

§ 4 Verhältnis zwischen dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und anderen Verfassungsgrundsätzen

I. Einleitung

187 Bei seinem gesamten Handeln hat sich der Staat an die verfassungsmässigen Rechte und die Verfassungsgrundsätze zu halten.¹ Das Handeln des Staates tangiert in der Regel irgendwelche Grundrechte. Deren Beschränkung ist nur unter Beachtung der allgemeinen Verfassungsgrundsätze und unter Respektierung des Kerngehalts² des betreffenden Grundrechts³ zulässig. *Kumulativ* erforderlich ist in diesem Sinne eine genügende gesetzliche Grundlage, ein überwiegendes öffentliches Interesse sowie die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit.⁴ *Zusätzlich* zu diesen allgemeinen Verfassungsgrundsätzen ist bei wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen auch der spezifische Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zu beachten.⁵

Eine Verletzung dieser Verfassungsgrundsätze kann grundsätzlich nur im Zusammenhang mit einem *verfassungsmässigen Recht* geltend gemacht

¹ Dazu oben Rn. 123 ff.

² In der vorliegenden Arbeit wird aufgrund der weitgehenden Konturlosigkeit lediglich punktuell auf die Kerngehaltsfrage eingegangen. Dem unantastbaren Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit können bspw. *institutionelle* (Grundsatz der Privatwirtschaft; vgl. oben Rn. 49 f., 56) und *persönlichkeitsbezogene* Aspekte (Berufswahlfreiheit; vgl. unten Rn. 136) zugeordnet werden (vgl. GYGI/RICHLI, 106; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 362 f.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 214 f.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 83). HANGARTNER, Wirtschaftsfreiheit, 15, spricht im Zusammenhang mit der Kerngehaltsgarantie - vor allem in Bezug auf die Wirtschaftsfreiheit bedeutsam - von der „politischen Zielsetzung eines Grundrechts“.

³ Vgl. bspw. BGE 122 I 363 E. 5b; vgl. statt vieler HÄFELIN/HALLER, N. 1127 ff.; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 114 ff. Vgl. auch oben Rn. 97 f.

⁴ Vgl. oben Rn. 62, 90 ff.

⁵ Vgl. oben Rn. 123 ff. und auch Rn. 61 ff.

werden.⁶ Das Bundesgericht prüft dabei *frei*, ob sich die Grundrechtsbeschränkung an diese Verfassungsgrundsätze hält.⁷ Nur auf *Willkür* hin prüft es die Auslegung und Anwendung von kantonalem Gesetzesrecht, so-fern kein besonders schwerer Eingriff zur Diskussion steht.⁸

188 Aufgrund der prinzipiellen *Gleichrangigkeit dieser Verfassungsgrundsätze* untereinander können sich Spannungslagen ergeben.⁹ Diese sind in der Regel durch „wertende Abwägung der im Spiele stehenden Interessen zu lösen.“¹⁰ Unter den konkurrierenden Verfassungsgrundsätzen ist „praktische Konkordanz“ herzustellen.¹¹ Nachfolgend geht es darum, die Spannungslagen, die sich aus dem Zusammenspiel der *allgemeinen* Verfassungsgrundsätze mit dem *spezifischen* Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ergeben, darzustellen und Lösungsmöglichkeiten zu finden.¹²

⁶ Vgl. oben Rn. 91, 98.

⁷ Vgl. statt vieler BGE 122 I 244 E. 4a; 119 Ia 183 E. 4a; KÄLIN, Verfahren, 185. Vgl. auch unten Rn. 277.

⁸ Vgl. statt vieler BGE 122 I 244 E. 4a; 119 Ia 183 E. 4a; KÄLIN, Verfahren, 175, 177. Vgl. unten Rn. 201 ff., 208 ff.

⁹ Vgl. oben Rn. 95.

¹⁰ BGE 112 V 122 E. 4c. Vgl. auch IMBODEN/RHINOW und RHINOW/KRÄHENMANN, je Nr. 74 B.VIII; JANSEN, 27 ff.

¹¹ Vgl. WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, 114 (mit Verweisungen); HÄFELIN/HALLER, N. 1140a. Vgl. auch BGE 120 II 82 E. 5c.

¹² Vgl. auch oben Rn. 99 f.

II. Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität

A. Allgemeines

- 189 Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung das Legalitätsprinzip als ungeschriebenen *Verfassungsgrundsatz* des Bundes aus dem Gewaltenteilungsprinzip und dem in Art. 4 Abs. 1 BV enthaltenen Willkürverbot abgeleitet.¹³ Es erfüllt eine rechtsstaatliche Funktion, eine Gewaltenteilungsfunktion und eine demokratische Funktion.¹⁴
- 190 Das Legalitätsprinzip gebietet die Bindung der Behörden aller Stufen an das Gesetz.¹⁵ Das Gesetz ist Massstab und Schranke der gesamten¹⁶ - und insbesondere der wirtschaftsrelevanten¹⁷ - Verwaltungstätigkeit.¹⁸ Daraus abgeleitet wurden das sog. *Prinzip des Vorrangs des Gesetzes*¹⁹ sowie das *Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes*²⁰.

¹³ Vgl. BGE 122 I 63 E. 2a; HÄFELIN/MÜLLER, N. 305. Vgl. auch AUER, *égalité*, 282; A. GRISEL, *Traité*, 312 s.; KNAPP, *Grundlagen I*, N. 453 ff.; G. MÜLLER in *Komm. BV*, Art. 4, Rz. 9.

¹⁴ Vgl. BGE 123 I 3 f. E. 2b; RICHLI, *Subventionen*, 60 f., mit Verweisen.

¹⁵ BGE 105 Ia 236 E. 3d; vgl. auch BGE 106 V 119 E. 3; HÄFELIN/MÜLLER, N. 337.

¹⁶ Vgl. BGE 123 I 4 E. 2b Das Legalitätsprinzip gilt sowohl für die *Eingriffs-* und die *Leistungsverwaltung* (BGE 118 Ia 61 E. 5b), als auch für die *Informationsverwaltung* (MÜLLER/MÜLLER-GRAF, 396 ff.; RICHLI, *Informationsmittel*, 161). Vgl. zum Anwendungsbereich des Legalitätsprinzips allgemein insbesondere MOOR, *fondements*, 300 ss. Vgl. auch RICHLI, *Subventionen*, 59 ff.

¹⁷ Vgl. Art. 31 Abs. 1, Art. 32 Abs. 1 BV und oben Rn. 59. Dazu E. GRISEL, vol. 2, n. 817 ss., 837 ss.; RHINOW in *Komm. BV*, Art. 31, Rz. 146; VALLENDER, *Wirtschaftsfreiheit*, 80.

¹⁸ Vgl. E. GRISEL, vol. 2, n. 526; HÄFELIN/MÜLLER, N. 296, 339; KNAPP, *Grundlagen I*, N. 453 ff.; MOOR, *fondements*, 265 ss., 284 ss., 300 ss.; J.-P. MÜLLER, *Elemente*, 104 ff.; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 59 B.II.a. *Zum Steuerrecht*: BLUMENSTEIN/LOCHER, 11 ff.

¹⁹ Danach darf kein Rechtssatz einem ranghöheren Rechtssatz, keine Verfügung einem gültigen Rechtssatz widersprechen (AUER, *égalité*, 282; A. GRISEL, *Traité*, 305 ss.; IMBODEN/RHINOW, Nr. 59 B.I.a; KNAPP, *Grundlagen I*, N. 463 ff.; MOOR, *fondements*, 265 ss.; vgl. BGE 112 Ia 139 E. 3c). Daraus folgt unter anderem der *Grundsatz der Parallelität der Formen*, wonach Anordnungen nur in jener Form gültig geändert werden können, in der sie erlassen wurden (BGE 112 Ia 139 E. 3c, mit weiteren Nachweisen).

²⁰ Danach kann im Rechtsstaat die Begründung von Rechten und Pflichten nur durch Rechtssatz (d.h. durch Gesetz im materiellen Sinne) erfolgen. (AUER, *égalité*, 282; A. GRISEL, *Traité*, 311 ss.; IMBODEN/RHINOW, Nr. 59 B.I.b; KNAPP, *Grundlagen I*, N. 468 ff.; vgl. BGE 100 Ia 195 E. 4a).

- 191 Um die Voraussehbarkeit staatlicher Massnahmen bzw. Rechtssicherheit sowie eine rechtsgleiche Rechtsanwendung zu gewährleisten,²¹ hat das Bundesgericht das *Erfordernis des Rechtssatzes* und das *Erfordernis der Gesetzesform* entwickelt.
- 192 Das Erfordernis des Rechtssatzes verlangt, dass die Staatstätigkeit nur auf Grund und nach Massgabe von *generell-abstrakten*²² *Rechtsnormen* ausgeübt werden darf, die *genügend bestimmt*²³ sind.²⁴

²¹ BGE 123 I 3 f. E. 2b; 109 Ia 283 f. E. 4d; vgl. auch BGE 102 Ia 74 ff. E. 3c. Vgl. auch A. GRISEL, *Traité*, 312; HÄFELIN/MÜLLER, N. 300 ff., 344; MOOR, *fondements*, 268 ss.; G. MÜLLER in *Komm. BV*, Art. 4, Rz. 6; RICHLI, *Subventionen*, 61.

²² Generell-abstrakt ist eine Regelung, die sich an eine unbestimmte Zahl von Adressaten richtet und eine unbestimmte Zahl von Fällen erfasst und welche Rechte und Pflichten der Bürger begründet oder die Organisation, Zuständigkeit oder Aufgaben der Behörden oder das Verfahren regelt (Art. 5 Abs. 2 GVG; vgl. auch BGE 112 Ib 251 E. 2b; HÄFELIN/MÜLLER, N. 310).

²³ „Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'exigence de précision de la norme découle du principe général de la légalité, mais aussi de la sécurité du droit et de l'égalité devant la loi.“ (BGE 123 I 124 E. 7a). „(D)er Bürger (soll) in hinreichender Weise (...) erkennen können, welche rechtlichen Vorschriften auf einen gegebenen Fall anwendbar sind; das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.“ (BGE 109 Ia 283 E. 4d; vgl. auch BGE 124 I 43 E. 3b; 119 IV 244 E. 1c; 117 Ia 480 E. 3e; 108 Ia 319 E. 2b.aa.). Das Gebot nach Bestimmtheit rechtlicher Normen darf jedoch nicht in absoluter Weise verstanden werden (vgl. dazu BGE 123 I 5 f. E. 4b). „(D)ie Komplexität der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, die Notwendigkeit einer erst bei der Konkretisierung möglichen Wahl, die nicht abstrakt erfassbare Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte und das Bedürfnis nach einer sachgerechten Entscheidung im Einzelfall (sprechen) für eine gewisse Unbestimmtheit der Normen.“ (BGE 109 Ia 284 E. 4d; vgl. auch BGE 124 I 43 E. 3b; DUBS, 241; MOOR, *fondements*, 268 s.). In gewissen Fällen kann diese unabdingbare Unbestimmtheit der gesetzlichen Grundlage durch verfahrensrechtliche Garantien kompensiert werden (BGE 122 I 364 E. 5b.bb; DUBS, 244 f.). In Bezug auf *Personen in einem Sonderstatusverhältnis* stellt das Bundesgericht nur reduzierte Anforderungen an die Bestimmtheit des Rechtssatzes (A. GRISEL, *Traité*, 318 ss.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 342, 391; J.-P. MÜLLER in *Komm. BV*, *Einleitung zu den Grundrechten*, Rz. 120; ders., *Elemente*, 108 f.). Desgleichen gilt im *Abgaberecht*, soweit die Überprüfung von Gebühren auf ihre Rechtmässigkeit anhand von verfassungsmässigen Prinzipien, insbesondere des Kostendeckungs- und des Äquivalenzprinzips, ohne weiteres möglich ist (vgl. BGE 122 I 63 E. 2a, 289 E. 6, 311 f. E. 5a, je mit Verweisen). Vgl. zum Ganzen DUBS, 223 ff.; WERNER RITTER, *Schutz der Freiheitsrechte durch genügend bestimmte Normen*, *Diss. St.Gallen* 1994.

²⁴ Vgl. BGE 123 I 3 E. 2b. Vgl. zum Ganzen HÄFELIN/HALLER, N. 1132; HÄFELIN/MÜLLER, N. 309 ff.; MOOR, *fondements*, 290 ss.; G. MÜLLER in *Komm. BV*, Art. 4, Rz. 6 ff.; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 59 B.II.i.

- 193 Das Erfordernis der Gesetzesform gebietet, dass die wichtigen²⁵ Rechtsnormen, auf denen die Verwaltungstätigkeit beruht, in einem *Gesetz im formellen Sinn*²⁶ enthalten sein müssen.²⁷
- 194 Im Bereich der *Leistungsverwaltung* können die Anforderungen sowohl an die Bestimmtheit des Rechtssatzes als auch an das Erfordernis der Gesetzesform zum Teil weniger streng sein.²⁸
- 195 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann das zuständige Gemeinwesen unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne gesetzliche

²⁵ Die Abgrenzung fällt nicht leicht (vgl. J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 117). Nach HÄFELIN/MÜLLER, N. 318 ff., sind insbesondere die folgenden Kriterien massgebend: die *Intensität des Eingriffs* (in die verfassungsmässigen Rechte), die *Zahl der von einer Regelung Betroffenen*, die *finanzielle Bedeutung*, die *Akzeptierbarkeit*, das *Flexibilitätsbedürfnis* und die *Eignung der entscheidenden Behörde*. Bezüglich Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit vgl. KÄLIN, Verfahren, 182 f.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 158 f.

²⁶ „Der Begriff des «Gesetzes» kann im materiellen oder formellen Sinn verstanden werden. Das Gesetz im materiellen Sinn ist der Erlass einer gesetzgebenden Behörde, der generell-abstrakte Normen enthält. Unter Gesetz im formellen Sinn dagegen können Erlasse verstanden werden, die in die Zuständigkeit der gesetzgebenden Behörde fallen und im *Gesetzgebungsverfahren* ergehen, aber auch rechtsanwendende Akte im Rahmen ihrer Regierungs- und Verwaltungstätigkeit enthalten und Verfügungen darstellen.“ (BGE 119 Ia 158 E. 3a; 98 Ia 642 E. 3b; Hervorhebung durch den Verfasser). Vgl. auch A. GRISEL, *Traité*, 313 ss.

²⁷ Das Erfordernis dient der demokratischen Legitimation des Verwaltungshandelns (vgl. BGE 103 Ia 383 E. 6d). „(D)ie Anforderungen an die Klarheit und Bestimmtheit der Eingriffsnorm (hängen) von der Schwere des Eingriffs ab: Bei schweren Eingriffen in grundrechtlich geschützte Positionen verlangt das Bundesgericht in den wesentlichen Punkten eine klare unzweideutige Grundlage in einem formellen Gesetz; leichtere Eingriffe können bei Vorliegen einer schlüssigen gesetzlichen Delegation auch in Erlassen unterhalb der Gesetzesstufe vorgenommen oder auf Generalklauseln abgestützt werden (BGE 122 I 363 f. E. 5b.bb; 123 I 124 E. 7a, 303 E. 3). Bezüglich der Anforderungen zur Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen allgemein vgl. BGE 118 Ia 310 f. E. 2b; im Abgabenrecht vgl. BGE 122 I 63 E. 2a, 311 E. 5a. Vgl. zum Ganzen E. GRISEL, vol. 2, n. 527 ss.; HÄFELIN/HALLER, N. 1133 f., 1425 f.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 316 ff.; J.-P. MÜLLER, *Elemente*, 106 ff.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 157; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 59 B.II.i, Nr. 60 B.I-III.

²⁸ „Bei regelmässig wiederkehrenden staatlichen Leistungen bedarf es für den sachgerechten und rechtsstaatlich befriedigenden Einsatz der Mittel meist einer spezialgesetzlichen Normierung, welche Voraussetzungen und Zweck dieser Leistungen detailliert umschreibt. Dies gilt insbesondere für Sozialleistungen und Subventionen. Für einmalige Vorhaben, bei denen sich keine Probleme der Gleichbehandlung und der Vorausssehbarkeit stellen, können dagegen schon allgemeine Ziel- und Aufgabennormen in Verfassung oder Gesetz eine hinreichende Rechtsgrundlage bilden.“ (BGE 118 Ia 61 f. E. 5b). Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER, N. 335; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 10.

Grundlage handeln. Diesfalls genügt das Vorliegen von *Polizeinot*²⁹ oder *Gewohnheitsrecht*³⁰.

B. Verhältnis zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität

1. Das Erfordernis des Rechtssatzes

196 Das wirtschaftsrelevante Handeln des Staates hat - entsprechend dem Legalitätsprinzip - als Teil der gesamten Verwaltungstätigkeit grundsätzlich auf gesetzlicher Grundlage zu beruhen und sich damit - zumindest - auf *generell-abstrakte Rechtssätze* abzustützen.³¹

²⁹ Die Kompetenz zum Erlass von Polizeinotrecht setzt eine *schwere und unmittelbar drohende Gefahr für die öffentliche Ordnung* voraus, der nicht mit anderen gesetzlichen Mitteln beizukommen ist. Erforderlich ist, dass ohne sofortiges Handeln der Behörden *fundamentale Rechtsgüter in unmittelbarer, direkter und schwerwiegender Weise gefährdet* würden. Der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel ist in diesem Sinne auf *echte und unvorhersehbare Notfälle* beschränkt; ihre Anrufung ist grundsätzlich ausgeschlossen, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurden (BGE 121 I 27 f. E. 4b.aa; vgl. auch BGE v. 2. April 1982 i.S. M. c. Gemeinde Lyss, E. 2b [= ZBI 1983, 360 ff.]). Siehe auch J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 122.

³⁰ An die Voraussetzungen für die Entstehung von Gewohnheitsrecht werden im öffentlichen Recht strenge Anforderungen gestellt (BGE 103 Ia 379 E. 4c; KGE-VS v. 31. Mai 1996 i.S. E.A. c. Staatsrat des Kt. Wallis, E. 3 [= RVJ 1997, 69 ff.]). Gewohnheitsrecht ist ungeschriebenes, objektives Recht. Seine Entstehung setzt eine *längere Zeit andauernde, ununterbrochene Übung* voraus, welche auf der Rechtsüberzeugung sowohl der rechtsanwendenden Behörden als auch der vom angewendeten Grundsatz Betroffenen (*opinio iuris et necessitatis*) beruht. Erforderlich ist zudem, dass eine *Lücke* des geschriebenen Rechts vorliegt und ein unabweisliches *Bedürfnis* besteht, sie zu füllen (BGE 119 Ia 62 E. 4b; KGE-VS v. 31. Mai 1996 i.S. E.A. c. Staatsrat des Kt. Wallis, E. 3 [= RVJ 1997, 69 ff.]; vgl. auch BGE v. 2. April 1982 i.S. M. c. Gemeinde Lyss, E. 3c [= ZBI 1983, 360 ff.]).

³¹ Vgl. auch BGE 91 I 462 f. E. 3a; E. GRISEL, vol. 2, n. 525 ss.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 155 f. Dies gilt heute wohl auch für die - wirtschaftsrelevante - Bewilligungspflicht für die über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung des öffentlichen Grundes (vgl. BGE 121 I 283 E. 2b; 119 Ia 449 E. 2a; explizit BGE 108 Ia 137 E. 3; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 162).

- 197 Die mit der generell-abstrakten Ausgestaltung der Normen bezweckte Gleichmässigkeit in der Rechtsanwendung steht mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität nicht in einem Spannungsverhältnis, sondern erfährt durch diesen Verfassungsgrundsatz vielmehr eine spezifische *Bestätigung*.
- 198 Denn der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, verstanden als an den Staat gerichtetes Gebot, sich nicht in den wirtschaftlichen Wettbewerb von direkten Konkurrenten einzumischen,³² stellt als solches qualifizierte Anforderungen an die *rechtsgleiche* Handhabung der Wirtschaftsverwaltung³³ und verlangt damit um so mehr das Vorliegen von generell-abstrakten Rechtsätzen³⁴.
- 199 Von diesem Erfordernis kann deshalb nur in ausgesprochenen Ausnahmefällen abgewichen werden. Lediglich bei Vorliegen besonderer Umstände kann wirtschaftsrelevantes staatliches Handeln auf Polizeinot- oder Gewohnheitsrecht abgestützt werden.³⁵
- 200 In der neueren Rechtsprechung verlangt das Bundesgericht - offenbar in Abkehr von seiner früheren Praxis³⁶ - auch bezüglich der Bewilligungspflicht für die über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung des öf-

³² Vgl. oben Rn. 14.

³³ Vgl. BGE v. 21. März 1997 i.S. Nicotrans S.A. c. Consiglio di Stato del Cantone Ticino, E. 1b.cc. (= 2P. 166/1996; = Pra 1998 Nr. 1 S. 1 ff.); BGE v. 21. März 1997 i.S. Coop-Genève c. Département de l'économie publique du canton de Genève, E. 3b (= 2P.270/1996; = Pra 1997 Nr. 101 S. 545); BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.bb (= 2P.146/1996); BGE 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.

³⁴ Vgl. auch JAAG, Gemeingebrauch, 165.

³⁵ Vgl. E. GRISEL, vol. 2, n. 535, 537; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 161 f. Vgl. dazu oben Rn. 195.

³⁶ Vgl. dazu RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 162. In BGE 109 Ia 211 E. 4b führte das Bundesgericht aus, „une base légale n'est pas nécessaire pour régler l'usage commun ni l'utilisation accrue du domaine public“. Vgl. auch BGE 101 Ia 477 E. 3b; sowie bereits BGE 52 I 83 f. E. 2.

fentlichen Grundes zu Recht das Vorliegen eines generell-abstrakten Rechtssatzes³⁷.

