

§ 1 Grundlagen

I. Einleitung

1 Aufgrund der starken Normierung im wirtschaftsrelevanten Bereich und der damit einhergehenden Verflechtung von Staat und Wirtschaft¹ stellt sich des öfteren die *Frage, auf welche Weise der Staat seine Massnahmen ausgestalten soll, ohne dass er den einen Wettbewerbsteilnehmer gegenüber dem anderen in ungerechtfertigter Weise bevorzugt bzw. benachteiligt.*

2 Die Frage gewinnt noch mehr an Bedeutung, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der Konkurrenzdruck sowohl von innerhalb² wie auch - aufgrund der Internationalisierung und Globalisierung der Wirtschaft - von ausserhalb³ der Schweiz stark zugenommen hat⁴ und es für die Wettbewerbsteilnehmer - insbesondere für die direkten Konkurrenten - von grossem Belang ist, wie sie oder die anderen von staatlichen Massnahmen betroffen werden. Man ist - vor allem in wirtschaftlich schwierigen Zeiten - sehr genau darauf bedacht, Massnahmen des Staates daraufhin zu prüfen, ob sie einem selber nützen oder den Konkurrenten.⁵

Der härter gewordene Wettbewerb hat unter anderem auch zur Folge, dass sich die Konkurrenten vermehrt um wirtschaftsverwaltungsrechtliche Privilegien wie Submissionen, Subventionen und Bewilligungen aller Art, die der Staat vergibt, bemühen.

¹ So bereits H. HUBER, *Bedeutung*, 15. Vgl. bspw. KNAPP, *limites*, 255 ff.; RHINOW/SCHMID/-BIAGGINI, § 1 N. 17; SCHWEIZER, 739; *Botschaft Partialrevision*, 840 f., 853; Art. 31^{bis} ff. BV.

² Vgl. das neue BG über den Binnenmarkt (BGBM) vom 23. November 1994, welches das Verbot der Inländerdiskriminierung und das Cassis-de-Dijon-Prinzip beinhaltet (*Botschaft BGBM*, 34, 45, 49, 58 f.).

³ SALADIN, 408. Vgl. das WTO-Submissionenübereinkommen der Schweiz sowie die in Richtung Nichtdiskriminierung von EU-Bürgern gegenüber Schweizer Bürgern laufenden bilateralen Verhandlungen der Schweiz mit der Europäischen Union.

⁴ Vgl. bspw. zum Anwaltsberuf: TERCIER, *Der Schweizer Anwalt 1997*, S. 3.

⁵ Vgl. auch die Feststellung des Bundesgerichts in BGE 101 Ia 490 E. 8b.bb.

- 3 Die staatlichen Behörden können bei ihrem Handeln jedoch selten alle Wettbewerbsteilnehmer zufriedenstellen. Denn wirtschaftsrelevante staatliche Massnahmen zeitigen *immer* in irgendeiner Weise *Auswirkungen* auf den wirtschaftlichen Wettbewerb.⁶ Damit geht einher, dass diese Auswirkungen selten von allen Marktteilnehmern als gleich oder gerecht empfunden werden. Dies beruht hauptsächlich auf der vielfältigen tatsächlichen Ausgestaltung der Betriebe, sei dies in persönlicher, sachlicher, räumlicher oder zeitlicher Hinsicht.⁷
- 4 *Vollkommene* Wettbewerbsneutralität von staatlichen Massnahmen, d.h. Massnahmen, welche auf die Wettbewerbsverhältnisse von sich konkurrierenden Unternehmern keinerlei Auswirkungen haben, lässt sich aufgrund dieser Vielfalt folglich nicht erreichen.⁸ Oft ist es aber - unabhängig von der tatsächlichen Ausgestaltung der einzelnen Betriebe - auch von vorneherein gar nicht möglich, allen Wettbewerbsteilnehmern gerecht zu werden (z.B. bei Vorliegen von Kapazitätsschranken bei der Gewährung wirtschaftsverwaltungrechtlicher Privilegien).⁹
- 5 Das macht es für die staatlichen Behörden schwierig, insbesondere bei komplexen Sachlagen, in welchen Interessen verschiedenster Art miteinander kollidieren, die ausgewogenste, gerechteste und differenzierteste, d.h. eine *möglichst wettbewerbsneutrale* Lösung zu finden.¹⁰

⁶ RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 187; FLEINER, 266 ff.; E. GRISEL, vol. 2, n. 455; GYGI, Wirtschaftsverfassung, 364; HOTZ, 154; MAURER, 272; RICHLI, Bemerkungen II, 1204; SALADIN, 219; H. SCHMID, 296 ff.; WYSS, 53 ff.; vgl. auch MARTI, 88 f. Siehe auch BGE 123 II 295 ff., 313 E. 7c, 395 E 9.

