

Zeitschrift: Schweizer Monatshefte : Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur
Herausgeber: Gesellschaft Schweizer Monatshefte
Band: 64 (1984)
Heft: 3

Artikel: Durchbruch zur "offenen Verfassung"? : Relativierung der Grundrechte in zwei bundesrätlichen Vorlagen
Autor: Schürmann, Leo
DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-164131>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. 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. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

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. [Voir Informations légales.](#)

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. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 01.04.2025

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

Leo Schürmann

Durchbruch zur «offenen Verfassung»?

Relativierung der Grundrechte in zwei bundesrätlichen Vorlagen

Zwei bundesrätliche Vorlagen der letzten Monate geben Anlass, auf Tendenzen hinzuweisen, die auf eine Veränderung des geltenden Verfassungsverständnisses hinweisen und im Ergebnis dazu führen, dass Elemente der offenen Verfassung in die Verfassungspraxis Eingang finden.

Unlimitierte Kompetenzen zur Förderung des Pressewesens?

Im Zusatzbericht des Bundesrates vom 24. August 1983 zur parlamentarischen Initiative betreffend Presseförderung (BBl 1983 III 799) wird folgender neuer Artikel 55^{bis} Abs. 1 BV vorgeschlagen:

«Der Bund kann Massnahmen treffen für eine vielfältige und unabhängige Presse und gegen den Missbrauch von Vormachtstellungen.»

Das Thema hat seine Vorgeschichte. Im Bericht der Expertenkommission vom 1. Mai 1975 für die Revision von Art. 55 der Bundesverfassung (Kommission Huber) war auf Grund früherer Entwürfe und einlässlicher Diskussion in der Kommission – die recht repräsentativ zusammengesetzt war, auch mit Vertretern des Verfassungsrechtes – folgende Fassung für einen neuen Art. 55^{bis} BV vorgeschlagen worden:

«¹ Der Bund trifft Massnahmen zur Förderung einer vielfältigen und unabhängigen Presse.

² Soweit Förderungsmassnahmen nicht ausreichen, kann der Bund, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit, Vorschriften erlassen zum Schutz einer vielfältigen und unabhängigen Presse, namentlich zur Verhinderung von Vormachtstellungen auf dem Gebiete des Presse- und Informationswesens.»

Der Vorentwurf Schürmann vom Juli 1972, der Gegenstand der Beratungen der Expertenkommission bildete, hatte ähnlich, aber einfacher, wie folgt formuliert:

«Er (der Bund) ist befugt, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit, Vorschriften zu erlassen zur Sicherung der Unabhängigkeit der Presse, insbesondere zur Verhinderung von Vormachtstellungen auf dem Gebiete des Presse- und Informationswesens.»

Diese Texte entsprechen in allen Teilen sowohl dem geltenden Verfassungsrecht, nämlich Art. 31 Abs. 1 BV («Die Handels- und Gewerbe-

freiheit ist im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet, soweit sie nicht durch die Bundesverfassung und die auf ihr beruhende Gesetzgebung eingeschränkt ist»), als auch der seit 1947 konsequent gehandhabten Praxis.

Die nunmehr vorgeschlagene neue Version abstrahiert von der Vorgeschichte und geht über das heutige Verfassungsrecht hinweg. In der Begründung wird zwar anerkannt, dass im Bereich der Handels- und Gewerbefreiheit der Zusammenhang zwischen der neu zu schaffenden Kompetenznorm und dem Grundrecht jeweils zu prüfen sei, was auf die besondere Formulierung von Art. 31 Abs. 1 BV zurückzuführen sei, wonach «Beeinträchtigungen dieses Grundrechtes einer Grundlage in der Verfassung selbst bedürfen».

Der Bundesrat habe indes in seiner früheren Stellungnahme vom 28. Oktober 1981 zum gleichen Geschäft (BBl 1981 III 972) «geprüft, ob dieser sogenannte Sondervorbehalt auch im diskutierten Presseartikel anzubringen sei, und dies verneint». In dieser früheren Aussage – die lediglich zum Antrag führte, es sei für die weitere Beratung der (persönlichen) «Initiative Presseförderung» der Bericht der Expertenkommission für eine Mediengesamtkonzeption abzuwarten – wurde zum Verhältnis HGF und Presserecht ausgeführt (S. 976):

«Da Sondervorbehalte zur Handels- und Gewerbefreiheit nach heutiger Auffassung vorab im Zusammenhang mit wirtschaftslenkenden Massnahmen als notwendig erachtet werden, kann die besondere Erwähnung der Abweichungsmöglichkeiten hier zur falschen Vorstellung führen, die Massnahmen seien primär wirtschaftslenkender Art. Das so umschriebene Presserecht fällt deshalb gar nicht in den Bereich, der nach der Schrankenkonzeption der Handels- und Gewerbefreiheit eines Sondervorbehalts bedarf. Das Presserecht ist insofern vergleichbar mit dem Raumplanungs- oder dem Sozialversicherungsrecht. Diese Kompetenzen berühren die Handels- und Gewerbefreiheit zwar ebenfalls, aber trotzdem wird in diesen Verfassungsbestimmungen darauf verzichtet, die Möglichkeit zur Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit ausdrücklich zu erwähnen.»

