

## § 2 Rechtsgrundlage und Rechtsnatur

### I. Rechtsgrundlage

#### A. Einleitung

- 18 Das Postulat der Wettbewerbsneutralität von staatlichen Massnahmen entstammt ursprünglich den Wirtschaftswissenschaften und wird zu den spezifisch wirtschaftsrechtlichen Maximen gezählt.<sup>1</sup>
- 19 Eingang in die Rechtswissenschaft gefunden hat das Prinzip der Wettbewerbsneutralität einerseits über den bei wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen zu wahrenen *Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit*<sup>2,3</sup>, andererseits über den Grundsatz der *Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden*<sup>4,5</sup>. In der Rechtswissenschaft hat das Prinzip somit eine eigenständige Bedeutung erlangt.<sup>6</sup>
- 20 Während sich der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit auf den ersten Blick in relativ unbestimmter und genereller Art über die mit der Han-

<sup>1</sup> GYGI/RICHLI, 187; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 183; RICHLI, Leitung, 115 f, 118; RICHLI/VALLENDER, 52. Die Ökonomen befassen sich unter diesem Titel mit der Frage der *Marktkonformität* von staatlichen Massnahmen (vgl. bspw. MAURER, 271 ff.).

<sup>2</sup> Art. 31 Abs. 2 und Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 BV.

<sup>3</sup> BGE 116 Ia 348 ff. E. 5 und 6; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 183 f.; vgl. auch Erläuterungen VE 95, 54 ff.

<sup>4</sup> 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 132 E. 3b, 134 E. 3d, 285 E. 4a; 120 Ia 238 E. 1a; GYGI/RICHLI, 16 f., 197; JAAG, Wettbewerbsneutralität, 478; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 362; RICHLI, Leitung, 108; ders., Rechtsprobleme, 108.

<sup>5</sup> Art. 8 Abs. 2 lit. b und d ÜbBest BV jeweils am Ende sowie Art. 20 Abs. 1 MWSTV verpflichten den Bundesrat bei Erlass der Ausführungsbestimmungen zur Umsatzsteuer zur Wahrung der Wettbewerbsneutralität ohne diese daselbst jedoch normieren zu wollen (vgl. unten Rn. 64). Vgl. auch Art. 13 Abs. 2 BEHV.

<sup>6</sup> Vgl. auch GYGI/RICHLI, 197 ff.; MAURER, 271, 273 ff. Dazu unten Rn. 67 ff., 79 f., 86, 96 ff., 106.

dels- und Gewerbefreiheit vereinbare Zielsetzung von staatlichen Massnahmen ausspricht, thematisiert der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe bereits offenkundig das Postulat der Wettbewerbsneutralität von staatlichen Massnahmen.<sup>7</sup>

Anders als der in Art. 31 Abs. 2 und Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 BV verfassungsrechtlich verankerte Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit ist jedoch sowohl die Eigenständigkeit als auch die Rechtsgrundlage des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe in der Lehre umstritten.<sup>8</sup>

Das Bundesgericht hat zwar kürzlich entschieden, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe seine Rechtsgrundlage in Art. 31 BV habe und ihm gegenüber Art. 4 BV eine eigenständige Bedeutung zukomme.<sup>9</sup> Ein Ende der Kontroverse um den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe ist damit aber kaum in Sicht.<sup>10</sup>

- 21 Für das im Rahmen dieser Arbeit zu untersuchende Postulat der Wettbewerbsneutralität von staatlichen Massnahmen ist deshalb zunächst beim Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit anzuknüpfen, welcher in dieser Frage neben dem umstrittenen Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe eine *zentrale* Rolle einnimmt.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Vgl. oben Rn. 11 ff.; G. MÜLLER, Klarstellung, 15; RICHLI/VALLENDER, 52; RICHLI, Rechtsprobleme, 108.

<sup>8</sup> Siehe dazu bspw. FREY, 35 ff.; H. HUBER, Gleichbehandlung, 288 ff.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 29; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 176 ff.; WYSS, 105 ff.

<sup>9</sup> BGE 121 I 134 f. E. 3d; bestätigt in BGE 124 I 33 E. 4c; 123 I 15 E. 2a, 281 f. E. 3d; 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 122 I 47 E. 3b.cc; BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); 121 I 285 E. 4a.

<sup>10</sup> Vgl. neuestens E. GRISEL, vol. 1: n. 284, 325, vol. 2: n. 499 ss.; LIENHARD, Anspruch, 210 ff.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 29; RICHLI, Bemerkungen I, 222; ders, Bemerkungen II, 1203 ff.; SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 56 f.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 69 ff.; VEIT, 569 ff.

<sup>11</sup> Vgl. Rn. 19 f.

## *B. Der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit*

### 1. Allgemeines

- 22 In der heutigen Bundesverfassung sprechen drei Bestimmungen davon, dass staatliche Massnahmen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigen dürfen.<sup>12</sup>

Der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit wird dabei nirgends definiert. Unter welchen Voraussetzungen eine Beeinträchtigung dieses Grundsatzes vorliegt, ist somit nicht ohne weiteres ersichtlich. Beim Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit handelt es sich somit um einen *unbestimmten Verfassungsbegriff*,<sup>13</sup> der als solcher konkretisierungs- bzw. auslegungsbedürftig ist<sup>14</sup>.

- 23 Die Bundesverfassung - und damit Art. 31 Abs. 2 BV - ist trotz ihrer erhöhten formellen Geltungskraft<sup>15</sup> und ihrer relativen Starrheit<sup>16</sup> nicht etwa zurückhaltender auszulegen als Gesetzesrecht. Dies deshalb, weil Verfassungsbestimmungen aufgrund ihrer - *notwendigerweise*<sup>17</sup> - *erhöhten Abstraktheit und Offenheit* der Auslegung in der Regel mehr bedürfen als andere Normen.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Art. 31 Abs. 2, Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2, Art. 32<sup>quater</sup> Abs. 5 BV.

<sup>13</sup> So auch BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 60. Vgl. GYGI, Verwaltungsrecht, 145 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 361 ff.

<sup>14</sup> BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 60; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 43. Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 60 ff.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 11; vgl. auch G. MÜLLER, Klarstellung, 15.

<sup>15</sup> Art. 2 ÜbBest BV. Vgl. jedoch Art. 113 Abs. 3 und Art. 114<sup>bis</sup> Abs. 3 BV.

<sup>16</sup> Vgl. Art. 123 Abs. 1 BV.

<sup>17</sup> Die Bundesverfassung stellt die oberste rechtliche Grundordnung dar, aus der sich alles staatliche Recht ableitet (BGE 116 Ia 369 E. 5c). Dies macht eine erhöhte Abstraktheit und Offenheit der Verfassungsnormen unabdingbar. Gleichwohl finden sich auf Verfassungsstufe auch Detailbestimmungen (vgl. z.B. Art. 32<sup>ter</sup> und Art. 35 BV). Indes handelt es sich dabei selten (eine Ausnahme stellen die organisatorischen Bestimmungen der Bundesverfassung dar) um Verfassungsrecht im materiellen Sinn, d.h. um Normen, die es aufgrund ihrer inhaltlichen Tragweite verdienen, in die Verfassung aufgenommen zu werden (vgl. dazu HÄFELIN/HALLER, N. 14 ff.).

<sup>18</sup> Vgl. auch HANGARTNER, Organisation, 35 f.; KRÜGER, 210.

Die Auslegung einer Verfassungsbestimmung erfolgt deshalb nach denselben methodischen Regeln, wie sie für die Auslegung der einfachen Gesetze entwickelt worden sind<sup>19</sup>:

„Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die *ratio legis*, die zu ermitteln dem Gericht allerdings nicht nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. Zwar ist die Auslegung des Gesetzes nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen.“<sup>20</sup>

- 24 Als Auslegungsmethoden anerkannt sind somit die grammatikalische, die teleologische, historische, zeitgemässe und systematische Auslegung.<sup>21</sup>

Die teleologische Auslegung stellt ab auf die Zweckvorstellung, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist,<sup>22</sup> und kann sich je nach Fall sowohl mit der historischen als auch mit der zeitgemässen Auslegung verbinden.<sup>23</sup> Nach der *zeitgemässen Auslegung* sind vor allem die gegenwärtigen tatsächlichen Ge-

<sup>19</sup> BGE 124 II 199 E. 5a; 118 Ib 190 E. 4; 116 Ia 367 E. 5c; 115 Ia 130 E. 3a; 112 Ia 212 E. 2a; 105 Ib 56 E. 4a; AUBERT, Bd. 1, ad 291; GYGI/RICHLI, 58 f.; HANGARTNER, Organisation, 35; RHINOW/KRÄHENMANN Nr. 20 B.I./II.d. Im Prinzip zustimmend LARENZ/CANARIS, 183, die aber darauf hinweisen, dass „die ‘normalen’ Methoden juristischer Interpretation häufig von geringerer Effizienz sind als sonst und mitunter nur noch eine an den zu erwartenden Konsequenzen und deren Zweckmässigkeit oder Erträglichkeit für das Gemeinwesen zu orientierende Entscheidung möglich ist“ (184).

<sup>20</sup> BGE 123 III 26 E. a; 121 III 224 f. E. 1d.aa.; vgl. auch BGE 124 II 199 E. 5a; 122 III 325 E. 7b, 474 E. 5a; 116 Ia 367 f. E. 5c.

<sup>21</sup> Vgl. BGE 124 II 199 E. 5a; 122 III 474 E. 5a; 116 II 526 f. E. 2b. Vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 74 ff.; LARENZ/CANARIS, 141 ff.

<sup>22</sup> BGE 122 III 474 E. 5a; HÄFELIN/HALLER, N. 99.

<sup>23</sup> BGE 116 II 526 f. E. 2b; HÄFELIN/HALLER, N. 100.

gebenheiten und die heute herrschenden Wertvorstellungen entscheidend.<sup>24</sup>

Die *historische Auslegung* zieht dagegen die Materialien der gesetzgeberischen Vorarbeiten bei, um den Sinn der Norm aufgrund der Absichten der an der Gesetzgebung beteiligten Organe zu ermitteln.<sup>25</sup> Bei der *systematischen Auslegung* schliesslich wird der Sinn einer Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch den systematischen Zusammenhang, in dem sie sich in einem Gesetz präsentiert.<sup>26</sup>

- 25 Bei der Gesetzesauslegung wie bei der Verfassungsauslegung gilt der Grundsatz, dass keine Hierarchie der Auslegungselemente besteht.<sup>27</sup> Keiner Auslegungsmethode kommt Vorrang oder ausschliessliche Anwendung zu.<sup>28</sup> Die verschiedenen Auslegungsmethoden werden vielmehr *kombiniert*. Im Einzelfall wird dann abgewogen, welche Methode oder Methodenkombination geeignet ist, den wahren Sinn der auszulegenden Norm wiederzugeben, und gleichzeitig zu einem *befriedigenden, vernünftigen und praktikablen Ergebnis* führt.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> Vgl. BGE 124 II 201 E. 5d.

<sup>25</sup> HÄFELIN/HALLER, N. 86, 96; HÄFELIN/MÜLLER, N. 177; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 20 B.I./II. Vgl. dazu auch BGE 124 II 200 E. 5c.

<sup>26</sup> BGE 124 II 199 E. 5a; 122 III 325 E. 7a, 474 E. 5a; HÄFELIN/HALLER, N. 82.

<sup>27</sup> BGE 124 II 199 E. 5a; 123 III 26 E. 2a; 121 III 225 E. 1d.aa; 116 Ia 367 E. 5c; 110 Ib 8 E. 2c.cc; GYGI, Verwaltungsrecht, 138; HÄFELIN/HALLER, N. 107; HANGARTNER, Organisation, 35; LARENZ/CANARIS, 166; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 20 B.I./II.b.

<sup>28</sup> Das Bundesgericht möchte jedoch allein auf die grammatikalische Auslegungsmethode abstellen, wenn sich daraus zweifellos eine sachlich richtige Lösung ergibt (BGE 124 II 199 E. 5a; 110 Ib 8 E. 2c.cc). Diese Ansicht ist abzulehnen. Wie RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 21 B.I., richtig bemerken, ist *jede* Vorschrift auslegungsbedürftig. Ob eine Vorschrift unmissverständlich ist, ist immer erst Ergebnis der Auslegung. Ebenso HÄFELIN/HALLER, N. 77.

<sup>29</sup> BGE 123 III 26 E. 2a; 121 III 225 E. 1d.aa.; GYGI, Verwaltungsrecht, 143 f.; HÄFELIN/HALLER, N. 107, 111; HÄFELIN/MÜLLER, N. 176; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 20.I./II.g. LARENZ/CANARIS, 185 f., weisen darauf hin, dass vor allem das Verfassungsgericht sich bei seinen gerichtlichen Entscheidungen an den zu erwartenden Folgen zu orientieren hat. „Was die Bewertung der zu erwartenden Folgen betrifft, so kann diese (...) meist nur an dem Gedanken des ‘Gemeinwohls’, insbesondere der Erhaltung oder Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Rechtsstaates, ausgerichtet sein (...). Denn die Notwendigkeit der Folgenabwägung und der Gemeinwohlorientierung ergibt sich hier aus der besonderen Struktur und dem Zweck der betreffenden Norm und wird dadurch legitimiert.“ In ähnlichem Sinne auch HÄFELIN/MÜLLER, N. 176 a.E.

- 26 Bei der Verfassungsauslegung ist jedoch zu beachten, dass die Gewichtung der einzelnen Auslegungselemente unter anderem davon abhängt, ob die zu interpretierende Norm den organisatorischen Bestimmungen der Verfassung angehört oder verfassungsmässige Grundrechte schützt, deren Inhalt es zu erarbeiten gilt. Im ersten Fall ist der Auslegungsspielraum relativ eng begrenzt, weil die organisatorischen Normen der Verfassung nicht durch die gleiche Weite und Dehnbarkeit geprägt sind wie die Bestimmungen, welche das materiell-rechtliche Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern ordnen. Bei Fehlen eines klaren und unmissverständlichen Wortlautes sind deshalb vorab die historischen Elemente heranzuziehen. Dagegen bedürfen Bestimmungen, welche die verfassungsmässigen Grundrechte schützen, eher der Konkretisierung. Dadurch kann auch sich wandelnden geschichtlichen Bedingungen und gesellschaftlichen Vorstellungen Rechnung getragen werden.<sup>30</sup>

## 2. Inhalt

### a) Wortlaut

- 27 Ausgangspunkt jeder Auslegung ist nach ständiger Praxis des Bundesgerichts der *Wortlaut* der Bestimmung.<sup>31</sup> Solange nicht andere Anhaltspunkte dagegen sprechen, ist vom *allgemeinen Sprachgebrauch* auszugehen.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> BGE 112 Ia 213 E. 2a mit Hinweisen; RHINOW/KRÄHENMANN Nr. 20 B.I./II.d.

<sup>31</sup> BGE 118 Ib 190 E. 4; 114 Ia 196 E. 3b.aa; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 21.I.

<sup>32</sup> BGE 98 Ia 39 E. 3; HÄFELIN/HALLER, N. 76; HÖHN, Methodik, 198 f.; LARENZ/CANARIS, 141, 145; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 21.I.

28 Massgebliches Element der grammatikalischen Auslegung ist der Verfassungstext. Es ist dabei zu beachten, dass die Formulierungen in den drei Amtssprachen *gleichwertig* sind.<sup>33</sup>

Vom Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit ist in drei Verfassungsbestimmungen die Rede.<sup>34</sup> Ausgangspunkt der Auslegung soll jedoch der *zentrale* Art. 31 BV sein, welcher in Abs. 1 die Handels- und Gewerbefreiheit statuiert und in Abs. 2 kantonale Massnahmen an den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit bindet.

**Art. 31 BV**

<sup>2</sup> Kantonale Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerben und deren Besteuerung bleiben vorbehalten; *sie dürfen jedoch*, soweit die Bundesverfassung nichts anderes vorsieht, *den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigen*. Vorbehalten bleiben auch die kantonalen Regalrechte.

**Art. 31 BV**

<sup>2</sup> Les prescriptions cantonales sur l'exercice du commerce et de l'industrie ainsi que sur leur imposition sont réservées. *Toutefois, elles ne peuvent déroger au principe de la liberté du commerce et de l'industrie à moins que la constitution fédérale n'en dispose autrement*. Les régales cantonales sont aussi réservées.

**Art. 31 BV**

<sup>2</sup> Le disposizioni cantonali sull'esercizio e sull'imposizione fiscale del commercio e dell'industria rimangono riservate; *esse non possono tuttavia portare pregiudizio al principio della libertà di commercio e d'industria*, a meno che la Costituzione federale non disponga altrimenti. Sono pure riservate le regalie cantonali.<sup>35</sup>

29 Art. 31 Abs. 1 BV garantiert die Handels- und Gewerbefreiheit im Rahmen der geltenden schweizerischen Rechtsordnung. Die Kantone können nach Abs. 2 bei ihrer Gesetzgebung über Handel und Gewerbe und deren Be-

<sup>33</sup> BGE 107 Ib 230 E. 1b; AUBERT, Bd. 1, ad 289; HÄFELIN/HALLER, N. 79; HÖHN, Methodik, 190 f.; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 21 B.III.

<sup>34</sup> Art. 31 Abs. 2, Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2, Art. 32<sup>quater</sup> Abs. 5 BV.

<sup>35</sup> Hervorhebungen durch den Verfasser.

steuerung die Handels- und Gewerbefreiheit einschränken. Sie sind dabei jedoch - unter Vorbehalt einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Grundlage - an den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit gebunden. Vorbehalten sind den Kantonen auch ihre Regalrechte.

- 30 Der Wortlaut von Art. 31 Abs. 2 BV selbst liefert kaum Anhaltspunkte dafür, was unter dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit genau zu verstehen ist. Je nach Betonung von „Grundsatz“ oder „Handels- und Gewerbefreiheit“ kann darunter nach dem allgemeinen Sprachgebrauch entweder ein Prinzip verstanden werden, welches der Handels- und Gewerbefreiheit notwendigerweise *inhärent* ist, oder es kann die Handels- und Gewerbefreiheit *selbst* als Prinzip aufgefasst werden.
- 31 Betont man in letzterem Sinne die *Handels- und Gewerbefreiheit* und damit das Freiheitsrecht - welches sich als solches gegen den Staat richtet -, so kommt man zum Schluss, dass sich das wirtschaftliche Handeln ohne Einwirkung des Staates und allein durch die Individuen abspielen soll.<sup>36</sup> Zu einem ähnlichen Schluss kommt man aber auch, wenn man vom *Grundsatz* der Handels- und Gewerbefreiheit ausgeht. Denn der Kern eines jeden Freiheitsrechts besteht darin, dass es dem Einzelnen eine geschützte Freiheitssphäre vor staatlichen Eingriffen gewährleisten will.<sup>37</sup> Der Gehalt eines spezifischen Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit lässt sich dem Wortlaut indes nicht entnehmen.

---

<sup>36</sup> Vgl. auch MARTI, 22.

<sup>37</sup> BGE 122 I 136 E. 3c.aa. Vgl. E. GRISEL, vol. 1, n. 338; HÄFELIN/HALLER, N. 1090 ff.

## b) Geschichtlicher Hintergrund

32 Die historische Auslegung orientiert sich an den Regelungsabsichten und Wertvorstellungen des Gesetzgebers.<sup>38</sup> Sie stellt auf den Sinn ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab.<sup>39</sup>

Um die Regelungsabsicht des Gesetzgebers aufzuzeigen, ist die Auslegung an den sog. *Materialien*<sup>40</sup> zu orientieren. Diese fallen indessen nur dann ins Gewicht, wenn sie angesichts einer unklaren gesetzlichen Bestimmung eine klare Antwort geben.<sup>41</sup> Sie sind umso weniger zu beachten, je weiter sie zeitlich zurückliegen.<sup>42</sup>

Wo die Materialien nicht ergiebig sind, kann es auch weiterhelfen, die Norm vor dem *Hintergrund des damaligen allgemeinen Verständnisses* zu betrachten.<sup>43</sup>

33 Der heutige Wortlaut von Art. 31 Abs. 2 BV gilt in der Fassung, wie er im Rahmen der *Revision der Wirtschaftsartikel* von Volk und Ständen im Jahre 1947 angenommen worden ist. Der Begriff „Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit“ dagegen geht bis auf die Einführung der Handels- und Gewerbefreiheit anlässlich der Totalrevision der Bundesverfassung im Jahre 1874 zurück.

Die damalige Verfassungsbestimmung lautete wie folgt:

---

<sup>38</sup> BGE 116 II 526 f. E. 2b.

<sup>39</sup> HÄFELIN/HALLER, N. 86. Politische Absichten und Willenserklärungen, wie zum Beispiel das Bestreben nach „Eurokompatibilität“, können für die Auslegung einer Norm dagegen nur wegleitend sein, soweit sie darin Niederschlag gefunden haben (BGE v. 9. Juni 1997 i.S. G.AG c. EVED, E. 5 [= 2A.471/1996; = ZBl 1998, 272 ff.]). Vgl. bspw. BGE 124 II 203 ff. E. 6a-f.

<sup>40</sup> Als Materialien kommen in Betracht: Entwürfe, amtliche Berichte, Botschaften des Bundesrates, Protokolle der Ratsverhandlungen und der beleuchtende Bericht zu den Volksabstimmungen (GYGI, Verwaltungsrecht, 139; HÄFELIN/HALLER, N. 88). Auf einzelne Äusserungen von Personen oder Stellen bei den Vorarbeiten kann es nur ankommen, wenn anzunehmen ist, dass sie den wahren Sinngehalt der Norm wiedergeben (BGE 124 II 200 E. 5c).

<sup>41</sup> Vgl. BGE 124 II 200 E. 5c.

<sup>42</sup> BGE 114 Ia 191 ff. E. 3b.bb.

