

Nina Gammenthaler

# Die Auslegung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) im Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht

2011

Cahiers fribourgeois de droit européen no 14  
Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 14



Publiés sous l'égide de l'Institut de droit européen de l'Université de Fribourg  
Herausgegeben vom Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ü.

Derniers numéros parus / Letzte erschienene Nummern

(<http://www.unifr.ch/euroinstitut/de/aktivitaeten/publikationen/cahiers>)

- 11 Bernhard Hofstötter  
Nuclear power plants and the rights of neighbouring States: A case study on the management of the dispute between the Republic of Austria and the Czech Republic concerning the nuclear power plant in Temelín
- 12a Astrid Epiney / Beate Metz  
Zur Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestpreises für Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EU und der Wirtschaftsfreiheit
- 12b Astrid Epiney / Benedikt Pirker  
Zur Vereinbarkeit ausgewählter Modelle von Lenkungsabgaben auf Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz – EU und der Wirtschaftsfreiheit
- 13 Astrid Epiney / David Furger  
Zur Tragweite der aussenpolitischen Grundsätze der Bundesverfassung im Zusammenhang mit der Erteilung von Exportrisikoversicherungen
- 14 Nina Gammenthaler  
Die Auslegung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) im Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht

Nina Gammenthaler

**Die Auslegung des Bundesgesetzes über den  
Binnenmarkt (BGBM) im Vergleich zum  
europäischen Binnenmarktrecht**

L'Institut de droit européen, dirigé par les Professeurs Marc Amstutz, Samantha Besson et Astrid Epiney, contribue, en tant que centre de compétence des Facultés de droit des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg, à ce que les ressources des trois universités dans ce domaine soient utilisées le plus efficacement possible. Ses activités englobent, hormis les tâches relatives à l'enseignement du droit européen, la gestion d'une bibliothèque et d'un centre de documentation européenne, l'organisation de manifestations pour la formation continue ainsi que la recherche scientifique en droit européen, des avis de droit et des expertises.

Les Cahiers fribourgeois de droit européen proposent des textes, en français, en allemand, en anglais et en italien, qui, pour différentes raisons, ne se prêtent pas à une publication commerciale, tels que des «papers» de discussion de doctorants, des avis de droit ou des versions écrites de conférences données à l'Université de Fribourg.

Das Institut für Europarecht unter der Leitung von Professor Marc Amstutz und den Professorinnen Samantha Besson und Astrid Epiney hat als Kompetenzzentrum der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg unter anderem die Aufgabe, zu der effizienten Nutzung der auf diesem Gebiet zu Verfügung stehenden Ressourcen beizutragen. Neben den mit der Lehre im Europarecht verbundenen Aufgaben zählen zu seinen Aktivitäten die Führung einer europarechtlichen Bibliothek und eines europäischen Dokumentationszentrums, die Organisation von Weiterbildungen sowie die wissenschaftliche Forschung im Europarecht und das Erstellen von Rechtsgutachten.

Die Freiburger Schriften zum Europarecht beinhalten Texte auf Deutsch, Französisch, Englisch und Italienisch, die aus verschiedenen Gründen nicht für eine kommerzielle Veröffentlichung geeignet sind, wie z.B. Diskussionspapiere von Doktoranden, Rechtsgutachten oder schriftliche Fassungen von an der Universität Freiburg gehaltenen Vorträgen.

**Editeur / Herausgeber**

Institut de droit européen / Institut für Europarecht  
Avenue de Beauregard 11  
CH-1700 Fribourg

[euoinstitut@unifr.ch](mailto:euoinstitut@unifr.ch)

[www.unifr.ch/euoinstitut](http://www.unifr.ch/euoinstitut)

2011

Copyright chez l'auteur / beim Autor

Pas disponible en librairie / nicht im Buchhandel erhältlich

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	<b>1</b>
<b>B. Grundzüge des BGBM</b> .....	<b>2</b>
<b>I. Überblick über die Entstehungsgeschichte und Entwicklung des BGBM</b> .....	<b>2</b>
<b>II. Ziel und Zweck des BGBM</b> .....	<b>5</b>
<b>III. Aufbau und Inhalt des BGBM</b> .....	<b>6</b>
1. Freier Marktzugang .....	7
a) Grundsätze .....	7
b) Ausnahmen .....	10
2. Wettbewerbskommission (Weko) .....	12
3. Rechtsschutz .....	12
<b>C. Auslegungspraxis zum BGBM</b> .....	<b>13</b>
<b>I. Grundsätzliches zur Auslegungsmethodik in der Schweiz</b> .....	<b>13</b>
<b>II. Fallanalyse schweizerischer Rechtsprechung zum BGBM</b> .....	<b>14</b>
1. Freier Marktzugang .....	15
a) Herkunftsortsprinzip .....	15
aa) Auslegung durch das Bundesgericht vor der Revision des BGBM .....	16
bb) Heutige Rechtslage .....	19
b) Gleichwertigkeitsvermutung .....	21
c) Beschränkungsvoraussetzungen.....	24
2. Anerkennung von Fähigkeitsausweisen .....	28
3. Öffentliche Beschaffungen .....	34
4. Verfahren.....	35
<b>D. Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht</b> .....	<b>37</b>
<b>I. Vorbemerkungen</b> .....	<b>37</b>
<b>II. Grundsätzliches zur Auslegungsmethodik des EuGH</b> .....	<b>38</b>
<b>III. Relevanz des <i>acquis</i> bei der Auslegung des BGBM</b> .....	<b>39</b>
1. Freier Marktzugang .....	40
2. Anerkennung von Berufsqualifikationen.....	43
3. Öffentliches Beschaffungsrecht.....	45

4. Verfahren .....	45
<b>IV. Besondere Problematik der Inländerdiskriminierung .....</b>	<b>46</b>
<i>E. Zusammenfassende Schlussbetrachtung.....</i>	<i>47</i>
<i>Literatur .....</i>	<i>49</i>
<i>Abkürzungen.....</i>	<i>52</i>

## A. Einleitung

Die vorliegende Untersuchung<sup>1</sup> befasst sich mit dem schweizerischen Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM)<sup>2</sup>, das in Anlehnung an die Entwicklungen in der Europäischen Union den Zugang zum Markt im innerschweizerischen Kontext zu liberalisieren sucht.<sup>3</sup> Ausgehend von einer Betrachtung des Regelungsumfanges und Regelungsinhaltes des Gesetzes stehen Fragen bezüglich der Auslegung einzelner Bestimmungen im Vergleich zur Auslegung entsprechender Bestimmungen des europäischen Binnenmarktrechts im Zentrum. Untersucht wird dabei insbesondere, ob und inwieweit gewisse Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes parallel zu den in der EU geltenden Grundfreiheiten auszulegen sind. Auf Auslegungsparallelität, resp. -differenz untersucht werden Urteile des schweizerischen Bundesgerichts zum BGBM, die sich in vier Kategorien unterteilen lassen. Erfasst werden Urteile bezüglich des Rechts auf freien Marktzugang, der Anerkennung von Fähigkeitsnachweisen, den öffentlichen Beschaffungen sowie dem Verfahren.

Der Aufbau der Untersuchung gestaltet sich wie folgt: In einem ersten Abschnitt (B.) wird ein Überblick über den Regelungsbereich des Binnenmarktgesetzes gegeben, wobei seine Entstehungsgeschichte und Entwicklung, die Regelungsinention des schweizerischen Gesetzgebers sowie der konkrete materielle Inhalt des Gesetzes kurz dargestellt werden. Sodann folgt in einem zweiten Abschnitt (C.) eine Darstellung der Auslegungspraxis zum Binnenmarktgesetz. Ausgehend von den schweizerischen Auslegungsgrundsätzen werden verschiedene Fälle des schweizerischen Bundesgerichts analysiert und kategorisiert. In einem dritten Abschnitt (D.) werden die Ergebnisse der Fallanalyse zur Auslegungspraxis im Rahmen des BGBM in Beziehung zur Auslegung der relevanten Grundfreiheiten der EU gesetzt, wobei insbesondere untersucht wird, ob und inwieweit der Unionsbesitzstand die Auslegung der Bestimmungen des schweizerischen Binnenmarktgesetzes beeinflusst. Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung werden schliesslich in einer Schlussbetrachtung zusammengefasst (E.).

---

<sup>1</sup> Die Arbeit ist im Rahmen der Assistenzstätigkeit der Autorin am Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht von Frau Prof. *Astrid Epiney* an der Universität Freiburg i.Ue. entstanden. Die Autorin dankt *Astrid Epiney* ganz herzlich für das entgegengebrachte Vertrauen, die Durchsicht des Manuskriptes und die Aufnahme in die Freiburger Schriften zum Europarecht.

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM), SR 943.02.

<sup>3</sup> Vgl. *Biaggini/Lienhard/Richli/Uhlmann*, § 8, 40; auch *Richli*, AJP 1995, 603 f. Zur Rechtslage vor dem BGBM siehe etwa *Garrone*, 196 ff.

## B. Grundzüge des BGBM

### I. Überblick über die Entstehungsgeschichte und Entwicklung des BGBM

Kurz nach dem überraschenden Nein des schweizerischen Stimmvolkes in der Abstimmung über den Abschluss der Schweiz des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) am 6. Dezember 1992 erliess der Bundesrat ein sog. Revitalisierungsprogramm zur marktwirtschaftlichen Erneuerung der Schweiz.<sup>4</sup> Mit dem Ziel, die „internationale Konkurrenzfähigkeit insbesondere durch mehr Wettbewerb auf dem schweizerischen Binnenmarkt zu stärken“<sup>5</sup>, wurde eine Reihe von Massnahmen ergriffen, zu der auch die Schaffung einer modernen und griffigen Wettbewerbsgesetzgebung gehörte.<sup>6</sup> Dazu wurden in einem ersten Massnahmenpaket 1995 das Kartellgesetz (KG)<sup>7</sup> revidiert und neben dem Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG)<sup>8</sup> auch das Binnenmarktgesetz (BGBM)<sup>9</sup> erlassen. Dieses Binnenmarktgesetz richtet sich gegen öffentlich-rechtliche Wettbewerbsbeschränkungen und Massnahmen protektionistischer Art der Kantone und Gemeinden, während das KG private Wettbewerbsbeschränkungen und das THG technische Handelshemmnisse im Auge haben.<sup>10</sup> Mit dem KG teilt sich das BGBM die „Überwachungsbehörde“ Wettbewerbskommission.<sup>11</sup> Das Binnenmarktgesetz trat am 1. Juli 1996 nach Durchlaufen des üblichen Verfahrens<sup>12</sup> in Kraft.<sup>13</sup>

Mit dem Erlass des BGBM beabsichtigte der schweizerische Gesetzgeber eine Stärkung der Binnenmarktfunktion der verfassungsrechtlich gewährleisteten Handels- und Gewerbefreiheit<sup>14</sup> – die seit der Verfassungsrevision 1999 nunmehr umfassender in Art. 27 BV<sup>15</sup> als Wirtschaftsfreiheit statuiert ist<sup>16</sup> –, da bis dahin in Konfliktfällen

---

<sup>4</sup> Botschaft des Bundesrates über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993, 805 ff. (hiernach: Botschaft Folgeprogramm).

<sup>5</sup> Botschaft Folgeprogramm, BBl 1993, 823.

<sup>6</sup> *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 2.

<sup>7</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), SR 251; vgl. dazu nur etwa *Richli*, AJP 1995, 594 ff.

<sup>8</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG), SR 946.51; siehe zur neusten Revision *Oesch*, AwR 2009, 518 ff.

<sup>9</sup> Siehe zum aBGBM von 1995 etwa *Schweizer*, AJP 1994, 739 ff.; *Cottier/Wagner*, AJP 1995, 1582 ff.; *Weber*, SZW 1996, 164 ff.; *Richli*, AJP 1995, 601 ff.; *Richli/Wunder*, AJP 1996, 908 ff.; ferner auch *Biaggini*, ZBl 1996, 49 ff., insbes. 77 f.; *Diebold*, ZBl 2010, 132 ff.; *Cottier/Merkt*, 459 ff.; sowie *Rudolf Walser*, Warum braucht es das Binnenmarktgesetz? Öffnung für einen freien und gleichberechtigten Marktzutritt, NZZ vom 7. Juni 1995, 25.

<sup>10</sup> Vgl. dazu auch Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBl 1994, 1213 ff. (hiernach: Botschaft aBGBM), 1236 f.

<sup>11</sup> Vgl. Art. 9 und 11 aBGBM.

<sup>12</sup> Vgl. dazu nur Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1246 ff.

<sup>13</sup> Die Rechtsschutzbestimmungen in Bezug auf die öffentlichen Beschaffungen traten erst am 1. Juli 1998 in Kraft; vgl. *Galli/Moser/Lang/Clerc*, Rn. 49.

<sup>14</sup> Vgl. *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 3.

<sup>15</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

im Ergebnis das Föderalismusprinzip von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stärker gewichtet worden war als die Verwirklichung des schweizerischen Binnenmarktes.<sup>17</sup> Das BGBM ist als Grundsatzterlass konzipiert und enthält elementare Grundsätze für einen funktionierenden Binnenmarkt.<sup>18</sup> Der Rechtsakt sieht für die erfassten Bereiche keine Rechtsharmonisierung vor<sup>19</sup> und belässt den Kantonen einen möglichst grossen Gestaltungsspielraum.<sup>20</sup> In Anlehnung an die Prinzipien des europäischen Binnenmarktrechts enthält das Gesetz u.a. den Grundsatz der Nichtdiskriminierung, der den beschränkungsfreien Marktzugang für Ortsfremde mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz garantiert.<sup>21</sup> Daneben stellt das BGBM ein auf die schweizerischen Rechtsverhältnisse gemünzte *Cassis-de-Dijon*-Prinzip<sup>22</sup> auf, das von einer Gleichwertigkeitsvermutung der kantonalen Zulassungsvoraussetzungen ausgeht<sup>23</sup> und auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung fusst.<sup>24</sup> Die Hoffnungen des Gesetzgebers, mit dem BGBM würden durch den Abbau öffentlichrechtlicher Wettbewerbshindernisse und durch die Beseitigung von Mobilitätschranken die Wettbewerbskräfte der Schweiz belebt und der Wirtschaftsstandort Schweiz im internationalen Umfeld gestärkt,<sup>25</sup> wurden enttäuscht.<sup>26</sup> Bereits drei Jahre nach Inkrafttreten des BGBM kam die durch die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (GPK-N) beauftragte parlamentarische Verwaltungskontrollstelle (PVK) in ihrem Bericht zum Schluss, dass das BGBM in Verbindung mit der diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>27</sup> in den untersuchten Bereichen<sup>28</sup> bisher keine signifikante Öffnung des Binnenmarktes ausgelöst habe.<sup>29</sup> Vielmehr bestehe eine Kluft zwischen den Zielen und den Wirkungen des Gesetzes.<sup>30</sup> Nach Ansicht der GPK-N waren für die mangelnde Durchschlagskraft und die unzureichende kantonale Umsetzung des BGBM im Wesentlichen drei Gründe massgebend: Zum Ers-

<sup>16</sup> Siehe dazu ausführlich *Hofmann*, 24 ff.

<sup>17</sup> Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1219 f.; vgl. auch *Biaggini/Lienhard/Richli/Uhlmann*, § 8, 40; *Cottier/Merkt*, 450 ff.

<sup>18</sup> Siehe zum Inhalt des BGBM ausführlicher weiter unten, B.III.

<sup>19</sup> So auch *Grisel*, 222.

<sup>20</sup> Vgl. Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1258 f.

<sup>21</sup> Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1257; vgl. *Diebold*, ZBl 2010, 134.

<sup>22</sup> Zum *Cassis-de-Dijon*-Prinzip in der Schweiz ausführlich *Kellerhals/Baumgartner*, SJZ 2006, 321 ff.

<sup>23</sup> Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1257 f.; siehe auch *Zwald*, Marktzugang, 98 f.

<sup>24</sup> Vgl. auch *Zwald*, Marktzugang, 95. Zur Beeinflussung durch das europäische Recht *Cottier/Merkt*, 466 ff.

<sup>25</sup> Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1214.

<sup>26</sup> Vgl. *George Ganz*, Schwierige Umsetzung des Binnenmarktgesetzes, NZZ vom 31. Januar 1007, 15; *Biaggini*, ZBl 1996, 78; *Richli/Wunder*, AJP 1996, 917.

<sup>27</sup> Siehe dazu unten, C.II.1.

<sup>28</sup> Medizinalberufe, Sanitärergewerbe, Optikergewerbe, Anwaltswesen, Taxigewerbe, Gastwirtschaftsgewerbe, Wandergewerbe und Immobilientreuhandgewerbe. Ausgeklammert wurden das öffentliche Beschaffungswesen, das Bauwesen, der Elektrizitätsmarkt sowie der freie Kapitalverkehr, vgl. PVK Evaluation: Wie offen ist der Schweizer Binnenmarkt?, Schlussbericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates, 11. Februar 2000, BBl 2000, 6040 ff. (hiernach: PVK Evaluation).

<sup>29</sup> Vgl. dazu auch *Zogg*, Die Volkswirtschaft 2001, 14 ff.; *de Chambrier/Cuenat*, Die Volkswirtschaft 2004, 9 ff.

<sup>30</sup> Bericht GPK-N, BBl 2000, 6031.

ten werte das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung das Föderalismusprinzip weiterhin höher als die Realisierung des Binnenmarktes, zum Zweiten fänden die bloss unverbindlichen Empfehlungen und Gutachten der Wettbewerbskommission nur wenig Beachtung in den Kantonen und zum Dritten fehle eine Förderung interkantonalen Lösungen durch den Bund.<sup>31</sup> Die GPK-N beauftragte daher – auch in Anbetracht der inzwischen mit der EU abgeschlossenen bilateralen Verträgen<sup>32</sup> – den Bundesrat, dem Parlament eine Revision des BGBM vorzulegen,<sup>33</sup> die den Defiziten des bisherigen Gesetzes Rechnung tragen soll.

Der Bundesrat erkannte den Revisionsbedarf<sup>34</sup> und legte dem Parlament 2004 einen Revisionsentwurf<sup>35</sup> vor. Die Ursachen für die fehlende Öffnung des schweizerischen Binnenmarktes sah der Bundesrat in drei Faktoren: Der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in der dem Föderalismusprinzip gegenüber dem Binnenmarktprinzip Vorrang eingeräumt wurde und die die Niederlassungsfreiheit vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgeklammert hat, der grosse Spielraum der Beschränkungsmöglichkeiten der Kantone und Gemeinden nach Art. 3 des Binnenmarktgesetzes von 1995<sup>36</sup> sowie das wenig genutzte Beschwerderecht.<sup>37</sup> Kerninhalte der Revision waren die Ausdehnung des freien Marktzuganges nach Massgabe der Herkunftsvorschriften auf die gewerbliche Niederlassung, eine Verschärfung und Ergänzung der Ausnahmebestimmung von Art. 3 aBGBM, die Regelung der Anerkennung kantonaler Fähigkeitsnachweise nach Massgabe des EU-Anerkennungsverfahrens jedoch unter Vorbehalt interkantonalen Vereinbarungen sowie die Einrichtung eines Beschwerderechts der Wettbewerbskommission gegen Entscheide, die den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränken.<sup>38</sup> Auch im Hinblick auf die Gefahr von Inländerdiskriminierungen<sup>39</sup> durch das 2002 in Kraft getretene Personenfreizügigkeitsabkommen mit der EU<sup>40</sup> sowie der dort ausführlich geregelten gegenseitigen Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise, erwies sich eine Anpassung des BGBM als notwendig.<sup>41</sup> Das revidierte, aber seinen Grundzügen treu gebliebene<sup>42</sup> BGBM wurde

---

<sup>31</sup> Bericht GPK-N, BBl 2000, 6033.

<sup>32</sup> Vgl. Bericht GPK-N, BBl 2000, 6038; so auch *de Chambrier/Cuenat*, Die Volkswirtschaft 2004, 10 f.

<sup>33</sup> Vgl. Bericht GPK-N, BBl 2000, 6036.

<sup>34</sup> Kritisch *Holzberger*, SJZ 2005, 187 ff.

<sup>35</sup> Zur Revision des BGBM *Rivière*, SJER 2004/05, 209 ff.; *Diebold*, ZBl 2010, 145 ff.; *Hofmann*, 502 ff.

<sup>36</sup> Hiernach aBGBM.

<sup>37</sup> Botschaft zur Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2004, 465 ff. (hiernach: Botschaft Änderung BGBM).

<sup>38</sup> Vgl. Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 481 f.

<sup>39</sup> Siehe dazu *Mach*, SJ 2002, 376 f.

<sup>40</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (mit Anhängen, Protokollen und Schlussakte), SR 0.142.112.681 (hiernach: FZA).

<sup>41</sup> Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 492; nach *de Chambrier/Cuenat*, Die Volkswirtschaft 2004, 11, sollte der Anwendungsbereich des BGBM auch in Zukunft den Entwicklungen in der EU angepasst werden.

<sup>42</sup> *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 7. *Holzberger*, SJZ 2005, 189, bemerkt, dass keine echte materielle Verschärfung des BGBM, sondern lediglich eine Verschärfung der Sprache festzustellen sei.

sodann am 16. Dezember 2005 vom Parlament verabschiedet<sup>43</sup> und trat am 1. Juli 2006 in Kraft.

## II. Ziel und Zweck des BGBM

Das BGBM soll die Funktionsfähigkeit des schweizerischen Binnenmarktes verbessern indem Marktzugangsbeschränkungen beseitigt werden, die aus unterschiedlichen kantonalen und kommunalen Regelungen im Bereich von Handel und Gewerbe resultieren. Die föderale Struktur der Schweiz soll dadurch jedoch nicht aufgehoben werden.<sup>44</sup> Das Ziel ist damit die Errichtung eines schweizerischen Binnenmarktes in dem die Produktionsfaktoren weitestgehend beschränkungsfrei zirkulieren können. Das BGBM gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem ganzen Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben.<sup>45</sup> Es erleichtert die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz allgemein, unterstützt die Bestrebungen der Kantone zur Harmonisierung der Marktzulassungsbedingungen und stärkt dadurch sowohl die Wettbewerbsfähigkeit als auch den wirtschaftlichen Zusammenhalt der Schweiz.<sup>46</sup> Als Rahmengesetz beschränkt sich das BGBM dabei auf die Festlegung von Grundsätzen und verzichtet insbesondere auf eine Harmonisierung der unterschiedlichen kantonalen und kommunalen Marktzugangsregelungen.<sup>47</sup> Kerngrundsatz des BGBM ist der freie Marktzugang nach den Vorschriften des Herkunftsortes, dem den schweizerischen Begebenheiten angepassten<sup>48</sup> *Cassis-de-Dijon*-Prinzip.

Ein funktionierender Binnenmarkt kann auch durch andere Ansätze als das *Cassis-de-Dijon*-Prinzip erreicht werden. So ist beispielsweise eine Vereinheitlichung der unterschiedlichen kantonalen oder kommunalen Regelungen durch den Bund unter Berufung auf Art. 95 BV (Binnenmarktartikel)<sup>49</sup> möglich, wie dies beim Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwälte BGFA<sup>50</sup>, dem Bundesgesetz über das Gewerbe der Reisenden<sup>51</sup> oder dem Medizinalberufegesetz MedBG<sup>52</sup> geschehen ist.<sup>53</sup> Eine

---

<sup>43</sup> BBl 2005, 7461 ff.

<sup>44</sup> *Biaggini/Lienhard/Richli/Uhlmann*, § 8, 40.

<sup>45</sup> Art. 1 Abs. 1 BGBM.

<sup>46</sup> Art. 1 Abs. 2 lit. a-d BGBM; vgl. dazu auch *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 20 ff.

<sup>47</sup> Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 470; *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 12.

<sup>48</sup> *Cottier/Merkt*, 467, betonen, dass dieses Prinzip und die dazugehörige Rechtsprechung des EuGH nicht tel quel übernommen worden sei.

<sup>49</sup> Siehe dazu etwa *Auer/Martenet*, PRW 2004, 277 ff.; *Hofmann*, 71 ff.

<sup>50</sup> Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), SR 935.61. Siehe dazu nur *Hess*, SJZ 2002, 484 ff.; *Häfelin/Haller/Keller*, Rn. 736.

<sup>51</sup> Bundesgesetz vom 23. März 2001 über das Gewerbe der Reisenden, SR 943.1.

<sup>52</sup> Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG), SR 811.11. Vgl. zur interkantonalen Freizügigkeit der Medizinalpersonen nur *Mächler*, ZBl 2002, 337 ff.; ferner auch *Biaggini/Lienhard/Richli/Uhlmann*, § 8, 50 f.; im Verhältnis zum BGBM siehe *Dreyer/Dubey*, 154 ff.

solche Harmonisierung der Marktzugangsvoraussetzungen kann daneben auch durch den Abschluss interkantonalen Vereinbarungen, sog. Konkordaten, durch die Kantone erreicht werden. Derartige Vereinbarungen gehen den Regelungen des BGBM ausdrücklich vor.<sup>54</sup>

Unter Berücksichtigung der föderalistischen Tradition der Schweiz erscheint eine Mischung aus beiden Ansätzen den unterschiedlichen Bedürfnissen der Kantone und des Bundes im Hinblick auf das Ziel eines möglichst gut funktionierenden Binnenmarktes am ehesten gerecht zu werden.<sup>55</sup>

### III. Aufbau und Inhalt des BGBM

Verglichen mit anderen wettbewerbsregelnden Gesetzen (z.B. dem KG<sup>56</sup>) ist das BGBM ein schlankes Gesetz; es umfasst zwölf Artikel, die in fünf Abschnitte gefasst sind. Im Zentrum stehen dabei die Bestimmungen von Abschnitt 2 über den freien Zugang zum Markt und den Voraussetzungen für ausnahmsweise zulässige Beschränkungen.

