

§ 3 Geltungs- und Schutzbereich

I. Allgemeines

- 120 Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität als spezifischer und individualbezogener Verfassungsgrundsatz spielt - von Natur her - grundsätzlich in denjenigen Bereichen eine Rolle, in denen es um die Beurteilung von *wirtschaftsrelevanten* staatlichen Massnahmen geht.¹ Wirtschaftsrelevant ist eine staatliche Massnahme dann, wenn sie unmittelbar oder mittelbar Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wettbewerb zur Folge hat.²
- 121 Als Verfassungsgrundsatz kann der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität indessen nur im Zusammenhang mit einem *verfassungsmässigen Recht* geltend gemacht werden. Das wirtschaftsrelevante Handeln des Staates muss folglich, soll der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität geltend gemacht werden können, in den Schutzbereich eines verfassungsmässigen Rechts fallen. Primär fällt es in den Schutzbereich der *Wirtschaftsfreiheit*.³ Sekundär können auch andere verfassungsmässige Rechte - vor allem die Eigentums-, Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit - zum Zuge kommen.⁴ Im weiteren spielt der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität im Zusammenhang mit dem *Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot* eine Rolle.⁵
- 122 Zunächst ist der allgemeine sachliche Geltungsbereich des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität zu skizzieren und anschliessend in einem besonderen Teil zu erläutern, welche Grundrechte im Rahmen dieses Geltungsbe-

¹ Vgl. vor allem Art. 31 Abs. 2, Art. 31^{bis} Abs. 2 BV. Vgl. unten Rn. 129 ff., 153 ff., 156 ff., 161 ff.

² Vgl. auch oben Rn. 55.

³ Vgl. Art. 31 Abs. 2, Art. 31^{bis} Abs. 2 BV. Vgl. dazu auch oben Rn. 104 und unten Rn. 129 ff.

⁴ Siehe dazu Rn. 153 ff., 156 ff. GYGI/RICHLI, 53, führen zusätzlich die *Strassenfreiheit* an (dazu GYGI/RICHLI, 63 f.).

⁵ Siehe unten Rn. 161 ff.

reichs hauptsächlich Schutz bieten und es so ermöglichen, den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität anzurufen.

II. Sachlicher Geltungs- und Schutzbereich

A. Im Allgemeinen

- 123 Der Staat muss bei seinem gesamten Handeln die Verfassung, insbesondere die Grundrechte und die Verfassungsgrundsätze, beachten.⁶ Bei *sämtlichen wirtschaftsrelevanten staatlichen Tätigkeiten* ist der Staat deshalb prinzipiell an den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gebunden.⁷
- 124 Das wirtschaftsrelevante Handeln des Staates kann schematisch unterteilt werden einerseits in *hoheitliche* oder *nicht-hoheitliche Verwaltungstätigkeit* und andererseits in *Eingriffsverwaltung* oder *Leistungsverwaltung*.⁸
- 125 Das wirtschaftsrelevante staatliche Handeln erfolgt meistens *hoheitlich*, d.h. durch Erlass eines rechtsetzenden Aktes, einer Allgemeinverfügung, einer Verfügung oder - unter Umständen⁹ - eines Realaktes.¹⁰ Lediglich in ein-

⁶ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1093 ff.; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 22 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 15 N. 57; SALADIN, 292 ff. Vgl. auch Art. 31 Abs. 2 VE 96 (Botschaft VE 96, 193). Vgl. dazu auch unten Rn. 142 ff.

⁷ Ebenso JAAG, Wettbewerbsneutralität, 478. Der Staat muss den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität also nicht bloss bei Erlass von Massnahmen beachten, die in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit fallen (Art. 31 Abs. 2, Art. 31^{bis} Abs. 2 BV).

⁸ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 14 ff.; KNAPP, Grundlagen I, N. 108 ff., 114 ff. RICHLI, Informationsmittel, 154 f., anerkennt daneben auch der *Informationsverwaltung* selbständige Bedeutung zu (vgl. auch MÜLLER/MÜLLER-GRAF, 360 ff.). V.a. GYGI, Verwaltungsrecht, 30, weist jedoch zu Recht darauf hin, dass heute Eingriffs- und Leistungsverwaltung zum Teil stark ineinander verweben sind (z.B. in der Sozialversicherung) und sich gegenseitig bedingen. Zur Abgrenzung des hoheitlichen vom nicht-hoheitlichen Handeln vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 15 f., 202 ff.

⁹ Soweit sie geeignet sind, in die Rechtsstellung des einzelnen einzugreifen, erfolgen Realakte hoheitlich (EGV-SZ 1983, Nr. 10, S. 47; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 35 B. I.).

zelen Bereichen verzichtet der Staat auf das hoheitliche Handeln und betätigt sich in den Formen des Privatrechts.¹¹ Von Bedeutung ist an dieser Stelle, dass der Staat nicht nur im Bereich des hoheitlichen, sondern - wie das Bundesgericht in neueren Entscheiden betont¹² - auch im Bereich des nicht-hoheitlichen Handelns¹³ an die Verfassung, insbesondere an die Wirtschaftsfreiheit und den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, gebunden ist.¹⁴

- 126 Hoheitlicher Natur ist in der Regel die *Eingriffsverwaltung*. Darunter wird grundsätzlich jene Verwaltungstätigkeit verstanden, welche in die Rechte und Freiheiten des Privaten eingreift.¹⁵ In diesen Bereich des wirtschaftsrelevanten Handelns des Staates gehören vor allem die *öffentlichen Abga-*

¹⁰ Vgl. statt vieler IMBODEN/RHINOW und RHINOW/KRÄHENMANN, je Nr. 35 B.I.-VIII. Zur Einordnung der Instrumente des informalen Verwaltungshandelns vgl. MÜLLER/MÜLLER-GRAF, 371 ff.

¹¹ Nicht-hoheitlich ist beispielsweise die administrative Hilfstätigkeit, die Verwaltung des Finanzvermögens, die Tätigkeit der Kantonalbanken, der staatlichen Eisenbahnen und der Post, sowie das informelle Verwaltungshandeln (Hinweise, Mitteilungen, Auskünfte, Empfehlungen, Orientierungen, Weisungen, Mahnungen, Bestätigungen usw.; vgl. RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 35 B.II.c.) und zum Teil die Realakte (HÄFELIN/MÜLLER, N. 17).

¹² BGE v. 10. Juli 1986 i.S. Molki AG c. EVD, E. 3c.bb. (= ZBl 1987, 205 ff., mit zustimmenden Anmerkungen von G. MÜLLER); BGE 109 Ib 155 E. 4: Die schweizerische Nationalbank bleibt „an ihren öffentlichen Auftrag im weitesten Sinne gebunden (...), was zur Folge hat, dass sie in ihren privatrechtlichen Aktivitäten sinngemäss die verfassungsmässigen Grundrechte zu beachten hat. Sie darf auch als Subjekt des Privatrechts insbesondere nicht rechtsungleich oder willkürlich Rechte erteilen oder Pflichten auferlegen.“ Vgl. auch den Entscheid des Regierungsrates des Kt. Aargau v. 17. November 1986 (= ZBl 1987, 266 ff.) mit der anschliessenden Würdigung von G. MÜLLER.

¹³ Soweit *Private* Träger öffentlicher Aufgaben sind, sind sie selbstverständlich nur in diesem Aufgabenbereich an die Grundrechte gebunden (vgl. A. MÜLLER, 76 ff., 78; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 24). Vgl. auch unten Rn. 173.

¹⁴ Vgl. ANDRICH, 51; GAUCH, 322; HÄFELIN/HALLER, N. 1104; HÄFELIN/MÜLLER, N. 213, 236 ff.; HANGARTNER, Grundrechte, 48 ff.; MARTI, 38 f.; RHINOW, Verfügung, 306; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N. 92 ff., 95; SCHÖN, 37; vgl. auch die Würdigung des Entscheids des Regierungsrates des Kt. Aargau v. 17. November 1986 durch G. MÜLLER (= ZBl 1987, 266 ff.); kritisch KNAPP, Grundlagen I, N. 77. Vgl. oben Rn. 15, 17 und zum Umfang der Bindung unten Rn. 171 ff. Zur Problematik vgl. indessen HÄFELIN/MÜLLER, N. 238; RICHLI, Regelungsdefizit, 196 ff.

¹⁵ HÄFELIN/MÜLLER, N. 18. Zum Begriff der „Hoheitlichkeit“ vgl. jedoch RHINOW, Verfügung, 301 f. Dazu nachstehend Rn. 129 ff., 153 ff.

ben¹⁶ und die sog. *wirtschaftspolizeilichen* Regelungen, welche „zum Schutze von Ruhe und Ordnung, der öffentlichen Gesundheit, Sittlichkeit und Sicherheit sowie von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (...) oder (aus) sozialpolitisch(en)“¹⁷ Gründen erlassen werden.¹⁸

127 Die *Leistungsverwaltung* vermittelt dem Privaten dagegen staatliche – insbesondere wirtschaftliche und soziale - Leistungen.¹⁹ Sie ist zum Teil hoheitlicher, zum Teil nicht-hoheitlicher Natur.²⁰ In diesen Bereich des wirtschaftsrelevanten Handelns des Staates fallen vor allem die *wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Privilegien*, welche der Staat vergibt, wie zum Beispiel die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, die Unterstützung privater Tätigkeiten durch das Gemeinwesen, die Wirtschaftsregulierung durch Bewilligungen und Kontingente sowie die Verteilung knapper Ressourcen.²¹

128 Grundsätzlich ist festzuhalten, dass der Staat sowohl im Bereich der Eingriffs- und der Leistungsverwaltung als auch bei seinem hoheitlichen und nicht-hoheitlichen Handeln den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zu beachten hat.²² Dies gilt sowohl bei der Rechtsetzung als auch bei der Rechts-

¹⁶ Als solche fallen in Betracht die *Kausalabgaben* (Beiträge, Gebühren, Ersatzabgaben) und die *Steuern* (direkte, indirekte; inkl. Gemengsteuern). Vgl. dazu bspw. GYGI, Verwaltungsrecht, 262 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 2039 ff.; RHINOW/KRÄHENMANN und IMBODEN/RHINOW, je Nr. 108-114.

¹⁷ BGE v. 7. Februar 1995 i.S. P. AG c. IKS, E. 3b (= ZBI 1995, 422 ff.); BGE 118 Ia 176 f. E. 1, mit Verweisen.

¹⁸ Vgl. die Übersicht bei HÄFELIN/HALLER, N. 1404 ff. Zu beachten ist, dass nicht nur die Kantone, sondern auch der Bund „wirtschaftspolizeiliche“ Massnahmen erlassen kann (vgl. Art. 31^{bis} Abs. 2 BV); vgl. dazu HÄFELIN/HALLER, N. 1437 f.; MARTI, 91 ff.

¹⁹ HÄFELIN/MÜLLER, N. 20. Vgl. auch J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 76. Vgl. dazu nachstehend Rn. 141 ff.

²⁰ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 20; RHINOW, Verfügung, 295 ff. Zur Abgrenzung des hoheitlichen vom nicht-hoheitlichen Handeln vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 15 f., 202 ff.

²¹ Vgl. dazu JAAG, Wettbewerbsneutralität, 479 ff. Darunter fallen auch die wirtschaftspolitischen *Förderungsmassnahmen* von Bund und Kantonen (vgl. dazu GYGI, Wirtschaftsverfassung, 363; HÄFELIN/HALLER, N. 1453 ff.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 75 f., 465 ff.; vgl. bereits oben Rn. 59).

²² Vgl. allgemein BGE 113 V 32 E. 4d; HÄFELIN/MÜLLER, N. 23; HANGARTNER, Grundrechte, 134; SALADIN, 321, 323. Bezüglich dem nicht-hoheitlichen Handeln vgl. oben Rn. 125. Bezüglich

anwendung.²³ Wirtschaftsrelevante Erlasse und unbestimmte Rechtssätze sind insbesondere verfassungskonform, d.h. wettbewerbsneutral, auszulegen.²⁴

B. Im Besonderen

1. Die Wirtschaftsfreiheit

a) Die Wirtschaftsfreiheit als Abwehrrecht

aa) Genereller Schutzbereich

- 129 Das wirtschaftsrelevante Handeln des Staates fällt in erster Linie in den Schutzbereich der *Wirtschaftsfreiheit*. Hauptsächlich im Zusammenhang mit diesem Grundrecht ist der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität - als spezi-

öffentlicher Abgaben vgl. RICHLI, Rechtsprobleme, 108 f.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 84. Bezüglich der Leistungsverwaltung vgl. BGE 117 Ib 395 E. 6d; GALLI, 95 f.; JAAG, Wettbewerbsneutralität, 478; KNAPP, Grundlagen I, N. 117; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 72; RICHLI, Subventionen, 61 f.; WEBER-DÜRLER, Finanzhilfe, 7.

²³ Vgl. BGE 124 II 211 E. 8a; 102 Ia 547 E. 11e. Gemäss Botschaft BGBM, 64, 69, ist die grosse Mehrheit der wettbewerbsverzerrenden Diskriminierungen in Kantonen und Gemeinden jedoch nicht im geschriebenen Recht, sondern vielmehr in der Rechtsanwendung auszumachen.

²⁴ So ausdrücklich BGE 124 II 211 E. 8a; 123 II 23 E. 3b, 35 f. E. 10; 117 Ib 123 E. 8c; ebenfalls VGE-SZ 333/97 v. 14. Mai 1997, E. 1b, 3b; VGE-ZH v. 18. Mai 1984 i.S. Verband Schweizer Reform- und Diätfachgeschäfte c. Kt. Zürich, E. 4 (= ZBl 1985, 64 ff.); vgl. auch BGE 123 II 11 E. 2; 122 V 93 E. 5a.aa; 120 Ia 290 E. 2b; 119 V 130 E. 5b; 106 Ib 124 E. 3b.ee. Zum Ganzen vgl. auch BLUMENSTEIN/LOCHER, 23 ff.; JAAG, Bemerkungen, 220; MARTI, 14 f.; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 46 ff.; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 24 B.I. und II; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 5 ff.; VALLENDER, Auslegung, 39 f. Bezüglich Erlassen des Bundes statuieren Art. 113 Abs. 3 und Art. 114^{bis} Abs. 3 BV nur ein Anwendungsgebot, kein Prüfungsverbot; allerdings findet die verfassungskonforme Auslegung - auch bei festgestellter Verfassungswidrigkeit - im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung ihre Schranke (BGE 123 II 11 E. 2; 122 V 93 E. 5a.aa). Vgl. auch unten Rn. 135. Zu den unselbständigen Verordnungen des Bundesrates vgl. unten Rn. 206 Fn. 618.

fisch wirtschaftsbezogener Verfassungsgrundsatz²⁵ und Ausfluss des *Grundsatzes* der Wirtschaftsfreiheit - von Bedeutung.²⁶

- 130 Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet den Privaten - wie die anderen Freiheitsrechte - jedoch primär nur einen Schutzbereich gegen staatliche *Eingriffe*.²⁷ Sie stellt deshalb grundsätzlich ein *negatives Recht* bzw. ein *Abwehrrecht* des Privaten gegenüber dem Staat dar. Der Staat wird zu einem Dulden oder Unterlassen verpflichtet.²⁸
- 131 Dieses sog. *defensive Grundrechtsverständnis* entspricht dem traditionellen Verständnis in der Schweiz.²⁹ Ausser Acht gelassen wird dabei, dass sich das wirtschaftsrelevante Handeln des Staates in starkem Masse auch im Bereich der Leistungsverwaltung abwickelt.³⁰
- 132 Die Wirtschaftsfreiheit schützt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im traditionellen Sinne *jede gewerbsmässig ausgeübte privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinnes oder eines Erwerbseinkommens dient*.³¹
- 133 Unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit steht also die *wirtschaftliche*³² *Tätigkeit*^{33, 34} Ideelle Tätigkeiten - zum Beispiel in geistigen, religiösen oder

²⁵ Vgl. oben Rn. 106.