⁷ So schon A. HUBER, 475; H. HUBER, Bemerkungen, 54; POLEDNA, 145. Vgl. auch BGE 86 I 275 E. 1. Vgl. neuestens BGE 122 I 136 f. E. 3c.aa.

⁸ GERBER, 305 f., 315, 319; H. HUBER, Gleichbehandlung, 302 ff.; RIEBEN, 89; WYSS, 29 ff., 36 f., 55; vgl. auch H. SCHMID, 245 f. Vgl. auch BGE 99 Ib 171 E. 3b.

⁹ BGE 121 I 287 E. 6b; 99 Ib 171 E. 3b; BERG, 1 f., 6; GYGI/RICHLI, 198, 201; JAAG, Wettbewerbsneutralität, 485; POLEDNA, 141, Fn. 1003.

¹⁰ Vgl. auch SAXER, 281.

Es ist denn auch seit langem bekannt, dass die bedeutendsten Wettbewerbsbeeinträchtigungen weniger im Bereich der privaten Wettbewerbsabreden erfolgen als vielmehr im Bereich der staatlichen Beschränkung und Regulierung von wirtschaftlichen Aktivitäten.¹¹

II. Problemstellung

- 6 Nach dieser eher abstrakt gehaltenen Einleitung sollen zwei Beispiele aus der neueren Praxis die Problematik und praktische Relevanz der Wettbewerbsneutralität von staatlichen Massnahmen kurz aufzeigen.
- 7 Um die unerwünschten Auswirkungen des Grenzverkehrs zur Versorgung von Motorfahrzeugen mit Benzin („Benzintourismus“) zu bekämpfen, erliess der Grosse Rat des Kantons Tessin 1991 ein Dekret über die Verlängerung und Teiländerung des Dekrets über die Beschränkung der Öffnungszeiten der Tankstellen im Sottoceneri. Nach dieser Regelung mussten die Tankstellen in den Zonen Mendrisio und Lugano an Werktagen und am Tag vor offiziellen Feiertagen ab 20 Uhr, samstags ab 19 Uhr geschlossen werden. Sonntags und an offiziellen Feiertagen durften die Tankstellen nicht öffnen. Von dieser Regelung ausgenommen waren nur die automatischen Tankstellen, die sich auf der Nordseite des Dammes von Melide befanden. Im restlichen Kantonsgebiet durften die Tankstellen dagegen sonntags und an Feiertagen wie auch an Samstagen und an Vor-Feiertagen bis 23 Uhr ge-

¹¹ In der Hauptsache handelt es sich dabei um protektionistische und andere - insbesondere im Verhältnis unter den sich konkurrierenden Unternehmern - wettbewerbsverzerrende Massnahmen. Vgl. AMSTUTZ, 884, 891; BARTLING, 47; EMMERICH, 7, 19; HOPPMANN, 14, 18; RICHLI, Binnenmarktgesetz, 600 f.; vgl. auch Botschaft BGBM, 16.

öffnet bleiben. Werktags mussten sie indessen um 22 Uhr geschlossen werden.

