

# Handels- und Gewerbefreiheit\*

*Klaus A. Vallender*

## Übersicht

- I. Hinweise auf die Entstehungsgeschichte
- II. Funktionen im Überblick
- III. Die Handels- und Gewerbefreiheit als Individualrecht
  1. Schutzobjekt
    - 1.1 Freie Privatwirtschaft
    - 1.2 Teilgehalte der Wirtschaftsfreiheit
      - 1.2.1 Berufsfreiheit
      - 1.2.2 Freie Wahl der Ausbildungsstätte
      - 1.2.3 Freie Wahl des Arbeitsplatzes
      - 1.2.4 Freiheit unternehmerischer Betätigung
      - 1.2.5 Gleichbehandlung der Konkurrenten
      - 1.2.6 Vertragsfreiheit
  2. Träger
  3. Schranken
    - 3.1 Schranken der privaten Wirtschaftstätigkeit
    - 3.2 Monopole
- IV. Die Handels- und Gewerbefreiheit als Ordnungsprinzip

## Spezialliteratur-Verzeichnis

---

\* Der Verfasser dankt Dr. Hugo Vogt und Dr. Christian Kissling für die kritische Durchsicht des Manuskripts und wertvolle formale und materielle Anregungen. Literatur und Rechtsprechung sind für diesen Beitrag bis August 2010, in Einzelfällen auch darüber hinaus berücksichtigt.

## I. Hinweise auf die Entstehungsgeschichte

1

Der Verfassungsgeber von 1921 wählte zur Umschreibung des Schutzobjektes der Handels- und Gewerbefreiheit den gleichen Begriff, der im Rahmen der Totalrevision vom 29. Mai 1874 Eingang in die schweizerische Bundesverfassung gefunden hatte.<sup>1</sup> In der Schweiz war dieser Begriff u. a. gewählt worden, um zum Ausdruck zu bringen, dass vor allem Handel und Gewerbe von den Fesseln staatlicher Regulierung und vom Zunftzwang befreit werden sollten.<sup>2</sup> Die Auffassung war vorherrschend, dass mit der Verankerung der Handels- und Gewerbefreiheit «das liberale Wirtschaftssystem eingeführt worden war».<sup>3</sup> Was die Aufnahme der Handels- und Gewerbefreiheit in die Landesverfassung von 1921 betrifft, ist die Orientierung an der schweizerischen Lösung unverkennbar.<sup>4</sup> Mit der Verfassung von 1921 erhielt «Liechtenstein eine nach schweizerischem Muster entworfene HGF [Handels- und Gewerbefreiheit]».<sup>5</sup> Dabei stand allerdings die Aufnahme dieses vergleichsweise unbestrittenen Freiheitsrechts zunächst in einem offensichtlichen Spannungsverhältnis zur Wirtschaftsgesetzgebung, die weitgehend österreichische Vorbilder rezipierte und die Wirtschaftsfreiheit stark einschränkte.<sup>6</sup> Die Verfassungsrechtsprechung ist diesem Spannungsverhältnis zunächst unter Berufung auf den Gesetzesvorbehalt zugunsten der Beschränkungen durch den Gesetzgeber begegnet.<sup>7</sup> Diese Recht-

---

1 Vgl. zu den staatsphilosophischen Wurzeln und zur historischen Entwicklung im europäischen Umfeld Schneider Hans-Peter, Art. 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43, 1985, S. 7 ff., 9 ff.; Schneider legt dar, dass Arbeit und Beruf seit Beginn des konstitutionellen Zeitalters zum liberalen Kernbestand verfassungsrechtlicher Gewährleistung gehörten, und weist nach, dass sie für die Staatsphilosophie zu den Grundbedingungen menschlicher Freiheit zählten. Er erinnert daran, dass die Handels- und Gewerbefreiheit erstmals Eingang fand in Art. 17 der Verfassung der französischen Republik von 1793, und zwar mit folgendem Wortlaut: «Nul genre de travail, de culture, de commerce ne peut être interdit à l'industrie des citoyens.»

2 Vgl. zur Entstehungsgeschichte der Handels- und Gewerbefreiheit in der Schweiz Saladin, Grundrechte, S. 211 ff.; es ging namentlich um die Befreiung der Wirtschaft von merkantilistischer Wirtschaftslenkung.

3 His, Geschichte, S. 595.

4 Zu diesem Nahverhältnis siehe Frick, Gewährleistung, S. 10 ff., S. 25 ff.

5 Frick, Gewährleistung, S. 30.

6 Vgl. Frick, Gewährleistung, S. 30.

7 Vgl. hierzu die vorzügliche Analyse von Frick, Gewährleistung, S. 218 ff.

sprechung hat durch die Anerkennung eines «materiellen» Grundrechtsverständnisses ein Ende gefunden.<sup>8</sup> Befruchtend in diesem Zusammenhang wirkt insbesondere die «Vierte Auslegungsmethode» (Peter Häberle), d. h. der Verfassungsvergleich und die Auseinandersetzung mit der Praxis der Verfassungsgerichte von Staaten mit vergleichbaren Grundrecht katalogen. Entsprechend berücksichtigt die Praxis des Staatsgerichtshofs in rechtsvergleichender Absicht vermehrt die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zu Art. 27 der schweizerischen Bundesverfassung (BV),<sup>9</sup> des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zu Art. 12 Grundgesetz (GG) und des österreichischen Verfassungsgerichtshofs (VfGH) zu Art. 6 Staatsgrundgesetz (StGG).

## II. Funktionen im Überblick

Der Handels- und Gewerbefreiheit kommt eine individualrechtliche Funktion zu und eine objektiv-rechtliche. Nach der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes bedeutet die Handels- und Gewerbefreiheit gemäss Art. 36 LV «die Freiheit der Wirtschaft ganz allgemein».<sup>10</sup> Mit dieser Formulierung macht der Staatsgerichtshof die objektiv-rechtliche Dimension der Handels- und Gewerbefreiheit deutlich. Das Schrifttum teilt diese Auffassung.<sup>11</sup> Im Mittelpunkt der Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit steht indessen, was die Praxis des Staatsgerichtshofes betrifft, ihre Funktion als subjektives Recht, als Abwehrrecht gegen Eingriffe des Staates. – Im Folgenden wird die Wirtschaftsfreiheit zunächst in ihrer Bedeutung als Individualrecht behandelt (Ziff. III), anschliessend wird auf ihre objektiv-rechtliche Funktion eingegangen (Ziff. IV).

2

8 Vgl. nachstehend Rz. 9.

9 Dies ist freilich nur möglich, soweit eine Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz besteht, d. h. namentlich zur Überprüfung des kantonalen Rechts auf seine Übereinstimmung mit Art. 27 BV. Vgl. zu dieser Problematik StGH 2010/24 Erw. 7.

10 StHG 2000/12, LES 2003, S. 112 (120) unter Verweis auf StGH 1977/14; vgl. weiter StGH 2006/35 Erw. 5.1, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>.

11 Vgl. Höfling, Grundrechtsordnung des Fürstentums Liechtenstein, Rz. 57.

### III. Die Handels- und Gewerbefreiheit als Individualrecht

#### 1. Schutzobjekt

##### 1.1 Freie Privatwirtschaft

3 Der Staatsgerichtshof umschreibt in seiner neueren Praxis den Gehalt der Handels- und Gewerbefreiheit wie folgt: «Die Handels- und Gewerbefreiheit nach Art. 36 LV bedeutet die Freiheit der Wahl, des Zugangs und der Ausübung des Berufes, des gewerbsmässigen Handels und Gewerbes und damit der Wirtschaft allgemein.»<sup>12</sup> Der Staatsgerichtshof geht in gefestigter Rechtsprechung davon aus, dass die Handels- und Gewerbefreiheit jede private auf Erwerb gerichtete Tätigkeit schützt.<sup>13</sup> Private Tätigkeiten sind Tätigkeiten von Privaten, die nicht in Erfüllung einer staatlichen oder kommunalen öffentlich-rechtlich übertragenen Aufgabe bestehen, d. h. namentlich die Tätigkeiten im Rahmen von Industrie- und Gewerbe, Handel Dienstleistungen etc. Freiheit von «Handel und Gewerbe» steht somit ganz «allgemein für Wirtschaftsfreiheit»,<sup>14</sup> steht hier also für das Ganze.<sup>15</sup> Einbezogen sind demnach die Landwirtschaft,<sup>16</sup> Handwerk und Industrie sowie der Dienstleistungsbereich.<sup>17</sup> Die Handels- und Gewerbefreiheit garantiert die Freiheit des wirtschaftlichen Handelns «als besonderen Lebensbereich».<sup>18</sup> Im Mittelpunkt stehen die Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit.<sup>19</sup> Der Handels- und Gewerbefreiheit liegt nach der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs die Idee zugrunde, «dass das Wirtschaften grundsätzlich Sache der Privata-

---

12 StGH 2006/35 Erw. 5.1, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>, mit Hinweisen auf StHG 2000/12, LES 2003 S. 112 (120) unter Verweis auf StGH 1977/14, in: Stotter, Verfassung S. 81, Entscheidung Nr. 18.

13 StGH 2008/38 Erw. 7, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>.

14 StGH 2004/76 Erw. 4, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>.

15 StGH 2004/14, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>, mit Hinweis auf Frick, Gewährleistung, S. 125; vergleiche ebenso Höfling, Grundrechtsordnung des Fürstentums Liechtenstein, Rz. 58.

16 Anders noch StGH 1961/4, ELG 1962–1966, S. 187 (190).

17 Vgl. Höfling, Grundrechtsordnung des Fürstentums Liechtenstein, Rz. 58 mit Nachweisen.

18 StGH 2004/14 Erw. 2, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>, mit Hinweis auf StGH 2003/48 Erw. 5, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>.

19 StGH 2006/44 Erw. 2, LES 2008, S. 11 (15 f.).

ten ist».<sup>20</sup> Der Verfassungsgeber geht demnach «von einer grundsätzlich auf Privatautonomie basierenden Wirtschaftsordnung» aus.<sup>21</sup>

Die Handels- und Gewerbefreiheit stellt ein Freiheitsrecht dar, das sich gegen Eingriffe des Staates richtet. Einen Anspruch auf staatliche Leistungen, wie namentlich Subventionen, ergibt sich aus dem Freiheitsrecht nicht.<sup>22</sup> «Die Handels- und Gewerbefreiheit ist primär ein verfassungsmässiges Abwehrrecht gegenüber dem Staat, das diesen zu einem Dulden oder Unterlassen verpflichtet.»<sup>23</sup> Die Frage, ob die Handels- und Gewerbefreiheit auch die Wettbewerbsfreiheit beinhaltet, hat der Staatsgerichtshof bisher offengelassen.<sup>24</sup>

Hoheitliche Tätigkeiten fallen nicht in den Schutzbereich der Handels- und Gewerbefreiheit.

