt, welche das neue Ordnungsprinzip der Wirtschaftsfreiheit auf die industriellen Arbeitnehmer ausübt und hat die *Arbeiterschutzesetzgebung*, wenn auch zunächst in beschränktem Umfange, als Aufgabe des Bundes erklärt. In Ausführung von Art. 34 Abs. 1 hat der Bund schon 1877 das Gesetz über die Arbeit in den Fabriken erlassen, das seinem Zuschnitt nach ein gewerbepolizeiliches Gesetz war und im Interesse der Fabrikarbeiter den Fabrikbetrieb weitgehenden Be-

<sup>15</sup> Vgl. His, Staatsrecht, S. 598/99; *derselbe*, Wandlungen, S. 251 ff., 253/55.

<sup>16</sup> Vgl. His, Staatsrecht, S. 605 ff.

schränkungen unterwarf, indem es dem Arbeitgeber öffentlichrechtliche Pflichten in bezug auf den Betriebsschutz, den Arbeitszeitschutz, den Schutz der Frauen und Jugendlichen auferlegte. Damit beginnt im Bund die soziale Gesetzgebung, «als Absage an das Prinzip der privaten Freiheit, als Bekenntnis zur sozialen Solidarität»<sup>16a</sup>. Aus dem gleichen Grundgedanken, der bereits der Konzeption des Wohlfahrtsstaates angehörte, aber mannigfaltig und unterschiedlich, haben auch die Kantone ihre Arbeiterschutzgesetzgebung ausgebaut, die unter dem Gesichtspunkt der gewerbepolizeilichen Beschränkungen als zulässig anerkannt wurde<sup>17</sup>. Der Gedanke einer umfassenden bundesrechtlichen *Sozialgesetzgebung* bricht sich in den folgenden Jahrzehnten Bahn: Die Schaffung der verfassungsrechtlichen Grundlage für die Kranken- und Unfallversicherung im Jahre 1890 und die Annahme des Ausführungsgesetzes im Jahre 1911, die Einführung des Gewerbeartikels (Art. 34<sup>ter</sup>) als Grundlage für die Ordnung der Arbeit im Handel und in den Gewerben im Jahre 1908 und die Revision des Fabrikgesetzes im Jahre 1914 stellen die weithin sichtbaren Meilensteine dieser eidgenössischen Sozialgesetzgebung vor dem ersten Weltkrieg dar.

Die Proklamierung des Grundsatzes der Handels- und Gewerbebefreiheit in der BV, welche die Wirtschaft im Gesamtgebiet der Eidgenossenschaft vom Staate befreite und deren Organisation wie deren Ablauf auf die Formen des Privatrechtes verwies, verlangte nach der *bundesrechtlichen Ordnung des Zivil- und Handelsrechtes*. Art. 64 BV gewährte daher dem Bund Kompetenzen zur Zivilrechtsvereinheitlichung, aber nur gerade auf den Gebieten, welche nicht oder nur in geringem Masse an die landeseigene Tradition gebunden sind, und deren Vereinheitlichung das Wirtschaftsleben dringend erforderte, nämlich über die persönliche Handlungsfähigkeit, über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechtes), über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst und über das Betreibungs- und Konkursrecht. In Ausführung des Verfassungsartikels erging das *Obligationenrecht*<sup>18</sup> vom Jahre 1881, beherrscht von den Grundsätzen des freien Wirtschaftsverkehrs, des Prinzips der Vertragsfreiheit und der Freiheit der wirtschaftlichen

<sup>16a</sup> EGGER, Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1939, S. 49.

<sup>17</sup> Vgl. HIS, Staatsrecht, S. 599, 684 ff.

<sup>18</sup> Vgl. EUGEN HUBER, a. a. O., S. 204 ff.

