

B 2	8. BGBM LMI LMI
B 2.8	1. Interkantonaler Marktzugang einer Assistenz Zahnärztin aus dem Kanton Appenzell A. Rh.

Gutachten vom 16. Juli 2012 zuhanden der Gesundheitsdirektion Zürich betreffend Marktzugang einer Assistenz Zahnärztin aus dem Kanton Appenzell A. Rh.

A Sachverhalt

1. A. _____ erlangte am 24.03.2000 an der Universität X. _____ in Brasilien das Diplom als Zahnärztin (Cirurgiã Dentista). Am 30.03.2006 wurde ihr von der Universität Y. _____ ebenfalls in Brasilien der Dokortitel in Odontologie verliehen.

2. A. _____ zog im Februar 2006 in die Schweiz und ist seither in der Stadt Zürich wohnhaft. Seit Oktober 2006 ist sie in der Fachpraxis für Kieferorthopädie im Kanton Appenzell A. Rh. bei B. _____ als Assistenz Zahnärztin angestellt.

3. B. _____ meldete dem Gesundheitsdepartement des Kantons A. Rh. mit Mitteilung vom 13.09.2006 die Anstellung von A. _____ als Assistentin in seiner Zahnarztpraxis. Mit Schreiben vom 15.09.2006 teilte das Gesundheitsdepartement B. _____ mit, dass die sanitätspolizeilichen Voraussetzungen für die Assistenz Tätigkeit von A. _____ erfüllt seien. A. _____ durfte damit unter der Aufsicht und Verantwortung von B. _____ als angestellte Assistenz Zahnärztin in der Praxis von B. _____ tätig werden. Die selbständige Berufsausübung auf eigene Rechnung ist hingegen ausgeschlossen.

4. Das Migrationsamt des Kantons Appenzell A. Rh. erteilte A. _____ mit Verfügung vom 03.10.2006 gestützt auf Art. 8 Abs. 2 des damaligen Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 16. März 1931 (ANAG) eine Arbeitsbewilligung.

5. Mit Eingabe vom 23.03.2012 beantragte A. _____ bei der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich die Erteilung einer Bewilligung für die „unselbständige Berufsausübung als Zahnärztin im Kanton Zürich“. Präzisierend geht aus der Eingabe hervor, dass mit dem Begriff der „unselbständigen Berufsausübung“ die unselbständige Erwerbstätigkeit als Zahnärztin gemeint ist, womit sich der Begriff der „Unselbständigkeit“ nicht auf die Frage der fachlichen Eigenverantwortung bezieht. Entsprechend beantragt A. _____ eine Bewilligung, um im Kanton Zürich unselbständig erwerbstätig, aber in fachlicher Eigenverantwortung als Zahnärztin tätig werden zu können.

6. A. _____ macht sinngemäss geltend, ihr dürfe gestützt auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02) der freie Marktzugang im Kanton Zürich

nicht verweigert werden. Die Einschränkungsvoraussetzungen gemäss Art. 3 BGBM seien vorliegend nicht erfüllt.

7. Die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich beauftragte die Wettbewerbskommission mit E-Mail vom 30.03.2012 gestützt auf Art. 10 Abs. 1 BGBM um Erstellung eines Gutachtens zur Frage der Anwendung des Binnenmarktgesetzes auf den vorliegenden Sachverhalt.

8. Der Wettbewerbskommission liegen als Grundlage für dieses Gutachten folgende Dokumente vor:

- Gesuch von A. _____ vom 23.03.2012 um Bewilligung der unselbständigen Berufsausübung im Kanton Zürich;
- Schreiben des Gesundheitsdepartements Kanton Appenzell A. Rh. vom 15.09.2006 an B. _____ betreffend Anstellung von A. _____;
- Arbeitsbewilligung für A. _____ vom 03.10.2006;
- Brasilianische Diplome von A. _____.

9. Aufgrund der vorliegenden Dokumente liess sich nicht abschliessend klären, welche Tätigkeiten A. _____ im Kanton Appenzell A. Rh. gestützt auf das kantonale Gesundheitsrecht konkret ausüben darf bzw. mit welchen Auflagen und Bedingungen die Tätigkeit von A. _____ verbunden ist. Mit Begehren um Amtshilfe vom 3.04.2012 wandte sich die Wettbewerbskommission gestützt auf Art. 8a BGBM mit einem Fragebogen an das Gesundheitsdepartement des Kantons Appenzell A. Rh., um die Rechtslage nach kantonalen Gesundheitsgesetzgebung abzuklären. Mit Schreiben vom 20.04.2012 antwortete das Gesundheitsdepartement Appenzell A. Rh. auf das Amtshilfegesuch der Wettbewerbskommission.

B Erwägungen

B.1 Zuständigkeit

10. Gemäss Art. 10 Abs. 1 BGBM kann die Wettbewerbskommission gestützt auf Anfrage einer kantonalen Verwaltungsbehörde ein Gutachten über die Anwendung des Binnenmarktgesetzes erstatten. Ein Gutachten im Sinne von Art. 10 Abs. 1 BGBM soll der Behörde bei der Beurteilung eines konkreten Falles Hilfe leisten.¹ Die Wettbewerbskommission und deren Sekretariat entscheiden frei darüber, ob ein Auftrag für ein Gutachten

¹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213, 1276.

angenommen wird oder nicht. Die gutachterliche Tätigkeit der Wettbewerbskommission ist insbesondere für binnenmarktrechtlich komplizierte Fälle vorbehalten.

11. Nach Durchsicht des Gutachtensauftrags sowie das dem Auftrag beiliegende Gesuch vom 23.03.2012 um Bewilligung der unselbständigen Berufsausübung im Kanton Zürich von A. _____, inkl. Beilagen („Gesuch“) und den Ausführungen des Kantons Appenzell A. Rh. über die Rechtslage im Kanton Appenzell A. Rh. vom 20.04.2012, entscheidet die Wettbewerbskommission, den Gutachtensauftrag der Gesundheitsdirektion Zürich anzunehmen.

