

B 2.8	<b>3. Empfehlung vom 19. Dezember 2016 betreffend die Verwaltungspraxis des Kantons Tessin bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen</b>
-------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

*Empfehlung vom 19. Dezember 2016 in Sachen Binnenmarktrechtliche Untersuchung gemäss Artikel 8 Absatz 3 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 betreffend die Verwaltungspraxis des Kantons Tessin bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen zuhanden Staatsrat des Kantons Tessin*

## 1 Übersicht

1. Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Die Wettbewerbskommission (WEKO) überwacht die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Sie kann Untersuchungen durchführen und den betreffenden Behörden Empfehlungen abgeben (Art. 8 Abs. 3 BGBM). Damit die WEKO diesen Vollzugauftrag wahrnehmen kann, stellen die Behörden und Gerichte der WEKO die Verfügungen und Urteile, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergehen, unaufgefordert und in vollständiger Abschrift zu (Art. 10a Abs. 2 BGBM).

2. Die WEKO hat die Kantone mit Schreiben vom 30. November 2012 auf die Mitteilungspflicht aufmerksam gemacht und darum ersucht, zumindest diejenigen Verfügungen mitzuteilen, mit denen der Marktzugang einer ortsfremden Anbieterin mittels Auflagen oder Kosten beschränkt wird. Aus mehreren Kantonen hat die WEKO in den letzten vier Jahren keine Verfügung erhalten, weshalb davon auszugehen ist, dass der Marktzugang für ausserkantonale Anbieterinnen grundsätzlich ohne Beschränkungen gewährt wird. Um dies zu überprüfen, hat die WEKO gestützt auf Artikel 8 Absatz 3 BGBM beschlossen, in den Kantonen Bern, Waadt und Tessin eine binnenmarktrechtliche Untersuchung durchzuführen. Im Rahmen der drei Untersuchungen wurde geprüft, ob die kantonale Verwaltungspraxis bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen den Anforderungen des Binnenmarktgesetzes entspricht.

3. Im Kanton Tessin wurde die Verwaltungspraxis der kantonalen Behörden in Bezug auf die folgenden Wirtschaftstätigkeiten geprüft:

- kantonal geregelte Gesundheitsberufe;
- bundesrechtlich geregelte universitäre Gesundheitsberufe (universitäre Medizinalberufe und Psychologieberufe);
- Tätigkeiten im Hotel- und Gastgewerbe;
- private Ermittlungs- und Überwachungstätigkeiten;
- Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Aufnahme Minderjähriger;

- Ingenieur- und Architektenberufe;
- Treuhänderberufe;
- gewerbliche Tätigkeiten;
- Tätigkeiten im Bauwesen.

4. Die WEKO hat die eingegangenen Antworten und Verfügungen im Lichte des Binnenmarktgesetzes geprüft. In soweit nach Ansicht der WEKO einzelne kantonale Vorschriften, Praxen oder Verfügungen nicht im Einklang mit dem Binnenmarktgesetz stehen, wird dies dem Staatsrat des Kantons Tessin (Staatsrat) im Rahmen dieser Empfehlung nach Artikel 8 Absatz 3 BGBM bekannt gegeben.

5. Die vorliegende Analyse unterscheidet in Anlehnung an die Systematik des BGBM zwischen kantonal geregelten Erwerbstätigkeiten (Kap. 2) und bundesrechtlich geregelten Erwerbstätigkeiten mit kantonalem Vollzug (Kap. 3). Die Ergebnisse und Empfehlungen sind unter Kapitel 4 zusammengefasst.

## 2 Kantonal geregelte Erwerbstätigkeiten

6. Kapitel 2 untersucht die Praxis des Kantons Tessin bei der Zulassung von Personen aus anderen Kantonen zu kantonal geregelten Erwerbstätigkeiten. Zu diesem Zweck werden in Kapitel 2.1 die binnenmarktrechtlichen Rahmenbedingungen erläutert und in der Folge wird in Kapitel 2.2 die Zulassungspraxis des Kantons Tessin in den folgenden Bereichen untersucht:

- kantonal geregelte Gesundheitsberufe (Kap. 2.2.1);
- Tätigkeiten im Hotel- und Gastgewerbe (Kap. 2.2.2);
- private Ermittlungs- und Überwachungstätigkeiten (Kap. 2.2.3);
- Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Aufnahme Minderjähriger (Kap. 2.2.4);
- Ingenieur- und Architektenberufe (Kap. 2.2.5);
- Treuhänderberufe (Kap. 2.2.6);
- gewerbliche Tätigkeiten (2.2.7);
- Tätigkeiten im Bauwesen (Kap. 2.2.8).

