

## Die Unfreiheitsvermutung

Das Bundesgericht fällte jüngst ein Urteil, das die Organisation von Anwaltskanzleien als Aktiengesellschaften zulässt (vgl. BGE 138 II 440 = ZBl 113/2012, S. 657 ff., mit Bemerkungen). Das höchste Gericht widerspricht in diesem Entscheid der st. gallischen Anwaltskammer, die erklärt hatte, dass der Gesetzgeber alle wesentlichen Belange der Anwaltstätigkeit regeln müsse und neue Organisationsformen erst zulässig seien, wenn entsprechende gesetzliche Bestimmungen vorlägen. Das den Kammerentscheid schützende Kantonsgericht St. Gallen übersehe, dass die Anwaltstätigkeit den Schutz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV geniesse «und sie deshalb grundsätzlich erlaubt ist, soweit sie nicht durch eine gesetzliche Regelung eingeschränkt wird, die den Anforderungen von Art. 36 BV genügt» (E. 16). Die entscheidende Rechtsfrage ist nach Auffassung des Bundesgerichts, ob klare gesetzliche Normen die Anwaltskörperschaft aus Gründen des öffentlichen Interesses verbieten und nicht etwa, ob gesetzliche Normen sie gestatten.

Die Rechtsauffassung der Anwaltskammer und des Kantonsgerichts ist für die heutige Zeit symptomatisch. Der Staat hat eine allseitige Garantienstellung erreicht, die ein Denken und Handeln ohne Staat geradezu verunmöglicht. Das öffentliche Wirtschaftsrecht ist dafür anfällig. Sind doch Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit nicht nur dann zulässig, wenn die Voraussetzungen des Art. 36 und 94 Abs. 1 BV zutreffen. Art. 94 Abs. 4 BV ermöglicht in gewissen Sachgebieten dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit widersprechende (früher «wirtschaftspolitische») Beschränkungen. Die Situation bei der Wirtschaftsfreiheit ist speziell. Zaccaria Giacometti wies 1947 nach Annahme der neuen Wirtschaftsartikel darauf hin: «Die Tragweite dieser systemwidrigen Schranken der Handels- und Gewerbefreiheit lässt sich am besten erkennen, wenn man die genannten Schranken mit systemwidrigen Eingriffen in andere Freiheitsrechte vergleicht. Die Wirtschaftsfreiheit ist auf Grund des Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 3 BV 1874 nur noch ungefähr in dem Sinne gewährleistet, wie wenn es die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Pressfreiheit und die Vereinsfreiheit in dem Falle wären, dass sie lediglich unter dem Vorbehalt der Dogmen einer bestimmten Kirche bzw. der allgemeinen Vorzensur oder des Verbotes der politischen Parteien garantiert würden» (Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 290). Die übrige Lehre und das Bundesgericht (vgl. BGE 97 I 499 E. 4c S. 506, Griessen) realisierten erst Jahrzehnte später, dass der Interventionsstaat damit eingerichtet war und es sich bei Art. 31 Abs. 1 BV 1874 weniger um ein Freiheitsrecht als eher um einen Programmsatz handelte. Immerhin blieb zum Schutz der Freiheit der wichtige Grundsatz der Gesetzmässigkeit bestehen: Jede Freiheitsbeschränkung bedarf einer gesetzlichen Grundlage.

Die Anwaltskammer und das Kantonsgericht vertraten einen reichlich etatistischen Ansatz, den die Altkommunisten sowjetischer Herkunft liebten. Im Verfassungsrecht der kommunistischen Staaten war der Grundsatz der St. Galler Anwaltskammer und des Kantonsgerichts einer der obersten Sätze zur Rechts-

stellung der Bürger im Staat: «Alles, was nicht ausdrücklich erlaubt ist, ist verboten» (vgl. Jean-Paul Picaper, *DDR – Bild im Wandel*, Berlin 1982, S. 273). Er widerspricht dem umgekehrten Satz in den westlichen und an der Freiheit orientierten Staaten. Wäre das ein singuläres Ereignis, so verdiente es keine Rede. Der Fall offenbart aber ein etatistisches Denken, das sich immer mehr ausbreitet. Jeder Atemzug ohne den Segen des Staates ist unerwünscht, ja eben sogar verboten. Es ist wohltuend, dass das Bundesgericht dieser Denkweise einen Riegel geschoben hat.

Darin liegt eine grundlegende Abkehr von den einst liberalen Wurzeln des schweizerischen Verfassungsrechts, die seinerzeit die Zürcher Professoren Fritz Fleiner und Zaccaria Giacometti wissenschaftlich zur Blüte gebracht haben. Nach liberaler Auffassung gibt es keine einfachere Antwort auf die Frage nach dem sachlichen Schutzbereich der Grundrechte als diejenige von Fritz Fleiner: Danach spricht «im Rechtsstaat die Vermutung für die Freiheit des Individuums von staatlichem Zwang (...). In diesem Sinne enthält der Satz «was nicht verboten ist, ist erlaubt» eine Rechtswahrheit. Sie ist niedergelegt in den Vorschriften der Verfassungsurkunden (...), welche Freiheit und Eigentum der Bürger ausdrücklich garantieren» (*Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8. Aufl., Tübingen 1928, S. 389). Zaccaria Giacometti spitzte später die Aussage von Fleiner noch zu. Er hob die aufgrund des Gesetzmässigkeitsprinzips bestehende Freiheitsvermutung auf Verfassungsrang, indem er die Anerkennung einer ungeschriebenen, allgemeinen Freiheitsgarantie als eines ungeschriebenen Rechts der Bundesverfassung forderte (vgl. *Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit*, ZSR 74 I [1955], S. 149 ff.). Giacomettis Haltung beruht auf seiner staatsphilosophischen Position. Er vertrat letztlich eine kantische Staatstheorie, welche die Freiheit sozusagen als Denkvoraussetzung einer jeden Staatsphilosophie verstand. Viele Staatsrechtler teilten die Auffassung von Giacometti.

Das Bundesgericht hatte im Urteil vom 16. Juli 1920 die liberale Wirkungsweise des Gesetzmässigkeitsprinzips so dargelegt: «Enthält das Verwaltungsrecht keine Beschränkung der individuellen Betätigung, so besteht eben Freiheit» (BGE 46 I 211 E. 2 S. 215). In dieser klaren Form hat es sich mit einer Ausnahme nie mehr geäußert. In einem Straffall hielt es 1980 fest: «In der Schweiz gilt, dass gestattet ist, was nicht ausdrücklich verboten wurde. Im Zweifel ist ein Verbot zu verneinen, nicht umgekehrt» (BGE 106 IV 138 E. 6 S. 141). Diesen Gedanken bezog das Bundesgericht 1971 auf das Eigentum allein: «Im Zweifel ist eben das Eigentum frei» (BGE 97 I 353 E. 1 S. 355). Seither sind derartige klare Äusserungen unterblieben. Das eingangs erwähnte Urteil vom 7. September 2012 ist eine willkommene Erneuerung dieser grundlegenden Rechtswahrheit. Nachdem das Bundesgericht den liberalen Gehalt des Gesetzmässigkeitsprinzips herausgestellt hat, ist es auch an der Lehre, diesen wichtigen Zusammenhang wieder aufzunehmen und jene, die bisweilen selbstherrlich den Etatismus vertreten, in die Schranken zu weisen.

*Andreas Kley* (Professor an der Universität Zürich)