<sup>43</sup> BGE 112 Ib 469 f. E. 3b; vgl. auch BGE 101 Ia 374 E. 4c; AUBERT, Bd. 1, ad 293, 295; HÄFELIN/HALLER, N. 93; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 22 B.I. Auf die Schwierigkeit, die historische Gesamtsituation erfassen zu können, weist jedoch vor allem HÖHN, Methodik, 212, hin.

**Art. 31 BV**

Die Freiheit des Handels und der Gewerbe ist im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet.

Vorbehalten sind:

a) Das Salz- und Pulverregal, die eidgenössischen Zölle, die Eingangsgebühren von Wein und andern geistigen Getränken, sowie andere vom Bunde ausdrücklich anerkannte Verbrauchssteuern, nach Massgabe des Art. 32.

b) Die Herstellung, die Einfuhr, die Reinigung, der Verkauf und die fiskalische Belastung gebrannter Wasser, nach Massgabe des Art. 32<sup>bis</sup> und 32<sup>ter</sup>.

c) Das Wirtschaftswesen und der Handel mit geistigen Getränken, nach Massgabe des Art. 32<sup>quater</sup>.

d) Sanitätspolizeiliche Massregeln zur Bekämpfung übertragbarer oder stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren.

e) Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerben, über Besteuerung des Gewerbebetriebes und über die Benutzung der Strassen. *Diese Verfügungen dürfen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit selbst nicht beeinträchtigen.*<sup>44</sup>

34 Aufschlussreich sind die Ausführungen des Bundesrates in der Botschaft zu den Gewerbefragen von 1870. Darin wies er darauf hin, dass

„Ungleichheiten, bei denen es auf eine Begünstigung der Kantonsbürger gegenüber andern Schweizerbürgern abgesehen ist, (...) in den Kantonen noch vielfach (bestehen). Man hindert kantonsfremde Handwerker in der Ausübung ihres Berufes; Zunftzwang ist noch gestattet; Erwerbung von Liegenschaften allen nicht Niedergelassenen untersagt; Einfuhr gewisser Handwerksartikel verboten; selbst Fleisch und Brod dürfen von Aussen nicht in einzelne Städte gebracht werden; kantonsfremden Führern wird die Ausübung ihres Gewerbes verweigert, fremden Kutschern der Gewerbsbetrieb ausserordentlich erschwert u.s.f. *Allen diesen Ungleichheiten und Abnormalitäten wird nur begegnet durch Aufstellung des Grundsatzes, dass die Freiheit des Handels und Verkehrs, worunter der Verkehr mit unbeweglichem wie mit beweglichem Gute verstanden ist, sowie das Recht freier Berufs- und Gewerbeausübung jedem Schweizer im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet werden soll. Wenn irgend ein Recht als Grundrecht bezeichnet und mit dem vollen*

---

<sup>44</sup> Hervorhebung durch den Verfasser.

Schutz des Bundes versehen werden soll, so ist dies gewiss der Fall für das Recht der freien Arbeit und des freien Verkehrs.<sup>45</sup>

Art. 29 der Bundesverfassung von 1848, welcher den freien Handel von Kanton zu Kanton gewährleistete und bestimmte, dass Verfügungen der Kantone über die Ausübung von Handel und Gewerben vor ihrer Vollziehung der Genehmigung des Bundesrates zu unterstellen sind, hatte sich laut Meinung des Bundesrates in der Praxis als wenig tauglich erwiesen.<sup>46</sup> Er beantragte deshalb, ihn von dieser Präventivzensur zu entbinden und ihm stattdessen „für alle Beschwerdefälle freies Entscheidungsrecht“ einzuräumen.<sup>47</sup>

Im Gegenzug wünschte

„der Bundesrat, dass ausdrücklich gesagt werde, dass die Verfügungen der Kantone über Ausübung von Handel und Gewerben und über Besteuerung den *Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit* selbst nicht beeinträchtigen dürfen, um nicht der irrigen Meinung Raum zu geben, dass es nun ins Belieben der Kantone gelegt sei, in dieser Materie willkürlich zu verfügen, und auf Umwegen die durch Aufstellung des Grundsatzes beseitigten Beschränkungen wieder einzuführen.“<sup>48</sup>

Dieser Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit war in der Folge in sämtlichen Verfassungsentwürfen der Kommissionen aufgeführt. In den parlamentarischen Beratungen wurde - von einer Ausnahme abgesehen<sup>49</sup> - indessen kaum davon gesprochen.<sup>50</sup> Den an der Verfassungsgebung Beteiligten schien es - offenbar in Anlehnung an die bundesrätlichen Ausführun-

<sup>45</sup> Botschaft Gewerbebefragen, 672 (Hervorhebung durch den Verfasser).

<sup>46</sup> Zur Rekurspraxis des Bundesbehörden vgl. den Überblick bei H. SCHMID, 61 ff.

<sup>47</sup> Botschaft Gewerbebefragen, 673. Vgl. auch unten Rn. 74.

<sup>48</sup> Botschaft Gewerbebefragen, 673 f. (Hervorhebung durch den Verfasser). Vgl. dazu auch VON SALIS, II, Nr. 734, S. 505 f.

<sup>49</sup> Protokoll eidg. Räte, 54. Der Antrag, den Absatz „Diese Verfügungen dürfen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit selbst nicht beeinträchtigen.“ zu streichen, weil er nur den ersten Absatz „Die Freiheit des Handels und der Gewerbe ist im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet.“ wiederhole, wurde mit grosser Mehrheit abgelehnt.

<sup>50</sup> Vgl. Protokoll NR-Kommission, 182, 204, 216, 240; Protokoll NR, XXIII, 20 f., 112 ff., 532, 544, 620; Protokoll eidg. Räte, 53 f., 323; BURCKHARDT, 225; H. SCHMID, 68.

gen in der Botschaft von 1870 - klar gewesen zu sein, was damit gemeint war und bezweckt wurde.

Um diese während der parlamentarischen Beratungen stillschweigend zum Ausdruck gebrachte Notwendigkeit des Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit nachvollziehen zu können, sei kurz auf den damaligen geschichtlichen und wirtschaftspolitischen Hintergrund eingegangen.<sup>51</sup>

- 35 Die alte Eidgenossenschaft im ausgehenden 18. Jahrhundert war vom *Zunftsystem* beherrscht, welches verschiedene Elemente einer dirigistischen Wirtschaft mit protektionistischer Ausrichtung in sich vereinigte.<sup>52</sup> Ein einheitlicher Wirtschaftsraum fehlte.<sup>53</sup>

In den Städten herrschte durchgehend eine Oligarchie von Händlern und Handwerkern. In den Zunftaristokratien Zürich, Schaffhausen, Basel und St. Gallen waren sie sogar Träger der Staatsverfassung und übten direkt oder indirekt entscheidenden Einfluss auf die Regierung aus. Dritte waren generell von den - den Zunftmitgliedern vorbehaltenen - Berufen ausgeschlossen. Zahlreiche detaillierte Regelungen und eine schikanöse Aufsicht regelten und überwachten Handel und Gewerbe. Von ihren Mitgliedern verlangten die Zünfte nicht nur strikte Gehorsamkeit, sondern sie legten unter anderem auch die Produktionsanteile fest, erliessen Qualitätsnormen, bestimmten die Preise und Abgaben, führten drakonische Kontrollen und Inspektionen durch und auferlegten Strafen. Weiter regelten sie die Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und seinen Angestellten, definierten die Lehrbedingungen und bestimmten die Löhne sowie die Arbeitszeit.<sup>54</sup> Unter dem Zunftsystem litt

---

<sup>51</sup> Eine Übersicht über die Literatur zur Geschichte der Handels- und Gewerbefreiheit in der Schweiz findet sich bei SALADIN, 212, Fn. 9. Zur Geschichte im Kanton Schwyz bspw. vgl. ROBERT KISTLER, Die wirtschaftliche Entwicklung des Kantons Schwyz, Stans 1962, insbesondere S. 90 ff.

<sup>52</sup> E. GRISEL, vol. 1, n. 9, 12; H. SCHMID, 25 ff.; BAUER, 3 f., und den Überblick über die kantonalen Verhältnisse, 6 ff.

<sup>53</sup> RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 3 N. 3 ff.

<sup>54</sup> BAUER, 6 ff., 39 ff.; E. GRISEL, vol. 1, n. 12; eingehend auch H. SCHMID, 25 ff.

auch die Landwirtschaft, welche durch vielerlei Zwänge und Abgaben dirigistisch gelenkt wurde.<sup>55</sup>

In den ländlichen Kantonen zeigten sich ähnliche Verhältnisse. Es fehlten zwar städtische Zunftverfassungen, doch waren die Handwerker in den grösseren Städten in religiösen Bruderschaften organisiert. Fremde („Hintersässen“ oder „Beisässen“) waren in Wahl und Ausübung ihrer Berufe stark eingeschränkt.<sup>56</sup>

- 36 In der anbrechenden Zeit des *Liberalismus*<sup>57</sup>, welcher seinen ersten Höhepunkt mit der Erklärung der Freiheitsrechte in der französischen Revolution im Jahre 1789 fand und in der sich der Bürger von der Bevormundung des Staates zu befreien suchte, wurde dem Staat vermehrt eine passive Rolle zugesprochen.

Revolutionäre Ideen hatten auch das wirtschaftliche Leben ergriffen.<sup>58</sup> Aus England stammte - auf den von Physiokraten und Ökonomen basierenden Ideen<sup>59</sup> - das Postulat einer allgemeinen, umfassenden wirtschaftlichen Freiheit.<sup>60</sup> Der sog. *Manchester-Liberalismus*, die liberale Schule der Nationalökonomie, forderte Freihandel über alle Grenzen hinweg, Freizügigkeit im Landesinneren, freie Wahl des Ortes und der Art der Erwerbstätigkeit, freie Verwendung der Güter, Vertragsfreiheit, freie Konkurrenz, *laissez-faire* und die Zurückdrängung des Staates auf die Sorge zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit (sog. polizeiliche Regelungen), auf die Rolle des „Nachtwächters“. Dieses liberale Gedankengut verbreitete sich - begünstigt durch die sich seit dem ausgehenden

<sup>55</sup> BAUER, 7, 9; E. GRISEL, vol. 1, n. 10 s.

<sup>56</sup> BAUER, 32 ff.; H. SCHMID, 25, 29.

<sup>57</sup> Zu den Wurzeln eingehend H. SCHMID, 3 ff.

<sup>58</sup> MARTI, 19 ff., weist darauf hin, dass die Wirtschaftsfreiheit zwei geistesgeschichtliche Wurzeln hat. Zum einen das *individualistische Naturrecht* und zum anderen die *klassische Nationalökonomie*. Vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 3 N. 10 ff.

<sup>59</sup> Vgl. dazu KÖLZ, 45 ff. und eingehend H. SCHMID, 10 ff.

18. Jahrhundert zeigenden Degenerationserscheinungen der Zunftverfassung<sup>61</sup> - schnell in Europa und fand bald Eingang in die Gesetzgebungen.<sup>62</sup>

In der Schweiz waren die Ideen des Manchester-Liberalismus von grösster *politischer* Tragweite, denn die partikulären politischen Strukturen der Eidgenossenschaft waren aufgrund der engen Verflechtung der politischen mit der wirtschaftlichen Verfassung<sup>63</sup> einerseits wenig kompatibel mit den neuen Ideen und andererseits den Forderungen der anbrechenden industriellen Revolution nicht gewachsen.<sup>64</sup> „Es musste (...) zum Kampf um die Rechtsordnung kommen.“<sup>65</sup>

- 37 Das 19. Jahrhundert war in der Schweiz in wirtschaftspolitischer Hinsicht gekennzeichnet durch den Siegeszug der Thesen des Manchester-Liberalismus und der Wirtschaftsfreiheit. Als Teil des napoleonischen Staatensystems brachte die *Helvetische Republik* (1798-1803) neben den staatsrechtlichen Ideen der französischen Revolution für die Landwirtschaft die Bodenbefreiung. Interkantonal fielen die Zollschränken und wurde das Zunftsystem mit dem Gesetz über die Gewerbefreiheit vom 19. Oktober 1798<sup>66</sup> aufgehoben.<sup>67</sup> Die Anerkennung des „Grundsatzes der Gewerbefreiheit“<sup>68</sup> und die mit ihr einhergehende plötzliche Abschaffung des Überkommenen hatte indessen eine grosse Verwirrung, Ratlosigkeit und mannig-

---

<sup>60</sup> Theoretisch grundlegend war dabei das Werk von ADAM SMITH, „An inquiry into the Nature and Sources of the Wealth of Nations“, 1776, insbesondere das vierte Buch. Bestimmend wurde dagegen das Werk FRÉDÉRIC BASTIAT's, „Harmonies Economiques“ von 1850.

<sup>61</sup> H. SCHMID, 30.

<sup>62</sup> H. HUBER, Bedeutung, 1 f.; KÖLZ, 45 ff.; SALADIN, 211;

<sup>63</sup> Vgl. H. SCHMID, 25 ff.

<sup>64</sup> BAUER, 70 f., 85; H. HUBER, Bedeutung, 2; vgl. auch KÖLZ, 49.

<sup>65</sup> So BAUER, 42.

<sup>66</sup> Art. 1 lautete: „Alle Gewerbe und Zweige der Industrie sollen in Helvetien frei, und aller bisherige Zunftzwang gegen dieselben aufgehoben sein.“

<sup>67</sup> BAUER, 51 ff.; E. GRISEL, vol. 1, n. 32; HÄFELIN/HALLER, N. 37; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 3 N. 14 ff.

<sup>68</sup> So wörtlich LAHARPE, Präsident des vollziehenden Direktoriums, in seinem an die „Bürger und Gesetzgeber“ gerichteten Manuskript von Ende November 1798 (zit. bei BAUER, 56 ff.).

fache Zwistigkeiten zur Folge, welche auch die leitenden Staatsorgane nicht zu lösen vermochten.<sup>69</sup>

Mit der *Mediationsakte* von 1803 wurden die Verfassungsordnungen der Kantone, die Ungleichheiten und Unfreiheiten der vorrevolutionären Zeit aufgrund des entschlossenen Widerstandes derjenigen, welchen die Restriktionen des vorherigen Systems zugute gekommen waren,<sup>70</sup> wiederhergestellt. Die Wirtschaftsgesetzgebung war wieder allein Sache der Kantone. Das Zunftsystem wurde - mit Ausnahme der welschen Kantone<sup>71</sup> - wieder eingeführt.<sup>72</sup> Nach dem Ende der napoleonischen Herrschaft wurde diese Entwicklung noch verschärft und man kehrte in der Schweiz mit dem *Bundesvertrag von 1815* wieder fast gänzlich zur alten, vorrevolutionären Ordnung zurück.<sup>73</sup>

Während sich in der *Regenerationszeit* (1830-1848) in einem Teil der Kantone die neuen staatsrechtlichen Ideen der französischen Revolution allmählich durchzusetzen begannen und freiheitliche Verfassungen entstanden, fand der Gedanke der Handels- und Gewerbefreiheit bei den Kantonen nur zögernd Anklang.<sup>74</sup> Immerhin befand sich das Zunftsystem klar auf dem Rückzug.<sup>75</sup>

Die *Bundesverfassung von 1848* gewährleistete in Art. 29<sup>76</sup> den freien Handel von Kanton zu Kanton, nicht aber im Innern des Kantons und auch nicht

<sup>69</sup> BAUER, 52, 70; vgl. auch MARTI, 3; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 3 N. 17; H. SCHMID, 32 ff.

<sup>70</sup> BAUER, 70 ff.; SALADIN, 213.

<sup>71</sup> BAUER, 86 ff., 148; H. SCHMID, 42 f.

<sup>72</sup> BAUER, 148 ff.; E. GRISEL, vol. 1, n. 36; HÄFELIN/HALLER, N. 38; KÖLZ, 204 ff.; MARTI, 3; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 3 N. 18 ff.; SALADIN, 213; vgl. BURCKHARDT, 222 f.

<sup>73</sup> Vgl. E. GRISEL, vol. 1, n. 40 s.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 3 N. 21 ff.; vgl. auch H. SCHMID, 44 f.

<sup>74</sup> BAUER, 175 ff.; KÖLZ, 331 ff.; SALADIN, 213; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 3 N. 24; H. SCHMID, 54 ff. Vgl. auch Botschaft Partialrevision, 863. Zum Widerstreit der Meinungen vgl. H. SCHMID, 47 ff.

<sup>75</sup> E. GRISEL, vol. 1, n. 42 s.; HÄFELIN/HALLER, N. 44; MARTI, 4.

<sup>76</sup> „Für Lebensmittel, Vieh und Kaufmannswaren, Landes- und Gewerbezeugnisse jeder Art sind freier Kauf und Verkauf, freie Ein-, Aus- und Durchfuhr von einem Kanton in den andern gewährleistet. Vorbehalten sind:

a. in der Beziehung auf Kauf und Verkauf das Salz- und Pulverregal.

die Freiheit des Gewerbes. Die wirtschaftliche Gesetzgebung verblieb weiterhin bei den Kantonen. Dagegen garantierte Art. 41 wenigstens die interkantonale Freizügigkeit der Gewerbetreibenden als Bestandteil der Niederlassungsfreiheit. Der Zunftzwang, der zum Teil noch immer bestand, widersprach der Verfassung nicht.<sup>77</sup>

- 38 Es zeigte sich indessen bald, dass diese Vorschriften nicht zu genügen vermochten. Die Vielfalt der kantonalen Regelungen erschwerte weiterhin die Ausübung von Handel und Gewerbe im Gebiete der Eidgenossenschaft, obwohl die meisten Kantonsverfassungen<sup>78</sup> bereits die Handels- und Gewerbebefreiheit gewährleisteten.<sup>79</sup>

Der europäische und der schweizerische Wirtschaftsaufschwung, der Manchester-Liberalismus, die zunehmende Industrialisierung, die (beschränkte) Gewährleistung der Niederlassungsfreiheit in der Bundesverfassung von 1848 und die demokratischen Tendenzen des späteren 19. Jahrhunderts führten dazu, dass sich der Gedanke der Handels- und Gewerbebefreiheit schliesslich in der ganzen Schweiz durchzusetzen begann.<sup>80</sup> Die Schweiz konnte sich dem Einfluss der liberalen Wirtschaftstheorie, die sich damals auf ihrem Höhepunkt befand, nicht mehr entziehen.<sup>81</sup> 1865 wurde eine erste Verfassungsrevision an die Hand genommen, die jedoch in der Volksabstimmung scheiterte.<sup>82</sup> Den ab 1870 erneut einsetzenden Revisionsarbei-

---

b. Polizeiliche Verfügungen der Kantone über die Ausübung von Handel und Gewerbe und über die Benutzung der Strassen.

c. Verfügungen gegen schädlichen Vorkauf.

d. Vorübergehende sanitätspolizeiliche Massregeln bei Seuchen.

*Die in Litt. b. und c. bezeichneten Verfügungen müssen die Kantonsbürger und die Schweizerbürger anderer Kantone gleich behandeln. Sie sind dem Bundesrate zur Prüfung vorzulegen und dürfen nicht vollzogen werden, ehe sie die Genehmigung desselben erhalten haben.*“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>77</sup> BURCKHARDT, 223 f.; E. GRISEL, vol. 1, n. 44 ss.; KÖLZ, 589 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 3 N. 26 ff.; vgl. SALADIN, 213; H. SCHMID, 57 ff., 64.

<sup>78</sup> Vgl. die Übersicht bei E. GRISEL, vol. 1, n. 49.

<sup>79</sup> E. GRISEL, vol. 1, n. 47; H. SCHMID, 65 ff.

<sup>80</sup> SALADIN, 213. Vgl. dazu auch BAUER, 209 ff.

<sup>81</sup> Vgl. MARTI, 4; H. SCHMID, 250 f.; WYSS, 3.

<sup>82</sup> Dazu BAUER, 233 ff.

ten<sup>83</sup> war mehr Erfolg beschieden, und 1874 wurde die Totalrevision der Verfassung von Volk und Ständen im dritten Anlauf angenommen und die Handels- und Gewerbefreiheit in Art. 31 der Bundesverfassung verankert. Mit der verfassungsmässigen Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit wurde dabei zweierlei angestrebt: Einerseits die Aufhebung der in manchen Kantonen noch bestehenden zünftlerischen Hemmnisse der Gewerbeausübung, andererseits die Ausdehnung der bislang auf die Kantonseinwohner beschränkten Gewerbefreiheit auf alle Schweizerbürger.<sup>84</sup>

- 39 Vor diesem historischen Hintergrund ist die Vorschrift zu verstehen, wonach „Verfügungen“ der Kantone den „Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit“ nicht beeinträchtigen dürfen.<sup>85</sup> Man wollte damit eine Rückkehr zu den *Zwängen der Zunftwirtschaft*, zum *Protektionismus* (der Kantonsbürger gegenüber den anderen Schweizerbürgern, der Einheimischen gegenüber den „Beisässen“ und Auswärtigen) und zur *merkantilistischen Wirtschaftslenkung* ausschliessen.<sup>86</sup> Der Staat sollte sich - zugunsten eines freien Wettbewerbs und individueller Selbstbestimmung<sup>87</sup> - aus dem wirtschaftlichen Leben überhaupt heraushalten und sich auf die blosser Sorge zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit konzentrieren (sog. Nachtwächterstaat, „laissez-faire“).<sup>88</sup>

---

<sup>83</sup> Dazu BAUER, 239 ff.

<sup>84</sup> H. SCHMID, 67.

<sup>85</sup> Vgl. Botschaft Partialrevision, 862.

<sup>86</sup> Vgl. Botschaft Gewerbefragen, 672; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 3 N. 42; H. SCHMID, 64.

<sup>87</sup> Vgl. J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 352.