2. Das Erfordernis der Gesetzesform

- 201 Auch im Bereich der wirtschaftsrelevanten Verwaltungstätigkeit beurteilt sich das Erfordernis der Gesetzesform in der Regel nach der *Schwere des Eingriffs* in die grundrechtlich geschützten Positionen.³⁸
- 202 Während in Bereichen, in denen die *Eingriffsverwaltung* dominiert,³⁹ bezüglich der Frage der Gesetzesform in der Regel auf Art und Intensität des Eingriffs der wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme in die tangierten spezifischen verfassungsmässigen Rechte abgestellt wird,⁴⁰ ist in Bereichen, in denen die *Leistungsverwaltung* vorherrscht, insbesondere bei Vorliegen von Kapazitätsschranken, vor allem die Schwere der Ungleichbehandlung,⁴¹

³⁷ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die zur Aufsicht über die öffentlichen Sachen zuständige Behörde ohne *besondere* gesetzliche Grundlage befugt, die über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung von einer Bewilligung abhängig zu machen (vgl. BGE 121 I 283 E. 2b; 119 Ia 449 E. 2a; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER, N. 1877). In BGE 108 Ia 137 E. 3 führte das Bundesgericht ausdrücklich aus, dass ein „Gesetz (im materiellen Sinne)“ erforderlich sei. Kritisch zur älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts auch HÄFELIN/MÜLLER, N. 1877; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 192 ff.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 162; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 59 B.II.k.5; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 218.

³⁸ Vgl. BGE 122 I 134 E. 3b.bb, 363 E. 5b.bb; E. GRISEL, vol. 2, n. 538 s.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 157. Zu den tangierten verfassungsmässigen Rechten siehe oben Rn. 129 ff., 153 ff., 156 ff., 161 ff. Zur Beurteilung der Schwere eines Eingriffs vgl. oben Rn. 193. Im Zusammenhang mit der Frage der Intensität des Eingriffs in das tangierte Grundrecht ist bei wirtschaftsrelevanten Massnahmen insbesondere auf die *Art der Materie* und die *wirtschaftliche Bedeutung der staatlichen Massnahme* sowie auf das *Ausmass* und die *Folgen der Wettbewerbs-tangierung* abzustellen.

³⁹ Vgl. dazu oben Rn. 124 ff.

⁴⁰ So stellen zum Beispiel das Verbot der selbständigen Berufsausübung (BGE 116 Ia 122 E. 4a) und die Bewilligungspflicht für die Ausübung eines Berufes (BGE 123 I 217 E. 3a, 261 E. 2b; 122 I 134 E. 3b.bb) aufgrund ihrer Art intensive Eingriffe in sensible, von der Wirtschaftsfreiheit geschützte Bereiche dar. Vgl. im weiteren die Übersicht bei KÄLIN, Verfahren, 182 f.

⁴¹ Vgl. bspw. den in Rn. 8 vorgestellten BGE 121 I 279 ff. Das Bundesgericht ging in diesem Entscheid davon aus, es liege eine schwere Ungleichbehandlung vor (S. 290 E. 6e), äusserte zur

die Zahl der Privilegierten bzw. der Benachteiligten,⁴² die wirtschaftliche Bedeutung der Leistung⁴³ sowie die Akzeptierbarkeit durch die Nichtberücksichtigten⁴⁴ zu beachten.⁴⁵

203 Nach Ansicht des Bundesgerichts stellt zum Beispiel die Verweigerung einer Bewilligung für die über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung des öffentlichen Grundes als solche noch keinen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar.⁴⁶ Es ist deshalb keine formell-gesetzliche Grundlage erforderlich.⁴⁷ Angesichts der sich verschärfenden Knappheit des öffentlichen Grundes sowie des steigenden Überhangs der Nachfrage zur Benutzung desselben erscheint dieser Standpunkt vor allem für Unternehmer, welche bei Ausübung ihres Gewerbes auf öffentlichen Grund angewiesen sind, indessen fraglich.⁴⁸

204 Da sämtliche wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen in irgendeiner Form Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis von sich konkurrierenden Unternehmern zur Folge haben,⁴⁹ kann der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität bezüglich der Frage der Gesetzesform nur dann ins Gewicht fallen und ist er ergänzend mitzubersichtigen, wenn die Massnahme eine

Frage der Gesetzesform jedoch in fragwürdiger Weise, dass „die zuständige Behörde auch ohne formellgesetzliche Grundlage die Kriterien (für die Bewilligung, der Verfasser) festlegen“ könne (S. 283 E. 2b).

⁴² So insbesondere bei Erteilung von Konzessionen (bspw. bezüglich Plakatanschlag auf öffentlichem Grund, Kiesgewinnung usw.).

⁴³ So hauptsächlich bezüglich Subventionen und Submissionen.

⁴⁴ So vor allem bei Erteilung der Konzession und im Submissionswesen.

⁴⁵ Vgl. auch oben Rn. 142 ff.

⁴⁶ BGE 119 Ia 449 E. 2a. Massgebend sind vielmehr die unter Rn. 201 f. genannten Kriterien.

⁴⁷ Vgl. BGE 121 I 287 E. 6b. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die zur Aufsicht über die öffentlichen Sachen zuständige Behörde auch ohne *besondere*, d.h. formellgesetzliche Grundlage befugt, die über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung von einer Bewilligung abhängig zu machen (BGE 121 I 283 E. 2b; 119 Ia 449 E. 2a; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER, N. 1877; MOOR, organisation, 303). In BGE 108 Ia 137 E. 3 führte das Bundesgericht ausdrücklich aus, dass ein „Gesetz (im materiellen Sinne)“ genüge. Vgl. auch oben Rn. 200.

⁴⁸ Vgl. unten Rn. 319.

⁴⁹ Vgl. oben Rn. 3 f.

*gewisse Schwere der Wettbewerbsverzerrung*⁵⁰ mit sich bringt. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn einem Unternehmen verboten wird, in einem Fernsehwerbespot für eine Uhr («Camel-Trophy»-Watch) zu werben, weil deren Namen Assoziationen zu einer bekannten Zigarettenmarke - für welche im Fernsehen nicht geworben werden darf - weckt. Das Bundesgericht stellte fest, dass es weithin üblich geworden sei, den spezifischen Symbolgehalt bekannter Zeichen für unterschiedliche Zwecke zu vermarkten. Die wirtschaftliche Diversifizierung eines Unternehmens werde unter Umständen erheblich erschwert, wenn ihm untersagt werde, an ein bestehendes Image und die damit assoziierten Elemente anzuknüpfen. Das Bundesgericht qualifizierte den Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit deshalb als schwer.⁵¹ Dasselbe gilt in Bezug auf eine Regelung, die bestimmten grenznahen Tankstellen kürzere Öffnungszeiten als den übrigen Tankstellenbetreibern im Kanton vorschreibt, um den sog. „Benzintourismus“ einzuschränken.⁵²

205 Liegt eine *schwere Wettbewerbsverzerrung* in dem Sinne vor, dass die Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis von sich konkurrierenden Unternehmern nicht mehr als sekundäre Nebenfolge einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme qualifiziert werden können, oder sind sie gar das Motiv der Regelung,⁵³ so stellen sich im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zusätzliche, qualifizierte Anforderungen an die Gesetzesform. Denn in diesen Fällen liegt ein schwerer Eingriff in den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vor, welcher nur zulässig ist, wenn die höchste formellgesetzliche Grundlage, nämlich die *Bundesverfassung*,

⁵⁰ Vgl. nachstehende Rn. und unten Rn. 376 ff.

⁵¹ BGE 118 Ib 356 ff., 364 E. 5b.

⁵² Vgl. BGE 119 Ia 378 ff. Siehe den oben in Rn. 7 wiedergegebenen Sachverhalt.

⁵³ Gemäss BGE 116 Ia 351 E. 6 ist bei der Beurteilung der Frage, ob die wirtschaftspolitischen Auswirkungen lediglich sekundäre Nebenfolge einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme sind, durch Abwägung zwischen dem Motiv des Eingriffs und dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit bzw. dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität vorzunehmen. „Je stärkere Auswirkungen einer Massnahme auf den Wettbewerb zu erwarten sind, umso stärker muss das den Eingriff mo-

ihn gestattet.⁵⁴ In Bezug auf die Wirtschaftsgesetzgebung des Bundes erfährt das Erfordernis der formell-gesetzlichen Grundlage bzw. die demokratische Legitimierung durch Art. 32 BV eine - neben Art. 89 BV - zusätzliche spezifische Bestätigung.⁵⁵

- 206 Bei Vorliegen einer derartigen, ermächtigenden Bestimmung in der Bundesverfassung sind bei der ausführenden Gesetzgebung in der Folge die vom Bundesgericht entwickelten Delegationsgrundsätze zu beachten.⁵⁶ Soweit bewusst in das Wettbewerbsverhältnis von sich konkurrierenden Unternehmen eingegriffen bzw. eine schwere Wettbewerbsverzerrung in Kauf genommen wird, liegt eine wirtschaftspolitische Massnahme und folglich ein schwerer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit vor. Daraus ergibt sich die Forderung, dass die Grundzüge dieses wettbewerbsverzerrenden Eingriffs im formellen Gesetz selbst geregelt sein müssen.^{57 58}

tivierende Interesse sein, damit ein überwiegendes Interesse angenommen werden kann.“ Vgl. auch RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 206. Dazu unten Rn. 250 ff.

⁵⁴ Vgl. Art. 31 Abs. 2, Art. 31^{bis} Abs. 2 BV. Vgl. dazu auch oben Rn. 57.

⁵⁵ Gemäss Art. 32 BV dürfen die in den Art. 31^{bis}, 31^{ter} Absatz 2, 31^{quater}, 31^{quinquies} und 31^{octies} Abs. 2 und 3 genannten Bestimmungen nur durch Bundesgesetze oder Bundesbeschlüsse eingeführt werden, für welche das *Referendum* verlangt werden kann. Bezüglich der bedeutenden wirtschaftsrelevanten Bundesgesetzgebung hat somit das Volk als Souverän das letzte Wort. Vgl. dazu auch E. GRISEL, vol. 2, n. 523; GYGI/RICHLI, 188 f.; SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 53; ders., Wirtschaftsartikel, 89 f., und oben Rn. 59 f.

⁵⁶ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen zulässig, wenn sie nicht durch die Verfassung ausgeschlossen ist, sich auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt und das Gesetz die Grundzüge der Regelung selbst enthält, soweit sie die Rechtsstellung der Bürger schwerwiegend berührt (vgl. BGE 118 Ia 247 f. E. 3b, 310 E. 2b; HÄFELIN/MÜLLER, N. 328).

⁵⁷ Vgl. bspw. BGE v. 14. Juli 1997 i.S. A.SA c. Bundesamt für Landwirtschaft, E. 3b (= 2A.496/1996; betreffend Zuteilung von Zollkontingenten für Fleisch); BGE 122 II 411 ff. (betreffend Zuteilung von Zollkontingenten für Weisswein); 122 V 85 ff. (betreffend Nichtzulassung eines medizinischen Masseurs zur Betätigung für die Krankenversicherung). Zu den unselbständigen Verordnungen des Bundesrates vgl. BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 3b (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781): „Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, befindet das Gericht auch über die Verfassungsmässigkeit der unselbständigen Verordnung.“; vgl. auch BGE v. 14. Juli 1997 i.S. A.SA c. Bundesamt für Landwirtschaft, E. 3a (= 2A.496/1996); BGE 122 V 93 f. E. 5a.bb; 120 Ib 102 E. 3a, mit Verweisen. Zu den selbständigen Verordnungen des Bundesrates vgl. BGE 123 II 22 f. E. 3, 298 f. E. 3, 388 f. E. 3.

⁵⁸ Vgl. BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781), worin ein Speditions- und Transportbetrieb sich dagegen zu wehren versuchte, dass der Bundesrat

207 Dieselben Anforderungen an die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen gelten selbstverständlich auch in Bezug auf die übrigen - vor allem kantonalen - wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen, welche den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit tangieren. Die wichtigen Regelungen, insbesondere solche, die zu einer gewissen Schwere der Wettbewerbsverzerrung beitragen, sind in den Grundzügen im formellen Gesetz vorzusehen, während die nähere Ausgestaltung der Einzelheiten einer nachgeordneten Instanz überlassen werden kann.⁵⁹

3. Das Bestimmtheitserfordernis

208 Die Anforderungen an die Klarheit und Bestimmtheit einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme hängen grundsätzlich ebenfalls von der *Schwere des Eingriffs* in die grundrechtlich geschützten Positionen ab. Abzustellen ist zum einen auf die tangierten Grundrechtspositionen, zum anderen auf die Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis der sich konkurrierenden Unternehmer.⁶⁰

209 Bei schweren Eingriffen verlangt das Bundesgericht in den wesentlichen Punkten eine *klare unzweideutige Grundlage in einem formellen Gesetz*.⁶¹ Deshalb bedürfen insbesondere Regelungen, die sich in erheblichem Masse

die PTT-Betriebe in Art. 91 Abs. 4 VRV generell vom Nacht- und Sonntagsfahrverbot befreit hat, und diese generelle Befreiung auch für sich verlangte. Aufgrund des in Art. 36 BV statuierten Postregals - welches als solches eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit darstellt (vgl. oben Rn. 135) - und des gesetzlich festgelegten Auftrages der PTT-Betriebe sowie aufgrund des dem Bundesrat in Art. 2 Abs. 2 SVG eingeräumten Ermessensspielraumes, erachtete das Bundesgericht Art. 91 Abs. 4 VRV indessen als verfassungskonform.

⁵⁹ Vgl. BGE 122 I 134 E. 3b.bb.

⁶⁰ BGE 122 I 363 f. E. 5b.bb, mit Verweisen. Dazu generell oben Rn. 201 f. Nach DUBS, 242 f., gilt die Forderung der Bestimmtheit indessen für jede belastende Rechtsnorm: „Wo Bestimmtheit möglich ist, darf der Gesetzgeber auf eine bestimmte Regelung nicht verzichten.“

auf das Wettbewerbsverhältnis von sich konkurrierenden Unternehmern auswirken, einer klaren und eindeutigen formell-gesetzlichen Grundlage.⁶² Daran fehlte es beispielsweise im Falle des Fernsehwerbverbots für die «Camel-Trophy»-Uhr, weil die formell-gesetzliche Regelung, die ein Werbeverbot für Tabakwaren festsetzte, zwar ohne Zweifel die direkte Werbung erfasste, die indirekten Werbewirkungen, welche von einem anderen Produkt für das Image einer Tabakware ausgehen, indessen nicht ausdrücklich als ebenfalls verboten nannte.⁶³

- 210 Je grösser die Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis von sich konkurrierenden Unternehmern sind, desto *bestimmter* und *klarer* muss die wirtschaftsrelevante Norm formuliert und in einem Gesetz im formellen Sinn verankert sein. Sie hat die differenzierenden *Kriterien*, welche wettbewerbsverzerrende Wirkungen entfalten, genau zu benennen. Damit wird nicht nur eine rechtsgleiche, mithin wettbewerbsneutrale Behandlung,⁶⁴ sondern auch die Vorhersehbarkeit des staatlichen Handelns für die Betroffenen gefördert.
- 211 Vor allem im Bereich der wirtschaftsrelevanten Leistungsverwaltung bedarf es bei *bedeutenden, regelmässig wiederkehrenden staatlichen Leistungen*⁶⁵ für den sachgerechten und rechtsstaatlich befriedigenden Einsatz der Mittel - aufgrund der regelmässig notwendigen Auswahl und des damit zusammenhängenden Ausschlusses von Interessierten - in der Regel einer *spezialgesetzlichen Normierung*, welche Voraussetzungen und Zweck dieser Leistun-

⁶¹ BGE 122 I 363 f. E. 5b.bb, mit Verweisen.

⁶² In diesem Sinne bedarf die in BGE 124 II 199 E. 5a gemachte Äusserung des Bundesgerichts, wonach der Umstand, dass eine Steuernorm auslegungsbedürftig ist, nicht bedeute, dass sie keine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Besteuerung bilden kann, der Ergänzung.

⁶³ Vgl. BGE 118 Ib 364 f. E. 5a-c.

⁶⁴ Vgl. allgemein MOOR, *fondements*, 290 s.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 7. Treffend SCHWARZENBACH, 58: „Die Notwendigkeit, Submissionsordnungen aufzustellen, ergibt sich vorab aus dem Gleichheitssatz der Bundesverfassung.“ Vgl. bereits H. MÜLLER, 47 ff., 48.

⁶⁵ Vor allem in Bereichen der Wirtschaftsförderung, Subventionen, Submissionen usw. Bezüglich Einzelleistungen vgl. RICHLI, *Subventionen*, 61 f., und nachstehende Rn.

gen klar und detailliert umschreibt.⁶⁶ Die Kriterien der Leistungsgewährung bzw. die Vergabegrundsätze sind im Hinblick auf die Wahrung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität präzise festzusetzen.⁶⁷

- 212 Aufgrund der Komplexität und Vielgestaltigkeit der Verhältnisse⁶⁸ stützen sich vor allem im Wirtschaftsverwaltungsrecht indessen zahlreiche Regelungen auf sogenannte offene Normen, die den Verwaltungsträgern *Ermessen* einräumen oder *unbestimmte Rechtsbegriffe* enthalten.⁶⁹ Damit soll der Einzelfallgerechtigkeit zum Durchbruch verholfen werden.⁷⁰ Diese - bis zu einem gewissen Grad unumgänglichen - Abstriche am Legalitätsprinzip kommen aber jedenfalls nur bei leichteren Eingriffen in Grundrechtspositionen und bei geringer Wettbewerbstangierung in Betracht.⁷¹ Das Willkür-

⁶⁶ Vgl. BGE 118 Ia 61 f. E. 5b; BGE v. 22. Januar 1988 i.S. Wuhrkorporation Mosenbach c. Gemeinderat Galgenen, E. 6a (= ZBl 1990, 27 ff.). Vgl. auch GYGI, Verwaltungsrecht, 217 ff.

⁶⁷ Vgl. vor allem die detaillierten Regelungen in den Submissionsgesetzen. Wo aufgrund der erhöhten Komplexität und Unvorhersehbarkeit in bestimmten Bereichen ein *Bedürfnis nach Flexibilität* der Verwaltung besteht, kann die rechtssatzmässige Festlegung der massgebenden Kriterien auf eine niedrigere Gesetzesstufe delegiert werden (vgl. BGE 103 Ia 391 f. E. 7d. ee). Die Beweglichkeit des Rechtssetzungsverfahrens ist vor allem in der Wirtschaftspolitik unerlässlich (bspw. bei wirtschaftslenkenden Abgaben, vgl. GYGI/RICHLI, 191; MOOR, *fondements*, 293). Diesfalls hat die Delegationsnorm sich aber klar zur bestmöglichen Wahrung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität zu bekennen.

⁶⁸ Zum Beispiel bei der Regelung der über den ordentlichen Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzung des öffentlichen Grundes (vgl. BGE 121 I 286 ff. E. 6; 119 Ia 450 E. 3b). Siehe auch unten Rn. 376 ff.

⁶⁹ Vgl. BGE 117 Ia 479 f. E. 3e; 109 Ia 284 E. 4d. Vgl. G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 7; J.-P. MÜLLER, *Elemente*, 118; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 15 N. 60; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER, N. 1877. Kritisch dazu RICHLI/VALLENDER, 52.

⁷⁰ Vgl. BGE 109 Ia 284 E. 4d; HÄFELIN/MÜLLER, N. 345. Wie die über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung des öffentlichen Grundes in willkürfreier und rechtsgleicher Weise *ohne rechtssatzmässige Normierung* sichergestellt werden kann, erscheint indessen zweifelhaft, wenn man berücksichtigt, dass bei den heute zahlreichen - gewerblichen und nichtgewerblichen - Interessenten bzw. der zunehmenden und vielfältigen Nutzung (vgl. BGE 119 Ia 450 E. 3b) die *Knappheit des öffentlichen Grundes* evident geworden ist (vgl. dazu BGE 121 I 287 E. 6b; JAAG, *Gemeingebrauch*, 157 ff.). Grundsätzlich ebenso MOOR, *organisation*, 303 s. Vgl. auch unten Rn. 379.

⁷¹ Dabei muss der unbestimmte Rechtssatz nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung immerhin *verfassungskonform* ausgelegt werden können (vgl. BGE 108 Ia 144 ff. E. 5c. aa; siehe oben Rn. 128). Durch *formelle Sicherungen* kann die dem unbestimmten Rechtssatz weitgehend fehlende rechtsstaatliche Garantiefunktion zudem in gewissem Sinne prozessual kompensiert werden (DUBS, 244 f.; BGE 122 I 364 E. 5b. bb). Zur Problematik bei Gewährung von Einzelleistungen vgl. RICHLI, *Subventionen*, 61 f.

verbot und das Rechtsgleichheitsgebot sind in der Regel zu unbestimmt, um selbst als *Massstab* für die Beurteilung von Einzelakten zu dienen.⁷²

- 213 Bei der Ausübung des eingeräumten Ermessens bzw. bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe hat der Verwaltungsträger neben den allgemeinen Schranken des Willkürverbots und des Gleichbehandlungsgebots auch dem besonderen Gehalt der allenfalls berührten speziellen Grundrechte⁷³ sowie dem *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität* Rechnung zu tragen.⁷⁴
- 214 Wo indessen nicht unbedeutende wirtschaftliche Interessen auf dem Spiele stehen oder die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung erhöht ist, sind die massgebenden Kriterien der Bewilligung bzw. der Auswahl im Hinblick auf die Wahrung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität *rechtssatzmässig* festzuhalten.⁷⁵ So sind insbesondere bei der Regelung der über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzung des öffentlichen Grundes im Interesse der wettbewerbsneutralen Behandlung der Konkurrenten, welche - wie Zirkusunternehmen, Schausteller und Markt- und Taxifahrer - auf die

⁷² Vgl. G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 6, mit Verweisen. Den Aspekt der *Vorhersehbarkeit* ausser Acht lässt das Bundesgericht in BGE 111 Ia 32 f. E. 4, in welchem es im Zusammenhang mit einer Bedürfnisklausel festhält, dass es unter dem Gesichtswinkel des Legalitätsprinzips nicht zu beanstanden sei, dass sich die im Einzelfall massgebenden Kriterien nicht aus einer Rechtsverordnung, sondern aus einer gleichmässigen und den besonderen Umständen Rechnung tragenden Praxis der Behörden ergeben.