Das Dekret wurde in der Folge von verschiedenen Tankstellenbesitzern aus den Zonen Mendrisio und Lugano angefochten. Durch die eingeschränkten Öffnungszeiten fühlten sie sich gegenüber den übrigen Tankstellenbesitzern im Kanton in ihren Verdienstmöglichkeiten benachteiligt.¹²

- 8 Die Circus Gasser-Olympia AG ersuchte 1992 die Administrativen Dienste des Polizei- und Militärdepartements des Kantons Basel-Stadt um Erteilung einer Spielbewilligung (Bewilligung zum gesteigerten Gemeindegebrauch) für das Jahr 1994. Das Gesuch wurde abgelehnt. Nach der Bewilligungspraxis des Kantons Basel-Stadt wurden jährlich nur vier Bewilligungen für Zirkusvorstellungen im traditionellen Stil auf der - hierfür einzig geeigneten – Rosental-Anlage erteilt. Die vier Bewilligungen wurden dabei nach der neueren Praxis so aufgeteilt, dass die beiden Zirkusse Basilisk und Knie *jedes Jahr* eine Bewilligung erhielten, während die beiden anderen Bewilligungen auf die zehn (!) übrigen interessierten Zirkusse im Turnus verteilt wurden. Das hatte zur Folge, dass diese nur *je alle 5-6 Jahre* in Basel gastieren durften.¹³
- 9 In den beiden - exemplarischen - Fällen ging es um staatliche Massnahmen, welche offensichtlich Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis der sich konkurrierenden Unternehmer zur Folge hatten. Der Bevorzugung des einen stand die Benachteiligung des anderen gegenüber. In der vorliegenden Arbeit geht es darum, derartige Wettbewerbsverzerrungen auf ihre Verfassungsmässigkeit zu untersuchen und Lösungsmöglichkeiten zu finden.

¹² BGE 119 Ia 378 ff. E. 8 = Pra 1994 Nr. 159 S. 534 ff. Vgl. auch BGE v. 21. März 1997 i.S. Nicotrans S.A. c. Consiglio di Stato del Cantone Ticino, E. 1b.cc (= 2P.166/1996; = Pra 1998 Nr. 1 S. 1 ff.).

¹³ BGE 121 I 279 ff.; vgl. auch BGE 119 Ia 445 ff.

III. Begriffliches

10 Von einem rein begrifflichen Standpunkt aus betrachtet, setzt sich „Wettbewerbsneutralität“ aus den Begriffen „Wettbewerb“ und „Neutralität“ zusammen.

„Wettbewerb“ ist die Verdeutschung des Wortes „Konkurrenz“ (franz. „concurrere“). Dieses leitet sich vom lateinischen „concurrere“ (zusammenlaufen, -treffen, -stossen) ab.¹⁴ Im herkömmlichen Sprachgebrauch ist damit einerseits die Rivalität, andererseits das Konkurrenzunternehmen bzw. die Gesamtheit der wirtschaftlichen Gegner oder der sportliche Wettkampf gemeint.¹⁵

Auch der - spezifische - Begriff des *wirtschaftlichen* Wettbewerbs entzieht sich einer exakten Definition, da er in zahlreichen Erscheinungsformen auftritt.¹⁶ So wird er einerseits verwendet in Bezug auf die gesamte Volkswirtschaft, andererseits in Bezug auf den Markt für ein bestimmtes Erzeugnis oder eine Gruppe von Erzeugnissen oder in Bezug auf ein einzelnes Unternehmen^{17 18}.

Der Begriff „Neutralität“ schliesslich bezeichnet eine unparteiische Haltung, die Nichteinmischung, Nichtbeteiligung.¹⁹

Aufgrund der Ambivalenz des Begriffs „Wettbewerb“ kann „Wettbewerbsneutralität“ sowohl in einem *engen* (Nichteinmischung in den Wettbewerb von einzelnen Unternehmen) als auch in einem *weiten* Sinn (Nichteinmischung in den gesamtwirtschaftlichen Wettbewerb) verstanden werden.

¹⁴ BAUMBACH/HEFERMEHL, Allg N. 1

¹⁵ Duden, Das Fremdwörterbuch, 5. A., Mannheim/Wien/Zürich 1990, 421. Vgl. auch BGE 75 IV 23 E. 1.

¹⁶ BAUMBACH/HEFERMEHL, Allg N. 6 f.; EMMERICH, 15 ff.; J. MÜLLER in von Büren/David, 3 ff.; Botschaft KG, 473.

¹⁷ Vgl. BGE 74 IV 113 E. 1: „Unter wirtschaftlichem Wettbewerb ist (...) grundsätzlich die Konkurrenz im Geschäftsleben, in der auf Erwerb gerichteten Tätigkeit zu verstehen.“ Vgl. auch BGE 75 IV 23 E. 1.

