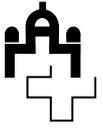


Parlamentsdienste

Services du Parlement

Servizi del Parlamento

Servetschs dal parlament



Parlamentarische
Verwaltungskontrollstelle
CH-3003 Bern
Tel. 031 323 09 70
Fax 031 323 09 71

Evaluation: Wie offen ist der Schweizer Binnenmarkt?

Schlussbericht

zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats

Bern, 11. Februar 2000

Das Wichtigste in Kürze

- Obwohl in einigen Branchen einzelne Regulierungen abgebaut worden sind, hat das Binnenmarktgesetz (BGBM) bisher noch zu keiner konsequenten Öffnung des Binnenmarktes geführt. Nur im Apothekerwesen sowie im Anwaltswesen fanden punktuell Liberalisierungen statt, die explizit auf das BGBM zurückzuführen sind. Dabei wurden tendenziell eher Marktschranken von geringer Bedeutung abgebaut.
- Grosse Marktschranken konnten hingegen durch das BGBM nicht reduziert werden. Branchen, die vor Inkrafttreten des BGBM stark segmentiert waren, sind es heute immer noch. Es konnte keine konkrete Intensivierung des Wettbewerbs und auch keine Preiswirkung in Folge des BGBM festgestellt werden. Die schwache Wirkung des BGBM ist auf folgende drei Faktoren zurückzuführen:
 1. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung das Gesetz überwiegend föderalismusfreundlich ausgelegt. Es klammert die Niederlassungsfreiheit aus dem Anwendungsbereich des BGBM aus und beschränkt die kantonale Anerkennung von Diplomen auf schweizerische Fähigkeitsausweise. Damit wurde das im BGBM vorhandene Wirkungspotenzial entscheidend beschnitten.
 2. Bereits im Gesetz sind Beschränkungen des freien Marktzugangs vorgesehen. Deren Bedeutung wurde durch die die kantonale Souveränität betonende Haltung des Bundesgerichts noch verstärkt. Sind in einer Branche die Rahmenbedingungen (z.B. Ausmass des Schutzes der Öffentlichkeit) von Kanton zu Kanton unterschiedlich, dann können sich Kantone der Marktöffnung unter gewissen Bedingungen (z.B. Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen und Verhältnismässigkeit) widersetzen. Gerade in Bereichen, in denen im interkantonalen Verhältnis besonders hohe Marktschranken existieren, greift das BGBM somit nicht.
 3. Triebkraft für die Umsetzung des BGBM ist der in Art. 9 vorgesehene Rechtsschutz. Die durch die Zulassung einer Beschwerde und durch die Anwendung der entsprechenden Rechtspraxis zu erzielenden Vorteile stehen indessen nicht im Verhältnis zum Aufwand eines Beschwerdeverfahrens. Klagen bleiben aus, und folglich fehlt jeglicher Anreiz, der die Kantone dazu bewegen könnte, ihre Vorschriften und ihr normatives Recht dem BGBM anzupassen.

Inhaltsverzeichnis

Das Wichtigste in Kürze

1	Einleitung	1
2	Aktuelle Situation im Binnenmarkt Schweiz	2
2.1	Konkrete und marktöffnende Wirkung des BGBM: freie medizinische Berufe, Anwaltswesen	2
2.2	Beschränkte Wirkung des BGBM: Medizinische Hilfsberufe, Optiker-, Gastwirtschafts- und Immobilientreuhandgewerbe	4
2.3	Kaum Wirkung des BGBM: Sanitär-, Taxi-, Wandergewerbe und Naturheilkunde	5
3	Analyse der Umsetzung des BGBM	6
3.1	Den Binnenmarkt einschränkende Rechtsprechung des Bundesgerichtes	7
3.2	Den Binnenmarkt fördernde Rechtsprechung des Bundesgerichtes	9
3.3	Die Rolle der Wettbewerbskommission	10
3.4	Anpassung des kantonalen Rechts	11
4	Fazit	12

1 Einleitung

Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) ist seit 1. Juli 1996 in Kraft. Sein direktes Ziel ist die Schaffung eines gesamtschweizerischen Binnenmarktes für Waren, Dienstleistungen, Personen und Kapital. Indirekt soll dadurch die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Wirtschaft gestärkt und deren Wettbewerbsposition verbessert werden. Zusammen mit dem Kartellgesetz, dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen und dem Bundesgesetz über den Abbau technischer Handelshemmnisse bildet das BGBM ein wichtiges Massnahmenpaket des Bundesrates zur sogenannten marktwirtschaftlichen Erneuerung in der Schweiz¹.