B.2 Rechtsgrundlagen der Tätigkeit als Assistenz-zahnärztin

12. A. _____ ist im Kanton Appenzell A. Rh. als Assistenzzahnärztin tätig. Die Frage der Rechtmässigkeit ihrer Tätigkeit wie auch die mit ihrer Tätigkeit verbundenen Rechte und Pflichten ergeben sich ausschliesslich aus dem kantonalen Recht. Das Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG, SR 811.11) regelt nur die Zulassung und Freizügigkeit von universitären Medizinalpersonen, die ihren Beruf selbständig ausüben (Art. 34 ff. MedBG). Der Begriff der „selbständigen Berufsausübung“ im Sinne von Art. 34 MedBG stellt indes nicht auf die fachliche Eigenverantwortung ab, sondern auf das Abgrenzungskriterium der selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit.² Entsprechend findet das Medizinalberufegesetz keine Anwendung auf die Zulassung von universitären Medizinalpersonen, die zwar in fachlicher Eigenverantwortung tätig, aber unselbständig erwerbstätig sind.

B.2.1 Regelung des Kantons Appenzell A. Rh.

13. Gemäss Art. 31 Abs. 1 der alten Verordnung des Kantons Appenzell A. Rh. zum Gesundheitsgesetz vom 8. Dezember 1986 (aGesV AR) waren kantonal approbierte Zahnärzte im Kanton Appenzell A. Rh. befugt, auf eigene Verantwortung einen Assistenten anzustellen. Die Bestimmung lautete wie folgt:

„Kantonal approbierte Zahnärzte sind befugt, unter Meldung an die Sanitätsdirektion auf ihre Verantwortung einen Assistenten anzustellen, sofern dieser die an einen Vertreter gestellten Anforderungen (Art. 30 Abs. 1) erfüllt.“

14. Die Bestimmung in Art. 30 Abs. 1 aGesV AR sah folgende Voraussetzungen vor:

„Ist ein praktizierender kantonal approbierter Zahnarzt wegen Krankheit, Militärdienstes, Ferien oder aus einem anderen wichtigen Grund vorübergehend verhindert, seinen Beruf auszuüben, so ist er befugt, sich unter Meldung an die Sanitätsdirektion auf seine Verantwortung durch einen ebenfalls kantonal approbierten Zahnarzt oder durch einen Zahnarzt mit gleichwertiger Ausbildung oder durch einen Studierenden der Zahnheilkunde einer schweizerischen Hochschule, der mindestens drei klinische Semester beendet hat, vertreten zu lassen.“

15. Der kantonal approbierte Zahnarzt war somit lediglich verpflichtet, die Anstellung vorgängig dem Gesund-

heitsdepartement zu melden. Eine Bewilligungspflicht für den Assistenten bestand nicht.

16. Die Tätigkeit von A. _____ richtet sich somit nach Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 30 Abs. 1 aGesV AR. A. _____ darf folglich ihre zahnärztliche Tätigkeit nur als Assistenzzahnärztin unter der Aufsicht und Verantwortung von einem approbierten Zahnarzt ausführen. Hingegen verfügt sie nicht über eine Bewilligung zur Ausübung des Berufs als Zahnärztin in fachlicher Eigenverantwortung.

17. Mit der Inkraftsetzung des derzeit geltenden Gesundheitsgesetzes vom 25. November 2007 (GesG AR; bGS 811.1) wurde die Bewilligungspflicht für Gesundheitsfachpersonen neu geregelt.

18. Als „Gesundheitsfachpersonen“ im Sinne des Gesundheitsgesetzes gelten Personen, die in unmittelbarem Kontakt mit ihren Patientinnen und Patienten Leistungen (Untersuchung, Pflege, Therapie) erbringen, und deren Tätigkeit im Interesse der öffentlichen Gesundheit der Kontrolle bedarf (Art. 34 Abs. 1 GesG AR). In diesem Zusammenhang ist nicht von Bedeutung, ob die Tätigkeit im Sinne von Art. 34 Abs. 1 GesG AR auf eigene Rechnung (selbständig erwerbstätig) oder in einem Anstellungsverhältnis (unselbständig erwerbstätig) ausgeübt wird. Unselbständig erwerbende Zahnärzte, die in fachlicher Eigenverantwortung tätig sind, gelten ebenfalls als Gesundheitsfachpersonen im Sinne von Art. 34 Abs. 1 GesG AR.

19. Gesundheitsfachpersonen benötigen eine Bewilligung des Departements Gesundheit, wenn sie selbständig und berufsmässig oder sonstwie gegen Entgelt im Sinne von Art. 35 Abs. 1 GesG AR ärztlich tätig sind. Im Unterschied zum Medizinalberufegesetz unterscheidet das kantonale Recht mit Bezug auf die Bewilligungspflicht nicht zwischen selbständig und unselbständig erwerbstätigen Zahnärzten. Beide unterstehen gemäss Art. 35 Abs. 1 GesG AR derselben Bewilligungspflicht.

20. Zwar sieht Art. 35 Abs. 2 GesG AR vor, dass für die „unselbständige“ Tätigkeit keine Bewilligung erforderlich ist. Der Begriff der „Unselbständigkeit“ ist jedoch gesetzlich definiert als Tätigkeit „unter der Verantwortung und direkten Aufsicht einer zur Berufsausübung berechtigten Gesundheitsfachperson“. Gemäss Auskunft des Gesundheitsdepartements Appenzell A. Rh. geht es dabei um die fachliche Unselbständigkeit. Daher betrifft diese Bestimmung insbesondere Personen in Ausbildung, also mitunter Praktikanten und Unterassistenten. Personen in Ausbildung gelten nicht als Gesundheitsfachpersonen im Sinne von Art. 34 Abs. 1 GesG AR und unterstehen folglich nicht der Bewilligungspflicht nach Art. 35 Abs. 1 GesG AR. Schliesslich regelt Art. 39 GesG AR die Voraussetzungen, unter denen die nach Art. 35 Abs. 2 GesG AR bewilligungsfrei tätigen Personen im Falle einer Verhinderung der zuständigen Gesundheitsfachperson als Stellvertreter quasi in Eigenverantwortung tätig sein dürfen.

² Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG) vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 173, 224: „Im MedBG wird lediglich die selbstständige Tätigkeit geregelt. Die Regelung der Voraussetzungen zur unselbstständigen Tätigkeit obliegt weiterhin den Kantonen.“; dazu ausführlich Thomas Gächter, Selbständige Berufsausübung im Sinne des Medizinalberufegesetzes (MedBG) und des Psychologieberufegesetzes (PsyG), Jusletter 19. Januar 2009, Rz 19 ff.

21. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass gemäss kantonalem Gesundheitsgesetz alle in fachlicher Eigenverantwortung tätigen Gesundheitsfachpersonen derselben Bewilligungspflicht unterstehen, unabhängig davon, ob sie selbständig oder unselbständig erwerbstätig sind. Das kantonale Recht erlaubt zwar die bewilligungsfreie, unselbständige Tätigkeit, doch diese ist grundsätzlich für Personen in Ausbildung vorbehalten.

22. Gemäss Auskunft des Gesundheitsdepartements Appenzell A. Rh. erfüllt A. _____ die Voraussetzungen für eine Bewilligung als Gesundheitsfachperson nicht. Das Gesundheitsdepartement Appenzell A. Rh. verlangt gestützt auf Art. 35 Abs. 1 GesG AR auch von unselbständig erwerbstätigen Gesundheitsfachpersonen, dass sie über ein eidgenössisches oder gemäss Medizinalberufegesetz anerkanntes Zahnarzt Diplom verfügen (vgl. Zulassungsvoraussetzungen gemäss der kantonalen Verordnung über die Gesundheitsfachpersonen vom 11. Dezember 2007 [bGS 811.13, „Verordnung“], Art. 36 Abs. 1 Bst. a bis e GesG AR und Art. 36 und Art. 15 MedBG). A. _____ erfüllt diese Voraussetzung nicht, da ihre brasilianischen Diplome gemäss Medizinalberufegesetz nicht anerkannt werden.

23. Aufgrund der Besitzstandgarantie nach Art. 67 GesG AR ist es A. _____ jedoch gestattet, weiterhin ohne fachliche Eigenverantwortung als Assistenz Zahnärztin im Sinne der aGesV AR tätig zu sein.

B.2.2 Zusammenfassung und Gegenüberstellung zur Regelung des Kantons Zürich

24. Der Kanton Appenzell A. Rh. unterscheidet zwischen Gesundheitsfachpersonen und „unselbständig tätigen“ Personen. Eine Bewilligung für Gesundheitsfachpersonen wird nur an Inhaber eines eidgenössischen oder eines gemäss Medizinalberufegesetz anerkannten Zahnarzt Diploms ausgestellt. Gesundheitsfachpersonen arbeiten in fachlicher Eigenverantwortung, unabhängig davon, ob sie selbständig oder unselbständig erwerbstätig sind. Als „unselbständig tätige“ Personen gelten hingegen Personen in Ausbildung, die unter der Verantwortung einer Gesundheitsfachperson tätig sind.

25. A. _____ verfügt über eine Bewilligung zur unselbständigen Erwerbstätigkeit unter der Verantwortung einer Gesundheitsfachperson, obschon sie sich nicht in Ausbildung befindet. Diese Tätigkeitsform ist im heute geltenden Gesundheitsrecht des Kantons Appenzell A.

Rh. nicht mehr vorgesehen, weshalb sich die Tätigkeit von A. _____ auf die Besitzstandgarantie stützt.

26. Wie das Gesundheitsrecht des Kantons Appenzell A. Rh. unterscheidet auch das zürcherische Gesundheitsgesetz vom 2. April 2007 (GesG ZH, 810.1) zwischen der selbständigen und der unselbständigen Berufsausübung. Wer fachlich eigenverantwortlich sowie berufsmässig als Zahnarzt tätig ist, braucht eine Berufsausübungsbewilligung (§§ 3 und 4 GesG ZH). Die Bewilligungsvoraussetzungen sind wie vorstehend erwähnt auf Bundesebene geregelt und richten sich nach dem Medizinalberufegesetz.

27. Selbständig tätige Zahnärzte haben die Möglichkeit, unter ihrer fachlichen Verantwortung Personen zu beschäftigen. Dazu ist ebenfalls eine Bewilligung notwendig (§ 6 GesG ZH). Diese wird unter der Voraussetzung erteilt, dass die zu beschäftigende, unselbständig – d.h. ohne fachliche Eigenverantwortung – tätige Person die Voraussetzungen gemäss § 4 GesG ZH erfüllt. § 4 Abs. 1 Bst. a GesG ZH sieht vor, dass die „von der Gesetzgebung verlangten fachlichen Anforderungen“ erfüllt sein müssen. Dabei handelt es sich um einen Verweis auf die zürcherische Verordnung über die universitären Medizinalberufe (MedBV ZH, 811.11), die in §§ 5 ff. die unselbständige Tätigkeit regelt.

28. Als unselbständig tätige Personen gelten Assistenten (§ 6 MedBV ZH) und Praktikanten (§ 7 MedBV ZH). Gemäss § 6 Abs. 1 MedBV ZH werden Zahnärzte nur zur Assistenz bewilligt, wenn sie die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 15 und 36 MedBG erfüllen. Assistenz Zahnärzte benötigen somit ein eidgenössisches oder gemäss Medizinalberufegesetz anerkanntes Zahnarzt Diplom. Die Praktikantenbewilligung ist für Personen in Ausbildung vorbehalten, die über einen Bachelorabschluss verfügen und an einem Masterstudiengang immatrikuliert sind (§ 7 MedBV ZH). Die Regelung der Kanton Appenzell A. Rh. und Zürich ist in Tabelle 1 nachfolgend gegenübergestellt.

