

## „Implied powers“ in bundesstaatlichen Verfassungen des britischen Commonwealth

Geoffrey Sawer \*)

In der deutschen Rechtslehre ist der *locus classicus* zu diesem Problem die ausgezeichnete Abhandlung Heinrich Triepels »Die Kompetenzen des Bundesstaats und die geschriebene Verfassung«<sup>1)</sup>. Wie auch spätere deutsche Autoren<sup>2)</sup>, die sich mit diesem Fragenkreis befaßten, griff Triepel für seine Beispiele hauptsächlich auf die Verfassungsrechtslehre in den Vereinigten Staaten zurück. Das war sachgemäß, denn die Vereinigten Staaten sind der mächtigste Bundesstaat der modernen Welt, und die Theorien der *implied* und *resulting powers* haben dort eine besonders wichtige Rolle in der verfassungsrechtlichen Entwicklung gespielt. Indes dürfte sich das Problem noch schärfer erfassen lassen, wenn man auch der Rolle Beachtung schenkt, die die *implied powers* im englischen Recht spielen, und zwar sowohl im Ursprungsland dieses Rechts als auch in dem weiteren Bereich der vom englischen Recht beeinflussten Verfassungen des Britischen Commonwealth, zumal in dessen bundesstaatlichen Gliedern.

Schon Triepel erwähnt<sup>3)</sup> die Feststellung Madisons:

“No axiom is more clearly established in law, or in reason, than that wherever the end is required, the means are authorized; wherever a general power to do a thing is given, every particular power necessary for doing it is included”<sup>4)</sup>.

Madison mag eine solche Doktrin in einer rechtswissenschaftlichen Abhandlung kontinentaler Herkunft erwähnt gefunden haben; viel wahrscheinlicher ist, daß er mit dem *law*, auf das er seine Feststellung bezieht, das englische *common law* meint. Zur gleichen Zeit, als man es in den Vereinigten Staa-

\*) Professor of Law at the Australian National University Canberra, 1959 Gastprofessor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

<sup>1)</sup> In Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband (1908), Bd. 2, S. 249.

<sup>2)</sup> Vor allem Hans Kruse, Archiv des Völkerrechts Bd. 4 (1953/54), S. 169; Erich Küchenhoff, Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 82 (1957), S. 413.

<sup>3)</sup> Laband-Festgabe, a. a. O., S. 264.

<sup>4)</sup> The Federalist (Oxford) Nr. 44, S. 231.

ten näher entwickelte, wurde das Madisonsche Axiom im öffentlichen Recht Englands angewandt, zuweilen unabhängig von den amerikanischen Erfahrungen, zuweilen im Hinblick auf die dortige Diskussion und Praxis.

Im folgenden wird diese englische Erfahrung in fünf Abschnitten behandelt: zunächst die Entwicklung im *common law*; sodann einige Doktrinen des Judicial Committee des Privy Council, die die Verfassungen britischer Kolonien betrafen; anschließend die Rechtslage in Kanada, Indien, Pakistan und Australien; endlich einige theoretische Erwägungen, die sich aus einem Vergleich mit der deutschen Diskussion ergeben.

### *Die Entwicklung im Common Law*

Lord Chief Justice Coke (1552–1634) hat das englische *common law* in seinen mit Erläuterungen versehenen „Reports“ und „Institutes“ neu formuliert, wobei er drei lateinische Maximen, die eine Lehre von den *necessarily implied powers* enthalten, entweder selbst prägte oder aus früheren Quellen, die er nicht angibt, übernahm<sup>5)</sup>. Sie lauten: *Cuicumque aliquis quid concedit concedere videtur et id sine quo res ipsa esse non potuit*<sup>6)</sup>; *quando aliquid mandatur mandatur et omne per quod pervenitur ad illud*<sup>7)</sup>; *quando lex aliquid alicui concedit conceditur et id sine quo res ipsa esse non potest*<sup>8)</sup>. Der dritte Satz ist offensichtlich nur eine Abwandlung des ersten.

Viele der Beispiele, die Coke anführt, stammen aus dem Bereich des Privatrechts, wie etwa die stillschweigend eingeschlossene Gewährung von Wegerechten bei der Übertragung von Grundstückseigentum oder von Bodenfrüchten, oder auch um die Erfüllung von Herstellungspflichten, etwa bei einer Brücke, zu erleichtern.

Eine ganze Anzahl seiner Beispiele aber betreffen einen Bereich, den wir heutzutage dem öffentlichen Recht zurechnen würden. So erörtert er einen vor *Wray, C. J.*, ausgetragenen Fall, in dem die Stadt London mit Erfolg die Kompetenz für sich in Anspruch nahm, eine Satzung zu erlassen, durch die alle Händler, auch ausländische, verpflichtet wurden, ihre Tuche einer Qualitätsprüfung durch die städtischen Behörden zu unterziehen, und als in diese Kompetenz eingeschlossen das Recht, Geldstrafen bei einschlägi-

<sup>5)</sup> Keine der englischen Maximensammlungen schreibt sie einer früheren Quelle als Coke zu; vgl. auch *Plucknett, Concise History of the Common Law*, 5. Aufl., S. 281 ff.; *Maxwell (Statutes)*, 10. Aufl., S. 361) jedoch führt folgende Stelle aus *Dig. II 1, 2 an: »Cui iurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potuit«.*

<sup>6)</sup> 11 Co. Rep., S. 52.

<sup>7)</sup> 5 Rep., S. 115 b.

<sup>8)</sup> 12 Rep., S. 131.

gen Verstößen zu verhängen<sup>9)</sup>. In ähnlicher Weise bezeichnet er verschiedene Befugnisse der Sheriffs und der Friedensrichter als abgeleitet aus (*implied from*) anderen Befugnissen, die durch *common law* oder ein Statut verliehen worden waren<sup>10)</sup>. Heute pflegen wir solche Fälle vorsichtiger zu prüfen, als Coke es tat, der unbekümmert und weitschweifig schrieb und nicht klar unterschied, ob eine Befugnis durch bloße Auslegung einer ausdrücklichen Ermächtigung mit Hilfe der gewöhnlichen Auslegungsregeln hergeleitet werden kann oder ob sie als auf der Grenze oder außerhalb des Bereichs der Ermächtigung liegend anzusehen ist, so daß sie nur im Wege der *implication* darin eingeschlossen werden könnte, eine Methode, für die in den Vereinigten Staaten Chief Justice Marshall eintrat. Nichtsdestoweniger fußen seine Maximen auf dem Grundsatz einer solchen Unterscheidung. Zudem war diese These deshalb so bedeutsam, weil man bei der Auslegung von rechtlichen Bestimmungen vielfach dazu neigte, Ermächtigungen möglichst eng zu fassen, um so Ansprüche der Krone einzuschränken oder um Verletzungen der Individualgrundrechte zu verhindern und sogar, um die Allgewalt des Parlaments einzuengen<sup>11)</sup>.

Die Werke Cokes bildeten die Grundlage, auf der die juristische Ausbildung in England wie auch in Amerika fußte, bis Blackstone's (1723–1780) «Commentaries» gebräuchlich wurden, die flüssiger geschrieben, bündig und besser gegliedert waren. Blackstone stützte sich weitgehend auf Coke, doch verwendet er lateinische Maximen etwas bedächtiger; ich bin in den Commentaries auf keine der hier in Rede stehenden gestoßen. Aber der Begriff der *necessary implication* taucht mehrmals auf, so, wenn er die Wegerechte behandelt<sup>12)</sup> oder die Befugnisse, die aus der Gründung einer juristischen Person abzuleiten sind<sup>13)</sup>, ein Gegenstand, der auf der Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht liegt.

### *Der Privy Council und die kolonialen Verfassungen*

Die frühen britischen Kolonialverfassungen verliehen den örtlichen gesetzgebenden Körperschaften in breiten, allgemein gehaltenen Wendungen legislative Befugnisse, wobei lediglich gewisse Sachbereiche der Krone oder dem souveränen Parlament in London vorbehalten blieben. Daher tauchten Fragen nach der Gültigkeit der Kolonialgesetzgebung kaum auf. Zwei Fragen indes kamen vor dem Judicial Committee des Privy Council im Zusam-

<sup>9)</sup> 5 Co. Rep., S. 63 a.

<sup>10)</sup> Ebenda, S. 115 b.

<sup>11)</sup> Co. Institutes, Vol. 4, S. 332.

<sup>12)</sup> Commentaries bk. 11, ch. 3, sec. IV.

<sup>13)</sup> A. a. O. bk. 1, ch. 18, sec. II.

menhang mit verschiedenen Fällen zur Sprache und wurden unter dem Gesichtspunkt der *implied powers* erörtert.

Die eine war die Frage der Strafgewalt der kolonialen Gesetzgebungskörperschaften über *contempt*-Delikte, seien sie innerhalb oder außerhalb des Bereichs des Parlamentsgebäudes begangen. Im Jahr 1836 entschied der Privy Council, daß die kolonialen Legislativen teilhätten an der sehr ausgedehnten Strafgewalt des Westminster-Parlaments über *contempt*-Delikte<sup>14)</sup>. Diese Rechtsprechung gab er jedoch im Jahr 1841 auf mit der Begründung, die kolonialen Legislativen trügen weder in der Theorie noch in ihrer tatsächlichen Ausgestaltung den Charakter eines Gerichts wie das britische Parlament und hätten daher auch nicht die Strafgewalt des Unterhauses und des Oberhauses. Stattdessen besäßen sie nur solche Befugnisse, die sachnotwendig impliziert werden müßten, um sie zur Erfüllung ihrer Funktionen zu befähigen; diese Befugnisse seien darauf beschränkt, ungebührige Mitglieder für eine angemessene Zeitspanne zu suspendieren und sie oder Zuschauer, die sich nicht gehörig benähmen, aus dem Bannbereich des Parlaments auszuweisen, doch erstreckten sie sich nicht darauf, Mitglieder aus der gesetzgebenden Körperschaft auszustoßen; die Strafgewalt könne auch nur auf ungehöriges Verhalten innerhalb des Parlamentsgebäudes angewendet werden<sup>15)</sup>. In dieser Hinsicht nahm der Privy Council zum implizierten Gehalt der Strafgewalt eine strengere Haltung ein als der Supreme Court der Vereinigten Staaten zu den entsprechenden Befugnissen der Häuser des Kongresses<sup>16)</sup>.

In der zweiten Frage vertrat der Privy Council eine großzügigere Auffassung. Es handelte sich um das Problem der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen. Im Jahre 1878<sup>17)</sup> entschied der Privy Council, daß den gesetzgebenden Körperschaften in Indien Delegationsgewalt zukäme, weil in einem modernen Staat diese Befugnis in der Gesetzgebungsgewalt, solle diese effektiv ausgeübt werden, notwendigerweise enthalten sei (*necessarily incidental*). Im Jahr 1883<sup>18)</sup> wurde diese Doktrin auch auf Kanada und seither auch im übrigen Commonwealth angewandt<sup>19)</sup>.