⁷³ BGE 119 Ia 451 E. 3c; 114 Ia 212 E. 2; 109 Ia 211 f. E. 5; 107 Ia 66 E. 2a; 105 Ia 94 E. 3.

⁷⁴ Vgl. BGE 121 I 287 E. 6b; 119 Ia 451 E. 3c; 117 Ib 123 E. 8c; zu zurückhaltend BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 5 (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781), betreffend die Frage der Gewährung einer Ausnahmegewilligung vom Nacht- und Sonntagsfahrverbot an einen Speditions- und Transportbetrieb, welcher in bestimmten Bereichen in ein Konkurrenzverhältnis zu den PTT-Betrieben trat. Vgl. auch RICHLI, Subventionen, 61 f., 63; und Rn. 152, 379. Zur verfassungskonformen Auslegung vgl. auch oben Rn. 128, 135.

⁷⁵ Für die Beantwortung dieser Frage sind die tangierten Interessen - insbesondere der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und das Interesse an der Vorhersehbarkeit des staatlichen Handelns - gegen das Interesse an der Einzelfallgerechtigkeit *abzuwägen* (vgl. auch G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 7).

Benutzung des öffentlichen Grundes angewiesen sind, die *Kriterien* der Bewilligung bzw. der Auswahl generell-abstrakt festzulegen.⁷⁶

215 In den übrigen Fällen wäre im Interesse der Vorhersehbarkeit immerhin zu fordern, dass die Praxis der Verwaltungsträger hinreichend *publiziert* wird.⁷⁷

216 Mit der generell-abstrakten Festlegung der Kriterien der Bewilligung bzw. der Auswahl und der hinreichenden Publikation der Verwaltungspraxis würde zudem dem - im wirtschaftsrelevanten Bereich von Natur her erhöhten⁷⁸ - *Missbrauch* ein Riegel vorgeschoben.⁷⁹

⁷⁶ Vgl. BGE 121 I 283 E. 2b; 119 Ia 449 E. 2a; 102 Ia 442 ff. E. 4; JAAG, Gemeingebrauch, 165; J.-P. MÜLLER in ZBJV 1995, 754. Das Bundesgericht äussert sich in diesen Entscheiden indessen zu zurückhaltend, indem es lediglich ausführt, „eine rechtssatzmässige Normierung der Bewilligungsvoraussetzungen (sei) wünschbar“. Vgl. auch einen Entscheid des deutschen Verwaltungsgerichts Ansbach v. 11. Januar 1996 (= NVwZ-RR 1997, 99) betreffend die beschränkten Platzkapazitäten bei der Erlanger Bergkirchweih. Vgl. bereits WOLFFERS, öffentliche Märkte, 165. Wo, wie bspw. am traditionellen Ostermarkt von Bremgarten, etwa ein Drittel der Marktfahrer aus Platz- und Sicherheitsgründen keinen Standplatz erhält, ist die Forderung nach rechtssatzmässiger Festlegung der Zuteilkriterien im Interesse der wettbewerbsneutralen Behandlung eklatant (vgl. Tages-Anzeiger v. 25. März 1997, „Gebt mir einen Stand, oder ich mache eine Anzeige“, S. 17). In der Praxis wird der Problematik indessen oft noch nicht genügend Rechnung getragen.

⁷⁷ So RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 59 B.II.i.3. Dies wäre jedenfalls zumindest in denjenigen Fällen zu verlangen, bei denen sich die im Einzelfall massgebenden Kriterien nicht aus einer Rechtsverordnung, sondern allein aus der gleichmässigen und den besonderen Umständen Rechnung tragenden Praxis der Behörden ergeben (vgl. BGE 111 Ia 32 f. E. 4). Vgl. auch NVwZ-RR 1997, 99.

⁷⁸ Vgl. BORGHI/QUELOZ, 16 ff., 20: „Der *freie Wirtschaftsmarkt* und der *freiheitliche Staat* bilden heute die zwei ideologischen, mehr oder weniger gegensätzlichen Grundpfeiler der modernen Gesellschaft. Korruption ist dabei eine ihrer negativsten Erscheinungen.“ Weiter wird darauf hingewiesen, dass die Korruption eng verbunden ist mit Mechanismen monopolistischer Konkurrenz, *freiem Ermessen* und einer Zersplitterung der Verantwortung im politischen Entscheidungsprozess (S. 20 f.). Illustrativ der Bericht der PUK I, Affäre Raphael Huber, 88 ff.

⁷⁹ Vgl. bspw. Tages-Anzeiger v. 25. März 1997, „An den Festen hatte der Marktchef freie Hand“, S. 17, worin die Rede ist von der gegen den Präsidenten der Zürcher Sektion der Marktfahrer wegen der erhobenen Betrugs- und Schmiergeldvorwürfe laufenden Strafuntersuchung. Als Fazit wird festgehalten, dass es am Züri fäscht und Knabenschüssen für die Marktfahrer künftig klare Spielregeln gebe. Die Korruptionsgefahr weiter einschränken würde überdies ein *ausführliches Wahlverfahren* und ein *so offen (und öffentlich) wie möglich gestalteter Entscheidungsprozess* (vgl. R. H. WEBER, 306 f.). Vor allem in Bereichen, wo es um die Zuteilung knapper Wirtschaftsverwaltungsprivilegien geht, ist die Korruptionsgefahr nicht zu unterschätzen (vgl. RÖCK, 339).

C. Fazit

- 217 Das Legalitätsprinzip⁸⁰ erfährt durch den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität einerseits eine spezifische Bestätigung, tritt aber andererseits auch in ein Spannungsverhältnis zu diesem Verfassungsgrundsatz.
- 218 Eine bestätigende Akzentuierung erhält das Legalitätsprinzip zunächst bezüglich der Frage des Rechtssatzes. Denn der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, verstanden als an den Staat gerichtetes Gebot, sich nicht in den wirtschaftlichen Wettbewerb von direkten Konkurrenten einzumischen, stellt qualifizierte Anforderungen an die rechtsgleiche Handhabung der Wirtschaftsverwaltung und verlangt um so mehr das Vorliegen von generell-abstrakten Rechtssätzen.⁸¹
- 219 In Bezug auf die Frage der Gesetzesform verlangt der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität - neben weiteren Kriterien⁸² - dann qualifizierte Anforderungen, wenn die wirtschaftsrelevante Massnahme eine gewisse *Schwere der Wettbewerbsverzerrung* zur Folge hat.⁸³ Bei der Delegation von Rechtssetzungskompetenzen ist diesem Umstand Rechnung zu tragen und sind diejenigen Regelungen, die den Wettbewerb unter den Konkurrenten erheblich tangieren, im Gesetz im formellen Sinne festzulegen.⁸⁴
- 220 Aus dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ergibt sich für die Frage der Bestimmtheit einer Norm generell, dass erhebliche wettbewerbsverzerrende Regelungen einer *klaren und eindeutigen* formellgesetzlichen Grundlage bedürfen.⁸⁵ Die Regelungen müssen für den Bürger in angemessener Weise vorhersehbar sein und eine rechtsgleiche, mithin wettbewerbsneutrale Be-

⁸⁰ Dazu Rn. 189 ff.

⁸¹ Vgl. oben Rn. 197 f.

⁸² Vgl. oben Rn. 192, 202.

⁸³ Vgl. oben Rn. 203 ff.

⁸⁴ Vgl. oben Rn. 206 f.

handlung ermöglichen. In diesem Sinne richtet sich das Bestimmtheitserfordernis nach *Art der Materie, Mass der Wettbewerbstangierung* und *wirtschaftlicher Bedeutung der Leistung*.⁸⁶

- 221 Wo Regelungen sich - im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit - auf sogenannte *offene Normen* abstützen, die den Verwaltungsträgern *Ermessen* einräumen, oder unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, ist dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität unbedingt Rechnung zu tragen.⁸⁷ Zu fordern ist generell, dass die Praxis der Verwaltungsträger hinreichend *publiziert* wird.⁸⁸ Gleichzeitig würde in diesem anfälligen Bereich dem *Missbrauch* ein Riegel vorgeschoben.⁸⁹

III. Vertrauensschutz und Grundsatz der Wettbewerbsneutralität

- 222 Eng mit dem Legalitätsprinzip verknüpft ist der *Grundsatz von Treu und Glauben*. Zum einen dienen beide zwar der Voraussehbarkeit und Stabilität staatlichen Handelns und ergänzen sich dabei gegenseitig. Zum anderen können sie aber zueinander in Konflikt geraten, wenn Private im Vertrauen auf ein vom Gesetz abweichendes Verhalten des Staates Dispositionen getroffen haben.⁹⁰
- 223 Letzteres ist zum Beispiel der Fall, wenn ein Verwaltungsträger einem Unternehmer die Gewährung von wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Privilegi-

⁸⁵ Vgl. oben Rn. 209.

⁸⁶ Vgl. oben Rn. 210 ff.

⁸⁷ Vgl. oben Rn. 212 f.

⁸⁸ Vgl. oben Rn. 215.

⁸⁹ Vgl. oben Rn. 216.

en zusichert, für die eine gesetzliche Grundlage fehlt oder in Widerspruch dazu steht und die ihn gegenüber seinen Konkurrenten bevorteilt. Das Problem bzw. das Spannungsverhältnis zwischen dem Grundsatz von Treu und Glauben, dem Legalitätsprinzip und dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ist mittels *Abwägung* der einander gegenüberstehenden Interessen zu lösen.⁹¹

- 224 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verleiht der aus Art. 4 BV abgeleitete Grundsatz von Treu und Glauben dem Bürger - in Abweichung vom Legalitätsprinzip - nur unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten⁹² der Behörde.⁹³

„Der Schutz in eine (selbst unrichtige) Auskunft oder Zusicherung einer Behörde setzt voraus, dass sich die Angabe auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht, dass die Amtsstelle, welche die Auskunft erteilt hat, hierfür zuständig war, dass der Bürger die Unrichtigkeit des Bescheides nicht ohne weiteres hat erkennen können und dass er im Vertrauen auf die erhaltene Auskunft nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat. Eine behördliche Information steht zudem immer unter dem Vorbehalt einer allfälligen späteren Rechtsänderung; eine vertrauensschutzbegründende Auskunft kann deshalb nur vorliegen, wenn die Rechtslage zur Zeit der Verwirklichung des Tatbestandes die gleiche ist wie im Zeitpunkt der Auskunfterteilung.“⁹⁴

⁹⁰ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 528; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 61; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 74 B.VIII.

⁹¹ Vgl. BGE 117 Ia 290 E. 3e; 112 V 121 f. E. 4c; vgl. auch BGE 108 Ia 138 ff. E. 4 und 5; IMBODEN/RHINOW und RHINOW/KRÄHENMANN, je Nr. 74 B.VIII.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 61; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, 112 ff., 114, 117. Vgl. dazu auch oben Rn. 95.

⁹² Zum Beispiel durch die regelmässige Bewilligungspraxis einer Behörde (vgl. BGE 102 Ia 449 E. 7b).

⁹³ BGE 117 Ia 287 E. 2b. Vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER, N. 532 ff.; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 74 B.IX.

⁹⁴ BGE 118 Ia 254 E. 4b; 117 Ia 287 E. 2b; vgl. auch BGE v. 25. Februar 1997 i.S. X. c. Kt. Basel-Stadt, E. 4b (= 1A.107/1996; = ZBl 1998, 123 ff.); BGE 114 Ia 213 ff. E. 4; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, 120 ff. Keinen besonderen Vertrauensschutz genossen in diesem Sinne mangels Vorliegens einer individuell-konkreten Zusicherung die Inhaber der Ladengeschäfte, die geltend machten, „die generelle Festlegung des Schliessungshalbtages auf den Montagnachmittag verstos-

- 225 Der Unternehmer kann grundsätzlich nicht ohne weiteres auf den Fortbestand des geltenden Rechts vertrauen, sondern muss mit Rechtsänderungen rechnen.⁹⁵ Es gibt deshalb auch keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Erhaltung einer bestimmten Marktstruktur.⁹⁶
- 226 Dem Anspruch des Bürgers, bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen in seinem Vertrauen auf eine behördliche Auskunft geschützt zu werden, können jedoch *öffentliche Interessen*,⁹⁷ *Verfassungsgrundsätze*⁹⁸ sowie *Drittinteressen*⁹⁹ entgegenstehen. So, wenn diese tangierten Interessen höher zu gewichten sind als der Schutz des Vertrauens des Betroffenen. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität überwiegt namentlich in denjenigen

se gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und damit gegen Art. 4 BV; der Montagnachmittag sei nämlich in der Absicht gewählt worden, dass alles beim Alten bleibe, d.h. dass die meisten Verkaufsgeschäfte wie bisher den ganzen Tag geschlossen blieben, weil es sich wegen der geringen Nachfrage nicht lohne, die Läden nur am Montagvormittag zu öffnen.“ (BGE 101 Ia 485 E. 4; vgl. auch BGE 117 Ib 413 f. E. 6). Das Bundesgericht erkannte zwar, dass das aus Art. 4 BV hergeleitete Gebot von Treu und Glauben an sich auch den Gesetzgeber binde, die diesbezügliche Rüge jedoch im vorliegenden Fall neben jener der Verletzung von Art. 31 BV keine selbständige Bedeutung habe.

⁹⁵ Vgl. BGE 122 II 123 E. 3b.cc, 400 E. 10; HÄFELIN/MÜLLER, N. 541; vgl. auch BGE 123 II 400 E. 10; 102 Ia 451 f. E. 8. Der Vertrauensschutz genießt nur unter besonderen Voraussetzungen Vorrang: „Namentlich trifft dies zu, wenn in wohlverworbene Rechte eingegriffen wird (...) oder sich der Gesetzgeber über frühere eigene Zusicherungen hinwegsetzt, welche den Privaten zu nicht wieder rückgängig zu machenden Dispositionen veranlasst haben (...)“ (BGE 122 II 123 E. 3b.cc; vgl. auch BGE v. 14. Juli 1997 i.S. A.SA c. Bundesamt für Landwirtschaft, E. 3d (= 2A.496/1996). Siehe auch Rn. 317.

⁹⁶ BGE v. 14. Juli 1997 i.S. A.SA c. Bundesamt für Landwirtschaft, E. 3d (= 2A.496/1996). Der wirtschaftliche Wettbewerb schliesst geradezu die Aufforderung mit ein, möglichst erfolgreich mit den vielen staatlichen Einschränkungen fertig zu werden, und zwingt die Unternehmer stets zu einer Anpassung an die sich unaufhörlich ändernden Marktdaten (vgl. BGE 118 Ib 257 E. 9a und b; vgl. auch unten Rn. 248). „Wirtschaftliche Tätigkeit ist nicht ohne Risiko (...). Das relativiert den Anspruch auf Vertrauensschutz.“ (BGE 118 Ib 257 E. 9b).

⁹⁷ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 561; IMBODEN/RHINOW, Nr. 74 B.VIII; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, 116 ff., 122 ff. mit dem Hinweis, dass nicht allen öffentlichen Interessen das gleiche Gewicht zukommt.

⁹⁸ Vgl. WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, 117. Vorliegend insbesondere der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität (vgl. BGE 108 Ia 138 f. E. 5).

⁹⁹ Vgl. BGE 117 Ia 290 E. 3e; 108 Ia 138 f. E. 5, 214 E. 4a, mit Hinweis auf zwei nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts in den Jahren 1981 und 1982. Vgl. WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, 146 ff.

Fällen, in welchen der angehrte Vertrauensschutz erhebliche¹⁰⁰ Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis unter Konkurrenten zur Folge hätte.¹⁰¹ Umgekehrt kann der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität den Anspruch auf Vertrauensschutz gegenüber allfälligen entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Interessen unter Umständen auch verstärken.¹⁰²

¹⁰⁰ Ob eine Wettbewerbsverzerrung unter Konkurrenten erheblich ist, beurteilt sich nach dem *Ausmass* und der *Bedeutung* der mit dem Vertrauensschutz verbundenen wirtschaftsrelevanten Bevorzugung bzw. Benachteiligung. Vgl. auch Rn. 201 f., 208, 256, 376 ff.

¹⁰¹ So vor allem dann, wenn der konkurrierende Unternehmer aufgrund des Vertrauensschutzes in den Genuss staatlicher Leistungen gelangen würde, die ihm gegenüber seinen Konkurrenten erhebliche Vorteile verschaffen würden. Vgl. BGE 116 Ib 284 E. 8a: Eine frühere Bewilligung für Nacht- und Sonntagsarbeit verschaffte der Spinnerei Murg AG die Beschäftigung von maximal 16 Männern und Frauen am Sonntag. In casu ging es um die Erhöhung auf 210 Arbeitnehmer. Das Bundesgericht hielt fest, dass bei derart erheblichen Auswirkungen auf das Sonntagarbeitsverbot eine erneute Prüfung sämtlicher Bewilligungsvoraussetzungen ohne weiteres zulässig und zur Wahrung des öffentlichen Interesses auch erforderlich sei. Die Spinnerei Murg AG konnte sich deshalb nicht aufgrund der früher erteilten Bewilligung auf den Vertrauensschutz berufen. Vgl. jedoch BGE 108 Ia 138 f. E. 5: „(Bei der Frage der Erneuerung bzw. Nichterneuerung einer Taxibetriebsbewilligung (ist) den im begründeten Vertrauen auf die Fortsetzung der bisherigen Bewilligungspraxis getroffenen Dispositionen Rechnung zu tragen ist. Damit (wird) der auf der Idee des Vertrauensschutzes beruhende Gedanke zum Ausdruck gebracht, wonach bei Ablauf der meist recht kurz bemessenen Bewilligungsdauer zu berücksichtigen ist, dass die im Taxigewerbe erforderlichen Investitionen vernünftigerweise auf längere Sicht hinaus getätigt werden müssen und dass demzufolge der Bewilligungsinhaber die daraus entspringenden Vorteile während einer angemessenen Zeitdauer ausnützen können sollte. Immerhin darf diese Rücksichtnahme auf bisherige Bewilligungsinhaber nicht dazu führen, dass ein andere Gewerbetreibende diskriminierender Zustand auf unabsehbare Zeit hinaus von der Bewilligungsbehörde zementiert wird, indem fast alle A-Taxi-Bewilligungen Jahr für Jahr und unter Ausschluss aller neuen Bewerber einer einzigen AG oder einigen wenigen natürlichen Personen erteilt werden.“ Vgl. im weiteren bereits BGE 102 Ia 448 ff. E. 7 (Nichterneuerung einer - zusätzlichen zweiten - Taxibetriebsbewilligung aufgrund eines teilweisen Abrückens vom Anciennitätsprinzip zugunsten einer breiten Streuung der Bewilligungen). Vgl. auch WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, 146 ff. und unten Rn. 358, 374.

¹⁰² Vgl. BGE 114 Ia 209 ff. (= Pra 1989 Nr. 76 S. 265 ff.): Der Staatsrat verweigerte in diesem Fall die - in seinem Ermessen liegende - Anwendung der Bestimmungen über die Industriezone auf ein Baubewilligungsgesuch für ein Projekt des tertiären Sektors, welches in der Industrieentwicklungszone lag. Dies obwohl er gleichartigen früheren Gesuchen jeweils entsprochen und ursprünglich auch den Betroffenen einen positiven Vorbescheid erteilt hatte. Der Staatsrat gelangte schliesslich jedoch zur Ansicht, es gäbe im betroffenen Quartier schon genügend Gebäude des tertiären Sektors und die noch verfügbaren Parzellen müssten der Industrie vorbehalten bleiben. Das Bundesgericht bejahte in casu einen Anspruch auf Vertrauensschutz. Dieser wäre durch den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gegenüber dem vom Staatsrat geltend gemachten raumplanerischen Interesse noch um so mehr verstärkt worden, wenn der Staatsrat früheren Gesuchen - von bspw. anderen Treuhandunternehmungen - entsprochen, aber einer nun - allfälligen - gesuchstellenden Treuhandunternehmung die Bewilligung verweigert hätte. Vgl. auch WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, 118 ff., 124.

227 Sind die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes grundsätzlich gegeben, muss dieser jedoch gegenüber öffentlichen Interessen, Verfassungsgrundsätzen oder Drittinteressen zurücktreten, kommt unter Umständen nur noch die *Frage einer staatlichen Entschädigung für den Schaden in Betracht*.¹⁰³

IV. «Gleichbehandlung im Unrecht» und Wettbewerbsneutralität

228 Spannungsverhältnisse zwischen dem Legalitätsprinzip und dem Rechtsgleichheitsgebot¹⁰⁴ sowie dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ergeben sich in der Praxis sodann relativ häufig, wenn der Verwaltungsträger einen konkurrierenden Unternehmer in einem wirtschaftsrelevanten Bereich gegenüber einem anderen *zu Unrecht*, d.h. im Widerspruch zum Gesetz, bevorzugt oder benachteiligt.^{105 106}

¹⁰³ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 561, 587; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 71 f.; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 74 B.IX.h., XIV.c. Einschränkend bei Rechtsänderungen BGE 118 Ib 241 ff., 256 ff. E. 9.

¹⁰⁴ Vgl. dazu grundlegend AUER, *égalité*, 281 ss.