Assoziationen. Dem Vorbild des Zürcher PGB folgend, vermeidet es das OR, ein eigenes Handelsrecht aufzustellen. In Abweichung von den Gesetzgebungen der umliegenden Länder folgt es «der Tendenz der Beseitigung jeder rechtlichen Sonderstellung eines besonderen Kaufmannstandes» und lässt das Handelsrecht um der Rechtsgleichheit willen in einem beweglich gestalteten, allgemeinen Obligationenrecht aufgehen. Aber es stellt der Wirtschaft die rechtlichen Einrichtungen zur Verfügung, welche sie verlangt: Firmenrecht, Handelsregister, Gesellschaftsformen, Wechsel und Scheck und andere Wertpapierformen; vor allem schafft es ein liberales Aktienrecht, befreit von den Fesseln des Konzessionssystems. Der Bund ergänzt das OR zunächst durch die *Gesetzgebung über das sog. geistige Eigentum*, durch die ein umfassender, primär zivilrechtlicher Schutz der Rechte an Fabrik- und Handelsmarken, an Werken der Literatur und Kunst, an Mustern und Modellen sowie an Erfindungen begründet wird, eine Gesetzgebung, die in kurzer Folge den veränderten Bedürfnissen angepasst wird (Markenschutzgesetz 1879/1890, Urhebergesetz 1883/1922, Muster- und Modellschutzgesetz 1888/1900, Patentgesetz 1888/1907). Sodann findet das OR seine Ergänzung nach der sozialen Seite durch die *Haftpflichtgesetzgebung*, die das Prinzip der Haftung ohne Verschulden zu Gunsten des wirtschaftlich Schwächeren verwirklicht, und diesem Haftungsprinzip die Verkehrsunternehmungen, die Fabrikbetriebe, die Träger elektrischer Anlagen unterwirft. Auch sie verblieb noch auf dem Boden des Privatrechtes, auch wenn sie die Haftung in zwingender Weise regelte. Als «Monument der schweizerischen Freiheit» erscheint aber auch, nachdem der Bund 1898 zur Gesetzgebung in den übrigen Gebieten des Zivilrechts ermächtigt worden war, das *Schweizerische Zivilgesetzbuch* vom 10. Dezember 1907, «das Meisterstück der schweizerischen Demokratie in der gesetzgeberischen Arbeit der letzten hundert Jahre»<sup>18a</sup>. Die allgemeine und gleiche Rechtsfähigkeit aller Menschen, die persönliche Handlungsfähigkeit eines jeden, dem nicht die persönlichen Voraussetzungen dazu mangeln, die Anerkennung des Persönlichkeitsrechts, die Freiheit in der Ordnung des Grundeigentums und des Hypothekarrechts, die Freiheit des Mobiliarverkehrs – alle diese grundlegenden Prinzipien stärken und erweitern den Bereich des privaten Rechtssubjektes. Aber das ZGB will nicht nur die Freiheit des Einzelnen, es will die Freiheit um der Menschlichkeit willen

<sup>18a</sup> EGGER, Die Freiheitsidee, S. 302.

und beschränkt sie um der Solidarität der Rechtsgenossen willen<sup>19</sup>. Daher durchsetzt es, wie das revidierte Obligationenrecht von 1911, die Ordnung vieler Rechtsinstitute, die dem Wirtschaftsleben dienen, mit zwingenden Normen, um den Schutz der Persönlichkeit und der Gemeinschaft zu verwirklichen: Im Personenrecht, im Sachenrecht, bei einzelnen Vertragsarten im Obligationenrecht, wie Kauf, Miete, Pacht, vor allem aber beim Dienstvertrag und beim Versicherungsvertrag (BG über den Versicherungsvertrag von 1908). Aber für die Stellung des Individuums in unserm Privatrecht gilt noch immer der Satz Eugen Hubers: «Auf solchen Wegen erzeugt das moderne Privatrecht ein evolutioniertes Individuum, das mit grossen Fähigkeiten und grossen Ansprüchen ausgerüstet und allerdings auch unter grosse Anforderungen gestellt, im modernen Privatrecht sich bewegt, befreit von allen frühern Fesseln, sich freuend einer unbeschränkten Ausnutzung der Vorteile des Privatrechts für seine eigene Person.»

Öffentlichrechtliche Wirtschaftsfreiheit und privatrechtliche Gestaltungsfreiheit sind dem Individuum verliehen worden, um im Gebiete der Wirtschaft seine gesamten Kräfte zur Entfaltung zu bringen, und um damit eine optimale Entwicklung der Volkswirtschaft zu ermöglichen. Den Vorstellungen des im 19. Jahrhundert herrschenden Liberalismus lag es fern, daran zu denken, dass auf dem Boden dieser Freiheiten sich eine Zusammenballung *privater Wirtschaftsmacht* und damit eine Art privater Sozialisierung vollziehen könnte. Trotzdem ist diese weitgehend schon vor dem ersten Weltkrieg eingetreten<sup>20</sup>. Zunächst ist die Trägerschaft des privaten Unternehmens eine andere geworden: An Stelle der Einzelnen und der Personengesellschaften sind die Kapitalverbände, vor allem die Aktiengesellschaften, zu den wichtigsten Trägern privater Unternehmen in der Grossindustrie und im Grosshandel, im Bank- und Versicherungsgewerbe sowie im Transportwesen geworden. Diese Kapitalgesellschaften bergen eine grosse Organisationskraft in sich und sind geeignet, eine Vielzahl von Unternehmen auf höherer Stufe zusammenzufassen, in grösseren oder kleineren Konzernen, welche ganze Zweige der Volkswirtschaft durchorganisieren. Beinahe wichtiger aber ist die Durchsetzung der Wirtschaft mit privatrechtlich organisierten Selbsthilfebänden: Mit genossenschaftlichen Verbindungen, mit sozial- und wirtschaftspolitischen Kampfverbänden, mit Kartellorganisationen.