Diese Entscheidungen weisen die Ansicht zurück, die Gesetzgebungsorgane in den Kolonien und im Commonwealth seien als Delegatäre des Empire-

<sup>14)</sup> *Beamont v. Barret*, 1 Moo. P.C. 59.

<sup>15)</sup> *Kielley v. Carson*, 4 Moo. P.C. 63; *Doyle v. Falconer* (1866), L.R. 1 P.C. 328; *Barton v. Taylor*, (1866) 11, A.C. 197.

<sup>16)</sup> *Anderson v. Durm*, (1821) Wheat. 204.

<sup>17)</sup> *Reg. v. Burah*, 3 A.C. 889.

<sup>18)</sup> *Hodge v. Reg.*, 9 A.C. 117.

<sup>19)</sup> Vgl. für Australien: *Victorian Stevedoring etc. Co. Pty. Ltd v. Dignan*, (1931) 46 C.L.R. 73.

Parlaments anzusehen, so daß sie in den Anwendungsbereich des Satzes *delegatus delegare non potest* fielen. Die Entscheidung in dem grundlegenden Fall ruht vielmehr hauptsächlich auf der Doktrin der *necessary implication*, die auf die Eigenart und Praxis der heutigen Legislativen, einschließlich des Mutterparlaments, abstellt. In den Vereinigten Staaten ging die Auffassung zu dieser Frage anfänglich dahin, die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen sei untersagt, wobei der Gesetzgeber lediglich als Delegatar des Volkes betrachtet wurde; die praktischen Notwendigkeiten jedoch zwangen dazu, diese Lehre beträchtlich aufzulockern<sup>20)</sup>. Man kann hieraus ersehen, daß sich die Unterschiede in der Doktrin zum Teil aus dem Fehlen jedweder grundlegenden Theorie der Volkssouveränität im Commonwealth erklären. Hinzu kommt, daß man im England des späten 19. Jahrhunderts wohl weniger mißtrauisch gegenüber dem Gesetzgeber und daher leichter bereit war, Rechtsetzungsbefugnisse zu delegieren.

Es erscheint angebracht, hier ein drittes Problem zu erwähnen, das in die Zeit des »kolonialen« wie des »Dominion-Status« in der Geschichte des Commonwealth fiel, und zwar die Frage der extraterritorialen Gesetzgebung. Grundthese war, daß den Kolonien und Dominien Gesetzgebungsgewalt lediglich innerhalb ihres jeweiligen Gebietes zukäme<sup>21)</sup>; im Jahre 1906<sup>22)</sup> aber entschied der Privy Council, daß Ausnahmen von diesem Grundsatz dann zulässig seien, wenn zur wirksamen Ausübung einer besonderen Befugnis ein Tätigwerden außerhalb des eigenen Gebiets erforderlich werde, wie etwa bei der Deportation von Ausländern oder bei der Durchsuchung und Beschlagnahme von Schiffsladungen nach den Zollgesetzen<sup>23)</sup>. Das Westminster-Statut vom Jahre 1931 verlieh in seinem Abschnitt 3 den heutigen Mitgliedern des Commonwealth ausdrücklich die Befugnis, Gesetze mit extraterritorialer Wirkung zu erlassen; aber die frühere Doktrin der *necessary implication* kann immer noch für jene Gebiete bedeutsam werden, auf die das Statut keine Anwendung findet, wie das für die australischen Staaten der Fall ist<sup>24)</sup>.

### Kanada

Der British North America Act von 1867 nahm eine Kompetenzverteilung zwischen dem Zentralparlament und den Provinzparlamenten vor, nach der es den Anschein hatte, daß Probleme der *implied powers* nicht sehr

<sup>20)</sup> Cushman, *Cases in Constitutional Law*, S. 103 ff.

<sup>21)</sup> *Macleod v. A.G.*, (N.S.W.) (1891) A.C. 455.

<sup>22)</sup> *A.G. v. Cain*, (1906) A.C. 542.

<sup>23)</sup> *Croft v. Dunphy*, (1933) A.C. 156.

<sup>24)</sup> Das Statut gilt in Australien nur hinsichtlich der Bundeskompetenzen.

zahlreich oder sehr bedeutsam werden würden. Abschnitt 91 legt die ausschließlichen Kompetenzen des Bundes (Dominion) fest, Abschnitt 92 die ausschließlichen Kompetenzen der Provinzen <sup>25)</sup>; beide Listen sind sorgsam ausgearbeitet, in der Absicht, alle denkbaren Gegenstände der Gesetzgebung erschöpfend zu regeln; es gibt keine ausdrückliche Bestimmung über konkurrierende Zuständigkeiten und ebenfalls keine ausdrückliche Vorschrift über *incidental powers*, wie sie etwa die Verfassung der Vereinigten Staaten in Art. 1 Abs. 8 (am Ende) enthält.

Doch dauerte es nicht lange, bis richterliche Auslegung, zumal durch das Judicial Committee des Privy Council, in diesem System einen Bereich von *implied powers* entdeckte. Die Gerichte waren der Auffassung, daß gewisse Angelegenheiten in einer Hinsicht als einer Dominion-Kompetenz, in anderer Hinsicht als einer Provinzialkompetenz zugehörig (*incidental*) angesehen werden müßten. Solche Sachbereiche würden aus praktischen Erwägungen heraus konkurrierende Zuständigkeiten darstellen, und eine Maßnahme des Dominion in einer solchen Angelegenheit würde dann (und zwar – mangels einer ausdrücklichen Bestimmung – kraft einer weiteren *implication*) einer Maßnahme der Provinzen vorgehen <sup>26)</sup>. So erließ Ontario zu einer Zeit, als das Dominion seine Zuständigkeit zur Regelung des Insolvenzverfahrens nicht wahrnahm, Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Übertragung der Konkursmasse durch den Gemeinschuldner auf einen Treuhänder, um eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger sicherzustellen. Der Privy Council vertrat die Ansicht, daß eine solche Regelung sehr wohl auch in einem Insolvenzgesetz des Dominion getroffen, gleichwohl aber unter die Zuständigkeit der Provinzen auf dem Gebiet des Vermögensrechts und der Grundrechte gebracht werden könne und daher im vorliegenden Fall gültig erlassen sei <sup>27)</sup>. Weiter wurde entschieden, die Zuständigkeit des Dominion zur Regelung des transkanadischen Eisenbahnwesens ermächtige zum Erlaß von Vorschriften, die für die Eisenbahngesellschaften die arbeitsrechtlichen Entschädigungsgesetze unabdingbar machen <sup>28)</sup>; ferner seien dadurch Bestimmungen gedeckt, die die örtlichen Behörden in den Provinzen verpflichten, die Kosten für Schranken und Wärter an schienengleichen Bahnübergängen anteilig zu übernehmen <sup>29)</sup>, obgleich derartige Vorschriften auch in die Zuständigkeit der Provinzen fallen könnten.

---

<sup>25)</sup> Abschnitt 92 (10) allerdings enthält als Ausnahme eine ausschließliche Befugnis der Dominiongewalt.

<sup>26)</sup> Vgl. allgemein Lefroy, *Canada's Federal System*, ch. XVII und XVIII.

<sup>27)</sup> *A.G. (Ontario) v. A.G. (Kanada)*, (1894) A.C. 189.

<sup>28)</sup> *Grand Trunk Railway v. A.G. (Kanada)*, (1907) A.C. 65.

<sup>29)</sup> *Toronto Corporation v. C.P.R.*, (1908) A.C. 54.

Das erforderliche Ausmaß des Sachzusammenhangs zwischen einer Kompetenz (*power*) und der ihr »inzidenten« Befugnisse wurde in verschiedener Weise umschrieben und ist lebhaft umstritten. Aufs Ganze gesehen neigte der Privy Council dazu, solche Erweiterungen primärer Befugnisse eng zu begrenzen, und seit im Jahre 1947 das Rechtsmittelverfahren zum Privy Council abgeschafft wurde, läßt nichts darauf schließen, daß der kanadische Supreme Court einen anderen Weg einschlagen werde. Der Dominion Fisheries Act von 1914 beispielsweise enthält Vorschriften über die Registrierung der Fischkonservenindustrie und über die Ausübung dieses Gewerbes; die Befugnis, diese Regelungen zu treffen, wurde aus der Zuständigkeit des Dominion zur Regelung der Küsten- und Binnenmeerfischerei abgeleitet<sup>30</sup>). Der Privy Council entschied, daß diese Abschnitte ungültig seien<sup>31</sup>). Nichtsdestoweniger erkennen die Entscheidungsgründe beiläufig an, daß der Legislative ein vernünftiger Ermessensspielraum eingeräumt werden müsse in der Auswahl der Mittel, die zur Erreichung eines verfassungsrechtlich zulässigen Zwecks geeignet sind. Im gleichen Jahre, als Triepel seine theoretischen Erwägungen über die Bedeutung des Begriffes *necessary implication* für die Rechtslage in den Vereinigten Staaten veröffentlichte<sup>32</sup>), erklärte Sir Robert Finlay in einem kanadischen Fall vor dem Privy Council, man könne immer behaupten, wenn es vier Weisen gäbe, auf die man etwas tun könne, daß keine von ihnen »notwendig« sei; doch sei eine solche Betrachtungsweise der *implied powers* unsinnig<sup>33</sup>). In dem kürzlich entschiedenen Fall *Re Industrial Relations and Disputes Investigations Act* stellte Rand J. fest, daß Begriffe wie *necessarily incidental*

“assume that legislation on a principal subject matter within an exclusive jurisdiction may include as incidents subordinate matters or elements in other aspects outside that jurisdiction. The instances in which this power has been upheld seem to lead to the conclusion that if the subordinate matter is reasonably required for the purposes of the principal or to prevent embarrassment to the legislation, its inclusion is to that extent legitimate. This may be no more than saying that the incidental has a special aspect related to the principal. Actual necessity need not appear as the contracting out case shows; it is the appropriateness, on a balance of interests and convenience, to the main subject matter of the legislation”<sup>34</sup>).

Die Neigung in Kanada, die Implizierung von Befugnissen in verhältnismäßig engen Grenzen zu halten, ist verständlich, weil ihre weite Anwen-

<sup>30</sup>) Vgl. Abschnitt 91 (12).

<sup>31</sup>) *A.G. (Kanada) v. A.G. (British Columbia)*, (1930) A.C. 111.

<sup>32</sup>) A. a. O. (oben Anm. 1), S. 261 f.

<sup>33</sup>) Nach Lefroy, a. a. O., S. 171.