²⁶ Vgl. oben Rn. 104. Vgl. jedoch unten Rn. 153 ff., 156 ff., 161 ff.

²⁷ Vgl. BGE 122 I 136 E. 3c.aa.

²⁸ Vgl. GYGI/RICHLI, 59 f.; HÄFELIN/HALLER, N. 1090; WEBER-DÜRLER, Finanzhilfe, 1 f.

²⁹ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1090 ff.; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 21; SALADIN, 292 ff.

³⁰ Vgl. dazu unten Rn. 142 ff.

³¹ Vgl. BGE 123 I 217 E. 3a; 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 119 Ia 381 E. 4b; 118 Ib 362 f. E. 4c; 117 Ia 445 E. 2; 116 Ia 121 E. 3; 114 Ia 312 E. 3b; 106 Ia 269 E. 1. Vgl. die Kasuistik bei MARTI, 44 ff.

³² BGE 123 I 15 E. 2a; 120 Ia 132 E. 4a; 119 Ia 375 E. 2a; 116 Ia 239 E. 2c; 113 Ia 40 E. 4a, 282 E. 1; 111 Ia 186 E. 2a; 106 Ia 103 E. 6a, 362 f. E. 4d; 103 Ia 401 E. 2c. Vgl. auch MARTI, 23, 41.

³³ Dagegen bezieht sich die *Eigentumsgarantie* auf die Gegenstände dieser Tätigkeit bzw. ein Rechtsinstitut (Eigentum, beschränkte dingliche Rechte, Besitz, obligatorische Rechte, Immaterialgüterrechte, sog. wohlverworbene Rechte, nicht aber faktische Interessen; vgl. GYGI/RICHLI, 51;

politischen Bereichen - fallen nicht darunter. Sie werden durch spezifische Grundrechte geschützt.³⁵

- 134 Im weiteren muss es sich bei der wirtschaftlichen Tätigkeit um eine *Erwerbstätigkeit*³⁶ handeln, d.h. sie muss darauf ausgerichtet³⁷ sein, einen *Gewinn* oder ein *Einkommen* zu erzielen.³⁸ Die Erwerbstätigkeit geniesst dabei auch dann den Schutz der Wirtschaftsfreiheit, wenn sie als sittlich anstössig erscheint; sie darf jedoch nicht mit Strafe bedroht sein.³⁹
- Geschützt ist ferner nicht nur die *selbständige*, sondern auch die *unselbständige*,⁴⁰ sowie nicht nur die *berufsmässige*, sondern auch die *nebenberufliche* oder *bloss gelegentliche* Erwerbstätigkeit⁴¹.

J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 327; ZIMMERMANN, 38 f. und unten Rn. 153 ff.); vgl. BGE 121 I 333 E. 3; ähnlich E. GRISEL, vol. 1, n. 237, 285; HÄFELIN/MÜLLER, N. 1574. Aufgrund ihrer - gemeinsamen - Eigenschaft als wirtschaftliche Grundrechte (vgl. GYGI/RICHLI, 35; HÄFELIN/HALLER, N. 1088) können sich zwischen dem Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit und demjenigen der Eigentumsgarantie Spannungen und Überschneidungen ergeben (vgl. dazu E. GRISEL, vol. 1, n. 286 ff.; SALADIN, 267 ff.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 122 f.; siehe auch unten Rn. 153 ff.).

³⁴ Die wirtschaftliche Tätigkeit ist immer eine *persönliche* (vgl. E. GRISEL, vol. 1, n. 236). Dies ergibt sich bereits daraus, dass Träger der Wirtschaftsfreiheit nur natürliche und juristische *Personen* sein können (vgl. auch unten Rn. 164 ff.). Im weiteren ist sie sehr vielfältig (vgl. die Aufzählung bei AUBERT, Bd. 2, ad 1875; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 358).

³⁵ Vgl. auch AUBERT, Bd. 2, ad 1872; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 28. Zur Abgrenzung vgl. E. GRISEL, vol. 1, n. 262 ss.

³⁶ BGE 123 I 15 E. 2a; 120 Ia 132 E. 4a; 119 Ia 375 E. 2a; 109 Ia 70 E. 3a, 121 E. 4b; 106 Ia 362 f. E. 4d; 105 Ia 74 E. 6.

³⁷ Es muss *Erwerbsabsicht* vorliegen (MARTI, 41). Der Erwerb darf sich nicht nur als *Resultat* einer Tätigkeit ergeben (vgl. E. GRISEL, vol. 1, n. 236). Dazu auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 28.

³⁸ BGE 119 Ia 67 E. 6a, 381 E. 4b; 114 Ia 36 E. 2a; 110 Ia 102 E. 5a; 106 Ia 269 E. 1; 103 Ia 261 f. E. 2a; 101 Ia 476 E. 2b. Vgl. auch AUBERT, Bd. 2, ad 1873, mit dem Hinweis, dass sich deshalb *Konsumenten* - aufgrund ihrer passiven Rolle (vgl. E. GRISEL, vol. 1, n. 242) - nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können (vgl. dazu BGE 102 Ia 121 f. E. 7; E. GRISEL, vol. 1, n. 242; MARTI, 50 f.; a.M. GYGI/RICHLI, 9, 19, 57; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 359; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 117 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 29 f.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 67 f.); RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 69. Die Wirtschaftsfreiheit schützt auch Tätigkeiten, die lediglich die Selbstkosten decken sollen (RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 71; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 28; vgl. auch HANGARTNER, Grundrechte, 135; MARTI, 40 f.). MARTI, 24, weist jedoch zu Recht darauf hin, dass es nicht nur um eine «Freiheit des Geldverdienens», sondern regelmässig auch noch um andere Werte wie die Liebe zum Beruf, die Freude an der gewählten Tätigkeit sowie die Befriedigung ob der geleisteten Arbeit geht (kritisch insofern BGE 97 I 121 E. 4).

³⁹ BGE 106 Ia 269 E. 1; 101 Ia 476 E. 2b; vgl. E. GRISEL, vol. 1, n. 239, 245.

⁴⁰ BGE 123 I 15 E. 2a; 113 Ia 282 E. 1; 103 Ia 261 f. E. 2a; 100 Ia 174 E. 3; 84 I 20 f. E. 2; HÄFELIN/HALLER, N. 1385; MARTI, 48 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 27, 77.

- 135 Die Erwerbstätigkeit muss schliesslich *privatwirtschaftlicher* Natur sein.⁴² Öffentliche Tätigkeiten in allen ihren Formen entziehen sich der Wirtschaftsfreiheit.⁴³ Wer öffentliche Aufgaben erfüllt, kann sich grundsätzlich nur soweit auf diese berufen, als die ausgeübte Tätigkeit in keinem funktionellen Zusammenhang zu dieser öffentlichen Aufgabe steht.⁴⁴
- Keine privatwirtschaftliche Tätigkeit liegt vor, wenn eine wirtschaftliche Tätigkeit zur Staatsaufgabe,⁴⁵ zum öffentlichen Amt,⁴⁶ zum öffentlichen Dienst oder zum staatlichen Monopol⁴⁷ erklärt wurde.⁴⁸ Da die Wirt-

⁴¹ BGE 121 I 329 E. 2a; 118 Ia 176 E. 1; 111 Ia 186 E. 2a; VGE-AG v. 28. Oktober 1986 i.S. E. und G. c. Regierungsrat des Kt. Aargau, E. 4a (= ZBl 1988, 52 ff.); AUBERT, Bd. 2, ad 1876; E. GRISEL, vol. 1, n. 241; HANGARTNER, Grundrechte, 135; MARTI, 49 f.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 71.

⁴² BGE 123 I 15 E. 2a; 121 I 328 f. E. 2a; 119 Ia 375 E. 2a, 381 E. 4b; 116 Ia 239 E. 2c; 113 Ia 282 E. 1; 106 Ia 103 E. 6a; 103 Ia 401 E. 2c. Vgl. E. GRISEL, vol. 1, n. 246 ss.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 26.

⁴³ Vgl. AUBERT, Bd. 2, ad 1874; E. GRISEL, vol. 1, n. 247, 250, 259 ss.; MARTI, 42 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 43 ff.

⁴⁴ BGE 121 I 328 f. E. 2a (nebenberufliche Tätigkeit eines Beamten); vgl. noch BGE 113 Ia 101 E. 4b; 103 Ia 401 E. 2c; 100 Ia 318 E. 4. Vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1382 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 48.

⁴⁵ Vgl. bspw. Art. 34^{bis} BV (Kranken- und Unfallversicherung); die öffentliche Beurkundung (BGE 73 I 371 f. E. 2).

⁴⁶ Bspw. der amtliche Verteidiger (BGE 113 Ia 71 E. 6; 109 Ia 109 E. 2b; 95 I 410 f.), Universitätsprofessoren, Klinikdirektoren kantonaler Krankenhäuser (BGE 100 Ia 318 E. 4). Vgl. auch E. GRISEL, vol. 1, n. 258; GYGI/RICHLI, 69; MARTI, 42 f.

⁴⁷ Dem Bund wird in der Verfassung z.B. in verschiedenen Bereichen ein *unmittelbares* (vgl. bspw. Art. 26 [Eisenbahnen], Art. 36 [Post], Art. 55^{bis} BV [Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen]; vgl. auch E. GRISEL, vol. 2, n. 955 ss.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 1992; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 94 f.) oder *mittelbares* (vgl. bspw. Art. 34^{bis} BV [Kranken- und Unfallversicherung], Art. 31b Abs. 1 USG [Entsorgungsmonopol; BGE 123 II 367 f. E. 5a und b]; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER, N. 1993; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 94 f.) *rechtliches Monopol* eingeräumt, welches - soweit der Bundesgesetzgeber es im zur Diskussion stehenden Punkt ausgeschöpft hat (BGE 117 IV 355 ff. E. 3d-g, betreffend Handel mit Sprechapparaten durch die PTT-Betriebe) - als solches eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit darstellt, mit der Folge, dass sich der Private in diesem Bereich nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen kann (BGE 123 II 368 E. 5b; BGE v. 9. Juni 1997 i.S. G.AG c. EVED, E. 3c [= 2A.471/1996; = ZBl 1998, 272 ff.]; BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 4c [= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781]; BGE 122 V 95 f. E. 5b.bb.aaa; 109 V 217 E. 4d.bb). Bezüglich der kantonalen Monopole vgl. Art. 31 Abs. 2 BV (Berg- [vgl. BGE 119 Ia 405 ff. E. 11b], Salz-, Jagd- [vgl. BGE 119 Ia 131 E. 3d] und Fischeiregal; zum Ganzen auch BGE 124 I 14 ff. E. 3). Wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse es rechtfertigt, können die Kantone auch neue Monopole errichten (sog. *Polizeimonopole*; vgl. BGE 124 I 14 ff. E. 3, 27 ff. E. 3); daneben existieren *faktische Monopole* (vgl. dazu BGE 88 I 64 f. E. 3; und allgemein AUBERT, Bd. 2, ad 1949 ff.; E. GRISEL, vol. 2, n. 471 ss., 974 ss.;

schaftsfreiheit nur soweit gilt, als sie nicht durch die Bundesverfassung und die auf ihr beruhenden Gesetzgebung eingeschränkt ist, sind die genannten Bereiche vom Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit *grundsätzlich* ausgenommen.⁴⁹ Sie bilden jedoch keine „Reservate staatlicher Willkür“⁵⁰ und die betreffenden Normen sind insbesondere *verfassungskonform auszulegen*⁵¹. Überdies muss auch bei Vorliegen eines Verfassungsvorbehalts so wie bei der Ausgestaltung einer Ausnahmeordnung „so freiheitlich und marktwirtschaftlich wie möglich“ verfahren werden,⁵² d.h. der *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität* ist auch in diesen Bereichen - soweit möglich - zu wahren^{53, 54}.

136 Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet dem Bürger in diesem Rahmen nicht nur das Recht, am privatwirtschaftlichen Wettbewerb teilzunehmen, sondern

HÄFELIN/HALLER, N. 1495 ff.; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 374 ff.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 193 ff., 201; SALADIN, 252 ff.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 93 f., 102 ff.).

⁴⁸ Vgl. GYGI/RICHLI, 69 ff.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 72; vgl. auch AUBERT, Bd. 2, ad 1874; HANGARTNER, Grundrechte, 135 f.; MARTI, 40; SALADIN, 252 ff., 260 f.

⁴⁹ Vgl. insbesondere E. GRISEL, vol. 1: n. 259 ss., vol. 2: n. 923, 929 s., 933 ss.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 60, 93.

⁵⁰ G. MÜLLER, Reservate, 109 ff.

⁵¹ Vgl. BGE 119 V 130 E. 5b; vgl. auch oben Rn. 128.

⁵² BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 77; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 90; vgl. auch AMSTUTZ, 887; LENDI, 259 f.

⁵³ BGE 118 Ib 362 E. 4b; 117 Ib 395 E. 6d, 410 E. 3; 116 Ib 277 E. 4c; 106 Ib 118 ff.; 100 Ib 318 ff.; JAAG, Wettbewerbsneutralität, 478; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 157 B.II.d; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 7; WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 215; vgl. auch oben Rn. 56, 57, 128.

⁵⁴ Somit grundsätzlich auch in Bereichen, in denen der Bund vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen darf, wie bspw. beim Erlass von Vorschriften zur Erhaltung wichtiger in ihren Existenzgrundlagen gefährdeter Wirtschaftszweige oder Berufe sowie zur Förderung der beruflichen Leistungsfähigkeit der Selbständigerwerbenden in solchen Wirtschaftszweigen oder Berufen (Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. a BV), und bei Erlass von Vorschriften zum Schutze wirtschaftlich bedrohter Landesteile (Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. c BV; vgl. dazu LENDI, 259 f.). Betreffend Art. 27^{ter} Abs. 1 lit. b BV (Filmwesen) vgl. BGE 113 Ib 97 ff. Auch die Kantone haben, soweit sie die Zulassung neuer Betriebe gemäss Art. 31^{ter} und Art. 32^{quater} BV besonderen Bedürfnisklauseln unterwerfen, den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität möglichst zu wahren (vgl. BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3c [=2P.371/1993]). Zu *zurückhaltend* war das Bundesgericht in BGE 122 V 95 ff. E. 5b.bb. (Benachteiligung des medizinischen Masseurs gegenüber dem Physiotherapeuten im Bereich der passiven physikalischen Therapie zur Betätigung für die Krankenversicherung); ebenfalls BGE v. 9. Juni 1997 i.S. G.AG c. EVED, E. 3c (= 2A.471/1996; = ZBl 1998, 272 ff.; Konzessionsverweigerung für einen regelmässigen gewerbmässigen Busbetrieb Zürich-

sich dabei auch nach den Grundsätzen des freien Wettbewerbs benehmen zu können, d.h. in der Lage zu sein, seine wirtschaftliche Tätigkeit so zu organisieren, wie ihm beliebt.⁵⁵ In diesem Sinne gewährleistet die Wirtschaftsfreiheit unter anderem die Freiheit in der *Berufswahl* und deren *Ausübung*,⁵⁶ die freie Wahl bezüglich *Ort*⁵⁷ und *Zeit*⁵⁸ der privatwirtschaftlichen Tätigkeit, der *Unternehmensform*,⁵⁹ der *Mitarbeiter*,⁶⁰ der *sachlichen Betriebsmittel*,⁶¹ der *Geschäftsbeziehungen*⁶² sowie die *Werbefreiheit*⁶³ und die wirtschaftliche *Vereinigungsfreiheit*^{64 65}.

München mit der Begründung, dass die Busverbindung die Schweizerischen Bundesbahnen ernsthaft konkurrenzieren würde).