¹⁰⁵ Kein Anspruch auf «Gleichbehandlung im Unrecht» besteht indessen dann, wenn ein Unternehmer aufgrund eines - wie bspw. die Auslegung der Gesetzesbestimmung ergibt - *rechtlich relevanten Unterschieds* korrekterweise anders behandelt wird als sein Konkurrent (BGE 101 Ib 180 ff. E. 2 und 3, betreffend Weigerung der PTT-Betriebe, die vom Schweizerischen Detaillistenverband herausgegebene Zeitschrift «Pro» aufgrund der fehlenden Willensbekundung der Empfänger, die Zeitschrift regelmässig zu erhalten, ebenfalls zur Zeitungstaxe zu befördern wie die von den Genossenschaften Migros und Coop herausgegebenen Wochenzeitschriften «Wir Brückenbauer» und «Genossenschaftler»; vgl. auch BGE 98 Ia 658 E. 3c). Vgl. auch BGE 115 Ia 85 E. 3b (betreffend Strafverfolgung von Verkäufern pornografischer Erzeugnisse, nicht aber Kinobesitzern und Filmverleiher harmloserer Sexfilme). Vgl. AUER, *égalité*, 294. Zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung vgl. auch unten Rn. 349 ff.

¹⁰⁶ Wird ein *Gesetz* bloss wegen der fehlenden Kontrollmöglichkeit oder aus ähnlichen triftigen Gründen in anderen Fällen *nicht angewendet*, so entsteht daraus grundsätzlich ebenfalls kein Anspruch, nicht vom Gesetz erfasst zu werden (vgl. BGE 98 Ia 658 f. E. 3c; AUER, *égalité*, 295 s.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 45 f., mit Verweisen). Vgl. bspw. NZZ v. 16. Mai 1997, „Legale zahlen, Illegale machen das Geschäft“, S. 55: Die Strassenhändler, die über eine Bewilligung verfügten und sich an die beschränkten Verkaufszeiten hielten, beklagten sich darüber,

- 229 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁰⁷ kann der Bürger verlangen, gleich behandelt, d.h. ebenfalls gesetzwidrig begünstigt zu werden, wenn derselbe¹⁰⁸ Verwaltungsträger nicht nur in einem oder in einigen Fällen, sondern in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zu erkennen gibt, dass er auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden werde.¹⁰⁹ Gibt dieser jedoch zu erkennen, dass er gewillt ist, die rechtswidrige Praxis aufzugeben, überwiegt in der Regel das Interesse an der Gesetzmässigkeit gegenüber demjenigen an der Gleichbehandlung der Betroffenen.¹¹⁰
- 230 Der «Gleichbehandlung im Unrecht» können jedoch auch öffentliche Interessen entgegenstehen.¹¹¹ Der Entscheid ist aufgrund einer *Abwägung* der auf dem Spiel stehenden Interessen zu treffen, wobei die Interessenab-

dass ausserhalb dieser Zeiten illegale fliegende Händler an heissen, insbesondere Feier-Tagen entlang der Zürcher Seepromenade lukrative Geschäfte machen würden. Die Einschränkung der Verkaufszeit habe dazu geführt, dass mittlerweile etwa vier- bis fünfmal so viele illegale Verkäufer wie legale Verkäufer unterwegs seien. Der Gewerbe- und Polizeichef bestätigte diese unbefriedigende Situation, äusserte jedoch, dass die Gewerbe- und Polizei aus Personalmangel nicht in der Lage sei, für eine wirksame Kontrolle zu sorgen. Vgl. auch Tages-Anzeiger v. 20. Mai 1997, „Die Stadt will keine Durstlösscher“, S. 15. Der Verwaltungsträger ist jedoch in jedem Fall gehalten, die ihm zur Verfügung stehenden Mittel zur Durchsetzung des Gesetzes einzusetzen bzw. diejenigen, die ihm eine wirksame Kontrolle ermöglichen, anzuschaffen (vgl. AUER, *égalité*, 297).

¹⁰⁷ Vgl. dazu AUER, *égalité*, 290 ss.

¹⁰⁸ Das Gebot rechtsgleicher Anwendung des Rechts ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur verletzt, wenn die gleiche Behörde gleiche Sachverhalte unterschiedlich beurteilt und behandelt (BGE 115 Ia 85 E. 3c; AUER, *égalité*, 282, 294; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 39)

¹⁰⁹ BGE 122 II 451 E. 4a; BGE v. 11. November 1991 i.S. St. c. Statthalteramt Bezirk Uster, E. 3c (= ZBI 1992, 232 ff.); BGE 116 Ia 352 E. 6a.aa; 116 V 238 E. 4b; 115 Ia 83 E. 2; 110 II 400 f. E. 2; 108 Ia 214 E. 4b; BGE v. 3. Mai 1978 i.S. X. c. Regierungsrat des Kt. Obwalden, E. 4b (= ZBI 1978, 348 ff.); 98 Ia 658 f. E. 3c; 90 I 159 ff. E. 3. Vgl. auch BGE v. 9. Juli 1997 i.S. E. c. Gemeinde Urdorf, E. 3 (= 1P.149/1997); BGE v. 16. April 1997 i.S. P. AG c. EJPD, E. 5 (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781). Die Anwendung dieses Prinzips „suppose, comme condition préalable, que les situations à considérer soient identiques ou du moins semblables“ (BGE 116 V 238 E. 4b; AUER, *égalité*, 294 ss.; MOOR, *fondements*, 270 f., der prägnant beifügt „Errare humanum est, sed perseverare diabolicum“).

¹¹⁰ BGE 122 II 451 E. 4a; 115 Ia 83 E. 2; 108 Ia 213 f. E. 1a; 102 Ia 445 E. 6a; 90 I 159 ff. E. 3. Vgl. auch AUER, *égalité*, 296 s. („C’est la condition décisive.“); MOOR, *fondements*, 271; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 46. Schweigt sich der Verwaltungsträger zu dieser Frage aus, nehmen das Bundesgericht und die Lehre an, dass er aufgrund der Erwägungen im Entscheid bereit ist, auf seine unrichtige Praxis zurückzukommen (BGE 98 Ib 26 E. 4; 90 I 169 E. 3; AUER, *égalité*, 297).

¹¹¹ BGE 99 Ib 384 f. E. 5c; AUER, *égalité*, 298 s.; HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 73 f.

wägung je nach Rechtsgebiet anders ausfallen kann.¹¹² Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass das Bundesgericht an eine bundesrechtswidrige Praxis der Kantone nicht gebunden ist und Ansprüche auf gesetzwidrige Begünstigung im Interesse der Durchsetzbarkeit des Bundesrechts grundsätzlich verweigert.¹¹³ Im übrigen ist jedoch zu beachten, dass dem Interesse an der Verwirklichung des objektiven Rechts in wirtschaftsrelevanten Bereichen grundsätzlich ein geringeres Gewicht zukommt als in anderen, weil durch die unrichtige Anwendung einer wirtschaftsrelevanten Rechtsnorm in der Regel kaum gewichtige öffentliche Rechtsgüter - wie bspw. Ruhe, Gesundheit und Sicherheit - ernstlich gefährdet werden.¹¹⁴ Es ist aber nicht nur das Interesse des einzelnen übergangenen Konkurrenten an der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns von Bedeutung. Zu berücksichtigen ist auch dasjenige der übrigen Konkurrenten, die ebenfalls nicht in den Genuss der unrichtigen Gesetzesanwendung kommen.¹¹⁵

- 231 Wird ein Unternehmer gegenüber einem direkten Konkurrenten durch die - in ständiger Praxis gehandhabte - unrichtige Anwendung wirtschaftsrelevanter Normen desselben Verwaltungsträgers benachteiligt, so kann er m.E. höchstens dann in den Genuss einer ebenfalls vom Gesetz abweichenden Behandlung kommen, wenn der Verwaltungsträger zu erkennen gibt, dass er

¹¹² BGE 115 Ia 83 E. 2; MOOR, fondements, 271 f.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 47. Vgl. auch BGE 116 V 238 E. 4b.

¹¹³ Vgl. BGE 122 II 452 E. 4a; 117 Ib 270 E. 3f., 425 E. 8c. Vgl. auch AUER, égalité, 301. Im Interesse der Durchsetzung der Wettbewerbsneutralität im *interkantonalen* Verhältnis ist diese Praxis zu begrüssen (vgl. oben Rn. 174 ff.).

¹¹⁴ Ausnahmen sind aber durchaus denkbar (vgl. bspw. Ladenschlussvorschriften, Berufsausübungsbewilligungen im Gesundheitswesen, Verkehrsbeschränkungen von sicherheits- und gesundheitsgefährdenden Stoffen usw.). Das Interesse an der Verwirklichung des objektiven Rechts ist zum Beispiel im Straf-, im Raumplanungs- und Bau- sowie Umweltschutzrecht in der Regel grösser. In BGE 117 Ib 270 E. 3f (betreffend Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 24 RPG für die Einrichtung von zusätzlichen Personalzimmern in einem Bergrestaurant) kam das Bundesgericht - neben dem Argument, dass das Interesse an der Durchsetzung des Bundesrechts höher zu gewichten sei - zum Schluss, dass das raumplanerische Interesse den Gleichbehandlungsanspruch überwiege. Vgl. auch BGE 117 Ib 425 E. 8c (betreffend Behandlung von Isolationsrückständen aus der Verwertung von Kabelresten als Sonderabfall). Vgl. BGE 99 Ib 384 f. E. 5c; AUER, éga-lité, 298 s.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 47.

nicht gewillt ist, die rechtswidrige Praxis aufzugeben, durch die unrichtige Gesetzesanwendung keine wichtigen öffentlichen Interessen ernstlich gefährdet werden und das Wettbewerbsverhältnis unter sämtlichen Konkurrenten nicht über das bereits vorhandene Mass hinaus übermässig strapaziert wird.

- 232 Bezüglich der Frage, wann ein Wettbewerbsverhältnis unter den Konkurrenten über das bereits vorhandene Mass hinaus übermässig strapaziert wird, ist zwischen den *Wirkungen* abzuwägen, die eine gesetzeskonforme Behandlung des Konkurrenten gegenüber der in den Genuss der gesetzeswidrigen Praxis des Verwaltungsträgers gekommenen Konkurrenten für jenen zur Folge hätte, und denjenigen Wirkungen, die eine ebenfalls gesetzeswidrige Behandlung des Konkurrenten gegenüber allfälligen anderen bewirken würde. Abzustellen ist auf das Ausmass und die Bedeutung der wirtschaftsrelevanten Bevorzugung bzw. Benachteiligung. Das Recht auf «Gleichbehandlung im Unrecht» steht im weiteren unter dem Vorbehalt der beim Verwaltungsträger vorhandenen und verfügbaren Kapazitäten.¹¹⁶
- 233 Kommt eine «Gleichbehandlung im Unrecht» nicht in Frage, insbesondere weil der Verwaltungsträger gewillt ist, die unrichtige Gesetzesanwendung aufzugeben und die wirtschaftsrelevante Norm fortan richtig anzuwenden, kann sich allenfalls die *Frage einer staatlichen Entschädigung für den*

¹¹⁵ Vgl. BGE 108 Ia 214 E. 4b; vgl. auch HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 74.

¹¹⁶ Sieht bspw. das Reglement einer Gemeinde vor, dass jährlich nur vier Gastwirtschaftsbetriebe in den Genuss einer regelmässigen Polizeistundenverlängerung gelangen, gewähren die zuständigen Behörden in der Folge aber eine fünfte Bewilligung, so ist dem sechsten Betrieb, der sich - wie der andere - für eine solche Bewilligung interessiert, ebenfalls eine Verlängerungsbewilligung für ein Jahr zu erteilen. Dies jedenfalls dann, wenn das öffentliche Ruhebedürfnis nicht ernstlich gefährdet wird und keine weiteren Interessierten in Frage kommen. Nach Ablauf der Verlängerungsbewilligung ist von der Gemeinde allenfalls ein Turnus festzusetzen. Vgl. zu diesem Problem unten Rn. 318 f., 378.

Schaden stellen, den der betroffene Unternehmer durch sein Vertrauen auf die Praxis erlitten hat.¹¹⁷

V. Das Erfordernis des öffentlichen Interesses und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität

A. Allgemeines

234 Das öffentliche Interesse ist *allgemeine Voraussetzung für jede staatliche Tätigkeit*¹¹⁸ und gilt deshalb als selbständiger Verfassungsgrundsatz¹¹⁹. Der Staat hat das Wohl der Allgemeinheit zu schützen und zu fördern und die Anliegen der staatlichen Gemeinschaft wahrzunehmen.¹²⁰ Vor allem staatliche Massnahmen, welche Grundrechtspositionen tangieren, müssen durch ein *überwiegendes öffentliches Interesse* gedeckt sein.¹²¹

235 Beim Begriff des öffentlichen Interesses handelt es sich um einen *unbestimmten Rechtsbegriff*,¹²² welcher *zeitlich wandelbar* und in gewissen Bereichen auch *örtlich verschieden* sein kann.¹²³

¹¹⁷ Vgl. GROSS, 253 f.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 47.

¹¹⁸ Der Grundsatz des öffentlichen Interesses bindet nicht nur in umfassender Weise alle drei Staatsgewalten, sondern gilt für das gesamte Verwaltungsrecht, d.h. sowohl für die Eingriffs- und die Leistungsverwaltung (vgl. dazu BGE 120 Ib 245 E. 3c.aa) als auch für den hoheitlichen und nichthoheitlichen Tätigkeitsbereich (HÄFELIN/MÜLLER, N. 467 ff.). Vgl. auch BGE v. 26. November 1976 i.S. Eidgenössische Steuerverwaltung c. Gemeinde Jona, E. 3 (= ZBl 1977, 565).

¹¹⁹ Vgl. WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, 115 (mit Verweisungen). Vgl. auch oben Rn. 94, 98 ff.

¹²⁰ HÄFELIN/MÜLLER, N. 450. Vgl. auch RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 57 B.I.

¹²¹ Vgl. allgemein BGE 119 Ia 183 E. 4a; in Bezug auf die Wirtschaftsfreiheit vgl. BGE 122 I 134 E. 3a, mit Verweisungen. Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER, N. 472. Im weiteren vgl. oben Rn. 62, 97 f., 187.

¹²² Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 452. Bei dessen Auslegung kommt der zuständigen Behörde somit ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.

¹²³ Vgl. BGE 106 Ia 271 E. 3a; 97 I 505 E. 4b; HÄFELIN/HALLER, N. 1136; HÄFELIN/MÜLLER, N. 453. Vgl. auch Botschaft VE 96, 195 f. Nach J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den

236 Welche staatlichen Massnahmen im öffentlichen Interesse liegen, lässt sich zudem nicht ein für allemal bestimmen, sondern hängt von den jeweils gegebenen Verhältnissen ab.¹²⁴ Im öffentlichen Interesse liegt jedoch grundsätzlich all das, was der Staat zum *Gemeinwohl*¹²⁵ vorkehren muss, um eine ihm obliegende Aufgabe zu erfüllen.¹²⁶ Dazu gehören vor allem *polizeiliche*,¹²⁷ aber auch *raumplanerische*,¹²⁸ *soziale und sozialpolitische*¹²⁹ sowie *andere Interessen*¹³⁰.

Grundrechten, Rz. 128, hat sich der Begriff des öffentlichen Interesses mit dem Ausbau des heutigen Leistungs-, Sozial- und Planungsstaates bis zur „Konturlosigkeit“ ausgeweitet.

¹²⁴ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 451; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 205; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 57 B.II.; SALADIN, 352. Grundlegend G. MÜLLER, Interessenabwägung, 339 ff. Nach RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 199, muss das geltend gemachte öffentliche Interesse immerhin eine „gewisse allgemeine Anerkennung“ geniessen (vgl. auch J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 370; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 168).

¹²⁵ Vgl. dazu insbesondere MARTI, 89.

¹²⁶ Vgl. VGE-AG v. 4. September 1984 i.S. G. c. Gemeinde X, E. 3c (= ZBl 1985, 216); HÄFELIN/HALLER, N. 1137; IMBODEN/RHINOW und RHINOW/KRÄHENMANN, je Nr. 57 B.II.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N. 71. Das gilt auch in Bezug auf wirtschaftsrelevante staatliche Massnahmen (vgl. RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 203; RICHLI, Energiepolitik, 2 f.; zu eng dagegen SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 51 f.). SALADIN, 352, führt im weiteren aus: „Der Entscheid über das, was im öffentlichen Interesse liegt, ist essentiell *politischer Natur*, ja der politische Entscheid par excellence.“ Der Bundesverfassung kommt die zentralste Rolle bei der Festlegung des Gemeinwohlauflages zu. Sie umschreibt nicht nur Aufgaben des Bundes, sondern nennt auch öffentliche Interessen, deren Wahrnehmung den Kantonen verbindlich aufgegeben ist (J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 129 f.; ders., Elemente, 126 ff.). Exemplarisch BGE 120 Ib 145 E. 3b.cc: „Staatliche Förderung lässt sich nicht ohne Rücksicht auf ein entsprechendes Bedürfnis postulieren und rechtfertigen; sie setzt regelmässig einen Dienst an der Allgemeinheit oder die Wahrnehmung einer wichtigen Funktion in der Gesellschaft und im demokratischen Staat voraus.“ Vgl. auch BGE 98 Ia 401 f. E. 4: „Wie jeder Eingriff in die Freiheit des Einzelnen muss auch ein Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit (...) auf einem positiven öffentlichen Interesse beruhen; das blosses Fehlen entgegenstehender öffentlicher Interessen genügt keineswegs.“ „Dass die Mehrheit der Ladenbesitzer der Schuhbranche einen ganztägigen Ladenschluss befürwortet hat, vermag das Vorhandensein eines hinreichenden öffentlichen Interesses an einer solchen Regelung noch nicht darzutun; der Wille dieser Mehrheit begründet lediglich ein privates Verbandsinteresse.“ (BGE 98 Ia 404 E. 5b).

¹²⁷ *Polizeilich* motiviert sind nach der gängigen Rechtsprechung des Bundesgerichts staatliche Massnahmen „zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit, Sittlichkeit sowie von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr“ (BGE 123 I 15 E. 2a; 111 Ia 186 E. 2b; 84 I 110 E. 2; vgl. auch BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2a [= 2P.146/1996]; BGE 119 Ia 43 E. 4a). Vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1404 ff., 1429. Zur restriktiveren Auslegung des „polizeilichen Interesses“ vgl. BGE 97 I 502 ff. Zum rechtsgeschichtlichen Hintergrund vgl. WOLFFERS, Polizei, 385 ff., 409 ff. Zum Wirtschafts-polizeirecht vgl. MARTI, 85 ff.

¹²⁸ Art. 22^{quater} BV. Vgl. BGE 109 Ia 267 E. 4; grundlegend BGE 105 Ia 336 E. 3c. Vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1431.

- 237 Zu beachten ist überdies, dass die Frage, *welche* öffentlichen Interessen eine Grundrechtsbeschränkung rechtfertigen können, sich je nach dem in Frage stehenden Grundrecht und den spezifischen Funktionen des handelnden Trägers öffentlicher Aufgaben beantwortet.¹³¹
- 238 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss das den Eingriff in die Grundrechtspositionen rechtfertigende öffentliche Interesse ein „überwiegendes“¹³² sein.¹³³ Das heisst, dass neben dem geltend gemachten öffentlichen Interesse an einer - beispielsweise - wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme auch alle weiteren im konkreten Fall massgebenden öffentlichen¹³⁴ Interessen zu berücksichtigen sind und aufgrund einer umfassenden

¹²⁹ Vgl. BGE v. 21. März 1997 i.S. Coop-Genève c. Département de l'économie publique du canton de Genève, E. 3d (= 2P.270/1996; = Pra 1997 Nr. 101 S. 545; Ladenschlussvorschriften); BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2b (= 2P.146/1996) und BGE 120 Ia 126 ff. (Verbot von Geldspielautomaten); BGE 120 Ia 294 E. 3b, 306 f. E. 3b (Verhinderung der übermässigen Verschuldung breiter Bevölkerungskreise durch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit übersteigende Konsumkredite); vgl. auch BGE 121 I 132 E. 3b, mit Verweisen. Grundlegend: BGE 97 I 504 ff. E. 4b und c. Vgl. auch RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 190 f.; HÄFELIN/HALLER, N. 1430, 1432; J.-P. MÜLLER, Elemente, 125 f.

¹³⁰ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1137 f.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 457 ff.; SALADIN, 340 ff. Als weitere öffentliche Interessen in Frage kommen bspw. der *Umweltschutz* (Art. 24^{septies} BV), der *Gewässerschutz* (Art. 24^{bis} BV), der *Natur- und Heimatschutz* (Art. 24^{sexies} BV) und der *Tierschutz* (Art. 25^{bis} BV). Das öffentliche Interesse erstreckt sich ferner auf Anliegen *kultureller* (vgl. VON GRAFFENRIED, 196 ff.), *historischer* und *wissenschaftlicher* sowie *energiepolitischer* Art (vgl. Botschaft VE 96, 195; Erläuterungen VE 95, 33; bezüglich letzterer vgl. BGE v. 12. September 1994 i.S. T c. Einwohnergemeinde Moosseedorf, E. 7a [= ZBl 1995, 272 ff.]; RICHLI, Energiepolitik, 2 ff.; BRUTSCH/MADER, 49 ff.). Umstritten ist dagegen, ob auch die sog. *fiskalischen Interessen* (dazu BGE 124 I 17 E. 4b) zu den öffentlichen Interessen zählen (differenziert befürwortend HÄFELIN/MÜLLER, N. 463; ablehnend IMBODEN/RHINOW, Nr. 57 B.II.b; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N. 69 f.; BGE 119 Ia 41 ff.; 102 Ia 114 E. 3; 95 I 144 ff.; 41 I 263 E. 3). Gemäss BGE 124 I 18 f. E. 5a kann es jedenfalls nicht als hinreichendes öffentliches Interesse für die Begründung eines staatlichen Monopols (Fiskalmonopol) anerkannt werden.

¹³¹ Vgl. J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 133 ff.; ders., Elemente, 130 ff.; vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1139.

¹³² Vgl. zum Beispiel BGE 123 I 15 E. 2a; 120 Ia 132 E. 4a; 118 Ia 387 E. 4a; 117 Ia 316 f. E. 3b; 113 Ia 317 E. 4b, 320 E. 5a.