<sup>34</sup>) (1955) Can. L.R. (S.C.) 529, 548.

dung zu gegenseitigen Übergriffen der Dominion- und der Provinzialgewalten führen müßte. Ausgedehnte Implikationen zugunsten des Dominion hätten vielfach zu erheblichen Eingriffen in die Zuständigkeit der Provinzen, vor allem auf dem Gebiet des Eigentumsrechts und der *civil rights* geführt. Viele kanadische Juristen meinen, der Privy Council habe in seiner Sorge um die Bewahrung der Provinzialgewalten den Umfang der Kompetenzen des Dominion unangemessen beschnitten<sup>36)</sup>. Nun hätte man freilich von Anfang an voraussagen können, daß das logische Gefüge dieses Systems die Gerichte zwingen würde, den wesentlichen Inhalt der hauptsächlichen Kompetenzen ziemlich genau herauszuarbeiten; was sich nicht vorhersagen ließ, war das Aufkommen einer Lehre von eigentlichen konkurrierenden Zuständigkeiten in einem Gefüge, das offensichtlich darauf angelegt war, ohne derartige Zuständigkeiten auszukommen.

Indien und Pakistan sollen hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt werden. Beide sind Bundesstaaten, oder waren es zumindest, die eine formelle Ähnlichkeit mit Kanada insofern aufweisen, als ihre Verfassungen sowohl der Zentralgewalt wie den Provinzialgewalten jeweils ausdrückliche Kompetenzen zuordnen.

Gegenwärtig ist die Verfassung Pakistans suspendiert; es kann sein, daß bei ihrer Umgestaltung die föderalistischen Züge verloren gehen. Wer mit dem Verfassungsrecht des Commonwealth vertraut ist, wird sich an eine beachtliche Reihe von Fällen aus den Jahren 1953 und 1954 erinnern, in denen der pakistanische Bundesgerichtshof eine Anzahl von Befugnissen dem Generalgouverneur zuerkannte, die das Gericht ziemlich kühn aus dem Gedanken der Sachnotwendigkeit hergeleitet hatte<sup>37)</sup>. Doch war hier keine Beziehung auf die bundesstaatliche Struktur der Verfassung gegeben; vielmehr waren diese Entscheidungen durch den gänzlichen Zusammenbruch der verfassungsrechtlichen Ordnung ausgelöst worden, und man kann aus ihnen keine zuverlässigen Schlußfolgerungen für eine allgemeine Doktrin gewinnen.

In Indien verlief die verfassungsrechtliche Entwicklung seit der Verfassung von 1949 durchaus stetig. Zahlreiche Gerichtsentscheidungen befassen sich mit der Auslegung der Verfassung. Doch liegen keine Fälle von Bedeutung vor, in denen es um das Problem der *implied powers* gegangen wäre. Das mag vor allem daran liegen, daß die Verfassung die Zuständigkeit des

<sup>36)</sup> Vgl. z. B. Laskin, *Canadian Constitutional Law*, ch. 11, insbesondere S. 51 ff.

<sup>37)</sup> Vgl. Jennings, *Constitutional Problems in Pakistan*.

<sup>38)</sup> Alexandrowicz, *Constitutional Development in India*, S. 18 f. meint, die amerikanischen und australischen Theorien der *implied powers* fänden in Indien keine Anwendung; doch gibt es zu diesen Fragen bislang kaum eine verbindliche Rechtsprechung.

Zentralparlaments in einer sehr langen und ausführlichen Aufzählung festgelegt hat und eine ziemlich weitgehende Kontrolle der Union über die Gliedstaaten vorsieht <sup>38)</sup>.

### Australien

Der Commonwealth of Australia Constitution Act von 1900 verfaßte eine Föderation der sechs Gliedstaaten, in denen die Kompetenzen formell nach dem gleichen Muster wie in den Vereinigten Staaten und in der Bundesrepublik verteilt sind; Zentralparlament und Zentralregierung besitzen eine Reihe ausdrücklich zuerkannter Kompetenzen, im übrigen ist die Zuständigkeit der Gliedstaaten gegeben. Die Liste der Bundeskompetenzen ist länger und mehr ins Einzelne gehend ausgestaltet als die des amerikanischen Kongresses, geht aber nicht so weit wie die Aufzählung der Bundeskompetenzen nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik. Nahezu alle Zuständigkeiten des Commonwealth (d. i. des Bundes) sind konkurrierende Zuständigkeiten.

In den ersten zwanzig Jahren der föderalistischen Entwicklung in Australien machte sich der australische High Court (ihm vor allem obliegt die Auslegung der Verfassung) <sup>39)</sup> eine Theorie der *reserved powers*, der grundsätzlichen Zuständigkeit der Gliedstaaten, zu eigen, die er aus der früheren Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court übernahm. Das führte in der Praxis dazu, die Implikation weiterer Bundeskompetenzen einzugrenzen, so gut wie das Vorhandensein a u s d r ü c k l i c h e r Provinzialkompetenzen in Kanada die Ableitung zusätzlicher Dominionkompetenzen in Schranken hielt. Aber bereits zu dieser Zeit wurden gewisse Kompetenzen des Commonwealth erweiternd ausgelegt, und im Jahre 1920 wurde die gesamte Theorie der "*reserved powers*" vom High Court aufgegeben; seither gab es keine theoretischen Hemmnisse für eine Ausweitung der ausdrücklichen Bundeskompetenzen im Wege der *implication*, die denn auch in der Praxis auf bestimmten Gebieten eingetreten ist <sup>40)</sup>. Dennoch bleibt die Tatsache, daß die australischen Gerichte sich stärker zurückhielten als der Supreme Court der Vereinigten Staaten, wenn es darum ging, Bundeskompetenzen im Wege der *implication* zu erweitern; die in Australien heutzutage vorherrschende rechtliche und politische Auffassung dürfte diese vorsichtige Einstellung billigen <sup>41)</sup>.

<sup>38)</sup> Rechtsmittel an den Privy Council sind durch Sect. 74 der Verfassung eingeschränkt.

<sup>40)</sup> Vgl. allgemein: W y n e s, Legislative etc. Powers in Australia; S a w e r, Federalism in Australia.

<sup>41)</sup> Vgl. die Besprechung der Meinungen zu den Auslegungsfragen in Australien von S a w e r (Journal of Public Law, vol. 6, 1957, S. 482).

Zu Beginn erscheint es notwendig, in dem System der australischen Verfassung eine ausdrückliche *incidental power* zu erwähnen, die der im letzten Absatz des Art. 1 Abschnitt 8 der amerikanischen Verfassung enthaltenen Befugnis entspricht. Die australische Bestimmung (Sect. 51) lautet:

“The Parliament shall, subject to this Constitution, have power to make laws for the peace, order and good government of the Commonwealth with respect to: – “–” (XXXIX). Matters incidental to the execution of any power vested by this Constitution in the Parliament or in either House thereof, or in the Government of the Commonwealth or in the Federal Judicature, or in any Department or officer of the Commonwealth”.

Das ist nahezu wörtlich aus der erwähnten amerikanischen Vorschrift übernommen, wobei lediglich das Wort *incidental* an die Stelle von *necessary and proper* gesetzt wurde. Über die Bedeutung dieser Bestimmung gehen die Meinungen weit auseinander. Einige Richter halten dafür, der Vorschrift liege die Absicht zu Grunde, dem Bund eine Kompetenz einzuräumen, die ihm sonst nicht zugekommen wäre; andere meinen, es handle sich lediglich um eine Kautelbestimmung, die dem Bund nicht mehr an Kompetenzen einräume als ohnehin aus den oben erwähnten Grundsätzen des *common law* über *implied powers* hergeleitet werden könne; wieder andere glauben, daß die Vorschrift in Wahrheit ein Weniger gegenüber den erwähnten *common law*-Grundsätzen bedeute<sup>42)</sup>. Die strengste Auffassung stellt auf die Bedeutung des Wortes *execution* ab; sie wurde im Jahre 1929 von drei Richtern<sup>43)</sup> dahin erläutert:

“It has often been pointed out that the paragraph confers power to make laws with respect, not to matters incidental to the subjects which are confided, by s. 51 or elsewhere, to the Parliament, but to matters which are incidental to the execution of the legislative power. The distinction between a matter incidental to the execution of a power, something which attends or arises in its exercise, and a matter incidental to a subject to which the power is addressed, is material. The principle that everything which is incidental to the main purpose of a power is contained within the grant itself, is so firmly established and so well understood in English law that it would have been superfluous to incorporate it in an express provision of the Constitution”<sup>44)</sup>.

Dabei dürfte man übersehen haben, daß diese Auffassung die angeführte Verfassungsbestimmung ohnehin überflüssig machen würde, soweit Gesetzgebungskompetenzen in Rede stehen, denn die Grundsätze des *common law*, auf die die Verfasser Bezug nehmen, besagen jedenfalls so viel, daß eine aus-

<sup>42)</sup> Vgl. S a w e r, Australian Constitutional Cases, 2nd ed., S. 478 ff., mit Belegen auf S. 485.

<sup>43)</sup> Unter denen sich der gegenwärtige Chief Justice, Sir Owen D i x o n, befand.

<sup>44)</sup> *Le Mesurier v. Connor*, 42 C.L.R., S. 497.

drücklich zuerkannte Kompetenz auch eine Befugnis zu ihrer Durchführung in sich schließt. Bei dieser Auffassung gewinnt der Unterabsatz der erwähnten Bestimmung eine Bedeutung lediglich für gewisse Besonderheiten der rechtsprechenden und ausführenden Gewalt, denen andernfalls überhaupt keine Befugnis zum Erlaß von Durchführungsvorschriften zukäme<sup>45)</sup>.

Doch war der Meinungsstreit um den Gehalt des Abschnitts 51 (XXXIX) der Verfassung nur von geringer praktischer Bedeutung, denn kein Gericht hat je behauptet, diese Vorschrift sei dazu gedacht, die Grundsätze, die im *common law* über *implied powers* enthalten sind, mit der These auszuschließen: *expressio unius est exclusio alterius*. Hinfort sind die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes denn auch im Wege der *implication* ausgeweitet worden, in einigen Fällen ganz handgreiflich. Bisweilen führen Gerichte Abschnitt 51 (XXXIX) als Rechtsgrundlage für dieses Verfahren an, dann wieder berufen sie sich dafür auf die Grundsätze des *common law*.

Die erste Bundeskompetenz, die man ausgedehnt hat, und zwar in einer Weise, die viele seiner Verfasser überrascht hat, lag im Rahmen des Abschnitts 51 (XXXV) der Verfassung: "Conciliation and arbitration for the prevention and settlement of industrial disputes extending beyond the limits of any one State". Auf dem Verfassungskonvent vom Jahre 1897–1898 war diese Kompetenz mit knapper Mehrheit in die Verfassung eingefügt worden, und sie sollte lediglich ermöglichen, ein Schlichtungswesen einzurichten für Wirtschaftszweige wie den Verkehr – zumal zur See – zwischen den australischen Gliedstaaten oder das Wollschurgewerbe, wo die Arbeitskräfte häufig den Ort ihrer Beschäftigung wechseln. Eine langjährige Rechtsprechung ließ die Befugnis sich entwickeln, für nahezu alle Wirtschaftszweige in Australien ein eingehendes Verfahren zur zwangsweisen Festsetzung der Löhne, der Arbeitszeit und anderer Beschäftigungsbedingungen vor Arbeitskammern des Commonwealth zu schaffen; die meisten Schritte auf diesem Weg rechtfertigte man auf der Grundlage einer *necessary implication* aus einer Kompetenz und nicht so sehr als Maßnahmen, die offenkundig durch den primären Gehalt einer Befugnis gedeckt seien<sup>46)</sup>.

