

**Auswirkungen des Bundesgesetzes
über den Binnenmarkt (BGBM)
auf den freien Dienstleistungs- und Personenverkehr
in der Schweiz**

**Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats
auf der Grundlage einer Evaluation
der parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle**

vom 27. Juni 2000

Bericht

1 Vorgehen und Ziele

Am 6. Oktober 1995 wurde das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM, SR 943.02) von der Bundesversammlung verabschiedet. Dieses Gesetz gehört zum Programm der marktwirtschaftlichen Erneuerung, das nach der Ablehnung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) lanciert wurde. Es soll die Abschaffung staatlicher Regelungen fördern, die den Wettbewerb und die berufliche Mobilität in den Beziehungen zwischen Kantonen und Gemeinden behindern, und damit den Zugang zum schweizerischen Binnenmarkt erleichtern. Das BGBM soll einen freien, nicht diskriminierenden Zugang für Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen gewährleisten, und zwar nach dem folgenden Grundsatz: kann eine Arbeitskraft auf Grund ihrer Diplome in einem Kanton einen bestimmten Beruf ausüben oder hat ein Unternehmen in einem Kanton Zugang zum Markt, sollen sie die Möglichkeit haben, ihre Arbeit bzw. Dienstleistungen auf dem ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft anzubieten. Das BGBM dient letztlich dazu, die Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz auf nationaler und internationaler Ebene zu stärken.

Das Binnenmarktgesetz gilt für Schweizer Bürgerinnen und Bürger, für in der Schweiz ansässige Ausländerinnen und Ausländer sowie für juristische Personen mit Sitz in der Schweiz. Hingegen fallen weder Saisonarbeiter und Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis noch der öffentliche Dienst wie die Verwaltung oder das staatliche Schulwesen in seinen Anwendungsbereich. Auch kantonale Regalrechte (historische Grund- und Bodenregale und Versicherungsmonopole) sind davon ausgeschlossen.

Rund drei Jahre nach Inkrafttreten des Binnenmarktgesetzes, am 1. Juli 1996, erkundigte sich die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats (GPK-N) nach seinen Folgen. Sie beauftragte die Subkommission EFD/EVD, die Auswirkungen auf wirtschaftlicher und juristischer Ebene zu prüfen und zu beurteilen, ob die Ziele erreicht wurden. Mitglied der von Nationalrätin Brigitta M. Gadiant präsidierten Subkommission waren Nationalrätin Stephanie Baumann sowie die Nationalräte Serge Beck, Walter Bosshard, Maurice Chevrier, Walter Decurtins, Hugo Fasel, Rudolf Imhof (Präsident der GPK-N), Peter Jossen, Otto Laubacher und René Vaudroz.

Die Subkommission wandte sich zur Erfüllung ihres Auftrags an die parlamentarische Verwaltungskontrollstelle (PVK) und bat sie, die Auswirkungen in den folgenden acht Bereichen zu untersuchen, die vor der Verabschiedung des BGBM als die problematischsten erachtet wurden¹:

- Medizinalberufe, d.h. freie medizinische Berufe (Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker), medizinische Hilfsberufe und Berufe der Naturheilkunde,
- Sanitärengewerbe,
- Optikergewerbe,

¹ Vgl. Bericht des Bundesamts für Konjunkturfragen über den Binnenmarkt, in Beantwortung des Postulats der CVP-Fraktion vom 12. Juni 1989 (ad 89.476), Bern, 1993. Siehe auch SENTI, R., BALTENSPERGER, J., Binnenmarkt Schweiz, wettbewerbsverzerrende Bestimmungen im öffentlich-rechtlichen Bereich, Bundesamt für Konjunkturfragen, Bern, 1991.

- Anwaltswesen²,
- Taxigewerbe,
- Gastwirtschaftsgewerbe,
- Wandergewerbe,
- Immobilienreuhandgewerbe.

Diese Tätigkeitsbereiche sind auf den Binnenmarkt orientiert und daher dem internationalen Wettbewerb kaum ausgesetzt.

Die PVK sollte sich auf die Freizügigkeit in den zwei eng zusammenhängenden Bereichen Dienst- und Arbeitsleistungen konzentrieren. Weder das öffentliche Beschaffungswesen und das Bauwesen noch der freie Kapitalverkehr waren in die Evaluation einzubeziehen.

Da der Elektrizitätsmarkt Gegenstand einer gesonderten Gesetzesvorlage bildet, wurde er im Auftrag an die PVK ebenfalls nicht berücksichtigt³.

Die PVK hat einen Vorher-Nachher-Vergleich angestellt. Dafür analysierte sie zahlreiche Dokumente und unterhielt sich mit Vertretern der betroffenen Branchen. Sie zog ausserdem Gerichtsurteile bei und entwickelte zur Ermittlung der wirtschaftlichen Auswirkungen einen Binnenmarktindikator.

Der Bericht der PVK wurde Mitte Februar 2000 geliefert und in der Subkommission eingehend diskutiert. Im Wesentlichen mit den Bewertungsergebnissen der PVK einverstanden, erarbeitete diese anschliessend ihre eigenen Schlussfolgerungen und Empfehlungen, die Bundesrat Pascal Couchepin, Vorsteher des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, zur Stellungnahme unterbreitet wurden. Am 27. Juni wurde der Bericht der Subkommission vom Plenum der GPK behandelt und einstimmig genehmigt. Es wurde beschlossen, ihn zusammen mit dem PVK-Bericht ebenfalls zu veröffentlichen.