<sup>88</sup> Der Begriff „Laissez-faire et laissez passer“ tauchte in dieser klassischen Formulierung zuerst bei den Physiokraten auf und postuliert, dass der Staat sich in den einer eigenen Gesetzmässigkeit unterworfenen Lauf des Wirtschaftslebens nicht einmischen darf (WOLFFERS, Polizei, 390). Zulässig sind jedoch weiterhin gewerbepolizeiliche Einschränkungen zur Wahrung der öffentlichen Ordnung, Ruhe, Sicherheit, Sittlichkeit und Gesundheit sowie Vorschriften, die bestimmt sind, Treu und Glauben im Verkehr zu sichern (vgl. Botschaft Partialrevision, 865).

40 Im Jahre 1937, gut sechzig Jahre später, bestätigte der Bundesrat in seiner Botschaft zur „Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung“<sup>89</sup> dieses historische Verständnis.<sup>90</sup>

Die geltende sog. liberale Wirtschaftsverfassung beruhe auf dem *Grundsatz der wirtschaftlichen Freiheit oder der freien Konkurrenz*, d.h. die Wirtschaft werde grundsätzlich nach dem Prinzip der individuellen Selbstverantwortlichkeit aufgrund freier Verträge geführt. Der Staat habe sich nicht in die freie Wirtschaft einzumischen.<sup>91</sup>

Bezüglich der Folgerungen, die sich aus dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit ergeben, verwies der Bundesrat auf den Kommentar von BURCKHARDT<sup>92</sup>. Unzulässig sei demnach, die Zahl der Gewerbetreibenden oder den Umsatz zu beschränken, den Preis der Ware oder Menge oder Qualität der Produktion vorzuschreiben, gewisse Gewerbeformen wegen ihrer einschneidenden wirtschaftlichen Folgen zu unterdrücken oder einzelne Gewerbetreibende vor anderen zu bevorzugen.<sup>93</sup>

41 Indessen beinhaltet die Botschaft zur „Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung“ von 1937 gerade die Einsicht, dass staatliche Eingriffe in die Wirtschaft eine *Notwendigkeit* darstellen können<sup>94</sup> bzw. dass dem Staat eine *Ordnungsfunktion* in der Wirtschaft zugestanden werden müsse<sup>95</sup>.

Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft werde jedoch „auch in Zukunft so zu gestalten sein, dass die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen an erster

---

<sup>89</sup> Botschaft Partialrevision, 833 ff.; Ergänzungsbotschaft, 905 ff.; vgl. dazu SCHÜRMAN, Wirtschaftsartikel, 33 ff., 57 ff., 89 ff.

<sup>90</sup> Siehe vor allem Botschaft Partialrevision, 862 ff., wo der Bundesrat ausführt, dass der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit gegenüber dem Staat das System der freien Konkurrenz, wie es die liberale Schule der Nationalökonomie postulierte, gewährleistet.

<sup>91</sup> Botschaft Partialrevision, 837; vgl. auch Ergänzungsbotschaft, 912.

<sup>92</sup> BURCKHARDT, 225 ff.

<sup>93</sup> Botschaft Partialrevision, 865 f.

<sup>94</sup> Ausführlich dazu Botschaft Notmassnahmen, 617 ff., 644 ff.

<sup>95</sup> Vgl. Botschaft Partialrevision, 833-841, 870 f. Ebenso wieder die Botschaft VE 96, 295. Vgl. auch VALLENDER, Nachführung, 489.

Stelle steht und der Staat nur dort und nur insoweit eingreift, als die Kraft des Einzelnen und der Verbände unter den gegebenen Verhältnissen nicht ausreicht; das wirtschaftspolitische Handeln des Staates (werde) in unserem Lande immer *subsidiär* sein“.<sup>96</sup>

Insofern unterschied sich das Wirtschaftssystem, wie es mit der Partialrevision schliesslich konstituiert wurde, von der Wirtschaftsordnung, wie sie dem wirtschaftlichen Liberalismus vorgeschwebt hatte.<sup>97</sup>

Dem Staat wurde in der Folge die verfassungsrechtliche Kompetenz eingeräumt, im Interesse der Gesamtheit fördernd und regelnd in die Wirtschaft einzugreifen,<sup>98</sup> aber nur in dem Masse, dass das *Grundprinzip der freien Wirtschaft, der Marktmechanismus als Regulator*, nicht in Frage gestellt werde.<sup>99</sup>

Art. 31 Abs. 2 BV, welcher den „Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit“ proklamiert, erfuhr durch diese Partialrevision von 1947 keine *materielle* Änderung.<sup>100</sup>

### c) Systematischer Gesichtspunkt

- 42 Das Gesetz ist als *Einheit* und aus dem *Zusammenhang* zu verstehen, wobei dieser Zusammenhang allenfalls gesetzesübergreifend, mit der ganzen Rechtsordnung zu berücksichtigen ist. Gleichartige Tatbestände verlangen nach Möglichkeit ein gleichartiges rechtliches Verständnis, da dem Gesetz-

<sup>96</sup> Botschaft Notmassnahmen, 650 (Hervorhebung durch den Verfasser).

<sup>97</sup> Vgl. auch H. SCHMID, 252. Ungenau SCHÜRMAN, Wirtschaftsartikel, 35, nach dessen Ansicht das Verhältnis von Staat und Wirtschaft grundsätzlich keine Änderung erfahren habe.

<sup>98</sup> Die Partialrevision betraf die heute noch geltenden Art. 31-32 und Art. 34<sup>ter</sup> BV.

<sup>99</sup> Botschaft Partialrevision, 856, 871. Von diesem Grundprinzip ausgenommen wurde jedoch Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 3 BV.

<sup>100</sup> Botschaft Partialrevision, 882; MARTI, 6; SCHÜRMAN, Wirtschaftsartikel, 34. Vgl. auch die Äusserungen des Bundesrates in Botschaft Notmassnahmen, 651 f.: „Es wäre nach unserer Über-

geber das Streben nach Folgerichtigkeit und nach Vermeidung von Widersprüchen zu unterstellen ist.<sup>101</sup>

- 43 Die Bedeutung der systematischen Auslegung auf Verfassungsstufe wird allerdings dadurch eingeschränkt, „dass in der Bundesverfassung Texte aneinandergereiht sind, welche von sich folgenden Generationen geschaffen wurden und in unterschiedlichem Stil gehalten sind.“<sup>102</sup>

Vorliegend gilt diese Aussage jedoch nur beschränkt, denn die Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung (Art. 31 ff.) wurden anlässlich der Partialrevision von 1947 als Ganzes konzipiert und vom Volk und den Ständen angenommen.<sup>103</sup>

- 44 Aus der Gesamtbetrachtung der Bundesverfassung wird ersichtlich, dass Art. 31 an der Spitze der Wirtschaftsartikel in der Bundesverfassung steht. Im nachfolgenden Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 BV ist der Bund bei Erlass von Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerben sowie beim Treffen von Massnahmen zur Förderung einzelner Wirtschaftszweige oder Berufe - wie die Kantone gemäss Art. 31 Abs. 2 BV - ebenfalls an den *Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit* gebunden. *Vorbehalten* wird dabei jedoch ausdrücklich Abs. 3 der gleichen Norm. Dieser lautet wie folgt:

<sup>3</sup> Wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt, ist der Bund befugt, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit, Vorschriften zu erlassen:

a. zur Erhaltung wichtiger, in ihren Existenzgrundlagen gefährdeter Wirtschaftszweige oder Berufe sowie zur Förderung der beruflichen Leistungsfähigkeit der Selbständigerwerbenden in solchen Wirtschaftszweigen oder Berufen;

b. (...);<sup>104</sup>

---

zeugung unrichtig, den Grundsatz der wirtschaftlichen Freiheit aufzugeben und ihn durch einen andersgearteten zu ersetzen.“ Vgl. BGE 70 I 231 E. 4 und unten Rn. 48 f.

<sup>101</sup> BGE 120 II 114 E. 3b; GYGI, Verwaltungsrecht, 139 f.; HÄFELIN/HALLER, N. 82; HÖHN, Methodik, 209 f.

<sup>102</sup> Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 83a (mit Hinweis auf AUBERT). Vgl. auch Botschaft VE 96, 290.

<sup>103</sup> Vgl. dazu SCHÜRMAN, Wirtschaftsartikel, 33 ff., 57 ff., 89 ff.

<sup>104</sup> Vgl. nun Art. 31<sup>octies</sup> BV.

- c. zum Schutze wirtschaftlich bedrohter Landesteile;
- d. gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen;
- e. über vorsorgliche Massnahmen der wirtschaftlichen Landesverteidigung und auch über Massnahmen zur Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern und Dienstleistungen bei schweren Mangellagen, denen die Wirtschaft nicht selber begegnen kann.

45 Aus dem Vorbehalt dieser Bestimmung gegenüber dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit ist zu folgern, dass unter anderem Massnahmen als mit dem Grundsatz unvereinbar gelten, die auf *Erhaltung, Förderung* und *Schutz* von Wirtschaftszweigen und Berufen ausgerichtet sind oder *korrigierend* in den wirtschaftlichen Wettbewerb eingreifen.<sup>105</sup>

#### d) Zeitgemässes Verständnis

46 Die zeitgemässe Auslegung stellt bei Ermittlung von Sinn und Zweck einer Norm auf das Normverständnis und die Verhältnisse ab, wie sie im Zeitpunkt der Rechtsanwendung bestehen. Massgeblich ist somit der Sinn einer Norm, wie er im Rahmen der geltungszeitlichen Umstände erscheint.<sup>106</sup>

Die Vorteile der zeitgemässen Auslegung bestehen darin, dass sie das Recht für den Normadressaten besser erkennbar werden lässt sowie die Fortbildung des Rechts ermöglicht.<sup>107</sup>

47 In seiner Rechtsprechung geht das Bundesgericht davon aus, dass Art. 31 BV das wirtschaftliche *System der freien Konkurrenz*<sup>108</sup> bzw. das *System des*

---

<sup>105</sup> Vgl. GYGI/RICHLI, 58 f.

<sup>106</sup> HÄFELIN/HALLER, N. 96.

<sup>107</sup> HÄFELIN/HALLER, N. 97.

*freien Wettbewerbs*<sup>109</sup> gewährleistet. Dies entspreche dem *institutionellen Gehalt* der Handels- und Gewerbebefreiheit.<sup>110</sup>

„Von dem Gedanken getragen, dass grundsätzlich die freie Entfaltung der individuellen wirtschaftlichen Kräfte und der sich daraus ergebende Wettbewerb aus dem Gesichtspunkte der allgemeinen Volkswohlfahrt die zweckmässigste Ordnung des Wirtschaftslebens darstellt, gewährt er dem Einzelnen als persönliches Freiheitsrecht die Befugnis, seine persönlichen Fähigkeiten und materiellen Mittel auf dem wirtschaftlichen Gebiete ungehindert zur Geltung zu bringen, soweit diese Betätigung nicht gegen die höheren Interessen der Volksgemeinschaft verstösst. Eine staatliche Regelung des Handels- und Gewerbebetriebes darf daher nur zur Wahrung dieser Allgemeininteressen, des öffentlichen Wohles, erfolgen (...). *Niemals aber darf das freie Spiel des individuellen Wettbewerbs, soweit dieser seiner Art nach aus öffentlichen Interessen nicht zu beanstanden ist, durch staatliche Massnahmen gestört werden.*“<sup>111</sup>

- 48 Das Bundesgericht hat sich in seiner Rechtsprechung zu *kantonalen*<sup>112</sup> Massnahmen mehrfach zur Frage geäussert, was für staatliche Massnahmen dieses „freie Spiel des individuellen Wettbewerbs“ beeinträchtigen bzw. gegen den Grundsatz der Handels- und Gewerbebefreiheit verstossen.<sup>113</sup> So bezeichnete das Bundesgericht konstant als grundsätzlich unzulässig

<sup>108</sup> BGE 105 Ia 71 f. E. 4b; 103 Ia 596 E. 1a; 102 Ia 121 f. E. 7; 101 Ia 486 E. 5, 533 ff. E. 3c; 98 Ia 400 E. 2; 95 I 336 E. 4; 94 I 18 E. 4; 91 I 104 E. 2a; 86 I 274 E. 1; 80 I 126 E. 2; 76 I 234 ff. E. 3; 66 I 23; 47 I 40 ff. E. 1; 45 I 357 f. E. 1.

<sup>109</sup> BGE 116 Ia 240 E. 2d. Vgl. auch Botschaft VE 96, 174 f.

<sup>110</sup> BGE 121 I 287 E. 6b. Vgl. auch MADER, 13.

<sup>111</sup> BGE 45 I 357 f. E. 1 (Hervorhebungen durch den Verfasser). Nach BGE 57 I 168 E. 1 widerspricht die „Verneinung des freien Wettbewerbs“ auch dem „Postulate der Gleichbehandlung aller Personen, die ein Gewerbe betreiben oder betreiben wollen.“ (vgl. auch BGE 88 I 236 E. 3).

<sup>112</sup> Die Wirtschaftspolitik des Bundes ist der Kontrolle des Bundesgerichts aufgrund der Art. 113 Abs. 3 und Art. 114<sup>bis</sup> Abs. 3 BV weitgehend entzogen (vgl. dazu BGE 123 II 11 E. 2; 122 V 93 E. 5a.aa; vgl. jedoch unten Rn. 128, 135); E. GRISEL, vol. 1: n. 251, vol. 2: n. 498. Vgl. auch Art. 180 VE 96; dazu jedoch der vorgeschlagene BB über die Reform der Justiz, insbesondere Art. 178, welcher die Verfassungsgerichtsbarkeit auch für Bundeserlasse einführen möchte (vgl. Botschaft VE 96, 640 ff.). Indessen gelten die bundesgerichtlichen Anforderungen aus dem Grundsatz der Handels- und Gewerbebefreiheit prinzipiell auch für Massnahmen des Bundes (vgl. RHINOW in Komm. BV, Art. 31<sup>bis</sup>, Rz. 85).

<sup>113</sup> Vgl. auch Botschaft VE 96, 175, 291 f.

- „Massnahmen, die in die freie Konkurrenz zur *Sicherung oder Förderung gewisser Erwerbszweige oder Betriebsarten* eingreifen und *das wirtschaftliche Geschehen planmässig lenken*.“<sup>114</sup>
- Massnahmen, die „einen Eingriff in den wirtschaftlichen Wettbewerb bezwecken, um *bestimmte Gewerbebranche oder Betriebsformen vor Konkurrenz zu schützen oder in ihrer Existenz zu sichern*.“<sup>115</sup>
- Massnahmen, die „den freien Wettbewerb zur *Sicherung oder Förderung gewisser Formen der Erwerbstätigkeit* behindern und lediglich der *Abschirmung gegen Konkurrenz* dienen.“<sup>116</sup>
- Massnahmen, die „den freien Wettbewerb behindern, *um gewisse Gewerbebranche oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen*.“<sup>117</sup>
- Massnahmen, „mit denen in den freien Wettbewerb eingegriffen wird, *um einzelne Gewerbebetriebe oder Unternehmensformen zu bevorzugen und das Wirtschaftsleben nach einem festen Plan zu lenken*.“<sup>118</sup>
- Massnahmen, welche „bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, *um einzelne Konkurrenten gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen*.“<sup>119</sup>
- Mesures cantonales, qui „interviennent dans la libre concurrence *pour assurer ou favoriser certaines branches de l'activité lucrative ou certaines formes d'exploitation* et qui *tendent à diriger l'activité économique selon un certain plan*.“<sup>120</sup>
- Mesures, „qui ont pour but d'entraver la libre concurrence, *d'avantager certaines entreprises ou certaines formes d'entreprises*, et qui *tendent à diriger la vie économique selon un plan déterminé*.“<sup>121</sup>
- Mesures, qui „tendent à porter atteinte à la libre concurrence, *à avantager certaines entreprises ou certaines formes d'entreprises* et qui *tendent à diriger la vie économique selon un plan déterminé*.“<sup>122</sup>

---

<sup>114</sup> BGE 105 Ia 71 f. E. 4b; 103 Ia 596 E. 1a; 91 I 457 ff. E. 2; 86 I 274 E. 1 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>115</sup> BGE 102 Ia 116 E. 5a (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>116</sup> BGE 116 Ia 121 E. 3; BGE v. 22. März 1991 i.S. X. c. Obergericht des Kt. Zürich, E. 1a (= 2P.222/1990); BGE 113 Ia 282 E. 1 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>117</sup> BGE 123 I 15 E. 2a; 121 I 132 E. 3b; 118 Ia 176 E. 1; 117 Ia 445 E. 2 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>118</sup> BGE 116 Ia 348 E. 5; 111 Ia 186 E. 2b (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>119</sup> BGE 121 I 288 E. 6c.cc (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>120</sup> BGE 120 Ia 70 E. 2a; 113 Ia 138 f. E. 8b; 110 Ia 102 E. 5a; 109 Ia 70 E. 3a, 122 E. 4b; 104 Ia 198 E. 2b; 103 Ia 262 E. 2a, 592 f. E. 3c; 100 Ia 175 E. 3a; 99 Ia 373 E. 2; 97 I 504 E. 4a, mit weiteren Hinweisen; vgl. auch BGE 123 I 217 E. 3a; BGE v. 21. März 1997 i.S. Coop-Genève c. Département de l'économie publique du canton de Genève, E. 3b [= 2P.270/1996; = Pra 1997 Nr. 101 S. 545]; BGE 119 Ia 353 E. 2b; 116 Ia 414 E. 9b (Hervorhebungen durch den Verfasser).

- Misure, che „intervengono nel gioco della libera concorrenza *per favorire certi rami dell'attività lucrativa e per dirigere l'attività economica secondo un certo piano prestabilito* essa vieta quindi, in sostanza, unicamente le norme intese ad ostacolare la libera concorrenza o ad attenuarne gli effetti.“<sup>123</sup>

49 Zusammengefasst beinhaltet der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts somit

- das Gebot der grundsätzlichen *Staatsfreiheit* des wirtschaftlichen Lebens;<sup>124</sup>

- das Verbot des *Eingriffs* in das freie Spiel des wirtschaftlichen Wettbewerbs,

insbesondere durch

-- *planmässige* Lenkung des wirtschaftlichen Geschehens;<sup>125</sup>

-- die *Korrektur* seiner Auswirkungen;<sup>126</sup>

---

<sup>121</sup> BGE 114 Ia 36 E. 2a (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>122</sup> BGE 113 Ia 40 E. 4a (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>123</sup> BGE 102 Ia 543 f. E. 10e; vgl. auch BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2a [= 2P.146/1996]; BGE 119 Ia 382 E. 4b (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>124</sup> Unzulässig ist bspw. die Errichtung eines Hausinstallationsmonopols aus rein fiskalischen Interessen, dessen Ausübung sich die Gemeinde selber vorbehält (vgl. BGE 95 I 144 ff.). Denn würde ein rein fiskalisches Interesse als hinreichendes öffentliches Interesse für die Begründung eines Monopols anerkannt, könnte ein Kanton die ganze Wirtschaftstätigkeit, soweit sie gewinnbringend ist, monopolisieren und damit die privatwirtschaftliche Ordnung und die Wirtschaftsfreiheit faktisch aus den Angeln heben (BGE 124 I 18 f. E. 5a). Das Bundesgericht bezeichnet die Wirtschaftsfreiheit in diesem Sinne auch als „Hüterin einer privatwirtschaftlichen Ordnung“ (BGE 124 I 18 f. E. 5a).

<sup>125</sup> Bspw. durch Förderung von Taxis, welche einen Funkanschluss besitzen, mittels eines niederen Gebührensatzes, obwohl der Markt - aufgrund der damit gegebenen höheren Verdienstmöglichkeiten - bereits in diese Richtung spielt (BGE 121 I 129 ff.).

<sup>126</sup> Unzulässig ist bspw. das Verbot des Verkaufssystems des sog. „Einheitspreises“ aufgrund der nachteiligen Auswirkungen für die kleineren Detaillisten (BGE 63 I 225 ff.). Unzulässig ist auch das Verbot, Maschinen zu gebrauchen, mit dem Zweck, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen (BGE 63 I 213 ff.) sowie die Verweigerung der Bewilligung zum Aufstellen eines kleinen Automaten, welcher nach Geldeinwurf eine Tafel Toblerschokolade („Toblerone“) abgibt mit dem Zweck, die „geförderte Gelegenheit zum Luxus und zu Vergnügungen einzudämmen.“ (BGE v. 27. Juni 1930 i.S. St. c. Gemeinde Rüegsauschachen [= ZBI 1930, 397 ff.]). Unzulässig ist ebenfalls, Gesuchstellern für ein Wirtschaftspatent die Bewilligung deshalb zu verweigern, weil sie für ihre Wirtschaftslokalitäten einen übersetzten Mietzins bezahlen (VGE-TI v. 8. Oktober 1973, E. 4 [= ZBI 1976, 23 ff.]). Kritisch in diesem Sinne auch BGE 87 I 271 E. 3, in welchem das Bundesgericht von „Wettbewerbsgleichheit“ spricht.