## 1.2 Teilgehalte der Wirtschaftsfreiheit

Steht, wie oben bereits festgehalten, jede private auf Erwerb gerichtete Tätigkeit unter dem Schutz von Art. 36 LV, so lassen sich die Teilgehalte dieses Freiheitsrechts nicht abschliessend aufzählen. Im Folgenden werden bisher relevant gewordene Teilgehalte hervorgehoben.

### 1.2.1 Berufsfreiheit

Wie der Staatsgerichtshof erkannte, beinhaltet die Handels- und Gewerbefreiheit insbesondere die Berufswahl- und Berufsausübungsfrei-

---

20 StGH 2004/76 Erw. 5, im Internet abrufbar unter <[www.stgh.li](http://www.stgh.li)>. Ähnlich wohl der österreichische Verfassungsgerichtshof mit Bezug auf die Erwerbsfreiheit, wenn er jede Tätigkeit, die auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtet ist, als Gegenstand dieses Freiheitsrechtes umschreibt und Antritt und Ausübung der Tätigkeit zu seinem Schutzbereich erklärt. Vgl. Öhlinger, Verfassungsrecht, S. 400 mit Hinweis auf die Entscheidungen VfSlg. 3092/1956 und VfSlg. 7798/1976.

21 StGH 2004/76 Erw. 5, im Internet abrufbar unter <[www.stgh.li](http://www.stgh.li)>.

22 StGH 2008/80 Erw. 4.2, wo der Staatsgerichtshof festhält: «Aus der Handels- und Gewerbefreiheit lässt sich kein Anspruch auf staatliche Leistungen ableiten. Von einem Eingriff könnte allenfalls dann gesprochen werden, wenn der Gesetzgeber an die Subventionsausrichtung Auflagen oder Bedingungen knüpfen würde, deren Erfüllung er sonst ohne die Beschneidung einer rechtlichen Befugnis nicht durchsetzen könnte.» Zu denken ist etwa an Subventionen, die derart hoch sind, dass jene, welche die mit der Subventionsgewährung verbundenen Auflagen oder Bedingungen nicht annehmen und daher auf die Förderung verzichten, im Markt nicht mehr bestehen können. Hangartner, Grundzüge Band II, S. 148.

23 StGH 2006/35 Erw. 5.2, im Internet abrufbar unter <[www.stgh.li](http://www.stgh.li)>.

24 StGH 2000/47 Erw. 2.2.

heit.<sup>25</sup> Diese bildet das zentrale Element dieses Freiheitsrechts. Demnach steht es den Trägerinnen und Trägern des Grundrechts frei, «eine wirtschaftliche Tätigkeit, für die sie sich geeignet halten, zu wählen und auszuüben».<sup>26</sup> Unter diesem Aspekt schützt die Handels- und Gewerbe-freiheit «die persönliche Entfaltung im Wirtschafts- und Berufsleben, woraus die herausragende Bedeutung für die Lebensgestaltung jedes Einzelnen ersichtlich ist».<sup>27</sup>

8 Nach der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes «steht es den Einzelnen in der stark arbeitsteilig organisierten Gesellschaft insbesondere frei, eine Erwerbstätigkeit nach eigener Bewertung und Chancen-einschätzung zu wählen und auszuüben. Es geht dabei nicht zuletzt um die freie Entfaltung der Persönlichkeit im wirtschaftlichen Bereich, den die LV unter besonderen Schutz stellt (StGH 2004/14 Erw. 2).»<sup>28</sup>

9 Der Staatsgerichtshof hat entschieden, dass eine Regelung, wonach neue Betriebe während zwei Jahren keine bewilligungspflichtigen Ar-beitskräfte einstellen können (Art. 10 Abs. 2 BVO alt), zwar die Han-dels- und Gewerbe-freiheit sowohl der an einer Arbeitsstelle in Liech-tenstein interessierten Ausländer als auch der betroffenen Betriebe ein-schränke, dass diese Regelung aber im öffentlichen Interesse liege (Schutz der einheimischen Arbeitskräfte, Bekämpfung der Arbeitslosig-keit), auf einem formellen Gesetz beruhe (Art. 16 ANAG) und verhält-nismässig sei.<sup>29</sup> Die Ungleichbehandlung neuer und bestehender Be-triebe wurde vom Staatsgerichtshof zwar gesehen, aber nicht als schwer gewichtet, was kaum überzeugt, weil sie strukturerhaltend wirkt, wäh-rend die Handels- und Gewerbe-freiheit ja den möglichst freien Markt-zugang schützen will. Diesen für neue Betriebe zu erschweren und da-mit bestehende Betriebe zu privilegieren bedürfte näherer Begründung. Insbesondere die Argumentation mit dem Schutz vor Arbeitslosigkeit dürfte kaum überzeugen, da solche Massnahmen langfristig kaum den gewünschten Erfolg haben.

25 StGH 2006/44 Erw. 2, LES 2008, S. 11 (15 f.).

26 StGH 2006/44 Erw. 2, LES 2008, S. 11 (15 f.).

27 StGH 2006/44 Erw. 2, LES 2008, S. 11 (15 f.) mit Hinweis auf StGH 2004/14, im In-ternet abrufbar unter <www.stgh.li>, und BVerfGE 7, 377 Erw. 3a.

28 StGH 2004/76 Erw. 4, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>.

29 StGH 1997/41 Erw. 2.1–2.4.

Grundsätzlich keinen Verstoss gegen die Handels- und Gewerbefreiheit erblickt der Staatsgerichtshof weiter darin, dass der Betrieb von Gastgewerbebetrieben in der Industriezone durch die Bauordnung einer Gemeinde untersagt wird.<sup>30</sup> Die grundsätzlich freie Standortwahl ist zwar Element der Handels- und Gewerbefreiheit,<sup>31</sup> sie kann aber durch die Zonenplanung, die den einzelnen Gemeinden obliegt, eingeschränkt werden. Dabei kommt den Gemeinden Autonomie zu, woraus unterschiedliche Ansätze in verschiedenen Gemeinden resultieren. Im konkreten Fall führte der Staatsgerichtshof aus, das Bauwerk müsse zonenkonform sein, die Zonenkonformität verlange einen positiven funktionalen Zusammenhang zwischen Bauvorhaben und Zonenzweck – sie sei nicht schon dann gegeben, wenn das Bauwerk dem Zonenzweck, besonders betreffend Immissionen, nicht entgegenstehe. Der Staatsgerichtshof beanstandete nicht, dass die Gemeinde davon ausging, dass dieser funktionale Zusammenhang zwischen Gastgewerbebetrieb und Industriezone hier nicht gegeben war, und erwog, da Gastgewerbebetriebe bisher der Wohn- und Gewerbezone sowie der Kernzone zugeteilt worden seien, bedürfe es sicherlich besonderer zu berücksichtigender Interessen, um im Einzelfall eine Zulassung in der Industriezone erwirken zu können. Diese Interessen waren im zu entscheidenden Fall nicht gegeben.<sup>32</sup>

Die Berufsausübungsfreiheit schützt nach der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes grundsätzlich «alle Handlungen im Rahmen der privaten Erwerbstätigkeit.»<sup>33</sup> Dabei geht der Staatsgerichtshof in seiner neueren Praxis davon aus, dass die Handels- und Gewerbefreiheit auch verletzt sein kann, «wenn eine Vorschrift, die die Ausübung einer bestimmten Erwerbstätigkeit erschwert oder gar verunmöglicht, sich nicht nur an Erwerbstätige, sondern an alle Bürger richtet».<sup>34</sup> Allerdings muss der Erwerbstätige in seiner Stellung als Wirtschaftssubjekt besonders betroffen sein.<sup>35</sup>

30 StGH 1997/33 Erw. 6.2, LES 1999, S. 20 ff.; freilich ist die Zonenplanung in erster Linie an der Eigentumsgarantie zu messen.

31 StGH 1997/33 Erw. 2.

32 StGH 1997/33 Erw. 5.3.3.

33 StGH 2000/12 Erw. 4.1, LES 2003, S. 112 (120) mit Hinweis auf Frick, Gewährleistung, S. 124.

34 StGH 2000/12 Erw. 4.1, LES 2003, S. 112 (120).

35 Höfling, Grundrechte, Rz. 59. Nach der früheren Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes lag ein Eingriff nur dann vor, wenn der oder die Betroffene nicht nur wie

### 1.2.2 Freie Wahl der Ausbildungsstätte

12

Sachlich eng verknüpft mit der freien Berufswahl ist die freie Wahl der Ausbildungsstätte. Von der Sache her sind beide – wie im Schrifttum betont – nicht zu trennen.<sup>36</sup> Zutreffend wird argumentiert, die Freiheitsrechte schützen nicht nur den aktuellen, sondern auch den virtuellen Freiheitsgebrauch, woraus folge, dass die Handels- und Gewerbefreiheit auch die Ausbildungsfreiheit umfasst, soweit sie sich auf die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit bezieht.<sup>37</sup> Von der Sache her ist dem zuzustimmen. Auch im schweizerischen Schrifttum wird betreffend Wirtschaftsfreiheit in diesem Sinne argumentiert.<sup>38</sup> Das Bundesgericht geht ebenfalls vom Bestehen der Ausbildungsfreiheit aus, verneint aber einen Anspruch auf freien Zugang zum Universitätsstudium.<sup>39</sup> Dies mit der Begründung, dass mit Zulassungsbeschränkungen nicht in einen freien Markt eingegriffen, sondern ein staatliches Angebot geregelt werde.<sup>40</sup>

13

Mit Blick auf das schweizerische Recht ist zu ergänzen, dass die Bundesverfassung in Art. 41 Abs. 1 BV einen Katalog von Sozialzielen enthält, welcher staatliche Verantwortungen auflistet. Darunter befindet sich Art. 41 Abs. 1 Bst. f BV, wonach sich Bund und Kantone in Ergän-

---

jeder andere Rechtsunterworfenen betroffen war. Noch in der Entscheidung vom 27. April 1989 hatte der Staatsgerichtshof Folgendes erwogen: «Zudem können grundsätzlich Vorschriften, welche sich nicht nur an Erwerbstätige, sondern an jedermann richten, die Wirtschaftsfreiheit selbst dann nicht verletzen, wenn sie die Ausübung einer bestimmten Erwerbstätigkeit erschweren oder verunmöglichen (Marti Hans, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 1976, Nummer 243). Das in Art. 275 Abs. 1 lit. c EO geregelte gerichtliche Drittverbot stellt aber [...] gerade eine solche Vorschrift dar, welche sich gegen jedermann richtet.» StGH 1988/19 Erw. 4, LES 1989, 122 ff., 125. Diese Rechtsprechung wurde mit der Entscheidung StGH 1998/9, LES 1999, 178 ff. (wo allerdings fälschlicherweise von Wirtschaftsobjekt statt von Wirtschaftssubjekt gesprochen wurde) aufgegeben. Die frühere Rechtsprechung war zu Recht kritisiert worden, da damit ein genereller Vorbehalt mit der Folge einer tatbestandlichen Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit einherging. Hierzu Höfling, Grundrechtsordnung, S. 192. Mit der Entscheidung StGH 1998/9 wurde dieser Kritik Rechnung getragen und eine entsprechende neue Praxis eingeleitet.