Bevor auf die einzelnen Vorschriften eingegangen wird, soll kurz der Geltungsbereich des BGBM aufgezeigt werden.<sup>57</sup> In persönlicher Hinsicht können sich nach Art. 1 Abs. 1 BGBM alle „Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz“ auf die Bestimmungen des BGBM berufen. Dies umfasst nach h.L. alle Grundrechtsträger der Wirtschaftsfreiheit von Art. 27 BV.<sup>58</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können sich auch ausländische Personen mit einem Anspruch auf Erneuerung ihrer Aufenthaltsbewilligung auf diesen Verfassungsartikel berufen.<sup>59</sup> In sachlicher Hinsicht fallen nur öffentlich-rechtliche Wettbewerbshindernisse im kantonalen oder kommunalen Recht in den Anwendungsbereich des Gesetzes.<sup>60</sup> Bundesrechtliche Beschränkungen, die naturgemäss auf dem gesamten Gebiet der Eidgenossenschaft gelten, sowie private Hindernisse der Mobilität – es sei denn, der private Träger handle in Erfüllung öffentlicher Aufgaben – fallen nicht unter das BGBM. Geschützt sind alle auf den Erwerb gerichteten Tätigkeiten nichthoheitlicher Art. Darunter fallen etwa auch gewerbliche Verrichtungen, die von einem öffentlichen Dienstes vorgenommen werden, wie beispielsweise die Tätigkeit von Lehrpersonen.<sup>61</sup> Durch ent-

---

<sup>53</sup> Siehe für Argumente gegen eine solche Harmonisierung *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 18.

<sup>54</sup> Art. 4 Abs. 4 und Art. 6 Abs. 3 BGBM. Siehe dazu ausführlich *Dreyer/Dubey*, 1219 ff. Der Vorrang ist allerdings nicht absolut, vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_772/2009 vom 31. August 2010 (zur Publikation vorgesehen), einzusehen unter <[http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=31.08.2010\\_2C\\_772/2009](http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=31.08.2010_2C_772/2009)> (zuletzt besucht am 01.05.2011); siehe dazu *Nicolas Diebold*, Anerkennung einer Unterrichtsbeurteilung im schweizerischen Binnenmarkt, in: *Push-Service Entscheide*, publiziert am 10.11.2010.

<sup>55</sup> So auch *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 19.

<sup>56</sup> Das KG umfasst 63 Artikel.

<sup>57</sup> Siehe zum Geltungsbereich etwa auch *Cottier/Wagner*, AJP 1995, 1584 f.; *Biaggini/Lienhard/Richli/Uhlmann*, § 8, 41; *Schweizer*, AJP 1994, 741 f.

<sup>58</sup> Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1261; siehe auch *Weber*, SZW 1996, 165; *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 23, mit weiteren Hinweisen.

<sup>59</sup> BGE 123 I 212, E. 2.

<sup>60</sup> Vgl. Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1214.

<sup>61</sup> Art. 1 Abs. 3 BGBM; Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 484; in diese Richtung auch schon Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1261 f.

sprechende Präzisierungen im Revisionsverfahren<sup>62</sup> ist der persönliche Anwendungsbereich des BGBM dem des FZA angeglichen worden.<sup>63</sup> Ausserhalb des Anwendungsbereiches des BGBM liegen insbesondere Tätigkeiten in Ausübung hoheitlicher Gewalt.<sup>64</sup> Das BGBM hat damit einen potentiell weiten Anwendungsbereich.<sup>65</sup>

## 1. Freier Marktzugang

Das Herzstück des BGBM bilden die Bestimmungen über den freien Zugang zum Markt.<sup>66</sup> Den verschiedenen Facetten des Grundsatzes, wonach jede Person das Recht innehat, nach Massgabe der Voraussetzungen ihres Herkunftsortes Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten (a)), stehen gewisse Ausnahmemöglichkeiten (b)) gegenüber.

### a) Grundsätze

Dem Grundsatz nach soll jede Person, der die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit in ihrem Niederlassungskanton oder in ihrer Niederlassungsgemeinde erlaubt ist, diese Erwerbstätigkeit ungehindert in allen anderen Landesteilen ausüben dürfen.<sup>67</sup> Massgebend für den Marktzugang sind demnach die Vorschriften des Herkunftsorts. Sinn und Zweck des BGBM sowie die Möglichkeit der Behörde des Bestimmungsorts, unter bestimmten Bedingungen Einschränkungen des freien Marktzuganges zu verfügen, gebieten eine weite Auslegung des Begriffs der Herkunftsvorschriften.<sup>68</sup> Erfasst sein dürften neben persönlichen und sachlichen Voraussetzungen letztlich alle öffentlich-rechtlichen Bestimmungen, welche Voraussetzungen für den Marktzugang in einem bestimmten Tätigkeitsbereich definieren oder gerade nicht definieren.<sup>69</sup> In Anlehnung an das der Rechtsprechung des EuGH entsprungene *Cassis-de-Dijon*-Prinzip wird damit für die Binnenverhältnisse der Schweiz ein individualrechtlicher Anspruch auf freien Zugang zum Markt geschaffen, der sich nicht auf den Warenverkehr beschränkt, sondern vielmehr alle Formen der Erwerbstätigkeit erfasst.<sup>70</sup>

<sup>62</sup> Art. 1 Abs. 3 i.V.m. Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM.

<sup>63</sup> Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 484; zum Ausschluss hoheitlicher Tätigkeiten vgl. Art. 10 und 16 Anhang I FZA, die im Wesentlichen den Art. 45 Abs. 4 und Art. 51 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Vertrages von Lissabon vom 13. Dezember 2007 in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008, ABl C 115 vom 09.05.2008, 47 ff. (AEUV), entsprechen. Siehe in Bezug auf die marktöffnende Wirkung des FZA im Bereich des BGBM auch *Mach*, SJ 2002, 356 f.

<sup>64</sup> So beispielsweise polizeiliche Tätigkeiten, vgl. *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 29.

<sup>65</sup> Daraus hinweisend auch Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 494.

<sup>66</sup> *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 31.

<sup>67</sup> Art. 2 Abs. 1 BGBM.

<sup>68</sup> *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 46.

<sup>69</sup> Vgl. *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 47 f.; siehe auch *Zwald*, Marktzugang, 102 f.

<sup>70</sup> Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1263 f.

- Für den **Warenverkehr** – und komplementär zum THG<sup>71</sup> – hält das BGBM fest, dass eine Ware im gesamten Gebiet der Schweiz in Verkehr gebracht und verwendet werden darf, wenn das Inverkehrbringen und Verwenden dieser Ware im Kanton des Anbieters zulässig ist.<sup>72</sup> Voneinander abweichende kantonale Produktvorschriften hindern den interkantonalen Warenverkehr und können ortsansässige Anbieter begünstigen. Weite Teile der Produktvorschriften werden allerdings durch Bundesnormen reglementiert oder unterliegen aufgrund ihrer technischen Natur dem THG,<sup>73</sup> so dass selbst bei unterschiedlichem kantonalen Vollzug<sup>74</sup>, der Liberalisierungseffekt des BGBM für den Warenverkehr als gering bezeichnet werden kann.<sup>75</sup>
- Umso entscheidender sind jedoch die Vorschriften des BGBM im Bereich der **Niederlassungsfreiheit**: Auch hier gilt grundsätzlich das Herkunftsortsprinzip und zwar im Unterschied zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zu aBGBM<sup>76</sup> nach Art. 2 Abs. 4 BGBM auch für Personen, die sich im Aufnahmekanton niederlassen, selbst wenn sie ihre Tätigkeit am Ort der Ersteniederlassung aufgegeben haben.<sup>77</sup> Von dieser mit der Revision des BGBM eingeführten Bestimmung profitieren insbesondere jene Marktteilnehmer die sich aufgrund der Natur ihrer Erwerbstätigkeit am Orte der Leistungserbringung niederlassen müssen (bspw. Gastwirte).<sup>78</sup> Die Aufsicht über die Einhaltung der Vorschriften der Ersteniederlassung obliegt dabei den Behörden des Bestimmungsortes.<sup>79</sup>

Diese Bestimmung ist nicht ganz unproblematisch. So dürfte es den Behörden des Bestimmungsortes in der Regel schwer fallen, sich über alle anwendbaren Vorschriften des Ersteniederlassungsortes zu informieren und deren Einhaltung auch zu überprüfen. Es ist anzunehmen, dass von den ortsfremden Personen eine vorgängige Meldung verlangt werden darf, um die Aufsicht der Behörden des Bestimmungsortes zu erleichtern.<sup>80</sup> Allerdings geht das BGBM grundsätzlich davon aus, dass die kommunalen und kantonalen Marktzugangsordnungen gleichwertig ausgestaltet sind.<sup>81</sup> Die Behörden des Bestimmungsortes können zudem nach Art. 3 BGBM gewisse Auflagen verlangen.<sup>82</sup>

Wird eine Erwerbstätigkeit in einem Kanton rechtmässig ausgeübt, so ist die Niederlassung im gesamten Gebiet der Schweiz zwecks Ausübung dieser Tätigkeit grundsätzlich frei. Vorbehaltlich gerechtfertigter Auflagen kann die

<sup>71</sup> Vgl. *Diebold*, ZBl 2010, 130.

<sup>72</sup> Art. 2 Abs. 3 BGBM.

<sup>73</sup> *Diebold*, ZBl 2010, 130.

<sup>74</sup> Vgl. den Hinweis in der Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1225.

<sup>75</sup> Vgl. auch *Schweizer*, AJP 1994, 740.

<sup>76</sup> In seiner im Hinblick auf die Realisierung des Binnenmarktes eher zurückhaltenden Rechtsprechung ging das Bundesgericht davon aus, dass eine Niederlassung in einem Kanton die vollständige Unterwerfung unter dessen Rechtsordnung nach sich ziehe. Daher könne der sich Niederlassende kein Recht auf freien Marktzugang geltend machen. Vgl. hierzu ausführlich weiter unten, C.II.1.

<sup>77</sup> Siehe zu dieser Änderung seit der Revision des BGBM *Auer/Martenet*, RPW 2004, 286 ff.; *Rivière*, SJER 2004/05, 213 ff.

<sup>78</sup> *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 38.

<sup>79</sup> Art. 2 Abs. 4 in fine BGBM.

<sup>80</sup> Vgl. *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 41.

<sup>81</sup> Art. 2 Abs. 5 BGBM.

<sup>82</sup> Vgl. Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 484 f.; siehe zu den zulässigen Einschränkungen sogleich B.III.1.b).

Tätigkeit nach Massgabe der Vorschriften des Erstniederlassungsortes ausgeübt werden.<sup>83</sup>

- Auch die **Dienstleistungsfreiheit** wird im selben Umfang geschützt wie die Niederlassungsfreiheit. Das Anbieten der Dienstleistungen richtet sich dabei nach den Vorschriften des (Erst-)Niederlassungsorts.<sup>84</sup> Entscheidend für die Akzeptanz des Herkunftsortsprinzips ist auch im Dienstleistungsbereich<sup>85</sup> die grundsätzliche Vermutung der Gleichwertigkeit der verschiedenen Marktzugangsvorschriften.
- Im Bereich des freien Personenverkehrs kommt der **Anerkennung von Fähigkeitsausweisen** besonderes Gewicht zu.<sup>86</sup> Zum Schutze öffentlicher Güter können die Kantone nämlich die Aufnahme und Ausübung einer Erwerbstätigkeit an das Vorhandensein bestimmter Qualifikationen knüpfen. Dies ist insbesondere bei den Berufsangehörigen des Gesundheitswesens der Fall.<sup>87</sup> Die Kantone sehen sowohl bezüglich der Frage, ob ein Nachweis verlangt wird oder nicht, als auch bezüglich der Ausgestaltung der zu erfüllenden Anforderungen unterschiedliche Regelungen vor. Diese Unterschiede sind grundsätzlich geeignet, den Marktzugang ortsfremder Berufstätiger zu behindern. Daher sieht Art. 4 Abs. 1 BGBM vor, dass kantonale oder kantonale anerkannte Fähigkeitsausweise<sup>88</sup> zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit grundsätzlich auf dem gesamten Gebiet der Schweiz gelten. Unabhängig von deren Herkunft, bestimmt Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM, dass Fähigkeitsausweise für Erwerbstätigkeiten, die unter das Abkommen über die Personenfreizügigkeit fallen, nach den dortigen Vorschriften – insbesondere Art. 9 i.V.m. Anhang III FZA – anzuerkennen sind.<sup>89</sup> Damit gelten sowohl im Innen- als auch im Aussenverhältnis dieselben Anerkennungsregeln und mit ihnen insbesondere das Gebot der materiellen Gleichwertigkeitsprüfung, das sowohl den Vollzug durch die zuständigen Anerkennungsbehörden erleichtert, als auch der Verhinderung von allfälligen Inländerdiskriminierungen<sup>90</sup> dient.<sup>91</sup> Da der Bund durch den Erlass des Berufsbildungsgesetzes (BBG)<sup>92</sup> von seiner Regelungsmöglichkeit in diesem Bereich Gebrauch gemacht hat, kommt der kantonalrechtlichen Anerkennung nach Massgabe des FZA nur noch eine geringe Be-

---

<sup>83</sup> Art. 2 Abs. 4 BGBM.

<sup>84</sup> Art. 2 Abs. 1 und 3 BGBM.

<sup>85</sup> Hier sind insbesondere die Angehörigen der sog. freien Berufe betroffen, vgl. den ausführlichen Lagebericht von *De Chambrier*.

<sup>86</sup> Siehe dazu *Dähler*, *Die Volkswirtschaft* 2001, 9 ff.

<sup>87</sup> Siehe für eine Studie über die Auswirkungen des BGBM auf die Gesundheitsberufe nur *De Reynier/Riva*, 6 ff.

<sup>88</sup> Private Fähigkeitsausweise sind nicht erfasst, vgl. Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1266; *Weber*, SZW 1996, 168.

<sup>89</sup> Vgl. Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 487 f.; *Holzberger*, SJZ 2005, 190 hält Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM für überflüssig, da bereits Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 (Gleichwertigkeitsvermutung) und Art. 4 Abs. 3 (Ausgleich fehlender Kenntnisse) zum selben Ergebnis führten; siehe ferner hierzu auch *Hofmann*, 506 ff.

<sup>90</sup> Vgl. hierzu auch Art. 6 Abs. 1 BGBM.

<sup>91</sup> *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 91.

<sup>92</sup> Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, BBG), SR 412.10.

deutung zu.<sup>93</sup> Zudem gehen interkantonale Vereinbarungen<sup>94</sup> zur gegenseitigen Anerkennung der Fähigkeitsausweise den Regelungen des BGBM vor.<sup>95</sup>

- Ergänzend zu entsprechenden Bundesvorschriften (BöB<sup>96</sup>, VöB<sup>97</sup>), staatsvertraglichen Verpflichtungen<sup>98</sup> und interkantonalen Vereinbarungen (insbes. die IVöB<sup>99</sup>) stellt das BGBM in Art. 5 BGBM für den Bereich des **kantonalen öffentlichen Beschaffungswesens** den Grundsatz der Nichtdiskriminierung auf.<sup>100</sup> Das Prinzip der Nichtdiskriminierung gilt auch für die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private.<sup>101</sup> Erwähnenswert ist in beiden Fällen die gesetzliche Pflicht zur diskriminierungsfreien Ausschreibung.

Das dem schweizerischen Binnenmarkt angepasste *Cassis-de-Dijon*-Prinzip ermöglicht somit einerseits die grenzüberschreitende Ausübung einer bestimmten Erwerbstätigkeit und andererseits die Niederlassung am Bestimmungsort zwecks Ausübung einer Erwerbstätigkeit.<sup>102</sup> Ortsfremde Berufstätige können daher unter Massgabe ihrer „Heimatsvorschriften“ tätig werden, während die ortsansässigen Berufsangehörigen den u.U. strengeren Vorschriften des Bestimmungsortes unterworfen sind. Mit dieser Regelung lässt das BGBM die Diskriminierung ortsansässiger Erwerbstätiger im Vergleich zu ortsfremden grundsätzlich zu. Allerdings können sich ortsansässige Personen, die in der Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit eingeschränkt werden, auf die Wirtschaftsfreiheit von Art. 27 BV berufen, die einen Anspruch auf Gleichbehandlung direkter Konkurrenten beinhaltet.<sup>103</sup>

## b) Ausnahmen

Der Grundsatz des freien Marktzugangs von Art. 2 BGBM gilt nicht ohne Ausnahmen.<sup>104</sup> So sind nach Art. 3 BGBM unter streng definierten Kriterien Beschränkungen des freien Marktzuganges durch kantonale öffentlich-rechtliche Vorschriften möglich. Eine komplette Verweigerung des Marktzuganges für ortsfremde Anbieter

---

<sup>93</sup> So schon Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 488; siehe auch *Zwald*, Marktzugang, 102; *Holzberger*, SJZ 2005, 188; *Diebold*, ZBl 2010, 134.

<sup>94</sup> So insbesondere die interkantonale Vereinbarung über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen vom 18. Februar 1993, vgl. *Zwald*, Marktzugang, 101 f.; *Holzberger*, SJZ 2005, 190; *Weber*, SZW 1996, 168.

<sup>95</sup> Art. 4 Abs. 4 BGBM; dies ist im Sinne des Subsidiaritäts- und Föderalismusprinzips, vgl. *Biaggini/Lienhard/Richli/Uhlmann*, § 8, 41.

<sup>96</sup> Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), SR 172.056.1.

<sup>97</sup> Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB), SR 172.056.11.

<sup>98</sup> WTO-Übereinkommen und bilaterales Beschaffungsabkommen mit der EU.

<sup>99</sup> Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994.

<sup>100</sup> Siehe zum Beschaffungsrecht nach BGBM nur *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 99 ff.; *Biaggini/Lienhard/Richli/Uhlmann*, § 8, 46 ff.

<sup>101</sup> Art. 2 Abs. 7 BGBM.

<sup>102</sup> *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 32.

<sup>103</sup> *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 44.

<sup>104</sup> Vgl. *Richli/Wunder*, AJP 1996, 908 f.

ist nicht zulässig.<sup>105</sup> Unerlaubt dürften ebenfalls alle strukturpolitischen Beschränkungen sein.<sup>106</sup> Beschränkungen in Form von Auflagen oder Bedingungen, die an die Marktzulassung geknüpft werden, sind nur unter drei kumulativen Voraussetzungen zulässig.<sup>107</sup> So müssen sie erstens gleichermaßen auch für ortsansässige Personen gelten.<sup>108</sup> Damit statuiert das BGBM ausdrücklich ein Diskriminierungsverbot. Zweitens müssen Beschränkungen zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sein. In Betracht kommen in erster Linie wirtschaftspolizeiliche Massnahmen zum Schutze der Polizeigüter sowie grundsätzlich alle Interessen, die auch Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV zu rechtfertigen vermögen.<sup>109</sup> Drittens müssen die Beschränkungen den Anforderungen der Verhältnismässigkeit genügen, d.h. sie müssen geeignet, erforderlich und angemessen sein.<sup>110</sup> Das Gesetz zählt in Art. 3 Abs. 2 nicht abschliessende Gründe für eine Verneinung der Verhältnismässigkeit auf, so etwa das Erfordernis einer vorgängigen Niederlassung am Bestimmungsort (lit. b) oder die Nichtberücksichtigung praktischer Tätigkeiten des Anbieters am Herkunftsort (lit. d).<sup>111</sup> Das Protektionismusverbot von Art. 3 Abs. 3 BGBM unterstreicht zwar das Ziel des BGBM, Marktabschottungen zu beseitigen, ihm kommt aber aufgrund der strengen Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM wohl nur deklaratorische Bedeutung zu.<sup>112</sup>

Im Bereich der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen stellt sich die Frage nach zulässigen Beschränkungen gemäss Art. 3 BGBM erst dann, wenn der Bestimmungskanton für die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit strengere Bedingungen aufstellt als der Herkunftskanton. Kommt die Anerkennungsbehörde des Bestimmungsortes zum Schluss, dass der vorgelegte Fähigkeitsausweis die Anforderungen des Bestimmungskantons nur teilweise erfüllt, so muss dem Antragsteller die Möglichkeit eingeräumt werden, nachzuweisen, dass er die erforderlichen Kenntnisse im Rahmen einer Ausbildung oder praktischen Tätigkeit erworben hat.<sup>113</sup> Kann der Antragsteller diesen Nachweis nicht erbringen, bzw. werden die Anforderungen dadurch immer noch nicht erfüllt, so kann die Anerkennungsbehörde unter den Bedingungen von Art. 3 BGBM Beschränkungsmassnahmen in Form von Bedingungen und Auflagen erlassen.

Für die Zulässigkeitsprüfung von Beschränkungen des freien Marktzuganges kommt der Abwägung zwischen dem Schutz öffentlicher Interessen und der Gewährleistung eines funktionierenden Binnenmarktes damit eine entscheidende Rolle zu.

---

<sup>105</sup> Art. 3 Abs. 1 BGBM; vgl. dazu *Diebold*, ZBl 2010, 147 f.

<sup>106</sup> *Richli/Wunder*, AJP 1996, 909.

<sup>107</sup> Siehe für eine Übersicht zulässiger Beschränkungen nur *Richli/Wunder*, AJP 1996, 910 ff.

<sup>108</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. a BGBM.

<sup>109</sup> *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 64 f.

<sup>110</sup> *Rivière*, SJER 2004/05, 215, Fn. 27, betont die Notwendigkeit einer strengen Verhältnismässigkeitsprüfung durch den Richter zur Öffnung des schweizerischen Binnenmarktes. Siehe auch *Martenet/Rapin*, 27 ff. Zur Verhältnismässigkeitsprüfung allgemein im schweizerischen Verwaltungsrecht nur *Tschannen/Zimmerli/Müller*, § 21; *Häfelein/Müller/Uhlmann*, § 10.

<sup>111</sup> Siehe zu allen unverhältnismässigen Massnahmen, die im Gesetz aufgezählt sind etwa *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 67 ff.

<sup>112</sup> So auch *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 73.

<sup>113</sup> Art. 4 Abs. 3 BGBM.

## 2. Wettbewerbskommission (Weko)

Die durch Art. 18 ff. KG geschaffene Wettbewerbskommission (Weko) hat neben den Aufgaben gemäss Kartellgesetz auch Aufgaben beim Vollzug des BGBM wahrzunehmen.<sup>114</sup> Sie nimmt ihre Überwachungsfunktion<sup>115</sup> – *nota bene* ohne Verfügungsrecht<sup>116</sup> – durch die Abfassung von Empfehlungen<sup>117</sup>, die Durchführung von Untersuchungen<sup>118</sup> und die Erstattung von Gutachten<sup>119</sup> wahr, die sie auch veröffentlichen<sup>120</sup> kann.<sup>121</sup> Die Amtsstellen des Bundes, der Kantone und Gemeinden sowie betroffene Private erleichtern die Arbeit der Weko durch die Zurverfügungstellung von entsprechenden Unterlagen und der Erteilung von Auskünften.<sup>122</sup> Seit der Revision des BGBM verfügt die Weko zudem über ein Beschwerderecht in Bezug auf Entscheide, die den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränken.<sup>123</sup> Dieses Beschwerderecht ergänzt dabei das bereits bestehende Beschwerderecht der betroffenen Privaten, das bisher eher selten benutzt wurde, und stärkt damit die Verwirklichung des Binnenmarktes durch die Beschäftigung der Gerichte mit diesbezüglichen Auslegungsfragen.<sup>124</sup> In Bezug auf die Anerkennung der Fähigkeitsausweise stellt die Weko in Zusammenarbeit mit den Kantonen und den betroffenen Bundesstellen sicher, dass die Anerkennungsverfahren nach den einschlägigen Bestimmungen des FZA durchgeführt werden, so wie dies Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM vorschreibt.<sup>125</sup>

## 3. Rechtsschutz

Aufgrund des Rahmencharakters des BGBM kommt der Praxis eine erhebliche Bedeutung bei der Auslegung und Konkretisierung des Gesetzes zu. Schon aus diesem Grund erscheint die Gewährleistung eines umfassenden Rechtsschutzes zentral. Aber auch die betroffenen Privaten haben ein Interesse an einer funktionierenden Rechtsschutzausgestaltung, denn die aus dem BGBM fliessenden Marktzugangsrechte sind in erster Linie von den anspruchsberechtigten Privaten durchzusetzen.<sup>126</sup> So schreibt das BGBM vor, dass Beschränkungen des freien Marktzutritts in jeden Falle in Form

---

<sup>114</sup> Siehe zu den verschiedenen Kompetenzen und Aufgaben der Weko etwa *Rivière*, SJER 2004/05, 223 ff.

<sup>115</sup> Art. 8 Abs. 1 BGBM.

<sup>116</sup> Dies im Unterschied zum KG; so schon Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1272; vgl. auch *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 141.

<sup>117</sup> Art. 8 Abs. 2 und 3 BGBM.

<sup>118</sup> Art. 8 Abs. 3 BGBM.

<sup>119</sup> Art. 10 Abs. 1 BGBM.