- *Sicherung* gewisser Erwerbszweige oder Betriebsformen in ihrer Existenz bzw. *Schutz* vor Konkurrenz;<sup>127</sup>
- *Bevorteilung* einzelner Gewerbetreibender oder Unternehmensformen.<sup>128</sup>

50 Die Lehre stimmt dieser bundesgerichtlichen Praxis im Ergebnis zu.<sup>129</sup> In institutioneller Hinsicht habe der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit eine gegen den Staat gerichtete „negative“ *Wettbewerbsgarantie* zum Inhalt.<sup>130</sup> Denn die Handels- und Gewerbefreiheit schütze den Wettbewerb gegenüber staatlichen Vorkehren und Eingriffen. Sie garantiere den Privaten aber nicht den Wettbewerb als solchen.<sup>131</sup>

<sup>127</sup> So ausdrücklich BGE 123 II 384 E. 6; vgl. auch BGE 123 I 281 E. 3c. ff. Unzulässig sind bspw. Fähigkeitsausweise und -prüfungen als Voraussetzung für die Bewilligung zur Berufsausübung, wenn die Anforderungen nicht überwiegend den zu schützenden polizeilichen Rechtsgütern dienen, sondern den Schutz der bestehenden Geschäftsbetriebe vor weiterer Konkurrenz bezwecken (BGE 70 I 140 ff. - Patentrecht für die Ausübung eines Coiffeurgewerbes). Unzulässig ist auch eine baupolizeiliche Vorschrift, welche es erlaubt, die Einrichtung neuer Geschäftslokale auf einer Liegenschaft zu verbieten, wenn sich in der Nachbarschaft bereits Verkaufsläden der gleichen Art befinden (BGE 66 I 19 ff.). Problematischer ist die Frage, inwieweit die Beschränkung der ärztlichen Selbstdispensation die Apotheker in ihrer Existenz sichern darf (vgl. BGE 119 Ia 433 ff.; 118 Ia 175 ff.; dazu unten Rn. 260 f.). Vgl. des weiteren BGE 59 I 58 ff. (Verweigerung des Patents an einen wandernden Theaterbetrieb, um ein ständig am Ort befindliches privates Theater, das aus öffentlichen Mitteln unterstützt wird, vor der Konkurrenz zu schützen).

<sup>128</sup> Vgl. dazu bspw. BGE v. 21. März 1997 i.S. Coop-Genève c. Département de l'économie publique du canton de Genève (= 2P.270/1996; = Pra 1997 Nr. 101 S. 545). Zu dieser Entscheidung unten Rn. 259. Siehe auch bereits oben Rn. 37 Fn. 118.

<sup>129</sup> Vgl. insbesondere E. GRISEL, vol. 1, n. 316 ss.; GYGI/RICHLI, 96 f., 100 f.; HÄFELIN/HALLER, N. 1410 ff.; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 364 ff.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 164 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 52 f., 61 ff.; SALADIN, 234 ff.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 74 ff.; WYSS, 4 ff.; vgl. auch Erläuterungen VE 95, 54, 107 f.; Botschaft VE 96, 174 f.; VALLENDER, Nachführung, 493.

<sup>130</sup> GYGI/RICHLI, 152; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 43; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 65; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 168; ders., Nachführung, 490 Fn. 5; ähnlich SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 20; vgl. auch HANGARTNER, Grundrechte, 153; Erläuterungen VE 95, 54, 107 f. Zur „positiven“ Wettbewerbsgarantie vgl. unten Rn. 283.

<sup>131</sup> E. GRISEL, vol. 1, n. 317, 319, 335 ss.; HAUSER/VALLENDER, 15 f.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 43; SCHLUEP, Entwicklungslinien, 796; SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 17 ff., insbesondere Fn. 8; vgl. auch SALADIN, 263 ff.; Erläuterungen VE 95, 55, 107 f. So auch Botschaft BGBM, 8 f. Vgl. BGE 62 II 100 E. 3b: „Art. 31 BV bezieht sich, wie das Bundesgericht schon wiederholt entschieden hat (...), lediglich auf das Verhältnis des Bürgers zum Staate, gegen dessen Eingriffe jener durch die Aufstellung des erwähnten Verfassungsgrundsatzes geschützt werden soll. In welchem Umfang die tatsächliche Einschränkung der freien Konkurrenz durch private Monopolgebilde vor dem Rechte Bestand hat, beurteilt sich dagegen, solange spezielle Bestimmungen nach der Art der ausländischen Kartellgesetze im schweizerischen Recht fehlen, ausschliesslich nach den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts.“ Vgl. auch BGE 86 II

- 51 Die Wahrung des Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit beinhalte die *Bindung an die wesentlichen Elemente des Marktmechanismus*, d.h. das Verbot der Ausschaltung des Spiels von Angebot und Nachfrage und damit des Preismechanismus.<sup>132</sup> Mithin dürfe nicht am *marktgesetzlichen Steuerungsprozess* herunkorrigiert werden.<sup>133</sup> Staatliche Massnahmen dürfen mit anderen Worten nicht die Handels- und Gewerbefreiheit einschränken „zur Gewährleistung oder Förderung eines wirtschaftlichen Erfolges oder Verdienstes“.<sup>134</sup>
- 52 *Umstritten* sind in der Lehre vielmehr Bedeutung und Systemrelevanz des Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit im Rahmen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung.<sup>135</sup>

#### e) Fazit der Auslegung

- 53 Die Auslegung ergibt im wesentlichen ein einheitliches Bild vom Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit:<sup>136</sup> Prinzipiell gilt, dass das wirtschaftliche Geschehen ohne Einmischung des Staates, also staatsfrei und somit *privatautonom* koordiniert ablaufen soll (sog. negative Wettbewerbsgarantie). Als unzulässige Einmischung wird angesehen, wenn der Staat versucht, das

---

376; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 68. Das Mass des Wettbewerbs bzw. der zulässigen horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen hat der Bund heute aufgrund Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 3 lit. d BV mittels der Kartell- und Monopolgesetzgebung bestimmt (vgl. Botschaft KG, 499).

<sup>132</sup> E. GRISEL, vol. 1, n. 61, 317; J.-P. MÜLLER, 364; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 46; RICHLI/MÜLLER/JAAG, 12. Vgl. auch Erläuterungen VE 95, 107.

<sup>133</sup> HÄFELIN/HALLER, N. 1410; vgl. auch Botschaft KG, 499.

<sup>134</sup> MARTI, 87.

<sup>135</sup> Dazu näheres unten Rn. 55 ff. Da die Wirtschaftspolitik des Bundes der Kontrolle durch das Bundesgericht aufgrund Art. 113 Abs. 3 und Art. 114<sup>bis</sup> Abs. 3 BV weitgehend entzogen ist, hat es kaum Gelegenheit, sich mit der Bedeutung und Systemrelevanz des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit im Rahmen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung zu befassen.

wirtschaftliche Geschehen *planmässig* zu lenken, seine Auswirkungen zu *korrigieren*, bestimmte Erwerbszweige oder Betriebsformen in ihrer Existenz zu *sichern* oder vor Konkurrenz zu *schützen* oder einzelne Gewerbetenossen oder Unternehmensformen zu *bevorteilen*.<sup>137</sup> Kurz, der Staat darf sich über die wesentlichen Elemente des Marktmechanismus *nicht* hinwegsetzen. Der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit garantiert den Privaten im übrigen aber nicht den Wettbewerb als solchen.

- 54 Mit diesem Auslegungsergebnis ist nicht zu verkennen, dass dieses den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit hauptsächlich in *grundrechtlicher* Hinsicht konkretisiert. Der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit spielt jedoch auch in *wirtschaftsverfassungsrechtlicher* Hinsicht eine gewichtige - wenn auch zum Teil umstrittene - Rolle.<sup>138</sup>

Im weiteren Verlauf dieser Arbeit wird der Begriff „Handels- und Gewerbefreiheit“ durch denjenigen der „*Wirtschaftsfreiheit*“ ersetzt und statt vom „Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit“ wird vom „*Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit*“ gesprochen.<sup>139</sup>

---

<sup>136</sup> Siehe Rn. 31, 39 f., 45, 49 ff.

<sup>137</sup> Zum Gebot der Wettbewerbsneutralität vgl. Rn. 64 ff; zum Wettbewerbsoptimierungsgebot vgl. Rn. 281 ff.

<sup>138</sup> Vgl. Rn. 52, 55 ff.

<sup>139</sup> MARTI, 2; vgl. auch HANGARTNER, *Wirtschaftsfreiheit*, 15; VALLENDER, *Nachführung*, 492. Dies im Einklang mit der Botschaft VE 96, 176, 292 f. Vgl. auch BGE 106 Ia 269 E. 1 und BGE

### 3. Bedeutung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit

#### a) In wirtschaftsverfassungsrechtlicher Hinsicht<sup>140</sup>

55 Unter dem Begriff „Wirtschaftsverfassung“ ist die *verfassungsrechtliche Grundordnung der Wirtschaft* zu verstehen.<sup>141</sup> Dazu gehören einerseits die Verfassungsnormen, welche die Wirtschaftsordnung unmittelbar konstituieren,<sup>142</sup> andererseits jene, die in irgendeiner Weise Auswirkungen auf die Wirtschaft zeitigen<sup>143 144</sup>.

56 Was das Verhältnis des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit zu diesen Verfassungsnormen bzw. dessen Stellung im Rahmen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung betrifft, gehen die Lehrmeinungen auseinander.<sup>145</sup>

Für das Verständnis wesentlich und ergiebig sind m.E. zwei Überlegungen.<sup>146</sup> Zunächst ist in der heutigen Lehre und Rechtsprechung unumstritten,

101 Ia 476 E. 2b, wonach der Begriff von Handel und Gewerbe weit zu verstehen ist und jede privatwirtschaftliche Tätigkeit erfasst.

<sup>140</sup> Vgl. Art. 85 VE 96 und Botschaft VE 96, 289 ff., 294 ff. (kritisch zur Trennung des grundrechtlichen vom institutionellen Aspekt der Wirtschaftsfreiheit im VE: HANGARTNER, Wirtschaftsfreiheit, 15).

<sup>141</sup> „Unter der Wirtschaftsverfassung wird vorderhand das Verfassungsrecht der Wirtschaft, d.h. des wirtschaftenden Menschen, der sachlichen Mittel und der Organisation der Wirtschaft, verstanden.“ (GYGI/RICHLI, 30). Einzelne Autoren unterscheiden des weiteren zwischen Wirtschaftsverfassung im *materiellen* (dazu gehören sämtliche für die Koordination der Wirtschaft und den Schutz der Wirtschaftsbürger grundlegenden Normen) und im *formellen* Sinn (dazu gehören diejenigen Normen des Wirtschaftsrechts, die Aufnahme in die Bundesverfassung gefunden haben). So z.B. VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 26 f. Vgl. zum Ganzen auch LIENHARD, Deregulierung, 6 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 25 f.

<sup>142</sup> Dazu zählen z.B. Art. 31, Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 3 lit. a-e, Art. 31<sup>quater-septies</sup> BV.

<sup>143</sup> Wie z.B. Art. 22<sup>ter</sup>, Art. 22<sup>quater</sup>, Art. 24<sup>ter</sup>, Art. 26, Art. 36, Art. 37<sup>bis</sup> und Art. 37<sup>ter</sup> BV.

<sup>144</sup> RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 2; RICHLI/MÜLLER/JAAG, 9 f.; vgl. auch BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 52 f.; GYGI, Wirtschaftsverfassung, 309; GYGI/RICHLI, 39 ff.; G. SCHMID, 301 f. Zum Inhalt der Wirtschaftsverfassung vgl. GYGI, Wirtschaftsverfassung, 309 ff. Siehe nun Art. 85 ff. VE 96 sowie Botschaft VE 96, 289. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 2 N. 26 ff., sprechen unter Einbezug des Wirtschaftsverwaltungsrechts zusammenfassend von „öffentlichem Wirtschaftsrecht“.

<sup>145</sup> Vgl. dazu bspw. BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 56 ff.; HANGARTNER, Konzeption, 117 ff.; ders., Wirtschaftsfreiheit, 15; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 6 ff., 17 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 27 ff.; H. SCHMID, 240 ff.; WINZELER, 424 ff. („Die Musik tönte oft fundamentalistischer, als die Partitur geschrieben war.“). Siehe auch Botschaft VE 96, 174 f., 289 ff.

<sup>146</sup> Vgl. auch HANGARTNER, Konzeption, 117 ff.

dass Art. 31 Abs. 2 BV bzw. der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit die grundsätzliche Staatsfreiheit bzw. die privatautonome Koordination der Wirtschaft<sup>147</sup> sowie das Verbot des Eingriffs in das Spiel des wirtschaftlichen Geschehens gewährleistet<sup>148</sup>. Damit gehört der Grundsatz - quasi als „Ur-Satz“ - ohne weiteres zu den Leitprinzipien des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts.<sup>149</sup> Indessen kann aufgrund der heute intensiven verfassungsrechtlichen Verflechtung von Staat und Wirtschaft in der Tat nicht mehr die Rede davon sein, dass sich der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Verhältnis zu den anderen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Normen auf die blosse Beziehung von Grundsatz und Ausnahme reduziere.<sup>150</sup> Denn „(d)ie heutige Wirtschaftspolitik (...) setzt sich und verwirklicht

---

<sup>147</sup> Als Instrumente der privatautonomen Koordination der Wirtschaft kommen der *Wettbewerb* sowie die *Gruppenvereinbarung* in Frage (SCHLUEP, Wettbewerbsfreiheit, 61; vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 1 N. 14 ff.). Das vom Bundesgericht aus Art. 31 BV abgeleitete „System des freien Wettbewerbs“ als institutioneller Gehalt der Handels- und Gewerbebefreiheit (vgl. oben Rn. 47) gewährleistet für sich grundsätzlich die prinzipielle *Staatsfreiheit* der Wirtschaft, nicht jedoch die *Wettbewerbswirtschaft* (so J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 355; Botschaft KG, 502, 511 ff.). Nach SCHLUEP, Wettbewerbsfreiheit, 75, 77, müsse man sich immerhin fragen, ob der Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit abgesehen von den menschenrechtlichen Aspekten nicht auch institutionell-funktional „im Sinn des Systems wirksamen Wettbewerbs“ begriffen werden könne; de constitutione ferenda läge es jedoch im Interesse der Rechtssicherheit, das Prinzip des wirksamen Wettbewerbs formell-verfassungsrechtlich zu verankern. Materiellverfassungsrechtlich werde das Prinzip durch die Kartellgesetzgebung (vgl. Art. 5 Abs. 1 KG; Botschaft KG, 511 ff.) gewährleistet (SCHLUEP, Wettbewerbsfreiheit, 65, 71). Nach anderer Ansicht ergibt sich die Wettbewerbswirtschaft bereits aus Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 3 BV, denn „(i)m Kartellartikel spricht sich die Verfassung in Übereinstimmung mit dem Sinn der HGF in einer Privat- und Marktwirtschaft für den Wettbewerbszustand aus und das nicht zuletzt aus den Erfahrungen heraus, die mit einer Wirtschaftsverfassung ohne Wettbewerbspolitik gemacht worden waren“ (GYGI/RICHLI, 151 ff., 154; ähnlich HANGARTNER, Grundrechte, 154; HAUSER/VALLENDER, 15 f.; MARTI, 21 f.; VALLENDER, Nachführung, 489 f.; noch anders ders., Wirtschaftsfreiheit, 167 f.; auf die diesbezügliche Unklarheit in der Botschaft VE 96 weist v.a. G. MÜLLER, Klarstellung, 15, hin). Zumindest kann von einer marktwirtschaftsorientierten Wirtschaftsverfassung gesprochen werden (RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 76 f., 81. Einig ist sich die herrschende Lehre immerhin darin, dass Art. 31 BV eine «negative Wettbewerbsfreiheit» beinhaltet (vgl. oben Rn. 50).

<sup>148</sup> Siehe oben Rn. 49 f., 53.

<sup>149</sup> Ebenso BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 56; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 24. Implizit auch RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 38 ff. Die Botschaft VE 96, 291, spricht von einer „Schlüsselstellung“, welche dem in den Art. 31 und Art. 31<sup>bis</sup> BV enthaltenen Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in der schweizerischen Wirtschaftsverfassung zukommt.

<sup>150</sup> Vgl. GYGI/RICHLI, 135 f., 143 ff., 151; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 22; SALADIN, 407. Vgl. jedoch E. GRISEL, vol. 1, n. 186 ss.

Ziele“.<sup>151</sup> Obwohl der Grundsatz im Laufe seiner Geschichte als „Orientierungspunkt und Leitstern“<sup>152</sup> an „Leuchtkraft“ eingebüsst hat, kommt ihm - wenn auch in geringerem Masse als früher und nicht mehr als alleiniger ordnungspolitischer Faktor - durch die aus ihm abgeleiteten objektiven Richtlinien immer noch eine gewisse leitende Bedeutung zu.<sup>153</sup>

- 57 Bezüglich des Verhältnisses zu den anderen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Normen ist - zweitens - zu sagen, dass Art. 31 Abs. 2 BV bzw. der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit auf gleicher, d.h. verfassungsmässiger Stufe steht wie jene.<sup>154</sup> Die Handels- und Gewerbefreiheit macht nicht die ganze Wirtschaftsverfassung aus. Dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit kommt gegenüber anderen Verfassungsnormen, insbesondere den Wirtschaftspolitiken, somit prinzipiell *kein Vorrang* zu.<sup>155</sup>

Trotz der formellen Gleichrangigkeit ist dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit<sup>156</sup> *bei der Auslegung* der wirtschaftsverfassungsrelevanten Normen der Bundesverfassung aufgrund seiner Funktion als *Leitprinzip* sowie seiner sy-

<sup>151</sup> GYGI, Wirtschaftsverfassung, 357.

<sup>152</sup> RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 42.

<sup>153</sup> Vgl. auch JUNOD, 390 („le principe directeur de l'économie suisse“); GYGI/RICHLI, 192 ff.; differenzierend HANGARTNER, Konzeption, 124; ders., Grundrechte, 153. Vgl. Art. 85 Abs. 3 VE 96. Siehe auch Rn. 49, 53.

<sup>154</sup> Vgl. Art. 31 Abs. 2 BV: „(...) soweit die Bundesverfassung nichts anderes vorsieht (...)“. Vgl. auch HANGARTNER, Konzeption, 121 ff.

<sup>155</sup> BGE 99 Ia 618 E. 4d: „Les différentes normes constitutionnelles doivent être coordonnées et non subordonnées, à moins que le constituant lui-même n'ait institué un ordre hiérarchique déterminé.“ Vgl. auch BGE 103 Ia 592 E. 3b; VPB 60/1996 Nr. 88 E. 3.3; GYGI, Wirtschaftsverfassung, 361 ff.; GYGI/RICHLI, 58, 135 f., 192 ff.; HANGARTNER, Konzeption, 121 ff.; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 371; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 21; differenzierter E. GRISEL, vol. 1, n. 180 ss.; abweichend MARTI, 138 ff. Differenziert auch WINZELER, 426: Wirtschaftsfreiheit und Wirtschaftspolitik stünden nicht einfach im Gleichgewicht zueinander, denn Bund und Kantone sei *zwingend* vorgeschrieben, die Wirtschaftsfreiheit der Rechtsunterworfenen zu respektieren, wogegen die wirtschaftspolitischen Auftragserteilungen und Ermächtigungen der Verfassung dem Staat oft ein gewisses *Ermessen* in der Frage, ob und wie er handeln will, liessen. „Dadurch erhält die Wirtschaftsfreiheit nicht einen höheren Verfassungsrang als die Wirtschaftspolitik, aber eine Normativität, die weniger ins Ermessen der Behörden gestellt ist als i.d.R. wirtschaftspolitische Entscheide.“ Das Verhältnis der Wirtschaftsfreiheit zur Wirtschaftspolitik bleibt jedenfalls klärungsbedürftig (GYGI/RICHLI, 193).

<sup>156</sup> Vgl. Rn. 49, 53.

stematischen Stellung<sup>157</sup> insoweit Rechnung zu tragen,<sup>158</sup> als die Normen nicht ausdrücklich<sup>159</sup> oder stillschweigend<sup>160</sup> eine Abweichung vom Grundsatz gestatten.<sup>161</sup>

b) In bundesstaatlicher und demokratischer Hinsicht

- 58 Dadurch dass die Wirtschaftsfreiheit „im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft“ gewährleistet ist, kommt Art. 31 BV grundsätzlich auch eine bundesstaatliche Funktion zu.<sup>162</sup> Sie hat die Einheit des Wirtschaftsgebiets Schweiz zum Ziel.<sup>163</sup>
- 59 Die Wirtschaftspolitik<sup>164</sup> ist den *Kantonen*, dadurch dass sie in ihrer Gesetzgebung an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gebunden sind,<sup>165</sup> grund-

<sup>157</sup> Bei der Partialrevision der Wirtschaftsartikel 1947 wurde der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit an die Spitze der Wirtschaftsartikel gesetzt. Vgl. dazu SCHÜRMAN, Wirtschaftsartikel, 34. Gleicher Meinung E. GRISEL, vol. 1, n. 188.

<sup>158</sup> Vgl. auch HANGARTNER, Konzeption, 122 f.

<sup>159</sup> So die Art. 27<sup>ter</sup> Abs. 1 lit. b, Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 3 lit. a-e, Art. 31<sup>quinquies</sup> Abs. 2, Art. 31<sup>octies</sup> Abs. 2 BV. Bezüglich strukturpolitisch-interventionistischen Vorkehren ist indessen erforderlich, dass das *Gesamtinteresse* diese rechtfertigt (Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 3 BV). Vgl. MARTI, 140 f.; RICHLI, Leitung, 64; RICHLI/MÜLLER/JAAG, 14 f. Vgl. auch die Art. 91-95 VE 96. Der Gesetzgeber hat sich bezüglich der Abweichung zudem am *Verhältnismässigkeitsprinzip* zu orientieren (vgl. HANGARTNER, Konzeption, 122 f.).

<sup>160</sup> Vgl. bspw. Art. 23<sup>bis</sup>, 24<sup>ter</sup>, 26, 31<sup>septies</sup> und 36 BV; aber auch Art. 24<sup>quinquies</sup> (J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 367) und Art. 24<sup>octies</sup> Abs. 3 lit. b BV. Vgl. auch GYGI/RICHLI, 137 f. Nach RICHLI, Leitung, 72 f., sind Abweichungen nicht nur zulässig, wo die BV die abweichenden Massnahmen direkt nenne, sondern auch, wo sie dem Bund eine umfassende Regelungszuständigkeit für einen Sachbereich zuweise (ebenso RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 130). So Art. 34<sup>bis</sup> BV: „Aufgrund dieser Verfassungsbestimmung besitzt der Bund im Bereich der sozialen Krankenversicherung ein mittelbar rechtliches Monopol, das als solches bereits eine Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit darstellt.“ (BGE 122 V 95 E. 5b.bb.aaa). Zur stillschweigenden Ermächtigung vgl. auch Botschaft VE 96, 294 f. Sind die Kompetenznormen auslegungsbedürftig, so verdient die historische Methode den Vorzug (MARTI, 140).

