

Giovanni Biaggini/Markus Schott

## **Öffentliches Wirtschaftsrecht II: Ergänzende Literatur (FS 2021)**

Giovanni Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (Auszüge):

- Kommentierung zu Art. 27 BV
- Vorbemerkungen zum 7. Abschnitt sowie Kommentierung zu Art. 94 BV

Giovanni Biaggini, Die Wirtschaftsfreiheit und ihre Einschränkungen, in: ius.full 1/2003, S. 2–11 (Auszug).

gungsrecht, in: SVVOR-Jahrbuch 2015, Bern 2016, 209 ff.; RIVA ENRICO/MÜLLER-TSCHUMI THOMAS, Eigentumsgarantie, VRdCH, 765 ff.; RUCH ALEXANDER, Die expansive Kraft der materiellen Enteignung, ZBl 2000, 617 ff.; THOUVENIN FLORENT, Wem gehören meine Daten? Zu Sinn und Nutzen einer Erweiterung des Eigentumsbegriffs, SJZ 2017, 21 ff.; VEIT MARC D., Die Ordnungsfunktion der Eigentumsgarantie – Eine ökonomische Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Bern 1999; VON ARX IVO, Grundrechtlicher Eigentumschutz, Diss., Zürich 2011; WALDMANN BERNHARD, Eigentum und Eigentumsordnung, in: Mélanges Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, 653 ff.; DERS., Materielle Enteignung, in: FHB Verwaltungsrecht, Kapitel 27, 1115 ff.; WEBER ROLF H., Eigentum als Rechtsinstitut, ZSR 1978 I, 161 ff.; WEBER-DÜRRLER BEATRICE, Der Grundsatz des entschädigungslosen Polizeieingriffs, ZBl 1984, 289 ff.; ZEN-RUFFINEN PIERMARCO/GUY-ECABERT CHRISTINE, Aménagement du territoire, construction, expropriation, Bern 2001.

### Art. 27 Wirtschaftsfreiheit

1 Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet.  
 2 Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung.

1 Die Bestimmung führt die seit 1874 gewährleistete Handels- und Gewerbefreiheit (BV 1874 Art. 31) unter neuem Namen, in der Substanz jedoch unverändert, weiter (Botsch. BV, 174 ff., 289 ff.; BIAGINI, ZBl 2001, 225 ff.). Historisch richtete sich die Gewährleistung des Grundrechts vor allem gegen Zunftwesen, Privilegienwirtschaft und zwischenkantonale Handelshemmnisse. Es ging (und geht) aber nicht darum, eine sogenannten schrankenlose ökonomische Freiheit im Sinn des sog. Manchester-Liberalismus zu etablieren. – Im Unterschied zur BV 1874 regelt die neue Bundesverfassung Fragen der Grundrechtsbeschränkung nicht mehr in unmittelbarem Zusammenhang mit der Grundrechtsgewährleistung (BV 1874 Art. 31 Abs. 2 und 3<sup>bis</sup> Abs. 2), sondern in einer allgemeinen (BV 36) sowie in einer besonderen Bestimmung (BV 94; vgl. N 5 und N 28 ff.).

2 Das für die Schweiz massgebliche internationale Recht enthält kein direktes Gegenstück zur Wirtschaftsfreiheit. Auch verfassungsvergleichend ist eine allgemeine Garantie der Wirtschaftsfreiheit selten (vgl. immerhin Art. 36 der liechtensteinischen Verfassung: Handels- und Gewerbefreiheit, dazu VALLENDER, Handels- und Gewerbefreiheit, 748 ff.; Art. 15 und 16 EU-Grundrechtecharta: Berufsfreiheit und Unternehmerische Freiheit, zur Tragweite GRABENWARTER, 507 ff.).

3 Unter den mannigfachen Berührungspunkten und Überschneidungen mit anderen Grundrechtsbestimmungen sind vor allem jene mit der Eigentumsgarantie von praktischer Bedeutung (vgl. N 8 zu BV 26; vgl. auch BGE 142 I 76, 79 E. 3). Für das Verhältnis zur Meinungsäusserungsfreiheit vgl. N 6 zu BV 16. Die Angehörigen der sog. wissenschaftlichen Berufsarten (insb. Anwälte, Apotheker, Architekten, Ärzte) stehen seit

1874 im Genuss einer besonderen verfassungsrechtlichen Freizügigkeitsgarantie, welche die Berufsausübung in der ganzen Schweiz gewährleistet (BGE 111 Ia 110; BGE 122 I 116). Die neue Bundesverfassung dehnt diese Freizügigkeitsgarantie auf alle Personen aus, die über einen staatlich anerkannten Ausbildungsabschluss verfügen (BV 95 Abs. 2 i.V.m. BV 196 Ziff. 5). Die Niederlassungsfreiheit (BV 24) hat im Wirtschaftsleben kaum eigenständige Bedeutung, weil BV 27 in dieser Hinsicht umfassenden Schutz bietet (vgl. BGE 125 I 279). – Bei der Beurteilung staatlicher Massnahmen ist jeweils der Sinngehalt aller berührten Grundrechte zu berücksichtigen (BGE 125 I 422).

### Gegenstand und Funktionen

4 **Überblick:** Die Wirtschaftsfreiheit, die in der Grundrechtsjudikatur des Bundesgerichts eine bedeutende Rolle spielt, schützt die *privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit* (BGE 131 I 333, 339; vgl. auch BGE 137 I 167, 172 E. 3.1; näher N 8 ff.), insbesondere die *freie Wahl des Berufes, den freien Zugang zu einer Erwerbstätigkeit* und deren *freie Ausübung* (BV 27 Abs. 2). Bund und Kantone müssen sich an den «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» halten (BV 94 Abs. 1). Der in der Wirtschaftsfreiheit enthaltene Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten verlangt (näher N 23 ff.), dass staatliche Massnahmen *wettbewerbsneutral* sind, d.h. den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten nicht verzerren. Neben der *individualrechtlichen* Komponente (N 8 ff.) weist das Grundrecht auch eine *institutionelle* («wirtschaftssystembezogene», «ordnungspolitische») sowie eine *bundesstaatliche* Komponente («Binnenmarktdimension») auf (vgl. N 31 f. bzw. N 21 f.). Die Wirtschaftsfreiheit ist ein zentrales Element der freiheitlichen, sozialverpflichteten und wettbewerbsorientierten schweizerischen Wirtschaftsverfassung (näher N 1 vor BV 94 und N 3 ff. zu BV 94). – Tragweite und Zusammenspiel dieser Funktionen sind nicht immer leicht zu bestimmen. Dies gilt vor allem für Regelungsbereiche, die im Zuge von Deregulierungs- und Liberalisierungsmassnahmen dem Wettbewerb – mehr oder weniger – geöffnet wurden (Gesundheitswesen, öffentlicher Verkehr, Telekommunikation u.a.m.).

5 Zu den *Besonderheiten* der Wirtschaftsfreiheit gehört – neben der Vielfalt der Funktionen – die damit zusammenhängende *spezielle verfassungsrechtliche Schrankenordnung* (näher N 28 ff.; vgl. auch BIAGINI, ius.f.ull. 2003, 2 ff.), die durch ein Zusammenspiel von *allgemeinen Erfordernissen* (gesetzliche Grundlage usw.; BV 36) und *besonderen Regeln* (vgl. insb. BV 94) geprägt ist. Die in langjähriger Rechtsprechung des Bundesgerichts entwickelte «Schrankentrias» – die auf der Unterscheidung von *wirtschaftspolitischen*, *sozialpolitischen* (und verwandten) sowie *wirtschaftspolitischen* Massnahmen beruht (vgl. z.B. BGE 137 I 167, 175 E. 3.6; BGE 131 I 223, 231 E. 4.2; BGE 125 I 417, 422 E. 4.a; BGE 97 I 499, 504 ff. E. 4) – wird zunehmend als problematisch erkannt (vgl. z.B. AUER/MALINVERNI/HOTTELER II, N 961; BIAGINI, VRdCH, 788 f.) und sollte zugunsten der im Verfassungstext angelegten Grundunterscheidung zwischen *grundsatzwidrigen* und *grundsatzkonformen* Massnahmen aufgegeben werden.

- 6 Allgemein fordert die Wirtschaftsfreiheit eine *Ausgestaltung der Rechtsordnung*, die den Entfaltungsbefürfnissen des wirtschaftenden Menschen gerecht wird. Nicht zuletzt schützt die Wirtschaftsfreiheit als «Hüterin einer privatwirtschaftlichen Ordnung» (BGE 124 I 18; BGE 124 I 31) auch den «freien Wettbewerb» (BGE 138 I 378, 394 E. 8.3; BGE 125 I 422; 123 I 15; BGE 116 Ia 240); dies allerdings zunächst nur «negativ» gegen wettbewerbsverzerrende *staatliche* Massnahmen (näher N 23, 32). Eine umfassende «positive» Wettbewerbsgarantie kann dem Grundrecht nicht entnommen werden. Auch *wettbewerbsbeschränkendes Handeln Privater* geniesst grundsätzlich den Schutz der Wirtschaftsfreiheit. Die Gewährleistung des Wettbewerbs zwischen Privaten ist Sache der Kartellgesetzgebung (N 5 ff. zu BV 96). Immerhin ergibt sich aus der Wirtschaftsfreiheit eine Verpflichtung des Staates, für möglichst wettbewerbsfreundliche Verhältnisse zu sorgen (Wettbewerbs-optimierungsgebot: BGE 121 I 287, RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, 479). Die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung spielt auch bei der Auslegung zivilrechtlicher Vorschriften (z.B. ZGB 271/28) eine Rolle (BV 35 Abs. 1 und 3; grundlegend BGE 86 II 365; Boykott als Verletzung des Persönlichkeitsrechts auf freie wirtschaftliche Betätigung; vgl. auch BGE 138 III 322, 328 ff. E. 4.3, Francelino da Silva Matuzalem gegen FIFA, betreffend unzulässige Androhung eines unbegrenzten Beruissverbots). Eine direkte Drittwirkung entfaltet die Wirtschaftsfreiheit nicht.
- 6a *Grundrechtsadressat* ist der *Staat*, unter Einschluss seiner *Unternehmen*; dies auch dann, wenn das Unternehmen im Wettbewerb mit Privaten stehen sollte: Staat bleibt Staat (umstritten; vgl. auch N 11 f. zu BV 35: Grundrechtsbindung mit variierender Intensität). Die Position des Bundesgerichts zur Frage der Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen ist, gelinde gesagt, nicht restlos klar:
- Im Entscheid Post gegen VgT verneinte die I. Zivilabteilung die Grundrechtsbindung mit Blick auf die damaligen sog. Wettbewerbsdienste der Post (BGE 129 III 35, 40 E. 5.2), da die Post hier eine (gewöhnliche) Dienstleistung in Konkurrenz mit Privaten erbringe.
  - Demgegenüber qualifizierte die II. öffentlich-rechtlichen Abteilung den durch die SBB verantworteten Plakataushang im Hauptbahnhof Zürich als – grundrechtsgebundene – «Wahrnehmung einer Staatsaufgabe» (d.h. nicht als gewöhnliche Dienstleistung), womit der Post/VgT-Entscheid zwar nicht förmlich widerrufen, jedoch im Ergebnis zurückgewiesen wurde (BGE 138 I 274, 281 E. 2.2.1; dazu BIAGGINI, Urteilsbesprechung, ZBI 2013, 177 f.).
  - Im gleichentags ergangenen Glarner Sach-Entscheid hielt die II. öffentlich-rechtliche Abteilung unmissverständlich fest, dass der (in der Wirtschaftsfreiheit wurzelnde) Grundsatz der Wettbewerbsneutralität (gerade auch dann) zu beachten sei, wenn ein öffentliches Unternehmen im Wettbewerb mit Privaten agiert (BGE 138 I 378, 398 ff. E. 9).
  - Gegenläufig äusserte sich dieselbe Abteilung allerdings gut einen Monat später im SWITCH-Entscheid: Die «unter Wettbewerbsbedingungen erbrachte Tätigkeit» der

- privatrechtlichen Stiftung (gegründet 1987 von der Eidgenossenschaft und den damaligen Universitätskantonen) unterliege nicht der Grundrechtsbindung, sondern gemesse im Gegenteil den *Schutz* (!) der Wirtschaftsfreiheit (BGE 138 I 289, 294 E. 2.8.1; vgl. N 20).
- Wiederum gegenläufig dazu bejahte das Bundesgericht im Entscheid VgT gegen SRG die Grundrechtsbindung der staatlich konzessionierten SRG (bzw. ihrer Tochter publisuisse SA) im «privatrechtlich bewirtschafteten Werbereich» (BGE 139 I 306, 311 E. 3.2.2, in casu: ideelle Werbung).
- Aus etwas Distanz betrachtet handelt es sich wohl eher um einen Schlingerkurs denn um einen «gangbare[n] Weg» (so indes die wohlwollende Einschätzung von UHLMANN, BS-Komm. BV, Art. 27, N 35).
- 7 Aus dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit lässt sich keine Bundeskompetenz ableiten, weshalb der Hinweis auf BV 27 Abs. 1 im Ingress zum Kartellgesetz (SR 251) i.d.F. 20.06.2003 fehlerhaft (vgl. N 19 vor BV 42). Beim Binnenmarktgesetz (SR 943.02) konnte der Fehler vermieden werden (BBI 1995 I 1283).

### Sachlicher Schutzbereich (Abs. 1 und 2)

- 8 Die Wirtschaftsfreiheit schützt *jede privatwirtschaftliche Tätigkeit*, die der Erzielung eines Gewinns oder Erwerbs dient (vgl. statt vieler BGE 140 I 218, 229 E. 6.3). Der Erwerbszweck ist schon dann zu bejahen, wenn nur eine Deckung der Betriebs- und Verwaltungskosten angestrebt wird (BGE 128 I 19, 29; vgl. auch RHINOW, Komm. aBV, Art. 31, N 70). Grundrechtlich geschützt ist neben der *selbstständigen* (unternehmerischen) auch die *unselbstständige* Erwerbstätigkeit (BGE 84 I 21; BGE 123 I 15). Unerheblich ist, ob die Erwerbstätigkeit hauptberuflich, nebenberuflich oder nur gelegentlich ausgeübt wird (BGE 118 Ia 176: Verkauf von Medikamenten durch Ärzte). – Das Bundesgericht hat es abgelehnt, eine *Konsumfreiheit* als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit zu anerkennen (BGE 102 Ia 121 f.; BGer, Urteil vom 12.09.1994, ZBI 1995, 279), was in der Lehre kritisch aufgenommen wurde (vgl. z.B. J.P. MÜLLER/SCHIEFER, 1054; VALLENDER, SG-Komm., Art. 27, N 8; differenzierend RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, 88; vgl. auch UHLMANN, BS-Komm. BV, Art. 27, N 12 und 18). Die Ausübung der Bettelei wird durch BV 27 nicht geschützt (BGE 134 I 214, 216 E. 3; a.M. REICH, Grundsatz, 76 ff., differenzierend UHLMANN, BS-Komm. BV, Art. 27 N 8, wonach BV 27 das professionelle Bemühen um Spenden schützen sollte; vgl. auch N 22 zu BV 10).
- 9 *Verfassungsrechtliche Konkretisierungen*: Abs. 2 hebt drei praktisch bedeutsame individualrechtliche Teilgehalte der Wirtschaftsfreiheit hervor:
- Als *Berufswahlfreiheit* verbietet die Wirtschaftsfreiheit (unter anderem) eine «staatliche Ausbildungslenkung nach dem Bedarf» (BGE 103 Ia 401). Sie verschafft allerdings gemäss Bundesgericht «keine Teilhaberechte [...], die einen Zugang zu staatlichen Bildungseinrichtungen garantieren» (BGE 121 I 24; vgl. auch BGE 130 I 26, 40 f. E. 4.1; BGE 103 Ia 377). BV 27 kann somit nicht gegen Zulass-

sungsbeschränkungen (z.B. in Form eines *numerus clausus*) angerufen werden (kritisch dazu z.B. J.P. MÜLLER/SCHFEER, 1055 ff.).

- Als *Berufszugangsfreiheit* bietet die Wirtschaftsfreiheit Schutz gegen staatliche Massnahmen, die den *Marktzutritt* (z.B. die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit: BGE 125 I 335 ff., BGE 117 Ia 440 ff.) verhindern oder übermässig erschweren.
- Als *Berufsausübungsfreiheit* schützt die Wirtschaftsfreiheit grundsätzlich alle mit der Erwerbstätigkeit zusammenhängenden Aspekte, namentlich die *Wahl der sachlichen Mittel, der betrieblichen Organisation und der Unternehmensform, die Wahl des Geschäftsdomizils, die Auswahl der Mitarbeiter, die Werbung, die Wahl der Vertragspartner und die Gestaltung der Vertragsinhalte* (Vertragsfreiheit, unter Einschluss der Preisbildungsfreiheit; zu Tragweite und Grenzen vgl. UHLMANN, BS-Komm. BV, Art. 27, N 10 ff.). – *Kasusistik*: BGE 142 I 176, 79 E. 3 (Vorkaufsrecht der Gemeinde als Beschränkung der Vertragsfreiheit); BGE 139 II 173, 178 ff. E. 5 (Anwaltswerbung, in casu: Unzulässigkeit der Fassadenwerbung infolge fehlender Zurückhaltung in gestalterischer Hinsicht; dazu kritisch MARKUS SCHOTT, ZBI 2013, 277 ff.); BGE, Urteil 2C\_259/2014 vom 10.11.2014, in: ZBI 2015, 391 ff. (Anwaltswerbung, in casu: Unzulässigkeit von Werbespots an Eishockeyspielen; kritisch dazu PETER HETTICH, ZBI 2015, 395 ff.), BGE 138 II 440 (Anwaltskanzlei als AG; auch in: ZBI 2012, 657 ff., mit Kommentar von PETER HETTICH); BGE 138 II 398, 432 f. E. 6.2 (Investitionsentscheidungen); BGE 136 I 184, 190 ff. E. 3 und 4 (Grenzen der Arzneimittelwerbung); BGE 136 I 197, 203 f. E. 4.4 (zulässige Einschränkung der Vertragsfreiheit); aus der älteren Rechtsprechung vgl. z.B. BGE 131 I 333, 339; BGE 128 I 19; BGE 128 I 304, 308; BGE 124 I 113; BGE 123 I 209; BGE 123 I 15. – Im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung gilt die Vertragsfreiheit nur stark eingeschränkt (BGE 130 I 26, 41). – Nach einem älteren höchstgerichtlichen Präjudiz (1937), das vielleicht wieder Aktualität erlangen könnte, verstösst ein staatliches Verbot, arbeitskräftesparende Maschinen einzusetzen, gegen die Wirtschaftsfreiheit (BGE 63 I 213; vgl. auch XAVIER OBERSON, *Taxer les robots?*, AJP 2017, 232 ff.).

