
René Rhinow
Dr. iur., Professor für Staats- und Verwaltungsrecht
an der juristischen Fakultät der Universität Basel

Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung

Sonderdruck aus
Berner Tage für die juristische Praxis · BTJP 1999

Die neue Bundesverfassung
Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft

Herausgegeben von
Ulrich Zimmerli
Professor an der Universität Bern

Nicht im Handel



Stämpfli Verlag AG Bern · 2000

RENÉ RHINOW*

Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung

Inhaltsübersicht

- I. Einführung**
- II. Wirtschaftsverfassung**
 - A. Allgemeine Charakterisierung
 - B. Wirtschaftsfreiheit
 - C. Schranken der Wirtschaftsfreiheit im allgemeinen
 - D. Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit
 - 1. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im allgemeinen
 - 2. Die Konkretisierung des «Grundsatzes der HGF»
 - 3. Die Regelung in der neuen Bundesverfassung
 - E. Weitere Elemente der Wirtschaftsverfassung
 - 1. Die Regelung in der alten Bundesverfassung
 - 2. Die Regelung in der neuen Bundesverfassung
- III. Sozialverfassung**
 - A. Die Regelung in der alten Bundesverfassung
 - 1. Programatische Zielnormen
 - 2. Bundeskompetenzen und Gesetzgebungsaufträge
 - 3. Teilgelte klassischer Grundrechte und Sozialrechte
 - B. Die Regelung in der neuen Bundesverfassung
 - 1. Verheissungen und Grenzen
 - 2. Sozialziele
 - 3. Das Recht auf Hilfe in Notlagen
- IV. Arbeitsverfassung**
 - A. Die Regelung in der alten Bundesverfassung
 - B. Die Regelung in der neuen Bundesverfassung
 - 1. Streikrecht
 - 2. Übrige Bestimmungen der Arbeitsverfassung
- V. Würdigung**

I. Einführung

Das *geltende* Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassungsrecht zeichnet sich durch *mangelnde Struktur und Kohärenz* aus. Es erscheint als Ensemble vielfältiger, schwer über- und durchschaubarer Rechtsnormen, welche nur zum

* Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der juristischen Fakultät der Universität Basel; ich danke Herrn lic. iur. Markus Schott, Assistent an meinem Lehrstuhl, für seine kompetente Mitarbeit.

Teil schriftlich fixiert sind, die sowohl dem nationalen als auch dem internationalen Recht angehören und die erst noch spürbar aus unterschiedlichen Zeitepochen stammen. Grundrechtsgewährleistungen finden sich neben Kompetenzbestimmungen, Ziel- und Auftragsnormen, Ermächtigungen zu Grundrechtseinschränkungen sowie Organkompetenzen. Dazu tritt eine reichhaltige bundesgerichtliche Praxis, die ihrerseits nicht gerade von einer vorbildlichen Kohärenz geprägt wird. Sie muss zudem partiell als rückwärts-gewandt bezeichnet werden (etwa bei den Begriffen der Wirtschafts- und Sozialpolitik sowie der Wirtschaftspolizei); partiell zeigt sie sich indessen hochmodern (etwa beim Recht auf Existenzsicherung), teils befindet sie sich in stockender Bewegung (wie etwa beim Recht auf Streik).

In der *neuen Bundesverfassung* wurde das eigentliche Ziel der Nachführung gerade in den Bereichen der Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialverfassung weitgehend erreicht. Das geltende Sammelsurium z.T. ausladender Normen ist gerafft, übersichtlich dargestellt und auf der Basis von Lehre und Rechtsprechung neu gefasst worden.

Ins Auge springt dabei vor allem, dass der grundrechtliche Teil und der Bereich der verschiedenen staatlichen Befugnisse *getrennt* wurden – in logischer Konsequenz einer begrüssenswerten Neugliederung der Verfassung in ein Kapitel über die Grundrechte, mit einem zeitgemässen, heute auch international und kantonale üblichen Katalog von Freiheitsrechten einerseits und in ein Kapitel über die Zuständigkeiten des Bundes andererseits. Grundrechte¹ wie Sozialziele² finden sich – nach einem ersten Titel mit grundlegenden Bestimmungen zu Bestand und Zweck der Eidgenossenschaft – am Anfang des neuen Verfassungstextes. In einem folgenden Teil werden die verschiedenen Zuständigkeiten des Bundes systematisch nach Aufgabenbereichen gegliedert aufgeführt. Sowohl die Wirtschaft als auch Arbeit und soziale Sicherheit haben in diesem Teil je einen eigenen Abschnitt erhalten³.

Neben der neu eingeführten Aufteilung der Normen nach ihrem Typus hat auch sonst eine durchgehende, *klare Gliederung und Struktur* in den Verfassungstext Eingang gefunden. Überladene, weit ins Detail gehende Regelungen wurden erheblich *gestrafft*, nicht Verfassungswürdiges aus dem Text *gestrichen*.

Als deutliches Beispiel seien die Bestimmungen betreffend den Alkohol genannt, welche von heute drei Artikeln mit insgesamt 18 Absätzen (Art. 32^{bis}, 32^{ter}, 32^{quater} aBV) auf

¹ An dieser Stelle interessieren v.a.: Art. 26 (Eigentumsgarantie), Art. 27 (Wirtschaftsfreiheit), Art. 28 (Koalitionsfreiheit) sowie Art. 29 (Allgemeine Verfahrensgarantien) BV, Art. 41 BV.

² Art. 41 BV.

³ Der 7. Abschnitt umfasst die Art. 94 bis 107 BV und ist mit dem Titel «Wirtschaft» überschrieben, der 8. Abschnitt umfasst neben «Arbeit» und «soziale Sicherheit» die benachbarten Gebiete «Wohnen» und «Gesundheit». Er erstreckt sich von Art. 108 bis 120 BV.

eine einzige Bestimmung, Art. 105 BV, gekürzt wurde. Dieser Aufräumarbeit fiel auch das vielzitierte *Absinth-Verbot* von Art. 32^{ter} aBV zum Opfer, welches – wenn überhaupt – auf Gesetzesstufe gehört.

Demgegenüber sind viele bisher eher versteckte Elemente der Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung ans Tageslicht gehoben und an den ihnen gebührenden Platz gesetzt worden: die *innenmarktliche Komponente* der Wirtschaftsfreiheit, die in Art. 31 Abs. 1 aBV lediglich im Passus aufscheint, die HGF sei «im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft» gewährleistet, erhielt mit Art. 95 Abs. 2 BV nun eine eigene ausdrückliche Bestimmung. Dasselbe gilt für die *Aussenwirtschaftspolitik*: Sie wird in der geltenden Verfassung nur unter dem begrenzten Blickwinkel der Zölle (Art. 28, 29 und 30 aBV) und allenfalls der Staatsvertragskompetenz (Art. 8 aBV) betrachtet. Neu deklariert Art. 101 BV die Wahrung der Interessen der schweizerischen Wirtschaft im Ausland als Bundesaufgabe. Die Beispiele liessen sich noch vermehren⁴.

Im folgenden sollen die einzelnen *Bereichsverfassungen* getrennt untersucht werden. Das Hauptaugenmerk gilt dabei denjenigen Teilen, bei denen sich die Nachführung besonders schwierig gestaltete oder die in den parlamentarischen Beratungen zu besonderen Diskussionen Anlass gaben. Bevor auf die Neuerungen eingegangen wird, rechtfertigt sich jeweils ein kurzer Abriss der bis Ende 1999 geltenden Verfassungslage.

Wenn hier von Verfassung die Rede ist, dann von Verfassungsrecht im Sinne des schweizerischen Staatsrechts. Dieser Verfassungsbegriff lehnt sich nicht an andere, namentlich in der Ökonomie gebräuchliche Begriffe der Wirtschaftsordnung oder des Wirtschaftssystems an. Er hebt sich ebenfalls von der sog. Verfassung im materiellen Sinn⁵ ab, welche das an sich verfassungswürdige Gesetzesrecht miteinschliessen würde. Verfassungsrecht im hier verwendeten Sinne ist nur, was als Verfassungsrecht auf der Stufe der Verfassung steht und gilt, ob geschrieben oder ungeschrieben, verfassungswürdig oder nicht.

II. Wirtschaftsverfassung

A. Allgemeine Charakterisierung

Das schweizerische Wirtschaftsverfassungsrecht kennt kein einheitliches *Systembekenntnis*, also keine Bestimmung, welche die Wirtschaftsordnung allge-

⁴ Vgl. etwa Art. 94 Abs. 3 BV betreffend der Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die Wirtschaft und Art. 96 BV betreffend die Wettbewerbspolitik.

⁵ Vgl. zur Verfassung im materiellen Sinn etwa ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Aufl. Zürich 1998, Rz. 16 ff.; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Bd. 1, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Rz. 247 ff.

mein umschreiben oder ein bestimmtes Modell oder System festschreiben würde⁶. Eine Charakterisierung der Wirtschaftsverfassung ergibt sich erst aus der Gesamtschau und Gewichtung der verschiedenen wirtschaftsrelevanten Normen der Verfassung. Entsprechend der geringen Klarheit der alten Verfassung in diesem Bereich wurden von der Lehre verschiedene Deutungen vorgeschlagen⁷, auf die in diesem Rahmen nicht näher eingetreten werden kann. Dabei geht es vor allem um verschiedene Auffassungen bezüglich Funktion und Stellung der *Wirtschaftsfreiheit* innerhalb der Wirtschaftsverfassung.

Unbestritten ist aber, dass die Wirtschaftsfreiheit und die Eigentums-garantie als Grundrechte tragende Säulen der Wirtschaftsverfassung darstellen. Daneben sind dem Bund im Bereich der *Ordnungs-, Struktur- und Ablaufpolitik* verschiedene bedeutsame wirtschaftspolitische Befugnisse aufgetragen, die diesem Verfassungsbereich ein eigenes Gepräge geben.

Zwei *staatszielartige Bestimmungen* der alten BV – nämlich der *Zweckartikel* der Bundesverfassung (Art. 2 aBV) und der sog. *Wohlfahrtsartikel* (Art. 31^{bis} Abs. 1 aBV) – stellen die Wirtschaftsverfassung in einen umfassenderen Kontext: Wirtschaftsfreiheit und privatwirtschaftliche Ordnung sind nicht allein Zweck für sich, entsprechen nicht nur dem Grundbedürfnis freier und selbstverantwortlicher Lebensgestaltung, sondern stellen auch ein Mittel zur Verwirklichung gerechter Lebensverhältnisse und zur «Beförderung» der «gemeinsamen Wohlfahrt» dar.