Um den Umfang des vorliegenden Textes in Grenzen zu halten, beschränkt sich die Kommission darauf, die Schlussfolgerungen der PVK zusammenzufassen und verweist im Übrigen auf den beiliegenden Schlussbericht.

2 Arbeitsergebnisse der parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle

In ihrem Bericht stellt die PVK fest, das BGBM habe in den untersuchten Bereichen bisher keine signifikante Öffnung des Binnenmarkts ausgelöst. Die Auswirkungen des Gesetzes seien gering und überdies auf einzelne Sektoren begrenzt.

In zahlreichen, vor dem Inkrafttreten des BGBM stark segmentierten Branchen zeigt sich keine Verbesserung. Es geht dabei vor allem um das Sanitärengewerbe (Gas, Wasser, Abwasser), das Taxigewerbe, das Wandergewerbe und die Berufe der Naturheilkunde. In diesen Tätigkeitsbereichen hat das BGBM praktisch nichts bewirkt;

² Der Notarberuf wurde nicht berücksichtigt, da er gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts keine Handels- und Gewerbefreiheit geniessen (vgl. insbesondere BGE 2P.433/1997 vom 30. Juni 1998).

³ Botschaft des Bundesrats vom 7. Juni 1999 zum Elektrizitätsmarktgesetz (EMG), BBl 1999 7370.

es ist kein Binnenmarkt entstanden. Die Dienstleistungen sind immer noch verschiedenen Regelungen unterworfen, welche die berufliche Mobilität und den Wettbewerb zwischen Kantonen und Gemeinden behindern. Einzelne dieser Regelungen stehen gar in deutlichem Widerspruch zum BGBM. Im Bericht der PVK werden einige davon erwähnt.

Die PVK bemerkt aber immerhin, dass dank dem BGBM Marktschranken in zwei Bereichen gefallen sind. Erstens wurden im Anwaltswesen vereinfachte und kostenlose Verfahren für die Prüfung der Fähigkeitsausweise eingeführt. Zweitens ist heute im Gesundheitsbereich der Medikamentenversand zugelassen.

In den medizinischen Hilfsberufen, im Optiker-, Gastwirtschafts- und Immobilien-treuhandgewerbe wurden ebenfalls Fortschritte erzielt. Diese Berufszweige sind nunmehr teilweise dereguliert. Eine Verbesserung ist bei der Anerkennung der Diplome festzustellen. Ausserdem wurden die Bedingungen für die Berufsausübung gelockert. Die PVK betont allerdings, diese Auswirkungen seien nicht allein dem BGBM zuzuschreiben, sondern einer allgemeinen Liberalisierungstendenz, die weiter anhält. In der Praxis bestehen in den oben erwähnten Branchen auch heute noch unterschiedliche Regelungen, welche die Personenfreizügigkeit behindern. Dies gilt insbesondere für die Erteilung der Bewilligungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.

Nach Ansicht der PVK lässt sich der mässige Erfolg des BGBM ferner durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts erklären, das der Binnenmarktidée eine föderalismusfreundliche Auslegung vorziehe. Die PVK bemängelt auch die Unzweckmässigkeit der Rechtswege, die doch als Triebkraft für die Umsetzung des Gesetzes gedacht waren. Man ging davon aus, dass die Betroffenen sich bei Nichtanwendung des BGBM in einem Kanton an die Gerichte wenden würden. Die Risiken und Kosten eines Gerichtsverfahrens halten jedoch viele davon ab. Schliesslich hat auch die Wettbewerbskommission nur geringe und für die Kantone und Gemeinden nicht verbindliche Interventionsmöglichkeiten. Dementsprechend erfolgt die Marktöffnung nur zögerlich und unkoordiniert.

3 Würdigung und Schlussfolgerungen der Geschäftsprüfungskommission

3.1 Allgemeines

Der Bericht der PVK enthält eine detaillierte Evaluation der Umsetzung des BGBM und seiner Auswirkungen in acht Bereichen, in denen der freie Personen- und Dienstleistungsverkehr eine Rolle spielen. Durch Berücksichtigung sowohl der rechtlichen als auch der wirtschaftlichen Aspekte wurden gewisse Umsetzungsmängel aufgedeckt und die Fragen der Geschäftsprüfungskommission beantwortet.

Dabei ist vorab festzuhalten, dass es gemäss dem Auftrag der GPK-N an die PVK nicht um eine umfassende Analyse ging, sondern um die Untersuchung einiger Tätigkeitsbereiche. Dazu kommt, dass die Öffnung des Schweizer Markts aus einer komplexen Dynamik und nicht ausschliesslich aus der Umsetzung des Binnenmarktgesetzes resultiert. Es ist also nicht einfach, diejenigen Elemente herauszuschälen, die allein diesem letzteren zuzuschreiben sind. Eine abschliessende Beurteilung ist auch schwierig, weil das Gesetz noch nicht lange in Kraft ist. Schliesslich lässt sich mangels genauer Daten auch nicht bestimmen, ob die acht untersuchten

Vereinbarung vom 18. Februar 1993⁵ über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen beruhenden Verordnungen, befanden sich schon vor Inkrafttreten des BGBM im Projektstadium. Die Vorbereitung und Verabschiedung des Binnenmarktgesetzes führten höchstens zu einer Beschleunigung dieser Arbeiten.

