«Wettbewerbsverzerrung» und «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» aus interdisziplinärer Sicht*

Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Ökonomik

Peter Hettich** und Martin Kolmar***, Universität St. Gallen

Inhaltsverzeichnis

I. Rivalisierendes Verhältnis von Rechtswissenschaft und Ökonomik 1
II. Selbstverständnisse von Rechtswissenschaft und Ökonomik 4
1. Begriff und Aufgaben 4
2. Methoden 7
a. Ökonomik 7
b. Recht 9
III. Libertäre und welfaristische Sichtweisen auf wirtschaftspolitische Problemstellungen 10
1. Verwirklichung der Grundrechte als normatives Ziel 10
2. Rückdrängung libertärer Ziele in «Ausnahmebereichen» 13
IV. Untersuchung des wirtschaftspolitischen Instrumenteneinsatzes 13
1. Begriff der «Wettbewerbsverzerrung» 13
2. Implikationen für den «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» 16
a. Verknüpfung von Zielsetzung und Auswirkungen 16
b. «Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten» aus Sicht der Ökonomik 17
c. Möglicher Analyseansatz 19
V. Zusammenfassung und Verallgemeinerung des Ansatzes 20

I. Rivalisierendes Verhältnis von Rechtswissenschaft und Ökonomik

Als Sozialwissenschaften widmen sich Rechtswissenschaft und Ökonomik der Lösung von Problemen der gesellschaftlichen Koordination und Kooperation. Als positive Wissenschaften beschreiben sie gesellschaftliche Prozesse und Institutio-

* Der vorliegende Beitrag entwickelt unseren für den Telekommunikationsmarkt gedachten Ansatz zur Analyse von Wettbewerbsverzerrungen weiter: *Peter Hettich/Martin Kolmar/Magnus Hoffmann/Jannick Koller/Lukas Mathis,* Wettbewerbsverzerrungen durch öffentliche Unternehmen, Zürich/St. Gallen 2017. Gewisse Passagen aus der Schrift wurden hier übernommen.

** Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor für öffentliches Wirtschaftsrecht und Direktor des Instituts für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics (IFF-HSG) an der Universität St. Gallen.

*** Dr. oec., Professor für Volkswirtschaftslehre mit Schwerpunkt Angewandte Mikroökonomie sowie Direktor des Instituts für Wirtschaftsethik (IWE-HSG) an der Universität St. Gallen.

nen; in normativer Sicht streben sie nach Aussagen über die Verwirklichung einer gemeinwohlorientierten, gerechten Gesellschaft. Rechtswissenschaft und Ökonomik unterscheiden sich vor allem in den Methoden, sodass sie in ihren Problemlösungskapazitäten oft als komplementär, manchmal aber gar als inkompatibel erscheinen. Pointiert bringt dies *Ludwig von Mises* schon 1929 zum Ausdruck:

> «Nichts kann für die Erkenntnis der volkswirtschaftlichen Funktion einer konkreten Massnahme weniger wichtig sein als ihre Rechtfertigung oder Verwerfung durch irgendeine juristische Theorie. Die Rechtswissenschaft … [kann] uns nichts sagen, was als Grundlage zur Entscheidung über das Für und Wider einer bestimmten Politik verwertet werden könnte. Und ganz bedeutungslos ist es, ob dies oder jenes den Bestimmungen irgendeines Gesetzes oder irgendeiner Verfassungsurkunde entspricht …»[1]

Auch wenn – selbst auf Verfassungsebene – konkrete wirtschaftspolitische Vorschläge weniger de lege lata, sondern vor allem de lege ferenda vorgebracht werden können, zeigt die zitierte Aussage wenig Respekt gegenüber der Rechtswissenschaft und selbst gegenüber den normativen Prinzipien der Verfassung.[2] Solcher Selbstbehauptungsdrang findet sich heutzutage eher in juristischen Texten, so etwa im umstrittenen Leitentscheid «Glarnersach» vom 3. Juli 2012 des Bundesgerichts:

> «In der Lehre wird teilweise ein Subsidiaritätsprinzip postuliert in dem Sinne, dass eine staatliche unternehmerische Tätigkeit nur zulässig sei, wenn ein Marktversagen vorliegt oder die Privatwirtschaft nicht in der Lage ist, die Bedürfnisse der Bevölkerung abzudecken … Insgesamt ist das Subsidiaritätsprinzip im genannten Sinne eher ein wirtschaftspolitisches Leitbild als eine justiziable Rechtsregel.»[3]

Das im ökonomischen Mainstream oft verwendete Konzept des Marktversagens kann so kaum zur Konkretisierung der jeweils angestrebten öffentlichen Interessen beigezogen werden.[4] Diese dogmatische Verschlossenheit scheint ein weiterer Entscheid des Höchstgerichts zu bestätigen:

1 *Ludwig von Mises,* Kritik des Interventionismus, Jena 1929, S. 26 [im Nachdruck der H. Akston Verlags GmbH, München 2013].

2 Mit der normativen Verfassungsökonomik hat sich denn auch ein eigenes Forschungsfeld gebildet. Siehe z.B. *James M. Buchanan,* Contractarian Political Economy and Constitutional Interpretation, The American Economic Review, 78/2 (1988), S. 135 ff.; *Friedrich A. Hayek,* Law, Legislation, and Liberty, Chicago 1973.

3 BGE 138 I 378, 394 f. E. 8.4. Auch *Jörg Paul Müller,* Zur Relevanz des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5a BV im Verhältnis der SRG zu privaten Anbietern, Jusletter 6. März 2017, N 16, sieht keine Möglichkeit der Übertragung des Subsidiaritätsprinzips auf die marktwirtschaftliche Ordnung, wobei er sich aber eng am positiven Verfassungsrecht orientiert.

4 Deswegen kritisch – nicht «neutral oder eher zustimmend» (BGE 143 II 425, 432 E. 4.3) – *Peter Hettich,* Urteilsbesprechung Glarnersach, AJP 2012, S. 1467 ff., 1471.

«Wann ein Marktversagen bzw. sozial unerwünschte Verteilungen vorliegen, bestimmt der Gesetzgeber.»[5]

Obwohl dieser Entscheid das Marktversagen durchaus in Beziehung zum ökonomischen Wohlfahrtsbegriff stellt, wird dennoch allein auf entsprechende Qualifikationen des Gesetzgebers abgestellt; dadurch verliert das Konzept seinen eigenständigen ökonomischen Gehalt: Dann erlaubt Marktversagen ein Eingreifen des Gesetzgebers, und es liegt vor, wenn der Gesetzgeber eingreift.[6]

Ähnlich kritisch war in jüngerer Zeit eine Abhandlung von *Paul Richli* zum Thema Staatsaufgaben «vom Bestreben beeinflusst, gegenüber der heute dominierenden ökonomischen Perspektive ausserökonomische Sichtweisen zu stärken.»[7] *Johannes Reich* stellte seine Antrittsvorlesung vom 22. April 2013 unter den Titel «Kolonisierung des öffentlichen Rechts durch ökonomische Rationalität?»; die Wortwahl («Kolonisierung») impliziert eine Bedrohungslage im Sinne eines Verlusts an Eigenständigkeit (immerhin mit Fragezeichen). *Markus Müller* veröffentlichte im Nachgang der Schweizer Staatsrechtslehrertagung von 2016 sein pointiertes Referat unter dem Titel «Die Wissenschaft des öffentlichen Rechts in Zeiten der Ökonomisierung – Denkanstösse».[8] Ziel seines Beitrags sei es, den «Gestaltungs- und Behauptungswillen» der Juristinnen und Juristen zu aktivieren.[9] Dabei verneint er nicht, dass die Ökonomik «hilfreiche Unterstützung» bieten kann, konstatiert aber dennoch, dass die Disziplin zuweilen «unsachgemäss dominiert».

Ziel des vorliegenden interdisziplinären Beitrags ist es, das Verhältnis zwischen Recht und Ökonomik zu entkrampfen und ein Verfahren vorzuschlagen, mit Hilfe dessen man ökonomische und rechtliche Rationalitäten konstruktiv zusammenführen kann. Dazu wollen wir zunächst einige Bemerkungen zum Selbstverständnis beider Disziplinen anbringen (II.), bevor wir spezifisch auf die Wichtigkeit einer normativen Grundierung von rechtlichen und ökonomischen Analysen eingehen (III.). Die Ausrichtung jeder rechtlichen und ökonomischen Analyse auf normative Ziele lässt sich am Beispiel des Begriffs der Wettbewerbsverzerrung und des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit erläutern (IV.). Wir schliessen mit einem Ausblick auf Möglichkeiten der Verallgemeinerung unseres Ansatzes (V.).

5 BGE 141 II 66, 71 E. 2.2.2. Freilich ist dem Gericht zuzustimmen, dass bei der Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes die Verwaltungsbehörden und Gerichte tatsächlich «nicht zu beurteilen [haben], ob im konkreten Bereich bzw. im konkreten Fall tatsächlich ein Marktversagen vorliegt» (E. 2.2.7.).

6 Es eröffnen sich Parallelen zur ebenso zirkulären Staatsaufgabendiskussion: *Paul Richli,* Staatsaufgaben – Grundlagen, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 851 ff., 860.

7 *Paul Richli,* Welche Aufgaben soll der Staat erfüllen? Ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im Anschluss an die Politische Philosophie, Bern 2009, S. 3.

8 in: ZSR 135 I (2016), S. 411 ff.