<sup>120</sup> Art. 10a BGBM; siehe dazu auch das Publikationsorgan der Weko Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) unter <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00157/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 01.05.2011).

<sup>121</sup> Siehe auch *Rivière*, SJER 2004/05, 223 ff.

<sup>122</sup> Vgl. Art. 8a und 8b sowie 8c BGBM.

<sup>123</sup> Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM, vgl. auch Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 481 f.; *Hofmann*, 508 ff. Ablehnend *Holzberger*, SJZ 2005, 190.

<sup>124</sup> Vgl. Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 490.

<sup>125</sup> Art. 8 Abs. 4 BGBM; vgl. Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 488.

<sup>126</sup> *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 167.

einer Verfügung zu erlassen sind.<sup>127</sup> Der Berechtigte kann den Erlass einer Verfügung verlangen, wenn die Behörde keine solche von sich aus erlässt.<sup>128</sup> Das kantonale Recht muss dabei mindestens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde vorsehen, bei der die Verfügung angefochten werden kann.<sup>129</sup> Die Weko ist neben den Privatpersonen ebenfalls beschwerdeberechtigt.<sup>130</sup> Das Verfahren, in dem über die Rechtmässigkeit der Beschränkung des freien Marktzugangs entschieden wird, muss einfach, rasch und kostenlos sein.<sup>131</sup> Letztinstanzliche kantonale Entscheide können nach Massgabe des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)<sup>132</sup> an das Bundesgericht weitergezogen werden.<sup>133</sup>

## C. Auslegungspraxis zum BGBM

### I. Grundsätzliches zur Auslegungsmethodik in der Schweiz

Zur Ermittlung des konkreten Norminhaltes können verschiedene Auslegungsmethoden angewandt werden.<sup>134</sup> In der Regel werden in der Schweiz vier Auslegungsarten unterschieden. Ausgangs- und Anknüpfungspunkt jeder Auslegung ist dabei der Wortlaut der auszulegenden Norm.<sup>135</sup> Die grammatikalische Auslegung stützt sich auf den Wortlaut, den Wortsinn sowie den allgemeinen Sprachgebrauch.<sup>136</sup> In der Schweiz sind die drei Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch einander gleichgestellt, d.h. bei der Auslegung nach dem Wortlaut sind alle drei Sprachversionen der Norm zu beachten.<sup>137</sup> Abweichungen vom Wortlaut einer Norm sind grundsätzlich nur bei triftigen Gründen erlaubt. Im Rahmen der systematischen Auslegung wird der Sinn der Norm hauptsächlich durch das Verhältnis zu anderen Normen ermittelt. Untersucht wird nicht nur das Zusammenspiel der Normen innerhalb eines Gesetzes, sondern auch allgemein das Verhältnis zu anderen Rechtsnormen, so dass die verfassungskonforme Auslegung als Anwendungsfall der systematischen Auslegung zu sehen ist.<sup>138</sup> Die historische Auslegung stellt auf den Sinn der Norm zur Zeit ihrer Entstehung ab. Zu ermitteln ist der Wille des historischen Gesetzgebers wobei allenfalls auch allgemeine Betrachtungen zur Zeit der Entstehung der Norm mitbe-

---

<sup>127</sup> Art. 9 Abs. 1 BGBM.

<sup>128</sup> Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1273.

<sup>129</sup> Art. 9 Abs. 2 BGBM; vgl. *Weber*, SZW 1996, 173 ff.

<sup>130</sup> Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM.

<sup>131</sup> Art. 3 Abs. 4 BGBM.

<sup>132</sup> Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110.

<sup>133</sup> Siehe dazu nur *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 182 ff.

<sup>134</sup> Vgl. zu den Auslegungsmethoden in der Schweiz nur *Häfelin/Haller/Keller*, Rn. 90 ff.

<sup>135</sup> Vgl. nur BGE 131 II 697, E. 4.1.

<sup>136</sup> *Häfelin/Haller/Keller*, Rn. 91.

<sup>137</sup> Das Rätoromanisch ist gemäss Art. 70 Abs. 1 Satz 2 BV nur teilweise als Amtssprache des Bundes anerkannt und ist mangels Gesetzeskraft bei der Auslegung nicht zu berücksichtigen, vgl. *Häfelin/Haller/Keller*, Rn. 95.

<sup>138</sup> *Häfelin/Haller/Keller*, Rn. 148.

rücksichtigt werden müssen.<sup>139</sup> Konträr zur historischen Auslegung besteht vermehrt die Tendenz, eine Norm nach dem heutigen Verständnis und in Berücksichtigung der gegenwärtig herrschenden Verhältnisse auszulegen. Einer solchen zeitgemässen Auslegung wird häufig bei der teleologischen Auslegung Rechnung getragen.<sup>140</sup> Sie stellt den Sinn und Zweck einer Norm in den Vordergrund. Der Wortlaut der Norm wird dabei in Zusammenhang mit den Zielvorstellungen des Gesetzgebers betrachtet, wobei der Zweck der Bestimmung jedenfalls aus der Norm selbst ersichtlich sein muss. Die Auslegungsmethoden folgen keiner bestimmten Hierarchie, auch wenn die grammatikalische und die teleologische Auslegung – verbunden mit Überlegungen zum zeitgemässen Normverständnis – regelmässig eine vergleichsweise grössere Rolle spielen. Für die Auslegung von Gesetzesnormen besteht in der Schweiz damit ein Methodenpluralismus; der konkrete Norminhalt bestimmt sich daher immer durch eine Abwägung der Auslegungsmethoden im Einzelfall.

## II. Fallanalyse schweizerischer Rechtsprechung zum BGBM

Ausgehend von den oben kurz skizzierten Auslegungsmethoden in der Schweiz folgt nachstehend eine Analyse bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum schweizerischen Binnenmarktgesetz.<sup>141</sup> Wie erwähnt, beschränkt sich das Binnenmarktgesetz als Grundsatzterlass im Wesentlichen darauf, die für einen funktionierenden Binnenmarkt elementaren Grundsätze für den freien Zugang zum Markt festzulegen.<sup>142</sup> Damit befindet sich der Regelungsgehalt des Gesetzes im Spannungsfeld zwischen zwei verfassungsmässigen Rechten, nämlich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) einerseits und dem Prinzip des Föderalismus (Art. 3 BV) andererseits.<sup>143</sup> Es geht daher in erster Linie darum, Marktzugangsschranken innerhalb des Binnenmarktes abzubauen, ohne dabei die Regelungssouveränität der Kantone zu untergraben. Besonders sensibel sind Bereiche im Dienstleistungs- und Arbeitnehmerverkehr.<sup>144</sup> Eine bundesweite Harmonisierung, beispielsweise bestimmter beruflicher Zulassungsbedingungen, wird mit dem BGBM nicht angestrebt. Vielmehr soll durch die Einführung des Herkunftsortsprinzips ein möglichst behinderungsfreier Austausch der Produktionsfaktoren zwischen den Kantonen ermöglicht werden, ohne die föderalen Kompetenzen der Kantone unnötig einzuschränken. Insbesondere wird den Kantonen durch die Ausnahmebestimmung von Art. 3 BGBM eine Abweichung vom Herkunftsortsprinzip erlaubt. So sind nämlich nichtdiskriminierende und verhältnismässige Einschränkungen zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen zulässig.<sup>145</sup> Die Kantone haben ihre föderalen Kompetenzen darüber hinaus in einer Weise auszuüben, die dem wirtschaftlichen Interesse an offenen Märkten innerhalb der Schweiz Rechnung trägt.<sup>146</sup>

---

<sup>139</sup> Vgl. zur Unterscheidung der objektiv-historischen und der subjektiv-historischen Auslegung Häfelin/Haller/Keller, Rn. 101 ff.

<sup>140</sup> Häfelin/Haller/Keller, Rn. 119 in fine.

<sup>141</sup> Für eine Analyse der Rechtsprechung vor der Revision siehe auch Dreyer/Dubey, 109 ff.

<sup>142</sup> Vgl. Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1214.

<sup>143</sup> Siehe dazu etwa Wunder, 55 ff.

<sup>144</sup> Diebold, ZBl 2010, 134.

<sup>145</sup> Diebold, ZBl 2010, 134 f.; Richli/Wunder, AJP 1996, 908.

<sup>146</sup> Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1219.

Das Spannungsfeld zwischen Wirtschaftsfreiheit und Föderalismusprinzip prägt die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Binnenmarktgesetz. Es wird aufzuzeigen sein, wie unterschiedlich das Bundesgericht die beiden Prinzipien im Laufe der Zeit gewichtet hat und welche Auswirkungen dies auf die Auslegung des Binnenmarktgesetzes hat.

Die Fallanalyse zum Binnenmarktgesetz ist in vier Abschnitte gegliedert. In einem ersten Abschnitt wird das Prinzip des freien Marktzugangs von Art. 2 BGBM untersucht (1.). Dabei ist sowohl auf das Herkunftsortsprinzip und die diesbezüglichen Besonderheiten bezüglich der Niederlassungsfreiheit, die Gleichwertigkeitsvermutung sowie die Beschränkungs Voraussetzungen einzugehen. In einem zweiten Abschnitt wird die Bestimmung von Art. 4 BGBM über die Anerkennung kantonaler Fähigkeitsausweise näher betrachtet (2.). In einem dritten Abschnitt wird der Grundsatz der Nichtdiskriminierung von Art. 5 BGBM für öffentliche Beschaffungen beleuchtet (3.), während der vierte Abschnitt über verfahrensrechtliche Auslegungsfragen den Abschluss bildet (4.).

## 1. Freier Marktzugang

Art. 2 Abs. 1 BGBM hält fest, dass jeder Person das Recht zukommt, Waren sowie Dienst- und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung dieser Tätigkeit in ihrem Herkunftskanton zulässig ist.

Erfasst sind alle Erwerbstätigkeiten, die den Schutz der Wirtschaftsfreiheit geniessen, so z.B. die Tätigkeit eines Geschäftsmanns<sup>147</sup> oder Werbung<sup>148</sup>. Der Begriff der Erwerbstätigkeit wird demnach weit ausgelegt.<sup>149</sup> Allerdings hat das Bundesgericht mit Verweis auf Art. 1 Abs. 1 BGBM festgehalten,<sup>150</sup> dass sich etwa ein Notar nicht auf das BGBM berufen kann, weil die hoheitliche Tätigkeit des Notars nicht dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit untersteht.<sup>151</sup>

In Verbindung mit Art. 2 Abs. 3 BGBM wird den Erwerbstätigen damit der freie Marktzugang auf der Grundlage des Herkunftsortsprinzips ermöglicht.

### a) Herkunftsortsprinzip

Das Herkunftsortsprinzip des BGBM besagt, dass die Ausübung einer Erwerbstätigkeit nach Massgabe der Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung oder des Sitzes der Person auf dem gesamten Gebiet der Schweiz ermöglicht wird.<sup>152</sup> Es knüpft demnach an das *Cassis-de-Dijon*-Prinzip der EU an.

---

<sup>147</sup> Vgl. BGE 135 I 106, E. 2.2; Originalentscheid französisch, deutsche Übersetzung in Pra 98(2009) Nr. 95, 638 ff.

<sup>148</sup> BGE 128 I 295, E. 4.b); Originalentscheid französisch, deutsche Übersetzung in Pra 92(2003) Nr. 79, 417 ff.

<sup>149</sup> BGE 128 I 295, E. 4.b).

<sup>150</sup> Unveröffentlichter BGE vom 30. Juni 1998, Auszüge abgedruckt in ZBGR 2000, 72 ff.

<sup>151</sup> E. 2.a) des besagten Entscheids (Fn. 150).

<sup>152</sup> Art. 2 Abs. 1 BGBM.

Vom Herkunftsortsprinzip des BGBM zu trennen ist die von der Schweiz im Verhältnis zur EU angestrebte einseitige Einführung des *Cassis-de-Dijon*-Prinzips im Bereich des Warenverkehrs. Eine entsprechende Gesetzesänderung des THG wurde von den eidgenössischen Räten im Juni 2009 verabschiedet und ist am 1. Juli 2010 in Kraft getreten.<sup>153</sup> Die Frage der Anwendbarkeit eines Herkunftsortsprinzips über den nationalen Binnenmarkt hinaus, ist nicht Thema des vorliegenden Beitrags.

Das Herkunftsortsprinzip wird insbesondere dann als unproblematisch empfunden, wenn sowohl im Aufnahme- als auch im Herkunftskanton dieselben Zugangsbedingungen herrschen. Das BGBM strebt jedoch, wie bereits angemerkt, keine Rechtsvereinheitlichung der kantonalen oder kommunalen Marktzugangsordnungen an,<sup>154</sup> sondern stellt in Art. 2 Abs. 5 BGBM eine – grundsätzlich widerlegbare – Vermutung der Gleichwertigkeit der Marktzugangsordnungen auf. Damit kann sich ein Kanton grundsätzlich nur auf ein Erfüllen zusätzlicher Anforderungen des Erwerbstätigen für die Zulassung zu seinem Markt berufen, wenn er nachweist, dass dem Schutzinteresse, das hinter der Beschränkung steht, nicht bereits im Herkunftskanton des Erwerbstätigen entsprochen wurde.

Von der Frage der Gleichwertigkeit der Schutzstandards zu trennen ist sodann die Frage, nach welchen Voraussetzungen eine Beschränkung des freien Marktzugangs nach Art. 3 BGBM zulässig ist. Wann eine Beschränkung eine im Sinne des BGBM eine ausnahmsweise gerechtfertigte Beschränkung ist, lässt sich nur nach einer zweistufigen Prüfung abschliessend beurteilen. Auf sie ist weiter unten einzugehen.<sup>155</sup>

Bezüglich des Prinzips des freien Marktzugangs im schweizerischen Binnenmarkt ist insbesondere für den Fall der Niederlassung zwischen der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor und nach der Revision des BGBM zu unterscheiden.

#### ***aa) Auslegung durch das Bundesgericht vor der Revision des BGBM***

Das Binnenmarktgesetz von 1995 präziserte den Anwendungsbereich des statuierten Herkunftsortsprinzips nicht näher, sondern überliess die Ausgestaltung seiner Tragweite dem Bundesgericht.<sup>156</sup>

In **BGE 125 I 322 (Heilpraktiker)** verlangte ein im Kanton Appenzell Ausserrhoden zugelassener Heilpraktiker ohne eidgenössisches Arztdiplom eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Naturheilpraktiker im Kanton Zürich.<sup>157</sup> Die Gesund-

<sup>153</sup> Die Vorlage wurde am 12. Juni 2009 von den eidgenössischen Räten verabschiedet, SR 946.51; vgl. auch Botschaft zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse vom 25. Juni 2008, BBl 2008, 7275 ff.; siehe dazu ausführlich *Oesch*, *Anwaltsrevue* 2009, 519 ff.; *Thomas Cottier/David Herren*, *SJER* 2009/10, 249 ff.

<sup>154</sup> So ausdrücklich in BGE 125 I 474, E. 3: „Encore doit-on préciser que la loi sur le marché intérieur n'exige pas que des restrictions identiques s'appliquent sur tout le territoire suisse, mais tend uniquement à la suppression, dans la mesure nécessaire, des obstacles de droit public à la concurrence entre les cantons.“; siehe auch Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1280. Vgl. auch *Dreyer/Dubey*, 115 ff.

<sup>155</sup> Siehe C.II.1.b) und C.II.1.c).

<sup>156</sup> Vgl. dazu auch die Übersicht der Rechtsprechung bei *Dreyer/Dubey*, 112 ff.

<sup>157</sup> Siehe in diesem Zusammenhang mit ähnlicher Ausgangslage auch das Urteil des Bundesgerichts 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010, einzusehen unter <[http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=04.12.2010\\_2C\\_57/2010](http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=04.12.2010_2C_57/2010)> (zuletzt besucht am 01.05.2011).

heitsdirektion des Kantons Zürich verweigerte ihm die Zulassung, da die Tätigkeit als Naturheilpraktiker im zürcherischen Recht nicht vorgesehen sei. Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde ab. In Bezug auf das BGBM stellte das Bundesgericht fest, dass das Binnenmarktgesetz die Rechtstellung von auswärtigen Anbietern im interkantonalen bzw. interkommunalen Verhältnis regle, nicht aber diejenige der Ortsansässigen.<sup>158</sup> Das Binnenmarktgesetz beziehe sich auf den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr, sage aber nichts aus über die Niederlassung.<sup>159</sup> Die Auffassung, das Herkunftsortsprinzip des BGBM gelte auch für die Niederlassungsfreiheit, stehe im Widerspruch zum klaren Wortlaut von Art. 2 aBGBM und den allgemeinen Grundsätzen des territorialen Geltungsbereichs verschiedener Rechtsordnungen.<sup>160</sup> Da der Beschwerdeführer beabsichtige, sich mit der Eröffnung einer Praxis im Kanton Zürich niederzulassen, könne er sich nicht auf Art. 2 aBGBM berufen.<sup>161</sup>

In **BGE 125 I 276 (Zahnprothetiker)** bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung.<sup>162</sup> *In casu* ging es um einen Zahnprothetiker mit zürcherischen Fähigkeitsausweis, der im Kanton Graubünden um Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung als Zahnprothetiker ersuchte. Diese wurde ihm verweigert mit der Begründung, der Beruf des Zahnprothetikers sei in der kantonalen Gesetzgebung nicht vorgesehen. Die gegen den Abweisungsentscheid des Verwaltungsgerichts erhobene staatsrechtliche Beschwerde wies das Bundesgericht ab. Massgebend für den freien Marktzugang für den Waren- und Dienstleistungsverkehr sei das Herkunftsprinzip, das gelte jedoch nicht für die Niederlassung.<sup>163</sup> Wer sich in einem Kanton niederlassen wolle, habe sich nach dem dort geltenden Recht zu richten und könne sich nicht darauf berufen, in einem anderen Kanton würden für eine entsprechende Niederlassung andere Regeln gelten.<sup>164</sup> Gemäss dem Bundesgericht ergebe sich nämlich bereits aus Art. 3 Abs. 1 aBGBM, dass sich die möglichen Einschränkungen nur auf ortsfremde, d.h. nicht im Bestimmungskanton niedergelassene, Anbieter bezögen.<sup>165</sup> Für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Niederlassung zulässig ist, sei alleine das Recht des Niederlassungskantons massgebend.<sup>166</sup> Da der Beruf des Zahnprothetikers nur mittels stationärer Einrichtungen ausübbar sei, könne er nur am Ort der Niederlassung ausgeübt werden.<sup>167</sup> Interkantonaler freier Dienstleistungsverkehr bedeute in diesem Kontext lediglich, dass ein Zahnprothetiker in einer ausserkantonalen Praxis auch Patienten aus dem Kanton Graubünden behandeln dürfe; sobald aber eine Praxis im Kanton Graubünden eröffnet werden solle, sei dies keine Frage des interkantonalen Dienstleistungsverkehrs, sondern ein rein innerkantonaler Sachverhalt<sup>168</sup>, der

---

<sup>158</sup> BGE 125 I 322 E. 2.b), unter Berufung auf Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1285, sowie *Cottier/Wagner*, AJP 1995, 1583.

<sup>159</sup> BGE 125 I 322 E. 2.b).

<sup>160</sup> BGE 125 I 322 E. 2.c).

<sup>161</sup> BGE 125 I 322 E. 2.d).

<sup>162</sup> In der Botschaft wird von einem Grundsatzentscheid gesprochen, Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 472.

<sup>163</sup> BGE 125 I 276, E. 4.b).

<sup>164</sup> BGE 125 I 276, E. 4.b).

<sup>165</sup> BGE 125 I 276, E. 4.b).

<sup>166</sup> BGE 125 I 276, E. 4.d).

<sup>167</sup> BGE 125 I 276, E. 4.g).

<sup>168</sup> Siehe für einen solchen auch BGE 125 I 267, E. 3.c).

– unter Vorbehalt der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen<sup>169</sup> – nicht unter das Binnenmarktgesetz falle.<sup>170</sup>

In **BGE 128 I 92 (Psychotherapeutenverband)** hielt das Bundesgericht nochmals ausdrücklich fest, dass das Binnenmarktgesetz die Kantone nicht verpflichte, Psychotherapeuten, die in einem anderen Kanton die Berufsausübungsbewilligung erhalten haben, unter denselben Bedingungen – *in casu* ging es um das Erfordernis des Nachweises eines Psychologiestudiums<sup>171</sup> – ebenfalls zuzulassen.<sup>172</sup> Das aBGBM beziehe sich (nur) auf den interkantonalen Waren- und Dienstleistungsverkehr unter Anwendung des Herkunftsortsprinzips, woraus nicht folge, dass die Kantone ihre jeweiligen Anforderungen demjenigen Kanton anpassen müssten, der die geringsten Anforderungen aufstelle.<sup>173</sup>

Durch seine Auslegung des aBGBM beschränkte das Bundesgericht den Anwendungsbereich des freien Marktzugangs daher auf die aktive und passive Dienstleistungsfreiheit, während es die Niederlassungsfreiheit explizit ausgeklammerte.<sup>174</sup> Artikel 2 und 3 aBGBM legte es – in erster Linie gestützt auf den Wortlaut – eng aus. Damit räumte das Bundesgericht dem Föderalismusprinzip gegenüber dem Binnenmarktprinzip den Vorrang ein.<sup>175</sup>

Bezüglich des freien Marktzugangs im Bereich des Waren- und Dienstleistungsverkehrs anerkannte das Bundesgericht die passive Dienstleistungsfreiheit ausdrücklich an.<sup>176</sup> Diese konnte aber bereits vor Inkrafttreten des BGBM weitgehend beschränkungslos in Anspruch genommen werden.<sup>177</sup> In Bezug auf die aktive Dienstleistungsfreiheit stellte das Bundesgericht lediglich fest, dass eine Wohnsitzpflicht als Voraussetzung für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Bestimmungskanton einen Verstoß gegen Art. 2 aBGBM darstelle.<sup>178</sup> Aufgrund mangelnder Kasuistik zur aktiven Dienstleistungsfreiheit und vor dem Hintergrund der föderalismusfreundlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts darf allerdings bezweifelt werden, ob im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit ein Dienstleister seine Leistung – unter Inanspruchnahme des Herkunftsortsprinzips – im Bestimmungskanton auch dann hätte beschränkungslos ausüben können, wenn er dort nicht zur Berufsausübung zugelassen gewesen wäre.<sup>179</sup> So gesehen hat das Bundesgericht zumindest Teile der aktiven Dienstleistungsfreiheit dem Prinzip des freien Marktzugangs unterstellt. Die Korrespondenzdienstleistungen, d.h. Dienstleistungen, bei denen nur die Leistung selbst eine Kantongrenze überschreitet, wurden in **BGE 125 I 474 (Arzneimittel-**

<sup>169</sup> Siehe dazu unten C.II.2.

<sup>170</sup> BGE 125 I 276, E. 4.g).

<sup>171</sup> Die Problematik der Zugangsschranke durch das Erfordernis des Nachweises eines Psychologiestudiums wird in Zukunft mit dem Inkrafttreten des Psychologieberufegesetz (PsyG), das den Berufszugang für Psychologen bundesrechtlich normiert, hinfällig. Vgl. Botschaft zum Psychologieberufegesetz BBl 2009, 6897 ff. Zum PsyG siehe auch *Bruggler* *Schmidt*/  
*Tremp*, Rn. 13 ff.

<sup>172</sup> BGE 128 I 92, E. 3.

<sup>173</sup> BGE 128 I 92, E. 3.

<sup>174</sup> *Diebold*, ZBl 2010, 136.

<sup>175</sup> Vgl. Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 472.

<sup>176</sup> So im Zahnprothetikerfall, BGE 125 I 276, E. 4.g).

<sup>177</sup> So auch *Diebold*, ZBl 2010, 137.

<sup>178</sup> Unveröffentlichter BGE vom 10. August 2005, Auszüge abgedruckt in ZBl 2006, 254.

<sup>179</sup> *Diebold*, ZBl 2010, 139 f.

**versand)**<sup>180</sup> als Gegenstand von Art. 2 aBGBM angesehen.<sup>181</sup> Das Bundesgericht hielt fest, dass der Postversand von Arzneimitteln in den Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes falle, da die Handels- und Gewerbefreiheit unter anderem die Herstellung und den Verkauf von Heilmitteln sowie die Tätigkeit des freien Berufs des Apothekers schütze.<sup>182</sup>

Die elfjährige Rechtsprechungsphase des Bundesgerichts vor dem Inkrafttreten des revidierten BGBM (1995-2006) war geprägt vom bereits erläuterten Spannungsverhältnis zwischen der Wirtschaftsfreiheit und dem Föderalismusprinzip. Das Bundesgericht hat dabei die Wirtschaftsfreiheit eher zurückhaltend angewandt und in der Regel dem Föderalismusprinzip den Vorzug gegeben.<sup>183</sup> Zusammenfassend kam im schweizerischen Binnenmarkt vor der Revision des BGBM aufgrund des eingeschränkten Anwendungsbereichs des Art. 2 aBGBM für sich niederlassende Wirtschaftsteilnehmer nur ein Rückgriff auf die verfassungsmässigen Rechte, insbesondere die Wirtschaftsfreiheit (vor der Verfassungsrevision die Handels- und Gewerbefreiheit), in Frage, ohne dass etwa ein spezifisch auf die gewerbliche Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit anwendbares Diskriminierungsverbot zum Zuge gekommen wäre.<sup>184</sup> So waren die sich innerhalb der Schweiz niederlassenden Personen gegenüber den Personen, die sich auf das Freizügigkeitsabkommen, das im Jahre 2002 in Kraft getreten war, berufen konnten, benachteiligt.<sup>185</sup> Das Binnenmarktgesetz galt aber immerhin für die passive und teilweise für die aktive Dienstleistungsfreiheit sowie für die Warenverkehrsfreiheit.

