

Rechtsgutachten
zur Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit
einer bundesrechtlichen Rahmenregelung
der Ladenöffnungszeiten

Im Auftrag des Staatssekretariates für Wirtschaft (SECO)

Erstattet von

Dr. Paul Richli

em. Ordinarius für öffentliches Recht, Agrarrecht und Rechtsetzungslehre
an der Universität Luzern

Unter Mitarbeit von

Marc M. Winistörfer, MLaw & BA in Political Economics,
Assistent an der Universität Luzern

21. April 2015

Inhaltsverzeichnis

1. Ausgangslage und Fragestellung	2
1.1. Ausgangslage	2
1.2. Fragestellung.....	3
2. Vorgehen und Aufbau des Gutachtens	3
3. Verfassungsrechtliche Bedeutung von Artikel 5a und 43a BV	4
3.1. Entstehungsgeschichte und Auslegung	4
3.2. Bedeutung von Artikel 42 Absatz 2 BV sowie von Artikel 5a und von 43a Absatz 1 BV in der bisherigen Praxis der Bundesbehörden.....	6
4. Bundeskompetenz zum Erlass von Bestimmungen über die Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten (Art. 95 Abs. 1 BV) 11	
4.1. Allgemeines	11
4.2. Bestehende kantonale Regelungen über die Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten.....	12
5. Elemente für die Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der bundesrechtlichen Rahmenregelung über die Ladenöffnungszeiten.....	14
5.1. Vorbemerkungen.....	14
5.2. Wirtschaftsfreiheit nach Artikel 27 BV und ihr Schutz.....	14
5.3. Voraussetzungen für die Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 36 BV).....	17
5.4. Sicherung der Wettbewerbsneutralität	19
5.5. Bedeutung des Konsumentenschutzes (Art. 97 Abs. 1 BV)	21
5.6. Subsidiaritätsprinzip nach Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV.....	22
5.7. Abwägung der Beurteilungselemente	24
6. Ergebnis.....	29

1. Ausgangslage und Fragestellung

1.1. Ausgangslage

- 1 Zur Umsetzung der Motion Lombardi (12.3637) „Frankenstärke. Teilharmonisierung der Ladenöffnungszeiten“ hat der Bundesrat den Entwurf des Bundesgesetzes über die Ladenöffnungszeiten (LadÖG) erarbeitet. Das LadÖG sieht auf nationaler Ebene einen Mindeststandard für die Ladenöffnungszeiten von Montag bis Samstag vor. Detailhandelsunternehmen sollen alle die Möglichkeit erhalten, ihre Geschäfte zwischen 6 und 20 Uhr unter der Woche und am Samstag zwischen 6 und 19 Uhr offenzuhalten. Der Sonntag sowie die Abend- und Nachtarbeit sind nicht betroffen. Die kantonalen Feiertage und deren Vortage sind vom Geltungsbereich der neuen Regelung ausgenommen.
- 2 Im Rahmen der Vernehmlassung wurden teilweise verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Kompetenz des Bundes zur Teilharmonisierung der Ladenöffnungszeiten geäußert. Der Beauftragte soll daher die verfassungsrechtliche Grundlage für den Gesetzesentwurf untersuchen.

1.2. Fragestellung

- 3 Die vom SECO formulierte Fragestellung lautet wie folgt:
- 4 Der Beauftragte wird ein Gutachten erstellen, inwieweit dem Bund die verfassungsrechtliche Kompetenz zur Teilharmonisierung der Ladenöffnungszeiten zusteht.
- 5 Insbesondere wird der Beauftragte bei der Erstellung des Gutachtens und in der Begründung folgende Fragen bzw. Elemente berücksichtigen:
- Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen zur bundesrechtlichen Teilharmonisierung der Bestimmungen hinsichtlich der Ladenöffnungszeiten (Mindeststandard).
 - Inwieweit umfasst in diesem Rahmen Art. 95 BV die Kompetenz des Bundes zur Teilharmonisierung der Ladenöffnungszeiten?
 - Wie geht das Verfassungsrecht mit dem Zielkonflikt zwischen (Teil-)Harmonisierung einerseits und dem Selbstbestimmungsrecht der Kantone im Rahmen der föderalen Ordnung der Schweiz (Art. 5a, 43a BV) andererseits um?

2. Vorgehen und Aufbau des Gutachtens

- 6 Die Fragestellung erfordert eine Auseinandersetzung mit Bestimmungen der Bundesverfassung (BV), nämlich insbesondere mit Artikel 5a und Artikel 43a (Subsidiaritätsprinzip), Artikel 95 Absatz 1 BV (Bundeskompetenz zum Erlass von Bestimmungen über die private Wirtschaftstätigkeit) sowie Artikel 27 BV (Wirtschaftsfreiheit). Im Fokus des Interesses steht nach der Fragestellung das Verhältnis von Artikel 5a und Artikel 43a BV zu Artikel 95 Absatz 1 BV.
- 7 Es scheint angezeigt, vorweg die verfassungsrechtliche Bedeutung von Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV herauszuarbeiten (Ziff. 3). Dabei wird der Entstehungsgeschichte nachzugehen sein (Ziff. 3.1). Von Interesse wird sein, welche Bedeutung die genannten Bestimmungen in der bisherigen Praxis der Bundesbehörden erlangt haben (Ziff. 3.2). Anschliessend geht es um die Auslotung der Bundeskompetenz zum Erlass von Bestimmungen über die Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten in Artikel 95 Absatz 1 BV (Ziff. 4). Zunächst ist die Bundeskompetenz in allgemeiner Weise zu umschreiben (Ziff. 4.1). Anschliessend soll aufgezeigt werden, wo heute noch kantonrechtliche Regelungen über die Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten bestehen (Ziff. 4.2). Damit sind die Grundlagen dafür geschaffen, die Frage nach Argumenten für und gegen die bundesrechtliche Rahmenregelung über Ladenöffnungszeiten zu stellen (Ziff. 5). Dafür sind nach Vorbemerkungen (Ziff. 5.1) insbesondere die Wirtschaftsfreiheit nach Artikel 27 BV (Ziff. 5.2) sowie die Voraussetzungen für deren Beschränkung nach Artikel 36 BV (Ziff. 5.3) zu thematisieren. Es folgen Ausführungen zur Sicherung der Wettbewerbsneutralität als einem wesentlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit (Ziff. 5.4) sowie zur Bedeutung des Konsumentenschutzes (Ziff. 5.5). Alsdann ist der Blick auf das Subsidiaritätsprinzip nach Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV (Ziff. 5.6) zu richten. Zentral ist die Abwägung der diskutierten Beurteilungselemente (Ziff. 5.7). Zum Schluss wird das Ergebnis zusammenfassend referiert. Dabei wird zusätzlich

eine Plausibilisierung anhand der Prüfung durchgeführt, ob den Kantonen im Fall der Bejahung der Verfassungsmässigkeit des LadÖG noch substantielle Regelungsbereiche verbleiben, und zwar mit Bezug auf die Ladengeschäfte wie mit Bezug auf andere privatwirtschaftliche Tätigkeiten (Ziff. 6).

- 8 Nicht näher thematisiert wird der Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, weil dieser bundesrechtlich im Arbeitsrecht abschliessend geregelt ist.¹ Argumente betr. dieser Schutzposition, die im Vernehmlassungsverfahren vorgetragen worden sind², werden daher hier nicht aufgegriffen.
- 9 Statt der gewählten Vorgehensweise hätte auch nur geprüft werden können, ob die Beschränkung auf eine Bundesrahmenregelung das Subsidiaritätsprinzip nicht schon per se hinreichend wahre. Dem Gutachter scheint es indessen vorzugswürdig, die Prüfung nicht in diesem Sinn einzuschränken, sondern diese ohne jede Beschränkung für die konkret im Entwurf zum LadÖG verankerte Regelung durchzuführen.

3. Verfassungsrechtliche Bedeutung von Artikel 5a und 43a BV

3.1. Entstehungsgeschichte und Auslegung

- 10 Die Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV sind im Zusammenhang mit der Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen sowie dem Finanzausgleich in die Bundesverfassung aufgenommen worden. Sie knüpfen an eine vorbestehende Bestimmung in Artikel 42 Absatz 2 BV an, die mit der genannten Neuverteilung der Aufgaben aufgehoben worden ist.³ Die Bestimmungen lauten und lauteten wie folgt, wobei Artikel 43a im Interesse der Herstellung des Kontextes mit allen Absätzen zitiert wird:

Art. 42 Aufgaben des Bundes

² *Er übernimmt die Aufgaben, die einer einheitlichen Regelung bedürfen.*

Art. 5a Subsidiarität

Bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben ist der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten.

Art. 43a Grundsätze für die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben

¹ *Der Bund übernimmt nur die Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen.*

² *Das Gemeinwesen, in dem der Nutzen einer staatlichen Leistung anfällt, trägt deren Kosten.*

¹ BGE 130 I 279 E. 2.3.1; vgl. auch PAUL RICHLI, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007, Rz. 295.

² Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung vom 19. Februar 2014, S. 4 f. und 14.

³ Aufgehoben in der Volksabstimmung vom 28. Nov. 2004, mit Wirkung seit 1. Jan. 2008 (BB vom 3. Okt. 2003, BRB vom 26. Jan. 2005, BRB vom 7. Nov. 2007 – AS 2007 5765; BBl 2002 2291, BBl 2003 6591, BBl 2005 951).

³ *Das Gemeinwesen, das die Kosten einer staatlichen Leistung trägt, kann über diese Leistung bestimmen.*

⁴ *Leistungen der Grundversorgung müssen allen Personen in vergleichbarer Weise offen stehen.*

⁵ *Staatliche Aufgaben müssen bedarfsgerecht und wirtschaftlich erfüllt werden.*

- 11 Die Ablösung mit Wirkung seit dem 1. Januar 2008 von Artikel 42 Absatz 2 BV durch Artikel 5a und 43a BV erfolgte im Zuge der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen.⁴ Die Absicht des Bundesrates war die bessere Sicherung und Konkretisierung der Kompetenzen der Kantone durch eine Ergänzung des früheren Artikels 42 Absatz 2 BV. Neu kam zum Bedarf nach einer einheitlichen Regelung hinzu, dass der Bund die Aufgaben übernehme, welche die Kraft der Kantone übersteigen.⁵ In der parlamentarischen Beratung wurde die Bestimmung auf Antrag der ständerätlichen Spezialkommission durch die Einschränkung „nur“ ergänzt.⁶ Diese bezieht sich auf das bisherige Element (Bedarf nach einer gemeinsamen Regelung) sowie auf das neue Element (Übersteigen der Kraft der Kantone).
- 12 Gemäss zutreffender Auffassung in der Rechtslehre ergibt sich aus Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV die Pflicht von Bundesrat und Bundesversammlung, den Erlass von Bundesgesetzen am Subsidiaritätsprinzip zu messen und die Notwendigkeit der Bundesregelung zu begründen.⁷ Auch der Bundesrat selber betonte diese Pflicht in der Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen. Er spricht von einem verstärkten Rechtfertigungs- und Begründungszwang für den Gesetzgeber.⁸ Dass eine solche besondere Begründungspflicht bestehen soll, wurde auch in der parlamentarischen Debatte festgehalten.⁹
- 13 Angesichts der vom Bundesrat betonten Wichtigkeit der Begründungs- und Rechtfertigungspflicht hätte man eigentlich erwarten können, dass diese Pflicht auch ins Parlamentsgesetz (ParlG)¹⁰ eingeschrieben worden wäre. Dies war aber nicht der Fall. Artikel 141 Absatz 2 Buchstabe a ParlG bestimmt nämlich:

² In der Botschaft begründet er (sc. der Bundesrat) den Erlassentwurf und kommentiert soweit nötig die einzelnen Bestimmungen. Darüber hinaus erläutert er insbesondere folgende Punkte, soweit substantielle Angaben dazu möglich sind:

⁴ Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen, BBl 2001 2291.