<sup>19</sup> Vgl. EGGER, Über die Rechtsethik, S. 92 ff., *derselbe*, Die Freiheitsidee, S. 307 ff.

<sup>20</sup> Vgl. EGGER, über die Rechtsethik, S. 28 ff.

Allen diesen Verbänden liegt die Absage an die Wirtschaftsfreiheit und die Abkehr vom freien Wettbewerb zu Grunde. Sie unterwerfen den Einzelnen einer starken Verbandsgewalt, die mit den Mitteln eines ausgebildeten Organisationszwanges gesichert wird. Sie beschränken faktisch die öffentlichrechtliche Wirtschaftsfreiheit, aber da der Freiheitsgrundsatz nicht für das Verhältnis der Privaten unter sich gilt, sondern nur in deren Verhältnis zum Staat, so konnte er nicht zur Bekämpfung dieser Monopolorganisationen angerufen werden<sup>21</sup>. Privatrechtlich hätte man unter Zuhilfenahme der allgemeinen Rechtsgrundsätze dem Überborden der Verbandsmacht wohl entgegentreten können, aber die bundesgerichtliche Praxis hat weitherzig die faktische Beeinträchtigung der Konkurrenzfreiheit, der Assoziationsfreiheit und der Vertragsfreiheit durch die organisierten wirtschaftlichen Kräfte sanktioniert<sup>22</sup>. Damit ist aber auf weiten Gebieten aus der freien eine gebundene, aus der individualistischen eine kollektivistische Wirtschaft geworden, bei gleichbleibender Rechtsordnung und unter dem System der wirtschaftlichen Freiheit. Das aber bedeutet, dass «der Einzelne aufgehört hat, ein freies Wirtschaftssubjekt zu sein»<sup>22a</sup>.

### III. Kollektivistisches Wirtschaftsrecht im Zeichen des Kriegswirtschafts- und Krisenrechts von 1914–1947

Ohne Änderung oder Einschränkung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes von Art. 31 BV ist die öffentlichrechtliche Wirtschaftsfreiheit seit 1914 unter dem Zwange der Not weitgehend aufgehoben worden. Schon der erste Weltkrieg zwang zur vorübergehenden stärksten Bindung der Wirtschaft: zur Kontrolle und teilweisen Zentralisierung des zwischenstaatlichen Warenverkehrs, zu Eingriffen in die Preisbildung, zur Kontingentierung und Rationierung von Lebensmitteln und Rohstoffen, zu Vorschriften über die Bewirtschaftung von Grund und Boden<sup>23</sup>. Nach dem Kriege wurde die gebundene Kriegswirtschaft langsam wieder ab-

<sup>21</sup> Vgl. FELDMANN, Kartelle, Trusts und Monopole im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit, Basel 1931, S. 134 ff.

<sup>22</sup> Vgl. HUG, Kartell- und Konzernrecht, Handbuch der schweiz. Volkswirtschaft, Bern 1939, Bd. II, S. 22 ff.

<sup>22a</sup> EGGER, Über die Rechtsethik, 36.

<sup>23</sup> Vgl. HIS, Wandlungen, S. 255–257 ff.; A. HUBER, Die Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit durch das Notverordnungsrecht des Bundes, Diss. Bern 1925.