### 2.1 Binnenmarktrechtliche Rahmenbedingungen

#### 2.1.1 Grundsatz des freien Marktzugangs

7. Die Bestimmung in Artikel 2 Absatz 1 BGBM verleiht den Personen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes einen individual-rechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang.<sup>1</sup> In Konkretisierung des Anspruchs auf freien Marktzugang im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 BGBM bekräftigen die Absätze 3 und 4 das **Herkunfts-**

**prinzip.** Das Herkunftsprinzip gilt sowohl für die vorübergehende Wirtschaftstätigkeit über Binnengrenzen hinaus als auch für die Begründung einer gewerblichen (Zweit-)Niederlassung:<sup>2</sup>

- *Dienstleistungsfreiheit:* Gemäss Artikel 2 Absatz 1 i. V. m. Absatz 3 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 der Anbieterin.
- *Gewerbliche Niederlassungsfreiheit:* Nach Artikel 2 Absatz 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 Erstniederlassung auszuüben. Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit am Ort der Erstniederlassung aufgegeben wird.

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

9. Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gilt nicht absolut. Die Behörde des Kantons Tessin (Bestimmungsort)<sup>3</sup> kann den Marktzugang für ortsfremde Anbieterinnen 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 einer ortsfremden Anbieterin einen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen, wie die Vorschriften des Kantons Tessin (Widerlegung der **Gleichwertigkeitsvermutung** gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM). Bei gleichwertigen Vorschriften ist der Marktzugang ohne jegliche Beschränkung zu gewähren.<sup>4</sup> Im Falle von ungleichwertigen Marktzugangsregeln muss die Behörde des Kantons Tessin darlegen, inwiefern die Marktzugangsbeschränkung die **Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM** erfüllt, d. h. zum Schutz eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM).<sup>5</sup> Klarerweise unverhältnismässig und damit unzulässig sind Beschränkungen gemäss Artikel 3 Absatz 2 BGBM, wenn (nicht abschliessend):

- der Schutz des öffentlichen Interesses bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird;
- die Nachweise und Sicherheiten, die die Anbieterin bereits am Herkunftsort erbracht hat, genügen;
- ein Sitz oder eine Niederlassung am Bestimmungsort verlangt wird;
- der hinreichende Schutz durch die Berufserfahrung der ortsfremden Anbieterin gewährleistet ist.

10. Neben dem Herkunftsprinzip ist auch das Anerkennungsprinzip nach Artikel 4 BGBM zu beachten. Gemäss Artikel 4 Absatz 1 BGBM gelten kantonale oder kantonal

anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht Beschränkungen nach Artikel 3 BGBM unterliegen. Diese Bestimmung stellt eine Ergänzung des Rechts auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften dar. Die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen soll gewährleisten, dass bei bewilligungspflichtigen Erwerbstätigkeiten der Binnenmarkt Schweiz nicht durch unterschiedliche kantonale oder kommunale Bewilligungsvoraussetzungen vereitelt wird.<sup>6</sup>

## 2.1.2 Anforderungen an das Marktzugangsverfahren

11. Ein formelles Zulassungsverfahren stellt für ortsfremde Anbieterinnen ein administratives Marktzugangshindernis dar, das je nach Modalitäten und Branche prohibitiv wirken kann. Bereits die Vorbereitung der Gesuchsunterlagen mitsamt Beilagen wie aktuelle Straf- und Betreibungsregisterauszüge ist mit Aufwand und Kosten verbunden, die den interkantonalen Marktzugang behindern können.<sup>7</sup>

12. Gemäss Artikel 3 Absatz 4 BGBM ist über allfällige Beschränkungen im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 BGBM in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts erfasst die Verpflichtung zur Durchführung eines einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens das Prüfungsverfahren als solches und beschränkt sich nicht auf Fälle, in denen Marktzugangsbeschränkungen in Erwägung gezogen oder gar auferlegt werden.<sup>8</sup> Der Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses

<sup>1</sup> NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, N 1212 ff.; NICOLAS DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, S. 209 ff., 210; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, BGBM 2 N 1; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, S. 399 ff., N 34-43.