Das Bundesgericht sah das Hindernis für eine Ausdehnung des Rechts auf freien Marktzugang auf die Niederlassungsfreiheit im Wortlaut des Gesetzes, so dass es letztlich der Gesetzgeber in der Hand hatte, eine entsprechende Ausdehnung durch eine Anpassung des Binnenmarktgesetzes vorzunehmen.<sup>186</sup> Dies wurde mit der Revision und der damit verbundenen Einführung eines Art. 2 Abs. 4 BGBM angestrebt.

## **bb) Heutige Rechtslage**

Nach dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 4 BGBM – der im Zuge der Revision des BGBM 2006 in das Gesetz aufgenommen wurde – gilt heute der freie Marktzugang unter Anwendung des Herkunftsortsprinzips auch für sich in einem anderen Kanton niederlassende Personen und zwar auch dann, wenn die Erstniederlassung am Herkunftsort aufgegeben wird. Damit gilt das Herkunftsortsprinzip – entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>187</sup> – auch für die Niederlassung. Diese Niederlassungsfreiheit ermöglicht in erster Linie die vereinfachte Eröffnung einer ausserkantonalen Zweitniederlassung.<sup>188</sup> Die Aufsicht über die Einhaltung der Vorschriften

---

<sup>180</sup> Originalentscheid französisch, deutsche Übersetzung in Pra 89(2000) Nr. 177, 1069 ff.

<sup>181</sup> BGE 125 I 474, E. 2.d); vgl. *Diebold*, ZBl 2010, 137.

<sup>182</sup> BGE 125 I 474, E. 2.d).

<sup>183</sup> So auch *Dreyer/Dubey*, 124.

<sup>184</sup> *Diebold*, ZBl 2010, 140.

<sup>185</sup> Vgl. *Dreyer/Dubey*, 129.

<sup>186</sup> Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 473.

<sup>187</sup> Siehe oben, C.II.1.a)aa).

<sup>188</sup> *Diebold*, ZBl 2010, 141.

der Erstniederlassung soll dabei den Behörden des Bestimmungsorts zukommen.<sup>189</sup> Eine solche Ausdehnung des Herkunftsortsprinzip auf die Niederlassungsfreiheit hat zur Folge, „dass die Betroffenen nicht verpflichtet sind, am Bestimmungsort eine Bewilligung für die Ausübung ihrer Tätigkeit einzuholen, sondern diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung ausüben können“<sup>190</sup>. Der Aufnahmekanton ist daher nicht mehr berechtigt, eine von ihm ausgestellte Bewilligung zu verlangen und die Ausstellung an das Vorhandensein weiterer Voraussetzungen zu knüpfen.<sup>191</sup> Entsprechendes dürfte wohl auch für den Bereich der aktiven Dienstleistungsfreiheit gelten.

Im Sinne der neu geschaffenen Rechtsgrundlagen entschied das Bundesgericht in **BGE 135 II 12 (Psychotherapeutin)**<sup>192</sup>, dass sich eine im Kanton Graubünden zugelassene Psychotherapeutin für die Zulassung zur selbständigen Berufsausübung im Kanton Zürich auf das BGBM berufen kann.<sup>193</sup> Das Bundesgericht nimmt in diesem Entscheid explizit auf seine bisherige Rechtsprechung zum aBGBM und die Gesetzesrevision Bezug und erwähnt, dass durch die Ausdehnung des freien Marktzugangs nach Massgabe der Herkunftsvorschriften auf die gewerbliche Niederlassung die berufliche Mobilität innerhalb der Schweiz zusätzlich erleichtert sowie die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft gestärkt werden solle.<sup>194</sup>

In **BGE 134 II 329 (Anwaltspraktikantenausbildung)**<sup>195</sup> sah das Bundesgericht eine Regelung zur Ausbildung von Anwaltspraktikanten des Kantons Waadt, wonach nur im kantonalen Register eingetragene Anwälte, die während mindestens fünf Jahren im Kanton Waadt praktiziert haben, zur Anstellung und Ausbildung von Praktikanten zugelassen sind,<sup>196</sup> als vom Anwendungsbereich des Binnenmarktgesetzes erfasst an. Der Kanton Waadt stützte seine Ausnahmeregelung auf Art. 3 Abs. 1 BGFA, der den Kantonen erlaubt, im Rahmen des Anwaltsgesetzes die Anforderungen für den Erwerb des Anwaltspatentes autonom festzulegen. Nach Art. 2 Abs. 4 BGBM müsste jedoch ein Anwalt, der in seinem Herkunftskanton zur Ausbildung von Anwaltspraktikanten zugelassen ist, auch im Bestimmungskanton zur Ausbildungstätigkeit zugelassen werden.<sup>197</sup> Das Bundesgericht führte dazu aus, dass die Kantone nicht über den Vorbehalt des BGFA, der einzig die Regelung der Anforderungen für den Erwerb des Anwaltspatents betrifft, den Kern des Prinzips des freien Marktzugangs – der auch für Anwälte gelte – verletzen dürften.<sup>198</sup> Für eine Beschränkung des durch das BGBM gewährleisteten freien Marktzugangs müssten jedenfalls die Voraussetzungen dieses Gesetzes erfüllt sein.<sup>199</sup> Damit hatte das Bundesgericht auch die Frage geklärt, in welchem Verhältnis das grundsätzlich spätere und

---

<sup>189</sup> Art. 2 Abs. 4 in fine BGBM.

<sup>190</sup> Botschaft Änderung BGBM, BB1 2004, 484.

<sup>191</sup> *Diebold*, ZBl 2010, 142.

<sup>192</sup> Siehe zu diesem Entscheid *Brugger Schmidt/Tremp*, Rn. 1 ff.

<sup>193</sup> BGE 135 II 12, E. 2.1.

<sup>194</sup> BGE 135 II 12, E. 2.1., unter Berufung auf Botschaft Änderung BGBM, BB1 2004, 481.

<sup>195</sup> Originalentscheid französisch, deutsche Übersetzung in *Pra* 98(2009) Nr. 41, 259 ff. Zu diesem Entscheid auch *Blanc/Iynedjian*, *Anwaltsrevue* 2009, 41 ff.

<sup>196</sup> Vgl. auch *Diebold*, ZBl 2010, 142 f.

<sup>197</sup> *Diebold*, ZBl 2010, 143.

<sup>198</sup> BGE 134 II 329, E. 5.4.

<sup>199</sup> BGE 134 II 329, E. 5.4.

spezifischere BGFA zum davor erlassenen, aber später nochmals revidierten BGBM steht.<sup>200</sup>

Wie oben dargestellt, gewährleistet das BGBM den freien Marktzugang auf der Grundlage des Herkunftsortsprinzips demnach für die Warenverkehrs-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit. Allerdings gilt der Grundsatz des freien Marktzugangs nicht absolut. Unter Beachtung der Gleichwertigkeitsvermutung kantonaler und kommunaler Marktzugangsordnungen in Art. 2 Abs. 5 BGBM werden in Art. 3 BGBM die Voraussetzungen genannt, unter welchen Beschränkungen ausnahmsweise zulässig sind.

## b) Gleichwertigkeitsvermutung

Im Rahmen der zweistufigen Prüfung für zulässige Beschränkungen des freien Marktzuganges nach BGBM obliegt es in einem ersten Schritt dem Aufnahmekanton darzulegen, dass die generell-abstrakten Zulassungsvorschriften des Herkunftskantons entgegen der gesetzlichen Vermutung von Art. 2 Abs. 5 BGBM<sup>201</sup> nicht gleichwertig sind.<sup>202</sup> Das Bundesgericht hatte sich im **Arzneimittelversand-Fall**<sup>203</sup> bereits vor der Revision und der damit verbundenen Einführung des Art. 2 Abs. 5 BGBM zu dieser Gleichwertigkeitsprüfung geäußert.<sup>204</sup> Es hielt fest, dass das *Cassis-de-Dijon*-Prinzip aus dem EU-Recht, das bei der Übernahme ins BGBM an die schweizerische Rechtsordnung angepasst wurde, die Vermutung begründe, dass die kantonalen Zulassungsvoraussetzungen für die Ausübung bestimmter Erwerbsarten, die den Schutz der Wirtschaftsfreiheit geniessen, gleichwertig seien.<sup>205</sup> Damit könne eine Person, die in einem Kanton zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit zugelassen worden sei, diese Tätigkeit in allen Kantonen ausüben, ausser es werde im konkreten Einzelfall der Nachweis erbracht, dass diese Vermutung nicht zutreffe.<sup>206</sup> Allfällige überwiegende öffentliche Interessen blieben dabei aber grundsätzlich vorbehalten.<sup>207</sup> Das Bundesgericht urteilte, dass ein auswärtiger Anbieter nicht beweisen müsse, dass die seiner Wirtschaftstätigkeit am Bestimmungsort entgegenstehende Regelung unverhältnismässig sei.<sup>208</sup> Vielmehr müsse der Bestimmungskanton bewiesen, dass die am Herkunftsort geltende Norm es nicht ermögliche, den angestrebten Schutzstandard zu erreichen.<sup>209</sup> In Anwendung dieser Grundsätze auf den konkreten Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Kanton Waadt, der den regelmässigen Versandhan-

<sup>200</sup> Siehe ausführlich BGE 134 II 329, E. 5.2 f. Das BGBM war auch auf den Beruf des Rechtsanwalts anwendbar, bevor das BGFA 2002 in Kraft getreten ist, vgl. BGE 123 I 313, E. 4.a). Siehe zum Verhältnis des BGBM zum BGFA etwa *Dreyer/Dubey*, 152 ff.

<sup>201</sup> Siehe hierzu ausführlich *Rivière*, SJER 2004/05, 219 ff.

<sup>202</sup> *Diebold*, ZBl 2010, 145.

<sup>203</sup> BGE 125 I 474, siehe dazu auch oben C.II.1.a)aa).

<sup>204</sup> In diversen weiteren Fällen kam das Bundesgericht gar nicht bis zur Prüfung der Gleichwertigkeit, da es bereits aufgrund seiner restriktiven und föderalismusfreundlichen Rechtsprechung den Anwendungsbereich des BGBM im Niederlassungsfalle als nicht eröffnet ansah, so beispielsweise in BGE 128 I 92, E. 3.

<sup>205</sup> BGE 125 I 474, E. 3; Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1214 und 1257.

<sup>206</sup> BGE 125 I 474, E. 3.

<sup>207</sup> BGE 125 I 474, E. 3; Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1257.

<sup>208</sup> BGE 125 I 474, E. 3.

<sup>209</sup> BGE 125 I 474, E. 3, mit Verweis auf *Wunder*, 159.

del von Medikamenten untersagte, nicht hinreichend beweisen habe, dass das Niveau des Schutzes des Lebens und der Gesundheit des Menschen, welches durch die im Herkunftskanton geltenden Vorschriften gewährleistet wird, ungenügend sei.<sup>210</sup>

In **BGE 123 I 313 (Leumundszeugnis)** bejahte das Bundesgericht die Gleichwertigkeit kantonaler Zulassungsvoraussetzungen in Bezug auf das Erfordernis der Beibringung eines guten Leumunds für die Zulassung zur anwaltlichen Tätigkeit. Das Recht zur Ausübung des Anwaltsberufes werde in den Kantonen regelmässig an einen guten Leumund bzw. an das Erfordernis der Ehrenhaftigkeit und Vertrauenswürdigkeit geknüpft, so dass angenommen werden dürfe, dass sich die kantonalen Anforderungen nicht wesentlich unterschieden.<sup>211</sup> Insofern werde die Schutzwirkung, die der Kanton Bern mit der Vorlegung eines Leumundszeugnisses anstrebt, bereits durch die Vorschriften des Herkunftskantons Zürich erzielt.<sup>212</sup> Der ausserkantonale Anwalt war daher ohne weitere Prüfung oder Einreichung gewisser Dokumente, wie etwa einem Strafregisterauszug, zum Anwaltsberuf im Bestimmungskanton zuzulassen.<sup>213</sup>

Nach Ansicht des Bundesgerichts waren die Kantone demnach bereits vor der ausdrücklichen Niederschrift der Gleichwertigkeitsvermutung in Art. 2 Abs. 5 BGBM für Beschränkungen des freien Marktzuganges verpflichtet zu beweisen, dass die Schutzvorschriften im Herkunftskanton des Antragstellers ungenügend sind.

Im **Psychotherapeutin-Fall**<sup>214</sup> konnte sich das Bundesgericht zur Gleichwertigkeitsprüfung nach der Revision des BGBM äussern. Es schützte in diesem Fall den Entscheid des zürcherischen Verwaltungsgerichts, der Gesuchstellerin, gestützt auf die Regeln des BGBM, die Bewilligung zur selbständigen Ausübung eines reglementierten Berufs zu erteilen.<sup>215</sup> Das Verwaltungsgericht stellte in seiner Entscheidung die Voraussetzungen für die Erteilung einer Bewilligung zur Ausübung des Psychotherapeutenberufs nach den massgeblichen Bestimmungen des Kantons Graubünden jenen des Kantons Zürich gegenüber und kam dabei zum Ergebnis, dass beide Regelungen identische öffentliche Interessen – nämlich ausreichenden Gesundheits- resp. Patientenschutz – verfolgten. Daher sei von gleichwertigen Zulassungssystemen im Sinne des Art. 2 Abs. 5 BGBM auszugehen. Bei der Bejahung der Gleichwertigkeit bestehe von vorneherein kein Raum mehr für eine Beschränkung nach Art. 3 BGBM.<sup>216</sup> Das vom Kanton Zürich angerufene Bundesgericht führte dazu aus, dass sich die Vorgehensweise des zürcherischen Verwaltungsgerichts nicht beanstanden lasse<sup>217</sup> und es daher zulässigerweise von der Gleichwertigkeit beider Zulassungssysteme ausgehen durfte<sup>218</sup>. Es stellte ausserdem fest, dass sich die gesetzliche Vermutung der Gleichwertigkeit von Art. 2 Abs. 5 BGBM auf die Marktzugangsordnung selber beziehe, wie sie sich aus den massgeblichen generell-abstrakten Bestimmungen im kantonalen bzw. kommunalen Recht sowie der darauf gegründeten Praxis ergäben.<sup>219</sup> Die Vermutung verlöre nämlich ihren Sinn, wenn die fachliche Befähigung

---

<sup>210</sup> BGE 125 I 474, E. 4.e)cc).

<sup>211</sup> BGE 123 I 313, E. 4.c), mit weiteren Hinweisen.

<sup>212</sup> BGE 123 I 313, E. 4.c).

<sup>213</sup> BGE 123 I 313, E. 4.d).

<sup>214</sup> BGE 135 II 12, siehe dazu auch oben C.II.1.a)bb).

<sup>215</sup> Kritisch dazu *Brugger Schmidt/Tremp*, Rn. 10 ff.

<sup>216</sup> Vgl. BGE 135 II 12, E. 2.2.

<sup>217</sup> BGE 135 II 12, E. 2.4 erster Satz.

<sup>218</sup> BGE 135 II 12, E. 2.5 erster Satz.

<sup>219</sup> BGE 135 II 12, E. 2.4.

gung des Antragstellers vom Bestimmungskanton abermals individuell (rück-) überprüft werden müsste.<sup>220</sup> Eine Rücküberprüfung kann höchstens dann angebracht sein, wenn trotz vorliegender Bewilligung erhebliche Zweifel über die Erfüllung der Voraussetzungen des Herkunftskantons bestehen, resp. die Anforderungen des Herkunftskantons inzwischen nicht mehr erfüllt sind.<sup>221</sup>

Ist die Gleichwertigkeit gegeben, so kann der Anbieter unter Anwendung des Herkunftsortsprinzips nach Massgabe der Voraussetzungen seines Herkunftskantons auch im Bestimmungskanton tätig werden. Sein Zugang zum Bestimmungskanton kann auch unter den Voraussetzungen des Art. 3 BGBM eingeschränkt werden.

Zu verneinen dürfte die Gleichwertigkeit der generell-abstrakten Zulassungsvorschriften zweier Kantone etwa dann sein, wenn ein Beruf im Herkunftskanton bewilligungsfrei ausgeübt werden kann, der Bestimmungskanton aber hierfür eine Bewilligung verlangt.<sup>222</sup> Betroffen ist hier die Kompetenz der Kantone, die Frage der Reglementierung der Berufsausübung autonom zu regeln. Dasselbe muss für Fälle gelten, in denen der im Herkunftskanton ausgeübte Beruf im Bestimmungskanton als solcher gar nicht existiert.<sup>223</sup> So war im **Zahnprothetikerfall**<sup>224</sup> der Beruf des Zahnprothetikers in der Gesetzgebung des Kantons Graubünden gar nicht vorgesehen<sup>225</sup>, die Tätigkeit wurde vielmehr den Zahnärzten vorbehalten<sup>226</sup>.

Im Rahmen der Gleichwertigkeitsprüfung können teilweise – wenn auch nur in beschränktem Ausmass<sup>227</sup> – auch Aspekte des öffentlichen Interesses einfließen, etwa wenn beurteilt werden muss, ob in den zwei untersuchten Kantonen unterschiedliche oder die gleichen öffentlichen Interessen geschützt werden und ob der Bestimmungskanton bei gleichen Interessen ein höheres Schutzniveau anstrebt.<sup>228</sup> Allerdings ist die Einbeziehung des öffentlichen Interesses in die Gleichwertigkeitsbeurteilung der Zulassungsvorschriften systematisch nicht zu verwechseln mit der Frage der Rechtfertigung von Beschränkungen im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 lit. b BGBM.<sup>229</sup> Bei der Gleichwertigkeitsprüfung ist nämlich vorerst noch nicht zu prüfen, ob die strengeren Zulassungsvoraussetzungen auch verhältnismässig im Sinne von Art. 3 BGBM sind.

Gelingt es dem Bestimmungskanton nachzuweisen, dass die generell-abstrakten Zulassungsvorschriften des Herkunftskantons entgegen der Vermutung des BGBM nicht gleichwertig sind, so ist die Zulassungsbeschränkung des Bestimmungskantons noch nicht ohne weiteres auch zulässig. Vielmehr muss zusätzlich in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob die Beschränkung die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM erfüllt.

---

<sup>220</sup> BGE 135 II 12, E. 2.4.

<sup>221</sup> *Diebold*, ZBl 2010, 144, mit weiteren Hinweisen.

<sup>222</sup> Siehe dazu den unveröffentlichten BGE 2P.362/1998 vom 06.07.1999, Auszüge abgedruckt in ZBl 2000, 496 ff., in dem es um die Erteilung einer Bewilligung zur Führung eines Gastwirtschaftsbetriebes ging. Vgl. auch *Diebold*, ZBl 2010, 145 f.; *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 48.

<sup>223</sup> Ausdrücklich BGE 125 I 322, E. 4.b): „Insbesondere sind die Kantone [...] nicht verpflichtet, Berufe zuzulassen, die als solche in der kantonalen Gesetzgebung gar nicht vorgesehen sind“. Vgl. auch *Dreyer/Dubey*, 122 und 123.

<sup>224</sup> BGE 125 I 276, siehe dazu oben C.II.1.a)aa).

<sup>225</sup> BGE 125 I 276, E. 3.b).

<sup>226</sup> BGE 125 I 276, E. 4.g).

<sup>227</sup> *Diebold*, ZBl 2010, 146.

<sup>228</sup> Vgl. auch *Diebold*, ZBl 2010, 146.

<sup>229</sup> *Diebold*, ZBl 2010, 146.

### c) Beschränkungs Voraussetzungen

Nach Art. 3 Abs. 1 BGBM darf der freie Marktzugang den ortsfremden Anbietern nicht verweigert werden.

Dieser Satz 1 des Art. 3 Abs. 1 BGBM wurde im Zuge der Revision in das Gesetz aufgenommen<sup>230</sup> und hat weitreichende Konsequenzen. So scheint eine komplette Verweigerung der Berufsausübung einer in einem anderen Kanton zugelassenen Person nämlich auch in den Fällen nicht mehr möglich zu sein, in denen der betroffene Beruf im Bestimmungskanton als solcher gar nicht existiert oder dessen Ausübung verboten ist.<sup>231</sup> Damit dürfte in diesen Fällen die Prüfung der Marktzugangsverweigerung anhand der Kriterien von Art. 3 BGBM ausgeschlossen sein, und zwar auch dann, wenn im Rahmen der zweistufigen Prüfung auf erster Stufe eine Gleichwertigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 5. BGBM verneint werden musste.<sup>232</sup> Allerdings steht es den Kantonen frei, für den entsprechenden Marktzutritt strenge Auflagen und Bedingungen im Sinne des Art. 3 BGBM zu verlangen. Eine komplette Verweigerung des Marktzutritts ist aufgrund des deutlichen Wortlauts von Art. 3 Abs. 1 BGBM keinesfalls möglich. So hielt das Bundesgericht in **BGE 132 I 97 (Abbaye de Fleurier)**<sup>233</sup> fest, dass für die Vergabe von einer im Voraus festgelegten Anzahl von Jahrmarktplätzen ein System vorzusehen sei, das nicht lokale Marktteilnehmer nicht derart systematisch ausschliesse, dass diese nicht eines Tages einen Platz auf dem Jahrmarkt erhalten könnten.<sup>234</sup>

Beschränkungen, die in Form von Auflagen oder Bedingungen ausgestaltet sind, können zulässig sein, wenn sie nichtdiskriminierend, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig ausgestaltet sind.<sup>235</sup> An erster Stelle ist demnach zu untersuchen, wie der Begriff der Beschränkung im Sinne von Art. 3 BGBM auszulegen ist. Weder das Gesetz noch die Materialien konkretisieren diesen Begriff.<sup>236</sup> In Anlehnung an die vom EuGH im Urteil *Dassonville*<sup>237</sup> entwickelte Formel könnte man annehmen, dass immer dann eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt vorliegt, wenn ein rechtsetzender Akt das Anbieten von Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen „mittelbar oder unmittelbar, tatsächlich oder potentiell“ begrenzt.<sup>238</sup> Ein derart weites Verständnis könnte aber über die vom Gesetzgeber mit dem BGBM beabsichtigten Wirkungen hinausgehen.<sup>239</sup> In **BGE 128 I 295 (Werbeverbot)**<sup>240</sup> liess das Bundesgericht die Frage offen, ob der Beschränkungs begriff des Binnenmarktgesetzes demjenigen der Grundfreiheiten im EU-Recht entspricht und ob insbesondere die dort entwickelte *Keck*-Recht-

<sup>230</sup> Siehe zur Version des Entwurfs des Bundesrates, in der noch vorgesehen war, dass ortsfremden Anbietern der Marktzugang „grundsätzlich“ nicht verweigert werden dürfe und Einschränkungen „in der Regel“ in Form von Auflagen oder Bedingungen zu erfolgen hätten (BB1 2005, 506), sowie der Streichung dieser Begriffe durch die Kommission des Ständerates ausführlich *Diebold*, ZBl 2010, 147 f.

<sup>231</sup> *Diebold*, ZBl 2010, 148.

<sup>232</sup> *Diebold*, ZBl 2010, 148.

<sup>233</sup> Originalentscheid französisch, deutsche Übersetzung in Pra 96(2007) Nr. 2, 4 ff.

<sup>234</sup> BGE 132 I 97, E. 3.

<sup>235</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. a-c BGBM.

<sup>236</sup> So BGE 128 I 295, E. 4.c)aa).

<sup>237</sup> EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, 837.

<sup>238</sup> Vgl. EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, 837, Rz. 5. Siehe dazu in Bezug zur Schweiz auch *Wunder*, 213 f., der im Ergebnis diese Konzeption ablehnt (214).

<sup>239</sup> So auch das Bundesgericht in BGE 128 I 295, E. 4.c)aa).