B. Wirtschaftsfreiheit

Unter den wirtschaftsrelevanten Bestimmungen der geltenden Bundesverfassung spielt die seit 1874 bundesweit gewährleistete *Handels- und Gewerbefreiheit* (Art. 31 aBV) eine herausragende Rolle. In der reichhaltigen Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde die Handels- und Gewerbefreiheit zur *umfassenden Wirtschaftsfreiheit* geformt, die den *freien Zugang* zu allen privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeiten (Berufswahl- und Berufszugangsfreiheit) sowie die *freie Berufsausübung* gewährleistet (Berufsausübungsfreiheit)⁸.

Als grundlegendes *objektives Gestaltungsprinzip* prägt die Handels- und Gewerbefreiheit (wie auch die Eigentums-garantie) darüberhinaus die gesetz-

⁶ Vgl. im Gegensatz dazu Art. 3a Abs. 2 EGV, der vom «Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb» spricht.

⁷ Vgl. zu den verschiedenen Konzeptionen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung RENÉ RHINOW in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Zürich/Bern 1987, Rz. 17 ff. zu Art. 31.

⁸ Vgl. RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1998, 96 ff. sowie zuletzt BGE 123 I 217; 123 I 15.

liche Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung. Neben der *individualrechtlichen Schutzfunktion* erfüllt die Handels- und Gewerbefreiheit deshalb auch *institutionelle (wirtschaftssystembezogene oder wohl einfacher und besser «ordnungspolitische»)*, sowie *bundesstaatliche* und *demokratische Funktionen*⁹.

In der neuen Bundesverfassung findet sich die Wirtschaftsfreiheit, die nun auch ausdrücklich so genannt wird, als Freiheitsrecht im Katalog der Grundrechte (Art. 27 BV). Während damit ihre individualrechtliche Tragweite hier verankert wird, sind ihre anderen Funktionen sowie die übrigen Bereiche der Wirtschaftsverfassung an anderer Stelle geregelt, insbesondere im Abschnitt über die Wirtschaft (Art. 94–107 BV).

In Art. 27 Abs. 2 BV wird die Wirtschaftsfreiheit in ihrem grundrechtlichen Gehalt schwerpunktartig und beispielhaft konkretisiert. Sie umfasst insbesondere die *freie Wahl des Berufes* sowie den *freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit* und deren *freie Ausübung*. Sowohl der Wechsel in der Terminologie als auch die Bezeichnung wichtiger Teilgehalte stehen im Einklang mit der einhelligen Lehre und der Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁰. Nicht übernommen wurde der in Art. 31 Abs. 1 aBV enthaltene Passus «im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft». Dieser Zusatz versteht sich für die *individualrechtliche* Funktion der Wirtschaftsfreiheit von selbst, gelten doch sämtliche Grundrechte der Bundesverfassung für die ganze Schweiz. Der in dieser Wendung enthaltene Hinweis auf die *Binnenmarktfunktion* der Wirtschaftsfreiheit findet sich neu und systematisch richtig im Aufgabenteil der Verfassung (Art. 95 Abs. 2 BV)¹¹.

C. Schranken der Wirtschaftsfreiheit im allgemeinen

Fragen zu Art. 27 BV ergaben sich in den parlamentarischen Beratungen vor allem deshalb, weil dieser – im Gegensatz zur alten Bundesverfassung – keinen *Schrankenvorbehalt* enthält. Als Individualrecht kann die Wirtschaftsfreiheit – wie die meisten anderen Freiheitsrechte¹² – gestützt auf eine gesetzliche Grundlage, durch ein hinreichendes öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gedeckt, im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips und unter Wahrung des Kerngehaltes eingeschränkt werden. Diese allgemeine Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe wurden am

⁹ Zu den verschiedenen Funktionen der HGF vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (Anm. 8), 75 ff.

¹⁰ Vgl. anstelle vieler RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (Anm. 8), 96 m.w.H.

¹¹ Vgl. auch KLAUS A. VALLENDER, Nachführung der Wirtschaftsverfassung, ZBl 1997, 492 f.

¹² Die Menschenwürde und das Recht auf Hilfe in Notlagen sind indessen nicht beschränkbar.

Ende des Kapitels über die Grundrechte in Art. 36 BV normiert. Der *Verfassungsvorbehalt* von Art. 31 Abs. 1 aBV, welcher für Eingriffe in die HGF eine Grundlage in der Bundesverfassung verlangt, wurde hingegen nicht aufgenommen.

Eine entsprechende Bestimmung fand sich im VE 95 in Art. 21 Abs. 3¹³. Dort war jedoch von Abweichungen vom Grundsatz des *freien Wettbewerbs* die Rede, was zahlreiche Einwände unter den Vernehmlassern hervorrief¹⁴. Kritiker erblickten in der Streichung des Verfassungsvorbehalts eine Schutzverminderung der HGF¹⁵.

Auf einen *allgemeinen Verfassungsvorbehalt* konnte indessen verzichtet werden, ohne dass dadurch die Hürden für Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit gesenkt worden sind¹⁶. Denn für den *Bund* erweist er sich insofern als leerlaufend, als dieser für sämtliche Aufgaben ohnehin über eine besondere Verfassungsgrundlage verfügen muss¹⁷. Eine entsprechende allgemeine Bundeskompetenz über die Ausübung von Handel und Gewerbe (Art. 31^{bis} Abs. 2 aBV) wurde in Art. 95 Abs. 1 BV übernommen; neu ist nun von der Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit die Rede. Die *Kantone* benötigen im Rahmen ihrer Autonomie keine bundesverfassungsrechtliche Ermächtigung zur Erfüllung wirtschaftspolitischer Aufgaben. Nur wenn sie vom *Grundsatz* der Handels- und Gewerbefreiheit abweichen wollen, brauchen sie auch weiterhin eine besondere Ermächtigung. Der Grund dafür liegt im *besonderen Verfassungsvorbehalt*, auf den sogleich näher einzugehen ist.

Wegen des allgemeinen Verfassungsvorbehalts hält Art. 31 Abs. 2 aBV, der die *Kantone* zum Erlass von Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerbe sowie deren Besteuerung ermächtigt, für eine grundsatzkonforme Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit ebenfalls eine allgemeine Grundlage bereit. Die neue Verfassung beseitigt beides, den allgemeinen Verfassungsvorbehalt und die allgemeine Kompetenzgrundlage für die *Kantone*. In der Summe ändert sich also am gegenwärtigen Rechtszustand nichts.

¹³ Art. 21 Abs. 3 VE 95 lautete: «Abweichungen vom Grundsatz des freien Wettbewerbs bedürfen einer Grundlage in der Bundesverfassung».

¹⁴ Vgl. BBI 1997 I 177.

¹⁵ Vgl. FRITZ EBNER, Zusätze wider die Wirtschaftsfreiheit, NZZ vom 23. Februar 1998, 11; auch VALLENDER (Anm. 11), 493 stellt diese Änderung gegenüber dem geltenden Wortlaut fest. Eine Minderheit der nationalrätlichen Verfassungskommission wollte denn auch den Verfassungsvorbehalt wieder aufnehmen. Sie schlug vor, den Art. 23 um einen Abs. 3 mit folgendem Wortlaut zu erweitern: «Abweichungen von der Wirtschaftsfreiheit bedürfen einer besonderen Grundlage in der Verfassung».

¹⁶ Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Abwertung der Wirtschaftsfreiheit?, NZZ vom 26. Februar 1998, 17; LUZIUS MADER, Die Nachführung der Wirtschaftsverfassung, NZZ vom 8. Januar 1998, 13.

¹⁷ Vgl. Art. 3 BV, der Art. 3 aBV entspricht, und Art. 42 Abs. 1 BV.

D. Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit

1. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit als Angelpunkt der Wirtschaftsverfassung

Zu den auffälligsten Merkmalen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung gehört die Methode, mit der die *Grenzen* der wirtschaftsrechtlichen *Handlungsbefugnisse* des Bundes beziehungsweise der Kantone bestimmt werden. Bund und Kantone dürfen nämlich den *Grundsatz* der Wirtschaftsfreiheit nicht verletzen. Wirtschaftsbezogene Sachaufgabennormen werden seit 1947 wegen dieses Vorbehalts regelmässig mit Klauseln versehen, die das *Verhältnis* der fraglichen Norm zur *Handels- und Gewerbefreiheit* zum Gegenstand haben.

Zusammenfassend ergibt sich folgendes Bild¹⁸:

Die *Kantone* dürfen «den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit» nicht «beeinträchtigen» (Art. 31 Abs. 2 aBV). Ausnahmen sieht die alte Bundesverfassung einzig für den Bereich der historischen kantonalen Regalrechte (Art. 31 Abs. 2 Satz 2 aBV) sowie für das Gastwirtschaftsgewerbe (Art. 31^{ter} aBV) vor.

Dasselbe gilt grundsätzlich auch für den *Bund*: Dieser ist an den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit gebunden, wie sich aus Art. 31^{bis} aBV und anderen Verfassungsbestimmungen ergibt (Art. 31^{bis} Abs. 2 und 3, Art. 31^{sexies} Abs. 1, Art. 32^{quater} Abs. 5 aBV). Abweichungen vom Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit sind nur dann zulässig, wenn die Verfassung den Bundesgesetzgeber – stillschweigend oder ausdrücklich – dazu ermächtigt. Die Bundesverfassung enthält zahlreiche derartige Ermächtigungen, so insbesondere für die Landwirtschafts-, die Struktur-, die Landesversorgungs-, die Konjunkturpolitik (vgl. Art. 31^{octies}, Art. 31^{bis}, Art. 31^{quinquies} aBV).