<sup>161</sup> Die ausdrückliche Bindung an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit schreiben dagegen die Art. 31 Abs. 2, Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2, Art. 31<sup>sexies</sup> Abs. 1, Art. 32<sup>quater</sup> Abs. 5 BV vor. Vgl. GYGI/RICHLI, 87 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 7 N. 26 ff.; aber auch J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 373. Auf die diesbezügliche Unklarheit in der Botschaft VE 96 weisen v.a. G. MÜLLER, Klarstellung, 15, und VALLENDER, Nachführung, 493, hin. Siehe auch unten Rn. 135.

<sup>162</sup> Zur Bedeutung der Bestimmung vgl. indessen unten Rn. 174.

<sup>163</sup> Vgl. J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 356; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 71; H. SCHMID, 67; Erläuterungen VE 95, 53; Botschaft VE 96, 175, 290.

<sup>164</sup> Rechtlich kann darunter die gezielte staatliche Lenkung oder Planung des privaten Wirtschaftsgeschehens nach Massgabe der in der Verfassung festgelegten Ziele und Aufträge verstanden

sätzlich untersagt.<sup>166</sup> Wenige Ausnahmen sind in der Verfassung aufgelistet.<sup>167</sup> Wirtschaftspolitik ist somit grundsätzlich Sache des *Bundes*.<sup>168</sup> Aufgrund des in Art. 31 sowie Art. 31<sup>bis</sup> BV verfassungsmässig verankerten Vorbehalts des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit ist Wirtschaftspolitik - als Ergänzung zum oder Abweichung vom Grundsatz<sup>169</sup> - nur möglich durch Einführung von gleichrangigem Verfassungsrecht.<sup>170</sup> Dazu ist das *Volks- und Ständemehr* erforderlich.<sup>171</sup> Die Wirtschaftspolitik ist also in erhöhtem Masse auf die Akzeptanz in der Bevölkerung und in den Kantonen angewiesen.<sup>172</sup>

Speziell betont wird die demokratische Legitimität der Wirtschaftspolitik durch Art. 32 BV, welcher bestimmt, dass die verfassungsmässigen Wirtschaftspolitiken grundsätzlich nur durch Erlasse, für welche vom Volk das Referendum verlangt werden kann, ausgestaltet bzw. konkretisiert werden dürfen.<sup>173</sup>

---

werden (GYGI/RICHLI, 134; vgl. auch MARTI, 138; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 1 N. 17). Dies entweder in Form von Ordnungspolitik, Globalsteuerung, sektoraler Strukturpolitik, regionaler Strukturpolitik oder Infrastrukturpolitik (HAUSER/VALLENDER, 17; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 1 N. 17 f.).

<sup>165</sup> Art. 31 Abs. 2 BV.

<sup>166</sup> Dieses Verbot wirkt wie eine „negative Bundeskompetenz“ (RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 66). Vgl. auch Art. 3 BV. Zum Ganzen auch GYGI/RICHLI, 90 ff.

<sup>167</sup> So Art. 31 Abs. 2 Satz 2 (kantonale Monopole) und Art. 31<sup>ter</sup> Abs. 1 (Bedürfnisklausel im Gastwirtschaftsgewerbe) und Abs. 2 (Wirtschaftspolitik gestützt auf eine Delegation vom Bund). Auch gewisse Förderungsmassnahmen werden als zulässig erachtet (GYGI, Wirtschaftsverfassung, 363; HÄFELIN/HALLER, N. 1421 f., 1453 ff.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 174; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 75 f.; vgl. RICHLI, Leitung, 96 ff.; kritisch J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 367 f.). Vgl. auch BGE 120 Ib 144 f. E. 3b (dazu unten Rn. 265 ff.); Botschaft VE 96, 297.

<sup>168</sup> Dazu GYGI/RICHLI, 86 ff., 133 ff.; vgl. auch den Überblick bei BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 53 ff. HANGARTNER, Grundrechte, 147 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 7 N. 7 ff. Zu den einzelnen Wirtschaftspolitiken vgl. GYGI/RICHLI, 143 ff. Siehe auch Botschaft VE 96, 296 f.

<sup>169</sup> Vgl. GYGI/RICHLI, 137 f.

<sup>170</sup> Sog. *Verfassungsvorbehalt*. Dadurch unterscheidet sich die Handels- und Gewerbefreiheit von anderen Grundrechten (vgl. E. GRISEL, vol. 1, n. 251; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 128 f.). Siehe auch Botschaft VE 96, 175, 296.

<sup>171</sup> Art. 123 Abs. 1 BV. Vgl. auch RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 57.

<sup>172</sup> Vgl. auch VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 92; ders., Nachführung, 494.

<sup>173</sup> Gleichzeitig wird damit das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für Massnahmen, die sich auf Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 BV stützen, ausdrücklich verfassungsrechtlich verankert (RHINOW in Komm. BV, Art. 31<sup>bis</sup>, Rz. 83). Vgl. auch unten Rn. 205.

60 Die schweizerische Wirtschaftsverfassung lässt sich deshalb zutreffend charakterisieren als „wettbewerbsorientierte Wirtschaftsverfassung mit direkt-demokratisch bedingten offenen Flanken“.<sup>174</sup>

c) In grundrechtlicher Hinsicht<sup>175</sup>

61 Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist indessen hauptsächlich die Bedeutung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit in *grundrechtlicher* Hinsicht, d.h. im Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaftsbürger.

62 Die schweizerische Bundesverfassung begnügt sich in Art. 31 BV nicht damit, dem Bürger die Wirtschaftsfreiheit, d.h. das Recht, uneingeschränkt von staatlichen Massnahmen jede privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit frei auszuüben und einen privatwirtschaftlichen Beruf frei zu wählen,<sup>176</sup> zu gewährleisten, sondern legt überdies fest, dass der Staat diese Handlungen nicht aus Motiven einschränken darf, welche dem *Grundsatz* der Wirtschaftsfreiheit zuwiderlaufen.<sup>177</sup>

Neben den allgemein anerkannten Voraussetzungen der Grundrechtsbeschränkung<sup>178</sup> sehen somit Art. 31 Abs. 2 und Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 BV eine zu-

<sup>174</sup> BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 61. Vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 73.

<sup>175</sup> Vgl. Art. 23 VE 96 (Botschaft VE 96, 174 ff.).

<sup>176</sup> Vgl. EGV-SZ 1992 Nr. 58 S. 145; AUBERT, Bd. 2, ad 1871; E. GRISEL, vol. 1, n. 302 ss.; HÄFELIN/HALLER, N. 1379; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 27. Vgl. auch Art. 23 Abs. 2 VE 96 (Botschaft VE 96, 176 f.); Erläuterungen VE 95, 53. Siehe dazu unten Rn. 136.

<sup>177</sup> Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1139.

<sup>178</sup> Grundrechtsbeschränkungen sind grundsätzlich zulässig, wenn sie auf einer *gesetzlichen Grundlage* beruhen, im *öffentlichen Interesse* liegen, *verhältnismässig* sind und den *Kerngehalt* des Grundrechts nicht verletzen (BGE 120 Ia 150 E. 2b; zur Wirtschaftsfreiheit vgl. BGE 122 I 133 E. 3a, 121 I 329 E. 2b, 120 Ia 132 E. 4a; EGV-SZ 1992 Nr. 58 S. 145). Dies gilt auch für den Bund (E. GRISEL, vol. 2, n. 498; RHINOW in Komm. BV, Art. 31<sup>bis</sup>, Rz. 82). Vgl. zum Ganzen bspw. E. GRISEL, vol. 1: n. 252 ss., vol. 2: n. 497 s., 521 ss.; HÄFELIN/HALLER, N. 1127 ff.; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 113 ff. Vgl. auch Art. 32 VE 96 (Botschaft VE 96, 194 ff.); Erläuterungen VE 95, 55, 64 ff.

*sätzliche* Schranke vor. Der Staat ist bei seinen Regelungen an den *Grundsatz* der Wirtschaftsfreiheit gebunden.<sup>179</sup>

- 63 Glaubt sich ein Wirtschaftsbürger in seiner Wirtschaftsfreiheit verletzt, kann er nicht nur rügen, es fehlten die allgemeinen Voraussetzungen zur zulässigen Grundrechtsbeschränkung, sondern er kann auch geltend machen, die Massnahme beeinträchtige den *Grundsatz* der Wirtschaftsfreiheit.<sup>180</sup>

In dieser Hinsicht sind Äusserungen in der Lehre zu verstehen, wonach „den einzelnen (...) ein *subjektives* Recht darauf eingeräumt (werde), die lückenlose Durchsetzung dieser Wirtschaftsordnung zu erzwingen“<sup>181</sup> bzw. dass „das Individualrecht (...) zugleich Instrument neben anderen zur Durchsetzung bestimmter Wirtschaftsordnungsaspekte (sei)“.<sup>182</sup>

Die Botschaft zum Verfassungsentwurf 1996 spricht in diesem Sinne zutreffend von einer „Scharnierfunktion“ zwischen der *grundrechtlichen* und *institutionellen* Dimension der Wirtschaftsfreiheit, welche dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zukommt.<sup>183</sup>

<sup>179</sup> Vgl. Art. 85 VE 96 (Botschaft VE 96, 175, 291, 294 ff.); BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 54; HÄFELIN/HALLER, N. 1403 ff.; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 363 ff.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 142 ff., 154, 164 ff.; ders. in Komm. BV, Art. 31<sup>bis</sup>, Rz. 84 ff.; WYSS, 8 ff. Der Bund muss bei Massnahmen, die sich auf Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 BV stützen, zusätzlich die *allgemeinen Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft* wahren (vgl. Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 BV und dazu RHINOW in Komm. BV, Art. 31<sup>bis</sup>, Rz. 83, 87 ff.).

<sup>180</sup> Vgl. auch unten Rn. 96 ff. Vgl. auch Botschaft VE 96, 177; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 58 ff., 68 ff.

<sup>181</sup> J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 355. „Der tragende Gedanke (des Anspruchs auf Gleichbehandlung durch den Staat) liegt darin, dass sich das Gemeinwesen gegenüber den am freien Markt Konkurrierenden neutral zu verhalten hat (Wettbewerbsneutralität). Diese Wettbewerbsneutralität kann auch individualrechtlich im Rahmen der HGF durchgesetzt werden.“ (J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 362). A.M. HAUSER/VALLENDER, 15 f., und VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 166, welche jedoch die Ansicht vertreten, die zitierten Autoren gingen von einer Gewährleistung des *Wettbewerbssystem* aus, welches gleichzeitig im Verhältnis unter Privaten angerufen werden könne (vgl. dazu auch oben Rn. 56 Fn. 189).

<sup>182</sup> RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 32. Es „ist hervorzuheben, dass der Bürger unter Berufung auf Art. 31 BV nicht nur den (klassischen) individualrechtlichen Teilgehalt der HGF, sondern auch den primär wirtschaftssystembezogenen Teilaspekt der *Wettbewerbsneutralität* staatlichen Handelns in einem Rechtsmittelverfahren - vor allem im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde - zur Sprache bringen kann.“ (RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 180).

<sup>183</sup> Botschaft VE 96, 177, Fn. 266.

### *C. Das Gebot der Wettbewerbsneutralität*

#### 1. Ausfluss aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit

64 Das Gebot der Wettbewerbsneutralität, verstanden als *unparteiische Haltung des Gemeinwesens gegenüber den sich am freien Markt Konkurrierenden* bzw. als *Nichteinmischung des Staates in den wirtschaftlichen Wettbewerb von direkten Konkurrenten*,<sup>184</sup> ist als solches Ausfluss des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit und findet seine Rechtsgrundlage somit in Art. 31 Abs. 2 BV<sup>185, 186</sup>.

65 Dies ergibt sich einerseits daraus, dass der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gebietet, dass das wirtschaftliche Geschehen prinzipiell *ohne Einwirkung des Staates* ablaufen, d.h. der Staat sich weder in den wirtschaftlichen Wettbewerb als solchen noch in denjenigen von direkten Konkurrenten einmischen soll, andererseits dadurch, dass es dem Staat grundsätzlich verwehrt ist, in das freie Spiel des wirtschaftlichen Wettbewerbs, mithin in den wirtschaftlichen Kampf von sich konkurrierenden Unternehmern *einzugreifen*. Der Staat darf den wirtschaftlichen Wettbewerb von direkten Konkurrenten weder planmässig lenken, seine Auswirkungen korrigieren, einen Konkur-

---

<sup>184</sup> Vgl. Rn. 14.

<sup>185</sup> Vgl. 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 121 I 134 E. 3d, 285 E. 4a; BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); 120 Ia 238 f. E. 1a und 2b; VPB 1987 Nr. 49 S. 291. Ebenso ANDRICH, 117; E. GRISEL, vol. 1, n. 316, 320; GYGI/RICHLI, 16, 197 f.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 166, 183; ders. in Komm. BV, Art. 31<sup>bis</sup>, Rz. 84, 86; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 48 f., 52, 65, § 5 N. 42; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 71. Siehe auch bereits BGE 88 I 236 E. 3; 57 I 168 f. E. 1; 47 I 40 ff. E. 1; 45 I 357 f. E. 1. Vgl. auch Botschaft VE 96, 175, 290, 294; und dazu G. MÜLLER, Klarstellung, 15.

<sup>186</sup> Dies unabhängig davon, dass Art. 8 Abs. 2 lit. b und d ÜbBest BV dem Bundesrat vorschreiben, beim Erlass einer übergangsrechtlichen Mehrwertsteuerverordnung den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zu wahren (vgl. dazu unten Rn. 141 Fn. 436). Vgl. bereits BGE 121 I 134 E. 3d; 120 Ia 238 E 1a; 116 Ia 351 E. 6.

renten in seiner Existenz sichern oder vor Konkurrenz schützen, noch einen Konkurrenten gegenüber einem anderen bevorteilen.<sup>187</sup>

- 66 Die protektionistischen und dirigistischen Einmischungen des Staates in die Wettbewerbsverhältnisse unter den Unternehmern waren denn auch geradezu Anknüpfungspunkt der Kritik der sog. liberalen Schule der Nationalökonomie<sup>188</sup> und Ausgangspunkt des Kampfes um die Wirtschaftsfreiheit.<sup>189</sup> Mit der Aufstellung des *Grundsatzes* der Wirtschaftsfreiheit wollte man dem Einhalt gebieten.<sup>190</sup>

SCHMID führt in diesem Sinne aus, die Praxis habe ihren Blick „stets auf kantonale Beschränkungen der HGF, die die mikroökonomischen Relationen des wirtschaftlichen Ablaufprozesses berührten“, gerichtet.<sup>191</sup>

## 2. Verhältnis zum Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe

### a) Einleitung

- 67 An dieser Stelle ist der Zeitpunkt gekommen, auf den von der Praxis kreierten, mit dem Gebot der Wettbewerbsneutralität eng verbundenen<sup>192</sup> *Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe* einzugehen. Denn nicht nur das Gebot der Wettbewerbsneutralität, sondern auch der Grundsatz der

---

<sup>187</sup> Vgl. Rn. 53. Ähnlich RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 183: „(D)as Gebot der Wettbewerbsneutralität (als Teilgehalt der HGF im Sinne einer ‘negativen Wettbewerbsgarantie’) (ergibt sich) aus dem Verbot, den Grundsatz der HGF zu beeinträchtigen. (Es handelt sich um) nichts anderes als eine Kehrseite des Verbots grundsatzwidriger (‘wirtschaftspolitischer’) kantonaler Massnahmen.“ Sowie ANDRICH, 51, 117.

<sup>188</sup> Vgl. oben Rn. 34, 36, 39 f.

<sup>189</sup> H. SCHMID, 38.

<sup>190</sup> Vgl. oben Rn. 34.

<sup>191</sup> H. SCHMID, 253.

<sup>192</sup> Vgl. oben Rn. 12-14, 19.

Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden leitet sich nach Ansicht des Bundesgerichts aus *Art. 31 BV* ab.<sup>193</sup>

- 68 Gemeinsam ist ihnen zudem die *Thematik*: Beide befassen sich mit der Frage, wie weit der Staat bei der Ausgestaltung seiner Massnahmen den einen Unternehmer gegenüber dem anderen bevorzugen bzw. benachteiligen darf. Anders als der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden beinhaltet das Gebot der Wettbewerbsneutralität für sich indessen keine Lösung der zu behandelnden Problematik.<sup>194</sup>
- 69 Das Verhältnis, in welchem der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden und das Gebot der Wettbewerbsneutralität zueinander stehen, ist auf den ersten Blick nicht klar und deshalb nachfolgend zu klären. Zunächst soll kurz die Entwicklung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden dargestellt werden.

---

<sup>193</sup> BGE 121 I 135 E. 3d; bestätigt in BGE 124 I 33 E. 4c; 123 II 35 E. 10; 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.); BGE v. 21. März 1997 i.S. Coop-Genève c. Département de l'économie publique du canton de Genève, E. 3b (= 2P.270/1996; = Pra 1997 Nr. 101 S. 545); 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 122 I 47 E. 3b.cc; BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); 121 I 285 E. 4a. Damit fand das Bundesgericht nach einer fünfzehnjährigen Unterbrechung, in welcher es die Frage der Rechtsgrundlage des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden mehrheitlich offengelassen hatte (BGE 120 Ia 237 f. E. 1a; 119 Ia 385 E. 8b, 436 E. 2b, 450 E. 3a; 112 Ia 34 f. E. 3a; 106 Ia 274 f. E. 5a; vgl. aber BGE 118 Ib 364 E. 5b; 116 Ib 277 E. 4c und 113 Ia 290 E. 5) wieder zu seiner älteren Rechtsprechung zurück (BGE 102 Ia 544 E. 11; 101 Ia 486 E. 5; 100 Ia 49 E. 4; 98 Ia 400 E. 2; 97 I 655 E. 5; 90 I 162 E. 2; 86 I 274 E. 1; 78 I 301 f. E. 3; 73 I 101 E. 2).

<sup>194</sup> Zur Problematik vgl. oben Rn. 6 ff. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden verlangt demgegenüber, dass objektiven Unterschieden zwischen direkten Konkurrenten Rechnung getragen wird, würde doch sonst Ungleiches gleich behandelt (BGE 121 I 287 E. 6c.aa).

## b) Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden

70 Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden gab in Lehre<sup>195</sup> und Rechtsprechung<sup>196</sup> während Jahrzehnten zu mancher Kritik Anlass und ist zum Teil noch immer Gegenstand kontroverser Diskussionen<sup>197</sup>. Hauptgrund hierfür ist vor allem die unklare Begründung sowie der widersprüchliche Gehalt des zeitweise unter jenem Begriff hergeleiteten Lösungsansatzes der zu behandelnden Thematik.<sup>198</sup>

71 Die „Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden“ ist ein Produkt der *bundesrätlichen*<sup>199</sup> Rechtsprechung. Der Bundesrat, im Bestreben, durch die Verankerung des Gleichbehandlungsgebotes in Art. 31 BV die Verfassungsmässigkeit des kantonalen Wirtschaftsrechts einer umfassenden<sup>200</sup> Prüfung zu unterziehen,<sup>201</sup> argumentierte, dass die Gleichbehandlung der Bürger ein wesentliches Element der Wirtschaftsfreiheit bilde. Dem lag der Gedanke zu Grunde, „dass diese Freiheit ohne die Konkurrenzfähigkeit ein leeres Wort, ein toter Buchstabe sei, dass aber nur bei gleicher Rechtsstellung eine wirtschaftliche Konkurrenzfähigkeit der Bürger bestehen könne.“<sup>202</sup>

Diese Argumentation des Bundesrates leitete die in den nächsten Jahrzehnten folgenden Kontroversen ein. Zwar sah der Bundesrat an sich zutreffend den Zusammenhang zwischen dem institutionellen Gehalt der Wirtschafts-

<sup>195</sup> Vgl. insbesondere H. HUBER, Gleichbehandlung, 288 ff., sowie WYSS. Siehe auch oben Rn. 20.

<sup>196</sup> Vgl. den Überblick in BGE 121 I 132 ff. E. 3c.

<sup>197</sup> Vgl. oben Rn. 20.

<sup>198</sup> Vgl. auch E. GRISEL, vol. 1, n. 320 ss.

<sup>199</sup> Der Bundesrat war von 1874 bis 1911 zur Beurteilung von Beschwerden wegen Verletzung der Wirtschaftsfreiheit zuständig. Vgl. dazu H. HUBER, Gleichbehandlung, 292; RHINOW/SCHMID/-BIAGGINI, § 3 N. 43; VENANZONI, 271 f.; WYSS, 18. Zur Rekurspraxis vgl. den Überblick bei H. SCHMID, 61 ff. Siehe auch oben Rn. 34.

<sup>200</sup> Beschwerden wegen Verletzung von Art. 4 BV fielen in die Kompetenz des Bundesgerichts.

<sup>201</sup> Vgl. H. HUBER, Gleichbehandlung, 292; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 177; WYSS, 18. Es lag darin die zutreffende Erkenntnis, dass kantonale Massnahmen in den Schutzbereich mehrerer Grundrechte fallen können (sog. Grundrechtskonkurrenz); vgl. dazu VENANZONI, 267 ff.; J.-P. MÜLLER, Elemente, 157 ff.