9 Ebenda, 412.

II. Selbstverständnisse von Rechtswissenschaft und Ökonomik

1. Begriff und Aufgaben

Die *Rechtstheorie* sieht das Recht sowohl als formale Sollensordnung wie auch als Ausdruck des Strebens nach einem gerechten Rahmen für das gesellschaftliche Zusammenleben. Als formale Sollensordnung ist Recht auf die Verwirklichung normativer Ziele – notfalls unter Ausübung von Zwangsgewalt – in einem bestimmten Geltungsraum gerichtet. Der Geltungsgrund ist dabei zunächst rein prozedural: das Recht ist das im dafür vorgesehenen Verfahren gesetzte Recht und macht insofern – als formale Erscheinung – keinen Richtigkeits- oder Wahrheitsanspruch geltend.[10] Wer das Recht im Dienste der Verwirklichung eines idealtypischen Verfassungsstaats sieht (freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat westlicher Prägung), wird dieses an bestimmte ethische, moralische oder gerechte Grundsätze rückbinden wollen. Dafür notwendig sind hierzulande institutionelle Vorkehrungen zur Etablierung und Sicherung von Demokratie, Grundrechten und Gewaltenteilung, die dann letztlich dem Zweck der Eidgenossenschaft, namentlich der Förderung der gemeinsamen Wohlfahrt, dienen sollen (Art. 2 BV).[11] Beruhend auf einer solchen Theorie des Rechts hat die Rechtswissenschaft nicht nur die Funktion, den Willen des Gesetzgebers zu ermitteln und die Rechtsanwendung zu beschreiben, zu analysieren, zu kategorisieren, zu systematisieren und zu prognostizieren, sondern auch Möglichkeiten zur Rechtsfortbildung vorzuschlagen.[12]

Die *moderne Ökonomik* untersucht ein weites Feld von Fragestellungen, die der Laie nicht zwingend damit verbindet. Das Ausgreifen mag die Widerstände gegen die «Ökonomisierung» verständlicher machen. Die Ökonomik versucht insbesondere zu erklären, wie in Märkten und anderen Institutionen Güter und Ressourcen verteilt werden und wie diese reguliert werden müssen, um ein gewünschtes Ergebnis zu erreichen. Untersucht wird vordringlich die Funktionslogik von Märkten, Unternehmen und staatlichen Institutionen.[13] Dabei definiert sich die Ökonomik vor allem über eine bestimmte Betrachtungsweise der gesellschaftlichen Wirklichkeit: Die Knappheit.[14]

> «Economics is the study of how men and society choose, with or without the use of money, to employ scarce productive resources which could have alternative uses, to

10 Die hier gewählte – stark verkürzte – Umschreibung orientiert sich an *Markus Müller,* Religion im Rechtsstaat: Von der Neutralität zur Toleranz, Bern 2017, S. 26 ff.

11 Hinweise zur normativen Ausrichtung des Verfassungsstaats bei *Peter Hettich,* Kooperative Risikovorsorge, Zürich 2014, N 676 Fn. 2320.

12 Ähnlich schon *Ralf Dreier,* Recht – Moral – Ideologie, Frankfurt 1981, S. 51 ff., 55, welcher die Rechtspolitik aber nur an den Richter und nicht an den Gesetzgeber adressiert sieht.

13 *Kolmar,* Grundlagen der Mikroökonomik: Ein integrativer Ansatz, Wiesbaden 2017, S. 3.

14 *Kolmar* (Anm. 13), S. 4.

produce various commodities over time and distribute them for consumption, now and in the future among various people and groups of society.»[15]

Wer in den Rechtswissenschaften von «Ökonomisierung» spricht, meint in der Regel das «Primat von Effektivität und Effizienz»[16] oder den zunehmenden Einfluss «ökonomischen Denkens» (Orientierung an Kosten und Nutzen) und «ökonomischer Prinzipien (insb. Effizienz- oder Wirtschaftlichkeitsprinzip, Marktprinzip, Wettbewerbsprinzip)»[17]; es wird also im Wesentlichen eine spezifische normative Perspektive auf die Gesellschaft unterstellt. Dabei wird die Gemeinwohlorientierung der Ökonomik vollständig ausgeblendet, was Nobelpreisträger *Jean Tirole* richtigstellt:

«L'économie, comme les autres sciences humaines et sociales, n'a pas pour objet de se substituer à la société en définissant le bien commun. Mais elle peut y contribuer de deux manières. D'une part, elle peut orienter le débat vers les objectifs incarnés dans la notion de bien commun en les distinguant des instruments qui peuvent concourir à leur réalisation. … D'autre part, et surtout, l'économie, prenant le bien commun comme une donnée, développe les outils pour y contribuer.»[18]

Die Wahrnehmung von «guter» oder «schlechter» Wirtschaftspolitik ist also auch in der normativen Ökonomik stets auf die Ziele bezogen, die erreicht werden sollen; Unklarheit bezüglich der Ziele lädt zu Missverständnissen ein und macht Debatten schnell ideologisch.[19] Bei einem Dissens über zu ergreifende Massnahmen bleibt vielfach unklar, ob dieser auf unterschiedliche Wahrnehmungen der Funktionsweise von Märkten und von wirtschaftspolitischen Instrumenten oder auf unterschiedliche Vorstellungen der mit ihnen zu erreichenden Ziele zurückzuführen ist. Werden solche Unklarheiten nicht ausgeräumt, ist eine rationale Auseinandersetzung über die «richtige» Wirtschaftspolitik schwierig.

Die vorherigen Zitate unterstellen überdies, dass die ökonomische Theorie einzig im Dienste der Verwirklichung einer wettbewerbsgesteuerten Privatwirtschaft stehe. Die zur Auswahl stehenden Instrumente wären damit einseitig auf den Wettbewerb verkürzt, was falsch ist:

«L'économie n'est ni au service de la propriété privée et des intérêts individuels, ni au service de ceux qui voudraient utiliser l'État pour imposer leurs valeurs ou faire prévaloir leurs intérêts. Elle récuse le tout-marché comme le tout-État. L'économie est au

15 *Paul A. Samuelson/Peter Temin*, Economics, 10. Aufl., New York 1976, S. 3.
16 *Lorenz Engi,* Ethisierung und Ökonomisierung als Gefährdungen des Verwaltungsrechts, Jusletter 13. November 2006, N 8.
17 *Müller* (Anm. 8), S. 412.
18 *Tirole,* Économie du Bien Commun, Paris 2016, S. 17.
19 *Kolmar* (Anm. 13), S. 24.

service du bien commun ; elle a pour objet de rendre le monde meilleur. À cette fin, elle a pour tâche d'identifier les institutions et les politiques qui promouvront l'intérêt général.»[20]

Aufbauend auf bestimmten normativen Zielen einer Gesellschaft erarbeiten Ökonomen Vorstellungen darüber, wie diese Ziele bestmöglich erreicht werden können. Eine – wichtige, aber wohl weder ausschliessliche noch abschliessende – Quelle solcher Zielvorstellungen bildet die (Wirtschafts)Verfassung. Der Gesetzgeber verfügt bei der Konkretisierung der dort (explizit oder implizit) niedergelegten Ziele meist über erhebliche Spielräume. Dennoch steht die Wahl der Instrumente und die Gestaltung des (Markt)Ordnungsrahmens immer im Dienst der Verwirklichung der übergeordneten Verfassungsziele. Wer also etwa Wettbewerbsverzerrungen in bestimmten Märkten näher betrachten will, kommt nicht um die Klärung der Vorfrage herum, welche Ziele der Verfassungsgeber, z.B. mit dem Instrument des Wettbewerbs, in den betreffenden Märkten überhaupt erreichen will. Ohne eine solche Bestimmung bleibt der Begriff Wettbewerbsverzerrung inhaltsleer.

Spricht man von einer «unsachgemässen Dominanz» der Ökonomik, so kann dies einerseits bedeuten, dass die (positive) Ökonomik mit falschen Theorien und Modellen arbeitet. Das Verhaltens- und Interaktionsmodell würde also zu falschen Schlussfolgerungen führen (die Theorie sagt z.B., dass eine Regulierung die Beschäftigung erhöht, de facto reduziert sie sie aber), oder die engen Schlussfolgerungen würden zwar stimmen, aber andere normativ relevante gesellschaftliche Konsequenzen ausser Acht lassen (die Theorie sagt z.B., dass Globalisierung zu einer Erhöhung der Effizienz führt, und dies stimmt auch; gleichzeitig führt sie zu einer politischen Radikalisierung, die die Theorie nicht vorhersagt). Aus unserer Sicht sind solche «Fehler» bedauerlich, aber für jede Sozialwissenschaft potenziell unvermeidlich: Es kann – abhängig vom jeweiligen Problem – eben nur versucht werden, die normativ relevanten Rechtsfolgen möglichst unvoreingenommen und gut abzuschätzen. Dazu gehört eine Offenheit gegenüber den Ergebnissen aller für die Frage relevanten Gesichtspunkte, was mit Eingang der Topik in die Methodenlehre *(Theodor Viehweg)* auch in den Rechtswissenschaften anerkannt sein sollte.[21]

Andererseits kann «Dominanz» heissen, dass in der (normativen) Ökonomik ethisch-normative Prinzipien zur Anwendung kommen, die mit dem Rechtssystem unvereinbar sind (z.B. könnte die ökonomische Theorie utilitaristisch sein, wohingegen die Verfassung eine solche Orientierung für entsprechende Fälle explizit ausschliesst). Dann sollte die Ökonomik tatsächlich aus normativen Gründen keine Rolle spielen. Viel eher könnte aber auf einer subtileren Ebene zu

20 *Tirole* (Anm. 18), S. 18.