Eine der ersten dieser Implikationen, die sehr weit ging, war beispielsweise die einer Befugnis zum Erlaß von Bestimmungen über die Registrierung und die Bildung von Körperschaften aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmervereinigungen, gleichviel, ob im Zeitpunkt der Registrierung in dem betroffenen Wirtschaftszweig ein Konflikt schwelte oder nicht<sup>47)</sup>. In diesem

<sup>45)</sup> Z. B. die Befugnis der Gerichte, Verfahrensvorschriften für ihr Verfahren zu erlassen; andernfalls hätte man eine solche Befugnis der Gerichte erst implizieren müssen.

<sup>46)</sup> Vgl. allgemein W y n e s, a. a. O., S. 421 ff. und E g g l e s t o n in: *Essays on the Australian Constitution*, ch. VII.

<sup>47)</sup> *The Jumbanna Case*, (1908) 6 C.L.R. 309.

Fall beriefen sich alle Richter, auch jene, die bei anderen Anlässen der Ausdehnung der Bundeskompetenzen entgegentraten und sich später gegen die Erweiterung des arbeitsrechtlichen Schlichtungswesens wandten, auf die weitgehende Feststellung Chief Justice Marshall's in dem klassischen amerikanischen Fall *M'Culloch v. Maryland* <sup>48)</sup>. Isaac J., der dem Bund am freundlichsten gesinnte Richter, der auch am häufigsten von allen die Kompetenzen des Commonwealth weit auslegte, stellte fest:

“Unless it can be shown that Parliament has infringed some positive restriction or prohibition of the Constitution, or has enacted as incidental to a main power some provision which no reasonable men could in any conceivable circumstances honestly regard as incidental, the legislative will should be respected” <sup>49)</sup>.

Auf Grund dieser *incidental power*, dieser einschlussweise gegebenen Zuständigkeit zur Regelung der Arbeitgeber-Arbeitnehmervereinigungen, hat das Parlament seitdem weitreichende Vorschriften erlassen, die ein demokratisches Gebaren innerhalb der Gewerkschaften, einwandfreie Wahlen usw. sicherstellen sollen; es unterstellte die Gewerkschaften der allgemeinen Aufsicht durch die Arbeitskammern des Bundes <sup>50)</sup>.

Ein Vergleich mit zwei weiteren Fällen innerhalb dieses Bereichs läßt deutlich werden, wie schwierig es ist, die Grenzen zu bestimmen, innerhalb deren eine *implication* zulässig ist. Im Fall *The Bootmaker's, No. 3* (1910) <sup>51)</sup> wurde entschieden, der Bund (das Commonwealth) könne seinen Arbeitskammern nicht die Macht verleihen, den Schiedsspruch, der nur die betroffenen Schiedsparteien bindet, für allgemein verbindlich zu erklären, ihn also zu einer *common rule* zu machen, die auch dann anwendbar wäre, wenn ein Arbeitnehmer nicht der Gewerkschaft angehört, die am Schiedsverfahren beteiligt ist und im Arbeitsverhältnis zu einem Arbeitgeber steht, der an dem Verfahren nicht teilnimmt. Higgins, J., ein besonders erfahrener Sachkenner, führte in der Entscheidung aus:

“It is quite true – that without power to declare a common rule – it will often be impossible for the Commonwealth Court (of Conciliation and Arbitration) to settle disputes, or at all events, to settle disputes satisfactorily”.

Nichtsdestoweniger stimmte er mit seinen Richterkollegen darin überein, daß diese Befugnis zur Allgemeinverbindlich-Erklärung nicht impliziert werden könne, denn

<sup>48)</sup> (1819) 4 Wheat. 316.

<sup>49)</sup> 6 C. L. R., S. 376.

<sup>50)</sup> Vgl. *Federated Ironworkers Assn. v. Commonwealth*, (1951) 84 C.L.R. 265.

<sup>51)</sup> 11 C.L.R. 311.

“it could hardly be contended that a power to enact a law for a minimum wage is reasonably incidental to the power to make laws with respect to conciliation and arbitration. Nothing is incidental to that power which is not directly aimed at the precise method of dealing with industrial disputes – conciliation and arbitration – which the Constitution contemplates”.

Die Befugnis, eine *common rule* zu schaffen, wäre nicht mehr zu unterscheiden von einer unmittelbaren Gesetzgebungsgewalt im Bereich des Arbeitsrechts; über die *common rule* würden Personen verpflichtet, auch wenn sie nicht an einem arbeitsrechtlichen Streit beteiligt seien, während gerade das Vorliegen eines Streits wesentliches Erfordernis dafür ist, daß die Zuständigkeit des Bundes begründet wird. Im *Stemp's Case* (1917)<sup>52)</sup> war die Frage die, ob der Bund zu Recht Streiks und Aussperrungen gänzlich verbieten und dieses Verbot strafrechtlich sanktionieren könne<sup>53)</sup>. Mit Mehrheit entschied das Gericht, daß der Bund dazu befugt sei, weil Schlichtungs- und Schiedsverfahren mehr Erfolg versprächen, wenn die Parteien gehindert würden, zum äußersten Mittel einer Arbeitsniederlegung zu greifen, während erhitzte Gefühle und Prestigefragen die Schwierigkeiten steigerten, zu einer Vereinbarung zu kommen oder einen Schiedsspruch anzunehmen. Die beiden Richter jedoch, die abweichende Meinungen vertraten, betonten, daß ein Streik lediglich eine Form des Grundtatbestands des arbeitsrechtlichen Konflikts darstelle, den das Parlament nur durch die spezifischen Mittel des Schlichtungs- und Schiedswesens regeln dürfe; sie führten aus:

“If the implication sought for be made we see no reason founded on principle for withholding from Parliament the right to regulate the liquor traffic, to prohibit public meetings, and to muzzle the press, with the object of facilitating conciliation and arbitration for the prevention and settlement of interstate disputes”<sup>54)</sup>.

Obwohl im *Stemp's Case* die *implied power* ziemlich weit gefaßt wird, läßt sich die Entscheidung mit der im Falle *The Bootmaker's No. 3* vereinbaren; um Normadressaten der Bundeskompetenz zu sein, müssen die Betroffenen Beteiligte eines arbeitsrechtlichen Konflikts sein, der über einen einzelnen Gliedstaat hinausreicht; dieser Streit darf nur im Wege der Schlichtung oder durch Schiedsspruch beigelegt werden; aber die Methoden, deren sich die Streitparteien bedienen, um den Konflikt außerhalb dieser Verfahren beizulegen, dürfen begrenzt werden.

<sup>52)</sup> 23 C.L.R. 226.

<sup>53)</sup> Der Bund (das Commonwealth) hat keine ausdrückliche Zuständigkeit auf dem Gebiet des Strafrechts.

<sup>54)</sup> 23 C.L.R. 241.

Die andere Zuständigkeit des Bundes, die im Wege der *implication* sehr weit ausgedehnt wird, ist in Abschnitt 51 (VI) der Verfassung enthalten: „The naval and military defence of the Commonwealth and of the several Staates“. Im Falle *Farey v. Burvett* (1916)<sup>55)</sup> entschied der High Court mit Mehrheit, daß das Commonwealth kraft dieser Zuständigkeit in Kriegszeiten den Brotpreis festsetzen könne. *I s a a c s J.* beschrieb damals die bedrohlichen Kriegsverhältnisse und fuhr fort:

“If the measure questioned may conceivably in such circumstances even incidentally aid the effectuation of the power of defence, the Court must hold its hand and leave the rest to the judgment and wisdom and discretion of the Parliament and the Executive it controls”<sup>56)</sup>.

Die abweichenden Meinungen unterstrichen, der Wortlaut der Bestimmung lege nahe, diese Befugnis strenger zu begrenzen; die allgemeine Wirtschaftskontrolle, die ein moderner Krieg erfordere, könne sehr wohl von den einzelnen Gliedstaaten wahrgenommen werden, die ohne Zweifel die notwendigen verfassungsrechtlichen Befugnisse besäßen. Während des Zweiten Weltkriegs wurden dem Bund (Commonwealth) im Rahmen seiner Zuständigkeit auf dem Gebiet der Landesverteidigung Befugnisse in einem Ausmaß zuerkannt, daß die Verfassung sich nahezu in eine einheitstaatliche Verfassung wandelte<sup>57)</sup>. Es ist geradezu ungewöhnlich geworden, daß Richter darlegen, wie sie bei ihren Implikationen vorgehen. Sie verfahren, als ob die primäre Befugnis selbst diese nahezu grenzenlosen Erweiterungen berge, und berufen sich gewöhnlich darauf, daß diese Befugnis durch ihren Zweck begrenzt werde, wenngleich das nicht gerade mit dieser Wendung ausgedrückt wird. Bei einer derart weiten Auslegung lautet das Problem nicht: wie dehnt man aus, sondern: wie grenzt man ein. Der High Court wurde sich dessen während des Zweiten Weltkrieges bewußt; in einer Entscheidung<sup>58)</sup> sagte *L a t h a m C. J.*:

“The most complete recognition of the power and responsibility of Parliament and of the Government in relation to defence does not involve the conclusion that the defence power is without any limits whatever. The existence of the defence power in the Commonwealth Parliament and the exercise of that power do not mean that all governmental power in Australia may, by the action of the Commonwealth Parliament, be concentrated in Commonwealth authorities. The Constitution cannot be made to disappear because a particular

<sup>55)</sup> 21 C.L.R. 433.

<sup>56)</sup> A. a. O., S. 456.

<sup>57)</sup> Vgl. allgemein *W y n e s*, a. a. O., S. 261 ff.; *M e n z i e s* in: “Essays on the Australian Constitution”, chapter V, und *S a w e r*, Australian Constitutional Cases, 2nd ed., S. 348–399.

<sup>58)</sup> *Public Service Case*, (1942) 66 C.L.R., S. 506.

power conferred by the Constitution upon the Commonwealth Parliament is exercised by that Parliament”.

Im Wege einer weiteren Folgerung (*by implication*) unterschied man diese Gewalt nach drei Zeitabschnitten: die Gewalt zu Kriegszeiten, während der Übergangszeit vom Krieg zum Frieden und in Friedenszeiten; für letzteren Fall ist sie vergleichsweise eng.