Die Geschäftsprüfungskommission ist von diesen Erkenntnissen nicht überrascht. Im Zeitpunkt der Verabschiedung des Binnenmarktgesetzes standen die Kantone der Idee eines Bundesgesetzes eher ablehnend gegenüber. Dies geht auch aus den Ergebnissen der Vernehmlassung und der Debatte im Nationalrat hervor. Die Kantone vertraten damals den Standpunkt, das Gesetz sei überflüssig und schränke zudem ihre Souveränität ein.

Unter diesen Umständen verzichtete der Gesetzgeber darauf, eine Harmonisierung der kantonalen Gesetzgebungen zu fordern, für welche auch eine Verfassungsänderung notwendig gewesen wäre. Er führte im Bereich der gegenseitigen Anerkennung von Fähigkeitsausweisen überdies eine Subsidiaritätsklausel zu Gunsten der Kantone ein (Art. 4 Abs. 4 BGBM). Der Gesetzgeber liess diesen somit in Berücksichtigung ihrer Souveränität bewusst einen grossen Spielraum. Es deutet auch alles darauf hin, dass der Bundesrat und das Parlament es als weniger schwierig erachteten, die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf die Idee des Binnenmarkts hin auszurichten als eine Verfassungsänderung durchzuziehen. Dies kommt an zahlreichen Stellen der bundesrätlichen Botschaft kaum verschleiert zum Ausdruck.⁶

Dem Binnenmarktgesetz war von Anfang an die Funktion eines Katalysators zugehört. Es ging nicht darum, den Kantonen im Sinne des traditionellen Vollzugsföderalismus eine einheitliche und verbindliche Lösung aufzuzwingen, sondern einem kreativen Föderalismus Ausdruck zu verleihen, in dem sozio-ökonomische, kulturelle und politische Unterschiede gewahrt würden. Bundesrat Delamuraz sagte in der parlamentarischen Debatte zu diesem Punkt: «Bei diesem Konzept geht es um einen weit aktiveren Föderalismus als wir es vom statischen Föderalismus kennen, der in unserem Land zuweilen praktiziert wurde und vom traditionellen Vollzugsföderalismus, der heute noch oft zur Anwendung kommt.»⁷ (Übersetzung GPK)

Das Resultat nach drei Jahren ist ernüchternd. Das Binnenmarktgesetz hat auf kantonalen Ebene weder die gewünschten Energien freigesetzt, noch führte es zu einer gemeinsamen Ausrichtung und Koordination der Bemühungen. Insgesamt war die direkte Wirkung des BGBM bei der Formulierung nicht diskriminierender kantonomer Bestimmungen sehr gering. Es sind nur wenige und geringfügige autonome Gesetzesanpassungen zu verzeichnen. Dasselbe gilt für die gegenseitige Anerkennung kantonomer Regelungen. Wo Gesetzesänderungen vorgenommen wurden, geschah dies im Allgemeinen nicht nur im Hinblick auf den Binnenmarkt. Nach Aussagen der PVK revidierte kein einziger Kanton seine Gesetze, nur um sie dem BGBM an-

⁵ SR 413.21

⁶ «Bisher ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Prinzip des Föderalismus im Ergebnis mehr gewichtet worden als die Verwirklichung des schweizerischen Binnenmarktes.» (BB1 1995 I 1219). «In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Handels- und Gewerbefreiheit (HGF) hat die dem individualrechtlichen Anspruch auf Marktzugang und damit dem Wettbewerb dienende Binnenmarkt Komponente gegenüber dem Föderalismusprinzip bisher keine ausgeprägte Gewichtung erfahren. Dies könnte sich zwar mit der Zeit ändern.» (BB1 1995 I 1235). «Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ist dem Binnenmarktgedanken demnach zumindest derselbe Stellenwert beizumessen wie dem bislang überwiegend in den Vordergrund gerückten Föderalismusprinzip.» (BB1 1995 I 1266).

⁷ AB NR 1995 1154

zupassen. Der Wille, die föderalistische Vielfaltigkeit in einer den heutigen Bedingungen angepassten Form und in Berücksichtigung des europäischen Binnenmarktes zu wahren, wurde nicht konkretisiert⁸. Bei den staatlichen Vorschriften bleiben grosse Unterschiede zwischen den Kantonen bestehen, was dem Hauptziel der Marktöffnung zuwiderläuft.

Auch wenn das BGBM keine einheitliche Lösung aufdrängt und Ergänzungscharakter hat, entbindet es die Kantone nicht von der Aufgabe, ihre Gesetzgebungen den darin aufgestellten Grundsätzen anzugleichen. In Artikel 11 Absatz 1 BGBM werden die Kantone und Gemeinden aufgefordert, ihre Vorschriften innert zweier Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes mit diesem in Einklang zu bringen. Der Auftrag ist klar formuliert: die Kantone hatten nicht nur die Möglichkeit, sondern die Pflicht, ihre Vorschriften und ihre Praxis anzupassen. Der Bundesrat unterstreicht dies denn auch in seiner Botschaft: «Die (...) vorgesehene Anpassungsfrist soll sicherstellen, dass die Grundsätze des Erlasses auch in den Rechtsordnungen der Kantone und Gemeinden in einem angemessenen Zeitraum umgesetzt und bestehende Divergenzen beseitigt werden.»⁹ Trotzdem bleiben mehr als drei Jahre nach dem Inkrafttreten des Binnenmarktgesetzes die meisten Unterschiede bestehen.