<sup>202</sup> Entscheid des Bundesrates vom 4. Juli 1893 i.S. Anton Brugger, zitiert bei VON SALIS, II, Nr. 735, S. 507. Vgl. auch E. GRISEL, vol. 1, n. 284.

freiheit und dem Gebot der Wettbewerbsneutralität, doch stellte er die folgenschwere Verbindung mit dem aus Art. 4 BV folgenden, selbständig anrufbaren Gleichbehandlungsanspruch der Bürger her. Der Bundesrat zog daraus den Schluss, dass der - selbständige - Gleichbehandlungsanspruch der Gewerbetreibenden ein Element der Wirtschaftsfreiheit sei. Nur so war es ihm möglich, Beschwerden wegen Verletzung von Art. 4 und Art. 31 BV einer einheitlichen Rechtsprechung zu unterziehen.<sup>203</sup>

Die Lehre kritisierte in der Folge, dass mit dieser Begründung ein Gleichbehandlungsanspruch in ein Grundrecht gelegt worden sei.<sup>204</sup> FREY bemerkt dazu, dass sich für das Verhältnis des Staates zu den Individuen das Gleichheitsgebot nicht nur aus Art. 4 BV ergibt, sondern auch aus den Freiheitsrechtsgarantien selbst. „Wenn die Staatsorgane die Freiheitsrechte des Individuums respektieren müssen, dann müssen sie es bei allen in gleichem Masse tun, andernfalls würden sie die Freiheit der einen stärker beschränken als diejenige der andern, das heisst, sie würden die Freiheit der einen über das zulässige Mass beschränken. So ergibt sich das Gebot der Gleichbehandlung der Handel- und Gewerbetreibenden in beruflichen Dingen bereits aus der Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit.“<sup>205</sup> Der bedeutsamen Verknüpfung des Gleichbehandlungsanspruchs mit dem institutionellen Gehalt der Handels- und Gewerbefreiheit wurde in grundsätzlicher Hinsicht aber kaum Beachtung geschenkt bzw. man ist dieser „nicht eigentlich auf den Grund gegangen“<sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup> Vgl. noch BURCKHARDT, 236.

<sup>204</sup> So vehement H. HUBER, Gleichbehandlung, 288 f. Zum *Spannungsverhältnis* zwischen Rechtsgleichheit und Freiheitsrechten vgl. HAEFLIGER, Alle Schweizer, 238 ff.; HÄFELIN/HALLER, N. 1550 f.

<sup>205</sup> FREY, 34. Vgl. BGE 47 I 153 ff.

<sup>206</sup> So H. HUBER, Gleichbehandlung, 292, der hinzufügt, dass bei dieser Herleitung der „Zufall“ mitgespielt habe. Vgl. immerhin die Überlegungen des Bundesgerichts in BGE 57 I 168 f. E. 1.

72 Das *Bundesgericht* seinerseits übernahm - sieht man von zwei frühen Fällen ab<sup>207</sup> - die bundesrätliche Rechtsprechung insofern, als es in den kommenden Jahrzehnten die Gleichbehandlung der Gewerbebesessenen einerseits sowohl aus Art. 31 als auch aus Art. 4 BV,<sup>208</sup> andererseits allein aus Art. 31 BV<sup>209</sup> ableitete.<sup>210 211</sup>

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den kantonalen Wirtschaftsmassnahmen begann jedoch, dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebesessenen auf zwei verschiedenen Ebenen Bedeutung beizumessen. Einmal sei der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebesessenen zu berücksichtigen bei der *Frage nach dem - hinsichtlich des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit - zulässigen Regelungsmotiv* einer staatlichen Massnahme (sog. Grundsatzkonformität),<sup>212</sup> ein andermal bei der *Frage nach den - hinsichtlich des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit - zulässigen wirtschaftspolitischen Nebenwirkungen* im Zusammenhang mit der Prüfung der

<sup>207</sup> BGE 39 I 17 E. 2; 40 I 175 E. 3. Vgl. aber BGE 40 I 344.

<sup>208</sup> Vgl. BGE 47 I 41 E. 1 und 57 I 168 E. 1 („in Verbindung mit“); 49 I 230 f. E. 2b; 58 I 298 f.; BGE v. 3. Juni 1938 i.S. Bettio und Söhne c. Regierungsrat Kt. Schwyz, E. 3 (= ZBl 1938, 615); 61 I 328 E. 2; 83 I 254 E. 2; 86 I 279 E. 3, 287 f. E. 2; 87 I 119 E. 3, 448 E. 6b; 88 I 236 f. E. 3; 98 Ia 400 E. 2, 402 E. 4; 102 Ia 438 ff.; VGE-BE v. 2. März 1976, E. 3a (= ZBl 1974, 353 ff.). Siehe dazu auch H. HUBER, Gleichbehandlung, 288 ff.; WYSS, 18 ff.

<sup>209</sup> Vgl. BGE 40 I 344; 43 I 259 E. 1; 73 I 101 E. 2; BGE v. 9. Mai 1951 i.S. Keller c. Stadtrat Schaffhausen (= ZBl 1951, 268 ff.); 78 I 301 f. E. 3; 79 I 214 E. 3; 84 I 110 ff. E. 2; 87 I 358 E. 5; 89 I 30 f. E. 2; 90 I 159 ff. E. 2; 91 I 104 E. 2a; 97 I 655 f. E. 5, 515 E. 4a; BGE v. 19. Dezember 1973 i.S. X. c. Regierungsrat des Kt. Bern, E. 3a (= ZBl 1974, 353 ff.); 100 Ia 49 E. 4b; 108 Ia 138 f. E. 4 und 5; BGE v. 22. April 1983 i.S. Wirteverband des Kt. Bern u.a. c. Kt. Bern, E. 5a (= ZBl 1983, 355 ff.); 113 Ia 290 f. E. 5; 116 Ib 277 E. 4c; 118 Ib 364 E. 5b; 120 Ia 145 E. 6c.

<sup>210</sup> Vgl. BGE 121 I 132 f. E. 3c. Die uneinheitliche Fundierung des Grundsatzes hängt wohl hauptsächlich damit zusammen, dass sich das Bundesgericht mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebesessenen auf zwei verschiedenen Argumentationsebenen bewegte (vgl. bspw. BGE 111 Ia 186 f. E. 2b). Siehe auch nachstehende Ausführungen.

<sup>211</sup> RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 181, bemerkt des weiteren, dass „die Herleitung des Gleichbehandlungsprinzips aus Art. 31 BV (statt aus Art. 4 BV) eine gewisse - wenn auch unausgesprochene - Rolle gespielt haben (dürfte) bei der teilweise grosszügigeren Beschwerdelegitimationspraxis des BGer. im Rahmen von staatsrechtlichen Beschwerden, die sich gegen *drittbegünstigende* Erlasse richteten.“

<sup>212</sup> Zum Begriff vgl. RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 166. Zur Grundsatzkonformität Näheres unten Rn. 234 ff. In diesem Sinne BGE 116 Ia 348 f. E. 5; 111 Ia 186 E. 2b; 70 I 231 E. 4; 61 I 330 f. E. 3; 59 I 61 f.; 57 I 168 f. E. 1; 45 I 357 f. E. 1; 44 I 8 ff. E. 1 und 2; 43 I 259 E. 2; 40 I 344. Siehe auch oben Rn. 49, 53, 62.

prinzipiell wirtschaftspolizeilichen staatlichen Massnahmen auf ihre Verhältnismässigkeit<sup>213</sup>.

- 73 Vor allem die Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche die Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung bei wirtschaftspolizeilichen Massnahmen betraf, begann in der Praxis eine immer grössere Bedeutung einzunehmen. Ursache hierfür war die Feststellung,<sup>214</sup> dass auch wirtschaftspolizeiliche Massnahmen unumgänglich Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wettbewerb, insbesondere im Verhältnis unter direkten Konkurrenten, zur Folge haben.

Die Lehre kritisierte in diesem Zusammenhang, dass die Deutung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit als institutionelle Garantie<sup>215</sup> im Laufe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dahingehend modifiziert wurde, dass das Bundesgericht in Art. 31 BV die Verpflichtung staatlicher Behörden zur „Wahrung oder Wiederherstellung der Ausgangslage im wirtschaftlichen Wettbewerb“ sah<sup>216</sup>. Die Folge davon war, dass es den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe - im Sinne einer *Chancengleich-*

---

<sup>213</sup> In diesem Sinne BGE 119 Ia 68 E. 6a, 381 f. E. 4b; 118 Ia 177 E. 1; 111 Ia 187 E. 2b; 106 Ia 269 E. 1; 105 Ia 71 E. 4b; 104 Ia 198 E. 2b; 102 Ia 544 E. 11; 100 Ia 49 E. 4c; BGE v. 23. Mai 1973 i.S. X. c. Regierungsrat Kt. Zug, E. 2 (= ZBI 1974, 177); BGE 98 Ia 400 E. 2; 96 I 366 E. 2, 384 E. 4; 95 I 426 E. 4; 93 I 219 E. 6; 91 I 104 E. 2a und b; 89 I 30 f. E. 2; 88 I 236 E. 3; 87 I 357 f. E. 5; 86 I 274 E. 1; 83 I 254 E. 2.

<sup>214</sup> Vgl. bspw. BGE 87 I 357 E. 5, sowie den nachfolgend wiedergegebenen Auszug aus BGE 86 I 275 f. E. 1.

<sup>215</sup> Vgl. oben Rn. 47.

<sup>216</sup> SALADIN, 220 f. Vgl. auch RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 185. Dieser Gesichtspunkt drang erstmals in BGE 44 I 9 f. E. 2 durch: „Es kann sich (...) unter Umständen rechtfertigen, Störungen des freien Spiels der Konkurrenz in Handel und Gewerbe, die sich aus einer solchen (in casu:) Kriegsmassnahme ergeben, aus Rücksichten jener gesteigerten Solidarität und eines billigen Interessenausgleichs, wenn nicht geradezu aus dem Gesichtspunkte der Rechtsgleichheit, durch entsprechende Beschränkungen auch der an sich nicht betroffenen Kreise korrigieren zu lassen. Wenn die Verhältnisse der Kriegszeit dazu zwingen einen Gewerbebetrieb in ökonomisch empfindlicher Weise einzuschränken, so muss es auch zulässig sein, diese Härte dadurch zu mildern, dass die Einschränkung auf die einer anderen Berufskategorie angehörenden Konkurrenten des betreffenden Gewerbes ausgedehnt wird.“ Vgl. auch BGE 48 I 296 E. 3.

heit für alle Gewerbetreibenden<sup>217</sup> - *absolut* auffasste und ihn über das Verhältnismässigkeitsprinzip stellte.<sup>218</sup>

So argumentierte das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Erlass einheitlicher Ladenschlussvorschriften:

„Gewiss bestehen im Handel und im Gewerbe schon rein *tatsächlich verschiedene Bedingungen*, die ihren Ursprung in tatsächlich ungleichen Verhältnissen (so hinsichtlich der finanziellen Mittel, der beruflichen Fähigkeiten, der Betriebsform, der geschäftlichen Beziehungen usw.) haben. Wenn indes eine gewerbepolizeiliche Massnahme wie die Verpflichtung zur Gewährung eines freien Wochentages oder -halbtages an das Personal einen Teil der Geschäfte mittelbar zur Schliessung zwingt und so denjenigen, die nicht zu schliessen brauchen, den Vorteil verschafft, länger verkaufen zu können als die andern und deren Kunden an sich zu ziehen (...), so werden damit *zusätzliche Ungleichheiten verschärft*. Diese *Störung der Wettbewerbslage* lässt sich nur dadurch vermeiden, dass die Schliessung aller Geschäfte vorgeschrieben wird. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, dem es auf erste entsprechen würde, wenn der Staat sich mit der Anordnung des freien Wochentages oder -halbtages für das Personal begnügen würde und er es den Betriebsinhabern überliesse, wie und wann dieser Verpflichtung nachzukommen sei, *wird insofern durch das Gebot der Rechtsgleichheit und den Grundgehalt der Gewährleistung der Handels- und Gewerbe-freiheit modifiziert, die verlangen, dass eine polizeiliche Verfügung nicht ohne Not den einen Gewerbetreibenden grössere Opfer auferlege als den andern und damit das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte verfälsche*. An der gewerbepolizeilichen Zielsetzung und Natur der Beschränkung wird dadurch nichts geändert. *Art. 31 BV schliesst es nicht aus, dass die durch eine polizeiliche Verfügung gestörte Ausgangslage im wirtschaftlichen Wettbewerb wiederhergestellt werde (...)*.“<sup>219</sup>

<sup>217</sup> Dazu H. HUBER, Gleichbehandlung, 295 ff.; WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 210 ff.

<sup>218</sup> Das Bundesgericht sprach in diesem Zusammenhang von der „Weiterentwicklung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit der polizeilichen Eingriffe“ (BGE 84 I 112 E. 2). Vgl. BGE 73 I 100 f. E. 2. Vgl. auch HOTZ, 151 ff.; SALADIN, 220 ff.; WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 214.

<sup>219</sup> BGE 86 I 275 f. E. 1 (Hervorhebungen durch den Verfasser). Vgl. ebenfalls im Zusammenhang mit Ladenschlussvorschriften: BGE 96 I 364 ff.; 91 I 104 ff. E. 2; 89 I 30 ff. E. 2; 88 I 236 ff. E. 3; 84 I 110 ff. E. 2; BGE v. 17. Dezember 1952 i.S. X. c. Stadtrat Chur (= ZBI 1953, 135 ff.); BGE v. 9. Mai 1951 i.S. Keller c. Stadtrat Schaffhausen (= ZBI 1951, 268 ff.); BGE v. 28. Oktober 1948 i.S. Neue Warenhaus AG c. Stadtrat Luzern (= ZBI 1949, 126 ff.); BGE v. 18. März 1948 i.S. X. c. Stadtrat Luzern (= ZBI 1948, 221 ff.); 73 I 100 f. E. 2; 49 I 230 f. E. 2; 48 I 295 f. E. 3; 44 I 9 f. E. 2. Vgl. auch Entscheid des Bundesrates v. 31. August 1962 i.S. L. c. Regierungsrat des Kt. Zürich, E. 3 (= ZBI 1963, 92 ff.).

Vor allem HANS HUBER wandte sich vehement gegen diese Rechtsprechung<sup>220</sup> und bemerkte, „die ganze Annahme, das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden in Art. 31 BV übertreffe die Grundsätze der Rechtsgleichheit und berge eine Garantie wirtschaftlicher Chancengleichheit im Wettbewerb in sich, (trägt) das Zeichen ausgesprochener Wirtschaftspolitik.“<sup>221</sup>

- 74 Dies und die Folgerung eines Teils der Lehre, Art. 31 BV könne nicht einen weitergehenden Gleichheitsanspruch verschaffen als das allgemeine Gleichbehandlungsgebot nach Art. 4 BV,<sup>222</sup> hatten schliesslich zur Folge, dass das Bundesgericht zwischen 1980 und 1993 in mehreren Entscheiden die Frage offenliess, „ob Art. 31 BV einen besonderen Anspruch auf Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden gewährleistet, der nicht schon aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot von Art. 4 BV folgt“.<sup>223</sup>

<sup>220</sup> ZBJV 1949, 54; 1961, 330 ff.; 1964, 400 ff.; 1966, 427 f.; 1971, 391 f.; 1973, 12.

<sup>221</sup> H. HUBER, Gleichbehandlung, 303 f. Ihm folgend: HAEFLIGER, Alle Schweizer, 239 f.; ders., Ladenschlussbestimmungen, 409 ff.; HOTZ, 89, eingehend 154 ff.; MARTI, 76; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 29; H. SCHMID, 305 f.; WYSS, 60 ff. Vgl. auch SALADIN, 301 f.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 71; RHINOW in Komm. BV, Art. 31 Rz. 185, der bemerkt, dass sich „die Kritik in der Lehre (...) bei näherer Betrachtung in erster Linie dagegen (richtet), dass das BGer. unter dem Etikett des Gleichbehandlungsanspruchs Massnahmen mit strukturhaltender (protektionistischer) Ausrichtung zugelassen habe, Massnahmen also, die als grundsatzwidrig und daher unzulässig einzustufen gewesen wären.“ Das Bundesgericht hielt trotz dieser Kritik an seiner Rechtsprechung fest (BGE v. 9. Mai 1951 i.S. Keller c. Stadt Schaffhausen [ZBl 1951, 268 ff.]).

<sup>222</sup> Vgl. insbesondere WYSS, 36 f.

<sup>223</sup> BGE 106 Ia 275 E. 5a; 112 Ia 34 f. E. 3a; BGE v. 4. Juli 1990 i.S. C. u. M., E. 3a (= 2P.313/1989); BGE 119 Ia 385 E. 8, 436 E. 2b, 450 E. 3a; vgl. auch BGE 120 Ib 145 E. 3b; abweichend BGE v. 22. März 1991 i.S. X. c. Obergericht des Kt. Zürich, E. 3c (= 2P.222/1990; = ZBl 1991, 518); BGE 70 I 3 ff. Vgl. dazu auch E. GRISEL, vol. 1, n. 324; VEIT, 570 f.

## c) Stellungnahme

75 In der neueren Literatur ist umstritten, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbegegnossen aus Art. 31 BV hervorgeht<sup>224</sup> oder sich bereits aus Art. 4 BV ergibt<sup>225</sup>. Der Grund hierfür liegt zum einen in der dargestellten Entwicklung und Tragweite des Grundsatzes und zum anderen in der ungeklärten Frage, welche Bedeutung das Rechtsgleichheitsgebot in der ganzen Thematik einnimmt. Wesentlichen Anteil an diesem Dilemma hat auch der Umstand, dass der dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbegegnossen zugrundeliegenden Problematik bisher noch keine eingehende Untersuchung zuteil geworden ist.<sup>226</sup>

76 Anlass, sich erneut mit der Frage der Rechtsgrundlage des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbegegnossen auseinanderzusetzen, gab ein Entscheid des Bundesgerichts vom 14. November 1994.<sup>227</sup> Dieser erwies sich jedoch insoweit als widersprüchlich, als das Bundesgericht zunächst betonte:

„Ob Art. 31 BV (...) einen besonderen Anspruch auf Gleichbehandlung gewährleistet, der nicht schon aus dem allgemeinen (für den Bereich der Wirtschaftsfreiheit allenfalls sachbezogen zu konkretisierenden) Gleichbehandlungsgebot von Art. 4 BV folgt, ist in der neueren Doktrin umstritten und wurde vom Bundesgericht in jüngeren Entscheiden offengelassen (...); die Frage kann auch hier offenbleiben.“<sup>228</sup>

Daran anschliessend bemerkte es jedoch:

<sup>224</sup> So E. GRISEL, vol. 1, n. 320 ss.; GYGI/RICHLI, 16 f., 81, 197 ff.; JAAG, Gemeindegebrauch, 167; ders., Wettbewerbsneutralität, 478, Fn. 6; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 183; RICHLI, Leistung, 284 f.; ders., Bemerkungen II, 222, 1203 ff.; RICHLI/VALLENDER, 52.

<sup>225</sup> So HAEFLIGER, Alle Schweizer, 239 f.; MARTI, 74 ff.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 29; SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 57; WYSS, 36 f.

<sup>226</sup> Eine Ausnahme macht RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 176 ff., insbesondere Rz. 183.

<sup>227</sup> BGE 120 Ia 236 ff. Vgl. jedoch bereits BGE 120 Ia 145 E. 6c.

<sup>228</sup> BGE 120 Ia 237 f. E. 1a.

„Der Beschwerdeführer kann sich damit zur Anfechtung der gegen ihn ergangenen Busse und der ihr zugrunde liegenden unterschiedlichen Ladenschlussordnung nicht nur auf das allgemeine Gleichbehandlungsgebot, sondern auf den *weitergehenden* Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen berufen.“<sup>229</sup>

Der Entscheid wurde in der Lehre einerseits begrüsst,<sup>230</sup> andererseits jedoch seine „argumentative Ambivalenz“ kritisiert und eine klärende Stellungnahme des Bundesgerichts gefordert<sup>231</sup>.

77 In BGE 121 I 129 ff. kam das Bundesgericht diesem Begehren nach und führte aus:

„Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts verletzt ein Erlass (...) das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 4 BV, wenn er Unterscheidungen trifft, für die kein vernünftiger, sachlicher Grund ersichtlich ist (...). Für eine zulässige Unterscheidung genügen somit ernsthafte, sachliche Gründe, die unter anderem auch wirtschaftspolitisch ausgerichtet sein können. Mehr verlangt das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot nicht. *Daher kann ihm ohne Rückgriff auf die Handels- und Gewerbefreiheit auch nicht entnommen werden, Ungleichbehandlungen dürften nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen beziehungsweise gegen die Wettbewerbsneutralität verstossen.*

Demgegenüber verbietet Art. 31 Abs. 2 BV staatliche Massnahmen, die dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit zuwiderlaufen. *Staatliche Hoheitsakte können somit Unterscheidungen treffen, die auf vernünftigen, sachlichen Gründen beruhen, und damit vor Art. 4 BV standhalten, aber gegen Art. 31 BV verstossen, weil die Differenzierung den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit beeinträchtigt. Insoweit dieser Gesichtspunkt beim Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen wesentlich ist, kann er sich nicht aus Art. 4 BV ergeben, sondern leitet er sich aus Art. 31 BV ab. In diesem Sinne ergänzt die Handels- und Gewerbefreiheit das allgemeine Gleichbehandlungsgebot und bietet einen darüber hinausreichenden Schutz.“<sup>232</sup>*

<sup>229</sup> BGE 120 Ia 238 E. 1b (Hervorhebung durch den Verfasser).

<sup>230</sup> RICHLI, Bemerkungen I, 222.

<sup>231</sup> So von VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 70.

