

Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit als Postulat für eine regelgebundene Wirtschaftspolitik

MARC M. WINISTÖRFER*

SCHLAGWÖRTER:	Wirtschaftsfreiheit – Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit – freiheitlich-marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung – wirtschaftlicher Wettbewerb – Regelbindung – Verfassungsökonomik
ZUSAMMENFASSUNG	Die Wirtschaftsfreiheit ist Grundrecht (Art. 27 BV) und Grundsatz (Art. 94 Abs. 1 BV) zugleich. Art. 27 BV bildet ein Abwehrrecht gegen unverhältnismässige Einschränkungen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten des Einzelnen. Art. 94 Abs. 1 BV verschafft der freiheitlich-marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung und dem wirtschaftlichen Wettbewerb eine vom Vorliegen subjektiver Ansprüche abgekoppelte Geltung. Im Kern geht es um dieselbe Zielsetzung, nämlich die Freiheit zu schützen und den staatlichen Einfluss auf das Wirtschaftsgeschehen zu begrenzen. Funktional erlangt der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit als Postulat für eine regelgebundene Wirtschaftspolitik Bedeutung. Diese Regelbindung setzt den Behörden von Bund und Kantonen engere Grenzen, als sie sich aus dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit ergeben, und schützt insbesondere deren Systemgehalt vor überschüssenden Staatseingriffen und Vereinnahmung durch Interessengruppen.
RÉSUMÉ	La liberté économique est un droit fondamental (art. 27 Cst.) et en même temps un principe (art. 94 al. 1 Cst.). L'Art. 27 Cst. constitue un droit de défense contre des restrictions disproportionnées de la liberté économique des particuliers. L'économie de marché et la libre concurrence se voient conférer une valeur indépendante du droit fondamental par l'art. 94 al. 1 Cst. Au fond, il s'agit du même objectif, à savoir protéger la liberté et limiter l'influence de l'État sur l'activité économique. D'un point de vue fonctionnel, le principe de la liberté économique prend de l'importance en tant que postulat pour une politique économique soumise à des règles. Ce lien avec les règles impose aux autorités fédérales et cantonales des limites plus strictes que celles qui découlent du droit fondamental de la liberté économique et protège en particulier le contenu systémique de cette dernière contre les interventions excessives de l'État et la mainmise de groupes d'intérêts.
ABSTRACT	Economic freedom is both a fundamental right (art. 27 Const.) and a constitutional principle (art. 94 para. 1 Const.). Art. 27 of the Federal Constitution constitutes a legal claim against disproportionate restrictions of the individual's economic freedom. Independently of such individual claims, art. 94 para. 1 Const. guarantees the free market economy and competition. In essence, the objective is the same, namely to protect freedom and to limit government's influence on economic activity. Functionally, the principle of economic freedom is important as a postulate for a rule-based economic policy. This rule-based approach sets narrower limits for the federal and cantonal authorities than those resulting from art. 27 Const. and, in particular, protects its systemic content from excessive state intervention and capturing by interest groups.

I. Einleitung

In der Verfassungsrechtslehre wird teilweise darauf verwiesen, dass die umfassende Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit in der geltenden Bundesverfassung¹ welt-

weit einzigartig sei.² Die eigentliche Besonderheit ist jedoch nicht ihr umfassender sachlicher oder persönlicher Schutzbereich. Was die Wirtschaftsfreiheit wirklich besonders macht, sind die Trennung von Grundrecht (Art. 27 BV) und Grundsatz (Art. 94 Abs. 1 BV), die Unterscheidung zwischen grundsatzkonformen und grund-

* Dr. iur., BA in Political Economics, ständiger Lehr- und Forschungsbeauftragter an der Universität Luzern.

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

² Erwähnt wird dies etwa von ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 624, und JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 1042.

satzwidrigen Massnahmen sowie ihre spezifische Schrankenordnung.³ Sie bildet dadurch eine anspruchsvolle Grundlage der schweizerischen Wirtschaftsverfassung.⁴ Auch rund 150 Jahre nach der erstmaligen verfassungsrechtlichen Verankerung der Handels- und Gewerbefreiheit (HGF) bestehen noch immer zahlreiche offene Fragen, in erster Linie den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit betreffend. Eine dieser Fragen, nämlich die funktionale Bedeutung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit, steht beim vorliegenden Beitrag im Zentrum des Interesses. Die funktionale Bedeutung ist ein interessanter Aspekt des Art. 94 BV, der bisher oftmals zu kurz gekommen ist. Sie verdeutlicht dessen Unterschied zum Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit.

Zum besseren allgemeinen Verständnis werden zunächst das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit, deren Grundsatz und die Abweichungen nach Art. 94 Abs. 4 BV skizziert (II.). Als Nächstes wird auf die funktionale Bedeutung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit eingegangen (III.). Um dessen Funktion zu veranschaulichen, wird auf die theoretischen Grundlegungen der Verfassungsökonomik Bezug genommen. Abschliessend werden die gewonnenen Erkenntnisse zusammengefasst und gewürdigt (IV.).

II. Vom Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit, deren Grundsatz und den Abweichungen

Während das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit in Art. 27 BV die wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten des Einzelnen garantiert (sog. individualrechtlicher Gehalt), bezieht sich der objektivrechtliche Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in Art. 94 Abs. 1 BV auf die Wirtschaftsordnung der BV insgesamt und verlangt, dass sich Bund und Kantone an die wesentlichen Elemente dieser norma-

tiven Ordnung halten (sog. Systemgehalt).⁵ Einen engen Bezug zum Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit haben die Abweichungen nach Art. 94 Abs. 4 BV.

A. Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit

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. Grundrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen

Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit schützt haupt-, nebenberuflich oder gelegentlich ausgeübte privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeiten.⁶ Es verschafft seinen Trägern subjektive Ansprüche, die sich gegen den Staat richten und hauptsächlich ein Unterlassen verlangen. Adressat ist jedermann, der eine staatliche Aufgabe wahrnimmt, namentlich öffentlich-rechtliche Körperschaften und ihre Behörden sowie Private, denen Staatsaufgaben übertragen worden sind.⁷

2. Bezug zum Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit

Die Teilgehalte des Art. 27 BV verfügen über einen unterschiedlich engen Bezug zum Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Einen ausgeprägten Systembezug weisen insbesondere die Vertrags-, die Wettbewerbs- und die Binnenmarktfreiheit auf. Eine «Scharnierfunktion» zwischen Grundrecht und Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit erfüllt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten.⁸ Dieser besondere Gleichbehandlungsanspruch zählt zum sachlichen Schutzbereich des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit und ist zugleich eng mit dem objektivrechtlichen Gebot der Wettbewerbsneutralität verbun-

³ Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Über Strukturprobleme zweier wettbewerbsorientierter Wirtschaftsverfassungen, ZBl 1996, 49 ff., 61 f.; gl.M. JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 681, und PAUL RICHLI, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Vollständige Umarbeitung der zweiten Auflage des Buchs Wirtschaftsverfassungsrecht von Fritz Gygi und Paul Richli, Bern 2007, Rz. 456.

⁴ Nicht von ungefähr bezeichnen GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER, Droit constitutionnel suisse, Les droits fondamentaux, Bd. II, 4. Aufl., Bern 2021, Rz. 961, die Wirtschaftsfreiheit als «une des libertés les plus complexes et les plus controversées» der BV [Hervorhebung im Original].

⁵ Vgl. BGE 143 I 388, 391, E. 2.1; vgl. BGE 142 I 162, 165, E. 3.2.1; vgl. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (Fn. 4), Rz. 976; vgl. JACQUES DUBÉY, Droits fondamentaux, Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Bd. II, Basel 2018, Rz. 2869; vgl. MÜLLER/SCHEFER (Fn. 2), 1044; m.w.H. REICH (Fn. 3), Rz. 835 ff.

⁶ Siehe HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 2), Rz. 628 f.; siehe PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, Rz. 38; siehe RICHLI (Fn. 3), Rz. 132; siehe BGE 143 I 403, 411, E. 5.6.1; siehe BGE 142 I 99, 111, E. 2.4.1; siehe BGE 125 I 335, 337, E. 2.a.

⁷ Siehe BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 33 ff.

⁸ BGE 143 II 425, 431, E. 4.2; BGE 142 I 162, 165, E. 3.2.1; BGE 138 I 378, 385, E. 6.1.

den. Sie bezwecken beide, dass sich Bund und Kantone direkten Konkurrenten gegenüber wettbewerbsneutral verhalten und nicht in den laufenden wirtschaftlichen Wettbewerb einmischen. Hierbei gelangt der Systemgehalt der Wirtschaftsfreiheit deutlich zum Vorschein. Ob eine Einschränkung des Art. 27 BV grundsatzkonform ist, hängt nicht zuletzt von der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenz ab. Nicht von ungefähr ist die Rede davon, dass der Gleichbehandlungsanspruch der Konkurrenten Art. 94 Abs. 1 BV verwirklicht.⁹

B. Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit

Art. 94 Grundsätze der Wirtschaftsordnung

¹ Bund und Kantone halten sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.

...

1. Wirtschaftspolitischer Leitsatz der Wirtschaftsverfassung

Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ist rechtlich als objektivrechtliches Ordnungs- und Gestaltungsprinzip zu qualifizieren, das die ordnungspolitische Ausrichtung der Wirtschaftsverfassung wesentlich bestimmt. Art. 94 Abs. 1 BV vermittelt keine subjektiven Ansprüche, sondern bildet *den* verbindlichen wirtschaftspolitischen Leitsatz der BV.¹⁰ Trotzdem hat das Bundesgericht unlängst bejaht, dass eine Verletzung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit vor Gericht selbstständig gerügt werden kann.¹¹

Art. 94 Abs. 1 BV schreibt den Behörden von Bund und Kantonen vor, wie die Wirtschaftsordnung auszusehen hat, und verpflichtet sie auf deren Inhalte. Staatliches Handeln hat sich an der Wirtschaftsfreiheit zu orientieren. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit findet nicht nur Anwendung, wenn der Schutzbereich von Art. 27 BV berührt wird, sondern erlangt auch in Konstellationen Geltung, wenn sich daraus keine subjektiven Ansprüche ableiten lassen. Zu beachten ist der Grundsatz der Wirtschafts-

freiheit insbesondere in der Gesetzgebung. Der Staat hat den entsprechenden rechtlich-institutionellen Rahmen zu schaffen und namentlich das Privateigentum zu garantieren.¹²

2. Inhalt des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit

Die Verfassungsrechtslehre hat bei der inhaltlichen Konkretisierung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit einiges an Grundlagenarbeit geleistet. Basierend darauf lassen sich verschiedene Inhalte unterscheiden.

Art. 94 Abs. 1 BV trifft einen *Grundentscheid für eine freiheitlich-marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung*, die auf Eigenverantwortung, den Gesetzmässigkeiten des Marktes und wirtschaftlichem Wettbewerb basiert.¹³ Die relevanten Wettbewerbsparameter (Preis, Menge etc.) basieren auf dem Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage. Damit wird zugleich der zentralen Planwirtschaft eine grundsätzliche Absage erteilt. Weiter statuiert Art. 94 Abs. 1 BV die *Gebote der Staatsfreiheit, der Wettbewerbsneutralität* und der *Einheit des schweizerischen Wirtschaftsraumes*.¹⁴ Die Koordination der Wirtschaft hat durch die Privaten und nicht durch den Staat zu erfolgen. Spürbare Wettbewerbsverzerrungen sind grundsätzlich verboten. Ferner garantiert Art. 94 Abs. 1 BV einen diskriminierungsfreien Marktzugang.

C. Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit

Art. 94 Grundsätze der Wirtschaftsordnung

...

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.

⁹ RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., Basel 2011, § 5 N 41.

¹⁰ Vgl. BGE 143 I 388, 391, E. 2.1; vgl. BGE 142 I 162, 165, E. 3.2.1; vgl. BGE 140 II 194, 199, E. 5.8.2; vgl. BGE 138 I 378, 387, E. 6.2.3; vgl. VALLENDER, *St. Galler Kommentar zu Art. 94 BV*, N 4; vgl. BSK BV-UHLMANN, Art. 94 N 1; vgl. REICH (Fn. 3), Rz. 834.

¹¹ Vgl. BGE 143 I 403, 407, E. 5.1; vgl. BGE 138 I 378, 387, E. 6.2.3.

¹² Siehe MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (Fn. 4), Rz. 990; siehe RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 9), § 4 N 84; siehe MÜLLER/SCHNEIDER (Fn. 2), 1044; siehe RICHLI (Fn. 3), Rz. 40 f. und 44 f.