10 *Aussenwirtschaftsfreiheit*: Die Wirtschaftsfreiheit schützt als Export- bzw. Importfreiheit auch den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr (vgl. BGE 124 III 331), erleidet hier jedoch mitunter weitreichende Beschränkungen (vgl. N 5 f. zu BV 101).

11 *Staatliche Abgaben*: Die Wirtschaftsfreiheit bietet Schutz gegen prohibitiv wirkende *besondere Gewerbesteuer* (vgl. BGE 135 I 130, 135 E. 4.2; BGE 128 I 102, 109 ff.), nach bisheriger Rechtsprechung jedoch *nicht gegen allgemeine Steuern* (BGE 125 I 347; BGE 125 I 198 f.; BGE 99 Ia 647; Kritik bei RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, 89 f., 104) oder gegen die Überwälzung von Kosten (im Umfang von 60 bis 80 %) für die Gewährleistung der Sicherheit bei sportlichen Veranstaltungen mit Gewaltpotenzial (BGE 135 I 130, 137 E. 4.3).

12 *Bereichsausnahmen*: Vom sachlichen Schutzbereich des Grundrechts ausgenommen sind die rechtmässig errichteten *staatlichen Monopole oder Regale* (vgl. auch UHLMANN, BS-Komm. BV, Art. 27, N 56 ff.; VALLENDER, SG-Komm., Art. 27, N 72 ff.; GYGI/RICHI, 70; BGE 142 I 99, 111 ff. E. 2.4, betreffend kantonale Verfügungsmacht über öffentliche Gewässer). Die *Erichtung* muss sich an BV 27 messen lassen, soweit sich nicht aus der Bundesverfassung ein entsprechender Vorbehalt ergibt (BV 94 Abs. 4). Die höchstgerichtliche Rechtsprechung ist meist grosszügig (zugunsten der Monopolisierung; vgl. auch hinten N 31):

- BGE 124 I 11 und 25: Glarner Gebäudeversicherungsmonopol; mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbar;
- BGE 132 I 282, 285 ff. E. 3: Volksinitiative zur Errichtung eines Monopols für die Elektrizitätsversorgung zugunsten der Services Industriels de Genève; nicht offensichtlich im Widerspruch zum höherrangigen Recht;
- BGE, Urteil 2C\_234/2016 vom 24.05.2017, E. 2, zur Publikation vorgesehen (auch in: ZBI 2017, 545 ff.): Zürcher Bestattungsmonopol; mit BV 27 vereinbar (kritisch dazu NICOLAS DIEBOLD, ZBI 2017, 551 ff.).

Ob es sachgerecht ist, im Monopolbereich von einer völligen «Besetzung» der Wirtschaftsfreiheit auszugehen, kann man bezweifeln, dies namentlich dann, wenn wie etwa im Rahmen der Monopolkompetenz gemäss BV 92 BV (Post- und Fernmeldewesen) staatlicherseits «Wirksamer Wettbewerb» angestrebt (vgl. FMG 1 Abs. 2) und ein Konkurrenzsystem geregelt «organisiert» wird. Gute Gründe sprechen dafür, die *Wirtschaftsfreiheit* vermehrt auch *in solche Ausnahmebereiche hinein «ausstrahlen»* zu lassen (vgl. PAUL RICHI, Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch Verfassungsgrundsätze, Bern 1983, 256 f.; BIAGGINI, ZBI 2001, 243 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, 77, 92 und 487 ff.; zögernd BGE 132 II 485, 510).

13 *Nicht* unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit steht, wer eine *staatliche Tätigkeit oder ein öffentliches Amt* ausübt (BGE 130 I 26, 40; BGE 128 I 280; BGE 121 I 326, 328 f.; BGE 103 Ia 394, 401), also etwa

- der Notar als öffentliche Urkundsperson (BGE 133 I 259, 261 E. 2.2; BGE 131 II 639, 645 E. 6.1; vgl. auch BGE, Urteil 2C\_335/2013 vom 11.05.2015, E. 3.6, in: ZBI 2016, 159 ff.; unter dem Aspekt von BV 24 überprüft, vgl. N 10 zu BV 24);
- der Anwalt als amtlicher (unentgeltlicher) Verteidiger (BGE 141 I 124, 127 E. 4.1; BGE 113 Ia 71; anders verhält es sich in Bezug auf die Entschädigung: BGE 132 I 201, 205);
- für Gerichte und Behörden tätige Dolmetscher, Übersetzer und Sachverständige (BGE 140 II 112, 116 E. 3.1; BGE, Urteil 2C\_121/2011 vom 09.08.2011, in: ZBI 2012, 262 ff., E. 4.3.1);
- die Betreiberin des Registers für die Domain «.ch» (SWITCH; vgl. BGE 138 I 289, 294 E. 2.8.1; vgl. aber N 20);

- die ärztliche Tätigkeit, soweit sie im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in einem entsprechenden Dienstverhältnis erfolgt; die Wirtschaftsfreiheit gibt keinen Anspruch darauf, an staatlich subventionierten Spitälern eine private Erwerbstätigkeit ausüben zu können (BGE 130 I 36, 40; BGE 121 I 230, 240; vgl. auch BGE 113 la 101 betreffend privatärztliche Tätigkeit öffentlich-rechtlich angestellter Klinikdirektoren);
- die private Eichstelle, die mit staatlichen Kontrollaufgaben beauftragt ist (vgl. N 4a zu BV 125); die Eichstätigkeit wird im Fall einer Auslagerung nicht zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit (BGer, Urteil 2C\_1007/2015 vom 10.05.2016, in: ZBl 2017, 161 ff.).

Bei der Abgrenzung des Schutzbereichs der Wirtschaftsfreiheit stellt das Bundesgericht richtigerweise nicht auf die anders gelagerten Begriffsbestimmungen des europäischen (Binnenmarkt-)Rechts ab («Ausübung öffentlicher Gewalt», Art. 51 AEUV; vgl. BGE 140 II 112, 122 E. 3.; UHLMANN, BS-Komm. BV, Art. 27, N 22 f.). Anderes mag angezeigt sein, wenn es um die Auslegung des europäisch inspirierten Binnenmarktgesetzes geht (vgl. N 8 zu BV 95; vgl. MATTHIAS OESCH, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachtern und Notaren, SJZ 2016, 53 ff.).

14 **Staatsangestellte** können die Wirtschaftsfreiheit anrufen, wenn ihnen eine *private Nebenverstätigkeit* untersagt wird (BGE 121 I 329; anders noch BGE 113 la 101). Gewichtige öffentliche Interessen rechtfertigen allerdings regelmässig weitreichende Beschränkungen. – Das Grundrecht schützt auch Tätigkeiten, die zu den traditionell vom Staat wahrgenommenen Aufgaben zählen (z.B. BGE 97 I 121: Betreiben einer Schule) oder nach dem Empfinden einer Mehrheit als sittlich anstössig erscheinen mögen (BGE 120 la 132: Betreiben von Spielautomaten; BGE 106 la 269: «Peep-Show»); BGE 101 la 476; Prostitution, vgl. auch BGE 137 I 167). Auch die Anwaltschaft, sei es im sog. Monopolbereich (BGE 138 II 440, 444 E. 4; BGE 130 II 87, 92), sei es im Bereich der Beratung (BGE 131 I 223, 231), sowie die Tätigkeit von Ärzten und anderen Medizinalpersonen (BGE 130 I 26, 40; BGE 128 I 92, 94; BGE 125 I 267, 269; BGE 118 la 175, 176 f.) oder von Landwirten (BGE 140 II 233, 238 E. 3.2.1) fallen in den Schutzbereich von BV 27, ebenso grundsätzlich das Veranstalten von Lotterien mit gemeinnützigem oder wohltätigem Zweck (BGE 127 II 264, 270).

15 **Ausdehnung des Schutzbereichs** auf «gewerbliche Einrichtungen im Rahmen eines öffentlichen Dienstes»? Im Rahmen der Teilrevision des Binnenmarktgesetzes wurde die Aufnahme eines Passus vorgeschlagen, der «jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die den Schutz der Wirtschaftsfreiheit genießt, einschliesslich gewerblicher Einrichtungen im Rahmen eines öffentlichen Dienstes», dem Gesetz unterstellt hätte (E-BGBM 1 Abs. 3; dazu BBl 2005 482; ohne entsprechenden Passus nunmehr BGBM 1 Abs. 3 i.d.F. vom 16.12.2005). Ein Versuch, den Schutzbereich des verfassungsmässigen Rechts gewissermassen per Legaldefinition zu erweitern, muss scheitern. Zur Erweiterung berufen sind Verfassungsgeber und Verfassungsgerichtsbarkeit, nicht der Bundes-

gesetzgeber – was diesen nicht daran hindert (Regelungskompetenz vorausgesetzt), per Gesetz für Freizügigkeit auch im Bereich der *nicht* von der Wirtschaftsfreiheit erfassten Tätigkeiten zu sorgen.

16 **«Bedingten» Anspruch auf Nutzung des öffentlichen Grundes**: Das Bundesgericht anerkennt einen «bedingten» Anspruch auf *Benutzung des öffentlichen Grundes* (in der Form des *gesteigerten* Gemeingebrauchs) für die Ausübung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeiten (so erstmals BGE 101 la 480 f.; vgl. seither z.B. BGE 132 I 97, 99; BGE 126 I 140; BGE 121 I 282; vgl. auch BGE 138 I 274 betreffend Plakataushang im HB Zürich, unter dem Aspekt der freien Meinungsäusserung, dazu N 4 zu BV 16). Entsprechendes gilt für die Benutzung des *Luftraums* (BGE 128 II 292, 297) und von *öffentlichen Gewässern* (BGer, Urteil vom 10.08.2005, in: ZBl 2006, 254 ff., betreffend Wakeboard-Verordnung des Kantons Zug). Verneint hat das Bundesgericht einen Anspruch auf Nutzung von Fahrzeugen städtischer Verkehrsbetriebe als Werbeträger (BGE 127 I 88; vgl. auch BGE 143 I 37: keine Berufung auf BV 27 bezüglich Nutzung der im Verwaltungsvermögen des Flughafens Genf befindlichen Parkplätze für einen Parkservice). – Einen bedingten Anspruch auf *Sondernutzung* hat das Bundesgericht «[jedenfalls [...]] für die Konzessionierung von Regalechten, namentlich von Wasserrechten» *verneint*; darüber hinaus scheint die Frage noch offen (BGE 142 I 99, 112 E. 2.4.3; vgl. auch BGE 119 la 390, 404 E. 9; kritisch UHLMANN, BS-Komm. BV, Art. 27, N 80). Die Ausschreibungspflicht und das Diskriminierungsverbot gemäss BGBM 2 Abs. 7 nehmen der Frage etwas an Schärfe. – Das Bundesgericht stellt die Verweigerung einer entsprechenden Bewilligung einem Grundrechtseingriff gleich: Die Bewilligung nur polizeilich motivierte Einschränkungen zulässig sind, auf sachlich vertretbaren Kriterien beruhen und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren» (BGE 126 I 140). Die praktische Bedeutung der Wirtschaftsfreiheit liegt vor allem darin, die Gleichbehandlung von Konkurrenten sicherzustellen (vgl. N 23 ff.) bzw. auf faire Wettbewerbsverhältnisse hinzuwirken (BGE 142 I 99, 112 E. 2.4.2).

17 **Kein Anspruch auf staatliche Leistungen**: Die Wirtschaftsfreiheit verschafft nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich *keine Ansprüche auf staatliche Leistungen* (zusammenfassend BGE 130 I 26, 40; vgl. auch BGE 141 V 557, 569 E. 7.1); weder auf Zuerteilung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung, noch auf Schutz vor privater Konkurrenz, noch auf Entschädigung im Fall eines Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit, noch auf Zulassung zur Kassenpraxis oder darauf, in beliebiger Höhe Leistungen zuzulasten der sozialen Krankenversicherung zu erbringen, noch auf Benutzung eines Flughafens zu kommerziellen Zwecken (vgl. BGE 142 V 94, 102 E. 5.1; BGE 138 II 191, 203 E. 4.4.; BGE 130 I 40; BGE 125 I 182, 199; BGE 125 I 161, 165 f.; BGE 124 I 107, 113; BGE 122 I 44, 47; BGE 121 I 240; BGE 118 lb 241, 249; BGE 117 lb 387, 395; BGE 102 la 533, 542; BGer, 2.1.03.1997, in: Pra 1998, 1 ff.). – Strafprozessuale und nachrichten-

dienstliche Überwachungsmaßnahmen beeinträchtigen nicht nur die Privatsphäre (vgl. N 5 zu BV 13), sondern u.U. auch die Wirtschaftsfreiheit der Anbieterinnen von Telekommunikationsdienstleistungen und der Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen (vgl. B), Überwachung des Fernmeldeverkehrs: Pflichten der Dienstanbieterinnen bei Überwachungsmaßnahmen im Internet, Gutachten vom 16.04.2010, VPB 2012.3; vgl. auch BÜPF 2016 Art. 31 ff., NDG 42). Die Erfüllung der gesetzlichen Mitwirkungspflichten kann erhebliche Kosten verursachen. BV 27 begründet keinen Anspruch auf Entschädigung, doch sieht die Gesetzgebung eine angemessene Kostenerstattung vor (vgl. BÜPF 2016 Art. 38; dazu BBl 2013 2757 ff.; NDG 42 Abs. 4).

17a *Schutz gegen staatliche Konkurrenz?* Einen aus BV 27 fließenden «bedingten» Anspruch auf Schutz gegen staatliche Konkurrenz, wie er in der Rechtslehre postuliert wird (vgl. BIAGGINI, ZBl 2001, 240 ff.), lehnt das Bundesgericht zwar nicht (mehr) kategorisch ab, doch sind die Hürden hoch: «Tritt ein staatliches Unternehmen mit gleichen Rechten und Pflichten wie ein privater Unternehmer und im Wettbewerb zu diesem auf, so entsteht den Privaten bloss ein weiterer Konkurrent, was keine Einschränkung der individuellen wirtschaftlichen Wirtschaftsfreiheit darstellt [...] Dies gilt jedenfalls so lange, als das private Angebot durch die staatliche Massnahme nicht geradezu verdrängt wird» (BGE 138 I 378, 386 f., E. 6.2.2; vgl. dazu HANGARTNER, AJP 2012, 1817 ff.; HETTICH, AJP 2012, 1467 ff.; KRAEMER/STÖCKLI, recht 2013, 28 ff.; LENHARD, ZBlV 2013, 816 ff.). Ob diese Klausel ausreicht, um einer schleichenden Aushöhlung des Grundsatzes der Staatsfreiheit der Wirtschaft (N 2 zu BV 94) entgegenzuwirken, bleibt abzuwarten (kritisch BIAGGINI, ZBl 2012, 671 ff.). Immerhin kann der vom Bundesgericht für einschlägig erklärte Grundsatz der Wettbewerbsneutralität (BGE 138 I 378, 398 ff. E. 9), richtig gehandhabt, einen gewissen Schutz gegen die grundsatzwidrige Bevorzugung öffentlicher Unternehmen bieten (vgl. auch N 6a zu BV 94). Dass das Bundesgericht eine Quersubventionierung des Wettbewerbsbereichs aus dem Monopolbereich nur für unzulässig hält, «soweit sie in systematischer Weise erfolgt» (a.a.O., 399 E. 9.1, Hervorhebung hinzugefügt), stimmt allerdings skeptisch.

**Persönlicher Schutzbereich**

18 Die Wirtschaftsfreiheit schützt sowohl *natürliche Personen* als auch *juristische Personen* des Privatrechts. Das Bundesgericht dehnte den Grundrechtsschutz, der ursprünglich nur *Schweizern* zustand, seit 1982 sukzessive aus:

- zunächst in zwei Teilschritten (1982/1990) auf *ausländische Staatsangehörige* mit *Niederlassungsbewilligung* (BGE 108 la 150 f., BGE 116 la 238 ff.; vgl. auch BGE 123 I 22);
- in einem weiteren Schritt (1997) auf bestimmte Inhaber einer *Aufenthaltsbewilligung*, und zwar dann, wenn eine Person (z.B. als Ehegatte einer Schweizerin oder eines Schweizer) von den arbeitsmarktlichen Begrenzungsmaßnahmen ausge-

nommen ist und Anspruch auf Erneuerung der Aufenthaltsbewilligung hat (BGE 123 I 214).

Nicht restlos geklärt sind die grundrechtlichen Konsequenzen des mit der EU und ihren Mitgliedsstaaten abgeschlossenen Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA, SR 0.142.112.681).

19 Nachdem das Bundesgericht lange Zeit offen liess, ob sich eine *ausländische juristische Person* auf die Wirtschaftsfreiheit berufen kann (BGE 125 I 182, 198), bejahte es in BGE 131 I 223, 227 die Frage für ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland, das einen *staatsvertraglichen Anspruch* auf wirtschaftliche Betätigung in der Schweiz besass.

20 Nicht zu den Trägern der Wirtschaftsfreiheit gehört das *Gemeinwesen*. Nach wie vor nicht restlos geklärt ist die Frage, inwieweit sich *öffentliche Unternehmen* auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können (offengelassen in BGE 127 II 8, 17 und BGE 131 II 13; 27 f. E. 6.4.1, beide betreffend die Swisscom AG; beiläufig bejahend BGE 138 I 289, 294 E. 2.8.1, im Fall der Stiftung SWITCH für die «unter Wettbewerbsbedingungen erbrachte Tätigkeit»; vgl. auch N 6a und 13). In der Lehre wird die Frage kontrovers erörtert (zum Meinungsstand VALLENDER, SG-Komm., Art. 27, N 54, m.w.H.). Angezeigt erscheint eine differenzierende Betrachtung im Lichte der Binnenmarktfunktion (vgl. N 21) der Wirtschaftsfreiheit (näher BIAGGINI, FS Forstmoser, 625 ff.).

**Interkantonale (bundesstaatliche) Komponente**

21 Die Wirtschaftsfreiheit verbürgt unter anderem die *bundesweite* freie Zirkulation von Gütern, Dienstleistungen und Erwerbstätigen (Binnenmarktfunktion) und untersagt Diskriminierungen aufgrund des Geschäftsdomizils. Diese «*interkantonale Komponente*» der Wirtschaftsfreiheit (BGE 125 I 279; vgl. auch BGE 116 la 240: Garantie eines «*einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraums*») wurde in der höchstrichterlichen Rechtsprechung über längere Zeit vernachlässigt (BIAGGINI, VRdCH, 791).

