

## § 5 Das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen

### I. Die Frage der Selbständigkeit des Gebots

292 Die Verletzung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität steht - in der Regel<sup>1</sup> - im Zusammenhang mit der Beeinträchtigung des Gebots der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen, mit dem er eng verbunden ist<sup>2</sup>.

293 Während der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und das Verhältnismässigkeitsprinzip Verfassungsgrundsätze darstellen, deren Verletzung nur im Rahmen des tangierten Grundrechts bzw. *unselbständig* geltend gemacht werden kann,<sup>3</sup> handelt es sich beim Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV um ein verfassungsmässiges Recht,<sup>4</sup> dessen Verletzung *selbständig* geltend gemacht werden kann, falls die Legitimation gegeben ist<sup>5</sup>.

294 Es stellt sich in der Folge die Frage, in welcher Weise eine Beeinträchtigung des Gebots der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen gerügt werden muss. Denkbar ist die Geltendmachung über das tangierte Grundrecht und/oder Art. 4 BV.<sup>6</sup>

295 Das Bundesgericht zeigt die Tendenz, angefochtene Grundrechtsbeschränkungen vorab auf ihre Vereinbarkeit mit dem hauptsächlich betroffenen Grundrecht zu prüfen, in der Folge aber auch weitere Grundrechte in die

---

<sup>1</sup> Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität spielt daneben bei der Frage der *Grundsatzkonformität* einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme eine Rolle (vgl. oben Rn. 239 ff., 244 ff., 250 ff.).

<sup>2</sup> Vgl. oben Rn. 281, 284 f.

<sup>3</sup> Vgl. oben Rn. 91, 121, 129 ff.

<sup>4</sup> Vgl. statt vieler HÄFELIN/HALLER, N. 1547; HÄFELIN/MÜLLER, N. 400; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 17.

<sup>5</sup> Vgl. bereits oben Rn. 162 und unten Rn. 397.

<sup>6</sup> Vgl. BGE 121 I 132 E. 3c und oben Rn. 72.

Beurteilung einzubeziehen.<sup>7</sup> VENANZONI zieht für den Fall, dass zum hauptsächlich einschlägigen Grundrecht ein weiteres hinzugezogen wird, weil der zu beurteilende Fall eben tatsächlich Bezüge nicht nur zu einem, sondern zu beiden Grundrechten aufweist, die Schlussfolgerung, dass *beiden* Grundrechten bestmöglich Rechnung getragen werden muss. „Die Aufgabe der Rechtsprechung besteht in diesem Fall (...) darin, (...) *praktische Konkordanz* zwischen den als relevant zu erachtenden Verbürgungen zu schaffen.“<sup>8</sup>

- 296 Tangiert eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme somit hauptsächlich *ein* spezifisches Grundrecht und stellt sich überdies die Problematik des Gebots der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen, so ist die Verfassungsmässigkeit der Massnahme im Rahmen dieses verfassungsmässigen Rechts unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität und durch Beizug von Art. 4 BV zu lösen.<sup>9</sup> Das ist die einfachste und methodenehrlichste Lösung. Die Ableitung von selbständigen Gleichbehandlungsansprüchen *allein* aus spezifischen Grundrechten, insbesondere eines - vom Bundesgericht in der neueren Rechtsprechung wieder angenommen<sup>10</sup> - selbständigen Gleichbehandlungsanspruchs der Gewerbetenossen aus Art. 31 BV, ist abzulehnen.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Vgl. GYGI/RICHLI, 77 f.; HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 237 f.; VENANZONI, 277.

<sup>8</sup> VENANZONI, 284 (Hervorhebungen durch den Verfasser). „Die betroffenen Grundrechte und die zum Teil unterschiedlichen Anforderungen an die Grundrechtsbeschränkung sind *kumulativ* zu wahren.“ (RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 6). Zum Ganzen auch JANSEN, 27 ff.

<sup>9</sup> Grundsätzlich derselben Meinung: GYGI/RICHLI, 78.

<sup>10</sup> Vgl. insbesondere BGE 123 I 281 f. E. 3d; 123 II 35 E. 10; BGE v. 16. April 1997 i.S. P. AG c. EJPD, E. 4c und 5 (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781); BGE 121 I 285 E. 4a; vgl. auch bereits BGE v. 22. März 1991 i.S. X. c. Obergericht des Kt. Zürich, E. 3c (= 2P.222/1990; = ZBl 1991, 518); vgl. bereits BGE 106 Ia 274 E. 5a. In diesem Sinne auch E. GRISEL, vol. 1: n. 320, vol. 2: n. 499 ss.; GYGI/RICHLI, 16 f., 104 f., 197 ff.; JAAG, *Wettbewerbsneutralität*, 478, Fn. 6; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 183; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 39; RICHLI, *Bemerkungen I*, 222; ders., *Bemerkungen II*, 1204; VALLENDER, 69 ff.; VEIT, 572 f.

<sup>11</sup> Im gleichen Sinne auch FREY, 35 ff.; HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 239 f.; H. HUBER, *Gleichbehandlung*, 288 ff.; MARTI, 74 ff.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 29; SCHÜRMAN, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 57, und WYSS, 36 f., die jedoch fälschlicherweise davon ausgehen, Art. 4 BV allein führe zu durchaus befriedigenden Resultaten. Mit dem Begriff „Gebot der Gleichbe-

297 Die bundesgerichtliche Argumentation ist im Ansatz richtig, aber im Ergebnis falsch. Richtig ist zunächst die Feststellung:

„Staatliche Hoheitsakte können somit Unterscheidungen treffen, die auf vernünftigen, sachlichen Gründen beruhen und damit vor Art. 4 BV standhalten, aber gegen Art. 31 BV verstossen, weil die *Differenzierung* den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit beeinträchtigt. Insoweit *dieser Gesichtspunkt* beim Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen wesentlich ist, kann er sich nicht aus Art. 4 BV ergeben, sondern leitet er sich aus Art. 31 BV ab. *In diesem Sinne* ergänzt die Handels- und Gewerbefreiheit das allgemeine Gleichbehandlungsgebot und bietet einen darüber hinausreichenden Schutz.“<sup>12</sup>

Damit anerkannte das Bundesgericht den institutionellen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit, d.h. den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, als *Bestandteil* des Gebots der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen sowie dessen *ergänzende* Funktion zum allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV ausdrücklich.<sup>13</sup> Die nachfolgende bundesgerichtliche Rechtsprechung verfälschte diesen Entscheid und zog daraus den *unzulässigen* Schluss:

„Gegen diesen Grundsatz (der Handels- und Gewerbefreiheit) können auch Differenzierungen verstossen, die an sich auf ernsthaften, sachlichen Gründen beruhen und damit vor Art. 4 BV standhalten, gleichzeitig aber einzelne Konkurrenten begünstigen oder benachteiligen. *Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen ergibt sich insoweit nicht aus Art. 4 BV, sondern leitet sich aus Art. 31 BV ab und ergänzt das allgemeine Gleichbehandlungsgebot, indem er einen darüber hinausreichenden Schutz bietet gegen staatliche Ungleichbehandlung.*“<sup>14</sup>

---

handlung der Gewerbetenossen“ wird lediglich die spezifische Sachlage bezeichnet, welche aus dem Zusammenspiel des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV resultiert (vgl. auch oben Rn. 285, 288). Vgl. im weiteren auch BGE 110 Ia 25 E. 5: „Staatliche Konkubinats-Vorteile können an sich geeignet sein, Art. 54 BV zu verletzen. Art. 54 BV schliesst aber nur spezifische Behinderungen der Ehe aus, befreit Ehepaare nicht von allgemeinen öffentlichen Lasten und garantiert ihnen keine ‘weitergehende’ Rechtsgleichheit als Art. 4 Abs. 1 BV.“

<sup>12</sup> BGE 121 I 135 E. 3d (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>13</sup> Vgl. auch BGE 123 I 281 E. 3d; und bereits BGE 57 I 168 f. E. 1.

<sup>14</sup> BGE 121 I 285 E. 4a (Hervorhebungen durch den Verfasser). Diesem Entscheid folgend: BGE 124 II 211 f. E. 8b; 123 II 35 E. 10; BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 4c und 5 (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781); BGE v. 21. März 1997 i.S. Coop-Genève c. Dépar-

Allein aus dem Umstand, dass sich aus Art. 31 BV mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ein spezifisches Differenzierungsverbot ergibt, kann m.E. keineswegs der Schluss gezogen werden, Art. 31 BV beinhalte somit auch einen spezifischen Gleichbehandlungsanspruch.<sup>15</sup> Dieses Ergebnis ignoriert die Tatsache der *Grundrechtskonkurrenz zwischen Art. 4 und Art. 31 BV bzw. einem anderen tangierten spezifischen verfassungsmässigen Recht*.<sup>16</sup> Die Crux in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht darin, dass das Bundesgericht den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität nicht sauber vom Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden unterscheidet.<sup>17</sup> Neuestens zieht das Bundesgericht gar in Erwägung, beim Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden handle es sich „möglicherweise (um ein) spezifisches verfassungsmässiges Recht“.<sup>18</sup>

---

tement de l'économie publique du canton de Genève, E. 3b (= 2P.270/1996); 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 122 I 47 E. 3b.cc; BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993).

<sup>15</sup> Kritisch auch LIENHARD, Anspruch, 212; unklar VEIT, 572 f. Es gilt zu beachten, dass das *allgemeine* Prinzip der Rechtsgleichheit durch *spezifische* Gebote, welche sich aus bestimmten Grundrechten ergeben, modifiziert werden kann. Vgl. z.B. das aus Art. 49 und 50 BV folgende Gebot der religiösen Neutralität, wonach der Staat niemanden aus religiösen Gründen bevorzugen oder benachteiligen soll (BGE 123 I 308 f. E. 4b.bb; 118 Ia 58 E. 4e.aa; vgl. dazu auch MARTI, 74). Zum Gebot der Wettbewerbsneutralität als spezifischer Verfassungsgrundsatz vgl. oben Rn. 96 ff.

<sup>16</sup> Vgl. oben Rn. 295 f. GYGI, Grundrechtskonkurrenz?, 71, spricht von „Grundrechts-kumulation“. Vgl. dazu auch HAEFLIGER, Alle Schweizer, 238 Fn. 9; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 6.

<sup>17</sup> Vgl. dazu oben Rn. 79 ff.; sowie auch ANDRICH, 117. Die Praxis des Bundesgerichts ist uneinheitlich. In BGE 123 II 35 E. 10 und BGE 121 I 134 E. 3d werden die beiden Begriffe miteinander gleichgesetzt. In BGE 120 Ia 238 E. 1a führte es aus: „Der in der Rechtsprechung zu Art. 31 BV entwickelte, *aus dem Gedanken der Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen folgende* qualifizierte Gleichbehandlungsanspruch steht jedenfalls nur direkten Konkurrenten zu.“ (neuestens auch BGE 124 II 212 E. 8b; ähnlich BGE 116 Ia 352 E. 6a.aa; 106 Ia 275 E. 5a). In BGE 118 Ib 364 E. 5b bemerkte es, dass das Gebot zur Wettbewerbsneutralität im Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden enthalten sei. In BGE 123 I 15 E. 2a, 119 Ia 68 E. 6a, 118 Ia 177 E. 1 und 91 I 457 ff. E. 3 sprach es davon, dass staatliche Massnahmen, welche in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit fielen, die „Rechtsgleichheit (namentlich im Sinne der Wettbewerbsneutralität)“ zu beachten hätten. Ebenfalls uneinheitlich bspw. GYGI/RICHLI, 16 f., 103 ff., 197 ff.

<sup>18</sup> BGE 123 I 281 f. E. 3d.

298 Fällt eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme nicht in den Schutzbereich eines spezifischen Grundrechts, sondern ist lediglich das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV anwendbar, so entfaltet der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität als Verfassungsprinzip auch hier seine Geltung.<sup>19</sup> Daneben wird neuerdings auch die Bedeutung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Rahmen des Rechtsgleichheitsgebots anerkannt, so dass das „Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe“ ebenfalls ganz zum Tragen kommt.<sup>20</sup> Es handelt sich in diesem Fall ebenfalls nicht um ein neues „spezifisches verfassungsmässiges Recht“,<sup>21</sup> sondern vielmehr um eine blosse *Modifikation des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots durch einen spezifischen Verfassungsgrundsatz*<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Vgl. dazu oben Rn. 141, 152, 161 ff. So auch BERG, 20 f.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 29; zustimmend zunächst auch SAXER, 277, dann jedoch 279 ff.; vgl. RICHLI, Leitung, 285. Die Problematik lässt sich nicht allein durch Art. 4 BV lösen (vgl. auch VGE-BS v. 11. November 1994 i.S. G.H. c. Kt. Basel-Stadt, E. 2 [= BJM 1997, 48]; so aber KÖLZ in ZBJV 1988, 343 f.). Zutreffend RICHLI/VALLENDER, 52: „Die Rechtsgleichheit ist ein (zu) allgemeiner Grundsatz und nicht spezifisch wettbewerbsbezogen, weshalb die Auswirkungen von Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit nicht hinlänglich präzise erfasst werden können.“ Art. 4 BV wird mit der Ergänzung durch den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität keineswegs überfordert (so aber GYGI/RICHLI, 17, 198; RICHLI, Leitung, 285; ders., Bemerkungen II, 222; ders., Bemerkungen III, 1204).

<sup>20</sup> So G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 21, 29; SCHWANDER CLAUS, 73 ff., 80 ff.; siehe auch unten Rn. 324. Vgl. nun BGE 123 I 157 f. E. 3b (betreffend Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten). In Bezug auf die Anwendbarkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips führt G. MÜLLER weiter aus: „In den Fällen, in denen eine unterschiedliche Behandlung erfolgt, um einen bestimmten Zweck zu erreichen, beurteilt sich die Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung bzw. einer Gleichbehandlung nicht primär nach dem Vorliegen von sachlichen Gründen. Vielmehr wird die Ungleichbehandlung bzw. die Gleichbehandlung daraufhin geprüft, ob sie *geeignet* und *erforderlich* ist, um das Regelungsziel zu erreichen.“ (Rz. 32a). Allfällige dogmatische Bedenken kontert er mit dem - zutreffenden - Hinweis, „dass das Verhältnismässigkeitsprinzip auf alle Rechtsgebiete anwendbar ist, sobald mehrere Rechtsgüter miteinander kollidieren.“ (Rz. 32a). Zum Ganzen auch unten Rn. 321 ff.

<sup>21</sup> BGE 123 I 281 f. E. 3d.

<sup>22</sup> In vorgenannter Rn. fiel das wirtschaftsrelevante staatliche Handeln dagegen in den Schutzbereich von zwei selbständigen Grundrechten, weshalb dort von *Grundrechtskonkurrenz* bzw. -*kumulation* gesprochen wurde. Hier handelt es sich dagegen um ein Zusammenspiel zwischen einem verfassungsmässigen Recht und einem Verfassungsprinzip. Im weiteren Sinne könnte aber - da der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität in Art. 31 BV wurzelt - auch hier durchaus von Grundrechtskonkurrenz gesprochen werden (vgl. indessen RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 6).

299 Steht dagegen nicht die Minimierung der Wettbewerbsverzerrungen mittels des Rechtsgleichheitsgebots gemäss Art. 4 BV zur Diskussion, sondern lediglich die Vereinbarkeit des mit einer wirtschaftsrelevanten Massnahme verfolgten *Zwecks* mit dem aus Art. 31 BV abgeleiteten Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, so ist letzterer in der Regel allein im Rahmen des tangierten Grundrechts anzurufen.<sup>23</sup>

## II. Das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV

### A. Einleitung

300 Dem Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV kommt im Zusammenhang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität eine *vermittelnde* Funktion zu.<sup>24</sup>

301 Die durch eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme hervorgerufenen Wettbewerbsverzerrungen unter den sich konkurrierenden Unternehmern werden dadurch minimiert, dass letztere möglichst *gleich* behandelt werden.<sup>25</sup>

302 *Absolute* Gleichbehandlung ist indessen von vorneherein weder möglich noch erwünscht.<sup>26</sup> Es geht vorliegend deshalb darum, dass die durch eine

<sup>23</sup> Vgl. oben Rn. 72, 99, 101, 239 ff., 244 ff., 250 ff.

<sup>24</sup> Vgl. oben Rn. 284 ff.

<sup>25</sup> Vgl. auch oben Rn. 285, 287.

<sup>26</sup> Vgl. oben Rn. 248, 285. Vgl. insbesondere auch 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; E. GRISEL, vol. 1: n. 325; vol. 2: n. 502, 513. „Dies wäre eine Überspannung des Gleichbehandlungsgebots.“ (BGE 119 Ia 452 E. 4b). Vgl. dazu auch HÄFELIN/HALLER, N. 1567 f., mit Hinweisen auf die wenigen Fälle, in denen die Bundesverfassung eine *absolute* Gleichbehandlung verlangt; HAEFLIGER, Alle Schweizer, 56 f.; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 214.

wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme verursachte Bevorteilung bzw. Benachteiligung einzelner sich konkurrierender Unternehmer auf das in wettbewerbsneutraler Hinsicht sachlich Notwendige und Vernünftige begrenzt wird.<sup>27</sup>

## *B. Allgemeines*

### 1. Einleitung

- 303 Die Rechtsgleichheit gilt heute als allgemeines, die ganze Rechtsordnung beherrschendes Prinzip<sup>28</sup> und beinhaltet das *Postulat staatlicher Gerechtigkeit*.<sup>29</sup> Gerechtigkeit erfordert gleiche Behandlung des Gleichen und differenzierte Behandlung des Ungleichen und die Ausrichtung an einem allgemeinen, für alle in gleicher Weise gültigen Massstab.<sup>30</sup>
- 304 Rechtsgleichheit als *Verbot unsachlicher Differenzierung* knüpft grundsätzlich an den bestehenden tatsächlichen Verhältnissen an, ohne sie verändern zu wollen. Demgegenüber verlangt Rechtsgleichheit als *Egalisierungsgebot* den Abbau sozialer Ungleichheiten, den Ausgleich faktischer Unterschiede sowie die Verbesserung der Chancen menschlicher Entfaltung. Auch dieses

---

<sup>27</sup> „Zu verlangen ist, dass keine unnötigen, vermeidbaren Wettbewerbsverzerrungen entstehen.“ (BGE 123 II 35 E. 10).

<sup>28</sup> Sie ist von sämtlichen Staatsorganen in allen Funktionen und auf sämtlichen Ebenen der Staatstätigkeit zu beachten. Sie gilt sowohl für den Erlass von staatlichen Normen als auch für deren Anwendung im Einzelfall durch Verwaltungsbehörden und Gerichte (HÄFELIN/HALLER, N. 1553; HÄFELIN/MÜLLER, N. 398).

<sup>29</sup> G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 2. Zur Entwicklung des Gleichheitsprinzips vgl. HAEFLIGER, Alle Schweizer, 13 ff.

<sup>30</sup> HAEFLIGER, Alle Schweizer, 41; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 3. „Gerechtigkeit ist aber ein relativer Begriff, der sich mit den politischen, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen wandelt.“ (BGE 110 Ia 14 E. 2b; vgl. unten Rn. 311 f.).

Gebot beruht auf Vorstellungen über die Gerechtigkeit. Indessen darf es nicht zu weit getrieben werden, weil dadurch Grundrechte anderer Personen übermässig beeinträchtigt werden können.<sup>31</sup>

- 305 Der Grundsatz der Rechtsgleichheit ist in Art. 4 Abs. 1 BV gewährleistet.<sup>32</sup> Es handelt sich um ein *verfassungsmässiges Recht*, dessen Träger nicht nur Schweizer, sondern auch Ausländer sind.<sup>33</sup> Art. 4 Abs. 1 BV hat die Funktion, einen Mindeststandard an Gerechtigkeit und Fairness zu gewährleisten. Schutzobjekt ist deshalb eigentlich die gleiche, gerechte, faire, seine Würde respektierende Behandlung des Menschen durch die Behörden.<sup>34</sup> Die Rechtsgleichheit ist somit eine Art Generalklausel, die in allen Gebieten des Rechts wirksam ist.<sup>35</sup> Das Bundesgericht hat den Gleichheitssatz in einer ausserordentlich schöpferischen Rechtsprechung in diesem Sinne weiter konkretisiert.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 4. Denkbar ist - insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht - deshalb lediglich die Gewährleistung einer *relativen* Chancengleichheit. Die Herstellung einer *absoluten* Chancengleichheit, wie sie das Bundesgericht im Zusammenhang mit seiner Rechtsprechung zu den kantonalen Ladenschlussbestimmungen postulierte, verstösst sowohl gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip als auch gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und Art. 31 Abs. 2 BV (vgl. dazu auch oben Rn. 73, 248, 278 ff., 285 und unten Rn. 323).

<sup>32</sup> Art. 14 EMRK fordert demgegenüber die rechtsgleiche und diskriminationsfreie Gewährung und Anwendung der Konventionsgarantien, enthält jedoch kein allgemeines Rechtsgleichheitsgebot. Nur soweit Rechte und Freiheiten der Konvention betroffen sind, verlangt die EMRK rechtsgleiche Behandlung. Die Lehre spricht deshalb vom „akzessorischen Charakter“ von Art. 14 EMRK. Vgl. HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 41 ff.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 18; J.-P. MÜLLER, *Grundrechte*, 213. Vgl. auch Art. 7 VE 96 und dazu Botschaft VE 96, 141 ff.

<sup>33</sup> Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1547, 1564 f.; HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 50 ff.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 26 f.; J.-P. MÜLLER, *Grundrechte*, 214, 219.

<sup>34</sup> G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 19.

<sup>35</sup> HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 43; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 19. Die Rechtsgleichheit wird in diesem Zusammenhang als *subsidiäres* oder *Auffang-Grundrecht* bezeichnet (HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 43 f.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 20).

<sup>36</sup> Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1545, 1581 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 397. Art 4 Abs. 1 BV verbietet die *rechtsungleiche Behandlung* und die *Willkür*. Das Bundesgericht hat aus dieser Bestimmung zudem verschiedene *Verfassungs-* und *Verfahrensgrundsätze* abgeleitet, wie zum Beispiel das Legalitätsprinzip, den Grundsatz der Rechtssicherheit, das Verbot der Rückwirkung, das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben, das Verbot widersprüchlichen Verhaltens sowie den Anspruch auf rechtliches Gehör.

## 2. Grundsatz

- 306 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verletzt ein staatlicher Erlass den Grundsatz der Rechtsgleichheit

„wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein *vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen* nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Vorausgesetzt ist, dass sich die ungerechtfertigte Gleich- oder Ungleichbehandlung auf eine wesentliche Tatsache bezieht.“<sup>37</sup>

- 307 Dem Gesetzgeber kommt im Rahmen dieser Grundsätze und dem Willkürverbot ein weiter Spielraum der Gestaltungsfreiheit zu. Das Bundesgericht übt deshalb eine gewisse Zurückhaltung und greift von Verfassungs wegen bloss ein, wenn der Kanton mit den Unterscheidungen, die er trifft, eine Grenze zieht, die sich nicht vernünftig begründen lässt, die unhaltbar und damit in den meisten Fällen auch willkürlich ist.<sup>38</sup> Die richterliche Prüfung der konkreten Gesetzesanwendung fällt dagegen weniger zurückhaltend aus.