Es wird also in einer eher beiläufigen Stellungnahme zu einer parlamentarischen Einzelinitiative ein Sachverhalt von grösster rechtsstaatlicher Tragweite in einem wahrhaft summarischen Verfahren auf einen völlig neuen Boden gestellt; ein vitales Problem des schweizerischen Verfassungsrechts wird verharmlost, und es wird der Anschein erweckt, mit dem Text «Massnahmen treffen gegen den Missbrauch von Vormachtstellungen im Pressewesen» seien sowohl die Befugnis zum Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit als auch deren Ausmass wie auch der Inhalt der Massnahmen und deren Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit rechtsgenügend abgewandelt und abgedeckt.

Es versteckt sich dahinter ganz eindeutig eine Auffassung, die den

Grundrechten einen anderen Stellenwert verschaffen will, als sie dem schweizerischen Staatsrecht eigentümlich ist, nämlich diejenige des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland, die lediglich den Wesensgehalt der Grundrechte kennt und die Ausgestaltung ganz und gar dem Gesetzgeber überlässt, eine Auffassung, die bekanntlich auch dem Entwurf für eine Totalrevision der Bundesverfassung zugrundeliegt und auf heftige Opposition stösst. Diese Schicksalsfrage unseres Staatsrechts ist bei weitem noch nicht entschieden und wird in der weiteren Diskussion der Totalrevisionsvorlage noch nachhaltig zu erörtern sein.

Im Zusatzbericht des Bundesrates vom 24. August 1983 zur Presseförderung findet sich – unseres Wissens erstmals – ein Niederschlag der Doktrin der offenen Verfassung in einem konkreten Vorschlag für die Redaktion eines Verfassungsartikels. Man geht über den Wortlaut des Art. 31 Abs. 1 BV hinweg, erklärt eine jahrzehntelange Entwicklung für obsolet und glaubt damit, ganze Bibliotheken zu Makulatur erklären zu können.

In der Begründung des zitierten Berichtes der Expertenkommission Huber ist in einwandfreier Art dargelegt, dass Massnahmen auf dem Gebiete des Presserechtes und der Presseförderung ihre Grenzen dort finden, wo die Handels- und Gewerbefreiheit tangiert wird.

Der Kartellartikel der Bundesverfassung ist in das System der zulässigen Abweichungen von der HGF integriert (Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d), und dies mit guten Gründen. Auch das Kartellrecht soll die Grenzen der Vertragsfreiheit im privatrechtlichen und der HGF im öffentlichrechtlichen Bereich soweit respektieren, als nicht ausdrücklich auf Verfassungsebene Einschränkungen zugelassen sind, wie das jene Vorschrift unmissverständlich besagt: «Soweit das Gesamtinteresse es rechtfertigt, ist der Bund befugt, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit, Vorschriften zu erlassen ..., gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen.» Für einen Verfassungsartikel, der die Presseförderung zum Gegenstand hat, gilt das gleiche. Massnahmen, die über die Presseförderung hinausgehen, könnten eine vollständige Umwälzung des Medienwesens zur Folge haben, und die Hand des Gesetzgebers könnte ein Szenario bewirken, das vom heutigen völlig verschieden wäre, wenn nicht das Verhältnismässigkeitsprinzip einerseits und das Grundrecht der HGF andererseits als Schranken zu beachten wären.

Über Förderungsmassnahmen hinausgehende Vorkehren im Pressewesen sind notwendigerweise wirtschaftslenkender Art; insbesondere sollen sie marktstarke Stellungen verhindern und die Öffnung von Zeitungsmonopolen, hauptsächlich regionaler Art, erzwingen. Da liegt ein unmittelbarer Zusammenhang zur unternehmerischen Freiheit der Verleger vor.

Diese Freiheit unlimitiert zu beschränken mit der Begründung, es gelte, die Meinungsvielfalt zu gewährleisten, stellt die HGF in den Dienst der Meinungsäusserungsfreiheit, was verfassungsrechtlich zwar möglich, jedoch in der Verfassung selbst zu fixieren ist, indem eben die Abweichung von der HGF an die üblichen Kriterien gebunden wird.