<sup>240</sup> Originalentscheid französisch, deutsche Übersetzung in Pra 92(2003) Nr. 79, 417 ff.

sprechung<sup>241</sup> auch auf das BGBM zu übertragen ist.<sup>242</sup> Das Bundesgericht hielt fest, dass selbst bei der Annahme, das kantonale Werbeverbot für Alkohol und Tabak auf öffentlichem Grund schränke den Grundsatz des freien Zugangs zum Markt ein, die Voraussetzungen von Art. 3 aBGBM für eine Abweichung vom Grundsatz erfüllt seien.<sup>243</sup> Obwohl das kantonale Werbeverbot durchaus als kantonale Massnahme hätte qualifiziert werden können, die unter Heranziehung der Grundsätze der *Keck*-Rechtsprechung nicht geeignet sein kann, den interkantonalen Handel zu behindern, bevorzugte das Bundesgericht *in casu* eine Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für Beschränkungen nach Art. 3 BGBM. Auf die Frage der Gleichwertigkeit der Zulassungsvorschriften ging das Bundesgericht nur nebenbei ein und hielt fest, dass im Übrigen nicht ersichtlich sei, wie die in anderen Kantonen geltenden Vorschriften zum Schutz derselben Rechtsgüter denselben Grad des Schutzes der Bevölkerung erreichen könnten, wie das in Frage stehende Verbot der Werbung für Alkohol und Tabak auf öffentlichem Grund.<sup>244</sup>

Als Beschränkungen im Sinne des BGBM kommen damit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich alle Arten von Behinderungen des freien Marktzuganges in Frage, so beispielsweise auch Zulassungsbeschränkungen für Ärzte<sup>245</sup>. Eine zulässige Beschränkung muss aber die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM erfüllen. Die Beschränkungen des freien Marktzugangs sind dabei in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten. Den Kantonen verbleibt über das „Ventil“ der zulässigen Auflagen und Bedingungen von Art. 3 BGBM ein nicht unerheblicher Spielraum, die durch das Herkunftsortsprinzip einhergehenden Einschnitte in das Föderalismusprinzip abzuschwächen.<sup>246</sup> Die Möglichkeit, den Marktzugang einschränkende Auflagen und Bedingungen vorzusehen, dient in gewisser Weise der Entschärfung des grundsätzlichen Spannungsverhältnisses zwischen Föderalismus- und Binnenmarktprinzip. Entscheidend ist die Qualifikation einer kantonalen oder kommunalen Vorschrift als Auflage oder Bedingung im Sinne des Art. 3 BGBM. Häufig wird die Auflage oder Bedingung in der Form des Erfordernisses eines bestimmten Fähigkeitsnachweises verlangt; für sie gilt insoweit Art. 4 BGBM.<sup>247</sup>

Das Binnenmarktgesetz sieht für die Zulässigkeit von Beschränkungen des freien Marktzugangs drei kumulative<sup>248</sup> Voraussetzungen vor. Erstens müssen nach Art. 3 Abs. 1 lit. a BGBM die Auflagen oder Bedingungen des Bestimmungskantons gleichermaßen auch für ortsansässige Personen gelten. Obwohl das Diskriminierungsverbot im BGBM – ausser im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrechts<sup>249</sup> – nicht den Status eines materiellen Grundsatzes hat, findet es hier seinen berechtigten Niederschlag.<sup>250</sup> Dem Bestimmungskanton wird damit untersagt, an ortsfremde andere und insbesondere strengere Anforderungen zu stellen als für die ortsansässigen Erwerbstätigen. Zweitens müssen diese Anforderungen nach Art. 3 Abs. 1 lit. b BGBM

---

<sup>241</sup> EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097.

<sup>242</sup> BGE 128 I 295, E. 4.c)cc). Befürwortend *Martenet/Rapin*, 67.

<sup>243</sup> BGE 128 I 295, E. 4.c)cc).

<sup>244</sup> BGE 128 I 295, E. 4.c)cc).

<sup>245</sup> Vgl. dazu ausführlich BGE 130 I 26, insbes. E. 7.1.2.

<sup>246</sup> Vgl. auch *Diebold*, ZBl 2010, 148 f.

<sup>247</sup> Siehe dazu ausführlich weiter unten, C.II. 2.

<sup>248</sup> Siehe nur etwa BGE 125 I 474, E. 2.c).

<sup>249</sup> Siehe dazu unten, C.II.3.

<sup>250</sup> Vgl. *Diebold*, ZBl 2010, 135.

zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen – etwa Schutz des Lebens oder der Gesundheit der Menschen<sup>251</sup> – unerlässlich sein und drittens nach lit. c auch der Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten. Die Prüfung der Unerlässlichkeit für die Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen spielt in die Frage der Erforderlichkeit einer Massnahme hinein, die im Rahmen der Verhältnismässigkeit geprüft wird. Wird die zweistufige Prüfung – zuerst Gleichwertigkeitsvermutung von Art. 2 Abs. 5, dann Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM – strikt eingehalten, so dürfte das überwiegende öffentliche Interesse an der Beschränkung nicht nochmals dargelegt werden müssen, weil es bereits im Rahmen der Überprüfung der Gleichwertigkeitsvermutung dazu geführt hat, dass diese umgestossen werden konnte. Die Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen wird daher nur wohl noch in Ausnahmefällen geprüft.<sup>252</sup> Zudem listet Art. 3 Abs. 2 lit. a BGBM eine Massnahme, deren angestrebte Schutzwirkung bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird, als unverhältnismässig auf. Von grösserer Bedeutung ist deshalb die Prüfung der Verhältnismässigkeit. Unverhältnismässig sind – *per definitionem* im Gesetz – insbesondere Massnahmen, die verlangen, dass zur Ausübung der Erwerbstätigkeit die Niederlassung oder der Sitz an den Bestimmungsort verlegt wird sowie Massnahmen, die genügende Sicherheiten und Nachweise, die vom Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht wurden, sowie einschlägige Berufserfahrung im Herkunftskanton nicht berücksichtigen.<sup>253</sup> Das Verhältnismässigkeitsprinzip muss spezifisch im Hinblick auf die Ziele des Binnenmarktgesetzes beurteilt werden.<sup>254</sup>

Eine Auflistung von unverhältnismässigen Anforderungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichts findet sich in **BGE 125 I 335 (Akupunkteurin)**.<sup>255</sup> Das Bundesgericht kam in dieser Entscheidung zum Schluss, dass einer Akupunkteurin ohne Arztdiplom der Zugang zu diesem Beruf nicht vollständig verweigert werden dürfe, vielmehr könne der Bestimmungskanton nämlich durch Auflagen sicherstellen, dass diejenigen, welche Akupunktur ausüben, die erforderlichen Fachkenntnisse aufweisen.<sup>256</sup> Im **Arzneimittelversand-Entscheid**<sup>257</sup> wog das Bundesgericht das private Interesse der Beschwerdeführerin, ihre Tätigkeit des Direktversands von Arzneimitteln im Kanton Waadt auszuüben, und das öffentliche Interesse der Verwirklichung eines einzigen Binnenmarktes gegen die öffentlichen Interessen am Schutze des Lebens und der Gesundheit der Menschen sowie an der Kostensenkung im Gesundheitswesen ab.<sup>258</sup> Es kam zum Schluss, dass das vorgesehene Arzneimittelversandverbot des Kantons Solothurn nicht zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen

---

<sup>251</sup> Vgl. hierzu die nicht abschliessende Aufzählung in Art. 3 Abs. 2 aBGBM. Im Wesentlichen sind jene Interessen angesprochen, die gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit rechtfertigen, vgl. *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 64. Im *Abbaye-de-Fleurier-Fall* (BGE 132 I 97) hat das Bundesgericht festgehalten, dass auch „in der Präsenz von ‚Händlern und Vereinen des Dorfes‘ tatsächlich ein öffentliches Interesse erblickt werden“ könne (E. 3).

<sup>252</sup> Vgl. skeptisch hierzu *Brugger Schmidt/Tremp*, Rn. 16.

<sup>253</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. b, c, d BGBM.

<sup>254</sup> BGE 125 I 474, E. 3.

<sup>255</sup> BGE 125 I 335, E. 3.a) mit weiteren Hinweisen.

<sup>256</sup> BGE 125 I 335, E. 3 ff.

<sup>257</sup> BGE 125 I 474, siehe oben C.II.1.a)aa).

<sup>258</sup> BGE 125 I 474, E. 4.b).

Interesses erforderlich sei und auch nicht dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entspreche.<sup>259</sup>

Sind den Zutritt zum Markt beschränkende Auflagen oder Bedingungen zulässig, weil sie den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM genügen, und erfüllt die antragstellende Person eine dieser Auflagen oder Bedingungen nicht, so ist ihr der Marktzutritt zur gewünschten Erwerbstätigkeit im Bestimmungskanton verwehrt. Insofern erscheint Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BGBM, der jede Verweigerung des freien Marktzutritts verbietet, zumindest auf den ersten Blick widersprüchlich.<sup>260</sup>

Ein ausdrücklich im Gesetz verankertes Protektionismusverbot besagt, dass Beschränkungen, die nach Art. 3 Abs. 1 BGBM zulässig sind, in keinem Fall eine verdeckte Marktzutrittsschranke zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen enthalten dürfen.<sup>261</sup> Dadurch wird nochmals der Grundsatz der Nichtdiskriminierung bekräftigt.

Die Analyse der zweistufigen Prüfung von Einschränkungen des Prinzips des freien Marktzugangs abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass dem Bundesgericht die dogmatisch saubere Trennung von Gleichwertigkeitsprüfung und Beschränkungsvoraussetzungen nicht immer gelingt.<sup>262</sup> So hatte das Bundesgericht es in einem Entscheid zum Erfordernis einer Berufshaftpflichtversicherung für Anwälte<sup>263</sup> unterlassen, vorerst die Gleichwertigkeitsvermutung zu prüfen, sondern ist direkt auf die Frage der Beschränkungsvoraussetzungen von Art. 3 aBGBM eingegangen.<sup>264</sup> Im **Anwaltspraktikantenausbildungs-Fall**<sup>265</sup> liess das Bundesgericht es ebenfalls aus, die Gleichwertigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 5 BGBM zu prüfen, sondern wandte sich direkt den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zu. In diesem Fall wäre voraussichtlich die Vermutung der Gleichwertigkeit nicht zu widerlegen gewesen, dienen doch die Bedingungen zur Anstellung eines Anwaltspraktikanten im Herkunftskanton Genf wie diejenigen des Kantons Waadt den gleichen Schutzinteressen.<sup>266</sup> Die zweistufige Prüfung scheint sich in neueren Entscheiden des Bundesgerichts allerdings durchzusetzen.<sup>267</sup>

---

<sup>259</sup> BGE 125 I 474, E. 4.f).

<sup>260</sup> *Diebold*, ZBl 2010, 148, Fn. 74.

<sup>261</sup> Art. 3 Abs. 3 BGBM.

<sup>262</sup> Siehe dazu auch *Diebold*, ZBl 2010, 146 ff.

<sup>263</sup> Unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts 2P.180/2000 vom 22. Februar 2001, einzusehen unter: <[http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=22.02.2001\\_2P.180/2000](http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=22.02.2001_2P.180/2000)> (zuletzt besucht am 01.05.2011).

<sup>264</sup> BGE 2P.180/2000, E. 3.b).

<sup>265</sup> BGE 134 II 329, siehe oben C.II.1.a)bb).

<sup>266</sup> *Diebold*, ZBl 2010, 147.

<sup>267</sup> So etwa in BGE 135 II 12 und einem unveröffentlichten Urteil des Bundesgerichts 2C\_844/2008 vom 15. Mai 2009, einzusehen unter <[http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=15.05.2009\\_2C\\_844/2008](http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=15.05.2009_2C_844/2008)> (zuletzt besucht am 01.05.2011); vgl. dazu *David Herren*, Höhere bundesgerichtliche Anforderungen an Beschränkungen des freien Marktzugangs, Push-Service Entscheidungen, publiziert am 25. März 2010.

## 2. Anerkennung von Fähigkeitsausweisen

Für die Gewährleistung eines einheitlichen Binnenmarktes ist die gegenseitige Anerkennung von beruflichen Nachweisen ausserordentlich wichtig.<sup>268</sup> Für die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen statuiert Art. 4 Abs. 1 BGBM, dass kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit grundsätzlich auf dem ganzen Gebiet der Schweiz gelten und Beschränkungen nur nach Massgabe von Art. 3 BGBM zulässig sind.<sup>269</sup> Bereits vor dem Erlass des BGBM waren die Kantone aufgrund von Art. 196 Ziff. 4 BV verpflichtet, die gegenseitige Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen zu gewährleisten.<sup>270</sup> Anders als bei der Gewährleistung des freien Marktzuganges nach Art. 2 BGBM gilt der freie Marktzugang hinsichtlich der Fähigkeitsausweise bereits seit Inkrafttreten des BGBM nicht nur in Bezug auf das Anbieten von Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen, sondern auch für die Niederlassung.<sup>271</sup> Das Herkunftsortsprinzip kam daher im Bereich der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen vom Inkrafttreten des BGBM an voll zum Tragen.<sup>272</sup> Die föderalismusfreundliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Anfängen des BGBM hat aber auch die Auslegung des Art. 4 BGBM geprägt.<sup>273</sup> Das Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen beauftragte die Wettbewerbskommission im Juli 2001, ein Gutachten<sup>274</sup> gemäss Art. 10 Abs. 1 BGBM zu verfassen, das die Auslegung des Begriffes des Fähigkeitsausweises<sup>275</sup> klären sollte. *In concreto* wollte die sankt-gallische Behörde wissen, ob die Bewilligung zur Ausübung der Tätigkeit als Psychotherapeut im Kanton Graubünden ein Fähigkeitsausweis im Sinne des BGBM darstellt. Die Wettbewerbskommission kommt in ihrem Gutachten nach Anwendung aller Auslegungsmethoden (grammatikalische, systematische, teleologische und historische)<sup>276</sup> zum Schluss, dass es sich bei der bündnerischen Bewilligungserteilung zur psychotherapeutischen Tätigkeit um einen kantonalen Fähigkeitsausweis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BGBM handle.<sup>277</sup> Der Gesetzgeber habe nämlich mit Art. 4 BGBM insbesondere auch die Zulassung zu bewilligungspflichtigen Berufsarten miterfassen wollen. Dies bedeute, dass unter dem Begriff „kantonal und kantonal anerkannte Fähigkeitszeugnisse“ all jene Bewilligungsarten<sup>278</sup> zu verstehen seien, in welchen die ausstellende (kantonal) Behörde überprüft hat, dass die einschlägigen Voraussetzungen für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit erfüllt, resp. die entsprechenden Fähigkeiten vorhanden seien.<sup>279</sup>

<sup>268</sup> So heisst es ausdrücklich in der Verfassung, dass bis zum Erlass einer Bundesgesetzgebung die Kantone zur gegenseitigen Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen verpflichtet sind, vgl. 5. Übergangsbestimmung zu Art. 95 (Privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit) BV.

<sup>269</sup> Art. 4 Abs. 1 in fine BGBM.

<sup>270</sup> Siehe etwa auch *Häfelin/Haller/Keller*, Rn. 728.

<sup>271</sup> So explizit etwa BGE 125 I 276, E. 5.a); vgl. auch *Diebold*, ZBl 2010, 150.

<sup>272</sup> Vgl. *Martenet/Rapin*, 48 ff.

<sup>273</sup> *Diebold*, ZBl 2010, 140 f.

<sup>274</sup> Publiziert in RPW 2002/1, 207 ff.

<sup>275</sup> Siehe zur Auslegung dieses Begriffes auch *Dreyer/Dubey*, 119 ff.

<sup>276</sup> Siehe Gutachten Weko, RPW 2002/1, 211 ff.

<sup>277</sup> Gutachten Weko, RPW 2002/1, 215.

<sup>278</sup> Zu den verschiedenen Bewilligungsarten im schweizerischen Verwaltungsrecht siehe *Tschannen/Zimmerli/Müller*, § 44.

<sup>279</sup> Gutachten Weko, RPW 2002/1, 214.

Das Bundesgericht hielt zur Auslegung des Begriffs des Fähigkeitsausweises von Art. 4 BGBM in **BGE 125 II 315 (Rechtspraktikantenbewilligung)** fest, dass als Fähigkeitsausweis ein Ausweis bezeichnet werde, welcher dem Inhaber definitiv attestiere, über die Fähigkeit zur Ausübung einer bestimmten Erwerbstätigkeit zu verfügen.<sup>280</sup> Gestützt auf die Botschaft zum aBGBM kam das Bundesgericht zum Schluss, dass damit ein eigentliches Fähigkeitszeugnis gemeint sei.<sup>281</sup> Eine Rechtspraktikantenbewilligung sei aber dem Fähigkeitsausweis als Rechtsanwalt in keiner Weise gleichzusetzen.<sup>282</sup> Somit konnte sich im Ergebnis der Beschwerdeführer als Inhaber einer Rechtspraktikantenbewilligung nicht auf das BGBM berufen, um von einer Verfahrensgebühr befreit zu werden.<sup>283</sup> Dieser Fall hätte mit guten Gründen auch anders entschieden werden können. Problematisch scheint hier nämlich die Abgrenzung zwischen Beruf und Ausbildung. So ging das Bundesgericht wohl davon aus, dass die Tätigkeit des Rechtsanwaltspraktikanten als solche keine echte berufliche Tätigkeit darstellt, sondern eher der Ausbildung zum Beruf des Rechtsanwalts diene, auch wenn es zur Ausübung der Praktikantentätigkeit einer Bewilligung bedarf. Jedoch dürfte die zuständige kantonale Behörde in casu ebenfalls überprüft haben, ob der Kandidat die erforderlichen Voraussetzungen zur Zulassung zum Praktikum erfüllt. Inwiefern sich diese Bewilligung von einer Bewilligung zur Ausübung des Psychotherapeutenberufs unterscheidet ist nicht ersichtlich, es sei denn, man geht davon aus, dass die Praktikantentätigkeit keine eigenständige Erwerbstätigkeit und damit kein „Beruf“ im eigentlichen Sinne darstellt.

Im **Unterrichtsberechtigungs-Fall**<sup>284</sup> kam das Bundesgericht zum Schluss, dass auch eine von den zuständigen kantonalen Behörden gesetzeskonform erteilte Unterrichtsberechtigung ein Fähigkeitsausweis im Sinne von Art. 4 BGBM darstellt.<sup>285</sup> Da die schweizweite Anerkennung von Unterrichtsberechtigungen – und nicht des Ausbildungsabschlusses – aus zwei verschiedenen Kantonen zur Debatte stand, kam in casu die interkantonale Vereinbarung über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen vom 18. Februar 1993<sup>286</sup> nicht zur Anwendung. Das Bundesgericht bejahte die subsidiäre Anwendbarkeit des BGBM, überliess es aber im Ergebnis der Vorinstanz zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine schweizweite Anerkennung der kantonalen Unterrichtsberechtigungen erfüllt seien.<sup>287</sup>

Nach der Ansicht des Bundesgerichts bezieht sich Art. 4 BGBM nur auf Fähigkeitsausweise, welche die beruflichen Fähigkeiten und Kenntnisse belegen.<sup>288</sup> Der Fähigkeitsausweis sei letztlich Bestätigung dafür, dass der Erwerber die fachlichen Kennt-

280 BGE 125 II 315, E. 2.a)bb).

281 Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1266 f.

282 BGE 125 II 315, E. 2.a)bb).

283 BGE 125 II 315, E. 2.c); vgl. *Dreyer/Dubey*, 122 f. Zum Verfahren siehe unten C.II.4.

284 Unpubliziertes Urteil des Bundesgerichts 2C\_772/2009 vom 31.08.2010 (zur Publikation vorgesehen), einzusehen unter [http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=31.08.2010\\_2C\\_772/2009](http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=31.08.2010_2C_772/2009) (zuletzt besucht am 01.05.2011); siehe dazu *Nicolas Diebold*, Anerkennung einer Unterrichtsberechtigung im schweizerischen Binnenmarkt, in: *Push-Service Entschiede*, publiziert am 10.11.2010.

285 BGE 2C\_772/2009, E. 5.3.

286 Vgl. dazu etwa *Zwald*, Marktzugang, 101 f.; *Holzberger*, SJZ 2005, 190.

287 BGE 2C\_772/2009, E. 5.3.

288 BGE 125 I 276, E. 5.d).

nisse und Fähigkeiten besitze, um den betreffenden Beruf richtig auszuüben.<sup>289</sup> Dazu gehörten auch sonstige persönliche Voraussetzungen, die einen Zusammenhang mit der Befähigung zur korrekten Berufsausübung haben,<sup>290</sup> nicht aber weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten.<sup>291</sup> Solche weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen können etwa fremdenpolizeiliche Anforderungen, formelle Anforderungen (etwa die Eintragung in ein Register) oder andere sachliche Voraussetzungen (etwa das Vorhandensein geeigneter Geschäftsräumlichkeiten) sein.<sup>292</sup> Fehlt eine dieser weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen, so kann nach Ansicht des Bundesgerichts die Tätigkeit auch dann nicht ausgeübt werden, wenn ein Fähigkeitsausweis vorliegt.<sup>293</sup>

Ebenfalls nicht auf Art. 4 BGBM könne sich berufen, wer einen ausserkantonalen Fähigkeitsausweis für einen Beruf besitzt, der als solcher im Bestimmungskanton gar nicht erlaubt ist.<sup>294</sup> Es liegt nämlich in der Kompetenz der Kantone, für gewisse Berufe eine Fähigkeitsausweis zu verlangen.<sup>295</sup> Die genaue Bezeichnung des Fähigkeitsausweises spielt für die Qualifizierung als Fähigkeitsausweis im Sinne des BGBM keine Rolle.<sup>296</sup> Anstelle der Bezeichnung kommt es viel mehr darauf an, dass mit dem Ausweis attestiert wird, dass der Inhaber über gewisse Kenntnisse verfügt, die ihn für die Ausübung einer bestimmten beruflichen Tätigkeit befähigen. So können insbesondere auch Berufsausübungsbewilligungen als unter den Begriff des Fähigkeitsausweises im Sinne des BGBM subsumierbar erscheinen, bspw. die Bewilligung zur selbständigen Ausübung des Berufs des Zahnarztes.<sup>297</sup>

In **BGE 125 II 56 (Verwaltungsgebühr)** hat das Bundesgericht ausgeführt, dass die Kantone zwar weiterhin berechtigt seien, für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit eine förmliche Bewilligung zu verlangen, und – in den Schranken von Art. 3 BGBM – dafür auch strengere Anforderungen zu formulieren als der Niederlassungskanton.<sup>298</sup> Aus dem BGBM folge nämlich nicht, dass die Kantone ihre Anforderungen dem Kanton anpassen müssen, der die geringsten Anforderungen stelle.<sup>299</sup> Es bestehe insbesondere auch kein Rechtsanspruch auf eine grundsätzlich bewilligungsfreie Ausübung im Bestimmungskanton.<sup>300</sup> Allerdings werde die Gleichwertigkeit der kantonalen Fähigkeitsausweise vermutet, weshalb die Inhaber eines ausserkantonalen Ausweises in der Regel ohne weitere Prüfung der persönlichen Voraussetzungen zur

---

<sup>289</sup> BGE 125 I 276, E. 5.c)aa).

<sup>290</sup> So insbesondere die Vertrauenswürdigkeit, siehe dazu das noch nicht publizierte Urteil des Bundesgerichts 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2020 einzusehen unter <[http://jump.cgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=04.12.2010\\_2C\\_57/2010](http://jump.cgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=04.12.2010_2C_57/2010)> (zuletzt besucht am 01.05.2011), E. 4.1, in Bezug auf einen Heilpraktiker mit Injektionsbewilligung.

<sup>291</sup> BGE 125 I 276, E. 5.d).

<sup>292</sup> Siehe BGE 125 I 276, E. 5.c)aa) mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.

<sup>293</sup> BGE 125 I 276, E. 5.c)aa).

<sup>294</sup> BGE 125 I 276, E. 5.e); BGE 125 I 322, E. 4.b).

<sup>295</sup> Vgl. *Häfelin/Haller/Keller*, Rn. 724.

<sup>296</sup> Vgl. *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 82.

<sup>297</sup> Siehe dazu den Entscheid des zürcherischen Verwaltungsgerichts vom 19. März 1998, in RPW 1998, 678 ff.; Gutachten Weko, RPW 2002/1, 207 ff.; vgl. auch *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 82;

<sup>298</sup> BGE 125 II 56, E. 4.a).

<sup>299</sup> BGE 128 I 92, E. 3.

<sup>300</sup> So ausdrücklich BGE 125 II 56, E. 5.a).

Berufsausübung zuzulassen seien.<sup>301</sup> Die gesetzliche Vermutung der Gleichwertigkeit muss nach Ansicht des Bundesgerichts im Grundsatz nämlich auch dann gelten, wenn der Marktzutritt an das Vorhandensein eines Fähigkeitsausweises im Sinne von Art. 4 BGBM anknüpft.<sup>302</sup> Etwas anderes könne nur etwa dann angenommen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass der Antragsteller die Voraussetzungen für die Erteilung der Marktzulassung in seinem Herkunftskanton gar nie erfüllt habe oder zwischenzeitlich nicht mehr erfülle oder die dort zuständige Behörde die betreffenden Vorgaben ihrer eigenen Zulassungsordnung systematisch missachte.<sup>303</sup>

Die bereits oben erwähnte<sup>304</sup> zweistufige Prüfung – bestehend aus der Prüfung der Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 4 BGBM und der Prüfung der Beschränkungsvoraussetzungen nach Art. 3 BGBM – gilt demnach auch für den Bereich der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen. Eine Berufung auf die Gleichwertigkeitsvermutung von Art. 4 BGBM ist nur etwa dann bereits zum Voraus ausgeschlossen, wenn für die Ausübung der Tätigkeit im Herkunftskanton keinerlei Nachweise verlangt werden, während im Bestimmungskanton das Vorhandensein eines Fähigkeitsausweises vorausgesetzt wird.<sup>305</sup> Ebenfalls nicht erfasst sind Fälle, in denen der Bestimmungskanton die Erwerbstätigkeit – anders als der Herkunftskanton – als selbständige Ausübung nicht zulässt, sondern sie den Inhabern anderer Fähigkeitsnachweisen vorbehält.<sup>306</sup> Ein solcher Sachverhalt lag dem **Zahnprothetiker-Fall**<sup>307</sup> zugrunde. Allerdings schliesst eine Nichtberufung auf die Gleichwertigkeitsvermutung nicht aus, dass sich die Betroffenen auf das generelle Prinzip des freien Marktzugangs nach Art. 2 BGBM – gegebenenfalls unter Vorbehalt der Beschränkungen im Rahmen von Art. 3 BGBM – berufen können.<sup>308</sup> Kann die Gleichwertigkeitsvermutung für Fähigkeitsausweise umgestossen werden, etwa weil die angestrebten Schutzniveaus der Kantone unterschiedlich sind, so müssen Antragsteller mit Nachweisen, die nur das tiefere Ausbildungsniveau erfüllen, nicht ohne Weiteres zur Ausübung der Tätigkeit zugelassen zu werden.<sup>309</sup> Allerdings statuiert Art. 4 Abs. 3 BGBM, dass den Inhabern von Fähigkeitsausweisen, die die Anforderungen des Bestimmungskantons nur teilweise erfüllen, die Möglichkeit zugestanden werden muss, nachzuweisen, dass sie die erforderlichen Kenntnisse im Rahmen einer Ausbildung oder praktischen Tätigkeit anderweitig erworben haben. So ist insbesondere auch die Berufserfahrung des Antragstellers zu berücksichtigen. Beschränkungen des freien Marktzuganges kommen damit erst dann in Betracht, wenn es dem Antragsteller nicht gelingt, nachzuweisen, dass er den „Mangel“ der bloss teilweisen Erfüllung der Anforderungen des Bestimmungskantons durch anderweitig erworbene Kenntnisse vollständig kompensieren kann.<sup>310</sup>

---

<sup>301</sup> BGE 125 II 56, E. 4.b); vgl. auch BGE 125 I 276, E. 5.b).