22 *Binnenmarktgesetz*: Um die Verfassungsrechtsprechung vermehrt für die in der Wirtschaftsfreiheit angelegte «Binnenmarktdee» zu sensibilisieren, erliess der Bundesgesetzgeber das vom europarechtlichen *Cassis-de-Dijon*-Prinzip inspirierte Bundesgesetz vom 06.10.1995 über den Binnenmarkt (SR 943.02) – als eine Art von «gesetzgebelsche(m) Nachhilfe-Unterricht in Sachen helvetischer (Wirtschafts-)Integration» (BIAGGINI, ZBl 1996, 78). Die zentralen materiellen Bestimmungen des Gesetzes (BGBM 2, 3) haben im Wesentlichen die Funktion, die im Grundrecht seit je enthaltene interkantonale Komponente zu präzisieren und im Hinblick auf die Rechtsanwendung besser zu strukturieren (BGE 125 I 276, 278 f.). Dank dem Binnenmarktgesetz konnte die eine oder andere unnötige Behinderung des interkantonalen Wirtschaftsverkehrs abgebaut werden (BGE 125 I 474: Versandhandel mit Medikamenten; BGE 123 I 313; BGE 125 II 56; BGE 125 II 406: Ausübung des Anwaltsberufes; vgl. auch BGE 128 I 295: Anwendbarkeit des BGBM offengelassen). Das BGBM vermag jedoch nicht zu verhindern, «dass verschiedene Kantone unterschiedliche Regelungen kennen oder gleiche Sachverhalte rechtlich unterschiedlich qualifizieren» (BGE 125 I 335, 338; vgl. auch BGE 125 I

322). – Von den praktischen Wirkungen des Gesetzes enttäuscht, beauftragte die Bundesversammlung den Bundesrat, eine Revision einzuleiten. Die am 16.12.2005 verabschiedete *Teilrevision* (in Kraft seit 01.07.2006) dehnte das Prinzip des freien Marktzugangs auf die Niederlassung aus (BGBM 2 Abs. 4), erschwerte Beschränkungen des freien Marktzugangs (BGBM 3) und verschaffte der Wettbewerbskommission ein besonderes Beschwerderecht (BGBM 9 Abs. 2<sup>bis</sup>). – Seither hat die Binnenmarktidée in der Rechtsprechung an Bedeutung gewonnen (vgl. z.B. BGE 135 II 12 betreffend Zulassung zur selbstständigen Berufsausübung als Psychotherapeutin). Erneute Enttäuschungen sind indes vorprogrammiert, da dem Regelungsansatz des BGBM – mit seinen *Abwägungsformeln* und der Abhängigkeit von der (Rechtsmittel-)Initiative einzelner Unternehmen – immanente Schranken gesetzt sind (vgl. BIAGGINI/LIENHARD/SCHÖTT/UHLMANN, 69 f.). Wenig befriedigend ist die Situation im BGBM-Bereich namentlich unter dem Aspekt der *Rechtssicherheit* – einem zentralen Ziel gerade im Bereich des Wirtschaftsrechts, dem man wohl letztlich nur durch bundeseinheitliche Regelungen näher kommt (vgl. aus jüngerer Zeit: BG vom 18.03.2011 über die Psychologieberufe, PsyG; SR 935.81; demnächst: BG vom 30.09.2016 über die Gesundheitsberufe, GesBG; BBl 2016 7599, Referendumsvorlage).

#### Gleichbehandlung der Konkurrenten

Das Bundesgericht und die jüngere Lehre leiteten aus der Handels- und Gewerbefreiheit (BV 1874 Art. 31) ein *besonderes Gleichbehandlungsgebot* ab (so erstmals nach längerem Zögern BGE 121 I 129, 135 E. 3.d): den *Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten*, früher: der «Gewerbegeossen», wie das Bundesgericht noch heute gelegentlich etwas altmodisch formuliert (z.B. BGE 138 I 378, 385 E. 6.1; BGer, Urteil 2C\_804/2010 vom 17.05.2011, in: ZBl 2012, 480 ff., hier insofern stimmig, als es wie in BGE 121 I 129 um eine Ungleichbehandlung innerhalb des *Taxigewerbes* ging). Nach diesem Grundsatz sind staatliche Massnahmen *unzulässig*, wenn sie den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten *verzerren*. Dieser den Konkurrenten auch unter der neuen Bundesverfassung zustehende spezifische Gleichbehandlungsanspruch dient der Verwirklichung des «Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit» (BV 94 Abs. 1; vgl. N 31) bzw. des Grundsatzes der staatlichen Wettbewerbsneutralität (vgl. N 32) und bildet gewissermassen deren individuelle rechtliche (Kehr-)Seite (vgl. BGE 131 II 271, 291; vgl. auch BGE 121 I 134; BGE 121 I 285; BGE 123 II 401; BGE 125 I 435 f.; BGE 128 I 136, 141 ff.; BGE 130 I 26, 54; BGE 141 V 557, 569 E. 7.2; BGE 143 I 37, 47 E. 8; eingehend VALLENDER, SG-Komm., Art. 27, N 28 ff.). – Unter der neuen Bundesverfassung dürfte es sich empfehlen, das Gleichbehandlungsgebot als Ausfluss von *BV 27 i.V.m. BV 94* einzustufen (vgl. BGE 138 I 289, 292 E. 2.3; vgl. auch BGer, Urteil 2C\_562/2016 vom 22.05.2017, E. 4.2, zur Publikation vorgesehen; VALLENDER, SG-Komm., Art. 27, N 28, m.w.H.; nur aus BV 27 demgegenüber: BGE 138 I 378, 386 E. 6.2.2; BGE 132 I 97, 100).

24 Als *direkte Konkurrenten* gelten gemäss Bundesgericht «Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen» (BGE 125 I 436; vgl. auch BGE 141 V 557, 569 E. 7.2; BGE 128 I 136; BGE 125 II 149; BGE 121 I 285). – *Kasustik*: *Bejaht* wurde die direkte Konkurrenz:

- zwischen Zirkusunternehmen unterschiedlicher Grösse (BGE 119 Ia 448; 121 I 286),
- zwischen Bäckereien-Konditoreien mit angeschlossenem Café einerseits und Bäckereien-Konditoreien ohne Café andererseits (BGE 120 Ia 236 ff.),
- zwischen Taxiunternehmen mit unterschiedlichen Bewilligungstypen (BGE 121 I 132),
- zwischen Schaustellern mit Riesenrädern unterschiedlicher Grösse (32 bzw. 44 m Durchmesser; BGE 128 I 136) sowie
- punktuell zwischen öffentlichen und privaten Spitälern (BGE 138 II 398, 425 E. 3.9.3; vgl. auch BGE 140 I 218, 229 E. 6.3).

*Verneint* wurde ein direktes Konkurrenzverhältnis dagegen:

- zwischen einem Zirkusunternehmen und einem Jugendzirkus (BGE 121 I 286),
- zwischen Gastwirten und Detaillisten (BGer, Urteil vom 22.04.1983, ZBl 1983, 359),
- zwischen «Peep-Shows» einerseits, Kiosken, Kinos und Night-Clubs andererseits (BGE 106 Ia 275),
- zwischen Apotheken und Drogerien (BGE 89 I 35; BGE 119 Ia 437),
- zwischen Kinos einerseits, Theatern und Cabaret-Dancings andererseits (BGE 93 I 309),
- zwischen Ärzten und Apothekern hinsichtlich des Verkaufs von Medikamenten (BGE 119 Ia 438; vgl. auch BGE 131 I 205, 211),
- zwischen abonnierter Presse und Gratispublikationen (BGE 120 Ib 145) sowie
- zwischen öffentlichen und öffentlich finanzierten Spitälern einerseits, Privatspitälern andererseits, soweit es um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe geht und die Ungleichbehandlung gesetzlich gewollt ist (BGE 132 V 6, 15 f. E. 2.5.4).

25 Wie die Beispiele zeigen, zieht das Bundesgericht den Kreis der direkten Konkurrenten traditionell recht eng. In der Lehre wird zu Recht gefordert, es sei weniger auf das (etwas zünftisch anmutende) Kriterium der Branchenzugehörigkeit («Gewerbegeossen») als auf das Kriterium des *relevanten Markts* abzustellen (vgl. z.B. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, 115 ff.; GYGI/RICHI, 17; UHLMANN, BS-Komm. BV, Art. 27, N 66; VALLENDER, SG-Komm., Art. 27, N 32).

25a In Rechtsprechung und Lehre noch nicht ausreichend thematisiert wurde die Frage, welche Tragweite der Gleichbehandlungsgrundsatz mit Blick auf *öffentliche Unterneh-*

men besitzt. Im Entscheid Glarnerstach verwendete das Bundesgericht das Bild der «gleich langen Spiesse» und sprach davon, dass «unternehmerisches Staatshandeln unter gleichen Bedingungen erfolgen soll wie entsprechende Tätigkeiten Privater» (BGE 138 I 378, 395 E. 8.4). Wenn damit gemeint ist, dass der Staat ein öffentliches Unternehmen im Wettbewerb nicht besser stellen darf als die privaten Konkurrenten, so ist dagegen in der Sache nichts einzuwenden (nur passt dann das Bild von den «gleich langen Spiesen» nicht recht). Sollte damit hingegen gemeint sein, dass der Gesetzgeber öffentliche Unternehmen gegenüber der privaten Konkurrenz in keiner Weise benachteiligen darf, d.h. dass er sie in jeder Hinsicht diesen gleichstellen muss, so würde dies im Ergebnis auf einen grundrechtlichen Anspruch der öffentlichen Unternehmen auf «gleich lange Spiesse» hinauslaufen – ein doch recht eigenartiges und abzulehnendes Verständnis des (gegen den Staat gerichteten) Individualrechts der Wirtschaftsfreiheit.

26 *Inhalt:* Der vom Bundesgericht aus der Wirtschaftsfreiheit abgeleitete Gleichbehandlungsgrundsatz geht weiter – und ist mithin «strenger» – als das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot (BV 8): Der Grundsatz gewährt gemäss Bundesgericht «einen Schutz vor staatlichen Ungleichbehandlungen, die zwar auf ernsthaften, sachlichen Gründen beruhen mögen, gleichzeitig aber [...] einzelne Konkurrenten namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang bzw. -ausschluss begünstigen oder benachteiligen» (BGE 125 I 436). Auch das wirtschaftsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot gilt jedoch nicht absolut (vgl. BGE 141 V 557, 569 E. 7.2; BGE 140 I 218, 230 E. 6.3; BGE 128 I 136, 146; BGE 125 I 436; BGE 125 I 200; BGE 125 I 150; BGE 121 I 287). Gewisse Relativierungen sind möglich. So lässt das Bundesgericht eine Bevorzugung von Konkurrenten oder Konkurrentengruppen zu, wenn es durch gewichtige öffentliche Interessen gerechtfertigt erscheint (vgl. z.B. BGE 125 II 129, 150: «aus Gründen des Umweltschutzes»; BGE 130 I 26, 50: zwecks Kosteneindämmung im Gesundheitswesen; BGE 136 I 1, 16 E. 5.5: aus polizeilichen Gründen, betreffend das Züchten gefährlicher Hunde). Zu vermeiden sind jedoch «spürbare Wettbewerbsverzerrungen» (BGE 125 II 150; vgl. auch BGE 130 I 26, 53 E. 6.3.3.1; BGE 125 I 436; BGE 121 I 288 ff.).

27 *Grenzen:* Nicht vermeiden lassen sich gewisse systemimmanente Ungleichheiten, so beispielsweise bei der Regelung des Zugangs zu staatlich administrierten knappen Gütern (Zuteilung von Standplätzen für gewerbliche Veranstaltungen auf öffentlichem Grund, von Sendefrequenzen usw.: vgl. BGE 128 I 136, 145). Eine strikte Gleichbehandlung kann hier von vornherein nicht gewährleistet werden. Das Bundesgericht verpflichtet die Behörden aber, «dem institutionellen Gehalt» des Grundrechts Rechnung zu tragen, d.h. Ungleichheiten zu minimieren und «möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse» zu schaffen (BGE 128 I 136, 146; BGE 121 I 287). So muss die Zuteilung von öffentlichem Grund und Boden für Erwerbszwecke «regelmässig überprüft werden, um eine Zementierung einmal geschaffener Privilegien zu vermeiden» (BGE 121 I 289; vgl. auch BGE 132 I 97, 101: «une certaine rotation»). Gemäss Bundesgericht widerspricht es dem Gebot des fairen Wettbewerbs indes nicht, wenn eine Gemeinde von mehreren

Angeboten für ein Riesenrad am Herbstjahrmarkt jeweils das objektiv deutlich beste auswählt, auch wenn es immer wieder vom gleichen Anbieter stammt (BGE 128 I 136; vgl. auch UHLMANN, BS-Komm. BV, Art. 27, N 77, der zu Recht auf die Problematik des behördlichen Abstellens auf das [mutmassliche] «Publikumsinteresse» hinweist). – Problematisch ist ein Passus in BGE 132 I 97 (Abbaye de Fleurier; betreffend Teilnahme an einem lokalen Markt), worin das Bundesgericht die Möglichkeit «d'accorder une certaine préférence» (zugunsten Einheimischer) andeutet (a.a.O., 103 E. 3).

**Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit**

28 *Wirtschaftsfreiheitsspezifische «Schrankenordnung»:* Die Frage, wie die zulässigen von den unzulässigen Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit abzugrenzen sind, ist anspruchsvoll und nach wie vor nicht restlos geklärt. Hauptgrund dafür ist das Nebeneinander von allgemeinen (BV 36) und besonderen Regeln (BV 94), das schon unter der BV 1874 bestand (vgl. BV 1874 Art. 31 Abs. 2 und Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2) und in Rechtsprechung und Lehre zu einer nicht durchweg überzeugenden wirtschaftsfreiheitsspezifischen «Schrankenordnung» verarbeitet wurde (zur Problematik RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, 106 ff. ff.; BIAGGINI, VRdCh, 788 sowie N 5 zu BV 94). Hinzu kommt das höchstrichterliche Schwanken beim «Prüfprogramm» (vgl. z.B. BGE 125 I 267, 269, einerseits; BGE 128 I 3, 9, andererseits; zur Pluralität der Prüfprogramme näher BIAGGINI, Jus.f.ull 2003, 2 ff.).

29 *Allgemeine Voraussetzungen (BV 36):* Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit müssen, entsprechend den allgemeinen Regeln (eingehend BGE 140 I 218, 228 ff. E. 6; vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, 100 ff.; UHLMANN, BS-Komm. BV, Art. 27, N 36 ff.),

- auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen; schwerwiegende Einschränkungen müssen «im Gesetz selbst» (BV 36 Abs. 1) vorgesehen sein (vgl. BGE 136 I 29, 33 E. 3.2., wonach sich ein Rauchverbot für den Hauptausschankraum als leichter Grundrechtseingriff auf eine Grundlage im Verordnungsrecht stützen kann; vgl. auch BGE 138 II 42, 51 ff. E. 4.2.; BGE 136 I 1, 13 E. 5.3.1),
- im öffentlichen Interesse liegen. – Entgegen einer missverständlichen höchstrichterlichen Formel (vgl. z.B. BGE 131 I 223, 231 E. 4.2.; BGE 102 la 104, 114 E. 3) kommt grundsätzlich jedes hinreichend gewichtige öffentliche Interesse in Betracht (vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, 105 ff.). Wirtschaftspolitisch motivierte Massnahmen scheiden nicht von vornherein aus. Doch bildet hier der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (BV 94) eine – meist hohe – Hürde (vgl. N 31 ff.). – Ob das öffentliche Interesse zu verneinen ist, wenn eine Lenkungsmaßnahme (wie die Reduktion der Taxistandgebühr für umweltfreundliche Fahrzeuge in der Stadt Zürich) kaum Wirkung entfaltet, d.h. eher symbolischer Natur ist, wird unterschiedlich beurteilt (vgl. REICH, Regulierung, N 33: Fehlen eines legitimierenden Interesses; weniger streng BIAGGINI, ZBl 2012, 485).

- verhältnismässig, d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar, sein (vgl. N 23 ff. zu BV 36; illustrativ BGE 125 I 335, 339 f. E. 3.b; vgl. auch BGE 125 I 327; BGE 122 I



134). – Bei der Bejahung der Verhältnismässigkeit des «Ärztstopps» (Umsetzung von KVJ 55a i.d.F. vom 24.03.2000) wies das Bundesgericht u.a. darauf hin, dass der Gesetzgeber den Zulassungsstopp auf drei Jahre begrenzt hatte, «was als einmalige Frist (ohne Möglichkeit einer Verlängerung) zu verstehen» sei (BGE 130 I 26, 54 E. 6.3.3.3, unter Verweis auf AB 2000 N 351). Ob die höchstgerichtliche Beurteilung des «Ärztstopps» auch nach mehrfacher Verlängerung (und Modifikation) der Massnahme (zuletzt mit BG vom 17.06.2016, in Kraft bis 30.06.2019; AS 2016 2265) gleich ausfallen würde?

- den *unantastbaren Kerngehalt* i.S.v. BV 36 Abs. 4 der Wirtschaftsfreiheit wahren. Über dessen Umfang und Tragweite herrscht allerdings heute wenig Klarheit, nämlich was einen allfälligen *wirtschaftssystembezogenen* Kerngehalt anbelangt (vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, 113; vgl. auch KIENER/KÄLIN, 371, m.w.H.). – In der Praxis scheint diese Unsicherheit bisher keine Probleme zu schaffen (vgl. z.B. BGE 136 I 17, 28 E. 4.5, wo das Bundesgericht offen liess, ob bzw. wieweit sich Kerngehaltsschutz und Erfordernis der Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit decken). Der *menschenrechtliche* Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit kann etwa verletzt sein, wenn eine Massnahme elementare Aspekte der Berufswahlfreiheit beschneidet. Nicht betroffen ist der Kerngehalt durch ein Werbeplakatverbot für Alkohol und Tabak (BGE 128 I 295, 310).

Eine *faktische Beschränkung oder Erschwerung der Berufsausübung* ist (ausnahmsweise) als Grundrechtseingriff einzustufen, «wenn die entsprechenden Auswirkungen die Betroffenen im Ergebnis in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit gleich beeinträchtigen wie die Einschränkung einer rechtlichen Befugnis» (zu Recht bejaht in BGE 130 I 26, 42, «Ärztstopp»: Nichtzulassung als Leistungserbringer im Rahmen der Krankenversicherung; vgl. auch BGE 125 I 182; BGE 138 I 378, 386 E. 6.2.2; BGE 141 V 557, 569 E. 7.1; BGE 142 V 488, 499 E. 7.2: Eingriff verneint).