⁵ Botschaft (Fn. 4), S. 2339 und 2458.

⁶ AB S 2002 857.

⁷ RAINER J. SCHWEIZER/LUCIEN MÜLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 43a BV, Rz. 5.

⁸ Siehe Botschaft (Fn. 4), S. 2340.

⁹ Vgl. Votum Vallender, AB N 2003 953.

¹⁰ SR 171.10.

a. die Rechtsgrundlage, die Auswirkungen auf die Grundrechte, die Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht und das Verhältnis zum europäischen Recht;

- 14 Die Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV verankern keine verfassungsrechtlich geschützten Grundrechte. Sie gehören aber dennoch zum Bundesverfassungsrecht, d.h. zum Recht, das der Bundesgesetzgeber als übergeordnetes Recht zu beachten hat. Der Bundesrat wäre daher gehalten, in seinen Botschaften auch zur Vereinbarkeit einer beantragten Regelung mit den genannten Artikeln Stellung zu nehmen. Wie sich zeigen wird, wurde diese Verpflichtung in der bisherigen Rechtsetzungspraxis aber „vergessen“ (siehe hinten Rz. 17 ff.).
- 15 Das wichtigste Anwendungsgebiet hat das in Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV verankerte Subsidiaritätsprinzip im Bereich der so genannten konkurrierenden Kompetenzen des Bundes.¹¹ Dabei handelt es sich um Regelungszuständigkeiten, welche die Kantone so lange wahrnehmen können, als der Bund nicht selber Rechtsregeln erlässt.¹² Zu diesen Bestimmungen gehört insbesondere auch Artikel 95 Absatz 1 BV, der im vorliegenden Zusammenhang (siehe hinten Rz. 39 ff.) von Belang ist.¹³
- 16 Das Subsidiaritätsprinzip hat nach herrschender Lehre den Charakter eines Verfassungsgrundsatzes oder einer staatspolitischen Maxime und ist damit rechtlich nicht durchsetzbar (nicht justiziabel).¹⁴ Für die Ausnützung von Bundeskompetenzen richtet sich der Grundsatz an den Bundesrat und an die eidgenössischen Räte, woraus – wie bereits erwähnt (vorne Rz. 12 ff.) – die besondere Rechtfertigungs- und Begründungspflicht für das Erfordernis einer Bundesregelung folgt.¹⁵

3.2. Bedeutung von Artikel 42 Absatz 2 BV sowie von Artikel 5a und von 43a Absatz 1 BV in der bisherigen Praxis der Bundesbehörden

- 17 Wie vorstehend dargelegt (Rz. 12 ff.) sind Bundesrat und eidgenössische Räte verpflichtet, sich bei Erlass von Bundesgesetzen mit dem Subsidiaritätsprinzip nach Artikel 5a und 43 Absatz 1 BV auseinanderzusetzen. Eine entsprechende Pflicht bestand schon unter der Herrschaft von Artikel 42 Absatz 2 BV, d.h. von 2000 bis 2008.¹⁶ Nachstehend wird daher eine Übersicht über wichtige Bundesgesetze geboten, welche sich ausschliesslich oder unter anderem auf Artikel 95 Absatz 1 BV stützen. Es wird jeweils ohne ausführliche Begründung angegeben, wo die Notwendigkeit einer Bundesregelung als evi-

¹¹ Vgl. auch RAINER J. SCHWEIZER/LUCIEN MÜLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 24.

¹² Vgl. etwa RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 3 BV, Rz. 16 ff., bes. Rz. 18.

¹³ Vgl. etwa PETER HETTICH, St. Galler Kommentar zu Art. 95 BV, Rz. 4.

¹⁴ Siehe etwa RAINER J. SCHWEIZER/LUCIEN MÜLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 6 ff.; weitergehend PAUL RICHLI, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 2007 I 47 ff., was im vorliegenden Zusammenhang aber nicht von Bedeutung ist.

¹⁵ Vgl. RAINER J. SCHWEIZER/LUCIEN MÜLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV, Rz. 21.

¹⁶ So auch JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich/Bâle/Genève 2003, art. 42, no. 20.

dent erscheint und wo dies nicht der Fall ist. Beim Fehlen der Evidenz wird nachgewiesen, ob sich der Bundesrat in seinen Botschaften oder Vernehmlassungsberichten mit Artikel 42 Absatz 2 BV bzw. mit Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV auseinandergesetzt hat. Ganz am Ende kommt die Sprache auf den Entwurf zum Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten. Die Erlasse werden in chronologischer Reihenfolge aufgeführt.

- 18 Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA)¹⁷, erlassen gestützt auf Artikel 95 BV. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist evident. Es geht für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte um die Gewährleistung eines nationalen Qualifikationsstandards für die Berufszulassung. Die Verankerung der Freizügigkeit gemäss Binnenmarktgesetz (BGBM)¹⁸ genügt nicht.
- 19 Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über den Schutz vor gefährlichen Stoffen und Zubereitungen (Chemikaliengesetz, ChemG)¹⁹, erlassen gestützt auf die Artikel 95 Absatz 1, 110 Absatz 1 Buchstabe a und 118 Absatz 2 Buchstabe a BV. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist evident. Die Freizügigkeit zwischen den Kantonen kann grundsätzlich nur der Bund regeln. Ein Konkordat unter den Kantonen wäre wohl kaum zu realisieren.
- 20 Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG)²⁰, erlassen gestützt auf die Artikel 95 Absatz 1 und 118 Absatz 2 BV. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist evident. Die der Bundesregelung vorangehende Konkordatsregelung konnte nicht länger aufrechterhalten werden.
- 21 Bundesgesetz vom 23. März 2001 über das Gewerbe der Reisenden²¹, erlassen gestützt auf die Artikel 95 und 97 BV. Diese Regelung löste das vorangehende Bundesgesetz über die Handelsreisenden aus dem Jahr 1930 ab. Das Begehen auf Erlass des neuen Gesetzes ging von der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorenkonferenz aus; diese hielt dafür, eine Vereinheitlichung der Anforderungen an die Reisendentätigkeit solle vereinheitlicht werden.²²
- 22 Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über den internationalen Kulturgütertransfer (Kulturgütertransfergesetz, KGTG)²³, erlassen gestützt auf die Artikel 69 Absatz 2 und 95 Absatz 1 BV. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist evident. Es geht um die Regelung von Sachverhalten, welche die Landesgrenze überschreiten und daher einer nationalen Regelung bedürfen.

¹⁷ SR 935.6.

¹⁸ SR 943.02.

¹⁹ SR 813.1.

²⁰ SR 812.21.

²¹ SR 943.1.

²² Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Reisengewerbe, BBl 2000 4194.

²³ SR 444.1.

- 23 Bundesgesetz vom 19. Dezember 2003 über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES)²⁴, erlassen gestützt auf die Artikel 95 Absatz 1 und 122 Absatz 1 BV. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist evident. Ein solcher Zertifizierungsdienst muss nach nationalen Standards handeln können.
- 24 Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG)²⁵, erlassen gestützt auf die Artikel 95 Absatz 1, 122 Absatz 1 und 123 Absatz 1 BV. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist evident. Es gibt einen engen Zusammenhang mit dem bundesrechtlich geregelten Privatrecht.
- 25 Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG)²⁶, erlassen gestützt auf Artikel 95 Absatz 1 BV. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist evident. Es gibt hochrangige gesundheitspolizeiliche Schutzinteressen der Patientinnen und Patienten für eine Bundesregelung.
- 26 Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG)²⁷, erlassen gestützt auf die Artikel 95 und 98 BV. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist evident. Für diese Bundesregelung stehen hochrangige wirtschaftspolizeiliche sowie auch systemische Interessen des Bundes.
- 27 Bundesgesetz vom 20. März 2009 über die Zulassung als Strassentransportunternehmen (STUG)²⁸, erlassen gestützt auf die Artikel 63 Absatz 1, 92 und 95 Absatz 1 BV. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist evident. Diese Regelung hat einen Zusammenhang mit der Bahnreform und erfasst auch Sachverhalte, welche die Landesgrenze überschreiten.
- 28 Bundesgesetz vom 20. März 2009 über die Patentanwältinnen und Patentanwälte (Patentanwaltsgesetz, PAG)²⁹, erlassen gestützt auf Artikel 95 BV. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist evident. Es geht – wie beim Freizügigkeitsgesetz für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte – um die Gewährleistung eines nationalen Qualifikationsstandards für die Berufszulassung. Die Verankerung der Freizügigkeit gemäss BGBM genügt nicht.
- 29 Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Produktesicherheit (PrSG)³⁰, erlassen gestützt auf die Artikel 95 Absatz 1, 97 Absatz 1, 110 Absatz 1 Buchstabe a BV. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist

²⁴ SR 943.03.

²⁵ SR 221.302.

²⁶ SR 811.11.

²⁷ SR 956.1.

²⁸ SR 744.10.

²⁹ SR 935.62.

³⁰ SR 930.11.

evident. Es geht um den Schutz hochrangiger Interessen der Verwenderinnen und Verwender von Produkten, der eine nationale Regelung erfordert.

- 30 Bundesgesetz vom 18. Juni 2010 über die Unternehmens-Identifikationsnummer (UIDG)³¹, erlassen gestützt auf die Artikel 59 Absatz 4, 61 Absatz 4, 65 Absatz 2, 77 Absatz 2, 80 Absätze 1 und 2, 95 Absatz 1, 104 Absatz 1, 112 Absatz 1, 113 Absatz 1, 114 Absatz 1, 116 Absätze 2 und 3, 117 Absatz 1, 118 Absatz 2 Buchstaben a und b, 122 Absatz 1 und 130 Absatz 1 BV. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist hier evident. Die Regelung hat einen Zusammenhang mit der Bundesstatistik.
- 31 Bundesgesetz vom 17. Dezember 2010 über das Bergführerwesen und Anbieten weiterer Risikoaktivitäten³², erlassen gestützt auf die Artikel 63 Absatz 1, 95 und 97 BV. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist hier wohl weniger evident als etwa bei den Medizinalberufen. Zwar kann man das Bedürfnis nach Sicherheit der Kundinnen und Kunden anführen, welches nicht zuletzt wegen der ausländischen Touristinnen und Touristen eine nationale Regelung für geboten erscheinen lassen kann. Doch dürften bei weitem nicht alle Kantone eine entsprechende Regelung benötigen, weil es im Wesentlichen nur in den Bergkantonen Risikoaktivitäten der fraglichen Art für Touristinnen und Touristen gibt. Es wäre daher mindestens prüfenswert gewesen, ob ein Konkordat unter den betroffenen Kantonen zielführend gewesen wäre.
- 32 Bundesgesetz vom 18. März 2011 über die Psychologieberufe (Psychologieberufegesetz, PsyG)³³, erlassen gestützt auf die Artikel 95 Absatz 1 und 97 Absatz 1 BV. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist hier wohl evident. Es geht um hochrangige Interessen des Gesundheitsschutzes, die wohl kaum auf dem Konkordatsweg gewährleistet werden können, und es gibt gute Gründe für einen nationalen Qualifikationsstandard für die Berufsausübung.
- 33 Bundesgesetz vom 17. Juni 2011 über das Messwesen (Messgesetz, MessG)³⁴, erlassen gestützt auf die Artikel 95 Absatz 1 und 125 BV. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist hier evident. Die Regelung von Massen ist seit langem international vereinheitlicht. Dies schliesst eine kantonale Regelung automatisch aus.
- 34 Bundesgesetz vom 14. Dezember 2012 über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (BGMD)³⁵, erlassen gestützt auf Artikel 95 Absatz 1 BV. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist hier evident, weil es sich um grenzüberschreitende Sachverhalte handelt, d.h. um die Prüfung im Ausland erworbener Qualifikationen für einen in der Schweiz reglementierten Beruf.