21 Grundlegend *Theodor Viehweg,* Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl., München 1974, 31 ff. und passim.

erwarten sein, dass zwar eine grundsätzliche Vereinbarkeit ethisch-normativer Prinzipien vorliegt, aber die in jeder Theorie notwendig existierende epistemische Normativität auf die ethische Normativität durchgreift (was selbst wieder ethisch problematisch wäre). So kritisiert *Hilary Putnam* den ökonomischen Mainstream, weil bestimmte, problematische epistemisch-normative Annahmen hinsichtlich des Menschenbildes auf die Ebene der ethischen Normativität durchgreifen und somit zu einer aus Sicht des Wohlergehens der Menschen unangemessenen Wahrnehmung der Wirtschaft führen.[22] Dieses Problem haben aber auch alle anderen Wissenschaften, sodass diesbezüglich generell ein möglichst hohes Mass an Reflexivität zu schaffen ist. Ein erster Schritt hierzu ist die Offenlegung der ethischen und epistemischen Normativität, was – im Sinne einer Berücksichtigung des «Vorverständnisses» – schon *Josef Esser* im Anschluss an *Hans-Georg Gadamer* gefordert hat.[23] In einem zweiten Schritt sollte sich Kritik an bestimmten sozialwissenschaftlichen Methoden nicht mit Vermutungen begnügen, sondern Probleme explizit benennen.

2. Methoden

a. Ökonomik

Die Ökonomik kennt unterschiedliche methodische Herangehensweisen und Paradigmen, mit denen ein Phänomen eingeschätzt werden soll. So sind etwa in der wirtschaftspolitischen Debatte über die Regulierung von Netzindustrien (z.B. Verkehr, Telekommunikation, Energie, Wasser) hauptsächlich vier Ansätze unterscheidbar.

Wirtschaftspolitische Handlungsempfehlungen zur Regulierung der Märkte, in denen die betreffenden Unternehmen tätig sind (die Ökonomen und nachfolgend auch wir sprechen mit Blick auf bestimmte Branchen generell von «Industrien»), speisen sich häufig aus einem technologiegetriebenen Verständnis: Danach führen die technologischen Produktionsbedingungen entlang der Wertschöpfungskette der Industrie zu spezifischen Kostenstrukturen und Funktionsweisen von Märkten. Das dann aus normativer Sicht als erwünscht oder unerwünscht zu beurteilende Marktergebnis zieht allenfalls institutionelle und regulatorische Konsequenzen nach sich.[24] Diese technologiebasierte Herangehensweise liefert

22 *Hilary Putnam,* The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays, Cambridge, Mass. 2002; *Hilary Putnam/Vivian Walsh* (Hrsg.), The End of Value-Free Economics, London/New York, 2011.

23 *Josef Esser,* Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970, 136 ff.; *Hans-Georg Gadamer,* Wahrheit und Methode, 3. Aufl., Tübingen 1972, 251 ff., 254.

24 Zu diesen Ansätzen etwa *Paul Joskow,* Regulation of Natural Monopoly, in: A. Mitchell Polinsky/Steven Shavell (Hrsg.), Handbook of Law and Economics, Bd. 2, Amsterdam et al., 2007, S. 1227 ff.; *Friedrich Breyer/Martin Kolmar,* Grundlagen der Wirtschaftspolitik, 4. Aufl., Tübingen 2014, S. 165 ff.

wichtige Einsichten, doch lassen sich zentrale Fragen damit nicht befriedigend beantworten.[25]

Deutlich später stellte ein weiterer Erklärungsansatz die Transaktionskosten in den Vordergrund, aufgrund derer sich Anreize zu einer bestimmten Ausformung von Institutionen und oder einer bestimmten Ausgestaltung von Verträgen ergeben. Die moderne Institutionenökonomik als Transaktionskosten-, Vertrags- und Informationstheorie erlaubt es, deutlich detaillierter Unterschiede in der ökonomischen Leistungsfähigkeit z.B. zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen herauszuarbeiten und zu bewerten.[26]

Ein dritter methodischer Ansatz spielt in der derzeitigen wirtschaftspolitischen Debatte kaum eine Rolle: *Friedrich von Hayek* war einer der grössten Skeptiker der Idee einer technokratischen Planbarkeit komplexer ökonomischer Prozesse.[27] Er war der Überzeugung, dass zumindest langfristige Handlungsfolgen schwer oder gar nicht abschätzbar sind. Dieses Problem scheint deshalb in ökonomischen Theorien wenig auf, weil Unsicherheit in der Regel durch ein mathematisches Modell («Bayesianisches Modell») als kumulierter Erwartungsnutzen aus den verschiedenen möglichen Zukunftsszenarien in die Theorie integriert wird. Der qualitative Unterschied zwischen unterschiedlich unsicheren Entwicklungen, also etwa zwischen Risiko und Unsicherheit, wird dann regelmässig ausser Acht gelassen.[28] Unzureichende Möglichkeiten der Abschätzung von Handlungsfolgen haben aber insbesondere in dynamischen, innovationsgetriebenen Industrien eine potenziell grosse Relevanz; wir verwenden dafür die Bezeichnung «tiefe Unsicherheit».

Viertens wird davon ausgegangen, dass wirtschaftliche Akteure in hinreichendem Sinne rational sind, sodass ihnen die Verantwortung für ihr Handeln zugeordnet werden kann. Dies heisst insbesondere, dass ihr auf Märkten offenbartes Verhalten im Wesentlichen ihren wahren Interessen entspricht. Dadurch wird es möglich, ohne Umwege über ein kompliziertes mentales Modell aus dem Verhal-

25 *Urs Schweizer,* Vertragstheorie, Tübingen 1999; *Oliver Williamson,* The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting, New York 1985.

26 *Oliver Williamson,* The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead, Journal of Economic Literature 38 (2000), S. 595 ff.; *Breyer/Kolmar* (Anm. 24), S. 341 ff.

27 *Friedrich August von Hayek,* Die Anmassung von Wissen, in: ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft 26 (1975), S. 12 ff.

28 Eine Übersicht über die Literatur zu tiefer Unsicherheit bieten *James Lenman,* Consequentialism and Cluelessness, Philosophy and Public Affairs 29, 2000, S. 342 ff.; *Salvatore Modica/Aldo Rustichini,* Unawareness and partitional information structures, Games and Economic Behavior 27 (1999), Nr. 2, S. 265 ff.; *Burkhard C. Schipper,* Awareness-dependent subjective expected utility theory, International Journal of Game Theory 42 (2013), Nr. 3, S. 725 ff.; *Itzhak Gilboa/David Schmeidler,* Maxmin Expected Utility with a Non-Unique Prior, Journal of Mathematical Economics 18 (1989), Nr. 2, S. 141 ff., ferner *Nabil I. Al-Najjar/Jonathan Weinstein,* A Bayesian model of Knightian uncertainty, Theory and Decision 78 (2015), S. 1 ff.

ten allein normative Rückschlüsse auf das Wohlergehen der Akteure zu erlangen.[29]

b. Recht

Die rechtswissenschaftliche Forschung beruht im Wesentlichen auf den etablierten Methoden der Auslegung von Gesetzestexten, welche auf die Ermittlung des Sinns von Rechtsnormen zielen und den Juristen vorwiegend in seiner Rolle als Rechtsanwalt oder Richter verorten.[30] Die vor allem im wissenschaftlichen Kontext wichtige Auslegung des Verfassungsrechts unterscheidet sich hierbei nicht grundsätzlich von der Auslegung des Gesetzes- und Verordnungsrechts.[31] Vor allem aufgrund ihres allgemeinen und offenen Charakters besteht bei der Auslegung von Verfassungsnormen – noch mehr als bei Gesetzesnormen – die Gefahr, eigene normative Wertvorstellungen an die Verfassung heranzutragen bzw. diese in Verfassungsnormen hineinzuinterpretieren.[32] Die Gefahr ist besonders gross, wenn der Grundsatz der «Einheit der Verfassung»[33] überdehnt und das Streben nach «praktischer Konkordanz»[34] in der Auslegung zu weit getrieben wird.

Die gestützt auf ein enges Rollenverständnis des Juristen entwickelten Auslegungsmethoden sind Ergebnis einer vorwiegend normativen Ausrichtung der Rechtswissenschaft, die dadurch erhebliche Schwierigkeiten beim Einbezug aus-

29 Siehe *Franz Dietrich/Christian List,* Mentalism versus behaviourism in economics: a philosophy-of-science perspective, Economics and Philosophy 32 (2016); *B. Douglas Bernheim/Antonio Rangel,* Beyond Revealed Preference: Choice-Theoretic Foundations for Behavioral Welfare Economics, Quarterly Journal of Economics 124 (2009), 51 ff.; für eine Kritik *Botond Koszegi/Matthew Rabin,* Mistakes in Choice-Based Welfare Analysis, American Economic Review 97(2) (2007), S. 477 ff.

30 Dass diese Sicht zu einfach bzw. eng ist, haben schon *Peter Raisch/Karsten Schmidt,* Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaften, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften Bd. 1, 2. Aufl., München 1976, S. 143 f., angemerkt. Siehe zur nach wie vor bestehenden Problematik aber etwa *Georg Müller/Felix Uhlmann,* Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013, N 2.

31 Zu gewissen Differenzen etwa *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr,* Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016, N 77.

32 Zu dieser Gefahr *Klaus Vallender,* Der ordnungspolitische Grundentscheid der schweizerischen Bundesverfassung, in: Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung: FS für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 1033 ff., S. 1036. Auf die Nähe der Verfassungsinterpretation zur Rechtsetzung wies schon *Dieter Grimm,* Staatsrechtslehre und Politikwissenschaft, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften Bd. 1, 2. Aufl., München 1976, S. 53 ff., 55, hin.

33 Dazu näher *René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax,* Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, N 529 f., sowie *Pierre Tschannen,* Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 4 N 40 f. (auch zu den Grenzen der harmonisierenden Auslegung).