Die Ausgestaltung des BGBM als Rahmengesetz hatte offenbar einen gewissen Einfluss auf die Umsetzung. Unter einem Rahmengesetz versteht man einen Erlass, der nur allgemeine Regeln und Grundsätze enthält, deren konkrete Umsetzung anschliessend in Gesetzeserlassen untergeordneter öffentlicher Körperschaften erfolgen soll. Ein Rahmengesetz ist demnach nicht einer bestimmten hierarchischen Ebene zuzuordnen; es bestimmt vielmehr die Rolle, die der Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem Gegenstand des Gesetzes zu spielen gedenkt. Wenn der Gesetzgeber im Fall des Binnenmarktgesetzes also grosse Zurückhaltung den kantonalen Kompetenzen gegenüber geübt hat, steht es den Kantonen dennoch nicht frei, ihre Gesetzgebungen anzupassen oder nicht. Der Erlass des BGBM in Form eines Rahmengesetzes heisst nicht, dass sie sich ihrer Pflicht entziehen können. Die Geschäftsprüfungskommission des Ständerats hat bereits in einem früheren Bericht unterstrichen, dass alle von einem Rahmengesetz betroffenen Akteure sich in erster Linie an den Buchstaben des Gesetzes und seiner Delegationsbestimmungen zu halten haben und nicht an den Begriff Rahmengesetz.¹⁰

Nach Ansicht der Geschäftsprüfungskommission haben die Kantone bei der Anpassung ihres Rechts an das Binnenmarktgesetz zu wenig Eifer bewiesen, und dies aus drei Gründen. Erstens legte das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung weiterhin mehr Gewicht auf den Föderalismus als auf die Realisierung des Binnenmarktes. Zweitens sind die Empfehlungen und Gutachten der Wettbewerbskommission nicht verbindlich. Die Kantone können davon abweichen ohne irgendwelche Folgen befürchten zu müssen. Drittens fehlte die Förderung interkantonalen Lösungen durch den Bund, weil das Parlament eine dahin gehende Bestimmung aus der Gesetzesvorlage strich.

Die heutige Lage ist unbefriedigend. Die Geschäftsprüfungskommission ist deshalb der Auffassung, der Bundesrat sollte die Kantone offiziell auffordern, raschmög-

⁸ Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe des Bundes, Bundesamt für Konjunkturforschung, Studie Nr. 19, 1994, S. 50.

⁹ BBl 1995 I 1276

¹⁰ Die ausserparlamentarische Gesetzgebung im Rahmen der beruflichen Vorsorge. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerats auf der Grundlage einer Evaluation der Parlamentarischen Verwaltungskontrolstelle vom 7. April 1995 (BBl 1995 IV 1239)

lichst alle Bestimmungen aufzuheben oder anzupassen, die nicht mit dem BGBM vereinbar sind. Er kann sich dafür auf die Bundesverfassung stützen. Auf Grund der allgemeinen Befugnisse, die ihm in Artikel 186 Absatz 4 verliehen werden, obliegt es dem Bundesrat, für die Einhaltung des Bundesrechts in den Kantonen zu sorgen. Zu diesem Zweck kann er aus eigenem Antrieb oder auf eine Klage hin die ihm notwendig erscheinenden Massnahmen treffen (informelle Kontakte, Kreisschreiben, usw.).

Empfehlung

Die Geschäftsprüfungskommission fordert den Bundesrat auf, bei den Kantonen zu intervenieren, damit diese raschmöglichst ihre Gesetzgebungen an die Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes anpassen.

3.3 Rolle der Wettbewerbskommission und Rechtsmittel

Gemäss Artikel 8 BGBM überwacht die Wettbewerbskommission (Weko) die Einhaltung des Gesetzes durch den Bund, die Kantone, die Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben. Diese Rolle ergänzt diejenige, die ihr gemäss Artikel 45 bis 47 des Kartellgesetzes (KG) zusteht. Zur Erfüllung ihres Überwachungsauftrags führt die Weko Untersuchungen durch und erlässt zuhanden der Bundes-, Kantons- und Gemeindebehörden Empfehlungen bezüglich vorgesehener oder geltender Gesetzestexte. Sie kann auf Grund von Artikel 10 BGBM auch Gutachten über seine Anwendung erstatten und vor Bundesgericht angehört werden.

Im Gegensatz zum Kartellgesetz, das der Weko ein autonomes Entscheidungsrecht einräumt, gibt das BGBM ihr keinerlei Befugnis hinsichtlich öffentlich-rechtlicher Einschränkungen. Ihre Empfehlungen, Untersuchungen und Gutachten sind für die Empfänger nicht verbindlich. Diese sind auch nicht gehalten, die Weko um ihre Meinung zu bitten. Einzig die Gerichte können unter Berücksichtigung der verschiedenen Interessen und auf Grund der eingereichten Klagen Urteile im Zusammenhang mit dem BGBM fällen. Die Weko selber hat kein Recht, sich selber an ein Gericht zu wenden.