Mit dem Binnenmarktgesetz sollen öffentlich-rechtliche Wettbewerbshindernisse² und Mobilitätsschranken abgebaut werden. Davon erhofft man sich eine Verbesserung der Rahmenbedingungen des Wettbewerbs und Effizienzgewinne. Ursprung der Wettbewerbsschranken öffentlich-rechtlicher Art sind in erster Linie kantonale und kommunale unterschiedliche Regelungen. Diese Regelungen wirken für nicht ortsansässige Anbieter wie Schranken und verhindern oder erschweren deren Zugang zum Markt. Das BGBM zielt denn auch hauptsächlich auf die kantonale und kommunale Gesetzgebung ab. Als Rahmenerlass sieht es allerdings keine Rechtsharmonisierung vor, sondern beschränkt sich darauf, Grundsätze festzulegen, die für den freien Zugang zum Markt notwendig sind.

Die Evaluation der Parlamentarischen Verwaltungskontrolstelle (PVK) "Wie offen ist der Schweizer Binnenmarkt?" hat zum Ziel, die Wirkung des BGBM auf ökonomischer und juristischer Ebene zu überprüfen. Dabei richtet sich die Überprüfung auf die

¹ Diese sogenannte Revitalisierung der schweizerischen Wirtschaft steht auch im Zusammenhang mit der Ablehnung des EWR-Abkommens durch das Schweizer Stimmvolk (6. Dez. 1992). Hauser, der die potenziellen Gewinne der Schweiz im EWR berechnete, wies darauf hin, dass rund zwei Drittel dieser Gewinne durch Liberalisierung im Inland auch im Alleingang realisiert werden könnten. Vgl. Hauser, Heinz/ Sven Bradke, 1991: EWR-Vertrag, EG-Beitritt, Alleingang: Wirtschaftliche Konsequenzen für die Schweiz. Chur: Rüegger Verlag.

² Wettbewerbsschranken privatrechtlicher Art sind Inhalt des neuen Kartellgesetzes und fallen nicht unter das BGBM.

Dienstleistungsfreiheit und die Personenfreizügigkeit, beides Bereiche, die im Vorfeld des Binnenmarktgesetzes als problematisch bezeichnet wurden. Das Submissionswesen ist aus dieser Evaluation ausgeklammert, weil es nur z.T. unter das BGBM fällt und weil die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates diesen Bereich voraussichtlich gesondert untersuchen wird. Vorliegender Schlussbericht präsentiert die Ergebnisse im Überblick. Detailergebnisse und Ausführungen zur Methodik sind im Arbeitsbericht zu finden.

2 Aktuelle Situation im Binnenmarkt Schweiz

Verschiedene Berufszweige sind auf kantonaler Ebene stark reguliert. Grosse Unterschiede in diesen kantonalen Regulierungen begründen Marktschranken, welche die Mobilität der betreffenden Berufe einschränken und den Wettbewerb behindern. Vor Inkrafttreten des BGBM hat man Marktschranken vor allem in folgenden acht Branchen festgestellt: Medizinalberufe³, Anwaltswesen, Sanitär-, Optiker-, Taxi-, Gastwirtschafts-, Wander- und Immobilientreuhandgewerbe. Die PVK hat die aktuelle Regulierungssituation aller acht Branchen untersucht. Wenn Unterschiede in den kantonalen Regulierungen deutlich abgenommen haben, gehen wir von einer positiven Binnenmarktwirkung aus. Im Idealfall sollte der Abbau von Regulierung die Mobilität der Anbieter vergrössern und den Wettbewerb intensivieren. Hat sich die Regulierungssituation kaum oder gar nicht geändert, so ist auch die Wirkung des BGBM auf die entsprechende Branche gering. Die einzelnen Branchensituationen werden im Arbeitsbericht detailliert analysiert.

2.1 Konkrete und marktöffnende Wirkung des BGBM: freie medizinische Berufe, Anwaltswesen

In der Branche der freien medizinischen Berufe stellt der Medikamentenversand einen Bereich dar, in dem das BGBM positive Wirkung auf den Binnenmarkt hatte. Laut Urteil des Bundesgerichtes⁴ darf ein Kanton den postalischen Vertrieb von Medika-

³ Freie medizinische Berufe, medizinische Hilfsberufe und Berufe der Naturheilkunde.