„Der in Art. 4 BV enthaltene Gleichheitssatz verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Es dürfen keine Unterscheidungen getroffen werden, für die *ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen*, über die zu entscheiden ist, nicht gefunden werden kann. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden.“<sup>39</sup>

<sup>37</sup> BGE 124 II 213 E. 8d.aa (Hervorhebungen durch den Verfasser); 123 I 7 E. 6a; 122 II 118 E. 2b; 121 I 104 E. 4a; 117 Ia 101 E. 3a; 116 Ia 83 E. 6b, 323 E. 3c; 114 Ia 2 f. E. 3, 223 f. E. 2b, 323 E. 3a; 112 Ia 243 f. E. 4a, 258 E. 4b; 110 Ia 13 f. E. 2b.

<sup>38</sup> Vgl. BGE 123 I 7 f. E. 6a. Für die Zurückhaltung des Bundesgerichts sprechen *föderalistische* und *demokratische Gründe* sowie das *Gewaltenteilungsprinzip* (vgl. dazu HÄFELIN/HALLER, N. 1577 ff.; BGE 122 II 118 E. 2b). Zum Willkürverbot siehe unten Rn. 310.

<sup>39</sup> BGE 117 Ia 259 E. 3b (Hervorhebung durch den Verfasser); 115 Ia 85 E. 3b; 111 Ib 219 E. 4; 107 Ia 228 E. 3. „Selon la jurisprudence, le principe de l'égalité de traitement ne permet pas de faire de distinctions qu'aucun fait important ne justifie, ou de soumettre à un régime identique des situations de fait qui présentent entre elles des différences importantes, de nature à impliquer un traitement différent.“ (BGE 123 I 141 E. 10b).

Indessen ist das Rechtsgleichheitsgebot nach Ansicht des Bundesgerichts nur dann verletzt, „wenn die gleiche Behörde gleichartige Fälle unterschiedlich behandelt.“<sup>40</sup>

308 Die Bedeutung der Rechtsgleichheit nimmt überdies mit der *Konkretisierungsbedürftigkeit* der anwendbaren Rechtsnormen zu. Sie ist besonders gross in wenig oder vorwiegend *unbestimmt* normierten Rechtsgebieten, in welchen die Behörden über eine gewisse *Entscheidungsfreiheit* verfügen.<sup>41</sup>

309 Wesentlich ist sowohl bei der Rechtsetzung wie bei der Rechtsanwendung, dass für die gemachte Differenzierung ein *vernünftiger Grund* vorliegt. Während im Rahmen der Rechtsetzung vorab geprüft wird, „ob eine Rechtsnorm sich widerspruchlos in die *Zielsetzung eines Erlasses* einfügt und diese Zielsetzung ihrerseits gerechtfertigt ist“,<sup>42</sup> stellt sich sowohl im Rahmen der Rechtsetzung wie der Rechtsanwendung zusätzlich die Frage, ob sich die zu regelnden bzw. zu beurteilenden Sachverhalte in *rechtlich wesentlicher Weise* unterscheiden<sup>43</sup>. Das Differenzierungsmerkmal muss somit im einen wie im anderen Falle in dem Zusammenhang, in welchem es zur Anwendung gelangt bzw. gelangen soll, *sachlich* und von *rechtlicher Relevanz* sein.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> BGE 121 I 51 E. 3c; 115 Ia 85 E. 3c. Gemäss BGE v. 3. Mai 1978 i.S. X. c. Regierungsrat des Kt. Obwalden, E. 4b (= ZBl 1978, 348 ff.), gilt dasselbe auch, „wenn zwar zwei verschiedene Behörden entschieden haben, aber eine von ihnen sich in ähnlicher Lage befand, wie wenn sie beide Entscheide gefällt hätte.“ Vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1602; HAEFLIGER, Alle Schweizer, 71 f.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 39, mit Hinweisen zur Kritik von Seiten der Lehre; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 222.

<sup>41</sup> Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1601 f.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 410; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 36, 40.

<sup>42</sup> G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 31 f. (Hervorhebung durch den Verfasser); vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1569.

<sup>43</sup> G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 38 (Hervorhebung durch den Verfasser). Vgl. auch BGE 117 Ib 395 E. 6e.

<sup>44</sup> „(Il principio dell'uguaglianza di trattamento impone infatti tanto al legislatore quanto all'autorità esecutiva di trattare alla stessa maniera due situazioni non alla condizione che esse siano assolutamente identiche in tutti i loro elementi di fatto, ma allorquando esse *sono uguali in ogni elemento di fatto rilevante per la normativa da adottare o per la decisione da prendere.*“ (BGE

310 In engem Zusammenhang mit der Rechtsgleichheit steht das *Willkürverbot*.<sup>45</sup> Dieses wird aus Art. 4 BV abgeleitet und hat eine selbständige Bedeutung erlangt.<sup>46</sup> Sein Hauptkennzeichen ist die *grobe Unrichtigkeit*.<sup>47</sup>

„Ein *Erläss* verstösst gegen das Willkürverbot, wenn er sich nicht auf *ernsthafte* sachliche Gründe stützen lässt oder *sinn-* und *zwecklos* ist.“<sup>48</sup>

„Ein *Entscheid* ist willkürlich, wenn er *offensichtlich unhaltbar* ist, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz *krass* verletzt oder *in stossender Weise* dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft.“<sup>49</sup>

### 3. Grenzen der Ungleichbehandlung<sup>50</sup>

311 Das Rechtsgleichheitsgebot setzt der Ungleichbehandlung in verschiedener Hinsicht Grenzen. So ist eine Ungleichbehandlung nach der bundesgericht-

---

112 Ia 196 E. 2b; Hervorhebung durch den Verfasser). Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER, N. 401; MARTI, 75.

<sup>45</sup> Zur Schnittstelle vgl. HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 183; BGE 123 I 243 E. 2b.

<sup>46</sup> Vgl. HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 183 ff.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 49. Das Willkürverbot hat seine Wurzeln im Widerstandsrecht gegen illegitime Staatsmacht und garantiert einen Kerngehalt einer gerechten Ordnung (G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 48 f.). Es stellt entgegen der bundesgerichtlichen Praxis (vgl. BGE 123 I 280 E. 3c.aa; 122 I 47 E. 3b.bb; 121 I 267 ff.) - ein *verfassungsmässiges Recht* des Bürgers dar, dessen Verletzung grundsätzlich mit allen Rechtsmitteln gerügt werden kann, sofern die betreffenden Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (KÄLIN, *Verfahren*, 239 f., mit weiteren Hinweisen; ders., *Bemerkungen*, 76 ff.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 58).

<sup>47</sup> Vgl. HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 184 f.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 48 f. „Willkürlich ist ein Entscheid nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre (...); Willkür liegt sodann nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheides, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist.“ (BGE 123 I 5 E. 4a).

<sup>48</sup> BGE 122 I 25 E. 2b.cc (Hervorhebungen durch den Verfasser); 116 Ia 83 E. 6b; 114 Ia 323 E. 3a; 113 Ia 424 E. 5b.

<sup>49</sup> BGE 119 Ia 439 E. 4 (Hervorhebungen durch den Verfasser); 122 I 66 f. E. 3a; 121 I 114 E. 3a; 118 Ia 130 E. 2; 117 Ia 20 E. 3c.

<sup>50</sup> Die Grenzen der *Gleichbehandlung* beurteilen sich im wesentlichen nach den gleichen Grundsätzen (vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER, N. 401). Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich deshalb analog auch auf die Fälle der ungerechtfertigten Gleichbehandlung.

lichen Rechtsprechung nur bei *erheblichen* tatsächlichen Unterschieden zulässig<sup>51</sup>:

„Die vertretbare rechtliche Differenzierung hat danach an einen erheblichen tatsächlichen Unterschied zu knüpfen. Ob ein Unterschied erheblich ist, beurteilt sich im Einklang mit den *beherrschenden Prinzipien der Rechtsordnung* und je in Hinblick auf die konkrete zu bewältigende Situation.“<sup>52</sup>

In diesem Sinne ist es unzulässig, „auf solche Verschiedenheiten abzustellen, die nach anerkannten Grundsätzen der Rechts- und Staatsordnung für das in Frage stehende Verhältnis unerheblich erscheinen.“<sup>53</sup> Das Rechtsgleichheitsgebot wird damit im Prinzip auf den Nachvollzug der übrigen Rechtsordnung reduziert und entfaltet keine selbständige normative Kraft.<sup>54</sup>

312 Das Bundesgericht führt in ständiger Rechtsprechung ergänzend aus, dass

„(d)ie Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, (...) zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet werden (können) je nach den *herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen*.“<sup>55</sup>

So verstösst eine Regelung, welche zum Beispiel die Fähigkeit zur Ausübung des Stimm- und Wahlrechts von der Steuerleistung<sup>56</sup> oder die Ausübung eines Berufes von der Geschlechtszugehörigkeit<sup>57</sup> abhängig macht, heute gegen die Rechtsgleichheit.<sup>58</sup> Die Ungleichbehandlung von im Kanton niedergelassenen Schweizerbürgern aufgrund ihres Kantonsbürgerrechts

<sup>51</sup> Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1573; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 216.

<sup>52</sup> BGE 100 Ia 328 E. 4b (Hervorhebung durch den Verfasser).

<sup>53</sup> BGE 41 I 64 E. 4.

<sup>54</sup> Vgl. J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 216.

<sup>55</sup> BGE 123 I 7 E. 6a (Hervorhebung durch den Verfasser); 122 II 118 E. 2b; 121 I 51 E. 3b; 114 Ia 224 E. 2b.

<sup>56</sup> Vgl. BGE 41 I 58 ff.

<sup>57</sup> Vgl. BGE 49 I 14 ff.; 13, 1 ff. Vgl. nun Art. 4 Abs. 2 BV, welcher heute die rechtliche Gleichheit von Mann und Frau garantiert (vgl. dazu bspw. BGE 123 I 156 f. E. 3a). Es handelt sich dabei „d’une valeur fondamentale de notre société“ (BGE 123 I 312 E. 4b.cc).

<sup>58</sup> Vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1574 f.; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 215.

verletzt Art. 43 Abs. 4 und Art. 60 BV.<sup>59</sup> Das Binnenmarktgesetz verbietet neuerdings die Ungleichbehandlung von ortsansässigen und ortsfremden Personen bezüglich des Zugangs zum Markt.<sup>60</sup>

- 313 Unabhängig von Ort, Zeit und Anschauungen grundsätzlich unzulässig sind jedoch diskriminierende Ungleichbehandlungen, die an die *Herkunft*, die *Rasse*, das *Geschlecht*, die *Sprache*, die *religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung*, die *soziale Stellung* oder die *körperliche oder geistige Konstitution* anknüpfen.<sup>61</sup> In diesen „sensiblen“ Bereichen stellt das Bundesgericht strenge Anforderungen an die Begründung von Ungleichbehandlungen<sup>62</sup>:

„Ein strengerer Massstab ist dann anzuwenden, wenn die rechtlich ungleiche Behandlung in einem Bereich erfolge, welcher durch Grundrechte besonders geschützt ist. Dies trifft zu, wenn die ungleiche Behandlung des Menschen in seiner Wertschätzung als Person (Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, Rasse usw.) oder im Bereich verfassungsmässiger Ansprüche und von grundrechtsbeschränkenden Massnahmen erfolgt. In solchen Fällen müssen *triftige und ernsthafte Gründe* vorliegen, die sich aus den tatsächlichen Unterschieden ergeben, damit eine rechtliche Ungleichbehandlung vor der Verfassung standhält.“<sup>63</sup>

- 314 Diskriminierungsverbote in Bezug auf die Staatsangehörigkeit können sich zudem aus *völkerrechtlichen Verträgen* ergeben.<sup>64</sup> Die multilaterale Welt-

<sup>59</sup> Vgl. BGE 122 I 211 f. E. 4. Dagegen ist es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich zulässig, bei der Frage der Gleich- bzw. Ungleichbehandlung an den *Wohnsitz* in einer Gemeinde oder in einem Kanton anzuknüpfen; dies jedenfalls soweit, als der Wohnsitz für die zu regelnde Frage von Bedeutung ist (vgl. BGE 121 I 286 E. 5c; 119 Ia 130 E. 3b; 100 Ia 292 E. 3b; vgl. auch RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 70; SCHÖN, 178 ff.; vgl. jedoch oben Rn. 174 ff. und unten Rn. 365). Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt ist diese Anknüpfung bei wirtschaftsrelevanten Massnahmen indessen nicht mehr zulässig (Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 BGBM; noch offengelassen in BGE 121 I 286 E. 5c).

<sup>60</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a BGBM. Vgl. auch BGE 122 I 117 f. E. 4c und d; und oben Rn. 180.

<sup>61</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 2 VE 96 (dazu Botschaft VE 96, 142 f.); J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 217.

<sup>62</sup> Vgl. J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 217 f.

<sup>63</sup> BGE 116 V 207 f. E. 2a.bb; 106 Ib 188 f. E. 4a. Vgl. auch BGE 121 I 100 E. 3a.

<sup>64</sup> Denn generell gilt, dass zwischen einem Schweizer und einem Ausländer dann ein Unterschied in der rechtlichen Behandlung gemacht werden darf, wenn die *Staatsangehörigkeit* dafür zugleich ein sachliches, vernünftiges und sich aufdrängendes Kriterium liefert (ANDRICH, 116, 119;

handelsordnung der WTO, welche die Schweiz ratifiziert hat, basiert beispielsweise zentral auf dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung.<sup>65</sup> Ein Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union oder zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sowie ein allfälliger bilateraler Vertrag mit der EU würde ebenfalls zu einem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit führen.<sup>66</sup>

315 Zulässig ist hingegen, dass *mehrere* Kantone die *gleiche* Materie unterschiedlich regeln oder handhaben. Dies ist nach Ansicht des Bundesgerichts „eine hinzunehmende Folge des föderalistischen Aufbaus des schweizerischen Staatswesens und der Eigenständigkeit der Kantone.“<sup>67</sup>

316 Aus Gründen der *Praktikabilität* dürfen im weiteren schematische Regelungen aufgestellt und aufgrund von Durchschnittswerten oder Wahrscheinlichkeitsmassstäben vereinfacht werden.<sup>68</sup> In ähnlichem Sinne kommt dem

---

HÄFELIN/HALLER, N. 1564; HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 51; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 26).

<sup>65</sup> Dies derzeit in Bereichen von gesundheitspolizeilichen Massnahmen, technischen Vorschriften und des öffentlichen Beschaffungswesens. Vgl. dazu Botschaft BGBM, 32 ff.; BOCK, 709 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 9 N. 1 ff.; vgl. auch G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 18a; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, N. 192 ff. Vgl. auch oben Rn. 179 f.

<sup>66</sup> Vgl. Art. 6 und Art. 52 EGV; Art. 4 und Art. 31 EWRA. Dazu den Überblick in Botschaft BGBM, 25 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 134b ff., 400a, 602f; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 18a; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 10 N. 1 ff.

<sup>67</sup> BGE 120 Ia 145 E. 6c; 122 I 47 E. 3b.cc. Vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1603; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 34; J.-P. MÜLLER, *Grundrechte*, 220. Vgl. dazu oben Rn. 174 ff.

<sup>68</sup> Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1570; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 32; J.-P. MÜLLER, *Grundrechte*, 220 f. „Outre qu'il s'agit de questions dont la solution dépend dans une large mesure de facteurs politiques qui imposent au juge constitutionnel de faire preuve de réserve (...), la complexité des faits à régler et le nombre de paramètres entrant en considération pour apprécier les situations à comparer, rendent très difficile, voire impossible, une réglementation schématique et générale apte à tenir compte de tous les éléments, souvent contradictoires, en présence et à réaliser une égalité absolue. A vouloir assurer une égalité parfaite dans le cadre d'une seule comparaison, le législateur court le risque de créer par la même occasion une inégalité au préjudice d'autres catégories de contribuables. Or, lorsqu'un domaine à régler présuppose l'existence d'un schématisme important, l'art. 4 Cst. n'exige pas que tous les contribuables soient traités d'une manière rigoureusement égale, quelle que soit leur situation personnelle (...); sous réserve des cas où le tarif conduit à une inégalité flagrante, la norme constitutionnelle ne peut que garantir globalement l'égalité de traitement entre les justiciables.“ (BGE 118 Ia 4 E. 3c; vgl. auch BGE 120 Ia 333 E. 3). Vgl. zum Ganzen auch WEBER-DÜRLER, *Verwaltungsökonomie*, 193 ff.

Rechtsgleichheitsgebot auch im *Planungsrecht* nur eine „abgeschwächte Bedeutung“ zu.<sup>69</sup>

- 317 Auch die Erkenntnis einer Behörde, eine andere als die bisherige Praxis entspreche dem Gesetz oder der Gerechtigkeit besser, steht dem Rechtsgleichheitsgebot nicht entgegen. Die *Praxisänderung* muss jedoch auf einer „gründliche(n) und ernsthafte(n) Untersuchung“<sup>70</sup> beruhen und sich auf „sachliche und ernsthafte Gründe“<sup>71</sup> stützen.<sup>72</sup> Ähnliches gilt grundsätzlich auch bei *Rechtsänderungen*, doch übt das Bundesgericht hier grösste Zurückhaltung.<sup>73</sup>
- 318 Von grosser Bedeutung ist schliesslich, dass das Rechtsgleichheitsgebot in denjenigen Bereichen an Grenzen stösst, in denen die Ungleichheiten *systembedingt* oder sonstwie *sachlich unumgänglich* sind.<sup>74</sup> Die rechtsgleiche Behandlung ist in diesen Fällen „nicht mehr Massstab, sondern lediglich anzustrebendes Ziel.“<sup>75</sup> Systembedingt sind diejenigen Ungleichheiten, wel-

<sup>69</sup> So BGE 121 I 249 E. 6e.bb. „Parzellen ähnlicher Lage und Art können daher unter Vorbehalt des Willkürverbotes völlig verschieden behandelt werden.“ (BGE a.a.O.). „Es liegt im Wesen der Ortsplanung, dass Zonen gebildet und irgendwo abgegrenzt werden müssen und dass Grundstücke ähnlicher Lage und ähnlicher Art bau- und zonenrechtlich völlig verschieden behandelt werden können.“ (BGE 114 Ia 257 E. 4a; vgl. auch HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 71; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 33).

<sup>70</sup> BGE 108 Ia 124 E. 1. Die Praxisänderung muss *grundsätzlich* erfolgen und das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung gegenüber demjenigen an der Rechtssicherheit bzw. am Vertrauensschutz *überwiegen* (vgl. G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 42 ff.).

<sup>71</sup> BGE 121 III 167 E. 2d.bb; 120 II 142 E. 3 f.; 111 Ia 162 E. 1a; 111 II 310 E. 2; 111 V 368 E. 6a; 108 Ia 125 E. 2a.

<sup>72</sup> Vgl. auch HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 71; J.-P. MÜLLER, *Grundrechte*, 223. „Gegenüber dem Postulat der Rechtssicherheit lässt sich eine Praxisänderung grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht (...). Nach der Rechtsprechung ist eine bisherige Praxis zu ändern, wenn sie als unrichtig erkannt oder wenn deren Verschärfung wegen veränderter Verhältnisse oder zufolge zunehmender Missbräuche für zweckmässig gehalten wird.“ (BGE 121 V 85 f. E. 6a; vgl. auch BGE 122 I 59 E. 3c.aa). Eine Praxisänderung, mit der die Zulässigkeit eines Rechtsmittels einschränkender umschrieben wird, muss *vorher angekündigt* werden (vgl. BGE 106 Ia 92 E. 2, mit Verweisen; vgl. auch RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 72).

<sup>73</sup> Vgl. BGE 122 II 117 f. E. 2b. Vgl. oben Rn. 306 f. und 218.

<sup>74</sup> Vgl. auch POLEDNA, 140 ff.; SAXER, 291 ff.; R. H. WEBER, 196.

<sup>75</sup> G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 21.

che durch die Bundesverfassung und die ausführende Bundesgesetzgebung vorgezeichnet sind.

Systembedingte Ungleichheiten ergeben sich zum Beispiel aus *Bedürfnisklauseln*,<sup>76</sup> aus *Kontingentordnungen*<sup>77</sup> sowie aus der *Aufteilung der Regelungskompetenz auf Bund und Kantone* in der Verfassung<sup>78</sup>. Systembedingte Ungleichheiten ergeben sich aber auch aufgrund der in der Bundesverfassung statuierten *rechtlichen Monopole*.<sup>79</sup>

- 319 Sachlich unumgängliche Ungleichheiten finden sich in Bereichen, in denen aufgrund der Natur der Sache Kapazitätsschranken bestehen.<sup>80</sup> Dies ist beispielsweise der Fall bei der Zuteilung öffentlichen Grundes, bei der im Falle des Überhanges der Nachfrage von vornherein nur ein kleiner Teil der interessierten Konkurrenten berücksichtigt werden kann.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> „Aufgrund von Art. 31<sup>ter</sup> und Art. 32<sup>quater</sup> BV können die Kantone die Zulassung neuer Betriebe besonderen Bedürfnisklauseln unterwerfen, die vom Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit abweichen. Zwar gelten hiervon unabhängig für die Schliessungszeiten die allgemeinen Schranken von Art. 31 BV (...) und damit grundsätzlich auch das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen; doch wird dieses insofern relativiert, als das Gesetz für die einzelnen Gastwirtschaftsarten je besonders ausgestaltete Bewilligungen und allenfalls auch unterschiedliche Vorschriften über die Betriebsführung vorsehen kann. Ungleichheiten zwischen alkoholführenden und anderen Gastwirtschaftsbetrieben etwa sind systembedingt und stellen deshalb keine unzulässige Wettbewerbsverzerrung dar (...).“ (BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3c [= 2P.371/1993]). Vgl. auch JAAG, Wettbewerbsneutralität, 482 f.

<sup>77</sup> Bspw. Mengen- und Zollkontingente; vgl. BGE 99 Ib 168 ff. E. 3; GYGI/RICHLI, 202; JAAG, Wettbewerbsneutralität, 483 f.; RICHLI, Leitung, 249; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 200 f.; VON GRAFFENRIED, 196 ff. (betreffend Filmeinfuhr).

<sup>78</sup> BGE 120 Ia 143 f. E. 6a, betreffend Art. 35 Abs. 1 und 4 BV; vgl. auch BGE 123 II 317 ff., betreffend Ladenöffnungszeiten im Hauptbahnhof Zürich (dazu JAAG, Bemerkungen, 220). Dazu auch R. H. WEBER, 213 ff.