¹³³ Vgl. statt vieler HÄFELIN/MÜLLER, N. 473 ff.; G. MÜLLER, Interessenabwägung, 337 ff.; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 141 ff.; ders., Elemente, 119 ff.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 164 ff.; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 57 B.IV.

¹³⁴ Einer wirtschaftsrelevanten, polizeilich motivierten staatlichen Massnahme können zum Beispiel raumplanerische, soziale oder sozialpolitische sowie andere öffentliche Interessen (Umwelt-,

Abwägung zu bestimmen ist, ob im Einzelfall ein *überwiegendes öffentliches Interesse* vorliegt.¹³⁵

B. Verhältnis zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität

1. Allgemeines

- 239 Der Hauptanwendungsbereich und die Hauptbedeutung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit, als dessen Ausfluss der *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität* gilt,¹³⁶ liegt im Spannungsverhältnis zum Erfordernis des öffentlichen Interesses im grundrechtsrelevanten staatlichen Handeln.
- 240 Sowohl die Kantone als auch der Bund dürfen die Wirtschaftsfreiheit und andere Grundrechte¹³⁷ zwar im öffentlichen Interesse beschränken, haben

Gewässer-, Natur- und Heimatschutz usw.) entgegenstehen. Das Bundesgericht berücksichtigt hier gelegentlich auch die entgegenstehenden *privaten Interessen der Betroffenen*. Die Praxis ist einheitlich (vgl. J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 141 ff.). In der vorliegenden Arbeit werden die privaten Interessen und ihre Abwägung gegenüber den öffentlichen Interessen ausschliesslich bei der Frage der Verhältnismässigkeit (vgl. dazu unten Rn. 276, 371 ff.) behandelt (vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER, N. 474 f., 514 ff.; anders RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 207).

¹³⁵ Vgl. BGE 123 I 205 f. E. 4; 119 Ia 416 E. 2b; 111 Ia 105 E. 4 („Toutes collisions pouvant survenir entre différents intérêts publics doivent être alors résolues en opposant et en pesant les intérêts en présence.“). Vgl. auch E. GRISEL, vol. 2, n. 541 ss. Zur Abwägung gegenüber dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität vgl. unten Rn. 252 ff.

¹³⁶ Vgl. dazu oben Rn. 64 ff.

¹³⁷ Insbesondere die *Eigentumsgarantie* gemäss Art. 22^{ter} BV (vgl. BGE 118 Ib 250 E. 5c und oben Rn. 155).

dabei - vorbehältlich einer abweichenden Verfassungsbestimmung¹³⁸ - indessen den *Grundsatz*¹³⁹ der Wirtschaftsfreiheit zu beachten.¹⁴⁰

- 241 Der Grund liegt darin, dass der staatliche Eingriff in den wirtschaftlichen Wettbewerb, d.h. die *Wirtschaftspolitik* - im Interesse eines einheitlichen Wirtschaftsgebiets im schweizerischen Bundesstaat - einerseits grundsätzlich dem Bund vorbehalten sein soll, dies andererseits aber auch nur im Rahmen der bundesverfassungsrechtlichen Kompetenzen.¹⁴¹
- 242 Die Frage der sog. *Grundsatzkonformität* des geltend gemachten überwiegenden öffentlichen Interesses ist in der Lehre bereits stark bearbeitet worden.¹⁴² Auch die Rechtsprechung hat sich in zahlreichen Entscheiden mit der Problematik befasst.¹⁴³
- 243 Trotzdem lohnt es sich, in grundlegender Weise auf das Verhältnis zwischen dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und dem Erfordernis des überwiegenden öffentlichen Interesses einzugehen. Indessen ist nicht zu verkennen, dass der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität heute vor allem im Zu-

¹³⁸ Art. 31 Abs. 2, Art. 31^{bis} Abs. 2 und 3 BV; vgl. auch oben Rn. 57. Vgl. auch BGE v. 21. März 1997 i.S. Coop-Genève c. Département de l'économie publique du canton de Genève, E. 3b [= 2P.270/1996; = Pra 1997 Nr. 101 S. 545]; BGE 120 Ia 70 E. 2a; 116 Ia 414 E. 9b.

¹³⁹ Zu dessen Inhalt vgl. oben Rn. 48 f., 53. Vgl. auch BGE 97 I 504 E. 4a: „Ainsi le texte constitutionnel ne qualifie pas lui-même les prescriptions réservées par l'art. 31 al. 2 Cst.; il n'emploie notamment pas le terme de «prescriptions de police». (...) On peut donc dire que ne sont prohibées que les prescriptions qui ont pour but d'entraver la libre concurrence ou d'en atténuer les effets.“ In diesem Sinne ist bspw. ein rein fiskalisches Interesse als hinreichendes öffentliches Interesse für die Begründung eines staatlichen Monopols nicht zulässig, könnte ein Kanton auf diese Weise doch die ganze Wirtschaftstätigkeit, soweit sie gewinnbringend ist, monopolisieren und damit die privatwirtschaftliche Ordnung und die Wirtschaftsfreiheit faktisch aus den Angeln heben (BGE 124 I 18 f. E. 5a).

¹⁴⁰ BGE 116 Ia 348 E. 5. Vgl. auch Art. 31 Abs. 2 und Art. 31^{bis} Abs. 2 BV.

¹⁴¹ Dazu eingehend oben Rn. 32 ff., 58 ff. Vgl. auch GYGI/RICHLI, 91 f.

¹⁴² Vgl. zum Beispiel die umfassende Abhandlung von HUBERTUS SCHMID, Die Unterscheidung zwischen wirtschaftspolizeilichen und wirtschaftspolitischen Massnahmen im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1974. Vgl. im weiteren statt vieler E. GRISEL, vol. 2, n. 431 ss.; HÄFELIN/HALLER, N. 1403 ff.; KNAPP, limites, 241 ff.; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 363 ff.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 164 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 94 ff.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 74 ff.

¹⁴³ Vgl. die zusammenfassende Rechtsprechung oben Rn. 47 ff.

sammenhang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip von Bedeutung ist, mithin bei staatlichen Massnahmen, die nach der herrschenden Terminologie¹⁴⁴ als «grundsatzkonform» gelten.¹⁴⁵

2. Spannungsverhältnis

- 244 Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gebietet, dass der Staat sich gegenüber den am freien Markt konkurrierenden Unternehmern unparteiisch verhält und sich nicht in den wirtschaftlichen Wettbewerb der direkten Konkurrenten einmischt.¹⁴⁶
- 245 Unzulässig sind somit grundsätzlich staatliche Massnahmen, die *bezwecken*, „bestimmte Gewerbezweige oder Betriebsformen vor Konkurrenz zu schützen oder in ihrer Existenz zu sichern“¹⁴⁷ oder „einzelne Gewerbetreibende oder Unternehmensformen zu bevorteilen“¹⁴⁸. Das geltend gemachte überwiegende öffentliche Interesse bzw. das Motiv des wirtschaftsrelevanten staatlichen Handelns darf - kraft ausdrücklicher Vorschrift¹⁴⁹ - unter keinen Umständen diesen Zwecken dienen.¹⁵⁰ Der Grundsatz der Wettbewerbsneu-

¹⁴⁴ Vgl. dazu RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 166.

¹⁴⁵ Vgl. dazu bereits oben Rn. 72 f.

¹⁴⁶ Vgl. oben Rn. 14.

¹⁴⁷ BGE 102 Ia 116 E. 5a; vgl. auch BGE 116 Ia 121 E. 3; 113 Ia 282 E. 1. Das geschieht namentlich durch Fähigkeitsausweise, Bedürfnisklauseln, Vorschreiben von Mindestpreisen, Kontingentierung usw. (vgl. AUBERT, Bd. 2, ad 1903 ff.).

¹⁴⁸ BGE 116 Ia 348 E. 5; 111 Ia 186 E. 2b; vgl. auch BGE 121 I 132 E. 3b, 288 E. 6c.cc; 118 Ia 176 E. 1; 117 Ia 445 E. 2; 113 Ia 40 E. 4a; 102 Ia 543 f. E. 10e.

¹⁴⁹ Art. 31 Abs. 2, Art. 31^{bis} Abs. 2 BV.

¹⁵⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 1 und 4 BGBM, welcher - im Sinne der interkantonalen Geltung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität - nun festlegt, dass ein „verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen“ unzulässig ist (Botschaft BGBM, 53). Insbesondere ist auch ein Schutz der einheimischen Gewerbebetriebe vor ausländischer Konkurrenz grundsätzlich unzulässig, soweit sich letztere auf die Wirtschaftsfreiheit berufen kann (BGE 116 Ia 241 E. 3b; vgl. noch BGE v. 24. Februar 1984 i.S. F. c. Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts, E. 3b [= ZBl 1984, 457]; betreffend Nichtzulassung von Ausländern zur Anwaltsprüfung und zur Ausübung des Anwaltsberufs).

tralität schränkt das den Grundrechtseingriff rechtfertigende öffentliche Interesse in diesem Sinne ein.

- 246 Einer staatlichen Massnahme können grundsätzlich verschiedene Motive zu Grunde liegen.¹⁵¹ Da wirtschaftsrelevante staatliche Massnahmen von Natur her Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wettbewerb zur Folge haben, treten diese Regelungen a priori in ein Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität. Aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der sich konkurrierenden Betriebe in persönlicher, sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht haben wirtschaftsrelevante Massnahmen für die konkurrierenden Unternehmer immer *unterschiedliche Auswirkungen* zur Folge.¹⁵²
- 247 Den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität vollkommen wahrende wirtschaftsrelevante Massnahmen sind deshalb *nicht* möglich. Das heisst, dass aus den grundsätzlich zulässigen öffentlichen Interessen immer irgendwelche Wettbewerbsverzerrungen resultieren,¹⁵³ welche - weil unvermeidbar - entweder bewusst oder unbewusst in Kauf genommen oder unter Umständen gar beabsichtigt werden. Diese Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis der sich konkurrierenden Unternehmer können somit durchaus ebenfalls - bewusst oder unbewusst - Motiv der wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme bilden und müssen ebenfalls berücksichtigt werden.¹⁵⁴
- 248 Indessen sind nicht sämtliche Auswirkungen von wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen auf das Wettbewerbsverhältnis von sich konkurrierenden Unternehmern grundsätzlich verpönt und damit von vorneherein un-

¹⁵¹ Vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1412.

¹⁵² Vgl. dazu oben Rn. 3 f.

¹⁵³ Vgl. auch BGE 116 Ia 351 E. 6; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 170, 199; RICHLI, Bemerkungen II, 1204.

¹⁵⁴ Namentlich KNAPP, *limites*, 243, weist darauf hin, dass den *wirtschaftlichen Auswirkungen* von Massnahmen, welche nicht wirtschaftspolitische Ziele verfolgen, zuwenig Beachtung geschenkt werde.

zulässig.¹⁵⁵ Der Staat darf in seinem wirtschaftsrelevanten Handeln auch keineswegs die *Bewahrung der bestehenden Marktstrukturen* zum Ziel nehmen oder die *Gewährleistung einer absoluten Chancengleichheit der Unternehmer* anpeilen.¹⁵⁶ Der wirtschaftliche Wettbewerb schliesst geradezu die Aufforderung ein, möglichst erfolgreich mit den vielen staatlichen Einschränkungen fertig zu werden,¹⁵⁷ und zwingt die Unternehmer stets zu einer Anpassung an die sich unaufhörlich ändernden Marktdaten (sog. *Anpassungsflexibilität*).¹⁵⁸

¹⁵⁵ In diesem Sinne auch BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.ee (= 2P.146/1996): „Il principio della parità di trattamento tra concorrenti diretti non impedisce allo Stato di restringere l’offerta di prestazioni che mettono in pericolo la realizzazione di un interesse pubblico.“ Vgl. auch MADER, 13; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 187; RICHLI, Bemerkungen II, 1204 („Man kann daher nicht verlangen, dass die Wettbewerbsneutralität überhaupt nicht tangiert werde, sondern kann nur fordern, dass keine spürbaren Wettbewerbsverzerrungen entstehen.“); WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 221; HOTZ, 161; MARTI, 88.

¹⁵⁶ Vgl. jedoch die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung oben Rn. 73, sowie der singuläre BGE 87 I 271 E. 3, in welchem das Bundesgericht von einer „Wettbewerbsgleichheit“ spricht. Vgl. dazu auch HOTZ, 154 ff. Richtig nun BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 5 (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781); BGE 121 I 135 E. 3d, 287 E. 6b; 120 Ia 239 E. 2b. Ausdrücklich auch BGE v. 21. März 1997 i.S. Nicotrans S.A. c. Consiglio di Stato del Cantone Ticino, E. 1b.cc (= 2P.166/1996; = Pra 1998 Nr. 1 S. 1 ff.): „La libertà di commercio e di industria non assicura l’esistenza di determinate strutture di mercato e non impone al legislatore cantonale di adottare misure legislative atte a garantire un’assoluta parità di opportunità tra i diversi operatori economici.“ Steht dagegen das gewichtige Interesse der Information und pluralistischen Meinungsbildung auf dem Spiel, können staatliche Massnahmen, die der Wahrung und Wiederherstellung des Wettbewerbs dienen, gerechtfertigt sein (vgl. BGE 120 Ib 144 f. E. 3b; vgl. dazu auch unten Rn. 255). Vgl. auch die Äusserung von RICHLI, Bemerkungen II, 1204, wonach der Staat, wenn er Bestimmungen erlasse, welche den Geltungsbereich der Wirtschaftsfreiheit betreffen, darauf achten müsse, die Wettbewerbsverhältnisse „grundsätzlich gleichmässig zu verändern“. Das könne im Ergebnis zu einem gewissen wirtschaftspolitischen Schutz führen. Dieser sei aber prinzipiell hinzunehmen, „solange es um die Wahrung der Wettbewerbsneutralität geht“. Vgl. auch unten Rn. 323.

¹⁵⁷ So SALADIN, 224 f.

¹⁵⁸ EMMERICH, 4. Vgl. auch BGE 118 Ib 257 E. 9b; BAUMBACH/HEFERMEHL, Allg N. 22; HOPPMANN, 7, 10 ff., 15. Deutlich BGE 116 Ib 276 E. 4c: „Es geht einerseits nicht darum, unwirtschaftlich arbeitende Betriebe noch für einige Zeit am Leben zu erhalten; dass bestimmte Betriebe unter dem Druck der Konkurrenz nicht weiterexistieren können, ist dem marktwirtschaftlichen System immanent.“ Vgl. auch BGE 123 I 282 E. 3d: „Wenn jemand aus irgendwelchen Gründen auf eine wirtschaftliche Tätigkeit verzichtet, die ihm rechtlich offenstünde, so stellt ein dadurch allenfalls entstehender Konkurrenznachteil nicht eine staatliche Ungleichbehandlung dar.“ (ähnlich BGE 84 I 112 E. 2). Zum Vertrauensschutz vgl. oben Rn. 222 ff.

249 Nachfolgend geht es deshalb vielmehr um die Frage, inwiefern welche öffentlichen Interessen welches *Ausmass* der mit den wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen unumgänglichen Verzerrungen *im Wettbewerbsverhältnis von sich konkurrierenden Unternehmern* zu rechtfertigen vermögen. Im Zentrum steht somit das grundsätzliche Spannungsverhältnis zwischen dem Erfordernis des öffentlichen Interesses bei grundrechtstangierenden staatlichen Massnahmen und dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität.

3. Lösung

a) Allgemein

250 Soweit das staatliche Handeln *offen* oder *direkt bezweckt*, in das Wettbewerbsverhältnis der sich konkurrierenden Unternehmer in schützender, sichernder oder bevorteilender Weise einzugreifen, kollidiert es mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und ist von vorneherein *unzulässig*.¹⁵⁹ Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität schränkt in diesem Sinne das den Eingriff in grundrechtsgeschützte Positionen rechtfertigende öffentliche Interesse im wirtschaftsrelevanten staatlichen Handeln ein.

251 Schwieriger zu beurteilen ist das wirtschaftsrelevante staatliche Handeln in denjenigen Fällen, in denen der Eingriff in das Wettbewerbsverhältnis unter sich konkurrierenden Unternehmern nicht offen oder direkt, sondern *verdeckt* oder *indirekt* geschieht. *Verdeckt* in dem Sinne, dass die eigentlichen

¹⁵⁹ Art. 31 Abs. 2, Art. 31^{bis} Abs. 2 BV. Vgl. oben Rn. 245. So ist es bspw. auch unzulässig, wenn ein Kanton die Konsumenten mit *Informationsmitteln* zur Meidung der Grossverteiler und zur Berücksichtigung der unabhängigen Detailhandelsgeschäfte bewegen möchte, damit die bestehende Detailhandelsstruktur erhalten bleibt (RICHLI, Informationsmittel, 167; vgl. auch MÜLLER/MÜLLER-GRAF, 393 ff.).

Motive des staatlichen Handelns, nämlich der schützende, sichernde oder bevorteilende Eingriff zu Gunsten eines Unternehmers, im Dunkeln bleiben und stattdessen nicht gerade abwegige andere öffentliche Interessen zur Rechtfertigung der wirtschaftsrelevanten Massnahme vorgeschoben werden.¹⁶⁰ *Indirekt* in dem Sinne, dass das - zulässigerweise - geltend gemachte öffentliche Interesse tatsächlich den Beweggrund für das staatliche Handeln darstellt, indessen nicht unerhebliche Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis der sich konkurrierenden Unternehmer zeitigt.¹⁶¹

- 252 In beiden Fällen ist der Konflikt zwischen den beiden Verfassungsgrundsätzen „durch eine wertende Abwägung der im Spiele stehenden Interessen zu lösen“.¹⁶² Das geltend gemachte öffentliche Interesse ist somit nicht nur allfälligen entgegenstehenden öffentlichen Interessen gegenüberzustellen,¹⁶³ sondern auch gegenüber dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität abzuwägen^{164 165}.

¹⁶⁰ Sog. „Verbot verkappter gewerbepolitischer Massnahmen“ (BGE 102 Ia 116 E. 5a). Vgl. auch Art. 3 Abs. 4 BGBM; GYGI/RICHLI, 101.

¹⁶¹ Das Bundesgericht anerkennt in seiner Rechtsprechung, dass wirtschaftsrelevante staatliche Massnahmen Auswirkungen auf den freien Wettbewerb zeitigen, „ohne dass sie in ihrer Hauptstossrichtung wirtschaftspolitisch motiviert“ sind (BGE 121 I 132 f. E. 3c; vgl. auch BGE 110 Ia 174 E. 7b.bb; 102 Ia 117 E. 5b). Dies stehe zu Art. 31 BV grundsätzlich nicht in Widerspruch, solange die Massnahme im öffentlichen Interesse bedingt sei und in dessen Zielbereich liege. Immerhin dürfe der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit bzw. der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität nicht völlig seines Gehaltes entleert werden (BGE 102 Ia 115 f. E. 5a). Soweit das geltend gemachte öffentliche Interesse tatsächlich im Vordergrund steht und nicht etwa unter seinem Deckmantel ein Eingriff in den wirtschaftlichen Wettbewerb bezweckt wird, „sind die sich ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen in Kauf zu nehmen“ (BGE 109 Ia 269 E. 4b). Vgl. auch VGE-AG v. 28. Oktober 1986 i.S. E. und G. c. Regierungsrat des Kt. Aargau, E. 4c.bb.ccc.gggg (= ZBl 1988, 52 ff.). Vgl. dazu auch KNAPP, *limites*, 262 ss.; H. SCHMID, 296 ff. Vgl. unten Rn. 253.

¹⁶² BGE 112 V 122 E. 4c. Vgl. auch oben Rn. 95, 188.

¹⁶³ Vgl. dazu oben Rn. 238.

¹⁶⁴ Vgl. auch BGE 123 I 308 E. 4b.bb (betreffend das Gebot der religiösen Neutralität des Staates).

¹⁶⁵ Nach KAUFMANN, 44 f., bildet dagegen die *Verhältnismässigkeit* des Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit das entscheidende Kriterium, ob eine wirtschaftspolitische oder eine wirtschaftspolizeiliche Massnahme vorliegt. Denn die einzelnen Massnahmen würden verschieden stark in die Wirtschaftsfreiheit eingreifen. Zu diesem Zweck bringt er die staatlichen Massnahmen in eine bestimmte Rangordnung nach Massgabe der *Schwere des Eingriffs* in die Wirtschaftsfreiheit. H. SCHMID, 299 f., hat indessen nachgewiesen, dass die Schwere des Eingriffs rich-

253 In diesem Sinne führte das Bundesgericht unter Berufung auf RHINOW¹⁶⁶ in BGE 116 Ia 351 E. 6 denn auch *zutreffend* aus:

„(S)oweit sich die Massnahme wettbewerbspolitisch nicht neutral auswirkt, (ist) das an sich zulässige öffentliche Interesse an ihrer Durchführung gegen das in Art. 31 BV normierte Interesse an der Wettbewerbsneutralität kantonaler Eingriffe in die Handels- und Gewerbe-freiheit abzuwägen. Je stärkere Auswirkungen einer Massnahme auf den Wettbewerb zu erwarten sind, umso stärker muss das den Eingriff motivierende Interesse sein, damit ein überwiegendes Interesse angenommen werden kann.“¹⁶⁷

254 Massgebend für den Entscheid, ob eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme als grundsatzkonform bezeichnet werden kann, ist somit zum einen das tatsächliche *Gewicht des geltend gemachten öffentlichen Interes-*

tigerweise für sich allein niemals ein geeignetes Kriterium für die Unterscheidung zwischen wirtschaftspolizeilichen und wirtschaftspolitischen Massnahmen abgeben kann.