36 Vgl. Höfling, Gewährleistung, S. 84; vgl. auch Frick, Gewährleistung, S. 131.

37 Frick, Gewährleistung, S. 131 mit Hinweis auf Hangartner, Grundzüge Band II, S. 71.

38 Vgl. Vallender Klaus, Art. 27 BV, Rz. 18 mit weiteren Hinweisen.

39 Nach der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts fließen aus der Wirtschaftsfreiheit keine Teilhaberechte, welche einen Zugang zu staatlichen Bildungseinrichtungen garantieren (BGE 121 I 22 S. 24).

40 BGE 125 I 173 S. 175 f.



zung zu staatlicher Verantwortung und privater Initiative dafür einsetzen, dass «Kinder und Jugendliche sowie Personen im erwerbstätigen Alter sich nach ihren Fähigkeiten bilden, aus- und weiterbilden können». Auch aus diesem Ziel können allerdings, was Art. 41 Abs. 4 BV zeigt, «keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden». In diesem Zusammenhang wird zutreffend hervorgehoben, dass eine persönlichkeitsadäquate Schulung, Ausbildung und Bildung der Verantwortlichen in Staat, Gesellschaft und Wirtschaft die grundlegende Voraussetzung dafür bildet, dass die verfassungsrechtlich geschützten Freiheiten bzw. die politischen Rechte von allen Menschen wahrgenommen werden können.<sup>41</sup> Die liechtensteinische Rechtslage dürfte mit der schweizerischen vergleichbar sein. Dies namentlich unter dem Aspekt der Zielnormen im III. Hauptstück der Verfassung, das die Staatsaufgaben zum Gegenstand hat. Nach Art. 15 Satz 1 LV wendet der Staat seine besondere Sorgfalt dem Erziehungs- und Bildungswesen zu. Gemäss Art. 16 Abs. 1 LV steht das gesamte Erziehungs- und Bildungswesen unter staatlicher Aufsicht und nach Art. 16 Abs. 3 LV sorgt der Staat dafür, dass der obligatorische Unterricht in den Elementarfächern in genügendem Ausmass in öffentlichen Schulen unentgeltlich erteilt wird. Schliesslich unterstützt und fördert der Staat nach Art. 17 Abs. 1 LV das Unterrichts- und Bildungswesen und erleichtert nach Art. 17 Abs. 2 LV unbemittelten, gut veranlagten Schülern den Besuch höherer Schulen durch Gewährung von angemessenen Stipendien.

Ein Blick in das deutsche Verfassungsrecht zeigt, dass Art. 12 GG die freie Wahl der «Ausbildungsstätte» ausdrücklich nennt, was hier den freien Zugang zur Ausbildungsstätte meint. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umfasst das Recht über den Wortlaut hinaus auch die während der Ausbildung notwendigen Tätigkeiten wie Unterrichtsteilnahme und Teilnahme an Prüfungen.<sup>42</sup>

14 .....

### 1.2.3 Freie Wahl des Arbeitsplatzes

Mittelbar hat der Staatsgerichtshof die Geltung der Handels- und Gewerbefreiheit auch für Arbeitnehmer anerkannt. So, wenn er – wie oben

15 .....

41 So Bigler-Eggenberger Margrith, Art. 41 BV, Rz. 66, in: Ehrenzeller / Mastronardi / Schweizer / Vallender.

42 Nolte, Art. 12 GG, Rz. 43 mit Hinweis auf BVerfG (K), DVBl. 1996, S. 1367 (1368).

bereits festgehalten – erwog, die im konkreten Fall umstrittene Bestimmung der Begrenzungsverordnung schränke sowohl die Handels- und Gewerbefreiheit der an der Stelle interessierten Ausländer als auch der betroffenen Betriebe ein.<sup>43</sup> In der Praxis spielt dieses Freiheitsrecht eher eine untergeordnete Rolle, da der Staat in die freie Arbeitsplatzwahl kaum eingreift.

#### 1.2.4 Freiheit unternehmerischer Betätigung

16

Art. 36 LV schützt insbesondere jede «private auf Erwerb gerichtete Tätigkeit».<sup>44</sup> Anerkannt ist weiter, «dass die freie Wahl der Organisation ein Element der Handels- und Gewerbefreiheit darstellt».<sup>45</sup> «Demnach kann jeder Einzelne grundsätzlich frei darüber entscheiden, ob er seine Erwerbstätigkeit allein oder zusammen mit anderen ausüben will. Die Handels- und Gewerbefreiheit beinhaltet auch die freie Wahl der Mitarbeiter und die freie Wahl der Organisation. Das Gesellschaftsrecht erleichtert das Zusammenwirken, indem es verschiedene Gesellschaftstypen zur Verfügung stellt.»<sup>46</sup>

17

Als Beispiel für eine erfolgreiche Beschwerde im Zusammenhang mit der freien Wahl der Rechtsform für Arztpraxen hat der Staatsgerichtshof Folgendes erwogen: «Der Ausschluss von juristischen Personen als Rechtsform für Ärzte stellt zweifellos einen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit der Ärzte dar. Der Beruf des Arztes ist eine private auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die von der Handels- und Gewerbefreiheit geschützt wird (hierzu StGH 2004/14, Erw. 2 und 3, ebenso das schweizerische Bundesgericht in BGE 130 I 26, 40 mit weiteren Hinweisen). Weiter ist anerkannt, dass die freie Wahl der Organisation ein Element der Handels- und Gewerbefreiheit darstellt. Demnach kann jeder Einzelne grundsätzlich frei darüber entscheiden, ob er seine Erwerbstätigkeit allein oder zusammen mit anderen ausüben

43 StGH 1997/41 Erw. 2.1, wo der Staatsgerichtshof – worauf oben schon hingewiesen wurde – in der im konkreten Fall umstrittenen Bestimmung der Begrenzungsverordnung einen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit der ausländischen Arbeitnehmer und der Betriebe, die diese anstellen wollen, erblickte.

44 StGH 2008/38 Erw. 7, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>.

45 StGH 2008/38 Erw. 7, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>.

46 StGH 2008/38 Erw. 7 mit Hinweis auf StGH 2004/14 Erw. 2, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>.

will.»<sup>47</sup> Der Staatsgerichtshof wertete das generelle Verbot der Rechtsform der juristischen Person für Arztpraxen als unverhältnismässigen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit der Ärzte. Dies insbesondere, weil sich überzeugende Gründe für ein solches Verbot nicht finden liessen. Namentlich war nicht ersichtlich geworden, «inwieweit das in Frage stehende Verbot zur Erreichung des Gesetzeszwecks des Gesundheitsgesetzes, d. h. der «Erhaltung und Förderung der Gesundheit der Bevölkerung» sowie der «Sicherstellung eines hohen Qualitätsstandards der Gesundheitsversorgung» (Art. 2 Abs. 2 GesG) geeignet und erforderlich sein soll. Dies insbesondere auch nicht unter dem Aspekt der Schutzbedürftigkeit der Patienten [...], der wohl im Mittelpunkt sowohl des Ärztegesetzes als auch des Gesundheitsgesetzes stehen dürfte.»<sup>48</sup>

#### 1.2.5 Gleichbehandlung der Konkurrenten (Gewerbegenossen)

Eine vertiefte, ausführliche und allein fallentscheidende Auseinandersetzung des Staatsgerichtshofes mit der Frage, inwieweit sich aus der Handels- und Gewerbefreiheit ein über den Gleichheitssatz und das Willkürverbot hinausgehendes Gebot zur Gleichbehandlung der Konkurrenten ergibt und ob sich – wie vom schweizerischen Bundesgericht angenommen – darauf nur sog. direkte Konkurrentinnen und Konkurrenten berufen können, fehlt bis heute. Der Staatsgerichtshof lehnt sich diesbezüglich an die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes an.<sup>49</sup> Nach dessen Rechtsprechung beinhaltet die Wirtschaftsfrei-

47 StGH 2008/38 Erw. 7, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>. Der Staatsgerichtshof kam in der Folge zum Ergebnis, dass die Eingriffsvoraussetzungen für ein Verweigern der Rechtsform der juristischen Person für Arztpraxen nicht gegeben waren, und hob die entsprechende gesetzliche Bestimmung (Art. 37 Abs. 4 GesG i. v. M. Art. 18 GesG) auf.