Der Begriff *resulting powers*, der besagen will, daß Befugnisse nicht aus nur einer einzelnen, sondern aus einer ganzen Anzahl ausdrücklicher Befugnisse oder aus der Existenz der Bundesgewalt in ihrer Gesamtheit impliziert werden, wurde im australischen Schrifttum nicht verwendet. Doch hat man Zuständigkeiten im Wege der Analogie begründet, insbesondere im Bereich der Strafgesetzgebung<sup>59)</sup> und des Ausgabenrechts<sup>60)</sup>. Der *Communist Party Case* (1951)<sup>61)</sup> stellt einen bedeutsamen Grenzfall für diese Art des Problems dar. Ein Bundesgesetz versuchte, die australische kommunistische Partei aufzulösen mit der (in der Präambel angeführten) Begründung, daß die Partei auf den Umsturz der Verfassung durch Gewalt, betrügerische Machenschaften, Spionage, Sabotage und Zersetzung der Wirtschaft abziele, und daß ihre Auflösung nötig sei, um das Commonwealth im Innern vor Zerstörung zu bewahren und gegen Feinde von außen zu schützen. Alle Richter stimmten darin überein, daß der Bund (Commonwealth) eine *implied power* zum Schutze gegen einen Umsturz besitze. Es wurde auch anerkannt, daß die kriegszeitliche *“defence power”* dahin ausgelegt worden war, daß sie die Befugnis einschließe, Personen, die als Gefahr für die Kriegsanstrengungen betrachtet wurden, auf dem Verwaltungsweg zu internieren und Vereinigungen durch Verwaltungsakt ohne gerichtliches Verfahren aufzulösen. Das Gericht unterschied jedoch zwischen dem »primären« Aspekt der *defence power*, der Aufbau und Kontrolle der Streitkräfte umfaßt, und den »sekundären« Aspekten, wie Befugnisse zur Wirtschaftslenkung und Internierung; es entschied, daß die angenommene (*implied*) Verfassungsschutzgewalt keine derlei »sekundären« Aspekte enthalte. Daher könne das Zentral-(Commonwealth)-P a r l a m e n t nicht durch seine eigene Deklaration den Kommunismus verbieten; seine *implied power* beschränke sich darauf, Tatbestände aufzustellen, die eine strafbare Verschwörung gegen das Commonwealth begründeten; dann würden die Gerichte zu entscheiden haben, ob im Einzelfall das Recht verletzt worden sei. Indem er die Theorie der *implied powers* in

<sup>59)</sup> Vgl. *R. v. Kidman*, (1915) 20 C.L.R. 425; *Burns v. Ransley*, (1949) 79 C.L.R. 101.

<sup>60)</sup> Der Bereich dieses Rechts ist immer noch umstritten, aber selbst die strengste Auffassung räumt eine Kompetenz ein *“incidental to the existence of the Commonwealth as a state and to the exercise of the functions of a national government”* (*Pharmaceutical Benefits Case*, [1946] 71 C.L.R. 269).

<sup>61)</sup> 83 C.L.R. 1.

dieser Weise handhabte, kam der High Court zu einem Ergebnis, das man in den Vereinigten Staaten und in der Bundesrepublik unmittelbar aus der verfassungsrechtlich verankerten Idee des *R e c h t s s t a t s* gewonnen hätte (für die es in Australien keine ausdrückliche Verfassungsgarantie gibt)<sup>62</sup>).

Der auffälligste Unterschied dieser Rechtslage in Australien zu der in den Vereinigten Staaten besteht auf dem Gebiet des Handelsverkehrs im Bereich mehrerer Gliedstaaten des Bundes, also des in diesem Sinne zwischenstaatlichen Handels (*interstate commerce*). Die Zuständigkeit des Bundes hierfür ist in Abschnitt 51 (I) der australischen Verfassung enthalten: „Trade and commerce with other countries, and among States“. Diese Vorschrift ist dem Artikel 1 Abschnitt 8 Paragraph 2 der amerikanischen Verfassung sehr ähnlich. Der High Court nahm hinsichtlich der Bedeutung dieser Zuständigkeit eine recht großzügige Haltung ein; beispielsweise gestattet sie dem Commonwealth, öffentlich-rechtliche Körperschaften zu errichten, um zwischenstaatlichen Handel zu betreiben, und arbeitsrechtliche Vorschriften für diesen Bereich zu erlassen<sup>63</sup>). Aber das Gericht hat es bisher abgelehnt, die Theorien anzuwenden, mit denen der amerikanische Supreme Court die Zuständigkeit des amerikanischen Kongresses auf weite Bereiche von Handel und Erzeugung im Innern der einzelnen Gliedstaaten der Union ausdehnte, was dort begründet wurde mit dem engen Zusammenhang zwischen diesen Wirtschaftsvorgängen und dem eigentlichen Handelsverkehr, der die Grenzen eines Gliedstaates überschreite<sup>64</sup>). Der Bund (Commonwealth) beispielsweise darf nicht die Schifffahrt für solche Schiffe regeln, die Handel nur innerhalb der Seegrenzen eines einzigen Gliedstaates betreiben, nur weil sie die gleichen Häfen benutzen wie die Schiffe im zwischenstaatlichen Handel<sup>65</sup>). Das australische Gericht hat hier die Möglichkeiten dessen, was in der deutschen Lehre der »Sachzusammenhang« genannt wird, zurückhaltend betrachtet.

### *Einige vergleichende und theoretische Überlegungen*

Deutsche Erörterungen des Problems neigen zu der Folgerung, Zuständigkeiten des Bundes kraft Sachzusammenhangs (*implied competence*) seien wohl schmal bemessen und sollten auch in engen Grenzen gehalten wer-

<sup>62</sup>) Dixon C. J. erklärt, daß die *rule of law* eine *assumption* der Verfassung sei (83 C.L.R. 193).

<sup>63</sup>) Vgl. allgemein Wynes, a. a. O., S. 298 ff.; Phillips in: *Essays on the Australian Constitution*, ch. VIII.

<sup>64</sup>) Kauper, *Constitutional Law*, S. 124 ff.; insbes. S. 168 ff.

<sup>65</sup>) *King v. Turner*, (1927) 39 C.L.R. 411; vgl. jedoch meine Anmerkung in: *Federalism; an Australian Jubilee Study*, S. 221–222.

den<sup>66)</sup>. In den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wurde bisher unzweideutig nur in einem Fall das eingeräumt, was man wohl eine *implied power* des Bundes nennen könnte: nämlich die Regelung der Ordnungsgewalt (Polizeigewalt) auf Sachgebieten, für die dem Bund auch die Zuständigkeit zur Gesetzgebung zukommt<sup>67)</sup>. In Australien könnte man damit die *implied power* des Bundes auf dem Gebiete des Strafrechts vergleichen, und in den Vereinigten Staaten die *police power* \*). Der deutsche Fall ist für den auswärtigen Beobachter aber aus folgendem Grund bemerkenswert: Obwohl in den Vereinigten Staaten wie auch in Australien die Gliedstaaten und ihre Vollziehungsorgane gehalten sind, dem Bundesrecht Geltung zu verschaffen, und das auch in hohem Maße tun, gebricht es in beiden Ländern dem Bund insoweit an administrativen Handhaben für eine wirksame Bundesaufsicht über die Gliedstaaten. Daher das überzeugende Verlangen in beiden Ländern nach einer *implied power* des Bundes, um die Durchsetzung des Bundesrechts zu gewährleisten. Demgegenüber sind in der Bundesrepublik die Aufsichtsbefugnisse des Bundes über die Länder stärker, und dementsprechend ist die Behauptung einer Bundeskompetenz kraft Sachzusammenhangs (*implied competence*) zur Regelung der Ordnungsgewalt weniger überzeugend; was die praktischen Notwendigkeiten anbetrifft, so reicht dafür die Polizeigewalt der Länder aus, die der Bundesaufsicht unterstehen.

Wer mit der Geschichte der *implied powers* in den Vereinigten Staaten und im britischen Commonwealth vertraut ist, den wird ihre bis heute vergleichsweise geringe Bedeutung in der Bundesrepublik nicht überraschen. Das Grundgesetz ordnet dem Bund einen verhältnismäßig großen Zuständigkeitsbereich zu, der bis in Einzelheiten ziemlich eingehend festgelegt ist. Ein großer Bestand an Recht aus früheren Zeiten, in denen die Verfassungen in bestimmten Beziehungen stärker zentralistisch ausgestaltet waren, wurde zumeist als Bundesrecht übernommen. In den meisten Angelegenheiten der Zuständigkeitsverteilung ist eine Verfassungsänderung verhältnismäßig einfach zu erreichen, so daß die Rechtsprechung sich kaum genötigt sieht, die Starrheit der Verfassung über die weite Auslegung ausdrücklicher Zuständigkeiten aufzulockern. Das Grundgesetz ist knapp zehn Jahre alt; in den Vereinigten Staaten erlangten *implied powers* erst Bedeutung, nachdem die Verfassung schon mehr als zwanzig Jahre hinter sich hatte. In Australien setzte

<sup>66)</sup> Buchsbaum faßt Rechtslehre und Rechtsprechung (Bayerische Verwaltungsblätter Jg. 5, S. 136 ff.) zusammen.

<sup>67)</sup> BVerfGE 3, 407 (433) (Gutachten zum Baurecht); 8, 143 (Handfeuerwaffen).

\*) Anm. des Übersetzers: *police power* bedeutet in den Vereinigten Staaten nicht einen Betätigungsbereich der vollziehenden Gewalt; vielmehr ist die gesetzgebende Gewalt gehalten, in die Grundrechte des Staatsbürgers nur insoweit einzugreifen, als die *police power* (also öffentliche Ordnung und Sicherheit, Gesundheit usw.) das erfordert.

diese Entwicklung früher ein; einer der Gründe hierfür ist für einen Vergleich sehr aufschlußreich: Während der ersten zehn Jahre des australischen Föderalismus wurde die Regierung von Radikal-Liberalen gebildet, die für die meiste Zeit auf die parlamentarische Unterstützung der Arbeiterpartei angewiesen waren. Diese Regierungen neigten dazu, Eingriffe des Bundes in den wirtschaftlichen und sozialen Bereich tiefer und rascher vorzunehmen, als die Schöpfer der Verfassung vorhergesehen hatten, und riefen auf diese Weise unmittelbar und mittelbar einen Druck zu einer »breiten« Auslegung hervor. Die Bundesrepublik hatte in der entsprechenden Zeitspanne eine konservative Regierung, die im wirtschaftlichen und sozialen Bereich mehr einem *laissez-faire* zugeneigt war.