gebaut, aber eine Reihe protektionistischer Massnahmen zu Gunsten der Landwirtschaft und notleidender Gewerbe blieben weiterhin in Kraft. Mit dem Ausbruch der Weltwirtschaftskrise sah sich der Bund erneut zu weitgehenden Eingriffen in Organisation und Ablauf der Wirtschaft gezwungen: Einführung des gebundenen Zahlungsverkehrs mit devisenschwachen Ländern, Verbot der Eröffnung oder Erweiterung von Betrieben in gewissen Wirtschaftszweigen, Schaffung einer generellen Preiskontrolle nach der Abwertung<sup>24</sup>. Schliesslich führte der zweite Weltkrieg zur bisher stärksten Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit durch eine weitgehende Wirtschaftslenkung: Zentralisierung der Einfuhr, Vorschriften über Lagerhaltung und Bewirtschaftung der Vorräte, über deren Kontingentierung und Rationierung, eingreifende Preisvorschriften, einschneidende Eingriffe in das Bodenrecht, Schaffung einer Arbeitsdienstpflicht<sup>25</sup>. Auch wenn die Massnahmen des Notrechtes dieser Periode durchaus das Gepräge gaben, so darf nicht übersehen werden, dass auch die ordentliche Gesetzgebung die staatlichen Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit erweitert hat.

Verfassungsrechtlich gibt es in dieser Periode allerdings keine Erweiterung *staatlicher Wirtschaftstätigkeit*. Die Einführung des Getreidemonopols durch den Bund ist vielmehr vom Volk 1929 abgelehnt worden. Aber die durch das Kriegswirtschaftsrecht im ersten und zweiten Weltkrieg geschaffenen Einfuhrmonopole, die teils durch staatliche Organe, teils durch kriegswirtschaftliche Syndikate ausgeübt worden sind, haben den privaten Wirtschaftsraum für die Dauer ihrer Geltung entscheidend eingeengt. Daneben aber ist festzustellen, dass Kantone und Gemeinden den Bereich ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit durch die Gründung neuer öffentlicher Unternehmen ausgedehnt haben, vor allem etwa auf dem Gebiet der Elektrizitätswirtschaft, wobei die Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen für diese öffentlichen Unternehmungen charakteristisch ist<sup>26</sup>.

Stärker als die Einschränkung des privaten Wirtschaftsraumes macht sich in dieser Periode die Beschränkung der öffentlichrechtlichen Wirtschaftsfreiheit durch *wirtschaftspolitische Vorschriften* geltend, welche das Wirtschaftssubjekt weitgehenden öffentlichrechtlichen Handlungs-

<sup>24</sup> Vgl. RENGGLI, Wirtschaftsrecht, Handbuch der Schweiz. Volkswirtschaft, Bern 1939, Bd. II, S. 554 ff.; His, Wandlungen, S. 257–260.

<sup>25</sup> Vgl. LAUTNER, System des Schweiz. Kriegswirtschaftsrechts, 2 Bde., Zürich 1942 ff.

<sup>26</sup> Vgl. HUG, Die rechtliche Organisation der öffentlichen Unternehmen, Festgabe Fleiner, Zürich 1937, S. 131 ff., 143 ff.

und Unterlassungspflichten unterwerfen. Das bundesrechtliche Verbot der Eröffnung und Erweiterung von Gasthöfen, von Betrieben des Schuhmachergewerbes, der Schuhfabrikation und des Schuhverkaufs, der Uhrenfabrikation sowie von Warenhäusern, Einheitspreis- und Filialgeschäften auferlegte jedem Rechtssubjekt eine Unterlassungspflicht hinsichtlich der Eröffnung neuer Unternehmungen und den Trägern bestehender Unternehmen die Pflicht zur Unterlassung der Eröffnung neuer oder der Erweiterung bestehender Betriebe; diese Pflicht konnte nur durch eine in einem langwierigen Verfahren erhältliche staatliche Bewilligung aufgehoben werden. Das Clearingrecht hat angeordnet, dass der Zahlungsverkehr mit devisenschwachen Ländern zentralisiert wird, und es hat zu diesem Zweck dem schweizerischen Schuldner die öffentlichrechtliche Pflicht auferlegt, seine Schuld durch Einzahlung an die Schweiz. Nationalbank zu tilgen und jede andere Tilgung zu unterlassen<sup>27</sup>. Die Vorschriften über die Preiskontrolle haben die staatliche Aufsicht über die Preisbildung eingeführt und die Möglichkeit des staatlichen Eingriffs geschaffen: das Verbot der Erhöhung bestehender Preise, die staatliche Preisfestsetzung, die Möglichkeit, private Preisabreden aufzuheben, abzuändern oder verbindlich zu erklären; dadurch wurden den Privatpersonen weitgehende Pflichten zur Unterlassung der freien Preisbildung auferlegt<sup>28</sup>. Die Vorschriften über das ländliche Bodenrecht haben den gesamten Verkehr über den bäuerlichen Boden einer öffentlichrechtlich ausgestalteten Bewilligungspflicht unterstellt<sup>28a</sup>. Ein wichtiger Zweig der Landwirtschaft, die Milchwirtschaft, ist zentralistisch in der Weise organisiert worden, dass der Bundesrat ermächtigt wurde, Aussenseitergenossenschaften an die Milchproduzentenverbände und Aussenseiterproduzenten an die Genossenschaften durch öffentlichrechtlichen Zwang anzuschliessen<sup>29</sup>.