34 Dazu schon *Richard Bäumlin,* Staat, Recht und Geschichte: Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung, Zürich 1961, S. 27, und im Anschluss *Konrad Hesse,* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, N 317 f.

serrechtlicher, im ökonomischen Kontext oft mit empirischen Methoden gewonnener Erkenntnisse zeigt.[35] Eine mit Blick auf das «Funktionieren» einer Norm oder gestützt auf die «realen Verhältnisse» erfolgende Auslegung steht meist eher im Hintergrund der rechtlichen Argumentation.[36] Spätestens bei der Unterstützung des Normgebers im Gesetzgebungsverfahren kommt jedoch auch der Jurist nicht umhin, ausserrechtliches Wissen zu berücksichtigen, sprich in Fragen der Wirtschaftspolitik auch ökonomische Erkenntnisse in seine Empfehlungen einfliessen zu lassen.[37] Eine Rolle des Juristen kann es dabei etwa sein, freiheitsvermittelnde Aspekte der Grundrechte, die in einer rein welfaristischen Logik allenfalls zu wenig Berücksichtigung finden, in die wirtschaftspolitische Diskussion einzubringen. Nur in einem Zusammenspiel dieser und weiterer Disziplinen ist nach unserer Auffassung das effektive und effiziente Funktionieren von (zukünftigen) Rechtssätzen im Hinblick auf die zu erreichenden normativen Verfassungsziele zu bewerkstelligen. Dabei versteht sich von selbst, dass insbesondere auch die Sozialwissenschaften dem Fallibilismus unterworfen sind; damit muss eine auf empirischen Methoden basierende Rechtsfolgenanalyse offen für die Weiterentwicklung des Wissens sein.

III. Libertäre und welfaristische Sichtweisen auf wirtschaftspolitische Problemstellungen

1. Verwirklichung der Grundrechte als normatives Ziel

Der weit überwiegende Teil der normativen ökonomischen Forschung basiert heute auf einer sog. welfaristischen Ethik.[38] Bei diesem Spezialfall des Konsequentialismus wird (1) davon ausgegangen, dass die Wirtschaftsakteure verschiedene gesellschaftliche Zustände entsprechend ihrem erwarteten Nutzen bewerten und (2) ausschliesslich diese Nutzenbewertungen normativ-ethisch relevant sind. Wichtige Beispiele für den Welfarismus sind das Kriterium der Pareto-Effizienz und der Utilitarismus.[39] Wirtschaftspolitische Massnahmen werden entsprechend dann als «richtig» qualifiziert, wenn sie die gemeinsame Wohlfahrt in diesem

35 Siehe etwa *Hettich* (Anm. 11), N 410.

36 Grundlegend zur dafür entwickelten «funktionalen Methode» *Walter René Schluep,* Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Zum Wirtschaftsrecht: Eine Sammlung von Aufsätzen, Bern 1978, S. 82 ff.; 95; *Carl Baudenbacher,* Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, ZHR 1980, S. 145 ff.

37 Art. 7 Abs. 2 FINMAG sowie die Leitlinien der FINMA zur Finanzmarktregulierung vom 3. Juli 2013 bringen diese Zusammenhänge in hervorragender Weise zum Ausdruck.

38 *Amartya Sen,* Utilitarianism and Welfarism, The Journal of Philosophy, 76 (1979), Nr. 9, S. 463 ff.

39 In einem Pareto-effizienten Zustand kann keine Person durch einen Tausch von Gütern bessergestellt werden, ohne dass mindestens eine andere Person schlechter gestellt wird. Der Utilitarismus zielt hingegen auf die Maximierung des aggregierten, also über alle beteiligten Personen summierten Gesamtnutzens ab.

Sinne fördern (und eben nicht nur, weil sie ein günstiges Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweisen).[40]

Neben der derzeit in der ökonomischen Praxis im Wesentlichen bedeutungslosen Tugendethik wird in der philosophischen Ethik die Deontologie als Gegenmodell zum Konsequentialismus diskutiert. Darunter werden philosophisch sehr weit auseinanderliegende Theorien subsumiert, die von *Immanuel Kants* Pflichtethik bis hin zu *John Lockes* und *Robert Nozicks* Liberalismen reichen.[41] In der ökonomischen Forschung spielten Liberalismen, die einem bestimmten Freiheitsbegriff Zweck- und nicht bloss Mittelcharakter zukommen lassen (und den wir mit dem Begriff «libertär» versehen)[42], immer wieder eine gewisse Rolle. Weit überwiegender wird der Freiheitsbegriff – dem Welfarismus folgend – rein instrumentell verstanden. Eine Ausrichtung der Wirtschaftspolitik auf libertäre Ziele wäre in diesen Tagen eher der Heterodoxie zuzuordnen.[43]

Auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lassen sich welfaristische bzw. utilitaristische Ansätze nachweisen. So hält das Bundesgericht in einem 1998 ergangenen Entscheid zur Vereinbarkeit des glarnerischen Gebäudeversicherungsmonopols mit der Wirtschaftsfreiheit fest:

> «Die marktwirtschaftliche Ordnung, die durch die institutionelle oder wirtschaftspolitische Komponente von Art. 31 [a]BV geschützt wird, findet ihre Legitimation darin, dass dadurch die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Bevölkerung möglichst effizient und preisgünstig befriedigt werden sollen.»[44]

40 Eine Kosten-Nutzen-Handlungsregel lässt sich aus einer utilitaristischen Ethik ableiten, wenn alle relevanten Akteure sogenannte quasilineare Nutzenfunktionen besitzen. In diesem Fall entspricht eine Wirtschaftspolitik auf Basis von Kosten-Nutzen-Analysen einer utilitaristischen Wirtschaftspolitik, und utilitaristische Wohlfahrtsmaximierung entspricht der Pareto-Effizienz; *Hal Varian,* Microeconomic Analysis, 3. Aufl., New York 1992.

41 *Larry Alexander/Michael Moore,* Deontological Ethics, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Ausgabe Winter 2016, abrufbar unter <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/ethics-deontological/>.

42 Dies in Abgrenzung zum Begriff liberal, der insbesondere in der angelsächsischen Literatur eher für konsequentialistische Ethikstrukturen (die gleichwohl deontologisch gerechtfertigt sein können) verwendet wird; z.B. *John Rawls,* A Theory of Justice, Cambridge 1971.

43 *Kolmar* (Anm. 13), S. 27. Oftmals kommt es zu Verwechslungen zwischen dem konsequentialistisch-welfaristischen Ziel der Pareto-Effizienz und einer deontologischen Vorstellung des Libertarismus. Während für einen Libertären der freie Markt Ausdruck der freien Ausübung von (typischerweise naturrechtlich gerechtfertigten) Eigentumsrechten ist und daher unabhängig von seinen Konsequenzen dem normativen Ziel entspricht, ist ein solcher Markt aus Sicht der Pareto-Effizienz nur dann wünschenswert, wenn er dieses Ziel auch verwirklicht. Eigentumsrechte haben hier nur instrumentellen Charakter. Im Modell vollständiger Konkurrenz ist die Beurteilung eines Marktes aber zufällig aus beiden Perspektiven identisch.

44 BGE 124 I 25, 31 E. 3g. Hier mag eingewendet werden, dass das obige Zitat die Wirtschaftsfreiheit nicht in seiner individualrechtlichen Ausprägung erfasst. Dennoch musste die damalige staatsrechtliche Beschwerde auf einer geltend gemachten Individualrechtsverletzung beruhen (Art. 88 OG).

Ungeachtet der (fraglichen) Gültigkeit des vom Bundesgericht vorgebrachten Effizienzarguments erschiene es problematisch, die Grundrechte nur als Mittel zur Erzielung von Effizienz bzw. günstigen Endverbraucherpreisen anzusehen.[45] Vielmehr stellt die Verwirklichung der Grundrechte nach der schweizerischen Verfassungskonzeption ein eigenständiges normatives Ziel dar (besonders deutlich in Art. 35 Abs. 1 BV). Die als Folge der Gewährleistung von Grundrechten angelegte Freiheitsorientierung der Verfassung ist ökonomisch in zweierlei Hinsicht relevant: Sie zielt auf einen möglichst grossen Spielraum für jedermann, über seine eigenen Belange allein zu entscheiden (das in den Freiheitsrechten angelegte liberale Ideal), und auf die Mitwirkung bei allen Entscheidungen, die ausser der betrachteten Person noch andere betreffen (das in den politischen Rechten angelegte demokratische Ideal). Einschränkungen der Grundrechte bedürfen einer Rechtfertigung (Art. 36 BV), die aus verfassungsrechtlicher Sicht – jedenfalls im Regelfall – nicht nur aufgrund einer welfaristischen Logik erfolgen kann. Die Freiheitsrechte sind also keineswegs nur instrumentell zu verstehen.

Im unternehmerischen Bereich ist Freiheit primär in der Form der Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie relevant. Hier deutet das Bundesgericht im Scientology-Entscheid von 1999 an, dass sich der normative Eigenwert der wirtschaftlichen und der ideellen Grundrechte unterscheiden könnte und den ersteren bei Güterabwägungen allenfalls geringeres Gewicht zuzumessen sei.[46] Eine solche Rangfolge der Freiheitsrechte lässt sich aus dem Verfassungstext nicht ableiten; vielmehr wird die Gleichrangigkeit der Verfassungsnormen postuliert.[47] Wer die Wirtschaftsfreiheit auch als das – historisch nicht selbstverständliche – Recht ansieht, seinen Lebensunterhalt selbst bestreiten zu können, wird den wirtschaftlichen Grundrechten einen ideellen Gehalt nicht absprechen können.[48] Mit anderen Worten vermitteln das Recht zur freien Berufsausübung und zur Bildung von Eigentum ein nicht zu unterschätzendes Mass an Würde (Art. 7 BV).[49] Einschränkungen sind also auch hier nicht pauschal, sondern aufgrund ihrer Sachgerechtigkeit im Einzelfall zu beurteilen.

