
Zürcher Studien
zum öffentlichen Recht

Patrick Schönbächler

**Wettbewerbsneutralität
staatlicher Massnahmen**

Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich

Zürcher Studien
zum öffentlichen Recht

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von W. Haller, T. Jaag, A. Kölz, G. Müller,
H. Rausch, M. Reich, D. Thürer und B. Weber-Dürler

Patrick Schönbächler

**Wettbewerbsneutralität
staatlicher Massnahmen**

Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

Diese Reihe setzt zusammen mit den

Zürcher Studien zum Privatrecht

Zürcher Studien zum Strafrecht

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte

Zürcher Studien zur Rechts- und Staatsphilosophie

die Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft fort.

Abdruck der
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich vorgelegten Dissertation

Dank

Die vorliegende Dissertation entstand unter der Obhut von Herrn Prof. Dr. Tobias Jaag. Für seine sehr zuvorkommende und aufmerksame Unterstützung, die zahlreichen wertvollen Anregungen und die mir beim Verfassen der Arbeit gewährte Freiheit bin ich ihm zu grossem Dank verpflichtet.

Ein inniger Dank gebührt auch meinen Eltern Josef und Rita Schönbächler-Kälin, welche mein Studium und die Arbeit an meiner Dissertation stets mit grossem Interesse verfolgt haben und mir auch jederzeit die nötige Unterstützung haben zukommen lassen. Bedanken möchte ich mich schliesslich bei meiner Lebensgefährtin Susanne Theiler für ihr Verständnis sowie ihre Geduld, welche ich doch einige Male etwas strapazieren musste. Ihnen sei meine Dissertation gewidmet.

Ferner danke ich Frau lic.iur. Frieda Chicherio Fink sowie Frau RA lic.iur. Isabelle Egger Wildberger für ihre Korrekturarbeiten und kritischen Anmerkungen beim Verfassen der Dissertation.

Einsiedeln, im Juli 1998

Patrick Schönbächler

Inhaltsverzeichnis

<i>Literaturverzeichnis</i>	VI
<i>Materialien</i>	XV
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	XVII

§ 1 Grundlagen

I. Einleitung	1
II. Problemstellung	3
III. Begriffliches	5
IV. Abgrenzung	8

§ 2 Rechtsgrundlage und Rechtsnatur

I. Rechtsgrundlage	
A. <i>Einleitung</i>	10
B. <i>Der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit</i>	
1. Allgemeines	12
2. Inhalt	
a) Wortlaut	15
b) Geschichtlicher Hintergrund	18
c) Systematischer Gesichtspunkt	28
d) Zeitgemässes Verständnis	30
e) Fazit der Auslegung	35
3. Bedeutung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit	
a) In wirtschaftsverfassungsrechtlicher Hinsicht	37
b) In bundesstaatlicher und demokratischer Hinsicht	40
c) In grundrechtlicher Hinsicht	42

II

C.	<i>Das Gebot der Wettbewerbsneutralität</i>	
1.	Ausfluss aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit	44
2.	Verhältnis zum Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden	
a)	Einleitung	45
b)	Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden	47
c)	Stellungnahme	53
D.	<i>Fazit</i>	58
II.	Rechtsnatur	
A.	<i>Einleitung</i>	59
B.	<i>Das Gebot der Wettbewerbsneutralität als Verfassungsgrundsatz</i>	
1.	Allgemeines	59
2.	Das Gebot der Wettbewerbsneutralität als spezifischer Verfassungsgrundsatz	63
C.	<i>Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität als verfassungsmässiges Recht ?</i>	
1.	Allgemeines	68
2.	Stellungnahme	69
D.	<i>Fazit</i>	71

§ 3 Geltungs- und Schutzbereich

I.	Allgemeines	73
II.	Sachlicher Geltungs- und Schutzbereich	
A.	<i>Im Allgemeinen</i>	74
B.	<i>Im Besonderen</i>	
1.	Die Wirtschaftsfreiheit	
a)	Die Wirtschaftsfreiheit als Abwehrrecht	
aa)	Genereller Schutzbereich	77
bb)	Die Besteuerung von Handel und Gewerbe	83
b)	Anspruch auf positive Leistungen des Staates aus der Wirtschaftsfreiheit?	86

III

2. Übrige verfassungsmässige Rechte	
a) Die Eigentumsgarantie	93
b) Die Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit	95
c) Das Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot	97
III. Persönlicher Geltungsbereich	98
IV. Adressaten	101
V. Räumlicher Schutzbereich	102
VI. Fazit	108

§ 4 Verhältnis zwischen dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und anderen Verfassungsgrundsätzen

I. Einleitung	110
II. Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität	
A. <i>Allgemeines</i>	112
B. <i>Verhältnis zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität</i>	
1. Das Erfordernis des Rechtssatzes	115
2. Das Erfordernis der Gesetzesform	117
3. Das Bestimmtheitserfordernis	121
C. <i>Fazit</i>	126
III. Vertrauensschutz und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität	127
IV. «Gleichbehandlung im Unrecht» und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität	131
V. Das Erfordernis des öffentlichen Interesses und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität	
A. <i>Allgemeines</i>	135

IV

<i>B. Verhältnis zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität</i>	
1. Allgemeines	138
2. Spannungsverhältnis	140
3. Lösung	
a) Allgemein	143
b) Überwiegen des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität	149
c) Überwiegen des öffentlichen Interesses	152
<i>C. Fazit</i>	156
VI. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität	
<i>A. Allgemeines</i>	157
<i>B. Verhältnis zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität</i>	
1. Spannungsverhältnis	161
2. Lösung	164
<i>C. Fazit</i>	166

§ 5 Das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbegeossen

I. Die Frage der Selbständigkeit	168
II. Das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV	
<i>A. Einleitung</i>	173
<i>B. Allgemeines</i>	
1. Einleitung	174
2. Grundsatz	176
3. Grenzen der Ungleichbehandlung	178
<i>C. Modifizierung des Rechtsgleichheitsgebots</i>	
1. Durch den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität	185
2. Durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit ..	186
III. Der konkurrierende Unternehmer	
<i>A. Allgemeines</i>	189
<i>B. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung</i>	191
<i>C. Stellungnahme und Kritik</i>	196

IV. Wettbewerbsneutrale Differenzierung	
A. <i>Einleitung</i>	203
B. <i>Der sachliche Grund</i>	
1. Allgemeines	204
2. Materielle Kriterien	206
3. Formale Kriterien	213
C. <i>Verhältnismässigkeit der Wettbewerbsverzerrung</i>	
1. Grundsätzliches	218
2. Die tangierten Interessen	221
3. Interessenabwägung	223
4. Beispiele	226
V. Fazit	229
§ 6 Schlussbemerkungen	233

Literaturverzeichnis

- Amstutz, Marc*, Neues Kartellgesetz und staatliche Wettbewerbsbeschränkungen, AJP 1996, 883
- Andrich, William Elio*, Die Wirtschaftsfreiheit im schweizerischen Aussenwirtschaftsrecht, Diss. St.Gallen 1996
- Aubert, Jean-François*, Bundesstaatsrecht der Schweiz, 2 Bände, Fassung von 1967, Neubearbeiteter Nachtrag bis 1994, Basel/Frankfurt a.M. 1995
- Auer, Andreas*, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, deutschsprachige Ausgabe von La juridiction constitutionnelle en Suisse, übersetzt von Nanni Rojas, Basel/Frankfurt a.M. 1984 (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit)
- L'égalité dans l'illégalité, ZBl 1978, 281 (zit. égalité)
- Bartling, Hartwig*, Leitbilder der Wettbewerbspolitik, München 1980
- Bauer, Hans*, Von der Zunftverfassung zur Gewerbefreiheit in der Schweiz, Basel 1929
- Baumbach, Adolf/Hefermehl Wolfgang*, Wettbewerbsrecht, 19. A., München 1996
- Berg, Wilfried*, Die Verwaltung des Mangels, Der Staat, 1976, 1
- Biaggini, Giovanni*, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung: Rechtsnorm oder Faktum? Reflexionen über ein juristisches Chamäleon, ZBl 1997, 1 (zit. Verwaltungsverordnung)
- Schweizerische und europäische Wirtschaftsverfassung im Vergleich. Über Strukturprobleme zweier wettbewerbsorientierter Wirtschaftsverfassungen, ZBl 1996, 49 (zit. Wirtschaftsverfassung)
- Blumenstein, Ernst/Locher, Peter*, System des Steuerrechts, 5. A., Bern 1995
- Bock, Christian*, Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen und seine Umsetzung ins schweizerische Submissionsrecht, AJP 1995, 709
- Borghi, Marco*, in: Kommentar BV, Art. 27^{ter}, Basel/Zürich/Bern 1988
- Borghi, Marco/Queloz Nicolas*, Lücken und beschränkte Wirksamkeit des schweizerischen Rechts gegenüber Korruption: die Voraussetzungen für eine interdisziplinäre Untersuchung, recht 1997, 16
- Brutsch, François/Mader, Luzius*, La liberté économique et les économies d'énergie, ZBl 1984, 49
- Burckhardt, W.*, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. A., Bern 1931
- Cottier, Thomas/Wagner, Manfred*, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), AJP 1995, 1582
- Drolshammer, Jens Ivar*, Wettbewerbsrecht, Bern 1997

- Dubs, Hans**, Die Forderung nach optimaler Bestimmtheit belastender Normen, ZSR 1974 II 223
- Eichenberger, Kurt**, in: Kommentar BV, Verfassungsrechtliche Einleitung, Basel/Zürich/Bern 1995
- Emmerich, Volker**, Kartellrecht, 7. A., München 1994
- Fleiner, Thomas**, Probleme der Anwendung von Verfassungsrecht im Rahmen der Staatsrechtlichen Beschwerde bei der unmittelbaren Verfassungsverletzung, ZBJV 1971, 249
- Frey, Urs Peter**, Das Verhältnis der Handels- und Gewerbefreiheit zu den anderen Freiheitsrechten, Diss. Zürich 1965
- Gadola, Attilio R.**, Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, AJP 1996, 967
- Galli, Peter**, Die Submission der öffentlichen Hand im Bauwesen, Diss. Zürich 1981
- Galli, Peter/Lehmann, Daniel/Rechsteiner, Peter**, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996
- Gauch, Peter**, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes - Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, ZSR 1995 I 313
- Gerber, Hans**, Grossistenumsatzsteuer und Mehrwertsteuer, Das Postulat der Wettbewerbsneutralität, ASA 1968 (36) 305
- Gloy, Wolfgang** (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 2. A., München 1997
- Grisel, André**, Traité de droit administratif, vol. 1: Neuchâtel 1984 (zit. Traité)
- Droit public non écrit, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel/Stuttgart 1972, 139 (zit. Droit public)
- Grisel, Etienne**, Liberté du commerce et de l'industrie, Libéralisme et droit économique en Suisse, vol. 1: Partie générale, Berne 1993; vol. 2: Partie spéciale, Berne 1995
- Gross, Jost**, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Bern 1995
- Gygi, Fritz**, Verwaltungsrecht, Bern 1986 (zit. Verwaltungsrecht)
- Wirtschaftspolitik, ZSR 1981 I 229 (zit. Wirtschaftspolitik)
 - Grundrechtskonkurrenz?, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, 61 (zit. Grundrechtskonkurrenz)
 - Die Schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 1970 II 265 (zit. Wirtschaftsverfassung)
- Gygi, Fritz/Richli, Paul**, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. A., Bern 1997
- Häfelin, Ulrich/Haller, Walter**, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. A., Zürich 1998
- Häfelin, Ulrich/Müller, Georg**, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. A., Zürich 1993
- Haefliger, Arthur**, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, 2. A., Bern 1985 (zit. Alle Schweizer)

- Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu kantonalen und kommunalen Ladenschlussbestimmungen, ZBl 1975, 409 (zit. Ladenschlussbestimmungen)
- Hangartner, Yvo**, Was gewährleistet die Wirtschaftsfreiheit?, Probleme der Nachführung der Wirtschaftsverfassung, NZZ v. 15. Oktober 1997, 15 (zit. Wirtschaftsfreiheit)
- Bemerkungen zum BGE v. 12.11.1993, AJP 1994, 620 (zit. Bemerkungen II)
- Bemerkungen zu BGE 118 Ia 175, AJP 1993, 78 (zit. Bemerkungen I)
- Zur Konzeption der Handels- und Gewerbebefreiheit, in: Festschrift für Leo Schürmann, Freiburg i.Ue. 1987, 117 (zit. Konzeption)
- Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. 1: Organisation, Zürich 1980 (zit. Organisation); Bd. 2: Grundrechte, Zürich 1982 (zit. Grundrechte)
- Hauser, Heinz/Vallender, Klaus**, Zur Bindung des Wirtschaftsgesetzgebers durch Grundrechte, Bern/Stuttgart 1989
- Hertig, Gérard**, Les aides des cantons aux particuliers, Revue de droit administratif et de droit fiscal 1985, 1
- Höhn, Ernst**, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zürich 1993 (zit. Methodik)
- Verfassungsmässige Schranken der Steuerbelastung, ZBl 1979, 241 (zit. Schranken)
- Homburger, Eric**, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1990
- Hoppmann, Erich**, Marktmacht und Wettbewerb, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Bd. 471, Tübingen 1977
- Hotz, Werner Friedrich**, Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis zur Handels- und Gewerbebefreiheit, Diss. Zürich 1977
- Huber, Arnold**, Das Submissionswesen im Kanton Thurgau, ZBl 1928, 401, 433, 469
- Huber, Hans**, Gleichbehandlung der Gewerbebesessenen, in: Hans Huber, Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Ausgewählte Aufsätze 1950-1970, Bern 1971, 288 (zit. Gleichbehandlung)
- Bemerkungen zu BGE 70 I 3, ZBJV 1949, 53 (zit. Bemerkungen)
- Die Handels- und Gewerbebefreiheit und ihre heutige Bedeutung, Vortrag, St. Gallen 1933 (zit. Bedeutung)
- Imboden, Max/Rhinow, René A.**, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bde., unveränderte 6. A., Basel/Frankfurt a.M. 1986
- Jaag, Tobias**, Bemerkungen zu BGE 123 II 317 ff., AJP 1998, 218 (zit. Bemerkungen)

- Staats- und Beamtenhaftung, in: Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996 (zit. Jaag in SBVR, Rz.)
 - Wettbewerbsneutralität bei der Gewährung von Privilegien im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994 (zit. Wettbewerbsneutralität)
 - Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, ZBl 1992, 145 (zit. Gemeingebrauch)
 - Verkehrsberuhigung im Rechtsstaat, ZBl 1986, 289 (zit. Verkehrsberuhigung)
- Jansen, Nils**, Die Abwägung von Grundrechten, Der Staat 1997, 27
- Junod, Charles-André**, Liberté économique et protection des consommateurs, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981
- Kälin, Walter**, Bemerkungen zu BGE 121 I 267, recht 1996, 76 (zit. Bemerkungen)
- Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A., Bern 1994 (zit. Verfahren)
- Kehl, Dieter**, Wettbewerbsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1990
- Knapp, Blaise**, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1: Basel/Frankfurt a.M. 1992 (zit. Grundlagen I); Bd. 2: Basel/Frankfurt a.M. 1993 (zit. Grundlagen II)
- Les limites à l'intervention de l'Etat dans l'économie, ZBl 1990, 241 (zit. limites)
 - Les principes constitutionnels et leurs relations, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zürich 1981, 167 (zit. principes)
- Kölz, Alfred**, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992
- Kölz, Alfred/Häner, Isabelle**, Verwaltungsverfahren und Verwaltungspflege des Bundes, Zürich 1993
- Koller, Heinrich/Müller, Georg/Rhinow, René/Zimmerli, Ulrich** (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996 (zit. Bearbeiter in SBVR, Rz.)
- Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874**, hrsg. von Aubert, Jean-François/Eichenberger, Kurt/Müller, Jörg Paul/Rhinow, René/Schindler, Dietrich, Basel/Zürich/Bern 1987-
- Krüger, Herbert**, Der Verfassungsgrundsatz, in: Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag, 2. A., München 1974, 187
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm**, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. A., Berlin/Heidelberg/New York/Barcelona/Budapest/Hong Kong/Mailand/London/Paris/Tokyo 1995
- Lendi, Martin**, Schweizerische Regionalpolitik, ZBl 1983, 241

- Lendi, Martin/Leibundgut Hans**, Schweizerische Regionalpolitik, ZBl 1983, 241
- Lienhard, Andreas**, Deregulierung - Leitmotiv im Wirtschaftsverwaltungsrecht?, Mit aktuellen Tendenzen und Potentialen im Bund und im Kanton Bern, Diss. Bern 1995 (zit. Deregulierung)
- Zum Anspruch der Gewerbetreibenden auf wettbewerbsneutrale Behandlung durch den Staat, recht 1995, 210 (zit. Anspruch)
- Mader, Luzius**, Die Nachführung der Wirtschaftsverfassung, Ein Beitrag zur Klärung der Rechtslage, NZZ v. 8. Januar 1998, 13
- Marti, Hans**, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel/Stuttgart 1976
- Maurer, Beat**, Kantonale Kompetenzen zur Wirtschaftsförderung, Diss. Bern 1992
- Meyer-Blaser, Ulrich**, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, Diss. Bern 1985
- Moor, Pierre**, Droit administratif, vol. 1: Les fondements généraux, Bern 1988 (zit. fondements); vol. 3: L'organisation des activités administratives - Les biens de l'Etat, Bern 1992 (zit. organisation)
- Müller, Andreas**, Staats- und verwaltungsrechtliche Kriterien für die Privatisierung von Staatsaufgaben, AJP 1998, 65
- Müller, Georg**, Mangelnde Klarstellung der Wirtschaftsfreiheit, Zu ängstliche Nachführung der Wirtschaftsverfassung, NZZ v. 29. April 1997, 15 (zit. Klarstellung)
- Der Staat als Unternehmer?, Stolpersteine auf dem Weg von der dienenden zur verdienenden Organisation, NZZ v. 19. August 1996, 15 (zit. Unternehmer)
 - Rechtsstellung von Anstössern an öffentlichen Strassen, recht 1996, 218 (zit. Anstösser)
 - in: Kommentar BV, Art. 4, Basel/Zürich/Bern 1995 (zit. in Komm. BV, Art. 4, Rz.)
 - Reservate staatlicher Willkür - Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, 109 (zit. Reservate)
 - Interessenabwägung im Verwaltungsrecht, ZBl 1972, 337 (zit. Interessenabwägung)
- Müller, Hans**, Behördliche Submissionen, ZBl 1903, 47, 58, 66
- Müller, Jörg Paul**, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2. A., Bern 1991 (zit. Grundrechte)
- in: Kommentar BV, Einleitung zu den Grundrechten, Basel/Zürich/Bern 1987 (zit. in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz.)
 - Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. Elemente)

- Müller, Jürg**, Einleitung und Generalklausel (Art. 1-2 UWG), in: von Büren/David, 1 (zit. in von Büren/David)
- Müller, Markus/Müller-Graf, Thomas**, Staatliche Empfehlungen, Gedanken zu Rechtscharakter und Grundrechtsrelevanz, ZSR 1995 I 357
- Pauly, Walter**, Gleichheit im Unrecht als Rechtsproblem, JZ 1997, 647
- Pedrazzini, Mario M.**, Unlauterer Wettbewerb (UWG), Bern 1992
- Pöschl, Magdalena**, Über Gleichheit und Verhältnismässigkeit, JBl 1997, 413
- Poledna, Tomas**, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994
- Rauber, Georg**, Klageberechtigung und prozessrechtliche Bestimmungen (Art. 9-15 UWG), in: von Büren/David, 239 (zit. in von Büren/David)
- Rhinow, René A.**, in: Kommentar BV, Art. 31^{bis}, Basel/Zürich/Bern 1991 (zit. in Komm. BV, Art. 31^{bis}, Rz.)
- in: Kommentar BV, Art. 31, Basel/Zürich/Bern 1988 (zit. in Komm. BV, Art. 31, Rz.)
 - Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: Privatrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht, Grenzen und Grenzüberschreitungen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt a.M. 1985, 295 (zit. Verfügung)
- Rhinow, René A./Krähenmann, Beat**, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990
- Rhinow, René A./Schmid, Gerhard/Biaggini, Giovanni**, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1998
- Richli, Paul**, Korrekte Nachführung der Wirtschaftsverfassung, Welche Kriterien zur Bestimmung von Abweichungen?, NZZ v. 13. Juni 1997, 15 (zit. Nachführung)
- Chancengleichheit im Schul- und Ausbildungssystem als Problem des Staats- und Verwaltungsrechts, ZBl 1995, 197 (zit. Chancengleichheit)
 - Bemerkungen zu BGE 121 I 129, AJP 1995, 1203 (zit. Bemerkungen II)
 - Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz - Überblick und Würdigung aus öffentlichrechtlicher Sicht, AJP 1995, 593 (zit. Binnenmarktgesetz)
 - Harmonisierungsbedarf zwischen den Gesetzgebungen über Spielbanken, Geschicklichkeits-Spielautomaten und Lotterien, AJP 1995, 459 (zit. Harmonisierungsbedarf)
 - Bemerkungen zu BGE 120 Ia 236, AJP 1995, 222 (zit. Bemerkungen I)
 - Kürzung von Milchkontingenten im Widerspruch zu Verfassungsgrundsätzen? - Bemerkungen zur neuesten Änderung der Verordnungen über die Milchkontingentierung, AJP 1993, 57 (zit. Kürzung)
 - Zum verfahrens- und prozessrechtlichen Regelungsdefizit beim verfassungsfreien Staatshandeln, AJP 1992, 196 (zit. Regelungsdefizit)

- Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht, ZBl 1991, 381 (zit. Verhandlungselemente)
 - Subventionen ohne gesetzliche Grundlage?, Urteilsanmerkung Finanzrecht/Subventionsrecht, ZBl 1990, 27, recht 1990, 58 (zit. Subventionen)
 - Öffentlich-rechtliche Probleme bei der Erfüllung von Staatsaufgaben mit Informationsmitteln, ZSR 1990 I 151 (zit. Informationsmittel)
 - Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für die Wirtschaft, ASA 1985, 97 (zit. Rechtsprobleme)
 - Handels- und Gewerbefreiheit contra Energiepolitik?, ZBl 1985, 1 (zit. Energiepolitik)
 - Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch Verfassungsgrundsätze und zum Verhältnis zwischen Wirtschaftspolitik und Handels- und Gewerbefreiheit, Bern 1983 (zit. Leitung)
- Richli, Paul/Müller, Georg/Jaag, Tobias**, Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 2. A., Basel/Frankfurt a.M. 1998
- Richli, Paul/Vallender, Klaus A.**, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht der Schweiz, in: Rolf Stober (Hrsg.), Wirtschaftsverwaltungsrecht in Europa, Köln/Berlin/Bonn/München 1993
- Richli, Paul/Wunder, Kilian**, Über die Möglichkeiten zur Beschränkung des freien Warenverkehrs nach dem Binnenmarktgesetz, AJP 1996, 908
- Rieben, Jürg**, Verfassungsrechtliche Aspekte der Geldpolitik, Diss. Bern 1975
- Röck, Werner**, Zuteilungsverfahren bei beschränktem Angebot, Verwaltungsrundschau 1996, 333
- Saladin, Peter**, Grundrechte im Wandel, 3. A., Bern 1982
- Salis, L.R. von**, Schweizerisches Bundesrecht, Staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung, Bd. 2, 2. A., Bern 1903
- Saxer, Urs**, Die Grundrechte und die Benutzung öffentlicher Strassen, Diss. Zürich 1988
- Schluep, Walter R.**, Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP 1996, 795 (zit. Entwicklungslinien)
- Revitalisierung, Deregulierung, Reprivatisierung, Wettbewerb der Systeme - was sonst noch an neuen wirtschaftsrechtlichen Delikatessen?, in: Schluop (Hrsg.), Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends, Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern 1993, 477 (zit. Revitalisierung)
 - Wettbewerbsfreiheit - staatliche Wirtschaftspolitik: Gegensatz oder Ergänzung?, ZSR 1991 I 51 (zit. Wettbewerbsfreiheit)
 - in: Schürmann, Leo/Schluop, Walter R., Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Kommentar, Zürich 1988 (zit. Kommentar)

- Schmid, Christoph**, Gratisanzeiger und Pressewettbewerb, Diss. Zürich 1983
- Schmid, Gerhard**, Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft als Rahmen der Liberalisierung der Versicherungsmärkte, ZBJV 1992, 301
- Schmid, Hubertus**, Die Unterscheidung zwischen wirtschaftspolizeilichen und wirtschaftspolitischen Massnahmen im schweizerischen Recht, Diss. St. Gallen 1974
- Schön, Markus**, Die Zulassung zu anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtungen aus verfassungsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1985
- Schürmann, Leo**, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. A., Bern 1994 (zit. Wirtschaftsverwaltungsrecht)
- Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, ZBl 1948, 33, 57, 89 (zit. Wirtschaftsartikel)
- Schwander Claus, Marianne**, Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten, Diss. Bern 1995
- Schwarzenbach, Hans Rudolf**, Die neue eidgenössische Submissionsordnung für den Nationalstrassenbau, ZBl 1965, 57
- Schweizer, Rainer J.**, Betrachtungen zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM), AJP 1994, 739
- Speckmann, Gerhard**, Die Wettbewerbsache, 2. A., Köln/Berlin/Bonn/München 1995
- Steiger, J.**, Die Ruhetagsfrage im Hotel- und Gastwirtschaftsgewerbe, ZBl 1929, 101
- Streuli-Youssef, Magda**, Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden (Art. 3 UWG), in: von Büren/David, 79 (zit. in von Büren/David)
- Sutter-Somm, Karin**, Werbung aus dem Bundeshaus, recht 1991, 122
- Tipke, Klaus/Lang, Joachim**, Steuerrecht, 14. A., Köln 1994
- Tomuschat, Christian**, Güterverteilung als rechtliches Problem, Der Staat, 1973, 433
- Vallender, Klaus A.**, Nachführung der Wirtschaftsverfassung, ZBl 1997, 489 (zit. Nachführung)
- Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 3. A., Bern 1995 (zit. Wirtschaftsfreiheit)
 - Die Auslegung des Steuerrechts, 2. A., Bern/Stuttgart 1988 (zit. Auslegung)
- Veit, Marc D.**, Die Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden, AJP 1998, 569
- Venanzoni, Reto**, Konkurrenz von Grundrechten, ZSR 1979 I 267
- Vogt, Stefan**, Lexikon des Wettbewerbsrechts, München 1994
- von Büren, Roland/David, Lucas (Hrsg.)**, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/1, Lauterkeitsrecht, 2. A., Basel/Frankfurt a.M. 1998 (zit. Verfasser in von Büren/David).
- von Graffenried, R.**, Filmgesetz und wirtschaftlicher Wettbewerb, ZBJV 1963, 196

