

§ 6 Schlussbemerkungen

- 393 Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität leitet sich aus der Bindung des staatlichen Handelns an den „Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit“ gemäss Art. 31 Abs. 2 BV ab. Als spezifischer Verfassungsgrundsatz hat er seine Daseinsberechtigung aus der feststehenden Erkenntnis, dass wirtschaftsrelevante staatliche Massnahmen unvermeidlich irgendwelche Wettbewerbsverzerrungen zur Folge haben.
- 394 Der Vermeidung bzw. Minimierung von staatlichen Wettbewerbsverzerrungen kommt heute eine grosse Bedeutung zu. Der Staat hat insbesondere in Zeiten der wirtschaftlichen Stagnation darauf zu achten, dass er mit seinen Massnahmen die labilen Wettbewerbsverhältnisse nicht zusätzlich oder unnötig verfälscht. Dem verstärkten Konkurrenzkampf bei der Verteilung knapper wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Güter hat er möglichst wettbewerbsneutral zu begegnen. Eine Häufung dieser Privilegien bei einem Konkurrenten ist prinzipiell ebenso zu vermeiden wie die unbesehene Bevorzugung der bisher in den Genuss der Privilegien gekommenen Konkurrenten oder gar die Zementierung eines diskriminierenden Zustandes auf unabsehbare Zeit.
- 395 Der Staat hat sich bei der Lösung dieser zum Teil komplexen Problematik nicht allein am Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, sondern auch am Rechtsgleichheitsgebot sowie am Verhältnismässigkeitsprinzip zu orientieren. Vereinfacht kann dabei vom „Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden“ gesprochen werden.
- 396 Die jüngsten Bemühungen des Bundesgesetzgebers, die darauf abzielen, dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität im gesamten schweizerischen Binnenmarkt zum Durchbruch zu verhelfen, sind vollumfänglich zu begrü-

sen. Einen - gegenüber der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹ - wesentlichen Fortschritt im Bereich des *Rechtsschutzes* stellt in diesem Zusammenhang zum Beispiel die - an sich selbstverständliche - Regelung dar, wonach Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt nun in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen sind².

397 Die Frage der *Legitimation des Konkurrenten*, der sich über die widerrechtliche Begünstigung eines anderen Konkurrenten durch eine staatliche Massnahme (Erlass oder Verfügung) beschwert, sollte nun ebenfalls etwas großzügiger gehandhabt werden. Während im Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren eine *besondere Beziehungsnähe zum Streitgegenstand* gefordert wird,³ welche dann zu bejahen ist, wenn die im wirtschaftlichen Wettbewerb Konkurrierenden derselben wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Ordnung unterworfen sind,⁴ ist der Konkurrent im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren nur soweit legitimiert, als er in seinen *rechtlich geschützten Interessen* beeinträchtigt ist⁵. Die Legitimation des Konkurrenten⁶ zur staatsrechtlichen Beschwerde ergibt sich indessen aus dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität bzw. dem Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen.⁷ Zu beachten ist einzig, dass sich aus Art. 31 BV kein Recht

¹ Vgl. BGE 119 Ia 427 E. 3a und b.

² Art. 9 Abs. 1 BGBM. Vgl. dazu auch GADOLA, 976 f.; und oben Rn. 180.

³ Vgl. Art. 48 lit. a VwVG; Art. 103 lit. a OG. Dazu auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 17 N. 29 ff.

⁴ Vgl. BGE 113 Ib 100 E. 1b; 109 Ib 201 f. E. 4c und d; 104 Ib 248 ff. E. 5-7; 101 Ib 90 E. 2a, 186 E. 4b; 100 Ib 424 E. 1b; KÖLZ/HÄNER, N. 241. Vgl. auch BGE 113 Ib 363 ff.; VGE-BL v. 22. März 1995 i.S. A.R., E. 2b (= BJM 1997, 41 ff.).