³¹ SR 431.03.

³² SR 935.91.

³³ SR 935.81.

³⁴ SR 941.20.

³⁵ SR 935.01.

- 35 Bundesgesetz vom 21. März 2014 über Bauprodukte (Bauproduktegesetz, BauPG)³⁶, erlassen gestützt auf die Artikel 95, 97 und 101 BV. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist evident. Es gibt ähnliche Schutzinteressen wie bei der Regelung der Produktesicherheit.
- 36 Vorentwurf (ohne Datum) zum Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe, welches Gesetz gestützt auf Artikel 95 Absatz 1 BV erlassen werden soll. Die Notwendigkeit einer Bundesregelung ist wohl nicht gleichermassen evident wie beim Medizinalberufegesetz. Im Vernehmlassungsbericht vom 13. Dezember 2013 findet sich keine Auseinandersetzung mit Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV.³⁷
- 37 Entwurf des Bundesgesetzes über die Ladenöffnungszeiten (Datum der Botschaft), das gestützt auf Artikel 95 BV erlassen werden soll. Der Bundesrat äussert sich in seiner Botschaft zur Frage des Verhältnisses zu Artikel 43a BV. Er führt dazu folgendes aus:³⁸

Der vorliegende Gesetzesentwurf stellt keine abschliessende bundesrechtliche Regelung dar, sondern legt lediglich einen nationalen Mindeststandard fest. (...) Mit dieser Lösung wird auch dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 43a Abs. 1 BV) Rechnung getragen. Der Mindeststandard liegt im Interesse des einheitlichen Wirtschaftsraums, und die Möglichkeit, längere Öffnungszeiten vorzusehen, trägt den unterschiedlichen kantonalen Interessen Rechnung.

- 38 Aus der vorstehenden Übersicht ergibt sich, dass die meisten gestützt auf Artikel 95 Absatz 1 BV erlassenen Bundesregelungen für die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten mit mehr als nur der Schaffung eines Binnenmarktes gerechtfertigt werden können. Dieses Ziel allein würde keine besondere Bundesregelung rechtfertigen, weil schon das BGBM prinzipiell die Freizügigkeit der Gewerbetreibenden gewährleistet. Auch wenn eine Bundesregelung evident erscheint, so wäre eine Auseinandersetzung mit Artikel 43a Absatz 1 und Artikel 5a BV dennoch angezeigt. Werden dazu keine Ausführungen gemacht, erscheint dies als Mangel an Rücksichtnahme auf die in Artikel 3 BV verankerte kantonale Souveränität. Eine aner kennenswerte Ausnahme von der mangelnden Rücksichtnahme macht einzig die Botschaft zum Ladenöffnungsgesetz. Auch diese beschränkt sich aber auf eine (zu) summarische Stellungnahme.³⁹ Hierauf wird zurückzukommen sein (hinten Rz. 107).

³⁶ SR 933.0.

³⁷ Siehe Homepage des Bundesamtes für Gesundheit: <http://www.bag.admin.ch/themen/berufe/index.html?lang=de>

³⁸ Botschaft vom 28. November 2014 zum Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten, BBl 2015 764.

³⁹ Kritisch zur Argumentationsdichte des Bundesrates auch GIOVANNI BIAGGINI, Der Bund in der ambivalenten Rolle des Konfliktlösers und Streitschlichters – eine wenig beachtete Facette des Föderalismus, ZBl 2015, S. 57.

4. Bundeskompetenz zum Erlass von Bestimmungen über die Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten (Art. 95 Abs. 1 BV)

4.1. Allgemeines

- 39 Artikel 95 Absatz 1 BV enthält eine Globalkompetenz zugunsten des Bundes zum Erlass von Bestimmungen über die Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten. Es geht um eine so genannte konkurrierende Kompetenz bzw. eine Kompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Das bedeutet, dass die Kantone so lange und so weit zur Regelung befugt bleiben, als der Bund keine bzw. keine abschliessende Regelung für eine privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit getroffen hat.⁴⁰ Zulässig sind insbesondere wirtschaftspolizeiliche und sozialpolitische Regelungen sowie Wirtschaftsförderungsmassnahmen. Hinzu kommen Beschränkungsmöglichkeiten gestützt auf andere Kompetenzen (Umweltschutz, Energiepolitik usw.). Dabei ist der Bund prinzipiell an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gebunden (Art. 94 Abs. 4 BV).⁴¹
- 40 In der umgekehrten Perspektive verbleiben den Kantonen Regelungskompetenzen insbesondere folgender Art, so lange und so weit der Bund keine Gesetze erlässt:⁴² wirtschaftspolizeiliche Regelungen über die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten, mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbare wirtschaftspolitische Regelungen wie namentlich Wirtschaftsförderung, weiter auch sozialpolitische, raumplanerische, versorgungspolitische, umweltpolitische, kulturpolitische, gesundheitspolitische und energiepolitische Regelungen. Hinzu kommen schliesslich noch historische Regale (Art. 94 Abs. 4 BV) und nichtfiskalische Monopole. Nicht mehr zulässig wären kantonale Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, weil dieser Schutz vom Bund abschliessend geregelt worden ist. Der Kanton kann nur noch Personen schützen, die nicht dem Arbeitsgesetz unterstehen, wie namentlich Inhaberinnen und Inhaber von Geschäften.⁴³
- 41 Probleme schaffen heute unterschiedliche Ladenöffnungszeiten für Geschäfte in Zentren des öffentlichen Verkehrs und im übrigen Stadtgebiet, soweit sie zu Wettbewerbsverzerrungen führen und damit dem in der Wirtschaftsfreiheit eingeschlossenen Gebot der Wettbewerbsneutralität widersprechen. Dennoch schützte das Bundesgericht die Zürcher Regelung über die Ladenöffnung an Sonntagen in den Zürcher Zentren des öffentlichen Verkehrs, und zwar mit dem Argument, die damit verbundene Wettbewerbsverzerrung sei durch das öffentliche Interesse an der Nacht- und Sonntagsruhe gedeckt. Dieses werde weniger strapaziert, wenn Verkäufe ausserhalb der normalen Öffnungszeiten nur in Zentren des öffentlichen Verkehrs erfolgen könnten.⁴⁴ Diese Beurteilung erklärt sich allerdings wesentlich aus den

⁴⁰ Vgl. etwa RICHLI (Fn. 1), Rz. 587 ff. und 600 ff.

⁴¹ Vgl. RICHLI (Fn. 1), Rz. 599.

⁴² Vgl. RICHLI (Fn. 1), Rz. 605.

⁴³ Vgl. RICHLI (Fn. 1), Rz. 295; BGE 130 I 279 E. 2.3.1.

⁴⁴ BGE 125 I 431.

eisenbahnrechtlichen Vorschriften des Bundes, welche kantonalrechtliche Ladenöffnungsregelungen überlagern.⁴⁵

4.2. Bestehende kantonalrechtliche Regelungen über die Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten

- 42 Im Folgenden wird eine summarische Übersicht über heute noch bestehende kantonalrechtliche Regelungen über die Ausübung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeiten erstellt. Ihr Zweck ist die Illustration des den Kantonen noch verbliebenen Regelungsspielraums. Diese Übersicht ist im Hinblick auf die Abwägung der Regelungsinteressen von Bund und Kantonen im Bereich der Ladenöffnungszeiten von Belang. Sie bildet auch die Grundlage für die Beurteilung der Frage, ob den Kantonen im Fall einer bundesrechtlichen Regelung, wie sie der Entwurf des LadÖG vorsieht, überhaupt noch Regelungskompetenzen verbleiben würden (dazu hinten Rz. 100 ff.).
- 43 Von den 26 Kantonen der Schweiz verfügen lediglich zehn Kantone (Appenzell-Innerrhoden⁴⁶, Bern⁴⁷, Freiburg⁴⁸, Glarus⁴⁹, Jura⁵⁰, Luzern⁵¹, Neuenburg⁵², Solothurn⁵³, Waadt⁵⁴, Wallis⁵⁵) über eine Gewerbe-gesetzgebung, welche die einschlägigen Bestimmungen über privatwirtschaftliche Tätigkeiten für verschiedene Branchen (z.B. das Unterhaltungs- oder das Taxigewerbe) oder Absatzformen (z.B. das Marktwesen) in einem Erlass zusammenfassen. Augenscheinlich variiert der Umfang des sachlichen Geltungsbereichs von Kanton zu Kanton.⁵⁶ Die folgenden Tätigkeiten sind Gegenstand der verschiedenen kantonalen Gewerbe-polizeigesetze:⁵⁷
- Bergführerwesen und gewerbsmässig angebotene Risikoaktivitäten* (GL, JU, SO, VD)

⁴⁵ Vgl. RICHLI (Fn. 1), Rz. 335.

⁴⁶ Gesetz vom 30. April 1989 über die Handels- und Gewerbe-polizei, 930.000.

⁴⁷ Gesetz vom 4. November 1992 über Handel und Gewerbe, BSG 930.1.

⁴⁸ Gesetz vom 25. September 1997 über die Ausübung des Handels, SGF 940.1.

⁴⁹ Gesetz vom 5. Mai 2013 über die Handels- und Gewerbetätigkeiten, GS IX B/25/1.

⁵⁰ Loi sur les activités économiques du 26 septembre 2007, RSJU 930.1.

⁵¹ Gewerbe-polizeigesetz vom 23. Januar 1995, SRL 955.

⁵² Loi sur la police du commerce du 18 février 2014, RSN 941.01.

⁵³ Wirtschafts- und Arbeitsgesetz vom 27. August 2014 (in der Volksabstimmung vom 8. März 2015 angenommen; voraussichtliches Inkrafttreten: 1. Januar 2016).

⁵⁴ Loi sur l'exercice des activités économiques du 31 mai 2005, RSV 930.01.

⁵⁵ Gesetz vom 8. Februar 2007 über die Gewerbe-polizei, SGS 930.1.

⁵⁶ In einem Teil der Gewerbe-polizeigesetze erstreckt sich der sachliche Geltungsbereich auf einzelne, abschliessend aufgezählte Branchen oder Absatzformen. In anderen Kantonen bezieht sich der sachliche Geltungsbereich grundsätzlich auf alle wirtschaftlichen Aktivitäten. Trotz des weiten sachlichen Geltungsbereichs verfügen diese Kantone über weitere spezialgesetzliche Regelungen über die Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten.

⁵⁷ Bei den mit * gekennzeichneten privatwirtschaftlichen Tätigkeiten vollziehen die kantonalrechtlichen Regelungen Bundesrecht.