⁴ BGE 2P. 68/1998 vom 1. Oktober 1999.

menten aus einem anderen Kanton nicht einfach verbieten, wenn der Schutz der Öffentlichkeit durch Beschränkungen und Vorschriften des Herkunftskantons gewährleistet wird. Diese Art von Versandhandel ist eine Dienstleistung, die in der Schweiz erst seit kurzem angeboten wird. Der Medikamentenversandhandel steht in deutlichem Preiswettbewerb zum Medikamentenverkauf in der Apotheke. Die Medikamente des Versandhandels sind in der Regel günstiger als die entsprechenden Produkte aus der Apotheke. Aus diesem Grunde dürfte der Versandhandel gute Marktchancen haben. Darüber hinaus könnte er zusätzliche wettbewerbsfördernde Wirkung haben, wenn infolge des zunehmenden Konkurrenzdrucks die bisher wenig flexiblen Preise des Pharamabereiches unter Druck geraten. Entsprechend substantiell könnte diese Binnenmarktöffnung werden. Ansonsten existieren bei den freien medizinischen Berufen - trotz BGBM - weiterhin Binnenmarkthindernisse, die auf unterschiedliche kantonale Regulierungen zurückzuführen sind. Diese Marktschranken sind jedoch nicht allzu hoch und daher für die Branche nicht von allzu grosser wirtschaftlicher Bedeutung. Ausserdem werden sie durch die Existenz deutlich höherer Regulierungshindernisse aus dem Bereich der Gesundheitsgesetzgebung und der Krankenkassen relativiert.

Für das Anwaltswesen konnte ebenfalls eine konkrete Wirkung des BGBM im Sinne einer Marktöffnung nachgewiesen werden: Für ausserkantonale tätige Anwälte sind Bewilligungsverfahren zur Berufsausübung im Bestimmungskanton nun kostenlos und vereinfacht. Einer - wenn auch nur formellen - Bewilligung bedarf es zur ausserkantonalen anwältlichen Tätigkeit dennoch. Dieser Abbau von Marktschranken ist darauf zurückzuführen, dass in drei Fällen Anwälte durch Einreichung einer staatsrechtlichen Beschwerde ihr Recht auf freien Marktzugang eingeklagt haben und das Bundesgericht diesen Klägern durchwegs Recht gegeben hat⁵.

Festzuhalten bleibt, dass es sich bei den abgebauten Regulierungen um eher unbedeutende Binnenmarktschranken handelt. Mit Ausnahme des Medikamentenversandhandels dürften die ökonomischen Effekte der Änderungen eher gering sein. Bisher konnte

⁵ BGE 123 I 313 vom 30. Mai 1997, BGE 125 II 56 vom 31. August 1998 und BGE 2P. 122/1999 vom 9. Juli 1999.

empirisch weder eine Intensivierung des Wettbewerbs noch eine Auswirkung auf die Preise nachgewiesen werden. Die Branchenstudien machen ausserdem deutlich, dass im Anwaltswesen und bei den freien medizinischen Berufen noch immer starke Regulierungen bestehen (z.B. die Preisbindung, die von Behörden respektive von den Krankenkassen festgelegt wird). Oft sind die Regulierungen jedoch nicht binnenmarktrelevant. Die Wirkung des BGBM ist indessen auch vor diesem Hintergrund anhaltender Regulierungsdichte zu sehen, welche ökonomische Effekte möglicherweise reduziert hat.

2.2 Beschränkte Wirkung des BGBM: Medizinische Hilfsberufe Optiker-, Gastwirtschafts- und Immobilienreuhandgewerbe

Bei den medizinischen Hilfsberufen haben vor allem hinsichtlich der Diplomanerkennung Verbesserungen stattgefunden. Zwei Verordnungen der Sanitätsdirektorenkonferenz (SDK) vereinheitlichen die Diplomanerkennung von zwanzig medizinischen Hilfsberufen. Damit ist für einen Teil dieser Branche die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen in der ganzen Schweiz harmonisiert. Auch das Optikergewerbe kennt die schweizweite Anerkennung seiner Diplome. Neuere kantonale Gesetzgebungen im Gesundheitswesen tendieren ausserdem auch zu einer liberaleren Zulassung in diesen zwei Branchen. Teilweise werden erleichterte Verfahren vorgesehen, wenn bereits eine Bewilligung in einem anderen Kanton vorliegt. Im Immobilienreuhandgewerbe wurde die überwiegende Zahl der obligatorischen kantonalen Bewilligungen zur Berufsausübung abgeschafft. Im Gastwirtschaftsgewerbe haben zahlreiche Kantone die Bedürfnisklausel ersatzlos gestrichen, die Bedingungen für die Wirtezulassung erleichtert und die Öffnungszeiten liberalisiert.