Wie bereits erwähnt, beruht die Umsetzung des Binnenmarktgesetzes weitgehend auf den Rechtsmitteln und damit auf der Rechtsprechung der Gerichte. Dies bedingt jedoch, dass die Betroffenen ihnen die als einschränkend erachteten Regelungen der Gemeinden und Kantone auch unterbreiten. Die Untersuchung der PVK hat aber gezeigt, dass die Neigung dazu gering ist und zudem nach Berufsgattungen variiert. Anwälte und Mitglieder der ärztlichen Berufe legen am häufigsten Beschwerde ein, um ihre Rechte geltend zu machen. In andern Branchen ist dies jedoch sehr selten.

In der Tat sind die Rechtsverfahren langwierig und kostspielig; ausserdem ist ihr Ausgang ungewiss. Oft stehen die aus einer Beschwerde gezogenen Vorteile in keinem Verhältnis zum Aufwand. Die Betroffenen sind deshalb schnell bereit, darauf zu verzichten, vor allem wenn es um kleine Märkte geht wie zum Beispiel um das Taxi- oder das Sanitärengewerbe. Was eher erstaunt ist, dass auch die Branchenverbände sich nicht zu einer Anrufung der Gerichte entschliessen, obwohl sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts unter bestimmten Bedingungen ebenfalls be-

schwerdefähig sind und über entsprechende Mittel verfügen. Man kann also annehmen, dass vor allem die Verfechter des Status quo von der heutigen Lage profitieren.

Aus den obigen Erwägungen geht hervor, dass die Umsetzung des Binnenmarktgesetzes kaum koordiniert ist und je nach Branche unterschiedlich erfolgt. Das BGBM wird langsam, fallweise, sektoriell und ungeordnet angewendet. Die Geschwindigkeit der Marktöffnung hängt vom Zufall der eingereichten Beschwerden ab. Die Rechtsprechung beschäftigt sich somit nur mit einzelnen Elementen des Binnenmarkts und lediglich mit den Anliegen bestimmter Berufsgattungen. Auch gibt es zum Teil eine Diskrepanz zwischen den gefälltten Urteilen und der Bedeutung des Binnenmarktkonzepts. So kann man sich zu Recht fragen, ob eine Gebühr von 50 bis 250 Franken für einen Anwalt wirklich eine Marktschranke darstellt. Gerade zu diesem Punkt aber gibt es eine umfassende Rechtsprechung, während die Gerichte bisher keine Gelegenheit hatten, sich zu weit wichtigeren Fragepunkten zu äussern.

Diese Sachlage ist nach Ansicht der Geschäftsprüfungskommission aus mehreren Gründen nachteilig. Die Gerichte werden daran gehindert, eine auf alle betroffenen Wirtschaftssektoren abgestützte Doktrin zu entwickeln. Da es keine leicht verallgemeinerbare Doktrin gibt, können die Kantone und Gemeinden nicht wissen, ob die von ihnen erlassenen Regeln in den Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes fallen oder nicht. Die Wettbewerbskommission ihrerseits hat keine Handlungsmöglichkeiten und muss sich auf Feststellungen beschränken.

Die Geschäftsprüfungskommission befürwortet eine kohärentere Umsetzung des Binnenmarktgesetzes. Der Wettbewerbskommission sind hier Grenzen gesetzt. Empfehlungen und Gutachten genügen erwiesenermassen nicht für die effiziente Förderung des Binnenmarktes. Eine Empfehlung kann sich nur dann auswirken, wenn das Risiko eines entsprechenden Gerichtsurteils besteht.¹¹

Eine mögliche Lösung würde demnach darin bestehen, der Weko das Recht zu geben, als restriktiv erachtete Regelungen von Gemeinden und Kantonen vor ein Gericht zu bringen. Auf diese Weise hätten die Gerichtsbehörden öfter zu befinden und könnten die Entwicklung der kantonalen Gesetzgebungen auf den Binnenmarkt hin orientieren. Ein autonomes Beschwerderecht der Weko würde wiederum ihren eigenen Empfehlungen mehr Gewicht und Beachtung verschaffen.

Die Geschäftsprüfungskommission meint ausserdem, die Weko sollte ihren Standpunkt regelmässig in den Verfahren vor Bundesgericht vertreten können. Das Gericht würde dadurch vermehrt für die Grundsätze des Binnenmarkts sensibilisiert. Selbstverständlich wäre die Weko nur zugelassen, wenn sie nicht selber Partei ist.

Mit Blick auf die gewünschten Wirkungen des BGBM könnte nach Auffassung der Kommission in diesem Zusammenhang auch zum Beispiel ein Beschwerderecht der Konsumentenorganisationen erwogen werden.

¹¹ Dies zeigt, falls dies noch notwendig sein sollte, dass eine Deregulierung nicht nur gewollt sein, sondern von der öffentlichen Hand auch durchgesetzt werden muss. Paradoxeerweise ist eine Abschaffung von Handelshemmnissen demnach umso wahrscheinlicher als der Staat über wirkliche Interventionsmöglichkeiten verfügt.