Während diese wirtschaftspolitischen Einschränkungen der öffentlichrechtlichen Wirtschaftsfreiheit fast samt und sonders durch Notrecht geschaffen wurden und noch keine Aufnahme in das ordentliche Recht gefunden haben, hat die *Weiterführung der Sozialgesetzgebung* zu weite-

<sup>27</sup> Vgl. HUG, Das Clearingrecht und seine Einwirkung auf die vertraglichen Schuldverhältnisse, ZSR 1937 393 ff., 450 ff., 475 ff.

<sup>28</sup> Vgl. HUG, Die Preiskontrolle in der Schweiz, Zeitschrift für schweiz. Statistik und Volkswirtschaft 1938 355 ff., 371 ff., 374 ff.

<sup>28a</sup> Vgl. KAUFMANN, Das neue ländliche Bodenrecht der Schweiz, St. Gallen 1946, S. 167 ff.

<sup>29</sup> Vgl. BRUNNER, Zwangskartelle, Rechtsverhältnisse von Zwangskartellen in der Schweiz und in Deutschland, Diss. Zürich 1936, S. 40 ff., 75 ff., 96 ff., 103 ff., 110 ff., 114 ff.

ren dauernden Beschränkungen geführt. Die Arbeitszeitnovelle zum Fabrikgesetz, das Gesetz über die Beschäftigung von Jugendlichen und Frauen in den Gewerben, das Gesetz über die wöchentliche Ruhezeit und das Mindestaltergesetz haben die Arbeitsschutzgesetzgebung im Sinne einer Ausdehnung des Betriebsschutzes, des Arbeitszeit- und Ruhezeit-Schutzes und des Schutzes der Frauen und Jugendlichen ausgebaut. Das Berufsbildungsgesetz hat das Recht zur Haltung von Lehrlingen beschränkt und versucht, durch zahlreiche dem Arbeitgeber auferlegte Pflichten den Zweck der beruflichen Ausbildung sicherzustellen. Das Heimarbeitsgesetz hat in die freie Lohnbestimmung eingegriffen und die Grundlage für die staatliche Lohnfestsetzung geschaffen, eine Neuerung, die über das traditionelle Arbeitsschutzrecht weit hinaus geht. Durch die Ordnung des Arbeitsnachweises und der Arbeitslosenversicherung, durch den Aufbau der Lohn- und Verdienstersatzordnung im zweiten Weltkrieg und schliesslich durch das grosse Werk der Alters- und Hinterbliebenenversicherung hat die Sozialgesetzgebung des Bundes einen mächtigen Ausbau erfahren.

Gegenüber dieser Fülle öffentlichen Wirtschaftsrechtes tritt die Bedeutung der *privatrechtlichen Wirtschaftsgesetzgebung* wesentlich zurück, obwohl in dieser Periode eine Reihe bedeutender gesetzgeberischer Aufgaben gelöst worden sind. In der Zwischenkriegszeit ist die schon 1911 in Aussicht, aber erst nach dem Krieg in Angriff genommene *Revision des handelsrechtlichen Teils des Obligationenrechtes* durchgeführt worden. Gesellschaftsrecht und Wertpapierrecht haben eine grundlegende Neugestaltung erfahren, sind von vielen zwingenden Bestimmungen zum Schutze der beteiligten Interessen durchsetzt, aber der Geist der Revisionsarbeit entspricht durchaus unserer starken freiheitlichen Tradition; vor allem ist auch das Aktienrecht durchaus ein liberales geblieben<sup>30</sup>. Mitten im zweiten Weltkrieg sind sodann die Arbeiten über das neue Wettbewerbsrecht zum Abschluss gelangt: das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb will die Wettbewerbsfreiheit gegen Missbrauch schützen, und zwar nicht durch polizeirechtliche, sondern zivilrechtliche Mittel, so dass der Kampf gegen den unlauteren Wettbewerb primär den einzelnen überlassen bleibt<sup>31</sup>. Vor allem aber ist die arbeits-

<sup>30</sup> Vgl. EGGER, Zur Revision des schweiz. Handelsrechts, 1928, S. 9 ff.; HUG, Zur Revision des schweiz. Aktienrechts, St. Gallen 1934, S. 17 ff., 33 ff.