<sup>302</sup> BGE 135 II 12, E. 2.4.

<sup>303</sup> BGE 135 II 12, E. 2.4.

<sup>304</sup> Siehe C.II.1.

<sup>305</sup> So das Bundesgericht im unveröffentlichten BGE 2P.362/1998 vom 06.07.1999, Auszüge abgedruckt in ZBl 2000, 496 ff., E. 4.g).

<sup>306</sup> Vgl. *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 84; *Grisel*, 223.

<sup>307</sup> BGE 125 I 276; siehe oben C.II.1.a)aa).

<sup>308</sup> *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 85.

<sup>309</sup> So explizit BGE 125 I 322, E. 4.c).

<sup>310</sup> *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 80.

Die im Gesetz vorgenommene Präzisierung des Begriffs der Fähigkeitsausweise auf „kantonale oder kantonale anerkannte“ soll verdeutlichen, dass private Diplome vom Anwendungsbereich des BGBM ausgeschlossen sind.<sup>311</sup> Eidgenössische Fähigkeitsausweise gelten auf dem gesamten Gebiet der Schweiz und unterliegen daher ebenfalls nicht dem BGBM. Vor Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Kantone nicht verpflichtet seien, ein bloss von einzelnen Kantonen anerkanntes ausländisches Diplom gestützt auf Art. 4 BGBM automatisch anzuerkennen.<sup>312</sup> Das BGBM beziehe sich nämlich ausschliesslich auf schweizerische Fähigkeitsausweise.<sup>313</sup> Diese Praxis gilt in Bezug auf Fähigkeitsausweise aus Drittstaaten immer noch – für Fähigkeitsnachweise aus den Staaten der EU musste sie mit dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens angepasst werden. Die Anerkennung kantonaler oder kantonale anerkannter Fähigkeitsausweise gilt grundsätzlich für alle Erwerbstätigkeiten, die dem BGBM unterliegen, d.h. alle Tätigkeiten, die den Schutz der Wirtschaftsfreiheit von Art. 27 BV geniessen. Nach Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM unterliegt die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen für Erwerbstätigkeiten, die unter das Freizügigkeitsabkommen fallen, den Regelungen dieses Abkommens und insbesondere dessen Anhang III, sofern ihre Anerkennung nicht durch eine interkantonale Vereinbarung geregelt wird.<sup>314</sup> Die Anerkennung im Innenverhältnis der Schweiz folgt daher für die vom FZA erfassten Erwerbstätigkeiten denselben Vorschriften wie im Aussenverhältnis zur EU.<sup>315</sup> Durch diese Übernahme des Anerkennungsverfahrens der Richtlinien in Anhang III FZA<sup>316</sup> – die *nota bene* nur für reglementierte Berufe gelten – für die interkantonale Anerkennung wird die Tragweite der Absätze 1 und 3 des Artikels 4 BGBM erheblich eingeschränkt. Deren Anwendung kommt nur noch für Erwerbstätigkeiten in Betracht, die nicht vom Anwendungsbereich des FZA erfasst sind, keiner bundesweiten Regelung unterliegen<sup>317</sup> und keine von der Wirtschaftsfreiheit ausgenommenen hoheitlichen Tätigkeiten darstellen.

Als nicht dem europarechtlichen Anerkennungsverfahren unterliegende Tätigkeiten sind etwa Tätigkeiten der Versicherungsvermittler oder der gesetzlichen Abschlussprüfer zu nennen. Entsprechende Richtlinien der EU wurden nicht in den Anhang III des FZA übernommen.<sup>318</sup> Nach der Liste der reglementierten Berufe in der Schweiz<sup>319</sup> sind diese Tätigkeiten nicht oder nur in einzelnen Kantonen

---

<sup>311</sup> Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1266.

<sup>312</sup> BGE 125 I 267, E. 3.e).

<sup>313</sup> BGE 125 I 267, E. 3.e).

<sup>314</sup> Vgl. *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 81.

<sup>315</sup> Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 487.

<sup>316</sup> Für eine Übersicht der schweizerischen Rechtsprechung zu diesen Diplomanerkennungsbestimmungen des Anhang III FZA siehe *Gammenthaler*, SJER 2008/09, 419 ff.; für die neusten Entwicklungen in diesem Bereich vgl. *Gammenthaler*, SJER 2009/10, 323 ff.

<sup>317</sup> Dies betont die Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 488.

<sup>318</sup> Vgl. Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung, ABi L 009 vom 15.01.2003, 3 ff.; Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, ABi L 157 vom 09.06.2006, 87 ff.

<sup>319</sup> Die Liste ist auf der Seite des Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie BBT einzusehen:

reglementiert; eine bundesweite Regelung besteht wohl nicht. Soweit ersichtlich geniessen beide Berufe den Schutz der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit. Daher ist davon auszugehen, dass für diese Berufe die Anerkennung der kantonalen oder kantonal anerkannten Fähigkeitsausweise ausschliesslich nach Art. 4 Abs. 1 und Abs. 3 BGBM zu erfolgen hat.<sup>320</sup>

Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM wurde im Zuge der Revision in das Binnenmarktgesetz eingeführt und ist vor dem Hintergrund des Inkrafttretens des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz - EU zu sehen. So war es ein Anliegen des schweizerischen Gesetzgebers, der durch das FZA geschaffenen Gefahr einer Inländerdiskriminierung in Bezug auf die Anerkennung beruflicher Fähigkeitsausweise entgegenzuwirken.<sup>321</sup> Bestehende interkantonale Vereinbarungen über die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen, so z.B. die Verwaltungsvereinbarung Espace Mittelland über reglementierte gewerbliche Tätigkeiten vom 12. März 1999<sup>322</sup>, gehen dem BGBM vor.<sup>323</sup> Damit wollte der Gesetzgeber insbesondere verhindern, dass durch die Anwendung der Regelungen des europäischen Anerkennungsverfahrens günstigere, d.h. freizügigkeitsfreundlichere, interkantonale Regelungen umgangen würden. So sehen gewisse interkantonale Vereinbarungen die automatische Anerkennung auch für Berufe vor, bei denen das europäische System keine automatische Anerkennung zulässt. Insofern begünstigt der Vorbehalt von Art. 4 Abs. 4 BGBM die Anerkennung der Fähigkeitsausweise im schweizerischen Binnenmarkt.

Wie das Bundesgericht im Unterrichtsberechtigungs-Fall<sup>324</sup> festgehalten hat, kommt den interkantonalen Vereinbarungen nur solange eine Vorrangstellung vor dem BGBM zu, als die Vereinbarung die Ziele des BGBM auch erreicht: Enthält die interkantonale Vereinbarung Lücken oder verstösst sie allenfalls sogar gegen die Grundsätze und Mindestanforderungen des Binnenmarktgesetzes, so kommen die einschlägigen Bestimmungen des BGBM zur Anwendung.<sup>325</sup>

Die neue europäische Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen 2005/36/EG<sup>326</sup>, welche die fünfzehn bisherigen Einzelrichtlinien der EU zur Diplomanerkennung in einen Rechtsakt konsolidiert, ist bis dato noch nicht in den Anhang III FZA übernommen worden.<sup>327</sup> Für die Anerken-

---

<<http://www.bbt.admin.ch/themen/hoehere/00169/00370/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 01.05.2011).

<sup>320</sup> Die Tragweite dieser Absätze 1 und 3 des Artikels 4 BGBM sind daher erheblich eingeschränkt. So auch ausdrücklich Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 488.

<sup>321</sup> Vgl. Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 466, 474 und 478 f.

<sup>322</sup> Vgl. Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 486.

<sup>323</sup> Art. 4 Abs. 4 BGBM.

<sup>324</sup> Unpubliziertes Urteil des Bundesgerichts 2C\_772/2009 vom 31. August 2010 (zur Publikation vorgesehen), einzusehen unter <[http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=31.08.2010\\_2C\\_772/2009](http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=31.08.2010_2C_772/2009)> (zuletzt besucht am 01.05.2011); siehe dazu *Nicolas Diebold*, Anerkennung einer Unterrichtsberechtigung im schweizerischen Binnenmarkt, in: Push-Service Entscheide, publiziert am 10.11.2010.

<sup>325</sup> *Nicolas Diebold*, Anerkennung einer Unterrichtsberechtigung im schweizerischen Binnenmarkt, in: Push-Service Entscheide, publiziert am 10.11.2010, Rz. 12.

<sup>326</sup> Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung der Berufsqualifikationen und zur Aufhebung der Richtlinien 77/452/EWG, 77/453/EWG, 78/686/EWG, 78/687/EWG, 78/1026/EWG, 78/1027/EWG, 80/154/EWG, 80/155/EWG, 85/384/EWG, 85/432/EWG; 85/433/EWG, 89/48/EWG, 92/51/EWG, 93/16/EWG und 1999/42/EG, ABl. 2005 L 255, 22.

<sup>327</sup> Siehe dazu ausführlich *Gammenthaler*, SJER 2009/10, 323 ff.

nung der Diplome im internationalen Verhältnis mit der EU sowie im interkantonalen Verhältnis gemäss Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM gelten demnach immer noch die Richtlinien des alten Anerkennungssystems von Anhang III FZA.

In Bezug auf die Anerkennung ausserkantonaler Fähigkeitsnachweise wirkt sich die zunehmend binnenmarktfreundliche Rechtsprechung des Bundesgerichts insofern parallel zu den sonstigen binnenmarktgesetzrelevanten Beschränkungsfälle aus, als die zweistufige Prüfung bei der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen ebenfalls eingehalten werden muss. Einschränkungen des freien Zugangs zum Markt sind damit auch in Zusammenhang mit beruflichen Nachweisen nur unter Beachtung der in Art. 3 BGBM definierten Voraussetzungen zulässig.

### 3. Öffentliche Beschaffungen

Wie einleitend erwähnt,<sup>328</sup> wird das öffentliche Beschaffungswesen durch eine Vielzahl von Rechtserlassen auf kantonaler, nationaler und internationaler Ebene geregelt. Die Bestimmungen des BGBM zum öffentlichen Beschaffungsrecht bezwecken die Realisierung des Binnenmarktes Schweiz in diesem Bereich, und finden ausschliesslich auf das Beschaffungsrecht der Kantone und Gemeinden – unabhängig von den Schwellenwerten oder den Auftragsarten<sup>329</sup> – Anwendung.<sup>330</sup> Die Regelungen des BGBM gelten als Mindeststandards.<sup>331</sup> So statuiert Art. 5 BGBM, dass die kantonalen oder interkantonalen Vorschriften für die öffentliche Beschaffungen der Kantone oder Gemeinden sowie darauf gestützte Verfügungen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen dürfen, welche Art. 3 BGBM widerspricht. Hier kommt demnach ein allgemeines Diskriminierungsverbot zum Tragen, das den freien Marktzugang im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrechts garantiert. Das Diskriminierungsverbot gilt gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM auch für die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private.<sup>332</sup> Darüber hinaus gilt es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch für ortsansässige Anbieter,<sup>333</sup> d.h. es stellt auch die Gleichbehandlung Ortsansässiger untereinander sicher.<sup>334</sup> Während für den sonstigen freien Marktzugang grundsätzlich das Herkunftsortprinzip gilt, sind im Bereich des Beschaffungsrechts die Vorschriften des Bestimmungsorts massgeblicher Ausgangspunkt.<sup>335</sup> Beschränkungen des Zugangs haben jedenfalls die Voraussetzungen des Art. 3 BGBM zu erfüllen. Zugangsvorschriften dürfen dabei auf Ortsfremde weder direkt noch indirekt diskriminierend wirken. Die grundsätzliche Gleichwertigkeitsvermutung findet dabei

---

<sup>328</sup> Siehe B.III.1.a).

<sup>329</sup> Nicht publizierter BGE 2P.108/1998, Originalentscheid französisch, deutsche Übersetzung in Pra 88(1999) Nr. 105, 571 ff., E. 1.c).

<sup>330</sup> Vgl. auch *Galli/Moser/Lang/Clerc*, Rn. 50.

<sup>331</sup> *Galli/Moser/Lang/Clerc*, Rn. 50.

<sup>332</sup> Siehe dazu nur BGE 135 II 49; Originalentscheid französisch, deutsche Übersetzung in Pra 98(2009) Nr. 75, 502 ff.

<sup>333</sup> BGE 125 I 406, E. 2.d).

<sup>334</sup> *Galli/Moser/Lang/Clerc*, Rn. 53; *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Rn. 291.

<sup>335</sup> Vgl. Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1268.

auch im Beschaffungswesen Anwendung.<sup>336</sup> Damit sind Bevorzugungen von ortsansässigen Anbietern bei Preisgleichheit wohl BGBM-widrig.<sup>337</sup> Ebenfalls gegen das Diskriminierungsverbot von Art. 5 Abs. 1 BGBM verstösst die Regelung, wonach beim Auftrag für die Einsammlung von Kehrrecht die Ortskenntnis als Zuschlagskriterium berücksichtigt wurde. Nach Ansicht des Bundesgerichts reiche es für das Einsammeln des Kehrrechts aus, dass der Chauffeur sich auf der vorgegebenen Route zurechtfindet; eine besondere Vertrautheit mit den örtlichen Verhältnisse sei nicht notwendig.<sup>338</sup>

An dieser Stelle bleibt festzuhalten, dass für den Marktzugang im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens der Kantone und Gemeinden ein explizites Diskriminierungsverbot gilt und auch in diesem Bereich die zweistufige Prüfung Anwendung findet. Der Abgrenzung von öffentlichen Beschaffungsaufträgen zu sonstigen Dienstleistungsaufträgen und der Vergabe von Konzessionen dürfte erhebliche Bedeutung zukommen.

#### 4. Verfahren

Bezüglich der Anforderungen an das Prüfungsverfahren sah Art. 4 Abs. 2 aBGBM vor, dass im Rahmen der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen die von Beschränkungen nach Art. 3 aBGBM betroffene Person, Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren hat, in dem geprüft wird, ob ihr aufgrund ihres Fähigkeitsausweises der freie Zugang zum entsprechenden Markt zu gewähren ist oder nicht.

Bereits vor der Revision des BGBM hatte das Bundesgericht in **BGE 123 I 313 (Leumundszeugnis)**<sup>339</sup> festgestellt, dass nicht einzusehen sei, weshalb das Verfahren zur Überprüfung einer Beschränkung nur dann kostenlos sein soll, wenn es um die beruflichen Fähigkeiten des Gesuchstellers im engeren Sinn gehe, nicht aber dann, wenn der Fähigkeitsausweis zwar anerkannt, der freie Zugang zum Markt aber aus anderen Gründen beschränkt werde.<sup>340</sup> Der Grundsatz des kostenlosen Verfahrens sei daher auf alle Verfahren nach BGBM auszudehnen.<sup>341</sup> Das Bundesgericht liess allerdings offen, unter welchen genaueren Voraussetzungen von diesem Grundsatz abgewichen werden kann, so beispielsweise für den Fall dass der Gesuchsteller rechtsmissbräuchlich handle.<sup>342</sup>

Mit der Revision des BGBM ist der Gesetzgeber der Ansicht des Bundesgerichts gefolgt und hat diese Lücke im Binnenmarktgesetz geschlossen.<sup>343</sup> Art. 3 Abs. 4

---

<sup>336</sup> Botschaft aBGBM, BBl 1994, 1268.

<sup>337</sup> Siehe Sachverhalt in Verwaltungsgericht Kanton Freiburg, Entscheid vom 11. Juli 2000, Auszüge abgedruckt in BR 2001, 71 ff.

<sup>338</sup> Nicht publizierter BGE 2P.342/1999, Auszüge abgedruckt in Pra 89(2000) Nr. 150, 897 ff., E. 5.a).

<sup>339</sup> Siehe dazu auch oben C.II.1.b).

<sup>340</sup> BGE 123 I 313, E. 5.

<sup>341</sup> „Dabei gelten diese bundesrechtlichen Vorgaben [von Art. 4 Abs. 2 aBGBM] – über den Gesetzeswortlaut hinaus – für das Bewilligungsverfahren schlechthin.“, BGE 125 II 56, E. 5.b).

<sup>342</sup> BGE 123 I 313, E. 5.

<sup>343</sup> Vgl. Botschaft Änderung BGBM, BBl 2004, 487.

BGBM hält nun fest, dass über alle Beschränkungen in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden ist.<sup>344</sup> Diese Bestimmung soll sicherstellen, dass der Zugang zum Markt nicht zusätzlich durch bürokratische Hindernisse erschwert wird.<sup>345</sup> Im 2008 entschiedenen **Anwaltspraktikantenausbildungs-Fall**<sup>346</sup> hielt das Bundesgericht zur Tragweite von Art. 3 Abs. 4 BGBM fest, dass es keinen Grund gebe, diese Norm anders auszulegen als Art. 4 Abs. 2 aBGBM.<sup>347</sup> Da bereits die Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 2 aBGBM davon ausgegangen sei, dass das im BGBM vorgesehene kostenlose Verfahren nicht auf Beschwerdeverfahren anzuwenden sei, sondern alleine das Prüfverfahren der Zulassung betreffe, gelte nun entsprechendes auch für Art. 3 Abs. 4 BGBM.<sup>348</sup> Weiter entschied das Bundesgericht im **Verwaltungsgebühren-Fall**<sup>349</sup>, dass diese bundesrechtlichen Verfahrenserleichterungen für das Bewilligungsverfahren schlechthin gälten und nicht nur dann zur Anwendung gelangten, wenn tatsächlich Beschränkungen des freien Marktzugangs zu prüfen seien.<sup>350</sup>

Während die Einfachheit und Schnelligkeit des Verfahrens keine Probleme zu bereiten scheinen, war die Frage der Kostenlosigkeit des Verfahrens mehrmals Gegenstand von Gerichtsverfahren. Im besagten Verwaltungsgebühren-Fall hielt das Bundesgericht fest, dass nicht nur Verfahrenskosten, sondern auch Kosten in Form einer Verwaltungs- oder Kanzleigebühr erfasst seien und vom Grundsatz der Kostenlosigkeit des Verfahrens nur ausnahmsweise abgewichen werden könne, etwa wenn der Gesuchsteller rechtsmissbräuchlich handle oder wegen mangelnder Mitwirkung unnötig Kosten verursache.<sup>351</sup> Auch unter dem Titel „reine Verwaltungsgebühr“ dürfen danach keinerlei Kosten erhoben werden, wobei ohne Belang ist, ob die Gebühr dem Aufwand der Behörden tatsächlich entspricht oder nicht.<sup>352</sup>

Auf das Beschwerdeverfahren sind diese Verfahrenserleichterungen des BGBM allerdings nicht anwendbar. Im Anwaltspraktikantenausbildungs-Fall<sup>353</sup> bestätigte das Bundesgericht frühere Entscheide, indem es keinen Grund sah, der neuen Bestimmung von Art. 3 Abs. 4 BGBM eine andere Tragweite zuzumessen als dem bisherigen Art. 4 Abs. 2 aBGBM.<sup>354</sup> In ständiger Rechtsprechung sei aber die Kostenlosigkeit des Verfahrens nicht auch auf das Beschwerdeverfahren anwendbar.<sup>355</sup> Für die Kostenfrage des Beschwerdeverfahrens fänden die Art. 62 ff. BGG<sup>356</sup> Anwendung und Gerichtskosten dürften auch weiterhin erhoben werden.<sup>357</sup>

---

<sup>344</sup> Art. 4 Abs. 2 aBGBM wurde im Gegenzug gestrichen.

<sup>345</sup> *Zwald*, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Rn. 74.

<sup>346</sup> BGE 134 II 329; siehe dazu auch oben C.II.1.a)bb).

<sup>347</sup> BGE 134 II 329, E. 7.

<sup>348</sup> BGE 134 II 329, E. 7 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.

<sup>349</sup> BGE 125 II 56; siehe oben C.II.2.

<sup>350</sup> BGE 125 II 56, E. 5.b).

<sup>351</sup> BGE 125 II 56, E. 5.b).

<sup>352</sup> BGE 125 II 56, E. 6; BGE 125 II 406, E. 3.

<sup>353</sup> BGE 134 II 329; siehe oben C.II.1.a)bb).

<sup>354</sup> BGE 134 II 329, E. 7.

<sup>355</sup> BGE 134 II 329, E. 7 mit Hinweise auf die Rechtsprechung.

<sup>356</sup> Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110.

<sup>357</sup> BGE 134 II 329, E. 7.

## D. Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht

Im vorliegenden Abschnitt werden die Ergebnisse der Analyse schweizerischer Rechtsprechung zum BGBM in Beziehung zur Auslegung der jeweils relevanten Grundfreiheiten der EU gesetzt. Dabei ist insbesondere zu untersuchen, ob und inwieweit der Unionsbesitzstand die Auslegung der Bestimmungen des schweizerischen Binnenmarktgesetzes beeinflusst.

Bevor die Relevanz des *acquis* bei der Auslegung des BGBM in der Schweiz in den gleichen einzelnen Fallgruppierungen wie oben<sup>358</sup> untersucht wird (III.), leiten einige Vorbemerkungen zum Kontext der vergleichenden Ausführungen in die Thematik ein (I.) und werden die Grundsätze der Auslegungsmethodik des EuGH kurz aufgezeigt (II.). Der besonderen Problematik der Inländerdiskriminierung wird in einem eigenen Abschnitt Beachtung geschenkt (IV.).

### I. Vorbemerkungen

Die Garantie der sog. Grundfreiheiten im AEUV ist eines der zentralen Elemente der Verwirklichung des Ziels der EU, einen „Raum ohne Binnengrenzen“ zu errichten (Art. 26 AEUV). Aufgeteilt in die Kategorien freien Warenverkehr (Art. 28 ff. und 34 ff. AEUV), freien Personenverkehr (Art. 45 ff., 49 ff. und 56 ff. AEUV), freien Dienstleistungsverkehr (Art. 53 ff. und 63 ff. AEUV) und freien Kapitalverkehr (Art. 63 ff. AEUV) gewährleisten diese Freiheiten die möglichst beschränkungsfreie Zirkulation der Produktionsfaktoren und dienen damit der ökonomisch bestmöglichen Ressourcenallokation.<sup>359</sup> Zwischen der Schweiz und der Europäischen Union gelten die europarechtlichen Grundfreiheiten nur, sofern entsprechende Rechte in spezifischen Abkommen gewährleistet werden. Den Grundfreiheiten ähnliche Rechte wirtschaftlicher Betätigung garantiert innerhalb der Schweiz die Wirtschaftsfreiheit von Art. 27 BV. Durch den Erlass des BGBM hat der schweizerische Gesetzgeber die Binnenmarktkomponente dieser verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit in Anlehnung an das europäische Binnenmarktrecht gestärkt. Dennoch ist dem BGBM als Rahmengesetz im Vergleich zu den Grundfreiheiten des AEUV nicht dieselbe dynamische Kraft zuzuschreiben. Das mag unter anderem auch in der kompetenzrechtlichen Konstitution der Eidgenossenschaft begründet liegen: Der Bund kann nämlich gemäss Art. 3 BV nur soweit tätig werden, als ihm die Rechte dazu ausdrücklich übertragen wurden, in allen anderen Bereichen sind die Kantone regelungsbefugt. Dieses Föderalismusprinzip steht grundsätzlich im Konflikt mit den Bestrebungen der Grundfreiheiten, variierende Regelungen zu relativieren bzw. ihre Anwendbarkeit einzuschränken, um einen möglichst unverfälschten Wettbewerb zu ermöglichen. Dieses strukturelle Grundproblem ist allen föderativ organisierten Systemen gemein – so auch der EU.<sup>360</sup> Insofern sind die Konfliktbereiche innerhalb der EU und innerhalb der Schweiz vergleichbar.

---

<sup>358</sup> C.II.

<sup>359</sup> Vgl. zum Ganzen im Sinne eines Überblicks nur *Epiney*, § 10, in: Bieber/Epiney/Haag, Rn. 1 ff.

<sup>360</sup> *Wunder*, 1, insbes. Fn. 1.