45 Beide Ziele sind normativ nicht gleichwertig. Es kann sein, dass die Durchsetzung von günstigen Endverbraucherpreisen mit Effizienzverlusten einhergeht und Effizienzsteigerungen zu höheren Endverbraucherpreisen führen. Ein Beispiel ist der Übergang von einem (ökonomischen, siehe Anm. 67) Monopol ohne Preisdifferenzierung zu einem (ökonomischen) Monopol mit (vollständiger) Preisdifferenzierung.

46 BGE 126 I 133, 140 E. 4d.

47 Siehe etwa *Tschannen* (Anm. 33), § 4 N 13 ff.; *Rhinow/Schefer/Uebersax* (Anm. 33), N 66 f.

48 Diesen Ansatz verfolgt *Timothy Sandefur,* The Right to Earn a Living, Washington 2010, unter Verweis auf historische Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten.

49 *Tirole* (Anm. 20), S. 91 f. im Zusammenhang mit der Arbeitsmarktregulierung in Frankreich.

2. Rückdrängung libertärer Ziele in «Ausnahmebereichen»

Die freiheitliche Ordnung kann nicht nur Beschränkungen unterworfen werden, sondern ist an verschiedener Stelle durch Ausnahmebereiche ganz durchbrochen. Zum Ausdruck kommt dies etwa in Art. 92 BV, der das Post- und Fernmeldewesen der Wirtschaftsfreiheit entzieht, vor allem um definierte Gemeinwohlziele, konkret Verteilungsgerechtigkeitsziele, zu erreichen. In solchen Ausnahmebereichen erscheinen Recht und Ökonomik in der Herangehensweise weitgehend kongruent.

Entsprechend enthält die schweizerische Wirtschaftsverfassung sowie die auf ihr beruhende Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik sowohl Elemente einer eher libertären Position, welche in der Entscheidungsfreiheit des Einzelnen und von Unternehmen einen eigenständigen normativen Zweck sieht, wie auch Elemente einer eher welfaristischen Position, die unternehmerische Freiheit als Mittel zum Zweck des dann näher zu bestimmenden Gemeinwohls rückbindet. Libertäre und welfaristische Werthaltungen führen selbst bei gleicher Wahrnehmung der Funktionsweise von Märkten und der Handlungslogik von Unternehmen möglicherweise zu unterschiedlichen wirtschaftspolitischen Empfehlungen.

Libertäre Vorstellungen der Eigenwertigkeit von Wirtschafts- und Wettbewerbsfreiheit sind mit den konsequentialistisch-welfaristischen Vorstellungen von Effizienz und Verteilungsgerechtigkeit, die in der normativen Ökonomik vorherrschend sind, nur schwer zu vereinbaren.[50] Sollen sie berücksichtigt werden, muss eine eigenständige Prüfung der Implikationen dieser Ziele hinsichtlich guter Wirtschaftspolitik durchgeführt und dann gegebenenfalls eine Abwägung der relativen Wichtigkeit zwischen diesen und anderen Zielen getroffen werden. Spannungsverhältnisse in Form von Zielkonflikten bestehen in der Praxis häufig zwischen den Zielen Effizienz und Freiheit auf der einen und Gerechtigkeit (zum Beispiel in Form eines utilitaristischen Gerechtigkeitsideals) auf der anderen Seite. So basiert die Idee der Grundversorgung (z.B. Art. 43a Abs. 4, Art. 81a Abs. 1, Art. 89 Abs. 1 und 5, Art. 92 Abs. 2 BV) auf einer bestimmten, aus einem Gleichheitsideal abgeleiteten Gerechtigkeitsvorstellung; sie wird durch eine besondere Regulierung abgesichert, welche die Wirtschaftsfreiheit begrenzt bzw. begrenzen darf.

IV. Untersuchung des wirtschaftspolitischen Instrumenteneinsatzes

1. Begriff der «Wettbewerbsverzerrung»

Folgt man welfaristischen Vorstellungen der Wirtschaftspolitik, so besteht aus ökonomischer Sicht die zentrale ordnungspolitische Herausforderung in der Aufdeckung und Beseitigung von Marktversagen. Marktversagen bezieht sich dabei

50 *Alexander/Moore* (Anm. 41). S. auch *Daniel Hausman/Michael S. McPherson*, Economic analysis, moral philosophy and public policy, Cambridge 2006.

auf ein Abweichen des Marktergebnisses vom normativen Ideal, das bestenfalls durch den Verfassungsgeber explizit zum Ausdruck gebracht wurde. Dabei verändert jedes unternehmerische und staatliche Handeln auf bestimmten Märkten den Wettbewerbsprozess und damit das Marktergebnis. Solche Veränderungen des Wettbewerbs sind in den wenigsten Fällen problematisch. Von einer Wettbewerbsverzerrung kann nach unserem Dafürhalten nur dann gesprochen werden, wenn Wettbewerbsveränderungen vor dem Hintergrund der normativen Ziele als problematisch erachtet werden müssen.

Um dies zu beurteilen, sind klare Vorstellungen zu den normativen Zielen, die als Massstab für die Bewertung von Wettbewerbsveränderungen herangezogen werden, und der Funktionslogik der Industrie, um die Effekte aus dem Verhalten eines Unternehmens abzuschätzen, vonnöten. Eine unerwünschte Wettbewerbsverzerrung ist entsprechend dann anzunehmen, wenn staatliche Interventionen zu Veränderungen des Wettbewerbs führen, die mit der normativen Ausrichtung der Wirtschaftsverfassung im fraglichen Bereich unvereinbar sind, oder wenn die grundsätzlich gerechtfertigte Veränderung des Wettbewerbs das zu korrigierende Marktversagen effektiv noch vergrössert.

In der politischen Diskussion werden mit dem Begriff der Wettbewerbsverzerrung oft auch Verständnisse von «Fairness», vielfach umschrieben mit der Metapher der «gleich langen Spiesse», verbunden.[51] Solche ggf. deontologisch rekonstruierbaren Vorstellungen einer «guten Wirtschaftsordnung» sind sowohl aus rechtlicher wie auch aus ökonomischer Sicht nur schwer zu fassen.[52] Wenn ökonomisch auf eine welfaristische Position zurückgegriffen wird (was in der Regel der Fall ist), so kommt den Begriffen keinerlei eigenständige normative Qualität zu; sie können bestenfalls an eigenständige normative Ziele (z.B. die Grundsätze der Wirtschaftsordnung) rückgebunden werden.

Zur Illustration: Nimmt man die Fernmeldeordnung als Gegenstand der Untersuchung solcher möglichen «Verzerrungen», so sticht vor allem die – wohl bestehende – implizite Staatsgarantie der Swisscom ins Auge. Können daraus eine

51 Hinzuweisen ist namentlich auf das am 13. Dezember 2012 von der FDP-Fraktion eingereichte Postulat 12.4172 «Für eine freie Wirtschaftsordnung: Gegen Wettbewerbsverzerrung durch Staatsunternehmen» sowie auf das am 22. September 2015 von NR Peter Schilliger eingereichte Postulat 15.3880 «Konkurrenziert der Staat die Wirtschaft? Übersicht tut not». Die zugehörigen Berichte (u.a. des Bundesrates: «Staat und Wettbewerb: Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte») sind am 8. Dezember 2017 erschienen und waren dann wiederum Anlass für die Parlamentarische Initiative 17.518 «Wettbewerb mit gleich langen Spiessen», welche auf eine Ergänzung des BGBM abzielt und 40 Unterzeichner aufweist. Parlamentarische Interventionen zur Tätigkeit öffentlicher Unternehmen sind Legion.

52 Siehe für die Juristen z.B. *René Wiederkehr,* Fairness als Verfassungsgrundsatz, Bern 2006. Für die Ökonomen *Susan Rose-Ackerman,* Unfair Competition and Corporate Income Taxation, Stanford Law Review 34 (1982), S. 1017 ff., 1019 f.; *Daniel J. Gifford/Robert T. Kudrle,* The Law and Economics of Price Discrimination in Modern Economies: Time for Reconciliation?, UC Davis Law Review 43 (2010), S. 1235 ff.

«Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit», eine «Wettbewerbsverzerrung», eine «Ungleichbehandlung» oder «ungleiche Spiesse» – generell also «unfaire» Wettbewerbsbedingungen – abgeleitet werden?