- Weber, Karl**, Das neue Binnenmarktgesetz, SZW 1996, 164
- Weber, Rolf H.**, Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmehereichen, Baden-Baden 1986
- Weber-Dürler, Beatrice**, Chancengleichheit und Rechtsgleichheit, in: Festschrift für Ulrich Häfelin, Zürich 1989, 205 (zit. Chancengleichheit)
- Staatliche Finanzhilfe und individuelle Freiheit, recht 1987, 1 (zit. Finanzhilfe)
 - Verwaltungsökonomie und Praktikabilität im Rechtsstaat, ZBl 1986, 193 (zit. Verwaltungsökonomie)
 - Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt a.M. 1983 (zit. Vertrauensschutz)
- Winzeler, Christoph**, Die Wirtschaftsfreiheit in der schweizerischen Verfassungsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts, ZSR 1994 I 409
- Wolffers, Artur**, Der Begriff der Polizei, ZBl 1941, 385, 409 (zit. Polizei)
- Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, ZBJV 1977, 297 (zit. Verhältnismässigkeit)
 - Grundfragen des Rechts der öffentlichen Märkte, ZBl 1955, 161, 193 (zit. öffentliche Märkte)
- Wyss, Daniel**, Die Handels- und Gewerbefreiheit und die Rechtsgleichheit, Diss. Zürich 1971
- Zimmerli, Ulrich**, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, ZSR 1978 II 1
- Zimmermann, Paul**, Das Verhältnis von Wirtschaftsfreiheit und Eigentums-garantie, Diss. Zürich 1979

Materialien

- Bericht** der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, 1977 (zit. Bericht 1977)
- Bericht** der parlamentarischen Untersuchungskommission I vom 17. Juli 1997 an den Kantonsrat Zürich, Affäre Raphael Huber (zit. Bericht der PUK I, Affäre Raphael Huber)
- Bericht** des Bundesrates über weitere Reformen im Zeichen der marktwirtschaftlichen Erneuerung vom 13. Juni 1994, BBl 1994 III 1374 (zit. Bericht über die marktwirtschaftliche Erneuerung)
- Botschaft** des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, Separatdruck (zit. Botschaft BGBM)
- Botschaft** des Bundesrates an die h. Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung vom 17. Juni 1870, BBl 1870 II 669 (zit. Botschaft Gewerbebefragen)
- Botschaft** des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsabreden (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 (zit. Botschaft KG)
- Ergänzungsbotschaft** des Bundesrates an die Bundesversammlung über die wirtschaftlichen Notmassnahmen vom 7. April 1936, BBl 1936 I 617 (zit. Botschaft Notmassnahmen)
- Botschaft** des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 10. September 1937, BBl 1937 II 833 (zit. Botschaft Partialrevision)
- Botschaft** des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 (zit. Botschaft VE 96)
- Ergänzungsbotschaft** des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 3. August 1945, BBl 1945 I 905 (zit. Ergänzungsbotschaft)
- Erläuterungen** des Bundesrates zum Verfassungsentwurf, Bern 1995 (zit. Erläuterungen VE 95)
- Kommentar** zur Verordnung über die Mehrwertsteuer vom 22. Juni 1994 (hrsg. v. Eidg. Finanzdepartement), Bern 1994 (zit. Komm. MWSTV)
- Protokoll** über die Verhandlungen der eidgenössischen Räte betreffend Revision der Bundesverfassung, 1873/1874, Bern 1877 (zit. Protokoll eidg. Räte)
- Protokoll** über die Verhandlungen des schweizerischen Nationalrates betreffend Revision der Bundesverfassung, 1871/1872, Bern 1873 (zit. Protokoll NR)
- Protokoll** über die Verhandlungen der im Juli 1870 mit Vorberathung der Revision der Bundesverfassung vom 12. September 1848 beauftragten

Kommission des schweizerischen Nationalraths, Bern 1871 (zit. Protokoll NR-Kommission)

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AG	Kanton Aargau
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
al.	alinéa
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
ASA	Archiv für schweizerisches Abgaberecht (Bern)
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BEHV	Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel vom 2. Dezember 1996 (SR 954.11)
BG	Bundesgesetz
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 23. November 1994 (SR 943.02)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGer.	Schweizerisches Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BL	Kanton Basel-Land
BS	Kanton Basel-Stadt
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
c.	contra
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (SR 101)
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Stuttgart)
E.	Erwägung
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957

EGV-SZ	Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz (Schwyz)
eidg.	eidgenössisch(en)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWRA	Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992
f./ff.	folgende(r)
FMG	Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (SR 784.10)
Fn.	Fussnote
GVG	Bundesgesetz über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse (Geschäftsverkehrsgesetz) vom 23. März 1962 (SR 171.11)
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.S.	in Sachen
i.V.m.	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter (Wien/New York)
JZ	Juristen-Zeitung (Tübingen)
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (SR 251)
Kt.	Kanton
Komm.	Kommentar
lit.	littera
m.E.	meines Erachtens
MWSTV	Verordnung über die Mehrwertsteuer vom 22. Juni 1994 (SR 641.201)
n./N.	Note
Nr.	Nummer
NR	Schweizerischer Nationalrat
NVwZ-RR	Zeitschrift für Neues Verwaltungsrecht, Rechtsprechungs-Report (Frankfurt a.M.)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht [SR 220])
p.	page(s)
Pra	Die Praxis (Basel)
Rn.	Randnote
RVJ	Revue Valaisanne de Jurisprudence (Sion)

Rz.	Randziffer
s./ss.	suivante(s)
S.	Seite
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SZ	Kanton Schwyz
TI	Kanton Tessin
ÜbBest BV	Übergangsbestimmungen Bundesverfassung
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
u.U.	unter Umständen
v.	von
v.a.	vor allem
VE	Verfassungsentwurf
Verf.	Verfasser
VGE	Entscheidungen der kantonalen Verwaltungsgerichte
vgl.	vergleiche
vol.	volume
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (Bern)
VRV	Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962 (SR 741.11)
VS	Kanton Wallis
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
ZH	Kanton Zürich
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

§ 1 Grundlagen

I. Einleitung

1 Aufgrund der starken Normierung im wirtschaftsrelevanten Bereich und der damit einhergehenden Verflechtung von Staat und Wirtschaft¹ stellt sich des öfteren die *Frage, auf welche Weise der Staat seine Massnahmen ausgestalten soll, ohne dass er den einen Wettbewerbsteilnehmer gegenüber dem anderen in ungerechtfertigter Weise bevorzugt bzw. benachteiligt.*

2 Die Frage gewinnt noch mehr an Bedeutung, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der Konkurrenzdruck sowohl von innerhalb² wie auch - aufgrund der Internationalisierung und Globalisierung der Wirtschaft - von ausserhalb³ der Schweiz stark zugenommen hat⁴ und es für die Wettbewerbsteilnehmer - insbesondere für die direkten Konkurrenten - von grossem Belang ist, wie sie oder die anderen von staatlichen Massnahmen betroffen werden. Man ist - vor allem in wirtschaftlich schwierigen Zeiten - sehr genau darauf bedacht, Massnahmen des Staates daraufhin zu prüfen, ob sie einem selber nützen oder den Konkurrenten.⁵

Der härter gewordene Wettbewerb hat unter anderem auch zur Folge, dass sich die Konkurrenten vermehrt um wirtschaftsverwaltungsrechtliche Privilegien wie Submissionen, Subventionen und Bewilligungen aller Art, die der Staat vergibt, bemühen.

¹ So bereits H. HUBER, *Bedeutung*, 15. Vgl. bspw. KNAPP, *limites*, 255 ff.; RHINOW/SCHMID/-BIAGGINI, § 1 N. 17; SCHWEIZER, 739; *Botschaft Partialrevision*, 840 f., 853; Art. 31^{bis} ff. BV.

² Vgl. das neue BG über den Binnenmarkt (BGBM) vom 23. November 1994, welches das Verbot der Inländerdiskriminierung und das Cassis-de-Dijon-Prinzip beinhaltet (*Botschaft BGBM*, 34, 45, 49, 58 f.).

³ SALADIN, 408. Vgl. das WTO-Submissionenübereinkommen der Schweiz sowie die in Richtung Nichtdiskriminierung von EU-Bürgern gegenüber Schweizer Bürgern laufenden bilateralen Verhandlungen der Schweiz mit der Europäischen Union.

⁴ Vgl. bspw. zum Anwaltsberuf: TERCIER, *Der Schweizer Anwalt* 1997, S. 3.

⁵ Vgl. auch die Feststellung des Bundesgerichts in BGE 101 Ia 490 E. 8b.bb.

- 3 Die staatlichen Behörden können bei ihrem Handeln jedoch selten alle Wettbewerbsteilnehmer zufriedenstellen. Denn wirtschaftsrelevante staatliche Massnahmen zeitigen *immer* in irgendeiner Weise *Auswirkungen* auf den wirtschaftlichen Wettbewerb.⁶ Damit geht einher, dass diese Auswirkungen selten von allen Marktteilnehmern als gleich oder gerecht empfunden werden. Dies beruht hauptsächlich auf der vielfältigen tatsächlichen Ausgestaltung der Betriebe, sei dies in persönlicher, sachlicher, räumlicher oder zeitlicher Hinsicht.⁷
- 4 *Vollkommene* Wettbewerbsneutralität von staatlichen Massnahmen, d.h. Massnahmen, welche auf die Wettbewerbsverhältnisse von sich konkurrierenden Unternehmern keinerlei Auswirkungen haben, lässt sich aufgrund dieser Vielfalt folglich nicht erreichen.⁸ Oft ist es aber - unabhängig von der tatsächlichen Ausgestaltung der einzelnen Betriebe - auch von vorneherein gar nicht möglich, allen Wettbewerbsteilnehmern gerecht zu werden (z.B. bei Vorliegen von Kapazitätsschranken bei der Gewährung wirtschaftsverwaltungrechtlicher Privilegien).⁹
- 5 Das macht es für die staatlichen Behörden schwierig, insbesondere bei komplexen Sachlagen, in welchen Interessen verschiedenster Art miteinander kollidieren, die ausgewogenste, gerechteste und differenzierteste, d.h. eine *möglichst wettbewerbsneutrale* Lösung zu finden.¹⁰

⁶ RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 187; FLEINER, 266 ff.; E. GRISEL, vol. 2, n. 455; GYGI, Wirtschaftsverfassung, 364; HOTZ, 154; MAURER, 272; RICHLI, Bemerkungen II, 1204; SALADIN, 219; H. SCHMID, 296 ff.; WYSS, 53 ff.; vgl. auch MARTI, 88 f. Siehe auch BGE 123 II 295 ff., 313 E. 7c, 395 E 9.

⁷ So schon A. HUBER, 475; H. HUBER, Bemerkungen, 54; POLEDNA, 145. Vgl. auch BGE 86 I 275 E. 1. Vgl. neuestens BGE 122 I 136 f. E. 3c.aa.

⁸ GERBER, 305 f., 315, 319; H. HUBER, Gleichbehandlung, 302 ff.; RIEBEN, 89; WYSS, 29 ff., 36 f., 55; vgl. auch H. SCHMID, 245 f. Vgl. auch BGE 99 Ib 171 E. 3b.

⁹ BGE 121 I 287 E. 6b; 99 Ib 171 E. 3b; BERG, 1 f., 6; GYGI/RICHLI, 198, 201; JAAG, Wettbewerbsneutralität, 485; POLEDNA, 141, Fn. 1003.

¹⁰ Vgl. auch SAXER, 281.

Es ist denn auch seit langem bekannt, dass die bedeutendsten Wettbewerbsbeeinträchtigungen weniger im Bereich der privaten Wettbewerbsabreden erfolgen als vielmehr im Bereich der staatlichen Beschränkung und Regulierung von wirtschaftlichen Aktivitäten.¹¹

II. Problemstellung

- 6 Nach dieser eher abstrakt gehaltenen Einleitung sollen zwei Beispiele aus der neueren Praxis die Problematik und praktische Relevanz der Wettbewerbsneutralität von staatlichen Massnahmen kurz aufzeigen.
- 7 Um die unerwünschten Auswirkungen des Grenzverkehrs zur Versorgung von Motorfahrzeugen mit Benzin („Benzintourismus“) zu bekämpfen, erliess der Grosse Rat des Kantons Tessin 1991 ein Dekret über die Verlängerung und Teiländerung des Dekrets über die Beschränkung der Öffnungszeiten der Tankstellen im Sottoceneri. Nach dieser Regelung mussten die Tankstellen in den Zonen Mendrisio und Lugano an Werktagen und am Tag vor offiziellen Feiertagen ab 20 Uhr, samstags ab 19 Uhr geschlossen werden. Sonntags und an offiziellen Feiertagen durften die Tankstellen nicht öffnen. Von dieser Regelung ausgenommen waren nur die automatischen Tankstellen, die sich auf der Nordseite des Dammes von Melide befanden. Im restlichen Kantonsgebiet durften die Tankstellen dagegen sonntags und an Feiertagen wie auch an Samstagen und an Vor-Feiertagen bis 23 Uhr ge-

¹¹ In der Hauptsache handelt es sich dabei um protektionistische und andere - insbesondere im Verhältnis unter den sich konkurrierenden Unternehmern - wettbewerbsverzerrende Massnahmen. Vgl. AMSTUTZ, 884, 891; BARTLING, 47; EMMERICH, 7, 19; HOPPMANN, 14, 18; RICHLI, Binnenmarktgesetz, 600 f.; vgl. auch Botschaft BGBM, 16.

öffnet bleiben. Werktags mussten sie indessen um 22 Uhr geschlossen werden.

Das Dekret wurde in der Folge von verschiedenen Tankstellenbesitzern aus den Zonen Mendrisio und Lugano angefochten. Durch die eingeschränkten Öffnungszeiten fühlten sie sich gegenüber den übrigen Tankstellenbesitzern im Kanton in ihren Verdienstmöglichkeiten benachteiligt.¹²

- 8 Die Circus Gasser-Olympia AG ersuchte 1992 die Administrativen Dienste des Polizei- und Militärdepartements des Kantons Basel-Stadt um Erteilung einer Spielbewilligung (Bewilligung zum gesteigerten Gemeindegebrauch) für das Jahr 1994. Das Gesuch wurde abgelehnt. Nach der Bewilligungspraxis des Kantons Basel-Stadt wurden jährlich nur vier Bewilligungen für Zirkusvorstellungen im traditionellen Stil auf der - hierfür einzig geeigneten – Rosental-Anlage erteilt. Die vier Bewilligungen wurden dabei nach der neueren Praxis so aufgeteilt, dass die beiden Zirkusse Basilisk und Knie *jedes Jahr* eine Bewilligung erhielten, während die beiden anderen Bewilligungen auf die zehn (!) übrigen interessierten Zirkusse im Turnus verteilt wurden. Das hatte zur Folge, dass diese nur *je alle 5-6 Jahre* in Basel gastieren durften.¹³
- 9 In den beiden - exemplarischen - Fällen ging es um staatliche Massnahmen, welche offensichtlich Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis der sich konkurrierenden Unternehmer zur Folge hatten. Der Bevorzugung des einen stand die Benachteiligung des anderen gegenüber. In der vorliegenden Arbeit geht es darum, derartige Wettbewerbsverzerrungen auf ihre Verfassungsmässigkeit zu untersuchen und Lösungsmöglichkeiten zu finden.

¹² BGE 119 Ia 378 ff. E. 8 = Pra 1994 Nr. 159 S. 534 ff. Vgl. auch BGE v. 21. März 1997 i.S. Nicotrans S.A. c. Consiglio di Stato del Cantone Ticino, E. 1b.cc (= 2P.166/1996; = Pra 1998 Nr. 1 S. 1 ff.).

¹³ BGE 121 I 279 ff.; vgl. auch BGE 119 Ia 445 ff.

III. Begriffliches

10 Von einem rein begrifflichen Standpunkt aus betrachtet, setzt sich „Wettbewerbsneutralität“ aus den Begriffen „Wettbewerb“ und „Neutralität“ zusammen.

„Wettbewerb“ ist die Verdeutschung des Wortes „Konkurrenz“ (franz. „concurrere“). Dieses leitet sich vom lateinischen „concurrere“ (zusammenlaufen, -treffen, -stossen) ab.¹⁴ Im herkömmlichen Sprachgebrauch ist damit einerseits die Rivalität, andererseits das Konkurrenzunternehmen bzw. die Gesamtheit der wirtschaftlichen Gegner oder der sportliche Wettkampf gemeint.¹⁵

Auch der - spezifische - Begriff des *wirtschaftlichen* Wettbewerbs entzieht sich einer exakten Definition, da er in zahlreichen Erscheinungsformen auftritt.¹⁶ So wird er einerseits verwendet in Bezug auf die gesamte Volkswirtschaft, andererseits in Bezug auf den Markt für ein bestimmtes Erzeugnis oder eine Gruppe von Erzeugnissen oder in Bezug auf ein einzelnes Unternehmen^{17 18}.

Der Begriff „Neutralität“ schliesslich bezeichnet eine unparteiische Haltung, die Nichteinmischung, Nichtbeteiligung.¹⁹

Aufgrund der Ambivalenz des Begriffs „Wettbewerb“ kann „Wettbewerbsneutralität“ sowohl in einem *engen* (Nichteinmischung in den Wettbewerb von einzelnen Unternehmen) als auch in einem *weiten* Sinn (Nichteinmischung in den gesamtwirtschaftlichen Wettbewerb) verstanden werden.

¹⁴ BAUMBACH/HEFERMEHL, Allg N. 1

¹⁵ Duden, Das Fremdwörterbuch, 5. A., Mannheim/Wien/Zürich 1990, 421. Vgl. auch BGE 75 IV 23 E. 1.

¹⁶ BAUMBACH/HEFERMEHL, Allg N. 6 f.; EMMERICH, 15 ff.; J. MÜLLER in von Büren/David, 3 ff.; Botschaft KG, 473.

¹⁷ Vgl. BGE 74 IV 113 E. 1: „Unter wirtschaftlichem Wettbewerb ist (...) grundsätzlich die Konkurrenz im Geschäftsleben, in der auf Erwerb gerichteten Tätigkeit zu verstehen.“ Vgl. auch BGE 75 IV 23 E. 1.

¹⁸ BAUMBACH/HEFERMEHL, Allg N. 2-4, 23.

¹⁹ Duden, Das Fremdwörterbuch, Bd. 5, 5. A., Mannheim/Wien/Zürich 1990, S. 532.

- 11 Der Begriff „Wettbewerbsneutralität“ tauchte erstmals in den sechziger Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts auf, und zwar im Bereich des *Steuerrechts*.²⁰

Im Zusammenhang mit der Diskussion um die Wahl eines geeigneten Umsatzsteuersystems umschrieb z.B. GERBER²¹ den Begriff wie folgt:

„Das Erhebungsverfahren sollte so ausgebaut sein, dass zwischen den am Güterumsatz beteiligten Unternehmen als Folge der technischen Ausgestaltung der Umsatzsteuer keine den natürlichen Wettbewerb beeinträchtigenden Unterschiede entstehen können. In diesem engen Sinne sei hier der Begriff der «Wettbewerbsneutralität» oder «Steuerneutralität» zu verstehen.“

- 12 In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wurde der Begriff erstmals 1965 verwendet. In BGE 91 I 462 E. 3 führte das Bundesgericht bei der Prüfung der Vereinbarkeit einer Massnahme mit der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV) aus, dass

„...bei der Ausgestaltung der den zulässigen polizeilichen Zielen dienenden Einschränkungen (...) die Kantone die Grundsätze der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Verwaltungsakten sowie der Rechtsgleichheit (namentlich im Sinne der Wettbewerbsneutralität) zu berücksichtigen...“

hätten.²²

- 13 Eingang in die Rechtswissenschaft gefunden hat der Begriff damit hauptsächlich über das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden.²³ In

²⁰ Vgl. GERBER, 305 f., 312 f.; RICHLI, Rechtsprobleme, 108. Vgl. auch BGE 123 II 35 E. 10, 301 f. E. 5b. Zur Verwendung des Begriffs in den Wirtschaftswissenschaften vgl. bspw. MAURER, 271 ff.

²¹ GERBER, 306.

²² Im gleichen Sinne zuletzt BGE 123 I 15 E. 2a; 119 Ia 68 E. 6a und 118 Ia 177 E. 1. Vgl. auch GYGI/RICHLI, 197.

diesem Zusammenhang verstehen ihn auch das Bundesgericht²⁴ und die Lehre^{25, 26}. Nach dem Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden sind Massnahmen verboten, welche den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind.²⁷

- 14 Die Kombination des begrifflichen Annäherungsversuchs mit der Verwendung des Begriffs in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der überwiegenden Lehre ergibt, dass unter „Wettbewerbsneutralität“ die *unparteiische Haltung des Gemeinwesens gegenüber den sich am freien Markt konkurrierenden Teilnehmern*²⁸ bzw. die *Nichteinmischung des Staates in den wirtschaftlichen Wettbewerb von direkten Konkurrenten* zu verstehen ist.²⁹ Bundesgericht und überwiegende Lehre gehen somit - dies zeigt der Bezug zum Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden - von einem engen Wettbewerbsbegriff aus.³⁰

²³ Zur *inhaltlichen* Abgrenzung der Begriffe „Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden“ und „Wettbewerbsneutralität“ vgl. unten Rn. 67 ff., 79 ff., 86.

²⁴ Vgl. BGE 123 II 35 E. 10; BGE v. 16. April 1997 i.S. P. AG c. EJPD, E. 3c (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781); BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.bb (= 2P.146/1996); BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); 121 I 134 E. 3d, 285 E. 4a; 120 Ia 238 E. 1a; 116 Ia 351 f. E. 6a; 100 Ia 52 E. 4e; vgl. auch BGE 115 Ib 456 ff. E. 5b. Zur Praxis der kantonalen Behörden vgl. bspw. VGE-BS v. 11. November 1994 (= BJM 1997, 51).

²⁵ BIAGGINI, *Wirtschaftsverfassung*, 59; GYGI/RICHLI, 16 f., 197 ff.; ders., *Wirtschaftsverfassung*, 383 f.; HÄFELIN/HALLER, N. 1435; HOTZ, 154; JAAG, *Wettbewerbsneutralität*, 478; ders., *Gemeingebrauch*, 159; G. MÜLLER in *Komm. BV*, Art. 4, Rz. 29; ders., *Klarstellung*, 15; J.-P. MÜLLER, *Grundrechte*, 362; RHINOW in *Komm. zu Art. 31 BV*, Rz. 180, 183 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 49 f.; RICHLI, *Leitung*, 108, 117 f., 221, 249, 282; ders., *Nachführung*, 15; RIEBEN, 86 ff.; VALLENDER, *Wirtschaftsfreiheit*, 264; WEBER-DÜRLER, *Chancengleichheit*, 213; WYSS, 34, 36 f. Vgl. auch E. GRISEL, vol. 2, n. 499, 513.

²⁶ Ungenau insofern Erläuterungen VE 95, 54 f. Vgl. nun aber Botschaft VE 96, 292, 294; G. MÜLLER, *Klarstellung*, 15; RICHLI, *Nachführung*, 15.

²⁷ BGE 123 II 35 E. 10, 401 E. 11; BGE v. 16. April 1997 i.S. P. AG c. EJPD, E. 3c (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781); BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); 121 I 132 E. 3b, 285 E. 4a.

²⁸ Vgl. BIAGGINI, *Wirtschaftsverfassung*, 59; J.-P. MÜLLER, *Grundrechte*, 362; RIEBEN, 88.

²⁹ Vgl. auch GERBER, 306.

³⁰ Vgl. auch Art. 8 Abs. 2 lit. b und d ÜBBest BV jeweils am Ende sowie Art. 20 Abs. 1 MWSTV (vgl. BGE 123 II 301 f. E. 5b, 312 E. 7c); Art. 13 Abs. 2 BEHV. Vgl. jedoch BIAGGINI, *Wirtschaftsverfassung*, 59, Anm. 38.

IV. Abgrenzung

- 15 Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Frage der Wettbewerbsneutralität von *staatlichen* Massnahmen. Damit sind alle Massnahmen gemeint, welche die *Träger von öffentlichen Aufgaben*³¹ erlassen und die eine gewisse Relevanz in Bezug auf das Wettbewerbsverhältnis von sich konkurrierenden Unternehmern aufweisen. Im Rahmen dieser Tätigkeiten sind die Träger von öffentlichen Aufgaben an die Grundrechte gebunden.³²
- 16 Nicht Gegenstand der Untersuchung ist dagegen die Frage, wieweit der Wettbewerb zwischen konkurrierenden Unternehmern im Rahmen der *privatrechtlichen* Tätigkeit verfälscht oder verzerrt werden darf. Diesbezüglich ist auf das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb³³ und das Kartellgesetz³⁴ abzustellen. Zu beachten ist, dass Private aufgrund der Vertragsfreiheit (namentlich im Rahmen ihrer Abschluss- und Partnerwahlfreiheit)³⁵ die sich konkurrierenden Unternehmer keineswegs wettbewerbsneutral zu behandeln haben.³⁶ Verpönt sind grundsätzlich lediglich unlautere und wi-

³¹ Das sind in der Regel die Gemeinden, die Kantone und der Bund; es können aber auch Private sein (HÄFELIN/MÜLLER, N. 981 ff., 1183 ff.). Dazu Näheres unten Rn. 171 ff.

³² HÄFELIN/HALLER, N. 1100 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 236 ff., 1203 f.; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 47 B.II.c; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N. 92 ff. Vgl. auch Art. 31 Abs. 2 VE 96 (Botschaft VE 96, 193). Dazu Näheres unten Rn. 123 ff.

³³ Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986 (SR 241).

³⁴ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG) vom 6. Oktober 1995 (SR 251).