29. Die Tätigkeit von A. _____ im Kanton Appenzell A. Rh. entspricht im Wesentlichen der im Kanton Zürich vorgesehenen Assistenz Tätigkeit gemäss § 6 MedBV ZH. Der Kanton Zürich verlangt für diese Tätigkeit ein eidgenössisches oder gemäss Medizinalberufegesetz anerkanntes Zahnarzt Diplom. Diese Voraussetzung erfüllt A. _____ nicht.

Tabelle 1: Gegenüberstellung Kantone Appenzell A. Rh. / Zürich

Tätigkeitsform	Appenzell A. Rh.	Zürich
selbständig	Gesundheitsfachperson	Zahnarztbewilligung
unselbständig mit fachlicher Eigenverantwortung	Gesundheitsfachperson	[nicht vorgesehen]
unselbständig unter Verantwortung eines selbständigen Zahnarztes	bewilligungsfrei [für Personen in Ausbildung vorbehalten]	Bewilligung für - Assistenten [mit eidg. od. gem. MedBG anerkanntem Zahnarzt Diplom] - Praktikanten in Ausbildung

B.3 Grundsatz des freien Marktzugangs

30. Die Bestimmung in Art. 2 Abs. 1 BGBM verleiht den Personen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes einen individual-rechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang. In Konkretisierung des Anspruchs auf freien Marktzugang im Sinne von Art. 2 Abs. 1 BGBM statuieren Abs. 3 und 4 das Herkunftsprinzip. Das Herkunftsprinzip gilt sowohl für die Wirtschaftstätigkeit über Binnengrenzen hinaus als auch für die Begründung einer (Zweit-)Niederlassung:

- Gemäss Art. 2 Abs. 1 BGBM hat jede Person das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist. Massgebend sind dabei die Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung des Anbieters (Art. 2 Abs. 3 BGBM).
- Nach Art. 2 Abs. 4 BGBM hat jede Person, die eine Tätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Ersteniederlassung auszuüben. Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit am Ort der Ersteniederlassung aufgegeben wird.

31. Das Herkunftsprinzip basiert auf der gesetzlichen Vermutung, wonach die verschiedenen kantonalen und kommunalen Marktzugangsregelungen gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM).

32. Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gilt nicht absolut. Die Behörde des Bestimmungsorts kann den Marktzugang für ortsfremde Anbieter mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken. Dafür muss die zuständige Behörde in einem ersten Schritt prüfen, ob die generell-abstrakten Marktzugangsregeln und die darauf beruhende Praxis des Herkunftsorts eines ortsfremden Anbieters einen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen, wie die Vorschriften des Bestimmungsorts (Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM). Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall nicht widerlegt, muss dem ortsfremden Anbieter ohne weiteres Marktzugang gewährt werden (BGE 135 II 12 E. 2.4).

33. Beschränkungen für ortsfremde Anbieter sind in der Form von Auflagen oder Bedingungen zulässig, sofern die Vorschriften des Herkunftsorts in einem konkreten Fall einen wesentlich tieferen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen als die Vorschriften des Bestimmungsorts (Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung) und sofern die Beschränkungen a) gleichermassen für ortsansässige Personen gelten sowie b) zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und c) verhältnismässig sind (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Grundsätzlich immer unzulässig sind verdeckte Marktzutrittschranken zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen (Art. 3 Abs. 3 BGBM) und Marktzugangsverweigerungen (Art. 3 Abs. 1 BGBM).

34. Schliesslich gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 BGBM kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz. Diese Bestimmung verleiht dem Ausweisinhaber einen Anerkennungsanspruch. Sie stellt eine Ergänzung des Rechts auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften dar.

35. Im Folgenden ist zu prüfen, ob A. _____ gestützt auf Art. 4 BGBM und/oder Art. 2 Abs. 1, 3 und 4 BGBM über einen Anspruch auf Marktzugang im Kanton Zürich als unselbständig erwerbende Zahnärztin in fachlicher Eigenverantwortung verfügt.

B.4 Anerkennung von Fähigkeitsausweisen (Art. 4 BGBM)

36. Die Bestimmungen gemäss Art. 4 BGBM sehen drei verschiedene Anerkennungsregime vor, namentlich (i) die schweizweite Geltung von Fähigkeitsausweisen gemäss Art. 4 Abs. 1 und 3 BGBM, (ii) die in Art. 4 Abs. 4 BGBM vorgesehene Anerkennung gemäss Konkordat sowie (iii) die in Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM vorgesehene Anerkennung gemäss den Vorschriften des Freizügigkeitsabkommens (FZA, SR 0.142.112.681).³ Der Inhaber des Fähigkeitsausweises kann sich auf das für ihn vorteilhafteste Anerkennungsregime berufen.⁴ Für die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen im Bereich der Zahnmedizin besteht zwischen den Kantonen Appenzell A. Rh. und Zürich kein Konkordat, weshalb nachfolgend die Anerkennung nach Art. 4 Abs. 1 sowie nach Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM zu prüfen ist.

B.4.1 Schweizweite Geltung von Fähigkeitsausweisen (Art. 4 Abs. 1 und 3 BGBM)

37. Als Fähigkeitsausweis gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung „ein Ausweis [...] welcher dem Inhaber definitiv attestiert, über die Fähigkeit zur Ausübung einer bestimmten (Erwerbs-)Tätigkeit zu verfügen.“⁵ Darunter fallen insbesondere auch Berufsausübungsbewilligungen.⁶

38. Gemäss Art. 4 Abs. 1 BGBM gelten kantonale Fähigkeitsausweise auf dem gesamten Gebiet der Schweiz. Diese Anerkennungspflicht unterstützt den Anspruch auf Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gemäss Art. 2 Abs. 1, 3 und 4 BGBM. Mit der Anerkennungspflicht soll verhindert werden, dass der Anspruch auf Marktzugang durch unterschiedliche Bewilligungsvoraussetzungen unterlaufen werden kann.⁷

³ BGE 136 II 470 E. 3.2 (Lehrerbewilligung); zu diesem Urteil Nicolas Diebold, Anerkennung einer Unterrichtsberechtigung im schweizerischen Binnenmarkt, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 10. November 2010.