<sup>31</sup> Vgl. GERMANN, Unlauterer Wettbewerb, Zürich 1945, S. 359 ff.; HUG, Unlauterer Wettbewerb, Festgabe Schirmer, St. Gallen 1941, S. 119 ff., 123 ff.

rechtliche Gesetzgebung auch auf dem Gebiet des Privatrechtes stark hervorgetreten: Fabrikgesetz, Berufsbildungsgesetz und Heimarbeitsgesetz enthalten auch Vorschriften rein zivilrechtlichen Charakters; ausserdem kommt ihren Normen wie denjenigen der übrigen Arbeitsschutzgesetze vielfach der Charakter sogenannter Doppelnormen zu, d. h. sie enthalten gleichzeitig eine öffentlichrechtliche wie eine privatrechtliche Vorschrift. Privates Arbeitsvertragsrecht ist ferner für einen Berufsstand, die Handelsreisenden, geschaffen worden. Der privatrechtliche Lohnschutz, wie er in diesem Gesetz getroffen wurde, und wie er sich auch aus dem Heimarbeitsgesetz ergibt, sowie der Schutz gegen un gerechtfertigte Kündigung, wie er bezüglich des Militärdienstes für die Zeit des aktiven Dienstes geschaffen wurde und wozu sich Ansätze bereits im Fabrikgesetz finden, bilden zentrale Fragen der in Vorbereitung befindlichen Arbeitsgesetzgebung. Schliesslich hat sich der Gesamtarbeitsvertrag, den das OR in den Art. 322/23 (heute: Art. 356–358) als selbständige Rechtsquelle privaten Rechtes anerkannte, mächtig entwickelt, und durch die Bundesbeschlüsse über die Allgemeinverbindlicherklärung ist er zur allgemeinen Wirkung innerhalb eines Berufszweiges gelangt. Diese Rechtsentwicklung im Gebiete des Privatrechts stellt einen Abbau privatrechtlicher Freiheiten dar. Aber stärker als diese Vorschriften des ordentlichen Rechts, bei denen jede Beschränkung sorgfältig abgewogen wird, hat das Notrecht der Kriegs- und Krisenzeit in die Sphäre der privaten Freiheit eingegriffen. Denn die wirtschaftspolitischen Beschränkungen der öffentlichen Wirtschaftsfreiheit haben privatrechtliche Rückwirkungen, welche die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung, die Freiheit des Eigentums und der übrigen dinglichen Rechte, die Vertragsfreiheit und die Assoziationsfreiheit aufs stärkste beengen<sup>32</sup>. Zwar ist der traditionelle Bestand des Privatrechtes wenig verändert, aber sein Anwendungsgebiet ist zahlreichen Beschränkungen unterworfen worden.

<sup>32</sup> Vgl. COMMENT, Les atteintes portées au droit civil par des mesures législatives exceptionnelles, ZSR 1938 305 ff.; OFTINGER, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, ZSR 1938 583 ff.; *derselbe*, Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, SJZ 1941 225 ff., 243 ff.

#### IV. Das kommende soziale Wirtschaftsrecht

Die Abkehr der Wirtschaftsordnung vom Grundsatz der verfassungsmässigen Handels- und Gewerbefreiheit hat eine tiefe Spannung zwischen Verfassung und Rechtswirklichkeit hervorgerufen. Legalitätsidee und demokratisches Prinzip haben daher eine Anpassung des Verfassungsrechts an die neue wirtschaftliche Lage erforderlich gemacht. Diese Anpassung ist durch die während 15 Jahren vorbereitete und 1947 zum Abschluss gebrachte Revision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vollzogen worden, die nicht weniger als sieben Artikel der Bundesverfassung erfasste. Auch im neuen Verfassungsrecht bleibt der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit erhalten, und zwar nicht nur als Maxime der Gesetzgebung, sondern als gerichtlich geschütztes Individualrecht. Allerdings besteht der Rechtsschutz nach wie vor nur gegenüber den kantonalen Staatsorganen und versagt gegenüber dem Bundesgesetzgeber. Im Hinblick auf die grosse Bedeutung des Grundsatzes ist daher mit Recht die Frage aufgeworfen worden, ob nicht die staatsrechtliche Beschwerde in Zukunft für die Verteidigung dieses Individualrechts auch gegenüber den Bundesbehörden gewährt werden sollte<sup>33</sup>.