¹⁶⁶ RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 188, 206. Vgl. auch BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 60; KNAPP, *limites*, 266; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 29; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 150, 155 ff., 164. Im Ansatz richtig auch H. SCHMID, 296 ff., der jedoch im weiteren lediglich festhält, dass es „kein allgemeingültiges Kriterium gibt, das erlauben würde, die zulässigen von den unzulässigen Beschränkungen der HGF ein für allemal zu scheiden.“ (315). In diesem Sinne auch HOTZ, 90. GYGI/RICHLI, 10 ff., sprechen sich für den Beizug von ökonomischen Kriterien aus, welche in das grundrechtliche Denken zu übertragen wären. Indessen gestehen sie ein, dass „(d)ie unüberbrückbare Schwäche dieses Ansatzes (...) darin (liege), dass die ökonomischen Kriterien recht unscharf sind.“ (10). Im weiteren lassen sie offen, ob die von RHINOW vorgenommene Interessenabwägung „durchgehend zutreffend sei“ (11). „Für einen weiteren Rationalitätsgewinn des Diskurses über die Abgrenzung von HGF-vereinbaren und HGF-abweichenden Beschränkungen wäre man auf zusätzliche Impulse von Seiten der Wirtschaftslehre angewiesen.“ (12).

¹⁶⁷ Ähnlich bereits BGE 111 Ia 99 f. E. 3; 110 Ia 172 ff. E. 7b („Auch wenn solche Vorkehren die gewerblichen und wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten beschränken und dementsprechend wirtschaftspolitische Auswirkungen haben können, sind sie mit Art. 31 BV vereinbar, sofern die Handels- und Gewerbe-freiheit durch die Beschränkungen nicht völlig ihres Gehaltes entleert wird.“); 109 Ia 267 E. 4; 102 Ia 115 f. E. 5a; 99 Ia 618 E. 4d. Vgl. auch BGE v. 9. Juli 1997 i.S. E. c. Gemeinde Urdorf, E. 4 (= 1P.149/1997); BGE v. 21. März 1997 i.S. Coop-Genève c. Département de l'économie publique du canton de Genève, E. 3d (= 2P.270/1996; = Pra 1997 Nr. 101 S. 545): „Il s'agit donc de déterminer si la finalité de la mesure en cause justifie la restriction imposée à la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi que ses effets sur la concurrence. (...) D'un point de vue objectif, une mesure ne sera en principe pas qualifiée de «sociale», si elle est de nature à déployer des effets essentiellement économiques, soit sur le fonctionnement d'un marché, soit sur la prospérité d'un métier.“; BGE v. 29. Oktober 1992 i.S. Coop-Ostschweiz c. Feuer-schaugemeinde Appenzell, E. 4c (= 1P.290/1992; = ZBl 1993, 425). Wo indessen die Grenze verläuft, ist naturgemäss nicht leicht zu beantworten (BGE 102 Ia 117 E. 5b). Die Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wettbewerb müssen gegenüber dem mit der wirtschaftsrelevanten Massnahme verfolgten Zweck jedenfalls *sekundär* sein (vgl. BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.ee [= 2P.146/1996]).

ses und zum anderen das konkrete *Ausmass der Wettbewerbsverzerrung*.¹⁶⁸

Ob verdeckt und direkt oder unbewusst und indirekt in das Wettbewerbsverhältnis der sich konkurrierenden Unternehmer eingegriffen wird, ist nicht von entscheidender Bedeutung und wäre überdies wohl auch kaum je mit Gewissheit feststellbar.¹⁶⁹

- 255 Welche öffentlichen Interessen als gewichtig zu bezeichnen sind, lässt sich nicht ein für allemal beantworten. Erforderlich ist zunächst, dass das geltend gemachte öffentliche Interesse „tatsächlich ausschlaggebend“¹⁷⁰ erscheint¹⁷¹ bzw. dass „über durchschaubare Vorwände hinweg auf den objektiv feststellbaren und glaubwürdigen Zweck abzustellen“ ist¹⁷².¹⁷³ Von erheblichem

¹⁶⁸ Vgl. auch BIAGGINI, *Wirtschaftsverfassung*, 59 f.; E. GRISEL, vol. 2, n. 432, 450 ss.; KNAPP, *limites*, 266; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 54 ff., § 5 N. 161 ff., 167. Nach RHINOW in *Komm. BV*, Art. 31, Rz. 208, ist bei der Interessenbewertung und der Abwägung ein *strenger* Massstab anzulegen. Unklar HÄFELIN/HALLER, N. 1410 ff. Die Frage der Auswirkungen einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme kann im Zusammenhang mit der Motivation einer Regelung durchaus eine entscheidende Rolle spielen (oben Rn. 250 f.; vgl. jedoch LIENHARD, *Deregulierung*, 38 f.). Die notwendigen Wertungen und Abwägungen werden in der höchstgerichtlichen Praxis jedoch häufig nur pauschal und nicht durchweg transparent vorgenommen (RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 171).

¹⁶⁹ Vgl. auch KNAPP, *limites*, 265. Je grösser die Wettbewerbsverzerrung ist, desto eher wird man wohl auf die Grundsatzwidrigkeit des der wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme zu Grunde liegenden Motivs schliessen dürfen (vgl. BGE v. 21. März 1997 i.S. *Coop-Genève c. Département de l'économie publique du canton de Genève*, E. 3d-e [= 2P.270/1996; = Pra 1997 Nr. 101 S. 545]).

¹⁷⁰ Vgl. BGE 121 I 136 E. 4a; 109 Ia 269 E. 4b. Ob ein grundsatzkonformes öffentliches Interesse an einer Massnahme besteht und ob es als überwiegendes Interesse den Eingriff zu rechtfertigen vermag, prüft das Bundesgericht grundsätzlich *frei*. Es auferlegt sich jedoch eine gewisse *Zurückhaltung*, wenn es in erster Linie den kantonalen Behörden zusteht, die als notwendig erachteten Massnahmen zu ergreifen (BGE 116 Ia 349 E. 5a), mithin bei solchen Entscheidungen, bei denen örtliche Besonderheiten zu berücksichtigen sind und in welchen sich die kommunalen und kantonalen Behörden besser auskennen als das Bundesgericht (BGE 121 I 135 f. E. 3e, 284 E. 3d). Zudem hält sich das Bundesgericht bei der Beurteilung einer Beschwerde eher zurück, wenn die Streitfrage auch Gegenstand umfangreicher politischer Diskussionen ist (BGE 111 Ia 187 E. 2c). Das geltend gemachte Motiv der Massnahme darf in letzterem Falle nicht gerade „unhaltbar“ sein (vgl. BGE 121 I 284 E. 3d). Vgl. auch H. SCHMID, 300 f.

¹⁷¹ Vgl. BGE v. 21. März 1997 i.S. *Coop-Genève c. Département de l'économie publique du canton de Genève*, E. 3e (= 2P.270/1996; = Pra 1997 Nr. 101 S. 545), worin das Bundesgericht feststellte, „que les raisons avancées par les autorités cantonales *apparaissent* tout à fait secondaires“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Abzustellen ist auf die *Gesamtheit* der Beweggründe („l'ensemble de ces considérations“; BGE 123 I 134 E. 8d).

¹⁷² Vgl. GYGI/RICHLI, 101.

¹⁷³ Vgl. auch H. SCHMID, 300 f. Anhaltspunkte für das einer staatlichen Massnahme tatsächlich zu Grunde liegende Motiv können insbesondere aus den *gesetzgeberischen Vorarbeiten*, zum Beispiel

Gewicht sind in der Regel die öffentlichen Interessen, die sich aus der *Bundesverfassung* ergeben, wie zum Beispiel Raumplanung,¹⁷⁴ Gewässerschutz,¹⁷⁵ Natur- und Heimatschutz,¹⁷⁶ Umweltschutz,¹⁷⁷ Energieversorgung,¹⁷⁸ Tierschutz,¹⁷⁹ Konsumentenschutz,¹⁸⁰ Bekämpfung des Alkoholismus,¹⁸¹ Arbeitnehmerschutz,¹⁸² Bedürfnisse der Familie,¹⁸³ Verbilligung des Wohnungsbaus und des Erwerbs von Wohn- und Hauseigentum¹⁸⁴ sowie hochrangige polizeiliche Interessen^{185, 186}. Das Bundesgericht bezeichnete aber beispielsweise auch das Interesse an Massnahmen zur Erhaltung der rätoromanischen Sprache als erheblich im öffentlichen Interesse liegend.¹⁸⁷ Auch die Förderung verfassungsmässiger Rechte kann unter Umständen als erheblich im öffentlichen Interesse liegend betrachtet werden.¹⁸⁸

- 256 Schwieriger zu beurteilen ist das Ausmass der Tangierung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität, welcher mit einer wirtschaftsrelevanten staatli-

aus den Erläuterungen VE 95 zum Gesetzesentwurf oder den Beratungen der Legislative, ersichtlich sein (vgl. BGE 112 Ia 36 E. 3b).

¹⁷⁴ Art. 22^{quater} BV.

¹⁷⁵ Art. 24^{bis} BV.

¹⁷⁶ Art. 24^{sexies} BV.

¹⁷⁷ Art. 24^{septies} BV.

¹⁷⁸ Art. 24^{octies} BV.

¹⁷⁹ Art. 25^{bis} BV.

¹⁸⁰ Art. 31^{sexies} BV.

¹⁸¹ Art. 32^{bis} ff. BV.

¹⁸² Art. 34, Art. 34^{ter} BV.

¹⁸³ Art. 34^{quinquies} BV.

¹⁸⁴ Art. 34^{sexies} BV.

¹⁸⁵ Vgl. oben Rn. 236. Zu denken ist dabei in erster Linie an den *Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit* sowie der *Gesundheit* („la sauvegarde de la santé publique étant l'un des objectifs primordiaux de l'Etat“: BGE 123 I 206 E. 4). Vgl. auch E. GRISEL, vol. 2, n. 543 ss.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 192.

¹⁸⁶ Vgl. auch die nicht abschliessende Aufzählung der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in Art. 3 Abs. 2 BGBM. Die Kantone haben sich indessen an die verfassungsmässige Kompetenzaufteilung und die Bundesgesetzgebung zu halten (illustrativ BGE 98 Ia 400 f. E. 3, betreffend Schutz des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit kantonalen und kommunalen Ladenschlussvorschriften seit Inkrafttreten des eidgenössischen Arbeitsgesetzes).

¹⁸⁷ BGE 116 Ia 349 ff. E. 5b.

¹⁸⁸ Vgl. BGE 120 Ib 142 ff. betreffend die Förderung der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit im „Interesse der Information und pluralistischen Meinungsbildung“ (S. 144 E. 3b). Der Staat genießt bei der Förderung verfassungsmässiger Rechte einen weiteren Handlungsspielraum als bei deren Beschränkung (BGE 120 Ib 145 E. 3c.aa).

chen Massnahme einhergeht.¹⁸⁹ Voraussetzung ist zunächst, dass die Wirtschaftsfreiheit „nicht völlig ihres Gehalts entleert“ wird,¹⁹⁰ d.h. eine wirtschaftliche Betätigung darf zwar wohl erschwert werden, muss aber grundsätzlich noch *möglich* bleiben¹⁹¹. Dann ist zu prüfen, ob zwischen den betroffenen Unternehmern ein *Wettbewerbsverhältnis* besteht.¹⁹² Ist dies zu bejahen, sind weitere Kriterien wie die *mutmasslichen*¹⁹³ oder *bereits eingetretenen Folgewirkungen*¹⁹⁴ und die *wettbewerbliche Bedeutung* der wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme für die sich konkurrierenden Unternehmer zu berücksichtigen.

¹⁸⁹ Vgl. auch RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 184, 188, welcher im weiteren ausführt, dass das Beiziehen *wirtschaftswissenschaftlicher Beurteilungskriterien* hilfreich sein könnte (vgl. auch BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 59 f.). In der vorliegenden Arbeit geht es um wirtschaftsrelevante staatliche Massnahmen, welche das Wettbewerbsverhältnis von sich konkurrierenden Unternehmern tangieren. Dass diese Massnahmen eine gewisse wettbewerbsverzerrende Wirkung im genannten Wettbewerbsverhältnis entfalten ist unbestritten (vgl. oben Rn. 3 f., 246 f.). Das Aufstellen eines „verfeinerten Abwägungsinstrumentariums“ unter Beizug von ökonomischen Beurteilungskriterien gibt m.E. nicht viel her (ernüchternd auch GYGI/RICHLI, 10: „Die unüberbrückbare Schwäche (...) liegt darin, dass die ökonomischen Kriterien recht unscharf sind.“; vgl. auch GYGI/RICHLI, 23 f.). Wesentlich ist, dass das Wettbewerbsverhältnis von sich konkurrierenden Unternehmern *tangiert* wird und die Massnahme den einen gegenüber dem anderen tatsächlich *benachteiligt bzw. bevorzugt*. Für die Abwägung zwischen dem geltend gemachten öffentlichen Interesse, dessen Relevanz und Gewicht auch nicht immer mit restloser Klarheit festgestellt werden kann, und dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität genügen diese groben Kriterien.

¹⁹⁰ BGE v. 9. Juli 1997 i.S. E. c. Gemeinde Urdorf, E. 4 (= 1P.149/1997); 111 Ia 99 E. 3; 110 Ia 174 E. 7b.bb; 109 Ia 267 E. 4; 102 Ia 116 E. 5a; 99 Ia 621 E. 5b.

¹⁹¹ Vgl. BGE 111 Ia 99 f. E. 3; Botschaft VE 96, 294.

¹⁹² In BGE 116 Ia 352 E. 6a.bb. fehlte es bspw. an einem direkten Konkurrenzverhältnis. Zu diesem vgl. unten Rn. 328 ff.

¹⁹³ KNAPP, *limites*, 267, macht in diesem Zusammenhang den bedenkenswerten Vorschlag, dass der Staat bei Erlass von wirtschaftsrelevanten Massnahmen vorgängig eine *Marktverträglichkeitsstudie* anfertigen lassen sollte.

¹⁹⁴ Die Folgewirkung einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme besteht grundsätzlich darin, dass ein Teil der sich konkurrierenden Unternehmer durch die Massnahme entweder *diskriminiert* bzw. *benachteiligt* oder gegenüber dem anderen Teil *bevorzugt* wird. Vgl. beispielsweise VGE-AG v. 28. Oktober 1986 i.S. E. und G. c. Regierungsrat des Kt. Aargau, E. 4c.bb.ccc.gggg (= ZBI 1988, 52 ff.).

b) Überwiegen des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität

- 257 Eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme beeinträchtigt den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität somit in denjenigen Fällen, in welchen die Wettbewerbsverzerrungen im Verhältnis unter sich konkurrierenden Unternehmern das geltend gemachte öffentliche Interesse überwiegen, sei es, weil die wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme bezweckt, direkt oder verdeckt in das genannte Wettbewerbsverhältnis einzugreifen, sei es, weil die Massnahme unbewusst und indirekt erhebliche Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse unter den sich konkurrierenden Unternehmern zur Folge hat.
- 258 Das Bundesgericht beurteilte in diesem Sinne als wettbewerbsverzerrend namentlich das Erfordernis von Fähigkeitsausweisen und -prüfungen als Voraussetzung für die Bewilligung zur Berufsausübung, wenn die gestellten Anforderungen nicht überwiegend den zu schützenden polizeilichen Rechtsgütern dienen, sondern vielmehr den Schutz der bestehenden Geschäftsbetriebe vor weiterer Konkurrenz bezweckten¹⁹⁵ oder zum Ziel hatten, wirtschaftliche Misserfolge zu verhindern oder zu heilen.¹⁹⁶ Unzulässig war auch eine baupolizeiliche Vorschrift, welche es erlaubte, die Einrichtung neuer Geschäftslokale auf einer Liegenschaft zu verbieten, wenn sich in der Nachbarschaft bereits Verkaufsläden der gleichen Art befanden.¹⁹⁷ Einem wandernden Theaterbetrieb durfte im weiteren das Patent nicht deshalb verweigert werden, um ein ständig am Ort befindliches privates Theater, das aus öffentlichen Mitteln unterstützt wurde, vor der Konkurrenz zu schützen.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Vgl. BGE 70 I 140 ff. betreffend Patentpflicht für die Ausübung eines Coiffeurgewerbes. Vgl. auch BGE 111 Ia 105 E. 4; AUBERT, Bd. 2, ad 1904.

¹⁹⁶ AUBERT, Bd. 2, ad 1903.

¹⁹⁷ Vgl. BGE 66 I 19 ff.

¹⁹⁸ Vgl. BGE 59 I 58 ff.

259 In einem Entscheid vom 21. März 1997¹⁹⁹ erklärte das Bundesgericht die Regelung im Genfer Ladenschlussgesetz für unzulässig, welche es Familienbetrieben erlaubte - unabhängig davon, ob sie Personal beschäftigten oder nicht -, das Geschäft an den Werktagen bis 19.30 Uhr offen zu halten, die Grossbetriebe dagegen verpflichtete, vor 19.00 Uhr zu schliessen. Bezüglich der Frage des öffentlichen Interesses wurde vom Kt. Genf geltend gemacht, die Massnahme sei sozialpolitischer Natur, indem sie darauf abziele, die Komplementärrolle der kleinen Geschäfte zu bewahren. Für die Menschen, welche in der Stadt wohnten und nicht über einen Wagen verfügten, sei diese Massnahme unverzichtbar. Im weiteren bewirke sie eine Belebung der Wohnquartiere und trage den Gewohnheiten der Konsumenten Rechnung, namentlich der Mütter, welche in den grossen Geschäften arbeiteten und ihre Einkäufe nach 19.00 Uhr, bevor sie nach Hause gingen, tätigen könnten. Das Bundesgericht erklärte die Bestimmung richtigerweise für unzulässig:

„Dans le cas particulier, force est toutefois de constater que les raisons avancées par les autorités cantonales apparaissent tout à fait secondaires par rapport au but principal de protection des petits commerces poursuivi par l’art. 9 LHFV (...). Il s’ensuit que la réglementation qui empêche la recourante d’ouvrir ses magasins jusqu’à l’heure de fermeture légale (19 h.30 selon l’art. 9 al. LHFV) intervient dans les relations de concurrence entre les différents commerces genevois et instaure une inégalité de traitement contraire à l’art. 31 Cst. Elle ne peut dès lors être reconnue comme une mesure de politique sociale admissible.“²⁰⁰

260 In neuerer Zeit hatte sich das Bundesgericht mit der Frage zu befassen, wieweit die *Beschränkung der ärztlichen Selbstdispensation* die Apotheker in ihrer Existenz sichern darf.²⁰¹ In den Kantonen bestehen für Apotheker und Ärzte bezüglich der Abgabe von Medikamenten unterschiedliche Rege-

¹⁹⁹ BGE v. 21. März 1997 i.S. Coop-Genève c. Département de l’économie publique du canton de Genève (= 2P.270/1996; = Pra 1997 Nr. 101 S. 545).

²⁰⁰ BGE, a.a.O., E. 3e.

²⁰¹ Vgl. BGE 119 Ia 433 ff.; 118 Ia 175 ff.; 111 Ia 184 ff. Vgl. auch VGE-AG v. 28. Oktober 1986 i.S. E. und G. c. Regierungsrat des Kt. Aargau (= ZBl 1988, 52 ff.).

lungen. Das Bundesgericht ging davon aus, dass die Beschränkung der ärztlichen Selbstdispensation grundsätzlich der Sicherung einer genügenden Medikamentenversorgung der Bevölkerung diene. Der damit einhergehende Schutz der Apotheker vor der Konkurrenz durch selbstdispensierende Ärzte sei nicht das eigentliche Ziel, sondern nur ein Mittel zur Erreichung des damit verfolgten Zweckes. Dies ändere indessen nichts daran, dass der Konkurrenzschutz keine blossе faktische Reflexwirkung, sondern vom Gesetzgeber durchaus beabsichtigt sei.²⁰²

- 261 Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts erweist sich aus verschiedenen Gründen als *problematisch*. Zum einen verneint es zwar das Vorliegen eines direkten Konkurrenzverhältnisses zwischen Ärzten und Apothekern, spricht in der Folge aber im Widerspruch dazu trotzdem von „Konkurrenz“ und „Konkurrenzschutz“.²⁰³ Zum anderen stellt sich die Frage, ob das öffentliche Interesse an einer genügenden Medikamentenversorgung den massiven Eingriff in die Wettbewerbsverhältnisse tatsächlich zu rechtfertigen vermag.²⁰⁴ Dies zumal man sich berechtigterweise fragen kann, ob die genügende Medikamentenversorgung nicht um so mehr sichergestellt werden könnte, wenn

²⁰² BGE 119 Ia 437 E. 2c. Vgl. auch BGE v. 13. Februar 1996 i.S. Apothekerverein des Kt. Zürich c. Rusconi und Drogisten-Verband der Kt. Zürich und Schaffhausen, E. 3a (= 2P.242/1995); BGE 118 Ia 182 f. E. 3c. Vgl. VGE-AG v. 28. Oktober 1986 i.S. E. und G. c. Regierungsrat des Kt. Aargau, E. 4.c.bb.ccc.bbbb (= ZBl 1988, 52 ff.): „Auch der gewissenhafte selbstdispensierende Arzt ist auf ein genügend dichtes Netz von Apotheken angewiesen, welches ihm den Bezug von Medikamenten oder seinen Patienten das Einlösen der Rezepte für die in der Privatapotheke nicht vorrätigen Medikamente mit vernünftigem Aufwand ermöglicht (...). Ein genügend dichtes Netz von öffentlichen Apotheken liegt somit auch im Interesse der Ärzte.“

²⁰³ Vgl. BGE 119 Ia 437 E. 2c; 118 Ia 179 E. 1e („Es ist zudem nicht zu bestreiten, dass sich Privatapotheken von Ärzten und öffentliche Apotheken konkurrenzieren.“). Vgl. zu dieser Frage kritisch auch HANGARTNER, Bemerkungen II, 620 f.; VEIT, 574; vgl. auch unten Rn. 343.