<sup>232</sup> BGE 121 I 134 f. E. 3d (Hervorhebungen durch den Verfasser); bestätigt in BGE 124 I 33 E. 4c; 123 I 15 E. 2a, 281 f. E. 3d; 123 II 35 f. 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. 21. März 1997 i.S. Coop-Genève c. Département de l'économie publique du canton de Genève, E. 3b (= 2P.270/1996; = Pra 1997 Nr. 101 S. 545); BGE v. 21. März 1997 i.S. Nicotrans S.A. c. Consiglio di Stato del Cantone Ticino, E. 1b.cc

78 Diese Klarstellung der Rechtsprechung wurde vor allem von RICHLI<sup>233</sup> begrüsst. Nach seiner Auffassung kann so überzeugender sichergestellt werden, dass der Staat, wenn er Bestimmungen erlässt, welche den Geltungsbereich der Handels- und Gewerbefreiheit betreffen, darauf achtet, die Wettbewerbsverhältnisse grundsätzlich gleichmässig zu verändern. Das könne im Ergebnis zwar zu einem gewissen wirtschaftspolitischen Schutz führen. Dieser sei aber prinzipiell hinzunehmen, solange es um die Wahrung der Wettbewerbsneutralität gehe.

Demgegenüber äussert sich namentlich LIENHARD<sup>234</sup> kritisch zum materiellen Gewinn der neuen Rechtsprechung. Es mache wenig Sinn, aus Art. 31 BV einen besonderen Anspruch auf Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden abzuleiten, um ihn alsdann - in der Erkenntnis seiner nicht uneingeschränkten Geltung - gleich wieder zu relativieren. Die Rechtsunsicherheit nehme damit eher zu als ab. Als mögliche Lösung des Dilemmas verweist er auf die von RHINOW aufgezeigte Konzeption.

79 RHINOW<sup>235</sup> teilt den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden in zwei Komponenten auf. „Einerseits in die (vor allem «*individualrechtliche*») Komponente der Rechtsgleichheit bei der Schrankenausgestaltung, die sich nicht vom *Rechtsgleichheitsgebot* des Art. 4 BV unterscheidet, andererseits in die (*wirtschaftssystembezogene*) Komponente der *Wettbewerbsneutralität* (...).“<sup>236</sup>

Demnach wäre der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden unter dem Aspekt des zulässigen öffentlichen Interesses zur Einschränkung

---

(= 2P.166/1996; = Pra 1998 Nr. 1 S. 1 ff.); 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 122 I 47 E. 3b.cc.; 121 I 329 E. 2b, 285 E. 4a; BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993). Vgl. aber BGE 122 V 95 f. E. 5b.bb.

<sup>233</sup> RICHLI, Bemerkungen II, 1204.

<sup>234</sup> LIENHARD, Anspruch, 212 f.

<sup>235</sup> RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 183. Ihm folgen VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 71; LIENHARD, Anspruch, 212 f. Vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 9 ff.

der Wirtschaftsfreiheit - als Gebot der Wettbewerbsneutralität - zu berücksichtigen und dort als wirtschaftssystembezogene Komponente *ergänzend* zur individualbezogenen Komponente - welche sich nicht vom Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV unterscheidet - zu verwenden.<sup>237</sup>

- 80 Der Ansicht von RHINOW, wonach sich der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden aus einer wirtschaftssystembezogenen und einer individualbezogenen Komponente zusammensetzt, ist prinzipiell *zuzustimmen*.<sup>238</sup> Einerseits hat sich gezeigt, dass das *Gebot der Wettbewerbsneutralität* - die wirtschaftssystembezogene Komponente - aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit fliesst und in Bezug auf die - mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden gleiche - Thematik<sup>239</sup> eine entscheidende Rolle einnimmt<sup>240</sup>. Andererseits ist das *Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV* für die Lösung der vorliegenden Problematik von Bedeutung.<sup>241</sup> Auch die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung hat sich - explizit - auf diesen Weg begeben.<sup>242</sup>

In der Lehre wird bis dato nicht bestritten, dass sich das Gebot der Wettbewerbsneutralität aus dem Verbot, den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu

---

<sup>236</sup> RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 183 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>237</sup> Vgl. LIENHARD, Anspruch, 212.

<sup>238</sup> Vgl. jedoch die Modifizierung unten Rn. 278 ff., 284 ff.

<sup>239</sup> Vgl. oben Rn. 68.

<sup>240</sup> Vgl. oben Rn. 64-66.

<sup>241</sup> Vgl. dazu die Entwicklung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden oben Rn. 70 ff.

<sup>242</sup> Vgl. oben Rn. 77. Vgl. auch BGE 123 I 15 E. 2a; 123 II 35 E. 10, 301 f. E. 5b, 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. 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.); 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 121 I 285 E. 4a; BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); BGE 118 Ib 364 E. 5b; offengelassen in BGE 106 Ia 275 E. 5a; vgl. auch bereits BGE 100 Ia 52 E. 4e. In BGE 120 Ia 238 E. 1a hat das Bundesgericht ausgeführt, dass der Gleichbehandlungsanspruch der Gewerbetreibenden aus dem Gedanken der *Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen* folge und damit aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.

beeinträchtigen, ergibt, sowie dass das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV zur Lösung der Problematik beizuziehen ist.<sup>243</sup>

81 Was in den neuesten Bundesgerichtsentscheiden dagegen unklar bleibt und worauf LIENHARD<sup>244</sup> mit seiner Kritik auch anspielt, ist die Frage, *in welcher Weise* das Gebot der Wettbewerbsneutralität und das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV zusammenspielen und *wie* die dieser Arbeit zugrundeliegende Problematik methodisch gelöst werden soll. Auf diese Frage soll indessen später eingegangen werden.<sup>245</sup>

82 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der von RHINOW vorgeschlagenen Aufteilung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbegegnossen in zwei Komponenten grundsätzlich zuzustimmen ist. Auf diesen Weg hat sich auch die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung begeben. Im weiteren unterscheidet sich die «wirtschaftssystembezogene» Komponente des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbegegnossen nicht vom Gebot der Wettbewerbsneutralität, welches aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit fliesst.

Die «individualbezogene» Komponente des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbegegnossen bzw. die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Gebot der Wettbewerbsneutralität und dem Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV betrifft die Frage, *auf welche Weise* dem Gebot der Wettbewerbsneutralität Nachachtung verschafft werden kann bzw. wie es zur Anwendung gelangt.<sup>246</sup>

---

<sup>243</sup> Vgl. E. GRISEL, vol. 1, n. 316, 320, 325; JAAG in SBVR, Rz. 113; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 362; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 183; RICHLI, Leitung, 107 f., 117 f., 284 f.; RICHLI/VALLENDER, 52; RICHLI, Bemerkungen I, 222; ders., Bemerkungen III, 1204; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 71. RHINOW umschreibt das Gebot der Wettbewerbsneutralität zutreffend als „Teilgehalt der HGF im Sinne einer «negativen Wettbewerbsgarantie»“. Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. obige Fn. Vgl. auch oben Rn. 64 ff.

<sup>244</sup> LIENHARD, Anspruch, 212. Vgl. oben Rn. 78.

<sup>245</sup> Vgl. unten Rn. 284 ff.

<sup>246</sup> Dazu eingehend unten Rn. 284 ff.

### D. Fazit

- 83 Die Auslegung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit (Art. 31 Abs. 2, Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 BV) ergibt, dass das wirtschaftliche Geschehen prinzipiell *staatsfrei* ablaufen soll und sich der Staat jedes Eingriffs zu *enthalten* hat.<sup>247</sup>
- 84 Insbesondere ist es dem Staat aufgrund des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit untersagt, gewisse Erwerbszweige oder Betriebsformen in ihrer Existenz zu *sichern*, vor Konkurrenz zu *schützen* oder einzelne Gewerbebesessenen oder Unternehmensformen zu *bevorteilen*.<sup>248</sup>
- In diesem Sinne fließt das *Gebot der Wettbewerbsneutralität* aus dem bei sämtlichen wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen zu beachtenden Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.<sup>249</sup> Das Gebot der Wettbewerbsneutralität ist zu verstehen als unparteiische Haltung des Gemeinwesens gegenüber den sich am freien Markt konkurrierenden bzw. als Nichteinmischung des Staates in den wirtschaftlichen Wettbewerb von direkten Konkurrenten.<sup>250</sup>
- 85 Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gehört zur Schrankensystematik bei der Wirtschaftsfreiheit<sup>251</sup> und ist bei sämtlichen wirtschaftsrelevanten staatlichen Regelungen zu beachten.<sup>252</sup> Dasselbe gilt - als Ausfluss des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit - für das Gebot der Wettbewerbsneutralität.
- 86 Im weiteren entspricht das Gebot der Wettbewerbsneutralität - neben der individualbezogenen Komponente des Rechtsgleichheitsgebots - der *wirtschaftssystembezogenen Komponente* des in der Praxis gehandhabten Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbebesessenen.

---

<sup>247</sup> Vgl. oben Rn. 49, 53.

<sup>248</sup> Vgl. oben Rn. 49, 53.

<sup>249</sup> Vgl. oben Rn. 64-66.

<sup>250</sup> Vgl. oben Rn. 10 ff., 14.

<sup>251</sup> Vgl. oben Rn. 61-63.

## II. Rechtsnatur

### A. Einleitung

- 87 Die Rechtsnatur des Gebots der Wettbewerbsneutralität interessiert nicht nur in grundsätzlicher Hinsicht, sondern ist auch für die Frage nach der Art und Weise der Lösung der zu behandelnden Problematik,<sup>253</sup> insbesondere was das Verhältnis zum Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV betrifft,<sup>254</sup> von Bedeutung.
- 88 Bei der Frage nach der Rechtsnatur drängt sich zunächst die Prüfung des Gebots der Wettbewerbsneutralität als *Verfassungsgrundsatz* auf. Danach soll untersucht werden, ob sogar von einem verfassungsmässigen Recht gesprochen werden kann.

### B. Das Gebot der Wettbewerbsneutralität als Verfassungsgrundsatz

#### 1. Allgemeines

- 90 Die Verfassungsgrundsätze<sup>255</sup> können unterteilt werden in solche *allgemeiner Natur* und in solche, die sich *aus vorhandenen Normen ableiten* lassen. Bei beiden Typen handelt es sich um „fundamentale Rechtsnormen, die als

---

<sup>252</sup> Art. 31 Abs. 2, Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 BV.

<sup>253</sup> Dazu oben Rn. 1 ff., 6 ff.

<sup>254</sup> Vgl. oben Rn. 79-82.

<sup>255</sup> Unter diesem Begriff werden in den nachfolgenden Ausführungen nicht erfasst die Grundentscheidungen der Bundesverfassung (sog. Strukturprinzipien) wie z.B.: Halb-direkte Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit, Bundesstaatlichkeit (vgl. zu diesen eingehend EICHENBERGER in Komm. BV, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 89 ff.). Zur allgemeinen begrifflichen Vielfalt vgl. EICHENBERGER, a.a.O., Rz. 87, 111; KRÜGER, 194 f.; RICHLI, Leitung, 101 f.

positives Recht hohe Rechtswerte verwirklichen“.<sup>256</sup> Sie unterscheiden sich aber dadurch, dass letztere deutlicher aus vorhandenen Normen, vorab Verfassungsnormen, abgeleitet werden und mehr auf die praktische Nutzung ausgerichtet sind,<sup>257</sup> während erstere „substantiell vielfach fassbarer Ausdruck der Gerechtigkeit“ sind<sup>258</sup>. Gemeinsam ist ihnen jedoch, dass sie ausschliesslich den Bürger gegen den Staat begünstigen.<sup>259</sup> In den nachfolgenden Ausführungen interessieren hauptsächlich die aus Verfassungsnormen abgeleiteten Verfassungsgrundsätze.

- 91 Charakteristisch für diese ist, dass sie - trotz ihrer formellen Gleichrangigkeit - nur im Zusammenhang mit einem verfassungsmässigen Recht angerufen werden können.<sup>260</sup> Insofern unterscheiden sie sich von den verfassungsmässigen Rechten, welche direkt und selbständig geltend gemacht werden können.<sup>261</sup>

<sup>256</sup> EICHENBERGER in Komm. BV, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 112, 115. Zum Teil wird ihnen der Rang eines verfassungsmässigen Rechts zugesprochen (vgl. KNAPP, principes, 170 ff., 176; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 15).

<sup>257</sup> EICHENBERGER in Komm. BV, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 115, 117. Aus Art. 4 BV abgeleitet werden z.B. das *Gebot der Gleichbehandlung*, das *Willkürverbot*, das *Legalitätsprinzip*, das *Verhältnismässigkeitsprinzip*, eine grosse Zahl von *Verfahrensgrundsätzen*, die *Wahrung des öffentlichen Interesses* in staatlichen Handlungen und das *Rückwirkungsverbot der Gesetze* (vgl. BGE 103 Ia 196 f. E. 4b, mit Hinweisen; AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rz. 304 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 294 ff.; KNAPP, principes, 170 ff.; RICHLI, Leitung, 107 ff.; SCHÖN, 93 ff.).

<sup>258</sup> EICHENBERGER in Komm. BV, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 112 f. So z.B. der Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 294, 521 ff.) und das Gebot, die Würde des Menschen in allem staatlichen Handeln zu achten.

<sup>259</sup> KRÜGER, 192.

<sup>260</sup> Vgl. BGE 123 I 4 E. 2b (zum Legalitätsprinzip); 124 I 45 E. 3e; 122 I 287 f. E. 2d. ee (zum Verhältnismässigkeitsprinzip); KNAPP, principes, 168; ders., Grundlagen I, N. 445 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 295. Vgl. auch Rn. 95.

<sup>261</sup> A. GRISEL, Droit public, 147; KNAPP, principes, 168, 179. SCHÖN, 91, weist jedoch darauf hin, dass dieses Abgrenzungsmerkmal mit der Anerkennung des Willkürverbots als selbständiges verfassungsmässiges Recht an Gewicht verliert; denn „(d)ie anerkannten Prinzipien oder zumindest Teilgehalte von ihnen können nämlich als Ausprägungen der durch das Willkürverbot geschützten Garantie minimaler Gerechtigkeit betrachtet werden.“ (vgl. auch KÄLIN, Verfahren, 238 ff.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 58; sowie unten Rn. 310). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht jedoch in andere Richtung (vgl. BGE 121 I 269 E. 2 mit weiteren Hinweisen). Eine Ausnahme, wonach Verfassungsgrundsätze nur im Zusammenhang mit einem verfassungsmässigen Recht geltend gemacht werden können, macht das *Legalitätsprinzip*, dem sowohl im Strafrecht als auch im Bereich des Abgabenrechts die Bedeutung eines verfassungsmässigen Rechts zukommt und dessen Verletzung selbständig, unmittelbar gestützt auf Art. 4 BV, mit staatsrechtli-

Fest steht auch, dass sie in ihrer Eigenschaft als Verfassungsgrundsätze auf sämtlichen untergeordneten Normstufen Anwendung fordern und grundsätzlich sowohl Legislative wie auch Exekutive binden.<sup>262</sup>

- 92 Die Verfassungsgrundsätze sind primär eine Schöpfung der *Rechtsprechung*.<sup>263</sup> Sie werden grundsätzlich durch Auslegung - insbesondere durch Konkretisierung - von Verfassungsnormen gefunden.<sup>264</sup> Der Geltungsgrund der Verfassungsgrundsätze - insbesondere ihr Verhältnis zu den Verfassungssätzen<sup>265</sup> - ist weitgehend ungeklärt.<sup>266</sup>

Nach KNAPP<sup>267</sup> muss ein ungeschriebener Verfassungsgrundsatz jedoch im Hinblick auf Struktur und Aufbau des Staates wichtig sein, sich aus der Auslegung der geschriebenen Verfassung in ihrer Gesamtheit und ihrem Geist ergeben sowie der politischen und philosophischen Tradition entsprechen.

- 93 Die Verfassungsgrundsätze legen den *Rahmen* fest, innerhalb von welchem die verfassungsmässigen Rechte geschützt sind. Beschränkungen der verfassungsmässigen Rechte halten somit vor der Verfassung nur dann stand, wenn sie die Verfassungsgrundsätze beachten. In dieser Funktion wahren letztere in gewisser Weise das Wesen der verfassungsmässigen Rechte.<sup>268</sup>

---

cher Beschwerde geltend gemacht werden kann (BGE 123 I 4 E 2b, 249 E. 2; 120 Ia 266 E. 2a; vgl. auch BGE 122 I 63 E. 2; 121 I 274 f. E. 3a; 120 Ia 3 E. 3c, 178 f. E. 5).

<sup>262</sup> KNAPP, principes, 178; RICHLI, Leitung, 105.

<sup>263</sup> A. GRISEL, Droit public, 139 f.; KNAPP, principes, 169; KRÜGER, 192, 207; RHINOW/SCHMID/-BIAGGINI, § 4 N. 13; RICHLI, Leitung, 102. Kritisch deshalb EICHENBERGER in Komm. BV, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 119 f., da die Verfassungsgrundsätze „in ihrer Ganzheit keine Kreationen des legitimierten Verfassungsgebers“ seien; vgl. auch KRÜGER, 209.

<sup>264</sup> KNAPP, principes, 169; EICHENBERGER in Komm. BV, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 115.

<sup>265</sup> Vgl. KRÜGER, 196 ff., 203: „Man muss sich damit abfinden, dass die Zweiheit von Verfassungsgrundsatz und Verfassungssatz auf nicht recht fasslichen und sich daher in Bildern ausdrückenden Wertungen beruht, die stark subjektiv gefärbt, ja von Gefühlen eingegeben wirken.“

<sup>266</sup> Vgl. das ernüchternde Fazit von KRÜGER, 210. Vgl. immerhin den Überblick bei RICHLI, Leitung, 101 ff.

<sup>267</sup> KNAPP, principes, 169.

<sup>268</sup> AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rz. 305; A. GRISEL, Droit public, 147; KNAPP, principes, 178.

- 94 Die Aussagekraft der Verfassungsgrundsätze kann jedoch verschieden sein. Während diejenige des Legalitätsprinzips, des Erfordernisses des öffentlichen Interesses und des Verhältnismässigkeitsprinzips aufgrund ihres neutralen materiellen Postulats - quasi als generelle Schranken - mehr *allgemeiner* Natur ist,<sup>269</sup> ist beispielsweise die inhaltliche Aussage des Gebots der religiösen Neutralität des Staates<sup>270</sup> von sehr *spezifischer* Art.
- 95 Was die Rangordnung unter den Verfassungsgrundsätzen betrifft, so ist KNAPP zuzustimmen, dass sie grundsätzlich *gleichrangig* sind.<sup>271</sup> Bei Beschränkungen eines Grundrechts sind beispielsweise sowohl das Legalitätsprinzip, der Grundsatz des überwiegenden öffentlichen Interesses als auch das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.<sup>272</sup> Die Verletzung eines Verfassungsgrundsatzes genügt für das Vorliegen einer unzulässigen Grundrechtsbeschränkung. Insoweit beschränken und ergänzen sich die Verfassungsgrundsätze gegenseitig.<sup>273</sup> Indessen ist nicht zu verkennen, dass damit auch gewisse Spannungslagen verbunden sein können.<sup>274</sup>

---

<sup>269</sup> Vgl. oben Rn. 62.

<sup>270</sup> Vgl. BGE 118 Ia 58 E. 4e.aa; 116 Ia 257 ff. E. 5-7; 113 Ia 307 E. 4c; HÄFELIN/HALLER, N. 1196. Vgl. auch Art. 27 Abs. 3 BV.

<sup>271</sup> KNAPP, principes, 179 f.; so auch BGE 112 V 121 f. E. 4c; vgl. auch BGE 123 II 302 ff. E. 6, 450 f. E. 10; 108 Ia 214 E. 4b. Ausnahmsweise wird bestimmten Verfassungsgrundsätzen offen der Vorzug gegenüber anderen eingeräumt; so geht im Zusammenhang mit dem Anspruch auf «Gleichbehandlung im Unrecht» der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung dem Rechtsgleichheitsprinzip in der Regel vor (BGE 122 II 451 f. E. 4).

<sup>272</sup> Vgl. oben Rn. 62.

<sup>273</sup> KNAPP, principes, 179 f., 187; vgl. auch RICHLI, Leitung, 119 f. und oben Rn. 64. Zur Gleichrangigkeit vgl. auch BGE 112 V 121 f. E. 4c.

<sup>274</sup> Vgl. BGE 112 V 122 E. 4c: „(Der) Konflikt zwischen den beiden Verfassungsprinzipien ist im konkreten Fall durch eine wertende Abwägung der im Spiele stehenden Interessen zu lösen.“; vgl. auch BGE 108 Ia 213 f. E. 4b; IMBODEN/RHINOW und RHINOW/KRÄHENMANN, je Nr. 74 B.VIII; JANSEN, 27 ff. Vgl. unten Rn. 196 ff., 239 ff., 278 ff.

## 2. Das Gebot der Wettbewerbsneutralität als spezifischer Verfassungsgrundsatz

- 96 Sowohl das Bundesgericht<sup>275</sup> als auch die Lehre<sup>276</sup> betrachten das Gebot der Wettbewerbsneutralität mit Recht als Ausfluss des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit.<sup>277</sup>
- 97 Dem *Grundsatz* der Wirtschaftsfreiheit ist mit dem Legalitätsprinzip, dem Erfordernis des öffentlichen Interesses und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit Rechnung zu tragen.<sup>278</sup> Er ist überdies bei sämtlichen wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen zu beachten.<sup>279</sup>
- 98 Das Legalitätsprinzip, das Erfordernis des öffentlichen Interesses sowie der Grundsatz der Verhältnismässigkeit sind vom Bundesgericht und der herrschenden Lehre als *allgemeine Verfassungsgrundsätze* anerkannt, welche nur zusammen mit der Rüge der Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts geltend gemacht werden können.<sup>280</sup>
- 99 Im Zusammenhang mit diesen allgemeinen Verfassungsgrundsätzen kommt der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit - und damit auch das Gebot der Wettbewerbsneutralität - im Rahmen der Rüge, eine Massnahme beeinträchte

<sup>275</sup> Vgl. bspw. BGE 121 I 129 ff., 279 ff.; 120 Ib 144 f. E. 3b.

