

Es gilt das gesprochene Wort!

Die Auseinandersetzung über die Wirtschafts- und Sozialverfassung im Rahmen der Verfassungsreform

von Ständerat Prof. Dr. René Rhinow

Vortrag vor dem Basler Juristenverein, gehalten am 10. Februar 1998 in Basel.

I. Zum Konzept der Verfassungsreform

1. Die laufende Verfassungsreform soll in mehreren Phasen abgewickelt werden; nach einer sog. Nachführung der gesamten Bundesverfassung werden nacheinander einzelne Verfassungsbereiche in der Form von separaten Reformpaketen einer Revision unterzogen.

Bei der Nachführung geht es darum, im Verfahren der Totalrevision das geltende Verfassungsrecht und die gelebte Verfassungswirklichkeit in moderner Sprache und Begrifflichkeit, übersichtlich und transparent, von historischem Ballast entschlackt, auf Wesentliches, d.h. Verfassungswürdiges, konzentriert im Verfassungstext zum Ausdruck zu bringen.

Nach der Idee des Nachführungskonzeptes sollen im Rahmen dieses ersten Revisionschrittes keine eigentlichen Neuerungen, keine Reformen, Platz haben. Diese sind den Partialrevisionen in den Reformbereichen vorbehalten, von denen der Bundesrat bislang zwei im Entwurf vorgelegt hat: eine Reform der Volksrechte und eine Reform der Justiz.

Ein weiteres Paket ist angekündigt, in der Pipeline: die Reform der Staatsleitung (endlich!). Und ein viertes erscheint naheliegend, nämlich eine Föderalismusreform im Anschluss an die laufenden Bemühungen um eine neue Verteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen und um einen neuen Finanzausgleich.

Nach dieser Einleitung werden Sie sich fragen, warum ich hier eigentlich über die Wirtschafts- und Sozialverfassung im Rahmen der Verfassungsreform spreche. Denn bei der Nachführung soll ja angeblich nichts geändert werden, und ein besonderer Reformbereich Wirtschaftsverfassung ist nicht beabsichtigt.

2. Bleibt also alles beim alten?

Ja und Nein. Das Konzept der Nachführung als Grundlage für weitere Reformen vermag grundsätzlich zu überzeugen. Der Begriff der Nachführung befriedigt hingegen nicht. Dieser klingt eher wie ein buchhalterisches Aufdatieren, ein wertfreies Umgiessen und Neuformulieren dessen, was bereits unbestrittenermassen geltendes Recht darstellt.

Doch dieser Schein trügt.

Die Neugestaltung des Verfassungstextes ist ein wertendes, juristisch und politisch bedeutsames Unterfangen. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass Recht und Sprache in untrennbarer Verbindung aneinandergekettet sind, und daher jede Textveränderung zumindest potentiell auch zu Inhaltsveränderungen führen kann.

Erst recht wird der Jurist hellhörig, wenn zur Nachführung auch folgende Tatbestände zu zählen sind:

- die Neugliederung des Rechtsstoffes,
- die Streichung überholter Rechtsnormen,
- die Füllung von Verfassungslücken,
- die Klärung unklarer, umstrittener Begriffe oder ganzer Rechtslagen,
- die Heraufstufung von infrakonstitutionellem Recht zu Verfassungsrecht und umgekehrt die Herabstufung von bisherigen Verfassungsbestimmungen,
- die verfassungsrechtliche Verankerung für die Schweiz gültigen internationalen Rechts,
- und vor allem auch: die textliche Positivierung von ungeschriebenem Recht und von Richterrecht.

Angesichts dieser Dimension der Nachführung, für die der französische Begriff der „mise à jour“ und der deutsche Ausdruck „Aktualisierung“ bedeutend besser passen, rechtfertigt es sich, der Frage nachzugehen, wie denn die Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung in die neue Verfassung Eingang gefunden haben.

Denn gerade diese Bereichsverfassungen stellen im geltenden Recht kein Paradebeispiel an logischer Stringenz, inhaltlicher Klarheit, Lückenlosigkeit und Widerspruchsfreiheit dar. Im Gegenteil.

II. Zur geltenden Verfassungslage

1. Allgemeines

Ich versuche deshalb, zuerst einige wenige Blitzlichter auf das geltende Recht, vor allem natürlich auf das Verfassungsrecht zu werfen, also auf die geschriebenen und ungeschriebenen Normen mit Verfassungsrang, welche sich auf die Regelungsgegenstände Wirtschaft, Soziales und - in leichter Erweiterung oder besser Präzisierung des Referatstitels - auf die Arbeit beziehen.

Wenn ich also - in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre - von Verfassung spreche, dann verstehe ich darunter 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 Sinn ab, welche das an sich verfassungswürdige Gesetzesrecht miteinschliessen würde.

[In Klammern gestatte ich mir die Bemerkung, dass dieser sog. materielle Verfassungsbegriff einer zwar gedankenlos, von Generation zu Generation weitergeschleppten Terminologie entspricht, trotzdem oder besser gerade deswegen aber einer verwirlichen und dem geltenden schweizerischen Recht widersprechenden Begriffsverwendung gleichkommt. Denn Verfassungsrecht im Sinne der BV ist nur, was auf der Stufe der Verfassung steht und gilt, ob geschrieben oder ungeschrieben, verfassungswürdig oder nicht.]