Motion

Der Bundesrat wird beauftragt, dem Parlament eine Revision des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vorzulegen, die die Wettbewerbskommission ermächtigt, gegen alle Formen öffentlich-rechtlicher Einschränkungen des freien Marktzugangs im Sinne von Artikel 9 Absatz 1 BGBM Beschwerde zu erheben.

Motion

Der Bundesrat wird beauftragt, dem Parlament eine Revision des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vorzulegen, welche der Wettbewerbskommission die Möglichkeit gibt, in den das BGBM betreffenden Verfahren vor Bundesgericht angehört zu werden.

Postulat

Der Bundesrat wird ersucht, die Zweckmässigkeit eines autonomen Beschwerderechtes für Konsumentenorganisationen zu prüfen, das erlauben sollte, das Binnenmarktgesetz (BGBM) wirksamer umzusetzen.

3.4 Rolle der Rechtsprechung, insbesondere des Bundesgerichts

Die Umsetzung des Binnenmarktgesetzes erfolgt im Wesentlichen über die Rechtsprechung. Das Gesetz beruht auf dem Grundsatz, dass die von einem Akt öffentlicher Gewalt Betroffenen ihr Recht auf einen freien Marktzugang vor den Gerichten geltend machen. Diese letzteren, vor allem das Bundesgericht, spielen demnach bei der Anwendung und Konkretisierung des Gesetzes eine entscheidende Rolle. Da die Rechtsprechung des Bundesgerichts allgemeingültig ist, bestimmt sie den Öffnungsgrad des Binnenmarktes mit.

Wie es der Bericht der PVK gezeigt hat, ist dies nicht unproblematisch. Naturgemäss liegt das BGBM im Spannungsfeld zwischen zwei Grundprinzipien unserer Verfassungsordnung, dem generellen Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit einerseits und dem föderalistischen Grundsatz der Kantonsouveränität andererseits. Den Bestimmungen über den freien Marktzugang (Art. 2 BGBM) und die Anerkennung der Fähigkeitsausweise (Art. 4 BGBM) steht der Artikel 3 gegenüber, demgemäss die Kantone unter bestimmten Bedingungen Beschränkungen verfügen können. Diese müssen allerdings zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen (z.B. Schutz von Umwelt oder Gesundheit) unerlässlich und verhältnismässig sein. Dabei ist zu bemerken, dass im BGBM erstaunlicherweise keine formelle Gesetzesgrundlage dafür verlangt wird.

Das Parlament als Gesetzgeber hat den Kantonen auf diese Weise Zugeständnisse gemacht. Es billigte ihnen zwei Dinge zu: Erstens hängt der Umfang des freien

Marktzugangs von ihrem Ermessen ab, da sie die Möglichkeit haben, diesen zu beschränken. Solche Einschränkungen können unterschiedliche Formen annehmen, solange dadurch kein verdecktes Hemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen entsteht. Zweitens obliegt die Prüfung der Einschränkungen den Gerichten, insbesondere dem Bundesgericht. Bei seinen Beschwerdeentscheiden betreffend BGBM muss dieses jedesmal zwischen den Anforderungen des Binnenmarkts und denjenigen der Kantonsautonomie abwägen.

Aus dem Bericht der PVK geht hervor, dass die bisher in der Umsetzung des BGBM erzielten Resultate den hohen Erwartungen nicht entsprechen. Die Geschäftsprüfungskommission erachtet es jedoch als übertrieben, dem Bundesgericht vorzuwerfen, es habe dem Föderalismus und der Kantonsautonomie zu Lasten des Binnenmarkts den Vorzug gegeben. Die eigentliche Ursache ist weniger in der Rechtsprechung zu suchen als beim Gesetzgeber, der in dieser Frage keine politische Entscheidung traf und diese Aufgabe zumindest implizit dem Bundesgericht überliess.

Man sollte sich hier die näheren Umstände der Erarbeitung des Binnenmarktgesetzes in Erinnerung rufen. Es wurde initiiert, nachdem das EWR-Abkommen am 6. Dezember 1992 abgelehnt worden war. Mit Hilfe des BGBM und der Revision des Kartellgesetzes sollten autonom auf nationaler Ebene die Bedingungen geschaffen werden, die bei einer Annahme des Abkommens entstanden wären. Man stellte damals fest, der Verzicht auf einen Liberalisierungsschub durch den EWR habe die Dringlichkeit autonomer Reformmassnahmen verstärkt.¹² Der Gesetzgeber war also gezwungen, rasch zu handeln, ohne sich allzu sehr um Umsetzungsfragen zu kümmern. Dies erklärt auch den etwas deklamatorischen Charakter einzelner Bestimmungen des BGBM, die zwar keine grosse praktische Wirkung, dafür aber einen hohen symbolischen Wert haben.

Da der Gesetzgeber darauf verzichtete, sich klar für den Binnenmarkt oder die Kantonsautonomie zu entscheiden, kann dem Bundesgericht kein Vorwurf gemacht werden, wenn es sich für die eine statt für die andere Lösung entschied. Es legte ein vages und relativ abstraktes Gesetz buchstabengetreu aus und blieb damit auf der Linie seiner früheren Rechtsprechung¹³.