Gemeinsam ist den Branchen der medizinischen Hilfsberufe, des Optiker-, des Gast- und des Immobilienreuhandgewerbes, dass sie im Zuge einer allgemeinen Liberalisierung teilweise dereguliert wurden. Die Umsetzung des BGBM ist nur ein Element dieser Deregulierung. Nur ein geringer Teil der Liberalisierung kann explizit auf das BGBM zurückgeführt werden. Entsprechend hatte das BGBM in diesen vier Branchen zwar eine gewisse Wirkung; diese kann allerdings nicht von den Effekten der generell erfolgten Liberalisierung getrennt werden.

In der Praxis sind diese Branchen noch mit kantonalen Regulierungen konfrontiert. Die materiellen Bewilligungsbedingungen können z.B. von einem Kanton zum anderen deutlich variieren. Binnenmarktprobleme existieren auch heute noch, sind aber eher gering. Es konnte keine konkrete Intensivierung des Wettbewerbs und auch keine Preiswirkung des BGBM festgestellt werden.

2.3 Kaum Wirkung des BGBM: Sanitär-, Taxi-, Wandergewerbe und Naturheilkunde

Im Sanitär-, Taxi und im Wandergewerbe sowie in den Berufen der Naturheilkunde zeigten die Branchenanalysen hohe Binnenmarktschranken, welche den Wettbewerb deutlich behindern und die Mobilität einschränken. Beispiele:

- Die Installationskonzessionen des Sanitärgewerbes, die auf kommunaler Ebene vergeben werden und vor jedem Auftrag neu eingeholt werden müssen.
- Die lokal sehr unterschiedlichen Prüfungen und Bewilligungsvoraussetzungen im Taxigewerbe.
- Die vielfältigen kantonalen oder kommunalen Patente, die im Wandergewerbe benötigt werden.
- Die kantonal völlig unterschiedlichen Berufsdefinitionen und Zulassungsbedingungen im Bereich Naturheilkunde.

In allen vier Branchen sind nur äusserst geringe Wirkungen des BGBM festzustellen. Ein offensichtlicher Grund der aufgelisteten Umsetzungslücken ist das Fehlen von rechtlichen Beschwerden. Weder im Sanitärbereich oder im Wandergewerbe noch im Taxigewerbe ist in Bezug auf das BGBM der Rechtsweg beschritten worden, was deutlich macht, dass die Umsetzung eben nicht zwangsläufig und in den einzelnen Branchen auch nicht einheitlich erfolgt. Im Sanitärbereich wurde das Fehlen von Klagen mit der geringen Höhe eines einzelnen Sanitärauftrages resp. einer Installationskonzession begründet. Sogar bei einem Entscheid zu Gunsten des Klägers scheint der mit einem gerichtlichen Verfahren verbundene Aufwand angesichts des zu erwartenden Ertrages

zu gross. Das Taxigewerbe scheint vom Status quo durchwegs zu profitieren, so dass bei den Anbietern kein Bedürfnis zur Durchsetzung des BGBM vorhanden ist.

Im Bereich Naturheilkunde liegt eine Beschwerde vor, die bis vor Bundesgericht gelangte. Die Entscheidung der höchsten Instanz führte jedoch nicht zur erhofften Öffnung des Marktes⁶. Das BGBM hat dadurch auch keine wettbewerbsfördernde Wirkung.

Gerade in Problembranchen konnte das BGBM kaum Wirkung entfalten. Allgemein führte es nicht zur erhofften konsequenten Öffnung des Binnenmarktes. In allen von uns untersuchten Branchen muss z.B. die Zulassung für einen bewilligungspflichtigen Beruf bei einem Kantonswechsel trotz BGBM neu eingeholt werden. Von einem durch das BGBM erzielten "Binnenmarkt Schweiz" kann entsprechend nicht die Rede sein. Hauptursache der Wirkungsschwäche des BGBM ist ein systematisches Umsetzungsproblem, das wir im folgenden Kapitel beschreiben.