³⁵ BGE 102 Ia 542 E. 10a; 100 Ia 449 E. 4; 80 II 39 f. E. 5a; MARTI, 65; SALADIN, 272

³⁶ Die Vertragsfreiheit fliesst aus der Handels- und Gewerbe- sowie aus der Eigentumsfreiheit (BGE 113 Ia 139 E. 8c; 102 Ia 542 E. 10a; GYGI/RICHLI, 80 f.; HÄFELIN/HALLER, N. 1380 f.; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 359; SALADIN, 270; differenziert MARTI, 63 ff.). Als solche kann sie zwar vom Staat eingeschränkt werden (vgl. Art. 6 ZGB; BGE 110 Ia 113 E. 3b), doch ist dieser an den *Grundsatz* der Handels- und Gewerbebefreiheit (Art. 31 Abs. 2, Art. 31^{bis} Abs. 2 BV) gebunden. Eine staatliche Regelung, welche Privaten vorschreibe, miteinander konkurrierende Unternehmer gleich zu behandeln, wäre deshalb zweifellos grundsatzwidrig, weil damit in das freie Spiel des wirtschaftlichen Wettbewerbs eingegriffen würde (vgl. BGE 116 Ia 348 E. 5; E. GRISEL, vol. 1, n. 316; HÄFELIN/HALLER, N. 1410). Im übrigen kommt der Handels- und Gewerbebefreiheit auch keine direkte Drittwirkung zu, d.h. sie entfaltet unter Privaten keine Wirkung (vgl. SALADIN, 263 ff.). Die Handels- und Gewerbebefreiheit kann unter Privaten indessen dann indirekte Drittwirkungen entfalten, wenn ein Gewerbetreibender *boykottiert* wird; diesfalls wird sein „privates Recht auf Handels- und Gewerbebefreiheit“ bzw. sein Persönlichkeitsrecht gemäss Art. 28 ZGB tangiert. Die Persönlichkeitsrechte der Boykottierenden (Vertragsfreiheit, Freiheit des Zusammenschlusses)

derrechtliche Methoden³⁷ sowie Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden,³⁸ die zu Verzerrungen im Wettbewerbsverhältnis von konkurrierenden Unternehmen führen.

- 17 Eine Sonderstellung nehmen die öffentlich-rechtlichen Unternehmen und Gemeinwesen ein, die am privatwirtschaftlichen Wettbewerb partizipieren (sog. *fiskalische Wettbewerbswirtschaft*³⁹). Sie handeln - wie die Privaten - grundsätzlich in den Formen des Privatrechts. Indessen ist heute anerkannt, dass sie dabei nicht nur im Geltungsbereich des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb⁴⁰ und des Kartellgesetzes⁴¹ stehen, sondern auch an die Grundrechte gebunden sind⁴².

finden eine Grenze im erwähnten Persönlichkeitsrecht des Boykottierten (BGE 86 II 365 ff.). Zum Verhältnis Vertragsfreiheit/Handels- und Gewerbefreiheit allgemein vgl. MARTI, 63 ff.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 85; SALADIN, 269 ff.

³⁷ Vgl. Art. 3-8 UWG.

³⁸ Vgl. Art. 5, 7 KG.

³⁹ BGE 120 II 326 E. 2d; HÄFELIN/MÜLLER, N. 227; G. MÜLLER, Unternehmer, 15.

⁴⁰ PEDRAZZINI, 34, 48. „Sobald öffentlich-rechtliche Körperschaften (...) direkt oder indirekt am freiwilligen Austausch marktfähiger Güter teilnehmen, können sie für die damit verbundenen wirtschaftlichen Interessen denselben wettbewerbsrechtlichen Schutz wie Private beanspruchen (...).“ (BGE 123 III 400 E. 2a; = SJZ 1998, 24). Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N. 109.

⁴¹ Vgl. Art. 2 Abs. 1 KG; DROLSHAMMER, 23 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N. 110, § 21 N. 10 f.; Botschaft KG, 533 f.; vgl. bereits zu Art. 1 Abs. 1 des alten KG: HOMBURGER, N. 8 zu Art. 1.

⁴² HÄFELIN/HALLER, N. 1104; HÄFELIN/MÜLLER, N. 236 ff.; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 47 B.II.c; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N. 92 ff. Vgl. auch Art. 31 Abs. 2 VE 96 (Botschaft VE 96, 193). Dazu Näheres unten Rn. 123 ff. Zur Problematik bei der Durchsetzung vgl. indessen HÄFELIN/MÜLLER, N. 238; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N. 101.

§ 2 Rechtsgrundlage und Rechtsnatur

I. Rechtsgrundlage

A. Einleitung

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

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

² Art. 31 Abs. 2 und Art. 31^{bis} Abs. 2 BV.

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

⁴ BGE 123 II 35 E. 10; BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 3c (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781); BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.bb (= 2P.146/1996); BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); 121 I 132 E. 3b, 134 E. 3d, 285 E. 4a; 120 Ia 238 E. 1a; GYGI/RICHLI, 16 f., 197; JAAG, Wettbewerbsneutralität, 478; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 362; RICHLI, Leitung, 108; ders., Rechtsprobleme, 108.

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

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

dels- und Gewerbefreiheit vereinbare Zielsetzung von staatlichen Massnahmen ausspricht, thematisiert der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden bereits offenkundig das Postulat der Wettbewerbsneutralität von staatlichen Massnahmen.⁷

Anders als der in Art. 31 Abs. 2 und Art. 31^{bis} Abs. 2 BV verfassungsrechtlich verankerte Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit ist jedoch sowohl die Eigenständigkeit als auch die Rechtsgrundlage des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden in der Lehre umstritten.⁸

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

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

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

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

⁹ BGE 121 I 134 f. E. 3d; bestätigt in BGE 124 I 33 E. 4c; 123 I 15 E. 2a, 281 f. E. 3d; 123 II 35 E. 10; BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 3c (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781); BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.bb (= 2P.146/1996); BGE 122 I 47 E. 3b.cc; BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); 121 I 285 E. 4a.

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

¹¹ Vgl. Rn. 19 f.

B. Der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit

1. Allgemeines

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

Der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit wird dabei nirgends definiert. Unter welchen Voraussetzungen eine Beeinträchtigung dieses Grundsatzes vorliegt, ist somit nicht ohne weiteres ersichtlich. Beim Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit handelt es sich somit um einen *unbestimmten Verfassungsbegriff*,¹³ der als solcher konkretisierungs- bzw. auslegungsbedürftig ist¹⁴.

- 23 Die Bundesverfassung - und damit Art. 31 Abs. 2 BV - ist trotz ihrer erhöhten formellen Geltungskraft¹⁵ und ihrer relativen Starrheit¹⁶ nicht etwa zurückhaltender auszulegen als Gesetzesrecht. Dies deshalb, weil Verfassungsbestimmungen aufgrund ihrer - *notwendigerweise*¹⁷ - *erhöhten Abstraktheit und Offenheit* der Auslegung in der Regel mehr bedürfen als andere Normen.¹⁸

¹² Art. 31 Abs. 2, Art. 31^{bis} Abs. 2, Art. 32^{quater} Abs. 5 BV.

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

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

¹⁵ Art. 2 ÜBBest BV. Vgl. jedoch Art. 113 Abs. 3 und Art. 114^{bis} Abs. 3 BV.

¹⁶ Vgl. Art. 123 Abs. 1 BV.

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

¹⁸ Vgl. auch HANGARTNER, *Organisation*, 35 f.; KRÜGER, 210.

Die Auslegung einer Verfassungsbestimmung erfolgt deshalb nach denselben methodischen Regeln, wie sie für die Auslegung der einfachen Gesetze entwickelt worden sind¹⁹:

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

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

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

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

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

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

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

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

gebenheiten und die heute herrschenden Wertvorstellungen entscheidend.²⁴

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

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

²⁴ Vgl. BGE 124 II 201 E. 5d.

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

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

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

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

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

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

2. Inhalt

a) Wortlaut

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

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

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

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

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

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

Art. 31 BV

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

Art. 31 BV

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

Art. 31 BV

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

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

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

³⁴ Art. 31 Abs. 2, Art. 31^{bis} Abs. 2, Art. 32^{quater} Abs. 5 BV.

³⁵ Hervorhebungen durch den Verfasser.

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

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

³⁶ Vgl. auch MARTI, 22.

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

b) Geschichtlicher Hintergrund

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

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

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

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

Die damalige Verfassungsbestimmung lautete wie folgt:

³⁸ BGE 116 II 526 f. E. 2b.

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

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

⁴¹ Vgl. BGE 124 II 200 E. 5c.

⁴² BGE 114 Ia 191 ff. E. 3b.bb.

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

Art. 31 BV

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

Vorbehalten sind:

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

b) Die Herstellung, die Einfuhr, die Reinigung, der Verkauf und die fiskalische Belastung gebrannter Wasser, nach Massgabe des Art. 32^{bis} und 32^{ter}.

c) Das Wirtschaftswesen und der Handel mit geistigen Getränken, nach Massgabe des Art. 32^{quater}.

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

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

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

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

⁴⁴ Hervorhebung durch den Verfasser.

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

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

Im Gegenzug wünschte

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

Dieser Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit war in der Folge in sämtlichen Verfassungsentwürfen der Kommissionen aufgeführt. In den parlamentarischen Beratungen wurde - von einer Ausnahme abgesehen⁴⁹ - indessen kaum davon gesprochen.⁵⁰ Den an der Verfassungsgebung Beteiligten schien es - offenbar in Anlehnung an die bundesrätlichen Ausführun-

⁴⁵ Botschaft Gewerbebefragen, 672 (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁴⁶ Zur Rekurspraxis des Bundesbehörden vgl. den Überblick bei H. SCHMID, 61 ff.

⁴⁷ Botschaft Gewerbebefragen, 673. Vgl. auch unten Rn. 74.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵³ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 3 N. 3 ff.

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

auch die Landwirtschaft, welche durch vielerlei Zwänge und Abgaben dirigistisch gelenkt wurde.⁵⁵

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

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

Revolutionäre Ideen hatten auch das wirtschaftliche Leben ergriffen.⁵⁸ Aus England stammte - auf den von Physiokraten und Ökonomen basierenden Ideen⁵⁹ - das Postulat einer allgemeinen, umfassenden wirtschaftlichen Freiheit.⁶⁰ Der sog. *Manchester-Liberalismus*, die liberale Schule der Nationalökonomie, forderte Freihandel über alle Grenzen hinweg, Freizügigkeit im Landesinneren, freie Wahl des Ortes und der Art der Erwerbstätigkeit, freie Verwendung der Güter, Vertragsfreiheit, freie Konkurrenz, *laissez-faire* und die Zurückdrängung des Staates auf die Sorge zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit (sog. polizeiliche Regelungen), auf die Rolle des „Nachtwächters“. Dieses liberale Gedankengut verbreitete sich - begünstigt durch die sich seit dem ausgehenden

⁵⁵ BAUER, 7, 9; E. GRISEL, vol. 1, n. 10 s.

⁵⁶ BAUER, 32 ff.; H. SCHMID, 25, 29.

⁵⁷ Zu den Wurzeln eingehend H. SCHMID, 3 ff.

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

⁵⁹ Vgl. dazu KÖLZ, 45 ff. und eingehend H. SCHMID, 10 ff.

18. Jahrhundert zeigenden Degenerationserscheinungen der Zunftverfassung⁶¹ - schnell in Europa und fand bald Eingang in die Gesetzgebungen.⁶²

In der Schweiz waren die Ideen des Manchester-Liberalismus von grösster *politischer* Tragweite, denn die partikulären politischen Strukturen der Eidgenossenschaft waren aufgrund der engen Verflechtung der politischen mit der wirtschaftlichen Verfassung⁶³ einerseits wenig kompatibel mit den neuen Ideen und andererseits den Forderungen der anbrechenden industriellen Revolution nicht gewachsen.⁶⁴ „Es musste (...) zum Kampf um die Rechtsordnung kommen.“⁶⁵

- 37 Das 19. Jahrhundert war in der Schweiz in wirtschaftspolitischer Hinsicht gekennzeichnet durch den Siegeszug der Thesen des Manchester-Liberalismus und der Wirtschaftsfreiheit. Als Teil des napoleonischen Staatensystems brachte die *Helvetische Republik* (1798-1803) neben den staatsrechtlichen Ideen der französischen Revolution für die Landwirtschaft die Bodenbefreiung. Interkantonal fielen die Zollschränken und wurde das Zunftsystem mit dem Gesetz über die Gewerbefreiheit vom 19. Oktober 1798⁶⁶ aufgehoben.⁶⁷ Die Anerkennung des „Grundsatzes der Gewerbefreiheit“⁶⁸ und die mit ihr einhergehende plötzliche Abschaffung des Überkommenen hatte indessen eine grosse Verwirrung, Ratlosigkeit und mannig-

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

⁶¹ H. SCHMID, 30.

⁶² H. HUBER, Bedeutung, 1 f.; KÖLZ, 45 ff.; SALADIN, 211;

⁶³ Vgl. H. SCHMID, 25 ff.

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

⁶⁵ So BAUER, 42.

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

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

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

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

Mit der *Mediationsakte* von 1803 wurden die Verfassungsordnungen der Kantone, die Ungleichheiten und Unfreiheiten der vorrevolutionären Zeit aufgrund des entschlossenen Widerstandes derjenigen, welchen die Restriktionen des vorherigen Systems zugute gekommen waren,⁷⁰ wiederhergestellt. Die Wirtschaftsgesetzgebung war wieder allein Sache der Kantone. Das Zunftsystem wurde - mit Ausnahme der welschen Kantone⁷¹ - wieder eingeführt.⁷² Nach dem Ende der napoleonischen Herrschaft wurde diese Entwicklung noch verschärft und man kehrte in der Schweiz mit dem *Bundesvertrag von 1815* wieder fast gänzlich zur alten, vorrevolutionären Ordnung zurück.⁷³

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

Die *Bundesverfassung von 1848* gewährleistete in Art. 29⁷⁶ den freien Handel von Kanton zu Kanton, nicht aber im Innern des Kantons und auch nicht

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

⁷⁰ BAUER, 70 ff.; SALADIN, 213.

⁷¹ BAUER, 86 ff., 148; H. SCHMID, 42 f.

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

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

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

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

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

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

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

- 38 Es zeigte sich indessen bald, dass diese Vorschriften nicht zu genügen vermochten. Die Vielfalt der kantonalen Regelungen erschwerte weiterhin die Ausübung von Handel und Gewerbe im Gebiete der Eidgenossenschaft, obwohl die meisten Kantonsverfassungen⁷⁸ bereits die Handels- und Gewerbebefreiheit gewährleisteten.⁷⁹

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

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

c. Verfügungen gegen schädlichen Vorkauf.

d. Vorübergehende sanitätspolizeiliche Massregeln bei Seuchen.

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

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

⁷⁸ Vgl. die Übersicht bei E. GRISEL, vol. 1, n. 49.

⁷⁹ E. GRISEL, vol. 1, n. 47; H. SCHMID, 65 ff.

⁸⁰ SALADIN, 213. Vgl. dazu auch BAUER, 209 ff.

⁸¹ Vgl. MARTI, 4; H. SCHMID, 250 f.; WYSS, 3.

⁸² Dazu BAUER, 233 ff.

ten⁸³ war mehr Erfolg beschieden, und 1874 wurde die Totalrevision der Verfassung von Volk und Ständen im dritten Anlauf angenommen und die Handels- und Gewerbefreiheit in Art. 31 der Bundesverfassung verankert. Mit der verfassungsmässigen Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit wurde dabei zweierlei angestrebt: Einerseits die Aufhebung der in manchen Kantonen noch bestehenden zünftlerischen Hemmnisse der Gewerbeausübung, andererseits die Ausdehnung der bislang auf die Kantonseinwohner beschränkten Gewerbefreiheit auf alle Schweizerbürger.⁸⁴

- 39 Vor diesem historischen Hintergrund ist die Vorschrift zu verstehen, wonach „Verfügungen“ der Kantone den „Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit“ nicht beeinträchtigen dürfen.⁸⁵ Man wollte damit eine Rückkehr zu den *Zwängen der Zunftwirtschaft*, zum *Protektionismus* (der Kantonsbürger gegenüber den anderen Schweizerbürgern, der Einheimischen gegenüber den „Beisässen“ und Auswärtigen) und zur *merkantilistischen Wirtschaftslenkung* ausschliessen.⁸⁶ Der Staat sollte sich - zugunsten eines freien Wettbewerbs und individueller Selbstbestimmung⁸⁷ - aus dem wirtschaftlichen Leben überhaupt heraushalten und sich auf die blosser Sorge zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit konzentrieren (sog. Nachtwächterstaat, „laissez-faire“).⁸⁸

⁸³ Dazu BAUER, 239 ff.

⁸⁴ H. SCHMID, 67.

⁸⁵ Vgl. Botschaft Partialrevision, 862.

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

⁸⁷ Vgl. J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 352.

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

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

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

Bezüglich der Folgerungen, die sich aus dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit ergeben, verwies der Bundesrat auf den Kommentar von BURCKHARDT⁹². Unzulässig sei demnach, die Zahl der Gewerbetreibenden oder den Umsatz zu beschränken, den Preis der Ware oder Menge oder Qualität der Produktion vorzuschreiben, gewisse Gewerbeformen wegen ihrer einschneidenden wirtschaftlichen Folgen zu unterdrücken oder einzelne Gewerbetreibende vor anderen zu bevorzugen.⁹³

41 Indessen beinhaltet die Botschaft zur „Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung“ von 1937 gerade die Einsicht, dass staatliche Eingriffe in die Wirtschaft eine *Notwendigkeit* darstellen können⁹⁴ bzw. dass dem Staat eine *Ordnungsfunktion* in der Wirtschaft zugestanden werden müsse⁹⁵.

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

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

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

⁹¹ Botschaft Partialrevision, 837; vgl. auch Ergänzungsbotschaft, 912.

⁹² BURCKHARDT, 225 ff.

⁹³ Botschaft Partialrevision, 865 f.

⁹⁴ Ausführlich dazu Botschaft Notmassnahmen, 617 ff., 644 ff.

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

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

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

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

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

c) Systematischer Gesichtspunkt

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

⁹⁶ Botschaft Notmassnahmen, 650 (Hervorhebung durch den Verfasser).

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

⁹⁸ Die Partialrevision betraf die heute noch geltenden Art. 31-32 und Art. 34^{ter} BV.

⁹⁹ Botschaft Partialrevision, 856, 871. Von diesem Grundprinzip ausgenommen wurde jedoch Art. 31^{bis} Abs. 3 BV.

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

geber das Streben nach Folgerichtigkeit und nach Vermeidung von Widersprüchen zu unterstellen ist.¹⁰¹

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

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

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

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

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

b. (...);¹⁰⁴

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

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

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

¹⁰³ Vgl. dazu SCHÜRMAN, Wirtschaftsartikel, 33 ff., 57 ff., 89 ff.

¹⁰⁴ Vgl. nun Art. 31^{octies} BV.

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

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

d) Zeitgemässes Verständnis

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

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

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

¹⁰⁵ Vgl. GYGI/RICHLI, 58 f.

¹⁰⁶ HÄFELIN/HALLER, N. 96.

¹⁰⁷ HÄFELIN/HALLER, N. 97.

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

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

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

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

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

¹¹⁰ BGE 121 I 287 E. 6b. Vgl. auch MADER, 13.

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

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

¹¹³ Vgl. auch Botschaft VE 96, 175, 291 f.

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

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

¹¹⁵ BGE 102 Ia 116 E. 5a (Hervorhebungen durch den Verfasser).

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

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

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

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

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

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

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

- das Gebot der grundsätzlichen *Staatsfreiheit* des wirtschaftlichen Lebens;¹²⁴

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

insbesondere durch

-- *planmässige* Lenkung des wirtschaftlichen Geschehens;¹²⁵

-- die *Korrektur* seiner Auswirkungen;¹²⁶

¹²¹ BGE 114 Ia 36 E. 2a (Hervorhebungen durch den Verfasser).

¹²² BGE 113 Ia 40 E. 4a (Hervorhebungen durch den Verfasser).

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

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

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

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

- *Sicherung* gewisser Erwerbszweige oder Betriebsformen in ihrer Existenz bzw. *Schutz* vor Konkurrenz;¹²⁷
- *Bevorteilung* einzelner Gewerbetreibenden oder Unternehmensformen.¹²⁸

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

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

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

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

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

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

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

e) Fazit der Auslegung

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

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

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

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

¹³⁴ MARTI, 87.

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

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

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

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

¹³⁶ Siehe Rn. 31, 39 f., 45, 49 ff.

¹³⁷ Zum Gebot der Wettbewerbsneutralität vgl. Rn. 64 ff; zum Wettbewerbsoptimierungsgebot vgl. Rn. 281 ff.

¹³⁸ Vgl. Rn. 52, 55 ff.

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

3. Bedeutung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit

a) In wirtschaftsverfassungsrechtlicher Hinsicht¹⁴⁰

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

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

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

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

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

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

¹⁴² Dazu zählen z.B. Art. 31, Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. a-e, Art. 31^{quater-septies} BV.

¹⁴³ Wie z.B. Art. 22^{ter}, Art. 22^{quater}, Art. 24^{ter}, Art. 26, Art. 36, Art. 37^{bis} und Art. 37^{ter} BV.

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

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

¹⁴⁶ Vgl. auch HANGARTNER, Konzeption, 117 ff.

dass Art. 31 Abs. 2 BV bzw. der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit die grundsätzliche Staatsfreiheit bzw. die privatautonome Koordination der Wirtschaft¹⁴⁷ sowie das Verbot des Eingriffs in das Spiel des wirtschaftlichen Geschehens gewährleistet¹⁴⁸. Damit gehört der Grundsatz - quasi als „Ur-Satz“ - ohne weiteres zu den Leitprinzipien des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts.¹⁴⁹ Indessen kann aufgrund der heute intensiven verfassungsrechtlichen Verflechtung von Staat und Wirtschaft in der Tat nicht mehr die Rede davon sein, dass sich der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Verhältnis zu den anderen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Normen auf die blosse Beziehung von Grundsatz und Ausnahme reduziere.¹⁵⁰ Denn „(d)ie heutige Wirtschaftspolitik (...) setzt sich und verwirklicht

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

¹⁴⁸ Siehe oben Rn. 49 f., 53.

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

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

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

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

Trotz der formellen Gleichrangigkeit ist dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit¹⁵⁶ *bei der Auslegung* der wirtschaftsverfassungsrelevanten Normen der Bundesverfassung aufgrund seiner Funktion als *Leitprinzip* sowie seiner sy-

¹⁵¹ GYGI, Wirtschaftsverfassung, 357.

¹⁵² RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 42.

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

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

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

¹⁵⁶ Vgl. Rn. 49, 53.

stematischen Stellung¹⁵⁷ insoweit Rechnung zu tragen,¹⁵⁸ als die Normen nicht ausdrücklich¹⁵⁹ oder stillschweigend¹⁶⁰ eine Abweichung vom Grundsatz gestatten.¹⁶¹

b) In bundesstaatlicher und demokratischer Hinsicht

- 58 Dadurch dass die Wirtschaftsfreiheit „im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft“ gewährleistet ist, kommt Art. 31 BV grundsätzlich auch eine bundesstaatliche Funktion zu.¹⁶² Sie hat die Einheit des Wirtschaftsgebiets Schweiz zum Ziel.¹⁶³
- 59 Die Wirtschaftspolitik¹⁶⁴ ist den *Kantonen*, dadurch dass sie in ihrer Gesetzgebung an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gebunden sind,¹⁶⁵ grund-

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

¹⁵⁸ Vgl. auch HANGARTNER, Konzeption, 122 f.

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

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

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

¹⁶² Zur Bedeutung der Bestimmung vgl. indessen unten Rn. 174.

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

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

sätzlich untersagt.¹⁶⁶ Wenige Ausnahmen sind in der Verfassung aufgelistet.¹⁶⁷ Wirtschaftspolitik ist somit grundsätzlich Sache des *Bundes*.¹⁶⁸ Aufgrund des in Art. 31 sowie Art. 31^{bis} BV verfassungsmässig verankerten Vorbehalts des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit ist Wirtschaftspolitik - als Ergänzung zum oder Abweichung vom Grundsatz¹⁶⁹ - nur möglich durch Einführung von gleichrangigem Verfassungsrecht.¹⁷⁰ Dazu ist das *Volks- und Ständemehr* erforderlich.¹⁷¹ Die Wirtschaftspolitik ist also in erhöhtem Masse auf die Akzeptanz in der Bevölkerung und in den Kantonen angewiesen.¹⁷²

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

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

¹⁶⁵ Art. 31 Abs. 2 BV.

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

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

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

¹⁶⁹ Vgl. GYGI/RICHLI, 137 f.

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

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

¹⁷² Vgl. auch VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 92; ders., Nachführung, 494.

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

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

c) In grundrechtlicher Hinsicht¹⁷⁵

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

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

Neben den allgemein anerkannten Voraussetzungen der Grundrechtsbeschränkung¹⁷⁸ sehen somit Art. 31 Abs. 2 und Art. 31^{bis} Abs. 2 BV eine zu-

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

¹⁷⁵ Vgl. Art. 23 VE 96 (Botschaft VE 96, 174 ff.).

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

¹⁷⁷ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1139.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸³ Botschaft VE 96, 177, Fn. 266.

C. Das Gebot der Wettbewerbsneutralität

1. Ausfluss aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit

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

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

¹⁸⁴ Vgl. Rn. 14.

¹⁸⁵ Vgl. BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.bb (= 2P.146/1996); BGE 121 I 134 E. 3d, 285 E. 4a; BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); 120 Ia 238 f. E. 1a und 2b; VPB 1987 Nr. 49 S. 291. Ebenso ANDRICH, 117; E. GRISEL, vol. 1, n. 316, 320; GYGI/RICHLI, 16, 197 f.; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 166, 183; ders. in Komm. BV, Art. 31^{bis}, Rz. 84, 86; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 48 f., 52, 65, § 5 N. 42; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 71. Siehe auch bereits BGE 88 I 236 E. 3; 57 I 168 f. E. 1; 47 I 40 ff. E. 1; 45 I 357 f. E. 1. Vgl. auch Botschaft VE 96, 175, 290, 294; und dazu G. MÜLLER, Klarstellung, 15.