Der Vergleich mit der Raumplanung hinkt schon deswegen, weil die Kompetenzen des Art. 22^{quater} BV (Raumplanung) strikte an den Vorbehalt der Eigentumsgarantie und der Entschädigungspflicht des Staates im Falle enteignungsähnlicher Eigentumsbeschränkungen gebunden sind, wie sie Art. 22^{ter} BV (Eigentumsgarantie) umschreibt. Zudem setzt das Raumplanungsrecht, gleich wie das Umweltschutzrecht oder die Sozialversicherung, auch das Steuerrecht, für die gesamte Wirtschaftstätigkeit geltende generelle Rahmenbedingungen, die keine Beschränkung der HGF involvieren, wie sie in Art. 31 Abs. 1 BV angesprochen sind. Davon ist im heutigen Vorschlag des Bundesrates keine Rede mehr; der Bund soll schlechthin «gegen den Missbrauch von Vormachtstellungen» im Pressewesen legiferieren dürfen. Würde eine solche Bestimmung rechtens, wäre der Schritt in die offene Verfassung endgültig getan, weil es einzig in der Zuständigkeit des Gesetzgebers läge, wie das zu geschehen habe.

Koordinierte Verkehrspolitik und Handels- und Gewerbefreiheit

Ein ähnlicher Vorgang spielt sich im Rahmen der Neuschaffung von Grundlagen für eine koordinierte Verkehrspolitik ab, wie sie in der Botschaft des Bundesrates vom 20. Dezember 1982 (BB1 1983 I 941) instruiert wird.

In einem neuen Art. 36^{ter} soll der Bund u. a. die Kompetenz erhalten, «im Rahmen seiner verfassungsmässigen Befugnisse den Verkehr zu Land, zu Wasser und in der Luft» zu koordinieren. Sodann heisst es: «Wenn das Gesamtinteresse es verlangt, kann er auf dem Wege der Gesetzgebung Massnahmen treffen, um die Strassen vom Güterfernverkehr zu entlasten» (Abs. 1).

Es ist offensichtlich, dass die letztere Kompetenz – die als solche nicht bestritten werden soll, weil sie grosso modo der Gesamtverkehrskonzeptionsvorlage entspricht – Eingriffe in die Handels- und Gewerbefreiheit involviert. Die Strassen stehen nach ihrem Zweck dem Verkehr offen, auch dem Güterfernverkehr. Soweit hierbei Beschränkungen ins Auge gefasst werden, geschieht das teils aus polizeilichen Gründen, hauptsächlich aber aus Gründen der Ökonomie und des Umweltschutzes; auch die Wettbewerbssituation gegenüber dem öffentlichen Verkehr ist einschlägig. Werden die Strassen von gewissen Verkehrsarten entlastet, heisst das, dass der freie Transport auf diesen Strassen für einzelne Transportleistungen – die

als solche unter die Handels- und Gewerbefreiheit fallen – eingeschränkt werden kann. Dieser Zusammenhang muss – nach der verbindlichen Vorschrift des mehrfach zitierten Art. 31 Abs. 1 BV – in der entsprechenden neuen Verfassungsbestimmung ihren Niederschlag finden. Das Gesamtinteresse allein genügt nicht als Kriterium; es ist als solches zutreffend in Art. 31^{bis} Abs. 3 ebenfalls genannt, wird aber dort – wiederum richtigerweise und systemgerecht – mit dem Hinweis verstärkt, dass von der HGF nur «nötigenfalls» abgewichen werden dürfe. Es ist daher unerlässlich, einen gleichen Bezug auch beim neuen Art. 31^{ter} anzubringen, nämlich so, dass zum Ausdruck gebracht wird, der Bund könne, wenn das Gesamtinteresse es verlangt, auf dem Wege der Gesetzgebung, nötigenfalls in Abweichung von der HGF, Massnahmen treffen, um die Strassen vom Güterfernverkehr zu entlasten.

Mit einem solchen Zusatz ist die Kohärenz des Verfassungssystems gewahrt, dem für die Wirtschaftsverfassung grundlegenden Art. 31 Abs. 1 BV ist Nachachtung verschafft, und der Gesetzgebung sind in verbindlicher Art die Grenzen aufgezeigt, innerhalb welcher sie sich zu bewegen hat. Dass es Sache des Parlamentes ist, für die Verfassungsmässigkeit seiner Gesetzgebung zu sorgen und dass hierin eine beträchtliche Marge liegt, ist bekannt und in Kauf zu nehmen.