Immerhin könnten sich in der Bundesrepublik einige der Umstände, die das gegenwärtige Mißtrauen gegenüber implizierten Bundeskompetenzen hervorgerufen haben, künftig ändern. Doch wie dem auch sei, sicherlich wird es weiterhin ein notwendiges Anliegen der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft sein, die Möglichkeiten der *implication* abzuwägen. Dabei wird man sich stark auf die vorzügliche Tradition der deutschen Verfassungsrechtslehre stützen können, und auch ein Studium der Praxis und der Theorien zu diesen Fragen in den englisch sprechenden Bundesstaaten könnte hierbei Gewinn bringen.

Schließlich noch einige Gedanken, die einem Juristen, der mit den Rechtsauffassungen in den Vereinigten Staaten und im britischen Commonwealth vertraut ist, in den Sinn geraten, wenn er diesen deutschen Erörterungen um unseren Fragenkreis begegnet.

Zunächst zu einer begrifflichen Frage, die kürzlich zwischen Küchenhoff<sup>68)</sup> und Buchsbäum<sup>69)</sup> erörtert worden ist. Deutsche Abhandlungen gebrauchen oft den Begriff »ungeschriebene« Zuständigkeiten, während man im anglo-amerikanisch-australischen Sprachgebrauch von „*implied powers*“ zu reden pflegt. Ich stimme Küchenhoff zu, daß der erste Ausdruck die Gefahr zu verfehlten Auslegungen birgt. Wir sehen diese Gefahr besonders deutlich, weil wir ein Gefüge von Rechtsnormen besitzen, die gewöhnlich als »ungeschrieben« bezeichnet werden, ungeschrieben aber in einem ganz anderen Sinn sind: jene nicht von einem Gesetzgeber förmlich gesetzten Rechtsnormen, die man gewöhnlich als das *common law* bezeichnet. Wenn man beispielsweise die verfassungsrechtliche Regelung der auswärtigen Gewalt in Australien untersucht, wird man finden, daß die meisten der *Executive* befugnisse in diesem Bereich nicht aus der geschriebenen Verfassung, sondern aus den Regeln hergeleitet werden, die das *common law* über die

<sup>68)</sup> Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 82 (1957), S. 413 ff.

<sup>69)</sup> Bayerische Verwaltungsblätter, Jg. 5, S. 136.

Prärogativen der Krone enthält. Wir würden das nicht eine "implied" competence nennen. Unsere Verfassung ist ein Gefüge aus förmlich gesetzten und gewohnheitsrechtlichen Normen; *implied powers* nun werden aus einer Betrachtung dieses Normengefüges in seiner Gesamtheit gewonnen. Im deutschen Bereich könnte man vielleicht eine Kompetenz auffinden, deren Quelle gänzlich außerhalb der geschriebenen Verfassung läge, und sie könnte man dann mit Fug und Recht »ungeschrieben« nennen; doch scheint es besser, auf jeden Fall von der Annahme auszugehen, daß eine solche Quelle nicht vorhanden ist und daß wir es mit der *projection* geschriebener Quellen zu tun haben. Daher sind die verschiedenen deutschen Entsprechungsbegriffe für *implied* der Bezeichnung »ungeschrieben« vorzuziehen.

Weiter gilt es, die Frage des Verfassungsbrauchs oder der Verfassungspraxis zu klären, wie sie beispielsweise die Regeln über das *responsible cabinet government* in Großbritannien bilden <sup>70)</sup>. Hierbei handelt es sich um eine Art ungeschriebenen Verfassungsrechts, das aber nicht unmittelbar irgendwelche Bereiche verfassungsrechtlicher Kompetenzen begründet; diese Regeln erfüllen eine durchaus andersartige Funktion: sie regulieren (indem sie sie meist beschränken) die Ausübung von bereits im positiven Recht definierten Kompetenzen. Uns hier geht es aber um die davon ganz verschiedene Frage, ob Kompetenzbereiche für Verfassungsorgane im Wege der *implication* erschlossen werden können, wenn ohne solche *implication* das Vorhandensein einer Kompetenz zu verneinen wäre. Für die hier behandelten Fälle könnte man das Problem etwa so stellen: Inwieweit halten es die verantwortlichen Gerichte in Bundesstaaten, in denen diese Fragen gerichtlich entschieden werden können, für möglich, Kompetenzen über eine *implication* zu begründen? Verfassungsbräuche können bisweilen eine rechtlich erhebliche Quelle bilden, die die richterlichen *implications* beeinflusst. So war der Privy Council durch herkömmliche Auffassungen über die Autonomie der Dominien beeinflusst, als er ihre Gesetzgebungsgewalt auf extraterritoriale Bereiche erstreckte <sup>71)</sup>.

Es gilt auch zu unterscheiden zwischen dem Ursprung der Verfassung selbst und den Hauptwerten, die sie verkörpert <sup>72)</sup>. Wenn in einem bestimmten Land die Rechtslehre oder die Gerichte die Existenz überpositiven Rechts anerkennen, das sich in der Verfassung widerspiegelt, und wenn dieses überpositive Recht Regeln oder Grundsätze über die Abgrenzung der Kom-

<sup>70)</sup> Worauf sich verschiedene Teilnehmer auf der Göttinger Staatsrechtslehrer-Tagung 1951 bezogen; vgl. Veröff. der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 10, insbes. S. 48-9.

<sup>71)</sup> Siehe oben, S. 566.

<sup>72)</sup> Das war das Hauptanliegen des ersten Referats auf der Göttinger Staatsrechtslehrer-Tagung 1951, a. a. O., Bd. 10, S. 1.

petenzen zwischen den einzelnen Staatsorganen enthielte, wäre es angebracht, diese Normen als »ungeschriebenes Recht« zu bezeichnen; es würde sich dann in keinem Sinn um die Frage einer *implication* aus der geschriebenen Verfassung handeln. Bei unseren Überlegungen hier soll unterstellt werden, daß, wenn es ein überpositives Rechtssystem gibt, darin keine Normen enthalten sind, die hinreichend bestimmt oder bestimmbar wären, um mit ihnen konkrete Fragen nach dem Standort bestimmter Gesetzgebungskompetenzen zu entscheiden <sup>73)</sup>.

Das bringt uns an den Kern der Fragen, die in der deutschen Rechtslehre und in der australischen Rechtsprechung erörtert wurden. Inwieweit nämlich ist die *implication* von Befugnissen lediglich ein Aspekt der Auslegung von Rechtsnormen, und inwieweit geht sie über die Grenzen der Auslegung, wie sie gewöhnlich verstanden wird, hinaus? Die Gerichte der Bundesstaaten, die hier erwähnt worden sind, weisen es alle von sich, die Verfassung, die sie zu wahren haben, ändern zu dürfen. Die anglo-amerikanisch-australischen Gerichte verstehen ihre Funktion ausgesprochen positivistisch und würden sich bei der Bezugnahme im deutschen Schrifttum und in der deutschen Rechtsprechung auf überpositives Recht und Naturrecht zumeist nicht ganz wohl fühlen. Die Gerichte im englisch sprechenden Rechtskreis können überdies auf das *common law*, einschließlich der oben angeführten Grundsätze *Coke's*, zurückgreifen, das ihnen einen Bestand an Auslegungsgrundsätzen an die Hand gibt, die älter als die verschiedenen Verfassungen sind und die *implication* von Befugnissen zulassen. Die deutschen Gerichte haben es nicht so leicht, die Grundprobleme der Logik und der politischen Verantwortung zu umgehen, an die diese Fragen rühren. Doch wäre es im Zusammenhang mit diesen Fragen der Rechtstechnik wirklichkeitsfremd, einen scharfen Unterschied zu machen zwischen den rechtlichen Begründungen, die der englisch-sprechende Richter im *common law* findet und jenen, die der deutsche Richter im überkommenen oder im überpositiven Recht finden muß. Wenn es darum geht, eine Verfassung auszulegen, finden sich die Gerichte beider Rechtsordnungen auf einen hier wie dort unsicheren Boden gestellt und vor eine Aufgabe, die zunächst so aussieht, als ginge es lediglich darum, eine Wortbedeutung ausfindig zu machen, die aber darin gipfelt, daß sie ein konstruktives Werten und Ausgleichen von Interessen gebietet. Das findet seinen Grund darin, daß Verfassungsrechtsnormen, ob förmlich gesetzt oder nicht, in hohem Maße genereller Natur sind, einen äußerst weiten Bereich menschlichen Verhaltens einbeziehen, das Ergebnis von besonders vielschichtigen und mannigfaltigen Entwicklungen von Ideen und Institutionen sind,

<sup>73)</sup> Überpositives Recht dürfte wohl eher zur Wertausfüllung bei den Grundrechten herangezogen werden, wie z. B. in BVerfGE 2, 380.

an die Grundwerte einer Gesellschaft rühren und über verhältnismäßig lange Zeiträume hin wirken müssen, in denen sich gesellschaftliche Verhältnisse wandeln. Diese Umstände wecken notwendigerweise das Bedürfnis nach extensiver Auslegung, und zwar auch dann, wenn die ursprüngliche Fassung der Normen mit ungewöhnlicher Sorgfalt und großem Geschick entworfen worden war. Indes werden Verfassungen oft weniger sorgfältig und gekonnt ausgearbeitet, als das bei vielen Gesetzen von geringerer Bedeutung zu geschehen pflegt. Denn Verfassungen sind gewöhnlich das Ergebnis politischer Kompromisse zwischen rivalisierenden Gruppen; sie werden in einer Atmosphäre der Hast und des politischen Druckes, zuweilen sogar des Umsturzes, geboren. Im günstigsten Fall weist der Entwurf ungewollte Lücken oder Widersprüche auf, die aus diesen Umständen herrühren; im schlimmsten Fall sind diese Lücken, Widersprüche und häufig auch Unklarheiten absichtlich belassen, um irre zu führen oder um einer unangenehmen Frage aus dem Wege zu gehen<sup>74)</sup>. Angesichts dessen wäre es wirklichkeitsfremd zu erwarten, daß uns herkömmliche Auslegungsregeln, mögen sie selbst auch hinreichend genau und bestimmend sein, in der verfassungsrechtlichen Konstruktion weit voranbringen. In diesen Regeln spiegeln sich die vernünftigen Erwartungen von Leuten wider, die in den festen Bahnen eines bestimmten traditionellen Rechtsgebiets arbeiten; sie drücken mit Worten einen Vorgang von vergleichsweise enger Reichweite aus. Wenn man sie im verfassungsrechtlichen Bereich zu starr anwendet, können sie zu Ergebnissen führen, die weder sachgemäß sind noch historisch gerechtfertigt werden können.

Aus diesem Grunde finde ich ein Argument, das verschiedentlich von deutschen Juristen gegen eine weite *implication* von Bundeszuständigkeiten vorgebracht wird, wenig überzeugend:

»Ausnahmen sind nach allgemeinen methodischen Grundsätzen eng auszulegen. Generalklauseln gelten als Regeln, Enumerationen als Ausnahmen. Nach der Gesetztechnik des GG sind Bundeszuständigkeiten die Ausnahmen und somit eng auszulegen«<sup>75)</sup>.