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

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

- 66 Die protektionistischen und dirigistischen Einmischungen des Staates in die Wettbewerbsverhältnisse unter den Unternehmern waren denn auch geradezu Anknüpfungspunkt der Kritik der sog. liberalen Schule der Nationalökonomie¹⁸⁸ und Ausgangspunkt des Kampfes um die Wirtschaftsfreiheit.¹⁸⁹ Mit der Aufstellung des *Grundsatzes* der Wirtschaftsfreiheit wollte man dem Einhalt gebieten.¹⁹⁰

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

2. Verhältnis zum Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe

a) Einleitung

- 67 An dieser Stelle ist der Zeitpunkt gekommen, auf den von der Praxis kreierten, mit dem Gebot der Wettbewerbsneutralität eng verbundenen¹⁹² *Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe* einzugehen. Denn nicht nur das Gebot der Wettbewerbsneutralität, sondern auch der Grundsatz der

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

¹⁸⁸ Vgl. oben Rn. 34, 36, 39 f.

¹⁸⁹ H. SCHMID, 38.

¹⁹⁰ Vgl. oben Rn. 34.

¹⁹¹ H. SCHMID, 253.

¹⁹² Vgl. oben Rn. 12-14, 19.

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

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

¹⁹³ BGE 121 I 135 E. 3d; bestätigt in BGE 124 I 33 E. 4c; 123 II 35 E. 10; BGE v. 21. März 1997 i.S. Nicotrans S.A. c. Consiglio di Stato del Cantone Ticino, E. 1b.cc (= 2P.166/1996; = Pra 1998 Nr. 1 S. 1 ff.); BGE v. 21. März 1997 i.S. Coop-Genève c. Département de l'économie publique du canton de Genève, E. 3b (= 2P.270/1996; = Pra 1997 Nr. 101 S. 545); BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.bb (= 2P.146/1996); BGE 122 I 47 E. 3b.cc; BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); 121 I 285 E. 4a. Damit fand das Bundesgericht nach einer fünfzehnjährigen Unterbrechung, in welcher es die Frage der Rechtsgrundlage des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden mehrheitlich offengelassen hatte (BGE 120 Ia 237 f. E. 1a; 119 Ia 385 E. 8b, 436 E. 2b, 450 E. 3a; 112 Ia 34 f. E. 3a; 106 Ia 274 f. E. 5a; vgl. aber BGE 118 Ib 364 E. 5b; 116 Ib 277 E. 4c und 113 Ia 290 E. 5) wieder zu seiner älteren Rechtsprechung zurück (BGE 102 Ia 544 E. 11; 101 Ia 486 E. 5; 100 Ia 49 E. 4; 98 Ia 400 E. 2; 97 I 655 E. 5; 90 I 162 E. 2; 86 I 274 E. 1; 78 I 301 f. E. 3; 73 I 101 E. 2).

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

b) Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden

70 Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden gab in Lehre¹⁹⁵ und Rechtsprechung¹⁹⁶ während Jahrzehnten zu mancher Kritik Anlass und ist zum Teil noch immer Gegenstand kontroverser Diskussionen¹⁹⁷. Hauptgrund hierfür ist vor allem die unklare Begründung sowie der widersprüchliche Gehalt des zeitweise unter jenem Begriff hergeleiteten Lösungsansatzes der zu behandelnden Thematik.¹⁹⁸

71 Die „Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden“ ist ein Produkt der *bundesrätlichen*¹⁹⁹ Rechtsprechung. Der Bundesrat, im Bestreben, durch die Verankerung des Gleichbehandlungsgebotes in Art. 31 BV die Verfassungsmässigkeit des kantonalen Wirtschaftsrechts einer umfassenden²⁰⁰ Prüfung zu unterziehen,²⁰¹ argumentierte, dass die Gleichbehandlung der Bürger ein wesentliches Element der Wirtschaftsfreiheit bilde. Dem lag der Gedanke zu Grunde, „dass diese Freiheit ohne die Konkurrenzfähigkeit ein leeres Wort, ein toter Buchstabe sei, dass aber nur bei gleicher Rechtsstellung eine wirtschaftliche Konkurrenzfähigkeit der Bürger bestehen könne.“²⁰²

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

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

¹⁹⁶ Vgl. den Überblick in BGE 121 I 132 ff. E. 3c.

¹⁹⁷ Vgl. oben Rn. 20.

¹⁹⁸ Vgl. auch E. GRISEL, vol. 1, n. 320 ss.

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

²⁰⁰ Beschwerden wegen Verletzung von Art. 4 BV fielen in die Kompetenz des Bundesgerichts.

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

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

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

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

²⁰³ Vgl. noch BURCKHARDT, 236.

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

²⁰⁵ FREY, 34. Vgl. BGE 47 I 153 ff.

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

72 Das *Bundesgericht* seinerseits übernahm - sieht man von zwei frühen Fällen ab²⁰⁷ - die bundesrätliche Rechtsprechung insofern, als es in den kommenden Jahrzehnten die Gleichbehandlung der Gewerbebesessenen einerseits sowohl aus Art. 31 als auch aus Art. 4 BV,²⁰⁸ andererseits allein aus Art. 31 BV²⁰⁹ ableitete.^{210 211}

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

²⁰⁷ BGE 39 I 17 E. 2; 40 I 175 E. 3. Vgl. aber BGE 40 I 344.

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

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

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

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

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

prinzipiell wirtschaftspolizeilichen staatlichen Massnahmen auf ihre Verhältnismässigkeit²¹³.

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

Die Lehre kritisierte in diesem Zusammenhang, dass die Deutung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit als institutionelle Garantie²¹⁵ im Laufe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dahingehend modifiziert wurde, dass das Bundesgericht in Art. 31 BV die Verpflichtung staatlicher Behörden zur „Wahrung oder Wiederherstellung der Ausgangslage im wirtschaftlichen Wettbewerb“ sah²¹⁶. Die Folge davon war, dass es den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe - im Sinne einer *Chancengleich-*

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

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

²¹⁵ Vgl. oben Rn. 47.

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

heit für alle Gewerbetreibenden²¹⁷ - *absolut* auffasste und ihn über das Verhältnismässigkeitsprinzip stellte.²¹⁸

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

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

²¹⁷ Dazu H. HUBER, Gleichbehandlung, 295 ff.; WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 210 ff.

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

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

Vor allem HANS HUBER wandte sich vehement gegen diese Rechtsprechung²²⁰ und bemerkte, „die ganze Annahme, das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden in Art. 31 BV übertreffe die Grundsätze der Rechtsgleichheit und berge eine Garantie wirtschaftlicher Chancengleichheit im Wettbewerb in sich, (trägt) das Zeichen ausgesprochener Wirtschaftspolitik.“²²¹

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

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

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

²²² Vgl. insbesondere WYSS, 36 f.

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

c) Stellungnahme

75 In der neueren Literatur ist umstritten, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe aus Art. 31 BV hervorgeht²²⁴ oder sich bereits aus Art. 4 BV ergibt²²⁵. Der Grund hierfür liegt zum einen in der dargestellten Entwicklung und Tragweite des Grundsatzes und zum anderen in der ungeklärten Frage, welche Bedeutung das Rechtsgleichheitsgebot in der ganzen Thematik einnimmt. Wesentlichen Anteil an diesem Dilemma hat auch der Umstand, dass der dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe zugrundeliegenden Problematik bisher noch keine eingehende Untersuchung zuteil geworden ist.²²⁶

76 Anlass, sich erneut mit der Frage der Rechtsgrundlage des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe auseinanderzusetzen, gab ein Entscheid des Bundesgerichts vom 14. November 1994.²²⁷ Dieser erwies sich jedoch insoweit als widersprüchlich, als das Bundesgericht zunächst betonte:

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

Daran anschliessend bemerkte es jedoch:

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

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

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

²²⁷ BGE 120 Ia 236 ff. Vgl. jedoch bereits BGE 120 Ia 145 E. 6c.

²²⁸ BGE 120 Ia 237 f. E. 1a.

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

Der Entscheid wurde in der Lehre einerseits begrüsst,²³⁰ andererseits jedoch seine „argumentative Ambivalenz“ kritisiert und eine klärende Stellungnahme des Bundesgerichts gefordert²³¹.

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

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

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

²²⁹ BGE 120 Ia 238 E. 1b (Hervorhebung durch den Verfasser).

²³⁰ RICHLI, Bemerkungen I, 222.

²³¹ So von VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 70.

²³² BGE 121 I 134 f. E. 3d (Hervorhebungen durch den Verfasser); bestätigt in BGE 124 I 33 E. 4c; 123 I 15 E. 2a, 281 f. E. 3d; 123 II 35 f. E. 10; BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 3c (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781); BGE v. 21. März 1997 i.S. Coop-Genève c. Département de l'économie publique du canton de Genève, E. 3b (= 2P.270/1996; = Pra 1997 Nr. 101 S. 545); BGE v. 21. März 1997 i.S. Nicotrans S.A. c. Consiglio di Stato del Cantone Ticino, E. 1b.cc

78 Diese Klarstellung der Rechtsprechung wurde vor allem von RICHLI²³³ begrüsst. Nach seiner Auffassung kann so überzeugender sichergestellt werden, dass der Staat, wenn er Bestimmungen erlässt, welche den Geltungsbereich der Handels- und Gewerbebefreiheit betreffen, darauf achtet, die Wettbewerbsverhältnisse grundsätzlich gleichmässig zu verändern. Das könne im Ergebnis zwar zu einem gewissen wirtschaftspolitischen Schutz führen. Dieser sei aber prinzipiell hinzunehmen, solange es um die Wahrung der Wettbewerbsneutralität gehe.

Demgegenüber äussert sich namentlich LIENHARD²³⁴ kritisch zum materiellen Gewinn der neuen Rechtsprechung. Es mache wenig Sinn, aus Art. 31 BV einen besonderen Anspruch auf Gleichbehandlung der Gewerbebesessenen abzuleiten, um ihn alsdann - in der Erkenntnis seiner nicht uneingeschränkten Geltung - gleich wieder zu relativieren. Die Rechtsunsicherheit nehme damit eher zu als ab. Als mögliche Lösung des Dilemmas verweist er auf die von RHINOW aufgezeigte Konzeption.

79 RHINOW²³⁵ teilt den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebesessenen in zwei Komponenten auf. „Einerseits in die (vor allem «*individualrechtliche*») Komponente der Rechtsgleichheit bei der Schrankenausgestaltung, die sich nicht vom *Rechtsgleichheitsgebot* des Art. 4 BV unterscheidet, andererseits in die (*wirtschaftssystembezogene*) Komponente der *Wettbewerbsneutralität* (...).“²³⁶

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

(= 2P.166/1996; = Pra 1998 Nr. 1 S. 1 ff.); BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.bb (= 2P.146/1996); BGE 122 I 47 E. 3b.cc.; 121 I 329 E. 2b, 285 E. 4a; BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993). Vgl. aber BGE 122 V 95 f. E. 5b.bb.

²³³ RICHLI, Bemerkungen II, 1204.

²³⁴ LIENHARD, Anspruch, 212 f.

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

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

- 80 Der Ansicht von RHINOW, wonach sich der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden aus einer wirtschaftssystembezogenen und einer individualbezogenen Komponente zusammensetzt, ist prinzipiell *zuzustimmen*.²³⁸ Einerseits hat sich gezeigt, dass das *Gebot der Wettbewerbsneutralität* - die wirtschaftssystembezogene Komponente - aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit fließt und in Bezug auf die - mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden gleiche - Thematik²³⁹ eine entscheidende Rolle einnimmt²⁴⁰. Andererseits ist das *Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV* für die Lösung der vorliegenden Problematik von Bedeutung.²⁴¹ Auch die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung hat sich - explizit - auf diesen Weg begeben.²⁴²

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

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

²³⁷ Vgl. LIENHARD, Anspruch, 212.

²³⁸ Vgl. jedoch die Modifizierung unten Rn. 278 ff., 284 ff.

²³⁹ Vgl. oben Rn. 68.

²⁴⁰ Vgl. oben Rn. 64-66.

²⁴¹ Vgl. dazu die Entwicklung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden oben Rn. 70 ff.

²⁴² Vgl. oben Rn. 77. Vgl. auch BGE 123 I 15 E. 2a; 123 II 35 E. 10, 301 f. E. 5b, 401 E. 11; BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 3c (= 2A.101/1996; Pra 1997 Nr. 145 S. 781); BGE v. 21. März 1997 i.S. Nicotrans S.A. c. Consiglio di Stato del Cantone Ticino, E. 1b.cc. (= 2P. 166/1996; = Pra 1998 Nr. 1 S. 1 ff.); BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.bb (= 2P.146/1996); BGE 121 I 285 E. 4a; BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); BGE 118 Ib 364 E. 5b; offengelassen in BGE 106 Ia 275 E. 5a; vgl. auch bereits BGE 100 Ia 52 E. 4e. In BGE 120 Ia 238 E. 1a hat das Bundesgericht ausgeführt, dass der Gleichbehandlungsanspruch der Gewerbetreibenden aus dem Gedanken der *Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen* folge und damit aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.

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

81 Was in den neuesten Bundesgerichtsentscheiden dagegen unklar bleibt und worauf LIENHARD²⁴⁴ mit seiner Kritik auch anspielt, ist die Frage, *in welcher Weise* das Gebot der Wettbewerbsneutralität und das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV zusammenspielen und *wie* die dieser Arbeit zugrundeliegende Problematik methodisch gelöst werden soll. Auf diese Frage soll indessen später eingegangen werden.²⁴⁵

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

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

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

²⁴⁴ LIENHARD, Anspruch, 212. Vgl. oben Rn. 78.

²⁴⁵ Vgl. unten Rn. 284 ff.

²⁴⁶ Dazu eingehend unten Rn. 284 ff.

D. Fazit

- 83 Die Auslegung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit (Art. 31 Abs. 2, Art. 31^{bis} Abs. 2 BV) ergibt, dass das wirtschaftliche Geschehen prinzipiell *staatsfrei* ablaufen soll und sich der Staat jedes Eingriffs zu *enthalten* hat.²⁴⁷
- 84 Insbesondere ist es dem Staat aufgrund des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit untersagt, gewisse Erwerbszweige oder Betriebsformen in ihrer Existenz zu *sichern*, vor Konkurrenz zu *schützen* oder einzelne Gewerbebesessenen oder Unternehmensformen zu *bevorteilen*.²⁴⁸
- In diesem Sinne fließt das *Gebot der Wettbewerbsneutralität* aus dem bei sämtlichen wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen zu beachtenden Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.²⁴⁹ Das Gebot der Wettbewerbsneutralität ist zu verstehen als unparteiische Haltung des Gemeinwesens gegenüber den sich am freien Markt konkurrierenden bzw. als Nichteinmischung des Staates in den wirtschaftlichen Wettbewerb von direkten Konkurrenten.²⁵⁰
- 85 Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gehört zur Schrankensystematik bei der Wirtschaftsfreiheit²⁵¹ und ist bei sämtlichen wirtschaftsrelevanten staatlichen Regelungen zu beachten.²⁵² Dasselbe gilt - als Ausfluss des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit - für das Gebot der Wettbewerbsneutralität.
- 86 Im weiteren entspricht das Gebot der Wettbewerbsneutralität - neben der individualbezogenen Komponente des Rechtsgleichheitsgebots - der *wirtschaftssystembezogenen Komponente* des in der Praxis gehandhabten Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbebesessenen.

²⁴⁷ Vgl. oben Rn. 49, 53.

²⁴⁸ Vgl. oben Rn. 49, 53.

²⁴⁹ Vgl. oben Rn. 64-66.

²⁵⁰ Vgl. oben Rn. 10 ff., 14.

²⁵¹ Vgl. oben Rn. 61-63.

II. Rechtsnatur

A. Einleitung

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

B. Das Gebot der Wettbewerbsneutralität als Verfassungsgrundsatz

1. Allgemeines

- 90 Die Verfassungsgrundsätze²⁵⁵ können unterteilt werden in solche *allgemeiner Natur* und in solche, die sich *aus vorhandenen Normen ableiten* lassen. Bei beiden Typen handelt es sich um „fundamentale Rechtsnormen, die als

²⁵² Art. 31 Abs. 2, Art. 31^{bis} Abs. 2 BV.

²⁵³ Dazu oben Rn. 1 ff., 6 ff.

²⁵⁴ Vgl. oben Rn. 79-82.

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

positives Recht hohe Rechtswerte verwirklichen“.²⁵⁶ Sie unterscheiden sich aber dadurch, dass letztere deutlicher aus vorhandenen Normen, vorab Verfassungsnormen, abgeleitet werden und mehr auf die praktische Nutzung ausgerichtet sind,²⁵⁷ während erstere „substantiell vielfach fassbarer Ausdruck der Gerechtigkeit“ sind²⁵⁸. Gemeinsam ist ihnen jedoch, dass sie ausschliesslich den Bürger gegen den Staat begünstigen.²⁵⁹ In den nachfolgenden Ausführungen interessieren hauptsächlich die aus Verfassungsnormen abgeleiteten Verfassungsgrundsätze.

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

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

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

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

²⁵⁹ KRÜGER, 192.

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

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

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

- 92 Die Verfassungsgrundsätze sind primär eine Schöpfung der *Rechtsprechung*.²⁶³ Sie werden grundsätzlich durch Auslegung - insbesondere durch Konkretisierung - von Verfassungsnormen gefunden.²⁶⁴ Der Geltungsgrund der Verfassungsgrundsätze - insbesondere ihr Verhältnis zu den Verfassungssätzen²⁶⁵ - ist weitgehend ungeklärt.²⁶⁶

Nach KNAPP²⁶⁷ muss ein ungeschriebener Verfassungsgrundsatz jedoch im Hinblick auf Struktur und Aufbau des Staates wichtig sein, sich aus der Auslegung der geschriebenen Verfassung in ihrer Gesamtheit und ihrem Geist ergeben sowie der politischen und philosophischen Tradition entsprechen.

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

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

²⁶² KNAPP, principes, 178; RICHLI, Leitung, 105.

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

²⁶⁴ KNAPP, principes, 169; EICHENBERGER in Komm. BV, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 115.

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

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

²⁶⁷ KNAPP, principes, 169.

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

- 94 Die Aussagekraft der Verfassungsgrundsätze kann jedoch verschieden sein. Während diejenige des Legalitätsprinzips, des Erfordernisses des öffentlichen Interesses und des Verhältnismässigkeitsprinzips aufgrund ihres neutralen materiellen Postulats - quasi als generelle Schranken - mehr *allgemeiner* Natur ist,²⁶⁹ ist beispielsweise die inhaltliche Aussage des Gebots der religiösen Neutralität des Staates²⁷⁰ von sehr *spezifischer* Art.
- 95 Was die Rangordnung unter den Verfassungsgrundsätzen betrifft, so ist KNAPP zuzustimmen, dass sie grundsätzlich *gleichrangig* sind.²⁷¹ Bei Beschränkungen eines Grundrechts sind beispielsweise sowohl das Legalitätsprinzip, der Grundsatz des überwiegenden öffentlichen Interesses als auch das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.²⁷² Die Verletzung eines Verfassungsgrundsatzes genügt für das Vorliegen einer unzulässigen Grundrechtsbeschränkung. Insoweit beschränken und ergänzen sich die Verfassungsgrundsätze gegenseitig.²⁷³ Indessen ist nicht zu verkennen, dass damit auch gewisse Spannungslagen verbunden sein können.²⁷⁴

²⁶⁹ Vgl. oben Rn. 62.

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

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

²⁷² Vgl. oben Rn. 62.

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

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

2. Das Gebot der Wettbewerbsneutralität als spezifischer Verfassungsgrundsatz

- 96 Sowohl das Bundesgericht²⁷⁵ als auch die Lehre²⁷⁶ betrachten das Gebot der Wettbewerbsneutralität mit Recht als Ausfluss des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit.²⁷⁷
- 97 Dem *Grundsatz* der Wirtschaftsfreiheit ist mit dem Legalitätsprinzip, dem Erfordernis des öffentlichen Interesses und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit Rechnung zu tragen.²⁷⁸ Er ist überdies bei sämtlichen wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen zu beachten.²⁷⁹
- 98 Das Legalitätsprinzip, das Erfordernis des öffentlichen Interesses sowie der Grundsatz der Verhältnismässigkeit sind vom Bundesgericht und der herrschenden Lehre als *allgemeine Verfassungsgrundsätze* anerkannt, welche nur zusammen mit der Rüge der Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts geltend gemacht werden können.²⁸⁰
- 99 Im Zusammenhang mit diesen allgemeinen Verfassungsgrundsätzen kommt der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit - und damit auch das Gebot der Wettbewerbsneutralität - im Rahmen der Rüge, eine Massnahme beeinträchtige

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

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

²⁷⁷ Vgl. oben Rn. 64 ff.

²⁷⁸ Vgl. oben Rn. 62 f.

²⁷⁹ Art. 31 Abs. 2, Art. 31^{bis} Abs. 2 BV. Vgl. auch BIAGGINI, *Wirtschaftsverfassung*, 54.

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

die Wirtschaftsfreiheit, in *zweierlei*²⁸¹ Hinsicht zum Tragen.²⁸² Zum einen ist er bei der Frage des überwiegenden öffentlichen Interesses einer staatlichen Massnahme von Bedeutung (Frage nach der sog. Grundsatzkonformität²⁸³). Denn das für die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit geltend gemachte öffentliche Interesse kann nicht beliebiger Natur sein, sondern es muss den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und damit auch das Gebot der Wettbewerbsneutralität wahren.²⁸⁴ Unzulässig ist deshalb eine staatliche Regelung, welche einen Eingriff in das freie Spiel des wirtschaftlichen Wettbewerbs, insbesondere die Bevorteilung bzw. Benachteiligung einzelner Gewerbetreibender oder Unternehmensformen bezweckt.²⁸⁵

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

²⁸¹ Dazu oben Rn. 72 f.

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

²⁸³ Vgl. dazu oben Rn. 72.

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

²⁸⁵ Vgl. oben Rn. 53 und unten Rn. 245.

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

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

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

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

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

²⁸⁷ BGE 123 II 35 f. E. 10; BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 3c (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781); BGE 121 I 287 E. 6b; BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); 100 Ia 52 E. 4e; vgl. auch BGE 122 I 420 f. E. 4b. Es ist somit nicht nur das öffentliche Interesse im Hinblick auf das in Frage stehende Freiheitsrecht zu konkretisieren (vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1139), sondern auch das Verhältnismässigkeitsprinzip; in casu im Hinblick auf den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Vgl. dazu unten Rn. 284 ff.

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

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

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

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

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

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

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

eigenständige Bedeutung erlangt²⁹² und ist ihm deshalb *Prinzipiengeltung* zuzusprechen.²⁹³

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

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

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

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

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

²⁹⁶ Vgl. auch GYGI/RICHLI, 195.

Wiege liegt damit in der sog. *liberalen Schule der Nationalökonomie* begründet.²⁹⁷

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

C. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität als verfassungsmässiges Recht ?

1. Allgemeines

- 107 RHINOW³⁰⁰ wirft indessen die Frage auf, ob die Wirtschaftsfreiheit nicht auch bezüglich ihres - im Sinne der negativen Wettbewerbsgarantie – *systembezogenen Teilgehalts*, hauptsächlich was den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität angeht, als eigenständiges verfassungsmässiges Recht zu betrachten sei.
- 108 Der Begriff des verfassungsmässigen Rechts ist bundesrechtlicher Natur.³⁰¹ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung „verbürgen diejenigen Verfassungsbestimmungen von Bund und Kantonen verfassungsmässige Rech-

²⁹⁷ Vgl. oben Rn. 36.

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

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

³⁰⁰ RHINOW in *Komm. BV*, Art. 31, Rz. 224.

³⁰¹ BGE 104 Ia 286 f. E. 2b, mit Verweisen.

te, die dem Bürger einen Schutzbereich gegen staatliche Eingriffe sichern wollen.“³⁰²

- 109 Das Bundesgericht geht bei der Abgrenzung von verfassungsmässigen Rechten zum sonstigen Verfassungsrecht differenziert vor. Nach KÄLIN³⁰³ nimmt es eine Art „Rechtfertigungsprüfung“ vor und prüft unter anderem, a) ob die Norm dem *Schutz individueller Interessen* dient, b) das *Bedürfnis nach Gewährung von Rechtsschutz* an den Einzelnen derart wichtig ist, dass sich ihre Verankerung *auf Verfassungsebene* geradezu aufdrängt oder zumindest rechtfertigen lässt, c) die betreffende Norm *justiziabel* und d) der Entscheid des Bundesgerichts *konsensfähig* ist.

2. Stellungnahme

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

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

³⁰³ KÄLIN, Verfahren, 58 ff.

³⁰⁴ Art. 31 Abs. 2, Art. 31^{bis} Abs. 2 BV.

³⁰⁵ Vgl. Botschaft Notmassnahmen, 644 ff. Vgl. auch oben Rn. 34, 41.

³⁰⁶ Vgl. oben Rn. 53.

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

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

Das Kriterium der *Konsensfähigkeit* spielt im vorliegenden Fall nur eine geringe Rolle.³⁰⁹

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

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

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

³⁰⁸ Vgl. oben Rn. 72 ff.

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

³¹⁰ Dazu oben Rn. 62 f.

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

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

D. Fazit

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

³¹¹ Vgl. bspw. BGE 124 II 211 E. 8a; BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.bb (= 2P.146/1996); BGE 121 I 279 ff.; 120 Ia 236 ff.; 119 Ia 378 ff. Vgl. immerhin Rn. 153 ff., 91. Zur Frage, ob es sich beim Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden um ein eigenständiges verfassungsmässiges Recht handle siehe unten Rn. 292 ff.

³¹² BGE 124 II 211 E. 8a.

öffentlichen Interesses und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zur *Schrankensystematik* der Wirtschaftsfreiheit.³¹³

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

³¹³ Vgl. oben Rn. 97.

³¹⁴ Vgl. oben Rn. 103.

³¹⁵ Vgl. oben Rn. 106.

³¹⁶ Vgl. oben Rn. 113-115.

§ 3 Geltungs- und Schutzbereich

I. Allgemeines

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

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

² Vgl. auch oben Rn. 55.

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

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

⁵ Siehe unten Rn. 161 ff.

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

II. Sachlicher Geltungs- und Schutzbereich

A. Im Allgemeinen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Im Besonderen

1. Die Wirtschaftsfreiheit

a) Die Wirtschaftsfreiheit als Abwehrrecht

aa) Genereller Schutzbereich

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

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

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

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

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

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

²⁵ Vgl. oben Rn. 106.

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

²⁷ Vgl. BGE 122 I 136 E. 3c.aa.