- 30 *Kasusistik*: Aus der neueren Rechtsprechung vgl. z.B.: BGE, Urteil 2C\_774/2014 vom 21.07.2017, zur Publikation vorgesehen (Zulässigkeit eines sozialpolitisch motivierten kantonalen Mindestlohns); BGE 142 I 162 (Vereinbarkeit einer Tourismuszone mit der Wirtschaftsfreiheit); BGE 140 I 218 (Zulässigkeit einer kantonalen Bedürfnisklausel betreffend Erwerb von medizinischen Grossgeräten); BGE 138 II 267 (medienpolitisch motivierte Aufsichtspflicht für Fernsehprogramme); BGE 136 I 29 (gesundheitsspezifisch motiviertes Rauchverbot in Gaststätten); BGE 136 I 1 (zulässiges Zuchtverbot für Hunde mit erhöhtem Gefährdungspotenzial); BGE 131 I 333 (Auswahl von 15 Prozent der Mieter durch die Behörden in subventionierten Gebäuden: zulässig); BGE 131 I 223 (Verbot der Prozessfinanzierung: unzulässig); BGE 130 I 26 (Kassenpraxis: Zulässigkeit des Zulassungsstopps für Ärzte); BGE 128 I 102 (Sondergewerbesteuer); BGE 128 I 165 (Kontrollmassnahmen); BGE 128 I 92 (Anforderungen an die selbstständige Berufsausübung im Medizinalbereich); BGE 128 I 295 (Werbeplakatverbot für Alkohol und Tabak); BGE 128 I

3 (Plakatanschlagmonopol auf privatem Grund: unzulässig). – Zur älteren Rechtsprechung BIAGGINI, VRDCH, 785 f.; RHINOW, Komm. aBV, Art. 31, N 128 ff.

- 31 *Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit als besondere Voraussetzung*: Zu den (vier) allgemeinen Voraussetzungen (BV 36) kommt – im Regelfall – eine fünfte Voraussetzung hinzu: Staatliche Massnahmen müssen den *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit* wahren (BV 94 Abs. 1). Dieser Grundsatz ist sowohl vom Bund als auch von den Kantonen zu beachten. Abweichungen (*dérogations, deroghe*) vom Grundsatz sind nicht von vornherein ausgeschlossen, müssen allerdings in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sein (BV 94 Abs. 4). Dieser *Verfassungsvorbehalt für abweichende (grundsatzwidrige) Massnahmen* ist für Bund und Kantone von unterschiedlicher Bedeutung:

- Die *Kantone* dürfen heute nur ganz vereinzelt vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen, nämlich im Bereich der sog. historischen Regalrechte (BV 94 Abs. 4; siehe dort N 15; zur abgelaufenen befristeten Ermächtigung im Bereich des Gastwirtschaftsgewerbes vgl. BV 196 Ziff. 7). – Die Errichtung eines *neuen* kantonalen Monopols lässt das Bundesgericht zu, sofern dieses «durch hinreichende Gründe des öffentlichen Wohls, namentlich polizeiliche oder sozialpolitische Gründe, gerechtfertigt und verhältnismässig» ist und nicht als «Fiskalmonopol» ausgestaltet wird (BGE 124 I 11, 15 E. 3.b und 17 E. 3.d; sog. Polizei- bzw. Wohlfahrtsmonopole). – *Kasusistik* (vgl. auch vorne N 12 sowie UHLMANN, BS-Komm. BV, Art. 27, N 56 ff.): BGE 124 I 11 und 25 (Zulässigkeit des Gebäudeversicherungsmonopols); BGE 125 I 221 (grundsätzliche Zulässigkeit des sog. Plakatanschlagmonopols auf öffentlichem Grund); BGE 129 II 497, 535 (Stromlieferungsmonopol; offengelassen). – Nicht zu den echten Monopolen «im Rechtssinn» zählt das sog. Anwaltsmonopol (Beschränkung der gewerbsmässigen Parteivertretung vor Gericht auf Anwälte; vgl. BGE 138 II 440, 444 E. 4; BGE 130 II 87, 92), weshalb die Anwaltsfähigkeit im sog. «Monopolbereich» grundsätzlich in den Schutzbereich von BV 27 fällt (BGE 141 II 280, 294 E. 9, Vereinbarkeit der Berner Regelung mit BV 27).

- Der *Bund* darf auf zahlreichen Gebieten vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen, sei es aufgrund *ausdrücklicher* (z.B. BV 101, 104), sei es aufgrund *stillschweigender* Ermächtigungen (näher N 14 ff. zu BV 94).

32 *Zu Rechtsnatur und Tragweite des Grundsatzes* (näher N 3 ff. zu BV 94): Beim «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» handelt es sich um einen in hohem Masse *konkretisierungsbedürftigen Verfassungsgrundsatz*. Anhaltspunkte für die Konkretisierung des Grundsatzes ergeben sich namentlich:

- *aus dem Verfassungswortlaut*: Zu den Abweichungen gehören «insbesondere [...] Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten» (BV 94 Abs. 4), wobei nicht jede noch so geringfügige staatliche Beeinflussung des Wettbewerbs bereits als Abweichung zu qualifizieren ist (BGE 125 I 436);

- aus der Praxis zum «Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit» (BV 1874 Art. 31 Abs. 2, Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2), der in BV 94 weitergeführt wird. Nach allgemein geteilter Auffassung verlangte BV 1874 Art. 31 vom Staat ein grundsätzlich wettbewerbsneutrales Verhalten (zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität vgl. z.B. BGE 120 Ib 144; BGE 118 la 177). Das Bundesgericht leitete aus BV 1874 Art. 31 sodann ein grundsätzliches Verbot von (sog. *wirtschaftspolitischen*) Massnahmen ab, «die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Betriebschaftsformen zu sichern oder zu begünstigen» (BGE 123 I 15) bzw. «um einzelne Konkurrenten gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen» (BGE 121 I 288), oder die darauf abzielen, «das Wirtschaftsleben nach einem festen Plan zu lenken» (BGE 111 la 186). Dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität steht ein grundsätzliches Verbot wettbewerbsverzerrender Massnahmen zur Seite, dessen Beachtung von betroffenen Grundrechtsträgern gerichtlich eingefordert werden kann.

Etwas allgemeiner gesprochen, meint Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit:

- *Respektierung der zentralen Voraussetzungen und Elemente des Marktmechanismus,*
- *Verbot einer Verzerrung oder gar Ausschaltung des Spiels von Angebot und Nachfrage durch den Staat* (vgl. RHINOW, BTJP 1999, 165; VALLENDER, SG-Komm., Art. 27, N 60 ff.; UHLMANN, BS-Komm. BV, Art. 27, N 36 ff., Art. 94, N 3 ff.; REICH, Grundsatz, passim).

Nicht von vornherein unzulässig sind gemäss Bundesgericht *staatliche Preisvorschriften*, die polizeilich oder sozialpolitisch motiviert sind (BGE 120 la 286 und BGE 119 la 59; Höchstzinsen im Bereich des Konsumkredits; BGE 110 la 111; Maximalentschädigung für Wohnungsmakler; BGE 109 la 33; Preisrelation zwischen alkoholhaltigen und -freien Getränken im Gastgewerbe). Grundsatzwidrig ist jedoch die Festlegung einer verbindlichen Tarifierung (Einheitsstarif) für Taxis (BGer, Urteil 2C\_940/2010 vom 17.05.2011, E. 4.7, Stadt Zürich, in: ZBl 2012, 487 ff., mit Kommentar; anders VGer/ZH, Urteil VB.2010.00245 vom 28.10.2010: grundsatzkonformer, aber unverhältnismässiger Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit).

33 Zulassung gewisser sog. «wirtschaftspolitischer Nebenwirkungen»: Eine Massnahme kann nicht nur wegen ihres wettbewerbswidrigen Ziels bzw. Motivs grundsatzwidrig sein, sondern auch wegen ihrer wettbewerbsverzerrenden Wirkungen (BAGGINI, VRdCH, 787). Rechtsprechung und Lehre sind allerdings bereit, gewisse *Beeinträchtigungen* des Wettbewerbs hinzunehmen, die sich als *mehr oder weniger unbeabsichtigte Nebenfolge* einer nicht primär gegen den Wettbewerb gerichteten Massnahme darstellen (sog. «wirtschaftspolitisches» Nebenwirkungen; vgl. z.B. BGE 121 I 128, 132; BGE 102 la 104, 117). Es zeigt sich hier eine Parallele zum Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten, der gewisse Relativierungen duldet, nicht jedoch «spürbare Wettbewerbsverzerrungen» (vgl. vorne N 26). Die Parallele ist nicht zufällig, da das wirtschaftsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot (BV 27 i.V.m. BV 94) eine Art individu-

alrechtliche (Kehr-)Seite des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit bzw. der staatlichen Wettbewerbsneutralität ist (vgl. N 23).

34 *Kasustik*: Zu den grundsätzlich *unzulässigen* Massnahmen zählen etwa (vgl. BGE 117 la 446 f.; BGE 125 I 339; BGE 125 I 326 ff.; BGE 132 I 97, 100):

- die zahlenmässige Beschränkung der Betriebe eines bestimmten Gewerbes (z.B. mittels Bedürfnisklausel oder *numerus clausus*) sowie Kontingentsordnungen;
- wirtschaftspolitisch motivierte Preisvorschriften;
- Gewerbesteuern, die eine Gewinnerzielung faktisch ausschliessen;
- standespolitische Massnahmen zur Abschirmung einer Berufsgruppe vor neuer Konkurrenz.

Unzulässig sind gewöhnlich auch Vorschriften, die ein *Wohnsitz- oder Geschäftsdomizil* erfordern aufstellen (BGE 116 la 357; BGE 106 la 130). – Lange Zeit galten Massnahmen der *Wirtschaftsförderung*, insbesondere staatliche Finanzhilfen, als verfassungsrechtlich unproblematisch. Der neueren Lehre folgend prüft das Bundesgericht nunmehr, ob Förderungsmassnahmen den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren (BGE 120 Ib 144 f.). Wie das Bundesgericht im Zürcher Taxitarif-Urteil (2C\_940/2010 vom 17.05.2011, in: ZBl 2012, 487 ff.) deutlich gemacht hat, darf bei der Beurteilung der Wettbewerbssituation der Blick nicht an (Gemeinde-)Grenzen Halt machen (E. 5.3.3). Das im Herbst 2014 lancierte «Eglisauer Einkaufsgeld», das es den Eglisauern ermöglichte, bei Gewerbebetrieben in Eglisau bis zum Betrag von CHF 200 mit einem von der Gemeinde finanzierten Rabatt von 20 % einzukaufen (nicht aber bei ortsansässigen Grossverteilern und Tankstellenshops oder bei auswärtigen Betrieben), war rechtlich gleich doppelt problematisch.

35 In wirtschaftlich schwierig(er)en Zeiten entwickeln Gesetzgeber und Exekutivbehörden erfahrungsgemäss einige Phantasie, um (mehr oder weniger verdeckt) die einheimische Wirtschaft zu fördern (z.B. durch Bevorzugung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge; vgl. NZZ vom 12.04.2017, 16: «Inländervorrang light» für Unternehmen) bzw. um sie vor auswärtiger Konkurrenz zu schützen (z.B. durch Sitzfordernisse, Registrierungs-pflichten, Gebühren). Interessante Einblicke bietet diesbezüglich die Empfehlung der Weko vom 19.12.2016 zuhanden der Tessiner Regierung betreffend Marktzulassung von ausserkantonalen Anbietern (worin eine Anpassung der kantonalen Gewerbe-gesetzgebung gefordert wird). Die abschliessende rechtliche Beurteilung obliegt allerdings nicht der Weko, sondern der Justiz.

#### Literaturhinweise (vgl. auch die Hinweise vor und bei BV 94)

ANDRICH WILLIAM ELIO, Die Wirtschaftsfreiheit im schweizerischen Ausserwirtschaftsrecht, Diss., St. Gallen 1996; BAGGINI GIOVANNI, Wirtschaftsfreiheit, VRdCH, 779 ff.; DERS., Schweizerische und europäische Wirtschaftsverfassung im Vergleich, ZBl 1996, 49 ff.; DERS., Von der Handels- und Gewerbefreiheit zur Wirtschaftsfreiheit, ZBl 2001, 225 ff.; DERS., Die Wirtschaftsfreiheit und ihre Einschränkungen, ius.ful. 2003, 2 ff.; DERS., Be-

richt vom 17.06.2016 in Erfüllung des Postulats 14.3298 (KVF-S); BUNDESRAT, Sicherung der staats- und demokratiepolitischen Funktionen der Medien, Bericht vom 05.12.2014 in Erfüllung der Motion 12.3004 (SPK-N); DUMERMUTH MARTIN, Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz, Basel 1992; DERS., Rundfunkrecht, SBVR, Informations- und Kommunikationsrecht, Basel 1996; DERS., Die Rechtsnatur der Radio- und Fernsehempfangsgebühr, *medialex* 2004, 145 ff.; DERS., Subjektive und objektive Elemente der Radio- und Fernsehfreiheit, in: Festschrift Rolf H. Weber, Bern 2011, 667 ff.; DERS., Die Zuständigkeit des Bundes im Bereich der elektronischen Medien nach Art. 93 BV, ZBl 2016, 335 ff.; EDGENÖSSISCHE MEDIENKOMMISSION (EMEK), *Service-public-Medien in der Schweiz, Diskussionsbeiträge und Gestaltungsvorschläge*, Dezember 2015; GRABER CHRISTOPH BEAT, *Handel und Kultur im Audiovisionsrecht der WTO*, Bern 2003; GROB FRANZISKA, Die Programmautonomie von Radio und Fernsehen in der Schweiz, Zürich 1994; HETTICH PETER, Regulierung von audiovisuellen Abrufen (Video On Demand), ZBl 2009, 349 ff.; KLEY ANDREAS, Die Medien im neuen Verfassungsrecht, BTJP 1999, 183 ff.; LOCHER PETER/MÜLLER GEORG, Zur Rechtsnatur der neuen Radio- und Fernsehgebühr, ZBl 2015, 641 ff.; MÄDER PHILIPP, Das Verbot politischer Werbung im Fernsehen, Diss. Zürich 2007; MASMEJAN DENIS/COTTIER BERTIL/CAPT NICOLAS (Hrsg.), *Loi sur la radio-télévision*, Commentaire, Bern 2014; NOBEL PETER/WEBER ROLF. H., *Medienrecht*, 3. Aufl., Bern 2007; SAXER URS, Die Online-Zuständigkeiten des Bundes, AJP 2017, 334 ff.; DERS., Die Online-Aktivitäten der SRG und ihre rechtlichen Grenzen, *sic* 2011, 693 ff.; SAXER URS/BRUNNER FLORIAN, *Rundfunkrecht – Das Recht von Radio und Fernsehen*, in: FHB *Verwaltungsrecht*, Kapitel 7, 279 ff.; SCHÜRMANN LEO, *Rechtsfragen der Organisation von Rundfunkunternehmen*, in: Festschrift Arnold Koller 1993, 545 ff.; THOMEN URS, *Politische Radio- und Fernsehwerbung in der Schweiz*, Basel usw. 2004; VONLANTHEN BEAT, *Das Kommunikationsgrundrecht «Radio- und Fernsehfreiheit»*, Fribourg 1987; WEBER ROLF H., *Energie und Kommunikation*, VRdCH, 943 ff.; DERS., *Medienkonzentration und Meinungsppluralismus*, Zürich 1995; DERS., *Neustrukturierung der Rundfunkordnung*, Zürich 1999; DERS., *Rundfunkrecht*, Bern 2008; WEBER ROLF H./BAGGINI GIOVANNI, *Rechtliche Rahmenbedingungen für verwaltungsunabhängige Behördenkommissionen*, Zürich 2002; WEBER ROLF H./DÖRR BIANKA, *Digitale Verbreitung von Rundfunkprogrammen und Meinungsvielfalt*, Zürich 2001; ZELLER FRANZ, *Öffentliches Medienrecht*, Bern 2004. – Vgl. auch die Beiträge in ZSR 2006 I, H.3 (Schwerpunkt «Das neue Radio- und Fernsehgesetz»).

## 7. Abschnitt: Wirtschaft

### Vorbemerkungen zu BV 94–107

- 1 Der Abschnitt «Wirtschaft» ist (gemessen an der Artikelzahl) einer der umfangreichsten des Zuständigkeitskapitels. Der Begriff «Wirtschaft» wird darin nirgends definiert. Neben wirtschaftsbezogenen Bundeskompetenzen, oft mit inhaltlichen Vorgaben an den

Bundesgesetzgeber verbunden, findet sich im 7. Abschnitt eine mit «Grundsätze» überschriebene einleitende Bestimmung, aus der man (i.V.m. BV 27, Wirtschaftsfreiheit) gewisse Aussagen über den Charakter der schweizerischen «Wirtschaftsverfassung» ableiten kann. Dabei gilt es zu beachten, dass der Verfassungsgeber weder 1998/99 noch früher einen förmlichen «ordnungspolitischen Grundentscheid» getroffen hat, wie gelegentlich angenommen wird (wie hier RHINOW, BTJP 1999, 165; anders z.B. VALLENDER, AJP 1999, 682: «Grundentscheid» für eine «marktorientierte Privatwirtschaft»; vgl. auch DERS., SG-Komm., Art. 94, N 15 ff. und 36; singular geblieben ist BGE 116 Ia 237, 240 E. 2.d: «wirtschaftspolitische Grundentscheidung für ein System des freien Wettbewerbs»). Ein solcher «Grundentscheid» lässt sich allenfalls mittels *Interpretation* konstruieren (so auch VALLENDER, VRdCH, 956). Auf der Grundlage einer Gesamtschau darf man indes von einer *freiheitlichen, sozialverpflichteten und wettbewerbsorientierten Wirtschaftsverfassung* sprechen (BIAGGINI, VRdCH, 790; vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLIMANN, 74 f.; UHLIMANN, BS-Komm. BV, Art. 94, N 5 ff.; ähnlich GYGI/RICHI, 41 ff.; Botsch. BV, 294). – Zur *Funktion der Wirtschaftsfreiheit* als «Hüterin einer privatwirtschaftlichen Ordnung» vgl. BGE 124 I 11, 18 f. E. 5.a (vgl. auch N 6 zu BV 27 sowie BGE 129 II 18, 22 E. 3; BGE 132 I 282, 287 E. 3.2: «un ordre économique fondé sur la libre concurrence»).