In der vorliegenden Untersuchung kann es nicht darum gehen, die sehr umfangreiche Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten darzustellen. Vielmehr wird nach einer kurzen Darstellung der Auslegungsmethoden des EuGH die Relevanz des Unionsbesitzstandes bei der Auslegung des BGBM anhand einzelner Punkte untersucht. Im Zentrum steht dabei die Frage, wo Parallelen und Differenzen in der Auslegung der verschiedenen Binnenmarktgesetzgebungen vorhanden sind.

## II. Grundsätzliches zur Auslegungsmethodik des EuGH

Im Vergleich zu den in der Schweiz gebräuchlichen Auslegungsmethoden<sup>361</sup>, sind die Auslegungsmethoden des EuGH<sup>362</sup> im Rahmen der Auslegung von Unionsrecht weitgehend ähnlich ausgestaltet. Aufgrund des autonomen Charakters des Unionsrechts sind auch die der Auslegung dienlichen Grundsätze unabhängig von völkerrechtlichen oder nationalen Gepflogenheiten anzuwenden – ein Rückgriff auf den Begriffsinhalt des nationalen Rechts ist damit ausgeschlossen.<sup>363</sup>

Die Auslegung von Bestimmungen der zwischen der EU und allenfalls ihren Mitgliedstaaten und der Schweizerische Eidgenossenschaft abgeschlossenen Staatsverträge unterliegt in der Regel den Bestimmungen des Völkerrechts, d.h. die Auslegungsregelungen der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)<sup>364</sup> finden Anwendung.<sup>365</sup> So kann es beispielsweise sein, dass eine Bestimmung des Personenfreizügigkeitsabkommens<sup>366</sup>, obwohl sie einem Artikel des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)<sup>367</sup> sehr ähnelt, im Ergebnis anders ausgelegt wird, als der EuGH die Bestimmung des AEUV für die Union ausgelegt hat. Die vorliegende Arbeit untersucht ausschliesslich das Verhältnis der Auslegung des BGBM zur Auslegung entsprechender Bestimmungen im Unionsrecht, ohne auf staatsvertragliche Bestimmungen einzugehen.

Ausgangspunkt ist auch bei der europarechtlichen Auslegung der Wortlaut der Norm. Dabei sind alle sprachlichen Fassungen des Unionsrechts gleichermassen zu berücksichtigen.<sup>368</sup> Für die historische Auslegungsmethode muss unterschieden werden: Die Ermittlung des subjektiv-historischen Willens des Unionsgesetzgebers kann bei der Auslegung von Sekundärrechtsakten hilfreich sein, für die Auslegung des Primärrechts kommt dieser Methode aber lediglich eine untergeordnete Rolle zu.<sup>369</sup> Im Rahmen der systematischen Auslegung von Bedeutung ist der Zusammenhang der auszulegenden Norm mit den Vertragszielen. So spielen die übergeordneten Ziele des Unionsrechts, wie etwa die Grundfreiheiten und allgemein der Binnenmarktge-

---

<sup>361</sup> Siehe oben, C.I.

<sup>362</sup> Siehe zur Rechtsprechungspraxis ausführlich *Anweiler*, 141 ff.; *Buck*, 143 ff.

<sup>363</sup> *Epiney*, § 9, in: *Bieber/Epiney/Haag*, Rn. 14.

<sup>364</sup> Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (mit Anhang), in Kraft getreten in der Schweiz am 6. Juni 1990, SR 0.111.

<sup>365</sup> Vgl. nur etwa *Anweiler*, 106 ff.

<sup>366</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (mit Anhängen, Protokollen und Schlussakte), SR 0.142.112.681.

<sup>367</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Vertrages von Lissabon vom 13. Dezember 2007 in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008, ABI C 115 vom 09.05.2008, 47 ff.

<sup>368</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. 283/81, *CILFIT*, Slg. 1982, 3415, Rz. 17 ff.

<sup>369</sup> *Epiney*, § 9, in: *Bieber/Epiney/Haag*, Rn. 15.

danke, eine besondere Rolle bei der Auslegung der Unionsrechtsnormen. Die auf Sinn und Zweck der auszulegenden Norm abstellende teleologische Auslegungsmethode ist im Unionsrecht – besonders bei der Auslegung von Primärrechtsnormen – von überragender Bedeutung. Die Vertragsziele sind bei der Auslegung der Unionsrechtsnormen nämlich immer mitzubeachten, so dass eine dynamische Entwicklung des Unionsrechts ermöglicht wird. Der EuGH räumt denn auch der teleologischen Auslegungsmethode eine Vorrangstellung ein und greift bei der Auslegung von Primärrecht häufig – zum Teil auch in Verbindung mit systematischen Überlegungen – auf sie zurück. Der *effet utile* einer Norm, d.h. die einzelne Norm ist so auszulegen, dass sie eine möglichst grosse Wirkung entfaltet, findet ebenso wie die Funktionsfähigkeit der Union an sich Berücksichtigung im Rahmen der teleologischen Auslegung. Ihr dürfte auch der Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen des Unionsrechts zuzurechnen sein.<sup>370</sup>

Auch wenn die Auslegungsmethoden grundsätzlich dieselben sind, kommt im Vergleich zum schweizerischen Recht im EU-Recht der Auslegung nach Sinn und Zweck der Norm eine stärkere Bedeutung zu. Die schweizerische Zurückhaltung insbesondere im Hinblick auf eine dem *effet utile* entsprechende Auslegung einer Norm hemmt dabei eine dynamische Rechtsentwicklung, wobei aufgrund der Unterschiedlichkeit der beiden Rechtsordnungen dadurch nicht zwingend auch auf einen ungleich gewährleisteten Rechtsumfang einer Norm zu schliessen ist. Vielmehr ist zu untersuchen, ob die parallelen Normen im schweizerischen wie im europäischen Recht in Anwendung aller Auslegungsmethoden – und mit den jeweils rechtsordnungseigenen Gewichtungen – denselben Gewährleistungsgehalt aufweisen.

### III. Relevanz des *acquis* bei der Auslegung des BGBM

Wie bereits oben an einigen Stellen angesprochen wurde, orientierte sich der Gesetzgeber sowohl beim Erlass des BGBM als auch bei seiner Revision stark an den Entwicklungen im europäischen Binnenmarktrecht. So war denn auch das Ziel des Gesetzes, den schweizerischen Binnenmarkt so europakompatibel wie möglich auszugestalten und dementsprechend – vorerst im Innenverhältnis – zu öffnen. Diese ausdrückliche Bezugnahme auf die europäische Rechtslage bedeutet jedoch nicht, dass die Bestimmungen des BGBM *per se* auch wie im Unionsrecht ausgelegt werden. Vielmehr stellte der schweizerische Gesetzgeber mit dem Erlass des BGBM eigene, wenn auch an die Entwicklung in der EU angelehnte Bestimmungen zur Öffnung des schweizerischen Binnenmarktes auf. Es ist daher für jede einzelne Bestimmung zu prüfen, ob sie gleich oder eben gerade anders auszulegen ist, als die entsprechenden Bestimmungen im Unionsrecht.

Bevor gleich anschliessend die einzelnen Kategorien von Bestimmungen untersucht werden, sind an dieser Stelle einige grundsätzliche Feststellungen zum Vergleich der Auslegungen der Binnenmarktbestimmungen in der EU und des Binnenmarktgesetzes in der Schweiz festzuhalten.

---

<sup>370</sup> Vgl. *Epiney*, § 9, in: *Bieber/Epiney/Haag*, Rn. 19, mit Verweis auf EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, Slg. 1980, 3881, Rz. 18 f.

- Der Anwendungsbereich der Bestimmungen des BGBM ist tendenziell genauso weit wie jener der Grundfreiheiten in der EU. In personeller wie sachlicher Hinsicht werden in etwa dieselben Anforderungen aufgestellt. Im Unterschied zum EU-Recht muss die Beschränkung in der Schweiz zwingend von einer kantonalen oder kommunalen öffentlich-rechtlichen Behörde ausgehen. Private Beschränkungen sind vom BGBM nicht erfasst. Damit fällt eine analoge Anwendung der entsprechenden Rechtsprechung des EuGH, die in spezifischen Fällen die sog. Drittwirkung<sup>371</sup> der Grundfreiheiten bejaht hatte,<sup>372</sup> für den Bereich des BGBM ausser Betracht. Die Bereichsausnahme der Ausübung öffentlicher Gewalt (Art. 51 AEUV) gilt nach Art. 1 Abs. 3 BGBM entsprechend auch für die Schweiz.
- Hinsichtlich der Begrifflichkeiten sind einige Unterschiede festzustellen. So wird im BGBM etwa der Begriff des Fähigkeitsausweises benutzt und nicht der europarechtlich übliche Begriff der Berufsqualifikation. Neben den sich sonst aufdrängenden Anpassungen – etwa „Herkunftsortsprinzip“ statt „Herkunftslandprinzip“, „Bestimmungsort“ statt „Bestimmungsland“ – ist bei den weiteren unterschiedlichen Begriffsverwendungen nicht zum vornherein klar, dass damit auch ein anderer Gewährleistungsgehalt einhergeht. Vielmehr muss dies im Einzelfall geprüft werden.
- Nicht vergessen gehen dürfen bei der Suche nach Unterschieden in der Auslegung der beiden Regelwerke schliesslich faktische Begebenheiten: Die Schweiz ist, bedingt durch ihre geografische Grösse, homogener als die EU. So muss, auch wenn kantonal und kommunal unterschiedliche – auch beschränkende – Regelungen bestehen, für den schweizerischen Binnenmarkt eher angenommen werden, dass sich die öffentlichen Interessen von einem Kanton zum anderen nicht wesentlich unterscheiden. So gesehen fällt die Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung in der Schweiz grundsätzlich schwerer.

## 1. Freier Marktzugang

Beim Vergleich der Bestimmungen in der EU und in der Schweiz betreffend den freien Marktzugang fällt in erster Linie auf, dass nur die schweizerische Gesetzgebung eine ausdrücklich gesetzlich verankerte Gleichwertigkeitsvermutung der Marktzugangsordnungen kennt. Zwar kennt auch das europäische Binnenmarktrecht, insbesondere aufgrund der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung des EuGH, eine grundsätzliche Vermutung, dass eine in einem Mitgliedstaat rechtmässig hergestellte und zugelassene Ware auch in einem anderen Mitgliedstaat zum freien Verkehr zugelassen werden muss, es sei denn, zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses könnten eine Beschränkung rechtfertigen. Im europäischen Recht wird dieser

---

<sup>371</sup> Siehe zur Frage der Drittwirkung der Grundfreiheiten nur etwa *Preedy*, 25 ff.; *Ganten*, 56 ff. *Hintersteininger*, 114 ff.

<sup>372</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung nur EuGH, Rs. 36/74, *Walrave und Koch*, Slg. 1974, 1405, Rz. 14/15 ff.; EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rz. 83 ff. Vgl. etwa auch *Epiney*, § 10, in: *Bieber/Epiney/Haag*, Rn. 23.

Gleichwertigkeitsvermutung jedoch meistens im Rahmen der Rechtfertigung von Beschränkungen des freien Marktzuganges geprüft.

Aus der Rechtsprechung des EuGH geht nicht eindeutig hervor, ob die zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses tatbestandsausschliessende Gründe oder Rechtfertigungsgründe darstellen sollen.<sup>373</sup> Funktional betrachtet, dürften diese Erfordernisse Rechtfertigungsgründe sein, da die beschränkende Wirkung einer Massnahme auch bestehen bleibt, wenn ein zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls zu bejahen ist.

Im schweizerischen Recht erfolgt die Prüfung dagegen – wie oben dargelegt – vorgelegt, so dass es den Kantonen und Gemeinden nur selten gelingt, die Gleichwertigkeitsvermutung umzustossen. Durch diese Verankerung der Gleichwertigkeitsvermutung kantonaler und kommunaler Marktzugangsordnungen in Art. 2 Abs. 5 BGBM wird der Marktzugang im Binnenmarkt Schweiz im Vergleich zur EU nicht unwesentlich erleichtert. Erst wenn nämlich der Kanton oder die Gemeinde die Vermutung widerlegt hat, wird geprüft, ob die Massnahme zulässig und verhältnismässig ist. Spezifische Rechtfertigungsgründe können demnach erst angeführt werden, wenn die gesetzliche Vermutung der Gleichwertigkeit umgestossen werden konnte. Dies dürfte aufgrund der weitgehenden Homogenität der schweizerischen Märkte eher schwer fallen.

Denkbar ist allenfalls folgendes (erfundenes) Fallbeispiel: Für die Zulassung zum Beruf des alpinen Bergführers<sup>374</sup> im Kanton Wallis wird neben einer entsprechenden Ausbildung auch die Absolvierung einer spezifisch auf Gletscher ausgerichteten Schulung verlangt. Will ein im Kanton Thurgau zugelassener Bergführer, der keine solche Gletscherausbildung genossen hat, auch im Kanton Wallis Zugang zum Beruf des alpinen Bergführers erhalten, so kann der Kanton Wallis die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegen, indem er darlegt, dass das öffentliche Interessen im Kanton Wallis (Schutz von Leib und Leben der Berggänger) es gebietet, dass alpine Bergführer auch Kenntnis der Gletscher und ihrer spezifischen Gefahren haben, während im Kanton Thurgau, mangels Vorhandensein solcher Gebirge, ein solches Interesse verneint werden kann und entsprechend für die Ausübung des Berufs des Bergführers auch keine spezifische Ausbildung verlangt wird.

Im Vergleich zur Rechtslage in Europa kommt im Rahmen des Anwendungsbereiches des Binnenmarktgesetzes der Widerlegung der Vermutung, dass die kantonalen und kommunalen Marktzugangsordnungen gleichwertig seien, eine erhebliche Bedeutung zu. Für die Schweiz gilt daher das Herkunftsortprinzip, auf das die Gleichwertigkeitsvermutung fusst, umfassend für alle Bereiche des Binnenmarktes, d.h. nach der Revision des BGBM insbesondere auch für die Niederlassungsfreiheit. Das Bundesgericht hat sich bisher noch nicht zur Frage geäussert, ob dem Binnenmarktgesetz der gleiche Beschränkungsbegriff zugrunde liegt, wie im Europarecht. Allerdings ist dieser Begriff im BGBM wie auch im Europarecht weit auszulegen. Darunter sind im Sinne der *Dassonville*-Rechtsprechung des EuGH alle Massnahmen zu verstehen, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Verkehr unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern. Von einer solch weiten Auslegung dürfte auch im BGBM auszugehen sein.

---

<sup>373</sup> Siehe dazu nur *Epiney*, § 11, in: Bieber/Epiney/Haag, Rn. 57, mit weiteren Nachweisen.

<sup>374</sup> Vgl. auch etwa das Beispiel bei *Tschannen/Zimmerli/Müller*, § 44, Rn. 17, Spiegelstrich 2.

Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung ist im BGBM – ausser im Beschaffungsrecht<sup>375</sup> – nicht als allgemeiner Grundsatz verankert, vielmehr kommt er im Rahmen der Prüfung der Rechtmässigkeit von Beschränkungen zur Anwendung, in dem an ortsfremde Personen keine anderen Anforderungen gestellt werden dürfen, als an Ortsansässige. Bezüglich der Rechtfertigung solcher Beschränkungen können wie im europäischen Recht auch im schweizerischen BGBM mehrere Rechtfertigungsgründe geltend gemacht werden. Allerdings kommt der Nennung von überwiegenden öffentlichen Interessen an der Aufrechterhaltung der beschränkenden Massnahme im schweizerischen Binnenmarktrecht eine weniger grosse Bedeutung zu, weil diese Interessen bereits bei der ersten Stufe der Prüfung dazu geführt haben müssen, dass die Gleichwertigkeitsvermutung kantonaler oder kommunaler Marktzugangsordnungen umgestossen werden konnte. Ein öffentliches Interesse an der Beibehaltung der Massnahme ist daher wohl in den meisten Fällen zu bejahen. Entscheidend bei der Frage der Rechtfertigung solcher Massnahmen ist die Verhältnismässigkeit. Anders als im Europarecht listet das BGBM hierzu einige Beispiele unverhältnismässiger Beschränkungen auf.<sup>376</sup> Während bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit im Rahmen der Grundfreiheiten regelmässig die Geeignetheit und insbesondere die Erforderlichkeit einer Massnahme im Mittelpunkt der Prüfung stehen<sup>377</sup> und die Angemessenheit allenfalls eher zweitrangig geprüft wird<sup>378</sup>, werden die drei Elemente in der Schweiz soweit ersichtlich nicht unterschiedlich gewichtet. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung der beschränkenden Massnahme ist im europäischen Recht das Herkunftslandprinzip einzuordnen;<sup>379</sup> verwendet wird der Begriff weder vom AEUV noch vom EuGH explizit.<sup>380</sup> Eine Gleichwertigkeitsvermutung, die sich aus dem Herkunftslandprinzip ergibt, gilt daher in der EU allenfalls aufgrund der Rechtsprechung; sie ist im europäischen Recht keine wie in der Schweiz verankerte gesetzliche Vermutung.

Die Verhältnismässigkeitsprüfung muss in beiden Rechtsordnungen im Hinblick auf die Ziele der Binnenmarktgesetzgebung und -rechtsprechung beurteilt werden. Im europäischen Recht dürfte dabei die im Einzelfall herangezogene Grundfreiheit, insbesondere bei der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit, stärkere Beachtung finden als im schweizerischen BGBM, da der EuGH diejenigen Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs einer strengeren Prüfung zu unterziehen scheint, also solche im Niederlassungsfalle. Zudem gilt in der Schweiz die Gleichwertigkeitsvermutung nach der Gesetzesrevision und neuster Rechtsprechung unabhängig von der Art des Marktzutritts, d.h. es kommt nicht darauf an, ob eine Niederlassung im Aufnahmekanton erfolgt oder ob der Markt dort bloss durch eine Dienstleistungserbringung betreten wird.

---

<sup>375</sup> Siehe dazu sogleich unten D.III.3.

<sup>376</sup> Art. 3 Abs. 2 BGBM.

<sup>377</sup> Vgl. zur Verhältnismässigkeitsprüfung des EuGH nur etwa EuGH, Rs. C-108/96, *Mac Quen*, Slg. 2001, I-837; EuGH, Rs. C-272/94, *Guiot*, Slg. 1996, I-1905; EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165.

<sup>378</sup> Vgl. auch *Epiney*, § 10, in: Bieber/Epiney/Haag, Rn. 17.

<sup>379</sup> So erstmals *Steindorff*, ZHR 1986, 689 ff.

<sup>380</sup> Der Gerichtshof hielt sogar ausdrücklich fest, dass das Prinzip der Herkunftslandkontrolle nicht im Vertrag verankert sei, EuGH, Rs. C-233/94, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1997, I-2405, Rz. 64.

Vom Ergebnis her betrachtet erscheinen die Unterschiede zwischen dem binnenmarktrechtlichen Herkunftsortprinzip der Schweiz und dem grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot in der EU eher klein zu sein. Festhalten lässt sich, dass die Prüfstruktur der Beschränkungen in den jeweiligen Rechtsordnungen zwar anders ausgestaltet ist, das Ergebnis der Prüfung aber in der Regel ähnlich ausfallen dürfte.<sup>381</sup> Dabei ist es aufgrund der weitgehenden Homogenität des schweizerischen Marktes zu begrüßen, dass das BGBM mit dem ersten Prüfschritt der Gleichwertigkeitsvermutung eine vergleichsweise hohe Hürde aufstellt, um die Beschränkung überhaupt inhaltlich auf die Zulässigkeit überprüfbar zu machen.

## 2. Anerkennung von Berufsqualifikationen

Wie beim freien Marktzugang gilt im schweizerischen Binnenmarkt für die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen das Herkunftsortprinzip und zwar für diesen Bereich seit der Einführung des BGBM. Das heisst, kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise mussten bereits vor der Revision des BGBM auch im Niederlassungsfalle in einem anderen Kanton anerkannt werden. Die zweistufige Prüfung galt von Beginn weg auch für die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen. Die Gleichwertigkeitsvermutung hindert die Kantone aber nicht daran, für die Ausübung einer bestimmten beruflichen Tätigkeit eine Bewilligung zu verlangen. Auch das Diplomanerkennungsrecht der EU tangiert nicht das Recht der Mitgliedstaaten, die Aufnahme oder Ausübung eines Berufes zu reglementieren. In der Schweiz ist eine Berufung auf die Gleichwertigkeitsvermutung etwa dann nicht möglich, wenn die Ausübung der Tätigkeit im Herkunftskanton keinerlei Nachweise erforderlich macht, während im Bestimmungskanton Nachweise verlangt werden, oder wenn der Bestimmungskanton eine selbständige Ausübung eines Teilbereiches eines Berufes nicht zulässt, sondern den Inhabern anderer Fähigkeitsausweisen vorbehält.

Das EU-Recht kennt für die Anerkennung der Berufsqualifikationen keine allgemeine Gleichwertigkeitsvermutung. Vielmehr hat der EuGH in seiner Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten basierend auf dem Vertrauensgrundsatz und dem Prinzip der Nichtdiskriminierung die gegenseitige Anerkennung entwickelt und daraus den Grundsatz der materiellen Gleichwertigkeitsprüfung<sup>382</sup> abgeleitet.<sup>383</sup> Verlangt wird, dass die Mitgliedstaaten von Berufsangehörigen anderer Mitgliedstaaten sämtliche Qualifikationen auf Gleichwertigkeit mit den national für den Zugang oder die Ausübung des betreffenden Berufs geforderten Nachweisen prüfen und diese bei Gleichwertigkeit anerkennen. Dem Antragsteller muss die Möglichkeit eingeräumt werden, nachzuweisen, dass er fehlende Kenntnisse und Fähigkeiten sonstwie erwor-

---

<sup>381</sup> Insbesondere wenn man davon ausgeht, dass die zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls tatbestandsausschliessende Gründe sind, kommt man der Prüfung im schweizerischen Recht sehr nahe, müsste doch in diesem Fall gleich zu Beginn der Prüfung gefragt werden, ob zwingende Erfordernisse die beschränkende Wirkung der Massnahme erlauben.

<sup>382</sup> Siehe zu dieser materiellen Gleichwertigkeitsprüfung unter Berücksichtigung sämtlicher EuGH-Rechtsprechung nur *Gammenthaler*, Diplomanerkennung, 75 ff.

<sup>383</sup> Besonders deutlich EuGH, Rs. C-340/89, *Vlassopoulou*, Slg. 1991, I-2357. Siehe etwa auch die frühen Urteile EuGH, Rs. 71/76, *Thieffry*, Slg. 1977, 765 und EuGH, Rs. 11/77, *Patrick*, Slg. 1977, 1199.

ben hat, etwa durch Berufserfahrung. Bei mangelnder Gleichwertigkeit kann der Aufnahmemitgliedstaat vom Antragsteller zudem die Absolvierung von Ausgleichsmassnahmen verlangen. Eine solche Anerkennungsgrundregel wird auch im BGBM aufgestellt.<sup>384</sup>

Neben den Grundfreiheiten sind im europäischen Recht auch zahlreiche Sekundärrechtsakte mit der Anerkennung von Berufsqualifikationen befasst. Die wichtigste von ihnen ist die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen. Sie konsolidiert fünfzehn frühere Richtlinien und fasst die wichtigsten Anerkennungsgrundsätze zusammen. Durch den aussergewöhnlichen Art. 4 Abs. 3bis BGBM finden die europäischen Richtlinien des alten Systems, die sich in Anhang III FZA befinden, auch im Binnenverhältnis der Schweiz analog Anwendung.<sup>385</sup> Es ist daher davon auszugehen, dass – abgesehen von ein paar wenigen Berufen – die Anerkennung der Diplome sich in der Schweiz wie im europäischen Recht nach grundsätzlich denselben Regeln richtet. Daran ändert auch die noch ausstehende Übernahme der neuen Richtlinie 2005/36/EG nichts, hat dieser Rechtsakt das System in materieller Hinsicht doch nur geringfügig geändert. Die Auslegung der Anerkennungsbestimmungen dürfte daher in der Schweiz wie in der EU parallel verlaufen. Im Sinne der Zielsetzung des FZA, eine möglichst parallele Rechtslage zwischen der Schweiz und der EU in den betroffenen Bereichen herzustellen, ist wohl grundsätzlich davon auszugehen, dass dabei auch die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen ist, es sei denn, im Abkommen selbst gelegene Gründe sprächen für eine gegenteilige Annahme. Da der schweizerische Gesetzgeber mit Art. 4 Abs. 3bis BGBM drohenden Inländerdiskriminierungen entgegenwirken wollte und so die Anerkennung von Erwerbstätigkeiten, die unter das FZA fallen, nach Massgabe dieses Abkommens auch im Binnenverhältnis für anwendbar erklärte, dürfte die Rechtsprechung des EuGH auch hier zu berücksichtigen sein, soweit sie sich auf dieses Innenverhältnis übertragen lässt.

Obwohl das BGBM den Begriff „Fähigkeitsausweis“ verwendet, ist damit – entsprechend der europäischen Terminologie – der Nachweis jeder Art von beruflicher Qualifikation gemeint, etwa auch persönliche Voraussetzungen. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen, z.B. die Eintragung in ein Register, fallen nicht unter den Begriff des Fähigkeitsausweises, können aber Beschränkungen des freien Marktzuganges nach Art. 3 BGBM darstellen. Im Vergleich zum EU-Recht ist der Anwendungsbereich der Anerkennungsbestimmung des BGBM insofern eingeschränkt, als private Diplome nicht darunter fallen. Daraus folgt, dass die Inhaber von Fähigkeitsausweisen privater Bildungseinrichtungen nur dann von den Regelungen des BGBM profitieren können, wenn diese kantonale anerkannt sind. Dies dürfte in der Regel der Fall sein.