⁴ BGE 136 II 470 E. 3.3, 5.3.

⁵ BGE 125 II 315 E. 2b/bb; 136 II 470 E. 3.2

⁶ WEKO-Gutachten vom 17. Dezember 2001 zuhanden des Gesundheitsdepartements des Kantons St. Gallen betreffend Auslegung des Begriffs "Fähigkeitsausweis" i.S.v. Art. 4 BGBM, RPW 2002, 207 ff., Rz 14 ff.; BGE 136 II 470 E. 5.3; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, BGBM 4 N 1.

⁷ WEKO-Gutachten (Fn 6), Rz 34; Botschaft BGBM (Fn 1), 1266 f.

39. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 4 Abs. 1 BGBM in seiner ursprünglichen Fassung von 1995 waren die Kantone nicht verpflichtet, ein bloss von einzelnen Kantonen anerkanntes ausländisches Diplom anzuerkennen (sog. „indirekte Anerkennung“ oder „Anerkennung der Anerkennung“).⁸ In der Lehre ist diese mit dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 BGBM nicht vereinbare Praxis berechtigterweise auf Kritik gestossen.⁹ Ohnehin ist fraglich, ob diese Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 1 BGBM seit der Teilrevision des Binnenmarktgesetzes von 2005 noch begründet ist.¹⁰ Wie nachfolgend unter B.4.2 auszuführen ist, besteht seit der Einführung von Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM die Möglichkeit der indirekten Anerkennung zwischen den Kantonen nach Massgabe des EU-Anerkennungsverfahrens. Mit der Einführung von Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM sollte gemäss Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vermieden werden, „dass Schweizer Bürgerinnen und Bürger auf Grund divergierender Anerkennungsregeln im Innenverhältnis gegenüber EU-Bürgerinnen und -Bürgern schlechter gestellt werden könnten. Konkret: Ein Däne mit portugiesischem Diplom könnte besser gestellt sein als ein Schweizer mit einem Abschluss aus den USA.“¹¹ Zusätzlich zur Verhinderung der Inländerdiskriminierung bezweckte die Übernahme des EU-Anerkennungsverfahrens insbesondere auch eine Vereinheitlichung der Anerkennungsregeln und damit eine Erleichterung des Vollzugs.¹²

40. Nachdem seit der BGBM-Novelle von 2005 die „Anerkennung der Anerkennung“ im Binnenverhältnis aufgrund von Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM i.V.m. dem Anerkennungsregime gemäss FZA gewährleistet ist (dazu hinten, B.4.2), gibt es keinen Grund mehr, diese vom Geltungsbereich von Art. 4 Abs. 1 BGBM auszuschliessen. Vor diesem Hintergrund ist nach Auffassung der Wettbewerbskommission auch mit Bezug auf die Anwendung von Art. 4 Abs. 1 BGBM unerheblich, ob ein allfälliger kantonaler Fähigkeitsausweis auf der Basis einer im Ausland oder in der Schweiz absolvierten Ausbildung erteilt worden ist.¹³

41. Das Departement Gesundheit des Kantons Appenzell A. Rh. stellte mit Schreiben vom 15. September 2006 an B. _____ fest, dass „die sanitätspolizeilichen Voraussetzungen für die Assistenz Tätigkeit von A. _____ in [der Praxis von B. _____] gegeben sind.“ Da im genannten Schreiben festgestellt wurde, dass A. _____ die Voraussetzungen erfüllte, handelt es sich gemäss Auskunft des Gesundheitsdepartements des Kantons Appenzell A. Rh. um eine materielle Feststellungsverfügung. Die Zulassung als Assistentin setzte gemäss Art. 30 Abs. 1 aGesV AR voraus, dass A. _____ als Zahnärztin „mit gleichwertiger Ausbildung“ wie ein kantonal approbierter Zahnarzt qualifiziert wurde (vorn, Rz 13 f.). Entsprechend beurteilte das Departement Gesundheit im Rahmen seiner kantonalen Kompetenzen im Bereich der unselbständigen Berufsausübung die brasilianische Ausbildung von A. _____ als „gleichwertig“ im Sinne von Art. 30 Abs. 1 aGesV AR und verfügte gestützt darauf die Bewilligung zur Tätigkeit als Assistenz Zahnärztin im Kanton Appenzell A. Rh. (Art. 31 Abs. 1 aGesV AR). Aus den Akten geht hingegen nicht hervor, dass A. _____ über eine Bewilligung verfügt, um im Kanton Appenzell A. Rh. in fachlicher Eigenverantwortung

als Zahnärztin tätig zu sein. Die Verantwortung wurde vielmehr an B. _____ übertragen.

42. Die Anwendung von Art. 4 Abs. 1 BGBM setzt voraus, dass sowohl Herkunfts- als auch Bestimmungsort Fähigkeitsausweise für dieselbe Erwerbstätigkeit vorsehen.¹⁴ Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Sowohl der Kanton Appenzell A. Rh. als auch der Kanton Zürich sehen im kantonalen Gesundheitsrecht die unselbständige Assistenz Tätigkeit von Zahnärzten ohne fachliche Eigenverantwortung vor (siehe vorn, B.2.2).

43. Vorliegend stellt sich die Frage, ob das Schreiben vom 15. September 2006 als Fähigkeitsausweis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BGBM zu qualifizieren ist. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt eine Bewilligung zur Ausübung einer Tätigkeit als Praktikant im Hinblick auf das Erlernen eines Berufes nicht als Fähigkeitsausweis; entsprechend qualifiziere beispielsweise die Rechtspraktikantenbewilligung nicht als Fähigkeitsausweis, sondern nur das Anwaltpatent.¹⁵ Die Situation von A. _____ unterscheidet sich hingegen von der dieser Rechtsprechung zugrundeliegenden Konstellation. A. _____ wurde als Assistenz Zahnärztin zugelassen, ohne überhaupt die Voraussetzungen für eine berufliche Tätigkeit als Zahnärztin in fachlicher Eigenverantwortung erfüllen zu können. Während also der Rechtspraktikant ein Praktikum als Ausbildung im Hinblick auf das Erlangen des Anwaltpatents absolviert, arbeitet A. _____ hauptberuflich als Assistenz Zahnärztin ohne fachliche Eigenverantwortung. Assistenz Zahnarzt ist ein im kantonalen Gesundheitsrecht der Kantone Appenzell A. Rh. und Zürich vorgesehener Beruf, weshalb die Bewilligung zur Ausübung dieser Tätigkeit als Fähigkeitsausweis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BGBM zu qualifizieren ist. Ergänzend ist zu bemerken, dass das EU-Anerkennungsregime einzig für die Anerkennung zu beruflichen Zwecken und für Fähigkeitsausweise gilt, die direkt den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit ermöglichen; hingegen gilt das EU-Anerkennungsregime nicht für die rein akademische Anerkennung.¹⁶