²⁰⁴ Kritisch diesbezüglich auch HANGARTNER, Bemerkungen I, 78 f. In BGE v. 23. Mai 1973 i.S. X. c. Regierungsrat des Kt. Zug, E. 4a (= ZBl 1974, 177 ff.), hielt das Bundesgericht noch fest, das Verkaufsmonopol der Apotheken diene einem öffentlichen Interesse. Es soll das Publikum vor den Gefahren schützen, die mit der Einnahme von Medikamenten verbunden sind, und einen Missbrauch von Heilmitteln verhindern. In VGE-AG v. 28. Oktober 1986 i.S. E. und G. c. Regierungsrat des Kt. Aargau, E. 4c.bb (= ZBl 1988, 52 ff.) argumentierte das Verwaltungsgericht des Kt. Aargau hauptsächlich mit dem öffentlichen Interesse an einer ausreichenden medizinischen Versorgung sowie dem öffentlichen Interesse, in Krisenfällen militärischer oder ziviler Art auf umfangreiche und genügend assortierte Medikamente greifen zu können.

neben den Apothekern auch die Ärzte Medikamente abgeben dürften. Der grössere Wettbewerb stünde im übrigen nicht zuletzt auch im öffentlichen Interesse der Kostendämpfung bei den Medikamentenpreisen.²⁰⁵ Da viele Menschen den Gang zum Arzt eher scheuen als ihn suchen, das Medikamentensortiment in den Apotheken regelmässig grösser und vielfältiger ist als beim Arzt und die Apotheke als primärer Warenverkaufs- und Beratungsbetrieb vom Konsumenten - nur schon wegen der Öffnungszeiten - bevorzugt aufgesucht werden dürfte,²⁰⁶ würde der marktwirtschaftliche Wettbewerb zwischen Apothekern und Ärzten wohl kaum zum Niedergang des Apothekergewerbes führen.²⁰⁷

c) Überwiegen des öffentlichen Interesses

- 262 Das öffentliche Interesse an einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme überwiegt in denjenigen Fällen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, in welchen das geltend gemachte öffentliche Interesse, das der Massnahme tatsächlich als Motiv zu Grunde liegt, stärker zu gewichten ist als die mit der Massnahme einhergehenden Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis der sich konkurrierenden Unternehmern.
- 263 In diesem Sinne entschied das Bundesgericht, dass der Ausschluss von Detailverkaufsbetrieben mit intensivem Kundenverkehr aus Gewerbezonenn - wie zum Beispiel Einkaufszentren, Supermärkte, Warenhäuser, Discountbetriebe usw. - insoweit *raumplanerisch bedingt* sei, als damit versorgungs-

²⁰⁵ Das Bundesgericht erachtete dies in BGE 118 Ia 183 E. 3d als nicht erwiesen. Vgl. auch VGE-AG v. 28. Oktober 1986 i.S. E. und G. c. Regierungsrat des Kt. Aargau, E. 4c.bb.ccc.iiii (= ZBl 1988, 52 ff.).

²⁰⁶ Zu diesem Ergebnis führte auch eine Bevölkerungsumfrage des Apothekervereins des Kt. Zürich im November und Dezember 1996 (vgl. NZZ v. 2. Oktober 1997, S. 53).

²⁰⁷ In diesem Sinne auch VGE-ZH v. 13. Juli 1973 i.S. X. c. Regierungsrat des Kt. Zürich, E. 6e (= ZBl 1973, 504 ff.). So aber offenbar die Bedenken des Bundesgerichts (vgl. deutlich BGE 111 Ia

politisch unerwünschte Auswirkungen verhindert würden. Der Gemeinde könne keine gewerbepolitische Absicht - wie zum Beispiel der Schutz des ortsansässigen Gewerbes - unterstellt werden, zumal im vorliegenden Fall sowohl im Ortskern als auch in den Wohn- und Geschäftszonen Verkaufsflächen des Detailhandels erstellt werden konnten.²⁰⁸ Raumplanerische Überlegungen vermögen unter Umständen auch eine Höchstbegrenzung der zulässigen Verkaufsfläche in Einkaufszentren zu rechtfertigen.²⁰⁹ Kürzlich stellte das Bundesgericht fest, dass auch mit der Verweigerung einer Baubewilligung für die Nutzungsänderung einer Dienstwohnung in der Industriezone in eine Abwartwohnung mit Kinderhort der *ortsplanerisch motivierten* Zonenordnung zum Durchbruch verholfen und nicht eine gewerbliche Tätigkeit aus unzulässigen wirtschaftspolitischen Gründen verhindert werde.²¹⁰

- 264 In einem Entscheid vom 12. September 1994²¹¹ erkannte das Bundesgericht ein aus Art. 24^{octies} BV folgendes öffentliches Interesse an der Diversifikation der Energieträger. In diesem Sinne statuierte das Baureglement der Gemeinde Moosseedorf in Bauzonen eine Gasanschluss- und -bezugspflicht, mithin die Substitution von Erdöl durch Erdgas. Das Bundesgericht wies die

189 E. 4b); vgl. auch VGE-AG v. 28. Oktober 1986 i.S. E. und G. c. Regierungsrat des Kt. Aargau, E. 4c.bb.ccc.bbbb (= ZBI 1988, 52 ff.).

²⁰⁸ Vgl. BGE 110 Ia 167 ff. Vgl. auch BGE 109 Ia 264 ff.; 102 Ia 104 ff.

²⁰⁹ Vgl. BGE 109 Ia 268 f. E. 4b: „Die besonderen geographischen, topographischen und witterungsmässigen Verhältnisse und die dünne, weit verstreute Besiedlung des Oberengadins vermögen eine gewisse Grössenbeschränkung der Einkaufszentren zu rechtfertigen. Werden beliebig grosse Laden-Komplexe zugelassen, besteht die Gefahr, dass die Versorgung der Bevölkerung in den verschiedenen Teilgebieten und Tälern in Frage gestellt wird, weil dort die unter weniger kostengünstigen Bedingungen arbeitenden Kleinbetriebe nicht mehr existieren könnten (...). Diese Konsequenz aber widerspräche den Geboten, die ausreichende Versorgungsbasis des Landes zu sichern (Art. 1 Abs. 1 lit. d RPG) und die Siedlungen nach den Bedürfnissen der Bevölkerung zu gestalten, insbesondere günstige Voraussetzungen für die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen sicherzustellen (Art. 3 Abs. 3 lit. d RPG). Eine Höchstbegrenzung der erlaubten Verkaufsfläche lässt sich zudem mit Argumenten verkehrstechnischer Art und solchen des Schutzes vor übermässigen Immissionen begründen (vgl. Art. 3 Abs. 3 lit. a und b, Abs. 4 lit. c RPG).“ Vgl. dagegen BGE v. 29. Oktober 1992 i.S. Coop-Ostschweiz c. Feuerschaugemeinde Appenzell, E. 4c (= 1P.290/1992; = ZBI 1993, 425).

²¹⁰ BGE v. 9. Juli 1997 i.S. E. c. Gemeinde Urdorf, E. 4 (= 1P.149/1997).

staatsrechtliche Beschwerde eines Grundeigentümers hiegegen ab. Im gleichen Sinne wäre auch zu entscheiden gewesen, wenn sich ein Heizölhändler gegen diese Regelung gewehrt hätte, weil sie ihn gegenüber dem Gaslieferanten benachteiligt. Das öffentliche Interesse an der Diversifikation und Umweltverträglichkeit der Energieträger überwiegt in diesem Fall die mit der staatlichen Massnahme einhergehenden Wettbewerbsverzerrungen bzw. geht dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität vor.²¹² Anliegen des Umweltschutzes vermögen somit eine gewisse Wettbewerbsverzerrung, d.h. die offene und direkte Bevorzugung von umweltverträglichen gegenüber umweltschädlichen Produkten oder Verfahren, zu rechtfertigen.²¹³

265 Heikle Fragen stellen sich auch bei Massnahmen des Bundes und der Kantone, mit denen diese *Wirtschaftsförderung* betreiben. Während die diesbezügliche Kompetenz des Bundes in der Bundesverfassung vorgesehen und unbestritten ist und dieser hierzu nötigenfalls auch vom *Grundsatz* der Wirtschaftsfreiheit abweichen darf,²¹⁴ findet sich zu Gunsten der Kantone keine Kompetenz in der Bundesverfassung. In der Lehre wird jedoch einhellig angenommen, dass auch diese Wirtschaftsförderung betreiben dürfen, „jedenfalls soweit das Bundesrecht und die Förderungsaktivitäten des Bundes hierfür Raum lassen“.²¹⁵

266 In BGE 120 Ib 142 ff. erklärte das Bundesgericht die Förderung der abonnierten Presse gegenüber Gratispublikationen dadurch, dass erstere in den Genuss der Zeitungstaxe, letztere dagegen in denjenigen des weniger gün-

²¹¹ BGE v. 12. September 1994 i.S. T. c. Einwohnergemeinde Moosseedorf (= ZBl 1995, 272 ff.).

²¹² Ebenso RICHLI, Bemerkungen II, 1204. In BGE v. 23. Oktober 1981 i.S. A. c. Kanton Wallis, E. 4c (= ZBl 1983, 495) hielt das Bundesgericht indessen fest, dass das Anliegen der Diversifizierung der Energiequellen beim *Bewilligungserfordernis sowie dem Nachweis der Notwendigkeit vollelektrischer Heizungen* in einem kantonalen Planungs- und Baugesetz nicht stichhaltig sei, da Elektrizität aus jedem Energieträger gewonnen werden könne.

²¹³ Vgl. RICHLI, Bemerkungen II, 1204.

²¹⁴ Vgl. Art. 31^{bis} Abs. 2-4 BV.

²¹⁵ HÄFELIN/HALLER, N. 1453. Vgl. oben Rn. 59.

stigen Tarifs für „Sendungen ohne Adresse“ kamen, als zulässig. Wörtlich hielt es fest:

„Nach Art. 31 BV hat sich der Staat grundsätzlich wettbewerbsneutral zu verhalten; Massnahmen der Wirtschaftsförderung dürfen in der Regel die Handels- und Gewerbefreiheit nicht verletzen. Die Bundesverfassung schliesst aber nicht schlechterdings jede wirtschaftsbezogene staatliche Regelung aus (vgl. Art. 31^{bis} Abs. 2 BV). Staatliche Förderungsmassnahmen, die der Wahrung oder Wiederherstellung des Wettbewerbs im *Interesse der Information und pluralistischen Meinungsbildung* dienen, sind unabhängig davon, ob Art. 31 oder 55 BV auch ein entsprechendes Handlungsgebot enthält, nicht als solche bereits systemwidrig (...). Sie verstossen jedoch gegen die Handels- und Gewerbefreiheit, wenn sie den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren.“²¹⁶

Das Bundesgericht ging in dieser Entscheidung zu Recht vom Vorliegen eines gewichtigen öffentlichen Interesses aus. Da es in der Folge das Vorliegen eines direkten Konkurrenzverhältnisses verneinte und im übrigen festhielt, dass auch die gewählte Differenzierung sachbezogen und nicht diskriminierend sei, überwog das Erfordernis des öffentlichen Interesses klar gegenüber dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und lag schliesslich eine grundsatzkonforme wirtschaftsfördernde staatliche Massnahme vor.

267 Wesentlich im Zusammenhang mit wirtschaftsfördernden Massnahmen sowohl des Bundes als auch der Kantone ist somit, dass ein *gewichtiges*²¹⁷ öffentliches Interesse diese rechtfertigt und dass vor allem der Grundsatz der

²¹⁶ BGE 120 Ib 144 f. E. 3b (Hervorhebungen durch den Verfasser).

²¹⁷ „Staatliche Förderung lässt sich nicht ohne Rücksicht auf ein entsprechendes Bedürfnis postulieren und rechtfertigen; sie setzt regelmässig einen Dienst an der Allgemeinheit oder die Wahrnehmung einer wichtigen Funktion in der Gesellschaft und im demokratischen Staat voraus.“ (BGE 120 Ib 145 E. 3c.aa). Vgl. auch Art. 31^{bis} Abs. 2 BV („wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt“); VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 466 („qualifiziertes öffentliches Interesse“). In Frage kommt bspw. das öffentliche Interesse am Erhalt bzw. an der Schaffung neuer Arbeits- und Ausbildungsplätze (vgl. BGE v. 2. Juli 1975 i.S. X. c. Gemeinde Langendorf, E. 5b [= ZBl 1976, 357]; vgl. auch GALLI, 25, im Zusammenhang mit dem Submissionswesen; Botschaft VE 96, 295 f.).

Wettbewerbsneutralität möglichst *gewahrt*²¹⁸ wird. Letzteres Erfordernis liegt in der Natur der wirtschaftsfördernden Massnahme begründet, welche als solche in einem sehr *sensiblen* Verhältnis zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität steht.^{219 220}

C. Fazit

- 268 Das Erfordernis des überwiegenden öffentlichen Interesses steht in einem delikaten Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität. Das geltend gemachte öffentliche Interesse darf keinesfalls bezwecken, bestimmte Gewerbebezüge oder Betriebsformen vor Konkurrenz zu *schützen*, in ihrer Existenz zu *sichern* oder einzelne Gewerbebesitzer oder Unternehmensformen zu *bevorteilen*.²²¹
- 269 Unzulässig ist ohne weiteres eine *offene* und *direkte* Beeinträchtigung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität.²²² Soweit das Wettbewerbsver-

²¹⁸ In Bezug auf die Wahrung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität ist - nicht zuletzt in Berücksichtigung seiner *interkantonalen* Geltung (vgl. oben Rn. 174 ff.; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 368) - ein strenger Massstab anzulegen (vgl. auch die Bedenken von MADER, 13). Tolerierbar sind jedenfalls nur minime und keinesfalls dauernde Wettbewerbsverzerrungen (vgl. RICHLI, Leitung, 97). Wirtschaftsfördernde staatliche Massnahmen dürfen deshalb insbesondere den Wettbewerb unter *direkten Konkurrenten* nicht verzerren (BGE 120 Ib 145 E. 3b) oder protektionistisch wirken (MADER, 13). Vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1454; LIENHARD, Deregulierung, 47 f.; MAURER, 272; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 174; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 27 N. 4; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 76, 465.

²¹⁹ Jede fördernde Massnahme ist ex definitione diskriminierend gegenüber all denjenigen, die ihr nicht teilhaftig werden (H. SCHMID, 289). Das gilt weniger für Massnahmen im Rahmen der Globalsteuerung als vielmehr für solche, die zu strukturpolitischen Zwecken eingesetzt werden (vgl. RICHLI, Leitung, 97).

²²⁰ Wirtschaftsfördernde Massnahmen sind im weiteren erst zu ergreifen, wenn die Mittel privater Initiative nicht ausreichen bzw. die billigerweise zumutbaren Selbsthilfemassnahmen getroffen wurden (vgl. Art. 31^{bis} Abs. 4 BV).

²²¹ Vgl. oben Rn. 244 ff.

²²² Vgl. oben Rn. 250.

hältnis von sich konkurrierenden Unternehmern durch eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme *verdeckt* oder *indirekt* tangiert wird,²²³ ist zwischen dem der Massnahme zu Grunde liegenden Motiv und dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität *abzuwägen*²²⁴.

- 270 Massgebend für den Entscheid, ob eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme als grundsatzkonform bezeichnet werden kann, ist zum einen das *tatsächliche Gewicht des geltend gemachten öffentlichen Interesses*²²⁵ und zum anderen das *konkrete Ausmass der Wettbewerbsverzerrung*^{226 227}. Das erstere muss gegenüber dem letzteren überwiegen.²²⁸

VI. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität

A. Allgemeines

- 271 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass staatliche Massnahmen ein geeignetes und notwendiges Mittel darstellen, um das zu verwirklichende Ziel zu erreichen, und dass die mit den Massnahmen verfolgten Ziele in einem vernünftigen Verhältnis zu den Freiheitsbeschränkungen stehen, die dem Bürger auferlegt werden.²²⁹

²²³ Vgl. dazu oben Rn. 251 f.

²²⁴ Vgl. oben Rn. 252 f.

²²⁵ Vgl. dazu oben Rn. 255.

²²⁶ Vgl. dazu oben Rn. 256.

²²⁷ Vgl. oben Rn. 254.

²²⁸ Vgl. oben Rn. 262 ff. Zu den Fallbeispielen, in denen der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität überwog bzw. eine grundsatzwidrige staatliche Massnahme vorlag vgl. oben Rn. 257 ff.

²²⁹ HÄFELIN/MÜLLER, N. 486. Vgl. auch BGE 124 I 44 f. E. 3e; 121 I 349 E. 11; 119 Ia 353 E. 2a; 117 Ia 446 E. 4a, 483 E. 3g; 113 Ia 134 E. 7b; 110 Ia 33 f. E. 4; 104 Ib 189 E. 4c; 98 IV 137 E. 2b; 93 I 219 E. 6; 91 I 464 E. 3b mit Verweisungen. „Hinter dem Prinzip der Verhältnismässigkeit

- 272 Es handelt sich dabei um einen allgemeinen Rechts- und Verfassungsgrundsatz,²³⁰ welcher sich „unmittelbar aus der Verfassung“ ergibt,²³¹ vom Bundesgericht ursprünglich jedoch in seiner Rechtsprechung zu Art. 31 BV entwickelt worden ist²³². Er gilt „in allen Gebieten des öffentlichen Rechts“.²³³
- 273 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wird in Lehre und Praxis in die *drei Teilregeln* der Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinn aufgegliedert.²³⁴ Diese müssen *kumulativ* erfüllt sein, damit der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt ist.²³⁵
- 274 Die *Eignung* einer staatlichen Massnahme meint deren Zwecktauglichkeit.²³⁶ Die Massnahme muss das „richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles sein“.²³⁷ Ungeeignet ist eine Massnahme dann, wenn sie keinerlei Wirkungen im

steht die Idee der Zusammengehörigkeit von Rationalität und Humanität.“ (WOLFFERS, Verhältnismässigkeit, 311). Nach ZIMMERLI, 23, stehen hinter dem Prinzip „die Postulate der Gerechtigkeit, der Güterabwägung, der Ausgewogenheit oder schlicht des individualisiert Vernünftigen bzw. das zu konkretisierende Spannungsfeld zwischen wohlverstandener Freiheit und rechtsstaatlichem Eingriff.“

²³⁰ BGE 118 Ib 480 E. 5a.

²³¹ BGE 104 Ia 112 E. 5. Vgl. auch IMBODEN/RHINOW, Nr. 58 B.III; ZIMMERLI, 19 ff. Zur Diskussion in Deutschland vgl. PÖSCHL, 413 ff.

²³² BGE 77 I 103 E. 5d. Vgl. auch BGE 70 I 3 E. 1: „Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit der polizeilichen Eingriffe in die freie Gewerbeausübung wird aus Art. 31 BV abgeleitet.“ Dazu auch SALADIN, 243, 355; ZIMMERLI, 9 f.

²³³ BGE 94 I 397 E. 3. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist sowohl für die *Rechtsanwendung* als auch für die *Rechtsetzung* massgebend. Er gilt nicht nur in der *Eingriffs-*, sondern auch in der *Leistungs-* und *Informationsverwaltung* (zu letzterer MÜLLER/MÜLLER-GRAF, 399 ff.; RICHLI, Informationsmittel, 165 f.). Vgl. ANDRICH, 112 f.; MEYER-BLASER, 106; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 58 B.III; WOLFFERS, Verhältnismässigkeit, 297 f.; ZIMMERLI, 10, 97. Eher zurückhaltend in Bezug auf die Leistungsverwaltung HÄFELIN/MÜLLER, N. 491; RICHLI, Informationsmittel, 164 f.

²³⁴ Vgl. Botschaft VE 96, 196; Erläuterungen VE 95, 33; HÄFELIN/HALLER, N. 1141 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 492 ff.; IMBODEN/RHINOW und RHINOW/KRÄHENMANN, je Nr. 58 B.IV; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 146 ff.; ders., Elemente, 132 f.; SALADIN, 355 ff.; WOLFFERS, Verhältnismässigkeit, 298 f.; ZIMMERLI, 13 ff., 24. Vgl. auch BGE 112 Ia 70 E. 5c; 104 Ib 426 E. 6c.

²³⁵ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 492; ZIMMERLI, 24 ff.

²³⁶ Vgl. BGE 121 I 349 E. 11; 119 Ia 353 E. 2a; 117 Ia 483 E. 3g.

²³⁷ BGE 117 Ia 446 E. 4a; 91 I 464 E. 3b; vgl. auch BGE 120 Ib 232 E. 4b.

Hinblick auf den angestrebten Zweck entfaltet oder die Erreichung dieses Zweckes sogar erschwert oder verhindert.²³⁸

- 275 Die *Erforderlichkeit* einer staatlichen Massnahme bedeutet, dass sie überdies zweckangemessen bzw. notwendig sein muss. Der Eingriff darf in räumlicher, zeitlicher, sachlicher und persönlicher²³⁹ Sicht nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des damit verfolgten Zweckes notwendig ist.²⁴⁰ Er hat somit zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg im wesentlichen ausreicht.²⁴¹
- 276 Die *Verhältnismässigkeit im engeren Sinn* bezieht sich auf das Verhältnis von Eingriffszweck und Eingriffswirkung der Massnahme.²⁴² Insbesondere die einzusetzenden Mittel müssen in einem vernünftigen Verhältnis zur damit erzielbaren Wirkung stehen.²⁴³ Es ist deshalb eine wertende Abwägung vorzunehmen, welche im konkreten Fall das öffentliche Interesse an der Massnahme und die durch den Eingriff beeinträchtigten privaten Interes-

²³⁸ HÄFELIN/MÜLLER, N. 493. Vgl. auch IMBODEN/RHINOW und RHINOW/KRÄHENMANN, je Nr. 58 B.IV.a; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 147; ders., Elemente, 133; WOLFFERS, Verhältnismässigkeit, 301. Vgl. die Kasuistik zur Wirtschaftsfreiheit bei MARTI, 83. Die Frage der Eignung einer Massnahme wird in der Verfassungsgerichtsbarkeit auch als Frage des *Willkürverbots* geprüft (vgl. J.-P. MÜLLER, Elemente, 134; ZIMMERLI, Verhältnis-mässigkeit, 24 f.). Vgl. dazu unten Rn. 310.