¹⁸ BAUMBACH/HEFERMEHL, Allg N. 2-4, 23.

¹⁹ Duden, Das Fremdwörterbuch, Bd. 5, 5. A., Mannheim/Wien/Zürich 1990, S. 532.

- 11 Der Begriff „Wettbewerbsneutralität“ tauchte erstmals in den sechziger Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts auf, und zwar im Bereich des *Steuerrechts*.²⁰

Im Zusammenhang mit der Diskussion um die Wahl eines geeigneten Umsatzsteuersystems umschrieb z.B. GERBER²¹ den Begriff wie folgt:

„Das Erhebungsverfahren sollte so ausgebaut sein, dass zwischen den am Güterumsatz beteiligten Unternehmen als Folge der technischen Ausgestaltung der Umsatzsteuer keine den natürlichen Wettbewerb beeinträchtigenden Unterschiede entstehen können. In diesem engen Sinne sei hier der Begriff der «Wettbewerbsneutralität» oder «Steuerneutralität» zu verstehen.“

- 12 In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wurde der Begriff erstmals 1965 verwendet. In BGE 91 I 462 E. 3 führte das Bundesgericht bei der Prüfung der Vereinbarkeit einer Massnahme mit der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV) aus, dass

„...bei der Ausgestaltung der den zulässigen polizeilichen Zielen dienenden Einschränkungen (...) die Kantone die Grundsätze der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Verwaltungsakten sowie der Rechtsgleichheit (namentlich im Sinne der Wettbewerbsneutralität) zu berücksichtigen...“

hätten.²²

- 13 Eingang in die Rechtswissenschaft gefunden hat der Begriff damit hauptsächlich über das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden.²³ In

²⁰ Vgl. GERBER, 305 f., 312 f.; RICHLI, Rechtsprobleme, 108. Vgl. auch BGE 123 II 35 E. 10, 301 f. E. 5b. Zur Verwendung des Begriffs in den Wirtschaftswissenschaften vgl. bspw. MAURER, 271 ff.

²¹ GERBER, 306.

²² Im gleichen Sinne zuletzt BGE 123 I 15 E. 2a; 119 Ia 68 E. 6a und 118 Ia 177 E. 1. Vgl. auch GYGI/RICHLI, 197.

diesem Zusammenhang verstehen ihn auch das Bundesgericht²⁴ und die Lehre^{25, 26}. Nach dem Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden sind Massnahmen verboten, welche den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind.²⁷

- 14 Die Kombination des begrifflichen Annäherungsversuchs mit der Verwendung des Begriffs in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der überwiegenden Lehre ergibt, dass unter „Wettbewerbsneutralität“ die *unparteiische Haltung des Gemeinwesens gegenüber den sich am freien Markt konkurrierenden Teilnehmern*²⁸ bzw. die *Nichteinmischung des Staates in den wirtschaftlichen Wettbewerb von direkten Konkurrenten* zu verstehen ist.²⁹ Bundesgericht und überwiegende Lehre gehen somit - dies zeigt der Bezug zum Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden - von einem engen Wettbewerbsbegriff aus.³⁰

²³ Zur *inhaltlichen* Abgrenzung der Begriffe „Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden“ und „Wettbewerbsneutralität“ vgl. unten Rn. 67 ff., 79 ff., 86.

²⁴ Vgl. BGE 123 II 35 E. 10; BGE v. 16. April 1997 i.S. P. AG c. EJPD, E. 3c (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781); BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.bb (= 2P.146/1996); BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); 121 I 134 E. 3d, 285 E. 4a; 120 Ia 238 E. 1a; 116 Ia 351 f. E. 6a; 100 Ia 52 E. 4e; vgl. auch BGE 115 Ib 456 ff. E. 5b. Zur Praxis der kantonalen Behörden vgl. bspw. VGE-BS v. 11. November 1994 (= BJM 1997, 51).