¹³ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 2), Rz. 623; vgl. DUBEY (Fn. 5), Rz. 2753; vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 9), § 4 N 68; vgl. BGE 145 I 183, 191, E. 4.1.1; vgl. BGE 142 I 162, 165, E. 3.2.1; vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., 294.

¹⁴ Siehe REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTENBACH, *Grundrechte*, 3. Aufl., Bern 2018, § 31 N 11; siehe MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (Fn. 4), Rz. 988 ff.; siehe BSK BV-UHLMANN, Art. 94 N 5 ff.; siehe VALLENDER, *St. Galler Kommentar zu Art. 94 BV*, N 5 ff.

Zur inhaltlichen Umschreibung der Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit greift die Lehre auf formelhafte Definitionen des Bundesgerichts zurück.¹⁵ Demnach weichen Massnahmen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ab, «die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen, oder die das Wirtschaftsleben nach einem festen Plan lenken».¹⁶

Aufgrund des hohen Abstraktionsgrades sind derartige formelhafte Definitionen jedoch wenig praktikabel und deshalb entbehrlich. Für das bessere Verständnis ist die Bildung von Fallgruppen zielführender. Die Ausführungen in der juristischen Literatur lassen sich in vier Fallgruppen grundsatzwidriger Massnahmen zusammenfassen.

1. Protektionistische Marktabschottungen

Die erste Fallgruppe umfasst Massnahmen, die Märkte oder Teilmärkte abschotten und den Erwerbstätigen den Marktzugang versperren.¹⁷ Protektionistische Marktabschottungen dienen im Wesentlichen dem Schutz vor Konkurrenz, indem «innerhalb eines relevanten Marktes aus rechtlichen oder faktischen Gründen nur eine beschränkte Anbieterzahl zugelassen wird».¹⁸ Beispiele dieser Art des Strukturprotektionismus sind Wohnsitz- oder Domizilerfordernisse sowie Handels- und Berufsregistereinträge. Sie betreffen das Verhältnis von etablierten zu neuen bzw. von ortsansässigen zu ortsfremden Marktteilnehmern.¹⁹

2. Spürbare Wettbewerbsverzerrungen

Die zweite Fallgruppe bilden die spürbaren Wettbewerbsverzerrungen. Sie verschaffen einzelnen Marktteilnehmern, Unternehmensformen, Wirtschaftszweigen oder Berufsgruppen gegenüber direkten Konkurrenten ungebührliche Wettbewerbsvorteile.²⁰ Beispiele sind selektiv ausgerichtete Finanzhilfen und Monopolkonzessionen. Wesentlich ist dabei nicht der staatliche Eingriff in den Wettbewerb als solcher, sondern die *selektive* Bevorzu-

gung einzelner Marktteilnehmer, Unternehmensformen etc. Die Erteilung von Privilegien ist mit Art. 94 Abs. 1 BV nicht konform.

3. Ausschaltung des marktwirtschaftlichen Koordinationsmechanismus

In die dritte Fallgruppe fallen Massnahmen, die das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage ausschalten, so dass die relevanten Wettbewerbsparameter (Preis, Menge etc.) nicht durch die Marktkräfte, sondern autoritativ vom Staat festgelegt werden.²¹ Beispiele sind staatliche Preis- und Mengenvorschriften. Sie korrigieren das Marktergebnis auf eine Art und Weise, die mit zentralen Elementen der freiheitlich-marktwirtschaftlichen Ordnung nicht zu vereinbaren ist.²²

4. Staatliche Lenkung der Markt- und Wirtschaftsstruktur

Die vierte Fallgruppe betrifft die staatliche Lenkung der Markt- und Wirtschaftsstruktur, wenn der Staat über die Unternehmensstrategie, Investitionstätigkeit oder andere wesentliche unternehmerische Entscheidungen bestimmt.²³ Dazu zählen nicht nur Verstaatlichungen ganzer Wirtschaftszweige, sondern auch weniger weitreichende Massnahmen wie staatliche Marktordnungen oder die Bedürfnislenkung.²⁴ Selbst eine hohe Regulierungsdichte kann vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen, wenn dadurch zentrale Aspekte der freiheitlich-marktwirtschaftlichen Ordnung wie die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit der Privaten beinahe gänzlich aufgehoben wird.

III. Funktionale Bedeutung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit

Art. 94 Abs. 1 und 4 BV verpflichtet Bund und Kantone, sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu

¹⁵ Als Beispiele für solche formelhaften Definitionen siehe BGE 138 I 378, 394, E. 8.3, BGE 130 II 87, 92, E. 3 und BGE 131 I 223, 231, E. 4.2.

¹⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 2), Rz. 658.

¹⁷ Siehe MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (Fn. 4), Rz. 1079 und 1086; siehe BSK BV-UHLMANN, Art. 95 N 9; siehe REICH (Fn. 3), Rz. 875; RICHLI (Fn. 3), Rz. 309.

¹⁸ NICOLAS F. DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 2015, 209 ff., 210.

¹⁹ Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 9), § 4 N 51.

²⁰ Siehe HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 2), Rz. 657; siehe KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 14), § 31 N 85; siehe BIAGGINI (Fn. 3), 60; siehe REICH (Fn. 3), Rz. 867.

²¹ Siehe KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 14), § 31 N 56; siehe VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, N 64; siehe MÜLLER/SCHEFER (Fn. 2), 1068.

²² Siehe DUBEY (Fn. 5), Rz. 2873; siehe VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 94 BV, N 7.

²³ Siehe VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, N 60; siehe HÄNNI/STÖCKLI (Fn. 6), Rz. 74; siehe MÜLLER/SCHEFER (Fn. 2), 1077.