⁵⁵ So BGE 86 II 376 E. 4c. Vgl. auch MARTI, 23, der schliesslich prägnant zusammenfasst: „Jede Art der Erwerbstätigkeit, in jeder Modifikation und jeder Intensität, an jedem Ort in der Schweiz und zu jeder Zeit, geniesst den Schutz dieses Freiheitsrechts.“ (62). Vgl. auch BGE 91 I 460 E. 2: „Die Handels- und Gewerbefreiheit gewährleistet den freien Zugang zu einer privaten Erwerbstätigkeit und die freie Ausübung der gewählten Tätigkeit (...).“

⁵⁶ BGE 122 I 133 E. 3a; 120 Ia 132 E. 4a, 298 f. E. 6b; 119 Ia 43 E. 4a, 375 E. 2a; 116 Ia 240 E. 2d; 103 Ia 262 E. 2a; 100 Ia 174 f. E. 3a; E. GRISEL, vol. 1, n. 302 ss.; HÄFELIN/HALLER, N. 1386 ff.; MARTI, 51 ff.; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 358; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 78 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 31 ff.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 63 f.; HANGARTNER, Grundrechte, 138 f., 141.

⁵⁷ BGE 113 V 31 E. 4d; 103 Ia 262 E. 2a; GYGI/RICHLI, 52; HANGARTNER, Grundrechte, 139, 141 f.; MARTI, 54 ff.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 84; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 34.

⁵⁸ E. GRISEL, vol. 1, n. 313; HÄFELIN/HALLER, N. 1389; MARTI, 62; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 84.

⁵⁹ E. GRISEL, vol. 1, n. 311; HÄFELIN/HALLER, N. 1392; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 359; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 84; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 34; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 65.

⁶⁰ BGE 122 I 47 E. 3b.cc; E. GRISEL, vol. 1, n. 311; MARTI, 57 f.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 65.

⁶¹ BGE 63 I 219 E. 1; 52 I 300 E. 2; E. GRISEL, vol. 1, n. 312; HÄFELIN/HALLER, N. 1390; MARTI, 58 f.; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 358; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 34; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 65.

⁶² BGE 104 Ib 210 E. 3b; HÄFELIN/HALLER, N. 1391; MARTI, 59 f.; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 358; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 84; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 34; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 65.

⁶³ BGE 123 I 15 ff. E. 2, 209 E. 6b; 118 Ib 362 f. E. 4c; 116 Ia 345 ff.; 104 Ia 475 E. 2; 87 I 264 E. 1, 271 E. 2, 453 E. 3; MARTI, 57, 63.

⁶⁴ Der Einzelne kann sich mit anderen Erwerbstätigen über die Ausübung der Erwerbstätigkeit frei verständigen oder sich mit ihnen zur gemeinsamen Ausübung einer Erwerbstätigkeit zusammenschliessen. Die Erwerbstätigen können vom Gemeinwesen auch nicht verhalten werden, einen Berufsverband zu bilden oder einem solchen beizutreten (HÄFELIN/HALLER, N. 1418, mit Hinweis auf einen unveröffentlichten BGE; MARTI, 60 ff.; anders noch BGE 78 I 415 E. 3a).

⁶⁵ Vgl. auch GYGI/RICHLI, 55 f.; Botschaft BGBM, 49 f. Die Wirtschaftsfreiheit gewährt dagegen keine *Konsumfreiheit* (BGE v. 12. September 1994 i.S. T. c. Einwohnergemeinde Moosseedorf, E. 7 [= ZBl 1995, 272 ff.]; BGE 102 Ia 122 E. 7; E. GRISEL, vol. 2, n. 375-379; GYGI, Wirtschafts-

137 Der Staat kann im Rahmen dieses Schutzbereiches in vielfältiger Weise Einfluss nehmen auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen den sich konkurrierenden Unternehmern.⁶⁶

bb) Die Besteuerung von Handel und Gewerben

138 Gemäss Art. 31 Abs. 2 BV dürfen die Kantone Handel und Gewerbe mit *besonderen Steuern* belegen. Sie sind dabei jedoch an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gebunden und dürfen insbesondere den *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität* nicht beeinträchtigen.⁶⁷

139 Nach überwiegender Meinung schützt die Wirtschaftsfreiheit nur vor *Steuern* (inkl. Gemengsteuern⁶⁸), d.h. vor öffentlichen Abgaben, die - zumindest teilweise - voraussetzungslos geschuldet sind und nicht als Entgelt für eine staatliche Leistung oder einen besonderen Vorteil erhoben werden,⁶⁹ nicht aber vor reinen Kausalabgaben⁷⁰.

verfassung, 362; HÄFELIN/HALLER, N. 1384; HANGARTNER, Grundrechte, 147; WINZELER, 430; a.M. GYGI/RICHLI, 9 f., 19; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 359; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 67 f.; vgl. auch JUNOD, 393); vgl. jedoch Art. 31^{sexies} BV.

⁶⁶ Vgl. bspw. oben Rn. 7 (BGE 119 Ia 378 ff.).

⁶⁷ Vgl. BGE 123 II 35 f. E. 10; vgl. auch BGE 121 I 131 ff. E. 3a und b; 87 I 30 f. E. 3; E. GRISEL, vol. 2, n. 901, 910; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 220; RICHLI/MÜLLER/JAAG, 20; SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 46; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 83 f.; RICHLI, Rechtsprobleme, 108 f.

⁶⁸ Vgl. BGE 121 I 131 E. 3a (zur Diskussion stand eine Abgabe, die teilweise aus einer kausalen, teilweise aus einer Lenkungs Komponente zusammengesetzt war; das Bundesgericht liess im konkreten Fall indessen offen, ob es sich um eine Gemengsteuer handelte); AUBERT, Bd. 2, ad 1944; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 217.

⁶⁹ Zum Begriff vgl. BGE 121 II 141 f. E. 3a; 99 Ib 230 E. 4a; HÄFELIN/MÜLLER, N. 2072; IMBODEN/RHINOW, Nr. 109 B.I. Aktuell ist die Problematik vor allem bezüglich der Beanspruchung öffentlichen Grundes oder öffentlicher Anstalten zu wirtschaftlichen Zwecken in der Form des gesteigerten Gemeindegebrauchs und der Sondernutzung. In diesen Fällen ist das Gemeinwesen bei der Ausgestaltung des Gebührentarifs nicht an das *Kostendeckungsprinzip* gebunden und darf die Gebühr Lenkungscharakter aufweisen (vgl. GYGI, Verwaltungsrecht, 272; HÄFELIN/MÜLLER, N. 2052 f.; offengelassen in BGE 121 I 236 E. 3e; 118 Ia 324 f. E. 4b). Es ist

140 Die Wirtschaftsfreiheit bietet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre indessen nur Schutz gegen *besondere Gewerbesteuern*,⁷¹ welche eine bestimmte privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit treffen.⁷² Hier ist der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität somit ohne weiteres zu beachten.⁷³ *Allgemeine Steuern*, welchen grundsätzlich alle Erwerbstätigkeiten unterworfen sind, fallen dagegen nicht in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit, „und zwar selbst dann nicht, wenn mit der Be-

deshalb nicht nur zulässig, „die Gebühren marktkonform zu gestalten, was sich insbesondere als Gebot der Wettbewerbsneutralität aus der Sicht der Handels- und Gewerbefreiheit aufdrängt (...), weil andernfalls Konkurrenten, welche privaten Boden mieten oder kaufen müssen, gegenüber solchen, die Allmend nach den Grundsätzen des Kostendeckungsprinzips benutzen können, benachteiligt wären.“ (VGE-BS v. 11. November 1994 i.S. G.H. c. Stadt Basel, E. 2 [= BJM 1997, 48 ff.]), sondern es leuchtet ohne weiteres auch ein, dass der Lenkungscharakter einer derartigen Gebühr nicht wirtschaftspolitisch motiviert sein darf.

⁷⁰ Vgl. BGE 75 I 112 E. 4; AUBERT, Bd. 2, ad 1944; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 217; SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 45; differenzierend dagegen E. GRISEL, vol. 2, n. 907 s. „Die Kausalabgaben unterscheiden sich von den Steuern dadurch, dass sie nicht «voraussetzungslos» geschuldet sind, sondern das Entgelt für bestimmte staatliche Gegenleistungen (Gebühren) oder besondere Vorteile (Vorzugslasten, Beiträge) darstellen und grundsätzlich dem *Kostendeckungs-* und *Äquivalenzprinzip* unterstehen.“ (BGE 121 II 141 E. 3a; Hervorhebungen durch den Verfasser). Als unter dem Aspekt der Wettbewerbsneutralität problematisch kann sich jedoch die Rechtsprechung des Bundesgerichts erweisen, wonach das *Äquivalenzprinzip* es nicht verbiete, „mit den Gebühren aus den rentablen Teilen einer Dienstleistungseinrichtung die Ausfälle aus den weniger rentablen Teilen dieser Einrichtung zu decken.“ (BGE v. 26. September 1980 i.S. X. c. Kt. Graubünden, E. 3d [= ZBl 1981, 451 ff.]; in casu wurde mit den Gebühren ein gewisser Ausgleich zwischen wirtschaftlich starken und schwachen Metzgern herbeigeführt; vgl. auch BGE 103 Ia 88 f. E. 5b; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 110 B.V.).

⁷¹ Vgl. BGE 84 I 106 E. 2b. Als besondere Gewerbesteuern fallen in Betracht: Billetsteuern, die Besteuerung des Wanderhandels, der Wanderlager, der Warenautomaten, der Ausverkäufe, die Patenttaxen im Gastgewerbe, Taxen für Ärzte, Apotheker, Anwälte, Liegenschaftsvermittler, Viehhändler, Trödler usw. (MARTI, 180 f.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 218). Vgl. auch AUBERT, Bd. 2, ad 1946; BLUMENSTEIN/LOCHER, 146; E. GRISEL, vol. 2, n. 901, 904.

⁷² Entscheidend ist einzig, dass es sich um eine - zumindest teilweise - voraussetzungslose Abgabe handelt, welche im Zusammenhang mit einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit erhoben wird (vgl. MARTI, 179).

⁷³ Vgl. eingehend MARTI, 181 ff., 185 ff. Das Bundesgericht hat bezüglich der besonderen Gewerbesteuern ausgeführt, dass, „d’une part elles doivent se justifier par des motifs d’intérêt général et ne pas servir uniquement à protéger de la concurrence une catégorie de commerçants et, d’autre part, elles ne doivent pas atteindre des proportions telles qu’elles deviennent prohibitives en excluant pratiquement la possibilité de réaliser un gain. (...) Tel sera le cas si leur montant empêche la réalisation d’un bénéfice convenable dans le commerce ou la branche en question, en rendant impossible ou excessivement difficile l’exercice de la profession.“ (BGE 87 I 30 ff. E. 3, mit zahlreichen Verweisungen). Vgl. auch BGE 45 I 347 ff.; VGE-ZH v. 7. Februar 1983, E. 3 (= ZBl 1983, 330).

lastung durch diese allgemeine Steuer eine Erschwerung des Konkurrenzkampfes verbunden“ sei.⁷⁴

- 141 VALLENDER ist zuzustimmen, dass dies in dieser allgemeinen und absoluten Form nicht richtig sein kann.⁷⁵ Bezüglich der allgemeinen Steuern wird *Art. 4 BV* herangezogen, aus dem die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie der Grundsatz der Verhältnismässigkeit der Steuerbelastung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit abgeleitet werden.⁷⁶ Da es sich bei den allgemeinen Steuern regelmässig um wirtschaftsrelevante staatliche Massnahmen handelt,⁷⁷ hat der Staat prinzipiell auch dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität Rechnung zu tragen,⁷⁸

⁷⁴ BGE 99 Ia 638 ff. E. 6; 96 I 560 ff. E. 3f; 73 I 59 f. E. 7 (mit weiteren Hinweisen); vgl. auch BGE 84 I 106 E. 2b; und allgemein BGE 69 I 178 E. 3. Vgl. AUBERT, Bd. 2, ad 1945; E. GRISEL, vol. 2, n. 903; HÄFELIN/HALLER, N. 1419; RICHLI/MÜLLER/JAAG, 20; SALADIN, 262; SCHÜR-MANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 45; a.M. BGE 61 I 330 f. E. 3; vgl. auch VGE-ZH v. 7. Februar 1983, E. 3 (= ZBl 1983, 330); HÖHN, Schranken, 246 f., wonach allgemeine Steuern als grundsätzlich wirtschaftspolitisch relevante staatliche Eingriffe von dem Moment an die Wirtschaftsfreiheit verletzen, in welchem sie die freie Wahl und Ausübung der privatwirtschaftlichen Tätigkeit als solche in Frage stellen; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 217.

⁷⁵ VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 84; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 36; RICHLI/MÜLLER/JAAG, 20; vgl. auch GYGI/RICHLI, 19. Vgl. zur verfassungskonformen Auslegung des Steuerrechts VALLENDER, Auslegung, 39 f.

⁷⁶ BGE 122 I 103 E. 2b.aa, 313 f. E. 6a, mit Hinweisen. Vgl. BLUMENSTEIN/LOCHER, 24 f., 144 ff.

⁷⁷ Vgl. MARTI, 173.

⁷⁸ In diesem Sinne auch BGE 123 II 35 f. E. 10 (Mehrwertsteuer), 393 E. 7 (Mehrwertsteuer), wobei zu beachten ist, dass der Bundesrat gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. b und d ÜBBest BV beim Erlass einer übergangsrechtlichen Mehrwertsteuerverordnung ausdrücklich zur Wahrung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität verpflichtet ist. Nach der hier vertretenen Ansicht hat der Bundesrat indessen bereits durch seine prinzipielle Bindung an die Bundesverfassung den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zu beachten, und zwar auch bei allgemeinen Steuern (siehe oben Rn. 64 ff.). Vgl. auch bereits VGE-BS v. 11. November 1994 i.S. G.H. c. Kt. Basel-Stadt, E. 2 (= BJM 1997, 48); BGE 90 I 162 f. E. 2 (Erhebung der Billetsteuer auf dem Minigolfspiel und dem Kegelschub); 61 I 330 f. (Glarner Minimalsteuer für Unternehmungen, die sich mit dem Detailvertrieb von Bedarfsartikeln des täglichen Gebrauchs befassen); VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 84. Vgl. auch BGE 98 Ib 24 ff. E. 4 (betreffend Warenumsatzsteuer auf Erzeugnissen, welche ausschliesslich auf „freiem Schaffen“ beruhen); BLUMENSTEIN/LOCHER, 27; HÖHN, Schranken, 246 f.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 217; VENANZONI, 291. Vgl. oben Rn. 123, 126, 128. Vgl. auch die Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht vom 28. August 1996 der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (Parlamentarische Initiative Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer [Dettling]) in BBl 1997 I 390, wonach er sich bei seinem Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer u.a. vom *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität* hat leiten lassen.

soweit die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit im besonderen tangiert ist⁷⁹.

b) Anspruch auf positive Leistungen des Staates aus der Wirtschaftsfreiheit?

142 Ausgehend vom traditionellen defensiven Grundrechtsverständnis hat das Bundesgericht wiederholt entschieden, dass die Wirtschaftsfreiheit - wie auch die übrigen Freiheitsrechte - grundsätzlich *keinen* Anspruch auf staatliche Leistungen beinhaltet.⁸⁰ Die Wirtschaftsfreiheit schütze lediglich vor staatlichen *Eingriffen*.⁸¹

143 Indessen ist heute grundsätzlich anerkannt, dass die Grundrechte „nicht bloss Mittel zur Abwehr staatlicher Gewalt, sondern auch Grundlage (...) der staatlichen Rechtsordnung“ darstellen.⁸² Dem liegt die Erkenntnis zu Grunde, dass sich die Grundrechte „durch eine bloss Abwehr staatlichen Handelns nur unvollkommen verwirklichen lassen“, hingegen „dann in umfassender Weise die Rechtswirklichkeit zu prägen (vermögen), wenn sie als Grundsätze verstanden werden, welche konstitutiv die abgeleitete Rechtsordnung bestimmen.“⁸³ Die Grundrechte „müssen verstanden werden als Verfassungsnormen, welche *bis in die feinsten Verästelungen der Rechts-*

⁷⁹ Vgl. auch MARTI, 179 ff.