<sup>79</sup> Vgl. auch oben Rn. 135. Ungleichheiten ergeben sich zum Beispiel aufgrund des *Postmonopols* (Art. 36 BV) und des gesetzsmässigen Leistungsauftrages der PTT-Betriebe für private Dienstleistungsanbieter (BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD [= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781], betreffend die von einem privaten Speditions- und Transportbetrieb ebenfalls angebehrte Ausnahmegewilligung vom Nacht- und Sonntagsfahrverbot für schwere Motorwagen zur Güterbeförderung von Paketen über 5 kg). Bezüglich des Personenbeförderungsmonopols (Art. 36 BV) vgl. BGE v. 9. Juni 1997 i.S. G.AG c. EVED (= 2A.471/1996; = ZBI 1998, 272 ff.; betreffend der einem privaten Gesuchsteller verweigerten Konzession für den regelmässigen gewerbsmässigen Busbetrieb auf der Linie Zürich - St.Gallen - St.Margrethen - München).

<sup>80</sup> Dazu eingehend BERG, 1 ff.; TOMUSCHAT, 433 ff.; vgl. auch RÖCK, 333 ff.; R. H. WEBER, 250 ff.

<sup>81</sup> Bezüglich der Zuteilung von öffentlichem Grund vgl. auch BGE 119 Ia 450 E. 3b (betreffend Zirkus-Standplätze); 108 Ia 137 E. 3; 102 Ia 441 E. 3; 99 Ia 399 f. E. 2b.aa; BGE v. 20. November

„Das beschränkte Platzangebot macht von vornherein eine Auswahl unter den Interessenten erforderlich (...). Es liegt in der Natur der Sache, dass nicht alle Bewerber zugleich berücksichtigt werden können. Einen «freien Wettbewerb» kann es somit auf dem Sektor des Zirkuswesens nicht geben, weil die Platzzuteilung sachbedingt regelmässig einer staatlichen (bzw. kommunalen) Behörde obliegt, welche (in der Regel) eine Auswahl unter den Konkurrenten bzw. Interessenten vornehmen muss.“<sup>82</sup>

Sachlich unumgängliche Ungleichheiten bestehen generell in Bereichen, in denen *begehrte Ressourcen beschränkt* sind und deshalb durch den Staat verteilt werden müssen.<sup>83</sup> Kapazitätsschranken bestehen insbesondere bei *wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Privilegien*, welche durch den Staat vergeben werden, wie zum Beispiel die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben<sup>84</sup> oder die Unterstützung privater Tätigkeiten durch das Gemeinwesen<sup>85</sup>.

---

1973 i.S. R. c. Stadt Zürich (= ZBl 1974, 269 ff.); 97 I 656 ff. E. 5b (alle betreffend Taxi-Standplätze); 76 I 298 E. 3a (betreffend Marktstandplätze). Vgl. auch Entscheid des Verwaltungsgerichts Ansbach v. 11. Januar 1996 (= NVwZ-RR 1997, 98 f. [betreffend Zulassung einer Schmuckboutique zur Erlanger Bergkirchweih]); Entscheid des Verwaltungsgerichts Chemnitz v. 28. Juni 1996 (= DÖV 1996, 216 f. [betreffend Zulassung zum Chemnitzer Weihnachtsmarkt]). Vgl. auch JAAG, Gemeingebrauch, 159; SAXER, 277 ff., 291 ff., 297 f.

<sup>82</sup> BGE 121 I 287 E. 6b.

<sup>83</sup> Bspw. Radio- und Fernsehfrequenzen; vgl. R. H. WEBER, 251 f., 266 ff.; JAAG, Wettbewerbsneutralität, 485.

<sup>84</sup> Bspw. Beleihung Privater mit öffentlichen Aufgaben, Konzessionen; vgl. JAAG, Wettbewerbsneutralität, 479 f.

<sup>85</sup> Bspw. Subventionen, Bewilligung zum gesteigerten Gemeingebrauch bzw. zur Sondernutzung (vgl. BGE 117 Ib 395 f. E. 6d, „Home-Base-Recht“ für Flugschule), Polizeistundenverlängerung (vgl. BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 4a-c [= 2P.371/1993]; BGE 100 Ia 47

### *C. Modifizierung des Rechtsgleichheitsgebots*

#### 1. Durch den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität

- 320 Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verbietet grundsätzlich staatliche Massnahmen, welche den Wettbewerb unter sich konkurrierenden Unternehmern verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral ausgestaltet sind.<sup>86</sup> Sie dürfen weder in schützender, sichernder noch in bevorteilender Weise in die Wettbewerbsverhältnisse von sich konkurrierenden Marktteilnehmern eingreifen.<sup>87</sup> Grundsätzlich sind auch „Differenzierungen unzulässig, die an sich auf ernsthaften, sachlichen Gründen beruhen und damit vor Art. 4 BV standhalten, gleichzeitig aber einzelne Konkurrenten begünstigen oder benachteiligen.“<sup>88</sup>
- 321 Betrifft bzw. regelt eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme das Verhältnis von sich konkurrierenden Unternehmern, genügt es somit nicht, dass ein vernünftiger, rechtlich relevanter Grund für deren Ungleichbehandlung vorliegt. Dieser muss überdies den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität beachten.<sup>89</sup>
- 322 In diesem Sinne beruht eine Abgaberegulung, welche die Benützung öffentlichen Bodens durch Taxis betrifft, dadurch, dass sie den Anschluss der Ta-

---

ff.); vgl. JAAG, Wettbewerbsneutralität, 481 f.; ders., Gemeingebrauch, 165). Vgl. auch RIEBEN, 86; SALADIN, 251; SCHÖN, 108, 163 ff.; WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 215 f.

<sup>86</sup> Vgl. BGE 123 I 35 E. 10.

<sup>87</sup> Vgl. oben Rn. 245, 250. Die staatlichen Massnahmen „dürfen weder darauf ausgerichtet sein, allfällige organisatorische Vorteile einer bestimmten Betriebsform oder -kombination zum Schutz konkurrierender anderer Betriebsformen zu korrigieren, noch sollen sie bestimmte Betriebsformen oder -kombinationen ohne stichhaltigen Grund bevorteilen.“ (BGE 120 Ia 239 E. 2b).

<sup>88</sup> BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 3c (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781). Vgl. auch BGE 121 I 134 f. E. 3d, 285 E. 4a; BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993). Das Rechtsgleichheitsgebot ist - wie RICHLI/VALLENDER, 52, mit Recht hervorheben - ein zu allgemeiner Grundsatz und nicht spezifisch wettbewerbsbezogen, weshalb die Auswirkungen von Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit nicht hinlänglich präzise erfasst werden können (a.M. SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 57).

xis an eine Funkzentrale fördern und den beträchtlichen Anschlusskosten an eine Zentrale Rechnung tragen will, zwar auf vernünftigen Gründen. Indessen erweisen sich diese unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsneutralität als unzulässig:

„Es ist ein unternehmerischer Entscheid jedes einzelnen Taxihalters, ob er sich einer Zentrale anschliessen und dabei zwar gewisse Anschlusskosten in Kauf nehmen, gleichzeitig aber seine Erreichbarkeit und Marktpräsenz vergrössern will. Selbst der Regierungsrat anerkennt in seiner Vernehmlassung an das Bundesgericht, dass ein Funkanschluss höhere Verdienstmöglichkeiten eröffne. Insofern spielt der Markt bereits in die Richtung, die auch mit der angefochtenen Abgaberegulung verfolgt wird. Durch eine Abgabeordnung, welche diese Markttendenzen verstärkt, wird der Wettbewerb im Taxigewerbe zusätzlich beeinflusst. Die angefochtene Regelung greift somit in den Wettbewerb ein und hat insofern, auch wenn dies nicht ihre Hauptstossrichtung ist, wirtschaftspolitische Auswirkungen (...). Ist die Abgabeordnung in diesem Sinne nicht wettbewerbsneutral, verstösst sie gegen Art. 31 BV.“<sup>90</sup>

## 2. Durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit

323 Die Wahrung der Wettbewerbsneutralität als verfassungsmässiges Ziel und Vorgabe, welche bei der Ausgestaltung von wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen - im Sinne einer Chancengleichheit der *Startbedingungen*<sup>91</sup> - generell zu beachten ist, lässt sich indessen in der Form eines absoluten Diskriminierungsverbots kaum verwirklichen. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität würde dabei mit dem Rechtsgleichheitsgebot ge-

---

<sup>89</sup> Das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden „verpflichtet den Staat zu einer über das allgemeine Gleichbehandlungsgebot von Art. 4 BV hinausgehenden Wettbewerbsneutralität in der Behandlung direkter Konkurrenten (...)“ (BGE 123 I 281 E. 3d). Dazu näher unten Rn. 367 ff.

<sup>90</sup> BGE 121 I 137 E. 4b.

<sup>91</sup> Vgl. BGE 123 I 164 f. E. 5b. Das Gebot *tatsächlicher* Gleichstellung gehört höchstens zur programmatischen und zur flankierenden Schicht der Rechtsgleichheit (RICHLI, Chancengleichheit, 201). Zutreffend aber auch R. H. WEBER, 258: „Wo die Gleichheit des *Ergebnisses* nicht erreichbar ist (...), erscheint die Gleichheit der *Chance* als nächstbestes Ziel.“ (Hervorhebungen)

mäss Art. 4 BV kollidieren.<sup>92</sup> Da sich aus der Verfassung kein Vorrang für das eine oder andere Interesse herleiten lässt und das „Prinzip praktischer Konkordanz“ gebietet, dass keines der entgegenstehenden Interessen völlig zu Lasten des anderen verwirklicht wird, muss, wenn der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität mit dem Rechtsgleichheitsgebot kollidiert, jeweils zwischen den auf dem Spiele stehenden Interessen abgewogen werden.<sup>93</sup> Gefordert ist somit nicht nur eine Ungleichbehandlung, welche auf sachlichen, vernünftigen Gründen beruht, sondern vielmehr auch geeignet ist und nicht über das Erforderliche hinausgeht bzw. zu *möglichst geringen Wettbewerbsverzerrungen* im Verhältnis unter den sich konkurrierenden Unternehmen führt.<sup>94</sup>

- 324 Soweit eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahmen alleine in den Schutzbereich von Art. 4 BV fällt,<sup>95</sup> geht die neuere Lehre und Rechtsprechung ebenfalls davon aus, dass in den Fällen, in denen eine unterschiedliche Behandlung erfolgt, um einen bestimmten Zweck - vorliegend die Wahrung der Wettbewerbsneutralität - zu erreichen, sich die Zulässigkeit der Ungleichbehandlung nicht primär nach dem Vorliegen von sachlichen Gründen beurteilt, sondern die Ungleichbehandlung auch daraufhin geprüft werde, ob sie *geeignet* und *erforderlich* sei. Dieser Lösungsansatz geht vom *Verhältnis von Gleichbehandlung und Regelungsziel* aus.<sup>96 97</sup>

---

durch den Verfasser). Zur Chancengleichheit vgl. RICHLI, Chancengleichheit, 199 ff.; WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 205 ff. Vgl. auch oben Rn. 248.

<sup>92</sup> Vgl. zum Verhältnis zwischen Rechtsgleichheitsgebot und Grundsatz der Wettbewerbsneutralität auch POLEDNA, 141; RICHLI/VALLENDER, 52. Siehe zur allgemeinen Problematik auch SCHWANDER CLAUS, 73 ff.

<sup>93</sup> BGE 123 I 157 E. 3b (betreffend Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten; dazu HÄFELIN/HALLER, N. 1561d); SCHWANDER CLAUS, 75 ff.

<sup>94</sup> Vgl. auch oben Rn. 281.

<sup>95</sup> Das kann zum Beispiel bei den allgemeinen Steuern oder im Rahmen der staatlichen Leistungsverwaltung der Fall sein. Vgl. dazu oben Rn. 141, 152, 161 ff.

<sup>96</sup> Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1140a, 1561c; HÄFELIN/MÜLLER, N. 401; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4 Rz. 32a; SCHWANDER CLAUS, 80 ff.; ähnlich ZIMMERLI, Verhältnismässigkeit, 98 f.; zum Ganzen auch PÖSCHL, 420 ff., 425. Dem liegt der m.E. zutreffende Hinweis zu Grunde, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Verfassungsgrundsatz prinzipiell auf alle Rechtsgebiete anwendbar ist, sobald mehrere Rechtsgüter miteinander kollidieren (vgl. G. MÜLLER in Komm.

- 325 Vor allem in Bereichen, in denen systembedingte oder sonstwie sachlich unumgängliche Ungleichheiten bestehen bzw. zulässig sind,<sup>98</sup> ergibt sich - im Sinne einer rechtsgleichen Behandlung als anzustrebendes Ziel<sup>99</sup> - im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität das *Gebot der Minimierung der unumgänglichen, wettbewerbsverzerrenden Ungleichheiten*.<sup>100</sup>
- 326 Eine - in diesem Sinne unumgängliche - Bevorzugung des einen Konkurrenten gegenüber dem anderen „muss sich mit *sachlich haltbaren Überlegungen* begründen lassen und *verhältnismässig* sein. Je gravierender die Ungleichbehandlung ist, desto gewichtiger müssen die dafür geltend gemachten

---

BV, Art. 4, Rz. 32a; anders GYGI, Wirtschaftsverfassung, 364). „Die zum Teil gegen-läufigen Interessen rufen nach einer sorgfältigen Abwägung, welche den Interessen der einzelnen konkurrierenden Unternehmen, den Interessen an einer zweckmässigen Nutzung öffentlicher Plätze wie auch dem Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen angemessen Rechnung trägt.“ (BGE 121 I 289 E. 6c.dd; vgl. auch BGE 108 Ia 138 E. 4). Vgl. auch oben Rn. 298.

<sup>97</sup> Das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV erfährt in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung m.E. bereits im Abgabenrecht eine Modifizierung durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit: „Art. 4 BV wird auf dem Gebiet der Steuern konkretisiert durch die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit der Steuerbelastung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (...). Gemäss dem letztgenannten Grundsatz müssen die Steuerpflichtigen nach Massgabe der ihnen zustehenden Mittel gleichmässig belastet werden; die Steuerbelastung muss sich nach den dem Steuerpflichtigen zur Verfügung stehenden Wirtschaftsgütern und den persönlichen Verhältnissen richten (...)“ (BGE 122 I 103 E. 2b.aa). Das aus Art. 4 BV abgeleitete Äquivalenzprinzip wird im weiteren als gebührenrechtliche Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips angesehen (vgl. BGE 121 I 276 E. 4c). Vgl. dazu auch ZIMMERLI, Verhältnismässigkeit, 112 ff.

<sup>98</sup> Dazu oben Rn. 318 f.

<sup>99</sup> Vgl. oben Rn. 318.

<sup>100</sup> BGE 121 I 287 E. 6b („Gerade der Umstand, dass es naturgemäss keinen freien Wettbewerb gibt, verpflichtet die Behörden dazu, dem institutionellen Gehalt der Handels- und Gewerbefreiheit Rechnung zu tragen und ihre Bewilligungsvoraussetzungen so auszugestalten, dass möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse geschaffen werden.“); BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3c (= 2P.371/1993); 100 Ia 52 E. 4e. So ist bspw. im Zusammenhang mit den system- bzw. eisenbahnrechtlich bedingten unterschiedlichen Ladenöffnungszeiten von Bahnnebenbetrieben im Zürcher Hauptbahnhof und den jeweiligen städtischen Konkurrenzbetrieben vom Standpunkt der Wettbewerbsneutralität aus sowohl die restriktive Handhabung der eisenbahnrechtlichen Sonderregelung (vgl. BGE 123 II 317 ff., 323 E. 4b), als auch der in Gang gesetzte politische Prozess, welcher zu einer Änderung der städtischen Ladenöffnungszeiten führte, zu begrüssen (vgl. auch JAAG, Bemerkungen, 218 ff.). Vgl. auch BGE 123 II 35 E. 10; JAAG, Gemeingebrauch, 159, 165 ff.; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 21; RIEBEN, 86; SAXER, 277, 291 ff.; WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 215. Vgl. dazu unten Rn. 367 ff.

Gründe sein und desto sorgfältiger muss die Interessenabwägung erfolgen.“<sup>101</sup>

- 327 Resultatmässig macht es somit keinen Unterschied, ob dem Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden über das einschlägige verfassungsmässige Recht - unter Bezug des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität und des Rechtsgleichheitsgebots<sup>102</sup> - oder aber über das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV selbst - mit Bezug des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität und dem Verhältnismässigkeitsprinzip - zum Durchbruch verholfen wird.

### III. Der konkurrierende Unternehmer

#### A. Allgemeines

- 328 In subjektiver Hinsicht erstreckt sich der Geltungsbereich des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität und damit des Gebots der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden auf diejenigen Unternehmer, welche zueinander in einem *Wettbewerbsverhältnis* stehen, welches von einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme tangiert wird.<sup>103</sup>
- 329 Ein Wettbewerbsverhältnis liegt generell vor, „wenn zwischen den Vorteilen, die jemand durch eine Massnahme für sein Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die ein anderer dadurch erleidet, eine Wechselbeziehung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wett-

<sup>101</sup> BGE 121 I 289 E. 6d.aa. Vgl. auch BGE 123 I 158 E. 3b; und bereits BGE 100 Ib 322 E. 3b.

<sup>102</sup> Vgl. oben Rn. 285.

<sup>103</sup> Vgl. auch WYSS, 34 ff.

bewerb *gefördert* und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann.“<sup>104</sup>

- 330 Für das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses ist in erster Linie die *Gleichheit des Abnehmerkreises* wesentlich.<sup>105</sup> Der gleiche Abnehmerkreis ist regelmässig - aber nicht zwingend<sup>106</sup> - bei Branchengleichheit oder Branchenverwandtheit gegeben.<sup>107</sup> Von Bedeutung ist, dass *Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art* vertrieben werden.<sup>108</sup> Entscheidend ist dabei jedoch, dass die Waren oder gewerblichen Leistungen so viele übereinstimmende Merkmale haben, dass sie einander nach der Ver-

<sup>104</sup> BAUMBACH/HEFERMEHL, Einl UWG N. 216; GLOY, § 10 N. 1. Zum „Prokrustesbett des Wettbewerbsverhältnisses“ vgl. auch J. MÜLLER in von Büren/David, 7 f. Dies setzt *Wettbewerbsabsicht* voraus, welche bei einem objektiv wettbewerbsgeeigneten Handeln im geschäftlichen Verkehr jedoch zu vermuten ist und gewöhnlich nicht geklärt zu werden braucht (SPECKMANN, 20 f.; J. MÜLLER in von Büren/David, 9). Das neue schweizerische UWG von 1986 verzichtet auf das von der Rechtsprechung für die Anwendbarkeit des UWG verlangte Erfordernis des Wettbewerbsverhältnisses (vgl. dazu J. MÜLLER in von Büren/David, 8; STREULI-YOUSSEF in von Büren/David, 147 f.; RAUBER in von Büren/David, 252 ff.).

<sup>105</sup> Vgl. BAUMBACH/HEFERMEHL, Einl UWG N. 216, 220 ff.; GLOY, § 10 N. 1; SPECKMANN, 17; VOGT, 368, 381; SCHLUEP, Kommentar, 210 f. Vgl. auch BGE 108 II 329 E. 3; 92 II 308 E. 1. „Ein objektives Wettbewerbsverhältnis zwischen Gewerbetreibenden, die sich an *verschiedene* Abnehmer wenden, kann sich indessen dann ergeben, wenn sich Gewerbetreibende bei der Verwertung von Schutzrechten oder ihnen gleichzustellenden vermögensrechtlichen Werten in Konkurrenz zueinander begeben (SPECKMANN, 18).

<sup>106</sup> Zum einen kann aufgrund der *Substitutionsmöglichkeit* beispielsweise in Bezug auf Geschenkartikel ein Wettbewerbsverhältnis zwischen einem Blumengeschäft und einem Büchergeschäft bestehen (BAUMBACH/HEFERMEHL, Einl UWG N. 228; SCHLUEP, Kommentar, 210 ff., 256 ff.; SPECKMANN, 17). Zum anderen kann die *räumliche Entfernung* trotz Branchengleichheit ein Wettbewerbsverhältnis ausschliessen, da die Unternehmer sich dann nicht an den gleichen Abnehmerkreis wenden (BAUMBACH/HEFERMEHL, Einl UWG N. 223; SPECKMANN, 18).

<sup>107</sup> BAUMBACH/HEFERMEHL, Einl UWG N. 223; SPECKMANN, 17. Indessen weist KEHL, § 9 N. 8, zu Recht darauf hin, dass „(i)m heutigen Kommunikationszeitalter (...) der wirtschaftliche Wettbewerb nicht mehr nur auf die jeweiligen Branchen und Wirtschaftsstufen beschränkt (ist). Je weiter die eigentliche Bedarfsdeckung voranschreitet oder schon erreicht ist, desto intensiver ist die werbungstreibende Wirtschaft darauf angewiesen, den Abnehmer für Substitutionsgüter zu interessieren.“ Auch zwischen *Gewerbetreibenden verschiedener Wirtschaftsstufen* kann ein Wettbewerbsverhältnis bestehen. „So steht ein Hersteller, der seine Ware direkt an den Endverbraucher absetzt, in unmittelbarem Wettbewerb zum Einzelhändler.“ (BAUMBACH/HEFERMEHL, Einl UWG N. 226). Vgl. dazu auch WYSS, 37 ff.

<sup>108</sup> Vgl. BAUMBACH/HEFERMEHL, Einl UWG N. 217, UWG § 13 N. 14; KEHL, § 9 N. 6; GLOY, § 10 N. 3, § 12 N. 5 ff.; VOGT, 368. Vgl. auch BGE 108 II 329 E. 3: „Zwei Unternehmen stehen nur dann im wirtschaftlichen Wettbewerb, wenn sie mit gleichartigen Waren oder Leistungen gleiche oder ähnliche Bedürfnisse befriedigen, sich also an den gleichen Abnehmerkreis wenden.“ (vgl. auch bereits BGE 92 II 308 E. 1).

kehrsanschauung im Absatz behindern können; das trifft zu, wenn sie dem gleichen wirtschaftlichen Zweck dienen, d.h. die gleichen Bedürfnisse befriedigen.<sup>109</sup> Vorausgesetzt ist jedoch, dass der Vertrieb auf demselben Markt erfolgt.<sup>110</sup>

### *B. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung*

- 331 Das Bundesgericht hat in jahrzehntelanger Rechtsprechung festgehalten, wer als konkurrierender Unternehmer das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbegegnossen für sich in Anspruch nehmen kann:

„Als direkte Konkurrenten gelten die Angehörigen der gleichen Branche, die sich mit gleichen Angeboten an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen.“<sup>111</sup>

- 332 Voraussetzung ist danach generell das Vorliegen einer *direkten Konkurrenzsituation*.<sup>112</sup> Diese beurteilt sich gemäss der bundesgerichtlichen Praxis *kumulativ* nach der Gleichheit des Leistungsangebots, der Publikumsausrichtung und der Bedürfnisbefriedigung.<sup>113</sup> Bei Branchenangehörigen ist ei-

<sup>109</sup> BAUMBACH/HEFERMEHL, Einl UWG N. 217, UWG § 13 N. 14; KEHL, § 9 N. 6, 11; GLOY, § 12 N. 7; VOGT, 368. Zur sog. funktionellen Austauschbarkeit vgl. auch VEIT, 573 f.