Dieses geltende, auf die Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsbereiche bezogene Verfassungsrecht erscheint als Ensemble vielfältiger, ja schwer über- und durchschaubarer Rechtsnormen, von geschriebenem und ungeschriebenem, nationalem und internationalem, aus unterschiedlichen Zeitepochen stammendem, begrifflich wenig kohärentem und oft hochgradig unklarem Recht.

Grundrechtsgewährleistungen finden sich neben Kompetenzbestimmungen, Ziel- und Auftragsnormen, Ermächtigungen zu Grundrechtseinschränkungen sowie Organkompetenzen. Die bundesgerichtliche Praxis ist partiell rückwärtsgewandt (etwa bei den Begriffen der Wirtschafts-, Sozialpolitik und der Wirtschaftspolizei), partiell hochmodern (etwa beim Recht auf Existenzsicherung), teils in stockender Bewegung (wie etwa beim Recht auf Streik).

2. Wirtschaftsverfassung

Bei der *Wirtschaftsverfassung* stand lange Zeit die Handels- und Gewerbefreiheit im Zenit und Zentrum. Alle anderen Elemente des Wirtschaftsverfassungsrechts wurden als Ein-

schränkungen und Abweichungen dieses Freiheitsrechts gedeutet. Heute ist nach wie vor anerkannt, dass die Wirtschaftsfreiheit und die Eigentumsgarantie als Grundrechte tragende Säulen der Wirtschaftsverfassung darstellen. Dies gilt vor allem für den „harten Kern“ der HGF, den besonders geschützten Grundsatz der HGF, wie die BV sagt, von dem nur auf Grund einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung abgewichen werden darf. Doch daneben sind dem Bund im Bereich der Ordnungs-, Struktur- und Ablaufpolitik verschiedene bedeutsame wirtschaftspolitische Befugnisse aufgetragen, die diesem Verfassungsbereich ein eigenes Gepräge geben. Als Beispiele seien die Wettbewerbspolitik, die Konjunkturpolitik sowie die Landwirtschaftspolitik genannt.

Dennoch ist die besondere Schrankensystematik bei der Handels- und Gewerbefreiheit wegen ihrer textlichen Unbestimmtheit eine Quelle politischer Kontroversen *und* ein Tumfeld wissenschaftlicher Auseinandersetzungen geblieben. Hinzu kommt, dass die Ökonomen mit der verfassungsrechtlichen und der bundesgerichtlichen Terminologie wenig anzufangen wissen.

Was sind Vorschriften über die „*Ausübung* von Handel und Gewerbe“, welche Bund und Kantone erlassen dürfen (Art. 31 Abs. 2, 31^{bis} Abs. 2 BV)?

Was bedeutet es, wenn beide dabei an den „*Grundsatz* der Handels- und Gewerbefreiheit“ gebunden sind (Art. 31^{bis} Abs. 2 BV) respektive diesen Grundsatz nicht beeinträchtigen dürfen?

Wie ist der Satz in Art. 31^{bis} Abs. 3 zu verstehen, der sagt, der Bund sei befugt, bestimmte Interventions- und Lenkungsmaßnahmen zu treffen, aber nur „nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit“? In Art. 31 Abs. 1 wird demgegenüber der Ausdruck „Einschränkung der HGF“ verwendet.

Ich komme auf diese Grundfragen des Wirtschaftsverfassungsrechts zurück.

Sie sind einerseits bedeutsam, weil sie das Verhältnis von wirtschaftspolitischen Handlungsbefugnissen und deren grundrechtlichen Schranken bestimmen - oder bestimmen sollen. Andererseits werfen sie die Frage auf, in welchem Ausmass der Wettbewerb als Hauptpfeiler einer Marktwirtschaftsordnung verfassungsrechtlich geschützt sei. Drittens regeln die Wirtschaftsartikel auch das Verhältnis von Bundeszuständigkeiten und kantonaler Autonomie im Bereich der Wirtschaftspolitik.

[Wirtschaftspolitik immer verstanden als Einflussnahme des Staates auf das wirtschaftliche Geschehen, nicht im Sinne der verfehlten oder zumindest überholten bundesgerichtlichen Begriffsverwendung, die Wirtschaftspolitik restriktiv als verbotene Abweichungen von der HGF versteht.]

3. Sozialverfassung

Die *Sozialverfassung* umfasst einmal Teile des *Zweckartikels* (Art. 2 BV, Förderung der gemeinsamen *Wohlfahrt*) und den ersten Absatz des berühmten, für alle Studierenden als Schreckgespenst erscheinenden *Art. 31^{bis}*, der auch schon als Konglomeratsartikel apostrophiert worden ist. Dieser Absatz 1 enthält den Verfassungsauftrag, der Bund habe ...“zur Mehrung der Wohlfahrt des Volkes und wirtschaftlichen Sicherung der Bürger geeignete Massnahmen zu treffen“.