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

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

³⁰ Vgl. dazu unten Rn. 142 ff.

³¹ Vgl. BGE 123 I 217 E. 3a; BGE v. 21. März 1997 i.S. Nicotrans S.A. c. Consiglio di Stato del Cantone Ticino, E. 1b.cc. (= 2P. 166/1996; = Pra 1998 Nr. 1 S. 1 ff.); BGE 119 Ia 381 E. 4b; 118 Ib 362 f. E. 4c; 117 Ia 445 E. 2; 116 Ia 121 E. 3; 114 Ia 312 E. 3b; 106 Ia 269 E. 1. Vgl. die Kasuistik bei MARTI, 44 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁰ G. MÜLLER, Reservate, 109 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Die Besteuerung von Handel und Gewerben

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁷ Vgl. MARTI, 173.

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

soweit die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit im besonderen tangiert ist⁷⁹.

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

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

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

⁷⁹ Vgl. auch MARTI, 179 ff.

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

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

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

⁸³ SALADIN, 294 f.

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

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

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

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

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

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

⁸⁴ SALADIN, 295; sowie JANSEN, 27.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹⁶ Vgl. BGE 121 I 373 E. 2c.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Übrige verfassungsmässige Rechte

a) Die Eigentumsgarantie

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

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

¹²⁰ Rn. 123, 128.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Die Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit

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

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

¹²⁹ BGE 120 Ib 142 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Das Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot¹³⁸

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

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

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

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

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

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

¹⁴³ Vgl. BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.bb (= 2P.146/1996); BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); BGE 121 I 134 f. E. 3d, 285 E. 4a; vgl. auch JAAG, *Wettbewerbsneutralität*, 478; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 108; VENANZONI, 291. Zum Ganzen vgl. unten Rn. 320 ff.

III. Persönlicher Geltungsbereich

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵⁶ Vgl. oben Rn. 14.

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

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

IV. Adressaten

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

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

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

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

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

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

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

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

V. Räumlicher Schutzbereich

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

175 Einerseits hält das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung fest, dass

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷⁰ Vgl. oben Rn. 171 f.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸² So prägnant die Botschaft BGBM, 6.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸⁹ Vgl. Art. 2-5 BGBM.

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

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

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

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

VI. Fazit

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

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

¹⁹⁴ Vgl. oben Rn. 120 f.

¹⁹⁵ Vgl. oben Rn. 123 ff., 128.

¹⁹⁶ Vgl. oben Rn. 129 ff.

¹⁹⁷ Vgl. oben Rn. 153 ff.

¹⁹⁸ Vgl. oben Rn. 156 ff.

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

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

²⁰⁰ Vgl. oben Rn. 164 ff.

²⁰¹ Vgl. oben Rn. 168 ff.

²⁰² Vgl. oben Rn. 171 ff.

²⁰³ Vgl. oben Rn. 174 ff.

§ 4 Verhältnis zwischen dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und anderen Verfassungsgrundsätzen

I. Einleitung

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

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

¹ Dazu oben Rn. 123 ff.

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

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

⁴ Vgl. oben Rn. 62, 90 ff.

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

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

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

⁶ Vgl. oben Rn. 91, 98.

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

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

⁹ Vgl. oben Rn. 95.

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

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

¹² Vgl. auch oben Rn. 99 f.

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

A. Allgemeines

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Verhältnis zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität

1. Das Erfordernis des Rechtssatzes

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

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

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

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

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

³² Vgl. oben Rn. 14.

³³ Vgl. BGE v. 21. März 1997 i.S. Nicotrans S.A. c. Consiglio di Stato del Cantone Ticino, E. 1b.cc. (= 2P. 166/1996; = Pra 1998 Nr. 1 S. 1 ff.); BGE v. 21. März 1997 i.S. Coop-Genève c. Département de l'économie publique du canton de Genève, E. 3b (= 2P.270/1996; = Pra 1997 Nr. 101 S. 545); BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.bb (= 2P.146/1996); BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); BGE 121 I 134 f. E. 3d, 285 E. 4a.

³⁴ Vgl. auch JAAG, Gemeingebrauch, 165.

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

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

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

2. Das Erfordernis der Gesetzesform

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

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

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

³⁹ Vgl. dazu oben Rn. 124 ff.

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

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

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

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

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

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

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

⁴³ So hauptsächlich bezüglich Subventionen und Submissionen.

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

⁴⁵ Vgl. auch oben Rn. 142 ff.

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

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

⁴⁸ Vgl. unten Rn. 319.

⁴⁹ Vgl. oben Rn. 3 f.

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

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

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

⁵¹ BGE 118 Ib 356 ff., 364 E. 5b.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Das Bestimmtheitserfordernis

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

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

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

⁵⁹ Vgl. BGE 122 I 134 E. 3b.bb.

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

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

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

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

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

⁶³ Vgl. BGE 118 Ib 364 f. E. 5a-c.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Fazit

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

⁸⁰ Dazu Rn. 189 ff.

⁸¹ Vgl. oben Rn. 197 f.

⁸² Vgl. oben Rn. 192, 202.

⁸³ Vgl. oben Rn. 203 ff.

⁸⁴ Vgl. oben Rn. 206 f.

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

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

III. Vertrauensschutz und Grundsatz der Wettbewerbsneutralität

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

⁸⁵ Vgl. oben Rn. 209.

⁸⁶ Vgl. oben Rn. 210 ff.

⁸⁷ Vgl. oben Rn. 212 f.

⁸⁸ Vgl. oben Rn. 215.

⁸⁹ Vgl. oben Rn. 216.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. «Gleichbehandlung im Unrecht» und Wettbewerbsneutralität

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Allgemeines

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²⁵ Vgl. dazu insbesondere MARTI, 89.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Verhältnis zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität

1. Allgemeines

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

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

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

¹³⁶ Vgl. dazu oben Rn. 64 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Spannungsverhältnis

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

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

¹⁴⁵ Vgl. dazu bereits oben Rn. 72 f.

¹⁴⁶ Vgl. oben Rn. 14.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵² Vgl. dazu oben Rn. 3 f.

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

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

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

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

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

¹⁵⁷ So SALADIN, 224 f.

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

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

3. Lösung

a) Allgemein

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶³ Vgl. dazu oben Rn. 238.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷² Vgl. GYGI/RICHLI, 101.

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

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

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

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

¹⁷⁴ Art. 22^{quater} BV.

¹⁷⁵ Art. 24^{bis} BV.

¹⁷⁶ Art. 24^{sexies} BV.

¹⁷⁷ Art. 24^{septies} BV.

¹⁷⁸ Art. 24^{octies} BV.

¹⁷⁹ Art. 25^{bis} BV.

¹⁸⁰ Art. 31^{sexies} BV.

¹⁸¹ Art. 32^{bis} ff. BV.

¹⁸² Art. 34, Art. 34^{ter} BV.

¹⁸³ Art. 34^{quinquies} BV.

¹⁸⁴ Art. 34^{sexies} BV.

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

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

¹⁸⁷ BGE 116 Ia 349 ff. E. 5b.

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Überwiegen des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität

- 257 Eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme beeinträchtigt den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität somit in denjenigen Fällen, in welchen die Wettbewerbsverzerrungen im Verhältnis unter sich konkurrierenden Unternehmen das geltend gemachte öffentliche Interesse überwiegen, sei es, weil die wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme bezweckt, direkt oder verdeckt in das genannte Wettbewerbsverhältnis einzugreifen, sei es, weil die Massnahme unbewusst und indirekt erhebliche Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse unter den sich konkurrierenden Unternehmen zur Folge hat.
- 258 Das Bundesgericht beurteilte in diesem Sinne als wettbewerbsverzerrend namentlich das Erfordernis von Fähigkeitsausweisen und -prüfungen als Voraussetzung für die Bewilligung zur Berufsausübung, wenn die gestellten Anforderungen nicht überwiegend den zu schützenden polizeilichen Rechtsgütern dienen, sondern vielmehr den Schutz der bestehenden Geschäftsbetriebe vor weiterer Konkurrenz bezweckten¹⁹⁵ oder zum Ziel hatten, wirtschaftliche Misserfolge zu verhindern oder zu heilen.¹⁹⁶ Unzulässig war auch eine baupolizeiliche Vorschrift, welche es erlaubte, die Einrichtung neuer Geschäftslokale auf einer Liegenschaft zu verbieten, wenn sich in der Nachbarschaft bereits Verkaufsläden der gleichen Art befanden.¹⁹⁷ Einem wandernden Theaterbetrieb durfte im weiteren das Patent nicht deshalb verweigert werden, um ein ständig am Ort befindliches privates Theater, das aus öffentlichen Mitteln unterstützt wurde, vor der Konkurrenz zu schützen.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Vgl. BGE 70 I 140 ff. betreffend Patentpflicht für die Ausübung eines Coiffeurgewerbes. Vgl. auch BGE 111 Ia 105 E. 4; AUBERT, Bd. 2, ad 1904.

¹⁹⁶ AUBERT, Bd. 2, ad 1903.

¹⁹⁷ Vgl. BGE 66 I 19 ff.

¹⁹⁸ Vgl. BGE 59 I 58 ff.

259 In einem Entscheid vom 21. März 1997¹⁹⁹ erklärte das Bundesgericht die Regelung im Genfer Ladenschlussgesetz für unzulässig, welche es Familienbetrieben erlaubte - unabhängig davon, ob sie Personal beschäftigten oder nicht -, das Geschäft an den Werktagen bis 19.30 Uhr offen zu halten, die Grossbetriebe dagegen verpflichtete, vor 19.00 Uhr zu schliessen. Bezüglich der Frage des öffentlichen Interesses wurde vom Kt. Genf geltend gemacht, die Massnahme sei sozialpolitischer Natur, indem sie darauf abziele, die Komplementärrolle der kleinen Geschäfte zu bewahren. Für die Menschen, welche in der Stadt wohnten und nicht über einen Wagen verfügten, sei diese Massnahme unverzichtbar. Im weiteren bewirke sie eine Belebung der Wohnquartiere und trage den Gewohnheiten der Konsumenten Rechnung, namentlich der Mütter, welche in den grossen Geschäften arbeiteten und ihre Einkäufe nach 19.00 Uhr, bevor sie nach Hause gingen, tätigen könnten. Das Bundesgericht erklärte die Bestimmung richtigerweise für unzulässig:

„Dans le cas particulier, force est toutefois de constater que les raisons avancées par les autorités cantonales apparaissent tout à fait secondaires par rapport au but principal de protection des petits commerces poursuivi par l’art. 9 LHFV (...). Il s’ensuit que la réglementation qui empêche la recourante d’ouvrir ses magasins jusqu’à l’heure de fermeture légale (19 h.30 selon l’art. 9 al. LHFV) intervient dans les relations de concurrence entre les différents commerces genevois et instaure une inégalité de traitement contraire à l’art. 31 Cst. Elle ne peut dès lors être reconnue comme une mesure de politique sociale admissible.“²⁰⁰

260 In neuerer Zeit hatte sich das Bundesgericht mit der Frage zu befassen, wieweit die *Beschränkung der ärztlichen Selbstdispensation* die Apotheker in ihrer Existenz sichern darf.²⁰¹ In den Kantonen bestehen für Apotheker und Ärzte bezüglich der Abgabe von Medikamenten unterschiedliche Rege-

¹⁹⁹ BGE v. 21. März 1997 i.S. Coop-Genève c. Département de l’économie publique du canton de Genève (= 2P.270/1996; = Pra 1997 Nr. 101 S. 545).

²⁰⁰ BGE, a.a.O., E. 3e.

²⁰¹ Vgl. BGE 119 Ia 433 ff.; 118 Ia 175 ff.; 111 Ia 184 ff. Vgl. auch VGE-AG v. 28. Oktober 1986 i.S. E. und G. c. Regierungsrat des Kt. Aargau (= ZBl 1988, 52 ff.).

lungen. Das Bundesgericht ging davon aus, dass die Beschränkung der ärztlichen Selbstdispensation grundsätzlich der Sicherung einer genügenden Medikamentenversorgung der Bevölkerung diene. Der damit einhergehende Schutz der Apotheker vor der Konkurrenz durch selbstdispensierende Ärzte sei nicht das eigentliche Ziel, sondern nur ein Mittel zur Erreichung des damit verfolgten Zweckes. Dies ändere indessen nichts daran, dass der Konkurrenzschutz keine blossе faktische Reflexwirkung, sondern vom Gesetzgeber durchaus beabsichtigt sei.²⁰²

- 261 Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts erweist sich aus verschiedenen Gründen als *problematisch*. Zum einen verneint es zwar das Vorliegen eines direkten Konkurrenzverhältnisses zwischen Ärzten und Apothekern, spricht in der Folge aber im Widerspruch dazu trotzdem von „Konkurrenz“ und „Konkurrenzschutz“.²⁰³ Zum anderen stellt sich die Frage, ob das öffentliche Interesse an einer genügenden Medikamentenversorgung den massiven Eingriff in die Wettbewerbsverhältnisse tatsächlich zu rechtfertigen vermag.²⁰⁴ Dies zumal man sich berechtigterweise fragen kann, ob die genügende Medikamentenversorgung nicht um so mehr sichergestellt werden könnte, wenn

²⁰² BGE 119 Ia 437 E. 2c. Vgl. auch BGE v. 13. Februar 1996 i.S. Apothekerverein des Kt. Zürich c. Rusconi und Drogisten-Verband der Kt. Zürich und Schaffhausen, E. 3a (= 2P.242/1995); BGE 118 Ia 182 f. E. 3c. Vgl. VGE-AG v. 28. Oktober 1986 i.S. E. und G. c. Regierungsrat des Kt. Aargau, E. 4.c.bb.ccc.bbbb (= ZBl 1988, 52 ff.): „Auch der gewissenhafte selbstdispensierende Arzt ist auf ein genügend dichtes Netz von Apotheken angewiesen, welches ihm den Bezug von Medikamenten oder seinen Patienten das Einlösen der Rezepte für die in der Privatapotheke nicht vorrätigen Medikamente mit vernünftigem Aufwand ermöglicht (...). Ein genügend dichtes Netz von öffentlichen Apotheken liegt somit auch im Interesse der Ärzte.“

²⁰³ Vgl. BGE 119 Ia 437 E. 2c; 118 Ia 179 E. 1e („Es ist zudem nicht zu bestreiten, dass sich Privatapotheken von Ärzten und öffentliche Apotheken konkurrenzieren.“). Vgl. zu dieser Frage kritisch auch HANGARTNER, Bemerkungen II, 620 f.; VEIT, 574; vgl. auch unten Rn. 343.

²⁰⁴ Kritisch diesbezüglich auch HANGARTNER, Bemerkungen I, 78 f. In BGE v. 23. Mai 1973 i.S. X. c. Regierungsrat des Kt. Zug, E. 4a (= ZBl 1974, 177 ff.), hielt das Bundesgericht noch fest, das Verkaufsmonopol der Apotheken diene einem öffentlichen Interesse. Es soll das Publikum vor den Gefahren schützen, die mit der Einnahme von Medikamenten verbunden sind, und einen Missbrauch von Heilmitteln verhindern. In VGE-AG v. 28. Oktober 1986 i.S. E. und G. c. Regierungsrat des Kt. Aargau, E. 4c.bb (= ZBl 1988, 52 ff.) argumentierte das Verwaltungsgericht des Kt. Aargau hauptsächlich mit dem öffentlichen Interesse an einer ausreichenden medizinischen Versorgung sowie dem öffentlichen Interesse, in Krisenfällen militärischer oder ziviler Art auf umfangreiche und genügend assortierte Medikamente greifen zu können.

neben den Apothekern auch die Ärzte Medikamente abgeben dürften. Der grössere Wettbewerb stünde im übrigen nicht zuletzt auch im öffentlichen Interesse der Kostendämpfung bei den Medikamentenpreisen.²⁰⁵ Da viele Menschen den Gang zum Arzt eher scheuen als ihn suchen, das Medikamentensortiment in den Apotheken regelmässig grösser und vielfältiger ist als beim Arzt und die Apotheke als primärer Warenverkaufs- und Beratungsbetrieb vom Konsumenten - nur schon wegen der Öffnungszeiten - bevorzugt aufgesucht werden dürfte,²⁰⁶ würde der marktwirtschaftliche Wettbewerb zwischen Apothekern und Ärzten wohl kaum zum Niedergang des Apothekergewerbes führen.²⁰⁷

c) Überwiegen des öffentlichen Interesses

- 262 Das öffentliche Interesse an einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme überwiegt in denjenigen Fällen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, in welchen das geltend gemachte öffentliche Interesse, das der Massnahme tatsächlich als Motiv zu Grunde liegt, stärker zu gewichten ist als die mit der Massnahme einhergehenden Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis der sich konkurrierenden Unternehmern.
- 263 In diesem Sinne entschied das Bundesgericht, dass der Ausschluss von Detailverkaufsbetrieben mit intensivem Kundenverkehr aus Gewerbezonenn - wie zum Beispiel Einkaufszentren, Supermärkte, Warenhäuser, Discountbetriebe usw. - insoweit *raumplanerisch bedingt* sei, als damit versorgungs-

²⁰⁵ Das Bundesgericht erachtete dies in BGE 118 Ia 183 E. 3d als nicht erwiesen. Vgl. auch VGE-AG v. 28. Oktober 1986 i.S. E. und G. c. Regierungsrat des Kt. Aargau, E. 4c.bb.ccc.iiii (= ZBl 1988, 52 ff.).

²⁰⁶ Zu diesem Ergebnis führte auch eine Bevölkerungsumfrage des Apothekervereins des Kt. Zürich im November und Dezember 1996 (vgl. NZZ v. 2. Oktober 1997, S. 53).

²⁰⁷ In diesem Sinne auch VGE-ZH v. 13. Juli 1973 i.S. X. c. Regierungsrat des Kt. Zürich, E. 6e (= ZBl 1973, 504 ff.). So aber offenbar die Bedenken des Bundesgerichts (vgl. deutlich BGE 111 Ia

politisch unerwünschte Auswirkungen verhindert würden. Der Gemeinde könne keine gewerbepolitische Absicht - wie zum Beispiel der Schutz des ortsansässigen Gewerbes - unterstellt werden, zumal im vorliegenden Fall sowohl im Ortskern als auch in den Wohn- und Geschäftszonen Verkaufsflächen des Detailhandels erstellt werden konnten.²⁰⁸ Raumplanerische Überlegungen vermögen unter Umständen auch eine Höchstbegrenzung der zulässigen Verkaufsfläche in Einkaufszentren zu rechtfertigen.²⁰⁹ Kürzlich stellte das Bundesgericht fest, dass auch mit der Verweigerung einer Baubewilligung für die Nutzungsänderung einer Dienstwohnung in der Industriezone in eine Abwartwohnung mit Kinderhort der *ortsplanerisch motivierten* Zonenordnung zum Durchbruch verholfen und nicht eine gewerbliche Tätigkeit aus unzulässigen wirtschaftspolitischen Gründen verhindert werde.²¹⁰

- 264 In einem Entscheid vom 12. September 1994²¹¹ erkannte das Bundesgericht ein aus Art. 24^{octies} BV folgendes öffentliches Interesse an der Diversifikation der Energieträger. In diesem Sinne statuierte das Baureglement der Gemeinde Moosseedorf in Bauzonen eine Gasanschluss- und -bezugspflicht, mithin die Substitution von Erdöl durch Erdgas. Das Bundesgericht wies die

189 E. 4b); vgl. auch VGE-AG v. 28. Oktober 1986 i.S. E. und G. c. Regierungsrat des Kt. Aargau, E. 4c.bb.ccc.bbbb (= ZBI 1988, 52 ff.).

²⁰⁸ Vgl. BGE 110 Ia 167 ff. Vgl. auch BGE 109 Ia 264 ff.; 102 Ia 104 ff.

²⁰⁹ Vgl. BGE 109 Ia 268 f. E. 4b: „Die besonderen geographischen, topographischen und witterungsmässigen Verhältnisse und die dünne, weit verstreute Besiedlung des Oberengadins vermögen eine gewisse Grössenbeschränkung der Einkaufszentren zu rechtfertigen. Werden beliebig grosse Laden-Komplexe zugelassen, besteht die Gefahr, dass die Versorgung der Bevölkerung in den verschiedenen Teilgebieten und Tälern in Frage gestellt wird, weil dort die unter weniger kostengünstigen Bedingungen arbeitenden Kleinbetriebe nicht mehr existieren könnten (...). Diese Konsequenz aber widerspräche den Geboten, die ausreichende Versorgungsbasis des Landes zu sichern (Art. 1 Abs. 1 lit. d RPG) und die Siedlungen nach den Bedürfnissen der Bevölkerung zu gestalten, insbesondere günstige Voraussetzungen für die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen sicherzustellen (Art. 3 Abs. 3 lit. d RPG). Eine Höchstbegrenzung der erlaubten Verkaufsfläche lässt sich zudem mit Argumenten verkehrstechnischer Art und solchen des Schutzes vor übermässigen Immissionen begründen (vgl. Art. 3 Abs. 3 lit. a und b, Abs. 4 lit. c RPG).“ Vgl. dagegen BGE v. 29. Oktober 1992 i.S. Coop-Ostschweiz c. Feuerschaugemeinde Appenzell, E. 4c (= 1P.290/1992; = ZBI 1993, 425).

²¹⁰ BGE v. 9. Juli 1997 i.S. E. c. Gemeinde Urdorf, E. 4 (= 1P.149/1997).

staatsrechtliche Beschwerde eines Grundeigentümers hiegegen ab. Im gleichen Sinne wäre auch zu entscheiden gewesen, wenn sich ein Heizölhändler gegen diese Regelung gewehrt hätte, weil sie ihn gegenüber dem Gaslieferanten benachteiligt. Das öffentliche Interesse an der Diversifikation und Umweltverträglichkeit der Energieträger überwiegt in diesem Fall die mit der staatlichen Massnahme einhergehenden Wettbewerbsverzerrungen bzw. geht dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität vor.²¹² Anliegen des Umweltschutzes vermögen somit eine gewisse Wettbewerbsverzerrung, d.h. die offene und direkte Bevorzugung von umweltverträglichen gegenüber umweltschädlichen Produkten oder Verfahren, zu rechtfertigen.²¹³

265 Heikle Fragen stellen sich auch bei Massnahmen des Bundes und der Kantone, mit denen diese *Wirtschaftsförderung* betreiben. Während die diesbezügliche Kompetenz des Bundes in der Bundesverfassung vorgesehen und unbestritten ist und dieser hierzu nötigenfalls auch vom *Grundsatz* der Wirtschaftsfreiheit abweichen darf,²¹⁴ findet sich zu Gunsten der Kantone keine Kompetenz in der Bundesverfassung. In der Lehre wird jedoch einhellig angenommen, dass auch diese Wirtschaftsförderung betreiben dürfen, „jedenfalls soweit das Bundesrecht und die Förderungsaktivitäten des Bundes hierfür Raum lassen“.²¹⁵

266 In BGE 120 Ib 142 ff. erklärte das Bundesgericht die Förderung der abonnierten Presse gegenüber Gratispublikationen dadurch, dass erstere in den Genuss der Zeitungstaxe, letztere dagegen in denjenigen des weniger gün-

²¹¹ BGE v. 12. September 1994 i.S. T. c. Einwohnergemeinde Moosseedorf (= ZBl 1995, 272 ff.).

²¹² Ebenso RICHLI, Bemerkungen II, 1204. In BGE v. 23. Oktober 1981 i.S. A. c. Kanton Wallis, E. 4c (= ZBl 1983, 495) hielt das Bundesgericht indessen fest, dass das Anliegen der Diversifizierung der Energiequellen beim *Bewilligungserfordernis sowie dem Nachweis der Notwendigkeit vollelektrischer Heizungen* in einem kantonalen Planungs- und Baugesetz nicht stichhaltig sei, da Elektrizität aus jedem Energieträger gewonnen werden könne.

²¹³ Vgl. RICHLI, Bemerkungen II, 1204.

²¹⁴ Vgl. Art. 31^{bis} Abs. 2-4 BV.

²¹⁵ HÄFELIN/HALLER, N. 1453. Vgl. oben Rn. 59.

stigen Tarifs für „Sendungen ohne Adresse“ kamen, als zulässig. Wörtlich hielt es fest:

„Nach Art. 31 BV hat sich der Staat grundsätzlich wettbewerbsneutral zu verhalten; Massnahmen der Wirtschaftsförderung dürfen in der Regel die Handels- und Gewerbefreiheit nicht verletzen. Die Bundesverfassung schliesst aber nicht schlechterdings jede wirtschaftsbezogene staatliche Regelung aus (vgl. Art. 31^{bis} Abs. 2 BV). Staatliche Förderungsmassnahmen, die der Wahrung oder Wiederherstellung des Wettbewerbs im *Interesse der Information und pluralistischen Meinungsbildung* dienen, sind unabhängig davon, ob Art. 31 oder 55 BV auch ein entsprechendes Handlungsgebot enthält, nicht als solche bereits systemwidrig (...). Sie verstossen jedoch gegen die Handels- und Gewerbefreiheit, wenn sie den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren.“²¹⁶

Das Bundesgericht ging in dieser Entscheidung zu Recht vom Vorliegen eines gewichtigen öffentlichen Interesses aus. Da es in der Folge das Vorliegen eines direkten Konkurrenzverhältnisses verneinte und im übrigen festhielt, dass auch die gewählte Differenzierung sachbezogen und nicht diskriminierend sei, überwog das Erfordernis des öffentlichen Interesses klar gegenüber dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und lag schliesslich eine grundsatzkonforme wirtschaftsfördernde staatliche Massnahme vor.

267 Wesentlich im Zusammenhang mit wirtschaftsfördernden Massnahmen sowohl des Bundes als auch der Kantone ist somit, dass ein *gewichtiges*²¹⁷ öffentliches Interesse diese rechtfertigt und dass vor allem der Grundsatz der

²¹⁶ BGE 120 Ib 144 f. E. 3b (Hervorhebungen durch den Verfasser).