<sup>110</sup> Vgl. BAUMBACH/HEFERMEHL, UWG § 13 N. 16; SCHLUEP, Kommentar, 213 ff.

<sup>111</sup> BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 4c (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781); vgl. auch BGE 124 II 212 E. 8b; BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play SA c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.dd (= 2P.146/1996); BGE 121 I 132 E. 3b, 285 E. 4a; BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3b (= 2P.371/1993); BGE 120 Ia 238 E. 1a; 119 Ia 236 E. 2b, 448 E. 1a.cc; 116 Ia 352 E. 6a.aa; 112 Ia 34 E. 3a; BGE v. 22. April 1983 i.S. Wirtverband des Kt. Bern u.a. c. Kt. Bern, E. 5a (= ZBl 1983, 355 ff.); BGE 106 Ia 274 E. 5a; BGE v. 19. Dezember 1973 i.S. X. c. Regierungsrat des Kt. Bern, E. 3a (= ZBl 1974, 353 ff.); 87 I 448 E. 6b; 78 I 303 E. 5a.

<sup>112</sup> Vgl. BGE 123 II 382 f. E. 5b.bb, 401 E. 11; BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 4c (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781); BGE 120 Ia 238 E. 1b; 119 Ia 437 E. 2b; 116 Ia 352 E. 6a.aa; 87 I 448 E. 6b.

<sup>113</sup> Vgl. auch WYSS, 22 f.

ne direkte Konkurrenzsituation deshalb in der Regel ohne weiteres gegeben.<sup>114</sup>

- 333 Das Angebot muss seiner *Art* nach prinzipiell gleich sein. Dies ist zum Beispiel bei zwei Zirkussen trotz teilweise unterschiedlichen Programmen der Fall.<sup>115</sup> Darbietungen eines Jugendzirkusses, welche unter Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen im schulpflichtigen Alter erfolgen, unterscheiden sich dagegen von denjenigen eines herkömmlichen Zirkusbetriebes.<sup>116</sup> Die Art der angebotenen Leistungen ist auch im Verhältnis zwischen «Peep-Shows» und Kiosken, Kinos und Night-Clubs derart verschieden, dass nicht mehr von einer direkten Konkurrenzsituation gesprochen werden kann.<sup>117</sup> Keine direkte Konkurrenz besteht auch zwischen einem Spielautomatenhändler und einem Kursaal.<sup>118</sup>

Verlangt ist im weiteren grundsätzliche *Identität* des Angebots *im Gesamtbereich* der gewerblichen bzw. geschäftlichen Tätigkeit.<sup>119</sup> Kein Wettbewerbsverhältnis liegt demnach vor, wenn zwei verschiedene Berufs- oder Gewerbekategorien lediglich in einem Nebenbereich ihrer Tätigkeit in eine Konkurrenzsituation gelangen.<sup>120</sup> Das teilweise gleiche Warenangebot im Verhältnis zwischen Apothekern und selbstdispensierenden Ärzten oder zwischen Apotheken und Drogerien begründet nach Ansicht des Bundesgerichts deshalb keine direkte Konkurrenzsituation.<sup>121</sup> Kein direktes Konkurrenzverhältnis besteht auch zwischen Apotheken und Drogerien einerseits und Lebensmittelgeschäften andererseits in Bezug auf den Verkauf von Al-

<sup>114</sup> Vgl. BGE 89 I 32 E. 2; 87 I 448 E. 6b. Dies dispensiert jedoch nicht von einer Prüfung anhand der nachstehenden Kriterien (vgl. Rn. 333 ff.). Vgl. auch WYSS, 24 ff., 37 ff. und oben Rn. 328.

<sup>115</sup> BGE 119 Ia 448 E. 1a.cc.

<sup>116</sup> BGE 121 I 285 f. E. 5a.

<sup>117</sup> BGE 106 Ia 274 f. E. 5a.

<sup>118</sup> BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.dd (= 2P.146/1996). Vgl. auch WYSS, 22 f.

<sup>119</sup> Vgl. auch WYSS, 23.

<sup>120</sup> BGE 120 Ia 239 E. 2b.

<sup>121</sup> BGE 120 Ia 239 E. 2b; 119 Ia 437 E. 2b; 89 I 35 E. 4.

kohol<sup>122</sup> sowie zwischen Lebensmittelgeschäften im engeren Sinne (sog. Spezereiläden und Kolonialwarenhandlungen) und Molkereien, Bäckereien, Konditoreien und Metzgereien.<sup>123</sup> Auch zwischen den Detaillisten und dem Gastgewerbe besteht bezüglich des Verkaufs von Getränken kein direktes Wettbewerbsverhältnis, denn das Angebot der ersteren beschränkt sich lediglich auf den Verkauf von Getränken, während letztere den Kunden nicht nur Getränke verkaufen, sondern sie zudem bewirten.<sup>124</sup>

Das Wettbewerbsverhältnis braucht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im übrigen kein *gegenseitiges* zu sein.<sup>125</sup>

- 334 Mit der grundsätzlichen Gleichheit des Angebots wenden sich die konkurrierenden Unternehmer in der Regel auch an das *gleiche Publikum*.<sup>126</sup> Bei Zirkussen ist dies beispielsweise dann der Fall, wenn sie an den gleichen Orten auftreten.<sup>127</sup> Nicht das gleiche Publikum haben dagegen grundsätzlich Spielsalons und Gaststätten mit Spielapparaten gegenüber Kursälen, denn die in letzteren offerierten Spielmöglichkeiten sprechen grundsätzlich einen anderen Benutzerkreis an als die ersteren.<sup>128</sup> Nicht das gleiche Publikum haben nach Ansicht des Bundesgerichts auch Verlagshäuser, welche ihre Erzeugnisse praktisch ausschliesslich über den Einzelverkauf am Kiosk vertreiben gegenüber solchen, welche diese vor allem im Abonnement ver-

<sup>122</sup> BGE v. 19. Dezember 1973 i.S. X. c. Regierungsrat des Kt. Bern, E. 3a (= ZBl 1974, 353 ff.).

<sup>123</sup> BGE 73 I 102 f. E. 4.

<sup>124</sup> BGE v. 22. April 1983 i.S. Wirtverband des Kt. Bern u.a. c. Kt. Bern, E. 5b (= ZBl 1983, 355 ff.).

<sup>125</sup> Vgl. BGE 88 I 236 ff. E. 3; sowie BGE 98 Ia 404 E. 5b, in welchem das Bundesgericht davon ausging, dass Warenhäuser, welche je eine Schuhabteilung führen, „aus der Sicht“ der reinen Schuhgeschäfte direkte Konkurrenzbetriebe seien (Identität bezüglich Schuhangebot). Umgekehrt sind die reinen Schuhgeschäfte aber nicht als Konkurrenzbetriebe der Warenhäuser anzusehen (keine Identität bezüglich Warenangebot; vgl. auch BGE v. 28. Oktober 1948 i.S. „Neue Warenhaus AG“ c. Stadt Luzern [= ZBl 1949, 126 ff.]; BGE 73 I 102 f. E. 4). Vgl. dazu WYSS, 27 f.

<sup>126</sup> Vgl. BGE 119 Ia 448 E. 1a.cc.

<sup>127</sup> Vgl. BGE 119 Ia 448 E. 1a.cc.

<sup>128</sup> BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.aa und e (= 2P.146/1996); BGE v. 11. Mai 1994 i.S. K. c. Kantonales Amt für Polizeiwesen des Kt. Graubünden, E. 2e (= ZBl 1994, 522 ff.); BGE v. 4. Juli 1990 i.S. S. et M. c.

kaufen<sup>129</sup> sowie Kinos gegenüber Theater und Cabaret-Dancings<sup>130</sup> und Reformhäuser gegenüber Apotheken und Drogerien<sup>131</sup>. Auch Zahnärzte und Zahntechniker stehen in keinem direkten Konkurrenzverhältnis zueinander, denn mit der Lieferung von Zahnprothesen, Zahnersatz und kieferorthopädischen Apparaturen an ihre Patienten im Rahmen von Heilbehandlungen wenden sich Zahnärzte nicht an potentielle Kunden der Zahntechniker, zu deren Kundenkreis vor allem Zahnärzte, Zahnlabors und Zahnkliniken gehören.<sup>132</sup> Schliesslich stehen auch Ärzte und Tierärzte in keinem direkten Konkurrenzverhältnis zueinander.<sup>133</sup>

335 Der prinzipiellen Gleichheit von Angebot und Publikum liegt schliesslich regelmässig auch *Gleichheit in Bezug auf die Bedürfnisbefriedigung* zu Grunde. In BGE 121 I 285 f. E. 5a verneinte das Bundesgericht indessen das Vorliegen eines direkten Konkurrenzverhältnisses zwischen dem Jugend-Zirkus Basilisk und dem Zirkus Gasser Olympia. Da die Darbietungen des Jugend-Zirkusses Basilisk unter Mitwirkung von Kinder und Jugendlichen im schulpflichtigen Alter erfolge und sich somit von denjenigen eines herkömmlichen Zirkusses unterscheiden, sei „anzunehmen, dass die Zuschauer des Zirkus Basilisk diesen nicht nur besuchen, um herkömmliche Zirkuskunst zu geniessen, sondern zumindest auch, um die Jugendarbeit des Vereins zu unterstützen.“

336 Unmassgebliche Kriterien zur Beurteilung, ob eine direkte Konkurrenzsituation vorliegt, sind dagegen die Art und Weise der Unternehmensfüh-

---

La loi genevoise du 22 juin 1989 modifiant la loi sur l'exercice des professions ou industries permanentes, ambulantes et temporaires, E. 3b (= 2P.313/1989).

<sup>129</sup> BGE 123 II 401 E. 11.

<sup>130</sup> BGE 78 I 303 f. E. 5a.

<sup>131</sup> VGE-ZH v. 18. Mai 1984 i.S. Verband Schweizer Reform- und Diätfachgeschäfte c. Kt. Zürich, E. 4b (= ZBl 1985, 64 ff.).

<sup>132</sup> BGE 124 II 212 f. E. 8c.

<sup>133</sup> BGE v. 10. Juni 1998 (= 2A.89/1997), publiziert in der NZZ v. 17. Juli 1998, S. 12.

rung,<sup>134</sup> die Unternehmensgrösse,<sup>135</sup> die Ausbildungsstätte eines Unternehmers,<sup>136</sup> eine „nach internationalen Massstäben aussergewöhnliche Qualität“ des Angebots,<sup>137</sup> das Vorliegen einer anderen Personalorganisation<sup>138</sup> oder die organisatorische oder bauliche Verbindung eines Gewerbebetriebes, welcher auch allein geführt werden kann, mit dem Betrieb einer anderen Branche<sup>139</sup>. Irrelevant ist im weiteren auch der Umstand, dass es sich bei einem der Unternehmer um einen Staatsbetrieb handelt;<sup>140</sup> dies jedenfalls soweit, als auf dem betreffenden Sektor freier Wettbewerb herrscht<sup>141</sup>. Die Unmassgeblichkeit bei der Beurteilung des *Wettbewerbsverhältnisses* schliesst jedoch eine Ungleichbehandlung von sich konkurrierenden Unternehmern aufgrund *dieser* Kriterien keineswegs aus.<sup>142</sup> Nicht abgestellt werden darf im weiteren sowohl bei der Bestimmung des Wettbewerbsver-

<sup>134</sup> Vgl. WYSS, 23 f.

<sup>135</sup> BGE 119 Ia 448 E. 1a.cc; WYSS, 23.

<sup>136</sup> Zwischen HTL-Architekten und ETH-Architekten besteht deshalb zum Beispiel ein Wettbewerbsverhältnis (BGE 112 Ia 33 ff. E. 3). Das gleiche muss auch für das Verhältnis zwischen einem selbständigen medizinischen Masseur und einem Physiotherapeuten gelten, soweit es im Zusammenhang mit der Applikation von Heilmethoden der passiven physikalischen Therapie um die Frage der Kostenüberwälzung auf eine Krankenkasse geht (vgl. BGE 122 V 95 ff. E. 5b.bb).

<sup>137</sup> BGE 119 Ia 448 E. 1a.cc. Vgl. auch BGE 87 I 446 ff.

<sup>138</sup> BGE 120 Ia 239 E. 2c.

<sup>139</sup> Zwischen Bäckereien/Konditoreien und Bäckereien/Konditoreien mit angegliedertem Gastwirtschaftsbetrieb (Café) besteht deshalb in Bezug auf den Betriebsteil Bäckerei/Konditorei ein Wettbewerbsverhältnis (BGE 120 Ia 239 E. 2b sowie Regeste).

<sup>140</sup> Zur sog. fiskalischen Wettbewerbswirtschaft vgl. oben Rn. 17. Vgl. im übrigen BGE 94 I 23 E. 3: „Wie aus der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung erhellt, sind auf dem Gebiete der wirtschaftlichen Betätigung (in casu:) hinsichtlich des Ausführens von Hausinstallationen verschiedene Möglichkeiten denkbar. Einmal kann sich die Gemeinde das *ausschliessliche Monopol* vorbehalten. Sie kann sich sodann, soweit sie selber der Nachfrage nicht zu genügen vermag, mit einigen Privaten in die genannte Tätigkeit teilen, indem sie den betreffenden Gewerbetreibenden (echte) Konzessionen einräumt (sog. *gemischtes System*). Schliesslich kann die Gemeinde auf ein Monopol überhaupt verzichten, wobei die privaten Firmen - welche u.U. gewisse polizeiliche Erfordernisse zu erfüllen haben - allein die Hausinstallationen besorgen oder aber ein Gemeindebetrieb sich mit ihnen im *freien, grundsätzlich unter dem Schutz von Art. 31 BV stehenden Wettbewerb* misst.“ Zur Privatisierung von Staatsaufgaben vgl. neuestens A. MÜLLER, 65 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N. 1 ff., 69 ff.

<sup>141</sup> Vgl. BGE 123 II 412 E. 3c.bb (wonach die SRG auf dem Werbemarkt in Konkurrenz zu den lokalen und internationalen Veranstaltern steht); BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781; vom Bundesgericht offengelassen, ob die PTT-Betriebe bezüglich der Beförderung von Paketen über fünf Kilogramm in einem Konkurrenzverhältnis zu privaten Anbietern stehen). Vgl. auch TIPKE/LANG, § 11 Rz. 11; und oben Rn. 135, 165.

<sup>142</sup> Vgl. unten Rn. 349 ff. So auch bereits WYSS, 24, 100 f.; und unten Rn. 363.

hältnisses als auch bei der Differenzierung auf die Herkunft eines Unternehmers.<sup>143</sup>

- 337 Der Unternehmer, der nicht in einem - durch die konkrete wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme tangierten - Wettbewerbsverhältnis steht, kann sich *nicht* auf das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden berufen bzw. fällt nicht unter den Anwendungsbereich des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität. Die Verfassungsmässigkeit einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme, welche Nichtkonkurrenten ungleich behandelt, beurteilt sich diesfalls allein nach Art. 4 BV.<sup>144</sup>

### *C. Stellungnahme und Kritik*

- 338 Leitet man - wie hier postuliert<sup>145</sup> - den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität aus der Verfassung ab, kommt man nicht umhin, bei der Beurteilung, welche Unternehmer vom Grundsatz der Wettbewerbsneutralität erfasst werden, danach zu fragen, ob zwischen diesen überhaupt ein *Wettbewerbsverhältnis* besteht.
- 339 Die Kritik in der Lehre richtet sich grundsätzlich weniger gegen diesen Ausgangspunkt, als vielmehr gegen die enge, restriktive Betrachtungsweise des Bundesgerichts, welche vom Grundsatz der Wettbewerbsneutralität nur die sog. „direkten Konkurrenten“ als erfasst ansieht<sup>146 147</sup>.

<sup>143</sup> Vgl. Botschaft BGBM, 54, und oben Rn. 312, 180. Dies jedenfalls soweit, als die Unternehmer sich am selben Ort konkurrenzieren bzw. sich an das gleiche Publikum wenden (vgl. oben Rn. 332).

<sup>144</sup> Vgl. BGE 121 I 286 E. 5a; 106 Ia 274 ff. E. 5; 89 I 35 f. E. 5; E. GRISEL, vol. 2, n. 514 ss.; WYSS, 21.

<sup>145</sup> Vgl. oben Rn. 64 ff.

<sup>146</sup> Vgl. dazu oben Rn. 330 ff.

340 Richtig ist m.E., dass bei der Beurteilung, ob ein Wettbewerbsverhältnis vorliegt, nicht - wie es das Bundesgericht grundsätzlich macht<sup>148</sup> - *pauschal* auf die Gleichheit des Gesamtangebots der jeweiligen Unternehmer abgestellt werden kann. Von Bedeutung bei der Bestimmung eines Wettbewerbsverhältnisses ist grundsätzlich vielmehr die Gleichheit des Abnehmerkreises bzw. die Gleichheit der Bedürfnisbefriedigung.<sup>149</sup> Konkurrenz besteht somit immer in Bezug auf *bestimmte* Waren und Dienstleistungen, welche den Konsumenten angeboten werden.<sup>150</sup> In diesem Sinne auch ein neuerer Entscheid des Bundesgerichts, wonach zwischen einem Gastwirtschaftsbetrieb mit dem Patent H (Wirtschaft) und denjenigen in der Kombination der Patente A und H (Hotel und Wirtschaft) insoweit ein Wettbewerbsverhältnis bestehe, als beide *Getränke* an Dritte abgeben dürfen.<sup>151</sup> Entgegen der Ansicht des Bundesgerichts stehen aber auch Verlagshäuser, unabhängig davon, ob sie ihre Erzeugnisse praktisch ausschliesslich über den Einzelverkauf am Kiosk oder vor allem im Abonnement verkaufen, in einem Konkurrenzverhältnis zueinander, soweit ihre Zeitungen bzw. Zeitschriften im wesentlichen das *gleiche Informationsbedürfnis* der Konsumenten befriedigen.<sup>152</sup>

---

<sup>147</sup> Vgl. ANDRICH, 117 f.; H. HUBER, Gleichbehandlung, 305 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 75, 179 ff.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 70; VEIT, 573 f.; WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 213.

<sup>148</sup> Vgl. oben Rn. 331.

<sup>149</sup> Vgl. oben Rn. 328. Abzustellen ist auf die Sicht des *vernünftigen* Nachfragers (SCHLUEP, Kommentar, 211, 256).

<sup>150</sup> Vgl. GYGI/RICHLI, 17; SCHLUEP, Kommentar, 209 ff., 255; VEIT, 573 f. Eingeschlossen werden müssen auch die *Substitutionsgüter* (SCHLUEP, Kommentar, 212, 256; VEIT, 574; vgl. oben Rn. 330). Siehe auch BGE 123 I 210 f. E. 6b („De plus, pour ce qui concerne la vente de médicaments de la catégories D, les pharmaciens sont en concurrence avec les droguistes“).

<sup>151</sup> BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3b (= 2P.371/1993). Vgl. auch BGE 122 V 95 ff. E. 5b.bb (Angebot von Heilmethoden der passiven physikalischen Therapie sowohl durch selbständige medizinische Masseur als auch durch Physiotherapeuten); VGE-ZH v. 18. Mai 1984 i.S. Verband Schweizer Reform- und Diätfachgeschäfte c. Regierungsrat des Kt. Zürich, E. 4 (= ZBI 1985, 64 ff.). Vgl. auch BGE 123 II 382 f. E. 5b.bb; und bereits BGE 98 Ia 404 E. 5b; 90 I 162 ff. E. 2.

<sup>152</sup> Vgl. BGE 123 II 401 E. 11.

Unmassgeblich ist deshalb, ob ein gegenseitiges Wettbewerbsverhältnis in Bezug auf das Gesamtangebot eines Unternehmers vorliegt.<sup>153</sup>

341 Im weiteren darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich die Frage des Vorliegens eines Wettbewerbsverhältnisses immer im Zusammenhang mit einer konkreten wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme stellt, welche auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zu prüfen ist. Die Bestimmung eines abstrakten Wettbewerbsverhältnisses, losgelöst von einer staatlichen Massnahme, ist im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität nicht von Bedeutung und interessiert hier nicht. Es erscheint überdies als schwierig, wenn nicht gar unmöglich, das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses *abstrakt* - pauschal anhand der vom Bundesgericht bestimmten Kriterien - festzulegen.<sup>154</sup> Die von WYSS<sup>155</sup> aufgeworfene Frage nach dem Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen einem sehr teuren, exklusiven Restaurant und einem billigen Bierlokal sowie einem Autohändler, der ausschliesslich teure Wagen verkauft, gegenüber einem solchen, der lediglich sehr billige verkauft, ist rein abstrakt und für sich allein nicht brauchbar bzw. hypothetisch.<sup>156</sup>

Es stellt sich vielmehr die Frage, ob hinsichtlich des Regelungsgegenstandes oder relevanten Anknüpfungspunktes einer *konkreten* wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme ein Wettbewerbsverhältnis besteht.<sup>157</sup> Erst im Zusammenhang mit dem *Zulassungsentscheid für eine gentechnisch veränderte Soja-Sorte* stellte sich die Frage nach dem Vorliegen eines Konkurrenz-

<sup>153</sup> Vgl. oben Rn. 331. Kritisch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch VEIT, 573 f.; WYSS, 27 f.

<sup>154</sup> Vgl. H. HUBER, Gleichbehandlung, 305 ff.; LIENHARD, Anspruch, 212 Fn. 13; WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 212; WYSS, 36 f.

<sup>155</sup> WYSS, 24 f.

<sup>156</sup> In diesem Sinne hatte das Bundesgericht früher jedoch verschiedentlich festgehalten, „qu'il appartenait en premier lieu aux cantons de fixer le cadre de chaque branche économique, dans laquelle les concurrents seraient soumis à une réglementation identique. Il ne corrige sur ce point la décision cantonale que si elle est arbitraire ou manifestement erronée.“ (BGE 87 I 449 E. 6b). Vgl. auch E. GRISEL, vol. 1, n. 321.