⁵ Vgl. KÄLIN, Verfahren, 230 ff. Siehe Art. 88 OG. „Nach der Praxis des Bundesgerichts sind Dritte zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen die Erteilung einer Bewilligung nur legitimiert, wenn sie die verfassungswidrige Anwendung einer drittschützenden Norm rügen, das heisst einer Norm, welche dem Dritten selbst Rechte einräumt oder zumindest dem Schutz seiner privaten Interessen dient.“ (BGE 123 I 281 E. 3c. ee; vgl. auch BGE 118 Ia 51 E. 3a; KÄLIN, Verfahren, 246 ff.).

⁶ Vgl. zu diesem oben Rn. 338 ff.

⁷ Im gleichen Sinne - aber mit anderer Begründung und die Frage schliesslich offenlassend - nun neuestens das Bundesgericht in BGE 123 I 281 f. E. 3d, wonach das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen „möglicherweise als spezifisches verfassungsmässiges Recht eine Legitimation des Benachteiligten begründen (könnte), ohne dass zusätzlich die verfassungswidrige

auf Schutz *vor* Konkurrenz ergibt und der Marktzutritt von neuen Konkurrenten als solcher somit nicht verhindert werden kann.⁸

Anwendung einer besonderen drittschützenden Gesetzesbestimmung erforderlich wäre (...).“ (vgl. dazu kritisch oben Rn. 297 f.). Wird die widerrechtliche *Begünstigung* eines Konkurrenten gerügt, so ergibt sich die Legitimation des benachteiligten Konkurrenten gemäss Art. 88 OG m.E. vielmehr aus dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität bzw. Art. 31 BV, welcher den Staat im Sinne einer negativen Wettbewerbsgarantie verpflichtet, bei seinem Handeln den Wettbewerb unter Konkurrenten nicht zu beeinträchtigen (vgl. BGE 119 Ia 436 f. E. 2b [Legitimation der Apotheker betreffend unterschiedliche Regelung zur Abgabe von Medikamenten, welche die Ärzte begünstige]; 86 I 284 ff. E. 1 [Legitimation von Zahntechnikern, die sich gegen die Begünstigung der bisher praktizierenden Zahntechniker wehren, denen die Ablegung einer besonderen Prüfung zur Abdrucknahme für die Herstellung von Gebissen und die Einpassung derselben erlassen wird]). „Macht der Beschwerdeführer (dagegen) geltend, der *Erläss* begünstige Dritte in rechtswidriger Weise, muss er sich in vergleichbarer Lage wie der angeblich Begünstigte befinden; der dem Dritten gewährte Vorteil muss sich für ihn als Nachteil auswirken.“ (BGE 116 Ia 318 E. 1a [Hervorhebung durch den Verfasser]; vgl. auch KÄLIN, Verfahren, 265 ff.). Die Legitimation des Konkurrenten gemäss Art. 88 OG dürfte auch hier ohne weiteres gegeben sein, befindet sich dieser doch in vergleichbarer Lage wie sein Konkurrent und führt dessen Begünstigung in der Regel ohne weiteres auch zu seiner wirtschaftlichen Benachteiligung. Zum Ganzen vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 17 N. 32 ff., 38 ff.

⁸ BGE 123 II 384 E. 6; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 52, § 18 N. 56, 65 ff.. Will ein Unternehmer die angeblich rechtswidrige *Zulassung* eines Konkurrenten anfechten, so hat er die Verletzung einer Norm geltend zu machen, die gerade sein Interesse an der Verhinderung unliebsamer Konkurrenz schützt (vgl. BGE v. 13. Februar 1996 i.S. Apothekerverein des Kt. Zürich c. Rusconi, Drogistenverband der Kt. Zürich und Schaffhausen und Regierungsrat des Kt. Zürich, E. 3a-c [= 2P.242/1995]; BGE 119 Ia 437 E. 2c; 105 Ia 189 E. 1a; KÄLIN, Verfahren, 251 f.). Vgl. im übrigen auch VGE-BL v. 22. März 1995 i.S. A.R., E. 2b (= BJM 1997, 41 ff.).