²¹⁷ „Staatliche Förderung lässt sich nicht ohne Rücksicht auf ein entsprechendes Bedürfnis postulieren und rechtfertigen; sie setzt regelmässig einen Dienst an der Allgemeinheit oder die Wahrnehmung einer wichtigen Funktion in der Gesellschaft und im demokratischen Staat voraus.“ (BGE 120 Ib 145 E. 3c.aa). Vgl. auch Art. 31^{bis} Abs. 2 BV („wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt“); VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 466 („qualifiziertes öffentliches Interesse“). In Frage kommt bspw. das öffentliche Interesse am Erhalt bzw. an der Schaffung neuer Arbeits- und Ausbildungsplätze (vgl. BGE v. 2. Juli 1975 i.S. X. c. Gemeinde Langendorf, E. 5b [= ZBl 1976, 357]; vgl. auch GALLI, 25, im Zusammenhang mit dem Submissionswesen; Botschaft VE 96, 295 f.).

Wettbewerbsneutralität möglichst *gewahrt*²¹⁸ wird. Letzteres Erfordernis liegt in der Natur der wirtschaftsfördernden Massnahme begründet, welche als solche in einem sehr *sensiblen* Verhältnis zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität steht.^{219 220}

C. Fazit

- 268 Das Erfordernis des überwiegenden öffentlichen Interesses steht in einem delikaten Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität. Das geltend gemachte öffentliche Interesse darf keinesfalls bezwecken, bestimmte Gewerbezweige oder Betriebsformen vor Konkurrenz zu *schützen*, in ihrer Existenz zu *sichern* oder einzelne Gewerbetreibende oder Unternehmensformen zu *bevorteilen*.²²¹
- 269 Unzulässig ist ohne weiteres eine *offene* und *direkte* Beeinträchtigung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität.²²² Soweit das Wettbewerbsver-

²¹⁸ In Bezug auf die Wahrung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität ist - nicht zuletzt in Berücksichtigung seiner *interkantonalen* Geltung (vgl. oben Rn. 174 ff.; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 368) - ein strenger Massstab anzulegen (vgl. auch die Bedenken von MADER, 13). Tolerierbar sind jedenfalls nur minime und keinesfalls dauernde Wettbewerbsverzerrungen (vgl. RICHLI, Leitung, 97). Wirtschaftsfördernde staatliche Massnahmen dürfen deshalb insbesondere den Wettbewerb unter *direkten Konkurrenten* nicht verzerren (BGE 120 Ib 145 E. 3b) oder protektionistisch wirken (MADER, 13). Vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1454; LIENHARD, Deregulierung, 47 f.; MAURER, 272; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 174; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 27 N. 4; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 76, 465.

²¹⁹ Jede fördernde Massnahme ist ex definitione diskriminierend gegenüber all denjenigen, die ihr nicht teilhaftig werden (H. SCHMID, 289). Das gilt weniger für Massnahmen im Rahmen der Globalsteuerung als vielmehr für solche, die zu strukturpolitischen Zwecken eingesetzt werden (vgl. RICHLI, Leitung, 97).

²²⁰ Wirtschaftsfördernde Massnahmen sind im weiteren erst zu ergreifen, wenn die Mittel privater Initiative nicht ausreichen bzw. die billigerweise zumutbaren Selbsthilfemassnahmen getroffen wurden (vgl. Art. 31^{bis} Abs. 4 BV).

²²¹ Vgl. oben Rn. 244 ff.

²²² Vgl. oben Rn. 250.

hältnis von sich konkurrierenden Unternehmern durch eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme *verdeckt* oder *indirekt* tangiert wird,²²³ ist zwischen dem der Massnahme zu Grunde liegenden Motiv und dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität *abzuwägen*²²⁴.

- 270 Massgebend für den Entscheid, ob eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme als grundsatzkonform bezeichnet werden kann, ist zum einen das *tatsächliche Gewicht des geltend gemachten öffentlichen Interesses*²²⁵ und zum anderen das *konkrete Ausmass der Wettbewerbsverzerrung*^{226 227}. Das erstere muss gegenüber dem letzteren überwiegen.²²⁸

VI. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität

A. Allgemeines

- 271 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass staatliche Massnahmen ein geeignetes und notwendiges Mittel darstellen, um das zu verwirklichende Ziel zu erreichen, und dass die mit den Massnahmen verfolgten Ziele in einem vernünftigen Verhältnis zu den Freiheitsbeschränkungen stehen, die dem Bürger auferlegt werden.²²⁹

²²³ Vgl. dazu oben Rn. 251 f.

²²⁴ Vgl. oben Rn. 252 f.

²²⁵ Vgl. dazu oben Rn. 255.

²²⁶ Vgl. dazu oben Rn. 256.

²²⁷ Vgl. oben Rn. 254.

²²⁸ Vgl. oben Rn. 262 ff. Zu den Fallbeispielen, in denen der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität überwog bzw. eine grundsatzwidrige staatliche Massnahme vorlag vgl. oben Rn. 257 ff.

²²⁹ HÄFELIN/MÜLLER, N. 486. Vgl. auch BGE 124 I 44 f. E. 3e; 121 I 349 E. 11; 119 Ia 353 E. 2a; 117 Ia 446 E. 4a, 483 E. 3g; 113 Ia 134 E. 7b; 110 Ia 33 f. E. 4; 104 Ib 189 E. 4c; 98 IV 137 E. 2b; 93 I 219 E. 6; 91 I 464 E. 3b mit Verweisungen. „Hinter dem Prinzip der Verhältnismässigkeit

- 272 Es handelt sich dabei um einen allgemeinen Rechts- und Verfassungsgrundsatz,²³⁰ welcher sich „unmittelbar aus der Verfassung“ ergibt,²³¹ vom Bundesgericht ursprünglich jedoch in seiner Rechtsprechung zu Art. 31 BV entwickelt worden ist²³². Er gilt „in allen Gebieten des öffentlichen Rechts“.²³³
- 273 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wird in Lehre und Praxis in die *drei Teilregeln* der Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinn aufgegliedert.²³⁴ Diese müssen *kumulativ* erfüllt sein, damit der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt ist.²³⁵
- 274 Die *Eignung* einer staatlichen Massnahme meint deren Zwecktauglichkeit.²³⁶ Die Massnahme muss das „richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles sein“.²³⁷ Ungeeignet ist eine Massnahme dann, wenn sie keinerlei Wirkungen im

steht die Idee der Zusammengehörigkeit von Rationalität und Humanität.“ (WOLFFERS, Verhältnismässigkeit, 311). Nach ZIMMERLI, 23, stehen hinter dem Prinzip „die Postulate der Gerechtigkeit, der Güterabwägung, der Ausgewogenheit oder schlicht des individualisiert Vernünftigen bzw. das zu konkretisierende Spannungsfeld zwischen wohlverstandener Freiheit und rechtsstaatlichem Eingriff.“

²³⁰ BGE 118 Ib 480 E. 5a.

²³¹ BGE 104 Ia 112 E. 5. Vgl. auch IMBODEN/RHINOW, Nr. 58 B.III; ZIMMERLI, 19 ff. Zur Diskussion in Deutschland vgl. PÖSCHL, 413 ff.

²³² BGE 77 I 103 E. 5d. Vgl. auch BGE 70 I 3 E. 1: „Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit der polizeilichen Eingriffe in die freie Gewerbeausübung wird aus Art. 31 BV abgeleitet.“ Dazu auch SALADIN, 243, 355; ZIMMERLI, 9 f.

²³³ BGE 94 I 397 E. 3. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist sowohl für die *Rechtsanwendung* als auch für die *Rechtsetzung* massgebend. Er gilt nicht nur in der *Eingriffs-*, sondern auch in der *Leistungs-* und *Informationsverwaltung* (zu letzterer MÜLLER/MÜLLER-GRAF, 399 ff.; RICHLI, Informationsmittel, 165 f.). Vgl. ANDRICH, 112 f.; MEYER-BLASER, 106; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 58 B.III; WOLFFERS, Verhältnismässigkeit, 297 f.; ZIMMERLI, 10, 97. Eher zurückhaltend in Bezug auf die Leistungsverwaltung HÄFELIN/MÜLLER, N. 491; RICHLI, Informationsmittel, 164 f.

²³⁴ Vgl. Botschaft VE 96, 196; Erläuterungen VE 95, 33; HÄFELIN/HALLER, N. 1141 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 492 ff.; IMBODEN/RHINOW und RHINOW/KRÄHENMANN, je Nr. 58 B.IV; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 146 ff.; ders., Elemente, 132 f.; SALADIN, 355 ff.; WOLFFERS, Verhältnismässigkeit, 298 f.; ZIMMERLI, 13 ff., 24. Vgl. auch BGE 112 Ia 70 E. 5c; 104 Ib 426 E. 6c.

²³⁵ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 492; ZIMMERLI, 24 ff.

²³⁶ Vgl. BGE 121 I 349 E. 11; 119 Ia 353 E. 2a; 117 Ia 483 E. 3g.

²³⁷ BGE 117 Ia 446 E. 4a; 91 I 464 E. 3b; vgl. auch BGE 120 Ib 232 E. 4b.

Hinblick auf den angestrebten Zweck entfaltet oder die Erreichung dieses Zweckes sogar erschwert oder verhindert.²³⁸

- 275 Die *Erforderlichkeit* einer staatlichen Massnahme bedeutet, dass sie überdies zweckangemessen bzw. notwendig sein muss. Der Eingriff darf in räumlicher, zeitlicher, sachlicher und persönlicher²³⁹ Sicht nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des damit verfolgten Zweckes notwendig ist.²⁴⁰ Er hat somit zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg im wesentlichen ausreicht.²⁴¹
- 276 Die *Verhältnismässigkeit im engeren Sinn* bezieht sich auf das Verhältnis von Eingriffszweck und Eingriffswirkung der Massnahme.²⁴² Insbesondere die einzusetzenden Mittel müssen in einem vernünftigen Verhältnis zur damit erzielbaren Wirkung stehen.²⁴³ Es ist deshalb eine wertende Abwägung vorzunehmen, welche im konkreten Fall das öffentliche Interesse an der Massnahme und die durch den Eingriff beeinträchtigten privaten Interes-

²³⁸ HÄFELIN/MÜLLER, N. 493. Vgl. auch IMBODEN/RHINOW und RHINOW/KRÄHENMANN, je Nr. 58 B.IV.a; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 147; ders., Elemente, 133; WOLFFERS, Verhältnismässigkeit, 301. Vgl. die Kasuistik zur Wirtschaftsfreiheit bei MARTI, 83. Die Frage der Eignung einer Massnahme wird in der Verfassungsgerichtsbarkeit auch als Frage des *Willkürverbots* geprüft (vgl. J.-P. MÜLLER, Elemente, 134; ZIMMERLI, Verhältnis-mässigkeit, 24 f.). Vgl. dazu unten Rn. 310.

²³⁹ So sind die zur Behebung eines polizeiwidrigen Zustands erforderlichen Massnahmen grundsätzlich gegen den *Störer* zu richten (vgl. BGE 122 II 70 E. 6a; 107 Ia 23 E. 2a; BGE v. 13. November 1973, E. 4c [= ZBl 1975, 162 ff.]). Kritisch dagegen zu dieser Ansiedlung des Störerprinzips ZIMMERLI, 15.

²⁴⁰ BGE 124 I 45 E. 3e; 119 Ia 377 f. E. 3c; 113 Ib 329 E. 2a; 91 I 464 E. 3b; HÄFELIN/HALLER, N. 1143; HÄFELIN/MÜLLER, N. 498 ff.; IMBODEN/RHINOW, Nr. 58 B.IV.b; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 148; ders., Elemente, 133; ZIMMERLI, 14 f.; siehe auch PÖSCHL, 414 ff.

²⁴¹ Vgl. BGE 117 Ia 483 E. 3g; 113 Ia 134 E. 7b; 110 Ia 33 E. 4; 107 Ia 67 E. 2b; 104 Ib 189 E. 4c; HÄFELIN/HALLER, N. 1143; HÄFELIN/MÜLLER, N. 496; IMBODEN/RHINOW und RHINOW/KRÄHENMANN, je Nr. 58 B.IV.b; J.-P. MÜLLER in Komm. BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 148; ders., Elemente, 133. Vgl. die Kasuistik zur Wirtschaftsfreiheit bei MARTI, 83 ff.

²⁴² Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 514. Vgl. auch BGE 123 I 169 E. 7a.

²⁴³ Vgl. BGE 121 I 349 E. 11; 117 Ia 446 E. 4a; 115 Ia 31 E. 4b, 376 E. 4a; 98 IV 137 E. 2b; 91 I 464 E. 3b; IMBODEN/RHINOW und RHINOW/KRÄHENMANN, je Nr. 58 B.IV.c.

sen der Betroffenen miteinander vergleicht.²⁴⁴ Die Massnahme muss sich auf ein die privaten Interessen überwiegendes öffentliches Interesse stützen;²⁴⁵ das „betreffende Rechtsgut muss das Opfer an Freiheit wert sein“.²⁴⁶

- 277 Das Bundesgericht übt im Zusammenhang mit der Wirtschaftsfreiheit bei der Überprüfung wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Verordnungen des Bundesrates auf ihre Verhältnismässigkeit grundsätzlich *Zurückhaltung*.²⁴⁷ Die Prüfung des Bundesgerichts beschränkt sich im wesentlichen auf die Frage, ob sich die Verordnung im Rahmen der vom Gesetzgeber getroffenen Delegation bewegt.²⁴⁸

²⁴⁴ HÄFELIN/HALLER, N. 1144; HÄFELIN/MÜLLER, N. 515. Vgl. BGE 116 Ia 386 E. 4a. Für die Interessenabwägung massgeblich sind einerseits die Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen und andererseits das Gewicht der betroffenen privaten Interessen (vgl. BGE v. 13. November 1973, E. 4c [= ZBl 1975, 162 ff.]; HÄFELIN/MÜLLER, N. 516).

²⁴⁵ Vgl. BGE 117 Ia 318 E. 4b; HÄFELIN/HALLER, N. 1144; HÄFELIN/MÜLLER, N. 516; IMBODEN/RHINOW und RHINOW/KRÄHENMANN, je Nr. 58 B.IV.c. Als Massstab fungiert das Kriterium der *Zumutbarkeit* (BGE 123 I 169 E. 7a; ZIMMERLI, 17).

²⁴⁶ MARTI, 81. Vgl. auch die diesbezügliche Kasuistik zur Wirtschaftsfreiheit bei MARTI, 82 f.

²⁴⁷ Vgl. BGE 104 Ib 426 f. E. 6c; vgl. auch BGE v. 14. Juli 1997 i.S. A.SA c. Bundesamt für Landwirtschaft, E. 3a (= 2A.496/1996). Vgl. demgegenüber jedoch BGE 122 II 417 E. 3b (das Bundesgericht darf prüfen „si le Conseil fédéral a usé de son pouvoir conformément au principe de la proportionnalité“) und oben Rn. 187. „Eine strengere Kontrolle über die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes übt das Gericht indessen bei Eingriffen in die Rechtsstellung der Bürger aus, bei denen den Behörden kein oder nur ein geringer Ermessensspielraum zusteht.“ (BGE 107 Ib 247 E. 4).

²⁴⁸ Vgl. bspw. BGE v. 14. Juli 1997 i.S. A.SA c. Bundesamt für Landwirtschaft, E. 3a (= 2A.496/1996); BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 3b (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781); BGE 122 V 93 f. E. 5a.bb; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 81 f. Es ist deshalb um so wichtiger, dass die Grundzüge eines wettbewerbsverzerrenden Eingriffs im betreffenden Bundesgesetz selbst geregelt werden (vgl. dazu oben Rn. 206 f.).

B. Verhältnis zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität

1. Spannungsverhältnis

- 278 Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, verstanden als unparteiische Haltung des Gemeinwesens gegenüber den sich am freien Markt konkurrierenden Teilnehmern bzw. als Nichteinmischung des Staates in den wirtschaftlichen Wettbewerb von Konkurrenten, ist - als Teilgehalt des *Grundsatzes* der Wirtschaftsfreiheit - im Prinzip *absoluter* Natur.²⁴⁹
- 279 Relativiert wird der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität jedoch einerseits durch die - bereits oben dargelegte²⁵⁰ - Tatsache, dass wirtschaftsrelevante staatliche Massnahmen von Natur her immer irgendwelche Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis von sich konkurrierenden Unternehmern zur Folge haben. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität kann deshalb in der *absoluten* Form bereits de facto nicht durchgesetzt werden.²⁵¹
- 280 Andererseits erfährt der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität auch de iure insoweit eine Relativierung, als er - als Verfassungsgrundsatz²⁵² - gleichrangig neben anderen Verfassungsgrundsätzen steht und deshalb keinen Vorrang vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip beanspruchen kann.²⁵³ Die

²⁴⁹ Vgl. auch E. GRISEL, vol. 1, n. 284, 325.

²⁵⁰ Vgl. oben Rn. 3 f., 246 f.

²⁵¹ Vgl. auch GYGI/RICHLI, 198; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 52, § 5 N. 184. Dazu auch MAURER, 274.

²⁵² Vgl. oben Rn. 96 ff.

²⁵³ Vgl. oben Rn. 95. Würde dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität im Sinne einer Chancengleichheit für alle konkurrierenden Unternehmer Vorrang vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip eingeräumt, läge eine - soweit die Bundesverfassung dies nicht gestattet - grundsatzwidrige weil wirtschaftslenkende staatliche Massnahme gemäss Art. 31 Abs. 2 und Art. 31^{bis} Abs. 2 BV vor. Diesen Aspekt übersieht namentlich auch WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 214. Vgl. auch oben Rn. 73.

ältere - zu Recht kritisierte - Rechtsprechung des Bundesgerichts hat dies übersehen.²⁵⁴

281 Aufgrund dieser *Relativität* des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität sowie dem Umstand, dass sich die beiden Verfassungsgrundsätze in ihren inhaltlichen Postulaten nicht von vorneherein gegenseitig ausschliessen, ist das Spannungsverhältnis zwischen den beiden Verfassungsgrundsätzen in der natürlichen *Ergänzung* des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität durch das Verhältnismässigkeitsprinzips zu sehen.²⁵⁵ In diesem Sinne fordern die beiden Verfassungsgrundsätze, dass die mit den wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen von Natur her einhergehenden *Wettbewerbsverzerrungen* unter sich konkurrierenden Unternehmern auf das Notwendige, d.h. das *unumgängliche Minimum reduziert* werden²⁵⁶ und - im Sinne der Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung - überdies *gerechtfertigt* sind.²⁵⁷

282 Das Bundesgericht hat sich bisher hauptsächlich im Zusammenhang mit dem Vorliegen von *Kapazitätsschranken* in der Leistungsverwaltung in die-

²⁵⁴ Vgl. dazu oben Rn. 73. Vgl. auch GYGI/RICHLI, 104 f.; Botschaft VE 96, 294. In BGE 121 I 135 E. 3d hat sich das Bundesgericht denn auch ausdrücklich von dieser Rechtsprechung verabschiedet (vgl. jedoch bereits BGE 100 Ib 320 ff. E. 3).

²⁵⁵ Vgl. bereits BGE 86 I 276 E. 1 und BGE 84 I 112 E. 2, wo das Bundesgericht von einer „Weiterentwicklung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit der polizeilichen Eingriffe“ sprach. Vgl. dazu auch HÄFELIN/HALLER, N. 1140a, 1561c.

²⁵⁶ Dazu auch oben Rn. 100 f. Vgl. auch BGE 123 II 35 f. E. 10, 301 f. E. 5b; Botschaft BGBM, 27. Ähnlich AMSTUTZ, 887; SCHLUEP, Revitalisierung, 507. Die Wirkungen einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen sind im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips mitzubedenken (FLEINER, 266 ff., 269; SALADIN, 242). Indessen heben namentlich RICHLI/VALLENDER, 53, hervor, dass die substantielle Handhabung und Anwendung der drei Elemente der Verhältnismässigkeit oft ausgesprochen schwierig und anspruchsvoll ist, weil man es bei der Konzeption oder Anwendung wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Normen häufig mit *schwer überblickbaren Prognoseproblemen* zu tun hat, was bereits die Eignungs- und Erforderlichkeitsfrage in den Bereich des teilweise Spekulativen verweise.

²⁵⁷ Insofern kann MADER, 13, nicht vorbehaltlos zugestimmt werden. Nach dessen Ansicht sind polizeilich, sozialpolitisch, raumplanerisch oder energiepolitisch motivierte Massnahmen mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar, selbst wenn sie sich auf das wirtschaftliche Geschehen auswirken. Als Teil der für das Funktionieren der privatwirtschaftlich orientierten Marktwirtschaft notwendigen Rahmenbedingungen seien sie systemkonform und sollten „aus institutioneller Sicht eigentlich keine Probleme aufwerfen“.

sem Sinne geäußert,²⁵⁸ doch hat es in seiner jüngsten Rechtsprechung zu Recht keinen Zweifel daran gelassen, dass die Reduktion der mit den wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen einhergehenden Wettbewerbsverzerrungen auf das unumgängliche Minimum - weil von Natur her nicht restlos zu beseitigen -, auch in den übrigen Bereichen, insbesondere dort, wo keine Kapazitätsschranken bestehen, gelten muss²⁵⁹.

- 283 Es kann in diesem Sinne durchaus von einer in Art. 31 BV enthaltenen sog. „positiven“ Wettbewerbsgarantie im Sinne eines *Wettbewerbsoptimierungsgebots* gesprochen werden.²⁶⁰

²⁵⁸ „(Die) Bewilligungspraxis (ist) so auszugestalten, dass möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse geschaffen werden.“ (BGE 121 I 287 E. 6b). Vgl. BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a und c (= 2P.371/1993; betreffend Polizeistundenverlängerung); BGE 121 I 287 E. 6b (betreffend Zurverfügungstellung von öffentlichem Grund für Zirkusunternehmen); 108 Ia 138 f. E. 4 und 5 (betreffend Zuteilung von Taxi-Standplätzen); 100 Ia 52 E. 4e (betreffend Ausnahmen von den allgemeinen abendlichen Schliessungszeiten von Wirtschaftsbetrieben). Implizit auch BGE 122 II 420 f. E. 4b (betreffend System der Zuteilung von GATT/WTO-Zollkontingenten für Weisswein). In diesem Sinne beispielhaft JAAG, Wettbewerbsneutralität, 485 ff. Vgl. auch VPB 1987 Nr. 49 S. 291.

²⁵⁹ Vgl. BGE 123 II 35 E. 10 (betreffend Mehrwertsteuer): „Zu verlangen ist, dass keine unnötigen, vermeidbaren Wettbewerbsverzerrungen entstehen.“ In diesem Sinne auch BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 5 (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781; betreffend Sonderbewilligung für den Transport von Postsendungen an Sonntagen und zur Nachtzeit).

²⁶⁰ So ANDRICH, 51, 115 f.; BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, 59, Anm. 38; GYGI/RICHLI, 197 ff.; MADER, 13; Botschaft VE 96, 295; RHINOW in Komm. BV, Art. 31, Rz. 45, 189; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 4 N. 50, 65 f., § 20 N. 12. Vgl. bereits A. HUBER, 401: „Stetsfort sind Bestrebungen im Gange, den richtigen Weg in der Vergebung öffentlicher Arbeiten und Lieferungen zu finden, den Weg, der letzten Endes alle Kontrahenten vor Ungleichheiten und Benachteiligungen schützen und damit ein Stück der staatlichen Gerechtigkeit garantieren soll.“ Davon strikte zu unterscheiden ist die Wiederherstellung der durch eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme „gestörten Ausgangslage im wirtschaftlichen Wettbewerb“ (vgl. dazu oben Rn. 73). Diese ist nicht nur wegen ihres wirtschaftspolitischen Charakters bedenklich, sondern geht auch von einem - falschen (vgl. oben Rn. 95, 188) - überhöhten Geltungsbereich des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität im Sinne einer absoluten Chancengleichheit aus. Kritisch insofern der

2. Lösung

- 284 Die Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und demjenigen der Wettbewerbsneutralität, nämlich die mit den wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen von Natur her einhergehenden Wettbewerbsverzerrungen unter sich konkurrierenden Unternehmern auf das Notwendige, d.h. das unumgängliche Minimum zu reduzieren, kann im Verhältnis unter den sich konkurrierenden Unternehmern nur in einer möglichst *rechtsgleichen* Behandlung bestehen.²⁶¹
- 285 Die unausweichlichen Auswirkungen sollen die konkurrierenden Unternehmer wenn schon, dann - im Sinne einer *relativen Chancengleichheit*²⁶² - möglichst gleichmässig treffen.²⁶³ Diese Minimierung der Wettbewerbsverzerrungen im Verhältnis der konkurrierenden Unternehmer wird durch Bezug des sich aus Art. 4 BV ergebenden *Rechtsgleichheitsgebots* erreicht.²⁶⁴
- Praxis und Lehre sprechen in diesem Zusammenhang - d.h. bei der Lösung

singuläre BGE 87 I 271 E. 3, in welchem das Bundesgericht von einer „Wettbewerbsgleichheit“ spricht.

²⁶¹ Ähnlich bereits GYGI, Wirtschaftsverfassung, 364. Zum engen Bezug zwischen Rechtsgleichheitsgebot und Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. auch FREY, 35 f. ; J.-P. MÜLLER, Elemente, 123. Vgl. auch BGE 123 I 209 ff. E. 6b und c (betreffend Einschränkung der Medikamentenwerbung für Apotheken und Drogerien).

²⁶² Vgl. BGE v. 16. April 1997 i.S. P.AG c. EJPD, E. 5 (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781): „Zwar darf der Staat einzelnen Gewerbetreibenden gegenüber ihren direkten Konkurrenten nicht ungerechtfertigte wirtschaftliche Vorteile verschaffen, doch bedingt dies nicht deren völlige Gleichbehandlung.“ Vgl. im weiteren BGE v. 21. März 1997 i.S. Nicotrans S.A. c. Consiglio di Stato del Cantone Ticino, E. 1b.cc (= 2P.166/1996; = Pra 1998 Nr. 1 S. 1 ff.); BGE v. 27. Januar 1997 i.S. Arcobaleno Play S.A. c. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone del Ticino, E. 2c.bb (= 2P.146/1996); BGE 121 I 135 E. 3d, 287 E. 6b. Vgl. auch BGE 122 I 136 f. E. 3c.aa. Die Kritik von Seiten der Lehre richteten sich denn auch hauptsächlich gegen die vom Bundesgericht in seiner früheren Rechtsprechung postulierte *absolute* Chancengleichheit (vgl. dazu oben Rn. 73 f. und auch Rn. 278-280). G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 4, hebt im Zusammenhang mit der Frage der Chancengleichheit zu Recht hervor, dass die verschiedenen entgegenstehenden Interessen „im Sinne praktischer Konkordanz miteinander in Einklang zu bringen“ sind (vgl. nun auch BGE 123 I 157 f. E. 3b; WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 214).