Dreh- und Angelpunkt der schweizerischen Wirtschaftsverfassung ist somit nicht die Wirtschaftsfreiheit allein, sondern auch der *Grundsatz* der Wirtschaftsfreiheit (Art. 31 Abs. 2, Art. 31^{bis} Abs. 2 aBV). Die nähere inhaltliche Bestimmung dieses Grundsatzes definiert das Verhältnis von wirtschaftspolitischen Handlungsbefugnissen und deren grundrechtlichen Schranken. Sie beantwortet mithin die Frage, in welchem Ausmass der Wettbewerb als Hauptpfeiler einer Marktwirtschaftsordnung verfassungsrechtlich geschützt sei und regelt schliesslich auch das Verhältnis von Bundeszuständigkeiten und kantonaler Autonomie im Bereich der Wirtschaftspolitik und teilweise auch der Sozialpolitik. Probleme bereitet die beschriebene Schrankensystematik bei der Handels- und Gewerbefreiheit zunächst wegen ihrer textlichen Unbestimmtheit. Hinzu kommt, dass die Ökonomen mit der verfassungsrechtlichen und der bundesgerichtlichen Terminologie wenig anzufangen wissen.

¹⁸ Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Schweizerische und Europäische Wirtschaftsverfassung im Vergleich, ZBI 1996, 56.

2. Die Konkretisierung des «Grundsatzes der HGF»

Der Verfassungswortlaut gibt die inhaltliche Tragweite des verfassungsrechtlichen Schlüsselbegriffs «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» nicht näher zu erkennen. Es ist Aufgabe von *Lehre und Praxis*, dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit Konturen zu verleihen. Einen wichtigen – wenn auch nicht erschöpfenden und auch nicht durchwegs überzeugenden – Beitrag zur Deutung dieses spezifischen Schrankenregimes leistet die Rechtsprechung des Bundesgerichts, die zwar im wesentlichen zu kantonalen Grundrechtsbeschränkungen ergangen ist, jedoch auch für die Bundesebene Beachtung erheischt.

In Konkretisierung des in Art. 31 Abs. 2 aBV verankerten Verbots, den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit zu beeinträchtigen, hat das Bundesgericht die Maxime entwickelt, dass «nicht jedes irgendwie geartete öffentliche Interesse» einen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit zu rechtfertigen vermag¹⁹. Grundsatzwidrig und daher *unzulässig sind Massnahmen, die* (gemäss der gängigen höchstrichterlichen Formel) *«den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen»*²⁰ bzw. um «das Wirtschaftsleben nach einem festen Plan zu lenken»²¹. Die Intervention «nel gioco della libera concorrenza»²² ist grundsätzlich untersagt.

Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre bezeichnen diese unzulässigen Beschränkungen als wirtschaftspolitische Massnahmen²³.

Als *grundsatzkonform* und damit als grundsätzlich zulässig gelten demgegenüber:

- *wirtschaftspolizeiliche Massnahmen*, d.h. Massnahmen zum Schutz der traditionellen Polizeigüter (Gefahrenabwehr);
- *sozialpolitische Massnahmen*; dies seit dem viel diskutierten Urteil Righi aus dem Jahre 1971²⁴, in der Sache freilich schon zuvor;
- *andere Massnahmen, die nicht primär ökonomische Ziele* verfolgen (Raumplanung, Natur- und Heimatschutz, Umweltschutz, Sprachenpolitik usw.).

¹⁹ Vgl. BGE 109 Ia 36; 118 Ia 176; BGE 119 Ia 382.

²⁰ BGE 118 Ia 176.

²¹ BGE 111 Ia 186.

²² BGE 119 Ia 382.

²³ Dies erscheint wenig sinnvoll, weil damit vom ökonomischen Begriff der Wirtschaftspolitik abgewichen wird und weil wirtschaftspolitische Förderungsmassnahmen nicht zwingend die Marktmechanismen verfälschen müssen.

²⁴ BGE 97 I 506.

Dem grundsätzlichen Verbot wettbewerbsverzerrender Massnahmen entspricht ein in Art. 31 aBV wurzelnder Gleichbehandlungsanspruch: «*Gewerbegenossen*» – wie das Bundesgericht sich etwas altmodisch ausdrückt – haben einen *verfassungsmässigen Anspruch auf Gleichbehandlung*, insbesondere auf gleiche Marktzutrittschancen²⁵. Grundsätzlich *unzulässig* sind aus dieser Perspektive Massnahmen, die bestimmten Marktteilnehmern (den bereits Etablierten, den Einheimischen usw.) vorteilhafte Positionen verschaffen oder die einen Markt abriegeln und neue Konkurrenz behindern oder fernhalten. Lehre und Praxis sprechen in diesem Zusammenhang auch von einem *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität* staatlichen Handelns²⁶.

Den «Grundsatz wahren» bedeutet demnach im wesentlichen: Bindung an die zentralen Elemente des *Marktmechanismus*, Verbot einer Verzerrung oder gar Ausschaltung des Spiels von Angebot und Nachfrage und folglich des Preismechanismus.

3. Die Regelung in der neuen Bundesverfassung

Die neue BV teilt die Schrankenregelung für die Wirtschaftsfreiheit – wie oben erwähnt – auf. Im Kapitel über die Grundrechte finden sich die allgemeinen Regeln über Freiheitsrechtsbeschränkungen (Art. 36 BV). Der besondere Verfassungsvorbehalt der Bindung an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit wird in einen eigenen Artikel über «Grundsätze der Wirtschaftsordnung» (Art. 94 BV) eingebettet, der seinerseits in den Abschnitt «Wirtschaft» im Kapitel betreffend die Bundeskompetenzen eingegliedert ist. Die Positionierung dieses Verfassungsvorbehaltes im Aufgabenteil erscheint überzeugend, da es sich hier nicht um individualbezogene, sondern ordnungspolitische Schranken handelt.

Art. 94 BV enthält kein eigentliches Bekenntnis für ein bestimmtes Wirtschaftssystem²⁷. Er hält aber in Abs. 1 klar fest, Bund und Kantone hätten sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu halten. In Abs. 4 heisst es, Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit seien nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung selbst vorgesehen sind. Damit wird das der geltenden Bundesverfassung eigentümliche «Grundsatz- und Abweichungskonzept» telquel weitergeführt. Die alte Schrankensystematik der Wirt-

²⁵ Vgl. BGE 121 I 135 und 121 I 279.

²⁶ Vgl. RHINOW (Anm. 7), Rz. 43 zu Art. 31; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. Aufl. Bern 1999, 656.

²⁷ Dies bemängelt GEORG MÜLLER, Mangelnde Klarstellung der Wirtschaftsfreiheit, NZZ vom 29. April 1997, 15; *derselbe.*, Die unausgesprochene Marktwirtschaft, in NZZ vom 10. Januar 1998, 83.

schaftsfreiheit ist folglich auch die neue, der *besondere Verfassungsvorbehalt*, der für *grundsatzwidrige* Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit eine Grundlage in der Bundesverfassung verlangt, wird unverändert übernommen.

Zwischen diesen beiden Absätzen von Art. 94 BV wird Bund und Kantonen aufgetragen, «die Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft zu wahren und, zusammen mit der privaten Wirtschaft²⁸ zum Wohlstand und zur sozialen Sicherheit beizutragen (Abs. 2) sowie für günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft zu sorgen (Abs. 3). Diese wenig einleuchtende Aufsplitterung der Regelung über die Tragweite des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit entspricht dem Entwurf des Bundesrates; sie zu korrigieren wurde in den parlamentarischen Beratungen vergeblich versucht²⁹.

Die durch Lehre und Rechtsprechung geleistete *Konkretisierung des Grundsatzes der HGF*³⁰ fand im Entwurf des Bundesrates keinen Niederschlag im Verfassungstext. Ein zentrales Anliegen der Aktualisierung der Verfassung, die Präzisierung und Vervollständigung des Textes durch Berücksichtigung der richterlichen Rechtsfortbildung, wäre somit in diesem Bereich gänzlich unerfüllt³¹. Immerhin haben die eidgenössischen Räte in Art. 94 Abs. 4 BV den konkretisierenden Passus eingefügt, dass unter Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit «insbesondere auch Massnahmen (zu verstehen sind), die sich gegen den Wettbewerb richten»³².

Die bereits erwähnte Aufforderung in Art. 94 Abs. 2 BV, dass auch die *private Wirtschaft* zur Wohlfahrt und zur wirtschaftlichen Sicherheit der Bevölkerung beizutragen habe, verfügt nicht über einen justiziablen normativen Gehalt; es kommt ihr lediglich eine – allerdings politisch bedeutsame – Appellfunktion zu. In den parlamentarischen Beratungen wurden – richtigerweise ohne Erfolg – verschiedene Vorschläge eingebracht, welche die Bindung der Wirtschaft an das Gemeinwohl noch deutlicher verankern wollten³³.

²⁸ Angesprochen wird hier die «private Wirtschaft» als gesellschaftliches Subsystem, nicht die einzelnen Unternehmungen als wirtschaftliche Akteure. So auch LUZIUS MADER, Die Sozial- und Umweltverfassung, AJP 1999, 702.

²⁹ Vgl. Art. 85 des Entwurfs der ständerätlichen Verfassungskommission, BBl 1998 460.

³⁰ Vgl. dazu oben II. D.

³¹ Gegen eine Konkretisierung des Grundsatzes der HGF in der nachgeführten Verfassung wendet sich PAUL RICHTI, Korrekte Nachführung der Wirtschaftsverfassung, NZZ vom 13. Juni 1997, 15. Vgl. auch Anm. 29.

³² Dieser im Einklang mit Lehre und Rechtsprechung stehende Konkretisierungspassus geht auf einen Antrag der ständerätlichen Verfassungskommission zurück. Von Seiten einiger Wirtschaftsverbände wurde gegenüber diesem Passus der Vorwurf eines fatalen Fehlentscheides und der Relativierung der Wirtschaftsfreiheit erhoben. Dies ist nicht nur als grotesk zu bezeichnen, sondern belegt das weit verbreitete, fehlende Verständnis oder Fehlverständnis der geltenden Wirtschaftsverfassung.