²⁵ BIAGGINI, *Wirtschaftsverfassung*, 59; GYGI/RICHLI, 16 f., 197 ff.; ders., *Wirtschaftsverfassung*, 383 f.; HÄFELIN/HALLER, N. 1435; HOTZ, 154; JAAG, *Wettbewerbsneutralität*, 478; ders., *Gemeingebrauch*, 159; G. MÜLLER in *Komm. BV*, Art. 4, Rz. 29; ders., *Klarstellung*, 15; J.-P. MÜLLER, *Grundrechte*, 362; RHINOW in *Komm. zu Art. 31 BV*, Rz. 180, 183 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 49 f.; RICHLI, *Leitung*, 108, 117 f., 221, 249, 282; ders., *Nachführung*, 15; RIEBEN, 86 ff.; VALLENDER, *Wirtschaftsfreiheit*, 264; WEBER-DÜRLER, *Chancengleichheit*, 213; WYSS, 34, 36 f. Vgl. auch E. GRISEL, vol. 2, n. 499, 513.

²⁶ Ungenau insofern Erläuterungen VE 95, 54 f. Vgl. nun aber Botschaft VE 96, 292, 294; G. MÜLLER, *Klarstellung*, 15; RICHLI, *Nachführung*, 15.

²⁷ BGE 123 II 35 E. 10, 401 E. 11; BGE v. 16. April 1997 i.S. P. AG c. EJPD, E. 3c (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781); BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); 121 I 132 E. 3b, 285 E. 4a.

²⁸ Vgl. BIAGGINI, *Wirtschaftsverfassung*, 59; J.-P. MÜLLER, *Grundrechte*, 362; RIEBEN, 88.

²⁹ Vgl. auch GERBER, 306.

³⁰ Vgl. auch Art. 8 Abs. 2 lit. b und d ÜBBest BV jeweils am Ende sowie Art. 20 Abs. 1 MWSTV (vgl. BGE 123 II 301 f. E. 5b, 312 E. 7c); Art. 13 Abs. 2 BEHV. Vgl. jedoch BIAGGINI, *Wirtschaftsverfassung*, 59, Anm. 38.

IV. Abgrenzung

- 15 Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Frage der Wettbewerbsneutralität von *staatlichen* Massnahmen. Damit sind alle Massnahmen gemeint, welche die *Träger von öffentlichen Aufgaben*³¹ erlassen und die eine gewisse Relevanz in Bezug auf das Wettbewerbsverhältnis von sich konkurrierenden Unternehmern aufweisen. Im Rahmen dieser Tätigkeiten sind die Träger von öffentlichen Aufgaben an die Grundrechte gebunden.³²
- 16 Nicht Gegenstand der Untersuchung ist dagegen die Frage, wieweit der Wettbewerb zwischen konkurrierenden Unternehmern im Rahmen der *privatrechtlichen* Tätigkeit verfälscht oder verzerrt werden darf. Diesbezüglich ist auf das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb³³ und das Kartellgesetz³⁴ abzustellen. Zu beachten ist, dass Private aufgrund der Vertragsfreiheit (namentlich im Rahmen ihrer Abschluss- und Partnerwahlfreiheit)³⁵ die sich konkurrierenden Unternehmer keineswegs wettbewerbsneutral zu behandeln haben.³⁶ Verpönt sind grundsätzlich lediglich unlautere und wi-

³¹ Das sind in der Regel die Gemeinden, die Kantone und der Bund; es können aber auch Private sein (HÄFELIN/MÜLLER, N. 981 ff., 1183 ff.). Dazu Näheres unten Rn. 171 ff.

³² HÄFELIN/HALLER, N. 1100 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 236 ff., 1203 f.; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 47 B.II.c; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N. 92 ff. Vgl. auch Art. 31 Abs. 2 VE 96 (Botschaft VE 96, 193). Dazu Näheres unten Rn. 123 ff.

³³ Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986 (SR 241).

³⁴ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG) vom 6. Oktober 1995 (SR 251).