⁸⁰ BGE 122 I 47 E. 3b.cc; 121 I 240 E. 3h; BGE v. 18. Februar 1991 i.S. B.AG c. Regierungsrat des Kt. Schwyz, E. 5 (= ZBl 1991, 560); BGE 118 Ib 362 E. 4b; 117 Ib 394 E. 6c.aa; 113 V 31 f. E. 4d; 109 Ia 124 E. 4d; 103 Ia 378 E. 4a; 102 Ia 396 E. 9, 542 E. 10b; 77 I 285 ff. E. 1. Vgl. jedoch BGE 107 Ia 307 E. 4: „(A)n dem Satz, wonach die Grundrechte keinen Anspruch auf positive Leistungen des Staates vermittelten, kann nach heutigem Verfassungsverständnis nicht unter allen Umständen festgehalten werden.“ (vgl. auch bereits BGE 100 Ia 469 E. 4).

⁸¹ BGE 117 Ib 394 E. 6c.aa. Vgl. GYGI/RICHLI, 61 ff.; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 74; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 51; SALADIN, 292 f., 300.

⁸² J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 22. Vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1093 ff.; SALADIN, 292 ff.

⁸³ SALADIN, 294 f.

ordnung ausstrahlen“, und die „gesamte einschlägige Rechtsordnung (muss) darauf angelegt (sein), die Verwirklichung ihrer Grundideen zu erstreben.“⁸⁴

Mit diesem sog. *konstitutiv-institutionellen Grundrechtsverständnis* eng verbunden ist nicht nur die Schlussfolgerung, dass der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität beim gesamten wirtschaftsrelevanten Handeln des Staates zu beachten ist, sondern auch die Frage, wieweit sich aus den Grundrechten Leistungsansprüche gegenüber dem Staat ableiten lassen.⁸⁵

144 Neuestens führt das Bundesgericht unter Berufung auf J.-P. MÜLLER⁸⁶ aus:

„Verfassungsmässige Rechte schützen in erster Linie gegen staatliche Eingriffe. Darüber hinaus enthalten sie eine konstitutive oder programmatische Komponente (...). Das kann allerdings nichts daran ändern, dass die Menschen aufgrund ihrer faktischen Ungleichheit (Vermögen, Gesundheit, Begabung) in unterschiedlichem Masse in der Lage sind, von den ihnen rechtlich zustehenden Möglichkeiten und Rechten Gebrauch zu machen. Der Staat ist weder aufgrund der Rechtsgleichheit noch aufgrund spezifischer Grundrechte verpflichtet, sämtliche Ungleichheiten zu beheben. Das schlägt sich zwangsläufig auch in der Möglichkeit nieder, bestimmte Berufe zu ergreifen. Viele Berufe erfordern besondere Eigenschaften und Fähigkeiten, die nicht alle Menschen im gleichen Masse besitzen.“⁸⁷

145 In einem neueren Entscheid betont das Bundesgericht zudem, dass ein Leistungsanspruch hinreichend *justiziabel* sein muss:

„Während grundrechtliche Abwehransprüche diesbezüglich keine Probleme aufwerfen, setzen Leistungsansprüche voraus, dass diese *normativ hinreichend bestimmt sind* und vom Richter mit den ihm zur Verfügung stehenden Verfahren und Mitteln konkretisiert und durchgesetzt werden können (...). Der Richter hat dabei die funktionellen Grenzen seiner

⁸⁴ SALADIN, 295; sowie JANSEN, 27.

⁸⁵ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1095, 1378a; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 73, 76 ff.; SALADIN, 300 ff. Indessen weist v.a. J.-P. MÜLLER, a.a.O., Rz. 24, auf die Gefahr der *Überstrapazierung* der Grundrechtsidee hin (vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1096 ff.).

⁸⁶ J.-P. MÜLLER, Elemente, 8 ff.; ders. in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 37, 40 ff.

⁸⁷ BGE 122 I 136 E. 3c.aa, wonach die Wirtschaftsfreiheit keinen Anspruch darauf gebe, dass die Fähigkeitsanforderungen an die Zulassung zum Anwaltsberuf für Behinderte gesenkt werden.

Zuständigkeit zu beachten. Er hat, angesichts der Knappheit staatlicher Ressourcen, nicht die Kompetenz, die Prioritäten bei der Mittelaufteilung zu setzen. Unmittelbar grundrechtsgeboden und vom Richter durchsetzbar kann daher immer nur ein Minimum staatlicher Leistung sein (...).⁸⁸

- 146 Das Bundesgericht anerkennt aus der Wirtschaftsfreiheit seit 1975 einen «bedingten Anspruch» auf Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs.⁸⁹ Es begründete dies damit, dass der *gesteigerte Gemeingebrauch*⁹⁰ von *öffentlichem Grund* nicht zwingend an eine positive Leistung des Staates geknüpft sei.⁹¹ Wer zur Ausübung eines Gewerbes öffentlichen Grund beansprucht, kann sich deshalb auf die Wirtschaftsfreiheit - und auf den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität⁹² - berufen.
- 147 Vom Bundesgericht offengelassen wurde die Frage, ob sich die Wirtschaftsfreiheit auch auf die *Sondernutzung des öffentlichen Grundes* erstrecke.⁹³ Es

⁸⁸ BGE 121 I 373 E. 2c (Recht auf Existenzsicherung). Das Bundesgericht verweist in diesem Sinne auf J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 88 f. Vgl. auch SCHÖN, 86 ff.; WEBER-DÜRLER, Finanzhilfe, 4.

⁸⁹ BGE 121 I 282 E. 2a; 119 Ia 404 E. 9, 447 E. 1a.bb, 449 E. 2a; 108 Ia 136 E. 3; 102 Ia 443 f. E. 4; 101 Ia 479 ff. E. 5 (= ZBI 1976, 217 ff.); vgl. dagegen noch BGE 79 I 336 E. 2; 77 I 285 ff. E. 1. Vgl. auch GYGI/RICHLI, 63 f.; MARTI, 115 ff.; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 80; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 69 ff.; SALADIN, 302.

⁹⁰ Die Nutzung einer öffentlicher Sache stellt sich entweder dar als *Gemeingebrauch*, als *gesteigert Gemeingebrauch* oder als *Sondernutzung*. Kriterium für die Abgrenzung zwischen schlichtem und gesteigertem Gemeingebrauch ist insbesondere die Gemeinverträglichkeit der Nutzung; gemeinverträglich ist eine Nutzung dann, wenn sie von allen interessierten Bürgern gleichermaßen ausgeübt werden kann, ohne dass andere an der gleichen Nutzung übermässig behindert werden (BGE 122 I 286 E. 2e.cc, mit Nachweisen; vgl. auch BGE 88 I 23 ff. E. 7). Im weiteren ist massgebend, ob die Benützung der Bestimmung der öffentlichen Sache entspricht (BGE 77 I 288 E. 3). Der schlichte Gemeingebrauch ist mithin die jedermann *ohne Bewilligung* offenstehende Benützung der öffentlichen Sache (BGE 77 I 288 E. 3). Bei der Sondernutzung handelt es sich dagegen - über den gesteigerten Gemeingebrauch hinaus - um einen *dauerhaften* und oft auch *vollständigen Ausschluss Dritter* von der ordentlichen Nutzung der Sache (JAAG, Gemeingebrauch, 155). Zum Ganzen vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 1817 ff.; JAAG, Gemeingebrauch, 145 ff.; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 115-119.

⁹¹ BGE 117 Ib 394 E. 6c.aa. Vgl. dazu GYGI/RICHLI, 64; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 112.

⁹² BGE 121 I 284 f. E. 4; 119 Ia 449 E. 2a; 108 Ia 135 ff. E. 4. Vgl. auch MARTI, 115.

⁹³ BGE 119 Ia 404 E. 9. Ablehnend VGE-ZH v. 31. März 1978 i.S. X. AG c. Gemeinde Wallisellen, E. 3b (= ZBI 1979, 224 ff.).

ist der in der Lehre vertretenen Meinung⁹⁴ zuzustimmen, dass sich aus der Wirtschaftsfreiheit auch ein - *bedingter* - Anspruch auf Sondernutzung des öffentlichen Grundes ergibt. Dies jedenfalls soweit, als die Ausübung einer Erwerbstätigkeit zwingend mit der Benutzung öffentlicher Sachen verbunden ist.⁹⁵ Bei der Gewährleistung eines Anspruchs auf Sondernutzung am öffentlichen Grund für die genannten Fälle handelt es sich - analog zum «bedingten Anspruch» beim gesteigerten Gemeingebrauch - um ein Minimum staatlicher Leistung.⁹⁶ Der Anspruch ist im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten und unter Berücksichtigung der tangierten Interessen⁹⁷ ohne weiteres justiziabel.

- 148 Nicht zu überzeugen vermag die bundesgerichtliche Rechtsprechung, soweit sie daran festhält, dass sich aus der Wirtschaftsfreiheit auch kein Anspruch auf *ordentlichen, gesteigerten oder ausschliesslichen Anstaltsgebrauch*⁹⁸ ergebe.⁹⁹

⁹⁴ HÄFELIN/MÜLLER, N. 1896, 1995 f.; JAAG, Gemeingebrauch, 159; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 376; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 88; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 54 ff., 75. Zweifeln dagegen HÄFELIN/HALLER, N. 1395.

⁹⁵ JAAG, Gemeingebrauch, 159. So z.B. das Taxigewerbe, der gewerbsmässige Plakatanschlag auf öffentlichem Grund (das Polizeimonopol ist nicht gerechtfertigt, denn im Rahmen der Konzessionserteilung kann den öffentlichen Interessen mittels Auflagen und Bedingungen angemessen Rechnung getragen werden; vgl. jedoch BGE 101 Ia 445 ff. E. 5), das Betreiben von Kabelanlagen im Radio-, Fernseh- und Informatikbereich (vgl. BGE 104 Ia 172 ff.; NZZ v. 29. Juli 1997, S. 17, „Konkurrenten der PTT in den Startlöchern, Vergabe von Konzessionen zum Bau neuer Kabelnetze in Zürich“; vgl. auch Art. 35 Abs. 1 Fernmeldegesetz [FMG]), das Führen von Tankstellen, Kiosken und Autobahnrestaurants auf Nebenanlagen der Nationalstrassen (vgl. GYGI, Verwaltungsrecht, 239 f.).

⁹⁶ Vgl. BGE 121 I 373 E. 2c.

⁹⁷ Vgl. BGE 117 Ib 395 E. 6d; GYGI, Verwaltungsrecht, 239 f.; JAAG, Gemeingebrauch, 159; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 88. Vgl. auch eingehend SAXER, 277 ff., 285 ff.

⁹⁸ Vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER, N. 1825; JAAG, Gemeingebrauch, 162 ff.

⁹⁹ BGE 117 Ib 394 f. E. 6c.bb (kommerzielle Nutzung eines Flughafens). Vgl. auch Entscheid des Regierungsrates und Verwaltungsgerichts des Kt. Zürich v. 16. Juni 1980 bzw. 26. Oktober 1981 (= ZBI 1982, 79 ff.). Anders dagegen BGE v. 18. Februar 1991 i.S. „Organisationskomitee des Festes der jurassischen Jugend“ c. Regierungsrat des Kt. Jura und die Gemeinde Tavannes, E. 3 (= ZBI 1992, 40 ff.), unter Hinweis auf einen nicht publizierten BGE v. 19. März 1980 i.S. „Unité jurassienne Péry-La-Heutte“; sowie ein Entscheid des Regierungsrats des Kt. Aargau v. 7. Dezember 1992 i.S. „Frische Brise“ c. Gemeinde Steinhausen, E. 3a und c (= ZBI 1993, 320 ff.; mit Bemerkungen von G. MÜLLER). Vgl. dagegen SCHÖN, der das Problem vor allem unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit löst, 73 ff.; vgl. dazu auch nachstehend Rn. 150 ff.

Entscheidend ist m.E. allein die *Widmung*¹⁰⁰ bzw. der *bestimmungsgemässe Gebrauch* einer öffentlichen Sache im Anstaltsgebrauch¹⁰¹. Wird der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit in einer öffentlichen Anstalt generell und dauernd¹⁰² oder neben dem bestimmungsgemässen Gebrauch¹⁰³ Platz eingeräumt,¹⁰⁴ so gewährt die Wirtschaftsfreiheit - im Rahmen des mit dem bestimmungsgemässen Gebrauch der Anstalt vereinbaren Umfangs¹⁰⁵ bzw. unter Berücksichtigung der vorhandenen Kapazitäten¹⁰⁶ und tangierten

¹⁰⁰ Die *Widmung* stellt einen Verwaltungsakt der zuständigen Behörden dar, mit dem sie öffentliche Sachen der Allgemeinheit zugänglich machen (RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 116 B.I.).

¹⁰¹ Die öffentlichen Strassen und Plätze stehen bspw. der Allgemeinheit zur allgemeinen - mithin gewerbsmässigen - Benutzung offen. Das Bundesgericht gewährt hier dem interessierten privatwirtschaftlich Erwerbstätigen aus der Wirtschaftsfreiheit einen bedingten Anspruch auf Benutzung (vgl. oben Rn. 147).

¹⁰² Bspw. in Bahnhöfen, Flughäfen, Universitäten (vgl. JAAG, Gemeingebrauch, 162). Zu beachten ist weiter, dass es privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeiten gibt (bspw. eine Flugschule, vgl. BGE 117 Ib 387 ff.), deren Ausübung ohne Benutzung öffentlicher Anstalten gar nicht möglich wäre (vgl. JAAG, Gemeingebrauch, 164).

¹⁰³ Bspw. durch Zurverfügungstellung von Schulhäusern, Turnhallen, Badeanstalten, Gemeindegärten in den Abendstunden, am Wochenende oder in den Ferien. Diese Anstalten verfügen regelmässig über eine geeignete Infrastruktur (bspw. für Theater, Konzerte, Sportanlässe, Gewerbeausstellungen, Durchführung von Kursen, Schulphotographien [ZBl 1982, 79 ff.] usw.). Oder bspw. aufgrund einer von der einzelnen Verwaltung erteilten besonderen Hausierbewilligung in den Gebäuden der öffentlichen Verwaltung (vgl. § 14 Abs. 1 Ziff. 1 des basel-städtischen Gesetzes über das Hausierwesen, die Wanderlager, den zeitweiligen Gewerbebetrieb, die öffentlichen Auführungen und Schaustellungen sowie das Trödel- und Pfandleihgewerbe v. 7. Dezember 1933). Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER, N. 1825; JAAG, Gemeingebrauch, 162 f.

¹⁰⁴ Die hierfür notwendige Widmung ist nicht an eine bestimmte Form gebunden. Sie kann *stillschweigend* oder *ausdrücklich* erfolgen. Indessen handelt es sich gemäss der Praxis um einen öffentlichrechtlichen Akt, der nur im *öffentlichen Interesse* getroffen werden darf (RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 116 B.II-III.; vgl. auch IMBODEN/RHINOW, Nr. 116 B.II-III.).

¹⁰⁵ Denn die ordentliche Nutzung von Verwaltungsvermögen geniesst Priorität (JAAG, Gemeingebrauch, 164; vgl. auch KNAPP, Grundlagen II, N. 2944). Vgl. auch BGE 101 Ia 481 E. 5b.

¹⁰⁶ Vgl. GYGI, Verwaltungsrecht, 231; HÄFELIN/MÜLLER, N. 1825a, 1883; JAAG, Gemeingebrauch, 165 ff.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 21; SCHÖN, 108 ff.