³³ Eine Minderheit der nationalrätlichen Verfassungskommission wollte die soziale Verpflichtung der Wirtschaft mit einer Ergänzung von Art. 23 VE 96 wie folgt in den Vordergrund rücken. «Sie [die Wirtschaftsfreiheit] darf nicht im Gegensatz zum Gemein-

E. Weitere Elemente der Wirtschaftsverfassung

1. Die Regelung in der alten Bundesverfassung

Von den zahlreichen wirtschaftlichen Kompetenz- und Aufgabennormen der geltenden Verfassung sind in erster Linie die sog. *Wirtschaftsartikel* von 1947 zu erwähnen. So begründet Art. 31^{bis} aBV umfangreiche Bundeskompetenzen zur Beaufsichtigung, Förderung und Lenkung der Wirtschaft (Abs. 2 und 3) und weist dem Bund wettbewerbspolitische Verantwortung zu (Abs. 3 Bst. d, sog. Kartellartikel). In diesem «Konglomeratsartikel» (GYGI) finden zentrale Felder staatlicher Wirtschaftspolitik ihre verfassungsrechtliche Grundlage.

Art. 31^{bis} aBV räumt dem Bund zunächst die Befugnis zur *Regelung der Handels- und Gewerbeausübung* und zur *Wirtschaftsförderung* ein (Abs. 2). In fünf Bereichen werden *weitergehende Interventions- und Lenkungsbefugnisse* geschaffen (Abs. 3):

- zur Erhaltung wichtiger, existentiell gefährdeter Wirtschaftszweige oder Berufe (Bst. a),
- zur Erhaltung der Landwirtschaft (bis 1996 Bst. b; vgl. jetzt Art. 31^{octies} BV),
- zum Schutz wirtschaftlich bedrohter Landesteile (Bst. c),
- zur Bekämpfung schädlicher Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen (Bst. d) sowie
- zur Sicherstellung der Landesversorgung und der wirtschaftlichen Landesverteidigung (Bst. e).

In diesen Bereichen kann der Bund, wenn auch nur «nötigenfalls», vom Grundsatz der Handels- und Gewerbebefreiheit abweichen (Abs. 3 Ingress).

Daneben ermächtigen weitere Bestimmungen den Bund zur Beeinflussung des Wirtschaftsgeschehens (z.B. Konjunkturartikel, Art. 31^{quinquies} aBV, Notenbankartikel, Art. 39 aBV, u.w.m.).

Die *Hauptverantwortung* für die zentralen Felder der Wirtschaftspolitik (Ordnungs-, Ablauf-Strukturpolitik) wird klarerweise in die Hände des *Bundes* gelegt. Die Kantone bleiben im wesentlichen darauf beschränkt, Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerbe zu erlassen (Art. 3 bzw. Art. 31 Abs. 2 aBV) und, in Grenzen, Wirtschaftsförderung zu betreiben.

2. Die Regelung in der neuen Bundesverfassung

Die neue Bundesverfassung fasst die Verantwortlichkeiten des Bundes im Bereich der Wirtschaftspolitik in einem besonderen Abschnitt zusammen.

Die *Reihenfolge* der einzelnen Artikel wurde vom Parlament gegenüber dem bundesrätlichen Entwurf abgeändert; es folgen sich neu im wesentlichen *ordnungspolitische, ablaufpo-*

wohl oder in einer Weise ausgeübt werden, die der Sicherheit, der Freiheit und der Würde des Menschen schadet.» Darüberhinaus wollten verschiedene Minderheiten derselben Kommission entweder die Wirtschaftstätigkeit in eine nachhaltige Entwicklung einbinden oder Bund und Kantone verpflichten, eine auf Vollbeschäftigung ausgerichtete Wirtschaftspolitik zu betreiben und eine gerechte Einkommens- und Vermögensverteilung anzustreben.

litische und strukturpolitische Bundesaufgaben, doch ist keine eindeutige Abgrenzung zwischen diesen Politikbereichen durchführbar³⁴.

Von den einzelnen Verantwortlichkeiten seien stichwortartig und selektiv erwähnt:

- der neue Verfassungsauftrag an den Bund, für einen *einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum* zu sorgen (Art. 95 Abs. 2 BV) – heute im integrationspolitischen Umfeld (fast?) zur Selbstverständlichkeit geworden, bis vor kurzem aber noch Schreckgespenst protektionistisch gesinnter Kantonalisten;
- ein eigener Artikel zur *Wettbewerbspolitik* (Art. 96 BV), der Art. 31^{bis} Abs. 3 Bst. d und Art. 31^{septies} aBV nachführt und der zudem eine ausdrückliche Verfassungsgrundlage für Massnahmen gegen den unlauteren Wettbewerb einführt (die bisher hauptsächlich auf Art. 31^{bis} Abs. 2 aBV abgestützt wurden);
- ein neuer *Statistikartikel* (Art. 65 BV; von den Räten aufgenommen);
- der Verzicht auf die *Golddeckungspflicht* und Einlösungspflicht für Banknoten und andere gleichartige Geldzeichen (Art. 99 BV; von den Räten eingefügt), entsprechend einer jahrzehntelangen Verfassungspraxis; ein Versuch, einen neuen Währungsartikel zu schaffen, ist kürzlich in den Räten gescheitert³⁵;
- die Abschaffung der kantonalen *Bedürfnisklausel* für das Gastgewerbe, erleichtert allerdings durch eine 10jährige Übergangsfrist (Art. 196 Ziff. 7 BV; von den Räten eingefügt)³⁶;
- sowie ein neuer Artikel über die *Aussenwirtschaftspolitik* (Art. 101 BV), der die spärlichen Grundlagen im geltenden Verfassungstext sinnvoll verdeutlicht³⁷, ohne allerdings explizit Ziele der Aussenwirtschaftspolitik zu

³⁴ Im bundesrätlichen Entwurf wurde – nach den «Grundsätzen der Wirtschaftsordnung» und der «privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit» nacheinander geregelt: Wettbewerbspolitik, Schutz der Konsumenten, Geld- und Währungspolitik, Banken und Versicherungen, Konjunkturpolitik, Strukturpolitik, Aussenwirtschaftspolitik, Landesversorgung, Landwirtschaft, Alkohol, Glücksspiele, Waffen- und Kriegsmaterial. Im geltenden Text wird die Banken und Versicherungsaufsicht vor der Geld- und Währungspolitik und die Strukturpolitik nach der Landesversorgung geregelt.

³⁵ Der Nationalrat lehnte eine entsprechende Vorlage in der Schlussabstimmung vom 18. Juni 1999 infolge einer unheiligen Allianz von rechten und linken Gegnern ab (vgl. Amtl. Bull. NR 1999, 1402 ff.).

³⁶ Der Bundesrat hielt – seinem eng verstandenen Nachführungskonzept entsprechend – an der Bedürfnisklausel fest. Die Streichung ging auf einen Vorschlag der ständerätlichen Verfassungskommission zurück.

³⁷ Der alte Verfassungstext begnügt sich im wesentlichen mit der Übertragung der Zollhoheit an den Bund (Art. 28 aBV). Die Einbindung der Wirtschaftsgesetzgebung in das weitgespannte Netz bilateraler und multilateraler völkerrechtlicher Verpflichtungen,

formulieren³⁸. Interessant ist der Vorbehalt in Abs. 2, wonach der Bund Massnahmen zum Schutz der inländischen Wirtschaft treffen kann, dies allerdings – nach einer von den Räten eingefügten Klausel – nur «in besonderen Fällen»³⁹.

III. Sozialverfassung

A. Die Regelung in der alten Bundesverfassung

Der Begriff des *Sozialstaates*⁴⁰ taucht in der alten BV an keiner Stelle auf⁴¹. Überhaupt hat es sich erst in den letzten 15 Jahren (zunehmend) eingebürgert, die sozialrelevanten Normen der Bundesverfassung als eigenen Verfassungsbereich zu perzipieren und als Sozialverfassung zu deklarieren. Wie bei der Wirtschaftsverfassung fehlt es auch hier an einer durchgehenden Systematik. Auch der Gehalt der Sozialverfassung ergibt sich erst aus der Verbindung und Gewichtung verschiedener über den gesamten Text verstreuter Bestimmungen⁴². Dazu treten Elemente des ungeschriebenen Verfassungsrechts. Heute setzt sich das Ensemble der sozialrelevanten Verfassungsnormen aus programmatischen Bestimmungen, Kompetenznormen, Teilgehalten klassischer Gesetzgebungsaufträge, Grundrechten und Sozialrechten zusammen.

zuletzt aufgrund des Beitritts der Schweiz zur WTO, hat im Text der alten Verfassung keinen Niederschlag gefunden. Dies steht in auffälligem Kontrast zur eingehend geregelten und grundrechtlich austarierten Binnenwirtschaftsverfassung.

³⁸ Demgegenüber enthält Art. 54 Abs. 2 BV einen Katalog allgemeiner aussenpolitischer Ziele.

³⁹ Der bundesrätliche Entwurf hatte diese Einschränkung auf «besondere Fälle» noch nicht enthalten. Diese wurde erst durch das Parlament eingefügt. In der Tat würde es anachronistisch anmuten, wenn im Zeitalter der sich öffnenden Märkte die Schweiz als Verfechterin des freien Welthandels eine unbegrenzte Protektionsklausel auf Verfassungsebene eingeführt hätte – und dies erst recht, weil die Verfassung keine Ziele der Aussenwirtschaftspolitik aufnimmt.

⁴⁰ Zur Sozialstaatlichkeit als Strukturelement der Eidgenossenschaft vgl. HÄFELIN/HALLER (Anm. 5), Rz. 153 f.; HANS PETER TSCHUDI, Die Sozialverfassung der Schweiz, Bern 1986, 1.

⁴¹ Vgl. im Gegensatz dazu die Art. 20 und 28 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland (GG), Art. 1 der französischen Verfassung.

⁴² Vgl. zur Sozialverfassung neuestens PETER UEBERSAX, Stand und Entwicklung der Sozialverfassung der Schweiz, AJP 1998, 3 ff.

1. Programmatische Zielnormen

Der *Zweckartikel* (Art. 2 aBV) setzt dem Bund u.a. das Ziel der Förderung der *gemeinsamen Wohlfahrt*. Der erste Absatz von Art. 31^{bis} aBV enthält den Verfassungsauftrag, der Bund habe «... im Rahmen seiner verfassungsmässigen Befugnisse die zur Mehrung der Wohlfahrt des Volkes und zur wirtschaftlichen Sicherung der Bürger geeigneten Massnahmen» zu treffen. Beide Bestimmungen sind programmatischer Natur und beeinhalteten keine Zuständigkeitsnormen; sie stellen hingegen die gesamte Tätigkeit des Bundes in einen weiteren, umfassenden Rahmen⁴³ und gelten gemeinhin als helvetisch temperierte Sozialstaatsklausel.