⁸ BGE 125 I 267 E. 3e in fine; in BGE 132 II 135 E. 5 hat das Bundesgericht die Frage offen gelassen, ob Art. 9 Anhang I FZA die Anerkennung der Anerkennung erfasst.

⁹ MATTHIAS OESCH, Zulassung von ausländischen universitären Medizinalpersonen zum Markt, in: Thomas Poledna/Reto Jacobs (Hrsg.), Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, Zürich/Basel/Genf 2010, 21 ff., 29 f. m.w.H.

¹⁰ So auch THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, 399 ff. Rz 86.

¹¹ Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465, 474; die Inländerdiskriminierung ist auch durch die Bestimmung in Art. 6 Abs. 1 BGBM untersagt, vgl. BGE 130 II 470 E. 3.2.

¹² BGE 130 II 470 E. 3.2; Zwald (Fn 10), 445 Fn 178.

¹³ Vgl. auch BGE 135 II 12: A. verfügte über eine Berufsausübungsbewilligung als Psychotherapeutin des Kantons Graubünden, die ihr mitunter gestützt auf ihre Ausbildung in Österreich erteilt wurde; dieser bündnerische Fähigkeitsausweis berechnete A. gestützt auf Art. 2 Abs. 5 BGBM in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 BGBM auch im Kanton Zürich als Psychotherapeutin tätig zu werden.

¹⁴ BGE 125 I 276 E. 5c.

¹⁵ BGE 125 II 315 E. 2/b/bb (Rechtspraktikantenbewilligung).

¹⁶ BGE 136 II 470 E. 4.2, 5.3 (Lehrerbewilligung).

44. Gestützt auf diese Erwägungen gelangt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass die Bewilligung zur unselbständigen Tätigkeit als Assistenz Zahnärztin von A. _____ von der Gesundheitsdirektion Zürich gestützt auf Art. 4 Abs. 1 BGBM und unter Vorbehalt von Art. 4 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 1 BGBM anzuerkennen ist. Soweit A. _____ die Anforderungen gemäss § 7 Bst. b i.V.m. § 4 GesG ZH und §§ 5 ff. MedBV ZH nur teilweise erfüllt, ist ihr der Nachweis zu ermöglichen, dass sie die erforderlichen Kenntnisse im Rahmen ihrer praktischen Tätigkeit erworben hat (Art. 4 Abs. 3 BGBM). Allfällige Einschränkungen des Marktzugangs in Form von Auflagen oder Bedingungen sind nur zulässig, sofern die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM erfüllt sind. Die Gesundheitsdirektion Zürich muss folglich unter Berücksichtigung dieser Regeln prüfen, ob der Fähigkeitsausweis von A. _____ frei von Auflagen oder allenfalls mit Auflagen anzuerkennen ist.¹⁷

B.4.2 Anerkennungsregime des FZA (Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM)

45. Gemäss der neu eingeführten Bestimmung in Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM erfolgt die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen für Erwerbstätigkeiten, die unter das Freizügigkeitsabkommen fallen, nach Massgabe dieses Abkommens.¹⁸

46. Das Freizügigkeitsabkommen sieht im Verhältnis Schweiz-EU grundsätzlich zwei Anerkennungsregime vor. Im Vordergrund stehen die sekundärrechtlichen Anerkennungsregeln gemäss Richtlinie 2005/36/EG vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, die im Verhältnis Schweiz-EU als direkt anwendbar erklärt werden (Art. 9 i.V.m. Anhang III FZA). Ist eine Berufsqualifikation hingegen nicht vom Geltungsbereich der Richtlinie 2005/36/EG erfasst, ist zusätzlich zu prüfen, ob eine Anerkennung auf der Grundlage des allgemeinen Diskriminierungsverbots gemäss Art. 2 FZA sowie dessen speziellen Ausprägungen in Anhang I FZA möglich ist. Für diese Prüfung ist gestützt auf Art. 16 Abs. 2 FZA die Praxis des EuGH zur primärrechtlichen Anerkennung von Berufsqualifikationen heranzuziehen.¹⁹

47. Vorliegend stellt sich die Frage, ob eine Person im Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens mit einem Zeugnis aus einem Drittstaat, das von einem Mitgliedstaat anerkannt worden ist, gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen Anspruch auf Anerkennung in der Schweiz hat (sog. indirekte Anerkennung oder „Anerkennung der Anerkennung“).

48. Die Richtlinie 2005/36/EG stellt den Mitgliedstaaten frei, ob sie eine in einem Drittstaat erlangte Berufsqualifikation anerkennen oder nicht. Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2005/36/EG sieht vor, dass jeder Mitgliedstaat gemäss dem nationalen Recht eine in einem Drittstaat erlangte Berufsqualifikation anerkennen kann. Hat ein Mitgliedstaat eine in einem Drittstaat erlangte Berufsqualifikation einmal anerkannt, richtet sich die indirekte Anerkennung nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2005/36/EG. Demgemäss ist die von einem Mitgliedstaat gestützt auf Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2005/36/EG anerkannte Berufsqualifikation vom Geltungsbereich der Richtlinie erfasst, wenn die betroffene Person Unionsbürgerin ist und über drei Jahre Berufserfahrung im Hoheitsgebiet

desjenigen Mitgliedstaates verfügt, der den in einem Drittstaat ausgestellten Ausbildungsnachweis gemäss Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2005/36/EG anerkannt hat. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, richtet sich die Anerkennung der Anerkennung nach den Regeln der Richtlinie 2005/36/EG.