Dann finden sich über die Verfassung verstreut Kompetenzen und Aufträge im Bereich der *sozialen Sicherheit*, insb. der Sozialwerke, aber auch in besonderen Feldern der *Wohlfahrt betroffener Bevölkerungsgruppen* und des *Schutzes vor Armutsrisiken* (Konsumentenschutz, sozialer Wohnungsbau, Mieterschutz, Bildungswesen, usw.).

Ausgewählte *Sozialrechte* der Bundesverfassung runden das Bild ab. Dazu gehören einmal die sog. *kleinen Sozialrechte*, die in der Rechtspflege des Bundes eine besondere Behandlung erfahren haben (Recht auf unentgeltlichen Primarschulunterricht, Art. 27 Abs. 2, auf schickliche Beerdigung, Art. 53 Abs. 2, und auf unentgeltliche militärische Ausrüstung, Art. 18 Abs. 3 BV).

Zu erwähnen ist aber auch das verfassungsmässige Recht auf unentgeltliche Rechtspflege, das aus Art. 4 BV abgeleitet wird, sowie neuerdings - und einem Ruf der Lehre ebenso folgend wie den Pionierleistungen neuerer Kantonsverfassungen - das ungeschriebene verfassungsmässige Recht auf Garantie der Existenzsicherung (seit BGE 121 I 367 ff.). Auch darauf ist zurückzukommen.

4. Arbeitsverfassung

Die Arbeitsverfassung schliesslich wird auf der individuellen Seite geprägt durch die grundrechtlich geschützten *Arbeitsmarktfreiheiten*, wie die durch die HGF geschützte Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit, die freie Wahl des Arbeitsplatzes sowie die freie Gestaltung der arbeitsvertraglichen Beziehungen durch die Vertragspartner. In der kollektiven Dimension steht die aus der Vereinsfreiheit (Art. 56 BV) abgeleitete *Koalitionsfreiheit* der Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie ihre Tarifautonomie im Vordergrund. Die wohl herrschende Lehre und etwas zaghaft das Bundesgericht anerkennen die Zulässigkeit von Arbeitskämpfmassnahmen, einschliesslich Streik und Aussperrung, wobei aber sowohl deren Herleitung (aus der Koalitionsfreiheit einerseits oder/und aus der kollektiven Arbeitsmarktfreiheit [Art. 34^{ter} BV] andererseits) als auch deren Verankerung (auf Verfassungs- oder bloss Gesetzesstufe) und deren Grenzen nach dem heutigen Stand nicht restlos geklärt erscheinen.

Zur Arbeitsverfassung gehören ferner die Bestimmungen über den Arbeitsschutz (Art. 34 Abs. 1 Bst. a und Art. 64 Abs. 1 BV) die Vollbeschäftigung und die Vermeidung von Arbeitslosigkeit, aber auch Gesetzgebungsaufträge wie z.B. das Lohngleichheitsgebot in Art. 4 Abs. 2 BV zur Verwirklichung der Gleichstellung von Frau und Mann.

Was hat nun die aktualisierte Verfassung aus diesen drei kursorisch skizzierten Bereichsverfassungen gemacht?

III. Die Wirtschaftsverfassung in der aktualisierten Bundesverfassung

Ich beginne wiederum zuerst mit der Wirtschaftsverfassung.

Das geltende Sammelsurium z.T. ausladender Normen ist gerafft, übersichtlich dargestellt und auf der Basis von Lehre und Rechtsprechung neu gefasst worden.

Dabei fällt auf, dass der grundrechtliche Teil und der Bereich der verschiedenen Wirtschaftspolitiken getrennt wurden - in logischer Konsequenz einer begrüssenswerten Neugliederung der Verfassung in ein Kapitel über die Grundrechte, mit einem zeitgemässen, heute international üblichen Katalog von Freiheitsrechten, und in ein Kapitel über die Zuständigkeiten des Bundes.

Die *Eigentumsgarantie* in Art. 22 VE gab zu keinen grösseren Diskussionen Anlass.

Die *HGF* wird in Art. 23 VE neu als Wirtschaftsfreiheit bezeichnet und - in Abs. 2 - 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.

Fragen zu diesem Artikel ergaben sich, weil dieser - im Gegensatz zur geltenden BV - keinen Schrankenvorbehalt enthält. Darauf ist sogleich zurückzukommen.

Im *Kompetenzteil* der Verfassung ist der Wirtschaft ein besonderer Abschnitt gewidmet. Dieser wird eingeleitet mit Art. 85 VE betreffend die *Grundsätze der Wirtschaftsordnung*.

Danach wahren Bund und Kantone die Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft und sorgen für günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft.

Für das Verhältnis von Wirtschaftsfreiheit und Wirtschaftspolitik entscheidend ist nun der Satz in Abs. 1, Bund und Kantone hätten sich *an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu halten*. Und in Abs. 3 erst heisst es, Abweichungen von diesem Grundsatz seien nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung selbst vorgesehen sind.

Damit wird das der geltenden BV eigentümliche „*Grundsatz- und Abweichungskonzept*“ in seiner sibyllinischen Magie *praktisch wörtlich übernommen* - Nachführung also im besten oder schlechtesten Sinn, indem nichts verändert, nichts hinzugefügt, aber auch nichts geklärt oder verdeutlicht wird.