2. Bundeskompetenzen und Gesetzgebungsaufträge

Den in praktischer Hinsicht bedeutsamsten Teil der geschriebenen Sozialverfassung bilden die verschiedenen Kompetenzbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge im sozialen Bereich, allen voran diejenigen, welche die verschiedenen *Sozialversicherungen* betreffen⁴⁴. Darin wird der Bund mit dem Aufbau eines Systems der sozialen Sicherheit betraut. Daneben enthalten etliche weitere Bestimmungen, auf die hier nicht im Einzelnen eingegangen werden kann, sozialstaatliche Komponenten⁴⁵.

3. Teilgehalte klassischer Grundrechte und Sozialrechte

Ausgewählte *Sozialrechte* der Bundesverfassung runden das Bild ab. Dazu gehören die sog. *kleinen Sozialrechte*, die in der Rechtspflege des Bundes eine

⁴³ Vgl. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Zürich/Bern 1987, Rz. 21 ff. zu Art. 2; RHINOW (Anm. 7), Rz. 19 f. zu Art. 31^{bis}.

⁴⁴ Es sind dies (aBV):

Art. 18 Abs. 2	Militärversicherung,
Art. 22 ^{bis} Abs. 6	Versicherung und Erwerbsersatz für Zivilschutzpflichtige,
Art. 34 ^{bis}	Kranken- und Unfallversicherung,
Art. 34 ^{ter} Abs. 1 lit. d	Erwerbsersatz bei Militärdienst,
Art. 34 ^{quater}	Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, berufliche Vorsorge,
Art. 34 ^{quinqies} Abs. 2	Familienzulagen,
Art. 34 ^{quinqies} Abs. 4	Mutterschaftsversicherung,
Art. 34 ^{novies}	Arbeitslosenversicherung und -fürsorge.

⁴⁵ Genannt seien als Beispiele: Art. 48 aBV (Prinzip der Unterstützung durch den Wohnkanton), Art. 64^{ter} aBV (Opferhilfe), Art. 31^{sexies} aBV (Konsumentenschutz). Als Gesetzgebungsauftrag im Bereich der Rechtsgleichheit vgl. etwa Art. 4 Abs. 2 aBV: Herstellung der Geschlechtergleichheit. Eine ausführliche Aufstellung der einzelnen Bestimmungen findet sich bei UEBERSAX (Anm. 42), 5 f.

besondere Behandlung erfahren haben⁴⁶: das Recht auf unentgeltlichen Primarschulunterricht (Art. 27 Abs. 2 aBV), auf schickliche Beerdigung (Art. 53 Abs. 2 aBV) und auf unentgeltliche militärische Ausrüstung (Art. 18 Abs. 3 aBV). Bis heute kennt die Bundesverfassung hingegen keine eigentlichen (grossen) sozialen Grundrechte⁴⁷, wie ein Recht auf Bildung, auf Arbeit oder auf Wohnung. Verfassungsrechtlich gewährleistete, grundrechtliche Leistungsansprüche gegen den Staat hat das Bundesgericht bisher nur in zwei Fällen anerkannt: als Recht auf *unentgeltliche Rechtspflege*, das aus Art. 4 aBV abgeleitet wird⁴⁸, sowie neuerdings – einem Ruf der Lehre⁴⁹ ebenso folgend wie den Pionierleistungen neuerer Kantonsverfassungen⁵⁰ – als ungeschriebene verfassungsmässige *Garantie der Existenzsicherung*⁵¹.

B. Die Regelung in der neuen Bundesverfassung

1. Verheissungen und Grenzen

Auch die neue Sozialverfassung wird wie die alte von einer Normenvielfalt geprägt, die Programmatik und Zielnormen, anspruchsbegründende subjektive Rechte, Kompetenznormen und Gesetzgebungsaufträge umfasst; immerhin sind zwei der drei sog. kleinen Sozialrechte nicht mehr in die neue BV aufgenommen worden: der Anspruch des Wehrmannes auf unentgeltliche Ausrüstung⁵² und das Recht auf ein schickliches Begräbnis⁵³, das vom Schutz der

⁴⁶ Die Beschwerde wegen Verletzung dieser Grundrechte (sog. kleine staatsrechtliche Beschwerde) geht letztinstanzlich an den Bundesrat und nicht wie sonst üblich an das Bundesgericht, vgl. Art. 73 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021). Dazu: RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 1395 ff.

⁴⁷ Vgl. dazu immer noch grundlegend: JÖRG PAUL MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, 2. Auflage, Basel 1981 und *derselbe*, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, 59 ff.

⁴⁸ Vgl. ANDREAS KLEY-STRULLER, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, AJP 1995, 179 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS (Anm. 46), Rz. 233 ff.

⁴⁹ Vgl. insbesondere JÖRG PAUL MÜLLER (Anm. 47) und *derselbe*, Grundrechte (Anm. 26), 166 ff.; TSCHUDI (Anm. 40), 29.

⁵⁰ Vgl. § 16 der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984 (SR 131.222.2); Art. 29 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (SR 131.212); Art. 24 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Appenzell-Ausserrhodon vom 30. April 1995 (SR 131.224.1).

⁵¹ Erstmals anerkannt in BGE 121 I 367, bestätigt in BGE 122 I 101 und 122 I 193.

⁵² Art. 18, Abs. 3 aBV; er wird nur noch auf Gesetzesebene geregelt.

⁵³ Art. 53 Abs. 2 aBV.

neu verankerten Menschenwürde⁵⁴ gedeckt wird. Inhaltlich-substantiell hat sich kaum etwas geändert. Hingegen wird im Sinne der Aktualisierung die Sozialstaatlichkeit mit ihren Verheissungen und Grenzen deutlicher, transparenter und geordneter im Verfassungstext zum Ausdruck gebracht.

Beginnen wir mit den *Verheissungen*. Zu erwähnen sind etwa die ausgebauten *programmatischen Bestimmungen* in der *Präambel*, namentlich mit der auf ADOLF MUSCHG zurückgehenden Wendung, «dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen»; der *Zweckartikel* (Art. 2 BV), der der Eidgenossenschaft neu auferlegt, «für eine möglichst grosse Chancengleichheit unter den Bürgern und Bürgerinnen» (!) zu sorgen, beides Neuerungen die auf Bemühungen der Räte zurückgehen; der neu aufgenommene Katalog von *Sozialzielen* (Art. 41 BV), auf den zurückzukommen ist, sowie die bereits erwähnte *Wohlfahrtsklausel* in Art. 94 Abs. 2 BV, die Bund und Kantone vorschreibt, zur Wohlfahrt und zur wirtschaftlichen Sicherheit der Bevölkerung beizutragen – und dies zusammen «mit der privaten Wirtschaft».

Zu den Verheissungen kann man auch gewisse Verdeutlichungen zählen, die im übrigen auch fast alle von den Räten eingefügt wurden, so

- die Ausweitung des exemplifikativen Kataloges der verbotenen *Diskriminierungsfälle* in Art. 8 Abs. 2 BV auf die soziale Stellung, die Lebensform und die physische, psychische oder geistige Behinderung;
- die textliche Ausdehnung des bereits heute geltenden Gesetzgebungsauftrages zur Herstellung der *Geschlechtergleichheit* (Art. 4 Abs. 2 aBV) auf rechtliche und *faktische* Gleichheit (Art. 8 Abs. 3 BV);
- die Einführung eines neuen Gesetzgebungsauftrages zur *Beseitigung der Benachteiligung Behinderter* (Art. 8 Abs. 4 BV);
- die Anerkennung eines Anspruchs *von Kindern und Jugendlichen* auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung (Art. 11 BV);
- die Positivierung des Grundsatzes der *Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit* (neben den Grundsätzen der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit) als Konkretisierung des Rechtsgleichheitsgebotes (Art. 127 Abs. 2 BV); und schliesslich
- die Aufnahme des heute im Aufgabenteil der Verfassung «versteckten» *Anspruchs auf unentgeltlichen Grundschulunterricht* in den Grundrechtskatalog (Art. 19 BV) – ein Anspruch, der gemäss Verdeutlichung in Art. 62 Abs. 2 BV allen Kindern offensteht.

Die *Grenzen der Sozialverpflichtung* des Gemeinwesens werden auf der anderen Seite deutlicher markiert und mehrfach hervorgehoben. Hinzuweisen ist in erster Linie auf Art. 6 BV, der die *Eigenverantwortlichkeit* aller Men-

⁵⁴ Art. 7 BV.

schen und deren Pflicht festhält, nach Kräften an den (staatlichen und) gesellschaftlichen Aufgaben mitzuwirken. Auch im *Katalog der Sozialziele* wird expressis verbis die Subsidiarität aller staatlichen Verantwortung betont, indem die Verfolgung sozialer Ziele durch das Gemeinwesen nur «in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative» geschehen darf (Art. 41 Abs. 1 Ingress BV). Schliesslich wurde auch beim subjektiven Recht auf Hilfe in Notlagen durch die Räte eine Subsidiaritätsklausel angebracht (Art. 12 BV).

2. Sozialziele

In der Öffentlichkeit und in den parlamentarischen Beratungen standen zwei auf den ersten Blick neue Bestimmungen im Zentrum des Interesses: die *Sozialziele* (Art. 41 BV) und das *Recht auf Hilfe in Notlagen* (Art. 12 BV)⁵⁵.

Die Sozialziele decken – nach dem Vorbild verschiedener neuer Kantonsverfassungen⁵⁶ – in Form eines Kataloges eigentlicher *Staatszielbestimmungen* sieben Felder der modernen Sozialpolitik ab: soziale Sicherheit, Gesundheit, Familie⁵⁷, Arbeit, Wohnen, Bildung und Jugend.

Diese Sozialziele waren in der parlamentarischen Beratung vorerst umstritten. Einerseits wurden sie als falsches Zeichen zum unverantwortlichen *Ausbau des Sozialstaates*, zur Anheizung von unerfüllbaren Begehrligkeiten gedeutet. Andererseits bildeten diese Sozialziele eine *conditio sine qua non*, um dem Verfassungsentwurf überhaupt zustimmen zu können. Gerade in der heutigen Zeit der Gefährdung und des Rückgangs von Arbeitsplätzen sowie der wachsenden neuen Armut gelte es, am Sozialstaatskonzept festzuhalten.