3 Analyse der Umsetzung des BGBM

Die Umsetzung des BGBM beruht massgeblich darauf, dass die Betroffenen ihr Recht auf Marktzugang einklagen und folglich die Kantone dazu bewegen, ihre Vorschriften und ihr normatives Recht diesem Gesetz anzupassen. Die Wettbewerbskommission (Weko) kann den Umsetzungsprozess des BGBM unterstützen, indem sie Empfehlungen und Gutachten zu Händen von Gerichten oder Kantonen verfasst. Die eigentliche Triebkraft zur Durchsetzung des BGBM bildet indessen der in Artikel 9 vorgesehene Rechtsschutz. Der Rechtsprechung der Gerichte, vor allem derjenigen des Bundesgerichts, kommt dadurch eine Schlüsselfunktion zu. Sie legt den Rahmen der Marktöffnung fest, indem sie entscheidet, in welchem Mass die Kantone ihre Entscheide und ihr normatives Recht auf das BGBM abzustimmen haben.

⁶ BGE 2P. 295/1998 vom 4. Juni 1999.

Rechtlich befindet sich die Binnenmarktthematik in einem Spannungsfeld zwischen der Handels- und Gewerbefreiheit und dem Prinzip des Föderalismus. Gemäss Botschaft des Bundesrates sollte das BGBM dazu dienen, dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV 1874) gegenüber dem Prinzip des Föderalismus mehr Gewicht zu verleihen⁷, als es in der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Fall war. Diese Absicht wurde durch die im BGBM festgehaltenen Regeln des freien Zugangs zum Markt (Art. 2 BGBM) und der landesweiten Geltung von kantonalen oder kantonal anerkannten Fähigkeitszeugnissen (Art. 4 Abs. 1) konkretisiert. Dessen ungeachtet ist das Bundesgericht in der Auslegung dieser Bestimmungen seiner föderalismusfreundlichen Linie treu geblieben. Dabei kann es sich z. T. auf Artikel 3 BGBM abstützen, in dem der freie Zugang zum Markt für ortsfremde Anbieter unter bestimmten Bedingungen eingeschränkt wird.

3.1 Den Binnenmarkt einschränkende Rechtsprechung des Bundesgerichtes

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, welche die Realisierung des Schweizer Binnenmarktes zu Gunsten der kantonalen Souveränität einschränkt, kann folgendermassen zusammengefasst werden:

1. Das Bundesgericht klammert die Niederlassungsfreiheit vom Prinzip des freien Marktzugangs aus: Erfordert eine ausserkantonale Tätigkeit die Eröffnung eines Lokals, eines Geschäfts oder einer Praxis, kommt dies, laut Bundesgericht, einer geschäftlichen Niederlassung im Bestimmungskanton gleich. Es handle sich nicht mehr um einen interkantonalen Dienstleistungsverkehr, sondern um einen innerkantonalen Sachverhalt. Somit würden die kantonalen Niederlassungsbestimmungen des Bestimmungskantons zum Tragen kommen und nicht das Prinzip des freien Zugangs zum Markt (Artikel 2 BGBM). Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes⁸ verhindert damit den freien Marktzugang für ganze Berufsgruppen wie z.B. die

⁷ Bundesrat, 1994: BBl 1995 I 1219.

⁸ BGE 2P. 424/1998 vom 4. Mai 1999, BGE 2P. 295/1998 4. Juni 1999, BGE 2P. 420/1998 vom 14. Juni 1999 und BGE 2P. 362/1998 vom 6. Juli 1999.

Ärzte, Heilpraktiker und Gastwirte, die sich naturgemäss bei einer ausserkantonalen Tätigkeit im Bestimmungskanton geschäftlich niederlassen müssen.