Auch wenn die Handels- und Gewerbefreiheit dem Grundsatz nach erhalten bleibt, so wird das neue verfassungsrechtliche Verhältnis von Staat und Wirtschaft durch drei Gruppen verfassungsrechtlicher Schranken gekennzeichnet. Die *erste* Gruppe von Vorschriften gibt dem Bund die Kompetenz zu wirtschaftspolitischen Eingriffen, die im Wege der ordentlichen Gesetzgebung vorzunehmen sind (Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 und 3). Sie können getroffen werden zum Zwecke der Förderung einzelner Wirtschaftszweige oder Berufe unter Wahrung der allgemeinen Interessen der schweizerischen Volkswirtschaft. Vom Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit kann dabei dann abgewichen werden, wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt, und wenn die Massnahmen getroffen werden zur Erhaltung wichtiger, in ihren Existenzgrundlagen gefährdeter Wirtschaftszweige oder Berufe, zur Förderung der beruflichen Leistungsfähigkeit der Selbständigerwerbenden, zur Erhaltung eines gesunden Bauernstandes und einer leistungsfähigen Landwirtschaft, ferner zur Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes, zum Schutze wirtschaft-

<sup>33</sup> Vgl. NEF, Der richterliche Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit, Festgabe der Schweizerischen Juristenfakultäten, Zürich 1948, S. 191 ff., 194, 200, 206.

lich bedrohter Landesteile und zur Kriegsvorsorge. Diese erste Gruppe von Vorschriften bilden die grundlegenden Normen der neuen Wirtschaftsartikel, durch die das Freiheitsrecht eine weitgehende Relativierung erfahren hat und die Wirtschaftsfreiheit zu einer beschränkten und gestalteten Freiheit geworden ist<sup>34</sup>.

Eine *zweite* Gruppe von Vorschriften hat dem Bund die Kompetenz zum weiteren Ausbau der Sozialgesetzgebung eingeräumt (Art. 34<sup>ter</sup>, 31<sup>quinquies</sup>): zum Aufbau des Berufsbildungsrechtes für alle Wirtschaftszweige und zum Ausbau des Arbeitsschutzes für alle Arbeitnehmer, zur Förderung der Betriebs- und Berufsgemeinschaft, zum Ausbau des Gesamtarbeitsvertragsrechts durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung, zur Überführung der Lohn- und Verdienstersatzordnung in das ordentliche Recht, zur Ordnung der Arbeitsvermittlung, der Arbeitslosenversicherung und -fürsorge, zur Anordnung und Durchführung von Arbeitsbeschaffungsmassnahmen.

Schliesslich enthalten die neuen Wirtschaftsartikel eine *dritte* Gruppe von Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit in der Form eines allgemeinen Vorbehaltes zu Gunsten der Kantone, nicht aber zu Gunsten des Bundes, über die Schaffung rechtlicher Monopole (Art. 31 Abs. 2). Die Bundesverfassung sanktioniert damit die bisherige Praxis der Bundesbehörden, welche rechtliche Monopole der Kantone aus wirtschaftlichen, nicht aber aus fiskalischen Gründen als zulässig erklärte. Der allgemeine Vorbehalt schliesst indessen die Gefahr in sich, dass nicht nur die bisherige Verfassungspraxis in das ordentliche Verfassungsrecht übergeführt, sondern auch weitere Bereiche der wirtschaftlichen Tätigkeit der Privatwirtschaft entwunden werden könnten<sup>35</sup>.

Die neuen Wirtschaftsartikel bilden zweifellos Grundlage und Ausgangspunkt für ein neues Wirtschaftsrecht, das noch mehr als bisher Sonderrecht einzelner Wirtschaftsgruppen sein wird. Ein neues umfassendes Agrarrecht ist im Entstehen begriffen, ein neues Gewerberecht wird folgen. Das Arbeitsrecht ist in besonders reicher Entfaltung bereits vorangegangen und wird im kommenden allgemeinen Arbeitsgesetz weitgehend eine Zusammenfassung erfahren. Durch das neue Sonderrecht soll das Streben nach wirklicher Rechtsgleichheit und nach einer in

<sup>34</sup> Vgl. GIACOMETTI, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln der Bundesverfassung, Festgabe der Schweizerischen Juristenfakultäten, Zürich 1948, S. 175 ff., 180 ff.