Die alte Schrankensystematik der Wirtschaftsfreiheit ist folglich auch die neue.

Als Individualrecht kann die Wirtschaftsfreiheit wie praktisch jedes andere Grundrecht eingeschränkt werden gestützt auf eine gesetzliche Grundlage, durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gedeckt, im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips und unter Wahrung des Kerngehaltes.

Das ist an sich nicht neu; nun enthält aber Art. 32 - die einhellige Lehre und Rechtsprechung übernehmend - diese Schrankenvorbehalte *expressis verbis*, auch für die Wirtschaftsfreiheit. Neu ist indessen, dass der Verfassungsvorbehalt von Art. 31 Abs. 1 BV nicht aufgenommen wurde. Kritiker erblicken darin eine Schutzverminderung der HGF. Doch dieser Schein trügt.

Heute heisst es in Art. 31 Abs. 1, die HGF könne nur gestützt auf „die Bundesverfassung und die auf ihr beruhende Gesetzgebung“ eingeschränkt werden.

Dieser Verfassungsvorbehalt - ich nenne ihn den allgemeinen Verfassungsvorbehalt - wurde nicht in den Verfassungsentwurf übernommen.

Dies mag auch den Anlass für kritische Bemerkungen einzelner Autoren sowie für Ergänzungsanträge einer Minderheit (II) der nationalrätlichen Verfassungskommission gebildet haben.

Doch dieser allgemeine Verfassungsvorbehalt bringt mehr Steine als Brot. Denn für den *Bund* erweist er sich insofern als leerlaufend, als dieser für sämtliche Aufgaben ohnehin über eine besondere Verfassungsgrundlage verfügen muss.

Die Kantone benötigen im Rahmen ihrer Autonomie keine bundesverfassungsrechtliche Ermächtigung zur Erfüllung wirtschaftspolitischer Aufgaben. Für eine „gewöhnliche“ Einschränkung der HGF hält die BV indessen in Art. 31 Abs. 2 eine Grundlage bereit, indem kantonale Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerbe sowie deren Besteuerung vorbehalten werden.

Nur wenn sie auch noch vom *Grundsatz* der HGF abweichen wollen, brauchen auch sie eine besondere Ermächtigung. Diese ist bekanntlich für den Bereich der historischen kantonalen Regalrechte (Art. 31 Abs. 2 BV) sowie für die Bedürfnisklausel im Gastwirtschafts-

gewerbe (Art. 31^{ter} BV) als Ausnahmetatbestand gegeben. Beide Ermächtigungen finden sich auch im neuen Verfassungsentwurf.

Die Streichung des allgemeinen Verfassungsvorbehaltes ändert also am gegenwärtigen Rechtszustand nichts.

Wichtiger erscheint aber der mehrfach erwähnte *besondere Verfassungsvorbehalt*, der an den *Grundsatz der HGF* anknüpft und Abweichungen nur zulässt, wenn diese in der Bundesverfassung vorgesehen sind.

Was bedeutet „Wahrung des Grundsatzes der HGF“? Nach herrschender Lehre und Praxis sind grundsatzkonform, wirtschaftspolizeiliche, sozialpolitische und andere Massnahmen, die nicht primär ökonomische Ziel verfolgen, nicht aber sog. wirtschaftspolitische Vorkehrungen, die - in der höchstrichterlichen Diktion - „den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen“ (BGE 118 Ia 176) oder „um das Wirtschaftsleben nach einem festen Plan zu lenken“ (BGE 111 Ia 186).

Dem entspricht der aus Art. 31 BV abgeleitete Anspruch auf *Gleichbehandlung* der Gewerbetreibenden, insbesondere auf gleichen Marktzutrittschancen, oder, in umgekehrter und deutlicherer Sicht, der Grundsatz der *Wettbewerbsneutralität* staatlichen Handelns.

Den „Grundsatz wahren“ bedeutet also im wesentlichen Bindung an die zentralen Elemente des Marktmechanismus, das Verbot einer Verzerrung oder gar Ausschaltung des Spiels von Angebot und Nachfrage und folglich des Preismechanismus.

Dies will die ständerätliche Verfassungskommission verdeutlichen, indem sie in Art. 85 Abs. 3 festhält, dass unter Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit „insbesondere Massnahmen [zu verstehen sind], die sich gegen den Wettbewerb richten“.

Dieser bescheidene, im Einklang mit Lehre und Rechtsprechung stehende Konkretisierungspassus der Kommission hat ihr von der Seite der Wirtschaftsverbände den Vorwurf eines fatalen Fehlentscheidens und der Relativierung der Wirtschaftsfreiheit eingetragen. Dies ist nicht nur als grotesk zu bezeichnen, sondern belegt das weit verbreitete, fehlende Verständnis oder Fehlverständnis der geltenden Wirtschaftsverfassung.

Erwähnenswert ist zu diesem Artikel vielleicht noch der Hinweis in Art. 85 Abs. 2 VE, dass auch die private Wirtschaft zur Wohlfahrt und zur wirtschaftlichen Sicherheit der Bevölkerung beizutragen habe - was immer dies auch in normativer Sicht zu bedeuten hat.