²⁴ Siehe FELIX UHLMANN, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, § 35 N 6; siehe JACOBS, St. Galler Kommentar zu Art. 96 BV, N 40; siehe DUBEY (Fn. 5), Rz. 2873.

halten, wenn sie wirtschaftspolitisch handeln.²⁵ Diese Verfassungsnorm bildet die Grundlage für *eine regelgebundene, am Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit orientierte Wirtschaftspolitik*, die den Systemgehalt der Wirtschaftsfreiheit stärkt und den staatlichen Einfluss auf das Wirtschaftsgeschehen begrenzt. Von einer regelgebundenen Wirtschaftspolitik ist (in der ordoliberalen Tradition) die Rede, wenn den Behörden verbindlich vorgeschrieben wird, wie sie zu handeln haben, oder Regeln ihre Handlungs- und Entscheidungsspielräume zumindest einschränken.²⁶ Die Regelbindung setzt dem behördlichen Handeln Grenzen, indem sie verpflichtet werden, zu handeln oder gewisse Handlungen zu unterlassen, und definiert, unter welchen Voraussetzungen davon abgewichen werden darf. Ohne diese Restriktion verfügen die Behörden u.a. bei der Wahl der wirtschaftspolitischen Instrumente über diskretionäre Handlungs- und Entscheidungsspielräume.²⁷

A. Verfassungsökonomischer Erklärungsansatz

Die Funktionsweise der regelgebundenen Wirtschaftspolitik lässt sich mithilfe der ökonomischen Theorie der Verfassung, insbesondere GEOFFREY BRENNANS und JAMES M. BUCHANANS Verfassungstheorie, veranschaulichen.

1. Notwendigkeit von Regeln

Ausgangspunkt dieser Verfassungstheorie bildet ein *hypothetischer* vorstaatlicher Urzustand der Anarchie und Unsicherheit, in dem verbindliche, für das Zusammenleben notwendige Regeln fehlen.²⁸ BRENNAN und BUCHANAN erklären die Notwendigkeit von Regeln wie folgt: «We

require rules for living together for the simple reason that without them we would surely fight. We would fight because the object of desire for one individual would be claimed by another. Rules define the private spaces within which each of us can carry on our own activities.»²⁹

a. Verfassungsvertrag zum Schutz der Freiheit

Zur Überwindung dieses unsicheren, anarchischen vorstaatlichen Urzustands einigen sich die Menschen auf einen Verfassungsvertrag, dessen Regeln sie sich freiwillig unterwerfen und der im Gegenzug ein Maximum an Freiheit garantiert.³⁰ Als Vorbild dienen Markttransaktionen, die den Beteiligten erlauben, ihre eigene Situation durch Übereinkünfte und den Gütertausch zu verbessern.³¹ Die gleiche Annahme wird auch der Verfassungsgebung unterstellt.

b. Wahrung der Souveränität des Einzelnen

Der Einzelne tauscht einen Teil seiner Freiheit gegen staatlich garantierte Sicherheit ein, wobei nur so viel Freiheit aufgegeben wird, wie zur Überwindung der Anarchie und Unsicherheit notwendig ist.³² Dabei wird die Souveränität jedes Einzelnen grundsätzlich nicht infrage gestellt. BUCHANAN umschreibt diesen Umstand folgendermassen: «A person may give up his or her liberty to steal from others and pay taxes to support the enforcement of laws against theft provided others are subjected to the same general constraints. So long as one's agreement to such political action is voluntary, the individual's sovereignty is protected, even though liberty is restricted.»³³

c. Freiheitssicherung und Machtbegrenzung

Die Verfassung ist das Instrument der Freiheitssicherung, um den «staatlichen Leviathan» durch verbindliche Re-

²⁵ Vorliegend wird der Begriff «Wirtschaftspolitik» bzw. «wirtschaftspolitisch» *nicht* im Sinne des Bundesgerichts (z.B. BGE 142 II 243, 252, E. 3.4) und der (älteren) Lehre synonym zu Massnahmen verwendet, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen. Stattdessen wird von einem deutlich weiter gefassten Begriffsverständnis ausgegangen, wie es in der ökonomischen Literatur und teilweise auch in der jüngeren Verfassungsrechtslehre verbreitet ist. Für letztere siehe z.B. DUBEY (Fn. 5), Rz. 2872, und RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 3109.

²⁶ Vgl. MANFRED E. STREIT, Theorie der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl., Stuttgart 2005, 323; vgl. VIKTOR VANBERG, Ordoliberalism, Ordnungspolitik, and the Reason of Rules, European Review of International Studies 2 (2015), 27 ff., 32.

²⁷ Vgl. VANBERG (Fn. 26), 32.

²⁸ Vgl. GEBHARD KIRCHGÄSSNER, Ökonomische Theorie der Verfassung, ARSP-Beiheft 105 (2006), 75 ff., 78; vgl. JAMES M. BUCHANAN, The Limits of Liberty, Between Anarchy and Leviathan, Chicago/London 1975, 6.

²⁹ GEOFFREY BRENNAN/JAMES M. BUCHANAN, The Reason of Rules, Constitutional Political Economy, Cambridge MA 1985, 3.

³⁰ Vgl. BUCHANAN (Fn. 28), 9.

³¹ Siehe BRENNAN/BUCHANAN (Fn. 29), 25; siehe JAMES M. BUCHANAN, The Constitution of Economic Policy, American Economic Review 77 (1987), 243 ff., 246 f.

³² Vgl. BUCHANAN (Fn. 28), 83; vgl. JAMES M. BUCHANAN/GORDON TULLOCK, The Calculus of Consent, Logical Foundation of Constitutional Democracy, Ann Arbor 1965, 30 f.

³³ JAMES M. BUCHANAN, Federalism and Individual Sovereignty, Cato Journal 15 (1995), 259 ff., 267 f.

geln wirksam zu zähmen.³⁴ Die Behörden sollen keine grenzenlose Macht erhalten, sondern lediglich die vereinbarten, durch Verfassungsvertrag übertragenen Aufgaben und Kompetenzen ausüben.³⁵ Dem Staat wird die Rolle des Schiedsrichters zuteil, der über die Einhaltung der Regeln wacht und die Freiheit des Einzelnen schützt.³⁶