Versucht man eine implizite Staatsgarantie anhand der hier einschlägigen Art. 8, 27 und 94 BV näher zu analysieren, so steht die Rechtswissenschaft vor dem Problem, dass sich eine implizite Garantie definitionsgemäss nicht an einem Rechtssatz oder Behördenhandeln festmachen lässt. Entsprechend kann sie auch nicht einfach durch staatliches Handeln beseitigt werden. *Markus Schott* geht hier sogar davon aus, dass staatliche und private Unternehmen schon definitionsgemäss nicht den gleichen Anforderungen betreffend Marktzutritt, Marktaustritt und Ausübung ihrer Wirtschaftstätigkeit unterworfen werden können, was dann zur Zurückbindung des staatlichen Unternehmertums im Sinne der in Art. 5 BV niedergelegten Rechtfertigungspflicht führen müsse.[53]

Wie in der schon länger geführten «*too big to fail*»-Diskussion können implizite Staatsgarantien vom Gesetzgeber nur indirekt (etwa durch eine Abgeltung der Staatsgarantie) angegangen werden. Gemäss Bundesrichter *Hansjörg Seiler* konnte das Höchstgericht den «Aspekt, dass sich das staatliche Unternehmen im Unterschied zu Privaten nicht auf dem privaten Kapitalmarkt finanzieren muss und eine gewisse faktische Staatsgarantie hat», im Entscheid «Glarnersach» nicht weiter thematisieren.[54] Rechtspolitisch ist die Aufhebung einer Staatsgarantie in Märkten, die der Verfassungsgeber wettbewerblich organisiert, sicherlich geboten, soweit dies eben möglich ist. In verfassungsrechtlichen Ausnahmebereichen geht es bei der Staatsgarantie dagegen eher um wirtschaftspolitische Optimierungsfragen, die nicht pauschal beantwortet werden können. So führt eine implizite Staatsgarantie fast zwangsläufig zu einem Zins- und damit einem Finanzierungsvorteil auf den Kapitalmärkten. Das so bevorteilte Unternehmen wird deshalb grössere und gegebenenfalls riskantere Investitionen tätigen, als dies ohne Staatsgarantie der Fall wäre. Während nun solche Überinvestitionen in den oligopolistisch organisierten Telekommunikationsmärkten zu einer Förderung der normativen Zielsetzung (Netzausbau in allen Landesgegenden oder günstige Preise für die Kunden) beitragen, erscheint ein aggressiveres Risikoprofil der Kantonalban-

53 *Markus Schott,* Der «Wettbewerb der Systeme»: Überlegungen zu einem obiter dictum des Bundesgerichts im Fall Glarnersach (BGE 138 I 378), in: Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 387 ff., S. 390 f.

54 *Hansjörg Seiler,* Wirtschaftliche Tätigkeit des Staates in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard (Anm. 53), S. 397 ff., 407. So stellt auch die jüngste Rechtsprechung für die Analyse von «Wettbewerbsverzerrungen» staatlicher Unternehmen vor allem darauf ab, ob das Unternehmen «vergleichbaren Regeln wie die privaten Wettbewerbsteilnehmer untersteht»; so BGE 143 II 425, 432 E. 4.3; ähnlich BGE 138 I 378, 403 E. 9.5.

ken, wo es u.a. um den Gläubiger- und Funktionsschutz geht, als normativ unerwünscht.[55]

2. Implikationen für den «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit»

a. Verknüpfung von Zielsetzung und Auswirkungen

Die Verknüpfung der normativen Zielsetzung mit den Auswirkungen einer Massnahme auf Wettbewerbsprozess und Marktergebnis erlaubt Rückschlüsse auf den «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» (Art. 94 BV). Für die Abgrenzung von «grundsatzkonformen», allein mittels Art. 36 BV zu rechtfertigenden Massnahmen, und «grundsatzwidrigen», nach einer ermächtigenden Verfassungsgrundlage verlangenden Massnahmen, stellt das Bundesgericht in seiner früheren Rechtsprechung auf das vom Gesetzgeber verfolgte Motiv ab.[56]

Die herrschende Lehre fordert hingegen schon länger eine Einbeziehung der Auswirkungen einer Massnahme auf den Wettbewerbsprozess.[57] *Klaus Vallender* sieht den Gesetzgeber an die zentralen Elemente des Marktmechanismus gebunden; das Spiel von Angebot und Nachfrage, und folglich der Preismechanismus, dürfe nicht verzerrt oder ausgeschaltet werden.[58] *René Rhinow* forderte schon unter der aBV sowohl eine Berücksichtigung des Ausmasses der Wettbewerbsverzerrung als auch des der Massnahme zugrundeliegenden Eingriffsmotivs.[59] *Paul Richli,* der im Grundsatz von den Beschränkungsmotiven ausgeht, übersetzte mit seinem bereits 1983 entwickelten Frageschema ökonomische Kriterien in eine grundrechtliche Logik.[60] *Johannes Reich,* der auf den «objektiven Regelungszweck» einer Massnahme abstellt, will auch nach den Konsequenzen einer Massnahme in der sozialen Realität fragen.[61] Im Jahr 2011, im Entscheid zur Taxiverordnung Zürich, ist das Bundesgericht schliesslich von der ausschliesslichen Motivorientierung abgerückt:

55 Im Ergebnis auch *Reto Schiltknecht,* Die «Too big to fail»-Problematik – neueste Entwicklungen in der Schweiz, SZW 2010, S. 435 ff., 439; *Klaus Vallender,* Art. 94 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, N 6.

56 So etwa noch in BGE 125 I 417, 422 E. 4a.

57 Pointiert kritisch dazu *Giovanni Biaggini,* Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 94, N 4 f.

58 *Vallender* (Anm. 55), Art. 94 BV, N 7.

59 *René Rhinow,* Kommentar zu Art. 31 aBV, in: Aubert Jean-François et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel 1988–1996, Art. 31 aBV, N 206 ff.; nun *René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann,* Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 5 N 92 ff.

60 *Paul Richli,* Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007, N 284 ff., N 444 ff.

61 *Johannes Reich,* Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Zürich/St. Gallen, 2011, N 815.

«Bei der Beurteilung, ob eine grundsatzkonforme Einschränkung oder eine grundsatzwidrige Abweichung vorliegt, sind nicht nur die Motive der betreffenden Regelung, sondern auch deren Auswirkungen zu beurteilen.»[62]

Die Analyse der Auswirkungen einer Regelung kann ohne Blick auf die konkreten Funktionsbedingungen des Wettbewerbs in einer bestimmten Industrie nicht vorgenommen werden. Dafür braucht es «Impulse von Seiten der Wirtschaftswissenschaft», worauf *Paul Richli* eindringlich hinweist.[63]

b. «Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten» aus Sicht der Ökonomik

Werden die Auswirkungen einer Massnahme auf «den Wettbewerb» als relevant erachtet, so muss man schnell feststellen, dass die Probleme nun – aus Sicht des Welfarismus und vor dem Hintergrund der Entwicklung der Forschung zur Funktionslogik von Märkten – erst beginnen und nicht schon gelöst sind. Der Begriff des Wettbewerbs (Art. 94 Abs. 4 BV), der in verschiedenen Bundesgerichtsentscheiden gar als «frei» umschrieben wird[64], ist aus ökonomischer Sicht unterbestimmt. Frei kann Wettbewerb auch sein, wenn er langfristig zur Herausbildung von Monopolen führt. Dies verbindet man aber üblicherweise nicht mit «frei» und «Wettbewerb».

Eine Intuition für die Funktionsweise von Märkten vermittelt nach wie vor die Theorie des allgemeinen Wettbewerbsgleichgewichts, wie sie z.B. von *Kenneth Arrow* und *Gerard Debreu* entwickelt wurde.[65] Diese Theorie hat für die normative Wahrnehmung realer Märkte bedeutende Implikationen: Zum ersten gilt, dass bei einem Ideal vollständiger Märkte das Marktergebnis effizient ist; knappe Ressourcen werden also verschwendungsfrei eingesetzt. Zum zweiten verfügt kein Marktteilnehmer über hinreichend viel Macht, andere Marktteilnehmer zu behindern oder «auszubeuten». Und zum dritten kommen die Wohlfahrtsgewinne in dem Sinne den Konsumenten zu Gute, dass die Unternehmenseigentümer über die normale Kapitalverzinsung hinaus nicht mit Gewinnen rechnen können. Entsprächen reale Märkte diesem Ideal, so käme es gewissermassen zu einer idealen Interessenharmonie, die sich auf libertäre und welfaristische Ziele gleichermassen erstreckt. Dieses Idealbild steht wohl mehr oder weniger im Hintergrund, wenn das Bundesgericht von «freiem Wettbewerb» spricht.

Allerdings führen etwa Transaktionskosten aufgrund vertraglicher Beschränkungen, imperfekter Informationen usw. zu externen Effekten auf Märkten und damit zu Marktversagen; und Phänomene wie sinkende Durchschnittskosten

62 BGer 2C_940/2010 vom 17. Mai 2011, E. 3.2, in: ZBl 113/2012, 487 ff. (es wird hier auf frühere Entscheide verwiesen, die allerdings ausschliesslich Gleichbehandlungsansprüche betrafen).
63 *Richli* (Anm. 60), N 437.
64 So der zitierte BGE 125 I 417, 422 E. 4a, aber auch z.B. BGer 2C_940/2010 vom 17. Mai 2011, E. 3.2.
65 Dazu z.B. *Andreu Mas-Colell/Michael Whinston/Jerry Green*, Microeconomic Theory, 1995.

oder Netzexternalitäten (der Nutzen des Netzes für die Teilnehmer steigt mit deren Anzahl) verunmöglichen das Zustandekommen kompetitiver Märkte von vornherein.[66] Unter diesen Voraussetzungen ist der sich bei freiem, also unreguliertem Wettbewerb ergebende Preis bereits «verzerrt»; direkte oder indirekte staatliche Eingriffe, die auf diese Preise wirken, sind daher – wenn sie gut gemacht sind – aus welfaristischer Sicht entzerrend.