2 Zum Begriff der «Wirtschaftsverfassung»: Der in der BV selbst nicht verwendete Begriff wird hier *juristisch-normativ* verstanden (nicht idealtypisch-theoretisch wie etwa bei den Vertretern der Freiburger Schule des Ordoliberalismus) als das *Insgesamt der geschriebenen und ungeschriebenen Normen mit Verfassungsrang*, die sich auf den Regelungsgegenstand «Wirtschaft/Wirtschaften» beziehen.

– Zur *Wirtschaftsverfassung im engeren Sinn* gehören all jene Verfassungsnormen, welche die Wirtschaftsordnung unmittelbar konstituieren: wirtschaftsrelevante *Grundrechte* (insb. BV 26–28, weiter auch BV 8, 24), *Verfassungsgrundsätze* (insb. BV 94) sowie *Gesetzgebungskompetenzen und -aufträge* (insb. BV 95 ff.). Zur Wirtschaftsverfassung im engeren Sinn kann man auch die Verfassungsnormen über die *Bundesmonopole* zählen (vgl. N 14 ff. zu BV 94).

– Die *Wirtschaftsverfassung im weiteren Sinn* umfasst darüber hinaus jene Verfassungsnormen, die Auswirkungen auf die Wirtschaft zeitigen (z.B. BV 73 ff.: Umwelt und Raumplanung; BV 81 ff.: öffentliche Werke und Verkehr; BV 89 ff.: Energie und Kommunikation; BV 110 ff.: Arbeit und Soziales; BV 121 und BV 121a: Zuwanderung, Arbeitsmarkt).

Der 7. Abschnitt ist nicht «die» Wirtschaftsverfassung (vgl. insb. BV 271). Auch nach der Totalrevision ist die in «Schüben» entstandene Wirtschaftsverfassung nicht «aus einem Guss» (zum Werdegang RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLIMANN, 20 ff.).

3 Zum Begriff der «Wirtschaftspolitik»: Der oft verwendete Begriff ist ebenfalls kein Verfassungsbegriff, wenn man von der Wortzusammensetzung in BV 101 absieht («Aussenwirtschaftspolitik»). In den Sachüberschriften zu BV 96, 99, 100, 101, 103

taucht der Wortbestandteil «-politik» auf; merkwürdigerweise jedoch nicht in der Bestimmung über die Landwirtschaft (BV 104), dem traditionellen Feld des staatlichen Interventionismus. Im Übrigen gilt es zu beachten, dass der Begriff «Wirtschaftspolitik» in der schweizerischen Rechtsprache mitunter in einem sehr speziellen (engen) Sinn verwendet wird: Während man allgemein (alltagssprachlich und ökonomisch) unter Wirtschaftspolitik «die staatliche Beeinflussung der Volkswirtschaft zur Erreichung wirtschaftlicher und sozialer Ziele» (GYGI, Wirtschaftspolitik, 231) versteht, verwenden das Bundesgericht und ein Teil der Lehre den Begriff, um eine *bestimmte Art* von Wirtschaftspolitik zu kennzeichnen, nämlich jene, die mit Massnahmen operiert, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen (vgl. BGE 121 I 279, 288 E. 6.c.c.; BGE 130 I 26, 43 E. 4.5; vgl. auch N 5, 32 ff. zu BV 27; N 5 zu BV 94).

4 Der Abschnitt «Wirtschaft» ist bisher im Wesentlichen unverändert geblieben. In der Volksabstimmung vom 11.03.2012 hiessen Volk und Stände den neuen Geldspielartikel gut (vgl. N 1 zu BV 106). Die in der Volksabstimmung vom 03.03.2013 angenommene Volksinitiative «gegen die Abzockerei» hat BV 95 um einen Abs. 3 bereichert (vgl. N 1a zu BV 95). Die Volksinitiative «Für eine nachhaltige und ressourceneffiziente Wirtschaft (Grüne Wirtschaft)», die einen neuen BV 94a verlangte (vgl. Botsch., BBl 2014 1817), wurde in der Volksabstimmung vom 25.09.2016 deutlich abgelehnt.

**Literaturhinweise (vgl. auch die Hinweise bei BV 27 und BV 94 ff.)**

BIAGGINI GIOVANNI, Schweizerische und europäische Wirtschaftsverfassung im Vergleich, ZBl 1996, 49 ff.; DERS., Wirtschaftsfreiheit, VRdCH, 779 ff.; BIAGGINI GIOVANNI/HÄNER LABELLE/SAXER URS/SCHOTT MARKUS (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genève 2015; BIAGGINI GIOVANNI/LENHARD ANDREAS/SCHOTT MARKUS/UHLIMANN FELIX, Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 6. Aufl., Basel 2016; COTTIER THOMAS/ÖESCH MATTHIAS (Hrsg.), Allgemeines Ausenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, SBVR XI, 2. Aufl. Basel 2007; GRISEL ETIENNE, Liberté du commerce et de l'industrie, 2 Bde, Bern 1993/1995; DERS., Liberté économique, Bern 2006; GYGI FRITZ/RICHI PAUL, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Aufl., Bern 1997; HANNI PETER/STÖCKLI ANDREAS, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013; HETTICH PETER, Kooperative Risikoversorge, Zürich 2014; JUNOD CHARLES-ANDRÉ, Problèmes actuels de la constitution économique suisse, ZSR 1970 II, 591 ff.; MARTI HANS, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 1976; MASTRONARDI PHILIPPE, Strukturprinzipien der Bundesverfassung? Fragen zum Verhältnis von Macht und Recht anhand des Wirtschaftsstaatsprinzips, Basel 1988; RHINOW RENÉ, Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung, BTJP 1999, 157 ff.; DERS., Wirtschafts- und Eigentumsverfassung, VRdCH, 565 ff.; RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLIMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011; RICHI PAUL, Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch Verfassungsgrundsätze, Bern 1983; RICHI PAUL (Hrsg.), Wirtschaftsstrukturrecht, SBVR XIII, Basel 2005; SCHLUEP WALTER R., Wirtschafts- und Sozialverfassung, ZSR 1978 I, 335 ff.; SCHOTT MARKUS, Staat und Wettbewerb, Zürich/St. Gallen 2010; SCHÜRWMANN LEO, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 1994;

VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung. 4. Aufl., Bern 2006; VALLENDER KLAUS A., Nachführung der Wirtschaftsverfassung, ZBl 1997, 489 ff.; DERS., Grundzüge der neuen Wirtschaftsverfassung, AJP 1999, 677 ff.; DERS., Wirtschaft, VRdCh, 955 ff.; VALLENDER KLAUS A./VEIT MARC D., Skizze des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, Bern 1999; VOGEL STEFAN, Grundsätze der Wirtschaftsordnung (Art. 94 BV), in: Gächter/Bertschi, 203 ff.; ZÄCH ROGER, Geschlossene oder offene Wirtschaftsverfassung?, in: Festschrift Leo Schürmann, Fribourg 1987, 131 ff.

**Art. 94** Grundsätze der Wirtschaftsordnung

- 1 Bund und Kantone halten sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.
- 2 Sie wahren die Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft und tragen mit der privaten Wirtschaft zur Wohlfahrt und zur wirtschaftlichen Sicherheit der Bevölkerung bei.
- 3 Sie sorgen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft.
- 4 Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind.

- 1 Die Bestimmung hat keine direkte Entsprechung in der BV 1874. Es gibt jedoch mehrere (in)direkte Vorläufer-Bestimmungen, insbesondere:
  - Abs. 1: BV 1874 Art. 31 Abs. 2 und Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 i.d.F. von 1947 («Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit»: bereits seit 1874);
  - Abs. 2: BV 1874 Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 1 («Wohlfahrtsartikel») und Abs. 2 (1947);
  - Abs. 3: BV 1874 Art. 2 («Beförderung» der «gemeinsamen Wohlfahrt»);
  - Abs. 4: BV 1874 Art. 31 Abs. 1 und 2 (Verfassungsvorbehalt, Regale).

Nach verbreiteter Auffassung verkörpert BV 94 die *institutionelle* oder *systembezogene* Dimension der Wirtschaftsfreiheit, während BV 27 dem *individualrechtlichen* Gehalt und BV 95 Abs. 2 dem *Binnenmarktgehalt* gewidmet seien. Eine solche vereinfachende Sichtweise blendet aus, dass sich die verschiedenen Dimensionen überlagern und durchdringen (näher BIAGGINI, VRdCh, 790; vgl. auch Botsch. BV, 292) und dass das Individualrecht nicht zuletzt der *Durchsetzung system- und binnenmarktbezogener* Gehalte dient (N 33 zu BV 27; auf das Aufeinanderbezogensein hinweisend BGE 138 I 378, 385 E. 6. I; BGer, Urteil 2C\_582/2016 vom 22.05.2017, E. 4.2. zur Publikation vorgesehen).

**Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Abs. 1)**

- 2 Die Überschrift von BV 94 spricht von «Grundsätzen» (Plural), der Normtext nennt (neben diversen Handlungsvorgaben) nur einen Grundsatz (Abs. 1). Der Widerspruch (Kritik bei AUBERT, Comm., Art. 94, N 3) relativiert sich, wenn man berücksichtigt, dass Rechtsprechung und Lehre aus BV 1874 Art. 31 Abs. 2 verschiedene (Teil-)Grundsätze abgeleitet haben, die man sich jetzt als unter dem «Dach» des BV 94 i.V.m. 27 (vgl. BGE 128 II 297) vereint vorstellen kann (so auch UHLMANN, BS-Komm. BV, Art. 94, N 4):
  - *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität* (N 23; vgl. N 32 zu BV 27);
  - *Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten* (früher «Gewerbegeossen»), neuerdings auch «Wettbewerbsgeossen»: BGE 130 I 26, 42 E. 4.4; vgl. auch z.B. BGE 138 I 289, 292 E. 2.3). Dieser begründet einen einklagbaren Anspruch (N 23 ff. zu BV 27);
  - *Grundsatz des freien Wettbewerbs*, sofern man die gängigen höchstrichterlichen Formeln (vgl. BGE 130 I 26, 43 E. 4.5; Massnahmen, «die den freien Wettbewerb behindern») als Ausdruck eines entsprechenden Grundsatzes einstuft (VE 95, Erläuterungen, 55);
  - *Grundsatz der Staatsfreiheit der Wirtschaft* (vgl. VOGEL, Staat, 107 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, 60 f., 69 f.; Botsch. BV, 290; VPB 2009.9, B), Gutachten vom 22.11.2006, Ziff. 4; BGE 138 I 378, 387 E. 6.3.1: «grundsätzlich staatsfreie Wirtschaftsordnung»; eher kritisch UHLMANN, 174 ff., 220 ff.). Dieser Teilaspekt des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit setzt der eigenwirtschaftlichen Betätigung des Staates Schranken (vgl. N 6a). Einen («bedingten») Anspruch auf Schutz gegen staatliche Konkurrenz, wie er in der Rechtslehre postuliert wird (vgl. BIAGGINI, ZBl 2001, 240 ff.), hat das Bundesgericht bisher abgelehnt (vgl. immerhin BGE 138 I 378, 386 E. 6.2.2, wonach eine Einschränkung der individualrechtlichen Wirtschaftsfreiheit allenfalls zu bejahren wäre, wenn das private Angebot durch die staatliche Massnahme «geradezu verdrängt wird»).

BV 94 verschafft dem Bund keine Kompetenzen, weshalb die Anrufung dieser Bestimmung im Ingress zum Binnenmarktgesetz (BGBM; SR 943.02) fehlt.

- 3 *Gegenstand und Adressat*: Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Schlüsselbestimmung *untersagt* es sowohl dem *Bund* als auch den *Kantonen*, den *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit* zu beeinträchtigen (von bestimmten Ausnahmen abgesehen: Abs. 4). Es handelt sich um einen *Verfassungsgrundsatz* (vgl. auch VALLENDER, SG-Komm., Art. 94, N 4), der ungeachtet des unüblichen Verbs («halten sich an»; treffender französisch: «respecter») nicht bloss eine vage programmatische Maxime statuiert (wie Abs. 2), sondern eine bindende, wenn auch in hohem Mass *konkretisierungsbedürftige Vorgabe* (so schon der Vorgänger in der BV 1874; für eine Deutung als verfassungsmässiges Recht dagegen HOFMANN, 80 ff.). – Das Bundesgericht charakterisiert BV 94 «als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschafts-

ordnung», das «die systembezogene oder institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit» schützt (BGE 138 I 378, 385, E. 6.1; vgl. auch BGer, Urteil 2C\_582/2016 vom 22.05.2017, zur Publikation vorgesehen; BGer, Urteil 2C\_774/2014 vom 21.07.2017, E. 5, zur Publikation vorgesehen).

4 **Konkretisierung:** Von zentraler Bedeutung ist die Unterscheidung zwischen *grundsatzkonformen* und *grundsatzwidrigen* (abweichenden) staatlichen Massnahmen. Erste Anhaltspunkte ergeben sich aus dem Verfassungswortlaut. Zu den «Abweichungen» zählt die Verfassung (in Übereinstimmung mit Praxis und Lehre zur BV 1874) «insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten» (BV 94 Abs. 4; zu diesem klarstellenden Passus vgl. RHINOW, BTJP 1999, 166; VOGEL, Grundsätze, 219 ff.). Nach allgemein geteilter Auffassung ist nicht jede noch so geringfügige staatliche Beeinflussung des Wettbewerbs bereits als Abweichung zu qualifizieren: «Zu vermeiden sind spürbare Wettbewerbsverzerrungen.» (BGE 125 I 431, 436 E. 4.b.aa; vgl. auch BGE 130 I 26, 53, E. 6.3.3.1). Eine Massnahme kann nicht nur wegen ihres *wettbewerbswidrigen Ziels* bzw. *Motivs* («richten») grundsatzwidrig sein, sondern auch wegen ihrer *wettbewerbsverzerrenden Wirkungen* (fz.: *les mesures menaçant la concurrence*). Weder «menacer» noch «richten» alleine geben den Gehalt des BV 94 treffend wieder (zu Recht kritisch AUBERT, Comm., Art. 94, N 15). Dies leisten jedoch – Mehrsprachigkeit sei Dank – die beiden Verben zusammen.

5 **Weitere Anhaltspunkte** für die Konkretisierung des Grundsatzes ergeben sich aus den anerkannten Deutungen des in BV 94 nachgeführten «Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit» (BV 1874 Art. 31 Abs. 2 und Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2; vgl. auch vorne N 2).

– Nach allgemein geteilter Auffassung verlangte BV 1874 Art. 31 vom Staat ein grundsätzlich *wettbewerbsneutrales* Verhalten (vgl. BGE 120 Ib 142, 144 E. 3.b; BGE 118 Ia 175, 177 E. 1; JAAG, 477 ff.). Dem *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität* entspricht das grundsätzliche Verbot wettbewerbsverzerrender Massnahmen (BGE 121 I 129, 134 E. 4.d).

– In Konkretisierung des Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit leitete das Bundesgericht sodann aus BV 1874 Art. 31 ein grundsätzliches *Verbot von sog. wirtschaftspolitischen Massnahmen* ab, die «den freien Wettbewerb» behindern (vgl. BGE 138 I 378, 394 E. 8.3; N 32 ff. zu BV 27).

Die höchstrichterliche Praxis unter der neuen Bundesverfassung knüpft an die frühere Rechtsprechung an (vgl. BGE 130 I 26, 43 E. 4.5; BGE 132 I 282, 287 E. 3.2). Allerdings hat sich das Bundesgericht bedauerlicherweise noch immer nicht ganz von der Überkommenen, primär auf das Motiv abstellenden «Schrankentrias» – «Wirtschaftspolizeilich/sozialpolitisch/wirtschaftspolitisch» – gelöst, die sich auf einen problematischen engen Begriff der «Wirtschaftspolitik» stützt (vgl. BGE 131 I 223, 231 E. 4.2; BGE 128 I 3, 10 E. 3.a; vgl. N 3 vor BV 94; zur konzeptionellen Problematik BIAGGINI, VRdCh, 788 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, 106 ff.; kritisch auch AUER/MALINVERNI/HOTTELLER II, N 960 ff.; GYGI/RICHLI, 10 ff.). Der Verfassungsgeber hat mit gutem Grund auf eine textliche

Verankerung der drei hegebrachten Massnahmekategorien verzichtet, diese sind bei der Anwendung der massgebenden Schrankennormen (BV 36, BV 94) entbehrlich.

6 **Abwägungsbedürftigkeit:** Nicht jede noch so geringfügige staatliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Wettbewerbs verstösst gegen BV 94 Abs. 1. Die Prüfung der Grundsatzkonformität erfordert eine mitunter schwierige, wertungsbedürftige *Abwägung*, wie sie beim *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität* bzw. beim Gebot der *Gleichbehandlung wirtschaftlicher Konkurrenten* (als dessen individualrechtliche Kehrseite) seit Jahren praktiziert wird (vgl. z.B. BGE 121 I 132; vgl. N 23 ff. und 31 ff. zu BV 27). Je gewichtiger das öffentliche Regelungsinteresse, desto eher sind wettbewerbsverzerrende (Neben-)Wirkungen der fraglichen Massnahme hinzunehmen (vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, 67 f.). Auch das Bundesgericht hat jüngst hervorgehoben, dass sich der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns aus dem Zusammenspiel von BV 27 und BV 94 BV ergibt, und entscheidet, dass ein «Anbieter mit staatlichem Hintergrund» aus einem Vergabeverfahren auszuschliessen ist, wenn eine unzulässige Quersubventionierung im Spiel ist (BGer, Urteil 2C\_582/2016 vom 22.05.2017, E. 4.2, zur Publikation vorgesehen).

6a **Unternehmerisches Staatshandeln:** Der Fall «Glarnersach» (BGE 138 I 378), in dem es um die gesetzliche Regelung des Geschäftsfelds der Kantonalen Sachversicherung Glarus (öffentlich-rechtliche Anstalt) ging, gab dem Bundesgericht Gelegenheit, sich zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für öffentliche Unternehmen zu äussern, die in Konkurrenz zu Privaten agieren. Die Kernaussagen des Urteils lassen sich wie folgt zusammenfassen:

– Die gewinnstrebige unternehmerische Tätigkeit des Staates ist mit BV 94 vereinbar, sofern eine formell-gesetzliche Grundlage besteht und die Tätigkeit im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität wahrt (E. 6.3).

– Die Überprüfung des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit richtet sich (bloss) nach Massgabe von BV 5 Abs. 2, nicht nach den strengeren Vorgaben von BV 36 (E. 8.2), da es nicht um einen Eingriff in die individualrechtliche Wirtschaftsfreiheit geht. Auch die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage sind herabgesetzt (vgl. E. 7).