2. Trennung der normativen Ebenen

BRENNANS und BUCHANANS Verfassungstheorie sieht zwei normative Ebenen vor, nämlich die konstitutionelle Ebene des Grundkonsenses und die postkonstitutionelle Ebene des laufenden politischen Prozesses. Diese Trennung der normativen Ebenen knüpft an den modernen Vertragstheorien der politischen Philosophie an.³⁷

a. Konstitutionelle Ebene des Grundkonsenses

Auf der Ebene des Grundkonsenses wird dem Staat die Aufgabe zuteil, die Freiheit und die Rechte des Einzelnen zu schützen.³⁸ Die vereinbarten konstitutionellen Regeln basieren auf einem hypothetischen Konsens. Sie beurteilen sich danach, ob sie das Ergebnis einer allgemeinen Übereinkunft sein *könnten*, wenn die Beteiligten nicht wüssten, ob und wie sie davon in Zukunft betroffen wären. Demnach werden Entscheidungen über Grundsatzfragen unter Unsicherheit getroffen und die Rechte des Einzelnen definiert.³⁹ Das Einstimmigkeitsprinzip auf der konstitutionellen Ebene des Grundkonsenses dient in erster Linie der Legitimation und Akzeptanz von Entscheidungen. Der tatsächlichen Einstimmigkeit bedarf es hingegen nicht.

b. Ebene des laufenden politischen Prozesses

Im laufenden politischen Prozess werden sodann unter Anwendung der Mehrheitsregel namentlich leistungstaatliche Anliegen, insbesondere Verteilungsfragen, ge-

regelt.⁴⁰ Der laufende politische Prozess spielt sich innerhalb der Regeln ab, die auf der konstitutionellen Ebene des Grundkonsenses vereinbart worden sind.⁴¹ Der Verfassungsgeber schafft damit einen Ordnungsrahmen, der verhindert, dass gruppenspezifische Partikularinteressen in der Tagespolitik überhandnehmen und die Freiheit und die Rechte des Einzelnen übermäßig eingeschränkt werden.⁴² Zu diesem Zweck werden die ordnungspolitischen Grundentscheidungen dem Gesetzgeber entzogen und ex ante konstitutionelle Regeln eingeführt, von denen der Gesetzgeber ex post nicht oder nur erschwert abweichen kann.⁴³ Ohne entsprechende Vorkehrungen sind die vereinbarten Regeln mangels Verbindlichkeit unglaubwürdig.

3. Heuristik oder Verfassungswirklichkeit?

Die verfassungsökonomischen Überlegungen und Erkenntnisse sind keine bloße Heuristik, sondern auch in der Verfassungswirklichkeit auffindbar.⁴⁴ Dass die Verfassungsnormen ex post abgeändert werden können – mittels Verfassungsrevision oder auch durch Auslegung –, erschwert jedoch eine strikte Trennung der konstitutionellen Ebene des Grundkonsenses von der Ebene des laufenden politischen Prozesses. Als Ausweg werden deshalb erhöhte Anforderungen an die Verfassungsrevision gestellt oder der Gesetzgebung durch verbindliche Regeln Grenzen gesetzt. Das theoretische Konzept BRENNANS und BUCHANANS macht sich im Grunde auch Art. 94 Abs. 1 und 4 BV zunutze. Wie vorangehend erwähnt, hat sich der Verfassungsgeber mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit grundsätzlich für den marktwirtschaftlichen Koordinationsmechanismus entschieden. Dieser ordnungspolitische Grundentscheid ist dem laufenden politischen Prozess entzogen und kann nur von Volk und Ständen relativiert werden, da jede Ausweitung auf neue Politikbereiche eine Verfassungsänderung voraussetzt.

Die Wurzeln des Art. 94 Abs. 1 und 4 BV reichen bis zu den revidierten Wirtschaftsartikeln von 1947 zurück.⁴⁵

³⁴ Vgl. BUCHANAN (Fn. 28), 148; vgl. VANBERG (Fn. 26), 31 f.

³⁵ Vgl. BRENNAN/BUCHANAN (Fn. 29), 26 f.

³⁶ Vgl. BUCHANAN (Fn. 28), 95 f.

³⁷ Siehe KIRCHGÄSSNER (Fn. 28), 77 f.

³⁸ Vgl. BUCHANAN (Fn. 28), 68 f.; vgl. GEBHARD KIRCHGÄSSNER, *Homo oeconomicus, Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften*, 4. Aufl., Tübingen 2013, 260.

³⁹ Vgl. BUCHANAN (Fn. 28), 32; vgl. BRUNO S. FREY/GEBHARD KIRCHGÄSSNER, *Demokratische Wirtschaftspolitik*, 3. Aufl., München 2003, 10 f.

⁴⁰ Siehe BUCHANAN (Fn. 28), 32; siehe BUCHANAN/TULLOCK (Fn. 32), 73 ff.

⁴¹ Vgl. FREY/KIRCHGÄSSNER (Fn. 39), 11 f.

⁴² Siehe BRENNAN/BUCHANAN (Fn. 34), 27; siehe BUCHANAN (Fn. 28), 28 f.; siehe BUCHANAN/TULLOCK (Fn. 32), 283 ff.

⁴³ Siehe BRENNAN/BUCHANAN (Fn. 34), 67; ausführlich BUCHANAN/TULLOCK (Fn. 32), 63 ff.

⁴⁴ Vgl. BUCHANAN (Fn. 28), 50; m.w.H. MARTIN LESCHKE, *Ökonomische Verfassungstheorie und Demokratie, Das Forschungsprogramm der Constitutional Economics und seine Anwendung auf die Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland*, Diss. Münster, Berlin 1993, 69 f.

⁴⁵ Aus der ursprünglichen Fassung der aBV lassen sich allerdings wenige Erkenntnisse zum Verständnis des Art. 94 Abs. 1 und

Bereits die Bundesverfassung vom 29. Mai 1874⁴⁶ sah an verschiedenen Stellen vor, dass sich Bund und Kantone an den Grundsatz der HGF halten mussten.⁴⁷ Die funktionale Bedeutung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit gelangt seit der Totalrevision der Bundesverfassung jedoch deutlicher zum Ausdruck. Dass es so weit gekommen ist, ist keine Selbstverständlichkeit. Die Entstehungsgeschichte der geltenden BV zeigt, dass die Bindung von Bund und Kantonen an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit wiederholt infrage gestellt wurde.