48 StGH 2008/38 Erw. 20, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>.

49 Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang in BGE 131 II 271 E. 9.2. festgehalten: «Der aus Art. 27 BV abgeleitete Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen verbietet Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen (BGE 130 I 26 E. 6.3.3.1 S. 53; BGE 125 I 431 E. 4b/aa S. 435 f., je mit Hinweisen). Fiskalische Belastungen können eine derartige Beeinträchtigung verursachen (BGE 125 I 182 E. 5b S. 198 f.; BGE 121 I 129 E. 3d S. 135, je mit Hinweisen).» Vgl. zur Entwicklung der diesbezüglichen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes Vallender / Hettich / Lehne, Wirtschaftsfreiheit, § 5 Rz. 69 ff.

heit den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrentinnen und Konkurrenten. Kernpunkt dürfte hier die Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen sein. Die Wirtschaftsfreiheit verleiht einen Rechtsanspruch darauf, «dass staatliche Massnahmen *wettbewerbsneutral* sind.»<sup>50</sup>

19

Der Staatsgerichtshof ging in der Vergangenheit davon aus, dass analog zur schweizerischen Praxis ein solcher in der Handels- und Gewerbefreiheit angelegter «besonderer Gleichheitssatz» besteht. Dies legen verschiedene Erwägungen des Staatsgerichtshofes nahe. So hat der Staatsgerichtshof beispielsweise in seinem Urteil betreffend die Frage nach der Rechtsform von Anwaltskanzleien Folgendes ausgeführt: «Wenn aber [...] eine Kategorie von Treuhändern in der Ausübung ihres Berufes dadurch eingeschränkt wird, dass ihnen ohne sachlichen Grund und damit willkürlich die Bewilligung zur Ausübung der Treuhändertätigkeit über eine juristische Person verwehrt wird, so verletzt dies zwangsläufig ebenfalls die Handels- und Gewerbefreiheit, zumal dem Willkürverbot im Verhältnis zu den spezifischen Grundrechten nur eine Auffangfunktion zukommt. Schliesslich stellt die *Ungleichbehandlung von direkten Konkurrenten* [...] neben dem Verstoss gegen das allgemeine Gleichheitsgebot gleichzeitig eine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit dar. So anerkennt auch das schweizerische Bundesgericht das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden als Teilgehalt der Handels- und Gewerbefreiheit.»<sup>51</sup>

20

Ähnliches ist dem Urteil betreffend Presseförderung zu entnehmen. Dort führte der Staatsgerichtshof aus: «Auch ein Verstoss gegen das *grundsätzliche Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrenten* wird von der Beschwerdeführerin nicht begründet. Es wird nicht dargetan, dass der Verwaltungsgerichtshof andere Medienunternehmen bei vergleichbaren Publikationen anders behandelt hätte.»<sup>52</sup>

21

In einer Entscheidung, bei der es um die Frage der Zulässigkeit der Verweigerung der Form der juristischen Person für Anwaltskanzleien ging, erwog der Staatsgerichtshof, es sei zu beachten, dass den Rechtsanwältinnen mit dem «Anwaltsmonopol» eine zentrale Funktion vorbehalten

50 BGE 125 II 326 S. 346 (Hervorhebung nur hier).

51 StGH 1996/35 Erw. 3.5 (Hervorhebung nur hier).

52 StGH 2008/80 Erw. 4.2 in fine (Hervorhebung nur hier).

sei, die den genannten anderen Freiberuflern nicht offen stehe. «Unter diesem Aspekt ist es mit dem Gleichheitssatz und mit dem vom VGH angeführten *Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten* noch zu vereinbaren, dass mit Bezug auf die Rechtsform der Anwalts-Sozietäten Einschränkungen gemacht werden.»<sup>53</sup>

Die obigen Erwägungen legen nahe, dass der Staatsgerichtshof von der Geltung des Gebots der Gleichbehandlung der Konkurrenten ausgeht und sich wie oben gesagt grundsätzlich an der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts orientiert. Ausdifferenziert werden müsste in diesem Zusammenhang, wie der Konkurrentenbegriff nach liechtensteinischem Verfassungsrecht zu umschreiben ist, d. h. es müsste insbesondere die Frage geklärt werden, ob der vom schweizerischen Bundesgericht praktizierten Einschränkung auf sog. «direkte Konkurrenten» gefolgt werden kann oder auf einen sachbezogeneren, am Wettbewerbsgedanken festgemachten Konkurrentenbegriff abzustellen ist.<sup>54</sup>

Ungeklärt ist bis heute in diesem Zusammenhang die Relevanz von Art. 36 Satz 2 LV, wonach die Zulässigkeit ausschliesslicher Handels- und Gewerbeprivilegien für eine bestimmte Zeit durch Gesetz geregelt wird. Nach dem hier vertretenen Standpunkt könnten auf diese Norm nur relativ kurzfristige Förderungen von in ihrer Existenz bedrohten Wirtschaftszweigen im zwingenden Interesse des Gesamtwohls gestützt werden.

### 1.2.6 Vertragsfreiheit

Die Vertragsfreiheit ist nicht ausdrücklich in der Landesverfassung verankert.<sup>55</sup> Sie ist aber Leitprinzip jeder freiheitlichen Privatrechtsordnung und dort namentlich des Schuldrechts. Ohne Vertragsfreiheit wäre die Ausübung der Handels- und Gewerbefreiheit unmöglich. Folgerichtig bildet sie nach der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs ein wesentliches Element der Handels- und Gewerbefreiheit<sup>56</sup>. Es handelt sich bei ihr nach Meinung des Staatsgerichtshofes um einen ihrer «wichtigsten

53 StGH 2006/5 Erw. 3b, LES 2007, S. 108 (116).

54 Vgl. hierzu Vallender/Hettich/Lehne, Wirtschaftsfreiheit, § 5 Rz. 72 ff. mit Hinweisen auf die Lehre.

55 Hierzu und zum Folgenden die rechtsvergleichende Analyse bei Frick, Gewährleistung, S. 290 ff.

56 StGH 2006/44 Erw. 2, LES 2008, S. 11 (15 f.).

Inhalte».<sup>57</sup> Sie umfasst grundsätzlich «die Abschluss- und Eingehensfreiheit, die Formfreiheit, die Gestaltungs- oder Inhaltsfreiheit und die Endigungsfreiheit. Zum Wesen des Vertrags gehört, dass die Parteien an das Erklärte gebunden sind (Bindungswirkung) [...]»<sup>58</sup> Nichts kann die Bedeutung besser charakterisieren als die These Eugen Buchers, dergemäss im subjektiven Recht auf freie Vertragsgestaltung und in der Möglichkeit, das vertraglich Vereinbarte durch staatliche Gerichte durchsetzen zu lassen, eine «Normsetzungsbefugnis der Privaten» zu sehen ist.<sup>59</sup> Die Vertragsfreiheit ist so gesehen eine *Kompetenznorm*.<sup>60</sup> In diesem Sinne wertet das auch Franz Bydliniski, wenn er in der rechtsgeschäftlichen Vertragsfreiheit ein Prinzip erblickt, «wonach die Beteiligten selbst eine rechtliche Regelung für sich nach ihrem rechtlichen Willen setzen können».<sup>61</sup> So gesehen hat jedermann das Recht, durch Erklärung seines Willens bindende Rechtsfolgen in Geltung zu setzen, «also eine spezifische private Art der Schaffung von (regelmässig individuellen) Rechtsregeln».<sup>62</sup> Der frei ausgehandelte Vertrag ist unter diesem Aspekt ein «Gesetz der Vertragsparteien».<sup>63</sup> Der Vertrag bildet in einer freien Gesellschaft das zentrale Instrument für die wirtschaftlichen Vorgänge. Die Privaten erzeugen, erwerben, veräussern und vermitteln Güter und Dienstleistungen, stellen Arbeitskräfte ein, zahlen, leihen, verpfänden, machen zu schützende Erfindungen, treten Rechte ab usw.<sup>64</sup> Diese Vorgänge werden regelmässig mit dem Abschluss von Verträgen abgewickelt. Die «*komplementäre Funktion*» der Vertragsfreiheit zur Realisierung der Handels- und Gewerbefreiheit tritt hier deutlich hervor.<sup>65</sup>

---

57 StGH 2004/34 Erw. 2.4, LES 2007, S. 1.

58 StGH 2004/34 Erw. 2.9, LES 2007, S. 1 in Anlehnung an Frick, Gewährleistung, S. 136 f. und dortige Nachweise. Vgl. zur analogen Sichtweise des schweizerischen Bundesgerichtes BGE 129 III 35 S. 42. Siehe hierzu auch Vallender, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 17 f.

59 Bucher Eugen, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965, S. 48.

60 Höfling, Vertragsfreiheit, S. 20 ff.

61 Bydliniski Franz, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien/New York 1996, S. 147.

62 Ebenda, S. 149.

63 Honsell Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 6. Aufl. Bern 2001, S. 12.

64 Vgl. Vallender/Hettich/Lehne, Wirtschaftsfreiheit, S. 140 in Anlehnung an Oftinger Karl, Die Vertragsfreiheit des Bürgers im schweizerischen Recht. Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, S. 315 ff., S. 317.

65 Höfling, Vertragsfreiheit, S. 26.

Der Gesetzgeber umschreibt die Vertragsfreiheit, gestaltet sie aus und begrenzt sie. Im Mittelpunkt steht hier § 861 ABGB, der die Vertragsfreiheit umschreibt und eine rechtstechnisch-formale Schranke im Interesse der funktionierenden Gegenseitigkeitsordnung darstellt.<sup>66</sup> Dabei gilt es immanente Schranken zu beachten, die vor allem die schwächere Partei schützen wollen.<sup>67</sup> Nicht gedeckt von der Vertragsfreiheit sind namentlich Übervorteilungen (§ 934 ABGB: Verkürzung über die Hälfte des wahren Wertes) und andere sittenwidrige Vertragsinhalte (§ 879 ABGB). Die §§ 934 und 879 ABGB stellen inhaltlich-materiale Schranken dar und dienen ebenso wie beispielsweise die Einschränkungen zwecks Verbraucherschutz, Arbeitnehmerschutz und Mieterschutz dem Schutz der schwächeren Partei.<sup>68</sup> Höfling spricht in diesem Zusammenhang überzeugend von «gegenläufigen Prinzipien zur bzw. Schranken der Vertragsfreiheit».<sup>69</sup>

66 § 861 ABGB wurde von Österreich rezipiert und hat folgenden Wortlaut: «Wer sich erklärt, dass er jemanden sein Recht übertragen, das heisst, dass er ihm etwas gestatten, etwas geben, dass er für ihn etwas tun oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen, nimmt aber der andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Teile ein Vertrag zustande. So lange die Unterhandlungen dauern und das Versprechen noch nicht gemacht oder weder zum voraus noch nachher angenommen ist, entsteht kein Vertrag.» Der österreichische OGH hat zur Vertragsfreiheit Folgendes ausgeführt: «Nach stRsp [ständiger Rechtsprechung] gilt im Schuldrecht grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit, die Ausdruck des allgemeinen Gedankens der Privatautonomie ist [...]. Unter die Vertragsfreiheit fällt vor allem die Abschluss- und Eingehensfreiheit, wonach es im Belieben der Parteien steht, ob und mit wem sie kontrahieren wollen [...].» öOGH 7Ob273/03b, Entscheidung vom 19. November 2003, <[www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at)>. Auch Innominatsverträge sind durch die rechtsgeschäftliche Privatautonomie geschützt. «Als Ausfluss des im österreichischen bürgerlichen Recht grundsätzlich geltenden Prinzips der Vertragsfreiheit ergibt sich die sog. Gestaltungs- oder Inhaltsfreiheit, die es den Parteien insbesondere erlaubt, im Gesetz nicht geregelte atypische Verträge aber auch sogenannte gemischte Verträge abzuschliessen, die aus verschiedenen gesetzlich geregelten oder ungeregelten Vertragsarten zusammengesetzt sind [...].» (öOGH 3Ob 539/85).