– Eine Quersubventionierung zwischen Monopol- und Wettbewerbsbereich ist unzulässig, «soweit sie in systematischer Weise erfolgt» und geeignet ist, den freien Wettbewerb zu verfälschen (Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, E. 9.1).

Obwohl in den Urteilsverwägungen ausgiebig auf die fast vollständig versammelte neuere Literatur zur Wirtschaftsfreiheit Bezug genommen wird, vermag der Entscheid in mehrfacher Hinsicht nicht zu überzeugen (näher BIAGGINI, ZBl 2012, 671 ff.; vgl. auch RHINOW, NZZ vom 04.09.2012, 30; HETTICH, AJP 2012, 1467 ff.; J. REICH, AJP 2013, 1399 ff.; KRAEMER/STÖCKLI, recht 2013, 28 ff.; vgl. auch VALLENDER, SG-Komm., Art. 94, N 19 ff.; im Ergebnis zustimmend UHLMANN, BS-Komm. BV, Art. 94, N 13; HANGARTNER, AJP 2012, 1820). Wie soll der schleichenden Ausdehnung gewinnstrebiger staatlicher

Unternehmensstätigkeit Einhalt geboten werden, wenn die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage (insb. Bestimmtheitsfordernis) und an das öffentliche Interesse so tief angesetzt werden, dass sie kaum mehr begrenzend Wirkung entfalten? Die Heraus- bildung des Steuerstaates, der sich in transparenter und kalkulierbarer Weise über Abgaben finanziert, gehört zu den wichtigsten Errungenschaften der Moderne. Gewinn- orientierte Unternehmensstätigkeit des Staates weckt dagegen Erinnerungen an das merkantilistisch-kameralistische Denken früherer Zeiten.

- 7 *Bindung an den «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit»* bedeutet, auf einen kurzen Nenner gebracht: Respektierung der zentralen Elemente des *Marktmechanismus*, Verbot einer Verzerrung oder gar Ausschaltung des Spiels von Angebot und Nachfrage durch den Staat (RHINOW, VRdCH, 572). Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit schliesst eine staatliche Bedürfnislenkung aus (BGE 131 I 223, 231 E. 4.2). Der Grundsatz verbietet es dem Staat dagegen nicht von vornherein, Massnahmen der Wirtschaftspolitik zu treffen. Es gibt Wirtschaftspolitik, die der Wirtschaftsfreiheit dient (HANGARTNER, Grundrecht, 57). Die Beeinflussung von volkswirtschaftlichen Gesamtgrössen (z.B. Geldmenge; günstige Rahmenbedingungen, Abs. 3) ist im Allgemeinen grundsatzkonform.

#### Wohlfahrt (Abs. 2)

- 8 *Rechtsnatur:* Die programmatische Bestimmung (RHINOW, VRdCH, 575) will offenkundig keine *Bundskompetenzen* begründen, sondern dem Staat (Bund und Kantone) Richt- punkte allgemeiner Art vorgeben. Die Abstützung des ersten Bauproduktgesetzes (AS 2000 3104) (auch) auf BV 94 Abs. 2 ging daher fehl (anders jetzt das totalrevidierte BaupG vom 21.03.2014, SR 933.0: Abstützung auf BV 95, 97 und 101). Umgekehrt kann BV 94 Abs. 2 kompetenz(ausübungs)begrenzend wirken (vgl. N 9).
- 9 *Verpflichtung zur Interessenwahrung:* Das Gesamtwirtschaftsinteresse ist ein (ge)wichtiges, aber nicht das einzige Element im permanenten Prozess der Interessenabwägung auf Bundes- und kantonaler Ebene. Dass der Staat dem *Gesamtit* (und nicht bloss partikulären Wirtschaftsinteressen) verpflichtet ist, versteht sich eigentlich von selbst, kann aber als *aide-mémoire* gelegentlich von Nutzen sein. Aus bundesstaatlicher Sicht ist wichtig, dass auch die Kantone in die allgemeine Verantwortung eingebunden sind.

- 10 *Wohlfahrtsklausel:* In Fortführung des sog. Wohlfahrtsartikels der BV 1874 (Art. 3<sup>bis</sup> Abs. 1) will der zweite Satzteil Bund und Kantone auf *übergeordnete Ziele* hin ausrich- ten (vgl. auch BV 2 und, konkreter, BV 41). Die BV bringt hier nicht nur die sozialpoliti- sche Verantwortung des Staates zum Ausdruck, sondern auch die Erkenntnis, «dass die Marktmechanismen nicht durchweg und nicht allein zu Ergebnissen führen, die den obersten Zielen und Wertentscheidungen der staatlichen Gemeinschaft gerecht werden» (Botsch. BV, 196; zur Ergänzungsbedürftigkeit der Marktwirtschaft; siehe GvG, Wirt- schaftsverfassungsrecht, 20; zur sozialen Dimension vgl. RHINOW, Komm. aBV, Art. 31, N 64). Aus der gleichzeitigen Nennung (auch) der *privaten Wirtschaft* ergeben sich für diese keine Verpflichtungen (schon deshalb nicht, weil der «privaten Wirtschaft» die

Qualität eines Rechtssubjekts abgeht). Man wird den Passus wohl eher als eine Art Re- verenz gegenüber der privaten Wirtschaft und ihren Leistungen für das allgemeine Wohlergehen verstehen müssen (und vielleicht auch als ein verklausuliertes Bekenntnis zur Idee der Subsidiarität staatlichen Handelns). Ein Appell an die Mitverantwortung der privaten Wirtschaft kann allenfalls aus BV 6 abgeleitet werden.

#### Günstige Rahmenbedingungen (Abs. 3)

- 11 *Rechtsnatur:* Abs. 3 hat verpflichtenden Charakter, begründet aber keine Kompetenzen oder oder gar justiziable Ansprüche. Adressat des Handlungsauftrags sind alle staatli- chen Akteure (Bund, kantonale Ebene). Mit dem für die Verfassungssprache eher neu- artigen (Mode-)Wort *Rahmenbedingungen* (vgl. immerhin bereits 1984 KV/UR 52) sind staatliche Aktivitäten in Bereichen wie Bildung, Forschung, Verkehrsinfrastruktur, Wäh- rung angesprochen, darüber hinaus auch die *rechtlichen* Funktionsbedingungen einer Marktwirtschaft (Gewährleistung von Vertragsfreiheit und Privateigentum, Regeln über die Haftung, Polizeigüterschutz, Rechtsschutz). Letztlich kommt hier wiederum (vgl. N 10) die Idee der Subsidiarität im Verhältnis Staat–Wirtschaft zum Ausdruck. – Zur staatlichen «Sorge für die Marktwirtschaft» RHINOW, Komm. aBV, Art. 31, N 60. Dazu gehören beispielsweise Massnahmen zum Abbau technischer und anderer Handels- hemmnisse (vgl. N 4 zu BV 101) und zur Reduktion von Regulierungskosten (vgl. BUNDES RAT, Bericht in Erfüllung des Po 15.3787, Februar 2016).
- 12 Aus *bundesstaatlicher* Sicht ist wichtig, dass hier nicht nur der Bund, sondern auch die Kantone eingebunden sind. Diese stehen mithin von Bundesverfassungsrechts wegen in einer wirtschaftspolitischen (Mit-)Verantwortung (vgl. auch BV 100 Abs. 4) – was nur Sinn macht, wenn der Bund ihnen einen gewissen Handlungsspielraum belässt (alge- mein BV 47). – Einen Eindruck von den Möglichkeiten und Grenzen (bzw. vom «Selbst- bild») – grundsatzkonformer – kantonalen *Wirtschaftsförderungspolitik* vermittelt z.B. KV/ZH 107 ff. sowie KV/BE 50 ff.

#### Anforderungen an Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Abs. 4)

- 13 *Funktion:* Abs. 4 statuiert einen spezifischen *Verfassungsvorbehalt* für Massnahmen, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (N 2 ff.) abweichen. Abweichungen (*dérégations, déroghes*) sind nur zulässig:
- wenn sie «in der Bundesverfassung vorgesehen» sind; die Abweichungsermächti- gung kann (wie schon unter der BV 1874) eine *ausdrückliche* oder eine *bloss im- plizite* («stillschweigende») sein (Botsch. BV, 297; BIAGGINI, VRdCH, 786); oder
  - wenn sie durch kantonale Regalrechte (*droits régaliens, regalie*) begründet sind.
- Für *grundsatzkonforme* Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit gelten die allgemeinen Anforderungen (BV 36). Dass der (praktisch funktionslos gewordene) frühere *allgemeine* Verfassungsvorbehalt für wirtschaftsfreiheitsbeschränkende Massnahmen (BV 1874 Art. 31 Abs. 1) nicht in die neue Verfassung übernommen wurde, bedeutet im Ergebnis

keine Schmälerung des Grundrechtsschutzes. Die gelegentlich vertretene Auffassung, wonach die Wirtschaftsfreiheit durch den Verfassungsvorbehalt «privilegiert» werde, trifft nicht zu (so auch AUBERT, Comm., Art. 94, N 22); sie gehört im Gegenteil zu den besonders oft und besonders intensiv beschränkten Grundrechten.

14 **Bund:** Die Abweichungsermächtigungen sind zahlreich, freilich heute oft ungenutzt (wenn man von der Landwirtschaft, BV 104, absteht). Auf Verfassungsebene wird indes in Sachen Abweichungsermächtigung die eidgenössische Tugend der «Vorratshaltung» gepflegt.

14a **Ausdrückliche Ermächtigungen:**

- *Konjunkturpolitik* (BV 100 Abs. 3: im Geld- und Kreditwesen, in der Aussenwirtschaft, im Bereich der öffentlichen Finanzen),
- *aussenwirtschaftspolitische Massnahmen* (BV 101 Abs. 2),
- *Landesversorgung* (BV 102 Abs. 1),
- *regionale und sektorielle Strukturpolitik* (BV 103),
- *Landwirtschaft* (BV 104 Abs. 2).

14b **Stillschweigende Ermächtigungen:** Die Rechtslage ist hier nicht immer eindeutig (vgl. RHINO/SCHMID/BIAGINI/UHLMANN, 72). Als gesichert gelten darf, dass Bestimmungen, welche die Begründung von *Monopolen* oder *Konzessionssystemen* erlauben, implizit auch eine Abweichungsermächtigung enthalten (vgl. die Kommentierungen zu den einzelnen Artikeln):

- BV 87: mehrere Verkehrsträger;
- BV 90: Kernenergie;
- BV 91: Rohrleitungsanlagen;
- BV 92: Postwesen (inkl. Personenbeförderung) und Fernmeldewesen;
- BV 93: Radio und Fernsehen;
- BV 105: gebranntes Wasser;
- BV 106: Geldspiele (inkl. Spielbanken, Lotterien und dergleichen);
- BV 117: Kranken- und Unfallversicherung (vgl. BGE 130 I 26, 50 E. 6.2, mit Hinweis auf gegenteilige Auffassungen; BGE 140 I 218, 228 E. 6: Zulässigkeit einer Bedürfnisklausel betreffend Erwerb von medizinischen Grossgeräten).

Wie die Entstehungsgeschichte zeigt, erlaubt auch der Filmmartikel grundsatzwidrige Massnahmen (vgl. N 2 zu BV 71).

14c Nicht restlos geklärt ist heute die Tragweite von BV 94 für wichtige Aufgabenbereiche wie das Bildungswesen (BV 61a ff.), das Strassenwesen (BV 82 ff.) oder die Energiewirtschaft (BV 89 ff.; vgl. UHLMANN, BS-Komm. BV, Art. 94, N 24, m.w.H.; BGE 122 V 85, 96 E. 5.b.bb.aaa) sowie im Bereich der Zölle (vgl. N 5 zu BV 133).

14d **«nötigenfalls»:** Im Fall der *ausdrücklichen* Ermächtigungen (N 14a) darf jeweils nur «nötigenfalls» vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abgewichen werden (was gewöhnlich als eine spezielle Ausprägung des Verhältnismässigkeitsprinzips gedeutet wird; vgl. AUBERT, Comm., Art. 94, N 21). Dies wird man auch bei den stillschweigenden Ermächtigungen fordern können. Sodann ist auch bei gegebener Abweichungsermächtigung dem Gedanken des Wettbewerbs und der staatlichen Neutralität soweit möglich Rechnung zu tragen (vgl. RHINO/SCHMID/BIAGINI/UHLMANN, 70; UHLMANN, BS-Komm. BV, Art. 94, N 9). Im Übrigen bleibt festzuhalten, dass über die Abweichungsermächtigung hinaus die *allgemeinen* Anforderungen (BV 36) erfüllt sein müssen (was in der Literatur nicht immer hinreichend deutlich herausgearbeitet wird).

15 **Kantone:** Seit die in BV 196 Ziff. 7 vorgesehene befristete Abweichungsermächtigung im Bereich des Gastwirtschaftsgewerbes Ende 2009 ausgelaufen ist, bestehen heute Ermächtigungen zugunsten der Kantone nur noch im Zusammenhang mit *kantonalen Regalrechten*. – Der (traditionsreiche) Begriff des Regals ist im *Kontext des Abs. 4 enger* als der oft synonym verwendete Begriff des «Monopols» (vgl. N 16; vgl. auch N 31 zu BV 27). Ein staatliches Regal entzieht (wie ein Monopol) einen ganzen Wirtschaftsbe- reich dem Wettbewerb. Wie aus der Entstehungsgeschichte und aus der Praxis zur Vorläuferbestimmung (BV 1874 Art. 31 Abs. 2) hervorgeht, deckt der Regalvorbehalt des Abs. 4 indes nur die sog. *historischen* Regalrechte ab. Zu diesen gehören unbestrit- ternmassen (vgl. RHINO, Komm. aBV, Art. 31, N 230):

- die auf die Zeit vor 1874 (bundesrechtliche Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit) zurückgehenden *Grund- und Bodenregale* (Bergregal, Jagdregal, Fischereiregal, Wasserregal; vgl. BGE 142 I 99, 111 E. 2.4: Gewässerhoheit ge- mäss BV 76 Abs. 4 als Regal i.S.v. BV 94; vgl. UHLMANN, BS-Komm. BV, Art. 94, N 25, m.w.H.; zum früheren Erdölkonzordat vom 24.09.1955, aufgehoben 2013, vgl. WIEDERKEHR/ABEGG, ZBl 2014, 646, 661) sowie
- das *Salzregal* (unter Einschluss des Salzhandelsmonopols).

Die *historischen* Regale dürfen auch zu *fiskalischen* Zwecken genutzt werden (zusammen- fassend BGE 124 I 11; vgl. BGE 95 I 497, 501 E. 3, Fischereiregal). Die Kantone haben (im Unterschied zum Bundesrat) die Beibehaltung des Salzregals befürwortet, sich indes auf eine Senkung der Regalgebühr verständigt (vgl. NZZ vom 26.01.2007, 14). – Nicht zu den historischen kantonalen Regalen gehört die Elektrizitätsversorgung (offengelassen in BGE 129 II 497, 535 E. 3.7). Hier kann allenfalls eine *faktische* Monopolstellung gegeben sein, die sich u.U. für staatliche Massnahmen instrumentalisieren lässt (vgl. auch N 16).

16 **Zulässigkeit sonstiger Monopole:** Lange war umstritten, ob das von vielen Kantonen bereits im letzten Jahrhundert errichtete sog. *Gebäudeversicherungsmonopol* (obligato- rische staatliche Gebäudeversicherung) vom Regalvorbehalt abgedeckt wird. Das Bun- desgericht verneinte die Frage im Jahr 1998 zu Recht: Es erklärte die Monopolisierung jedoch unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig (BGE 124 I 11, 14 E. 3, G. *Mil- ler/AG*; bestätigt in BGE 124 I 25). Dies war (mit Blick auf den Grundsatz der Wirt-



schaftsfreiheit) nur mit einer argumentativen Gratwanderung möglich, deren Bedeutung für andere Regelungsbereiche schwer abzuschätzen ist. Das Bundesgericht scheint (neue) kantonale Monopole generell zulassen zu wollen, sofern diese

- «durch hinreichende Gründe des öffentlichen Wohls, namentlich polizeiliche oder sozialpolitische Gründe, gerechtfertigt und verhältnismässig» sind (Polizei- bzw. Wohlfahrtsmonopol) und

- «nicht als Fiskalmonopole ausgestaltet» werden (BGE 124 I 18, wonach dies der Ablieferung eines «gewissen, unbedeutenden Reinnettrag[s]» in die «allgemeine Staatskasse» nicht entgegenstehe).

Ob die frühere (monopolfreundliche) Rechtsprechung zu BV 1874 Art. 31 heute noch Bestand haben kann, ist zu bezweifeln (vgl. RHINOW/SCHMID/BiAGGINI/UHLMANN, 57; Beispiele: BGE 101 Ia 124; Schulfallversicherung; BGE 96 I 204; Kaminfegemonopol; BGE 91 I 182; Schädlingbekämpfung). – Zur weiterhin bedeutsamen Unterscheidung zwischen rechtlichen Monopolen und *faktischen Monopolen* kraft Herrschaft über den öffentlichen Grund vgl. z.B. BGE 128 I 3, 10 f. E. 3.6 (Plakatschlag); BGE 143 II 120 (Verleihung des Rechts zur Ausübung eines Gemeindepools an ein Unternehmen mit privater Rechtsträgerschaft).