<sup>2</sup> Zum Herkunftsprinzip: BGer Urteil 2C\_57/2011 vom 3. Mai 2011 (Marktzugang für Sanitätsinstallateure); Urteil 2C\_844/2008 vom 15. Mai 2009 (Marktzugang für komplementärmedizinische Therapeuten); BGE 135 II 12 (Marktzugang für Psychotherapeuten); aus der Literatur z. B. Nicolas Diebold, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 111/2010, S. 129 ff., 142 ff.; WEKO-Empfehlung vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur, RPW 2012/2, 438 ff., Rz 14 ff.

<sup>3</sup> Als „Bestimmungsort“ wird im Binnenmarktrecht der Ort bezeichnet, an dem ortsfremde Anbieterinnen ihre Leistung erbringen.

<sup>4</sup> BGE 135 II 12 Erw. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer, 2C\_57/2011 vom 3. Mai 2011 Erw. 3.4 (Sanitärinstallateur Thurgau); WEKO-Empfehlung, Taxi (Fn 2), Rz 17 ff.

<sup>5</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 189 ff.; Matthias Oesch, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, S. 377, 378.

<sup>6</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213, hier 1266 ff.

<sup>7</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 203 ff.

<sup>8</sup> BGE 123 I 313 Erw. 5; 125 II 56 Erw. 5b; 136 II 470 Erw. 5.3 (« *Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché* »); zur sog. „Inländerdiskriminierung“ vgl. Zum Herkunftsprinzip BGer Urteil 2C\_57/2010 vom 24. November 2011 Erw. 8.3 i. V. m. Erw. 7.1; ZWALD (Fn 1), N 76 ff.

Verfahren gilt somit über den Wortlaut hinaus für das gesamte Marktzugangsverfahren. Eine Abweichung vom Grundsatz der Kostenlosigkeit gemäss Artikel 3 Absatz 4 BGBM kann in gewissen Ausnahmefällen berechtigt sein. Dies ist etwa der Fall, wenn die gesuchstellende Person rechtsmissbräuchlich handelt oder wegen mangelhafter Mitwirkung unnötig Kosten verursacht.<sup>9</sup>

13. Neben den Anforderungen von Artikel 3 Absatz 4 BGBM ist zu berücksichtigen, dass ortsfremde Anbieterinnen ihre Tätigkeit gestützt auf das Herkunftsprinzip nach Massgabe der Vorschriften ihres Herkunftsorts und frei von jeglichen Beschränkungen ausüben dürfen. Das Bundesgericht hielt in seiner frühen Praxis zum Binnenmarktgesetz in der Fassung von 1995 (BGBM 95) fest, dass die Artikel 2 und 4 BGBM 95 die Kantone in der formellen Ausgestaltung des Marktzugangsverfahrens nicht einschränkt.<sup>10</sup> Diese Praxis ist spätestens seit in Kraft treten des revidierten Binnenmarktgesetzes von 2005 zu relativieren.<sup>11</sup> Das mit der Revision von 2005 gestärkte Herkunftsprinzip bedeutet in formeller Hinsicht, dass der interkantonale Marktzugang ohne jegliche Formalitäten möglich sein müsste. Die Botschaft führt in diesem Zusammenhang aus, „dass die Betroffenen nicht verpflichtet sind, am Bestimmungsort eine Bewilligung für die Ausübung ihrer Tätigkeit einzuholen, sondern diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung ausüben können.“<sup>12</sup> Damit aber die Behörden des Kantons Tessin überhaupt in der Lage sind zu prüfen, ob gleichwertige Marktzugangsordnungen vorliegen und ob der Marktzugang gegebenenfalls in Form von Auflagen oder Bedingungen zu beschränken ist, müssen sie über die Tätigkeit der ortsfremden Anbieterin in Kenntnis gesetzt werden. Hinzu kommt, dass die Behörden des Kantons Tessin die Aufsicht über ortsfremde Anbieterinnen ausüben, die sich auf ihrem Gebiet niedergelassen haben (Art. 2 Abs. 4 BGBM). Entsprechend muss die Möglichkeit bestehen, ortsfremde Anbieterinnen einer „Eingangskontrolle“ zu unterziehen und ein Melde- oder Bewilligungsverfahren durchzuführen. Dies räumt auch der Bundesrat in der Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes ein, indem er festhält, es sei den Kantonen überlassen, „die nötigen Vorkehrungen zu treffen“, um ihre Aufsichtspflicht sowie die Möglichkeit zur Auferlegung von Auflagen wahrnehmen zu können.<sup>13</sup> Die Botschaft lässt aber offen, welche Vorkehrungen möglich und überhaupt zulässig sind.