- Betrieb einer Privatdetektei (NE)
- Betrieb eines Tattoo- und Piercing-Studios (NE)
- Betrieb eines Kosmetikstudios (NE)
- Betrieb eines öffentlichen Schwimmbades (NE)
- Betrieb eines Sonnenstudios (NE, VD)
- Betrieb eines Spielsalons (VS)
- Betrieb von Geschicklichkeits- und Glücksspielautomaten* (BE, JU, LU, NE, SO, VS)
- Betrieb von Waren- und Dienstleistungsautomaten (AI, NE, VD, VS)
- Detailhandel (NE)
- Durchführung von Lotterien und Wetten* (JU, NE, SO)
- Durchführung von Messen und (gewerblichen) Ausstellungen (JU, VS)
- Durchführung von Wintersportkursen für Minderjährige (VD)
- Gastgewerbe (NE, SO)
- Gebrauchtwarenhandel (NE, VD)
- Gewähren und Vermitteln von Konsumkrediten* (BE, FR, JU, LU, NE, SO, VD)
- Gewerbe der Reisenden* (AI, FR, GL, JU, LU, NE, VD, VS)
- gewerbsmässiges Einziehen von Forderungen für Dritte (LU)
- Halten und Führen von Taxis (BE, NE)
- Handel mit alkoholischen Getränken (BE, FR, NE, SO, VS)
- Handel mit Edelmetallen* (NE)
- Handel mit pornographischen Gegenständen (FR, VS)
- Handel mit Sprengstoff* (NE)
- Handel mit Tabak (BE, FR, GL, NE, VD, VS)
- Handel mit Waffen* (JU, NE)
- Heiratsvermittlung* (JU, SO, VD)
- Marktwesen (AI, GL, JU, LU, NE, VS)
- Aufführungen und Schaustellungen (AI, GL, LU, VD, VS)
- öffentliche Filmvorführungen (GL, LU, SO)
- Pfandleihgewerbe* (JU, VD)
- Prostitution sowie Bereitstellung und Vermittlung der dafür verwendeten Räumlichkeiten (SO);
- Unterhaltungsgewerbe (BE, LU, SO)
- Verkauf und Verleih von Multimediaträgern wie DVD oder Videokassetten, Zeitschriften, Büchern, Spielen oder anderen Gegenständen (VS)

- Versteigerung von Mobilien (VD)
- Einsatz von Hypnose und anderen Formen der psychischen Beeinflussung zu Therapiezwecken (VD).

44 In den restlichen 16 Kantonen (Aargau, Appenzell-Ausserrhoden, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Genf, Graubünden, Nidwalden, Obwalden, St. Gallen, Schaffhausen, Schwyz, Thurgau, Tessin, Uri, Zug und Zürich) verteilen sich die entsprechenden Bestimmungen über die Berufsausübung entweder auf verschiedene kantonale Spezialgesetze (z. B. Gastwirtschaftsgesetze, Taxireglemente) oder es wird weitgehend der Gemeindegesetzgebung überlassen, Vorschriften über die privatwirtschaftlichen Tätigkeiten aufzustellen.

5. Elemente für die Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der bundesrechtlichen Rahmenregelung über die Ladenöffnungszeiten

5.1. Vorbemerkungen

- 45 Für die Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der bundesrechtlichen Rahmenregelung über die Ladenöffnungszeiten, d.h. über deren Vereinbarkeit mit Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV, sind mehrere Elemente ins Licht zu rücken und gegeneinander abzuwägen.
- 46 Ausgangspunkt muss die Wirtschaftsfreiheit bilden, die in Artikel 27 BV geschützt wird (Ziff. 5.2). Weiter geht es darum zu erkunden, ob ihre Beschränkungsmöglichkeiten gemäss Artikel 36 BV von Bedeutung seien (Ziff. 5.3). Sodann ist von Interesse, ob sich unter Aspekten des Konsumentenschutzes, der dem Bund aufgetragen ist (Art. 97 Abs. 1 BV), Beurteilungselemente finden lassen (Ziff. 5.5). Hernach ist auf das bereits erörterte Subsidiaritätsprinzip zurückzukommen. Diesbezüglich bedarf es einer Vertiefung der Ausführungen (Ziff. 5.6). Diese Elemente müssen letztlich gegeneinander abgewogen werden (Ziff. 5.7).

5.2. Wirtschaftsfreiheit nach Artikel 27 BV und ihr Schutz

- 47 Regelungen über die Ladenöffnungszeiten müssen vorweg im Lichte der Wirtschaftsfreiheit nach Artikel 27 BV beurteilt werden. Ohne diese Basis kann kein hinreichendes verfassungsrechtliches Verständnis der Thematik erarbeitet werden.
- 48 Artikel 27 BV über die Wirtschaftsfreiheit bestimmt folgendes:

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.*

- 49 Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) steht zusammen mit der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) für die Bewegungs- und Handlungsfreiheit der wirtschaftenden Personen und Unternehmen auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten. Sie weist eine Verbindung auf mit wirtschaftswissenschaftlichen Begriffen wie Markt- oder Verkehrswirtschaft, Wettbewerb, Angebot, Nachfrage, Preis, Gewinn und Verlust.⁵⁸
- 50 Die Wirtschaftsfreiheit und die Eigentumsgarantie sind als wirtschaftliche Grundrechte zentrale Elemente der Wirtschaftsverfassung. Diese umschliesst neben den beiden Grundrechten vor allem auch Regelungskompetenzen und Politiken des Bundes im Bereich der Wirtschaft.⁵⁹ Von den beiden Grundrechten ist die Wirtschaftsfreiheit das bedeutendere für die Konstituierung der Wirtschaftsverfassung.⁶⁰
- 51 Die Wirtschaftsfreiheit – in der BV von 1874 war noch die Rede von der Handels- und Gewerbefreiheit (HGF) – ist in einer allgemeinen und vereinfachenden Formulierung die grundrechtliche Freiheit, eine Berufsausbildung und Berufstätigkeit frei zu wählen, eine privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit frei aufzunehmen und auszuüben, sei dies haupt- oder nebenberuflich, temporär oder zeitlich unbefristet⁶¹. Gewinnabsicht ist die Regel. Es genügt aber Erwerbsabsicht.⁶²
- 52 Die Wirtschaftsfreiheit weist mehrere Funktionen auf. Unbestritten sind heute drei Funktionen: die individualrechtliche Funktion, die institutionelle oder konstitutive Funktion oder Systemfunktion sowie die Binnenmarktfunktion.⁶³ Teilweise wird daneben noch die demokratische Funktion hervorgehoben. Diese bedeutet, dass es für Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit einer verfassungsrechtlichen Grundlage in der BV bedarf.⁶⁴
- 53 Die BV unterscheidet die Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht (Art. 27 BV) und den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (insbesondere Art. 94 Abs. 1 BV). Der Grundsatz weist über das Grundrecht als Individualrecht hinaus. Er steht für die verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine markt- oder wettbewerbsorientierte Wirtschaft.⁶⁵
- 54 Nach dem herkömmlichen Verständnis, das im vorliegenden Zusammenhang allein von Belang ist, sind Grundrechte in erster Linie Individualrechte mit primärer Abwehrfunktion gegen verfassungsrechtlich

⁵⁸ Vgl. RICHLI (Fn. 1), Rz. 73.

⁵⁹ Vgl. RICHLI (Fn. 1), Rz. 69 ff.

⁶⁰ Vgl. RICHLI (Fn. 1), Rz. 97.

⁶¹ Vgl. KLAUS A. VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 22 ff.; BGE 116 Ia 118 E. 3; BGE 122 I 130 E. 3a.

⁶² Vgl. RICHLI (Fn. 1), Rz. 132; BGE 97 I 116 E. 4; BGE 109 Ia 116 E. 4b; BGE 116 Ia 118 E. 3.

⁶³ Siehe dazu allgemein namentlich: ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume II, *Les droits fondamentaux*, 3. Aufl., Bern 2013, Rz. 897 ff., bes. 915 ff.; KLAUS

A. VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 4 ff.

⁶⁴ Vgl. RICHLI (Rz. 1), Rz. 133.

⁶⁵ Vgl. RICHLI (Fn. 1), Rz. 134; AUBERT/MAHON (Fn. 16), Art. 94 BV, Rz. 5 f.

unzulässige Eingriffe in die individuelle Freiheit (Schutz der Freiheit vor staatlichen Eingriffen). In dieser individualrechtlichen Funktion liegt die Hauptbedeutung der Freiheitsrechte und damit auch der Wirtschaftsfreiheit.⁶⁶ Die individualrechtliche Komponente der Wirtschaftsfreiheit schützt in sachlicher Hinsicht eine Vielzahl von Aktivitätsbereichen, nämlich insbesondere die freie Wahl des Ortes der Geschäftsniederlassung, die freie Wahl der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die freie Gestaltung der Geschäftsbeziehungen mit Lieferanten und Abnehmerinnen, die freie Wahl der sachlichen Betriebsmittel sowie – hier von besonderer Bedeutung – die freie Gestaltung der Betriebsverhältnisse und damit auch der Ladenöffnungszeiten.⁶⁷

- 55 Zieht man die Vernehmlassungsergebnisse zu Rat, so ergibt sich, dass diese Stossrichtung der Wirtschaftsfreiheit im Interesse der Ladengeschäfte liegt. Sowohl das Gewerbe (Schweizerischer Gewerbeverband) wie auch die Detaillisten und weitere Kreise (besonders Allianz Detailhandel / Gewerbe / Gemeinden / Tourismus / Konsumenten) sprechen sich gemäss ihren Vertretungen klar für die angestrebte Liberalisierung aus.⁶⁸
- 56 Die Binnenmarktfunktion (bundesstaatliche Funktion) ist historisch gesehen von erheblicher Bedeutung. Sie hat daher auch Eingang in die alte BV gefunden. Während der Geltung der HGF war davon die Rede, diese sei im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft geschützt (Art. 31 Abs. 1 aBV). In der neuen BV ist diese Komponente aus dem Grundrecht in die Bestimmungen über die Wirtschaft transferiert und als Gesetzgebungsauftrag formuliert worden (Art. 95 Abs. 2 BV).⁶⁹
- 57 Die Binnenmarktfunktion wird im Binnenmarktgesetz (BGBM) ausformuliert.⁷⁰ Dabei geht es sinngemäss vor allem um das so genannte „Cassis-de-Dijon-Prinzip“, das der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) in seiner Rechtsprechung zum EU-Recht entwickelt hat. Das bedeutet, dass für den Schutz der öffentlichen Interessen prinzipiell das Recht des Herkunftskantons gilt (Herkunftsprinzip). Ein höheres Schutzniveau im Bestimmungsstaat bedarf der besonderen Begründung. Auf die Schweiz bezogen bedeutet dies, dass alle wirtschaftenden Rechtssubjekte auf dem ganzen Gebiet der Schweiz uneingeschränkt tätig werden können; sie sollen mit anderen Worten die interkantonale Freizügigkeit geniessen können.⁷¹ So darf zum Beispiel der Kanton Waadt nur dann ein Verbot der Lieferung von Arzneimitteln per Post durch eine Versandapotheke aus dem Kanton Solothurn in seinen Kanton erlassen, wenn er nachweisen kann, dass die Bestimmungen des Herkunftskantons für den Schutz der öffentlichen Gesundheit im Kanton Waadt nicht ausreichen. Ein solcher Nachweis konnte der Kan-

⁶⁶ Vgl. RICHLI (Fn. 1), Rz. 135; KLAUS A. VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 7 ff.

⁶⁷ Vgl. RICHLI (Fn. 1), Rz. 188.

⁶⁸ Siehe Vernehmlassungsbericht (Fn. 2), S. 5 ff.

⁶⁹ Vgl. RICHLI (Fn. 1), Rz. 147; AUBERT/MAHON (Fn. 16), Art. 95 BV, Rz. 10.

⁷⁰ SR 943.02.