Gerade sinkende Durchschnittskosten und Netzexternalitäten, aber auch die Entwicklung von Marken mit einem positiven Markenwert, lassen die Theorie des allgemeinen Wettbewerbsgleichgewichts zur Beschreibung heutiger Industrien und Märkte vielfach als wenig geeignet erscheinen. Oft verfügen Unternehmen über gewisse Preissetzungsspielräume, was die Untersuchung solcher Märkte mit der Monopol- oder Oligopoltheorie nahelegt.[67] Wenn Preissetzungsspielräume nicht durch Preisdifferenzierungsstrategien genutzt werden können (z.B. weil sie verboten sind), dann entstehen Ineffizienzen in diesem «freien» Markt, die prinzipiell eine weitere Regulierung rechtfertigen.[68] Die Ermöglichung von Preisdifferenzierung *reduziert* diese Ineffizienzen tendenziell und macht den Markt aus Sicht des Unternehmens «freier», führt aber zugleich dazu, dass es zu einer Umverteilung von Konsumentenrente zu Gewinn und damit ultimativ zu einer Einkommensumverteilung von Nichteigentümern zu Eigentümern dieser Unternehmen kommt. Den positiven und normativen Folgen der Preisdifferenzierung wird in der regulierungs- und wettbewerbspolitischen Debatte aber wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Dies ist bedauerlich, da das Internet und die Entwicklung von *Big Data* und *Data Analytics* Unternehmen zunehmend in die Lage versetzen, dem Ideal perfekter Preisdifferenzierung näherzukommen.[69] Ob dies im normativen Sinn ein Problem ist, bedarf einer positiven und normativen Analyse, die der Komplexität des Phänomens gerecht wird; dabei sollte man sich aber nicht an Funktionsvorstellungen von Märkten orientieren, die unzutreffend sind.

Schliesslich sehen traditionelle ökonomische Marktmodelle das Verhalten und die Interessen der Akteure gleichgerichtet, sodass sich in deren Marktverhalten ihre wahren Interessen offenbaren. Die Forschung in der (Evolutions)Psychologie, der Verhaltensökonomik und der Neurowissenschaften lässt diese Annahme als

66 Dazu *Kolmar* (Anm. 13), S. 225 ff. und 249 ff.

67 Ein Monopol im Sinne der ökonomischen Theorie ist immer dann gegeben, wenn ein Unternehmen über einen gewissen Preissetzungsspielraum verfügt. Dabei kann es sich auch um kleine Unternehmen handeln, die eine erfolgreiche Markenpositionierung geschaffen haben. Man spricht in diesem Fall auch von monopolistischer Konkurrenz, weshalb der rechtliche Monopolbegriff davon zu unterscheiden ist.

68 Strikt genommen handelt es sich hierbei ebenfalls um externe Effekte, die dann durch den Regulierungsrahmen entstehen.

69 *Andreas V. Lerner,* The Role of «Big Data» in Online Platform Competition, 2014, abrufbar auf https://ssrn.com/abstract=2482780; *Tobias Regner/Gerhard Riener,* Privacy Is Precious: On the Attempt to Lift Anonymity on the Internet to Increase Revenue, J Econ Manage Strat, 26 (2017), S. 318 ff.

systematisch falsch erscheinen,[70] so dass sie sich eigentlich nur noch normativ rechtfertigen lässt: Freiheit ist immer auch die Freiheit zu scheitern, und wer nicht in der Lage ist, sich einigermassen rational auf Märkten zu verhalten, wird genau dies tun. Dass Konsumenten, Arbeitnehmer oder Mieter zu einem gewissen Grad vor solchem Scheitern bewahrt werden sollen, bildet (seit langem) konzeptionelle Grundlage ganzer Rechtsgebiete.[71] Dennoch bleibt die Schlussfolgerung: Wenn wir nicht mehr wissen, ob sich auf einem Markt das wahre Interesse der Marktteilnehmer in ihren Preisbereitschaften ausdrückt, ist unklar, inwieweit die Marktergebnisse als effizient oder verteilungsgerecht im Rahmen einer welfaristischen Vorstellung interpretiert werden dürfen.

Obwohl die erwähnten Einschränkungen weitgehend bekannt sind, besitzt die Theorie des allgemeinen Wettbewerbsgleichgewichts immer noch eine normative Orientierungskraft, die offensichtlich auch in der Rechtsprechung zu Art. 94 BV aufscheint. Möglicherweise haben wir es mit der Variante eines Problems zu tun, welches *John Maynard Keynes* wie folgt beschrieben hat: «Practical men who believe themselves to be quite exempt from any intellectual influence, are usually the slaves of some defunct economist.» Praktiker in diesem Sinne können durchaus auch an praktischen Fragen arbeitende Ökonomen oder Juristen sein, und es ist eine ständige Herausforderung, den (impliziten) theoretischen Hintergrund der meinungsbildenden Intuitionen kritisch zu reflektieren.

c. Möglicher Analyseansatz

Nach unserem Dafürhalten ist der «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» in zwei Schritten zu konkretisieren: Zunächst sind die im Zusammenhang mit einer Massnahme relevanten Märkte zu eruieren. Dabei wäre namentlich in Netzindustrien, die regelmässig starke Komplementaritäten zwischen Netzen und Diensten aufweisen, das unternehmerische Ökosystem insgesamt zu betrachten.[72] Anschliessend wäre zu prüfen, wie die infrage stehende Massnahme den Wettbewerbsprozess in den einzelnen relevanten Märkten verändert und welche normativen Ziele durch diese Veränderung dieses Wettbewerbs erreicht werden sollen. Der ökonomische Marktversagensbegriff wird so normativ rückgebunden.

In Märkten mit schnellem technischem Fortschritt ist überdies die «tiefe Unsicherheit» über die zukünftige Marktentwicklung zu berücksichtigen. Diese setzt einer sich an zu erwartenden Konsequenzen orientierenden Wettbewerbs- und Regulierungspolitik enge Grenzen; stattdessen muss die Regulierung Phänomene

70 Siehe zur Literatur *Martin Kolmar,* Mismatch – Minds, Brains, Decisions, and the Foundations of Normative Economics, Working Paper, University of St. Gallen 2017.

71 Vgl. *Peter Hettich,* Art. 97, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Anm. 55), N 6.

72 Zum Konzept des «business ecosystem» *David S. Evans,* The Antitrust Economics of Free, Competition Policy International 7 (2011), Nr. 1, S. 71 ff.

wie kategoriale Unsicherheit, Unwissenheit, etc. berücksichtigen, um nicht einer Illusion der Planbarkeit zu unterliegen. Das Problem unintendierter Handlungsfolgen stellt sich hier in besonderem Masse.[73] In innovativen Märkten ist daher das Such- und Entdeckungsverfahren der Unternehmen so zu strukturieren, dass einem (hier allgemein verstandenen) Vorsichtsprinzip Rechnung getragen wird,[74] ohne gleichzeitig die Suche nach neuen Produkten und Dienstleistungen zu sehr zu behindern. Marktversagen lässt sich bei tiefer Unsicherheit kaum operationalisieren, da die Besonderheiten, die zukünftige Innovationen aus einer wirtschaftspolitischen Sicht aufweisen, und die mit ihnen einhergehenden Transaktionskosten unbestimmt bleiben. Wirtschafts- und wettbewerbspolitisch hat dies zur Folge, dass lediglich als wahrscheinlich angenommene strukturelle Gründe von Marktversagen benannt werden können. Dabei ist es aus unternehmerischer Sicht wichtig, zusätzliche Unsicherheit durch sich diskretionär verändernde wettbewerbs- und regulierungspolitische Regeln zu vermeiden. Ein einfacher, langfristig gültiger Ordnungsrahmen schafft die nötige Planungssicherheit. Dennoch besteht aus gesellschaftlicher Sicht Bedarf, auf ein sich im Lauf der Zeit realisierendes Marktversagen durch eine Anpassung des Rechts zu reagieren. So existiert ein Zielkonflikt zwischen Stabilität (Rechtssicherheit) und Flexibilität, dessen Auswirkungen auf die dynamische und statische Effizienz des Marktes[75] allenfalls mit Übergangsrecht gemildert werden können.

Als freiheitsorientierte Grundordnung ist die Bundesverfassung in der Lage, tiefe Unsicherheit zu verarbeiten und Stabilität zu vermitteln: Die Bindung des Gesetzgebers an die Freiheitsrechte schafft den notwendigen Raum, innovative Produkte und Dienstleistungen in Märkte zu tragen. Eingriffe in die wettbewerbliche Ordnung, die namentlich Anreize zu Innovation vermittelt, sind vom Verfassungsgeber selbst vorzusehen. Selbst in Ausnahmebereichen ist eine «möglichst wettbewerbsfreundliche» Ordnung anzustreben.[76] Diese auf der höchsten Konsensebene angesiedelten Grundsätze vermitteln ein ausserordentliches Mass an Stabilität.

V. Zusammenfassung und Verallgemeinerung des Ansatzes

Die Diskussion um Begriffe wie «Wettbewerbsverzerrung» ist u.E. in zwei argumentative Teile zu zerlegen: (1) Die Analyse des Instrumenteneinsatzes in der

73 *Robert K. Merton,* The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action, American Sociological Review 1 (1936), Nr. 6, 895 ff.

74 Zur Theorie des Vorsichtsprinzips *Isaac Levi,* On intermediate probabilities, Journal of Philosophy 71 (1974), 391 ff. sowie *Itzhak Gilboa/David Schmeidler,* Maxmin Expected Utility with a Non-Unique Prior, Journal of Mathematical Economics 18 (1989), Nr. 2, 141 ff.

75 *Christopher S. Yoo,* Deregulation vs. Reregulation of Telecommunications: A Clash of Regulatory Paradigms, Journal of Corporation Law 36, 2011, 847 ff.

76 *Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann* (Anm. 59), § 4 N 71, § 5 N 7.