Interessen¹⁰⁷ - einen *bedingten*¹⁰⁸ Anspruch auf ordentliche bzw. gesteigerte oder ausschliessliche Benutzung.¹⁰⁹

149 Im Zusammenhang mit der Berufswahlfreiheit ergibt sich aus der Wirtschaftsfreiheit¹¹⁰ in diesem Sinne - entgegen der bundesgerichtlichen Praxis¹¹¹ - somit auch ein *bedingter Anspruch auf Zugang zu staatlichen Lehranstalten*¹¹².

150 Weitgehend ungeklärt ist dagegen in der Lehre die Frage, wieweit sich der Private im Bereich der übrigen staatlichen Leistungsverwaltung auf die Wirtschaftsfreiheit berufen kann.¹¹³ Ausgehend von einem konstitutiv-institutionellen Grundrechtsverständnis besteht zwischen der Wirtschaftsfreiheit und dem wirtschaftsrelevanten Handeln des Staates im Bereich der Leistungsverwaltung jedenfalls ein *Spannungsverhältnis*.^{114 115}

¹⁰⁷ Bspw. andere Interessenten, die sich ideell betätigen wollen. Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 1825a, 1883; JAAG, Gemeindegebrauch, 165 ff.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 21.

¹⁰⁸ Nach HAEFLIGER, Alle Schweizer, 46 f, handelt es sich um einen *akzessorischen* Anspruch auf Anstaltsbenützung. Ein derartiger Anspruch entsteht aufgrund des Verhaltens einer Behörde, das wegen des Gebots der rechtsgleichen Behandlung für andere Fälle *präjudizierend* wirkt (G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 21; vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 62; offenbar anders BGE 123 II 410 E. 3b [betreffend den programmrechtlichen «Anspruch auf Antenne», wenn ein Konkurrent mit seinem Beitrag zugelassen wurde]).

¹⁰⁹ Vgl. BGE v. 18. Februar 1991 i.S. „Organisationskomitee des Festes der jurassischen Jugend“ c. Regierungsrat des Kt. Jura und die Gemeinde Tavannes, E. 3 (= ZBl 1992, 40 ff.), unter Hinweis auf einen nicht publizierten BGE v. 19. März 1980 i.S. „Unité jurassienne Péry-La-Heutte“; vgl. auch BGE 117 Ib 123 E. 8c; HÄFELIN/MÜLLER, N. 1825 f.; HAEFLIGER, Alle Schweizer, 46 f.; JAAG, Gemeindegebrauch, 164 f.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 21; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 54 ff. A.M. Regierungsrat und Verwaltungsgericht des Kt. Zürich in ZBl 1982, 79 ff.

¹¹⁰ In Verbindung mit der *persönlichen Freiheit* (vgl. BGE 121 I 24 E. 2; RICHLI, Chancengleichheit, 215; SCHÖN, 79 ff., 83).

¹¹¹ Vgl. dazu BGE 121 I 24 E. 2; 117 Ib 394 E. 6c.aa; 103 Ia 378 E. 4a, 398 f. E. 2a (allerdings betreffend Ausbildung zur Ausübung eines *öffentlichen Amtes*). Dem Bundesgericht zustimmend E. GRISEL, vol. 1, n. 308; HANGARTNER, Grundrechte, 141; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 84, 90; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 64; wohl auch HÄFELIN/HALLER, N. 1388.

¹¹² So auch GYGI/RICHLI, 9, 18, 65 ff.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 80 f., 113; RICHLI, Chancengleichheit, 213 ff. Dazu auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 32 f.

¹¹³ RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 108; vgl. auch GYGI/RICHLI, 64 f. Für eine Öffnung des Rechtsweges plädieren nun namentlich RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 54 ff.

¹¹⁴ Vgl. auch GALLI, 182; MARTI, 25; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 108 f., 114 ff.; SCHÖN, 86 f.; WEBER-DÜRLER, Finanzhilfe, 8; Zur Grundrechtsbeschränkung mittels Informationsmitteln

- 151 Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, dass Private in den übrigen Bereichen der wirtschaftsrelevanten Leistungsverwaltung des Staates jedenfalls nur dann direkte Ansprüche aus der Wirtschaftsfreiheit ableiten können, wenn die Gewährung einer staatlichen Leistung zum einen *praktikabel*¹¹⁶ und zum anderen *justiziabel*¹¹⁷ erscheint.¹¹⁸
- 152 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss der Staat nicht nur in denjenigen wirtschaftsrelevanten Bereichen, in denen der Unternehmer die Wirtschaftsfreiheit direkt anrufen kann, sondern auch in den übrigen Bereichen wirtschaftsrelevanten Handelns *zumindest* das Rechtsgleichheitsgebot

vgl. MÜLLER/MÜLLER-GRAF, 379 ff.; RICHLI, Informationsmittel, 157 ff. Der von RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 54 ff., 60, neuestens vertretene Ansicht, wonach die Berufung auf das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit „vielmehr, zumindest prinzipiell, auch dann zulässig sein muss, wenn eine Massnahme ausserhalb der «Eingriffsverwaltung» *Grundrechtsinteressen schwerwiegend beeinträchtigt*“ ist ohne weiteres zuzustimmen (vgl. bereits oben Rn. 147 ff.).

¹¹⁵ Vgl. BGE 113 V 31 f. E. 4d: „Die Ablehnung von Versicherungsleistungen auf der Grundlage der prioritären Schadenminderungspflicht des Versicherten stellt nun zwar keinen Grundrechtseingriff im herkömmlichen Sinne dar, weil dem Leistungsansprecher dadurch nicht untersagt wird, den Wohnsitz oder Arbeitsort - auf eigene Kosten oder unter Inanspruchnahme Dritter - zu verlegen (...). Doch kann die Ablehnung der Versicherungsleistungen die Wohnsitzverlegung erschweren oder verunmöglichen, wodurch der Versicherte in der Wahrnehmung seiner Grundrechte mittelbar beeinträchtigt wird; es kann daraus eine faktische Grundrechtsverletzung resultieren (...). Dies belegt die Einsicht, dass nicht nur Eingriffs-, sondern auch Leistungshandeln des Staates grundrechtsrelevant ist, was die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung anerkennt (...).“ In Anlehnung an die deutsche Lehre postulieren auch MÜLLER/MÜLLER-GRAF, 389 ff., „mittelbar-faktische Beeinträchtigungen“ als Grundrechtseingriffe zu behandeln.

¹¹⁶ Das Verwaltungshandeln bzw. das Angebot an staatlicher Leistung richtet sich in der Regel nicht nach der Nachfrage der Privaten. Das staatliche Leistungshandeln hat sich vielmehr an den Bedürfnissen und Interessen des Gemeinwesens zu orientieren (bspw. bezüglich Submissionen, Subventionen, Förderung der Landwirtschaft usw.). Vgl. auch BGE 122 I 239 E. 2d (betreffend Sprachenfreiheit, im Zusammenhang mit Amtssprache/Territorialitätsprinzip). Soweit der Staat jedoch eine zu vergebende Leistung - wie bspw. im Submissionswesen - öffentlich ausschreibt bzw. anbietet und damit hinreichend bestimmt, besteht im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit ein praktikabler, bedingter Anspruch auf Gewährung der staatlichen Leistung (vgl. auch G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 21; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 75; a.M. BGE v. 18. Februar 1991 i.S. B.AG c. Regierungsrat des Kt. Schwyz, E. 5 [= ZBl 1991, 560]).

¹¹⁷ Soweit die Gewährung einer staatlichen Leistung aufgrund ihrer hinreichenden Bestimmtheit praktikabel ist, bildet die Frage der Justiziabilität grundsätzlich kein Problem (vgl. bspw. den Rechtsschutz im Submissionsverfahren). Vgl. BGE 121 I 373 E. 2c; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 88 f.

¹¹⁸ Vgl. BGE 122 I 47 E. 3b.cc betreffend Anspruch auf Erteilung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung (vgl. auch BGE 114 Ia 309 E. 2a). Vgl. auch oben Rn. 142 ff. und unten Rn. 161 ff. Dazu auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 62.

und das Willkürverbot beachten und auch dem „institutionellen Gehalt“ der Wirtschaftsfreiheit, mithin dem *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität*, Rechnung tragen.¹¹⁹ Dieser Rechtsprechung ist beizupflichten. Sie belegt - wie oben ausgeführt¹²⁰ -, dass der Staat im Sinne der Einheit der Rechtsordnung bei seinem gesamten Handeln an die Verfassung und ihre Grundsätze gebunden ist.

2. Übrige verfassungsmässige Rechte

a) Die Eigentumsgarantie

153 Das wirtschaftsrelevante Handeln des Staates tangiert neben der Wirtschaftsfreiheit oft auch die *Eigentumsgarantie* gemäss Art. 22^{ter} BV¹²¹. So beispielsweise beim Ausschluss von Einkaufszentren in Gewerbebezonen¹²² oder bei der Regelung des Plakataushangs auf öffentlichem und privatem Grund^{123 124}.

¹¹⁹ BGE 118 Ib 362 E. 4b; 117 Ib 123 E. 8c, 395 E. 6d, unter Verweis auf RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 183 ff., insbesondere Rz 189; vgl. auch BGE 118 Ib 479 E. 4b; 113 Ia 317 E. 4b; 104 Ia 97 E. 5c, 378 E. 2; 97 I 655 f. E. 5a; JAAG, Wettbewerbsneutralität, 478; RICHLI, Subventionen, 61 f.; VENANZONI, 291; vgl. auch GALLI, 95 f.; HÄFELIN/HALLER, N. 1454; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 21; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 157 B.II.d; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 72, § 16 N. 37, § 18 N. 24 ff.; SCHÖN, 73 ff; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 76. Dies gebietet die *Einheit der Rechtsordnung* (MARTI, 25).

¹²⁰ Rn. 123, 128.

¹²¹ Art. 22 VE 96. Dazu Botschaft VE 96, 172 ff.; VALLENDER, Nachführung, 491 f.

¹²² BGE 110 Ia 167 ff., 109 Ia 264 ff., 102 Ia 104 ff. Vgl. auch BGE v. 29. Oktober 1992 i.S. Coop-Ostschweiz c. Feuerschaugemeinde Appenzell (= 1P.290/1992; = ZBl 1993, 425; Beschränkung der Höchstgrenze der zulässigen Verkaufsfläche in Einkaufszentren).

¹²³ VGE-ZH v. 31. März 1978 i.S. X. AG c. Gemeinde Wallisellen, E. 3b (= ZBl 1979, 224 ff.).

¹²⁴ Vgl. im weiteren auch BGE v. 9. Juli 1997 i.S. E. c. Gemeinde Urdorf (= 1P.149/1997; Nutzungsänderung einer Dienstwohnung in eine Abwartwohnung mit Kinderhort in der Industriezone); BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino (= 2P.146/1996), BGE 120 Ia 126 ff. (Verbot von Geldspielautomaten); 118 Ib 241 ff. (Lenkung der Fleisch- und Eierproduktion); BGE 115 Ia 370 ff. (Schutz der Berner Altstadtsilhouette); VPB 1989 Nr. 53 S. 372 ff., E. 2 (Milchkontingentierung); BGE 114 Ib 17 ff. (Erhöhung einzelner Ansätze im Zolltarifgesetz); 111 Ia 93 ff. (Wohnanteilplan der Stadt Zürich); 108 Ia 140 ff. (Bewilligungsverweigerung für Unterhaltungsbetriebe, von denen übermässige ideelle Einwir-

Diese schützt nur rechtlich anerkannte, nicht aber sog. faktische Interessen.¹²⁵ Im einzelnen schützt sie das Eigentum, die beschränkten dinglichen Rechte, den Besitz, obligatorische Rechte, Immaterialgüterrechte und sog. wohlverworbene Rechte.¹²⁶

- 154 Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ist vor allem in den Fällen von Bedeutung, bei denen eine staatliche Massnahme allein in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie fällt, also nicht die privatwirtschaftliche *Tätigkeit* als solche betrifft, sondern vielmehr die *Gegenstände* des wirtschaftlichen Verkehrs.¹²⁷ Denn staatliche Massnahmen, welche die Gegenstände des privatwirtschaftlichen Verkehrs betreffen, sind regelmässig wirtschaftsrelevant und folglich auch geeignet, den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten zu verzerren.
- 155 Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ist somit auch im Rahmen von wirtschaftsrelevanten Tätigkeiten, die in den Schutzbereich der *Eigentums-
garantie* fallen, prinzipiell zu beachten.¹²⁸

kungen auf die Nachbarschaft ausgehen); BGE 99 Ia 604 ff. (Pflicht zum Bau von Wohnungen, die den Bedürfnissen und dem Interesse der Allgemeinheit entsprechen). Vgl. auch GYGI/RICHLI, 79 f.; ZIMMERMANN, 42 f.

¹²⁵ Vgl. jedoch BGE v. 14. Oktober 1994 i.S. B. Hotel AG u.a. c. Gemeinde St. Moritz, E. 3d (= ZBl 1995, 508 ff.). Das Bundesgericht liess in diesem Entscheid offen, wieweit gegenüber Verkehrsbeschränkungen von den Anstössern einer gesperrten Strasse (in casu ging es um zwei Hotels und eine Garage) die Eigentumsgarantie wegen Tangierung faktischer Vorteile angerufen werden kann. Vgl. dazu auch G. MÜLLER, Anstösser, 218 ff.

¹²⁶ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1358 f.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 1580 ff.; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 327 f.; VALLENDER, Nachführung, 491; Botschaft VE 96, 173.

¹²⁷ Zur Abgrenzung des Schutzbereiches gegenüber demjenigen der Wirtschaftsfreiheit vgl. oben Rn. 133 Fn. 391. Vgl. auch BGE 121 I 333 E. 3.

¹²⁸ Vgl. BGE 118 Ib 250 E. 5c (mit Verweisen): „Die Zulässigkeit staatlicher Eingriffe misst das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung regelmässig nicht nur am primär betroffenen Grundrecht. Es berücksichtigt vielmehr auch weitere Gesichtspunkte, die sich aus anderen tangierten Grundrechten ergeben, so insbesondere im Verhältnis zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie.“ Und BGE 102 Ia 113 f. E. 3: „Berühren solche Massnahmen neben der Eigentumsgarantie in spezifischer Weise, sei es generell oder aus der Sicht einzelner Betroffener, auch anderweitige Freiheitsrechte, so sind die sich daraus ergebenden zusätzlichen Schranken und Wertungsgesichtspunkte bei der verfassungsrichterlichen Überprüfung zu berücksichtigen.“ Das Bundesgericht hat erkannt, dass staatliche Massnahmen, die in den Schutzbereich der Eigentums-
garantie fallen „die gewerblichen und wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten beschränken und

b) Die Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit

- 156 Das wirtschaftsrelevante staatliche Handeln kann unter Umständen auch die Meinungsäusserungs- und insbesondere die *Pressefreiheit* tangieren. So zum Beispiel im Rahmen der indirekten Presseförderung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften durch vergünstigte PTT-Steuern¹²⁹ ¹³⁰.
- 157 Die Meinungsäusserungs- und die Pressefreiheit gewährleisten die Freiheit der Meinung, die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten und Meinungen einschliesslich der Freiheit, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten.¹³¹
- 158 In der umfassend verstandenen Meinungsäusserungsfreiheit ist die ausdrücklich garantierte Pressefreiheit als Teilgehalt enthalten und stellt insofern einen besondern Anwendungsfall derselben dar. Die *Pressefreiheit* gewährt dem Bürger das Recht, seine Meinung mit den Mitteln der Druckerpresse in der Öffentlichkeit zu verbreiten.¹³²

dementsprechend wirtschaftspolitische Auswirkungen haben können“; sie seien jedoch „mit Art. 31 BV vereinbar, sofern die Handels- und Gewerbefreiheit durch die Beschränkungen nicht völlig ihres Gehaltes entleert“ werde (BGE 110 Ia 174 E. 7b.bb; 109 Ia 267 E. 4). Letzteres sei dann der Fall, wenn „eigentumsbeschränkende Massnahmen der Kantone unter dem Deckmantel der Raumplanung einen Eingriff in den wirtschaftlichen Wettbewerb bezwecken, um bestimmte Gewerbe- oder Betriebsformen vor Konkurrenz zu schützen oder in ihrer Existenz zu sichern.“ (BGE 102 Ia 116 E. 5a). Bereits früher hat das Bundesgericht festgehalten, dass „les différentes normes constitutionnelles doivent être coordonnées et non pas subordonnées“ (BGE 103 Ia 592 E. 3b, mit Verweisen). Vgl. auch JAAG, Verkehrsberuhigung, 309. Grundsätzlich ZIMMERMANN, 40 ff. Siehe auch unten Rn. 253.