<sup>35</sup> Vgl. GIACOMETTI, a. a. O., S. 188/89.

die Gemeinschaft eingeordneten Freiheit seine Erfüllung finden. Es ist nicht mehr unsere Aufgabe, auf die Ausgestaltung dieses künftigen Wirtschaftsrechts im einzelnen einzutreten, das vor allem den Gedanken der wirtschaftlichen Solidarität verwirklichen soll, und das daher als kommandes soziales Wirtschaftsrecht bezeichnet werden kann. Aber auf einen grundsätzlichen Gesichtspunkt sei zum Abschluss noch hingewiesen: Der Gedanke der Solidarität darf das Prinzip der Freiheit nicht verschütten. Die Wirtschaftsfreiheit, auf öffentlichrechtlicher Grundlage und in privatrechtlicher Ausgestaltung, gehört wie andere Freiheiten zum unabdingbaren Bestandteil jeder schweizerischen Rechtsordnung. Sie beruht zutiefst auf der Überzeugung, dass der Staat um des Menschen und nicht der Mensch um des Staates willen da ist, und dass der Mensch daher den Anspruch auf einen unantastbaren Bereich der Freiheit vom Staate hat. Unserer Generation ist die Aufgabe gestellt, im Gebiete des Wirtschaftsrechts den Gedanken der Freiheit mit dem Gedanken der sozialen Bindung in Einklang zu bringen. Möge dabei über alle Interessen und Ideologien hinweg der tragende Gedanke unserer Jahrhundertelangen Geschichte bestimmend sein, dass Staat und Rechtsordnung die Aufgabe zu erfüllen haben, die Freiheit und Würde jedes Menschen zu sichern und zu schützen, damit er seine göttliche Bestimmung erfüllen kann.

## Unlauterer Wettbewerb

### I

«Es handelt sich bei der Frage der Regelung des Wettbewerbs um eine Frage, die hauptsächlich für die selbständig Erwerbenden von ausschlaggebender Bedeutung ist. Denn von der Gestaltung des Wettbewerbs hängt im wesentlichen die Existenzgrundlage der selbständig erwerbenden Bevölkerung ab. Nun liegt natürlich die Sache nicht bei allen Schichten der selbständig erwerbenden Bevölkerung gleich, wenn auch die Schärfe des Kampfes in der Industrie genau gleich ist wie im Gewerbe. Aber im Gewerbe hängen die eigentlichen Existenzfragen zusammen mit der Gestaltung des Wettbewerbs<sup>1</sup>.» Daraus wird verständlich, dass im Kampfe gegen den unlauteren Wettbewerb und in den Bestrebungen um die *gesetzliche Ordnung des Wettbewerbsrechts* der Schweizerische Gewerbeverband stets in vorderster Linie stand. Seitdem im Jahre 1908 durch Aufnahme eines Art. 34<sup>ter</sup> (geändert in der Volksabstimmung vom 6. Juli 1947) in die Bundesverfassung dem Bunde die Befugnis verliehen worden ist, «auf dem Gebiete des Gewerbes einheitliche Bestimmungen aufzustellen», hat der Schweizerische Gewerbeverband sich an der Ausarbeitung eines bundesrechtlichen Sondergesetzes über den unlauteren Wettbewerb massgeblich beteiligt<sup>2</sup>.

Allerdings war schon vor dem Jahr 1908 die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs aufgenommen worden. Die Praxis der schweizerischen Gerichte folgte unter der Führung des Bundesgerichts dem französischen Vorbild, indem sie auf Grund der allgemeinen Rechtssätze über unerlaubte Handlungen die Abgrenzung des zulässigen vom unzulässigen Wettbewerb vornahm und im Falle des unlauteren Wettbewerbs dem verletzten Konkurrenten einen Anspruch auf Schadenersatz gewährte<sup>3</sup>. Aber trotz der Entwicklung dieser gerichtlichen Praxis wurde anlässlich der Revision des Obligationenrechts von 1911 die Aufnahme einer wettbewerbsrechtlichen Sonderbestimmung in das Gesetz als notwendig er-

<sup>1</sup> SCHIRMER, StenBull NR 1935 307.

<sup>2</sup> Vgl. GERMANN, Vorarbeiten zur eidg. Gewerbegesetzgebung, Basel 1927, S. 10 ff.; Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines BG über den unlauteren Wettbewerb vom 11. Januar 1934 (zit. Botschaft), S. 2 ff.

<sup>3</sup> Vgl. zur früheren Praxis WEISS, Die Concurrence déloyale, ihr Begriff und ihre Behandlung im Civil- und Strafrecht, Basel 1894.