**Literaturhinweise (vgl. auch die Hinweise bei BV 27 und vor BV 94)**

BiAGGINI GIOVANNI, Wirtschaftsfreiheit, VRdCh, 779 ff.; Diebold, Nicolas F., Freizügigkeit im Mehrebenensystem. Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht, Habil., Zürich/St. Gallen 2016; GRISEL ETIENNE, Liberté économique, Bern 2006; Gygi Fritz, Wirtschaftspolitik (aus verfassungsrechtlicher Sicht), ZSR 1981 I, 229 ff.; DERS., Abweichungen, in: Festschrift Hans Nef, Zürich 1981, 73 ff.; Gygi Fritz/Richli Paul, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Aufl., Bern 1997; Hangartner Yvo, Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit, recht 2002, 53 ff.; Häuser Heinz/Vallender Klaus A., Zur Bindung des Wirtschaftsgesetzgebers durch Grundrechte, Bern 1989; Hofmann David, La liberté économique suisse face au droit européen, Bern 2005; Jaag Tobias, Wettbewerbsneutralität bei der Gewährung von Privilegien im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, 477 ff.; Knaapp Blaise, Les limites à l'intervention de l'Etat dans l'économie, ZBl 1990, 241 ff.; Lenhard Andreas, Zum Anspruch der Gewerbetreibenden auf wettbewerbsneutrale Behandlung durch den Staat, recht 1995, 210 ff.; Reich Johannes, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Zürich/St. Gallen 2011; DERS., Gebäudeversicherung und «negativ nachgeführte» Bundesverfassung, AJP 2013, 1399 ff.; Rhinow René/Schmid Gerhard/Biaggini Giovanni/Uhlmann Felix, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011; Ruey Claude, Monopoles cantonaux et liberté économique, Lausanne 1988; Schönbächler Pascal, Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen, Zürich 1998; Schott Markus, Staat und Wettbewerb, Habil., Zürich/St. Gallen

2010; Sutter-Somm Karin, Das Monopol im schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1989; Uhlmann Felix, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Basel/Frankfurt a.M. 1997; Vallender Klaus A., Die Konzeption der Wirtschaftsfreiheit, in: Festschrift Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, 891 ff.; DERS., Der ordnungspolitische Grundentscheid der schweizerischen Bundesverfassung, in: Festschrift Hartmut Maurer, München 2001, 1033 ff.; Veit Marc D., Die Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden, AJP 1998, 569 ff.; Vogel Stefan, Der Staat als Marktteilnehmer, Zürich 2000; DERS., Grundsätze der Wirtschaftsordnung (Art. 94 BV), in: Gächter/Bertschi, 203 ff.; Waldmann Bernhard, Staatliche Monopole in der Schweiz – Eine Standortbestimmung aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: SVVOR-Jahrbuch 2007, Bern 2008, 75 ff.; Wiederkehr René/Abegg Andreas, Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie, ZBl 2014, 639 ff.

**Art. 95 Privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit\***

1 Der Bund kann Vorschriften erlassen über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit.

2 Er sorgt für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum. Er gewährleistet, dass Personen mit einer wissenschaftlichen Ausbildung oder mit einem eidgenössischen, kantonalen oder kantonal anerkannten Ausbildungsabschluss ihren Beruf in der ganzen Schweiz ausüben können.

3 Zum Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre sowie im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung regelt das Gesetz die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften nach folgenden Grundsätzen:

a. Die Generalversammlung stimmt jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen (Geld und Wert der Sachleistungen) des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ab. Sie wählt jährlich die Verwaltungsratspräsidentin oder den Verwaltungsratspräsidenten und einzeln die Mitglieder des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses sowie die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter. Die Pensionskassen stimmen im Interesse ihrer Versicherten ab und legen offen, wie sie gestimmt haben. Die Aktionärinnen und Aktionäre können elektronisch fernabstimmen; die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung ist untersagt.

b. Die Organmitglieder erhalten keine Abgangs- oder andere Entschädigung, keine Vergütung im Voraus, keine Prämie für Firmenkäufe und -verkäufe und keinen

\* Mit Übergangsbestimmung.

Verhältnismässigkeit und des Kerngehalts. Darüber hinaus ist zu klären, ob die Massnahme mit Art. 94 BV in Einklang steht, dessen erster Absatz wie folgt lautet:

„Bund und Kantone halten sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.“

Wie aus Art. 94 Abs. 4 BV hervorgeht, ist eine *Lockerung* der Bindung an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit möglich: „Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind.“ Erforderlich ist mithin eine – ausdrückliche, allenfalls auch stillschweigende – verfassungsrechtliche Ermächtigung, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen. Für die althergebrachten (sog. historischen) kantonalen *Regale oder Monopole*<sup>10</sup> spricht Art. 94 Abs. 4 BV die Ermächtigung gleich selbst aus. Im Übrigen gestattet eine Reihe von Verfassungsnormen es dem Bund<sup>11</sup>, vereinzelt den Kantonen<sup>12</sup>, abweichende Massnahmen zu treffen. Bei der Anwendung dieser verfassungsrechtlichen Schrankenregelung treten oft Schwierigkeiten auf. Im Folgenden interessieren vor allem zwei Fragen:

- In welcher Reihenfolge sind die allgemeinen Voraussetzungen (Art. 36 BV) und die besonderen Anforderungen (Art. 94 BV) zu prüfen?
- Wo sind die in Art. 36 BV und Art. 94 BV nicht ausdrücklich angeführten Kriterien (Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten, grundsätzliches Verbot wirtschaftspolitischer Massnahmen) zu prüfen?

Ein Blick in die Rechtsprechung des Bundesgerichts und in einige ausgewählte Stellungnahmen der Lehre zeigt, dass diese Vorgehensfragen unterschiedlich beantwortet werden.

<sup>10</sup> Dazu gehören die traditionellen Grund- und Bodenregale (Berg-, Jagd-, Fischereiregal) sowie das Salz(handels)monopol. Die Errichtung neuer kantonalen Monopole ist nur unter erschwerten Voraussetzungen zulässig. Vgl. BGE 124 I 11 (14 f.).

<sup>11</sup> Ausdrückliche Ermächtigungen zu Gunsten des Bundes enthalten: Art. 100 Abs. 3 BV (Konjunkturpolitik), Art. 101 Abs. 2 BV (Aussenwirtschaftspolitik), Art. 102 Abs. 2 BV (Landesversorgung), Art. 103 (Strukturpolitik), Art. 104 Abs. 2 BV (Landwirtschaft). Von grösserer praktischer Bedeutung ist jene für die Landwirtschaft. Stillschweigende Ermächtigungen bestehen vor allem in den Bereichen der Verkehrs-, Energie- und Filmwirtschaft.  
<sup>12</sup> Während einer Übergangsfrist von 10 Jahren im Bereich des Gastgewerbes (Art. 196 Ziffer 7 BV).

## **Auszug aus: GIOVANNI BIAGGINI, Die Wirtschaftsfreiheit und ihre Einschränkungen (in: ius.full 1/2003, S. 2 – 11)**

*Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) ist reich an Besonderheiten. Dazu gehört, dass bei Einschränkungen des Grundrechts neben den allgemeinen (Art. 36 BV) auch besondere Anforderungen beachtet werden müssen (insb. Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Art. 94 BV). Rechtsprechung und Lehre haben bisher kein einheitliches Prüfungsprogramm entwickelt. Der folgende Beitrag geht den Gründen dafür nach und erörtert mögliche Vorgehensweisen.*

[ius.full 1/2003, S. 4 ff.]

### **B. Das Schrankenproblem**

#### **I. Ausgangspunkte**

Wer eine staatliche Massnahme auf ihre Vereinbarkeit mit der Wirtschaftsfreiheit zu überprüfen hat, sieht sich mit einer Vielzahl von teils geschriebenen, teils ungeschriebenen Kriterien und mit einer Fülle von Fragen konfrontiert. Zwei Verfassungsbestimmungen stehen heute im Zentrum: Art. 36 BV (Einschränkungen von Grundrechten) und Art. 94 BV (Grundsätze der Wirtschaftsordnung).

Da die Wirtschaftsfreiheit unstrittig ein Grundrecht im Sinn des Art. 36 BV ist, muss selbstverständlich geklärt werden, ob alle dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind: hinreichende gesetzliche Grundlage, Rechtfertigung durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter, Wahrung der

## II. Pluralität der Prüfungsprogramme

### 1. Bundesgericht

Wie die folgenden Auszüge aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts belegen, wendet dieses kein einheitliches Prüfungsprogramm an. Dies liegt *nicht* (zumindest nicht primär) an der Tatsache, dass vor gut drei Jahren die neue Bundesverfassung in Kraft trat. Zwar hat die „Mona Lisa“ unter den Grundrechten mit der Verfassungsreform ihr äusseres Erscheinungsbild leicht verändert. Sie ist aber in der Substanz durchaus „die Alte“ geblieben, wie ein Blick in die Materialien bestätigt: Der Verfassungsgeber wollte das bewährte Grundrecht namens „Handels- und Gewerbefreiheit“ nicht modifizieren, sondern im Sinn des allgemeinen Leitmotivs der Verfassungsreform „*nachführen*“ und „*à jour*“-bringen.<sup>13</sup> Nachstehend sind in chronologischer Abfolge einige charakteristische Formeln aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts wiedergegeben (Hervorhebungen hinzugefügt):

#### a. Prüfung der allgemeinen Anforderungen zuerst

„Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt (...), dass Einschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit auf gesetzlicher Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und Rechtsgleichheit beachten. Dabei genügt für Eingriffe in die Handels- und Gewerbefreiheit nicht jedes irgendwie gearbete öffentliche Interesse; untersagt sind den Kantonen namentlich Massnahmen mit wirtschaftspolitischer Zielsetzung. Zulässig sind dagegen polizeilich motivierte Eingriffe (...). Zulässig sind zudem sozialpolitisch motivierte Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit.“ – BGE 109 Ia 33 (36)

Diese Formel ist repräsentativ für eine langjährige Rechtsprechung unter der Bundesverfassung von 1874. Typisch ist: Die herkömmlichen Anforderungen stehen im Vordergrund. Das Problem der sog. wirtschaftspolitischen Massnahmen wird beim öffentlichen Interesse (Eingriffsmotiv) eingeordnet.

#### b. Einbezug des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Konkurrenten

Bei Bedarf bezieht das Bundesgericht den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten in sein Prüfungsprogramm ein:

„Hingegen sind wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen (...) unzulässig (...). Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen sind Mass-

nahmen verboten, welche den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerrten (...) beziehungsweise nicht wettbewerbsneutral sind (...).“ – BGE 121 I 129 (132)

In BGE 121 I 279 (285) findet sich eine bemerkenswerte Präzisierung: Als Grundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes wird Art. 31 Abs. 2 aBV angegeben, d.h. der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit (heute: Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Art. 94 Abs. 1 BV):

„Art. 31 Abs. 2 BV verbietet staatliche Massnahmen, die dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit zuwiderlaufen. Gegen diesen Grundsatz können auch Differenzierungen verstossen, die an sich auf ernsthaften, sachlichen Gründen beruhen (...), gleichzeitig aber einzelne Konkurrenten begünstigen oder benachteiligen.“

#### c. Umgekehrte Abfolge – Prüfung spezifischer Anforderungen zuerst

„Unzulässig sind wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen. Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit bedürfen im Übrigen einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie der Rechtsgleichheit wahren (...).“ – BGE 125 I 267 (269)

#### d. Erneute Umkehr – Prüfung der allgemeinen Voraussetzungen zuerst (neue BV)

Unter der Herrschaft der neuen Bundesverfassung scheint das Bundesgericht die Reihenfolge (wieder) umkehren zu wollen:

„Die Wirtschaftsfreiheit gilt indessen nicht absolut, sondern kann unter den in Art. 36 BV genannten Voraussetzungen eingeschränkt werden. Sodann bestimmt Art. 94 BV, dass sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu halten haben.“ – BGE 128 I 3 (9 f.)

#### e. Frage der Gleichbehandlung unter Bezugnahme auf Art. 94 BV (neue BV)

„Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit sind nur zulässig, wenn sie – neben den Anforderungen der gesetzlichen Grundlage und des überwiegenden öffentlichen Interesses – mit den verfassungsmässigen Geboten der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung, namentlich von Konkurrenten, vereinbar sind (vgl. Art. 27 und 94 BV sowie Art. 5 Abs. 2, Art. 35 Abs. 3 und Art. 36 BV, ...).“ – BGE 128 II 292 (297)

Im Sinn einer vorläufigen Bilanz kann festgehalten werden, dass es in der Rechtsprechung des Bundesgerichts kein konsolidiertes Prüfungsprogramm mit fester Reihenfolge der Kriterien gibt – was insofern verständlich ist, als das Bundesgericht primär die Aufgabe hat, Beschwerden zu beurteilen und auf die darin jeweils erhobenen Rügen angemessen einzugehen, und nicht, Prüfungsprogramme zu erstellen.

<sup>13</sup> Näher BIAGGINI (Fn.9 [=Von der Handels- und Gewerbefreiheit zur Wirtschaftsfreiheit – Entwicklungsperspektiven unter der neuen Bundesverfassung, ZBl 2001I], insb. 231 ff. (mit Nachweisen).

## 2. Neuere Rechtslehre

Ein Blick in ausgewählte neuere staatsrechtliche und wirtschaftsverfassungsrechtliche Standardwerke<sup>14</sup> fördert zweierlei zu Tage: Erstens stösst man kaum auf eigentliche Prüfungsprogramme<sup>15</sup> – auch wenn die jeweilige Anordnung des Stoffes (Gliederung) immerhin Präferenzen erkennen lässt. Und zweitens geht die Rechtslehre die hier interessierenden Fragen (Abfolge der Prüfungsritte, Einordnung der ungeschriebenen Anforderungen) unterschiedlich an.

Grob vereinfachend kann man festhalten, dass mehrheitlich die in Art. 94 BV angelegte *Grundunterscheidung von grundsatzkonformen und grundsatzwidrigen* Einschränkungen den *Ausgangspunkt* bildet. Ausnahmen sind etwa die Werke von Vallender und Gygi/Richli.)

Jenseits dieses Ausgangspunktes ist die Abfolge recht unterschiedlich. Manche Autoren behandeln zuerst die grundsatzwidrigen Massnahmen, dann die grundsatzkonformen – so z.B. J.P. Müller. Andere Autoren gehen genau umgekehrt vor – so z.B. Häfelin/Haller. Wieder andere unterteilen die einschränkenden Massnahmen zunächst nach dem eingreifenden Gemeinwesen (Bund, Kanton) und erörtern erst dann grundsatzkonformes bzw. grundsatzwidriges Handeln – so Auer/Malinvermi/Hottelier. Unterschiedlich ist die Haltung gegenüber dem *höchst-richterlichen Schrankenkonzept*. So behandeln die einen die Kategorien wirtschaftspolizeilich / sozialpolitisch / wirtschaftspolitisch im Zusammenhang mit dem Erfordernis des öffentlichen Interesses – so z.B. Vallender –, während andere dezidiert vor diesem Dreierschema warnen – so z.B. Auer/Malinvermi/Hottelier. Ganz unterschiedlich eingeordnet wird schliesslich auch der Grundsatz der *Gleichbehandlung der Konkurrenten*. Manche Autoren behandeln den Grundsatz im Zusammenhang mit den Einschränkungs Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV – so z.B. Häfelin/Haller. Andere reihen ihn bei den besonderen Anforderungen ein – so z.B. Rhinow/Schmid/Biaggini. Wieder andere schliesslich erörtern den Grund-

satz im Zusammenhang mit dem Schutzbereich des Grundrechts, d.h. ausserhalb der Schrankenfrage – so z.B. J.P. Müller.

Neben diesen Unterschieden fällt weiter auf, dass bei der Erörterung von Massnahmen in „Ausnahmebereichen“ (Art. 94 Abs. 4 BV) oft unklar bleibt, inwieweit auch noch die allgemeinen Anforderungen, z.B. das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV), zur Anwendung kommen. Der gemeinsame Nenner ist klein. Man könnte ihn wie folgt umschreiben: Bei Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind neben den allgemeinen Voraussetzungen auch gewisse spezielle Erfordernisse zu prüfen. Doch auch das ist wenig hilfreich.

Wie ist dies zu erklären? Es ist hier nicht der Ort für vertiefende Ursachenforschung. Ein Hauptgrund dürfte sein, dass sich die Dogmatik der Wirtschaftsfreiheit zur Zeit in einer Situation des Umbruchs befindet und ein gemeinsames Grundverständnis noch nicht gefunden wurde.<sup>16</sup>

### III. Vorschlag für eine Systematisierung

#### 1. Prüfung in zwei Schritten

Wie ist in einem konkreten Fall sinnvoll vorzugehen? Unter der neuen Bundesverfassung empfiehlt es sich, zwischen allgemeinen Anforderungen (Art. 36 BV) und besonderen, wirtschaftsfreiheitsspezifischen Anforderungen (Art. 94 BV) zu unterscheiden. Dem Verfassungswortlaut ist nichts Genaueres über das Verhältnis zwischen allgemeinen und besonderen Anforderungen zu entnehmen. Nach einer allgemeinen Faustregel ist es ratsam, in einem solchen Fall *zunächst* die *spezifischen* Anforderungen, dann die allgemeinen Anforderungen zu prüfen (vgl. B. II. 1. c.).

In einem ersten Schritt gilt es zu prüfen, ob die staatliche Massnahme den „Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit“ respektiert, d.h. ob sie grundsatzkonform ist oder nicht. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob die Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV erfüllt sind. Je nach Ausgang der Prüfung bei 1. erübrigt sich der zweite Schritt.

Im Folgenden interessiert vor allem der erste Schritt – samt Schwierigkeiten und Folgefragen, die damit verbunden sind. Der zweite Schritt interessiert dagegen nur, soweit er wirtschaftsfreiheitsspezifische Fragen aufwirft.

<sup>16</sup> Zu den verschiedenen Grundströmungen vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (Fn. 1), 67 ff.

<sup>14</sup> Vgl. Fn. 1. [=ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, N. 614 ff.; GIOVANNI BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, in: Daniel Thürer u.a. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 779 ff.; RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000 – eine Einführung, Basel/Genf/München 2000, 307 ff.; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERMI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, Bern 2000, 307 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, 632 ff.; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1998, 89 ff.; FRITZ GYGI/PAUL RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Aufl., Bern 1997, 55 ff.; KLAUS A. VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 3. Aufl., Bern 1995, 57 ff.]

<sup>15</sup> Zu den Ausnahmen gehört RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (Fn. 1), 121.

## 2. Erster Schritt

### a. Tragweite des ersten Schritts für die weitere Prüfung

Je nach Ergebnis des ersten Prüfungsschritts schliessen sich unterschiedliche Fragen an. Bei Grundsatzzkonformität der Massnahme sind nimmehr die Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV zu prüfen (siehe hinten Ziffer 3.). Bei Grundsatzwidrigkeit der Massnahme ist dagegen zu prüfen, ob es ausnahmsweise statthaft ist, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen. Wie aus Art. 94 Abs. 4 BV hervorgeht, ist eine Abweichung zulässig, „wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet“ ist.

In diesem Fall ist in einem Zwischenschritt zu prüfen, ob eine Ermächtigung im Sinne des Art. 94 Abs. 4 BV vorliegt (vgl. B.1.).<sup>17</sup> und ob die sachbereichsspezifischen Anforderungen erfüllt sind (z.B. im Fall des Art. 104 BV Kriterien wie „bodenbewirtschaftende Betriebe“, „Selbsthilfe“, „nöthenfalls“). Schliesslich ist auch hier zu prüfen – und dies wird in der Literatur nicht immer hinreichend deutlich herausgearbeitet –, ob die *allgemeinen* Anforderungen erfüllt sind. Denn Art. 36 BV beansprucht grundsätzlich Anwendung, solange man sich im Schutzbereich des Grundrechts bewegt (vgl. Sachitel Art. 36 BV) und soweit die allgemeinen Anforderungen gemäss Art. 36 BV nicht durch die spezielle Verfassungsvorschrift (Ermächtigungsnorm) überlagert werden.