In der nationalrätlichen Kommission wollen verschiedene Minderheiten 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.

Von den übrigen Bestimmungen des Verfassungsentwurfes im Bereich der Wirtschaft sind hervorzuheben:

- der neue, eindeutige Verfassungsauftrag an den Bund, für einen *einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum* zu sorgen (Art. 86 Abs. 2 VE);
- der Verzicht auf die *Golddeckungspflicht* und Einlöschungspflicht für Banknoten und andere gleichartige Geldzeichen, entsprechend einer jahrzehntelangen Verfassungspraxis (Art. 89 VE), aber im gegenwärtigen Zeitpunkt politisch-psychologisch nicht ganz unbedenklich;
- die Abschaffung der (kantonalen) *Bedürfnisklausel* für das Gastgewerbe, freilich nicht durch den Bundesrat, sondern durch die ständerätliche Kommission, erleichtert durch eine 10jährige Übergangsfrist (Art. 92 Abs. 2 VE);
- sowie ein neuer Artikel über die Aussenwirtschaftspolitik (Art. 93), der die spärlichen Grundlagen im geltenden Verfassungstext sinnvoll verdeutlicht, der aber wegen des schonungslosen Vorbehalts in Abs. 2, wonach der Bund Massnahmen zum Schutz der inländischen Wirtschaft treffen kann, auf Kritik gewisser Wirtschaftskreise gestossen ist.

IV. Sozialverfassung

Bei der *Sozialverfassung* greife ich speziell zwei auf den ersten Blick neue Bestimmungen heraus: die *Sozialziele* (Art. 33 VE) und das bereits erwähnte *Recht auf Existenzsicherung* (Art. 10 VE).

Die übrigen Elemente der Sozialstaatlichkeit entsprechen im grossen Ganzen dem geltenden Verfassungstext, sind also im Zweckartikel (Art. 2 VE), in verfassungsmässigen Rechten (wie etwa der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege; Art. 25 Abs. 3 VE) sowie in verschiedenen Kompetenz- und Aufgabennormen insbesondere im 7. Abschnitt „Wohnen, Arbeit, soziale Sicherheit und Gesundheit“ zu finden.

Zuerst zu den *Sozialzielen*.

Sie decken - nach dem Vorbild verschiedener neuer Kantonsverfassungen - in Form eines Kataloges eigentlicher Staatszielbestimmungen sechs Felder der modernen Sozialpolitik ab: soziale Sicherheit, Gesundheit, Arbeit, Wohnen, Bildung und Jugend. In den Kommissionen wurden neu das Alter und die Familie hinzugefügt.

Diese Sozialziele stiessen und stossen z.T. auf erheblichen Widerstand, wird doch in ihnen von gewisser Seite ein falsches Zeichen zum unverantwortlichen Ausbau des Sozialstaates, zur Anheizung von unerfüllbaren Begehrlichkeiten erblickt. Dass diese Bedenken auf der rechten Seite des politischen Spektrums erhoben werden, muss ich wohl nicht besonders hervorheben.

Die politische Gegenseite sieht in diesen Sozialzielen aber eine *pièce de résistance*, eine *conditio sine qua non*, um dem Verfassungsentwurf zustimmen zu können. Abstriche am bundesrätlichen Entwurf würden einem Abbau des Sozialstaates Tür und Tor öffnen. Gerade in der heutigen Zeit der Gefährdung und des Rückgangs von Arbeitsplätzen sowie der wachsenden neuen Armut gelte es, am Sozialstaatskonzept festzuhalten.

Untersucht man als Jurist den konkreten Rechtsgehalt dieser Ziele *sine ius et studio* etwas näher, so bereitet es etwelche Mühe, Verständnis sowohl für die eine wie auch für die andere Position zu entwickeln. Der Streit um die Sozialziele weist vielmehr einen *Symbolcharakter* auf, und dies ist im Rahmen einer Verfassungsreform gar nicht so untypisch.

Auch die Wirtschaftsartikel von 1947, dieses Sammelsurium von wirtschaftspolitischen Normen, wie wir sie heute noch in den Art. 31, 31^{bis}, 31^{ter}, 31^{quater} und 32 der Bundesverfassung finden, fanden schlussendlich nur einen Konsens, weil in Art. 31^{bis} Abs. 1 der bereits zitierte Wohlfahrtsartikel als Programmnorm aufgenommen wurde.

Die neuen Sozialziele bringen die Sozialstaatlichkeit detaillierter als der geltende Wohlfahrtsartikel zum Ausdruck, detaillierter aber auch, als Sozialstaatlichkeitsklauseln in anderen Verfassungen westlicher Verfassungsstaaten.

Sie sollen eine Brücke bilden zwischen den Grundrechten und den Kompetenz- und Aufgabenbestimmungen. Damit nehmen sie einerseits am Weihecharakter der Menschenrechte teil, 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 verdichten.