Das ist ein Auslegungsgrundsatz, der seine volle Anwendung nur innerhalb der engen Grenzen handelsrechtlicher Vereinbarungen findet, bei denen man sich von Rechtssachverständigen beraten läßt. Australische Richter meinten, daß eine Analogie aus dem Privatrecht, die der Situation bei der Aufteilung von Bundeszuständigkeiten schon näher komme, in dem Verhältnis zu finden

<sup>74)</sup> Diese Eigenheiten des Verfassungsrechts wurden von Gerichten im britischen Commonwealth oftmals erkannt, vgl. etwa die Belege bei S a w e r, *Australian Constitutional Cases*, 2nd ed., S. 36, 139, 155, 176, 482.

<sup>75)</sup> M a u n z, *Deutsches Staatsrecht*, 7. Aufl., S. 178–179.

sei, in dem bei einer Verfügung von Todes wegen die Sonderzuwendungen zur Einsetzung auf den nach ihrem Abzug verbleibenden Nachlaß stünden; in dieser Lage wird verlangt, daß zunächst die besonders benannten Zuwendungen nach Treu und Glauben in angemessener Weise ermittelt werden, bevor sich eine Vorstellung über den Umfang des verbleibenden Nachlasses gewinnen läßt; vor allem dürfen besondere Zuwendungen nicht deshalb eng ausgelegt werden, weil man dabei den Wert der Anteile am Nachlaß berücksichtigt, den die auf das Verbleibende eingesetzten Zuwendungsempfänger zu erhalten hoffen <sup>76)</sup>). Wenn, wie im Falle der Bundesrepublik, die Liste der ausdrücklichen Bundeszuständigkeiten sehr weit reicht, mag dieser Grundsatz nur geringen Raum zur Anwendung finden; die Länder auf den Rest einzusetzen, ist dann lediglich eine bequeme Methode der Formulierung, die jene Schwierigkeiten vermeidet, die sich einstellen, wenn man, wie in den Fällen Indiens und Kanadas, lange Aufzählungen bringt. Mit anderen Worten: dem materiellen Gehalt nach ist Bundeszuständigkeit die Regel und Landeszuständigkeit die Ausnahme. Indes gibt es eine weniger extreme Form des Grundsatz-Ausnahme-Verhältnisses, die in etwa zu einem ähnlichen Ergebnis führen könnte, wenn man sie im Fall der Bundesrepublik anwendet. Es ist die Vorstellung, daß, sofern die Parteien sich schon die Mühe gemacht haben, bestimmte Fragen bis ins einzelne zu regeln, ihre Absichten vereitelt würden, wenn man diese detaillierten Regelungen so liest, als ob sie einen viel weiteren Grundgedanken ausdrückten, der die Einzelregelungen und darüber hinaus noch vieles andere mehr umspannte. Auf diesem Weg kam das Bundesverfassungsgericht zu einer einschränkenden Auslegung der Zuständigkeiten des Bundes auf dem Gebiet des Baurechts <sup>77)</sup>). Das ist dem »Regel-Ausnahme«-Grundsatz vorzuziehen; denn es verlangt nicht, daß man an alle Fragen der Bundeskompetenzen schroff herangeht. Wenn eine Befugnis mit ziemlich weiten Wendungen formuliert ist und ohne ausdrückliche Ausnahmen, Qualifizierungen oder Erläuterungen, die bei weiter Auslegung vereitelt oder überflüssig gemacht werden könnten, dann gibt es keinen *a priori* bestehenden Grund, die *implication* von weiten »peripheren« Befugnissen abzulehnen, wenn andere Erwägungen in diese Richtung weisen.

Wie der oben angeführte <sup>78)</sup> kanadische Richter betonte, beruht die ganze Vorstellung einer *implied* oder *incidental power* auf einer Annahme, die sich, je nach philosophischer Auffassung, als Frage des Wesensgehalts oder der Formulierung ausdrücken läßt. Ein Gegenstand besitzt seine Wesenheit und seine Akzidenzien; die Akzidenzien stehen in einer graduellen Beziehung zum Wesen, und in gewisser Hinsicht läßt sich sagen, daß sie gewöhnlich die

<sup>76)</sup> *Engineer's Case*, (1920) 28 C.L.R. 129.

<sup>77)</sup> BVerfGE 3, 407.

<sup>78)</sup> S. 568.

Wesenheit begleiten oder das in einer bestimmten Beziehung der Wesenheit zu anderen Wesenheiten tun oder aber, daß sie das in wieder anderer Beziehung nicht tun. Oder ein Ausdruck besitzt ein Syndrom von Bedeutungen, und diese Bedeutungsweite wird von den verschiedenen historischen und soziologischen Faktoren in bestimmter Beziehung definiert, wobei gewöhnlich für die Bemessung der Grenzen eine gewisse Spielbreite verbleibt, die bei verfassungsrechtlichen Begriffen, wie erwähnt, der Tendenz nach besonders weit ist. Die Wesenheit oder das Bedeutungssyndrom ist bei unserem Problem in einem vielschichtigen Bestand menschlicher Beziehungen und Verhaltensweisen belegen, deren kennzeichnendes Merkmal für gewöhnlich eine gesetzgeberische Absicht zu sein pflegt. Wie immer man es ausdrücken will, das Problem enthält eindeutig Fragen der Bemessung. Gegeben ist ein bestimmtes Kernstück einer Kompetenz und dazu ein Bereich von Angelegenheiten, deren Bezug zum Kernbereich nicht durch irgendwelche absolut logische oder moralische Erwägungen bestimmt werden kann.

Vor dieses Problem gestellt, haben australische Richter betont, wie wichtig es ist, zunächst eine möglichst klare Vorstellung von der Bedeutung des Kernbereichs einer Kompetenz zu gewinnen. Ein wichtiges Beispiel, bedeutsam auch für aktuelle deutsche Fragen, war die Frage, ob die Zuständigkeit des australischen Bundes (Commonwealth) über "postal, telegraphic, telephonic and other like services" sich auf die Kontrolle des Rundfunks erstrecke. Der High Court hat mit Mehrheit erkannt<sup>79)</sup>, daß der Hauptinhalt dieser Zuständigkeit in der Regulierung des Nachrichtenverkehrs, einschließlich elektromagnetischer Übermittlungen, bestehe, so daß der Rundfunk (und nunmehr auch das Fernsehen) darunter fiel. In der Meinung des dissentierenden Richters<sup>80)</sup> lag das Wesen der Zuständigkeit in der Regelung »interpersonaler« Nachrichtenübermittlung, so daß Rundfunk (und heutzutage Fernsehen) nicht darin einbezogen sei.

Richter H i g g i n s unterstrich in einer Entscheidung des High Court die Bedeutung der Wortfassung, mit der die *n o r m a t i v e* Beziehung zwischen der Legislative und der in Rede stehenden Befugnis umschrieben sei<sup>81)</sup>. Er führte aus, daß die Kompetenzen des amerikanischen Kongresses mit Wendungen ausgedrückt sind, die ein besonderes Tätigwerden beschreiben – "To lay and collect taxes" – "To regulate Commerce with foreign nations" – "To coin money" – und so weiter; das machte es um so notwendiger, die ausdrückliche *incidental power* zu Ende von Art. 1 Abschn. 8 der Verfassung aufzunehmen. In Australien ist eine Zuständig-

<sup>79)</sup> *King v. Brislán*, (1935) 54 C.L.R. 262.

<sup>80)</sup> Es war D i x o n J., der heutige Chief Justice.

<sup>81)</sup> *King v. Kidman*, (1915) 20 C.L.R. 448 ff.

keit beschrieben mit der Wendung “making laws with respect to” unter Bezugnahme auf einen konkreten Sachbereich; das faßt eine Zuständigkeit weiter, so daß ihr Kernstück mehr umfängt und man weniger als darin „eingeschlossen“ (*incidental*) anzusehen braucht. Im Fall der Bundesrepublik sind die Zuständigkeiten des Bundes in verschiedenen Wendungen gefaßt, aber alle sind von dem breiteren Typ wie auch im Falle Australiens.

Hat man den Kernbereich herausgearbeitet, wird es erforderlich, jenes Verhältnis zu bestimmen, das die Amerikaner *necessary and proper* nennen, die Australier *incidental*. T r i e p e l<sup>82)</sup> geht es dabei um „das Notwendige nicht im physischen, sondern im moralischen Sinne“. Physische Beziehungen können indes die Entscheidung beeinflussen. Wenn etwa der Bund im australischen Commonwealth die Kompetenz beanspruchte, die Erzeugung all jener Maschinen zu regulieren, die elektrische Energie ausstrahlen, weil die Möglichkeit von Interferenzen mit den Radiowellen bestehe, müßte er einen naturwissenschaftlichen Nachweis über die dabei wirkenden physikalischen Faktoren führen. Ausschlaggebend aber sind derlei Erwägungen nur selten. Für gewöhnlich bewegen wir uns dabei im Bereich mehr oder weniger gut fundierter Vorhersagen, Intuitionen und Mutmaßungen über das Verhalten von Menschen, etwas was Soziologie im weitesten Sinn darstellt. Die Sozialwissenschaften, auf statistischen und psychologischen Methoden fußend, können hier ein Stück Wegs voranführen und das erbringen, was Triepel vielleicht als das Verhältnis zwischen der Hauptnorm und der Inzidentnorm angesprochen hätte. Für die Zwecke der Rechtsprechung jedoch bewegen wir uns vorwiegend im Bereich der *moral science* im alten Sinn, wo es wenige *necessary conditions* im Sinn der wissenschaftlichen Logik gibt, dafür aber viele Wahrscheinlichkeitsstufen, die exakt zu messen unmöglich ist. Die Abwägungen, die dabei anzustellen sind, ergeben sich vielmehr aus Erkenntnissen, die gerichtskundig sind, und nicht so sehr aus Tatsachen, die beweisbedürftig wären. Und in der Tat: sobald sich Fragen der *necessity* im naturwissenschaftlichen Sinn stellen, pflegen sich die Gerichte mit dem Hinweis zu disqualifizieren, sie beurteilten nicht die Zweckmäßigkeit des Gesetzes, sondern lediglich die Frage, ob das gesetzgeberische Ermessen, daß das Inzident-Gesetz den Zweck der Hauptkompetenz zu erfüllen geeignet sei, fehlerfrei ausgeübt ist<sup>83)</sup>. So kommen wir zu guter Letzt hier, wie bei so vielen Rechtsproblemen, zu einem *reasonable judgment*, das weitgehend von der geübten Erkenntniskraft erfahrener Leute abhängt.

Eine einfache Probe für solche *reasonableness* ist das Verhalten des Ge-

<sup>82)</sup> A. a. O., S. 265.