Die Sozialziele wurden somit zum Glaubensbekenntnis, zur Gretchenfrage «wie hältst Du es mit dem Sozialstaat?» emporstilisiert. Der Streit um die Sozialziele wies einen *Symbolcharakter* auf, und dies ist im Rahmen von Verfassungsreformen gar nicht so untypisch. Auch die Wirtschaftsartikel von 1947 fanden am Ende nur eine Mehrheit, weil in Art. 31^{bis} Abs. 1 aBV der bereits zitierte Wohlfahrtsartikel als Programmnorm aufgenommen wurde⁵⁸.

⁵⁵ Auf die z.T. sprachlich neu gefassten Bundeskompetenzen und Verfassungsaufträge mit sozialpolitischer Bedeutung kann hier nicht näher eingegangen werden. Sie finden sich vornehmlich im 8. Abschnitt «Wohnen, Arbeit, soziale Sicherheit und Gesundheit» (Art. 108–120 BV), aber auch in anderen Bestimmungen (vgl. etwa Art. 54, 59 und 61, 62 Abs. 2, 66, 67, 92, 96, 97, 100, 102, 103, 105, 106, 124, 130 Abs. 2 BV).

⁵⁶ Vgl. § 25 der Verfassung des Kantons Argau vom 25. Juni 1980 (SR 131.227); § 17 der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984 (SR 131.222.2); Art. 22 der Verfassung des Kantons Solothurn vom 8. Juni 1986 (SR 131.221); Art. 30 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (SR 131.212); Art. 25 der Verfassung des Kantons Appenzell-Ausserrhodon vom 30. April 1995 (SR 131.224.1).

⁵⁷ Die Familie wurde durch die Räte aufgrund eines Antrages der nationalrätlichen Verfassungskommission eingefügt.

⁵⁸ Vgl. RHINOW (Anm. 7), Rz. 8 zu Art. 31^{bis}.

Die neuen Sozialziele bringen die Sozialstaatlichkeit detaillierter zum Ausdruck als der geltende Wohlfahrtsartikel, detaillierter aber auch als Sozialstaatlichkeitsklauseln in Verfassungen anderer westlicher Verfassungsstaaten⁵⁹. Sie sollen eine Brücke bilden zwischen den Grundrechten und den Kompetenz- und Aufgabenbestimmungen. Damit nehmen sie einerseits am Weihecharakter der Menschenrechte teil und bringen zum Ausdruck, dass Menschenrechte zur Verwirklichung auch auf ein soziales Substrat angewiesen sind, ohne selbst Grundrechte im juristischen Sinn darzustellen. Andererseits geben sie den sozialen Aufgaben von Bund und Kantonen eine Richtung an, ohne sich zu eigentlichen Kompetenznormen zu verdichten⁶⁰. Die Sozialstaatlichkeit als Strukturprinzip unseres Staatswesens gehört (wie die Rechtsstaatlichkeit in Art. 5 BV und die Bundesstaatlichkeit in Art. 3 BV) ausdrücklich in der Verfassung verankert⁶¹.

Das Parlament hat die bundesrätliche Fassung angereichert, teilweise umgestellt und in einzelnen Punkten verdeutlicht. So sind etwa Teilbereiche der sozialen Sicherheit dem Subsidiaritätsvorbehalt entzogen worden⁶².

Die Sozialziele fordern Bund und Kantone auf, sich für etwas «einzusetzen», gewisse Ziele «anzustreben». Damit wird eine Handlungsverpflichtung für alle Stufen des Bundesstaates statuiert⁶³. Die programmatischen Verpflichtungen stehen aber unter einem *fünffachen Vorbehalt*:

- Erstens ist zu wiederholen, dass mit ihnen *keine Bundeskompetenzen* begründet werden. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Kantonen bleibt vorbehalten (Art. 41 Abs. 3 BV).
- Zweitens vermitteln die Staatszielbestimmungen keine subjektiven Rechte, *keine unmittelbaren, neuen klagbaren Ansprüche* (Art. 41 Abs. 4 BV): So obliegt es dem Gesetzgeber von Bund und Kantonen, allfällige Ansprüche vorzusehen, wie das im Bereich der Sozialversicherungen auch getan worden ist.

⁵⁹ Vgl. Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes, Art. 1 der französischen Verfassung. Etliche europäische Staaten kennen aber ähnliche Kataloge von sozialen Rechten oder Zielen in ihren Verfassungen. Vgl. etwa Art. 23 der belgischen, § 15a der finnischen, die Art. 21 und 22 der griechischen sowie die Art. 63–72 der portugiesischen und die Art. 39–52 der spanischen Verfassung.

⁶⁰ Vgl. BBI 1997 I 197 ff.

⁶¹ Vgl. PIERRE TSCHANNEN, Ein Akt der Ehrlichkeit – die Sozialziele, NZZ vom 10. Januar 1998, 83; BBI 1997 I 204.

⁶² Dies u.a. aufgrund einer berechtigten Kritik von alt Bundesrat Tschudi; vgl. HANS-PETER TSCHUDI, Das Sozialrecht im Entwurf zu einer reformierten Bundesverfassung von 1995, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 1996, 196.

⁶³ So auch LUZIUS MADER (Anm. 28), 699.

- Drittens wird *keine Grundlage* geschaffen, um vom Grundsatz der *Wirtschaftsfreiheit* abzuweichen⁶⁴;
- Viertens sollen die Sozialziele nur «*in Ergänzung zu privater Initiative und Verantwortung*» verfolgt werden dürfen (Art. 41 Abs. 1 Ingress BV). Dieser Subsidiaritätsvorbehalt gilt nicht für die in Art. 41 Abs. 2 BV aufgelisteten wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität, Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Mutterschaft, Verwaisung oder Verwitwung.
- Fünftens schliesslich stehen die Sozialziele unter dem *Vorbehalt der verfügbaren Mittel* – ein in Zeiten der notleidenden Staatskassen polit-psychologisch wichtiger Mahnfinger (Art. 41 Abs. 3 BV). Freilich steht auch bei dieser Einschränkung der hohe Symbolgehalt in umgekehrtem Verhältnis zur normativen Bedeutung. Denn was an Mitteln verfügbar ist, steht nicht von vornherein fest, sondern ist das Resultat *politisch-demokratischer Auseinandersetzungen* im Rahmen der Finanzpolitik und der Ressourcenverteilung auf die verschiedenen staatlichen Aufgabengebiete.

3. Das Recht auf Hilfe in Notlagen

Nachdem die Lehre schon seit geraumer Zeit ein Recht auf Existenzsicherung, und zwar mit unterschiedlichen Herleitungen⁶⁵, bejaht hatte, anerkannte das Bundesgericht vor wenigen Jahren⁶⁶ ein Recht auf Existenzsicherung als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht⁶⁷.

Dieses gewährleistet, «*was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag*»⁶⁸. *Voraussetzung dieses Anspruches ist also das Vorliegen einer Notlage, womit der subsidiäre und individuelle Charakter dieses Rechtes unterstrichen wird*⁶⁹. Auch berührt dieses Recht die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen nicht; es wird weiterhin vor allem an den *Kantonen* im Rahmen ihrer Fürsorgezuständigkeit liegen, zu bestimmen, was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar erscheint.

Art. 12 BV führt das ungeschriebene Sozialrecht in den Verfassungstext über. Wer in Not ist, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mit-

⁶⁴ Vgl. BBI 1997 I 200.

⁶⁵ Vgl. ANDREAS KLEY-STRULLER, Urteilsbesprechung BGE 121 I 367, AJP 1996, 758.

⁶⁶ BGE 121 I 367.

⁶⁷ Vgl. dazu grundlegend CHARLOTTE GYSIN, Der Schutz des Existenzminimums in der Schweiz, Basel 1999; und J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 26), 166 ff. (je mit weiteren Hinweisen).

⁶⁸ BGE 121 I 373.

⁶⁹ Vgl. dazu im einzelnen UEBERSAX (Anm. 42), 10 ff.

tel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Die Formulierung des Bundesgerichts diene offensichtlich als Vorbild⁷⁰.

Die eidgenössischen Räte haben den Subsidiaritätscharakter zusätzlich verdeutlicht, indem im Text selbst festgehalten wird, dass nur anspruchsberechtigt ist, «wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen». Auch haben sie den Titel umgewandelt in ein «Recht auf Hilfe in Notlagen». Damit sollte den Bedenken einzelner Kritiker begegnet werden, das Recht auf Existenzsicherung könnte dereinst als Anspruch auf einen garantierten Mindestlohn gedeutet werden⁷¹.

Wie bei den Sozialzielen ist auch hier die entfachte Aufregung auf der politischen Bühne eigentlich rational schwer verständlich. Einzelne Wirtschaftsverbände haben sich sogar zur Behauptung verstiegen, das geltende Verfassungsrecht kenne kein Recht auf Existenzsicherung. Dabei handelt es sich um klassische Nachführung, um Positivierung ungeschriebenen Verfassungsrechts. Es ist umgekehrt auch nicht zutreffend, die Präzisierungen der Räte als Relativierung zu qualifizieren⁷².

IV. Arbeitsverfassung

A. Die Regelung in der alten Bundesverfassung

Der Regelungsgegenstand Arbeit findet in der alten Bundesverfassung eine recht spärliche Beachtung⁷³. Nur an wenigen Orten wird ausdrücklich auf die Arbeit Bezug genommen. Wichtige Elemente der Arbeitsverfassung erschliessen sich erst in der Konkretisierung allgemeiner, die Wirtschaft und das Soziale betreffender Normen. Dies gilt einmal für die grundrechtlich geschützten *Arbeitsmarktfreiheiten*. Als wichtiger Teilaspekt der Wirtschaftsfreiheit schützen sie die freie Berufswahl und Berufsausübung, die freie Wahl des Arbeitsplatzes sowie die freie Gestaltung der arbeitsvertraglichen Beziehungen durch die Vertragspartner⁷⁴.

Der Arbeitsverfassung eigen ist eine starke Ausrichtung auf die *kollektive Ausübung* der Arbeitsmarktfreiheiten. Die Sozialpartner, Arbeitgeber und

⁷⁰ Das Recht auf Hilfe in Notlage ist als solches unantastbar; Schutzbereich und Kerngehalt fallen zusammen. (So zu Recht J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 26), 178 und GYSIN (Anm. 67), 37 ff.). Deshalb kann die (zu) allgemein abgefasste Schrankenregelung in Art. 36 BV hier keine Anwendung finden.