Im Ergebnis bleibt für die Anerkennung der Diplome festzuhalten, dass in den allermeisten Fällen von Anerkennungen im Innenverhältnis der Schweiz dieselben Regelungen zur Anwendung gelangen, wie sie auch im Verhältnis zur EU aufgrund des Freizügigkeitsabkommens gelten. Selbst wenn diese übernommenen Richtlinienbestimmungen nicht zur Anwendung gelangen, statuiert das BGBM Regelungen ähnlich zur materiellen Gleichwertigkeitsprüfung der Grundfreiheiten, die wohl gleich ausgelegt werden dürften wie im europäischen Recht. Aufgrund der spärlichen

---

<sup>384</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 1 und 2 BGBM.

<sup>385</sup> *Rivière*, SJER 2004/05, 222, spricht von „spectaculaire“.

Rechtsprechung zu Art. 4 BGBM, lässt sich weder eine divergierende noch eine parallele Auslegung genau feststellen. Unterschiede dürften wohl aufgrund der zweistufigen Prüfung auftreten; im Ergebnis führt diese aber nicht zu einer anderen Anwendung der Grundsätze. Interkantonale Vereinbarungen gehen dem BGBM vor, so dass in deren Regelungsbereich die interkantonale Freizügigkeit zusätzlich erleichtert sein kann.

### 3. Öffentliches Beschaffungsrecht

Das öffentliche Beschaffungswesen ist nicht nur im schweizerischen sondern auch im europäischen Recht eine komplexe und regelungsdichte Rechtsmaterie.<sup>386</sup> Im Rahmen dieses Beitrages kann es daher nicht darum gehen, einen umfassenden Vergleich der unterschiedlichen Regelungen vorzunehmen. Ausgangspunkt soll vielmehr das in Art. 5 BGBM statuierte, umfassende Diskriminierungsverbot<sup>387</sup> für kantonale und kommunale Beschaffungen sein. Das in Art. 18 AEUV verankerte allgemeine Diskriminierungsverbot gilt im europäischen Recht auch für das öffentliche Beschaffungsrecht der Mitgliedstaaten.<sup>388</sup> Darüber hinaus finden allenfalls zusätzlich die Grundfreiheiten Anwendung.<sup>389</sup> Das europäische Primärrecht spielt insbesondere dann eine wichtige Rolle, wenn sich dem einschlägigen Sekundärrecht im Vergabebereich keine Regelung entnehmen lässt.<sup>390</sup>

Bis auf die bereits erörterte Unterscheidung in der Prüfungsabfolge, insbesondere durch die vorgelagerte Vermutung der Gleichwertigkeit kantonaler und kommunaler Marktordnungen, kommt daher auch im schweizerischen Recht ein ausdrücklich im BGBM verankertes Diskriminierungsverbot zur Anwendung. Wie das schweizerische Bundesgericht, betont auch der EuGH in seiner Rechtsprechung das Gebot der Gleichbehandlung und der Transparenz des Vergabeverfahrens.<sup>391</sup>

Das Ziel bleibt auch im Beschaffungsrecht – sowohl in der Schweiz wie in der EU –, allen potentiellen Bietern dieselben Wettbewerbsbedingungen zu gewähren. Dies ist nur unter der strengen Befolgung eines umfassenden Diskriminierungsverbots möglich.

### 4. Verfahren

Die Festlegung der innerstaatlichen Verfahren, in der über die Rechtmässigkeit von Beschränkungen der Grundfreiheiten entschieden werden kann, obliegt den nationalen Gesetzgebern. Die Mitgliedstaaten der EU sind dabei angehalten, den Vorschrif-

---

<sup>386</sup> Siehe zum europäischen Beschaffungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung *De Koninck/Pelzer/Ronse*, 157 ff.; zum schweizerischen Beschaffungsrecht *Galli/*

*Moser/Lang/Clerc*, 3 ff.

<sup>387</sup> *Wunder*, 183 f.

<sup>388</sup> Vgl. dazu ausführlich nur *Egger*, Rn. 100 ff.

<sup>389</sup> Vgl. mit Beispielen *Egger*, Rn. 166 ff.

<sup>390</sup> *Egger*, Rn. 106.

<sup>391</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-108/98, *RI.SAN.*, Slg. 1999, I-5219; EuGH, Rs. C-6/05, *Medipac-Kazantzidis AE*, Slg. 2007, I-4557; *Egger*, Rn. 145.

ten des AEUV bestmöglich Rechnung zu tragen. Der EuGH kann vor allem im Rahmen von Vorabentscheidungsfragen (Art. 267 AEUV) oder von Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 AEUV) mit Beschränkungen der Grundfreiheiten befasst werden. Im Hinblick auf das Verfahren präzisiert das BGBM für die Beurteilung von Beschränkungen im Binnenmarkt Schweiz insofern, dass über Beschränkungen in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden sei.<sup>392</sup> Diese Bestimmung knüpft daher nicht direkt an europarechtliche Bestimmungen an, aber dient letztlich doch der Durchsetzung der „Grundfreiheiten“ – wenn auch nur für den Binnenmarkt Schweiz.

#### IV. Besondere Problematik der Inländerdiskriminierung

Die Anwendung des europäischen Rechts kann dazu führen, dass ein EU-Ausländer besser gestellt ist, als ein sich in vergleichbarer Lage befindlicher Inländer.<sup>393</sup> Auf „umgekehrte Diskriminierungen“, also Fälle, in denen Inländer schlechter gestellt sind, als aus dem EU-Raum kommende Ausländer, finden die Grundfreiheiten des AEUV aber keine Anwendung.<sup>394</sup> Diese auch Inländerdiskriminierung genannte Benachteiligung der Inländer, die sich mangels grenzüberschreitenden Sachverhalts nicht auf einschlägiges Europarecht berufen können, wird durch das europäische Recht nicht unterbunden. Allerdings kann das nationale Recht Grenzen für solche Inländerdiskriminierungen aufstellen.<sup>395</sup> Das schweizerische BGBM bestimmt diesbezüglich in Art. 6 Abs. 1, dass jede Person mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz in Bezug auf den Zugang zum Markt mindestens die gleichen Rechte hat, die der Bund in völkerrechtlichen Vereinbarungen ausländischen Personen gewährt. Damit schliesst das BGBM eine Benachteiligung der in der Schweiz ansässigen Personen gegenüber den von völkerrechtlichen Vereinbarungen profitierenden Personen, insbesondere jenen des EU-Raumes, die sich z.B. auf das FZA berufen können, aus. Allerdings wäre es auch ohne dieses Verbot der Inländerdiskriminierung fragwürdig, ob im Bereich des Marktzuganges eine solche Ungleichbehandlung nach schweizerischem Recht geduldet werden müsste, bietet doch auch die verfassungsrechtliche Wirtschaftsfreiheit von Art. 27 BV Schutz vor der Ungleichbehandlung direkter Konkurrenten. Im Bereich der Anerkennung von Diplomen wird einer möglichen Inländerdiskriminierung zudem durch die Anwendbarkeitserklärung der Regelungen des FZA und insbesondere dessen Anhang III auch im Innenverhältnis der Schweiz, d.h. bei der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen zwischen den Gemeinden und Kantonen, zumindest für Tätigkeiten, die unter das FZA fallen, Einhalt geboten.

---

<sup>392</sup> Art. 3 Abs. 4 BGBM.

<sup>393</sup> *Epiney*, § 10, in: *Bieber/Epiney/Haag*, Rn. 11. Im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrechts kommt dem Verbot der Inländerdiskriminierung keine grosse praktische Bedeutung zu, vgl. *Galli/Moser/Lang/Clerc*, Rn. 59.

<sup>394</sup> *Epiney*, § 10, in: *Bieber/Epiney/Haag*, Rn. 11.

<sup>395</sup> So ausdrücklich auch der EuGH in der Rs. C-132/93, *Steen II*, Slg. 1994, I-2715, Leitsatz.

## E. Zusammenfassende Schlussbetrachtung

In Anbetracht der dieser Untersuchung zugrunde liegenden Fragen bezüglich der Auslegung der Bestimmungen des schweizerischen Binnenmarktgesetzes im Vergleich zur Auslegung entsprechender Normen im europäischen Recht, lassen sich abschliessend folgende Punkte festhalten.

- Das BGBM wurde mit dem Ziel geschaffen, das vom EuGH entwickelte *Cassis-de-Dijon*-Prinzip, das den freien Marktzugang nach den Vorschriften des Herkunftslands propagiert, im Binnenverhältnis der Schweiz anzuwenden. Der schweizerische Gesetzgeber liess sich also für Marktzugangsfragen im Innenverhältnis, d.h. zwischen den Kantonen und Gemeinden, von den Rechtsentwicklungen des Europarechts inspirieren. Allerdings gehen die Vorschriften des BGBM zum Teil auch weiter das europäische Recht.
- Das schweizerische Bundesgericht hatte bisher noch nicht allzu häufig die Gelegenheit, sich zur Auslegung des BGBM zu äussern. Zumindest seit der Revision des BGBM scheint das Bundesgericht die Marktzugangsbestimmungen des BGBM eher freizügigkeitsfreundlich auszulegen – ebenso freizügigkeitsfreundlich legt auch der EuGH die entsprechenden europäischen Vorschriften aus. Fraglich bleibt, ob sich das Bundesgericht bei der Auslegung von Begriffen und Regelungen des BGBM, die sich an entsprechende Bestimmungen des europäischen Rechts anlehnen, auch von diesbezüglicher – und besonders auch der neueren, d.h. nach Inkrafttreten des BGBM ergangenen – Rechtsprechung des EuGH leiten lässt. Die untersuchten Urteile des Bundesgerichts lassen diese Frage teilweise offen. Zwar scheint das Bundesgericht jeweils ein „europakompatibles“, d.h. mit den entsprechenden Auslegungsergebnissen des EuGH vergleichbares Ergebnis anzustreben; bietet sich dem Bundesgericht aber die Möglichkeit, über eine mögliche parallele Auslegung – sei es unter expliziter Berücksichtigung und Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH oder bloss durch Angleichung im Ergebnis –, zu entscheiden, so löst es den Fall pragmatisch, ohne auf diese Frage näher einzugehen oder sie gar zu beantworten.

So hat es das Bundesgericht im Fall **Werbeverbot**<sup>396</sup> offen gelassen, ob der Beschränkungsbegriff des Binnenmarktgesetzes demjenigen der Grundfreiheiten in der EU entspreche. Ebenfalls offen gelassen wurde, ob die im Rahmen der europäischen Grundfreiheiten entwickelte *Keck*-Rechtsprechung auch auf das BGBM zu übertragen sei.<sup>397</sup>

Nach der Revision des BGBM und deren Einbezug der niederlassungsrechtlichen Sachverhalte, scheint nun auch das Bundesgericht dem Bestreben, die Freizügigkeit im Binnenmarkt Schweiz möglichst beschränkungsfrei zu gewährleisten, grösseres Gewicht zuzumessen, als dem Prinzip des Föderalismus.

- Der grösste Unterschied der Regelungen des BGBM zu den entsprechenden Vorschriften des europäischen Rechts liegt in der ausdrücklichen Verankerung einer gesetzlichen Vermutung von Art. 2 Abs. 5 BGBM, die davon ausgeht, dass bei der Anwendung der Grundsätze des Binnenmarktgesetzes die kantonalen resp. kommunalen Marktzugangsordnungen als gleichwertig gel-

---

<sup>396</sup> BGE 128 I 295; vgl. auch oben C.II.1.c).

<sup>397</sup> BGE 128 I 295, E. 4.c)cc).

ten. Die Gleichwertigkeitsvermutung auferlegt es den Kantonen oder Gemeinden, die marktzugangshindernde Beschränkungen aufrechterhalten wollen, darzulegen, dass im spezifischen Einzelfall keine Gleichwertigkeit der Marktzugangsordnungen angenommen werden kann. Dadurch erfolgt die Prüfung, ob die marktzugangsbeschränkende Vorschrift nach dem schweizerischen Recht zulässig ist, in einer grundsätzlich anderen Abfolge, als im Rahmen der Grundfreiheiten des europäischen Rechts. Nach dem BGBM wird an erster Stelle nämlich geprüft, ob die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt werden kann. Erst wenn dies bejaht werden muss, werden die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM geprüft. Damit stellt das BGBM im Vergleich zum Europarecht eine höhere Hürde an die Zulassungsprüfung der Beschränkungen. Allerdings dürften sich die Ergebnisse beider Prüfabfolgen in der Regel ähneln, auch wenn es in der Schweiz tendenziell schwerer fallen dürfte, überhaupt zur Rechtfertigung marktzutrittsbeschränkender Vorschriften zu gelangen.

Mit der Revision des BGBM wurden die freizügigkeitsfreundlichen Bestimmungen des BGBM auch auf Niederlassungsvorgänge ausgedehnt. Durch die grundsätzliche Gleichwertigkeitsvermutung kantonaler und kommunaler Marktzugangsordnungen wurden denn die innerstaatlichen Grenzen weitgehend durchlässig. Etwa im Bereich der Dienstleistungserbringung ist der Binnenmarkt Schweiz durch die Regelungen des BGBM stärker liberalisiert, als dies zwischen den Mitgliedstaaten der EU durch die Dienstleistungsfreiheit des AEUV und einschlägigem Sekundärrecht der Fall ist. Dies mag vor dem Hintergrund der im Vergleich zur EU wohl etwas homogeneren Marktausgestaltung in der Schweiz auch nicht erstaunen. In jedem Fall ist es für die Schweiz – wie auch für die EU – wirtschaftlich von Vorteil, wenn sie gegen Aussen mit nur einer Marktzutrittsordnung auftritt. Sowohl das schweizerische Binnenmarktgesetz als auch die Grundfreiheiten des AEUV wirken auf dieses Ziel hin.

## Literatur

- Anweiler Jochen*: Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt am Main 1997.
- Auer Andreas/Martenet Vincent*: Avis de droit „La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique“, RPW (2004)1, S. 277-314.
- Biaggini Giovanni/Lienhard Andreas/Richli Paul/Uhlmann Felix*: Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 5., überarbeitete Aufl., Basel 2009 (§ 8 Gesamtschweizerischer Binnenmarkt) (zit. *Biaggini/Lienhard/Richli/Uhlmann*, § 8).
- Biaggini Giovanni*: Schweizerische und europäische Wirtschaftsverfassung im Vergleich, ZBl 97(1996)2, S. 49-82.
- Bieber Roland/Epiney Astrid/Haag Marcel*: Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 8. Aufl., Baden-Baden 2009 (zit. Bearbeiter, §, in: *Bieber/Epiney/Haag*, Rn.).
- Blanc Mathieu/Iynedjian Nicolas*: Renforcement du libre accès au marché intérieur pour les avocats, Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C 85/2008 du 24 septembre 2008, AwR (2009)1, 41-42.
- Brugger Schmidt Caroline/Tremp Dania*: „Macht hoch die Tür, die Tor macht weit!“ Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung als Psychotherapeutin, in: Jusletter vom 19. Januar 2009, einzusehen unter: <[http://jusletter.weblaw.ch/article/de/\\_7106?land=de](http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_7106?land=de)> (zuletzt besucht am 01.05.2011).
- Buck Carsten*: Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt am Main 1998.
- Cottier Thomas/Merkt Benoît*: La fonction fédérative de le liberté du commerce et de l'industrie et la loi sur le marché intérieur suisse: l'influence du droit européen et du droit international économique, in: Piermarco Zen-Ruffinen/Andreas Auer (Hrsg.), De la Constitution, Études en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel 1996, S. 449-471.
- Cottier Thomas/Wagner Manfred*: Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), AJP 4(1995)12, S. 1582-1590.
- Dähler Rolf*: Die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen und Diplomen im Binnenmarkt Schweiz, Die Volkswirtschaft (2001)4, S. 9-13.
- De Chambrier Anne/Cuenat Marino*: Reglementierte Berufe und die Revision des Binnenmarktgesetzes, Die Volkswirtschaft (2004)12, S. 9-11.
- De Chambrier Anne*: Die Verwirklichung des Binnenmarktes bei reglementierten Berufen, Grundlagenbericht zur Revision des BGBM (Bundesgesetz über den Binnenmarkt), seco, Januar 2003, einzusehen unter <[http://www.freieberufe.ch/file/PDFs/Etude\\_compl%C3%A8te\\_d%C3%A9finitive\\_toutes\\_professions\\_7\\_10\\_2008.pdf](http://www.freieberufe.ch/file/PDFs/Etude_compl%C3%A8te_d%C3%A9finitive_toutes_professions_7_10_2008.pdf)> (zuletzt besucht am 01.05.2011).
- De Koninck Constant/Pelzer Werner/Ronse Thierry*: Europäisches Vergaberecht – 25 Jahre Rechtsprechung durch den Europäischen Gerichtshof, Wien 2009.
- De Reynier Valentine/Riva Enrico*: Auswirkungen des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) auf die Berufsangehörigen des Gesundheitswesens, die Inhaber einer von einem anderen Kanton erteilten Bewilligung sind, Juni 1998, einzusehen unter <[http://www.gdk-cds.ch/fileadmin/pdf/Themen/Bildung/Rechtsgutachten/Auswirkung\\_Binnenmarkt\\_BGBM-17.06.1998-d.pdf](http://www.gdk-cds.ch/fileadmin/pdf/Themen/Bildung/Rechtsgutachten/Auswirkung_Binnenmarkt_BGBM-17.06.1998-d.pdf)> (zuletzt besucht am 01.05.2011).

- Diebold Nicolas F.:* Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 111(2010)3, S. 129-152.
- Dreyer Dominik/Dubey Bernard:* Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, Cheval de Troie de droit européen, Basel 2003.
- Egger Alexander:* Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008.
- Galli Peter/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc:* Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes, der Kantone und der Europäischen Union, 1. Band: Landesrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007.
- Gammenthaler Nina:* Die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen: Implikationen für die Schweiz, in: *Astrid Epiney/Nina Gammenthaler* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010 Bern/Zürich/Basel/Genf 2010, S. 323-348 (zit. *Gammenthaler*, SJER 2009/10).
- Gammenthaler Nina:* Die schweizerische Rechtsprechung zur Diplomanerkennung im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens Schweiz - EG, in: *Astrid Epiney/Nina Gammenthaler* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009, Bern/Zürich/Basel/Genf 2009, S. 419-443 (zit. *Gammenthaler*, SJER 2008/09).
- Gammenthaler Nina:* Diplomanerkennung und Freizügigkeit – unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen 2005/36/EG und ihrer möglichen Umsetzung in der Schweiz, Diss. Freiburg i.Ue. 2010, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. *Gammenthaler*, Diplomanerkennung).
- Ganten Ted Oliver:* Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, Diss. Augsburg 1999, Berlin 2000.
- Garrone Pierre:* La libre circulation des personnes – Liberté de mouvement, égalité, liberté économique – Etude de droit communautaire et suisse, Zürich 1993.
- Grisel Etienne:* Liberté économique – Libéralisme et droit économique en Suisse, Bern 2006 (unter Mitarbeit von *Anouk Neuenschwander*).
- Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen:* Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008.
- Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix:* Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006.
- Hess Beat:* Umsetzung des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA) durch die Kantone, SJZ 98(2002)20, S. 484-494.
- Hintersteininger Margrit:* Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot – Unter besonderer Berücksichtigung der Situation nicht-staatlicher Handlungseinheiten, Diss. Linz 1998, Berlin 1999
- Hofmann David:* La liberté économique suisse face au droit européen, Diss. Genf 2005, Bern 2005.
- Holzberger Brigitta:* Revision des Binnenmarktgesetzes (BGBM), SJZ 101(2005)8, S. 187-191.
- Kellerhals Andreas/Baumgartner Tobias:* Das „Cassis de Dijon“-Prinzip und die Schweiz, SJZ 102(2006)14, S. 321-330.
- Mach Olivier:* Les accords bilatéraux avec la CE: Opportunité et défi pour le juriste suisse, SJ 124(2002)13, S. 325-385.

- Mächler August*: Interkantonale Freizügigkeit am Beispiel der Medizinalpersonen, ZBl 103(2002)7, S. 337-353.
- Martenet Vincent/Rapin Christophe*: Le marché intérieur suisse, Les mesures restrictives du droit suisse à la lumière du droit européen, Bern/Zürich 1999.
- Oesch Matthias*: Die einseitige Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips, AwR (2009)11-12, S. 518-522.
- Preedy Kara*: Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten – Zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht, Diss. Giessen 2003, Berlin 2005.
- Richli Paul/Wunder Kilian*: Über die Möglichkeiten zur Beschränkung des freien Warenverkehrs nach dem Binnenmarktgesetz, AJP 5(1996)7, S. 908-917.
- Richli Paul*: Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz – Überblick und Würdigung aus öffentlichrechtlicher Sicht, AJP 4(1995)5, S. 593-604.
- Rivière Florence*: Un législateur déterminé à ouvrir le marché intérieur suisse, in: *Astrid Epiney/Florence Rivière/Sarah Theuerkauf/Markus Wyssling* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, Bern/Zürich/Basel/Genf 2005, S. 209-231 (zit. Rivière, SJER 2004/05).
- Schweizer Rainer J.*: Betrachtungen zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM), AJP 3(1994)6, S. 739-748.
- Steindorff Ernst*: Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt, ZHR 150(1986), S. 687-704
- Thomas Cottier/David Herren*: Das Äquivalenzprinzip im schweizerischen Aussenwirtschaftsrecht: von Cassis de Dijon zu Cassis de Berne, in: *Astrid Epiney/Nina Gammenthaler* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Bern/Zürich/Basel/Genf 2010, S. 249-276 (zit. Cottier/Herren, SJER 2009/10).
- Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009.
- Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2006.
- Weber Karl*: Das neue Binnenmarktgesetz, SZW 68(1996)4, S. 164-176.
- Wunder Kilian*: Die Binnenmarktfunktion der schweizerische Handels- und Gewerbebefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft, Diss. Basel 1998, Basel/Genf/München 1998.
- Zogg Serge*: Das Binnenmarktgesetz und seine Auswirkungen auf die Öffnung der Märkte in der Schweiz, Die Volkswirtschaft (2001)4, S. 14-18.
- Zwald Thomas*: Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: *Thomas Cottier/Matthias Oesch* (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, S. 399-459 (zit. Zwald, Bundesgesetz über den Binnenmarkt).
- Zwald Thomas*: Marktzugang auf dem schweizerischen Binnenmarkt, in: *Astrid Epiney/Nina Gammenthaler/Inge Hochreutener* (Hrsg.), Marktzugang in der EU und in der Schweiz, Zur grenzüberschreitenden Mobilität von Personen und Unternehmen im EU-Recht und dem Personenfreizügigkeitsabkommen, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 93-111 (zit. Zwald, Marktzugang).

## Abkürzungen

aBGBM	altes Bundesgesetz über den Binnenmarkt (von 1995)
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweisen der Europäischen Union
AJP	Aktuelle juristische Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AwR	Anwaltsrevue
BBG	Bundesgesetz über die Berufsbildung (SR 412.10)
BBl	Schweizerisches Bundesblatt
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt (SR 943.02)
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (SR 935.61)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (SR 173.110)
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
BR	Baurecht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CE	Communauté européenne
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fussnote
FZA	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen; SR 0.142.112.681)
GPK-N	Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats
Hrsg.	Herausgeber
i.Ue.	im Uechtland
KG	Kartellgesetz (SR 251)
lit.	litera
MedBG	Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (SR 811.11)
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
Pra	Die Praxis

PRW	Recht und Politik des Wettbewerbs
PsyG	Psychologieberufegesetz (noch nicht in Kraft)
PVK	Parlamentarische Verwaltungskontrollstelle
Rn.	Randnote(n)
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
SJ	La Semaine Judiciaire
SJER	Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarkt- recht
THG	Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (SR 946.51)
vgl.	vergleiche
VöB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11)
Weko	Wettbewerbskommission
WTO	World Trade Organisation (Welthandelsorganisation)
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (SR 0.111)
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuch- recht
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert

Das in Anlehnung an die Entwicklungen in der Europäischen Union entstandene Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) liberalisiert den Zugang zum Markt im innerschweizerischen Kontext. Die vorliegende Studie untersucht – ausgehend von einer Betrachtung des Regelungsumfanges und Regelungsinhaltes des Gesetzes – Fragen bezüglich der Auslegung einzelner Bestimmungen des BGBM im Vergleich zur Auslegung entsprechender Normen des europäischen Binnenmarktrechts. Im Zentrum steht dabei die Frage, ob und inwieweit gewisse Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes parallel zu den in der EU geltenden Grundfreiheiten auszulegen sind. Auf Auslegungsparallelität, resp. -differenz untersucht werden Urteile des schweizerischen Bundesgerichts zum BGBM, die sich in vier Kategorien unterteilen lassen. Analysiert werden Urteile bezüglich des Rechts auf freien Marktzugang, der Anerkennung von Fähigkeitsnachweisen, den öffentlichen Beschaffungen sowie dem Verfahren.

**Dr. iur. Nina Gammenthaler** ist seit Herbst 2010 als wissenschaftliche Mitarbeiterin im Rechtsdienst 1 des Bundesamtes für Umwelt (BAFU) angestellt. Zuvor war sie Assistentin am Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht von Frau Prof. Astrid Epiney an der Universität Freiburg i.Ue.