

tionellrechtlichen Kompetenzverständnis verpflichtete Ansatz trifft sich weitgehend mit der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts,²³⁸ des österreichischen VerFGH²³⁹ und des deutschen BVerfG.²⁴⁰ Er führt zwar zu einer eingeschränkten Kontrolldichte des StGH bei der Überprüfung wirtschaftspolitischer Ingerenzen des Gesetzgebers, bedeutet aber gegenüber der älteren Rechtsprechung immer noch einen erheblichen Fortschritt im Sinne grundrechtseffektiverer Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Statuierung von Schrankenschranken ermöglicht in der Praxis eine mehrstufige Legitimationsprüfung grundrechtsbeschränkender Massnahmen, wobei das Mass der Rechtfertigungsbedürftigkeit von der Tragweite und Intensität des jeweiligen Eingriffs in die Handels- und Gewerbefreiheit abhängt.²⁴¹ Insbesondere dann, wenn ein Gesetz objektive Zulassungsschranken, d.h. solche, die der Betroffene nicht aus eigener Kraft überwinden kann, aufstellt (Bedarfsprüfung), ist ein solch schwerer Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit nur dann legitim, wenn hierfür besonders wichtige öffentliche Interessen sprechen und wenn keine Alternativen bestehen, um den erstrebten Zweck in einer gleich wirksamen, das Grundrecht weniger einschränkenden Weise zu erreichen.²⁴² Während der StGH in der jüngeren Judikatur seine Kontrollkompetenz in diesem Sinne in Anspruch nimmt,²⁴³ lassen zahlreiche ältere Entscheidungen einen entsprechend abwägenden²⁴⁴ Ansatz vermissen.

²³⁸ S. z.B. BGE 104 I b 426 f.

²³⁹ S. etwa VerFGH, EuGRZ 1988, 103 (194).

²⁴⁰ Vgl. z.B. BVerfGE 25, 1 (17); 39, 210 (225 ff.); grundsätzlich auch 50, 290 (331 ff.).

²⁴¹ In diesem Sinne auch BVerfGE 16, 147 (167); VerFGH, EuGRZ 1988, 103 (104).

²⁴² So z.B. österreichischer VerFGH, EuGRZ 1988, 103 (104) im Blick auf die Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 StGG, deren dogmatische "Verwandtschaft" zu Art. 36 LV der StGH besonders hervorhebt; s. vor allem StGH 1989/3 – Urteil vom 3. November 1989, LES 1990, 45 (47). Der österreichische VerFGH seinerseits rezipiert mit seiner neueren Judikatur zur Erwerbsfreiheit in der Sache weitgehend die berufsgrundrechtliche Dogmatik des BVerfG (grundlegend BVerfGE 7, 377 [405 ff.]).

²⁴³ S. namentlich StGH 1989/3 – Urteil vom 3. November 1989, LES 1990, 45 (48); vgl. auch StGH 1985/11 – Urteil vom 2. Mai 1988, LES 1988, 94 (100).

²⁴⁴ Eine Geringschätzung der freiheitsbewahrenden Bedeutung der Abwägung wird sichtbar in StGH 1977/14 – nicht veröffentlichte Entscheidung vom 25. April 1978, S. 8 f.: Der Verfahrensmangel einer unterlassenen Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen bei der Änderung eines Gewerbescheines bedeute "jedenfalls keinen von Amts wegen festzuhaltenden Eingriff in Art. 36"; grundsätzliches Bekenntnis zum Prinzip der Rechtsgüterabwägung aber in StGH 1984/2/V – Urteil vom 20. November 1990, LES 1992, 4 (9). Zur dogmatischen Relevanz wie Problematik der Güterabwägung im Verfassungsrecht grundsätzlich B. Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976; H. Schneider, Die Güterabwägung des BVerfG, 1979; Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 79 ff. und 143 ff.; J. P. Müller, Elemente, S. 119 ff.