<sup>157</sup> Ähnlich MARTI, 75 f. (vgl. auch die Kasuistik S. 78 ff.); Botschaft KG, 554.

verhältnisses zwischen einem Unternehmen, welches lediglich das genannte Produkt an Saatgutfabrikanten lizenziert, und den Herstellern bzw. Vertreibern von Sojaprodukten.<sup>158</sup> Die Lieferung von Zeitungen oder Zeitschriften untersteht der *Mehrwertsteuerpflicht*. Erst in diesem Zusammenhang war zu prüfen, ob Verlagshäuser, die ihre Erzeugnisse praktisch ausschliesslich über den Einzelverkauf am Kiosk vertreiben, gegenüber denjenigen, die ihre Erzeugnisse vor allem im Abonnement abgeben, in einem Konkurrenzverhältnis stehen.<sup>159</sup>

- 342 Im staatlichen *Submissionswesen* stehen im weiteren auch nicht diejenigen Privaten in einem relevanten Wettbewerbsverhältnis zueinander, welche das im wesentlichen gleiche Leistungsangebot in ihrem gesamten Unternehmensbereich aufweisen, sondern diejenigen, welche sich um den konkret ausgeschriebenen staatlichen Auftrag bemühen. In einem Entscheid aus dem Jahre 1974, welcher die Erteilung einer *Polizeistundenverlängerung* für eine «Snack-Bar» zum Gegenstand hatte, ging das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Befriedigung der touristischen Bedürfnisse offenbar ebenfalls von einem Wettbewerbsverhältnis zwischen dieser und den bereits im Genuss einer Polizeistundenverlängerung stehenden Nachtlokalen, Hotels, Restaurants und «Kaffee-Bars» aus.<sup>160</sup>
- 343 Somit besteht bereits zwischen denjenigen Unternehmern ein Wettbewerbsverhältnis, bei welchen sich das Waren- oder Dienstleistungsangebot, welches sich an den gleichen Abnehmerkreis richtet, überschneidet, soweit gerade dieses Gegenstand oder Anknüpfungspunkt einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme bildet. In Bezug auf eine staatliche Massnahme,

<sup>158</sup> BGE 123 II 382 E. 5b.bb.

<sup>159</sup> Vgl. indessen BGE 123 II 401 E. 11. Vgl. auch VGE-ZH v. 18. Mai 1984 i.S. Verband Schweizer Reform- und Diätfachgeschäfte c. Regierungsrat des Kt. Zürich, E. 4 (= ZBl 1985, 64 ff.). Dazu auch VEIT, 575.

<sup>160</sup> BGE 100 Ia 47 ff., 48 („Tali proroghe soddisfacevano ampiamente tutte le esigenze locali, turistiche e di traffico...“).

welche den Medikamentenverkauf regelt, sind deshalb beispielsweise Ärzte und Apotheker als Konkurrenten zu betrachten.<sup>161</sup> Im gleichen Sinne sind Spielsalons und Kursäle als Konkurrenten anzusehen, wenn beide Unternehmen Geldpielautomaten betreiben und diese Gegenstand oder Anknüpfungspunkt einer staatlichen Massnahme bilden.<sup>162</sup> Zwischen den PTT-Betrieben und einem privaten Speditions- und Transportbetrieb besteht im „angebotenen Segment des Postzustellmarktes, welches vorab die Beförderung von Paketen über fünf Kilogramm umfass(t)“, unzweifelhaft ein Wettbewerbsverhältnis.<sup>163</sup> Im gleichen Sinne verhält es sich zwischen Beherbergungsbetrieben und Wirtschaften in Bezug auf die Bewirtung von auswärtigen Kunden.<sup>164</sup> Kein Konkurrenzverhältnis besteht dagegen zwischen einem Unternehmen, welches um Zulassung für eine gentechnisch veränderte Soja-*Sorte* ersucht und diese lediglich an Saatgutfabrikanten lizenziert, und den Herstellern bzw. Vertreibern von *Sojaprodukten*.<sup>165</sup> Im gleichen Sinne besteht auch zwischen Zahnärzten, welche sich mit der Lieferung von Zahnprothesen, Zahnersatz und kieferorthopädischen Apparaturen im Rahmen von Heilbehandlungen an ihre *Patienten* wenden, und Zahntechnikern, zu deren Kundenkreis vor allem *Zahnärzte*, *Zahnlabors* und *Zahnkliniken* gehören, kein Konkurrenzverhältnis.<sup>166</sup>

- 344 Wie aus den vorgenannten Beispielen erhellt, ist nicht nur auf die konkrete staatliche Massnahme Bezug zu nehmen, sondern im weiteren auch darauf abzustellen, ob deren Regelungsgegenstand oder Anknüpfungspunkt einem

<sup>161</sup> Vgl. oben Rn. 260 f. Ebenso GYGI/RICHLI, 17; VEIT, 574. Vgl. auch VGE-ZH v. 18. Mai 1984 i.S. Verband Schweizer Reform- und Diätfachgeschäfte c. Regierungsrat des Kt. Zürich, E. 4 (= ZBl 1985, 64 ff.).

<sup>162</sup> Vgl. BGE v. 11. Mai 1994 i.S. K. c. Kantonales Amt für Polizeiwesen des Kt. Graubünden, E. 2e (= ZBl 1994, 522 ff.).

<sup>163</sup> Die Frage wurde vom Bundesgericht in einem Entscheid vom 16. April 1997 i.S. P. AG c. EJPD, E. 4c (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781) indessen offengelassen.

<sup>164</sup> BGE 86 I 280 f. E. 3b.

<sup>165</sup> BGE 123 II 382 E. 5b.bb.

<sup>166</sup> BGE 124 II 212 f. E. 8c.

der obgenannten, tauglichen Merkmale<sup>167</sup> entspricht, welche zur Beurteilung des Wettbewerbsverhältnisses beigezogen werden.<sup>168</sup> Wird zum Beispiel eine gentechnisch veränderte *Soja-Sorte* zugelassen, welche für Saatgutfabrikanten bestimmt ist, so ist im Rahmen dieser wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme danach zu fragen, ob die behaupteten Konkurrenten mit ihren Produkten ebenfalls dasselbe *Bedürfnis* befriedigen.

345 Richtig an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ohne Zweifel, dass gleiche Branchenzugehörigkeit, gleiches Leistungsangebot, die Hinwendung an das gleiche Publikum sowie die gleiche Bedürfnisbefriedigung grundsätzlich geeignete Anhaltspunkte dafür sind, dass zwei oder mehrere Unternehmer sich auch an den - für die Beurteilung des Vorliegens eines Wettbewerbsverhältnisses relevanten<sup>169</sup> - gleichen *Abnehmerkreis* richten.

346 Diese postulierte Lösung zum Problem der Bestimmung des Wettbewerbsverhältnisses erlaubt eine spezifische und sachgerechte Handhabung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität und ist grundsätzlich geeignet, eine vernünftige Chancengleichheit der wirtschaftlichen Startbedingungen zu gewährleisten. Es ist deshalb gerechtfertigt, das dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zu Grunde liegende Wettbewerbsverhältnis in Zukunft *weiter*, dafür aber *spezifischer* zu fassen, als es die bisherige bundesgericht-

---

<sup>167</sup> Vgl. oben Rn. 335 ff.

<sup>168</sup> In BGE 122 V 85 ff. ging es um die Verfassungsmässigkeit von Art. 2 der Verordnung VI über die Krankenversicherung betreffend die Zulassung von medizinischen Hilfspersonen zur Betätigung in der Krankenversicherung v. 11. März 1996. *Regelungsgegenstand* war die Frage der Kostenüberwälzung von Leistungen medizinischer Hilfspersonen auf eine Krankenkasse. In concreto ging es um die Applikation von Heilmethoden der passiven physikalischen Therapie (*Anknüpfungspunkt*). Bei der Beurteilung des *relevanten* Wettbewerbsverhältnisses ist somit vom verlangten Leistungsangebot, d.h. dem Angebot von Heilmethoden der passiven physikalischen Therapie, auszugehen. Dieses wird grundsätzlich sowohl von einem selbständigen medizinischen Masseur als auch von einem Physiotherapeuten erbracht, weshalb ein relevantes Wettbewerbsverhältnis zwischen diesen bejaht werden muss (das Bundesgericht brauchte sich indessen nicht mit dieser Frage zu befassen, vgl. BGE 122 V 95 ff. E. 5b.bb). Vgl. auch BGE 123 II 16 ff.: Bezüglich der Mehrwertsteuerpflichtigen Abgabe von Ess- und Trinkwaren stehen Lebensmittelhändler und Gastgewerbebetriebe mit Hauslieferungen in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander.

<sup>169</sup> Vgl. oben Rn. 328.

liche Praxis getan hat.<sup>170</sup> Bei jeder wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme abstrakt grundsätzliche Gleichheit des Gesamtangebots eines Unternehmers zu verlangen, damit der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität überhaupt anwendbar ist, ist unverhältnismässig und nicht sachgerecht.<sup>171</sup>

- 347 Zu beachten ist im weiteren, dass das hier vertretene Verständnis des Wettbewerbsverhältnisses nicht zu einer zügellosen, nicht mehr zu handhabenden staatlichen Wirtschaftsverwaltung führt, denn die Bejahung eines Wettbewerbsverhältnisses gewährleistet nicht a priori eine gleiche Behandlung der konkurrierenden Unternehmer. Eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme darf diese ohne weiteres ungleich behandeln, soweit es unumgänglich erscheint, doch bedarf es der sachlichen und insbesondere der wettbewerbsneutralen Begründung.<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> Ebenso ANDRICH, 118; BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 60; WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 213. Dass trotzdem sachgerechte und vernünftige Lösungen resultieren beweist das Beispiel BGE 123 II 385 ff., 401 E. 11 (vgl. unten Rn. 357).

<sup>171</sup> Vgl. auch WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 213; WYSS, 27 f. Geht man mit der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts von einer *absoluten* Chancengleichheit im Hinblick auf die *Folgen* einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme aus, mag es dagegen gerechtfertigt gewesen sein, das Wettbewerbsverhältnis eng aufzufassen bzw. das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden nur den „direkten Konkurrenten“ zuzusprechen (vgl. oben Rn. 73; im gleichen Sinne RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 179 ff.).

## IV. Wettbewerbsneutrale Differenzierung

### A. Einleitung

- 348 Die *materielle Gleichbehandlung* aller - durch eine konkrete wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme tangierten - Konkurrenten würde dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ohne Zweifel am besten entsprechen.<sup>173</sup>
- 349 Im Regelfall sind mit wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen jedoch unumgängliche Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis von sich konkurrierenden Unternehmern verbunden, welche sich in Form der Bevorzugung bzw. Benachteiligung des einen Unternehmers gegenüber dem anderen äussern.<sup>174</sup> Wie bei jeder staatlichen Regelung beurteilt sich deshalb auch hier die Zulässigkeit einer solchen Ungleichbehandlung nach dem Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV, indessen mit dem wichtigen Unterschied, dass dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität bestmöglich Rechnung zu tragen ist, was die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips erforderlich macht (sog. Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden).<sup>175</sup>
- 350 Eine Ungleichbehandlung von sich konkurrierenden Unternehmern muss demnach nicht nur auf sachlichen und objektiven Gründen beruhen, sondern auch möglichst wettbewerbsneutral angelegt sein. Dies macht eine sorgfälti-

---

<sup>172</sup> Vgl. unten Rn. 349 ff.

<sup>173</sup> Vgl. auch JAAG, Wettbewerbsneutralität, 489, 495; ders., Gemeingebrauch, 160; POLEDNA, 142. Vgl. dazu auch Rn. 284 ff., 320 ff., 376 ff. Unabdingbar erscheint diese Forderung zum Beispiel in denjenigen Fällen, in denen der Staat, gemischtwirtschaftliche oder öffentlichrechtliche Unternehmen sich mit Privaten im wirtschaftlichen Wettbewerb messen bzw. in Konkurrenz zu diesen treten. Diesfalls hat der Gesetzgeber zu beachten, dass er jene den *gleichen Wettbewerbsbedingungen* unterwirft wie die Privatunternehmen (A. MÜLLER, 78; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N. 38 ff., 98; vgl. auch oben Rn. 336 und unten Rn. 368).

<sup>174</sup> Vgl. oben Rn. 3 f., 6 ff.

<sup>175</sup> Dazu oben Rn. 284 ff., 292 ff.

ge Prüfung der Kriterien der Ungleichbehandlung sowie eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen unumgänglich.<sup>176</sup>

- 351 Ist eine materielle Gleichbehandlung nicht möglich - namentlich bei der Verteilung knapper wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Privilegien durch den Staat, bei welcher nicht alle Interessierten berücksichtigt werden können -, so bildet immerhin die *verfahrensrechtliche Gleichbehandlung* aller Interessierten bzw. die Garantie einer zumindest verfahrensmässigen Chancengleichheit eine absolute Minimalanforderung.<sup>177</sup> Damit neue Interessenten die gleichen Chancen haben wie die bisherigen Privilegierten, muss bei der Verteilung knapper wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Privilegien durch den Staat ein *offenes Verfahren* durchgeführt werden.<sup>178</sup>

## B. Der sachliche Grund

### 1. Allgemeines

- 352 Das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden garantiert keine durchgehende, absolute Gleichbehandlung. Der Staat darf zwar nicht einzelnen Unternehmern gegenüber ihren Konkurrenten ungerechtfertigte wirt-

<sup>176</sup> Vgl. auch SAXER, 291 ff.

<sup>177</sup> Vgl. JAAG, Wettbewerbsneutralität, 485 f., 496.

<sup>178</sup> JAAG, Gemeingebrauch, 159; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 21. Zu den Gründen vgl. bereits H. MÜLLER, ZBl 1903, 48: „Bei freihändigen Vergabungen liegt nun die Gefahr nahe, dass persönliche Bekanntschaften, Freundschaften und Vetternschaften der Mitglieder der Behörde zur Bevorzugung einzelner Lieferanten und Unternehmer führen. Tritt aber an Stelle der freihändigen Vergabung die öffentliche Konkurrenz, so können persönliche Rücksichten offenbar keine oder jedenfalls nur mehr eine geringe Rolle spielen.“

schaftliche Vorteile verschaffen, doch bedingt dies nicht deren völlige Gleichbehandlung.<sup>179</sup>

- 353 Für alle wirtschaftsrelevanten Bereiche gilt, dass das Differenzierungsmerkmal, mit welchem eine Ungleichbehandlung von sich konkurrierenden Unternehmern gerechtfertigt wird, - aufgrund der naturgemäss einhergehenden Wettbewerbsverzerrungen - grundsätzlich von *rechtlicher Relevanz* sein muss.<sup>180</sup> Abzustellen ist zum einen auf die Zielsetzung und den Regelungsgegenstand des massgebenden Erlasses und/oder auf die in rechtlicher Hinsicht wesentliche Verschiedenheit der zu beurteilenden Sachverhalte.<sup>181</sup> Eine Ungleichbehandlung ist deshalb in erster Linie aufgrund regelungs- bzw. sachrelevanter, mithin materieller Kriterien zu begründen.<sup>182</sup> Dies entspricht dem im Rahmen des Rechtsgleichheitsgebots zu beachtenden Verhältnismässigkeitsprinzip.<sup>183</sup> Zudem wird die Akzeptanz und Nachvollziehbarkeit der Ungleichbehandlung für den Benachteiligten erhöht.<sup>184</sup>
- 354 Soweit das Verhältnismässigkeitsprinzip es indessen zulässt, können in zweiter Linie auch bloss formale Differenzierungskriterien in Betracht kommen, d.h. solche, welche sich materiell weder aus der Zielsetzung und dem Regelungsgegenstand eines Erlasses ergeben noch auf regelungsrelevante Eigenschaften der Konkurrenten oder die rechtlich relevante Verschiedenheit der zu beurteilenden Sachverhalte Bezug nehmen.<sup>185</sup>

<sup>179</sup> BGE v. 16. April 1997 i.S. P. AG c. EJPD, E. 5 (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781).

<sup>180</sup> Vgl. BGE 87 I 448 E. 6b; und oben Rn. 309.

<sup>181</sup> Vgl. oben Rn. 306 f., 309. Vgl. auch RIEBEN, 90.

<sup>182</sup> Vgl. auch BERG, 11; POLEDNA, 144; SAXER, 277; VON GRAFFENRIED, 196 ff., 203 ff. (zur Kontingenzuteilung bei der Filmeinfuhr); und nachstehend Rn. 356 ff.

<sup>183</sup> Vgl. BGE 122 II 420 f. E. 4b; und oben Rn. 273 ff., 298, 323 ff. Das gewählte Differenzierungsmerkmal muss verhältnismässig, d.h. im Hinblick auf die Zielsetzung und den Regelungsgegenstand einer bestimmten staatlichen Massnahme grundsätzlich geeignet und erforderlich sein (vgl. auch G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 32a).

<sup>184</sup> Insbesondere in Bereichen, in denen Kapazitätsschranken bestehen (vgl. BERG, 11; POLEDNA, 141).

<sup>185</sup> Vgl. nachstehend Rn. 361 ff.

355 Der sachliche Grund muss im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität wahren. Die Ungleichbehandlung von Konkurrenten muss - unter Berücksichtigung der auf dem Spiele stehenden Interessen - möglichst schonend und unter Vermeidung jeglicher unnötiger Wettbewerbsverzerrungen erfolgen.<sup>186</sup>

## 2. Materielle Kriterien

356 Unter materiellen Kriterien werden Differenzierungen verstanden, welche sich zum einen aus dem *Sinn und Zweck der konkreten wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme* ergeben, mithin regelungsrelevant sind und folglich sowohl auf den Regelungsgegenstand als auch auf Eigenschaften der Konkurrenten Bezug nehmen können, und zum anderen solche, welche sich aus der in rechtlicher Hinsicht relevanten tatsächlichen Verschiedenheit der Sachverhalte ergeben.

357 Vernünftige Gründe, welche sich aus der Zielsetzung des massgebenden wirtschaftsrelevanten staatlichen Erlasses ergeben und in diesem Zusammenhang sowohl auf den Regelungsgegenstand als auch auf Eigenschaften der Konkurrenten Bezug nehmen können, bestehen zum Beispiel in folgenden Fällen:<sup>187</sup>

- Ein Verlagshaus, welches seine Zeitschriften und Zeitungen hauptsächlich im Abonnement vertreibt, konnte - im Gegensatz zu einem Verlagshaus, das seine Erzeugnisse praktisch ausschliesslich über den Einzelverkauf am Kiosk absetzt - die Mehrwertsteuer aufgrund der raschen Einführung der Mehrwertsteuerverordnung durch den Bundesrat nicht auf die Abonnenten abwälzen. Die resultierende Ungleichbehandlung hatte ihren Grund in der raschen Einführung der Massnahme. „Eine rasche Einführung drängt sich (jedoch) in der

---

<sup>186</sup> Vgl. unten Rn. 376 ff.

Regel im Wirtschaftsrecht auf, wo die staatlichen Massnahmen häufig in den Wirtschaftsablauf eingreifen und der damit verfolgte Zweck schnell durchgesetzt werden muss, um Missbräuchen vorzubeugen.“<sup>188</sup>

- Der unterschiedliche Mehrwertsteuersatz für Lebensmittelhändler, welche Pizzen konsumfertig ins Haus des Kunden liefern, und Gastgewerbebetriebe, welche - ohne den Verkauf über die Gasse vom übrigen Gastgewerbebetrieb räumlich und organisatorisch getrennt zu haben - die Hauslieferung von Pizzen anbieten, darf - um die gastgewerblichen Leistungen von den übrigen Dienstleistungen und Lieferungen in der Mehrwertsteuerverordnung abgrenzen zu können - mit der Bereitstellung von Konsumationseinrichtungen an Ort und Stelle begründet werden.<sup>189</sup>

- Bei der Erteilung von Ausnahmegewilligungen an Gastwirtschaftsbetriebe können naturgemäss nur wenige gleichzeitig in den Genuss einer verlängerten Polizeistunde kommen, denn die im öffentlichen Interesse geschützte Nachtruhe soll nicht übermässig beeinträchtigt und die gesetzliche Regelung nicht unterlaufen werden.<sup>190</sup>

- Eine Regelung, deren Zweck darin besteht, dem Benzin-Grenztourismus entgegenzuwirken, darf bei der Grenzziehung - in casu wurde die Gültigkeit der Massnahme lediglich auf das Sottoceneri erstreckt - hauptsächlich auf die lokalen Bedingungen abstellen, denn die Regelung muss seine Wirkung dort entfalten, wo das Phänomen speziell intensiv ist, und nicht auf dem ganzen Kantonsgebiet.<sup>191</sup>

- Zwecks Förderung des Tourismus ist es zulässig, Spielcasinos vom - aus sozialpolitischen Gründen statuierten - Verbot des Betriebens von Geldspielautomaten auszunehmen, da Spielcasinos im allgemeinen nicht von der örtlichen Bevölkerung besucht werden.<sup>192</sup>

- Bewerber mit langjähriger praktischer juristischer Tätigkeit darf die im Anwaltsgesetz zur Berufsausübung vorgeschriebene Anwaltsprüfung erlassen werden, denn Zweck des Prüfungserfordernisses ist die Feststellung des Vorhandenseins der erforderlichen praktischen Fähigkeiten, welche bei vorgewiesener langjähriger juristischer Tätigkeit in der Praxis indessen regelmässig gegeben sein dürften.<sup>193</sup>

---

<sup>187</sup> Vgl. auch die Zusammenstellung bei JAAG, Wettbewerbsneutralität, 485 ff.; SAXER, 278.

<sup>188</sup> BGE 123 II 385 ff., 395 E. 9. Vgl. auch BGE 123 II 446 E. 9.

<sup>189</sup> BGE 123 II 24 ff. E. 5 und 6.

<sup>190</sup> BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 4a (= 2P.371/1993).

<sup>191</sup> BGE 119 Ia 385 f. E. 8 (= Pra 1994 Nr. 159 S. 534 ff.). Zum Sachverhalt vgl. oben Rn. 7.

<sup>192</sup> BGE v. 4. Juli 1990 i.S. C. et M. c. La loi genevoise du 22 juin 1989 modifiant la loi sur l'exercice des professions ou industries permanentes, ambulantes et temporaires, E. 3a und b (= 2P.313/1989).

<sup>193</sup> BGE 113 Ia 290 f. E. 5.