a. Abkehr von der Regelbindung

Die Beziehung zwischen Wirtschaft und Staat stellte von Anfang an einen bedeutsamen Komplex der Totalrevision dar.⁴⁸ Die zunächst mit der Totalrevision betraute «Arbeitsgruppe Wahlen» sprach sich in ihrem Schlussbericht des Jahres 1973 für einen stärkeren Einbezug des Staates aus, dessen Wirtschaftspolitik von den Fesseln, die mit der Bindung an den Grundsatz der HGF bestanden hatten, befreit werden sollte.⁴⁹ Die «Expertenkommission Furgler», die dem Bundesrat im Jahr 1977 einen ersten Verfassungsentwurf unterbreitete, wollte ebenfalls auf einen besonderen Vorbehalt für Bund und Kantone verzichten.⁵⁰ Die Wirtschaftsfreiheit sollte gegenüber der Wirtschaftspolitik keine Vorrangstellung mehr beanspruchen können.⁵¹ Die Expertenkommission hegte die Befürchtung, dass eine Bindung von Bund und Kantonen an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit dem Gesetzgeber im Wege stehen würde, um flexibel auf konjunkturelle Verwerfungen und die erwarteten sozialen, technologischen und wirtschaftlichen Entwicklungen reagieren zu können.⁵² In der Vernehmlassung überwogen die Bedenken, dass die Wirtschaftsfreiheit herabgemindert und der

Gesetzgeber über allzu grosse Kompetenzen verfügen würde.⁵³ Eine Mehrheit der interessierten Kreise sprach sich deshalb für die Bindung von Bund und Kantonen an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit aus.⁵⁴ Im Anschluss daran überarbeitete das EJPD den Entwurf in der Modell-Studie vom 6. November 1985. Trotz der eingegangenen Stellungnahmen wurde darin auf eine regelgebundene Wirtschaftspolitik verzichtet.⁵⁵

b. Rückbesinnung auf die Regelbindung

Anders als die Modell-Studie sah der Verfassungsentwurf vom 26. Juni 1995 vor, dass Bund und Kantone bei der Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung den «Grundsatz des freien Wettbewerbs»⁵⁶ wahren mussten und Abweichungen davon einer Verfassungsgrundlage bedurften. Basierend darauf liess der Bundesrat den Verfassungsentwurf vom 20. November 1996 ausarbeiten, dessen Art. 85 inhaltlich dem geltenden Art. 94 BV entsprach.⁵⁷ Darin war nunmehr auch vom «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» die Rede. In der vorberatenden Verfassungskommission des Nationalrats wurde jedoch beantragt, den Verfassungsvorbehalt für Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu streichen.⁵⁸ Auch im Nationalrat stand die Rückweisung der Wirtschaftsartikel, den heutigen Art. 94–107 BV, im Raum, um der öffentlichen Hand eine «aktiveren» Wirtschaftspolitik zu ermöglichen.⁵⁹ Namentlich die Bindung von Bund und Kantonen an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit war umstritten, da darin eine ungebührliche Privilegierung der Wirtschaftsfreiheit gegenüber den anderen, hauptsächlich ideellen

4 BV ableiten, wie auch VALLENDER, St. Galler Kommentar Vorbemerkung zur Wirtschaftsverfassung, N 3, betont.

⁴⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV, AS 1 1).

⁴⁷ Art. 31 Abs. 2 aBV zufolge blieben kantonale Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerben und deren Besteuerung vorbehalten; sie durften jedoch, soweit die aBV nichts anderes vorsah, den Grundsatz der HGF nicht beeinträchtigen.

⁴⁸ Votum Dürrenmatt, AB N 1966, 414.

⁴⁹ Vgl. Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bd. VI, Bern 1973, 343 ff.

⁵⁰ Siehe Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977, 48.

⁵¹ Vgl. Bericht Expertenkommission Furgler (Fn. 50), 73.

⁵² Siehe Bericht Expertenkommission Furgler (Fn. 50), 59, 76 und 79.

⁵³ Bericht über die Totalrevision der Bundesverfassung (Motionen Obrecht und Dürrenmatt) vom 6. November 1985, BBl 1985 III 1 ff., 74.

⁵⁴ Vgl. Bericht Totalrevision (Fn. 53), BBl 1985 III 74.

⁵⁵ Siehe Bericht Totalrevision (Fn. 53), BBl 1985 III 81.

⁵⁶ Die Bezeichnung «Grundsatz des freien Wettbewerbs» sollte die Praxis des Bundesgerichts fortführen, wonach Massnahmen mit der Wirtschaftsfreiheit unvereinbar waren, die in den freien Wettbewerb eingreifen, um einzelne Gewerbetreibenden oder Unternehmensformen zu bevorzugen und das Wirtschaftsleben nach einem festen Plan zu lenken. Darin enthalten war ein ordnungspolitisches Bekenntnis zur Staatsfreiheit der Wirtschaft und eine negative Wettbewerbsgarantie. Vgl. Reform der Bundesverfassung (Bewährtes erhalten, Zukunft gestalten, Schweiz stärken), Erläuterungen zum Verfassungsentwurf, Bern 1995, 54 f. und 108.

⁵⁷ Siehe Botschaft BV (Fn. 13), BBl 1997 I 294 ff.

⁵⁸ Zum Antrag der Minderheit II (Gysin Remo) siehe Reform der Bundesverfassung, Entwürfe der Verfassungskommissionen der eidgenössischen Räte, BBl 1998 I 364 ff., 396.

⁵⁹ Siehe AB N 1998, 40.

Grundrechten erblickt wurde.⁶⁰ Art. 94 BV in der geltenden Form konnte erst auf Antrag der Einigungskonferenz verabschiedet werden.

B. Postulat für eine regelgebundene Wirtschaftspolitik

Wie vorangehend erwähnt, hat der Verfassungsgeber mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und Art. 94 Abs. 4 BV die Grundlage für eine regelgebundene Wirtschaftspolitik geschaffen. Art. 94 Abs. 4 BV formuliert die Voraussetzungen, unter denen von der regelgebundenen Wirtschaftspolitik abgewichen werden darf («wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind»). Zugleich wird mit diesen qualifizierten Voraussetzungen die Geltung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit gestärkt. Während Art. 94 Abs. 1 BV gegenüber den Kantonen eine strenge Regelbindung statuiert, gilt sie aufgrund der Abweichungsermächtigungen in der BV für den Bund nur eingeschränkt. Gleichwohl setzt Art. 94 Abs. 1 BV Regierung, Verwaltung und Parlament engere Grenzen, als sie sich aus dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit ergeben würden. Die theoretischen Überlegungen hinter der Regelbindung sind bereits aufgeführt worden. Wie in der Folge zu zeigen sein wird, gibt es gute Gründe dafür.