67 Schon 1948 erklärte Karl Oftinger dazu überzeugend: «Indem sie den Entfaltungsmöglichkeiten des Einzelnen Zügel anlegen, schützen sie die Autonomie aller übrigen vor dem Missbrauch ungezügelter Macht.» (Oftinger Karl, Die Vertragsfreiheit, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht. Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, S. 315 ff., S. 317).

68 Höfling, Vertragsfreiheit, S. 41.

69 Höfling, Vertragsfreiheit, S. 41.

## 2. Träger

26

Auf die Handels- und Gewerbefreiheit können sich sowohl Liechtensteinerinnen und Liechtensteiner als auch Ausländer und Ausländerinnen berufen.<sup>70</sup> In den Schutzbereich dieses Freiheitsrechts fallen auch die inländischen juristischen Personen des Privatrechts.<sup>71</sup> Zur Inlandseigenschaft gibt es keine gefestigte Praxis des Staatsgerichtshofes. Überzeugend erscheint dem Verfasser jedenfalls bei Fallgestaltungen ausserhalb des EWR nach wie vor die hierzu von Kuno Frick entwickelte Rechtsauffassung. Es handelt sich dabei um eine Kombination aus Sitz- und Kontrolltheorie. Auszugehen ist demnach von der Sitztheorie, «wobei mittels der Kontrolltheorie der Kreis der inländischen juristischen Personen erweitert oder verkleinert werden kann – erweitert um solche juristische Personen, die zwar im Ausland domiziliert sind, aber von Liechtensteinern beherrscht werden, verkleinert um solche, die ihrem Sitz nach zwar inländisch sind, hinter der aber ausschliesslich Ausländer stehen».<sup>72</sup> Dies kann freilich nur insoweit gelten, als Staatsverträge und das EWR-Recht nicht etwas anderes vorsehen.<sup>73</sup>

27

Demgegenüber sind juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht legitimiert, Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässig gewährleisteter Rechte zu erheben. Sie sind es ausnahmsweise, wenn sie von einem Hoheitsakt wie Private betroffen sind, d. h. wenn sie nicht hoheitlich, sondern im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung tätig sind. Im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben steht einzig den Gemeinden die Individualbeschwerde zum Schutz ihrer Autonomie offen.<sup>74</sup>

28

Nicht beschwerdelegitimiert sind beispielsweise die Liechtensteinsche Alters- und Hinterlassenen-Versicherung,<sup>75</sup> die Rechtsanwaltskam-

70 StGH 1997/41 Erw. 2.1 mit Hinweis auf StGH 1989/3, LES 1990, S. 45 (47). Vgl. auch schon Hangartner Yvo, Die Grundrechte der Ausländer im Fürstentum Liechtenstein, in: LJZ 1981, S. 129.

71 StGH 2008/80 Erw. 41.

72 Frick, Gewährleistung, S. 174.

73 Ähnlich für das schweizerische Recht im Hinblick auf das Freizügigkeitsabkommen BGE 131 I 223 S. 226 f.

74 StGH 2000/10 Erw. 1.2, LES 2003, S. 109 (110).

75 StGH 1999/4.



mer,<sup>76</sup> die Gewerbe- und Wirtschaftskammer<sup>77</sup> und die Liechtensteini-  
sche Industrie- und Handelskammer.<sup>78</sup>

### 3. Schranken

#### 3.1 Schranken der privaten Wirtschaftstätigkeit

Nach der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes gilt die Handels- und Gewerbefreiheit wie andere Freiheitsrechte nicht absolut. Sie gilt «innerhalb der gesetzlichen Schranken», woraus aber nicht der Schluss gezogen werden darf, «dass jedes Gesetz ausreicht, um das Freiheitsrecht einzuschränken».<sup>79</sup> Nachdem der Staatsgerichtshof die Handels- und Gewerbefreiheit in seiner älteren Praxis unter Berufung auf den Gesetzesvorbehalt tatbeständlich in der Regel nur so weit schützte, als sie der Gesetzgeber nicht eingeschränkt hatte,<sup>80</sup> anerkennt er in seiner gefestigten neueren Rechtsprechung,<sup>81</sup> dass Grundrechte und damit auch die Handels- und Gewerbefreiheit «Steuerungskraft» auch gegenüber dem Gesetzgeber entfalten.<sup>82</sup> Eingriffe sind demnach nur zulässig, wenn sie im formellen Gesetz hinreichend klar geregelt sind, im öffentlichen Interesse liegen oder für den Schutz der Grundrechte Dritter erforderlich sind und dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprechen. Ausserdem müssen sie den Kernbereich des Freiheitsrechts unangetastet lassen.

Was das öffentliche Interesse betrifft, gehen Rechtsprechung<sup>83</sup> und Schrifttum<sup>84</sup> davon aus, dass die Landesverfassung das Eingriffe recht-

29

30

76 StGH 1996/24 Erw. 2.

77 StGH 2000/10, LES 2003, S. 109 ff.

78 StGH 2000/12, LES 2003, S. 112 ff.

79 StGH 2004/76 Erw. 5, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>.

80 Vgl. hierzu die Beispiele bei Höfling, Grundrechtsordnung, S. 194 f. Zur Anerkennung des materiellen Gehalts der Grundrechte Hoch, Verfassungs- und Gesetzgebung, S. 208.

81 Vgl. zum Perspektivenwechsel Höfling, Grundrechtsordnung, S. 196 f.

82 StGH 2004/14 Erw. 3a, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>, mit Hinweis auf Müller J. P., Elemente, S. 106.

83 Grundsätzlich nicht eingriffsbegründend sind freilich rein fiskalische Interessen. Hierzu StGH 2008/38 Erw. 7 i. v. M. Erw. 19, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>, unter Hinweis auf Hangartner Yvo, Rz. 32 zu Art. 5 BV, in: Ehrenzeller / Mastronardi / Schweizer / Vallender.

84 Hierzu grundlegend Frick, Gewährleistung, S. 278 f. mit weiteren Nachweisen, weiter Höfling, Grundrechtsordnung des Fürstentums Liechtenstein, S. 197 f.

fertigende öffentliche Interesse nicht auf Gefahrenabwehr und Sozialpolitik einengt. Auf der anderen Seite ist auch nicht davon auszugehen, dass die Landesverfassung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts «wirtschaftspolitisch neutral» ist.<sup>85</sup>

31

Weitgehend unbestritten ist, dass die Landesverfassung, so wie in vergleichbaren anderen demokratischen, die Gewaltenteilung beachtenden Verfassungsstaaten, dem Gesetzgeber die «Grundrechtsbegrenzungsaufgabe anvertraut».<sup>86</sup> Diesem kommt demgemäss hinsichtlich der Einhaltung aller Eingriffsvoraussetzungen eine Entscheidungs- bzw. Wertungsprärogative zu; die Landesverfassung zieht ihm dabei Grenzen, die er nicht überschreiten darf, d. h. er darf dem Freiheitsrecht nicht beliebig Schranken ziehen.<sup>87</sup> Bei Eingriffen haben Gesetzgeber und rechtsanwendende Behörden «die Wertentscheidung zu beachten, welche diesem Grundrecht zugrunde liegt, d. h. insbesondere die Privatautonomie hinsichtlich der Wahl und Ausübung des Berufs».<sup>88</sup> Bei der Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit von Eingriffen ist von der Schwere des Eingriffs auszugehen. Die Rechtfertigungsbedürftigkeit hängt also, wie der Staatsgerichtshof unter Verweis auf die vom deutschen Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem «Apothekenurteil» entwickelte «Dreistufentheorie»<sup>89</sup> ausführte, von der Tragweite und Intensität des jeweiligen Eingriffes in die Handels- und Gewerbefreiheit ab».<sup>90</sup>

85 Vgl. hierzu nachstehenden Abschnitt IV.

86 StGH 2006/5 Erw. 3a.

87 StGH 2003/48 Erw. 5.2.4, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>.

88 StGH 2006/44 Erw. 3, LES 2008, S. 11 (16).

89 BVerfGE 7, 377, 397 ff. Vgl. zum Theoriegehalt Stober, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, S. 156 ff., und Frick, *Gewährleistung*, S. 290 ff.

90 StGH 2000/12 Erw. 4.5, LES 2003, S. 112 (121) unter Bezugnahme auf Frick, *Gewährleistung*, S. 290 ff. Im Einklang mit der Grundidee der Dreistufentheorie steht auch die ständige Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs. Siehe z. B. das Urteil vom 2. Dezember 2008 Slg. 1825, Geschäftszahl B 1989/06, wo der VfGH ausführt: «Auch gesetzliche Regelungen, die die Berufsausübung beschränken, sind auf ihre Übereinstimmung mit der verfassungsgesetzlich verbürgten Freiheit der Erwerbsbetätigung zu prüfen und müssen dementsprechend durch ein öffentliches Interesse bestimmt und auch sonst sachlich gerechtfertigt sein. Das bedeutet, dass Ausübungsregeln bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe verhältnismässig sein müssen. Es steht jedoch dem Gesetzgeber bei Regelung der Berufsausübung ein grosserer rechtspolitischer Gestaltungsspielraum offen als bei Regelungen, die den Zugang zu einem Beruf (den Erwerbsantritt) beschränken, weil und insoweit durch

Die Dreistufentheorie ist als spezifische Ausprägung oder Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes im Zusammenhang mit Eingriffen in die von der Handels- und Gewerbefreiheit gewährte Berufsfreiheit zu verstehen. Die erste Stufe umfasst Regelungen, die bloss das «Wie» der Berufsausübung betreffen. Zu denken ist hier an reine Ordnungsvorschriften für die Berufstätigen, welche die Verhinderung der Gefährdung Dritter bezwecken.<sup>91</sup> Hier rechtfertigen in der Regel schon Zweckmässigkeitsgesichtspunkte die Regelung. Die folgenden Stufen betreffen das «Ob» der Aufnahme der Berufstätigkeit. Dabei geht es bei der zweiten Stufe um subjektive Zulassungsbedingungen, bei der dritten um objektive.