⁷¹ Vgl. RICHLI (Fn. 1), Rz. 148; KLAUS A. VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 5.

ton Waadt im fraglichen Fall nicht erbringen, weshalb das Bundesgericht das Verbot für unverhältnismässig und damit für unzulässig erklärte.⁷²

- 58 Im vorliegenden Zusammenhang stehen keine interkantonalen Wirtschaftsschranken zur Diskussion. Es geht allein um die Ladenöffnungszeiten. Diese Zeiten sind nicht in allen Kantonen identisch. Die Unterschiede haben aber keinen Einfluss auf das Angebot in den Läden. Die Binnenmarktfunktion der Wirtschaftsfreiheit ist unter diesen Umständen, entgegen der Motion Lombardi und den Ausführungen in der Botschaft zum LadÖG⁷³, nicht betroffen. So sieht auch der EuGH in seiner Rechtsprechung in den unterschiedlichen nationalen Ladenöffnungszeiten keine Beschränkung des europäischen Binnenmarkts; die nationalen Gesetze betreffend Ladenöffnungszeiten würden den zwischenstaatlichen Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beschränken. Dies folgt aus der so genannten „Keck-Rechtsprechung“ des EuGH. Danach sind bestimmte Verkaufsmodalitäten wie etwa Ladenöffnungszeiten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beschränken.⁷⁴ Unterschiedliche Ladenöffnungszeiten können hingegen die Wettbewerbsneutralität tangieren, d.h. zu Wettbewerbsverzerrungen führen.⁷⁵ Hierauf wird zurückzukommen sein (hinten Rz. 67 ff.).
- 59 Betrachtet man Regelungen über Ladenöffnungszeiten im Lichte der Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht zum Schutz des freien Zugangs zu privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeiten und zu deren freier Ausübung, so erweisen sich solche Regelungen als Grundrechtsbeschränkungen. Ladengeschäfte dürfen nicht nach ihrem Gutdünken offen halten, sondern müssen sich an beschränkte Ladenöffnungszeiten halten. Unter diesen Umständen ist zu prüfen, ob im vorliegenden Zusammenhang die Voraussetzungen für Grundrechtsbeschränkungen eingehalten werden, wie sie Artikel 36 BV in allgemeiner Weise für alle Grundrechte festlegt.

5.3. Voraussetzungen für die Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 36 BV)

- 60 Artikel 36 BV verankert die Voraussetzungen für die Beschränkung von Grundrechten wie folgt:

Art. 36 Einschränkungen von Grundrechten

¹ *Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.*

² *Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.*

⁷² BGE 125 I 474.

⁷³ Botschaft (Fn. 38), S. 743 und 763.

⁷⁴ Vgl. Rs. C-267/91 und 268/91; Slg. 1993, I-609; dazu etwa KHAN/EISENHUT, in: Christoph Vedder/ Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Handkommentar, Baden-Baden 2012, Art. 34 AEUV, Rz. 28 ff.

⁷⁵ Botschaft (Fn. 38), S. 763.

³ *Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.*

⁴ *Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.*

- 61 Im vorliegenden Zusammenhang steht die gesetzliche Grundlage (Abs. 1) ausser Zweifel. Es soll ja gerade ein Bundesgesetz geschaffen werden. Die gesetzliche Grundlage ist auch hinreichend konkret, weil sie die Zeiten der zulässigen Öffnung als Rahmen für die Kantone und für die Geschäfte klar festsetzt.
- 62 Ebenfalls nicht von Belang ist der Schutz des Kerngehalts der Wirtschaftsfreiheit (Abs. 4). Der Kerngehalt wird durch Ladenöffnungszeiten nicht tangiert. Eine Kerngehaltsverletzung ergäbe sich etwa im Fall der Verstaatlichung der gesamten Wirtschaft oder der flächendeckenden staatlichen Preisfestsetzung.⁷⁶
- 63 Zu prüfen ist demnach nur noch, ob die Regelung im Entwurf des Bundesgesetzes über die Ladenöffnungszeiten die Gebote des öffentlichen Interesses oder des Schutzes von Grundrechten Dritter (Abs. 2) oder der Verhältnismässigkeit (Abs. 3) respektiere. Damit diese Gebote überhaupt relevant werden können, bedarf es einer Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit. Im vorliegenden Zusammenhang verursacht die Rahmenregelung des Bundes überhaupt keine Einschränkung. Im Gegenteil will das LadÖG kantonale Beschränkungen bis zu einem gewissen Grad beseitigen. In Kantonen ohne bisherige Beschränkung der Ladenöffnungszeiten bleibt der Rechtszustand unverändert.⁷⁷
- 64 Der Bundesrat scheint demgegenüber von einer Beschränkung auszugehen. Er hält dafür, die bundesrechtliche Regelung sei eine grundrechtskonforme Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit. Als rechtfertigendes öffentliches Interesse führt er die Ruhe und die Sicherung der öffentlichen Ordnung an. Er bejaht auch die Verhältnismässigkeit, allerdings ohne nähere Begründung.⁷⁸
- 65 Wollte man der Auffassung in der Botschaft des Bundesrates folgen, so könnte und müsste hinter die angerufenen öffentlichen Interessen ein Fragezeichen gesetzt werden. Es ist eine sehr allgemeine, ja eine zu allgemeine Feststellung, dass die Rahmenregelung über die Ladenöffnung der Ruhe und der Sicherung der öffentlichen Ordnung diene. Weniger weitgehende kantonale und kommunale Regelungen, d.h. die Beschränkung der Ladenöffnungszeiten am Abend und an Samstagen, dienen der Ruhe und Ordnung nämlich keineswegs weniger als die vom Bundesrat angestrebte Regelung. Sodann werden liberalere Regelungen nicht verunmöglicht. Eine überzeugendere Rechtfertigung der bundesrechtlichen Rahmenregelung ist nach der hier vertretenen Auffassung mit der Verbesserung der Wettbewerbsneutralität möglich, die in der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und im Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 BV) eingeschlossen ist. Ladengeschäfte in Kantonen mit weniger liberalen Ladenöffnungszeiten würden durch das LadÖG gegenüber Bahnhof- und Flughafengeschäften, gegenüber Tank-

⁷⁶ Vgl. RICHLI (Fn. 1), Rz. 324.

⁷⁷ Botschaft (Fn. 38), S. 753 und 765.

⁷⁸ Botschaft (Fn. 38), S. 764.

stellenshops sowie gegenüber Ladengeschäften im Ausland mit liberaleren Regelungen besser gestellt, soweit diese Geschäfte zum räumlich relevanten Markt gehören (siehe dazu sogleich Rz. 67 ff.).

- 66 Es ergibt sich demnach, dass Artikel 36 BV im vorliegenden Zusammenhang für die Beurteilung der Zulässigkeit der bundesrechtlichen Regelung der Ladenöffnungszeiten kaum, wenn überhaupt von Bedeutung ist. Zentral ist aus grundrechtlicher Sicht vielmehr die Frage, welches Gewicht dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit und der darin eingeschlossenen Wettbewerbsneutralität (Art. 27 BV) gegenüber dem Schutz des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5a und 43a Absatz 1 BV) zukomme.

5.4. Sicherung der Wettbewerbsneutralität

- 67 In der Botschaft zum Entwurf des Bundesgesetzes über die Ladenöffnungszeiten werden Wettbewerbsverzerrungen thematisiert, die sich einerseits aus unterschiedlichen Ladenöffnungszeiten von Geschäften in den Kantonen sowie im Ausland und andererseits wegen der bundesrechtlichen Sonderbestimmungen für Bahnhof- und Flughafengeschäfte sowie Tankstellenshops ergeben. Die Meinung geht dahin, dass Geschäfte in Kantonen und im Ausland sowie Bahnhof- und Flughafengeschäfte sowie Tankstellenshops mit längeren Ladenöffnungszeiten profitierten. Dies führe mit anderen Worten zu Wettbewerbsverzerrungen zulasten der Ladengeschäfte, die sich an beschränkte Ladenöffnungszeiten halten müssten.⁷⁹ Die längeren Öffnungszeiten für Geschäfte im grenznahen Ausland begünstigen sodann nach verbreiteter Auffassung den so genannten Einkaufstourismus, was längere Ladenöffnungszeiten in der Schweiz rechtfertige oder erfordere.⁸⁰ Davon geht auch die von beiden Räten überwiesene Motion Lombardi aus, aus welcher der Auftrag für die bundesrätliche Vorlage zum LadÖG folgt.⁸¹
- 68 Der Schutz der Wettbewerbsneutralität oder das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden liegt im Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) in Verbindung mit den Grundsätzen der Wirtschaftsordnung (Art. 94 Abs. 4 BV).⁸² Den Zusammenhang mit der Wirtschaftsfreiheit (früher HGF) anerkennt das Bundesgericht just im Zusammenhang mit kantonalen Regelungen über Ladenöffnungszeiten seit langem.⁸³

⁷⁹ Siehe Botschaft (Fn. 38), S. 757 und 763, sinngemäss auch S. 743, 747 und 754, wo teilweise die Wettbewerbsfähigkeit als Begriff erscheint, weiter S. 744, wo von ausgeglicheneren Wettbewerbsbedingungen die Rede ist, sodann S. 659 mit dem Hinweis auf die Wünschbarkeit eines einheitlichen Wettbewerbsrahmens, und schliesslich S. 760, wo die Wettbewerbsbedingungen thematisiert werden.

⁸⁰ Siehe Vernehmlassungsbericht (Fn. 2), S. 11.

⁸¹ 12.3637 – Motion Frankenstärke. Teilharmonisierung der Ladenöffnungszeiten, AB S 2013 564; AB N 2013 359 ff.

⁸² Vgl. RICHLI (Fn. 1), Rz. 328; KLAUS A. VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 28 f.

⁸³ Vgl. RICHLI (Fn. 1), Rz. 328 ff.; z.B. BGE 91 I 98; bes. auch BGE 121 I 129 im Zusammenhang mit dem Taxi-gewerbe.

- 69 Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass nicht alle Ladengeschäfte, die sich an eingeschränkte Ladenöffnungszeiten halten müssen, in ihrer Wettbewerbsneutralität betroffen sind. Die Betroffenheit stellt sich nur soweit ein, als in einem räumlich relevanten Umkreis Ladengeschäfte vorhanden sind, die sich nicht an vergleichbar eingeschränkte Ladenöffnungszeiten halten müssen. Diese Relativierung ist in Anlehnung an kartellrechtliche Überlegungen geboten. Wettbewerbsbeschränkungen können nur vorliegen, soweit sich kartellistisches Verhalten auf dem räumlich relevanten Markt auswirkt.⁸⁴ Von Interesse mag sein, dass die Wettbewerbskommission im Zusammenhang mit einer Zusammenschlusskontrolle im Jahr 1997 von einem Richtwert von 20 Autofahrminuten für die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes für Detailhandelsgeschäfte ausging. Der Richtwert steige allerdings bei zunehmender Mobilität und bei Gütern mit höheren Preisen.⁸⁵ Daran hielt die Wettbewerbskommission grundsätzlich fest, wobei sie ihre Beurteilung dahingehend ergänzte, dass Verkaufspunkte mit Konsumgütern des täglichen Bedarfs deutlich kleinere Einzugsgebiete aufweisen würden als jene des nicht täglichen Bedarfs.⁸⁶ Später präzisierte die Wettbewerbskommission ihre Praxis, indem sie die Marktradien der lokalen Märkte auf 10 Minuten für kleine Supermärkte, 15 Minuten für Supermärkte und 20 Minuten für Hypermärkte festlegte.⁸⁷ In jedem Fall sei der räumlich relevante Absatzmarkt im Detailhandel aus Konsumentensicht lokal oder allenfalls regional begrenzt.⁸⁸
- 70 Wer also die Wettbewerbsneutralität schützt, schützt gleichzeitig die Wirtschaftsfreiheit. Allerdings widersprechen unterschiedliche kantonale Regelungen nicht automatisch dem Gebot der Wettbewerbsneutralität. Vielmehr sind daraus resultierende Wettbewerbsverzerrungen grundsätzlich als Konsequenz der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen und der kantonalen Regelungsautonomie hinzunehmen. Diese Differenzierung ist im Zusammenhang mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV) seit jeher anerkannt.⁸⁹
- 71 Die Wettbewerbsneutralität wird im vorliegenden Zusammenhang sodann nicht nur durch unterschiedliche kantonale Regelungen über die Ladenöffnung tangiert, sondern – innerhalb der Kantone – auch durch Regelungen des Bundes für Bahnhof- und Flughafengeschäfte sowie für Tankstellenshops. Solche Geschäfte können auch ausserhalb der kantonalen Ladenöffnungszeiten Kundinnen und Kunden bedienen. Sie unterliegen aber immerhin Beschränkungen mit Bezug auf die Grösse der Verkaufsfläche und vor allem des Angebots.⁹⁰

⁸⁴ Vgl. etwa ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 533 ff., auch 771 ff.