1. Schaffung von Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit

Politikinduzierte Unsicherheit ist der wirtschaftlichen Entwicklung eines Landes abträglich, da unter diesen Umständen niemand bereit ist, zu investieren.⁶¹ Eine stabile, für den Gesetzgeber verbindliche rechtliche Rahmenordnung bildet eine wichtige Voraussetzung, damit sich die Menschen wirtschaftlich betätigen: Eindeutige, stabile und für den Gesetzgeber verbindliche Regeln festzulegen, schafft Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit.⁶² Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und Art. 94 Abs. 4 BV begründen einen verlässlichen Erwartungsrahmen über die Art und den Umfang der Staatseingriffe, indem sie für Bund und Kantone verbindliche Regeln aufstellen.⁶³

Schwerwiegende Eingriffe, die mit der freiheitlich-marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung unvereinbar sind oder den wirtschaftlichen Wettbewerb spürbar verzerren dürfen nur in den verfassungsrechtlich definierten Politikbereichen und unter den jeweiligen Voraussetzungen angeordnet werden. Diese Regelbindung reduziert die politikinduzierte Unsicherheit auf den Märkten, macht das Verhalten der Behörden vorhersehbar und verstetigt die Erwartungen der Erwerbstätigen.⁶⁴

2. Erhöhte demokratische Legitimation der Wirtschaftspolitik

Direktdemokratische Instrumente wie Verfassungs-, Gesetzes- und Staatsvertragsreferenden erlauben der Bevölkerung, aktiv an der politischen Willensbildung teilzuhaben und allfällige Korrekturen an den Entscheidungen des Parlaments vorzunehmen.⁶⁵ Überdies haben diese Instrumente aufgrund ihrer Vorwirkung zur Folge, dass die unterschiedlichen politischen Ansichten bereits vorgängig in den Gesetzgebungsprozess eingebunden werden.⁶⁶ Da die Abweichungsermächtigungen gemäss Art. 94 Abs. 4 BV in der Verfassung vorgesehen sein müssen, bedürfen sie stets der Zustimmung von Volk und Ständen. Diese Bedingung gewährleistet eine demokratische Absicherung, wenn sich der Staat neue Kompetenzen im Wirtschaftsgeschehen sichern will, die mit der freiheitlich-marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung unvereinbar sind oder den wirtschaftlichen Wettbewerb spürbar verzerren. Für Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit besteht dadurch eine zusätzliche Schranke, die nur der Verfassungsgeber durchbrechen kann.⁶⁷ Im Vorfeld der Totalrevision betonten namentlich HAUSER und VALLENDER diese Bedeutung des Verfassungsvorbehalts für die Geltung der Wirtschaftsfreiheit.⁶⁸ Der Gesetzgeber muss seine Entscheidung, von einer Abweichungsermächtigung Gebrauch zu machen, zwangsläufig darlegen und begründen, um ein drohendes Re-

linärer Sicht, ZBl 2018, 275 ff., 293 f.; vgl. HAUSER/VALLENDER (Fn. 61), 34 f.

⁶⁴ Vgl. HAUSER/VALLENDER (Fn. 61), 54; siehe VANBERG (Fn. 26), 33; siehe STREIT (Fn. 26), 32 f.

⁶⁵ Vgl. PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021, Rz. 221; vgl. GIOVANNI BIAGGINI, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, § 8 N 41.

⁶⁶ Vgl. BIAGGINI (Fn. 65), § 8 N 42 und RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (Fn. 25), Rz. 2041.

⁶⁷ Siehe BSK BV-UHLMANN, Art. 94 N 21; siehe VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, N 60.

⁶⁸ Vgl. HAUSER/VALLENDER (Fn. 61), 12.

⁶⁰ Siehe Votum Strahm, AB N 1998, 67; siehe Votum Sandoz, AB N 1998, 870.

⁶¹ Vgl. HEINZ HAUSER/KLAUS A. VALLENDER, Zur Bindung des Wirtschaftsgesetzgebers durch Grundrechte, Bern/Stuttgart 1989, 35.

⁶² Siehe STREIT (Fn. 26), 67; siehe HAUSER/VALLENDER (Fn. 61), 36.

⁶³ Vgl. PETER HETTICH/MARTIN KOLMAR, «Wettbewerbsverzerrung» und «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» aus interdisziplinärer Sicht, ZBl 2018, 275 ff., 293 f.; vgl. HAUSER/VALLENDER (Fn. 61), 34 f.

ferendum gegen die Gesetzesänderung zu verhindern.⁶⁹ Dadurch verschafft Art. 94 Abs. 1 und 4 BV der Wirtschaftspolitik des Bundes eine erhöhte demokratische Legitimation. Die Rede ist in diesem Zusammenhang auch von der «demokratischen Funktion der Wirtschaftsfreiheit».⁷⁰

3. Schutz der gesamtwirtschaftlichen Interessen vor Vereinnahmung

Im Gesetzgebungsprozess verfügen Regierung und Verwaltung regelmässig über einen Wissens- und Informationsvorsprung gegenüber den Parlamentariern, denen im Gefüge der Verfassung gewisse Kontrollaufgaben zukommen;⁷¹ die Parlamentarier verfügen wiederum über einen Wissens- und Informationsvorsprung gegenüber den Wählern, deren Interessen sie vertreten sollten.⁷² Die resultierenden diskretionären Handlungs- und Entscheidungsspielräume, die eine effektive Kontrolle erheblich erschweren, ermöglichen Interessengruppen, den politischen Prozess zu beeinflussen und für ihre Anliegen zu vereinnahmen.⁷³ Regierung, Verwaltung und Parlament können unter diesen Umständen versucht sein, die Wirtschaftspolitik zugunsten von gruppenspezifischen Partikularinteressen einzusetzen.⁷⁴ Die Regelbindung des Art. 94 Abs. 1 und 4 BV begrenzt ihre diskretionären Handlungs- und Entscheidungsspielräume und verpflichtet Bund und Kantone, die Wirtschaftspolitik an den Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft auszurichten.⁷⁵ Letzteres gelangt explizit auch in Art. 94 Abs. 2 BV zum Ausdruck.⁷⁶

Die Behörden dürfen aufgrund der Regelbindung nicht beliebig neue Staatseingriffe beschliessen, die mit der freiheitlich-marktwirtschaftlichen Ordnung unvereinbar sind oder den Wettbewerb zugunsten einzelner Interessengruppen verzerren.⁷⁷ Der Verfassungsvorbehalt gewährleistet, dass Volk und Stände vorgängig über die Frage befinden können, ob in einem Politikbereich vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abgewichen werden soll. Ohne eine einschlägige Abweichungsermächtigung in der BV haben Regierung, Verwaltung und Parlament gesamtwirtschaftliche Interessen zu verfolgen. Diese Verbindung von Regelbindung und Volksrechten erschwert die Interessenpolitik, zumal sich das obligatorische Referendum als robustes Instrument gegen überschüssende Staatseingriffe erwiesen hat.⁷⁸ Ansonsten bestünde nur das im Verhältnis dazu schwächere Schutzdispositiv des fakultativen Referendums.