Dies war zum Beispiel beim Entscheid der Fall, wonach die Niederlassung in einem Kanton die vollständige Unterwerfung unter dessen Rechtsordnung nach sich zieht. Mit andern Worten: Wer an seinem Niederlassungsort Waren, Dienstleistungen oder Arbeitsleistungen anbieten will, kann daher grundsätzlich kein Recht auf freien Marktzugang geltend machen.¹⁴ Jeder andere Entscheid hätte nach dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung externer Anbieter eine Diskriminierung der lokalen Anbieter zur Folge gehabt, was mindestens ebenso unbefriedigend wenn nicht unbefriedigender gewesen wäre. Das BGBM verbietet nämlich die Diskriminierung kan-

¹² Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens (BBl 1993 I 822). Siehe auch Bericht des Bundesrates über weitere Reformen im Zeichen der marktwirtschaftlichen Erneuerung vom 13. Juni 1994 (BBl 1994 III 1374)

¹³ Siehe Erwägung 5 ee) des Bundesgerichtsentscheids vom 14. Juni 1999 (BGE 125 I 276): «Angesichts dieses dem Gesetzgeber bewussten Spannungsverhältnisses zwischen Binnenmarkt und Föderalismusprinzip und der Notwendigkeit eines Ausgleichs zwischen den beiden widerstrebenden Grundsätzen kann angenommen werden, dass der Gesetzgeber diesen Ausgleich bewusst und bedacht so geregelt hat, dass keines der beiden Prinzipien seines Gehalts völlig entleert wird. Unter solchen Umständen scheint eine ausge dehnte Auslegung über den Wortlaut hinaus, welche das eine oder das andere der gegenläufigen Prinzipien auf Kosten des andern verstärken würde, nicht angebracht.»

¹⁴ Tätigkeitsbericht des Bundesgerichts vom 15. Februar 2000, Seite 9

tonsfremder gegenüber ortsansässigen Anbietern (Nichtdiskriminierung auf interkantonaler Ebene), nicht aber die innerkantonale Diskriminierung der eigenen Bevölkerung (umgekehrte Diskriminierung).

Die Zurückhaltung des Bundesgerichts ist verständlich, wenn man bedenkt, dass das BGBM zum Teil heikle Verhandlungen zwischen dem Bundesrat, dem Parlament und den Kantonen erforderte und gewisse kantonale Einschränkungen das Ergebnis von Volksentscheiden sind.

3.5 Zukunftsansichten

Der Spielraum für eine bessere Umsetzung des Binnenmarktgesetzes ist ziemlich eng. Es ist kaum denkbar, das subtile politische Gleichgewicht zwischen den Anforderungen eines harmonisierten Markts und den Erfordernissen des Föderalismus in Frage zu stellen. Nach Ansicht der Geschäftsprüfungskommission sollte man es dem Bundesgericht überlassen, seine in diesem Bereich noch junge und nicht sehr umfangreiche Rechtsprechung zu verfeinern und anhand künftiger Beschwerden weiterzuentwickeln. Das Bundesgericht hat im Übrigen in andern Bereichen, die vom BGBM ausgeschlossen sind, bereits bewiesen, dass es eher dem Binnenmarktgedanken und dem Grundsatz der Personenfreizügigkeit anhängt als der Kantonsouveränität. Dies ist in mehreren Entscheiden zur Problematik der Niederlassungspflicht für kantonale Beamte deutlich geworden.¹⁵

Zweifellos werden sich auch die Entwicklung in Europa und diejenige anderer Gesetzgebungen sowie die zunehmende gegenseitige Abhängigkeit nationaler und internationaler¹⁶ Regelungen positiv auf die Öffnung des Binnenmarkts auswirken. Dasselbe gilt für die bilateralen Verträge mit der EU, die es erlauben werden, die Anerkennung europäischer Diplome zu regeln. Dies betrifft das medizinische Personal, d.h. Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Tierärzte, Pflegepersonal und Hebammen sowie die Anwälte. Parallel zu den bilateralen Verträgen werden Gesetzesvorlagen erarbeitet, die ebenfalls einen günstigen Einfluss auf den freien Dienstleistungs- und Personenverkehr ausüben werden. Zu erwähnen sind hier das Gesetz über die Freizügigkeit von Anwältinnen und Anwälten¹⁷, das Heilmittelgesetz¹⁸ und das Reisengewerbegesetz. Dabei ist festzustellen, dass Harmonisierungstendenzen auf Bundesebene gerade dort zu beobachten sind, wo das BGBM die grössten Liberalisierungsschübe ausgelöst hat (Anwaltswesen, Apotheker).

Die Geschäftsprüfungskommission ist überzeugt, dass all diese Entwicklungen einen Ausbau des schweizerischen Binnenmarkts zur Folge haben werden.

¹⁵ BGE 118 Ia 410, BGE 111 Ia 214 Schibler, BGE 116 Ia 382 Felber.

¹⁶ Siehe Art. 6 Abs. 1 BGBM, der die umgekehrte Diskriminierung auf Grund völkerrechtlicher Vereinbarungen verbietet.