²⁶³ Ebenso RICHLI, Bemerkungen II, 1204. Vgl. auch BGE 123 I 209 ff. E. 6b und c.

²⁶⁴ Vgl. GALLI, 23; GYGI, Wirtschaftsverfassung, 364; MARTI, 82, 88; WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 214. Vgl. auch BGE 123 II 301 f. E. 5b und bereits BGE 100 Ia 52 E. 4e. Allgemein zur Ergänzung des durch die spezifischen Grundrechte vermittelten Schutzes durch das

des Spannungsverhältnisses zwischen den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Wettbewerbsneutralität mittels dem Rechtsgleichheitsgebot - vom *Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe*.²⁶⁵

- 286 In Bezug auf die hier vertretene Begründung und Herleitung des Gebots der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe muten bereits die Feststellungen des Bundesgerichts in Entscheiden aus den Jahren 1960 und 1974 erstaunlich klar an:

„Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (...) wird insofern durch das Gebot der Rechtsgleichheit und den Grundgehalt der Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit modifiziert, die verlangen, dass eine polizeiliche Verfügung nicht ohne Not den einen Gewerbebetriebe grössere Opfer auferlege als den andern und damit das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte verfälsche.“²⁶⁶

„(...) l'uguaglianza di trattamento dei concorrenti ed il principio della neutralità economica delle misure di polizia esigono l'instaurazione di una procedura che consenta di ridurre al minimo indispensabile le disuguaglianze e di contenere, se non eliminare, le situazioni di privilegio.“²⁶⁷

- 287 Das diese spezifische Sachlage bezeichnende bzw. zusammenfassende Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe „gebietet, bei direkten Konkurrenten die mit den staatlichen Regelungen verbundenen unumgänglichen Ungleichheiten soweit wie möglich zu beschränken. In diesem Sinne sind Massnahmen verpönt, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten

Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV vgl. VENANZONI, 270 f., 290 f. Vgl. dazu auch oben Rn. 75 ff., 80.

²⁶⁵ Vgl. oben Rn. 13, 19, 70 ff., sowie BGE 123 II 35 f. E. 10, 301 f. E. 5b i.V.m. 312 E. 7c. A.M. HOTZ, 162, wonach die Herbeiführung der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe über die Beseitigung wirtschaftspolitischer Nebenwirkungen weder dem Wesen der Wirtschaftsfreiheit entspreche noch als Ausfluss der Rechtsgleichheit begriffen werden könne. In BGE 120 Ia 238 E. 1a erkannte das Bundesgericht explizit, dass der Gleichbehandlungsanspruch der Gewerbebetriebe aus dem Gedanken der Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen folge.

²⁶⁶ BGE 86 I 276 E. 1. Das Bundesgericht zog daraus jedoch die falsche Schlussfolgerung: „Art. 31 BV schliesst es nicht aus, dass die durch eine polizeiliche Verfügung gestörte Ausgangslage im wirtschaftlichen Wettbewerb wiederhergestellt werde (...).“ (BGE 86 I 276 E. 1). Vgl. oben Rn. 73 in fine.

verzerren oder nicht wettbewerbsneutral sind.“²⁶⁸ Es schützt „nicht nur vor sachlich ungerechtfertigter Ungleichbehandlung (Art. 4 BV), sondern gewährt (...) zwischen direkten Konkurrenten einen weitergehenden Anspruch auf Gleichbehandlung und auf staatliche Wettbewerbsneutralität.“²⁶⁹

- 288 Diesem Zusammenspiel zwischen dem Verhältnismässigkeitsprinzip, dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität sowie dem Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV, welches im weiteren Verlauf dieser Arbeit als „Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen“ bezeichnet werden soll, ist aufgrund der zentralen Bedeutung ein gesondertes Kapitel zu widmen.

C. Fazit

- 289 Die im Prinzip absolute Natur des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität wird in zweierlei Hinsicht *relativiert*. Zum einen lässt sich der Grundsatz in der absoluten Form bereits *de facto* nicht durchsetzen, und zum anderen genießt der Grundsatz gegenüber den übrigen Verfassungsgrundsätzen *de iure* keinen Vorrang.²⁷⁰
- 290 Die notwendige Relativierung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität macht eine Ergänzung durch das Verhältnismässigkeitsprinzip unabdingbar. Zusammen fordern die beiden Verfassungsgrundsätze, dass die mit den wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen einhergehenden *Wettbewerbsverzerrungen* unter sich konkurrierenden Unternehmern auf das Notwendige,

²⁶⁷ BGE 100 Ia 52 E. 4e.

²⁶⁸ BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993). Vgl. auch BGE 123 II 35 E. 10; 121 I 132 E. 3b, 285 E. 4a. Vgl. auch oben Rn. 100

²⁶⁹ BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 3a (= 2P.371/1993); vgl. auch BGE 123 I 281 E. 3d.

²⁷⁰ Vgl. oben Rn. 278 ff.

d.h. das *unumgängliche Minimum reduziert* werden und überdies *gerechtfertigt* sein müssen. Es kann deshalb durchaus von einer in Art. 31 BV enthaltenen sog. „positiven“ Wettbewerbsgarantie im Sinne eines *Wettbewerbsoptimierungsgebots* gesprochen werden.²⁷¹

- 291 Die Lösung dieses Spannungsverhältnisses zwischen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip und dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität geschieht durch *Beizug des Rechtsgleichheitsgebots gemäss Art. 4 BV*. Die unausweichlichen Auswirkungen sollen die konkurrierenden Unternehmer wenn schon, dann - im Sinne einer relativen Chancengleichheit - möglichst gleichmässig treffen. Diese spezifische Sachlage wird unter dem Begriff *„Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen“* zusammengefasst.²⁷²

²⁷¹ Vgl. oben Rn. 281 ff.

²⁷² Vgl. oben Rn. 284 ff.

§ 5 Das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen

I. Die Frage der Selbständigkeit des Gebots

292 Die Verletzung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität steht - in der Regel¹ - im Zusammenhang mit der Beeinträchtigung des Gebots der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen, mit dem er eng verbunden ist².

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,³ handelt es sich beim Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 4 BV um ein verfassungsmässiges Recht,⁴ dessen Verletzung *selbständig* geltend gemacht werden kann, falls die Legitimation gegeben ist⁵.

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.⁶

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

¹ 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.).

² Vgl. oben Rn. 281, 284 f.

³ Vgl. oben Rn. 91, 121, 129 ff.

⁴ Vgl. statt vieler HÄFELIN/HALLER, N. 1547; HÄFELIN/MÜLLER, N. 400; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 17.

⁵ Vgl. bereits oben Rn. 162 und unten Rn. 397.

⁶ Vgl. BGE 121 I 132 E. 3c und oben Rn. 72.

Beurteilung einzubeziehen.⁷ 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.“⁸

- 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.⁹ 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 angenommen¹⁰ - selbständigen Gleichbehandlungsanspruchs der Gewerbetenossen aus Art. 31 BV, ist abzulehnen.¹¹

⁷ Vgl. GYGI/RICHLI, 77 f.; HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 237 f.; VENANZONI, 277.

⁸ 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.

⁹ Grundsätzlich derselben Meinung: GYGI/RICHLI, 78.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.“¹²

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.¹³ 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.*“¹⁴

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.“

¹² BGE 121 I 135 E. 3d (Hervorhebungen durch den Verfasser).

¹³ Vgl. auch BGE 123 I 281 E. 3d; und bereits BGE 57 I 168 f. E. 1.

¹⁴ 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.¹⁵ Dieses Ergebnis ignoriert die Tatsache der *Grundrechtskonkurrenz zwischen Art. 4 und Art. 31 BV bzw. einem anderen tangierten spezifischen verfassungsmässigen Recht*.¹⁶ Die Crux in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht darin, dass das Bundesgericht den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität nicht sauber vom Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden unterscheidet.¹⁷ Neuestens zieht das Bundesgericht gar in Erwägung, beim Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden handle es sich „möglicherweise (um ein) spezifisches verfassungsmässiges Recht“.¹⁸

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).

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.¹⁹ 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.²⁰ Es handelt sich in diesem Fall ebenfalls nicht um ein neues „spezifisches verfassungsmässiges Recht“,²¹ sondern vielmehr um eine blosse *Modifikation des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots durch einen spezifischen Verfassungsgrundsatz*²².

¹⁹ 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).

²⁰ 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.

²¹ BGE 123 I 281 f. E. 3d.

²² 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.²³

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.²⁴

301 Die durch eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahme hervorgerufenen Wettbewerbsverzerrungen unter den sich konkurrierenden Unternehmern werden dadurch minimiert, dass letztere möglichst *gleich* behandelt werden.²⁵

302 *Absolute* Gleichbehandlung ist indessen von vorneherein weder möglich noch erwünscht.²⁶ Es geht vorliegend deshalb darum, dass die durch eine

²³ Vgl. oben Rn. 72, 99, 101, 239 ff., 244 ff., 250 ff.

²⁴ Vgl. oben Rn. 284 ff.

²⁵ Vgl. auch oben Rn. 285, 287.

²⁶ 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.²⁷

B. Allgemeines

1. Einleitung

- 303 Die Rechtsgleichheit gilt heute als allgemeines, die ganze Rechtsordnung beherrschendes Prinzip²⁸ und beinhaltet das *Postulat staatlicher Gerechtigkeit*.²⁹ Gerechtigkeit erfordert gleiche Behandlung des Gleichen und differenzierte Behandlung des Ungleichen und die Ausrichtung an einem allgemeinen, für alle in gleicher Weise gültigen Massstab.³⁰
- 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

²⁷ „Zu verlangen ist, dass keine unnötigen, vermeidbaren Wettbewerbsverzerrungen entstehen.“ (BGE 123 II 35 E. 10).

²⁸ Sie ist von sämtlichen Staatsorganen in allen Funktionen und auf sämtlichen Ebenen der Staats-tätigkeit 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).

²⁹ G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 2. Zur Entwicklung des Gleichheitsprinzips vgl. HAEFLIGER, Alle Schweizer, 13 ff.

³⁰ 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.³¹

- 305 Der Grundsatz der Rechtsgleichheit ist in Art. 4 Abs. 1 BV gewährleistet.³² Es handelt sich um ein *verfassungsmässiges Recht*, dessen Träger nicht nur Schweizer, sondern auch Ausländer sind.³³ 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.³⁴ Die Rechtsgleichheit ist somit eine Art Generalklausel, die in allen Gebieten des Rechts wirksam ist.³⁵ Das Bundesgericht hat den Gleichheitssatz in einer ausserordentlich schöpferischen Rechtsprechung in diesem Sinne weiter konkretisiert.³⁶

³¹ 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).

³² 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.

³³ 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.

³⁴ G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 19.

³⁵ 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).

³⁶ 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.“³⁷

- 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.³⁸ 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.“³⁹

³⁷ 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.

³⁸ 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.

³⁹ 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.“⁴⁰

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.⁴¹

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“,⁴² 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* unterscheiden⁴³. 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.⁴⁴

⁴⁰ 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.

⁴¹ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1601 f.; HÄFELIN/MÜLLER, N. 410; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 36, 40.

⁴² G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 31 f. (Hervorhebung durch den Verfasser); vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1569.

⁴³ G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 38 (Hervorhebung durch den Verfasser). Vgl. auch BGE 117 Ib 395 E. 6e.

⁴⁴ „(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*.⁴⁵ Dieses wird aus Art. 4 BV abgeleitet und hat eine selbständige Bedeutung erlangt.⁴⁶ Sein Hauptkennzeichen ist die *grobe Unrichtigkeit*.⁴⁷

„Ein *Erläss* verstösst gegen das Willkürverbot, wenn er sich nicht auf *ernsthafte* sachliche Gründe stützen lässt oder *sinn-* und *zwecklos* ist.“⁴⁸

„Ein *Entscheid* ist willkürlich, wenn er *offensichtlich unhaltbar* ist, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz *krass* verletzt oder *in stossender Weise* dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft.“⁴⁹

3. Grenzen der Ungleichbehandlung⁵⁰

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.

⁴⁵ Zur Schnittstelle vgl. HAEFLIGER, *Alle Schweizer*, 183; BGE 123 I 243 E. 2b.

⁴⁶ 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).

⁴⁷ 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).

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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 zulässig⁵¹:

„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.“⁵²

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.“⁵³ Das Rechtsgleichheitsgebot wird damit im Prinzip auf den Nachvollzug der übrigen Rechtsordnung reduziert und entfaltet keine selbständige normative Kraft.⁵⁴

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*.“⁵⁵

So verstösst eine Regelung, welche zum Beispiel die Fähigkeit zur Ausübung des Stimm- und Wahlrechts von der Steuerleistung⁵⁶ oder die Ausübung eines Berufes von der Geschlechtszugehörigkeit⁵⁷ abhängig macht, heute gegen die Rechtsgleichheit.⁵⁸ Die Ungleichbehandlung von im Kanton niedergelassenen Schweizerbürgern aufgrund ihres Kantonsbürgerrechts

⁵¹ Vgl. HÄFELIN/HALLER, N. 1573; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 216.

⁵² BGE 100 Ia 328 E. 4b (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁵³ BGE 41 I 64 E. 4.

⁵⁴ Vgl. J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 216.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Vgl. BGE 41 I 58 ff.

⁵⁷ 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).

⁵⁸ Vgl. auch HÄFELIN/HALLER, N. 1574 f.; J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 215.

verletzt Art. 43 Abs. 4 und Art. 60 BV.⁵⁹ Das Binnenmarktgesetz verbietet neuerdings die Ungleichbehandlung von ortsansässigen und ortsfremden Personen bezüglich des Zugangs zum Markt.⁶⁰

- 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.⁶¹ In diesen „sensiblen“ Bereichen stellt das Bundesgericht strenge Anforderungen an die Begründung von Ungleichbehandlungen⁶²:

„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.“⁶³

- 314 Diskriminierungsverbote in Bezug auf die Staatsangehörigkeit können sich zudem aus *völkerrechtlichen Verträgen* ergeben.⁶⁴ Die multilaterale Welt-

⁵⁹ 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).

⁶⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a BGBM. Vgl. auch BGE 122 I 117 f. E. 4c und d; und oben Rn. 180.

⁶¹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 VE 96 (dazu Botschaft VE 96, 142 f.); J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 217.

⁶² Vgl. J.-P. MÜLLER, Grundrechte, 217 f.

⁶³ BGE 116 V 207 f. E. 2a.bb; 106 Ib 188 f. E. 4a. Vgl. auch BGE 121 I 100 E. 3a.

⁶⁴ 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.⁶⁵ 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.⁶⁶

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.“⁶⁷

316 Aus Gründen der *Praktikabilität* dürfen im weiteren schematische Regelungen aufgestellt und aufgrund von Durchschnittswerten oder Wahrscheinlichkeitsmassstäben vereinfacht werden.⁶⁸ In ähnlichem Sinne kommt dem

HÄFELIN/HALLER, N. 1564; HAEFLIGER, Alle Schweizer, 51; G. MÜLLER in Komm. BV, Art. 4, Rz. 26).

⁶⁵ 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.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ 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 réglementer 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 réglementer 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.⁶⁹

- 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“⁷⁰ beruhen und sich auf „sachliche und ernsthafte Gründe“⁷¹ stützen.⁷² Ähnliches gilt grundsätzlich auch bei *Rechtsänderungen*, doch übt das Bundesgericht hier grösste Zurückhaltung.⁷³
- 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.⁷⁴ Die rechtsgleiche Behandlung ist in diesen Fällen „nicht mehr Massstab, sondern lediglich anzustrebendes Ziel.“⁷⁵ Systembedingt sind diejenigen Ungleichheiten, wel-

⁶⁹ 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).

⁷⁰ 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.).

⁷¹ 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.

⁷² 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).

⁷³ Vgl. BGE 122 II 117 f. E. 2b. Vgl. oben Rn. 306 f. und 218.

⁷⁴ Vgl. auch POLEDNA, 140 ff.; SAXER, 291 ff.; R. H. WEBER, 196.

⁷⁵ 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*,⁷⁶ aus *Kontingentordnungen*⁷⁷ sowie aus der *Aufteilung der Regelungskompetenz auf Bund und Kantone* in der Verfassung⁷⁸. Systembedingte Ungleichheiten ergeben sich aber auch aufgrund der in der Bundesverfassung statuierten *rechtlichen Monopole*.⁷⁹

- 319 Sachlich unumgängliche Ungleichheiten finden sich in Bereichen, in denen aufgrund der Natur der Sache Kapazitätsschranken bestehen.⁸⁰ 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.⁸¹

⁷⁶ „Aufgrund von Art. 31^{ter} und Art. 32^{quater} 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.

⁷⁷ 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).

⁷⁸ 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.

⁷⁹ Vgl. auch oben Rn. 135. Ungleichheiten ergeben sich zum Beispiel aufgrund des *Postmonopols* (Art. 36 BV) und des gesetzmässigen 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 Ausnahmewilligung 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).

⁸⁰ Dazu eingehend BERG, 1 ff.; TOMUSCHAT, 433 ff.; vgl. auch RÖCK, 333 ff.; R. H. WEBER, 250 ff.

⁸¹ 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.“⁸²

Sachlich unumgängliche Ungleichheiten bestehen generell in Bereichen, in denen *begehrte Ressourcen beschränkt* sind und deshalb durch den Staat verteilt werden müssen.⁸³ Kapazitätsschranken bestehen insbesondere bei *wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Privilegien*, welche durch den Staat vergeben werden, wie zum Beispiel die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben⁸⁴ oder die Unterstützung privater Tätigkeiten durch das Gemeinwesen⁸⁵.

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.

⁸² BGE 121 I 287 E. 6b.

⁸³ Bspw. Radio- und Fernsehfrequenzen; vgl. R. H. WEBER, 251 f., 266 ff.; JAAG, Wettbewerbsneutralität, 485.

⁸⁴ Bspw. Beleihung Privater mit öffentlichen Aufgaben, Konzessionen; vgl. JAAG, Wettbewerbsneutralität, 479 f.

⁸⁵ 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.⁸⁶ Sie dürfen weder in schützender, sichernder noch in bevorteilender Weise in die Wettbewerbsverhältnisse von sich konkurrierenden Marktteilnehmern eingreifen.⁸⁷ 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.“⁸⁸
- 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.⁸⁹
- 322 In diesem Sinne beruht eine Abgaberegelung, 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.

⁸⁶ Vgl. BGE 123 I 35 E. 10.

⁸⁷ 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).

⁸⁸ 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 Abgaberegung 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.“⁹⁰

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*⁹¹ - 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-

⁸⁹ 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.

⁹⁰ BGE 121 I 137 E. 4b.

⁹¹ 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.⁹² 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.⁹³ 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.⁹⁴

- 324 Soweit eine wirtschaftsrelevante staatliche Massnahmen alleine in den Schutzbereich von Art. 4 BV fällt,⁹⁵ 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.^{96 97}

durch den Verfasser). Zur Chancengleichheit vgl. RICHLI, Chancengleichheit, 199 ff.; WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 205 ff. Vgl. auch oben Rn. 248.

⁹² Vgl. zum Verhältnis zwischen Rechtsgleichheitsgebot und Grundsatz der Wettbewerbsneutralität auch POLEDNA, 141; RICHLI/VALLENDER, 52. Siehe zur allgemeinen Problematik auch SCHWANDER CLAUS, 73 ff.

⁹³ BGE 123 I 157 E. 3b (betreffend Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten; dazu HÄFELIN/HALLER, N. 1561d); SCHWANDER CLAUS, 75 ff.

⁹⁴ Vgl. auch oben Rn. 281.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ 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,⁹⁸ ergibt sich - im Sinne einer rechtsgleichen Behandlung als anzustrebendes Ziel⁹⁹ - im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität das *Gebot der Minimierung der unumgänglichen, wettbewerbsverzerrenden Ungleichheiten*.¹⁰⁰
- 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.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ Dazu oben Rn. 318 f.

⁹⁹ Vgl. oben Rn. 318.

¹⁰⁰ 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.“¹⁰¹

- 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 Rechtsgleichheitsgebots¹⁰² - 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.¹⁰³
- 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-

¹⁰¹ BGE 121 I 289 E. 6d.aa. Vgl. auch BGE 123 I 158 E. 3b; und bereits BGE 100 Ib 322 E. 3b.

¹⁰² Vgl. oben Rn. 285.

¹⁰³ Vgl. auch WYSS, 34 ff.

bewerb *gefördert* und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann.“¹⁰⁴

- 330 Für das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses ist in erster Linie die *Gleichheit des Abnehmerkreises* wesentlich.¹⁰⁵ Der gleiche Abnehmerkreis ist regelmässig - aber nicht zwingend¹⁰⁶ - bei Branchengleichheit oder Branchenverwandtheit gegeben.¹⁰⁷ Von Bedeutung ist, dass *Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art* vertrieben werden.¹⁰⁸ Entscheidend ist dabei jedoch, dass die Waren oder gewerblichen Leistungen so viele übereinstimmende Merkmale haben, dass sie einander nach der Ver-

¹⁰⁴ 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.).

¹⁰⁵ 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).

¹⁰⁶ 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).

¹⁰⁷ 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.

¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹ Vorausgesetzt ist jedoch, dass der Vertrieb auf demselben Markt erfolgt.¹¹⁰

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.“¹¹¹

- 332 Voraussetzung ist danach generell das Vorliegen einer *direkten Konkurrenzsituation*.¹¹² Diese beurteilt sich gemäss der bundesgerichtlichen Praxis *kumulativ* nach der Gleichheit des Leistungsangebots, der Publikumsausrichtung und der Bedürfnisbefriedigung.¹¹³ Bei Branchenangehörigen ist ei-

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ Vgl. BAUMBACH/HEFERMEHL, UWG § 13 N. 16; SCHLUEP, Kommentar, 213 ff.

¹¹¹ 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.

¹¹² 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.

¹¹³ Vgl. auch WYSS, 22 f.

ne direkte Konkurrenzsituation deshalb in der Regel ohne weiteres gegeben.¹¹⁴

- 333 Das Angebot muss seiner *Art* nach prinzipiell gleich sein. Dies ist zum Beispiel bei zwei Zirkussen trotz teilweise unterschiedlichen Programmen der Fall.¹¹⁵ Darbietungen eines Jugendzirkusses, welche unter Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen im schulpflichtigen Alter erfolgen, unterscheiden sich dagegen von denjenigen eines herkömmlichen Zirkusbetriebes.¹¹⁶ 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.¹¹⁷ Keine direkte Konkurrenz besteht auch zwischen einem Spielautomatenhändler und einem Kursaal.¹¹⁸

Verlangt ist im weiteren grundsätzliche *Identität* des Angebots *im Gesamtbereich* der gewerblichen bzw. geschäftlichen Tätigkeit.¹¹⁹ Kein Wettbewerbsverhältnis liegt demnach vor, wenn zwei verschiedene Berufs- oder Gewerbekategorien lediglich in einem Nebenbereich ihrer Tätigkeit in eine Konkurrenzsituation gelangen.¹²⁰ 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.¹²¹ Kein direktes Konkurrenzverhältnis besteht auch zwischen Apotheken und Drogerien einerseits und Lebensmittelgeschäften andererseits in Bezug auf den Verkauf von Al-

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ BGE 119 Ia 448 E. 1a.cc.

¹¹⁶ BGE 121 I 285 f. E. 5a.

¹¹⁷ BGE 106 Ia 274 f. E. 5a.

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ Vgl. auch WYSS, 23.

¹²⁰ BGE 120 Ia 239 E. 2b.

¹²¹ BGE 120 Ia 239 E. 2b; 119 Ia 437 E. 2b; 89 I 35 E. 4.

kohol¹²² sowie zwischen Lebensmittelgeschäften im engeren Sinne (sog. Spezereiläden und Kolonialwarenhandlungen) und Molkereien, Bäckereien, Konditoreien und Metzgereien.¹²³ 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.¹²⁴

Das Wettbewerbsverhältnis braucht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im übrigen kein *gegenseitiges* zu sein.¹²⁵

- 334 Mit der grundsätzlichen Gleichheit des Angebots wenden sich die konkurrierenden Unternehmer in der Regel auch an das *gleiche Publikum*.¹²⁶ Bei Zirkussen ist dies beispielsweise dann der Fall, wenn sie an den gleichen Orten auftreten.¹²⁷ 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.¹²⁸ 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-

¹²² BGE v. 19. Dezember 1973 i.S. X. c. Regierungsrat des Kt. Bern, E. 3a (= ZBl 1974, 353 ff.).

¹²³ BGE 73 I 102 f. E. 4.

¹²⁴ BGE v. 22. April 1983 i.S. Wirtverband des Kt. Bern u.a. c. Kt. Bern, E. 5b (= ZBl 1983, 355 ff.).

¹²⁵ 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.

¹²⁶ Vgl. BGE 119 Ia 448 E. 1a.cc.

¹²⁷ Vgl. BGE 119 Ia 448 E. 1a.cc.

¹²⁸ 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.

kaufen¹²⁹ sowie Kinos gegenüber Theater und Cabaret-Dancings¹³⁰ und Reformhäuser gegenüber Apotheken und Drogerien¹³¹. 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.¹³² Schliesslich stehen auch Ärzte und Tierärzte in keinem direkten Konkurrenzverhältnis zueinander.¹³³

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).

¹²⁹ BGE 123 II 401 E. 11.

¹³⁰ BGE 78 I 303 f. E. 5a.

¹³¹ VGE-ZH v. 18. Mai 1984 i.S. Verband Schweizer Reform- und Diätfachgeschäfte c. Kt. Zürich, E. 4b (= ZBl 1985, 64 ff.).

¹³² BGE 124 II 212 f. E. 8c.