Die Botschaft zur koordinierten Verkehrspolitik ist, was das Verhältnis der Verkehrsmonopole des Bundes, insbesondere des Postregals (Art. 36 BV), zur HGF anbetrifft, sorgfältiger abgefasst als diejenige zu einem Presseförderungsartikel. So wird anerkannt (S. 1022), dass der Gütertransport auf den Strassen unter dem Schutz der HGF steht und dass Art. 36 BV dem Bund keine Handhabe zur Einführung eines Güterverkehrsmonopols bietet, das über die herkömmliche Paketbeförderung hinausgehen würde. Man gibt sich Rechenschaft, dass die neue Verfassungsnorm dem Bund erlauben sollte, «wenn nötig auch in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit Massnahmen zur Beeinflussung des Güterfernverkehrs auf den Strassen vorzusehen» (S. 1023), meint aber, dass der Hinweis auf das Gesamtinteresse im vorgeschlagenen Art. 36^{ter} Abs. 1 BV genüge, zumal er – angeblich – weniger weit gehe («wenn das Gesamtinteresse es verlangt») als der Vorbehalt in Art. 31^{bis} Abs. 3 BV («wenn es das Gesamtinteresse rechtfertigt») und die Zweckumschreibung «um die Strassen vom Güterfernverkehr zu entlasten» eine zusätzliche Einschränkung beinhalte, womit «rein protektionistische Massnahmen zugunsten eines anderen Verkehrsträgers ausgeschlossen» seien. Beide Begründungen sind anfechtbar und genügen jedenfalls nicht, um den Schluss zu ziehen: «Wenn eine Massnahme derart präzise umschrieben ist, erübrigt sich gemäss geltender Verfassungsgebung ein ausdrücklicher Hinweis auf die Kompetenz zur Ab-

weichung von der Handels- und Gewerbefreiheit» (Botschaft S. 1023). Die unbefangene Lektüre des in Frage stehenden Satzes («Wenn das Gesamtinteresse es verlangt, kann er auf dem Wege der Gesetzgebung Massnahmen treffen, um die Strassen vom Güterfernverkehr zu entlasten») lässt mitnichten den Schluss zu, es sei damit auch die Befugnis erteilt, von der HGF abzuweichen. Man kann füglich die Auffassung vertreten, es seien damit verkehrspolizeiliche Massnahmen, wie die zeitweise oder dauernde Sperrung einzelner Strassenstrecken für den Güterverkehr aus Lärmschutz- oder Verkehrssicherheitsgründen ins Auge gefasst. Tatsächlich aber strebt man – was sich vertreten lässt – eine Verkehrsteilung an. Das macht einen Bezug zur HGF unabdingbar.

Der Vergleich mit dem Getreideartikel 23^{bis} BV oder mit Art. 31^{ter} BV zieht nicht: In beiden Vorschriften ist die Befugnis zur Abweichung von der HGF mit Händen zu greifen, weil die Voraussetzungen für die Interventionen und die zulässigen Massnahmen bis in alle Einzelheiten umschrieben werden (Pflicht des Bundes zur Vorratsbildung; Verpflichtung der Müller, Brotgetreide zu lagern und vom Bunde zu übernehmen; Erhaltung des Müllereigewerbes durch staatliche Massnahmen; Einfuhrmonopol des Bundes für Backmehl usw.; Befugnis der Kantone, die Führung der Gastwirtschaftsbetriebe von der persönlichen Befähigung und die Zahl gleichartiger Betriebe vom Bedürfnis abhängig zu machen, «sofern dieses Gewerbe durch übermässige Konkurrenz in seiner Existenz bedroht ist» [Art. 31^{ter} Abs. 1 BV]).

Die Vorschrift hat daher zu lauten: «Wenn das Gesamtinteresse es verlangt, kann er (der Bund) auf dem Wege der Gesetzgebung, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit, Massnahmen treffen, um die Strassen vom Güterfernverkehr zu entlasten.»

Die ständerätliche Kommission stellt erfreulicherweise in diesem Sinne Antrag.

Verwischte Grenzen

Die beiden Beispiele sind für unsere gegenwärtige Verfassungsdiskussion in mancher Hinsicht aufschlussreich. Die Grenzen zwischen Staat und Wirtschaft werden verwischt, und es wird offen oder verschleiert versucht, auf dem Interpretationsweg den Durchbruch zur offenen Verfassung zu erzielen, im Falle der Verkehrsartikel durch Verharmlosung, im Falle der Pressefreiheit recht unverhüllt. Dass wir keine Verfassungsgerichtsbarkeit im eigentlichen Sinne kennen, dispensiert uns nicht davon, das geltende Recht gewissenhaft zu beachten. Im Gegenteil geniesst dieses Recht eine um so höhere Würde, als es in jedem einzelnen Falle der oft hart erkämpften Zustimmung von Volk und Ständen bedurfte.