Die Sozialziele fordern Bund und Kantone auf, sich für etwas „einzusetzen“, gewisse Ziele „anzustreben“. Aber diese programmatischen Verpflichtungen stehen *expressis verbis* unter einem fünffachen Vorbehalt:

- Erstens ist zu wiederholen, dass hier keine Bundeskompetenzen begründet werden. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Kantonen bleibt vorbehalten (Art. 33 Abs. 1 Ingress).
- Zweitens vermitteln die Staatszielbestimmungen keine subjektiven Rechte, *keine unmittelbaren, klagbaren Ansprüche* (Art. 33 Abs. 2 1. Satz): So obliegt dem Gesetzgeber von Bund und Kantonen, allfällige Ansprüche vorzusehen, wie das im Bereich der Sozialversicherungen ja auch getan worden ist.
- Drittens wird *keine Grundlage* geschaffen, um vom *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit* abzuweichen;
- Viertens sollen die Sozialziele - ebenfalls nach dem ausdrücklichen Verfassungswortlaut - nur „*in Ergänzung zu privater Initiative und Verantwortung*“ verfolgt werden dürfen - ein dem vieldeutigen Subsidiaritätsprinzip zwar entsprechender, symbolisch gerechtfertigter, trotzdem in dieser allgemeinen Fassung nicht unproblematischer Vorbehalt, denn für Teilbereiche der sozialen Sicherheit etwa beim Dreisäulenkonzept der AHV trifft diese Subsidiarität nicht zu. Hierauf hat völlig zu Recht *H.P. Tschudi* aufmerksam gemacht.
- Fünftens schliesslich stehen die Sozialziele unter dem *Vorbehalt der verfügbaren Mittel* - ein in Zeiten der notleidenden Staatskasse polit-psychologisch wichtiger Mahnfinger, wiederum mit hohem Symbolgehalt, der freilich in umgekehrtem Verhältnis zur normativen Bedeutung steht.

Denn was verfügbar ist, steht nicht von vornherein fest, sondern ist das Resultat politisch-demokratischer Beschlüsse im Rahmen der Finanzpolitik und der Ressourcenverteilung auf die verschiedenen staatlichen Aufgabengebiete.

Beide Verfassungskommissionen haben an diesem Art. 33 „herumgedoktert“, interessanterweise aber vor allem am Ingress, nicht am Katalog der Ziele selbst.

Die nationalrätliche Kommission leitet den Artikel neu mit folgendem wenig aussagekräftigen, ja missverständlichen Absatz 1aa (!) ein:

„Private Initiative und persönliche Verantwortung bilden die Grundlage sozialen Handelns.“

Der Terminus des sozialen Handelns dürfte einige Fragen aufwerfen, auf die ich hier nicht näher eingehen kann.

Im folgenden Absatz wollen beide Kommissionen - allerdings mit unterschiedlichen Formulierungen und mit unterschiedlichem Detaillierungsgrad - dem Katalog der Sozialziele eine Sozialverpflichtung in Form einer Generalklausel voranstellen.

Gestatten Sie mir noch einige Bemerkungen zum zweiten umstrittenen Punkt, dem *Recht auf Existenzsicherung* (Art. 10 VE). Nachdem die Lehre schon seit geraumer Zeit ein solches Recht, und zwar mit unterschiedlichen Herleitungen, bejaht hatte, anerkannte das Bundesgericht vor kurzem (BGE 121 I 367) ein Recht auf Existenzsicherung als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht.

Dieses gewährleistet - nur, aber immerhin - „was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag“ (S. 373). Voraussetzung dieses Anspruches ist also das Vorliegen einer Notlage, womit der subsidiäre und individuelle Charakter dieses Rechtes unterstrichen wird. 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.

Dabei ist auch, aber nicht nur, ja vielleicht sogar nicht einmal in erster Linie, der Gesetzgeber aufgerufen, die Voraussetzungen dieses Anspruches näher zu konkretisieren, je nach Lebensbereichen, Anspruchsgruppen und Problemfällen.

Art. 10 VE sagt neu, dass wer in Not ist, Anspruch hat auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind.

Die ständerätliche Kommission hat den Subsidiaritätscharakter noch zusätzlich verdeutlicht, indem sie vorschreiben will, dass nur anspruchsberechtigt sei, „wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen“. Sie hat auch den Titel umgewandelt in ein „Recht auf Hilfe in Notlagen“.

Auch hier ist die entfachte Aufregung auf der politischen Bühne eigentlich schwer verständlich. Die Wirtschaftsverbände haben sich sogar zur Behauptung verstiegen, das geltende Verfassungsrecht kenne kein Recht auf Existenzsicherung. Zürich scheint weit von Lausanne entfernt zu sein! Es handelt sich doch hier um klassische Nachführung, um Positivierung ungeschriebenen Verfassungsrechts. Es ist auch falsch, diese Präzisierungen des Ständerates als Relativierung zu qualifizieren, wie das etwa die Wirtschaftsförderung getan hat (wf-Dokumentation Nr. 4, 26.1.98).

Aber es zeigt sich - übrigens wie auch beim noch zu behandelnden Streikrecht - , dass bereits das geltende Recht zu erschrecken vermag, wenn die Verfassungsentwicklung bewusst oder unbewusst nicht zur Kenntnis genommen wird oder nicht genommen werden will.