¹²⁹ BGE 120 Ib 142 ff.

¹³⁰ Vgl. im weiteren auch BGE 104 Ia 88 ff. (Ausschluss von Vertretern der ausserkantonalen Presse bei der Information der Öffentlichkeit durch Regierung und Verwaltung); 100 Ia 445 ff. (Gemeindemonopol für öffentliche Anschläge und ausschliessliche Konzession an ein Privatunternehmen; in casu wurde jedoch die Anwendbarkeit der Pressefreiheit verneint, vgl. aber Rn. 158). Vgl. auch GYGI/RICHLI, 82 f.; CH. SCHMID, 118.

¹³¹ BGE 104 Ia 97 E. 5c; vgl. auch BGE 113 Ia 316 f. E. 4b, mit Verweisen. Die Meinungsäusserungsfreiheit wird als ungeschriebenes Verfassungsrecht des Bundes anerkannt. Die Pressefreiheit wird durch Art. 55 BV garantiert. Beide werden auch durch Art. 10 EMRK gewährleistet. Vgl. auch Art. 14 VE 96 und dazu Botschaft VE 96, 157 ff.

¹³² BGE 120 Ib 144 E. 3a; 113 Ia 316 E. 4b, mit Verweisen.

Als Presseerzeugnisse, die in den Anwendungsbereich der Pressefreiheit fallen, gelten Publikationen (inkl. Lithographien, Photographien, Heliographien oder Vervielfältigungen), die zur *Veröffentlichung* bestimmt sind und mit denen *idelle* Zwecke oder - seit kurzem auch¹³³ - *wirtschaftliche* Interessen verfolgt werden.¹³⁴

- 159 Aus der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit ergibt sich insbesondere die *Informationsfreiheit*, d.h. das Recht, Nachrichten und Meinungen ohne Eingriffe der Behörden frei zu empfangen und sich aus allgemein zugänglichen Quellen aktiv zu unterrichten. Die Informationsfreiheit enthält nach der Rechtsprechung keine generelle Pflicht der Behörden zur Unterrichtung über Angelegenheiten der Verwaltung und räumt dem Bürger keinen positiven Anspruch auf Information ein. Soweit die Behörden aber informieren und Auskunft erteilen, sind sie an das *Rechtsgleichheitsgebot* und an das *Willkürverbot* gebunden.¹³⁵ Überdies haben sie dabei den *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität* zu beachten.¹³⁶
- 160 Die gleichen Kriterien sind vom Staat zu beachten, wenn er *Presseförderung* betreibt.¹³⁷

¹³³ Vgl. BGE 120 Ib 148 E. 4a, mit Hinweis auf einen Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte i.S. Autronic c. die Schweiz vom 22. Mai 1990 (= VPB 1990 [54] Nr. 58).

¹³⁴ BGE 120 Ib 144 E. 3a, mit Verweisen. Zum Ganzen vgl. CH. SCHMID, 88 ff.

¹³⁵ BGE 113 Ia 317 E. 4b, mit Verweisen.

¹³⁶ BGE 104 Ia 99 ff. E. 9 und 10 (betreffend eine Bestimmung, welche die Zulassung zur monatlichen Zusammenkunft auf Vertreter der bündnerischen Presse beschränkte, während die Vertreter der ausserkantonalen Presse bei der Information der Öffentlichkeit durch Regierung und Verwaltung ausgeschlossen waren). Vgl. auch SUTTER-SOMM, 131 f.

¹³⁷ BGE 120 Ib 144 f. E. 3b (betreffend indirekte Presseförderung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften gegenüber Gratiszeitungen und -anzeiger durch vergünstigte PTT-Steuer; in casu wurde jedoch ein direktes Konkurrenzverhältnis verneint). Siehe auch unten Rn. 265 ff.

c) Das Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot¹³⁸

- 161 Das *Rechtsgleichheitsgebot* und das *Willkürverbot* gemäss Art. 4 BV spielen neben der Wirtschaftsfreiheit bei der Frage nach dem Schutzbereich bezüglich des wirtschaftsrelevanten Handelns des Staates - nach dem Gesagten - eine bedeutende Rolle.¹³⁹
- 162 Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität kann nur in Verbindung mit einem verfassungsmässigen Recht geltend gemacht werden. Wo das wirtschaftsrelevante staatliche Handeln nicht in den spezifischen Schutzbereich eines anderen verfassungsmässigen Rechts fällt, füllen deshalb häufig das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot diese Lücke.¹⁴⁰ So sind diese - nach den obigen Ausführungen - vor allem bei den *allgemeinen Steuern*¹⁴¹ sowie im Rahmen der staatlichen *Leistungsverwaltung*¹⁴² für die Geltendmachung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität von erheblicher Bedeutung.
- 163 Ein Steuergesetz oder die Gewährung von wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Privilegien durch den Staat verletzt prinzipiell den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, wenn die gemachte *Differenzierung* zwar auf sachlichen Gründen beruht und damit vor Art. 4 BV standhält, gleichzeitig aber einzelne Konkurrenten begünstigt oder benachteiligt.¹⁴³

¹³⁸ Dazu näher unten Rn. 300 ff., 306 ff., 310.

¹³⁹ Auf das Rechtsgleichheitsgebot und sein Verhältnis zum *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität* ist unten näher einzugehen (Rn. 320 ff.). Vgl. bereits oben Rn. 80 f.

¹⁴⁰ Vgl. auch RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 127. Gelegentlich wird es deshalb auch als «subsidiäres» Grundrecht oder «Auffanggrundrecht» bezeichnet (vgl. dazu HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 43 f.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 20 f.). Probleme bereiten könnte aber allenfalls die Frage der Legitimation (vgl. dazu unten Rn. 170, 397).

¹⁴¹ Vgl. oben Rn. 141. Vgl. dazu JAAG, *Wettbewerbsneutralität*, 477 ff.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 76 ff.

¹⁴² Vgl. oben Rn. 152, 159. Vgl. dazu G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 36; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 16 N. 37.

¹⁴³ 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 v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); BGE 121 I 134 f. E. 3d, 285 E. 4a; vgl. auch JAAG, *Wettbewerbsneutralität*, 478; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 108; VENANZONI, 291. Zum Ganzen vgl. unten Rn. 320 ff.

III. Persönlicher Geltungsbereich

- 164 Da der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität einen Ausfluss des *Grundsatzes* der Wirtschaftsfreiheit darstellt und spezifisch wirtschaftsbezogener Natur ist, richtet sich der persönliche Geltungsbereich grundsätzlich nach demjenigen der Wirtschaftsfreiheit.
- 165 Träger der Wirtschaftsfreiheit sind die *Privaten*. Grundsätzlich nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können sich dagegen die Gemeinwesen aller Stufen und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts, welche öffentliche Aufgaben wahrnehmen.¹⁴⁴ Aber auch Private, die Träger einer öffentlichen Aufgabe sind, können sich - in diesem Bereich¹⁴⁵ - nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen.¹⁴⁶
- 166 Während sich nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts nur *Schweizerbürger*¹⁴⁷ auf die Wirtschaftsfreiheit berufen konnten, *Ausländern* die freie privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit dagegen nur dann erlaubt

¹⁴⁴ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1402; MARTI, 34 f.; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 106; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 100; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 84; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 62. *Ausnahme*weise können jedoch auch der Staat (Kantone, Bezirke, Gemeinden; vgl. E. GRISEL, vol. 1, n. 394) und öffentlichrechtliche Körperschaften Träger der Wirtschaftsfreiheit sein. So, wenn das kantonale Recht ihnen die *privatwirtschaftliche* Tätigkeit erlaubt (vgl. E. GRISEL, vol. 1, n. 394 s.) und „wenn sie nicht hoheitlich handeln, sich auf dem Boden des Privatrechts bewegen oder sonstwie als dem Bürger gleichgeordnete Rechtssubjekte auftreten und durch den angefochtenen Akt wie eine Privatperson betroffen werden“ (bspw. eine Kantonalbank; BGE 120 Ia 97 E. 1a, mit Verweisen; vgl. auch E. GRISEL, vol. 1, n. 393 ss.; GYGI/RICHLI, 68; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 107; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 101; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 87; wohl auch HÄFELIN/HALLER, N. 1122; ablehnend MARTI, 34 f.). Bezüglich den gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen ist auf *Art* und *Bereich* der ausgeübten Tätigkeit und das *Ausmass* der Beteiligung der öffentlichen Hand abzustellen (RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 102; dazu bspw. BGE 123 II 409 E. 3a [„Nur soweit die SRG im Rahmen ihres Programmauftrags handelt, erfüllt sie öffentlichrechtliche Aufgaben. Ausserhalb ihres Leistungsauftrages besorgt sie, soweit sie überhaupt zu handeln befugt ist (...), keinen öffentlichen Dienst. Sie kann sich in diesem Bereich in der Regel auf grundrechtlich geschützte Positionen - insbesondere die Handels- und Gewerbefreiheit - berufen (...).“]; vgl. auch E. GRISEL, vol. 1, n. 396 s.).

¹⁴⁵ Vgl. oben Rn. 135. Vgl. auch E. GRISEL, vol. 1, n. 399.

¹⁴⁶ Vgl. E. GRISEL, vol. 1, n. 398; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 100.

¹⁴⁷ Männer und Frauen (Art. 4 Abs. 2 BV). Vgl. auch E. GRISEL, vol. 1, n. 390; MARTI, 28 f.

war, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag ihnen dies gestattete,¹⁴⁸ gesteht das Bundesgericht den Ausländern seit 1990 den Schutz auch ohne einen solchen zu, soweit sie über eine Niederlassungsbewilligung verfügen und deshalb hinsichtlich ihrer Erwerbstätigkeit keinerlei fremdenpolizeilichen Schranken unterliegen.¹⁴⁹ Neuestens geniesst den Schutz der Wirtschaftsfreiheit auch der Ausländer mit blosser Aufenthaltsbewilligung, dessen Ehepartner den Schweizer Pass besitzt.¹⁵⁰

167 Grundrechtsträger sind sowohl *natürliche*¹⁵¹ - mündige und unmündige,¹⁵² selbständig- und unselbständigerwerbende¹⁵³ - als auch *juristische*¹⁵⁴ Personen des Privatrechts.

¹⁴⁸ Vornehmlich aufgrund bilateraler Niederlassungsverträge (vgl. BGE 123 I 219 E. 3c; vgl. jedoch auch unten Rn. 180). Vgl. E. GRISEL, vol. 1, n. 386, 416; MARTI, 31 f.

¹⁴⁹ BGE 123 I 20 ff. E. 2 (= Pra 1998 Nr.15 S. 111 ff.), 214 f. E. 2b; 119 Ia 37 f. E. 2; 116 Ia 237 ff.; vgl. auch BGE 108 Ia 148 ff. Vgl. bereits RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 92-94; SALADIN, 277 ff. Ausführlich und kritisch zum Ganzen E. GRISEL, vol. 1, n. 383 ss., 409 ss. Zu den ausländischen *juristischen* Personen vgl. nachstehend.

¹⁵⁰ BGE 123 I 212 ff., 215 f. E. 2c. Ausländer, welche keinen schweizerischen Ehepartner haben und lediglich über eine Aufenthaltsbewilligung verfügen, können sich dagegen nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen (BGE 123 I 20 ff. E. 2 [= Pra 1998 Nr.15 S. 111 ff.]).

¹⁵¹ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1118. Auch Personen, die in einem *besonderen Rechtsverhältnis* zum Staat stehen (bspw. Beamte, Strafgefangene), können sich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen (BGE 121 I 329 E. 2a); indessen können sich zusätzliche Beschränkungen aus dem Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses zwingend ergeben (vgl. BGE 122 I 226 E. 2a.aa; HÄFELIN/HALLER, N. 1126, 1147; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 110; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 96 f.; vgl. auch E. GRISEL, vol. 1, n. 400 ss.). In BGE 121 I 326 ff. hat das Bundesgericht festgehalten, dass sich Beamte insoweit auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können, als sie beabsichtigen, in ihrer Freizeit eine privatwirtschaftliche, mit ihren amtlichen Funktionen in keinem Zusammenhang stehende Tätigkeit auszuüben.

¹⁵² Vgl. AUBERT, Bd. 2, ad 1877; E. GRISEL, vol. 1, n. 389; HÄFELIN/HALLER, N. 1119; MARTI, 29 f.; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 103; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 95.

¹⁵³ Vgl. BGE 84 I 20 f. E. 2; AUBERT, Bd. 2, ad 1877; E. GRISEL, vol. 1, n. 387; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 91. GYGI, Wirtschaftsverfassung, 361, bemerkt jedoch nicht zu Unrecht, dass - „von diskutablen Singularitäten abgesehen“ - die Wirtschaftsfreiheit dem Arbeitnehmer rechtlich nichts zu bieten habe. Ausschlaggebend sei für den Arbeitnehmer die Arbeitsmarktfreiheit, nicht die Wirtschaftsfreiheit (GYGI/RICHLI, 57, 224 ff.).

¹⁵⁴ Vgl. RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 98 f., mit dem Hinweis, dass aber „gewisse Ausstrahlungen der HGF wegen ihrer speziell menschenrechtlichen Prägung nur den natürlichen Personen zugute kommen“; AUBERT, Bd. 2, ad 1877; E. GRISEL, vol. 1, n. 422 s.; HÄFELIN/HALLER, N. 1121, 1402; MARTI, 32; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 104; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 82; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 62. Juristische Personen, die ihren *Sitz* nicht in der Schweiz haben, können sich - vorbehaltlich eines völkerrechtlichen Vertrages (vgl. oben Rn. 166) - nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen (sog. Inkorporationstheo-

- 168 Der persönliche Geltungsbereich der Wirtschaftsfreiheit ist jedoch nur bedingt auf den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität übertragbar. Grundsätzlich erstreckt sich dieser zwar auf alle Personen, die den Schutz der Wirtschaftsfreiheit geniessen, doch kann er nach der gängigen Praxis des Bundesgerichts - von Natur her - nur von den „Angehörigen der gleichen Branche, die sich mit gleichen Angeboten an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen“¹⁵⁵, in Anspruch genommen werden.
- 169 Erforderlich ist somit das Vorliegen einer *Konkurrenzsituation* zwischen mindestens zwei Unternehmern, welche durch eine staatliche Massnahme tangiert wird. Denn dem Staat ist es grundsätzlich untersagt, den Wettbewerb unter den sich *konkurrierenden* Unternehmern zu verzerren.¹⁵⁶ Bei letzteren handelt es sich in der Regel um selbständig Erwerbstätige.¹⁵⁷
- 170 Die Frage, ob ein Unternehmer den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität in Anspruch nehmen kann, bildet grundsätzlich nicht Sachurteilsvoraussetzung, sondern ist Gegenstand der *materiellen* Beurteilung.¹⁵⁸

rie, vgl. Botschaft BGBM, 49; vgl. auch E. GRISEL, vol. 1, n. 424; MARTI, 32 f.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 99; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 83).