¹⁷ Botschaft des Bundesrats vom 28. April 1999 zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit von Anwältinnen und Anwälten (Anwaltsgesetz, BGFA), BBl 1999 VII 6013

¹⁸ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG), BBl 1999 IV 3453

4

Weiteres Vorgehen

Die Geschäftsprüfungskommission bittet den Bundesrat, ihr bis Ende 2000 mitzuteilen, was er auf Grund dieses Berichts zu unternehmen und welche Massnahmen er vorzuschlagen gedenkt.

27. Juni 2000

Im Namen der Subkommission EFD/EVD

Die Präsidentin: Brigitta M. Gadiant, Nationalrätin
Der Sekretär der Geschäftsprüfungskommissionen:
Philippe Schwab

Im Namen der Geschäftsprüfungskommission

11149

Der Präsident: Rudolf Imhof, Nationalrat

Anhang

Schlussbericht der parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle «Wie offen ist der Schweizer Binnenmarkt?», vom 11. Februar 2000

Evaluation: Wie offen ist der Schweizer Binnenmarkt?

Schlussbericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats

vom 11. Februar 2000

Bericht

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.

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 so genannten marktwirtschaftlichen Erneuerung in der Schweiz¹⁹.

Mit dem Binnenmarktgesetz sollen öffentlich-rechtliche Wettbewerbshindernisse²⁰ 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 kantonal und kommunal 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 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. Detailliertere Ergebnisse und Ausführungen zur Methodik sind im Arbeitsbericht zu finden.

¹⁹ Diese so genannte 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.

²⁰ Wettbewerbsschranken privatrechtlicher Art sind Inhalt des neuen Kartellgesetzes und fallen nicht unter das BGBM.

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: Medizinalberufe²¹, Anwaltswesen, Sanitär-, Optiker-, Taxi-, Gastwirtschafts-, Wander- und Immobilienreuehandgewerbe. 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 Bundesgerichtes²² darf ein Kanton den postalischen Vertrieb von Medikamenten 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 substantziell 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 ausserkantonal 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

²¹ Freie medizinische Berufe, medizinische Hilfsberufe und Berufe der Naturheilkunde.

²² BGE 125 I 474 vom 1. Oktober 1999.

staatsrechtlichen Beschwerde ihr Recht auf freien Marktzugang eingeklagt haben und das Bundesgericht diesen Klägern durchwegs Recht gegeben hat²³.

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 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 beziehungsweise 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 Immobilientreuhandgewerbe

Bei den medizinischen Hilfsberufen haben vor allem hinsichtlich der Diplomanerkennung Verbesserungen stattgefunden. Zwei Verordnungen der Santitätsdirektorenkonferenz (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 Immobilientreuhandgewerbe wurde die überwiegende Zahl der obligatorischen kantonalen Bewilligungen zur Berufsausübung abgeschafft. Im Gastwirtschaftsgewerbe haben zahlreiche Kantone die Bedürfnisklausel ersatzlos gestrichen, die Bedingungen für die Wirtzulassung erleichtert und die Öffnungszeiten liberalisiert.

Gemeinsam ist den Branchen der medizinischen Hilfsberufe, des Optiker-, des Gast- und des Immobilientreuhandgewerbes, 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.

²³ BGE 123 I 313 vom 30. Mai 1997, BGE 125 II 56 vom 31. August 1998 und BGE 125 II 406 vom 9. Juli 1999.

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 bzw. 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, sodass 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 Marktes²⁴. 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 Wettbe-

²⁴ BGE 125 I 322 vom 4. Juni 1999.

werkskommission (Weko) kann den Umsetzungsprozess des BGBM unterstützen, indem sie Empfehlungen und Gutachten zuhanden 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.

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 verleihen²⁵, 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 Bundesgerichtes²⁶ verhindert damit den freien Marktzugang für ganze Berufsgruppen wie z.B. die 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 li-

²⁵ Bundesrat, 1994: BBl **1995** I 1219

²⁶ BGE **125** I 267 vom 4. Mai 1999, BGE **125** I 322 4. Juni 1999, BGE **125** I 276 vom 14. Juni 1999 und BGE 2P.362/1998 vom 6. Juli 1999

mitierte das Bundesgericht²⁷, 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 «strengeren» 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 Ermessensspielraum zu Gunsten der kantonalen Souveränität auslegt.

3. Das Bundesgericht²⁸ 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 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 Binnenmarktes 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 Rechtsprechung²⁹ 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.

²⁷ BGE 125 I 322 vom 4. Juni 1999

²⁸ BGE 125 I 267 vom 4. Mai 1999

²⁹ BGE 123 I 313 vom 30. Mai 1997, BGE 125 II 56 vom 31. August 1998, BGE 125 II 406 vom 9. Juli 1999 und BGE 125 I 474 vom 1. Oktober 1999

- 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 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 Sanitätsgewerbe; 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 auf Grund 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»³⁰. 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.

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 kantonomer 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 er-

³⁰ Bundesrat, 1994: Botschaft zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt, BBl 1995 I 1221

reicht. 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.

Abkürzungsverzeichnis

BB1	Bundesblatt
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt (SR 943.02)
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BV 1874	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft von 1874
PVK	Parlamentarische Verwaltungskontrollstelle
SDK	Schweizerische Sanitätsdirektorenkonferenz
SR	Systematische Rechtsordnung
Weko	Wettbewerbskommission

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.

11153