- Ein Wohnanteilplan darf auf diejenigen Gebiete beschränkt werden, welche für das Wohnen geeignet sind.<sup>194</sup>
- Bei der Verteilung von Einfuhrbewilligungen für ausländische Agrarprodukte ist der agrarpolitischen Motivierung der Massnahme Rechnung zu tragen, welche in der Sicherung des Absatzes von Inlandprodukten liegt. Es ist deshalb zulässig, „die mengenmässige Bemessung der Kontingente danach (zu) bestimmen, was die einzelnen Wirtschaftsgruppen, die als Importberechtigte in Frage kommen können, im allgemeinen für den Absatz der Inlanderzeugung leisten.“ (sog. *Leistungsprinzip*).<sup>195</sup>
- Von einer kantonalen Bedürfnisklausel, welche sich auf Art. 32<sup>quater</sup> Abs. 1 BV stützt und damit die *Bekämpfung des Alkoholismus* bezweckt, dürfen Apotheken und Drogerien im Gegensatz zu Lebensmittelgeschäften ausgenommen werden, weil beim Verkauf in ersteren die Gefahr eines übermässigen oder missbräuchlichen Alkoholbezuges wesentlich geringer sei als beim Verkauf in letzteren.<sup>196</sup>

358 Schliesslich liegen vernünftige Gründe dann vor, wenn sich die zu beurteilenden Sachverhalte in rechtlich wesentlicher Weise unterscheiden:

„So hat es das Bundesgericht als zulässig erachtet, dass *objektiven Unterschieden zwischen den Konkurrenten* Rechnung getragen wird (...), wie auch, dass *haltbare öffentliche Interessen und Anliegen* eine Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe in gewissen Grenzen zu rechtfertigen vermögen (...).“<sup>197</sup>

Vernünftige Gründe sind in diesem Sinne beispielsweise in folgenden Fällen grundsätzlich gegeben:<sup>198</sup>

- „Hätte jeder Zirkus ungeachtet seiner *Grösse* gleichen Anspruch auf Platzzuteilung, so wäre das (...) kein freier Wettbewerb (...). So darf namentlich dem Umstand Rechnung getragen werden, dass kleinere Zirkusse eher auch in kleinen Ortschaften auftreten können, in

<sup>194</sup> BGE 111 Ia 100 E. 3.

<sup>195</sup> BGE 99 Ib 172 f. E. 3c. Vgl. auch VPB 1987 Nr. 49 S. 289 f.; JAAG, Wettbewerbsneutralität, 486 f.

<sup>196</sup> BGE v. 19. Dezember 1973 i.S. X. c. Regierungsrat des Kt. Bern (= ZBl 1974, 353 ff.).

<sup>197</sup> BGE v. 16. April 1997 i.S. P. AG c. EJPD, E. 5 (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781 [Hervorhebungen durch den Verfasser]); BGE 121 I 287 ff. E. 6b und c.

<sup>198</sup> Vgl. auch R. H. WEBER, 253 f. (Verteilung nach Bedürfnissen), 254 ff. (Historische Verteilung aufgrund der Gebrauchsintensität während einer Basisperiode; dazu jedoch unten Rn. 364, 367 f.).

denen ein Grosszirkus keinen Platz findet. Diese Überlegung rechtfertigt bis zu einem gewissen Masse, die Grosszirkusse in Grossstädten bevorzugt zu behandeln.“<sup>199</sup>

- Eine Gemeinde kann bei der Erteilung von Bewilligungen zur Verlängerung der - dem Anliegen der Nachtruhe dienenden - Polizeistunde die Bewilligung an *erhöhten Anforderungen in betrieblicher und baulicher Hinsicht* orientieren. „Die mit einem Hotel verbundenen Gasträume dienen in erster Linie den Bedürfnissen der im eigenen Hotel beherbergten Kunden, weshalb von ihnen in der Regel geringere Belastungen für die Umgebung des Betriebs ausgehen als von Wirtschaften ohne Hotelbetrieb (...). Die Privilegierung der Speiserestaurants lässt sich damit rechtfertigen, dass sie über die ordentliche Polizeistunde hinaus zur Abgabe warmer Speisen verpflichtet sind, was einem besonderen Konsumbedürfnis entsprechen kann.“<sup>200</sup>

- Es ist auch zulässig, *Unterschiede im Programm* der verschiedenen Bewerber zu berücksichtigen. So ist „das Zuschauerinteresse daran, einen Grosszirkus mit seinem umfangreicheren Programmangebot häufiger sehen zu können als einen kleinen Zirkus“, ein haltbares kulturpolitisches Anliegen, „welches eine unterschiedliche Behandlung bei der Benützung des öffentlichen Grundes im Interesse der Öffentlichkeit zu rechtfertigen vermag.“<sup>201</sup>

- Der Kanton Zürich verweigerte einer Flugschule das „Home-Base-Recht“ auf dem Flughafen mit der Begründung, die Anstaltskapazitäten seien ausgeschöpft und die bestehenden Flugschulen verfügten über eine *vertrauensschutzrelevante Rechtsposition*.<sup>202</sup>

- Es ist in diesem Sinne auch gerechtfertigt, die aufgrund des UNO-Handelsembargos gegen Süd-Rhodesien besonders betroffenen *bereits eingespielten Geschäftsbeziehungen* im Rahmen des Aufteilungsschlüssels für die Einfuhrkontingentierung von Fleisch befristet zu privilegieren.<sup>203</sup>

- Der Unternehmensname eines *etablierten* Unternehmens, welcher während längerer Zeit zum Aufbau einer Marktposition beigetragen hat, kann es rechtfertigen, von der Pflicht, rätoromanisch-sprachige Reklameschilder zu gebrauchen, dispensiert zu werden.<sup>204</sup>

- Die Zuteilung von A-Taxi-Bewilligungen, welche zu Standplätzen auf öffentlichem Grund berechtigen, darf aufgrund der Kapazitätsschranken grundsätzlich nach dem *An-*

<sup>199</sup> BGE 121 I 287 f. E. 6c.aa (Hervorhebung durch den Verfasser).

<sup>200</sup> BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 4b (= 2P.371/1993).

<sup>201</sup> BGE 119 Ia 451 f. E. 4a und b; vgl. auch BGE 121 I 288 E. 6c.bb.

<sup>202</sup> BGE 117 Ib 395 f. E. 6e. Vgl. auch JAAG, Wettbewerbsneutralität, 487; unten Rn. 368, 374.

<sup>203</sup> BGE 100 Ib 322 E. 3b. Sog. Courant normal oder Referenzverfahren (vgl. dazu auch JAAG, Wettbewerbsneutralität, 490 f.; VPB 1987 Nr. 49 S. 287 f.).

<sup>204</sup> BGE 116 Ia 352 f. E. 6a.bb.

*ciennitätsprinzip* erfolgen, d.h. nach der Dauer der beruflichen Tätigkeit im Taxigewerbe.<sup>205</sup>

- Für *Fremdenverkehrsgemeinden* darf eine freiere Ordnung der Ladenöffnungszeiten vorgesehen werden, da „(d)ie Ladenbesitzer in solchen Gemeinden (...) weitgehend von saisonalen Verkäufen (leben), die daher möglichst erleichtert und den *besonderen Konsumgewohnheiten der Gäste* angepasst werden sollen. Diese Erleichterungen an Fremdenkurorten wirken sich in der Regel auch nicht wettbewerbsverzerrend aus.“<sup>206</sup>

- „Dass ein Kanton den nicht unbeschränkt möglichen gesteigerten Gemeingebrauch öffentlichen Strassenareals in erster Linie denjenigen Unternehmungen einräumt, *die in seinem Gebiet niedergelassen* sind und als *Steuerzahler* die öffentlichen Lasten tragen helfen, ist nicht willkürlich; es handelt sich dabei um einen zwar nicht polizeilich begründeten, aber sachlich vertretbaren Gesichtspunkt, dessen Beachtung bei einer notwendigen Limitierung der Bewilligungsträger im Bereich der Verfügungen über öffentlichen Grund und Boden keine Verfassungsnorm verletzt.“<sup>207</sup>

- Die Vorschrift, wonach Taxibewilligungen des Typus A nur an *hauptberuflich* im Taxigewerbe Tätige abgegeben werden, beruht auf vernünftigen Gründen. Die Einkünfte aus dem Taxigewerbe bilden für diese das hauptsächlichliche oder sogar ausschliessliche Erwerbseinkommen.<sup>208</sup>

- Hotelbetriebe dürfen im Gegensatz zu den Gastwirtschaftsbetrieben hinsichtlich der Berherbergung und Verköstigung von Hotelgästen vom „Wirtesonntag“ ausgenommen werden. „Sollen die Hotels und Pensionen ihren Aufgaben weiterhin genügen und ihren Stand im internationalen Wettbewerb wahren, so können sie ihre Gäste nicht an einem Tag der Woche ohne Verpflegung lassen.“<sup>209</sup>

359 Zulässig sind schliesslich *sachbezogene und/oder polizeiliche Zulassungsanforderungen*, welche mit der fraglichen Regelung in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen.<sup>210</sup> Werden diese von mehreren Konkurrenten er-

<sup>205</sup> BGE 108 Ia 137 E. 3; 102 Ia 442 ff. E. 4. Vgl. auch BGE 99 Ib 170 E. 3b; BERG, 16, 24 f. Zurückhaltend SAXER, 293. Vgl. indessen auch unten zum Bestandesschutz Rn. 368, 374.

<sup>206</sup> BGE v. 8. Juni 1977 i.S. Gemeinde Moosseedorf c. Kt. Bern (= ZBI 1977, 547 ff.).

<sup>207</sup> BGE 99 Ia 399 E. 2b.aa. In BGE 121 I 286 E. 5c hat das Bundesgericht indessen offengelassen, inwieweit sich dieser Gesichtspunkt mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbege nossen verträgt. Vgl. dazu unten Rn. 363.

<sup>208</sup> BGE v. 20. November 1973 i.S. R. c. Stadt Zürich (= ZBI 1974, 269 ff.).

<sup>209</sup> BGE 86 I 272 ff., 280 E. 3a.

<sup>210</sup> JAAG, Wettbewerbsneutralität, 486; SCHÖN, 168 ff.; R. H. WEBER, 201 f., 286 ff. (zum Rundfunkbereich). Im Zusammenhang mit der Erteilung von Taxihalterbewilligungen A, welche zum Abstellen der Taxis auf öffentlichem Grund berechtigen, stellt das *Erfordernis der Gewähr eines*

füllt, kann zusätzlich auf sach- und regelungsrelevante *qualitative Kriterien* abgestellt werden, wenn eine weitere Auswahl aus dem Kreis der Interessenten - wie dies regelmässig bei der Verteilung beschränkt vorhandener wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Privilegien, insbesondere im Submissionswesen, der Fall ist - notwendig ist.<sup>211</sup> Vernünftige Gesichtspunkte, welche aus der Zielsetzung einer wirtschaftsrelevanten Regelung hervorgehen und eine Ungleichbehandlung zu begründen vermögen, sind im weiteren die Ermöglichung einer *wirtschaftlichen Geschäftsführung* sowie - unter Umständen - *Praktikabilitätsüberlegungen*.<sup>212</sup>

360 Kein vernünftiger Grund liegt dagegen folgenden Fällen zu Grunde:

- Eine Regelung, welche den Importeur verpflichtet, seinem Antrag auf Zuteilung von Weisswein-Zollkontingentanteilen eine Sicherheit in der Form einer Solidarbürgschaft einer Bank beizulegen, deren Betrag sich nach der *beantragten* Menge richtet, begünstigt diejenigen Importeure, welche über die grösseren finanziellen Mittel verfügen, weil sie einfacher eine Bankgarantie erhalten. Für die *tatsächlich zugeteilte* Menge Weisswein ist die Höhe der Bankgarantie aber weder von entscheidender Bedeutung noch regelungsrelevant.<sup>213</sup>

---

24-stündigen Bestell- und Fahrdienstes während des ganzen Jahres eine im öffentlichen Interesse liegende Bedingung für den wirtschaftlichen Vorteil der Benützung der öffentlichen Taxistandplätze dar (BGE 99 Ia 401 f. E. 3).

<sup>211</sup> Vor allem bei der *Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben* (z.B. Beleihung Privater mit öffentlichen Aufgaben, Erteilung von Konzessionen, Submissionen; vgl. dazu JAAG, Wettbewerbsneutralität, 479 ff.) ist es üblich, auf das offerierte Preis-/Leistungsverhältnis abzustellen und schliesslich denjenigen Bewerber zu berücksichtigen, dessen Angebot das gesamthaft gesehen günstigste bzw. beste ist (vgl. bspw. Entscheid des Regierungsrates des Kt. Aargau v. 28. Juni 1976, E. 3 [= ZBI 1976, 500 ff.]; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, N. 463 ff.; GAUCH, 320 f.; JAAG, Wettbewerbsneutralität, 487 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N. 38 ff., 73, 85, 105; R. H. WEBER, 252 f.; vgl. auch Rn. 365). Sind die Angebote annähernd gleich günstig, kann sich die Auswahl nach *formalen* Kriterien aufdrängen (vgl. unten Rn. 361 ff.). Ist dagegen keine Auswahl der Interessenten erforderlich und sind die zu vergebenden Privilegien in wirtschaftlicher und praktischer Hinsicht sinnvoll teilbar, entspricht es dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität am besten, wenn sämtliche Interessenten gleichmässig - sei es zeitgleich oder zeitlich gestaffelt - berücksichtigt werden (JAAG, Wettbewerbsneutralität, 489 f.; vgl. dazu unten Rn. 378).

<sup>212</sup> JAAG, Wettbewerbsneutralität, 487. Kritisch zu letzteren, soweit sie lediglich der Vereinfachung der Verwaltungsführung dienen, POLEDNA, 144; SAXER, 292.

<sup>213</sup> BGE 122 II 411 ff., 420 f. E. 4b.

- Der Zirkus Knie besitzt ungeachtet der *Bezeichnung* „*Schweizerischer Nationalcircus*“, die er als Firmenbestandteil führt, noch keine rechtlich privilegierte Stellung, die es rechtfertigen würde, ihn bezüglich der Benutzung von öffentlichem Grund anders als die übrigen privaten Zirkusse zu behandeln.<sup>214</sup>
- Es besteht kein zwingender Grund, während der Öffnungszeiten einer Bäckerei/Konditorei mit angegliedertem Gastwirtschaftsbetrieb (Café) einer Bäckerei/Konditorei ohne angegliedertem Café den Verkauf über die Gasse zu verbieten. Die Argumentation, erstere seien *für den Kurortbetrieb wichtige Lokale und Treffpunkt von Einheimischen und Gästen*, sowie das Anliegen, den kombinierten Betrieben eine *optimale Ausnützung ihrer Betriebsorganisation zu ermöglichen*, vermag die Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen.<sup>215</sup>
- Kein sachlicher Grund findet sich für die Besserstellung der noch *im Aktivitätsalter stehenden* Richter und Gerichtsbeamten gegenüber ihren Kollegen im Pensionsalter bezüglich der prüfungsfreien Verleihung des Anwaltspatents.<sup>216</sup>
- Für die von einer Milchsammelstelle ausgerichtete Zulage zum Milchabnahmepreis, welche bei einer *Mitgliedschaft in einer bestimmten privaten Vereinigung* gewährt wird, besteht kein sachlicher Grund. Sie steht in keinem sachlichen Zusammenhang mit der Milchlieferung und basiert weder auf einem Qualitätsunterschied, noch hat sie ihren Grund in den Verwertungsverhältnissen.<sup>217</sup>
- Für die Ungleichbehandlung der HTL-Architekten gegenüber den ETH-Architekten dadurch, dass ersteren nach ihrer Ausbildung eine praktische Tätigkeit von drei Jahren auferlegt wird, bevor sie als Architekten anerkannt werden, besteht kein vernünftiger Grund. *Denn der mit der Regelung bezweckte Schutz* der potentiellen Klientschaft vor der Gefahr technischer Mängel oder überhöhter Kosten, welche aus einem Mangel an Praxiserfahrung resultieren können, *gilt nicht nur für HTL-, sondern genauso für ETH-Architekten*.<sup>218</sup>
- Der Verband Schweizer Reform- und Diätfachgeschäfte ersuchte die Direktion des Gesundheitswesens des Kt. Zürich um die Abgabeberechtigung bestimmter Arzneimittel, deren Verkauf bis anhin den Apothekern und Drogisten vorbehalten war. Diese und hierauf auch der Regierungsrat verweigerten jedoch die Erweiterung der Abgabeberechtigung einerseits mit der Begründung, die Leiter von Reformhäusern könnten nicht ohne weiteres eine fachmännische Beratung der Konsumenten über die Heilmittel gewährleisten, und an-

---

<sup>214</sup> BGE 121 I 286 f. E. 6a.

<sup>215</sup> BGE 120 Ia 238 ff. E. 2a-c.

<sup>216</sup> BGE v. 22. März 1991 i.S. X. c. Obergericht des Kt. Zürich, E. 3c (= ZBl 1991, 518 ff.).

<sup>217</sup> BGE v. 10. Juli 1986 i.S. Molki AG c. EVD, E. 3c.bb (= ZBl 1987, 205 ff.).

<sup>218</sup> BGE 112 Ia 35, 37 E. 3b-c.

dererseits unter Hinweis darauf, die IKS habe die Mittel „nicht für unbedenklich genug erachtet“ und diese „vorsichtige Beurteilung“ erscheine als „nicht abwegig“. Da die IKS die vom Kantonsapotheker bestätigte Harmlosigkeit der Präparate aber nicht zu widerlegen vermochte, erachtete das Verwaltungsgericht des Kt. Zürich die gesundheitspolizeiliche Differenzierung bezüglich des Abgabe dieser Heilmittel - namentlich unter dem Aspekt der Wettbewerbsneutralität - zu Recht als ungenügend.<sup>219</sup>

- Es besteht kein vernünftiger Grund, Auktionsausstellungen im Gegensatz zu Verkaufsausstellungen von der kantonalen Ladenschlussbestimmung auszunehmen. Sowohl die Auktion als auch der Verkauf sind *beide* auf den Umsatz von Ware gegen Geld gerichtet. Die Ausstellung dient in *beiden* Fällen der Besichtigung der Ware und der Beantwortung von Fragen durch den Verkäufer und ist somit als Teil des Verkaufsvorganges zu betrachten.<sup>220</sup>

- Ein *privates Verbandsinteresse* (in casu Befürwortung eines ganztägigen Ladenschlusses der Mehrheit der Ladenbesitzer der Schuhbranche) stellt keinen vernünftigen Grund dar, den Spezialgeschäften eine längere Schliessungsdauer aufzuerlegen als jene, die für die Warenhäuser generell gilt.<sup>221</sup>

### 3. Formale Kriterien

361 Formale bzw. wertneutrale Kriterien kommen in der Regel erst in zweiter Linie oder in Kombination mit materiellen Kriterien in Betracht.<sup>222</sup> Denn auf formale Differenzierungskriterien kann grundsätzlich nur in solchen Fällen abgestellt werden, in denen die relevanten Merkmale zweier Sachverhalte in tatsächlicher und/oder rechtlicher Hinsicht prinzipiell gleich sind,<sup>223</sup> es mit

<sup>219</sup> VGE-ZH v. 18. Mai 1984 i.S. Verband Schweizer Reform- und Diätfachgeschäfte c. Regierungsrat des Kt. Zürich, E. 4 (= ZBl 1985, 64 ff.). Ähnlich VGE-ZH v. 27. März 1973 i.S. X. c. Regierungsrat des Kt. Zürich (= ZBl 1973, 361 ff.).

<sup>220</sup> BGE v. 1. Dezember 1976 i.S. R.AG c. Regierungsrat des Kt. Basel-Stadt (= ZBl 1977, 226 ff.).

<sup>221</sup> BGE 98 Ia 404 E. 5b.

<sup>222</sup> Vgl. oben Rn. 353 f.; POLEDNA, 144.

<sup>223</sup> Würden zwei in tatsächlich oder rechtlich relevanter Hinsicht verschiedene Sachverhalte aufgrund sach- und regelungsfremder, mithin formaler Kriterien gleich behandelt, wäre das Willkürverbot verletzt (vgl. oben Rn. 310). Ähnlich JAAG, Wettbewerbsneutralität, 488, 493.

dem Zweck und der Zielsetzung des Erlasses vereinbar<sup>224</sup> und die Begründung der Ungleichbehandlung mit nichtsach- oder nichtregelungsrelevanten bzw. formalen Kriterien verhältnismässig erscheint<sup>225</sup>. Sie spielen vor allem in wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Bereichen eine Rolle, in denen Kapazitätsschranken bestehen.<sup>226</sup>

362 Die formalen Kriterien können entweder leistungsbezogen<sup>227</sup> oder leistungsunabhängig sein.<sup>228</sup> *Leistungsbezogen* und marktwirtschaftlich optimal ist dabei - unter den genannten Bedingungen<sup>229</sup> - das Mittel der *Versteigerung*.<sup>230</sup> Dieses kommt vorwiegend bei der Verteilung nur beschränkt vorhandener wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Privilegien durch den Staat

<sup>224</sup> Es würde zum Beispiel gegen den Zweck und die Zielsetzung einer staatlichen Massnahme, welche die Rationierung von lebenswichtigen Gütern vorsieht, verstossen, wenn diese nach dem Windhundprinzip, aufgrund eines Losentscheides oder mittels Versteigerung verteilt würden (vgl. BERG, 22; SAXER, 292 f.). Vgl. auch JAAG, Wettbewerbsneutralität, 488; POLEDNA, 145; RÖCK, 335.

<sup>225</sup> Vor allem in Bereichen, in denen neben den Interessen der Konkurrenten noch entgegenstehende öffentliche oder Interessen Dritter tangiert sind, ist es unverhältnismässig, die praktische Konkordanz zwischen diesen Interessen dem Zufall zu überlassen bzw. diese nicht in die Entscheidungsfindung miteinzubeziehen (bezüglich der Benützung des öffentlichen Grundes vgl. zum Beispiel BGE 119 Ia 450 f. E. 4b und c).

<sup>226</sup> Vgl. auch JAAG, Wettbewerbsneutralität, 486 ff.; SAXER, 291 f.; R. H. WEBER, 250 ff.

<sup>227</sup> Als zulässige leistungsbezogene Kriterien kommen selbstverständlich nur solche in Frage, die vom Gesetz nicht sanktioniert werden. *Beziehungen* und *Bestechungen* fallen deshalb als Differenzierungskriterien ausser Betracht (vgl. RÖCK, 339). Zur Korruptionsgefahr vgl. auch oben Rn. 216.

<sup>228</sup> Vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 16 N. 38.

<sup>229</sup> Vgl. obige Rn. Die durch eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme tangierten öffentlichen und privaten Interessen dürfen nicht ausser Acht gelassen werden. So liegt zum Beispiel die Versteigerung von sämtlichen Standplätzen eines Marktes weder im öffentlichen Interesse noch im Interesse der Konsumenten an einem vielfältigen Marktangebot. Wie R. H. WEBER, 250, zutreffend bemerkt, kommt vielen Ressourcen eine gesellschaftspolitische Bedeutung zu, die im Falle einer marktmässigen Verteilung nicht angemessen berücksichtigt würde, weshalb ein administrativer Eingriff erfolge. Vgl. dazu auch BERG, 26 ff.; RÖCK, 335, 340.