¹⁵⁵ BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.dd (= 2P.146/1996); BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3b (= 2P.371/1993); BGE 121 I 132 E. 3b, 285 E. 4a; 120 Ia 238 E. 1b; 119 Ia 436 f. E. 2b. Näheres dazu unten Rn. 328 ff.

¹⁵⁶ Vgl. oben Rn. 14.

¹⁵⁷ Vgl. auch GYGI, Wirtschaftsverfassung, 361; SALADIN, 408. In ausgesprochenen Ausnahmefällen kommen auch unselbständig Erwerbstätige in Betracht. In Frage kommen hauptsächlich Arbeitnehmer, die ausserhalb der Geschäftsräume des Arbeitgebers tätig sind, wie bspw. die Handelsreisenden (vgl. Art. 347 OR; vgl. BGE 84 I 18 ff.).

¹⁵⁸ Vgl. BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino (= 2P.146/1996); BGE 121 I 279 ff. Dagegen ergibt sich für den Gewerbetreibenden bei Benachteiligung durch einen Hoheitsakt oder einen Erlass, der einen Konkurrenten begünstigt, die *Legitimation* aus Art. 4 BV in Verbindung mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität bzw. dem Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden (vgl. dazu unten Rn. 397). Vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1724a; KÄLIN, Verfahren, 223 ff., 237; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 111 f.

IV. Adressaten

- 171 Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität *staatlicher* Massnahmen. Unter „staatlich“ sind alle wirtschaftsrelevanten Massnahmen zu verstehen, welche die *Träger öffentlicher Aufgaben* erlassen.¹⁵⁹ Denn als solche sind sie in der Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe an die Bundesverfassung, insbesondere an die Wirtschaftsfreiheit und den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, gebunden.¹⁶⁰
- 172 Als Träger von wirtschaftsrelevanten, öffentlichen Aufgaben in Frage kommen aufgrund des föderalistischen Staatsaufbaus der Schweiz in erster Linie die Legislative, Exekutive und Judikative des *Bundes*, der *Kantone* und der *Gemeinden*.¹⁶¹
- 173 Im weiteren kommen in Betracht die übrigen *öffentlichrechtlichen Körperschaften*,¹⁶² *die öffentlichrechtlichen Anstalten*¹⁶³ und *Stiftungen*¹⁶⁴

¹⁵⁹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 1007, 1183 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 88; Art. 2 Abs. 2 BGBM; vgl. bereits oben Rn. 15, 17. Zu eng RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 105, der nur von „Trägern hoheitlicher Befugnisse“ spricht (vgl. oben Rn. 125, 128). Grundsätzlich irrelevant ist, ob diese Träger öffentlicher Aufgaben hoheitlich oder in den Formen des Privatrechts handeln (vgl. oben Rn. 125, vgl. jedoch Rn. 173 a.E.).

¹⁶⁰ Vgl. oben Rn. 128. Differenzierend KNAPP, Grundlagen I, N. 77; SCHÖN, 37.

¹⁶¹ Vgl. auch GYGI, Verwaltungsrecht, 43 ff.; HÄFELIN/HALLER, N. 1100 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 1011 ff., 1075 ff.; HANGARTNER, Grundrechte, 44 ff.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 105.

¹⁶² Es sind dies „mitgliedschaftlich verfasste, auf dem öffentlichen Recht beruhende und mit Hoheitsgewalt ausgestattete Verwaltungsträger, die selbständig öffentliche Aufgaben erfüllen.“ (HÄFELIN/MÜLLER, N. 1019). Neben den *Gebietskörperschaften* Bund, Kantone und Gemeinden kommen auch *Personalkörperschaften* (z.B. die BUTYRA, die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel, öffentlichrechtlich organisierte Studentenschaften usw.) und *Realkörperschaften* (z.B. Meliorationsgenossenschaften, Alpkorporationen usw.) in Betracht. Zum Ganzen auch GYGI, Verwaltungsrecht, 54 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 1019 ff. Auch die *öffentlichrechtlich anerkannten Kirchen* sind in den Bereichen, in denen sie öffentliche Gewalt ausüben, an die Grundrechte gebunden (vgl. HANGARTNER, Grundrechte, 44 f.).

¹⁶³ Es handelt sich dabei um eine „Verwaltungseinheit, zu der ein Bestand von Personen und Sachen durch Rechtssatz technisch und organisatorisch zusammengefasst ist und die für eine bestimmte Verwaltungsaufgabe dauernd den Anstaltsbenützern zur Verfügung steht.“ (HÄFELIN/MÜLLER, N. 1042). Z.B. die SBB, PTT, Universitäten, die schweizerische Nationalbank, die SUVA, die meisten Kantonalbanken, der Flughafen Zürich-Kloten usw. Zum Ganzen auch GYGI, Verwaltungsrecht, 49 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 1042 ff.

¹⁶⁴ Es handelt sich dabei um durch „einen Stiftungsakt begründete, dem öffentlichen Recht unterstellte und in der Regel mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Verwaltungseinheit, die mit

der jeweiligen Gemeinwesen sowie diejenigen *Personen, welche mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben beliehen wurden*^{165 166}.

V. Räumlicher Schutzbereich

174 Grundsätzlich ist die Wirtschaftsfreiheit „im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft“ gewährleistet.¹⁶⁷ Indessen ist die Bedeutung von Art. 31 Abs. 1 BV aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die das *Prinzip des Föderalismus* im Ergebnis mehr gewichtet hat als die Verwirklichung des schweizerischen Binnenmarktes, in der Praxis nicht sonderlich gross.¹⁶⁸ Dies wirkt sich im Hinblick auf den *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität* vor allem in zweifacher Hinsicht entscheidend aus.

175 Einerseits hält das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung fest, dass

ihrem Stiftungsvermögen eine öffentliche Aufgabe erfüllt.“ (HÄFELIN/MÜLLER, N. 1067). Z.B. die Stiftungen „Pro Helvetia“, „Schweizer Nationalpark“ usw. Zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER, N. 1067 ff.

¹⁶⁵ Es können dies sein *gemischtwirtschaftliche Unternehmungen* (z.B. einige Kantonalbanken, die Westschweizerische Kraftwerk AG [EOS], die Swissair, die Südostbahn [SOB] usw.) oder *private Rechtsträger mit öffentlichen Aufgaben* (vgl. BGE v. 10. Juli 1986 i.S. Molki AG c. EVD, E. 3c.bb [= ZBI 1987, 205 ff.]; z.B. Monopolkonzessionäre, Konzessionäre des öffentlichen Dienstes, öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform oder privatrechtliche Stiftungen und Vereine). Zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER, N. 1183 ff.; KNAPP, Grundlagen II, N. 2720 ff.; A. MÜLLER, 65 ff. (betreffend die Privatisierung von Staatsaufgaben). Die Privaten sind nur soweit an die Verfassung und die Grundrechte gebunden, als sie die ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben wahrnehmen (vgl. bereits oben Rn. 125, 135; HANGARTNER, Grundrechte, 45; A. MÜLLER, 76 ff., 78; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 24). Dies ergibt sich schon aus dem Umstand, dass im übrigen Verkehr unter Privaten den Grundrechten grundsätzlich keine direkte Drittwirkung zukommt (vgl. oben Rn. 16, 50, 53).

¹⁶⁶ Vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1104; HANGARTNER, Grundrechte, 44 ff.; MARTI, 36; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 105.

¹⁶⁷ Art. 31 Abs. 1 BV. Vgl. zur bundesstaatlichen Funktion oben Rn. 58.

¹⁶⁸ Vgl. auch GYGI/RICHLI, 128; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 72, 91, § 5 N. 18 ff. Dies trotz des bundesgerichtlichen Bekenntnisses in BGE 122 I 118 E. 4d: „Toutefois, aujourd’hui déjà, l’art. 31 al. 1 Cst. comporte le droit d’exercer librement une activité lucrative hors du canton de domicile, en accédant au marché d’un autre canton.“ Vgl. dazu RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 54 ff.; Botschaft BGBM, 7 f. Vgl. immerhin die neuere Bundesgerichtspraxis, welche die „Schaffung eines einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraumes“ in die Erwägungen miteinbezieht (BGE 116 Ia 240 E. 2d; vgl. auch SCHWEIZER, 740). Siehe auch bereits BGE 87 I 455 f. E. 5.

„das allgemeine Gleichbehandlungsgebot nach Art. 4 BV und der in Art. 31 BV enthaltene - weitergehende - Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe (...) nicht davor (schützen), dass ausserhalb des Kantons (...) gelegene Konkurrenzbetriebe möglicherweise in den Genuss einer günstigeren (in casu:) Bewilligungspraxis kommen; dies (sei) eine hinzunehmende Folge des föderalistischen Aufbaus des schweizerischen Staatswesens.“¹⁶⁹

Das Bundesgericht spricht zum einen die verfassungsmässige Kompetenzordnung an, welche den Kantonen erlaubt, bestimmte Materien selber zu regeln, und zum andern den ihnen eingeräumten Spielraum bezüglich des Vollzugs von Bundeserlassen. Damit verbunden ist unausweichlich - trotz der grundsätzlichen Bindung der kantonalen Organe an die Wirtschaftsfreiheit und den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität¹⁷⁰ - eine *Vielfalt* in der Ausgestaltung und Anwendung kantonaler Regelungen¹⁷¹ sowie im Vollzug und der Anwendung von Bundeserlassen¹⁷² und damit die Möglichkeit der Wettbewerbsverzerrung unter direkten Konkurrenten im interkantonalen Verhältnis.^{173 174}

¹⁶⁹ BGE 122 I 47 E. 3b.cc; vgl. auch BGE 120 Ia 145 E. 6c; BGE v. 23. Mai 1973 i.S. X. c. Regierungsrat des Kt. Zug, E. 6 (= ZBl 1974, 177 ff.). Siehe auch unten Rn. 315.

¹⁷⁰ Vgl. oben Rn. 171 f.

¹⁷¹ Vgl. BGE 91 I 462 E. 3: „In räumlicher Hinsicht können sie (d.h. die Kantone) nur diejenige Berufsausübung erfassen, die das Kantonsgebiet in erheblicher Weise berührt, sei es, dass die Tätigkeit hier vor sich geht oder dass sie mit Auswirkungen auf das Kantonsgebiet übergreift, hinsichtlich derer der Beruf der polizeilichen Regelung unterstellt werden kann.“; ebenso BGE 87 I 451 ff. (Filmreklame). Vgl. auch Botschaft BGBM, 7; MARTI, 95 ff.; RICHLI, Harmonisierungsbedarf, 461 f.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 86. Vgl. auch bereits oben Rn. 38.

¹⁷² Immerhin vermögen verwaltungsinterne Weisungen und Richtlinien und sog. *vollzugslenkende Verwaltungsverordnungen* (dazu BIAGGINI, Verwaltungsverordnung, 1 ff.) eine gewisse Vereinheitlichung der Rechtsanwendung, namentlich beim Vollzug von Bundesrecht, herbeizuführen.

¹⁷³ Vgl. BGE 122 I 47 E. 3b.cc (günstigere fremdenpolizeiliche Bewilligungspraxis für ausserkantonale Konkurrenzbetriebe); 120 Ia 81 E. 6 (Verbot des Auffüllens der Weinfässer), 145 E. 6c (Verbot von Geldspielautomaten in einzelnen Kantonen); vgl. auch MARTI, 186 (bezüglich der Gewerbebesteuerung). In BGE 122 I 117 E. 4c stellte das Bundesgericht selber fest: „Il convient en effet de ne pas sous-estimer les incidences économiques des règles de procédure cantonales et des réglementations professionnelles qui ont sinon pour but, du moins comme effet de consacrer un «compartimentage cantonal» empêchant l'ouverture des marchés.“ Vgl. indessen BGE 97 I 515 f. E. 4a: „Du principe de l'égalité de traitement entre commerçants de la même branche, on ne peut tirer aucune obligation pour les cantons d'harmoniser entre eux leur législation, ni pour les communes d'harmoniser leur réglementation, dans les cantons où elles ont une certaine compétence en cette matière. Que l'égalité n'existe pas entre commerçants soumis à des réglementations différentes parce que domiciliés dans des cantons - ou des communes - différents, cela est évident et n'est pas incompatible avec la constitution fédérale (...).“ Nach RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 7 N. 45 ist

- 176 Die Vielfalt der kantonalen Regelungen und die damit zusammenhängenden Wettbewerbsverzerrungen sind solange hinzunehmen, als der Bund die ihm gemäss Art. 31^{bis} Abs. 2 BV zustehende Kompetenz,¹⁷⁵ einheitliche Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerben, d.h. vor allem solche polizeilicher und sozialpolitischer Art, zu erlassen, nicht ausschöpft. Die Legiferierung durch den Bund wäre unzweifelhaft ein Schritt in Richtung *Rechtsvereinheitlichung* und Förderung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität im interkantonalen Verhältnis.¹⁷⁶
- 177 Gewichtiger ist andererseits, dass es in der Praxis - vor allem im Bereich der Rechtsanwendung und der Leistungsverwaltung¹⁷⁷ - nicht selten vorkommt, dass einheimische Unternehmer gegenüber auswärtigen bzw. ausserkantona-

immerhin zu fragen, ob nicht das in Art. 31 Abs. 1 BV angelegte Binnenmarkt-Anliegen ein „Mindestmass an Kohärenz“ erfordere: „Denn bei allzu divergierenden kantonalen Regelungen und Massnahmen könnte u.U. die von der BV geforderte Einheit des schweizerischen Wirtschaftsgebietes «untergraben» oder gar vereitelt werden.“ Zu den „übermässigen Wirtschaftshemmnissen“ zwischen den Kantonen vgl. auch GYGI/RICHLI, 127 ff.; zur Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen im aussenwirtschaftlichen Bereich vgl. ANDRICH, 117 ff. Siehe auch WYSS, 32.

¹⁷⁴ Vgl. in diesem Sinne auch das an die St.Galler Regierung gerichtete Gesuch der Geschäftsinhaber der Stadt Rapperswil, worin diese die Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten forderten. Sie beriefen sich auf die besondere Lage der Stadt und darauf, mit gleich langen Spiessen wie die Geschäfte und Einkaufszentren in der Zürcher und vor allem der Ausserschwyzler Nachbarschaft um Kundschaft kämpfen zu können (NZZ v. 31. Juli 1997, S. 45, „Shopping à la discrétion in Rapperswil?“). Vgl. dazu auch WYSS, 32.

¹⁷⁵ Bund und Kantone haben „konkurrierende Kompetenzen“ zur Regelung von Handel und Gewerben. Bei Art. 31^{bis} Abs. 2 BV handelt es sich indessen um eine *Bundeskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung*. Solange und soweit der Bund diese ihm zustehende Kompetenz nicht ausschöpft, dürfen die Kantone gestützt auf Art. 31 Abs. 2 BV die Ausübung von Handel und Gewerben regeln (vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1437; MARTI, 92, 94 f.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 74).

¹⁷⁶ Vgl. bereits STEIGER, 104 ff.; BGE v. 23. Mai 1973 i.S. X. c. Regierungsrat des Kt. Zug, E. 6 (= ZBl 1974, 177 ff.); vgl. auch BGE v. 17. Mai 1972 i.S. X. c. Stadt Zürich, E. 4 (= ZBl 1973, 253 f.); BGE 97 I 515 f. E. 4a. Mit Rücksicht auf die kantonalen Souveränitäten und unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips verhält sich der Bund diesbezüglich allgemein zurückhaltend; vgl. neuestens Botschaft BGBM, 46 f. Immerhin unternehmen die Kantone selber Anstrengungen, ihre Vorschriften durch Konkordate zu harmonisieren (vgl. Botschaft BGBM, 9 ff.).