⁷¹ Dem widerspricht schon BGE 121 I 373 ausdrücklich.

⁷² So aber die Wirtschaftsförderung, wf-Dokumentation Nr. 4, 26.1.98.

⁷³ Vgl. zum Ganzen HANS PETER TSCHUDI, Die Ordnung der Arbeit durch die Bundesverfassung, in: Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1989, 773 ff.

⁷⁴ Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (Anm. 9), 240; HÄFELIN/HALLER (Anm. 5), Rz. 1379.

Arbeitnehmer einer Branche, können sich zu Verbänden zusammenschliessen und als solche einen Ausgleich ihrer Interessen herbeiführen⁷⁵. Die aus der Vereinsfreiheit (Art. 56 aBV) abgeleitete *Koalitionsfreiheit* garantiert den Sozialpartnern die Möglichkeit, sich entsprechend zu organisieren. Der Staat schützt und fördert die Suche nach einvernehmlichen Lösungen zwischen den Sozialpartnern im weiteren, indem er sich neutral verhält und die *Tarifautonomie* der Verhandlungspartner als Ausfluss aus der Wirtschaftsfreiheit respektiert und schützt. Kommt eine Einigung in Form eines Gesamtarbeitsvertrages zustande, so kann dieser mittels der *Allgemeinverbindlicherklärung* nach Art. 34^{ter} Abs. 1 Bst. c aBV Dritten gegenüber Geltung erlangen⁷⁶.

Die wohl herrschende Lehre⁷⁷ und – früher etwas zaghafte, neuesten aber entschieden – auch das Bundesgericht⁷⁸ anerkennen die Zulässigkeit von *Arbeitskampfmassnahmen* für den Fall, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer keine einvernehmliche Lösung finden. Streik und Aussperrung sollen als *ultima ratio* auch in der Schweiz zulässig sein, wenn bestimmte, eng umschriebene Voraussetzungen erfüllt sind⁷⁹.

Zur Arbeitsverfassung gehören ferner die Bestimmungen über den *Arbeitsschutz* und das *Arbeitsvertragsrecht* (Art. 34^{ter} Abs. 1 Bst. a und Art. 64 Abs. 1 aBV). Auch diejenigen Teile des *Konjunkturrechts*, welche die Vollbe-

⁷⁵ Vgl. GIORGIO MALINVERNI, in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Zürich/Bern 1987, Rz. 42 ff. zu Art. 56; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 13. Aufl., Bern 1997, 187 ff.; KLAUS A. VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 3. Aufl., Bern 1995, 151 ff.

⁷⁶ Vgl. dazu FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1994, 277 ff.; GABRIEL AUBERT, in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Zürich/Bern 1987, Rz. 23 zu Art. 34^{ter} Abs. 1 Bst. a–c; REHBINDER (Anm. 75), 210 ff.

⁷⁷ REHBINDER (Anm. 75), 220; MALINVERNI (Anm. 75), Rz. 45; VALLENDER (Anm. 75), 153 sowie VISCHER (Anm. 76), 263 m.w.H. bejahen ein Streikrecht, weisen aber darauf hin, dass die Frage in der Lehre strittig ist.

⁷⁸ In BGE 111 II 245, 253 hielt das Bundesgericht immerhin fest, dass die Aussage, «im schweizerischen Arbeitsrecht habe das Streikrecht, ja das Recht auf kollektive Arbeitskampfmassnahmen, noch keinen Eingang gefunden», offensichtlich zu absolut und zu summarisch ausgefallen sei. Dem widersprach das Obergericht des Kantons Zürich in einem Entscheid vom 9. Februar 1998, auszugsweise abgedruckt in SJZ 1998, 167 f., wo es ausführt, «die Existenz eines Streikrechtes, welches die arbeitsvertraglichen Verpflichtungen suspendiert, ist für das schweizerische Recht (daher) zu verneinen». Diesen Entscheid hob das Bundesgericht mit Entscheid vom 28. Juni 1999 auf mit der Begründung, im schweizerischen Arbeitsrecht sei ein Streikrecht zu bejahen.

⁷⁹ Der Streik muss die Arbeitsbeziehungen betreffen (Verbot politischer Streiks), von einer Arbeitnehmerorganisation getragen sein (Verbot wilder Streiks), verhältnismässig sein und darf keine Pflicht zur Wahrung des Arbeitsfriedens verletzen. Vgl. dazu REHBINDER (Anm. 75), 220 ff.

schäftigung und die Vermeidung von Arbeitslosigkeit betreffen (Art. 31^{quinquies} Abs. 1 und 2 aBV), sind zur Arbeitsverfassung zu zählen. Zu erwähnen sind sodann neuere Bestrebungen zur *Gleichstellung von Frau und Mann* im Erwerbsleben⁸⁰. Einschlägig sind insbesondere der entsprechende Gesetzgebungsauftrag sowie das Lohngleichheitsgebot in Art. 4 Abs. 2 aBV.

B. Die Regelung in der neuen Bundesverfassung

1. Streikrecht

Bei der Aktualisierung der Arbeitsverfassung war vor allem das *Streikrecht* umstritten. Die noch geltende Bundesverfassung enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen über Streik und Aussperrung. Es ist aber, wie erwähnt, weitgehend anerkannt, dass diese *kollektiven* Kampfmassnahmen unter gewissen Voraussetzungen rechtlich zulässig sind. Über die Herleitung und Verankerung der Arbeitskampffreiheiten sowie über deren Rechtsnatur bestehen aber erhebliche Differenzen in der Lehre⁸¹. Einigkeit herrscht darüber, dass sie als Pendant zur Arbeitsmarktfreiheit, als letztes Mittel zur Erreichung einer Kollektivvereinbarung zwischen den beteiligten Parteien, zu verstehen sind.

Der Bundesrat hatte in Art. 24 VE 96 ein verfassungsmässiges Recht auf Streik und auf Aussperrung aufgenommen (Abs. 3). Das Recht zum Arbeitskampf wurde allerdings an zwei ausdrücklich genannte Voraussetzungen geknüpft: Streik und Aussperrung müssen einmal «*die Arbeitsbeziehungen betreffen*», womit der politische Streik ausgenommen wird, und es dürfen «*keine Verpflichtungen entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen*». Ausserdem sind Streitigkeiten gemäss Abs. 2 «nach Möglichkeit durch Verhandlung oder Vermittlung» beizulegen. Schliesslich soll das Gesetz «die Ausübung dieser Rechte regeln und den Streik für bestimmte Kategorien von Personen verbieten» können (Abs. 4).

⁸⁰ Vgl. dazu BEATRICE WEBER-DÜRLER, Aktuelle Aspekte der Gleichberechtigung von Mann und Frau, ZBJV 1992, 357 ff.

⁸¹ Ein Teil der Lehre knüpft die Freiheit des Arbeitskampfes an die Koalitionsfreiheit, welche wiederum als Teil der Vereinsfreiheit (Art. 56 aBV) verstanden wird, an. Andere Autoren betrachten die Freiheit des Arbeitskampfes als Ausfluss der verfassungsrechtlich garantierten Arbeitsmarktfreiheiten (Art. 31 aBV). Wieder andere Autoren verankern das Streikrecht nicht in der Verfassung, anerkennen aber ein gesetzliches oder «natürliches» Recht zu streiken. Vgl. VISCHER (Anm. 76), 263 m.w.H. Ob das Streikrecht ein dem einzelnen Arbeitnehmer zustehendes Individualrecht darstellt, oder der tariffähigen Arbeitnehmerorganisation als Kollektivrecht zukommt, ist ebenfalls nicht restlos geklärt. Vgl. dazu JEAN-FRITZ STÖCKLI, Das Streikrecht in der Schweiz, BJM 1997, 169 ff.

Bei diesem Verbot wird vor allem an den öffentlichen Dienst gedacht⁸². Diese Regelung des Streikrechts – von der Aussperrung war kaum die Rede – hat zu erheblichen Kontroversen in und am Rande der parlamentarischen Beratungen geführt⁸³.

Einmal wurde bemängelt, die allgemeine Gewährleistung eines Rechts auf Streik auf der Stufe der Verfassung sprengt den Rahmen der Nachführung, da das Bundesgericht und ein Teil der Lehre bislang kein selbständiges verfassungsmässiges Recht auf Streik anerkannt hätten. Zudem bleibe offen, ob dieses Recht nach der bundesrätlichen Fassung nicht auch als Individualrecht verstanden werden könnte, während es nach Lehre und Rechtsprechung unbestritten sei, dass der Streik von einer Arbeitnehmerorganisation getragen oder zumindest gebilligt werden müsse und der wilde Streik somit nicht rechtmässig sein könne. Vor allem aber wurde der Vorwurf erhoben, eine verfassungsrechtliche Verankerung des Streikrechts widerspreche diametral der schweizerischen Tradition der *Friedensabkommen*, die sich bewährt habe. Ausgerechnet jetzt ein Streikrecht zu anerkennen, setze ein völlig falsches Zeichen und trage zur Verunsicherung und damit tendenziell zur Verschlechterung des Wirtschaftsstandortes Schweiz bei. Die Bedenken gipfelten schliesslich in der absurden Unterstellung, wer den Streik regle, wolle ihn auch⁸⁴.

Die Gegenseite wies darauf hin, dass der Entwurf selbst wichtige, zentrale *Schranken des Streikrechts* enthalte und der Gesetzgeber weitere errichten könne. Ohne Verankerung des Streikrechts werde man dem Nachführungsauftrag untreu, denn der von der Schweiz ratifizierte *UNO-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte*⁸⁵ gewährleistet in Art. 8 Abs. 1 Bst. d ein Streikrecht, und auch die Rechtsprechung und die praktisch einhellige Lehre anerkennen jedenfalls in gewissen Grenzen ein Streikrecht. Von dieser Seite wurde auch angeführt, es werde ein katastrophales Zeichen gesetzt, wenn das Streikrecht durch die Räte aus der Verfassung gestrichen und damit den Arbeitnehmerorganisationen der Fehdehandschuh hingeworfen wird. Ja es wurde sogar die Meinung vertreten, mit der Streichung des Streikrechts werde eine Rechtsentwicklung zulasten des Streikrechts eingeleitet, was allerdings von den Gegnern der Verankerung des Streikrechts wiederum in Abrede gestellt wurde.