49. Im Übrigen ist die Anerkennung der Anerkennung gemäss konstanter Rechtsprechung des EuGH auch aufgrund der primärrechtlichen Grundfreiheiten gemäss dem Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV)²⁰ gewährleistet. Ein Unionsbürger, dessen Ausbildungsnachweis aus einem Drittstaat in einem Mitgliedstaat anerkannt worden ist, hat Anspruch darauf, dass die Behörde des Aufnahmestaates auf sein Gesuch um Anerkennung der Anerkennung hin sämtliche Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise sowie die Berufserfahrung berücksichtigt und die dadurch belegten Fachkenntnisse mit den nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kenntnissen und Fähigkeiten vergleichen.²¹ Diese Praxis des EuGH gilt für alle Konstellationen, die nicht in den Geltungsbereich der sekundärrechtlichen Anerkennungsregeln fallen.²² Dabei ist zu beachten, dass diese Rechtsprechung nur einen den Grundfreiheiten des AEUV innewohnenden Grundsatz zum Ausdruck bringt und dass diesem Grundsatz nicht dadurch ein Teil seiner rechtlichen Bedeutung genommen wird, dass Richtlinien für die gegenseitige Anerkennung von Diplomen erlassen werden.²³

50. Aufgrund von Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM gelten diese primär- und sekundärrechtlichen Anerkennungsregeln auch im Innenverhältnis zwischen den Kantonen. Übertragen auf das Innenverhältnis und auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die indirekte Anerkennung der in Brasilien erlangten Berufsqualifikation von A. _____ vom Geltungsbereich der Richtlinie 2005/36/EG erfasst wird. Wie vorstehend unter Rz 41 ausgeführt, hat das

¹⁷ Vgl. BGE 136 II 470 E. 5.3.

¹⁸ Das EU-Anerkennungsregime gilt einzig für die Diplomanerkennung zu beruflichen Zwecken, nicht aber für die rein akademische Anerkennung, BGE 136 II 470 E. 4.2.

¹⁹ Das BGER spricht sich in BGE 136 II 470 E. 4.1 für die Übernahme der EuGH Rechtsprechung zur primärrechtlichen Anerkennung gestützt auf Art. 16 Abs. 2 FZA aus, ohne die Frage vertieft zu prüfen; so auch BGE 133 V 33 E. 9.4; NINA GAMMENTHALER, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, Diss., Zürich 2010, 364. Die WEKO schliesst sich dieser Praxis an, auch wenn die Frage nach Auffassung des Bundesamts für Berufsbildung und Technologie BBT noch nicht abschliessend geklärt sein mag; in den früheren Entscheidungen BGE 132 II 135 und BVGer Urteil C-89/2007 vom 2. Juli 2007 wurde die Frage, ob die Praxis des EuGH zur primärrechtlichen Diplomanerkennung im Rahmen des FZA zu übernehmen ist, nicht behandelt.

²⁰ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (Vertrag von Lissabon), ABI. C 83 vom 30.3.2010 S. 47.

²¹ Urteil des EuGH vom 14.9.2008 C-238/98 *Hocsman*, Slg. 2000 I-6623 Rz 23 f., 34, 37-40.

²² Urteile des EuGH vom 7.5.1991 C-340/89 *Vlassopoulou*, Slg. 1991 I-2357, Rz 16; vom 10.12.2009 C-345/08 *Pešla*, Slg. 2009 I-11677, Rz 23-24, 34-41.

²³ Urteil des EuGH vom 22.1.2002 C-31/00 *Dreessen*, Slg. 2002 I-663, Rz 24 f.

Departement Gesundheit des Kantons Appenzell A. Rh. im Rahmen seiner kantonalen Kompetenzen im Bereich der unselbständigen Berufsausübung und gestützt auf sein kantonales Gesundheitsrecht die in Brasilien erlangten Berufsqualifikationen anerkannt (Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 2005/36/EG). Die Wettbewerbskommission geht davon aus, dass der Kanton Appenzell A. Rh. im Rahmen des Verfahrens zur Zulassung von A. _____ als Assistenz Zahnärztin einen Vergleich zwischen der brasilianischen und der schweizerischen Ausbildung angestellt und diese gemäss Art. 30 Abs. 1 aGesV AR als gleichwertig beurteilt hat. Damit ist gewährleistet, dass die brasilianische Ausbildung nach Auffassung des Kantons Appenzell A. Rh. den Mindestanforderungen an die Ausbildung gemäss Titel III Kapitel III der Richtlinie 2005/36/EG entspricht und die Voraussetzung für eine Erstanerkennung gemäss Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2005/36/EG erfüllt ist. A. _____ ist inzwischen Schweizer Staatsbürgerin geworden und verfügt über mehr als drei Jahre Berufserfahrung im Kanton Appenzell A. Rh. (Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 2005/36/EG). Damit ist die Anwendung der Richtlinie 2005/36/EG gegeben.

51. In einem nächsten Schritt ist gestützt auf Art. 10 Bst. g der Richtlinie 2005/36/EG nach der allgemeinen Regelung gemäss Titel III Kapitel I zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen der Kanton Zürich die Appenzell-ausserrhodische Anerkennung der brasilianischen Berufsqualifikation von A. _____ anerkennen muss (Anerkennung der Anerkennung). In diesem Zusammenhang ist in Erinnerung zu rufen, dass sich die Appenzell-ausserrhodische Anerkennung der brasilianischen Berufsqualifikation auf die Tätigkeit als Assistenz Zahnärztin beschränkt. Entsprechend wäre auch eine Anerkennung der Anerkennung durch den Kanton Zürich auf die im Kanton Zürich vorgesehene Assistenz Tätigkeit beschränkt (vgl. Art. 1 der Richtlinie 2005/36/EG).