Folgt man der Dreistufentheorie, ist die Eingriffsintensität typischerweise bei Regelungen der *Berufsausübung* am geringsten (Stufe 1). Wenn und soweit diese im öffentlichen Interesse erforderlich sind, darf der Gesetzgeber das Grundrecht einschränken. Er hat freilich auch dabei «die materiale Wertentscheidung», die der Handels- und Gewerbefreiheit zugrunde liegt, zu beachten.<sup>92</sup> Eingriffe müssen nicht nur – wie oben gesagt – auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und im öffentlichen Interesse liegen, sondern auch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten, d. h. geeignet, erforderlich und angemessen sein.<sup>93</sup> Sodann darf der Gesetzgeber den Kernbereich, «die Grundidee des Grundrechts» nicht antasten.<sup>94</sup> Schränkt der Gesetzgeber die Handels- und Gewerbefreiheit ein, muss das öffentliche Interesse umso gewichtiger sein, um einen Eingriff zu rechtfertigen, je schwerwiegender der Eingriff für die Betroffenen ist. Das gilt für Grundrechtseingriffe ganz allgemein. Nach der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes zur Handels- und Gewerbefreiheit greifen Bewilligungspflichten in Verbindung mit Fähigkeitszeugnissen und anderen Berufswahl- und Berufsausübungsvoraus-

---

solche die Ausübung einer Erwerbstätigkeit regelnden Vorschriften, der Eingriff in die verfassungsgesetzlich geschützte Rechtssphäre weniger gravierend ist, als durch Vorschriften, die den Zugang zum Beruf überhaupt behindern (s. etwa VfSlg. 13.704/1994 und die dort zitierte Vorjudikatur; weiter VfSlg. 16.024/2000 und 16.734/2002).» Vgl. hierzu Öhlinger, Verfassungsrecht, S. 400 f. und S. 401 Fussnote 41; weiter Walter / Mayer / Kucsko-Stadmayer, Grundriss, S. 759 f.

91 Stein Ekkehart / Frank Götz, Staatsrecht, 21. Auflage, Tübingen 2010, S. 374 f.

92 StGH 2004/14 Erw. 3a, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>.

93 StGH 2008/38 Erw. 7, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>.

94 StGH 2008/38 Erw. 7, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>.

setzungen (Stufe 2) in der Regel deshalb weniger schwer in die freie Lebensgestaltung ein, «weil es innerhalb der Möglichkeiten der Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller liegt, die Voraussetzungen zu erfüllen (sog. <subjektive Voraussetzungen>), als beispielsweise Bedarfsklauseln, die typischerweise schwerwiegendere Eingriffe darstellen (sog. <objektive Voraussetzungen>), und von vornherein nur zulässig sind, wenn sie auf einer klaren formellgesetzlichen Grundlage beruhen und zur Erreichung eines zwingenden öffentlichen Interesses unerlässlich sind (StGH 2004/14, Erw. 3b)».<sup>95</sup>

33

Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Blick auf die Rechtsauffassung, die der amerikanische Supreme Court im Fall *Williamson v. Lee Optical* vertrat und deren Befolgung den Grundrechtsinhalt betreffend Berufsausübungsfreiheit weitestgehend dem Gesetzgeber überliess, weil sie in ihrer Auswirkung den Grundrechtsschutz auf einen Gesetzesvorbehalt reduziert.<sup>96</sup> Unkluge, verschwenderische und unnötige («needless») Anforderungen an die Berufsausübung im Gesetz führten nicht zu dessen Kassierung. Im konkreten Fall wurde eine offensichtlich unverhältnismässige Regelung geschützt. Dies u. a. mit der Begründung, dass es hier um an der Wahlurne zu entscheidende Fragen gehe.<sup>97</sup>

34

Im Rahmen der Überprüfung von Art. 52 a. F. Sanitätsgesetz hat der Staatsgerichtshof Folgendes erwogen: «Art. 52 a. F. Sanitätsgesetz umschreibt die Anforderungen, die der Gesetzgeber an die Bewilligung (<Konzession>) eines <Betriebes der Gesundheitspflege> stellt. [...] Art. 52 Abs. 4 a. F. Sanitätsgesetz verlangt für die Bewilligung ein überwiegendes öffentliches Interesse. Dieses Erfordernis hebt für diese Fallgruppe die übliche Grundrechtsordnung auf. Freiheitsrechte grenzen <staatsfreie Sphären aus> [...]. Unter diesem Aspekt verpflichten sie den Staat zu einem Unterlassen und berechtigen die Privaten zu einem Tun oder Unterlassen. Es handelt sich bei Art. 52 Abs. 4 a. F. Sanitätsgesetz um ein Anwendungsbeispiel für eine Funktionalisierung eines Freiheitsrechts,

95 StGH 2006/5 Erw. 3a, LES 2007, S. 108 (113 ff.).

96 *Williamson v. Lee Optical Co.*, 348 U.S. 483.

97 «The Oklahoma law may exact a needless, wasteful requirement in many cases. But it is for the legislature, not the courts, to balance the advantages and disadvantages of the new requirement.» *Williamson v. Lee Optical Co.*, 348 U.S. 483. Vgl. dazu auch Vallender Klaus A., Schlusswort, in: Ehrenzeller Bernhard/Waldburger Robert (Hrsg.), Wettbewerb und Staatsverantwortung, Zürich/St. Gallen 2009, S. 137 ff., S. 142 f.

die, erfolgte sie in allgemeiner Weise, per se unzulässig wäre [...]. Nach den herkömmlichen Voraussetzungen bedarf der Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit u. a. eines überwiegenden öffentlichen Interesses, um den Eingriff zu rechtfertigen. Der Gesetzgeber kehrt nun diese Ordnung um und verlangt ein überwiegendes öffentliches Interesse, damit von der Handels- und Gewerbefreiheit Gebrauch gemacht werden darf.»<sup>98</sup> Vom praktischen Ergebnis her beinhaltet die referierte Regelung eine Bedarfsklausel, die sich als unverhältnismässig erwies, da sie zur Zielerreichung nicht unerlässlich war.

Nach der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes können freilich nicht nur objektive Voraussetzungen unzulässig sein, sondern namentlich auch «offenkundig übertriebene subjektive Voraussetzungen das verfassungsrechtlich Zulässige überschreiten».<sup>99</sup> Der Staatsgerichtshof lehnt sich hier an die Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes an, der erwog, Ausübungsvorschriften müssten «bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe verhältnismässig sein (öVGH/G 1/04-11, Erw. 2.1 mit weiteren Hinweisen)».<sup>100</sup>

So ist es nach Meinung des Staatsgerichtshofes «offensichtlich stossend, wenn von Personen, die den Beruf der Blumenhändlerin oder des Blumenhändlers zulässigerweise ausüben, verlangt wird, dass sie die einer mehrjährigen Floristenlehre entsprechenden Kenntnisse nachweisen, ansonsten sie dem Verbot unterliegen, *Blumen zu Strässen zusammenzubinden*. Alltagsgefahren überschreitende Gefahren gehen von dieser Tätigkeit nicht aus und das Ziel der Hebung und Bewahrung des hohen Ausbildungsstandes betreffend die Gewerbeausübung im Fürstentum Liechtenstein würde hier auch nicht schwerwiegend beeinträchtigt, weshalb es das Privatinteresse an der Ausübung der Tätigkeit nicht überwiegen kann.»<sup>101</sup>

Was die freien Berufe angeht, hat der Staatsgerichtshof demgegenüber beispielsweise entschieden, dass es zulässig ist, für die Ausübung des Berufes eines *Patentanwaltes* den erfolgreichen Abschluss eines mathematisch-naturwissenschaftlichen Studiums zu verlangen (Art. 2

98 StGH 2004/14 Erw. 4b, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>.

99 StGH 2006/5 Erw. 3a, LES 2007, S. 108 (113 ff.).

100 StGH 2006/5 Erw. 3a, LES 2007, S. 108 (113 ff.).

101 StGH 2004/76 Erw. 8d, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>.

PAG).<sup>102</sup> Der Staatsgerichtshof hat betreffend *Anwälten und Treuhändern* mehrfach festgestellt, dass es im öffentlichen Interesse liegt, die «rechtsberatenden Berufe Bewilligungs- und Befähigungsregeln zu unterwerfen (StGH 1985/13, LES 1987, 42).»<sup>103</sup> Das öffentliche Interesse liegt hier im Schutz der rechtsuchenden Bevölkerung.

38

Hinsichtlich der *Treuhänder* führte der Staatsgerichtshof aus, es dürften an die Voraussetzungen für die Zulassung zur Treuhänderprüfung zwar hohe, aber nicht geradezu prohibitive Anforderungen gestellt werden.<sup>104</sup> Zulässig sind der Nachweis theoretischer Kenntnisse und einschlägige praktische Tätigkeit. Es ist nach Ansicht des Staatsgerichtshofes nicht zu beanstanden, wenn die Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent nicht als praktische Tätigkeit angerechnet wird.<sup>105</sup>

39

Weiter entschied der Staatsgerichtshof, es sei zulässig, dass nach § 180a PGR qualifizierte Anforderung an die *Mitglieder der Verwaltung* von bestimmten Verbandspersonen gestellt werden.<sup>106</sup> Im konkreten Fall ging es um die Erschwerung der Ausübung von Verwaltungsratsmandaten bei Sitzgesellschaften durch Personen mit bloss kaufmännischer Ausbildung. Diese Erschwerung lag in der Verpflichtung zum Beizug einer besser qualifizierten Person als zusätzlichen Verwaltungsrat.

40

Eine Kontosperrung betreffend Personen, die *Bankgeschäfte ohne Bewilligung* durchführen, bedeutet nach Meinung des Staatsgerichtshofes zwar eine tatsächliche Beeinträchtigung der Handels- und Gewerbefreiheit, verletzte aber im konkreten Fall das Grundrecht deshalb nicht, «weil die Sperrung der Bankguthaben nur deshalb erfolgte, um die Interessen des Gläubigers zu schützen und somit diese Massnahme nur als Nebenwirkung den Beschwerdeführer [...] an der Ausübung seines Gewerbes behinderte».<sup>107</sup> Das bedeutete im konkreten Fall, dass die Massnahme eine erforderliche Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit, d. h. eine zur Zielerreichung – Gläubigerschutz – erforderliche Massnahme darstellte. Diese Erwägung bedarf der Präzisierung. Die Sperrung war nicht deshalb mit der Handels- und Gewerbefreiheit zu vereinbaren, weil sie den Grundrechtsträger nur als Nebenwirkung traf,

---

102 StGH 2005/31, LES 2007, S. 87 ff.

103 StGH 1997/29 Erw. 3.2.

104 StGH 1998/38 Erw. 2.7.

105 StGH 1996/38 Erw. 2.1–2.2, LES 1998, S. 177 (179 f.).

106 StGH 2001/7 Erw. 4.2.

107 StGH 2000/8 Erw. 9.

sondern – obgleich als Eingriff zu qualifizieren – zulässig, weil sie im Interesse des Polizeigüterschutzes – hier des Gläubigerschutzes – erforderlich war.