⁸² Vgl. KLAUS A. VALLENDER, Heisses Eisen Streikrecht, NZZ vom 10. Januar 1998, 83.

⁸³ Als Erstrat hatte der *Ständerat* das Streikrecht (Art. 24 Abs. 3 und 4 VE) vorerst gestrichen. Ein Kompromissvorschlag einer Minderheit der vorberatenden ständerätlichen Verfassungskommission wurde zuerst abgelehnt, jedoch am Schluss der parlamentarischen Verhandlungen als «Ei des Kolumbus» anerkannt. Dieser wollte im Verfassungstext – ohne ausdrückliche Anerkennung eines «Streikrechts» – einzig festhalten, Streik und Aussperrung seien «nur zulässig, wenn sie die Arbeitsbeziehungen betreffen und keine Verpflichtungen entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen». Vgl. BBI 1998, 444.

Die *nationalrätliche* Verfassungskommission hatte mehrheitlich der bundesrätlichen Fassung zugestimmt, doch wurden drei Minderheitsanträge vertreten: einer wollte die Streichung analog zum Beschluss des Ständerates, einer postulierte die Verankerung des Rechts auf Streik und Aussperrung ohne einschränkende Kautelen, und ein dritter war praktisch identisch mit dem soeben erwähnten, ständerätlichen Minderheitsantrag. Vgl. BBI 1998, 376.

⁸⁴ Vgl. PETER HASLER, NZZ vom 23. Oktober 1997, 15.

⁸⁵ SR 0.103.1.

Art. 28 Abs. 3 BV sieht nun eine Regelung von Streik und Aussperrung vor, jedoch ohne ein Individualrecht zu statuieren. Dies gelang mit der Wendung, Streik und Aussperrung seien unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, wobei die Räte die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung dieser Voraussetzungen übernommen haben⁸⁶. Hingegen haben sie die Ermächtigung des Gesetzgebers gestrichen, ausführende Bestimmungen zu erlassen. Damit wird der Arbeitskampf so geregelt, «wie er in einem dem Arbeitsfrieden und der Sozialpartnerschaft verpflichteten Land gehandhabt werden sollte⁸⁷». Mit einem Verzicht auf eine verfassungsrechtliche Regelung wäre auch die Chance verpasst worden, dem Richter *Schranken* zu setzen, und im Sinne des *Prävisionsinteresses* ex ante Inhalt und Grenzen von Streik und Aussperrung festzulegen.

Die z.T. heftige Debatte über das Streikrecht zeigt deutlich, dass es vielerorts an der *Kenntnis* der geltenden Rechtslage fehlte, ja dass dieses Recht eigentliche Ängste ausgelöst hat. Ähnliches konnte auch bei der Diskussion der Sozialziele und beim Recht auf Existenzsicherung festgestellt werden. Die Auseinandersetzung bestätigt aber auch, dass Verfassungsdebatten oft von einer grossen *politischen Symbolik* geprägt sind. Veränderungen am Text und neue Begriffe setzen Zeichen, die Hoffnungen zu erwecken oder umgekehrt Befürchtungen auszulösen vermögen, dabei aber die rechtliche Tragweite mitunter verdunkeln.

Eigentlich hat man nicht über das Streikrecht gestritten, sondern über die *politische Funktion* des Streiks, über die scheinbare und schiefe Alternative von Verhandlungs- und Schlichtungskultur einerseits und Streik und Kampf andererseits. Und dabei ist bewusst oder unbewusst vergessen worden, dass zur vielgerühmten Sozialpartnerschaft beides gehört, die primäre Verhandlungsbereitschaft und kollektive Kampfhandlungen als ultima ratio.

In einem Entscheid vom 28. Juni 1999 hat das Bundesgericht nun ausdrücklich ein Streikrecht «im schweizerischen Arbeitsrecht» bejaht und dabei u.a. auch auf Art. 28 Abs. 3 der neuen Verfassung Bezug genommen⁸⁸.

⁸⁶ Nicht im Verfassungstext erwähnt sind die von der Lehre aufgestellten Bedingungen, der Streik müsse von einer Arbeitnehmerorganisation getragen und verhältnismässig sein. Diese gelten aber unbestrittenermassen weiterhin, denn im Rahmen der Nachführung wollten Bundesrat und Bundesversammlung erklärtermassen hier nicht über das geltende Recht hinausgehen (vgl. BBl 1997, 177 ff.).

⁸⁷ So JEAN-FRITZ STÖCKLI, NZZ vom 4. Februar 1998, 15. Die ausdrückliche Erwähnung eines Rechts auf Streik und Aussperrung wäre nach Ansicht Stöcklis hingegen entbehrlich gewesen, da die in Art. 24 enthaltene Koalitionsfreiheit eine ausreichende rechtliche Grundlage für Arbeitskämpfe bildet.

⁸⁸ Entscheid der 1. Zivilabteilung (Lorze AG). Interessant und problematisch erscheint die methodische Herleitung des Streikrechts durch das Gericht: es anerkennt das Streikrecht durch Füllung einer *Lücke* im Arbeitsrecht, ohne auf den Verfassungscharakter des Streikrechts Bezug zu nehmen.

2. *Übrige Bestimmungen der Arbeitsverfassung*

Im Abschnitt über die Grundrechte ist auf das überkommene *Lohnleichheitsgebot* von Frau und Mann (Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV), vor allem aber auf die erstmals ausdrückliche Aufnahme der *positiven und negativen Koalitionsfreiheit* in Art. 28 Abs. 1 und 2 BV hinzuweisen.

Grundrechtlich verankert wird auch ausdrücklich – unter dem Titel der Wirtschaftsfreiheit – die *freie Berufs- und Arbeitsplatzwahl* (Art. 27 Abs. 2 BV). Im Katalog der *Sozialziele* findet sich der Auftrag an Bund und Kantone, sich dafür einzusetzen, dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können (Art. 41 Abs. 1 Bst. d BV).

Der bereits mehrfach erwähnte 7. Abschnitt der Verfassung über die Wirtschaft enthält einen eigentlichen *Arbeitsartikel* (Art. 110 BV), der die Grundlagen für den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie für das kollektive Arbeitsrecht enthält. Anzumerken ist hier bloss, dass – wie bei den *Schranken* der Wirtschaftsfreiheit – sämtliche Unklarheiten des geltenden Rechts in den neuen Text hinübergeführt werden. So wird zwar wiederum die seltene Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Gesamtarbeitsverträgen geregelt, nicht aber der viel wichtigere Gesamtarbeitsvertrag selbst (Abs. 1 Bst. d)⁸⁹. Ebenso besteht die auslegungsbedürftige, umstrittene Klausel, wonach der Bund Vorschriften über die gemeinsame Regelung «betrieblicher und beruflicher Angelegenheiten» erlassen kann, unverändert im neuen Text weiter (Abs. 1 Bst. b). Auch hier finden wir also eine Nachführung im Sinne der Konservierung bestehender Probleme vor. Eine Klarstellung ist immerhin insofern erfolgt, als neu eine Lohnzahlungspflicht von Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen für den 1. August verankert wurde (Abs. 3).

V. *Würdigung*

Die Aktualisierung der Verfassung in den Bereichen Wirtschaft, Soziales und Arbeit war ebenso schwierig wie notwendig. Gerade auf diesen Gebieten verfügt der geltende Verfassungstext über erhebliche Lücken und lässt wichtige Grundsatzfragen offen. Ausserdem fehlt ihm eine klare Struktur und Geschlossenheit. Schon die blosser Nachführung stellt demnach einen grossen Fortschritt dar.

Die textliche Neufassung und Gliederung der Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung muss im grossen Ganzen als gelungen bezeichnet werden.

⁸⁹ Vgl. HANS-PETER TSCHUDI, Die Ordnung der Arbeit im Entwurf zur revidierten Bundesverfassung, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht 1996, 12.

Der Text liest sich im neuen Verfassungstext trotz der komplexen Materie leicht, er ist klar und verständlich. Auch die Aufnahme von ungeschriebenem Verfassungsrecht ist über weite Strecken geglückt. Die Debatten in den parlamentarischen Verfassungskommissionen und in den Ratsplena zeigten, dass schon die Fixierung des rechtlichen status quo fast revolutionäre Sprengkraft zu entfalten drohte. Dabei ging es oft, jedenfalls bei der Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit, bei den Sozialzielen, dem Recht auf Hilfe in Notlagen und beim Streikrecht gar nicht so sehr um den rechtlichen Gehalt der Normen selbst, sondern um deren symbolische Kraft, um die Zeichen, die sie in der gegenwärtigen Stimmungsgesellschaft zu setzen vermögen.

An Grenzen stösst die Aktualisierung aber dort, wo es um die Klärung und textliche Fixierung von Antworten auf Grundfragen des Wirtschaftsverfassungsrechts geht. Der Entscheid für eine bestimmte Wirtschaftsordnung und die Beantwortung der damit zusammenhängenden Frage nach dem Gehalt des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit war und ist wohl durch den schweizerischen Verfassungsgeber nicht zu leisten. Zu gross ist die Angst vor unabsehbaren Konsequenzen jeglicher textlicher Veränderung, und zu kompliziert und komplex die Materie, als dass ein Halbberufsparlament schweizerischer Prägung zu einem Konsens hätte finden können. Dies mag man einerseits bedauern, weil aus der Sicht der Staatsrechtswissenschaft eine Chance verpasst wurde, die Früchte jahrzehntelangen Ringens in Rechtsprechung und Lehre im Verfassungstext sichtbar zu machen. Man kann aber auf der anderen Seite begrüßen, so dass eine Auseinandersetzung mit den Grundlagen unserer Wirtschaftsverfassung stattfand, so dass immerhin Klarheit geschaffen wurde, wo Konsens und wo Dissens besteht. Insofern hat der Verfassungsgeber diese Verfassungsbereiche im eigentlichen Sinne nachgeführt: eine klärende Auslegeordnung erstellt, textlich à jour gebracht, bereinigt und teilweise als Altlast mitgeschleppt. Er hat getan, wozu unsere Zeit offenbar in der Lage ist.