IV. Abschliessende Bemerkungen

Die Wirtschaftsfreiheit hat die Aufgabe, den staatlichen Einfluss auf das Wirtschaftsgeschehen zu begrenzen. Inhaltlich lassen sich der Systemgehalt und das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit nicht strikt voneinander trennen.⁷⁹ Art. 27 BV bildet ein Abwehrrecht gegen unverhältnismässige Einschränkungen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten des Einzelnen. Art. 94 Abs. 1 BV verschafft der freiheitlich-marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung und dem wirtschaftlichen Wettbewerb eine vom Vorliegen subjektiver Ansprüche abgekoppelte Geltung. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit erlangt eine umso grössere Bedeutung, wenn das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit wie zum Beispiel bei staatlichen Wirtschaftstätigkeiten oder allgemeinen Steuern Bund

⁶⁹ Vgl. VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, N 61; vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 9), § 4 N 96.

⁷⁰ BVGer A-2495/2016 (20. Januar 2017), E. 6.5.1; BVGer B-2091/2014 (23. März 2015), E. 5.1; VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, N 4; RHINOW/SCHNEIDER/UEBERSAX (Fn. 25), Rz. 3183; RICHLI (Fn. 3), Rz. 133; UHLMANN (Fn. 24), § 35 N 7, spricht in diesem Zusammenhang vom «vom qualifizierten demokratischen Schutz» des Art. 94 Abs. 1 BV.

⁷¹ So sieht namentlich Art. 169 Abs. 1 vor, dass die Bundesversammlung die Oberaufsicht ausübt über den Bundesrat und die Bundesverwaltung, die eidgenössischen Gerichte und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes.

⁷² Zum Ganzen ROBERT D. TOLLISON, Public Choice and Legislation, Virginia Law Review 74 (1988), 339 ff.; WILLIAM A. NISKANEN, Bureaucracy and Representative Government, Chicago 1971, insb. 36 ff.; ANTHONY DOWNS, An Economic Theory of Political Action in a Democracy, Journal of Political Economy 65 (1957), 135 ff.

⁷³ Vgl. VANBERG (Fn. 26), 30; vgl. STREIT (Fn. 26), 323; vgl. FREY/KIRCHGÄSSNER (Fn. 39), 183.

⁷⁴ Vgl. VANBERG (Fn. 26), 34.

⁷⁵ Diesbezüglich sei auch auf die historische Betrachtung bei REICH (Fn. 3), Rz. 355 f. und 361 ff., zu verweisen.

⁷⁶ Siehe VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 94 BV, N 10.

⁷⁷ Vgl. HAUSER/VALLENDER (Fn. 61), 55 f.

⁷⁸ Siehe RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 9), § 4 N 97; siehe ANDREAS GLASER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, § 24 N 71; den Befund, dass die Volksrechte die Verfolgung von Gruppen- und Partikularinteressen erschweren, bestätigt auch die ökonomische Forschung. Gleichzeitig dient die Referendumsdrohung den Interessengruppen, um im Gesetzgebungsprozess Beachtung zu finden. Siehe dazu BRUNO S. FREY, Efficiency and Democratic Political Organisation; The Case for the Referendum, Journal of Public Policy 12 (1992), 209 ff., und FRIEDRICH SCHNEIDER/JÖRG NAUMANN, Interest Groups in Democracies: How Influential Are They?: An Empirical Examination for Switzerland, Public Choice 38 (1982), 281 ff.

⁷⁹ Vgl. BGE 145 I 183, 192, E. 4.1.1; vgl. BGE 143 I 388, 391, E. 2.1.

und Kantonen keine Schranken setzt.⁸⁰ Art. 94 Abs. 1 BV gewährt in diesen Fällen den einzigen Schutz gegen den Staat. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit bildet zusammen mit Art. 94 Abs. 4 BV die Grundlage für eine regelgebundene Wirtschaftspolitik. Diese Regelbindung setzt den Behörden von Bund und Kantonen enge Grenzen, als sie sich aus dem Grundrecht der Wirt-

schaftsfreiheit ergeben, und schützt deren Systemgehalt vor überschüssenden Staatseingriffen und Vereinnahmung durch Interessengruppen. Da Abweichungsermächtigungen gemäss Art. 94 Abs. 4 BV stets der Zustimmung von Volk und Ständen bedürfen, schützt die regelgebundene, am Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit orientierte Wirtschaftspolitik vor grundsatzwidrigen Staatseingriffen in das Wirtschaftsgeschehen. Wenn Parlament, Regierung und Verwaltung hingegen beliebig in das Wirtschaftsgeschehen eingreifen könnten, würde die Wirtschaftsfreiheit zum Spielball von Gruppen- und Partikularinteressen oder gänzlich leerlaufen.

⁸⁰ Siehe dazu UHLMANN (Fn. 24), § 35 N 9 f.; andere Instrumente (z.B. Bewilligungspflicht und Mengenvorschriften) schränken Art. 27 BV stets ein. In diesen Fällen gelangt Art. 94 Abs. 1 BV als weiterer Schutz vor überschüssenden Staatseingriffen zur Anwendung.

Anzeige

Michael Spring

Der Bewilligungswiderruf im schweizerischen Ausländerrecht

Der ausländerrechtliche Bewilligungswiderruf ist das zentrale Instrument des schweizerischen Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG) zur Beendigung eines Anwesenheitsrechts. Diese Dissertation arbeitet ihn erstmals fundiert aus dogmatischer, historischer und praktischer Sicht auf und schliesst damit eine Forschungslücke.

2022, 434 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-03891-399-3
CHF 102.–

Fundierte
Aufarbeitung



www.dike.ch/3993

DIKE 