⁸⁵ RPW 1997/3, S. 369, Rz. 25.

⁸⁶ RPW 2002/3, S. 512, Rz. 35.

⁸⁷ RPW 2008/4, S. 606, Rz. 107.

⁸⁸ RPW 2008/1, S. 156, Rz. 237; ebenso RPW 2008/4, S. 606, Rz. 104.

⁸⁹ Vgl. etwa GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 8 BV, Rz. 15; BGE 125 I 173 E. 6d; BGE 122 I 44 E. 3b/cc; BGE 120 Ia 126 E. 6c.

⁹⁰ Siehe dazu bes. BGE 123 II 113; BGE 117 Ib 114.

5.5. Bedeutung des Konsumentenschutzes (Art. 97 Abs. 1 BV)

- 72 Es ist offensichtlich, dass die Ladenöffnungszeiten für die Konsumentinnen und Konsumenten von Belang sind. Die Vermutung lautet dahin, dass die Konsumentinnen und Konsumenten an möglichst langen Ladenöffnungszeiten interessiert sind, dass sich ihre diesbezüglichen Interessen demzufolge mit den Interessen der Ladengeschäfte deckten. Damit stellt sich die Frage, ob der Schutz dieses Interesses in die Regelungszuständigkeit des Bundes fällt. Nur bei Bejahung der Bundeskompetenz kann es in die Beurteilung der Zulässigkeit der Regelung der Ladenöffnungszeiten einbezogen werden.
- 73 Der Konsumentenschutzartikel der BV, soweit hier von Bedeutung, lautet wie folgt:
- Art. 97 Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten*
- ¹ Der Bund trifft Massnahmen zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten.*
- 74 Sichtet man die bundesrechtlichen Regelungen, die sich auf Artikel 97 Absatz 1 BV stützen, so beziehen sie sich heute, soweit hier von besonderem Interesse, vor allem auf die Konsumenteninformatio-
tion. Im Vordergrund steht das Konsumenteninformatio-
nsgesetz, welches insbesondere Deklarations-
pflichten über die Zusammensetzung von Waren vorsieht.⁹¹ Sodann zählt namentlich die Preisbekannt-
gabeverordnung (PBV)⁹², welche gestützt auf das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
(UWG)⁹³ erlassen worden ist, mit ihren Preisanschreibepflichten zum Konsumentenschutz.⁹⁴
- 75 Die Kompetenzumschreibung in Artikel 97 Absatz 1 BV bzw. der darin mitenthaltene Schutzauftrag des
Bundes sind sehr allgemein formuliert. Der Begriff „Schutz“ ist in einem umfassenden Sinn zu verste-
hen.⁹⁵ Im Schutzbereich von Artikel 97 Absatz 1 BV liegen unter diesen Umständen lange Ladenöff-
nungszeiten, weil sie vermutungsweise einem Interesse der Konsumentinnen und Konsumenten entspre-
chen. Diese Vermutung bedarf indessen einer näheren Erörterung:
- 76 Zieht man die Vernehmlassungsergebnisse zum Entwurf des LadÖG zu Rat, so zeigt sich, dass die
Vertretungen der Konsumentinnen und Konsumenten die Bundesregelung grundsätzlich, wenn auch
nicht vorbehaltlos und unbegrenzt unterstützen.⁹⁶ Etwas überraschend ist daher, dass Liberalisierungen
der Ladenöffnungszeiten unter der Woche nicht in allen Kantonen unbestritten waren, sondern in ein-
zelnen Kantonen (auch noch in jüngster Zeit) abgelehnt wurden⁹⁷, zuletzt im Kanton Solothurn. Die
Ladenöffnung an Werktagen bis 20 Uhr wurde dort zugunsten der Beibehaltung des Ladenschlusses um

⁹¹ SR 944.0.

⁹² SR 942.211.

⁹³ SR 241.

⁹⁴ Vgl. PETER HETTICH, St. Galler Kommentar zu Art. 97 BV, Rz. 7.

⁹⁵ Vgl. PETER HETTICH, St. Galler Kommentar zu Art. 97 BV, Rz. 6.

⁹⁶ Siehe Vernehmlassungsbericht (Fn. 2), S. 3, 6 und 12.

⁹⁷ Siehe dazu Botschaft (Fn. 38), S. 755.

18.30 Uhr verworfen.⁹⁸ Es scheint nicht ausgeschlossen, dass die Stimmberechtigten bei den Abstimmungen in einzelnen Kantonen nicht nur als Konsumentinnen und Konsumenten überlegten und entschieden, sondern dass sie auch gegenläufige Anliegen des Personals der Ladengeschäfte mitberücksichtigten. In der Tat stellen sich die Personalverbände grundsätzlich gegen Liberalisierungen.

77 Für die Beurteilung ist im vorliegenden Zusammenhang aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse trotz erfolgreicher Referenden in einzelnen Kantonen davon auszugehen, dass die Interessen der Konsumentinnen und Konsumenten für die vom Bund anvisierte Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten stehen. Dies entspricht auch den Ausführungen in der Botschaft zum LadÖG, die sich auf eine vom SECO in Auftrag gegebene Studie stützen.⁹⁹

5.6. Subsidiaritätsprinzip nach Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV

78 Die bisherigen Ausführungen in Ziff. 5 sind geeignet, die Zulässigkeit von bundesrechtlichen Bestimmungen über die Ladenöffnungszeiten gemäss dem bundesrätlichen Entwurf für das LadÖG zu begründen. Nun geht es darum, nach der Kraft des Subsidiaritätsprinzips im Sinn von Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV zur Verteidigung der kantonalen Regelungsautonomie zu fragen.

79 Aus der Übersicht in Ziff. 3.2 folgt, dass Artikel 42 Absatz 2 BV sowie die Folgeartikel Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV in der Praxis der Bundesbehörden seit 2000 kaum Spuren hinterlassen haben. Eine Auseinandersetzung damit fand kaum statt. Zu gewichtig waren anscheinend die Argumente für eine Bundesregelung. In den meisten Fällen gibt es nach der hier vertretenen Auffassung keine fundamentalen Einwände gegen die neuen oder revidierten Bundesregelungen. Indessen ist es fragwürdig, wegen einer anscheinenden Evidenz der Rechtfertigungsmöglichkeit einer bundesrechtlichen Regelung die Vereinbarkeit mit den genannten Artikeln der BV überhaupt nicht bzw. nicht mit einer gewissen Ausführlichkeit zu thematisieren.

80 Hier von Bedeutung könnte sein, dass das in Artikel 42 Absatz 2 der BV von 1999 verankerte Subsidiaritätsprinzip im Rahmen der Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen sowie dem Finanzausgleich ergänzt wurde.

81 Der Verfassungsgeber führte die Einschränkung „nur“ ein. Der Bund soll nach Artikel 43a Absatz 1 BV nur die Aufgaben übernehmen, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen. Diese Einschränkung wurde in der parlamentarischen Beratung der bundesrätlichen Vorlage eingefügt, und zwar auf Antrag der ständerätlichen Spezialkommission.¹⁰⁰ Die

⁹⁸ Siehe Bericht in der Solothurner Zeitung vom 9. März 2015: Das Solothurner Stimmvolk will nicht länger einkaufen und auch die Prämienverbilligung nicht senken. Das freut die Linken – und enttäuscht besonders die FDP.

⁹⁹ Botschaft (Fn. 38), S. 755.

¹⁰⁰ Siehe AB S 2002 857.

Stellungnahmen in der Vernehmlassung enthalten keine Anhaltspunkte, welche Überlegungen die ständerätliche Spezialkommission dazu veranlassten, diese Ergänzung vorzunehmen.¹⁰¹ Welche Überlegungen ausschlaggebend waren, ist aus der Debatte im Ständerat ebenfalls nicht ersichtlich. Der Sprecher der ständerätlichen Spezialkommission, Herr Hansheiri Inderkum, nahm zu dieser Ergänzung keine Stellung; er bezog sich stattdessen auf die neu eingefügte Wendung „welche die Kraft der Kantone übersteigen“.¹⁰² Auch im Nationalrat beschränkte sich die Debatte auf diesen Aspekt.¹⁰³ In den Kommentierungen zu Art. 43a BV wird die Einfügung von „nur“ eher als redaktionelle denn als materielle Anpassung interpretiert, mit der bezweckt wurde, mögliche Konflikte mit der interkantonalen Zusammenarbeit vorzubeugen.¹⁰⁴ Der Bund soll nur dann eigene Regelungen erlassen, wenn es einer einheitlichen Regelung bedarf.¹⁰⁵ Unter diesen Umständen kann – entgegen dem neuen Wortlaut – nicht angenommen werden, dass für die hier massgebende Fragestellung eine erhebliche Verstärkung des Subsidiaritätsprinzips zu beachten wäre.

- 82 Sodann ist zu thematisieren, dass vor einer bundesrechtlichen Regelung nach Möglichkeit zuerst horizontale Zweckgemeinschaften angestrebt werden sollen.¹⁰⁶ Dabei ist wohl insbesondere an interkantonale Konkordate zu denken. Zwar wird die Bevorzugung horizontaler Zweckgemeinschaften im Zusammenhang mit der Erstellung öffentlicher Leistungen formuliert.¹⁰⁷ Sie kann aber auch für die Vereinheitlichung kantonaler Regelungen angewendet werden.
- 83 Ein weiteres Element für die Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips ist das Erfordernis der besseren Eignung der Kantone oder des Bundes für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe.¹⁰⁸
- 84 Fragt man nach der Möglichkeit der Vereinheitlichung der Ladenöffnungszeiten auf dem Konkordatsweg und damit auch nach der besseren Eignung der Kantone für Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten, so erheben sich ernsthafte Zweifel. Diese nähren sich an negativ verlaufenen Referendumsabstimmungen in einzelnen Kantonen, zuletzt im Kanton Solothurn.¹⁰⁹ Angesichts der Ablehnung von kantonalen Regelungen in Volksabstimmungen erscheint ein Versuch auf Abschluss eines Konkordats wenig aussichtsreich.

¹⁰¹ Siehe Bericht über die Vernehmlassung zum Schlussbericht der vom Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) und der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) gemeinsam getragenen Projektorganisation vom 31. März 1999, Bern/Solothurn 2000, S. 24 ff.

¹⁰² Vgl. Votum Inderkum, Amtl. Bull. StR 2002 857.

¹⁰³ Siehe AB N 2003 952 ff.

¹⁰⁴ Vgl. BIAGGINI (Fn. 89), Art. 43a BV, Rz. 1.

¹⁰⁵ So RAINER J. SCHWEIZER/LUCIEN MÜLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 43a BV, Rz. 2.

¹⁰⁶ Botschaft (Fn. 4), S. 2306.