In einem weiteren Urteil stellte der Staatsgerichtshof fest, dass § 165 Abs. 2 StGB keinen unverhältnismässigen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit darstellt. «Denn selbst wenn der Rechtsanwalt die deliktische Herkunft eines Honorars trotz [...] Abklärungen nach wie vor für durchaus möglich hält, genügt dies aufgrund des Ausschlusses des bedingten Vorsatzes in § 165 Abs. 2 StGB zur Begründung einer Strafbarkeit [...] nicht, wenn er sich dessen nicht sicher ist. Gerade das Erfordernis dieser qualifizierten Vorsatzform wird von der vom Beschwerdeführer zitierten Autorin Irene Klippl (Geldwäscherei, Wien 1994, S. 130 f.) nicht berücksichtigt.»<sup>108</sup>

Als leichten Eingriff wertete der Staatsgerichtshof Art. 8 Waffengesetz (alt), wonach die Regierung u. a. ermächtigt wurde, «den Besitz und das Führen von neuartigen Waffen oder neuartiger Munition, die aufgrund ihrer Beschaffenheit, Wirkung oder Wirkungsweise eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellen könnten, durch Verordnung zu verbieten». Diese Bestimmung bezwecke den Schutz der öffentlichen Sicherheit und nicht deren Einschränkung allein aus dem Umstand des Grades der Neuartigkeit von Waffen. Die Einschränkung des privaten Besitz- und Sammlerinteresses «kann in diesem Zusammenhang somit als leichter Grundrechtseingriff gewertet werden».<sup>109</sup>

Zur Frage der *Gesetzmässigkeit* von freiheitsbeschränkenden Verordnungen hielt der Staatsgerichtshof Folgendes fest: «Das Fehlen der für Verordnungen notwendigen gesetzlichen Grundlage erweist sich im vorliegenden Fall als besonders gravierend, weil die in den zu prüfenden Richtlinien reglementierte *Zulassungsbeschränkung als beideter Dolmetscher* und Übersetzer einen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit darstellt. Gerade bei Grundrechtsbeschränkungen ist besonderes Augenmerk darauf zu legen, dass diese durch eine genügend klare gesetzliche Grundlage abgedeckt sind.»<sup>110</sup> «Aufgrund des insbesondere in Art. 92 LV verankerten Legalitätsprinzips benötigt jede Verordnung eine gesetzliche Grundlage in einem Gesetz oder allenfalls direkt in der Ver-

108 StGH 1999/36 Erw. 3.2.2, LES 2003, S. 9 (14).

109 StGH 1999/11 Erw. 5.4, LES 2002, S. 196 (205).

110 StGH 1996/1 Erw. 3.2, LES 1998, S. 123 (125).

41 .....

42 .....

43 .....

fassung (ausführlich hierzu Andreas Schurti, Das Verordnungsrecht der Regierung des Fürstentums Liechtenstein, St. Gallen 1989, S. 133 ff.).»<sup>111</sup> Nach der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes sind die primären, wichtigen Rechtsnormen in einem Gesetz im formellen Sinn zu regeln. Regelungen auf der Verordnungsstufe genügen hier nicht.<sup>112</sup>

44

Zum *Kernbereichsschutz* hat die Praxis folgende Leitlinien entwickelt: «Der Staatsgerichtshof sieht den Kerngehalt der Handels- und Gewerbefreiheit dann nicht als verletzt an, wenn das Institut der Handels- und Gewerbefreiheit an sich überhaupt nicht an Substanz verliert (StGH 1986/11, LES 1988, 45 [49]) oder wenn der Eingriff nicht so weit geht, dass das Freiheitsrecht in seiner Substanz beeinträchtigt wird, oder wenn die Beschränkung die freie Gewerbeausübung nicht zentral trifft (StGH 1985/11, LES 1988, 94 [99 f.]), wohl jedoch dann, wenn ein gesamter Berufsstand oder zumindest ein grosser Teil davon in seiner Tätigkeit beschnitten oder die Tätigkeit überhaupt verboten würde (StGH 1986/11, LES 1988/45 [49]).»<sup>113</sup>

45

Die Überprüfung von gesetzlichen Regelungen auf ihre Verfassungsmässigkeit verlangt die stete Berücksichtigung der Funktion des Staatsgerichtshofs als Gericht. Bei der Überprüfung von Gesetzen legt sich daher der Staatsgerichtshof aus Gründen der Demokratie und der Gewaltenteilung nach ständiger Praxis Zurückhaltung auf.<sup>114</sup> Seine Praxis geht davon aus, dass dem Gesetzgeber eine «Entscheidungsprärogative» zukommt.<sup>115</sup> Andernfalls verschöbe sich seine justizielle Kontrollfunktion in Richtung von Gestaltungen, die dem Gesetzgeber vorbehalten sind. Eingriffe in Grundrechte bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, woraus ersichtlich ist, «dass es in erster Linie der demokratisch legitimierte Gesetzgeber ist, dem die Landesverfassung die Grundrechtsbegrenzungsfunktion anvertraut».<sup>116</sup> Nach der Rechtsprechung

111 StGH 1996/1 und 2 Erw. 3.1, LES 1998, S. 123 (125).

112 Vgl. StGH 1996/1 und 2 Erw. 3.1, LES 1998, S. 123 (125).

113 StGH 2000/12 Erw. 4.5, LES 2003, S. 112 (121 f.).

114 StGH 2004/14 Erw. 4, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>; StGH 2003/16 Erw. 2b.

115 StGH 2006/5 Erw. 3a, LES 2007, S. 108 (113 ff.). Vgl. Fn. 86 zur «Grundrechtsbegrenzungsaufgabe».

116 StGH 2006/5 Erw. 3a, LES 2007, S. 108 (113 ff.) mit Hinweis auf Hesse, Grundzüge, S. 143.



des Staatsgerichtshofs gilt das Gesagte auch im Hinblick auf die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes. Hierzu erwog er, «dass dem Gesetzgeber auch bei der Beurteilung der Notwendigkeit und der übrigen Elemente der Verhältnismässigkeit ein beträchtliches Mass politischer Gestaltungsfreiheit zukommt».<sup>117</sup> Mit der geschilderten Zurückhaltung will der Staatsgerichtshof verhindern, dass seine Rechtsprechung zu einer «Umgehung des politischen Prozesses» führt.<sup>118</sup>

### 3.2 Monopole

Richtet das Gemeinwesen (Land, Gemeinde) ein Monopol ein, behält es sich eine wirtschaftliche Tätigkeit vor.<sup>119</sup> Es handelt sich dabei grundsätzlich um einen Marktausschluss. In der Lehre unterscheidet man *unmittelbar rechtliche* Monopole und *mittelbar rechtliche*. Mit ersterem wird den Privaten eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit verboten und dem Staat vorbehalten. Nur dieser ist dann berechtigt, diese Tätigkeit auszuüben. Von einem mittelbar rechtlichen Monopol spricht man, wenn das Gemeinwesen eine Benützungspflicht für bestimmte wirtschaftliche Leistungen vorsieht (obligatorische Versicherung bei einer staatlichen Anstalt). Schliesslich spricht man von einem *faktischen Monopol*, wenn sich die Monopolstellung des Landes oder der Gemeinde aus deren Herrschaft über die öffentlichen Sachen ergibt.

Zwischen dem Monopol und der Polizeibewilligung erkennt die Lehre (in der Schweiz) die wirtschaftspolitische Bewilligung, d. h. ein Bewilligungssystem, das davon ausgeht, dass kein Anspruch auf eine Bewilligung besteht und die freiheitsbeschränkende Ausübung des Ermessens wirtschaftspolitischen Zielen dient.<sup>120</sup>

Es leuchtet ein, dass die Einführung neuer Monopole durch den Gesetzgeber, ja schon die Beibehaltung bestehender bloss auf Gesetzes-

117 StGH 2006/5 Erw. 3a, LES 2007, S. 108 (113 ff.) mit Hinweisen auf StGH 2004/76 Erw. 8d, im Internet abrufbar unter <www.stgh.li>, und Kley, Grundriss, S. 227.

118 StGH 2006/5 Erw. 3a, LES 2007, S. 108 (113 ff.) mit Hinweis auf Rhinow René A., Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: Recht als Prozess und Gefüge. Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 427 ff. (446).

119 Vgl. zu den Begriffen und zur schweizerischen Dogmatik Vallender, Art. 27 BV, Rz. 64 ff. mit zahlreichen Nachweisen; Frick, Gewährleistung, S. 128 f.

120 In diesem Sinne wohl Veit Marc D./Lehne Jens B., Art. 106 BV, Rz. 7, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender.

stufe vorgesehener Monopole, hohe Anforderungen an den Nachweis des Vorliegens eines zwingenden öffentlichen Interesses und an die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit stellt. Derartige zwingende Interessen können solche der Sicherheit sein oder der Schutz der Einzelnen oder der Gesellschaft. Als Beispiel könnte die Monopolisierung bestimmter Glücksspiele angesehen werden.<sup>121</sup>

49

Anders zu beurteilen ist freilich die Einführung oder Beibehaltung von Monopolen durch den Verfassungsgeber. Solche Monopole bilden die klassischen Regalrechte wie beispielsweise das Hoheitsrecht über die Gewässer (Art. 21 LV) oder das Jagd, Fischerei- oder Bergregal nach Art. 22 LV.<sup>122</sup> Diese Regalrechte kann der Staat grundsätzlich auch fiskalisch nutzen.<sup>123</sup>

#### IV. Die Handels- und Gewerbefreiheit als Ordnungsprinzip

50

Nach der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes garantiert die Handels- und Gewerbefreiheit – wie oben bereits angesprochen – «die Freiheit der Wirtschaft ganz allgemein». Durch diese Formulierung macht der Staatsgerichtshof deutlich, dass diesem Freiheitsrecht über die Funktion als Abwehrrecht hinaus eine objektiv-rechtliche Funktion zukommt.<sup>124</sup> Unter diesem Aspekt ist die Handels- und Gewerbefreiheit ein Ordnungsprinzip, das besagt, dass ihr ein objektiver Gehalt zukommt, der über das Schutzinteresse der einzelnen Grundrechtsadressaten hinausreicht. Insofern zeigt der Verfassungsgeber mit der Handels- und Gewerbefreiheit in diesem Punkt analog zu Art. 12 Grundgesetz, dass dieses Freiheitsrecht als solches wertvoll und der Staat für es verantwortlich ist. Dementsprechend hat der Gesetzgeber bei der Ordnung des Wirtschaftslebens dem Grundrecht Rechnung zu tragen.<sup>125</sup>

121 Dem folgt die Rechtsprechung des öVfGH (z.B. Urteil vom 10. Juni 2010, B887/09) und des deutschen Bundesverfassungsgerichts (z.B. BVerfGE 102, 197 ff.; BVerfG, Urteil vom 28. März 2006, 1BvR 1054/01).