<sup>230</sup> Vgl. auch BGE v. 14. Juli 1997 i.S. A.SA c. Bundesamt für Landwirtschaft, E. 3c (= 2A.496/1996); G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 21; RICHLI, Leitung, 253, 284. Zur grundsätzlichen, nicht unproblematischen *Verteilung durch den Markt* vgl. R. H. WEBER, 311 ff., 316 ff. (betreffend den Rundfunkbereich). Anders als das Versteigerungsverfahren setzt dieses jedoch voraus, dass Eigentumsrechte an den in Frage stehenden knappen Gütern institutionalisiert werden (vgl. R. H. WEBER, 259 f.). Nach RÖCK, 333 ff., 340, sollen aus Allokationsgesichtspunkten grundsätzlich immer diejenigen Nachfrager die knappen Güter erhalten, die von diesen Gütern den höchsten Nutzen haben, wobei der Nutzen der Nachfrager an deren *Zahlungsbereitschaft*

zum Zuge. Der interessierte Konkurrent, der bereit ist, hierfür den höchsten Preis zu zahlen, erhält den Zuschlag.<sup>231</sup>

- 363 Als leistungsbezogen kann auch das Abstützen auf die *Reihenfolge der Bewerbung* („Windhund-Verfahren“) angesehen werden. Das Abstellen auf die Reihenfolge der Bewerbung bildet grundsätzlich ein objektives Kriterium für die Verteilung von wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Privilegien.<sup>232</sup> Sinnvoll kann es unter Umständen auch in Fällen sein, wo Interessenten bei einer früheren Verteilung von Privilegien nicht berücksichtigt werden konnten und deshalb auf eine Warteliste gesetzt wurden. Der Zeitpunkt der Bewerbung ist grundsätzlich aber eher ein zufälliges und daher sachfremdes und wenig geeignetes Kriterium.<sup>233</sup>
- 364 *Leistungsunabhängig* ist dagegen die *Fortführung des Status Quo* (Bestandesschutz). Dieses System räumt bei der Verteilung von wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Privilegien den bisherigen Inhabern den Vorrang gegenüber neuen Bewerbern ein (sog. Anciennitätsprinzip). Die Vorteile liegen in seiner Praktikabilität und Kontinuität. Nachteilig ist dagegen, dass es neuen Interessenten auf diese Weise nicht oder nur schwer möglich ist, ebenfalls zu entsprechenden Privilegien zu gelangen.<sup>234</sup> Aufgrund des zu beachtenden Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität ist dieses Differenzie-

---

gemessen wird. Sowohl durch eine Anhebung der Preise als auch durch eine Erhöhung der Transaktionskosten kann die optimale Versorgung der Bevölkerung erreicht werden.

<sup>231</sup> Vgl. auch JAAG, Wettbewerbsneutralität, 488 f.; POLEDNA, 145; R. H. WEBER, 259 f., 319 ff. Zurückhaltend SAXER, 293.

<sup>232</sup> Vgl. zum Beispiel der Entscheid der Eidgenössischen Filmrekurskommission v. 11. August 1965 (= ZBI 1965, 500 ff.), wonach - da nur ein neues Filmtheater bewilligt werden konnte und zwei ungefähr gleich qualifizierte Bewerber sich stellten - die Priorität der Bemühungen um Neueröffnung eines Filmtheaters den Ausschlag gab.

<sup>233</sup> BERG, 24 f.; JAAG, Wettbewerbsneutralität, 493; kritisch auch POLEDNA, 144; RICHLI, Chancengleichheit, 220 f.; RÖCK, 339; SAXER, 292; SCHÖN, 170 f.; R. H. WEBER, 256 f.

<sup>234</sup> JAAG, Wettbewerbsneutralität, 491; POLEDNA, 141; vgl. auch unten Rn. 369, 373 ff.

rungskriterium bei wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen deshalb kaum geeignet.<sup>235</sup>

365 Leistungsunabhängig ist auch das Abstützen auf die *Ortsansässigkeit* („Heimatschutzprinzip“). Das Abstützen auf das Kriterium der Ortsansässigkeit spielt in der Praxis - vor allem im Submissionsverfahren - erfahrungsgemäss eine wichtige Rolle. Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt, welches die Gleichbehandlung von ortsfremden und ortsansässigen Anbietern verlangt, dürfte dieses Kriterium indessen etwas an Bedeutung verlieren.<sup>236</sup> Vertretbar erscheint die Bevorzugung Ortsansässiger höchstens dann, wenn zwischen mehreren, gestützt auf andere Kriterien gleichwertigen Bewerbungen zu wählen ist.<sup>237</sup>

Nach der Praxis des Bundesgerichts ist es mit Art. 4 BV vereinbar, die in einem Gemeinwesen Niedergelassenen hinsichtlich der Benützung öffentlicher Anstalten oder öffentlicher Sachen dieses Gemeinwesens besser zu stellen als Auswärtige.<sup>238</sup> In BGE 121 I 286 E. 5c brauchte das Bundesgericht die Frage nicht zu entscheiden, wie sich diese Betrachtungsweise mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden verhält. Geht es um die Ausübung einer Erwerbstätigkeit in öffentlichen Anstalten oder auf öffentlichem Grund, verlangt das Bundesgesetz über den Binnenmarkt jedoch - ganz im Sinne des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität<sup>239</sup> -, dass ortsfremde Anbieter freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben

<sup>235</sup> Vgl. auch BGE 121 I 288 f. E. 6c.cc; POLEDNA, 144; R. H. WEBER, 255; vgl. nachstehend Rn. 368.

<sup>236</sup> Vgl. auch oben Rn. 177, 180, 312.

<sup>237</sup> JAAG, Wettbewerbsneutralität, 494; Entscheid des Regierungsrates des Kt. Aargau v. 28. Juni 1976, E. 3 (= ZBI 1976, 500 ff.); vgl. bereits H. MÜLLER, ZBI 1903, 66 f., 67: „Die einheimischen Submittenten erhalten vor fremden bei ungefährender Gleichheit der Übernahmeofferten den Vorzug.“ Vgl. auch BGE 121 I 286 E. 5c; POLEDNA, 145; SCHÖN, 171 ff.

<sup>238</sup> BGE 121 I 286 E. 5b, mit Verweisen. „Das lässt sich nicht nur mit der (...) Steuerpflicht der einheimischen Unternehmen begründen, sondern generell mit der Überlegung, dass die öffentlichen Anlagen, die ein Gemeinwesen mit seinen eigenen Mitteln erstellt, zulässigerweise in erster Linie für die Einwohner dieses Gemeinwesens gedacht sind.“ (BGE 121 I 286 E. 5b).

<sup>239</sup> Vgl. Art. 1, 2, 3 BGBM.

müssen. Das Abstützen auf das Differenzierungsmerkmal der Ortsansässigkeit kann hier deshalb nur noch ausnahmsweise eine Rolle spielen.<sup>240</sup> Dem Steueraspekt könnte höchstens dadurch Rechnung getragen werden, dass von den ortsfremden Anbietern angemessen - sie vom Marktzutritt nicht faktisch abhaltende - höhere Gebühren für die Benützung verlangt werden.<sup>241</sup>

366 Schliesslich ist auch das *Zufallsverfahren* leistungsunabhängig. Der Entscheid durch Los stellt in der Regel aber nur eine Notlösung dar. Nach JAAG<sup>242</sup> gewährleistet der Losentscheid zwar eine optimale Chancengleichheit, ist jedoch seiner Ansicht nach nur in wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Bereichen vertretbar, in denen es um kurzfristige oder geringfügige Privilegierungen geht, wie etwa bei der Verteilung von Plätzen für Marktstände für einzelne Tage.<sup>243</sup> Letztgenanntes erscheint jedoch dann problematisch, wenn sowohl ein bratwurstverkaufender Sportverein als auch ein berufsmässiger Marktfahrer, welcher ebenfalls Wurstwaren anbietet, sich um dieselbe Bewilligung bewerben und dies dem Zufall überlassen wird.<sup>244</sup> Sinnvoll kann unter Umständen die Kombination mit materiellen Kriterien sein: Die Qualitäten der verschiedenen Bewerber werden quantifiziert und hernach entscheidet unter denjenigen, die eine bestimmte Punktzahl erreichen, das Los.<sup>245</sup> Der Losentscheid ist dagegen in Bereichen ausgeschlossen, wo das Gesetz den Verwaltungsbehörden Ermessen einräumt und erwartet, dass

<sup>240</sup> Anders noch BGE 99 Ia 399 f. E. 2b.aa; VGE-AG v. 26. Oktober 1981 i.S. P. c. Gemeinde L., E. 3d (= ZBl 1982, 79 ff.); kritisch auch JAAG, Gemeingebrauch, 160 Fn. 94.

<sup>241</sup> Vgl. MARTI, 176 f.

<sup>242</sup> JAAG, Wettbewerbsneutralität, 493.

<sup>243</sup> Vgl. auch RÖCK, 339; SAXER, 292 f.; SCHÖN, 182 ff.

<sup>244</sup> Zu Recht zurückhaltend BERG, 22 f., der bemerkt, das Losverfahren sei allenfalls für die Verteilung solcher knapper Güter diskutabel, die unteilbar sind und nicht zu den existenziellen Bedürfnissen im engeren Sinne gehören. Vgl. auch SCHÖN, 182 ff.; R. H. WEBER, 257 ff.

<sup>245</sup> R. H. WEBER, 265, 304; vgl. auch POLEDNA, 144.

diese sachliche Unterscheidungen treffen und den besonderen Umständen des konkreten Falles angemessene Rechtsfolgen anordnen.<sup>246</sup>

### *C. Verhältnismässigkeit der Wettbewerbsverzerrung*

#### 1. Grundsätzliches

367 Zur grundsätzlichen Modifikation des Rechtsgleichheitsgebots durch den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität kann auf das bereits oben Gesagte verwiesen werden.<sup>247</sup> Die einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme zu Grunde liegende Differenzierung darf in diesem Sinne auf keinen Fall *offen* oder *direkt* zu einer Bevorzugung bzw. Benachteiligung eines Konkurrenten führen und damit in das Wettbewerbsverhältnis eingreifen.<sup>248</sup> Eine solche wirtschaftspolitisch motivierte Ungleichbehandlung ist unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsneutralität von vorneherein *ungeeignet* bzw. unzulässig und verfassungswidrig.<sup>249</sup>

368 Vor allem die nachstehenden Fälle sind in ihrer Stossrichtung mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität nicht vereinbar:

- Nach der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung war es zulässig, in - dem Schutz des Ladeninhabers und dem Personal dienenden - Ladenschlussvorschriften die Schliessung *allen* Geschäften eines Gewerbebezuges und damit auch Betrieben vorzuschreiben, die

<sup>246</sup> Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 383 f., mit Hinweis auf BGE 96 I 550 ff. E. 3.

<sup>247</sup> Vgl. oben Rn. 320 ff.

<sup>248</sup> Vgl. oben Rn. 250.

<sup>249</sup> Vgl. oben Rn. 48 f., 53, 245, 250. Vgl. auch BGE 121 I 135 E. 3d, 288 E. 6c.cc (mit Verweisungen). Unter Umständen kann sich diesfalls die Frage nach einer *Staatshaftung* stellen. Die neuere Lehre postuliert das Vorliegen einer haftungsbegründenden Normverletzung bereits aufgrund einer Beeinträchtigung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität (GROSS, 157 f., 214 f.; JAAG in SBVR, Rz. 113).

keine oder aber so viele Angestellten beschäftigten, dass diesen ohne Stilllegung der Geschäftstätigkeit abwechslungsweise die nötige Freizeit gewährt werden konnte. Begründet wurde dies damit, dass es dem Grundsatz der Rechtsgleichheit zuwider laufen würde, wenn ein Geschäft des zahlreichen Personals wegen nicht zu schliessen gezwungen wäre, während der Inhaber eines Betriebes, dem wegen der geringen Zahl von Arbeitnehmern die Möglichkeit der Auswechslung des Personals verschlossen ist, seinen Angestellten die nötige Freizeit nur unter Schliessung des Geschäftes gewähren könnte.<sup>250</sup> Diese - zu Recht kritisierte<sup>251</sup> - Rechtsprechung verstösst nicht nur gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip,<sup>252</sup> sondern vor allem auch gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, weil durch die „Wiederherstellung der durch die polizeiliche Verfügung gestörten Ausgangslage im wirtschaftlichen Wettbewerb“<sup>253</sup> zum einen die mit den Ladenschlussvorschriften einhergehenden wirtschaftlichen Auswirkungen *korrigiert* und zum anderen kleinere Betriebe in ihrer Existenz *gesichert* werden.

- „Vorschriften, die einem Unternehmen, das grosse Investitionen vorgenommen hat, eine Vorzugsstellung einräumen (...), damit es diese Investitionen amortisieren kann, (sind) als Bestimmungen wirtschaftlichen Charakters anzusehen, die in das Gebiet übergreifen, das der freien Konkurrenz vorbehalten ist (...). (Eine Vorschrift, die) diejenigen begünstigt, die höhere Preise fordern oder eine bessere Qualität anbieten, greift in das Spiel der freien Konkurrenz ein.“<sup>254</sup>

- Soweit der Staat, gemischtwirtschaftliche Unternehmen oder öffentlichrechtliche Unternehmen sich mit Privatunternehmen im wirtschaftlichen Wettbewerb messen bzw. in Konkurrenz zu diesen treten, darf der Gesetzgeber jene unter keinen Umständen *günstigeren Wettbewerbsbedingungen unterwerfen* als die Privatunternehmen.<sup>255</sup>

<sup>250</sup> BGE 96 I 108 E. 2e; vgl. auch BGE 88 I 237 E. 3a; 86 I 275 f. E. 1; 73 I 100 f. E. 2.

<sup>251</sup> Vgl. oben Rn. 73 in fine.

<sup>252</sup> Vgl. oben Rn. 285 f., 353. Das Bundesgericht stellte in seiner älteren Rechtsprechung dagegen das Rechtsgleichheitsgebot und den „Grundgehalt der Gewährleistung der Handels- und Gewerbe-freiheit“ über das Verhältnismässigkeitsprinzip (vgl. BGE 86 I 276 E. 1; dazu auch oben Rn. 73).

<sup>253</sup> So BGE 86 I 276 E. 1; und BGE v. 9. Mai 1951 i.S. Keller c. Stadt Schaffhausen (= ZBl 1951, 268 ff.; „Nur so werden die Spiesse wieder gleich lang.“). Vgl. immerhin BGE 84 I 112 f. E. 2.

<sup>254</sup> BGE 87 I 448 E. 6a, 450 E. 6c (= Pra 1962 Nr. 35 S. 112 f.).

<sup>255</sup> A. MÜLLER, 78; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N. 38 ff., 98. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, verstanden als negative Wettbewerbsgarantie, sowie der daraus abgeleitete Grundsatz der Wettbewerbsneutralität würden *ausgehöhlt*, wenn in wirtschaftlicher Konkurrenz zu Privatunternehmen stehende Staatsbetriebe gegenüber diesen in irgendeiner Form begünstigt werden. Vgl. auch oben Rn. 348.

- Die *Häufung von privilegierenden Bewilligungen* in einer Hand ist grundsätzlich unzulässig. Eine breite Streuung der Privilegien entspricht dagegen dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität.<sup>256</sup>

- Nicht statthaft ist auch, einzelne Konkurrenten *allein aufgrund des Herkommens unbesehen* weiterhin zu bevorteilen. „Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbegeossen verlangt, dass bisher Berechtigte nicht allein aufgrund ihrer bisherigen Bevorzugung weiterhin privilegiert werden, sondern dass im Gegenteil auch neue Interessenten zum Zuge kommen können.“<sup>257</sup>

- Unzulässig ist auch, einen *diskriminierenden Zustand auf unabsehbare Zeit hinaus zu zementieren*.<sup>258</sup> Ebenso darf ein Marktfahrer beispielsweise nicht dauernd oder auf unbestimmte Zeit vom Markt ausgeschlossen werden.<sup>259</sup>

369 Die hinter einer Differenzierung steckende Absicht ist indessen nicht immer ohne weiteres ersichtlich.<sup>260</sup> Im weiteren sind mit jeder wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme bereits von Natur aus Wettbewerbsverzerrungen verbunden.<sup>261</sup> Die mit einer - wenn auch sachlich begründeten - Ungleichbehandlung unumgänglich einhergehenden Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis der Konkurrenten können deshalb bei der Frage nach der Art und Weise der Differenzierung - versteckt oder indirekt - eine nicht unbedeutende Rolle spielen.<sup>262</sup>

370 Dazu gesellt sich, dass mit einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme regelmässig verschiedenste - verfassungskonforme - öffentliche und private Interessen tangiert werden, welche bei der verfassungsmässigen Beurteilung des Differenzierungsmerkmals nicht ausser Acht gelassen werden dürfen. Ob eine Differenzierung verfassungskonform ist, lässt sich deshalb -

<sup>256</sup> BGE 121 I 288 f. E. 6c.cc; 108 Ia 138 f. E. 5; 102 Ia 444 E. 4. Siehe auch oben Rn. 349.

<sup>257</sup> BGE 121 I 289 E. 6c.cc. Vgl. auch BGE 117 Ib 123 E. 8c; 99 Ib 170 E. 3b; VPB 1987 Nr. 49 S. 287.

<sup>258</sup> BGE 108 Ia 139 E. 5a. Vgl. auch BGE 113 Ib 105 E. 5c; 100 Ib 321 E. 3a; 99 Ib 169 f. E. 3b; VGE-ZH v. 11. März 1986 i.S. A.AG c. Stadt Dübendorf, E. 3f.bb (= ZBl 1987, 134 ff.).

<sup>259</sup> BGE 76 I 301 E. 4.

<sup>260</sup> Vgl. oben Rn. 246.

<sup>261</sup> Vgl. oben Rn. 3 f., 246 ff.

<sup>262</sup> Vgl. oben Rn. 247 ff.

insbesondere in Bereichen, in denen Kapazitätsschranken bestehen - nur durch *Abwägung sämtlicher auf dem Spiele stehender Interessen* beantworteten.<sup>263</sup>

## 2. Die tangierten Interessen

- 371 Welche Interessen durch eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme tangiert werden und berücksichtigt werden müssen, hängt prinzipiell von den konkreten Umständen und der in Frage stehenden Regelung ab.<sup>264</sup>
- 372 Im Vordergrund steht zunächst das Interesse des *benachteiligten Konkurrenten* an einer *wettbewerbsneutralen* Regelung.<sup>265</sup> Sein Interesse beurteilt sich je nach Art und Ausmass der Ungleichbehandlung verschieden, wobei die objektive und subjektive Bedeutung der auf dem Spiel stehenden wirtschaftlichen Interessen sowie die wirtschaftlichen Folgewirkungen mitzubetrachten sind.<sup>266</sup>
- 373 Regelmässig stehen bei der Differenzierung im Rahmen einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme auch *öffentliche Interessen* auf dem Spiel, welchen es Rechnung zu tragen gilt.<sup>267</sup> In Betracht kommen vorab regelungsrelevante, polizeilich motivierte Differenzierungen und Zulassungsanforderungen,<sup>268</sup> aber auch Differenzierungen, welche aufgrund anderer öf-

<sup>263</sup> Vgl. BGE 121 I 289 E. 6c.dd; 119 Ia 450 f. E. 3b und c; 116 Ia 352 f. E. 6a.bb; 108 Ia 138 E. 4; 99 Ib 174 E. 3c. BERG, 20, 24, 28; POLEDNA, 144; SAXER, 277; zum Rundfunkbereich vgl. auch R. H. WEBER, 274 ff. Vgl. nachstehend Rn. 376 ff.

<sup>264</sup> Vielfältig ist die Zahl der tangierten Interessen zum Beispiel dann, wenn es um die Benutzung von öffentlichem Grund steht (vgl. BGE 119 Ia 450 f. E. 3b und c). Vgl. auch RÖCK, 334.

<sup>265</sup> Vor allem in den in Rn. 368 genannten Konstellationen.

<sup>266</sup> Ähnlich SAXER, 286 ff.

<sup>267</sup> Zu diesen vgl. oben Rn. 234 ff., 255.

<sup>268</sup> Vgl. auch oben Rn. 356 ff.

fentlicher Interessen geboten erscheinen<sup>269</sup>. Im Zusammenhang mit der Zurverfügungstellung öffentlichen Grundes kann zum Beispiel auch der zweckmässigen Nutzung des öffentlichen Grundes,<sup>270</sup> dem Ruhebedürfnis der Anwohner<sup>271</sup> sowie dem Schutz der Nachtruhe und der Qualität als Kurort Rechnung getragen werden<sup>272</sup>.

- 374 In der Abwägung können zudem auch die Interessen der durch eine Regelung *bevorzugten Konkurrenten* eine Rolle spielen. Ein bisheriger Bewilligungsinhaber hat zum Beispiel ein Interesse daran, dass die mit der Bewilligung erlaubte Ausübung einer bestimmten Erwerbstätigkeit so lange erneuert wird, bis er die getätigten Investitionen amortisieren kann.<sup>273</sup> Der Vertrauensgrundsatz darf auf keinen Fall unberücksichtigt gelassen werden.<sup>274</sup> Grundsätzlich besteht jedoch keine Besitzstandsgarantie.<sup>275</sup>
- 375 Denkbar ist schliesslich der Einbezug von *Interessen Dritter* an einer bestimmten Regelung, zum Beispiel die gegenläufigen Konsumbedürfnisse eines Teils der Touristen im Zusammenhang mit einer restriktiven Bewilligungserteilung zur Verlängerung der Polizeistunde.<sup>276</sup> Die Benützung des öffentlichen Grundes kann zudem mit den Interessen von branchenfremden Veranstaltern kollidieren.<sup>277</sup>

<sup>269</sup> Vgl. BGE 116 Ia 352 f. E. 6a.bb, betreffend das öffentliche Interesse an Massnahmen zur Erhaltung der rätoromanischen Sprache

<sup>270</sup> BGE 119 Ia 451 E. 3c.

<sup>271</sup> BGE 121 I 284 E. 3d.

<sup>272</sup> BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 4b [= 2P.371/1993]; BGE 100 Ia 49 f. E. 4c) Vgl. auch POLEDNA, 143; SAXER, 289 f.; R. H. WEBER, 250.

<sup>273</sup> BGE 108 Ia 139 E. 5a; 102 Ia 448 ff. E. 7b und c; 100 Ia 52 E. 4e; JAAG, Gemeingebrauch, 159. Vgl. auch BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 4b (= 2P.371/1993); BGE 100 Ib 322 E. 3b.

<sup>274</sup> Vgl. auch BGE v. 14. Juli 1997 i.S. A.SA c. Bundesamt für Landwirtschaft, E. 3d (= 2A.496/1996); RICHLI, Kürzung, 58 f.).

<sup>275</sup> BGE 99 Ib 170 E. 3b. Vgl. auch oben Rn. 216 ff., 358. Dazu auch POLEDNA, 143; SAXER, 289 f.

<sup>276</sup> BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 4b (= 2P.371/1993); BGE 100 Ia 49 f. E. 4c.