2. Kantone können unter Berufung auf die Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen (Art. 3 Abs. 2 BGBM) den Nachweis erbringen, dass die angestrebte Schutzwirkung nicht schon im Herkunftskanton erzielt wird (Art. 3 Abs. 3 Bst. a) und sich dadurch dem freien Marktzugang widersetzen. So limitierte das Bundesgericht⁹, sich auf die Bestimmungen von Artikel 3 BGBM berufend, im Bereich Heilpraktiker die Anwendung des freien Zugangs zum Markt auf Situationen, in denen im Herkunftskanton und im Bestimmungskanton ein gleiches Schutzniveau herrscht. Wenn ein Heilpraktiker seine Berufstätigkeit von einem „kulanten“ in einen „strengerer“ Kanton verlegen will, kann letzterer, unter Berufung auf den erwähnten Artikel, den Zugang zum Markt untersagen. Die Naturheiler gehören zu jenen Berufsgruppen, deren Marktschranken besonders hoch sind, d.h. deren Rahmenbedingungen von Kanton zu Kanton sehr unterschiedlich sind (z.B. Ausmass des Schutzes der Öffentlichkeit). Genau in diesen Fällen greift das BGBM nicht, weil das Bundesgericht den in Artikel 3 BGBM liegenden Ermessenspielraum zu Gunsten der kantonalen Souveränität auslegt.
3. Das Bundesgericht¹⁰ hat die automatische Diplomanerkennung gemäss Artikel 4 Absatz 1 BGBM auf schweizerische Fähigkeitsausweise beschränkt. Ein Kanton muss z.B. ein ausländisches Zahnarzt Diplom, auch wenn es in einigen anderen Kantonen zugelassen ist, nicht zwingend anerkennen. Folglich bleibt - trotz BGBM - eine der grössten Mobilitätsschranken für Personen mit ausländischen Fähigkeitsausweisen bestehen.

Das Bundesgericht hat durch seine die kantonalen Kompetenzen betonende Rechtsprechung das Wirkungsfeld des BGBM deutlich eingeschränkt. Das im Gesetz vorhandene Potenzial zur Öffnung des Marktes wurde nicht genutzt. Der in Artikel 1 dargelegte

⁹ BGE 2P. 295/1998 vom 4. Juni 1999.

¹⁰ BGE 2P. 424/1998 vom 4. Mai 1999.

Zweck des Gesetzes kann infolgedessen nicht erfüllt werden, denn die Rechtspraxis des Bundesgerichtes erlaubt es eben nicht, dass alle Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz einen freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben. Etliche Marktschranken, die die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr behindern, sind noch nicht abgebaut.

3.2 Den Binnenmarkt fördernde Rechtsprechung des Bundesgerichtes

Nach den Aspekten der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die der Realisierung eines schweizerischen Binnenmarkts zuwider laufen, sei nun auf Entscheidungen aus der Rechtspraxis des Bundesgerichtes eingegangen, die im Sinn des Binnenmarktes getroffen worden sind. Allerdings ändern diese wenig an der rechtlichen Lage, wie sie vor Inkrafttreten des BGBM herrschte. Im Einzelnen wurde durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung¹¹ folgende Liberalisierung erreicht:

- Inhabern von ausserkantonalen Bewilligungen muss bei einer Beschränkung des Marktzugangs ein kostenloses Prüfungsverfahren und eventuell ein kostenloses erstinstanzliches Rechtsverfahren gewährt werden.
- Schweizerische Fähigkeitsausweise für Berufe, die in allen Kantonen bekannt und zulässig sind, müssen auf dem ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft anerkannt werden.
- Wenn die interkantonalen Verhältnisse vergleichbar sind (gleiches erstrebtes Schutzniveau), geniessen Inhaber von ausserkantonalen Bewilligungen im Bestimmungskanton freien Zugang zum Markt oder mindestens vereinfachte und erleichterte Bewilligungsverfahren zur Berufsausübung.

Aber selbst diese marginalen Änderungen in der Rechtslage wurden nicht in allen von uns untersuchten Branchen durchgesetzt. So wird z.B. die Praxis, wonach einem Inhaber einer ausserkantonalen Bewilligung bei einem Kantonswechsel ein kostenloses

¹¹ BGE 123 I 313 vom 30. Mai 1997, BGE 125 II 56 vom 31. August 1998, BGE 2P. 122/1999 vom 9. Juli 1999 und BGE 2P. 68/1998 vom 1. Oktober 1999.