Und es zeigt sich auch, wie notwendig dieser erste Schritt der Verfassungsreform, die Aktualisierung zur Schaffung einer gemeinsamen Basis für weitere Reformschritte im Grunde genommen ist.

V. Arbeitsverfassung

Ich gehe über zum letzten Teil, zur *Arbeitsverfassung*. Hier war und ist vor allem das *Streikrecht* umstritten.

Die übrigen Elemente der Arbeitsverfassung geben aus der Optik der Nachführung zu keinen ausführlicheren Erläuterungen Anlass.

Grundrechtlich verankert wird - im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit - ausdrücklich die Berufs- und Arbeitsplatzwahl (Art. 23 Abs. 2 VE). 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. 33 Abs. 1 Bst. c VE). Nach dem praktisch unverändert übernommenen Konjunkturartikel hat der Bund Massnahmen zur Verhütung und Bekämpfung der Arbeitslosigkeit zu treffen (Art. 91 Abs. 1 VE).

Der bereits erwähnte 7. Abschnitt des Verfassungsentwurfes enthält einen eigentlichen *Arbeitsartikel* (Art. 101 VE), 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. *H.P. Tschudi* hat mit Recht kritisch darauf hingewiesen, dass zwar wiederum die seltene Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Gesamtarbeitsverträgen geregelt wird, nicht aber der viel wichtigere Gesamtarbeitsvertrag selbst.

Auch die auslegungsbedürftige, umstrittene Klausel, wonach der Bund Vorschriften über die gemeinsame Regelung „betrieblicher und beruflicher Angelegenheiten“ erlassen kann, findet sich unverändert im neuen Text wieder. Also auch hier Nachführung im Sinne eines Mitschleppens umstrittener Rechtsfragen - die Gemeinschaft der Verfassungsinterpreten soll's freuen.

Im Abschnitt über die Grundrechte ist einmal auf das übernommene Lohnleichheitsgebot von Frau und Mann, vor allem aber auf die erstmals ausdrückliche Aufnahme der positiven und negativen Koalitionsfreiheit in Art. 24 Abs. 1 und 2 VE hinzuweisen.

Nun zur heiklen Frage des *Streikrechts*.

Die geltende Bundesverfassung enthält neu Bestimmungen über Streik und Aussperrung. Es ist, wie erwähnt, weitgehend anerkannt, dass diese *kollektiven* Kampfmassnahmen unter gewissen Voraussetzungen rechtlich zulässig sind. Es kann hier nicht der Ort sein, den Stand von Lehre und Rechtsprechung im Einzelnen wiederzugeben. Jedenfalls gelten sie als Pendant zur Arbeitsmarktfreiheit, als letztes Mittel, als *ultima ratio* zur Erreichung einer Kollektivvereinbarung zwischen den beteiligten Parteien.

[Bei dieser Gelegenheit ist zudem in Erinnerung zu rufen, dass das Friedensabkommen von 1936 primär deshalb angestrebt und abgeschlossen wurde, um die wegen der staatlichen Zwangsschlichtung drohende Gefährdung der Streikfreiheit abzuwenden (*Vischer, Arbeitsvertrag*, 1994, 262).]

Der Bundesrat hat in seinen Entwurf ein verfassungsmässiges Recht auf Streik und auf Aussperrung aufgenommen, diese allerdings an zwei Voraussetzungen geknüpft: Sie 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“ (Art. 24 Abs. 3).

Streitigkeiten sollen gemäss Abs. 2 des gleichen Art. 24 VE „nach Möglichkeit durch Verhandlung oder Vermittlung“ beigelegt werden.

Schliesslich soll das Gesetz „die Ausübung dieser Rechte regeln und den Streik für bestimmte Kategorien von Personen verbieten“ können (Art. 24 Abs. 4 VE). Bei diesem Verbot wird vor allem an den öffentlichen Dienst gedacht.

Diese Regelung des Streikrechts - von der Aussperrung war bislang kaum die Rede - hat zu einigen Fragen und politischen Kontroversen geführt.

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 anerkennen würden. Zudem bleibe offen, ob dieses Recht nach der bundesrätlichen Fassung nicht auch als Individualrecht verstanden werden könnte, während es nach Lehre und Rechtsprechung unbestritten ist, dass der Streik von einer Arbeitnehmerorganisation getra-

gen oder zumindest gebilligt werden muss, der wilde Streik somit nicht rechtmässig sein kann.

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 auch (vgl. *Peter Hasler*, NZZ vom 23.10.97, S. 15, TA ...).

Demgegenüber wurde darauf hingewiesen, der Entwurf selbst enthalte ja wichtige, zentrale Schranken des Streikrechts, und der Gesetzgeber könne weitere errichten. Man werde dem Nachführungsideal untreu, wenn nun gerade hier so getan werde, als ob der von der Schweiz ratifizierte UNO-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (in Art. 8 Abs. 1 Bst. d) kein Streikrecht gewährleiste, als ob nicht die praktisch einhellige Lehre jedenfalls in gewissen Grenzen ein Streikrecht anerkennen würde.