²³⁹ So sind die zur Behebung eines polizeiwidrigen Zustands erforderlichen Massnahmen grundsätzlich gegen den *Störer* zu richten (vgl. BGE 122 II 70 E. 6a; 107 Ia 23 E. 2a; BGE v. 13. November 1973, E. 4c [= ZBl 1975, 162 ff.]). Kritisch dagegen zu dieser Ansiedlung des Störerprinzips ZIMMERLI, 15.

²⁴⁰ BGE 124 I 45 E. 3e; 119 Ia 377 f. E. 3c; 113 Ib 329 E. 2a; 91 I 464 E. 3b; HÄFELIN/HALLER, N. 1143; HÄFELIN/MÜLLER, N. 498 ff.; IMBODEN/RHINOW, Nr. 58 B.IV.b; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 148; ders., Elemente, 133; ZIMMERLI, 14 f.; siehe auch PÖSCHL, 414 ff.

²⁴¹ Vgl. BGE 117 Ia 483 E. 3g; 113 Ia 134 E. 7b; 110 Ia 33 E. 4; 107 Ia 67 E. 2b; 104 Ib 189 E. 4c; HÄFELIN/HALLER, N. 1143; HÄFELIN/MÜLLER, N. 496; IMBODEN/RHINOW und RHINOW/KRÄHENMANN, je Nr. 58 B.IV.b; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 148; ders., Elemente, 133. Vgl. die Kasuistik zur Wirtschaftsfreiheit bei MARTI, 83 ff.

²⁴² Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 514. Vgl. auch BGE 123 I 169 E. 7a.

²⁴³ Vgl. BGE 121 I 349 E. 11; 117 Ia 446 E. 4a; 115 Ia 31 E. 4b, 376 E. 4a; 98 IV 137 E. 2b; 91 I 464 E. 3b; IMBODEN/RHINOW und RHINOW/KRÄHENMANN, je Nr. 58 B.IV.c.

sen der Betroffenen miteinander vergleicht.²⁴⁴ Die Massnahme muss sich auf ein die privaten Interessen überwiegendes öffentliches Interesse stützen;²⁴⁵ das „betreffende Rechtsgut muss das Opfer an Freiheit wert sein“.²⁴⁶

- 277 Das Bundesgericht übt im Zusammenhang mit der Wirtschaftsfreiheit bei der Überprüfung wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Verordnungen des Bundesrates auf ihre Verhältnismässigkeit grundsätzlich *Zurückhaltung*.²⁴⁷ Die Prüfung des Bundesgerichts beschränkt sich im wesentlichen auf die Frage, ob sich die Verordnung im Rahmen der vom Gesetzgeber getroffenen Delegation bewegt.²⁴⁸

²⁴⁴ HÄFELIN/HALLER, N. 1144; HÄFELIN/MÜLLER, N. 515. Vgl. BGE 116 Ia 386 E. 4a. Für die Interessenabwägung massgeblich sind einerseits die Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen und andererseits das Gewicht der betroffenen privaten Interessen (vgl. BGE v. 13. November 1973, E. 4c [= ZBl 1975, 162 ff.]; HÄFELIN/MÜLLER, N. 516).

²⁴⁵ Vgl. BGE 117 Ia 318 E. 4b; HÄFELIN/HALLER, N. 1144; HÄFELIN/MÜLLER, N. 516; IMBODEN/RHINOW und RHINOW/KRÄHENMANN, je Nr. 58 B.IV.c. Als Massstab fungiert das Kriterium der *Zumutbarkeit* (BGE 123 I 169 E. 7a; ZIMMERLI, 17).

²⁴⁶ MARTI, 81. Vgl. auch die diesbezügliche Kasuistik zur Wirtschaftsfreiheit bei MARTI, 82 f.

²⁴⁷ Vgl. BGE 104 Ib 426 f. E. 6c; vgl. auch BGE v. 14. Juli 1997 i.S. A.SA c. Bundesamt für Landwirtschaft, E. 3a (= 2A.496/1996). Vgl. demgegenüber jedoch BGE 122 II 417 E. 3b (das Bundesgericht darf prüfen „si le Conseil fédéral a usé de son pouvoir conformément au principe de la proportionnalité“) und oben Rn. 187. „Eine strengere Kontrolle über die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes übt das Gericht indessen bei Eingriffen in die Rechtsstellung der Bürger aus, bei denen den Behörden kein oder nur ein geringer Ermessensspielraum zusteht.“ (BGE 107 Ib 247 E. 4).

²⁴⁸ Vgl. bspw. BGE v. 14. Juli 1997 i.S. A.SA c. Bundesamt für Landwirtschaft, E. 3a (= 2A.496/1996); BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 3b (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781); BGE 122 V 93 f. E. 5a.bb; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 81 f. Es ist deshalb um so wichtiger, dass die Grundzüge eines wettbewerbsverzerrenden Eingriffs im betreffenden Bundesgesetz selbst geregelt werden (vgl. dazu oben Rn. 206 f.).

B. Verhältnis zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität

1. Spannungsverhältnis

- 278 Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, verstanden als unparteiische Haltung des Gemeinwesens gegenüber den sich am freien Markt konkurrierenden Teilnehmern bzw. als Nichteinmischung des Staates in den wirtschaftlichen Wettbewerb von Konkurrenten, ist - als Teilgehalt des *Grundsatzes* der Wirtschaftsfreiheit - im Prinzip *absoluter* Natur.²⁴⁹
- 279 Relativiert wird der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität jedoch einerseits durch die - bereits oben dargelegte²⁵⁰ - Tatsache, dass wirtschaftsrelevante staatliche Massnahmen von Natur her immer irgendwelche Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis von sich konkurrierenden Unternehmern zur Folge haben. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität kann deshalb in der *absoluten* Form bereits de facto nicht durchgesetzt werden.²⁵¹
- 280 Andererseits erfährt der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität auch de iure insoweit eine Relativierung, als er - als Verfassungsgrundsatz²⁵² - gleichrangig neben anderen Verfassungsgrundsätzen steht und deshalb keinen Vorrang vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip beanspruchen kann.²⁵³ Die

²⁴⁹ Vgl. auch E. GRISEL, vol. 1, n. 284, 325.

²⁵⁰ Vgl. oben Rn. 3 f., 246 f.

²⁵¹ Vgl. auch GYGI/RICHLI, 198; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 52, § 5 N. 184. Dazu auch MAURER, 274.

²⁵² Vgl. oben Rn. 96 ff.

²⁵³ Vgl. oben Rn. 95. Würde dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität im Sinne einer Chancengleichheit für alle konkurrierenden Unternehmer Vorrang vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip eingeräumt, läge eine - soweit die Bundesverfassung dies nicht gestattet - grundsatzwidrige weil wirtschaftslenkende staatliche Massnahme gemäss Art. 31 Abs. 2 und Art. 31^{bis} Abs. 2 BV vor. Diesen Aspekt übersieht namentlich auch WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 214. Vgl. auch oben Rn. 73.

ältere - zu Recht kritisierte - Rechtsprechung des Bundesgerichts hat dies übersehen.²⁵⁴

281 Aufgrund dieser *Relativität* des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität sowie dem Umstand, dass sich die beiden Verfassungsgrundsätze in ihren inhaltlichen Postulaten nicht von vorneherein gegenseitig ausschliessen, ist das Spannungsverhältnis zwischen den beiden Verfassungsgrundsätzen in der natürlichen *Ergänzung* des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität durch das Verhältnismässigkeitsprinzips zu sehen.²⁵⁵ In diesem Sinne fordern die beiden Verfassungsgrundsätze, dass die mit den wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen von Natur her einhergehenden *Wettbewerbsverzerrungen* unter sich konkurrierenden Unternehmern auf das Notwendige, d.h. das *unumgängliche Minimum reduziert* werden²⁵⁶ und - im Sinne der Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung - überdies *gerechtfertigt* sind.²⁵⁷

282 Das Bundesgericht hat sich bisher hauptsächlich im Zusammenhang mit dem Vorliegen von *Kapazitätsschranken* in der Leistungsverwaltung in die-

²⁵⁴ Vgl. dazu oben Rn. 73. Vgl. auch GYGI/RICHLI, 104 f.; Botschaft VE 96, 294. In BGE 121 I 135 E. 3d hat sich das Bundesgericht denn auch ausdrücklich von dieser Rechtsprechung verabschiedet (vgl. jedoch bereits BGE 100 Ib 320 ff. E. 3).

²⁵⁵ Vgl. bereits BGE 86 I 276 E. 1 und BGE 84 I 112 E. 2, wo das Bundesgericht von einer „Weiterentwicklung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit der polizeilichen Eingriffe“ sprach. Vgl. dazu auch HÄFELIN/HALLER, N. 1140a, 1561c.

²⁵⁶ Dazu auch oben Rn. 100 f. Vgl. auch BGE 123 II 35 f. E. 10, 301 f. E. 5b; Botschaft BGBM, 27. Ähnlich AMSTUTZ, 887; SCHLUEP, Revitalisierung, 507. Die Wirkungen einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen sind im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips mitzubedenken (FLEINER, 266 ff., 269; SALADIN, 242). Indessen heben namentlich RICHLI/VALLENDER, 53, hervor, dass die substantielle Handhabung und Anwendung der drei Elemente der Verhältnismässigkeit oft ausgesprochen schwierig und anspruchsvoll ist, weil man es bei der Konzeption oder Anwendung wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Normen häufig mit *schwer überblickbaren Prognoseproblemen* zu tun hat, was bereits die Eignungs- und Erforderlichkeitsfrage in den Bereich des teilweise Spekulativen verweise.

²⁵⁷ Insofern kann MADER, 13, nicht vorbehaltlos zugestimmt werden. Nach dessen Ansicht sind polizeilich, sozialpolitisch, raumplanerisch oder energiepolitisch motivierte Massnahmen mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar, selbst wenn sie sich auf das wirtschaftliche Geschehen auswirken. Als Teil der für das Funktionieren der privatwirtschaftlich orientierten Marktwirtschaft notwendigen Rahmenbedingungen seien sie systemkonform und sollten „aus institutioneller Sicht eigentlich keine Probleme aufwerfen“.

sem Sinne geäußert,²⁵⁸ doch hat es in seiner jüngsten Rechtsprechung zu Recht keinen Zweifel daran gelassen, dass die Reduktion der mit den wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen einhergehenden Wettbewerbsverzerrungen auf das unumgängliche Minimum - weil von Natur her nicht restlos zu beseitigen -, auch in den übrigen Bereichen, insbesondere dort, wo keine Kapazitätsschranken bestehen, gelten muss²⁵⁹.

- 283 Es kann in diesem Sinne durchaus von einer in Art. 31 BV enthaltenen sog. „positiven“ Wettbewerbsgarantie im Sinne eines *Wettbewerbsoptimierungsgebots* gesprochen werden.²⁶⁰

²⁵⁸ „(Die) Bewilligungspraxis (ist) so auszugestalten, dass möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse geschaffen werden.“ (BGE 121 I 287 E. 6b). Vgl. BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a und c (= 2P.371/1993; betreffend Polizeistundenverlängerung); BGE 121 I 287 E. 6b (betreffend Zurverfügungstellung von öffentlichem Grund für Zirkusunternehmen); 108 Ia 138 f. E. 4 und 5 (betreffend Zuteilung von Taxi-Standplätzen); 100 Ia 52 E. 4e (betreffend Ausnahmen von den allgemeinen abendlichen Schliessungszeiten von Wirtschaftsbetrieben). Implizit auch BGE 122 II 420 f. E. 4b (betreffend System der Zuteilung von GATT/WTO-Zollkontingenten für Weisswein). In diesem Sinne beispielhaft JAAG, Wettbewerbsneutralität, 485 ff. Vgl. auch VPB 1987 Nr. 49 S. 291.

²⁵⁹ Vgl. BGE 123 II 35 E. 10 (betreffend Mehrwertsteuer): „Zu verlangen ist, dass keine unnötigen, vermeidbaren Wettbewerbsverzerrungen entstehen.“ In diesem Sinne auch BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 5 (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781; betreffend Sonderbewilligung für den Transport von Postsendungen an Sonntagen und zur Nachtzeit).

²⁶⁰ So ANDRICH, 51, 115 f.; BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 59, Anm. 38; GYGI/RICHLI, 197 ff.; MADER, 13; Botschaft VE 96, 295; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 45, 189; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 50, 65 f., § 20 N. 12. Vgl. bereits A. HUBER, 401: „Stetsfort sind Bestrebungen im Gange, den richtigen Weg in der Vergebung öffentlicher Arbeiten und Lieferungen zu finden, den Weg, der letzten Endes alle Kontrahenten vor Ungleichheiten und Benachteiligungen schützen und damit ein Stück der staatlichen Gerechtigkeit garantieren soll.“ Davon strikte zu unterscheiden ist die Wiederherstellung der durch eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme „gestörten Ausgangslage im wirtschaftlichen Wettbewerb“ (vgl. dazu oben Rn. 73). Diese ist nicht nur wegen ihres wirtschaftspolitischen Charakters bedenklich, sondern geht auch von einem - falschen (vgl. oben Rn. 95, 188) - überhöhten Geltungsbereich des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität im Sinne einer absoluten Chancengleichheit aus. Kritisch insofern der

2. Lösung

- 284 Die Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und demjenigen der Wettbewerbsneutralität, nämlich die mit den wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen von Natur her einhergehenden Wettbewerbsverzerrungen unter sich konkurrierenden Unternehmern auf das Notwendige, d.h. das unumgängliche Minimum zu reduzieren, kann im Verhältnis unter den sich konkurrierenden Unternehmern nur in einer möglichst *rechtsgleichen* Behandlung bestehen.²⁶¹
- 285 Die unausweichlichen Auswirkungen sollen die konkurrierenden Unternehmer wenn schon, dann - im Sinne einer *relativen Chancengleichheit*²⁶² - möglichst gleichmässig treffen.²⁶³ Diese Minimierung der Wettbewerbsverzerrungen im Verhältnis der konkurrierenden Unternehmer wird durch Bezug des sich aus Art. 4 BV ergebenden *Rechtsgleichheitsgebots* erreicht.²⁶⁴
- Praxis und Lehre sprechen in diesem Zusammenhang - d.h. bei der Lösung

singuläre BGE 87 I 271 E. 3, in welchem das Bundesgericht von einer „Wettbewerbsgleichheit“ spricht.

²⁶¹ Ähnlich bereits GYGI, Wirtschaftsverfassung, 364. Zum engen Bezug zwischen Rechtsgleichheitsgebot und Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. auch FREY, 35 f. ; J.-P. MÜLLER, Elemente, 123. Vgl. auch BGE 123 I 209 ff. E. 6b und c (betreffend Einschränkung der Medikamentenwerbung für Apotheken und Drogerien).

²⁶² Vgl. BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 5 (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781): „Zwar darf der Staat einzelnen Gewerbetreibenden gegenüber ihren direkten Konkurrenten nicht ungerechtfertigte wirtschaftliche Vorteile verschaffen, doch bedingt dies nicht deren völlige Gleichbehandlung.“ Vgl. im weiteren BGE v. 21. März 1997 i.S. Nicotrans S.A. c. Consiglio di Stato del Cantone Ticino, E. 1b.cc (= 2P.166/1996; = Pra 1998 Nr. 1 S. 1 ff.); BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.bb (= 2P.146/1996); BGE 121 I 135 E. 3d, 287 E. 6b. Vgl. auch BGE 122 I 136 f. E. 3c.aa. Die Kritik von Seiten der Lehre richteten sich denn auch hauptsächlich gegen die vom Bundesgericht in seiner früheren Rechtsprechung postulierte *absolute* Chancengleichheit (vgl. dazu oben Rn. 73 f. und auch Rn. 278-280). G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 4, hebt im Zusammenhang mit der Frage der Chancengleichheit zu Recht hervor, dass die verschiedenen entgegenstehenden Interessen „im Sinne praktischer Konkordanz miteinander in Einklang zu bringen“ sind (vgl. nun auch BGE 123 I 157 f. E. 3b; WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 214).

²⁶³ Ebenso RICHLI, Bemerkungen II, 1204. Vgl. auch BGE 123 I 209 ff. E. 6b und c.

²⁶⁴ Vgl. GALLI, 23; GYGI, Wirtschaftsverfassung, 364; MARTI, 82, 88; WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 214. Vgl. auch BGE 123 II 301 f. E. 5b und bereits BGE 100 Ia 52 E. 4e. Allgemein zur Ergänzung des durch die spezifischen Grundrechte vermittelten Schutzes durch das

des Spannungsverhältnisses zwischen den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Wettbewerbsneutralität mittels dem Rechtsgleichheitsgebot - vom *Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe*.²⁶⁵

286 In Bezug auf die hier vertretene Begründung und Herleitung des Gebots der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe muten bereits die Feststellungen des Bundesgerichts in Entscheiden aus den Jahren 1960 und 1974 erstaunlich klar an:

„Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (...) wird insofern durch das Gebot der Rechtsgleichheit und den Grundgehalt der Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit modifiziert, die verlangen, dass eine polizeiliche Verfügung nicht ohne Not den einen Gewerbebetriebe grössere Opfer auferlege als den andern und damit das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte verfälsche.“²⁶⁶

„(...) l'uguaglianza di trattamento dei concorrenti ed il principio della neutralità economica delle misure di polizia esigono l'instaurazione di una procedura che consenta di ridurre al minimo indispensabile le disuguaglianze e di contenere, se non eliminare, le situazioni di privilegio.“²⁶⁷

287 Das diese spezifische Sachlage bezeichnende bzw. zusammenfassende Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe „gebietet, bei direkten Konkurrenten die mit den staatlichen Regelungen verbundenen unumgänglichen Ungleichheiten soweit wie möglich zu beschränken. In diesem Sinne sind Massnahmen verpönt, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten

Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV vgl. VENANZONI, 270 f., 290 f. Vgl. dazu auch oben Rn. 75 ff., 80.

²⁶⁵ Vgl. oben Rn. 13, 19, 70 ff., sowie BGE 123 II 35 f. E. 10, 301 f. E. 5b i.V.m. 312 E. 7c. A.M. HOTZ, 162, wonach die Herbeiführung der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe über die Beseitigung wirtschaftspolitischer Nebenwirkungen weder dem Wesen der Wirtschaftsfreiheit entspreche noch als Ausfluss der Rechtsgleichheit begriffen werden könne. In BGE 120 Ia 238 E. 1a erkannte das Bundesgericht explizit, dass der Gleichbehandlungsanspruch der Gewerbebetriebe aus dem Gedanken der Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen folge.

²⁶⁶ BGE 86 I 276 E. 1. Das Bundesgericht zog daraus jedoch die falsche Schlussfolgerung: „Art. 31 BV schliesst es nicht aus, dass die durch eine polizeiliche Verfügung gestörte Ausgangslage im wirtschaftlichen Wettbewerb wiederhergestellt werde (...).“ (BGE 86 I 276 E. 1). Vgl. oben Rn. 73 in fine.

verzerren oder nicht wettbewerbsneutral sind.“²⁶⁸ Es schützt „nicht nur vor sachlich ungerechtfertigter Ungleichbehandlung (Art. 4 BV), sondern gewährt (...) zwischen direkten Konkurrenten einen weitergehenden Anspruch auf Gleichbehandlung und auf staatliche Wettbewerbsneutralität.“²⁶⁹

- 288 Diesem Zusammenspiel zwischen dem Verhältnismässigkeitsprinzip, dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität sowie dem Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV, welches im weiteren Verlauf dieser Arbeit als „Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden“ bezeichnet werden soll, ist aufgrund der zentralen Bedeutung ein gesondertes Kapitel zu widmen.

C. Fazit

- 289 Die im Prinzip absolute Natur des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität wird in zweierlei Hinsicht *relativiert*. Zum einen lässt sich der Grundsatz in der absoluten Form bereits *de facto* nicht durchsetzen, und zum anderen genießt der Grundsatz gegenüber den übrigen Verfassungsgrundsätzen *de iure* keinen Vorrang.²⁷⁰
- 290 Die notwendige Relativierung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität macht eine Ergänzung durch das Verhältnismässigkeitsprinzip unabdingbar. Zusammen fordern die beiden Verfassungsgrundsätze, dass die mit den wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen einhergehenden *Wettbewerbsverzerrungen* unter sich konkurrierenden Unternehmern auf das Notwendige,

²⁶⁷ BGE 100 Ia 52 E. 4e.

²⁶⁸ BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993). Vgl. auch BGE 123 II 35 E. 10; 121 I 132 E. 3b, 285 E. 4a. Vgl. auch oben Rn. 100

²⁶⁹ BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); vgl. auch BGE 123 I 281 E. 3d.

²⁷⁰ Vgl. oben Rn. 278 ff.

d.h. das *unumgängliche Minimum reduziert* werden und überdies *gerechtfertigt* sein müssen. Es kann deshalb durchaus von einer in Art. 31 BV enthaltenen sog. „positiven“ Wettbewerbsgarantie im Sinne eines *Wettbewerbsoptimierungsgebots* gesprochen werden.²⁷¹

- 291 Die Lösung dieses Spannungsverhältnisses zwischen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip und dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität geschieht durch *Beizug des Rechtsgleichheitsgebots gemäss Art. 4 BV*. Die unausweichlichen Auswirkungen sollen die konkurrierenden Unternehmer wenn schon, dann - im Sinne einer relativen Chancengleichheit - möglichst gleichmässig treffen. Diese spezifische Sachlage wird unter dem Begriff *„Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen“* zusammengefasst.²⁷²

²⁷¹ Vgl. oben Rn. 281 ff.

²⁷² Vgl. oben Rn. 284 ff.