52. Die Richtlinie 2005/36/EG unterscheidet in Art. 11 je nach Dauer und Niveau der Ausbildung zwischen fünf unterschiedlichen Qualifikationsniveaus a (niedrigste Stufe) bis e (höchste Stufe). Die zuständige Behörde des Aufnahmemitgliedstaates prüft, welches Niveau von a bis e gemäss ihren eigenen Vorschriften für die Aufnahme der Tätigkeit erforderlich ist, und welchem Niveau die Qualifikation des ortsfremden Anbieters entspricht. Gemäss Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie wird die Anerkennung der Qualifikation gewährt, wenn die Qualifikation des ortsfremden Anbieters dem erforderlichen Niveau des Aufnahmemitgliedstaates entspricht oder unmittelbar unter dem geforderten Niveau liegt. Entsprechend ist die Gesundheitsdirektion Zürich verpflichtet, sämtliche Ausbildungsnachweise und Berufserfahrung von A. _____ mit den Anforderungen über die Zulassung von Assistenz Zahnärzten ohne fachliche Eigenverantwortung gemäss den zürcherischen Vorschriften (§ 6 MedBV ZH) zu vergleichen.

53. Sind die Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt, kann die Gesundheitsdirektion unter den Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 1 bis 5 der Richtlinie 2005/36/EG gegebenenfalls Ausgleichsmassnahmen ergreifen und verlangen, dass A. _____ einen Eignungstest oder einen Anpassungslehrgang absolviert.²⁴ Diese Regelung betreffend Ausgleichsmassnahmen entspricht im Wesentlichen Art. 3 Abs. 1 BGBM, wonach die Anerkennung von

Fähigkeitsausweisen gemäss Art. 4 Abs. 1 und 3 BGBM mit Auflagen oder Bedingungen verbunden werden kann.

B.5 Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften (Art. 2 Abs. 1-4 BGBM)

54. Gemäss Art. 2 Abs. 4 BGBM hat jede Person, die eine Erwerbstätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit unter Vorbehalt von Art. 3 BGBM nach den Vorschriften des Herkunftsorts auszuüben. Es ist somit zu prüfen, ob A. _____ gestützt auf Art. 2 Abs. 4 BGBM über einen Anspruch auf eine Bewilligung für die unselbständige Berufsausübung als Zahnärztin im Kanton Zürich verfügt.

55. Die Marktzugangsrechte gemäss Art. 2 Abs. 1, 3 und 4 BGBM beruhen auf dem Grundsatz des Herkunftsprinzips.²⁵ Sie verleihen den Personen im Geltungsbereich des BGBM das Recht, am Bestimmungsort nach den Vorschriften des Herkunftsorts tätig zu werden. Im Rahmen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 2 Abs. 1, 3 und 4 BGBM ist unerheblich, ob die Tätigkeit am Herkunftsort auf der Grundlage einer im Ausland oder in der Schweiz absolvierten Ausbildung bewilligt wurde.²⁶ Relevant ist einzig die Rechtmässigkeit der Tätigkeit am Herkunftsort. Der Bestimmungsort darf nur von den Herkunftsvorschriften abweichen, wenn die Gleichwertigkeit der Marktzutrittsvorschriften nicht gegeben ist (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und die Einschränkungsvoraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 BGBM erfüllt sind.

56. A. _____ verfügt damit gestützt auf Art. 2 Abs. 1, 3 und 4 BGBM und unter Vorbehalt von Art. 2 Abs. 5 und Art. 3 Abs. 1 BGBM über einen Anspruch, im Kanton Zürich unter denselben Voraussetzungen und Bedingungen tätig zu werden, denen sie gegenwärtig im Kanton Appenzell A. Rh. untersteht.

C Ergebnis

57. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen kommt die Wettbewerbskommission zu folgenden Ergebnissen:

1. A. _____ verfügt gestützt auf Art. 4 Abs. 1 und 3 sowie auf Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM und unter Vorbehalt von Ziff. 2 über einen Anspruch auf Anerkennung des Appenzell-ausserrhodischen Fähigkeitsausweises als Assistenz Zahnärztin.

²⁴ Gemäss Art. 14 Abs. 3 Abschnitt 2 der Richtlinie 2005/36/EG kann A. _____ nicht wählen, ob eine allfällige Ausgleichsmassnahme in Form eines Eignungstests oder eines Anpassungslehrgangs durchgesetzt wird.

²⁵ NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBI 111/2010, 129 ff.

²⁶ Vgl. auch BGE 135 II 12 und die diesbezüglichen Ausführungen in Fn 13.

-
2. Soweit A. _____ die Anforderungen gemäss § 7 Bst. b i.V.m. § 4 GesG ZH und §§ 5 ff. MedBV ZH nur teilweise erfüllt, kann die Gesundheitsdirektion Zürich unter Berücksichtigung sämtlicher Diplome sowie der Berufserfahrung von A. _____ (Art. 4 Abs. 3 und Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM) die Anerkennung unter den Voraussetzungen des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und der Nichtdiskriminierung mit Auflagen oder Bedingungen verbinden (Art. 3 Abs. 1 BGBM) bzw. Ausgleichsmassnahmen in Form eines Eignungstests oder eines Anpassungslehrgangs ergreifen (Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM i.V.m. Anhang III FZA und Art. 14 Abs. 1 bis 5 der Richtlinie 2005/36/EG).
 3. A. _____ verfügt gestützt auf Art. 2 Abs. 1, 3 und 4 BGBM und unter Vorbehalt von Art. 2 Abs. 5 und Art. 3 Abs. 1 BGBM über einen zu Art. 4 BGBM parallelen Anspruch, im Kanton Zürich unter denselben Voraussetzungen und Bedingungen tätig zu werden, denen sie gegenwärtig im Kanton Appenzell A. Rh. untersteht.
 4. A. _____ verfügt über keinen binnenmarktrechtlichen Anspruch gestützt auf Art. 2 Abs. 1, 3 und 4 oder Art. 4 BGBM auf eine Bewilligung des Kantons Zürich zur selbständigen Tätigkeit als Zahnärztin.
-