Von dieser Seite wurde auch moniert, es werde ein katastrophales Zeichen gesetzt, wenn das Streikrecht durch die Räte aus der Verfassung gekippt und damit den Arbeitnehmerorganisationen quasi der Fehdehandschuh hingeworfen werde.

Ja es wurde sogar die Meinung vertreten, mit der Streichung der erwähnten Absätze von Art. 24 werde eine Rechtsentwicklung zulasten des Streikrechts eingeleitet; was allerdings von den Gegnern der Verankerung des Streikrechts in Abrede gestellt wurde.

Wie Sie wissen, hat der Ständerat als Erstrat das Streikrecht in der Sondersession gestrichen. Doch dürfte das letzte Wort noch nicht gesprochen sein.

Auch ein Kompromissvorschlag einer Minderheit der vorberatenden Verfassungskommission - eine Minderheit, der ich übrigens auch angehörte - wurde bedauerlicherweise abgelehnt. Dieser wollte im Verfassungstext - ohne ausdrückliche Anerkennung eines Streikrechts - bloss festhalten, Streik und Aussperrung seien nur zulässig, wenn sie die Arbeitsbeziehungen betreffen und keine Verpflichtungen entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen. Dem Gesetzgeber wäre keine generelle Befugnis übertragen worden, die Ausübung von Streik und Aussperrung zu regeln, sondern bloss das Recht eingeräumt worden, den Streik für bestimmte Kategorien von Personen zu verbieten.

Die nationalrätliche Verfassungskommission hat mehrheitlich der bundesrätlichen Fassung zugestimmt, doch wurden drei Minderheitsanträge vertreten: einer will die Streichung analog zum Beschluss des Ständerates, einer will die Verankerung des Rechts auf Streik und Aussperrung ohne einschränkende Kautelen, und ein dritter ist praktisch identisch mit dem soeben erwähnten, ständerätlichen Minderheitsantrag.

Jean-Fritz Stöckli, dem wir einen ausgezeichneten Vortrag und einen entsprechenden Artikel über das Streikrecht verdanken (..), hat kürzlich in einem Aufsatz in der NZZ (Nr. 28 vom 4.2.98, S. 15) den ständerätlichen Kompromissvorschlag fast wörtlich übernommen und als wünschbar qualifiziert, weil sonst, ohne jede Regelung, die Chance verpasst würde „den Arbeitskampf verbindlich so zu regeln, wie er in einem dem Arbeitsfrieden und der Sozialpartnerschaft verpflichtetes Land gehandhabt werden sollte“. Die ausdrückliche Erwähnung eines Rechts auf Streik und Aussperrung sei indessen entbehrlich, da die in Art. 24 enthaltene Koalitionsfreiheit eine ausreichende rechtliche Grundlage für Arbeitskämpfe bilde.

Was lehrt uns die (z.T. heftige) Debatte über das Streikrecht?

Einmal, dass es weitherum an der Kenntnis der geltenden Rechtslage fehlt, dass aber viele auch gar nicht gewillt sind, sie zur Kenntnis zu nehmen. Dann aber auch, dass bei einem Verzicht auf eine verfassungsrechtliche Regelung auch die Chance verpasst wird, dem Richter Schranken zu setzen. Die Gegner einer - auch nur punktuellen - verfassungsrechtlichen Normierung des Streiks betonen gerne, es sei diese Frage doch besser der Praxis des Bundesgerichts zu überlassen. Sie übersehen dabei, dass sie unter Umständen - je nach Entwicklung der höchstrichterliche Praxis gerade das Gegenteil dessen erreichen, was sie politisch anstreben - ganz abgesehen vom verkannten Prävisionsinteresse, ex ante Inhalt und Grenzen von Streik und Aussperrung festzulegen, und nicht erst nach erfolgten Kampfmassnahmen.

[In Klammern kann ich mir die leicht sarkastische Bemerkung nicht verkneifen, dass unter den Gegnern einer Regelung von Streik und Aussperrung in der Verfassung auch diejenigen anzutreffen sind, die sonst nicht müde werden, den wachsenden Richterstaat zu beklagen ...]

Die Debatte bestätigt aber auch, dass Verfassungsdebatten oft von einer hohen politischen Symbolik geprägt sind, bei der die immer wieder neu zu setzenden Zeichen, die Magie der Begriffe, die Hoffnungen erwecken oder umgekehrt Ängste auszulösen vermögen, die rechtliche Tragweite zu verdunkeln vermögen.

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.

* * *

Damit bin ich am Ende meines tour d'horizon angelangt.

Ich hoffe, es sei mir gelungen, anhand der neuen Verfassungstexte im Bereich der Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung die Tragweite der Aktualisierung der Verfassung zu erhellen und damit dem Vorwurf der „kosmetischen Schönschreibübung“ entgegenzutreten.

Auch dieser erste Schritt der Verfassungsreform ist rechtlich und politisch bedeutsam. Er zeigt schonungslos auf, wie notwendig eine Bewusstwerdung unserer normativen und praktischen Grundlagen erscheint, wo Konsens besteht oder Dissens vorherrscht, wo eigentlicher Reformbedarf gegeben und - vor allem - wie es um unserem Reformwillen wirklich bestellt ist.