¹⁰⁷ Botschaft (Fn. 4), S. 2306.

¹⁰⁸ Botschaft (Fn. 4), S. 2458.

¹⁰⁹ Siehe Homepage der Staatskanzlei des Kantons Solothurn: <http://www.so.ch/staatskanzlei/politische-rechte/archiv-wahlen-abstimmungen/2015/>.

85 Entscheidend ist unter diesen Umständen die Gegenüberstellung, Gewichtung und Abwägung (nachfolgend Abwägung) des Subsidiaritätsprinzips einerseits und der besseren Verwirklichung der Wettbewerbsneutralität und des Interesses von Konsumentinnen und Konsumenten nach längeren Ladenöffnungszeiten durch eine Bundesregelung andererseits. Dieser Abwägung gilt nun die Aufmerksamkeit.

5.7. Abwägung der Beurteilungselemente

86 Alle gegeneinander abzuwägenden Beurteilungselemente haben verfassungsrechtlichen Charakter; sie haben ihre Grundlage auf Verfassungsstufe. Damit kommt der in der Rechtslehre und in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anerkannte Grundsatz zur Anwendung, wonach im Falle der Konkurrenz von Verfassungsbestimmungen und Verfassungsinteressen keine Bestimmung und kein Interesse vollständig verdrängt werden dürfen, sondern dass deren praktische Konkordanz Platz greifen soll. Dieser Grundsatz erstreckt sich auch auf gesetzliche Bestimmungen, die gestützt auf Verfassungsbestimmungen erlassen werden.¹¹⁰

87 Ein gutes Beispiel für die Respektierung dieses Grundsatzes liefert das Binnenmarktgesetz (BGBM).¹¹¹ Dieses verankert in Artikel 2 Absatz 1 einen allgemeinen Grundsatz, der wie folgt lautet:

Jede Person hat das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist.

88 Dieser allgemeine Grundsatz wird aber in Artikel 3 BGBM zugunsten kantonaler Regelungen wie folgt relativiert:

¹ Ortsfremden Anbieterinnen und Anbietern darf der freie Zugang zum Markt nicht verweigert werden. Beschränkungen sind in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten und nur zulässig, wenn sie:

- a. gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten;*
- b. zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind; und*
- c. verhältnismässig sind.*

² Nicht verhältnismässig sind Beschränkungen insbesondere, wenn:

- a. der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch die Vorschriften des Herkunftsortes erreicht wird;*

¹¹⁰ Siehe namentlich HALLER, St. Galler Kommentar zu Art. 189 BV, Rz. 60; HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 21; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 66; BGE 140 II 394 E. 3.3.5; BGE 139 I 16 E. 4.2.2; BGE 129 I 173 E. 5.1; BGE 126 III 129 E. 8a.

¹¹¹ SR 943.02.

b. die Nachweise und Sicherheiten, welche die Anbieterin oder der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat, genügen;

c. zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgängig die Niederlassung oder der Sitz am Bestimmungsort verlangt wird;

d. der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche die Anbieterin oder der Anbieter am Herkunftsort ausgeübt hat.

- 89 Dies bedeutet, dass ein Kanton weitergehende Anforderungen verankern darf, wenn er dafür unter dem Titel der öffentlichen Interessen und der Verhältnismässigkeit qualifizierte Gründe geltend machen kann. Die Sorge um die Schaffung des schweizerischen Binnenmarkts hat demnach gegenüber dem Subsidiaritätsprinzip keinen vorbehaltlosen Vorrang.
- 90 Vor diesem Hintergrund lassen sich im vorliegenden Zusammenhang folgende Überlegungen anstellen:
- 91 Das (landesweite), auf Artikel 97 Absatz 1 BV gestützte Interesse der Konsumentinnen und Konsumenten an einer vereinheitlichenden Bundesregelung erscheint zwar nicht als eindeutig, wenn man die Ablehnung kantonaler Liberalisierungen der Ladenöffnung veranschlagt. Es gibt keine Stimmberechtigten, die nicht zugleich Konsumentinnen oder Konsumenten sind. Indessen ist aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse dennoch davon auszugehen, dass Konsumenteninteressen für die Bundesrahmenregelung stehen. Dieses Interesse allein vermöchte das Interesse am Schutz des Subsidiaritätsprinzips aber kaum aufzuwiegen.
- 92 Die wichtigere Abwägung ist jene zwischen der in der Wirtschaftsfreiheit nach Artikel 27 BV und im Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nach Artikel 94 Absatz 1 BV enthaltenen Wettbewerbsneutralität einerseits und dem in Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV enthaltenen Subsidiaritätsprinzip andererseits. Die Frage geht demnach dahin, ob die Annäherung der Ladenöffnungszeiten für die Ladengeschäfte im Sinn von Artikel 3 des Entwurfs des LadÖG von einer derartigen Bedeutung sei, dass es zwingend einer Bundesregelung bedürfe.
- 93 Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst zu erörtern, ob im vorliegenden Zusammenhang die Beseitigung jedweder Beeinträchtigung der Wettbewerbsneutralität, die sich aus dem Zusammenwirken von Bestimmungen der Kantone, des Bundes und des Auslandes ergibt, geeignet sei, den Schutz des Subsidiaritätsprinzips im Sinn von Artikel 5a und Artikel 43a Absatz 1 BV aufzuwiegen oder ob es einer bestimmten Intensität der Beeinträchtigung der Wettbewerbsneutralität bedürfe. Zwar mag man sich fragen, ob staatliche Massnahmen die Wettbewerbsneutralität nicht in jedem Fall strikt einhalten müssten. Eine entsprechende Forderung würde staatliche Regelungen indessen in erheblicher Weise einschränken. Es gibt zahlreiche staatliche Regelungen von wirtschaftlichen Tätigkeiten, die gewisse wettbewerbsverzerrende Wirkungen entfalten. Dies gilt nicht zuletzt auch für fördernde Massnahmen

wie Finanzhilfen. Wer keine Finanzhilfe erhält, wird im Wettbewerb benachteiligt und damit im Anspruch auf Wettbewerbsneutralität beeinträchtigt.¹¹²

94 Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist nicht jedwede Beeinträchtigung der Wettbewerbsneutralität verfassungsrechtlich problematisch oder sogar untersagt. Es bedarf einer spürbaren Beeinträchtigung, damit die Wirtschaftsfreiheit tangiert ist.¹¹³ Was „spürbar“ bedeutet, liegt allerdings nicht auf der Hand. Das Bundesgericht hat hierzu bislang keine Kriterien entwickelt. Auch die Rechtslehre hat sich damit, soweit ersichtlich, noch nicht näher damit beschäftigt.

95 Es scheint daher naheliegend zu fragen, ob man sich mit Bezug auf die Beurteilung von „spürbaren“ Beeinträchtigungen der Wettbewerbsneutralität am Kartellrecht orientieren könnte. Kartellrechtlich verpönt ist nicht jede Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Es bedarf vielmehr einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung, damit auf eine kartellrechtswidrige Verhaltensweise geschlossen werden kann. Massgebend ist diesbezüglich Artikel 5 Absatz 1 des Kartellgesetzes (KG).¹¹⁴

96 Diese Bestimmung lautet wie folgt:

Art. 5 Unzulässige Wettbewerbsabreden

Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig.

97 Bei näherem Zusehen sind aus dieser Bestimmung aber wohl keine Anhaltspunkte für die Frage nach der „Spürbarkeit“ von Massnahmen zu gewinnen, welche die Wettbewerbsneutralität tangieren. Zwar ist denkbar, dass einem Ladengeschäft beispielsweise Bezugs- oder Liefersperren angedroht werden, falls es sich nicht an kartellistisch beschränkte Ladenöffnungszeiten hält. Indessen ist der Rechtsprechungspraxis kein solcher Fall zu entnehmen. Und wollte man nach kartellrechtlichen Kriterien abklären, ob die heute bestehenden längeren Ladenöffnungszeiten für Bahnhof- und Flughafengeschäfte sowie Tankstellenshops sowie für Geschäfte im Ausland zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führen könnten, bedürfte es dafür umfassender Marktabklärungen. Solche sind nach bisherigem Verständnis dem Gesetzgeber nicht zuzumuten. Die Folgerung kann unter diesen Umständen wohl nur lauten, dass unter Heranziehung von Artikel 5 Absatz 1 KG keine zusätzlichen Erkenntnisse für die Beurteilung der „Spürbarkeit“ von staatlichen Beeinträchtigungen der Wettbewerbsneutralität gewonnen werden können.

98 Auch wenn gefestigte Kriterien für die Beurteilung der „Spürbarkeit“ von staatlichen Beeinträchtigungen der Wettbewerbsneutralität nicht greifbar sind, so wird man doch davon ausgehen dürfen und müs-

¹¹² Vgl. etwa RICHLI (Fn. 1), Rz. 665 ff.; BGE 100 Ib 421 E. 2c.

¹¹³ Vgl. BGE 130 I 26 E. 6.3.3.1; BGE 125 I 431 E. 4b; 125 II 129 E. 10b.

¹¹⁴ SR 241.

sen, dass die unterschiedlichen Regelungen der Ladenöffnungszeiten auf den jeweiligen räumlich relevanten Märkten der Ladengeschäfte zu „spürbaren“ Wettbewerbsverzerrungen führen können. Längere Öffnungszeiten eröffnen in jedem Fall zusätzliche Chancen für Geschäftsabschlüsse. Dies spricht für eine bundesrechtliche Regelung zur Verbesserung der Wettbewerbsneutralität.

- 99 Weiter ist zu fragen, ob nicht damit gerechnet werden dürfte, dass ein Kanton die Regelung über die Ladenöffnungszeiten an diejenige in Nachbarkantonen und – bei Relevanz für den räumlich relevanten Markt – an das Ausland angleichen könnte und ob ihm dies nicht zuzumuten wäre, wenn eine Angleichung für seine Ladengeschäfte von erheblicher Bedeutung wäre. Veranschlagt man, dass die Bevölkerung in mehreren Kantonen Liberalisierungen der Ladenöffnungszeiten abgelehnt hat, so ist eine für die Sicherung der Wettbewerbsneutralität erforderliche kantonale Liberalisierung jedenfalls nicht mit Sicherheit zu erreichen. Auch diese Unsicherheit spricht demnach für eine bundesrechtliche Verbesserung der Wettbewerbsneutralität.
- 100 Für die Abwägung des Gewichts der Interessen der Kantone an der Wahrung der kantonalen Autonomie im Bereich der Regelung der Ladenöffnungszeiten gegen die Interessen des Bundes zur Verbesserung der Wettbewerbsneutralität der Ladengeschäfte gibt es aufgrund der vorstehenden Erwägungen keine juristisch zwingenden Kriterien. Unter diesen Umständen ist dem Bundesgesetzgeber ein Beurteilungsspielraum einzuräumen, der rechtspolitisch ausgeschöpft werden kann. Eine bundesrechtliche Regelung gemäss Entwurf LadÖG erscheint jedenfalls nicht als offensichtlich verfassungswidrig. Mit anderen Worten verstösst sie nicht offensichtlich gegen das in Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV verankerte Subsidiaritätsprinzip.
- 101 Zur Plausibilisierung dieses Ergebnisses soll nun noch – wie vorne (Rz. 42) in Aussicht gestellt – gefragt werden, ob vergleichbare Argumente wie für eine bundesrechtliche Regelung der Ladenöffnungszeiten auch für andere auf kantonaler Ebene geregelte privatwirtschaftliche Tätigkeiten geltend gemacht werden könnten. In den Fokus werden dafür nur die vorn aufgeführten kantonalen Gewerbegesetze genommen (Rz. 43 ff.). Sollten für die Liberalisierung der dortigen Regelungen durch den Bund durchwegs vergleichbare Interessen bestehen, so ergäben sich gewisse Zweifel, ob das Anliegen der besseren Sicherung der Wettbewerbsneutralität durch die Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten durch das LadÖG von einem solchen Gewicht sei, dass es das Gewicht des Subsidiaritätsprinzips zu überwiegen vermöge.
- 102 Fragt man nach einem vergleichbaren bundesrechtlichen Regelungsbedürfnis für das ganze Gebiet der Schweiz wie für Geschäfte im Sinn von Artikel 3 des Entwurfs des LadÖG – es geht um physische Geschäftslokale, deren Geschäftstätigkeit hauptsächlich im Anbieten von Waren zum Verkauf an Konsumentinnen und Konsumenten besteht –, so fällt die Antwort jedenfalls für die folgenden privatwirtschaftlichen Tätigkeiten, die heute ausschliesslich auf kantonaler Ebene geregelt sind (siehe vorne Rz. 43 ff.), negativ aus:
- Betrieb einer Privatdetektei (NE)
 - Betrieb eines Tattoo- und Piercing-Studios (NE)