¹⁷⁷ Man beachte Art. 60 BV: „Sämtliche Kantone sind verpflichtet, alle Schweizer Bürger in der *Gesetzgebung* sowohl als im *gerichtlichen Verfahren* den Bürgern des eigenen Kantons gleich zu halten.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

len mehr oder minder klar bevorzugt werden.¹⁷⁸ Das Bundesgericht tat sich mit dieser Problematik eher schwer.¹⁷⁹ Einen nicht unwesentlichen Beitrag dazu leistet auch der Umstand, dass der Rechtsschutz in diesem Bereich mangelhaft ausgestaltet war.¹⁸⁰ Das führte dazu, dass der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität im interkantonalen Verhältnis (noch) nicht die gebührende Berücksichtigung fand, d.h. es wurde eine Wettbewerbsverzerrung unter direkten Konkurrenten durch das Differenzierungsmerkmal der Herkunft toleriert.¹⁸¹

- 178 Eine derartige Rechtsanwendung bzw. solche Regelungen „können (zwar) unter Umständen gerechtfertigt sein. Sie können aber auch dem Schutze ortsansässiger Submissionsbewerber oder der Privilegierung etablierter Unternehmer dienen und so, statt zu einem einheitlichen Wirtschaftsraum, zu

¹⁷⁸ Vgl. den in ZBl 1993, 411, wiedergegebenen Submissions-Fall und die anschliessenden kritischen Bemerkungen von G. MÜLLER. Vgl. auch BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 77; JAAG, Wettbewerbsneutralität, 494; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 91; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 86; Botschaft BGBM, 6, 13 ff., 18, 22 f.

¹⁷⁹ Zwar führte das Bundesgericht aus, dass „ein Wohnsitzerfordernis für Erwerbstätigkeiten, die unter dem Schutz von Art. 31 BV stehen, nur statuiert werden (darf), wenn es aufgrund besonderer Umstände als unabdingbar erscheint.“ (BGE 106 Ia 126 ff. E. 2b; vgl. auch BGE 122 I 118 E. 4d). Das Bundesgericht prüfte kantonale Bestimmungen, welche die freie Erwerbstätigkeit allgemein beeinträchtigten und somit diskriminierend wirkten, in der Regel aber lediglich unter dem Aspekt der *Verhältnismässigkeit* (vgl. BGE 106 Ia 126 ff.; 103 Ia 544 ff.; 80 I 121 ff.; Botschaft BGBM, 7 f.). VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 77, der sich für eine striktere Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips ausspricht, kann deshalb insoweit zugestimmt werden, als damit die Berücksichtigung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität im Zusammenhang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip gemeint ist (in diesem Sinne wohl auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 7 N. 43, 46 ff. Vgl. VGE-SZ 637/91 vom 23. Januar 1992; und auch bereits BGE 91 I 457 ff.; 88 I 68 ff. E. 6; 87 I 455 f. E. 5; BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 77 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 72, § 5 N. 19, § 7 N. 47; RICHLI, Binnenmarktgesetz, 601.

¹⁸⁰ Einerseits schafft das in Art. 4 BV enthaltene allgemeine *Willkürverbot* nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts für sich allein noch keine geschützte Rechtsstellung im Sinne von Art. 88 OG (BGE 122 I 47 E. 3b.bb; vgl. auch BGE 123 I 280 E. 3c.aa); vgl. jedoch den sachlichen Geltungsbereich des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität oben Rn. 121, 141, 152, 159, 161 ff.; zur Rechtsschutzproblematik unten Rn. 397. Andererseits stellte bis vor kurzem der *Zuschlag im behördlichen Submissionsverfahren* nach der konstanten Praxis des Bundesgerichts keine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG und Art. 97 OG dar (BGE 119 Ia 427 E. 3a, mit zahlreichen Verweisen); vgl. dazu nun Art. 9 Abs. 1 BGBM (Botschaft BGBM, 61 ff.) und unten Rn. 393. Vgl. auch BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 77 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 72.

¹⁸¹ SCHWEIZER, 740, leitet aus der Praxis des Bundesgerichts der letzten Jahre indessen einen Umschwung ab. Vgl. jedoch immerhin die Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten: Art. 33 und Art. 60 BV i.V.m. Art. 5 UebBest BV (dazu BGE 122 I 116 ff. E. 4).

abgeschlossenen Märkten und damit zur Ausschaltung von Marktmechanismen führen.“¹⁸²

- 179 Der Bedeutung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität und den Folgen, die aus seiner Nichtbeachtung insbesondere im interkantonalen Verhältnis resultierten, begann der Bundesrat anfangs der neunziger Jahre Rechnung zu tragen.¹⁸³ Dies freilich nicht ganz unfreiwillig. Die *Globalisierung der Märkte* und die *europäische Integration im Rahmen der Europäischen Union* bzw. die damit zusammenhängende Verschärfung des internationalen Konkurrenzkampfes sowie die herrschende Phase der rezessionsbedingten Konjunkturflaute zwangen zum Handeln bzw. zur Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit mittels Liberalisierung des Binnenmarktes.¹⁸⁴
- 180 Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität erfuhr im interkantonalen Verhältnis hauptsächlich durch das neu geschaffene *Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM)* vom 6. Oktober 1995¹⁸⁵ eine wesentliche Stärkung.¹⁸⁶ Das BGBM beschränkt sich im Kern auf die Festlegung der für einen Bin-

¹⁸² So prägnant die Botschaft BGBM, 6.

¹⁸³ RICHLI, Binnenmarktgesetz, 601, staunt, „dass dieser Eindruck erst anfangs der neunziger Jahre aufkam, also mehr als 100 Jahre nach der Verankerung der HGF in Art. 31 Abs. 2 der Bundesverfassung.“

¹⁸⁴ Vgl. den Bericht über die marktwirtschaftliche Erneuerung, 1374 ff.; Botschaft BGBM, 18 ff.; vgl. auch COTTIER/WAGNER, 1582; GYGI/RICHLI, 127 f.; RICHLI, Binnenmarktgesetz, 593, 601. Denn „(d)ie Effizienz des Binnenmarktes ist zu einem konstitutiven Bestandteil der Rahmenbedingungen geworden, welche die internationale Wettbewerbsfähigkeit eines Landes bestimmen (...). Die Schaffung eines offenen Binnenmarktes Schweiz ist ein notwendiger und zweckmässiger Schritt, um angesichts des Prozesses der Globalisierung der Märkte den Wohlstand in der Schweiz zu wahren.“ (Botschaft BGBM, 21). Vgl. dazu auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 1 N. 31 ff.

¹⁸⁵ SR 943.02. Es handelt sich um ein blosses *Grundsatzgesetz* (RICHLI, Binnenmarktgesetz, 601; SCHWEIZER, 741; K. WEBER, 164; Botschaft BGBM, 45 ff.). Bezüglich der Pflicht der Nichtdiskriminierung trat der Erlass am 1. Juli 1996 in Kraft; in Bezug auf die Rechtsschutzbestimmungen (Art. 9) wird er am 1. Juli 1998 in Kraft treten. Zum BGBM allgemein vgl. COTTIER/WAGNER, 1582 ff.; RICHLI, Binnenmarktgesetz, 593 ff.; RICHLI/WUNDER, 908 ff.; SCHWEIZER, 739 ff.; K. WEBER, 164 ff.

¹⁸⁶ Vgl. dazu auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 7 N. 56 ff.

nenmarkt elementaren Grundsätze der *Nichtdiskriminierung*¹⁸⁷ und des sog. *Cassis-de-Dijon-Prinzips*^{188, 189}. Im Ergebnis verbietet das BGBM damit den Kantonen ausdrücklich, die konkurrierenden - schweizerischen¹⁹⁰ - Unternehmer allein aufgrund ihrer Herkunft unterschiedlich zu behandeln,¹⁹¹ und trägt so wesentlich zur kantonsüberschreitenden Geltung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität bei.^{192, 193}

¹⁸⁷ „Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung bedeutet im wesentlichen, dass der Marktzugang für Ortsfremde mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht einfach deshalb beschränkt werden kann, weil sie ortsfremd sind.“ (Botschaft BGBM, 45). Im weiteren gewährt Art. 6 Abs. 1 BGBM den inländischen Unternehmern mindestens die gleichen Rechte wie ausländischen Personen aufgrund von völkerrechtlichen Verträgen des Bundes und vermeidet dadurch auch eine *Inländerdiskriminierung* (vgl. Botschaft BGBM, 58 f.).

¹⁸⁸ Dieses ist der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30 EGV entnommen (vgl. dazu Botschaft BGBM, 25 ff.) und „legt die Vermutung fest, dass die kantonalen Zulassungsvoraussetzungen für die Ausübung der unter den Schutz der HGF fallenden Erwerbstätigkeiten gleichwertig sind, so dass derjenige, der in einem Kanton zur Ausübung eines Gewerbes zugelassen worden ist, sein Gewerbe in allen Kantonen ausüben kann, ausser es werde der Nachweis erbracht, dass die Vermutung im konkreten Einzelfall nicht zutrifft.“ (Botschaft BGBM, 45). Vgl. auch BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 67 f.; RICHLI, Binnenmarktgesetz, 601.

¹⁸⁹ Vgl. Art. 2-5 BGBM.

¹⁹⁰ Dazu oben Rn. 164 ff. Unter *Vorbehalt völkerrechtlicher Verträge* ist es im Prinzip dagegen zulässig, die schweizerischen Unternehmer gegenüber den ausländischen zu bevorteilen, sofern sich letztere nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können (dazu oben Rn. 166 und unten Rn. 313 f.). Vgl. Botschaft BGBM, 47 f., 50. Mit der Unterzeichnung des *WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen* verpflichtete sich die Schweiz zum Beispiel, bei öffentlichen Beschaffungen ausländische Anbieter aus den Vertragsstaaten ab bestimmten Schwellenwerten nicht zu diskriminieren. In Ausführung dieses Übereinkommens wurde das *Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen* (SR 172.056.1), die dazugehörige Verordnung vom 11. Dezember 1995 sowie die *Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen* vom 25. November 1994 (SR 172.056.4) erlassen. Auch bei den laufenden bilateralen Verhandlungen der Schweiz mit der Europäischen Union steht die Nichtdiskriminierung der EU-Bürger gegenüber den Schweizerischen Bürgern im Vordergrund.

¹⁹¹ Das BGBM konkretisiert damit die Wirtschaftsfreiheit (vgl. COTTIER/WAGNER, 1583; RICHLI/WUNDER, 908; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 87) und weiter das - vom Bundesgericht large gehandhabte - Verhältnismässigkeitsprinzip; es drängt dadurch die föderalistische Komponente zurück (vgl. RICHLI, Binnenmarktgesetz, 602, 604; RICHLI/WUNDER, 909). Vgl. auch Botschaft VE 96, 299.

¹⁹² Die Botschaft BGBM, 54, hält in diesem Sinne klar fest, dass Anbieterinnen und Anbieter unterschiedlicher Herkunft bei gleichartigen Leistungsangeboten auf schweizerischem Gebiet unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität fortan als *direkte Konkurrenten* anzusehen seien (vgl. nun zum Beispiel VGE-ZH v. 10. Juli 1997 i.S. B. c. Regierungsrat des Kt. Zürich [= ZBl 1997, 462 ff.]). BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 78, bezweifelt jedoch, dass das BGBM einen entscheidenden Beitrag zur Einheit des schweizerischen Wirtschaftsraumes leisten kann; namentlich führt er den durch kantonale Rechtszersplitterung geprägten Bereich des *Konsumkreditwesens* an.

¹⁹³ Ein moderates, aber verfassungskonformes Abweichen bezüglich des gesamtschweizerisch geltenden Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität stellt im übrigen die Kompetenz des Bundes dar,

VI. Fazit

- 181 Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität spielt in denjenigen Bereichen eine Rolle, in denen es um die Beurteilung von *wirtschaftsrelevanten* staatlichen Massnahmen geht. Als Verfassungsgrundsatz bedarf der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zur Geltendmachung jedoch eines verfassungsmässigen Rechts, in dessen Schutzbereich dieses wirtschaftsrelevante staatliche Handeln fällt.¹⁹⁴
- 182 Der Staat ist bei Erlass von wirtschaftsrelevanten Massnahmen sowohl im Bereich der Eingriffs- und der Leistungsverwaltung als auch bei seinem hoheitlichen und nichthoheitlichen Handeln *prinzipiell* an den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität *gebunden*.¹⁹⁵
- 183 Als verfassungsmässiges Recht, in dessen Schutzbereich das wirtschaftsrelevante Handeln des Staates fällt, ist in erster Linie die *Wirtschaftsfreiheit* von Bedeutung.¹⁹⁶ In Betracht kommen aber auch die *Eigentumsgarantie*,¹⁹⁷ die *Meinungsäusserungs-* und *Pressefreiheit*¹⁹⁸ sowie das *Rechtsgleichheitsgebot* und *Willkürverbot*¹⁹⁹.

gemäss Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. c BV *regionale Strukturpolitik* zu betreiben (vgl. dazu LENDI, 241 ff.; indessen weist AUBERT, Bd. 2, ad 1927 darauf hin, dass der Grund für die Bedrohung der Wirtschaft einer Region ausschliesslich *geographisch* sein muss); vgl. auch Botschaft BGBM, 12. Einen Sonderfall auf dem schweizerischen Staatsgebiet stellen überdies die *Zollausschlussgebiete Samnaun und Sampuoir* in Graubünden dar: Der Bundesrat hat 1892, gemäss der ihm zustehenden gesetzlichen Möglichkeit, das Samnaun aus der schweizerischen Zoll-Linie ausgeschlossen, um den Talbewohnern entgegenzukommen und einen übermässigen Aufwand für die Zollkontrolle an der effektiven Landesgrenze zu vermeiden. 1911 nach dem Bau einer Fahrstrasse von Martina nach Samnaun wurde der Zollausschluss trotz der Veränderung der Verkehrsverhältnisse bestätigt (vgl. BGE 100 Ib 49 f. E. 3c; vgl. Art. 3 Abs. 2 MWSTV und Komm. MWSTV, 2).

¹⁹⁴ Vgl. oben Rn. 120 f.

¹⁹⁵ Vgl. oben Rn. 123 ff., 128.

¹⁹⁶ Vgl. oben Rn. 129 ff.

¹⁹⁷ Vgl. oben Rn. 153 ff.

¹⁹⁸ Vgl. oben Rn. 156 ff.

¹⁹⁹ Vgl. oben Rn. 141, 152, 159, 161 ff.,

- 184 Der persönliche Geltungsbereich des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität beurteilt sich unabhängig vom angerufenen verfassungsmässigen Recht aufgrund seiner spezifisch wirtschaftsbezogenen Natur grundsätzlich nach demjenigen der *Wirtschaftsfreiheit*.²⁰⁰ Zu beachten ist jedoch, dass der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität in persönlicher Hinsicht das Vorliegen einer *Konkurrenzsituation* zwischen mindestens zwei Unternehmern, welche durch eine staatliche Massnahme tangiert wird, voraussetzt.²⁰¹
- 185 Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität *staatlicher* Massnahmen ist von allen *Trägern öffentlicher Aufgaben* bei Erlass wirtschaftsrelevanter Massnahmen zu beachten.²⁰²
- 186 Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gilt - wie die Wirtschaftsfreiheit - grundsätzlich „im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft“. In der Praxis kommt jedoch dem *Prinzip des Föderalismus* gegenüber dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität in verschiedener Hinsicht ein stärkeres Gewicht zu. Gemildert wird diese Praxis durch das am 1. Juli 1996 in Kraft getretene *Bundesgesetz über den Binnenmarkt* (BGBM), welches es den Kantonen prinzipiell verbietet, die konkurrierenden Unternehmer nach dem Kriterium der Herkunft unterschiedlich zu behandeln.²⁰³

²⁰⁰ Vgl. oben Rn. 164 ff.

²⁰¹ Vgl. oben Rn. 168 ff.

²⁰² Vgl. oben Rn. 171 ff.

²⁰³ Vgl. oben Rn. 174 ff.