Bewilligungsverfahren zusteht, nicht in allen kantonalen Behörden angewandt. Dies ist auf den hauptsächlich auf Rechtsschutz beruhenden Umsetzungsprozess zurückzuführen. Wendet ein Kanton das BGBM im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis nämlich nicht an, muss gegen die einzelnen kantonalen Entscheide, welche auf nicht BGBM-konformem Recht basieren, geklagt werden. Dazu bedarf es gewisser Voraussetzungen: Der Beschwerdeführer muss von einem Entscheid selber betroffen sein, über die nötige Kenntnis des BGBM verfügen und bereit sein, das Risiko sowie die eventuellen Kosten eines Gerichtsverfahrens zu tragen. Das führt dazu, dass die Klagebereitschaft nicht in allen Branchen gleich ausgeprägt ist. So sind die meisten Beschwerden bezeichnenderweise aus dem Bereich Rechtsanwälte gekommen, obwohl dort die Binnenmarktproblematik nicht so gravierend ist wie z.B. im Sanitärengewerbe; aus diesem ist bisher noch keine aufs BGBM bezogene Beschwerde vor die Gerichte gelangt.

Die Durchsetzung der durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung gewährten Verbesserungen im Schweizer Binnenmarkt findet so „au coup par coup“, d.h. punktuell, in einem isolierten Sektor statt und geschieht daher in den verschiedenen Branchen sehr unterschiedlich. Das durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtes ohnehin schon geschwächte BGBM wird somit in einem langwierigen und unkoordinierten Prozess und nicht aufgrund einer einheitlichen, gezielten Strategie verwirklicht.

3.3 Die Rolle der Wettbewerbskommission

Die die kantonalen Kompetenzen betonende Entscheidungspraxis des Bundesgerichtes hat Auswirkungen auf die Tätigkeit der Weko und beeinflusst auch die Kantone in der (Nicht-)Anpassung der Gesetzgebung, wie in Abschnitt 3.4 aufgezeigt wird.

Artikel 8 BGBM beauftragt die Weko, die Einhaltung des Gesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben zu überwachen. Sie kann Empfehlungen zur BGBM-Kompatibilität von Gesetzen abgeben und kann Gutachten zuhanden von Gerichten und Behörden verfassen (Art. 10 BGBM). Allerdings ist die Inanspruchnahme der Dienste der Weko nicht obligatorisch. Zudem sind deren Gutachten und Empfehlungen, die im Zusammenhang mit dem BGBM abgegeben werden, nicht bindend. Da der Weko überdies ein Klagerecht fehlt, zeigen die Kantone

und Gemeinden bisher kaum Interesse an Empfehlungen und Gutachten der Weko. Macht die Wettbewerbsbehörde nun die Kantone auf eine Marktschranke aufmerksam, so geben diese immer öfter zu verstehen, dass die Betroffenen klagen können, wenn sie mit einer Entscheidung nicht einverstanden sind. Die bisherige Auslegung des BGBM durch das Bundesgericht, die geringen Erfolgchancen einer Beschwerde sowie die Auferlegung der Gerichtskosten im Falle einer Abweisung bringen aber potenzielle Kläger davon ab, den Rechtsweg zu beschreiten. Die Kantone müssen somit nicht befürchten, dass sie wegen Entscheiden, die nicht BGBM-kompatibel sind, eingeklagt werden. Auch führt dies dazu, dass die Kantone sich nicht an die Weko wenden, um die BGBM-Kompatibilität ihrer Gesetze und Vorschriften prüfen zu lassen und dass sie die Empfehlungen der Weko nicht zu berücksichtigen brauchen.

Die föderalismusfreundliche Haltung des Bundesgerichts stellt die Weko somit vor ein grundsätzliches Problem: Es wird kein Anreiz geschaffen, in Sachen Umsetzung des BGBM in den Kantonen etwas zu bewegen. Gemäss dem Gespräch, das die PVK mit dem Sekretariat der Weko geführt hat, ist das Sekretariat über die Rechtsprechung des Bundesgerichtes enttäuscht. Ausser im Bereich Submissionswesen ist dem BGBM seine Wirkung genommen worden. Die Weko ist in ihrer Rolle als Überwacherin des BGBM durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtes sehr stark eingeschränkt. Sie sieht somit ihre Aktivitäten auf „gutes Zureden“ reduziert.