<sup>83)</sup> Vgl. Sir John L a t h a m (früherer Chief Justice des High Court von Australien) in: *Essays on the Australian Constitution*, S. 20 ff.

setzgebers bei früheren Anlässen in der gleichen Angelegenheit, also die Frage, welche Vorschriften man früher gemeinhin in einschlägige Gesetze aufgenommen hat. So ging es in einem australischen Fall <sup>84)</sup> um die Frage, ob das Commonwealth den Verkauf von Nahrungsmitteln, die Methylalkohol enthielten, unter Strafe stellen könne. Der Bund (das Commonwealth) besitzt keine Zuständigkeit auf dem Gebiet des öffentlichen Gesundheitswesens; die fragliche Strafbestimmung wurde in ein Verbrauchsteuer-gesetz eingefügt, zu dessen Erlaß das Commonwealth die ausschließliche Zuständigkeit hatte. Der High Court hielt die Bestimmung aufrecht. In der Entscheidung wird ausführlich die Vorgeschichte dieser Steuern in England und in den früheren australischen Kolonien geprüft, um zu belegen, daß die Regelung der Alkoholverwendung schon immer als den Steuergesetzen dieser Art inzident angesehen wurde. Diese historische Beweisführung gerät jedoch dort an ihre Grenzen, wo der Gesetzgeber, dessen frühere Praxis angerufen wird, nicht unter den nämlichen verfassungsrechtlichen Schranken stand wie der Gesetzgeber, dessen Zuständigkeit nunmehr in Frage steht – eine Schwierigkeit, die sich in der Bundesrepublik aufwerfen kann, wenn etwa die Praxis aus der Weimarer oder aus der Kaiserzeit angeführt wird.

Auf jeden Fall ist die historische Beweisführung nur eine Weise, um an die Frage der *reasonableness* heranzugehen. Das Verhältnis zwischen dem, was *principal* und dem, was *incident* ist, mag viele Formen annehmen, aber im vorliegenden Zusammenhang ist seine hauptsächliche Form das rationale Verhältnis zwischen einem Zweck und dem Mittel, diesen Zweck zu erreichen. Wenn eine Hauptzuständigkeit mit Bezug auf ihren Zweck gefaßt ist, läßt sich leichter etwas über dieses Verhältnis aussagen. Oftmals jedoch wird der Kernbereich einer Zuständigkeit durch Bezugnahme auf eine Gattung von Dingen festgelegt <sup>85)</sup> oder auf eine Tätigkeit <sup>86)</sup> oder auf ein traditionell festgelegtes Rechtsgebiet <sup>87)</sup>. Um aus dieser Bezugnahme eine Zwecksetzung zu folgern, müssen wir aus der Klassifikation auf einen Zweck schließen (*to imply*); dieser Schritt kann zu größten Schwierigkeiten führen. Wenn die Zuständigkeit, unmittelbar oder einschlußweise, nicht nur einen Zweck, sondern auch die Mittel zu seiner Erreichung bestimmt, dann kann im Wege weiterer *implication* das Ermessen des Gesetzgebers in der Wahl der Mittel eingegrenzt werden, wie im Falle der Zuständigkeit des australischen Commonwealth zur Regelung von Arbeitskonflikten.

<sup>84)</sup> *Griffin v. Constantine*, (1954) 91 C.L.R. 136.

<sup>85)</sup> Vgl. Abschnitt 51 (VII) der australischen Verfassung: "Lighthouses, lightships, beacons and buoys".

<sup>86)</sup> Art. 74 Ziff. 13 GG: »die Förderung der wissenschaftlichen Forschung«.

<sup>87)</sup> Abschnitt 92 (13) der kanadischen Verfassung: "Property and Civil Rights in the Province".

Da es sich hierbei um ein Problem des Bemessens und letztlich der intuitiven Erkenntnis handelt, sind die Formulierungen, die zuweilen von Gerichten als Schlüssel für die Lösung geprägt worden sind, für gewöhnlich wertlos und stellen das Problem nur von neuem. Das ist etwa der Fall mit den beiden deutschen Wendungen »Natur der Sache« und »Sachzusammenhang«; keine von ihnen gibt ein klares Verhältnis zwischen einer »prinzipalen« und einer »akzessorischen« Kompetenz an, noch liefern sie irgendeinen logischen Maßstab, um dieses Verhältnis zu bestimmen; sie deuten bestenfalls an, im welchem Maß man einen Zusammenhang als »notwendig« – in dem spezifischen hier behandelten Sinn – empfindet. In Australien führen die Gerichte oft einen Satz von *Isaacs J.* an: „You may complement, but you may not supplement, a granted power“<sup>88</sup>). Auch das umschreibt das Problem nur. Richter *Higgins* vom australischen High Court bereitete es gegenüber der nahezu religiösen Verehrung, mit der seine älteren Kollegen Chief Justice *Marshall* vom amerikanischen Supreme Court betrachteten, sichtliches Vergnügen, darauf hinzuweisen, wie sehr rhetorisch doch gerade die Phrasen waren, in denen *Marshall* Doktrinen über *implied powers* ausgedrückt hatte<sup>89</sup>); *Marshall*'s Sätze umschreiben ebenfalls nur das Problem, anstatt es zu lösen, oder aber sind dahin zu verstehen, daß sie dem Gesetzgeber einen viel weiteren Spielraum in der Wahl seiner Mittel überlassen, als der Supreme Court der Vereinigten Staaten oder irgendein anderes Gericht in der Praxis je zuließ.

Da es keine hinreichend genauen logischen Maßstäbe für die Grenzen möglicher *implications* gibt, handelt es sich praktisch um einen diskretionären Bereich der Gerichte, wobei, wie Justice *Holmes* es nannte, die *unexpressed major premises* der Richter ihre Rolle spielen. Dabei kann es sich um persönliche politische Einstellungen handeln; in den Vereinigten Staaten beispielsweise war Chief Justice *Marshall* sehr stark zugunsten der Bundesgewalt eingestellt, ebenso wie in Australien *Isaacs J.*. Chief Justice *Griffith* in Australien war sehr für die Rechte der Gliedstaaten eingenommen, aber er war auch sehr pessimistisch über die militärische Lage des britischen Commonwealth im zweiten Weltkrieg und trat daher für starke Kompetenzen des Commonwealth auf dem Gebiet der Landesverteidigung ein. Der gegenwärtige australische Chief Justice, Sir *Owen Dixon*, ist an persönlichem Temperament konservativ und behutsam; er neigt dazu,

<sup>88</sup>) *Bootmakers Case*, (1910) 11 C.L.R. 338.

<sup>89</sup>) *Baxter v. Commissioner of Taxation*, (1909) 4 C.L.R. 1087, 1164. Auch *Triepel* (a. a. O., S. 261 ff.) fand heraus, wie leichthin *Marshall* oft argumentierte.

Zuständigkeiten eng aufzufassen<sup>90)</sup>. Doch brauchen die Wertungen zur Bestimmung solcher Fragen nicht persönlicher Art zu sein. Sie können auch allgemeiner Natur sein und auf objektiven Erwägungen fußen, die aus dem Ganzen der jeweiligen Verfassung und ihrer Beziehung zur Tradition des Landes gewonnen werden. In der Bundesrepublik etwa betont das Bundesverfassungsgericht die *kooperative* Natur der bundesstaatlichen Ordnung, und seine Lehre von der Bundestreue geht viel weiter als jegliche vergleichbare Lehre in den Vereinigten Staaten oder in den Bundesstaaten des britischen Commonwealth. Auch gibt das Grundgesetz, wie erwähnt, dem Bund weitgehende Aufsichtsbefugnisse über die Länder. In diesem System ist es daher oftmals richtig, wenn dem Anspruch auf eine *implied power* des Bundes entgegengehalten wird, daß der zugehörige Sachbereich auch von der Landesgesetzgebung wirksam wahrgenommen werden könne. In den Vereinigten Staaten und in den Bundesstaaten des Commonwealth wird mehr der *kompetitive* Charakter des Föderalismus betont und die Notwendigkeit, daß jedes Glied in der Lage sein muß, eine unabhängige Politik völlig unter eigener Verwaltung auszuführen. Unter solchen Umständen ist es gewöhnlich ganz unerheblich, daß ein Sachbereich, den die Bundesgewalt in Anspruch nimmt, von der Ländergewalt wahrgenommen werden könnte. So wurde es in dem oben erwähnten Fall der Registrierung der Gewerkschaften nach australischem Bundesrecht als nicht erheblich angesehen, daß die Gliedstaaten ausreichende Zuständigkeiten zum Erlaß von Bestimmungen zur Reglementierung dieser Vereinigungen haben und in der Tat einen Bestand an Gesetzen besaßen, die diese Vereinigungen betrafen.

Küchenhoff bemerkt<sup>91)</sup>, daß die Frage, ob Zuständigkeiten weit oder eng auszulegen seien, durch »progressive« Grundsätze oder durch *contemporanea expositio*, förmlich verschieden ist von der Frage, ob Zuständigkeiten überhaupt impliziert werden sollten. Was die Form anbetrifft, ist das richtig. Ein Gericht könnte jegliche Theorie der *implied powers* ablehnen und doch ausdrückliche Zuständigkeiten weit auslegen; andererseits könnte es *implied powers* für notwendig halten und dennoch ausdrückliche wie implizierte Bundeszuständigkeiten eng auslegen. In der praktischen Haltung der Gerichte zu diesen Fragen indes pflegt der Zusammenhang zwischen »weiter«

<sup>90)</sup> Juristen, die dazu neigen, *implied powers* eng zu fassen, sind manchmal leichter bereit, Beschränkungen einer Befugnis zu implizieren. So war Dixon C. J. führend auf dem Weg, der die Wiederbelebung der Lehre von der implizierten wechselseitigen Nicht-Einmischung zwischen Gliedern eines Bundesstaates brachte (vgl. Jo. Comp. Leg. XXXII [1950], S. 17, insbesondere S. 21). Ähnlich plädiert Buchsbaum (a. a. O., S. 136 ff.) für eine enge Auffassung der Bundeskompetenzen, übernimmt aber ohne Frage die implizierte Lehre von der Bundestreue als Begründung dafür.

<sup>91)</sup> Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 82 (1957), S. 430 ff.

Auslegung und *implication* eng zu sein. Enge Auffassungen der ausdrücklichen Zuständigkeiten gehen für gewöhnlich Hand in Hand mit der Ablehnung oder zumindest mit einer engen Begrenzung von Implikationen. Weite Auslegungen pflegen von der Bereitschaft begleitet zu sein, weite Implikationen vorzunehmen. Und in der Tat kann man sich manchmal des Eindrucks nicht erwehren, daß die ganze Lehre von den *implied powers* ein rhetorischer Kunstgriff ist, mit dem die Gerichte es fertig bringen, Zuständigkeiten weit zu fassen, während sie sich selbst (und den Leuten) einreden, sie tasteten die Zuständigkeitsverteilung im Kern nicht an – nur eine Fiktion mehr bei der Auslegung.