122 Vgl. Frick, Gewährleistung, S. 128.

123 Vgl. StGH 2009/49 Erw. 3.4 bezüglich Jagdpachterträge.

124 Im Schrifttum wird in diesem Zusammenhang von einem «systemfunktionalen Reflex» gesprochen. So Höfling, Grundrechtsordnung des Fürstentums Liechtenstein, Rz. 57.

125 Vgl. in diesem Sinne Nolte, Art. 12 GG, Rz. 10.

Die Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit steht, was die institutionelle Seite betrifft, wohl zwischen der schweizerischen und der deutschen Verfassungslage. Sie ist gekennzeichnet durch den Traditionsanschluss – ursprüngliche Orientierung an der in die alte Bundesverfassung von 1874 aufgenommenen Handels- und Gewerbefreiheit, jedoch ohne die Übernahme des Verfassungsvorbehaltes für bestimmte Wirtschaftspolitiken. Die Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit geht damit weiter als Art. 12 GG, aber weniger weit als Art. 27 BV i. v. M. Art. 94 Abs. 4 und 96 BV. Falsch wäre es deshalb, in Analogie zur Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts von einer «wirtschaftspolitischen Neutralität» der Landesverfassung zu sprechen.<sup>126</sup> Der Staatsgerichtshof hat diese Konzeption in seinem Urteil vom 2. Mai 1988 treffend wie folgt formuliert: «Art. 36 der Verfassung bestimmt, dass Handel und Gewerbe innerhalb der gesetzlichen Schranken frei sind. Die liechtensteinische Verfassung enthält somit eine besondere Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit und geht insofern weiter als die Verfassungen von Staaten, die nur einzelne Aspekte der wirtschaftlichen Betätigung, zum Beispiel die Berufswahlfreiheit, besonders gewährleisten und im übrigen die wirtschaftliche Tätigkeit im Rahmen und nach Massgabe anderer Grundrechte, wie des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und der Eigentumsgarantie, beurteilen [...]. Die liechtensteinische Verfassung geht andererseits in Art. 36 weniger weit als die schweizerische Bundesverfassung, welche die Handels- und Gewerbefreiheit grundsätzlich umfassend gewährleistet, indem wirtschaftspoli-

---

126 Auch die Feststellung der «wirtschaftspolitischen Neutralität» des Grundgesetzes darf freilich nicht in dem Sinn missverstanden werden, als sei das Grundgesetz gegenüber wirtschaftspolitisch motivierten Eingriffen indifferent. Hierzu: Stern, Staatsrecht, Band IV/1, S. 1766 f.; Vallender / Hettich / Lehne, Wirtschaftsfreiheit, § 2 Rz. 43–46. «Die «wirtschaftspolitische Neutralität» des Grundgesetzes besteht lediglich darin, dass sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat. Dies ermöglicht dem Gesetzgeber, die ihm jeweils sachgemäss erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachtet.» BVerfGE 4, 7, 17 f. (Investitionshilfe-Urteil); bestätigt in: BVerfGE 7, 377, 400 (Apotheken-Urteil); BVerfGE 50, 290, 336 ff. (Mitbestimmungs-Urteil). Was namentlich die Beachtung der Berufsfreiheit bedeutet, woraus sich unter Anwendung der Dreistufentheorie ein substanzieller Grundrechtsschutz ergibt. Vgl. hierzu auch Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 39 ff., und Vallender, Wirtschaft, S. 947.

tisch motivierte Eingriffe nur zulässig sind, wenn die Bundesverfassung sie ausdrücklich oder stillschweigend besonders vorsieht [...].»<sup>127</sup>

52

Hinsichtlich Landesverfassung ist wohl unbestritten, wenn im Schrifttum davon ausgegangen wird, dass Art. 36 das «Prinzip der privatautONOMEN Wirtschaftsgestaltung» verbürgt.<sup>128</sup> Einen ordnungspolitischen Grundentscheid oder eine dem systematischen Zusammenhang von Art. 26, 27, 94 und 96 der schweizerischen Bundesverfassung vergleichbare Aussage zur Wirtschaftsordnung enthält die Landesverfassung indessen nicht.<sup>129</sup> Wie der Staatsgerichtshof ebenfalls festhielt, enthält Art. 36 LV eine «ähnliche Garantie [...] wie Art. 6 Abs. 1 des österreichischen Staatsgrundgesetzes von 1867 [...]. Die Handels- und Gewerbefreiheit darf danach durch Gesetz eingeschränkt werden, wenn die Regelung durch öffentliche Interessen geboten, zur Zielerreichung geeignet und in der Ausgestaltung verhältnismässig ist und das Grundrecht in seiner Substanz gewahrt wird. [...] Die Formulierung von Art. 36 [...], wonach Handel und Gewerbe «innerhalb der gesetzlichen Schranken» frei sind, deutet im besonderen darauf hin, dass das Grundrecht nicht durch zu weitgehende Einschränkungen ausgehöhlt werden darf.»<sup>130</sup>

53

Was Klaus Stern für im Hinblick auf das Grundgesetz hervorgehoben hat, gilt umso mehr für die Landesverfassung: «Wo ein jeder frei entscheiden darf, auf welche Weise er seine Lebensgrundlagen sichert und erhält, ist die wettbewerbliche Grundstruktur der Wirtschaftsordnung

---

127 StGH 1985/11, LES 1988, S. 94 ff. (99).

128 Frick, Gewährleistung, S. 105.

129 Vgl. hierzu Vallender, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 74 ff.; Vallender, Wirtschaft, S. 956 f. Nach Art. 94 Abs. 4 BV sind Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regale begründet sind. «Unzulässig sind wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen, die den Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbebezüge oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen, oder sonst wie den Wettbewerb verzerren (Art. 94 Abs. 4; BV; BGE 128 I 3 E. 3a S. 9 f.; BGE 125 I 276 E. 3a S. 277, BGE 125 I 322 E. 3a S. 326, 335 E. 2a S. 337)» (BGE 130 I 26 S. 43). Zu einer ähnlichen Bundesgerichtspraxis zum Verfassungsvorbehalt vor der in Art. 94 Abs. 4 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (in Kraft seit 1. Januar 2000) vorgenommenen Präzisierung, d. h. auf der Grundlage der Bundesverfassung von 1874, siehe Frick, Gewährleistung, S. 268 unter Hinweis auf BGE 111 Ia 186 und weitere Urteile. Einen vergleichbaren «Verfassungsvorbehalt» enthält die Landesverfassung nicht.

130 StGH 1985/11, LES 1988, S. 94 ff. (99).

notwendige Konsequenz.»<sup>131</sup> Dies gilt zumindest im Hinblick auf die Gefährdung des Wettbewerbs durch den Staat (negative Wettbewerbsgarantie).<sup>132</sup> Insofern kann man festhalten, dass die Landesverfassung mit den wirtschaftlichen Grundrechten (Handels- und Gewerbefreiheit, Eigentumsgarantie und Koalitionsfreiheit) einen impliziten Grundentscheid für eine Privatwirtschaft enthält. Wirtschaften ist demnach grundsätzlich Sache der Privaten. Der Staat hat sich prinzipiell wettbewerbsneutral zu verhalten. Das führt zum System des möglichen Wettbewerbs. Insofern ist der Ausspruch von Friedhelm Hufen, die Mehrzahl von Berufsfreiheit heiße Wettbewerb,<sup>133</sup> zu ergänzen in «die Mehrzahl von Berufsfreiheit heißt «möglicher Wettbewerb»». Wie weit das Wirtschaften sich auch in der Realität durch den Koordinationsmechanismus Wettbewerb abspielt, lässt sich aufgrund der Grundrechte allein nicht steuern. Sicher ist, dass auf dem Arbeitsmarkt weitgehend mittels Gruppenvereinbarung (Gesamtarbeitsverträge) und staatlicher Allgemeinverbindlicherklärung von Gruppenvereinbarungen koordiniert wird. Was die Bedrohung des Wettbewerbs durch die Privaten angeht, bedarf es weiterer Vorkehrungen.<sup>134</sup>

### Spezialliteratur-Verzeichnis

His Eduard, Geschichte des neueren Schweizerischen Staatsrechts. 3. Band: Der Bundesstaat von 1848 bis 1914, 2. Halbband, Basel 1938, S. 595 ff. (zit.: His, Geschichte); Höfling Wolfram, Vertragsfreiheit, Heidelberg 1991 (zit.: Höfling, Vertragsfreiheit); Nolte Martin, in: Stern Klaus/Becker Florian (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, Köln 2010, Art. 12 GG (zit.: Nolte, Art. 12 GG); Saladin Peter, Grundrechte im Wandel, Bern 1970 (zit. Saladin, Grundrechte); Schurti Andreas, Das Verordnungsrecht der Regierung des Fürstentums Liechtenstein, St. Gallen 1989 (zit.: Schurti, Verordnungsrecht); Stern Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band IV/1, München 2006 (zit.: Stern, Staatsrecht, Band IV/1); Stober Rolf, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 17. Aufl., Stuttgart 2011 (zit. Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht); Vallender Klaus A., Wirtschaftsfreiheit, in: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Bd. VII/2, Heidelberg 2007, § 222, S. 547 ff. (zit.: Vallender, Wirtschaftsfreiheit); Vallender Klaus A., Wirtschaft, in: Thürer Daniel et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 955 ff. (zit. Vallender, Wirtschaft).

---

131 Stern, Staatsrecht, Band. IV/1, S. 1766.

132 Hierzu Höfling, Grundrechtsordnung, S. 188; weiter Frick, Gewährleistung, S. 340.

133 Friedhelm Hufen, Berufsfreiheit – Erinnerung an ein Grundrecht (Mainzer Antrittsvorlesung), in: NJW 1994, S. 2913 ff. (2915).

134 Vgl. hierzu am Beispiel der Schweiz Vallender/Hettich/Lehne, Wirtschaftsfreiheit, S. 269 ff. und S. 384 ff.