3.4 Anpassung des kantonalen Rechts

Laut der Botschaft des Bundesrates zum BGBM „sollen die Bestrebungen der Kantone gefördert werden, in ihrem Kompetenzbereich durch autonome Anpassungen und durch Konkordate gemeinsame Rahmenbedingungen zu schaffen“¹². Artikel 11 BGBM sieht denn auch vor, dass die Kantone, Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben innerhalb von zwei Jahren seit dem Inkrafttreten des Gesetzes (1. Juli 1996) ihre Rechtsvorschriften anzupassen haben.

¹² Bundesrat, 1994: Botschaft zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt, BBl 1995 I 1221.

In den acht von der PVK untersuchten Branchen hat das BGBM keinen massgeblichen Einfluss auf die Gesetzgebung der Kantone gehabt. Seit Inkrafttreten des BGBM sind nur acht kantonale Gesetzesrevisionen verabschiedet worden, die explizit auf das BGBM Bezug nehmen. Ebenfalls kaum gefördert wurde der Abschluss interkantonalen Abkommen. Nur die Vereinbarung des Espace Mittelland, die sieben Kantone unterzeichnet haben, ist ausdrücklich auf das BGBM zurückzuführen. Dieses Resultat bestätigt, was im Abschnitt über die Tätigkeit der Weko festgestellt wurde, nämlich dass die die kantonalen Kompetenzen betonende Rechtsprechung des Bundesgerichtes keinen Anreiz setzt, die Umsetzung des BGBM voranzutreiben. Dementsprechend gering ist auch das Bestreben der Kantone, durch gesetzliche Anpassungen und durch Konkordate gemeinsame Rahmenbedingungen für die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz zu schaffen.

4 Fazit

Die Evaluation zum BGBM hat aufgezeigt, dass für viele Berufsgruppen noch immer kein schweizerischer Binnenmarkt existiert. Das Gesetz hat gerade in Fällen stark unterschiedlicher kantonaler Regulierungen nur wenig zum Abbau von Marktschranken beitragen können. Branchen wie das Sanitär-, das Taxi- oder das Wandergewerbe, die 1992 als Problembereiche im Binnenmarkt galten, weisen auch heute noch eingeschränkten Wettbewerb und reduzierte Mobilität auf. Somit wurde das Ziel des BGBM, einen freien und gleichberechtigten Zugang zum gesamten schweizerischen Markt für alle in der Schweiz niedergelassenen Anbieter, nicht erreicht. Dieses Versagen ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass das BGBM als Rahmengesetz konzipiert worden ist.

Der Ermessensspielraum, den das BGBM in seiner Ausgestaltung gewährt, überlässt es den Gerichten, in ihrer Rechtspraxis richtungsweisende wirtschaftspolitische Entscheide zu treffen. So hat das Bundesgericht, als es bei der Auslegung des BGBM darum ging, das Prinzip des freien Marktzugangs gegen dasjenige des Föderalismus abzuwägen, letzteres geschützt. Damit wurde das Wirkungspotenzial des BGBM entscheidend beschränkt und die Realisierung eines Binnenmarktes Schweiz stark behindert.

Die Durchsetzung der wenigen binnenmarktförderlichen Elemente der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Praxis ist ebenfalls problematisch. Dies hängt in erster Linie damit zusammen, dass die Umsetzung des BGBM im Wesentlichen auf dem Rechtsschutzartikel basiert. Die durch die Zulassung einer Klage und durch die Anwendung der entsprechenden Rechtspraxis zu erzielenden Vorteile stehen nicht im Verhältnis zum Aufwand eines Beschwerdeverfahrens. Klagen bleiben aus; folglich fehlt jeglicher Anreiz, der die Kantone dazu bewegen könnte, ihre Vorschriften und ihr normatives Recht dem BGBM anzupassen.

Durchführung der Untersuchung

Projektleiter:	Serge Zogg, Dipl. postgrade en sc. pol., PVK
Ökonomische Analyse:	Brigitte Guggisberg, Dr. rer. pol., PVK
Erhebung der kantonalen Gesetzesanpassungen:	Jean-Luc Gassmann, lic. iur., not., Institut für Föderalismus der Universität Freiburg
Sekretariat:	Hedwig Heinis, PVK

Die PVK dankt dem Sekretariat der Wettbewerbskommission für die sehr gute Zusammenarbeit und allen Gesprächspartnern für ihre Bereitschaft, uns ein Interview zu gewähren.

Bemerkung:

Die in diesem Bericht verwendeten Berufsbezeichnungen beziehen sich auf beide Geschlechter.