Wirtschaftspolitik bedarf zunächst klarer Vorstellungen über die vom Gesetzgeber, idealerweise vom Verfassungsgeber verfolgten normativen Ziele. (2) Marktbezogene Begriffe wie «Wettbewerbsverzerrung», «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» oder «Wirksamer Wettbewerb» sollten nach unserem Dafürhalten nicht ohne Kenntnis der Funktionsbedingungen des Wettbewerbs in den betroffenen Märkten bzw. im Ökosystem der Unternehmen und nicht ohne Rückbindung an die normativen Ziele konkretisiert werden. Nur so können Vorstellungen über die Wirkungsweise der eingesetzten Instrumente auf den Wettbewerbsprozess und das Wettbewerbsergebnis – schliesslich auf das Erreichen der normativen Ziele – gewonnen werden. Hier stellt nun der «Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» die Kompetenz und damit das «Können» ins Zentrum, während der Begriff der «Wettbewerbsverzerrung» eher die normative Zielsetzung und damit das «Sollen» erfasst.

In der Rolle des wirtschaftspolitischen Beraters verfallen sowohl Ökonomen wie auch Juristen leicht «ingenieurwissenschaftlichen» Vorstellungen bei der Schaffung eines Marktordnungsrahmens; der in der Elektrizitätswirtschaft häufig verwendete Begriff des «Marktdesigns» spricht Bände. Dem kann nicht immer erfolgreich durch eine epistemische Begrenzung zukünftiger Konsequenzen in normativ relevante und irrelevante begegnet werden *(Walter Sinnott-Armstrong)*.[77] In der Illusion der Planbarkeit geht vergessen, dass die begrenzte Steuerbarkeit komplexer Marktprozesse heute weitgehend anerkannt ist,[78] und dies umso mehr, je innovativer die Technologie ist, um die es geht. Die Freiheitsorientierung der Verfassung eröffnet sowohl Möglichkeiten zur Verarbeitung tiefer Unsicherheit als auch Spielräume für Experimente mit innovativen Produkten und Dienstleistungen, gehört aber einer eigenen Kategorie von Ethiken an, die selbständig neben welfaristischen Vorstellungen einer «guten» Wirtschaftspolitik stehen.

Der hier skizzierte, für den Telekommunikationsmarkt entwickelte Ansatz erscheint verallgemeinerbar, was anhand einiger Gedanken zur kürzlich erfolgten «Liberalisierung des Messwesens» illustriert werden soll. Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht hatten die Frage zu klären, ob ein Betreiber von Photovoltaikanlagen den Messdienstleister frei wählen kann oder ob das Messwesen Sache des Netzbetreibers ist. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte den Entscheid der ElCom, wonach das Messwesen Teil des Netzmonopols des Netzbetreibers bildet, weil die «Liberalisierung des Messwesens insgesamt eine grund-

77 *Walter Sinnott-Armstrong*, Morality Without God, Oxford 2009, Sec. 4.

78 Generell wird hier auf Luhmann verwiesen; nach dessen Systemtheorie erweisen sich Impulse des Rechtssystems entweder als wirkungslos oder das zu beeinflussende System reagiert auf diese Aussenreize unvorhersehbar und nach selbstreferenziellen Massstäben. Eine völlige Frustration staatlicher Steuerungsversuche wird aber meist nicht postuliert; Hinweise dazu bei *Hettich* (Anm. 11), N 201 ff. Leicht vergessen geht, dass das Erreichen gemeinsamer Ziele selbst bei besten Absichten aller Akteure leicht scheitern kann: Das Konzept der «Friktion» wurde schon von *Carl von Clausewitz* erkannt (Vom Kriege, Erstes Buch, Siebentes Kapitel).

legende Bestimmung im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV darstellt, welche einer Grundlage in einem formellen Gesetz bedarf.»[79] Das Bundesgericht hob dieses – unglücklich begründete – Urteil am 14. Juli 2017 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an die ElCom zurück:

> «Nicht die Liberalisierung bzw. die Zulassung von Wettbewerb, sondern im Gegenteil die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit und des Wettbewerbs bedarf einer verfassungsmässigen und gesetzlichen Grundlage … [Es] ist nicht zu fragen, ob eine gesetzliche Grundlage für die Liberalisierung des Messwesens besteht, sondern im Gegenteil, ob eine gesetzliche Grundlage für eine Einschränkung dieser Freiheit vorhanden ist.»[80]

Die beiden Entscheide werfen die Frage auf, ob in staatlichen Massnahmen, die in einem Markt Wettbewerb erst ermöglichen, eine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit bzw. ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit zu sehen ist. Die Antwort verlangt eine Abgrenzung der grundrechtlich geschützten Handlungssphären verschiedener Marktteilnehmer. Das Bundesgericht scheint dabei sektorspezifische Wettbewerbsregelungen als «grundsatzkonform» einzuordnen; dies stünde im Einklang mit der heute vorherrschenden Auffassung, dass im Kartellgesetz keine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu erblicken ist.[81] Allerdings ist sowohl die Liberalisierung wie auch die Monopolisierung des Messwesens mit einem Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Vertragsfreiheit) des Netzbetreibers bzw. des Elektrizitätsproduzenten verbunden, so dass eine libertäre Argumentationslogik zur Abgrenzung der Handlungssphären unbehelflich bleibt. Für die Frage, ob der Wirtschaftsfreiheit des Monopolisten oder des Netznutzers der Vorrang einzuräumen ist, wären folgende Aspekte näher zu prüfen: Basierend darauf, dass ein unregulierter Markt unweigerlich zur Ausdehnung des Netzmonopols auf das Messwesen führt, ist auch zur Kenntnis zu nehmen, dass ein wettbewerblich organisiertes Messwesen zu erheblichen Transaktionskosten führt, die mögliche Kostenvorteile für den Netznutzer leicht aufheben oder übersteigen können. Aus heutiger Sicht unklar erscheinen sodann die Folgen des wettbewerblichen Messwesens für das normative Ziel einer ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung (Art. 89 Abs. 1 BV). Das Bundesgericht, das vor allem auf die Rechtsstellung der Beteiligten abstellt (sprich: die Reichweite des rechtlichen Netzmonopols), geht auf diese Aspekte nicht ein; mit anderen Worten stellt sich das Gericht gar nicht die Frage, welchen normativen Zielen der Wettbewerb im Messwesen dienen soll. Die Liberalisierung könnte vorschnell sein, auch angesichts dessen, dass die eidgenös-

79 BVGer A-7561/2015 vom 8. November 2016, E. 7.7.

80 BGE 143 I 395, 400 E. 4.1.

81 Siehe *Reto Jacobs,* Art. 96 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Anm. 55), N 12 m.w.H.

sischen Räte just über dieselbe Frage stritten[82] und dass der nun gefällte Gerichtsentscheid viele Anschlussfragen offenlässt.[83]

Für eine weitere Verallgemeinerung des Ansatzes über Netzindustrien hinaus sind zwei Hürden zu nehmen: Erstens nennt der Verfassungsgeber die von ihm angestrebten Ziele in vielen Bereichen der Wirtschaft nicht explizit; dann muss also auf implizite Regelungsziele zurückgegriffen werden, namentlich auf die «Sorge für ein gefahrloses Wirtschaften», also mithin den Polizeigüterschutz. Solche polizeilich motivierten Massnahmen lassen sich ökonomisch problemlos analysieren. Jedoch schafft die grössere Vagheit in den Zielen auch Unschärfen im vorliegend entwickelten Marktversagensbegriff, was die Analyse der Instrumentenwahl schwieriger machen kann. Es ist ggf. anzuerkennen, dass aus zwei komplementären Gründen unterschiedliche Regulierungen der jeweiligen Industrie mit den übergeordneten Normen vereinbar sein können. Zum einen kann es die Vagheit der Verfassungsziele ermöglichen, unterschiedliche und sich auch bis zu einem gewissen Grade widersprechende normative Operationalisierungen konsistent abzuleiten. Zum anderen kann auch bei gleichen operationalen Zielen ein legitimer Dissens hinsichtlich der richtigen Wirkungsmodelle bestehen bleiben. Dann existieren eben keine eindeutigen Lösungen bzw. wären aus der Verfassung unterschiedliche Lösungen konsistent ableitbar. Dies entbindet nicht von der Pflicht, sowohl die normativen Ziele als auch die Wirkungsmodelle explizit zu benennen. Nur dann ist eine rationale Debatte überhaupt möglich.

Zweitens ist bei einer Verallgemeinerung des Ansatzes zu berücksichtigen, dass auch auf Verfassungsebene nicht nur ein Oberziel genannt wird, sondern die beiden Ziele Freiheit und Wohlfahrt nebeneinander und nur bis zu einem gewissen Grad miteinander kompatibel bestehen. Weiterhin gilt, dass die freiheitsvermittelnden Aspekte der Verfassung (hier v.a. die Wirtschaftsfreiheit, Art. 27 BV) ausserhalb der Ausnahmebereiche mehr Gewicht haben; Eingriffe, die etwa gestützt auf Art. 95 Abs. 1 BV erfolgen, können also nicht allein in einer welfaristischen Logik untersucht werden, da die Freiheitsrechte ansonsten ihres eigenständigen Zielgehalts beraubt würden.

82 Nachdem der Ständerat lange auf einem Monopol im Messwesen beharren wollte, stimmten am 13. Dezember 2017 beide Räte dem von der Einigungskonferenz vorgeschlagenen Festhalten am bisherigen Recht (Art. 8 Abs. 1 Bst. a StromVG) und damit (wohl) der Liberalisierung zu (AB 2017 S. 988 ff., N 2123 ff.; vgl. Bundesgesetz vom 15. Dezember 2017 über den Um- und Ausbau der Stromnetze (Änderung des Elektrizitätsgesetzes und des Stromversorgungsgesetzes), BBl 2017 7909, Referendumsvorlage).

83 *Brigitta Kratz,* Freie Wahl des Messdienstleisters für Betreiber von grösseren Photovoltaikanlagen, dRSK, publiziert am 10. November 2017, N 20.