¹³³ BGE v. 10. Juni 1998 (= 2A.89/1997), publiziert in der NZZ v. 17. Juli 1998, S. 12.

rung,¹³⁴ die Unternehmensgrösse,¹³⁵ die Ausbildungsstätte eines Unternehmers,¹³⁶ eine „nach internationalen Massstäben aussergewöhnliche Qualität“ des Angebots,¹³⁷ das Vorliegen einer anderen Personalorganisation¹³⁸ oder die organisatorische oder bauliche Verbindung eines Gewerbebetriebes, welcher auch allein geführt werden kann, mit dem Betrieb einer anderen Branche¹³⁹. Irrelevant ist im weiteren auch der Umstand, dass es sich bei einem der Unternehmer um einen Staatsbetrieb handelt;¹⁴⁰ dies jedenfalls soweit, als auf dem betreffenden Sektor freier Wettbewerb herrscht¹⁴¹. Die Unmassgeblichkeit bei der Beurteilung des *Wettbewerbsverhältnisses* schliesst jedoch eine Ungleichbehandlung von sich konkurrierenden Unternehmern aufgrund *dieser* Kriterien keineswegs aus.¹⁴² Nicht abgestellt werden darf im weiteren sowohl bei der Bestimmung des Wettbewerbsver-

¹³⁴ Vgl. WYSS, 23 f.

¹³⁵ BGE 119 Ia 448 E. 1a.cc; WYSS, 23.

¹³⁶ 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).

¹³⁷ BGE 119 Ia 448 E. 1a.cc. Vgl. auch BGE 87 I 446 ff.

¹³⁸ BGE 120 Ia 239 E. 2c.

¹³⁹ 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).

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ 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.

¹⁴² 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.¹⁴³

- 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.¹⁴⁴

C. Stellungnahme und Kritik

- 338 Leitet man - wie hier postuliert¹⁴⁵ - 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^{146 147}.

¹⁴³ 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).

¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁵ Vgl. oben Rn. 64 ff.

¹⁴⁶ 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 macht¹⁴⁸ - *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.¹⁴⁹ Konkurrenz besteht somit immer in Bezug auf *bestimmte* Waren und Dienstleistungen, welche den Konsumenten angeboten werden.¹⁵⁰ 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.¹⁵¹ 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.¹⁵²

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ Vgl. oben Rn. 331.

¹⁴⁹ Vgl. oben Rn. 328. Abzustellen ist auf die Sicht des *vernünftigen* Nachfragers (SCHLUEP, Kommentar, 211, 256).

¹⁵⁰ 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“).

¹⁵¹ 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.

¹⁵² Vgl. BGE 123 II 401 E. 11.

Unmassgeblich ist deshalb, ob ein gegenseitiges Wettbewerbsverhältnis in Bezug auf das Gesamtangebot eines Unternehmers vorliegt.¹⁵³

- 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.¹⁵⁴ Die von WYSS¹⁵⁵ 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.¹⁵⁶ Es stellt sich vielmehr die Frage, ob hinsichtlich des Regelungsgegenstandes oder relevanten Anknüpfungspunktes einer *konkreten* wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme ein Wettbewerbsverhältnis besteht.¹⁵⁷ Erst im Zusammenhang mit dem *Zulassungsentscheid für eine gentechnisch veränderte Soja-Sorte* stellte sich die Frage nach dem Vorliegen eines Konkurrenz-

¹⁵³ Vgl. oben Rn. 331. Kritisch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch VEIT, 573 f.; WYSS, 27 f.

¹⁵⁴ Vgl. H. HUBER, Gleichbehandlung, 305 ff.; LIENHARD, Anspruch, 212 Fn. 13; WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 212; WYSS, 36 f.

¹⁵⁵ WYSS, 24 f.

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷ 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.¹⁵⁸ 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.¹⁵⁹

- 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.¹⁶⁰
- 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,

¹⁵⁸ BGE 123 II 382 E. 5b.bb.

¹⁵⁹ 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.

¹⁶⁰ 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.¹⁶¹ Im gleichen Sinne sind Spielsalons und Kursäle als Konkurrenten anzusehen, wenn beide Unternehmen Geldspielautomaten betreiben und diese Gegenstand oder Anknüpfungspunkt einer staatlichen Massnahme bilden.¹⁶² 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.¹⁶³ Im gleichen Sinne verhält es sich zwischen Beherbergungsbetrieben und Wirtschaften in Bezug auf die Bewirtung von auswärtigen Kunden.¹⁶⁴ 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*.¹⁶⁵ 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.¹⁶⁶

- 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

¹⁶¹ 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.).

¹⁶² Vgl. BGE v. 11. Mai 1994 i.S. K. c. Kantonales Amt für Polizeiwesen des Kt. Graubünden, E. 2e (= ZBl 1994, 522 ff.).

¹⁶³ 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.

¹⁶⁴ BGE 86 I 280 f. E. 3b.

¹⁶⁵ BGE 123 II 382 E. 5b.bb.

¹⁶⁶ BGE 124 II 212 f. E. 8c.

der obgenannten, tauglichen Merkmale¹⁶⁷ entspricht, welche zur Beurteilung des Wettbewerbsverhältnisses beigezogen werden.¹⁶⁸ 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 relevanten¹⁶⁹ - 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-

¹⁶⁷ Vgl. oben Rn. 335 ff.

¹⁶⁸ 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.

¹⁶⁹ Vgl. oben Rn. 328.

liche Praxis getan hat.¹⁷⁰ 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.¹⁷¹

- 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.¹⁷²

¹⁷⁰ 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).

¹⁷¹ 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.¹⁷³
- 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.¹⁷⁴ 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).¹⁷⁵
- 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-

¹⁷² Vgl. unten Rn. 349 ff.

¹⁷³ 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).

¹⁷⁴ Vgl. oben Rn. 3 f., 6 ff.

¹⁷⁵ Dazu oben Rn. 284 ff., 292 ff.

ge Prüfung der Kriterien der Ungleichbehandlung sowie eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen unumgänglich.¹⁷⁶

- 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.¹⁷⁷ 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.¹⁷⁸

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-

¹⁷⁶ Vgl. auch SAXER, 291 ff.

¹⁷⁷ Vgl. JAAG, Wettbewerbsneutralität, 485 f., 496.

¹⁷⁸ 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.¹⁷⁹

- 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.¹⁸⁰ 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.¹⁸¹ Eine Ungleichbehandlung ist deshalb in erster Linie aufgrund regelungs- bzw. sachrelevanter, mithin materieller Kriterien zu begründen.¹⁸² Dies entspricht dem im Rahmen des Rechtsgleichheitsgebots zu beachtenden Verhältnismässigkeitsprinzip.¹⁸³ Zudem wird die Akzeptanz und Nachvollziehbarkeit der Ungleichbehandlung für den Benachteiligten erhöht.¹⁸⁴
- 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.¹⁸⁵

¹⁷⁹ BGE v. 16. April 1997 i.S. P. AG c. EJPD, E. 5 (= 2A.101/1996; = Pra 1997 Nr. 145 S. 781).

¹⁸⁰ Vgl. BGE 87 I 448 E. 6b; und oben Rn. 309.

¹⁸¹ Vgl. oben Rn. 306 f., 309. Vgl. auch RIEBEN, 90.

¹⁸² Vgl. auch BERG, 11; POLEDNA, 144; SAXER, 277; VON GRAFFENRIED, 196 ff., 203 ff. (zur Kontingenzuteilung bei der Filmeinfuhr); und nachstehend Rn. 356 ff.

¹⁸³ 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).

¹⁸⁴ Insbesondere in Bereichen, in denen Kapazitätsschranken bestehen (vgl. BERG, 11; POLEDNA, 141).

¹⁸⁵ 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.¹⁸⁶

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:¹⁸⁷

- 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

¹⁸⁶ 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.¹⁸⁸

- 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.¹⁸⁹

- 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.¹⁹⁰

- 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.¹⁹¹

- 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.¹⁹²

- 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.¹⁹³

¹⁸⁷ Vgl. auch die Zusammenstellung bei JAAG, Wettbewerbsneutralität, 485 ff.; SAXER, 278.

¹⁸⁸ BGE 123 II 385 ff., 395 E. 9. Vgl. auch BGE 123 II 446 E. 9.

¹⁸⁹ BGE 123 II 24 ff. E. 5 und 6.

¹⁹⁰ BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 4a (= 2P.371/1993).

¹⁹¹ BGE 119 Ia 385 f. E. 8 (= Pra 1994 Nr. 159 S. 534 ff.). Zum Sachverhalt vgl. oben Rn. 7.

¹⁹² 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).

¹⁹³ BGE 113 Ia 290 f. E. 5.

- Ein Wohnanteilplan darf auf diejenigen Gebiete beschränkt werden, welche für das Wohnen geeignet sind.¹⁹⁴
- 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*).¹⁹⁵
- Von einer kantonalen Bedürfnisklausel, welche sich auf Art. 32^{quater} 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.¹⁹⁶

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 Gewerbege nossen in gewissen Grenzen zu rechtfertigen vermögen (...).“¹⁹⁷

Vernünftige Gründe sind in diesem Sinne beispielsweise in folgenden Fällen grundsätzlich gegeben:¹⁹⁸

- „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

¹⁹⁴ BGE 111 Ia 100 E. 3.

¹⁹⁵ BGE 99 Ib 172 f. E. 3c. Vgl. auch VPB 1987 Nr. 49 S. 289 f.; JAAG, Wettbewerbsneutralität, 486 f.

¹⁹⁶ BGE v. 19. Dezember 1973 i.S. X. c. Regierungsrat des Kt. Bern (= ZBl 1974, 353 ff.).

¹⁹⁷ 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.

¹⁹⁸ 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.“¹⁹⁹

- 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.“²⁰⁰

- 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.“²⁰¹

- 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*.²⁰²

- 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.²⁰³

- Der Unternehmensname eines *etablierten* Unternehmens, welcher während längerer Zeit zum Aufbau einer Marktposition beigetragen hat, kann es rechtfertigen, von der Pflicht, rätromanisch-sprachige Reklameschilder zu gebrauchen, dispensiert zu werden.²⁰⁴

- Die Zuteilung von A-Taxi-Bewilligungen, welche zu Standplätzen auf öffentlichem Grund berechtigen, darf aufgrund der Kapazitätsschranken grundsätzlich nach dem *An-*

¹⁹⁹ BGE 121 I 287 f. E. 6c.aa (Hervorhebung durch den Verfasser).

²⁰⁰ BGE v. 14. Juli 1995 i.S. Z. c. Gemeinde Zermatt, E. 4b (= 2P.371/1993).

²⁰¹ BGE 119 Ia 451 f. E. 4a und b; vgl. auch BGE 121 I 288 E. 6c.bb.

²⁰² BGE 117 Ib 395 f. E. 6e. Vgl. auch JAAG, Wettbewerbsneutralität, 487; unten Rn. 368, 374.

²⁰³ 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.).

²⁰⁴ BGE 116 Ia 352 f. E. 6a.bb.

ciennitätsprinzip erfolgen, d.h. nach der Dauer der beruflichen Tätigkeit im Taxigewerbe.²⁰⁵

- 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.“²⁰⁶

- „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.“²⁰⁷

- 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.²⁰⁸

- 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.“²⁰⁹

359 Zulässig sind schliesslich *sachbezogene und/oder polizeiliche Zulassungsanforderungen*, welche mit der fraglichen Regelung in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen.²¹⁰ Werden diese von mehreren Konkurrenten er-

²⁰⁵ 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.

²⁰⁶ BGE v. 8. Juni 1977 i.S. Gemeinde Moosseedorf c. Kt. Bern (= ZBI 1977, 547 ff.).

²⁰⁷ 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.

²⁰⁸ BGE v. 20. November 1973 i.S. R. c. Stadt Zürich (= ZBI 1974, 269 ff.).

²⁰⁹ BGE 86 I 272 ff., 280 E. 3a.

²¹⁰ 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.²¹¹ 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*.²¹²

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.²¹³

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).

²¹¹ 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).

²¹² JAAG, Wettbewerbsneutralität, 487. Kritisch zu letzteren, soweit sie lediglich der Vereinfachung der Verwaltungsführung dienen, POLEDNA, 144; SAXER, 292.

²¹³ 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.²¹⁴
- 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.²¹⁵
- 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.²¹⁶
- 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.²¹⁷
- 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*.²¹⁸
- 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-

²¹⁴ BGE 121 I 286 f. E. 6a.

²¹⁵ BGE 120 Ia 238 ff. E. 2a-c.

²¹⁶ BGE v. 22. März 1991 i.S. X. c. Obergericht des Kt. Zürich, E. 3c (= ZBl 1991, 518 ff.).

²¹⁷ BGE v. 10. Juli 1986 i.S. Molki AG c. EVD, E. 3c.bb (= ZBl 1987, 205 ff.).

²¹⁸ 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.²¹⁹

- 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.²²⁰

- 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.²²¹

3. Formale Kriterien

361 Formale bzw. wertneutrale Kriterien kommen in der Regel erst in zweiter Linie oder in Kombination mit materiellen Kriterien in Betracht.²²² 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,²²³ es mit

²¹⁹ 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.).

²²⁰ BGE v. 1. Dezember 1976 i.S. R.AG c. Regierungsrat des Kt. Basel-Stadt (= ZBl 1977, 226 ff.).

²²¹ BGE 98 Ia 404 E. 5b.

²²² Vgl. oben Rn. 353 f.; POLEDNA, 144.

²²³ 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 vereinbar²²⁴ und die Begründung der Ungleichbehandlung mit nichtsach- oder nichtregelungsrelevanten bzw. formalen Kriterien verhältnismässig erscheint²²⁵. Sie spielen vor allem in wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Bereichen eine Rolle, in denen Kapazitätsschranken bestehen.²²⁶

362 Die formalen Kriterien können entweder leistungsbezogen²²⁷ oder leistungsunabhängig sein.²²⁸ *Leistungsbezogen* und marktwirtschaftlich optimal ist dabei - unter den genannten Bedingungen²²⁹ - das Mittel der *Versteigerung*.²³⁰ Dieses kommt vorwiegend bei der Verteilung nur beschränkt vorhandener wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Privilegien durch den Staat

²²⁴ 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.

²²⁵ 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).

²²⁶ Vgl. auch JAAG, Wettbewerbsneutralität, 486 ff.; SAXER, 291 f.; R. H. WEBER, 250 ff.

²²⁷ 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.

²²⁸ Vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 16 N. 38.

²²⁹ 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.

²³⁰ 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.²³¹

- 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.²³² 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.²³³
- 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.²³⁴ 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.

²³¹ Vgl. auch JAAG, Wettbewerbsneutralität, 488 f.; POLEDNA, 145; R. H. WEBER, 259 f., 319 ff. Zurückhaltend SAXER, 293.

²³² 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.

²³³ 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.

²³⁴ JAAG, Wettbewerbsneutralität, 491; POLEDNA, 141; vgl. auch unten Rn. 369, 373 ff.

rungskriterium bei wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahmen deshalb kaum geeignet.²³⁵

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.²³⁶ Vertretbar erscheint die Bevorzugung Ortsansässiger höchstens dann, wenn zwischen mehreren, gestützt auf andere Kriterien gleichwertigen Bewerbungen zu wählen ist.²³⁷

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.²³⁸ 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 Wettbewerbsneutralität²³⁹ -, dass ortsfremde Anbieter freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben

²³⁵ Vgl. auch BGE 121 I 288 f. E. 6c.cc; POLEDNA, 144; R. H. WEBER, 255; vgl. nachstehend Rn. 368.

²³⁶ Vgl. auch oben Rn. 177, 180, 312.

²³⁷ 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.

²³⁸ 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).

²³⁹ Vgl. Art. 1, 2, 3 BGBM.

müssen. Das Abstützen auf das Differenzierungsmerkmal der Ortsansässigkeit kann hier deshalb nur noch ausnahmsweise eine Rolle spielen.²⁴⁰ 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.²⁴¹

366 Schliesslich ist auch das *Zufallsverfahren* leistungsunabhängig. Der Entscheidung durch Los stellt in der Regel aber nur eine Notlösung dar. Nach JAAG²⁴² 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.²⁴³ 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.²⁴⁴ 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.²⁴⁵ Der Losentscheid ist dagegen in Bereichen ausgeschlossen, wo das Gesetz den Verwaltungsbehörden Ermessen einräumt und erwartet, dass

²⁴⁰ 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.

²⁴¹ Vgl. MARTI, 176 f.

²⁴² JAAG, Wettbewerbsneutralität, 493.

²⁴³ Vgl. auch RÖCK, 339; SAXER, 292 f.; SCHÖN, 182 ff.

²⁴⁴ 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.

²⁴⁵ R. H. WEBER, 265, 304; vgl. auch POLEDNA, 144.

diese sachliche Unterscheidungen treffen und den besonderen Umständen des konkreten Falles angemessene Rechtsfolgen anordnen.²⁴⁶

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.²⁴⁷ 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.²⁴⁸ Eine solche wirtschaftspolitisch motivierte Ungleichbehandlung ist unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsneutralität von vorneherein *ungeeignet* bzw. unzulässig und verfassungswidrig.²⁴⁹

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

²⁴⁶ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N. 383 f., mit Hinweis auf BGE 96 I 550 ff. E. 3.

²⁴⁷ Vgl. oben Rn. 320 ff.

²⁴⁸ Vgl. oben Rn. 250.

²⁴⁹ 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.²⁵⁰ Diese - zu Recht kritisierte²⁵¹ - Rechtsprechung verstösst nicht nur gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip,²⁵² sondern vor allem auch gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, weil durch die „Wiederherstellung der durch die polizeiliche Verfügung gestörten Ausgangslage im wirtschaftlichen Wettbewerb“²⁵³ 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.“²⁵⁴

- 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.²⁵⁵

²⁵⁰ 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.

²⁵¹ Vgl. oben Rn. 73 in fine.

²⁵² 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).

²⁵³ 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.

²⁵⁴ BGE 87 I 448 E. 6a, 450 E. 6c (= Pra 1962 Nr. 35 S. 112 f.).

²⁵⁵ 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.²⁵⁶

- 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.“²⁵⁷

- Unzulässig ist auch, einen *diskriminierenden Zustand auf unabsehbare Zeit hinaus zu zementieren*.²⁵⁸ Ebenso darf ein Marktfahrer beispielsweise nicht dauernd oder auf unbestimmte Zeit vom Markt ausgeschlossen werden.²⁵⁹

369 Die hinter einer Differenzierung steckende Absicht ist indessen nicht immer ohne weiteres ersichtlich.²⁶⁰ Im weiteren sind mit jeder wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme bereits von Natur aus Wettbewerbsverzerrungen verbunden.²⁶¹ 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.²⁶²

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 -

²⁵⁶ BGE 121 I 288 f. E. 6c.cc; 108 Ia 138 f. E. 5; 102 Ia 444 E. 4. Siehe auch oben Rn. 349.

²⁵⁷ 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.

²⁵⁸ 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.).

²⁵⁹ BGE 76 I 301 E. 4.

²⁶⁰ Vgl. oben Rn. 246.

²⁶¹ Vgl. oben Rn. 3 f., 246 ff.

²⁶² Vgl. oben Rn. 247 ff.

insbesondere in Bereichen, in denen Kapazitätsschranken bestehen - nur durch *Abwägung sämtlicher auf dem Spiele stehender Interessen* beantworteten.²⁶³

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.²⁶⁴
- 372 Im Vordergrund steht zunächst das Interesse des *benachteiligten Konkurrenten* an einer *wettbewerbsneutralen* Regelung.²⁶⁵ 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.²⁶⁶
- 373 Regelmässig stehen bei der Differenzierung im Rahmen einer wirtschaftsrelevanten staatlichen Massnahme auch *öffentliche Interessen* auf dem Spiel, welchen es Rechnung zu tragen gilt.²⁶⁷ In Betracht kommen vorab regelungsrelevante, polizeilich motivierte Differenzierungen und Zulassungsanforderungen,²⁶⁸ aber auch Differenzierungen, welche aufgrund anderer öf-

²⁶³ 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.

²⁶⁴ 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.

²⁶⁵ Vor allem in den in Rn. 368 genannten Konstellationen.

²⁶⁶ Ähnlich SAXER, 286 ff.

²⁶⁷ Zu diesen vgl. oben Rn. 234 ff., 255.

²⁶⁸ Vgl. auch oben Rn. 356 ff.

fentlicher Interessen geboten erscheinen²⁶⁹. Im Zusammenhang mit der Zurverfügungstellung öffentlichen Grundes kann zum Beispiel auch der zweckmässigen Nutzung des öffentlichen Grundes,²⁷⁰ dem Ruhebedürfnis der Anwohner²⁷¹ sowie dem Schutz der Nachtruhe und der Qualität als Kurort Rechnung getragen werden²⁷².

- 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.²⁷³ Der Vertrauensgrundsatz darf auf keinen Fall unberücksichtigt gelassen werden.²⁷⁴ Grundsätzlich besteht jedoch keine Besitzstandsgarantie.²⁷⁵
- 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 Polzeistunde.²⁷⁶ Die Benützung des öffentlichen Grundes kann zudem mit den Interessen von branchenfremden Veranstaltern kollidieren.²⁷⁷

²⁶⁹ Vgl. BGE 116 Ia 352 f. E. 6a.bb, betreffend das öffentliche Interesse an Massnahmen zur Erhaltung der rätoromanischen Sprache

²⁷⁰ BGE 119 Ia 451 E. 3c.

²⁷¹ BGE 121 I 284 E. 3d.

²⁷² 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.

²⁷³ 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.

²⁷⁴ Vgl. auch BGE v. 14. Juli 1997 i.S. A.SA c. Bundesamt für Landwirtschaft, E. 3d (= 2A.496/1996); RICHLI, Kürzung, 58 f.).

²⁷⁵ BGE 99 Ib 170 E. 3b. Vgl. auch oben Rn. 216 ff., 358. Dazu auch POLEDNA, 143; SAXER, 289 f.

²⁷⁶ 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.²⁷⁸
- 377 Bei der Verteilung knapper wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Privilegien durch den Staat ist deshalb generell eine möglichst *breite Streuung der Privilegien* anzustreben²⁷⁹ und zu gewährleisten, dass auch *neue Interessenten zum Zuge kommen*²⁸⁰. Das Rechtsgleichheitsgebot und der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verlangen jedoch nicht, dass *sämtliche* Interessenten *generell* in gleicher Weise bzw. im gleichen Umfang behandelt werden.²⁸¹
- 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.²⁸² 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

²⁷⁷ BGE 119 Ia 450 f. E. 3b und c.

²⁷⁸ Vgl. oben Rn. 284 ff., 323 ff., 348. Dazu auch Rn. 378.

²⁷⁹ 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).

²⁸⁰ 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.

²⁸¹ 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,²⁸³ räumlicher²⁸⁴ oder umfangmässiger²⁸⁵ 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.²⁸⁶ Denkbar ist indessen auch, dass sich die Interessenträger untereinander einigen.²⁸⁷

- 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 Rechtsgleichheitsgebot²⁸⁸ und dass dieser die Interessenabwägung „mit der erforderlichen

²⁸² BGE 119 Ia 451 E. 3c.

²⁸³ 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.

²⁸⁴ 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.

²⁸⁵ Zum Beispiel durch *Kontingentierung*. Alle Interessenten erhalten etwas von dem knappen Gut. Vgl. BGE 99 Ib 170 E. 3b; RÖCK, 338.

²⁸⁶ POLEDNA, 143 f.; SAXER, 291 ff., 293. Vgl. auch die Vorschläge von BERG, 29 f.

²⁸⁷ 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.

²⁸⁸ 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 habe²⁸⁹. Das Bundesgericht übt generell Zurückhaltung bei der Überprüfung solcher kantonaler Entscheide²⁹⁰ oder bundesrätlicher Regelungen²⁹¹ und stellte auch klar, dass es nicht als seine Aufgabe betrachte, „im Urteil festzulegen, welche Art der Bewilligungserteilung Art. 31 BV am besten entspricht“²⁹². 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.²⁹³ Je gravierender die wettbewerbsverzerrende Ungleichbehandlung von Konkurrenten

²⁸⁹ BGE 108 Ia 138 E. 3. Vgl. auch BGE 121 I 289 E. 6c.dd; 102 Ia 449 E. 7b.

²⁹⁰ „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.

²⁹¹ „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.

²⁹² BGE 121 I 290 E. 6e; 108 Ia 138 f. E. 5; 100 Ia 52 E. .

²⁹³ BGE 121 I 288 E. 6c.bb.

ausfällt, desto mehr Gewicht müssen das Differenzierungsmerkmal²⁹⁴ sowie die diesem zu Grunde liegende Motivierung und allfällige weitere - dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität entgegenstehende - tangierte Interessen aufweisen.²⁹⁵

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.²⁹⁶ 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.²⁹⁷
- 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-

²⁹⁴ 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.

²⁹⁵ Vgl. BGE 121 I 289 E. 6d.aa.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 5 N. 190.

²⁹⁶ BGE 119 Ia 445 ff., 451 f. E. 4a und b.

²⁹⁷ Vgl. auch die Bemerkungen von J.-P. MÜLLER in ZBJV 1995, 753 ff.

nossen vereinbaren lässt.²⁹⁸ 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“²⁹⁹ - 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“ habe³⁰⁰.

- 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

²⁹⁸ BGE 121 I 279 ff. Der Sachverhalt ist in Rn. 8 wiedergegeben.

²⁹⁹ 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“³⁰¹. 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

³⁰⁰ BGE 121 I 290 E. 6e.

³⁰¹ 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 (...).³⁰²

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.³⁰³

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.³⁰⁴

³⁰² 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.

³⁰³ Vgl. oben Rn. 292 ff.

³⁰⁴ 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,³⁰⁵ 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 Ungleichheiten³⁰⁶. Letzteres ist insbesondere in Bereichen anzustreben, in denen sich systembedingte oder sachlich unumgängliche Ungleichheiten ergeben.³⁰⁷
- 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.³⁰⁸
- 389 Das Bundesgericht verlangt dagegen das Vorliegen einer „direkten Konkurrenzsituation“.³⁰⁹ 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-

³⁰⁵ Vgl. oben Rn. 320 ff.

³⁰⁶ Vgl. oben Rn. 323 ff.

³⁰⁷ Vgl. oben Rn. 325.

³⁰⁸ 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.³¹⁰

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.³¹¹

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.³¹²

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

³⁰⁹ Vgl. oben Rn. 331 ff.

³¹⁰ Vgl. oben Rn. 338 ff.

³¹¹ Vgl. oben Rn. 348 ff.

³¹² Vgl. oben Rn. 376 ff.

Grundsatz der Wettbewerbsneutralität entgegenstehende - tangierte Interessen aufweisen.³¹³

³¹³ Vgl. oben Rn. 380.

§ 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 Gewerbetreibenden.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 Gewerbetreibenden „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.).