<sup>276</sup> Vgl. bspw. BIAGGINI, *Wirtschaftsverfassung*, 54; GYGI/RICHLI, 16 f., 81, 187, 197 ff.; J.-P. MÜLLER, *Grundrechte*, 362; RHINOW in *Komm. BV*, Art. 31, Rz. 183; RICHLI, *Leitung*, 108, 117 f., 284 f.

<sup>277</sup> Vgl. oben Rn. 64 ff.

<sup>278</sup> Vgl. oben Rn. 62 f.

<sup>279</sup> Art. 31 Abs. 2, Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 BV. Vgl. auch BIAGGINI, *Wirtschaftsverfassung*, 54.

<sup>280</sup> Vgl. AUER, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Rz. 304; EICHENBERGER in *Komm. BV*, *Verfassungsrechtliche Einleitung*, Rz. 116; A. GRISEL, *Droit public*, 147; KÄLIN, *Verfahren*, 68 ff.; KNAPP, *principes*, 167, 170 ff. Zum Legalitätsprinzip vgl. bspw. BGE 121 I 25 E. 3a. Zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. bspw. BGE 122 I 287 f. E. 2d.ee. Zum Erfordernis des öffentlichen Interesses als Verfassungsgrundsatz vgl. WEBER-DÜRLER, *Vertrauensschutz*, 115 (mit Verweisungen). Vgl. auch oben Rn. 62, 91.

die Wirtschaftsfreiheit, in *zweierlei*<sup>281</sup> Hinsicht zum Tragen.<sup>282</sup> Zum einen ist er bei der Frage des überwiegenden öffentlichen Interesses einer staatlichen Massnahme von Bedeutung (Frage nach der sog. Grundsatzkonformität<sup>283</sup>). Denn das für die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit geltend gemachte öffentliche Interesse kann nicht beliebiger Natur sein, sondern es muss den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und damit auch das Gebot der Wettbewerbsneutralität wahren.<sup>284</sup> Unzulässig ist deshalb eine staatliche Regelung, welche einen Eingriff in das freie Spiel des wirtschaftlichen Wettbewerbs, insbesondere die Bevorteilung bzw. Benachteiligung einzelner Gewerbetreibender oder Unternehmensformen bezweckt.<sup>285</sup>

- 100 Zum anderen spielt der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Zusammenhang mit der Frage der Verhältnismässigkeit einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme eine gewichtige Rolle. Ausgangspunkt der Überlegung ist dabei die Tatsache, dass auch wirtschaftsrelevante, an sich - in obigem Sinne - grundsatzkonforme Massnahmen Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wettbewerb mit sich bringen,<sup>286</sup> d.h. das Verhältnis zwischen

---

<sup>281</sup> Dazu oben Rn. 72 f.

<sup>282</sup> Besonders klar zeigt sich dies in den BGE 111 Ia 186 f. E. 2b, 120 Ib 144 f. E. 3b, 121 I 131 ff. E. 3b und c, BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993) sowie BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2b und c (= 2P.146/1996). So auch LIENHARD, Anspruch, 212 f.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 183; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 71.

<sup>283</sup> Vgl. dazu oben Rn. 72.

<sup>284</sup> Exemplarisch BGE v. 21. März 1997 i.S. Coop-Genève c. Département de l'économie publique du canton de Genève, E. 3 (= 2P.270/1996; = Pra 1997 Nr. 101 S. 545). Vgl. auch E. GRISEL, vol. 2, n. 541 ss.; HÄFELIN/HALLER, N. 1403 ff.; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 369 f.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 190 ff.; SALADIN, 234 ff., 345 f., 352 f.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 74 ff. Für Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit genügt nicht jedes irgendwie geartete öffentliche Interesse; untersagt sind den Kantonen namentlich Massnahmen mit wirtschaftspolitischer Zielsetzung. Zulässig sind dagegen polizeilich motivierte Eingriffe zum Schutze der öffentlichen Sittlichkeit, Ruhe, Ordnung, Sicherheit und Gesundheit sowie von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (BGE 106 Ia 269 E. 1). Näheres siehe unten Rn. 239 ff.

<sup>285</sup> Vgl. oben Rn. 53 und unten Rn. 245.

<sup>286</sup> BGE v. 27.1.1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2b, 2c. ee (= 2P.146/1996); BGE 121 I 134 f. E. 3d, 285 E. 4a; 120 Ia 239 E. 2b; E. GRISEL, vol. 2, n. 513; GYGI/RICHLI, 197 ff.; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1411; J.-P. MÜLLER,

den am wirtschaftlichen Geschehen beteiligten Unternehmern beeinflussen und dadurch den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit tangieren.

In der Praxis tritt hauptsächlich das *Gebot der Wettbewerbsneutralität* - als Ausfluss des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit - neben das Verhältnismässigkeitsprinzip, welches es insoweit ergänzt, als es gebietet, dass die Massnahme, namentlich im Hinblick auf ihre Erforderlichkeit, möglichst wettbewerbsneutral auszugestalten bzw. die unumgänglichen verzerrenden Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wettbewerb von sich konkurrierenden Unternehmern auf das unumgängliche Minimum zu reduzieren sind.<sup>287</sup>

- 101 Während die Abwägung zwischen dem - allgemeinen - Grundsatz des überwiegenden öffentlichen Interesses und dem - spezifischen - Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit bezweckt, staatliche Massnahmen zu unterbinden, welche - ohne verfassungsmässigen Rückhalt - darauf *abzielen*, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 31 Abs. 2 bzw. Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 BV abzuweichen,<sup>288</sup> erlaubt das Zusammenspiel zwischen dem - allgemeinen - Verhältnismässigkeitsprinzip und dem - spezifischen - Gebot der Wettbewerbsneutralität als Ausfluss aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, sich mit den *unvermeidlichen verzerrenden Nebenwirkungen* von wirtschaftsrelevanten Massnahmen zu befassen<sup>289 290</sup>.

---

Grundrechte, 370; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 170 f., 187; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 77. Vgl. auch oben Rn. 3 f., 73, 246 f.

<sup>287</sup> BGE 123 II 35 f. 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 121 I 287 E. 6b; BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); 100 Ia 52 E. 4e; vgl. auch BGE 122 I 420 f. E. 4b. Es ist somit nicht nur das öffentliche Interesse im Hinblick auf das in Frage stehende Freiheitsrecht zu konkretisieren (vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1139), sondern auch das Verhältnismässigkeitsprinzip; in casu im Hinblick auf den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Vgl. dazu unten Rn. 284 ff.

<sup>288</sup> Vgl. E. GRISEL, vol. 2, n. 432 ss.; HÄFELIN/HALLER, N. 1410; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 369; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 190 ff., 206. Siehe auch BGE 116 Ia 351 E. 6 und zum Ganzen H. SCHMID, 287 ff., 300 ff. Näheres unten Rn. 244 ff., 250 ff.

<sup>289</sup> Vgl. bspw. BGE v. 27.1.1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c (= 2P.146/1996); BGE 121 I 132 E. 3c. Eindrücklich KNAPP, limites, 241 ff., 251; vgl. WYSS, 30 f. Zum Problem der Folgenberücksichtigung vgl. WOLFFERS, Verhältnismässigkeit, 310 f. Zur Unvermeidlichkeit vgl. oben Rn. 3, 247 f.

102 Da wirtschaftsrelevante Massnahmen sich naturgemäss auf der untersten Stufe des wirtschaftlichen Geschehens, mithin auf Stufe der einzelnen Wettbewerbsteilnehmer und insbesondere im Verhältnis zwischen den in Konkurrenz zueinander stehenden Unternehmern, am empfindlichsten auswirken, kommt in dieser Beziehung dem *Gebot der Wettbewerbsneutralität* eine ausschlaggebende und - gegenüber dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit - auch eigenständige Bedeutung zu.

Es ergänzt und verfeinert damit die - hauptsächlich auf die *Motivation* der staatlichen Massnahmen abstellende - Abwägung zwischen dem geltend gemachten öffentlichen Interesse und dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Die Abwägung zwischen dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Gebot der Wettbewerbsneutralität als Ausfluss des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit ermöglicht dagegen, eine staatliche Massnahme vor allem im Hinblick auf ihre *Auswirkungen* einer feineren und differenzierteren Prüfung bezüglich ihrer Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu unterziehen.<sup>291</sup>

103 Dem grundsätzlich wirtschaftssystembezogenen *Gebot der Wettbewerbsneutralität* kommt somit bei der Frage der mit Art. 31 Abs. 2 bzw. Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 BV vereinbaren, verzerrenden Auswirkungen von wirtschaftsrelevanten Massnahmen im Zusammenhang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip auf einer *individualbezogenen* Stufe eine fundamentale Bedeutung zu. In diesem individualbezogenen Anwendungsbereich hat das Gebot der Wettbewerbsneutralität als Ausfluss des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit eine

---

<sup>290</sup> Ein anschauliches Beispiel liefert BGE 121 I 279 ff.: Die Regelung der Benutzung des öffentlichen Grundes liegt zweifellos im öffentlichen Interesse und ist trotz ihrer - aufgrund der Knappheit des Bodens - unvermeidlichen Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wettbewerb (wenn mehrere Konkurrenten gleichzeitig den Platz beanspruchen) grundsatzkonform. Hingegen war im konkreten Fall die Regelung insoweit unverhältnismässig, als sie ohne überzeugende Begründung direkte Konkurrenten im Verhältnis von 1 : 5-6 ungleich behandelte. Dadurch versties sie gegen das Gebot der Wettbewerbsneutralität.

<sup>291</sup> Vgl. auch GYGI/RICHLI, 17, 24, und BGE 123 II 35 f. E. 10, 301 f. E. 5b.

eigenständige Bedeutung erlangt<sup>292</sup> und ist ihm deshalb *Prinzipiengeltung* zuzusprechen.<sup>293</sup>

- 104 Unterstützt wird dies durch die *schöpferische Rechtsprechung des Bundesgerichts* im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen.<sup>294</sup> Zu beachten ist auch, dass das Gebot der Wettbewerbsneutralität - als Ausfluss des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit - wie die allgemeinen Verfassungsgrundsätze nur *im Zusammenhang mit einem verfassungsmässigen Recht* - vorab der Wirtschaftsfreiheit - geltend gemacht wird.<sup>295</sup> Aufgrund der in der Praxis geübten Abwägung zwischen den allgemeinen Verfassungsgrundsätzen und dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit bzw. dem Gebot der Wettbewerbsneutralität ist zudem von einer *prinzipiellen Gleichrangigkeit dieser Grundsätze* untereinander auszugehen. Gemeinsam legen sie den *Rahmen* fest, innerhalb von welchem die Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 31 Abs. 2 bzw. Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 BV geschützt ist.<sup>296</sup>
- 105 Was den *Geltungsgrund* des Gebots der Wettbewerbsneutralität betrifft, kann auf die philosophisch-ökonomischen Ansätze und Ideen der Physiokraten und Ökonomen des 18. und 19. Jahrhunderts verwiesen werden. Seine

<sup>292</sup> Vgl. BGE 120 Ib 144 E. 3b: „Nach Art. 31 BV hat sich der Staat grundsätzlich wettbewerbsneutral zu verhalten.“ Deutlich auch BGE 123 II 35 f. E. 10.

<sup>293</sup> So auch RICHLI, Bemerkungen I, 222. Vgl. bspw. BGE 121 I 132 E. 3c: „Ob eine eigentliche wirtschaftspolitische Massnahme vorliegt oder ob die Abgabe lediglich wirtschaftspolitische Nebenwirkungen zeitigt, kann aber offenbleiben. Selbst im letzteren Falle hätte sie jedenfalls das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen zu wahren.“ Vgl. insbesondere auch BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2 (= 2P.146/1996); BGE 121 I 129 ff., 279 ff.; BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt (= 2P.371/1993).

<sup>294</sup> Vgl. oben Rn. 70 ff., 82, 86; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 180. Näheres unten Rn. 292 ff., 331 ff., 368.

<sup>295</sup> Vgl. BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2 (= 2P.146/1996); BGE 122 I 47 E. 3b.cc; 121 I 129 ff., 279 ff.; BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt (= 2P.371/1993); BGE 120 Ia 236 ff.; 120 Ib 142 ff.; 119 Ia 67 f. E. 6a. Vgl. jedoch bspw. BGE 123 II 35 f. E. 10 und unten Rn. 138 ff., 153 ff.

<sup>296</sup> Vgl. auch GYGI/RICHLI, 195.

Wiege liegt damit in der sog. *liberalen Schule der Nationalökonomie* begründet.<sup>297</sup>

- 106 Soweit dem Gebot der Wettbewerbsneutralität nach dem Gesagten eine selbständige Bedeutung zukommt, ist es folglich als *Verfassungsgrundsatz* anzuerkennen.<sup>298</sup> Aufgrund des wirtschaftssystembezogenen Aussagegehalts handelt es sich um einen *spezifischen* Verfassungsgrundsatz.<sup>299</sup>

### *C. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität als verfassungsmässiges Recht ?*

#### 1. Allgemeines

- 107 RHINOW<sup>300</sup> wirft indessen die Frage auf, ob die Wirtschaftsfreiheit nicht auch bezüglich ihres - im Sinne der negativen Wettbewerbsgarantie – *systembezogenen Teilgehalts*, hauptsächlich was den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität angeht, als eigenständiges verfassungsmässiges Recht zu betrachten sei.
- 108 Der Begriff des verfassungsmässigen Rechts ist bundesrechtlicher Natur.<sup>301</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung „verbürgen diejenigen Verfassungsbestimmungen von Bund und Kantonen verfassungsmässige Rech-

<sup>297</sup> Vgl. oben Rn. 36.

<sup>298</sup> Vgl. BGE 116 Ia 351 f. E. 6; 111 Ia 184 ff. E. 2b; unklar dagegen BGE 120 Ia 238 E. 1a („Gedanke der Wettbewerbsneutralität“). Wie hier BIAGGINI, *Wirtschaftsverfassung*, 54; GYGI/RICHLI, 16 f., 187, 197 ff.; LIENHARD, *Anspruch*, 213; RHINOW in *Komm. BV*, Art. 31, Rz. 183; RICHLI, *Leitung*, 106 ff., 108, 115 ff., 284 f.; VALLENDER, *Wirtschaftsfreiheit*, 264.

<sup>299</sup> Ebenfalls GYGI/RICHLI, 20, 187, 197; RICHLI, *Leitung*, 106 ff., 108, 116; RHINOW/SCHMID/-BIAGGINI, § 15 N. 58 (missverständlich dagegen § 4 N. 13). Vgl. oben Rn. 94.

<sup>300</sup> RHINOW in *Komm. BV*, Art. 31, Rz. 224.

<sup>301</sup> BGE 104 Ia 286 f. E. 2b, mit Verweisen.

te, die dem Bürger einen Schutzbereich gegen staatliche Eingriffe sichern wollen.“<sup>302</sup>

- 109 Das Bundesgericht geht bei der Abgrenzung von verfassungsmässigen Rechten zum sonstigen Verfassungsrecht differenziert vor. Nach KÄLIN<sup>303</sup> nimmt es eine Art „Rechtfertigungsprüfung“ vor und prüft unter anderem, a) ob die Norm dem *Schutz individueller Interessen* dient, b) das *Bedürfnis nach Gewährung von Rechtsschutz* an den Einzelnen derart wichtig ist, dass sich ihre Verankerung *auf Verfassungsebene* geradezu aufdrängt oder zumindest rechtfertigen lässt, c) die betreffende Norm *justiziabel* und d) der Entscheid des Bundesgerichts *konsensfähig* ist.

## 2. Stellungnahme

- 110 Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität als Bestandteil des institutionellen Gehalts des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit richtet sich in erster Linie an den wirtschaftsrelevante Massnahmen erlassenden *Staat*.<sup>304</sup> Die Zweckbestimmung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit bestand denn auch ursprünglich darin, in prinzipieller Weise das Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft zu regeln.<sup>305</sup> Das wirtschaftliche Geschehen sollte demnach grundsätzlich staatsfrei bzw. privatautonom koordiniert ablaufen (sog. negative Wettbewerbsgarantie).<sup>306</sup>
- 111 Dadurch, dass der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität dem Staat verbietet, sich in den wirtschaftlichen Wettbewerb von sich konkurrierenden Un-

<sup>302</sup> BGE 104 Ia 286 f. E. 2b; vgl. auch KÄLIN, Verfahren, 57 f.

<sup>303</sup> KÄLIN, Verfahren, 58 ff.

<sup>304</sup> Art. 31 Abs. 2, Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 BV.

<sup>305</sup> Vgl. Botschaft Notmassnahmen, 644 ff. Vgl. auch oben Rn. 34, 41.

<sup>306</sup> Vgl. oben Rn. 53.

ternehmern einzumischen und damit deren individuellen Wettbewerb zu verzerren, schützt er zumindest mittelbar auch *private* Interessen.

- 112 Auch das *verfassungsrelevante Schutzbedürfnis* und die *Justiziabilität* des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität geben zu keinen gewichtigen Zweifeln Anlass. So ist die Bedeutung, die dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität - als Ausfluss des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit - in der schweizerischen Wirtschaftsverfassung zukommt, offenkundig.<sup>307</sup> Zum anderen hat der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität seine Justiziabilität in der Rechtsprechung zum Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen genügend unter Beweis gestellt.<sup>308</sup>

Das Kriterium der *Konsensfähigkeit* spielt im vorliegenden Fall nur eine geringe Rolle.<sup>309</sup>

- 113 Entscheidend ist jedoch, dass der *Grundsatz* der Wirtschaftsfreiheit - und damit auch der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität - gemäss Art. 31 Abs. 2 bzw. Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 BV *explizit* bei jedem wirtschaftsrelevanten Handeln des Staates beachtet werden muss. Der Wirtschaftsbürger kann in seiner Rüge, eine staatliche Massnahme verletze die Wirtschaftsfreiheit, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts denn auch geltend machen, sie beeinträchtige den *Grundsatz* der Wirtschaftsfreiheit.<sup>310</sup>

- 114 Ist der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität somit von Verfassung wegen als Schranke jedes wirtschaftsrelevanten staatlichen Handelns zu beachten und kann er im Rahmen der Rüge, eine staatliche Massnahme beeinträchtige die Wirtschaftsfreiheit, geltend gemacht werden, erübrigt es sich und geht es

<sup>307</sup> Vgl. oben Rn. 55 ff. und bspw. RICHLI/VALLENDER, 52.

<sup>308</sup> Vgl. oben Rn. 72 ff.

<sup>309</sup> Von Bedeutung ist sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hauptsächlich bei der Anerkennung ungeschriebener Grundrechte oder bei der Konkretisierung geschriebener verfassungsmässiger Rechte, die sich sehr weit vom ursprünglichen Inhalt dieser Norm entfernt haben (KÄLIN, Verfahren, 66; vgl. bspw. BGE 121 I 370 E. 2a).

<sup>310</sup> Dazu oben Rn. 62 f.

auch nicht an, ihn als verfassungsmässiges Recht anzuerkennen. Aufgrund der engen Verknüpfung mit der Wirtschaftsfreiheit würde es auch wenig Sinn machen, den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität als eigenständiges, verfassungsmässiges Recht anzuerkennen, denn bezüglich der Frage des Geltungsbereiches käme man nicht umhin, auf diejenigen der Wirtschaftsfreiheit zurückzugreifen.

- 115 Die Praxis des Bundesgerichts weist in dieselbe Richtung. Eine Beeinträchtigung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit bzw. des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität - dieser im Zusammenhang mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden - konnte bisher lediglich im Zusammenhang mit einem verfassungsmässigen Recht - vorab der Wirtschaftsfreiheit - geltend gemacht werden.<sup>311</sup> In einer neuen Entscheidung hält das Bundesgericht in diesem Sinne auch klar fest, dass sich allein aus dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität keine subjektiven Rechte ableiten lassen.<sup>312</sup>

#### *D. Fazit*

- 116 Das Gebot der Wettbewerbsneutralität - als Ausfluss des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit - gehört mit dem Legalitätsprinzip, dem Erfordernis des

---

<sup>311</sup> Vgl. bspw. BGE 124 II 211 E. 8a; 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 121 I 279 ff.; 120 Ia 236 ff.; 119 Ia 378 ff. Vgl. immerhin Rn. 153 ff., 91. Zur Frage, ob es sich beim Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden um ein eigenständiges verfassungsmässiges Recht handle siehe unten Rn. 292 ff.

<sup>312</sup> BGE 124 II 211 E. 8a.

öffentlichen Interesses und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zur *Schrankensystematik* der Wirtschaftsfreiheit.<sup>313</sup>

- 117 In dieser Beziehung und im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit kommt dem Gebot der Wettbewerbsneutralität aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in individualbezogener Hinsicht eine eigenständige *Prinzipiengeltung* zu.<sup>314</sup>
- 118 Aufgrund dieser fundamentalen Bedeutung des Gebots der Wettbewerbsneutralität und dem Zusammenspiel mit den - allgemeinen - Verfassungsgrundsätzen des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit ist es als *spezifischer Verfassungsgrundsatz* anzuerkennen, welcher im Rahmen der Rüge, eine staatliche Massnahme beeinträchtigt ein verfassungsmässiges Recht, geltend gemacht werden kann.<sup>315</sup>
- 119 Beim Grundsatz der Wettbewerbsneutralität handelt es sich *nicht* um ein verfassungsmässiges Recht, da er in Art. 31 Abs. 2 bzw. Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 BV explizit als im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit zu beachtende Schranke vorgesehen ist.<sup>316</sup>

---

<sup>313</sup> Vgl. oben Rn. 97.

<sup>314</sup> Vgl. oben Rn. 103.

<sup>315</sup> Vgl. oben Rn. 106.

<sup>316</sup> Vgl. oben Rn. 113-115.