Auch bei abweichenden Massnahmen ist eine rechtliche Grundlage gefordert – und somit auch zu prüfen. Bei den Erfordernissen der Verhältnismässigkeit und des öffentlichen Interesses mag es vorkommen, dass die ermächtigende Verfassungsnorm die allgemeinen Anforderungen überlagert, eventuell verdrängt, beispielsweise indem sie ausdrücklich bestimmte Instrumente für zulässig erklärt (z.B. Art. 196 Ziffer 7 BV: Bedürfnisklausel).

### b. Konkretisierung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit

Der erste Prüfungsschritt wirft eine Frage auf, die der Praxis häufig erhebliche Schwierigkeiten bereitet: Was bedeutet Bindung an den „Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit“? Wann verstösst eine staatliche Massnahme gegen diesen Grundsatz?

Verfassungsrechtlich gesehen handelt es sich beim „Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit“ um einen Verfassungsgrundsatz, der in hohem Mass konkretisierungsbedürftig ist. Praxis und Rechtslehre bekunden – was nicht überrascht – Mühe, den Inhalt dieses Grundsatzes näher zu umschreiben. Praktisch gesehen geht es vor allem darum, den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit „negativ“ (von seinen Grenzen

her) zu bestimmen, d.h. festzustellen, ob eine konkret zu beurteilende staatliche Massnahme vom Grundsatz abweicht, d.h. den Grundsatz beeinträchtigt. Wertvolle Anhaltspunkte für die Konkretisierung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit liefern einerseits der Verfassungswortlaut – Art. 94 Abs. 4 BV geht davon aus, dass zu den Abweichungen insbesondere jene staatlichen Massnahmen gehören, „die sich gegen den Wettbewerb richten“<sup>18</sup> – andererseits die bisherige Praxis und Lehre zum „Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit“, der in Art. 94 BV nachgeführt wird<sup>19</sup>. Gemäss festgestigter Rechtsprechung zu Art. 31 Abs. 2 aBV muss sich der Staat im Wirtschaftsbereich *wettbewerbsneutral* verhalten (vgl. B.11.1.b.). Allerdings verbietet der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität nicht apodiktisch jede noch so geringfügige staatliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Wettbewerbs. Untersagt sind Regelungen, die den Wettbewerb *verzerrten* oder einen Markt *abschotten* (Verbot wettbewerbsverzerrender Massnahmen).<sup>20</sup> In diesem Sinne leitete das Bundesgericht aus Art. 31 Abs. 2 aBV ein grundsätzliches *Verbot* von sog. *wirtschaftspolitischen* und *standespolitischen Massnahmen* ab, die den *freien Wettbewerb behindern*, „um einzelne Konkurrenten gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen“.<sup>21</sup> Zu den grundsatzwidrigen (sog. wirtschaftspolitischen) Massnahmen zählen etwa: die zahlenmässige Beschränkung der Betriebe eines bestimmten Gewerbes mittels Bedürfnisklausel; Kontingentsordnungen; Gewerbesteuern, die eine Gewinnerzielung faktisch ausschliessen; standespolitische Massnahmen zur Abschirmung einer Berufsgruppe vor neuer Konkurrenz.

Analysiert man die Rechtslage genauer (was hier nicht geschehen kann), so stellt sich heraus, dass die Zulässigkeit einer staatlichen Massnahme, die den wirtschaftlichen Wettbewerb tangiert, vom Zusammenspiel zweier Faktoren abhängt: zum einen vom *Ausmass der Wettbewerbsbeeinflussung*, zum andern vom *Eingriffsmo-*

*tiv*, das der Massnahme zugrunde liegt.

Zu bestimmen sind dementsprechend einerseits die *objektiven Wirkungen*, die von der betreffenden Massnahme ausgehen – ob gewollt oder ungewollt, ob als Haupt- oder Nebenwirkung. Dieser Schritt ist in aller Regel mit heiklen Prognose- und Wertungsfragen verbunden: Wie wird sich die Massnahme auf das Marktgeschehen auswirken? Wie ist der relevante Markt zu definieren?

<sup>18</sup> Zu diesem klarstellenden Passus vgl. RHINOW (Fn. 1), 313.

<sup>19</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 9 [=ZBl 2001]), 231 ff. – Zum Folgenden

RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (Fn. 1), 112 ff.

<sup>20</sup> Vgl. z.B. BGE 121 I 129 (135).

<sup>21</sup> BGE 121 I 279 (288).

<sup>17</sup> Entgegen einer verbreiteten Ansicht sind diese Ermächtigungen nicht zuständigkeitsbe-  
gründend im Sinne der bundesstaatlichen Kompetenzzuweisung: Es geht hier um das  
Ausmass des Grundrechtsschutzes.

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Grenze zwischen blosser Beeinflussung und eigentlicher Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht gleichbleibend und unverrückbar ist, sondern (wie aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts hervorgeht) bis zu einem gewissen Punkt auch vom *Eingriffsmotiv* abhängt, das der Massnahme zugrunde liegt: Je gewichtiger das öffentliche Regelungsinteresse ist, desto eher sind wettbewerbsverzerrende (in der Terminologie des Bundesgerichts: „wirtschaftspolitische“) Wirkungen oder Nebenwirkungen der fraglichen Massnahme hinzunehmen. So können gemäss Bundesgericht raumplanerische und Umweltschutzinteressen ein Verbot des Baus grosser Einkaufszentren rechtfertigen, obwohl dadurch zugleich der bestehende Detailhandel vor neuer Konkurrenz geschützt wird; zum Schutz hochrangiger Polizeigüter kann es unter Umständen sogar zulässig sein, eine ökonomische Tätigkeit ganz dem Wettbewerb zu entziehen (so gemäss Bundesgericht im Fall eines feuerpolizeilich motivierten Kaminfegermonopols).<sup>22</sup>

Kurz: Die Beurteilung der Grundsatzkonformität erfordert eine mitunter schwierige, wertungsbedürftige *Abwägung*. Entgegen einer verbreiteten Auffassung ist das Eingriffsmotiv nicht allein ausschlaggebend: Wettbewerbsverzerrende Auswirkungen können nicht nur von einer „wirtschaftspolitisch“ motivierten Massnahme ausgehen, sondern ebenso gut auch von einer polizeilich, sozialpolitisch, raumpolitischer, umweltpolitisch usw. motivierten Massnahme. Solche Massnahmen sind mithin nicht von vornherein „unverdächtig“, wie das traditionelle bundesgerichtliche Schrankenkonzept (vgl. A.II.3.) unterstellt.

c. *Einordnung der ungeschriebenen Anforderungen*

Auf der Grundlage dieser Überlegungen zum Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) können nunmehr auch die vorne genannten ungeschriebenen Anforderungen in das Prüfungsprogramm eingeordnet werden. Beim Grundsatz der Wettbewerbsneutralität handelt es sich – wie schon der Wortlaut von Art. 94 Abs. 4 BV nahe legt – um einen Aspekt des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit. In den Kontext des ersten Prüfschritts (Vereinbarkeit mit Art. 94 BV) gehört auch das grundsätzliche Verbot der sog. wirtschaftspolitischen Massnahmen (vgl. B.II.1.c.). Dies gilt schliesslich auch für den *Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten*. Dieser spezifische Gleichbehandlungsanspruch ist letztlich nichts anderes als die (individuelle) Kehrseite des (objektiven) *Prinzips der Wettbewerbsneutralität*.

tät, das dem Staat ein wettbewerbsverzerrendes Verhalten verbietet<sup>23</sup> (vgl. B.II.1.b.).

Mit der Einordnung bei Art. 94 BV wird plausibel, warum das Bundesgericht den Gleichbehandlungsgrundsatz – obwohl strenger als das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot – keineswegs absolut setzt: Wie beim Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Allgemeinen (siehe vorne) können *gewichtige öffentliche Interessen* auch beim Gleichbehandlungsgrundsatz zu einer Relativierung führen – d.h. eine gewisse Bevorzugung bestimmter Konkurrenten oder Konkurrentengruppen rechtfertigen. In diesem Sinn hält das Bundesgericht es für statthaft, „aus Gründen des Umweltschutzes gewisse umweltverträgliche Verfahren oder Produkte zu begünstigen“, sofern „spürbare Wettbewerbsverzerrungen“ vermieden werden.<sup>24</sup>

d. *Zwischenbilanz und Verhältnis zum zweiten Schritt*

Der erste Schritt verlangt vom Rechtsanwender, dass er einen hochgradig unbestimmten Grundsatz (der Wirtschaftsfreiheit) konkretisiert. Dies ist regelmässig mit einer anspruchsvollen Abwägung verbunden. Nur selten wird das Ergebnis klar auf der Hand liegen. Angesichts dieser Unsicherheiten kann es ratsam sein, den aufwändigen ersten Prüfschritt zurückzustellen – d.h. die Frage der Grundsatzkonformität vorerst offen zu lassen – und zunächst die allgemeinen Voraussetzungen zu prüfen (vor allem, wenn dort ein offenkundiger Mangel besteht).

Da es sich beim hier skizzierten Prüfungsprogramm um eine Faustregel handelt, ist eine Umkehrung der Schrittfolge legitim – dies um so mehr, als sich ja auch das Bundesgericht entsprechende Freiheiten nimmt. Zeigt sich, dass die Massnahme gegen Art. 36 BV verstösst, so erspart man sich die Prüfung gemäss Art. 94 Abs. 1 BV. Stellt sich freilich heraus, dass die Massnahme mit Art. 36 BV in Einklang steht, so kommt man nicht umhin, die anspruchsvolle Prüfung am Masstab des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit (wieder) aufzunehmen und zu Ende zu führen.

<sup>23</sup> Einem Rechtsschutzsuchenden, der vor Bundesgericht den Gleichbehandlungsgrundsatz ins Spiel bringen möchte, ist zu raten, sich auf Art. 27 BV in Verbindung mit Art. 94 BV zu berufen.

<sup>24</sup> BGE 125 II 129 (150). Das Bundesgericht toleriert mitunter recht weit gehende Ungleichheiten. – Nicht vermeiden lassen sich Ungleichheiten bei der Zuteilung staatlich administrierter knapper Güter (wie z.B. Sendefrequenzen, öffentlicher Grund und Boden usw.). Immerhin verlangt das Bundesgericht, dass die Behörden „dem institutionellen Gehalt“ des Grundrechts Rechnung tragen und „möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse“ schaffen; so muss die Zuteilung von öffentlichem Grund und Boden für Erwerbszwecke „regelmässig überprüft werden, um eine Zementierung einmal geschaffener Privilegien zu vermeiden“. BGE 121 I 279 (287 und 289).

<sup>22</sup> Vgl. BGE 102 Ia 104 ff. und BGE 109 Ia 193 ff. – Zum Ganzen mit weiteren Nachweisen RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (Fn. 1), 118 ff.

Denn die Zulässigkeit einer Massnahme darf erst nach Prüfung aller Anforderungen bejaht werden.

### 3. *Zweiter Schritt*

Im zweiten Schritt ist die Vereinbarkeit mit Art. 36 BV (gesetzliche Grundlage, rechtfertigendes öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Wahrung des Kerngehalts) zu prüfen. Ist auch nur eine der Voraussetzungen nicht erfüllt, so ist die fragliche Massnahme *verfassungswidrig*.

Die beiden Erfordernisse der gesetzlichen Grundlage und der Verhältnismässigkeit werfen keine wirtschaftsfreiheitsspezifischen Fragen auf, weshalb diese beiden Kriterien hier nicht näher analysiert werden. Es kommt das allgemeine Prüfungsprogramm zur Anwendung, das die Rechtsprechung nicht zuletzt anhand vieler Fälle betreffend die Wirtschaftsfreiheit (bzw. die frühere Handels- und Gewerbe-freiheit) entwickelt hat.<sup>25</sup> Die Kerngehaltsfrage spielte in der Rechtsprechung zur Wirtschaftsfreiheit bisher keine massgebliche Rolle und wird hier nicht weiter vertieft.<sup>26</sup>

Was das Erfordernis des *öffentlichen Interesses* angeht, so ist an dieser Stelle nur noch zu prüfen, ob der Eingriff durch ein *hinreichend gewichtiges Interesse gerechtfertigt* ist (Art. 36 Abs. 2 BV). *Nicht* erforderlich (aber auch nicht verboten) ist eine Qualifizierung der Massnahme nach Massgabe des höchstrichterlichen Dreierschemas (vgl. A.II.3.). Zu unterstreichen bleibt, dass auch ein *wirtschaftspolitisches* Motiv als rechtfertigendes Eingriffsinteresse grundsätzlich in Betracht kommt. Art. 36 Abs. 2 BV schliesst solche Interessen – entgegen einer verbreiteten Annahme (vgl. B.II.1.a.) – nicht von vornherein aus, weder dem Wortlaut nach noch von der Sache her. Entscheidend ist etwas anderes, nämlich ob die wirtschaftspolitisch motivierte Massnahme beim ersten Prüfschritt (Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit) standhält.

<sup>25</sup> Fast lehrbuchmässig hielt das Bundesgericht jüngst in einem Fall betreffend die Wirtschaftsfreiheit fest: „Das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt, dass staatliche Hoheitsakte für das Erreichen eines im übergeordneten öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet, notwendig und für den Betroffenen zumutbar sein müssen (...). Erforderlich ist eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation (...).“ BGE 128 I 92 (95).

<sup>26</sup> In der Rechtslehre ist man sich über die Tragweite nicht einig. Vgl. J.P. MÜLLER (Fn. 1), 667 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (Fn. 1), 127 f. (je mit weiteren Hinweisen). – Art. 23 Abs. 2 KV BE erklärt das Institut der Vertragsfreiheit für unantastbar und statuiert damit eine kantonalrechtliche Kerngehaltsgarantie (Art. 28 Abs. 4 KV BE) mit freilich noch nicht geklärter Tragweite.

Aus diesem Grund ist es sehr zu begrüssen, dass man sich in der neueren Rechtslehre vom alten Schrankenkonzept des Bundesgerichts abzuwenden beginnt, das ja weder im Text der neuen Verfassung noch in jenem der alten auftaucht. Dieses Konzept stützt sich nicht nur auf einen problematischen engen Begriff der „Wirtschaftsfreiheit“, der weder mit dem umgangssprachlichen Wortsinn noch mit dem Begriffsverständnis der Ökonomie übereinstimmt, sondern führt auch zu Pauschalbeurteilungen – und ist gelegentlich Ursache für eigentliche „Rechtsprechungsspannen“.<sup>27</sup>

### IV. *Zusammenfassung*

Bei der Überprüfung von staatlichen Massnahmen, welche die Wirtschaftsfreiheit einschränken, empfiehlt es sich, zwischen *allgemeinen* und *besonderen* Anforderungen zu unterscheiden und ein *zweistufiges* Vorgehen zu wählen.

- In einem *wirtschaftsfreiheitsspezifischen* Prüfschritt ist – in der Regel zuerst – zu untersuchen, ob die staatliche Massnahme mit den Anforderungen des Art. 94 BV in Einklang steht. Zu prüfen ist, ob die fragliche Massnahme den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit beachtet, d.h. namentlich: nicht wettbewerbsverzerrend ist, Konkurrenten nicht ungleich behandelt, das Verbot sog. wirtschaftspolitischer Massnahmen respektiert.

- Wie bei den übrigen Freiheitsrechten ist – gewöhnlich im Rahmen des zweiten Prüfschritts – zu klären, ob die zu beurteilende staatliche Massnahme mit den Anforderungen des Art. 36 BV in Einklang steht. Falls sich die Massnahme in einem „Ausnahmebereich“ bewegt (Art. 94 Abs. 4 BV), sind die Anforderungen gemäss Ermächtigungsnorm zu berücksichtigen, die unter Umständen die allgemeinen Anforderungen überlagern und verdrängen.

Dieses Prüfungsprogramm<sup>28</sup> erinnert nicht zufällig an das in BGE 125 I 269 skizzierte Vorgehen (vgl. B.II.1.c.).

<sup>27</sup> Vgl. z.B. das Urteil des Bundesgerichts vom 23.10.1981, in: ZBI 1983, 495 ff., wo das Bundesgericht eine energiepolitische Massnahme (Elektroheizungsverbot) als a priori unzulässig einstufte, weil diese weder politisch noch sozialpolitisch motiviert sei. Die nötige Korrektur erfolgte im Urteil des Bundesgerichts vom 12.9.1994, in: ZBI 1995, 280. – Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (Fn. 1), 116 ff.

<sup>28</sup> Nicht berücksichtigt ist die – nicht wirtschaftsfreiheitsspezifische – bundesstaatliche Kompetenzfrage (Vereinbarkeit mit Art. 3 BV bzw. mit dem Vorrang des Bundesrechts, Art. 49 BV).

### C. Schlussbemerkung

Das hier entwickelte Prüfungsprogramm ist als das zu nehmen, was es sein will: ein Hilfsmittel zur Bewältigung einer komplexen Aufgabe. Natürlich können auch andere Wege zum Ziel führen. Wichtig ist, dass man keinen relevanten Gesichtspunkt übergeht. Mit der Strukturierung des Vorgehens in einzelne Prüfschritte verringert sich zudem die Gefahr überreifer Pauschalbeurteilungen. Nicht minder wichtig ist aber, dass man sich nicht in ein Schema pressen lässt, sondern zu einem dem Fall angemessenen Vorgehen findet.

#### Prüfungsprogramm [ius.full 1/2003, S. 10]

##### 1. Schritt: Besondere Anforderungen

- Ist der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit verletzt? (Art. 94 BV bzw. darin enthaltene Anforderungen)
- Führt die staatliche Massnahme objektiv betrachtet zu einer Verzerrung des Wettbewerbs oder handelt es sich um eine bloss geringfügige Beeinflussung?
- Wird die Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch ein besonderes Eingriffsinteresse gerechtfertigt? Sind, mit anderen Worten, Nebenwirkungen bzw. allfällige Ungleichbehandlungen hinzunehmen?

##### 2. Schritt: Traditionelle grundlegende Prüfkriterien (Art. 36 BV)

- Gibt es eine hinreichende gesetzliche Grundlage?
- Überwiegt das eingriffsmotivierende öffentliche Interesse die entgegenstehenden Grundrechtsinteressen Privater?
- Ist die Massnahme verhältnismässig?
- Wird der Kerngehalt gewahrt?