³⁵ BGE 102 Ia 542 E. 10a; 100 Ia 449 E. 4; 80 II 39 f. E. 5a; MARTI, 65; SALADIN, 272

³⁶ Die Vertragsfreiheit fliesst aus der Handels- und Gewerbe- sowie aus der Eigentumsfreiheit (BGE 113 Ia 139 E. 8c; 102 Ia 542 E. 10a; GYGI/RICHLI, 80 f.; HÄFELIN/HALLER, N. 1380 f.; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 359; SALADIN, 270; differenziert MARTI, 63 ff.). Als solche kann sie zwar vom Staat eingeschränkt werden (vgl. Art. 6 ZGB; BGE 110 Ia 113 E. 3b), doch ist dieser an den *Grundsatz* der Handels- und Gewerbebefreiheit (Art. 31 Abs. 2, Art. 31^{bis} Abs. 2 BV) gebunden. Eine staatliche Regelung, welche Privaten vorschreibe, miteinander konkurrierende Unternehmer gleich zu behandeln, wäre deshalb zweifellos grundsatzwidrig, weil damit in das freie Spiel des wirtschaftlichen Wettbewerbs eingegriffen würde (vgl. BGE 116 Ia 348 E. 5; E. GRISEL, vol. 1, n. 316; HÄFELIN/HALLER, N. 1410). Im übrigen kommt der Handels- und Gewerbebefreiheit auch keine direkte Drittwirkung zu, d.h. sie entfaltet unter Privaten keine Wirkung (vgl. SALADIN, 263 ff.). Die Handels- und Gewerbebefreiheit kann unter Privaten indessen dann indirekte Drittwirkungen entfalten, wenn ein Gewerbetreibender *boykottiert* wird; diesfalls wird sein „privates Recht auf Handels- und Gewerbebefreiheit“ bzw. sein Persönlichkeitsrecht gemäss Art. 28 ZGB tangiert. Die Persönlichkeitsrechte der Boykottierenden (Vertragsfreiheit, Freiheit des Zusammenschlusses)

derrechtliche Methoden³⁷ sowie Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden,³⁸ die zu Verzerrungen im Wettbewerbsverhältnis von konkurrierenden Unternehmen führen.

- 17 Eine Sonderstellung nehmen die öffentlich-rechtlichen Unternehmen und Gemeinwesen ein, die am privatwirtschaftlichen Wettbewerb partizipieren (sog. *fiskalische Wettbewerbswirtschaft*³⁹). Sie handeln - wie die Privaten - grundsätzlich in den Formen des Privatrechts. Indessen ist heute anerkannt, dass sie dabei nicht nur im Geltungsbereich des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb⁴⁰ und des Kartellgesetzes⁴¹ stehen, sondern auch an die Grundrechte gebunden sind⁴².

finden eine Grenze im erwähnten Persönlichkeitsrecht des Boykottierten (BGE 86 II 365 ff.). Zum Verhältnis Vertragsfreiheit/Handels- und Gewerbefreiheit allgemein vgl. MARTI, 63 ff.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 85; SALADIN, 269 ff.

³⁷ Vgl. Art. 3-8 UWG.

³⁸ Vgl. Art. 5, 7 KG.

³⁹ BGE 120 II 326 E. 2d; HÄFELIN/MÜLLER, N. 227; G. MÜLLER, Unternehmer, 15.

⁴⁰ PEDRAZZINI, 34, 48. „Sobald öffentlich-rechtliche Körperschaften (...) direkt oder indirekt am freiwilligen Austausch marktfähiger Güter teilnehmen, können sie für die damit verbundenen wirtschaftlichen Interessen denselben wettbewerbsrechtlichen Schutz wie Private beanspruchen (...).“ (BGE 123 III 400 E. 2a; = SJZ 1998, 24). Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N. 109.

⁴¹ Vgl. Art. 2 Abs. 1 KG; DROLSHAMMER, 23 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N. 110, § 21 N. 10 f.; Botschaft KG, 533 f.; vgl. bereits zu Art. 1 Abs. 1 des alten KG: HOMBURGER, N. 8 zu Art. 1.

⁴² HÄFELIN/HALLER, N. 1104; HÄFELIN/MÜLLER, N. 236 ff.; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 47 B.II.c; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N. 92 ff. Vgl. auch Art. 31 Abs. 2 VE 96 (Botschaft VE 96, 193). Dazu Näheres unten Rn. 123 ff. Zur Problematik bei der Durchsetzung vgl. indessen HÄFELIN/MÜLLER, N. 238; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N. 101.