### 3. Interessenabwägung

- 376 Ausgangslage der Interessenabwägung ist die Erkenntnis, dass eine *möglichst gleiche Behandlung aller Konkurrenten* bzw. die Minimierung der Wettbewerbsverzerrungen auf das Unumgängliche dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität am besten entspricht.<sup>278</sup>
- 377 Bei der Verteilung knapper wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Privilegien durch den Staat ist deshalb generell eine möglichst *breite Streuung der Privilegien* anzustreben<sup>279</sup> und zu gewährleisten, dass auch *neue Interessenten zum Zuge kommen*<sup>280</sup>. Das Rechtsgleichheitsgebot und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verlangen jedoch nicht, dass *sämtliche* Interessenten *generell* in gleicher Weise bzw. im gleichen Umfang behandelt werden.<sup>281</sup>
- 378 Zu einer *möglichst weitgehenden* Gleichbehandlung ist das Gemeinwesen zum Beispiel dann gehalten, wenn zahlreiche Interessenten an einer gleichartigen Inanspruchnahme - zum Beispiel des öffentlichen Grundes - interessiert sind und der Nutzungszweck eine breite Streuung der Bewilligungen erlaubt.<sup>282</sup> Nach der vom Verfasser geteilten Ansicht von SAXER ist vorrangig zu versuchen, dem Verteilproblem mittels örtlicher und zeitlicher *Verschiebungen* zu begegnen. Ist ein solches Verfahren nicht möglich, so ist, wenn es sich - wie zum Beispiel beim öffentlichen Grund - um ein teil-bares

---

<sup>277</sup> BGE 119 Ia 450 f. E. 3b und c.

<sup>278</sup> Vgl. oben Rn. 284 ff., 323 ff., 348. Dazu auch Rn. 378.

<sup>279</sup> BGE 121 I 288 f. E. 6c.cc; 108 Ia 138 f. E. 5; 102 Ia 444 E. 4. Vgl. auch POLEDNA, 143. „Dadurch soll vermieden werden, dass sich Nutzungschancen zu schwer entziehbaren Rechtsansprüchen verfestigen, damit über längere Sicht hinweg ein gewisses Mass an Chancengleichheit und Verteilungsgerechtigkeit erhalten bleibt.“ (SAXER, 278 f., 281). Voraussetzung ist regelmässig, dass die zu verteilenden, knappen Privilegien überhaupt *teilbar* sind (vgl. BERG, 10).

<sup>280</sup> BGE 121 I 289 E. 6c.cc. Vgl. auch BGE v. 14. Juli 1997 i.S. A.SA c. Bundesamt für Landwirtschaft, E. 3b (= 2A.496/1996); BGE 122 II 417 ff. E. 3c-d; 117 Ib 123 E. 8c; 99 Ib 170 E. 3b; JAAG, Wettbewerbsneutralität, 491 f.; ders., Gemeingebrauch, 166; RICHLI, Leitung, 249 f. Zur Förderung des Marktzutritts vgl. R. H. WEBER, 195 ff., 200, 209.

<sup>281</sup> Vgl. BGE 121 I 135 E. 3d, 287 E. 6b; 119 Ia 451 E. 3c.

Gut handelt, ein *Pro-Kopf-Verfahren*, verbunden mit anteilmässigen Kürzungen in zeitlicher,<sup>283</sup> räumlicher<sup>284</sup> oder umfangmässiger<sup>285</sup> Hinsicht, zu wählen. Fällt auch dies ausser Betracht und muss zu einem Ausschluss einzelner Bewerber geschritten werden, so bleibt nur noch der Weg materieller Abwägung.<sup>286</sup> Denkbar ist indessen auch, dass sich die Interessenträger untereinander einigen.<sup>287</sup>

- 379 Die Frage, wie weit diese Gleichbehandlung von Konkurrenten bzw. diese Minimierung der Wettbewerbsverzerrungen unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsneutralität im konkreten Fall ausgestaltet sein muss, um als verfassungsmässig zu gelten, ist häufig nicht leicht zu beantworten. Denn in der Regel wird es mehrere Lösungsmöglichkeiten geben, um dem Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen nachzukommen. Das Bundesgericht hat lediglich festgehalten, dass das Ermessen des zuständigen Verwaltungsträgers dabei *kleiner* sei als beim allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot<sup>288</sup> und dass dieser die Interessenabwägung „mit der erforderlichen

---

<sup>282</sup> BGE 119 Ia 451 E. 3c.

<sup>283</sup> In Frage kommt hauptsächlich ein *Turnus- oder Rotationssystem*. Ein solches drängt sich nach Ansicht des Bundesgerichts dann auf, wenn eine grössere Zahl von Interessenten die gestellten Anforderungen erfüllen, aufgrund der Interessenabwägung aber nicht allen Gesuchen gleichzeitig entsprochen werden kann (BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 4b [= 2P.371/1993]; vgl. auch BGE 100 Ia 47 ff.). Dazu auch POLEDNA, 143 f.

<sup>284</sup> In BGE 104 Ia 172 ff. wurde zum Beispiel der öffentliche Grund bzw. das Gemeindegebiet unter die drei sich konkurrierenden Radio- und Fernsehgeschäfte, welche die Erstellung von Fernseh-Gemeinschaftsantennenanlagen und die Verlegung der erforderlichen Kabel beabsichtigten, gleichmässig aufgeteilt.

<sup>285</sup> Zum Beispiel durch *Kontingentierung*. Alle Interessenten erhalten etwas von dem knappen Gut. Vgl. BGE 99 Ib 170 E. 3b; RÖCK, 338.

<sup>286</sup> POLEDNA, 143 f.; SAXER, 291 ff., 293. Vgl. auch die Vorschläge von BERG, 29 f.

<sup>287</sup> Sog. *Konsensualverfahren*. Vgl. VPB 1989 Nr. 53 S. 375 f., E. 4 (Austausch von Milchkontingenten); JAAG, Wettbewerbsneutralität, 494 f. Indessen sind gewisse Schranken zu beachten (vgl. dazu oben Rn. 361). Zu den Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente vgl. RICHLI, Verhandlungselemente, 381 ff., 397 f.

<sup>288</sup> BGE 121 I 288 E. 6c.bb. Vgl. auch BGE 119 Ia 451 E. 3c: „Im übrigen bewegt sich aber das Gemeinwesen durchaus *im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen*, wenn es neben dem geltend gemachten Bedürfnis des einzelnen Bewerbers und den Bedürfnissen anderer - branchengleicher oder sonstiger - Bewerber das Interesse der Öffentlichkeit und der Anwohner an einer zweckmässigen Nutzung des öffentlichen Grundes mitberücksichtigt.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser). Dazu auch BGE 105 Ia 94 E. 3; 100 Ia 402 E. 5; und oben Rn. 152, 213.

Sorgfalt“ vorzunehmen habe<sup>289</sup>. Das Bundesgericht übt generell Zurückhaltung bei der Überprüfung solcher kantonaler Entscheide<sup>290</sup> oder bundesrätlicher Regelungen<sup>291</sup> und stellte auch klar, dass es nicht als seine Aufgabe betrachte, „im Urteil festzulegen, welche Art der Bewilligungserteilung Art. 31 BV am besten entspricht“<sup>292</sup>. Gleichwohl darf diese Rechtsprechung den zuständigen Verwaltungsträger nicht davon entbinden, dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität *bestmöglich* Rechnung zu tragen.

- 380 Die Ungleichbehandlung muss auf jeden Fall verhältnismässig sein und darf das Gleichbehandlungsgebot nicht seiner Substanz berauben.<sup>293</sup> Je gravierender die wettbewerbsverzerrende Ungleichbehandlung von Konkurrenten

<sup>289</sup> BGE 108 Ia 138 E. 3. Vgl. auch BGE 121 I 289 E. 6c.dd; 102 Ia 449 E. 7b.

<sup>290</sup> „Das Bundesgericht prüft grundsätzlich frei, ob die Bedingungen für eine zulässige Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit vorliegen und insbesondere ob sie mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden vereinbar sind (...). (Es gesteht) allerdings den kommunalen und kantonalen Behörden aus verschiedenen Gründen, insbesondere im Hinblick auf Kapazitätsfragen oder örtliche Besonderheiten, einen Ermessensspielraum zu.“ (BGE 121 I 135 f. E. 3e). „Nach ständiger Praxis übt das Bundesgericht Zurückhaltung, wenn besondere örtliche Umstände zu würdigen sind, welche die kantonalen Behörden besser kennen und überblicken“ (BGE 121 I 284 E. 3d), „sich ausgesprochene Ermessensfragen stellen“ (BGE 119 Ia 451 E. 3c) oder es um die Beurteilung rein technischer Probleme geht (BGE 119 Ia 383 E. 6a). „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). Vgl. auch SAXER, 294 f.

<sup>291</sup> „Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene eingeräumt, muss sich das Gericht auf die Prüfung beschränken, ob die umstrittenen Verordnungsvorschriften offensichtlich aus dem Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen herausfallen oder aus andern Gründen verfassungs- oder gesetzwidrig sind. Es kann jedoch sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen und es hat auch nicht die Zweckmässigkeit zu untersuchen. Die vom Bundesrat verordnete Regelung verstösst allerdings dann gegen Art. 4 BV, wenn sie sich nicht auf ernsthafte Gründe stützen lässt, wenn sie sinn- oder zwecklos ist oder wenn sie rechtliche Unterscheidungen trifft, für die sich ein vernünftiger Grund nicht finden lässt. Gleiches gilt, wenn die Verordnung es unterlässt, Unterscheidungen zu treffen, die richtigerweise hätten berücksichtigt werden sollen.“ (BGE 122 V 303 f. E. 4a, 118 f. E. 3a.bb, 93 f. E. 5a.bb; 120 Ib 102 E. 3a; 118 Ib 87 f. E. 3b). Vgl. auch oben Rn. 206. Bezüglich selbständiger Verordnungen des Bundesrates vgl. BGE 123 II 298 f. E. 3, 388 f. E. 3, wonach dem Bundesrat - im Rahmen der ihm vom Verfassungsgeber übertragenen Kompetenz - der gleiche politische Entscheidungsspielraum zusteht wie dem Gesetzgeber, welchen das Gericht nicht durch eigene Ordnungsvorstellungen schmälern darf.

<sup>292</sup> BGE 121 I 290 E. 6e; 108 Ia 138 f. E. 5; 100 Ia 52 E. .

<sup>293</sup> BGE 121 I 288 E. 6c.bb.

ausfällt, desto mehr Gewicht müssen das Differenzierungsmerkmal<sup>294</sup> sowie die diesem zu Grunde liegende Motivierung und allfällige weitere - dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität entgegenstehende - tangierte Interessen aufweisen.<sup>295</sup>

#### 4. Beispiele

- 381 In einem Entscheid aus dem Jahre 1993 entschied das Bundesgericht, dass „das Zuschauerinteresse daran, einen Grosszirkus mit seinem umfangreichen Programmangebot häufiger sehen zu können als einen kleineren Zirkus“, eine unterschiedliche Behandlung im Verhältnis 1 : 2 bei der Benützung des öffentlichen Grundes zu rechtfertigen vermöge.<sup>296</sup> Dieser Entscheid ist insofern problematisch, als es klar auf die Privilegierung eines einzigen Zirkusunternehmens (Zirkus Knie) hinausläuft und mehrere Konkurrenzunternehmen benachteiligt werden. Diesen wirtschaftspolitischen Beigeschmack vermag das geltend gemachte, grundsätzlich als schwach einzustufende kulturpolitische Differenzierungskriterium nicht zu beseitigen.<sup>297</sup>
- 382 Im Jahre 1995 hatte sich das Bundesgericht mit der Frage zu beschäftigen, wieweit sich eine Bevorzugung des Zirkus Knie gegenüber den anderen Zirkusunternehmungen im Verhältnis 1 : 5-6 bezüglich der Benützung des öffentlichen Grundes mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbege-

---

<sup>294</sup> Die Qualität des Differenzierungsmerkmals ist im Rahmen der Interessenabwägung mitzuberücksichtigen. Der Begründung der Ungleichbehandlung mit *materiellen* Kriterien kommt aufgrund ihrer Bezugsrelevanz zur betreffenden Regelung bzw. zum betreffenden Sachverhalt mehr Gewicht zu als der Begründung mit *formalen* Kriterien. Mit den materiellen Kriterien sind überdies auch bereits bestimmte *Interessen* verknüpft. Vgl. auch oben Rn. 354, 361.

<sup>295</sup> Vgl. BGE 121 I 289 E. 6d.aa.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 190.

<sup>296</sup> BGE 119 Ia 445 ff., 451 f. E. 4a und b.

<sup>297</sup> Vgl. auch die Bemerkungen von J.-P. MÜLLER in ZBJV 1995, 753 ff.

nossen vereinbaren lässt.<sup>298</sup> Die Rechtslage war in diesem Fall insofern klar, als die zuständige Behörde - abgesehen von der äusserst problematischen Argumentation, „dass es sich beim Zirkus Knie um einen seit vielen Jahren erprobten und bewährten Zirkus handle“<sup>299</sup> - gesamthaft keine hinreichenden Gründe für die krasse Ungleichbehandlung der zehn (!) übrigen Konkurrenten dartun konnte. Das Bundesgericht führte dazu folgerichtig aus:

„Diese bedeutend weitergehende Ungleichbehandlung erweckt unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit Bedenken; zumindest bedürfte sie einer besonders überzeugenden Begründung, um verfassungsrechtlich haltbar zu sein. Angesichts dieser erheblichen absoluten Ungleichbehandlung erscheint zudem die Bewilligungspraxis der Basler Behörden auch in sich zu wenig differenziert: soweit die unterschiedliche Grösse der Bewerber ein zulässiges Differenzierungskriterium ist (...), erscheint eine Regelung als zu starr, die in die eine Kategorie einzig den Zirkus Knie, in die zweite, um den Faktor 5-6 benachteiligte Kategorie alle anderen Unternehmen einreicht, finden sich doch auch zwischen diesen erhebliche Unterschiede.“

Zusammenfassend führte das Bundesgericht richtig aus, dass die zuständigen Behörden „angesichts der Schwere der Ungleichbehandlung die Interessenabwägung nicht in der durch Art. 31 BV gebotenen Weise vorgenommen“ hätten, und forderte sie auf, „einen Bewilligungsturnus festzulegen, der eine mit Art. 31 BV vereinbare, weniger krasse Ungleichbehandlung der Konkurrenten zur Folge“ habe<sup>300</sup>.

- 383 In BGE 116 Ia 352 f. E. 6a.bb liess das Bundesgericht die Frage offen, ob der Übersetzungszwang von Unternehmensnamen im Interesse der Erhaltung der rätoromanischen Sprache eine unterschiedliche Behandlung von etablierten und neuen Unternehmen zu rechtfertigen vermöge. Es spreche immerhin „einiges dafür, dass das Interesse an der Erhaltung der

<sup>298</sup> BGE 121 I 279 ff. Der Sachverhalt ist in Rn. 8 wiedergegeben.

<sup>299</sup> BGE 121 I 290 E. 6d.dd. Vgl. dazu oben Rn. 367 f.

rätoromanischen Sprache auch bei einem etablierten Unternehmen jenes am ungestörten Gebrauch des Unternehmensnamens für Reklamezwecke überwiegen würde“<sup>301</sup>. Dies trotz der richtigen Erkenntnis, dass das etablierte Unternehmen während längerer Zeit mit Hilfe des Unternehmensnamens eine Marktposition aufgebaut hat, über welche ein neues Unternehmen in der Regel noch nicht verfügt. Unter dem Aspekt der Wettbewerbsneutralität erscheint die Ansicht des Bundesgerichts deshalb nicht unproblematisch.

384 Im Zusammenhang mit dem UNO-Handelsembargo gegen Süd-Rhodesien erliess auch der Bundesrat 1965 eine besondere Einfuhrbeschränkung für Fleisch aus diesem Land. Die Importeure, welche bereits vor dem Embargo Fleisch aus Süd-Rhodesien eingeführt hatten, erhielten Importkontingente entsprechend ihren früheren Einfuhren. Als dann auch andere Importeure aus Süd-Rhodesien Fleisch einführen wollten, setzte das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement einen neuen Verteilschlüssel fest, der vorsah, dass 70% der Kontingente im Verhältnis der Durchschnittseinfuhren 1964-1966 und 30% nach den Grundsätzen der Schlachtviehverordnung verteilt werden. Dieser Verteilschlüssel wurde von den bisherigen Importeuren angefochten. Das Bundesgericht wies die Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit korrekter Argumentation ab:

„Müssen gegenüber einem bestimmten Land besondere Einfuhrbeschränkungen verhängt werden, so treffen sie nicht alle Importeure der Branche, sondern nur jene, die bisher aus diesem Lande importiert haben. Da nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit in bestehende, rechtlich schützenswerte Interessen nicht mehr als notwendig eingegriffen werden soll, ergibt sich als erstes *Gebot, dass bereits eingespielte Geschäftsbeziehungen eine gewisse Rücksichtnahme verdienen*. Erst in zweiter Linie kommt das *Gebot, diese Rücksichtnahme nicht zu einem Dauerprivileg auswachsen zu lassen* und folglich mit der Zeit einen Abbau und Umbau des historischen Kontingentsystems anzustreben. Der nunmehr vom Bundesrat gewählte doppelte Schlüssel ist also keineswegs in sich widersprüchlich, sondern

---

<sup>300</sup> BGE 121 I 290 E. 6e.

<sup>301</sup> BGE 116 Ia 353 E. 6a.bb.

er versucht, kompromissweise zwei einander entgegengesetzte Gedanken, die sich beide auf Art. 31 BV zurückführen lassen, je teilweise zur Geltung zu bringen. Diese Ordnung hält sich durchaus im Rahmen des Ermessens (...).<sup>302</sup>

## V. Fazit

385 Beim Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden handelt es sich nicht um ein eigenständiges verfassungsmässiges Recht, sondern vielmehr um ein komplexes Zusammenspiel zwischen dem Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV, dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität. Das Gebot kommt nur im Zusammenhang mit einem verfassungsmässigen Recht - vorab der Wirtschaftsfreiheit und/oder dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot - zum Tragen.<sup>303</sup>

386 Das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV nimmt im Rahmen des Gebots der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden zwischen dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine *vermittelnde* Funktion ein, denn die durch eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme hervorgerufenen Wettbewerbsverzerrungen unter den Konkurrenten werden dadurch minimiert, dass letztere möglichst *gleich* behandelt werden.<sup>304</sup>

---

<sup>302</sup> BGE 100 Ib 322 E. 3b (Hervorhebungen durch den Verfasser); vgl. auch BGE v. 21. September 1973 i.S. X. c. EVD (= ZBl 1974, 92 ff.). Zur Grundproblematik der Anpassung von Kontingenten vgl. auch VPB 1987 Nr. 49 S. 287 f.

<sup>303</sup> Vgl. oben Rn. 292 ff.

<sup>304</sup> Vgl. oben Rn. 300 ff. Zum Rechtsgleichheitsgebot allgemein Rn. 303 ff.

- 387 Das Rechtsgleichheitsgebot erfährt in dieser Funktion in zweierlei Hinsicht Modifikationen. Zum einen sind Differenzierungen unzulässig, welche gleichzeitig einzelne Konkurrenten begünstigen oder benachteiligen,<sup>305</sup> und zum anderen darf die Ungleichbehandlung nicht über das Erforderliche hinausgehen bzw. muss zu möglichst geringen Wettbewerbsverzerrungen führen und gebietet das Verhältnismässigkeitsprinzip in diesem Sinne die Minimierung der unumgänglichen Ungleichheiten<sup>306</sup>. Letzteres ist insbesondere in Bereichen anzustreben, in denen sich systembedingte oder sachlich unumgängliche Ungleichheiten ergeben.<sup>307</sup>
- 388 Der Geltungsbereich des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität bzw. des Gebots der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden erstreckt sich in subjektiver Hinsicht auf diejenigen Unternehmer, welche zueinander in einem *Wettbewerbsverhältnis* stehen, das von einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme tangiert wird. Wesentlich für das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses ist die Gleichheit des Abnehmerkreises. Diese ist regelmässig gegeben, wenn Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art vertrieben werden. Entscheidend ist, dass diese sich nach der Verkehrsanschauung im Absatz behindern können, was zutrifft, wenn sie dem gleichen wirtschaftlichen Zweck dienen, d.h. die gleichen *Bedürfnisse* befriedigen.<sup>308</sup>
- 389 Das Bundesgericht verlangt dagegen das Vorliegen einer „direkten Konkurrenzsituation“.<sup>309</sup> Diese Betrachtungsweise ist jedoch zu eng. Von Relevanz ist vielmehr allein die Gleichheit des *Abnehmerkreises* bzw. die Gleichheit der *Bedürfnisbefriedigung*. Konkurrenz besteht deshalb immer in Bezug auf *bestimmte* Waren und Dienstleistungen, welche den Konsumenten angebo-

---

<sup>305</sup> Vgl. oben Rn. 320 ff.

<sup>306</sup> Vgl. oben Rn. 323 ff.

<sup>307</sup> Vgl. oben Rn. 325.

<sup>308</sup> Vgl. oben Rn. 328 ff.

ten werden. Zu beachten ist weiterhin, dass die Frage nach dem Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses nicht losgelöst werden kann von der *konkret* anstehenden wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme.<sup>310</sup>

390 Die Gleichbehandlung aller Konkurrenten würde dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zweifellos am besten entsprechen. Indessen kann das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden keine durchgehende, absolute Gleichbehandlung gewährleisten. Die unumgängliche Gleich- bzw. Ungleichbehandlung ist jedoch in erster Linie aufgrund regelungs- bzw. sachrelevanter, mithin *materieller* Kriterien zu begründen. Erst in zweiter Linie kommen auch bloss *formale* Differenzierungskriterien in Betracht, soweit das zu beachtende Verhältnismässigkeitsprinzip dies zulässt.<sup>311</sup>

391 Da sich die hinter einer Differenzierung steckende Absicht nicht immer ohne weiteres auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität überprüfen lässt und eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme im weiteren verschiedenste öffentliche und private Interessen tangieren kann, ist bei der Beurteilung, ob eine Differenzierung verfassungskonform sei, eine *Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen* vorzunehmen.<sup>312</sup>

392 Die Ungleichbehandlung muss auf jeden Fall verhältnismässig sein und darf das Gleichbehandlungsgebot nicht seiner Substanz berauben. Je gravierender die wettbewerbsverzerrende Ungleichbehandlung von Konkurrenten ausfällt, desto mehr Gewicht müssen das Differenzierungsmerkmal sowie die diesem zu Grunde liegende Motivierung und allfällige weitere - dem

---

<sup>309</sup> Vgl. oben Rn. 331 ff.

<sup>310</sup> Vgl. oben Rn. 338 ff.

<sup>311</sup> Vgl. oben Rn. 348 ff.

<sup>312</sup> Vgl. oben Rn. 376 ff.

Grundsatz der Wettbewerbsneutralität entgegenstehende - tangierte Interessen aufweisen.<sup>313</sup>

---

<sup>313</sup> Vgl. oben Rn. 380.