- Betrieb eines Kosmetikstudios (NE)
- Betrieb eines Sonnenstudios (NE, VD)
- Betrieb von Waren- und Dienstleistungsautomaten (AI, NE, VD, VS)
- Durchführung von Messen und (gewerblichen) Ausstellungen (JU, VS)
- Durchführung von Wintersportkursen für Minderjährige (VD)
- Gastgewerbe (NE, SO)
- Halten und Führen von Taxis (BE, NE)
- Marktwesen (AI, GL, JU, LU, NE, VS)
- Aufführungen und Schaustellungen (AI, GL, LU, VD, VS)
- öffentliche Filmvorführungen (GL, LU, SO)
- Prostitution sowie Bereitstellung und Vermittlung der dafür verwendeten Räumlichkeiten (SO)
- Unterhaltungsgewerbe (BE, LU, SO)
- Einsatz von Hypnose und anderen Formen der psychischen Beeinflussung zu Therapiezwecken (VD)

103 Durch unterschiedliche Geschäftsöffnungszeiten dürfte in allen diesen Bereichen privatwirtschaftlicher Tätigkeit die Wettbewerbsneutralität nicht spürbar beeinträchtigt sein.

104 Der zusätzlichen Plausibilisierung des Ergebnisses mögen noch die folgenden Erwägungen dienen:

105 Im vorliegenden Zusammenhang geht es nur um die Ladenöffnungszeiten, die allein unter Aspekten der Wettbewerbsneutralität zu beurteilen sind (siehe vorne Rz. 67 ff.). Keine bundesrechtliche Regelung wird für andere Anforderungen an die Tätigkeit von Ladengeschäften nach Artikel 3 des Entwurfs des LadÖG thematisiert. Die Kantone bleiben beispielsweise frei in der Festlegung von Anforderungen an die Eröffnung und den Betrieb von Ladengeschäften, wie fachliche Qualifikationen und finanzielle Sicherheiten. Solche Regelungen wären nicht nur unter Aspekten der Wettbewerbsneutralität relevant, sondern beispielsweise auch unter Aspekten von wirtschaftspolizeilichen Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit. Der Bund wäre nach Artikel 95 Absatz 1 BV zwar ebenfalls zum Erlass entsprechender Bestimmungen befugt. Es wäre aber wiederum zu prüfen, ob das Subsidiaritätsprinzip dagegen stünde.

106 Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass die Verabschiedung des Entwurfs des LadÖG das Subsidiaritätsprinzip nach Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV nicht seines Gehalts berauben würde. Die Kantone würden für die Regelung anderer Aspekte der Tätigkeit von Ladengeschäften und für zahlreiche andere privatwirtschaftliche Tätigkeiten substantielle Regelungszuständigkeiten behalten. Dem Bund stünden diesbezüglich keine gleich starken Argumente zum Schutz der Wettbewerbsneutralität zur Verfügung.

6. Ergebnis

- 107 Aus den vorstehenden Ausführungen und Erwägungen ergibt sich folgendes:
- 108 Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips in Artikel 5a und Artikel 43a Absatz 1 BV löste die vorangehende Regelung in Artikel 42 Absatz 2 BV ab. Die Änderung erfolgte im Sinn einer Verstärkung des Subsidiaritätsprinzips im Zusammenhang mit der Regelung der Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen sowie dem Finanzausgleich. Das Minimalziel war eine Rechtfertigung neuer Bundesregelungen vor dem Subsidiaritätsprinzip in den Botschaften des Bundesrates und einer entsprechenden Auseinandersetzung in der parlamentarischen Beratung. Zu prüfen wäre auch, ob eine als notwendig erachtete Rechtsvereinheitlichung nicht auf dem Weg eines interkantonalen Konkordats zu erreichen wäre. Diese Zielsetzung des Subsidiaritätsprinzips wurde bisher nur ansatzweise erreicht. Die Botschaft zum Ladenöffnungsgesetz (LadÖG) ist die erste Botschaft des Bundesrates, die sich ausdrücklich um eine Begründung bemüht, dies allerdings auch (zu) summarisch.
- 109 Der Bund verfügt gemäss Artikel 95 Absatz 1 BV über die Zuständigkeit zum Erlass von Bestimmungen über die Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten. Diese Zuständigkeit – es handelt sich um eine nachträglich derogatorische Bundeskompetenz – ermächtigt den Bund prinzipiell auch zum Erlass von Bestimmungen über die Ladenöffnungszeiten. Abgedeckt sind sowohl eine abschliessende als auch eine auf einen Rahmen beschränkte Regelung der Ladenöffnungszeiten. Bisher finden sich diese Regelungen, sofern überhaupt vorhanden, auf kantonaler Ebene und lauten teilweise sehr unterschiedlich. Zur Illustration der heute noch bestehenden kantonalen Regelungen wird eine Übersicht über kantonale Gewerbegesetze erstellt. Daraus geht hervor, dass es noch zahlreiche kantonale Regelungen über die Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten gibt.
- 110 Für die Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des LadÖG ist eine Reihe von Elementen massgebend. Ausgangspunkt ist die Wirtschaftsfreiheit nach Artikel 27 BV und ihr Schutz. Einschränkungen bedürfen gemäss Artikel 36 BV einer (formell-)gesetzlichen Grundlage; sie müssen einem öffentlichen Interesse entsprechen und verhältnismässig sein.
- 111 Die Prüfung ergibt, dass das LadÖG die Wirtschaftsfreiheit nicht beschränkt. Es handelt sich vielmehr um eine Liberalisierung, d.h. um eine Beschränkung kantonalen Beschränkungen. Soweit keine kantonalen Beschränkungen der Ladenöffnungszeiten bestehen, ändert das LadÖG die kantonale Rechtslage nicht.
- 112 Als zentral erweist sich die Frage nach der Bedeutung der Wettbewerbsneutralität, die im Schutz der Wirtschaftsfreiheit nach Artikel 27 BV eingeschlossen ist. Unterschiedliche Ladenöffnungszeiten beeinträchtigen die Wettbewerbsneutralität auf dem räumlich relevanten Markt der jeweiligen Ladengeschäfte. Eine liberalisierende Bundesregelung verbessert damit die Wettbewerbsneutralität und trägt zum Schutz der Wirtschaftsfreiheit bei. Nicht jede Beschränkung der Wettbewerbsneutralität durch kantonale Regelungen ist aber verfassungsrechtlich relevant. Eine Beschränkung muss nach der bundesgericht-

lichen Rechtsprechung „spürbar“ sein. Zuverlässige Kriterien zur Bestimmung der „Spürbarkeit“ bestehen bis heute nicht. Im vorliegenden Zusammenhang ist die Annahme mindestens vertretbar, die unterschiedlichen kantonalen Regelungen führten für einen Teil der Ladengeschäfte zu spürbaren Wettbewerbsverzerrungen und damit auch zu einer spürbaren Beeinträchtigung der Wettbewerbsneutralität.

- 113 Für eine Bundesregelung im Sinn des LadÖG lassen sich sodann auch Interessen der Konsumentinnen und Konsumenten anrufen. Etwas irritierend ist diesbezüglich zwar, dass zumal längere Ladenöffnungszeiten am Abend in verschiedenen Kantonen abgelehnt worden sind. Alle Stimmberechtigten sind ja auch Konsumentinnen und Konsumenten. Gemäss Vernehmlassung sprechen sich die relevanten Vertretungen der Konsumentinnen und Konsumenten grundsätzlich aber für das LadÖG aus, weshalb davon ausgegangen werden kann, die Regelung diene auch den Interessen der Konsumentinnen und Konsumenten, welche nach Artikel 97 Absatz 1 BV schützenswert sind.
- 114 Wendet man den Blick wieder dem Subsidiaritätsprinzip nach Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV zu, so ist zu fragen, ob statt einer Bundesregelung nicht ein Konkordat möglich wäre und ob eine Bundesregelung tatsächlich besser geeignet sei als eine kantonale Kooperation. Diesbezüglich ist zu veranschlagen, dass verschiedene kantonale Liberalisierungen, die mit dem LadÖG vergleichbar sind, in Volksabstimmungen gescheitert sind und dass der bessere Schutz der Wettbewerbsneutralität daher auf dem Konkordatsweg nicht gesichert wäre. Die Bundesregelung scheint daher für den genannten Schutz der erfolversprechendere Weg.
- 115 Im Ergebnis sind demnach die Interessen mit Bezug auf die Wahrung des Subsidiaritätsprinzips nach Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV gegen die Interessen nach besserem Schutz der Wettbewerbsneutralität der Ladengeschäfte und damit zum besseren Schutz deren Wirtschaftsfreiheit sowie gegen die Interessen der Konsumentinnen und Konsumenten nach längeren Ladenöffnungszeiten und damit nach Stärkung des Konsumentenschutzes abzuwägen. Für die Abwägungsaufgabe gibt es keine juristisch zwingenden Kriterien. Es eröffnet sich damit für die politischen Behörden ein Beurteilungsspielraum, der zugunsten der Bundesregelung in Anspruch genommen werden kann. Das LadÖG verstösst per Saldo jedenfalls nicht offensichtlich gegen Bestimmungen der BV, insbesondere nicht offensichtlich gegen das Subsidiaritätsprinzip nach Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV.
- 116 Zur Plausibilisierung dieses Ergebnisses dient eine Prüfung, ob den Kantonen trotz der Bundesrahmenregelung für eine Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten mit Bezug auf andere Bereiche der Geschäftstätigkeit von Läden sowie mit Bezug auf andere privatwirtschaftliche Tätigkeiten noch ein substantieller Regelungsspielraum verbleibt, der nicht mit ähnlichen Argumenten zugunsten des Bundes aufgehoben werden könnte. Das diesbezügliche Ergebnis lautet, dass der Bund gestützt auf Artikel 95 Absatz 1 BV den besseren Schutz der Wettbewerbsneutralität und gestützt auf Artikel 97 Absatz 1 den besseren Konsumentenschutz nicht als Begründung für die teilweise Beseitigung im Sinn einer Rahmenregelung oder sogar einer vollständigen Beseitigung im Sinn einer abschliessenden Regelung heranziehen könnte. Genannt seien beispielsweise fachliche oder finanzielle Anforderungen für die Zulassung und Ausübung der Geschäftstätigkeiten. Der Bund könnte diese kantonalen Regelungen nicht

leicht hin verdrängen, ohne mit dem Subsidiaritätsprinzip nach Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV in Konflikt zu geraten.

Prof. em. Dr. iur. Paul Richli