14. Jedes formelle Marktzugangsverfahren ist somit als Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Artikel 3 Abs. 1 BGBM zu qualifizieren, das insgesamt zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen erforderlich und verhältnismässig sein muss.<sup>14</sup> Dabei stellen die Durchsetzung allfälliger Beschränkungen des Marktzugangs und die Wahrnehmung der Aufsichtspflicht (Art. 2 Abs. 4 BGBM) öffentliche Interessen dar, die eine Abweichung zum formlosen Marktzugang rechtfertigen können. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung ist zu berücksichtigen, ob die ortsfremde Anbieterin im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit nur vorübergehend am Bestimmungsort tätig ist (Art. 2 Abs. 3 BGBM) oder ob sie sich dort langfristig niederlässt (Art. 2 Abs. 4 BGBM).<sup>15</sup> In Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips fordert Artikel 3 Absatz 4 BGBM in jedem Fall ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren (vgl. oben Rz 12).

### 2.1.3 Zusammenfassung

15. Aus den vorstehenden Erläuterungen erschliesst sich, dass die Marktzulassung ortsfremder Anbieterinnen nach den folgenden binnenmarktrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen hat:

- Die zuständige Behörde des Kantons Tessin ist gestützt auf Artikel 2 Absatz 3 und 4 BGBM verpflichtet, die Zulassung ortsfremder Anbieterinnen in Anwendung der am Herkunftsort geltenden Vorschriften zu beurteilen.
- Die Zulassungsbehörde des Kantons Tessin kann die im Kanton Tessin geltenden Vorschriften nur anwenden, wenn die am Herkunftsort geltenden Vorschriften nicht gleichwertig (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und die Voraussetzungen für eine Beschränkung durch Auflagen oder Bedingungen nach Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Unter diesen Voraussetzungen können die Tessiner Vorschriften in Form von Auflagen oder Bedingungen als anwendbar erklärt werden.
- Allein die Tatsache, dass im Kanton Tessin andere oder allenfalls strengere Bewilligungsvoraussetzungen gelten, führt nicht automatisch zur Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung.<sup>16</sup> Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall nicht widerlegt, ist der ortsfremden Anbieterin ohne Weiteres Marktzugang zu gewähren.<sup>17</sup>
- Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall widerlegt, so obliegt es den Behörden des Kantons Tessin mit Bezug auf jede Auflage oder Bedingung zu begründen, inwiefern die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung nach Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind.

<sup>9</sup> BGE 123 I 313 Erw. 5.

<sup>10</sup> So zum BGBM 95, BGE 125 II 56 Erw. 5a (RA Thalman): „Die Regelung der Modalitäten für die Zulassung ausserkantonaler Anwälte liegt in der Kompetenz des Freizügigkeitskantons: er kann auf ein Bewilligungsverfahren überhaupt verzichten und lediglich eine Anzeigepflicht bei erstmaligem Tätigwerden vorschreiben; er kann die Berufsausübungsbewilligung formfrei erteilen oder aber in einem förmlichen Verfahren. An der grundsätzlichen Verfahrenshoheit der Kantone hat auch das Binnenmarktgesetz nichts geändert.“; BGE 125 II 406 Erw. 3 (Anwalt Appenzell I.Rh.); DREYER DOMINIK/DUBÉY BERNARD, *Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, Cheval de Troie de droit européen*, 2003, S. 110 ff.

<sup>11</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1357.

<sup>12</sup> Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465, hier 484; so auch das OGer AR, Urteil vom 22. Mai 2007 Erw. 2.2, in: AR GVP 2007 114: „Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort (Kanton Appenzell A.Rh.) eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung (Kanton St. Gallen) ohne Weiteres ausüben“.

<sup>13</sup> Botschaft revBGBM (Fn 12), 485.

<sup>14</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1359; WEKO-Empfehlung, Taxi (Fn 2), Rz 23 f.; A.M. HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl., 2016, N 735.

<sup>15</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1359.

<sup>16</sup> Zur Gerichtspraxis betreffend die Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung siehe Diebold, Freizügigkeit (Fn 1), N 1311 ff.

<sup>17</sup> BGE 135 II 12 Erw. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II).

- Den Behörden des Kantons Tessin ist es nicht ohne Weiteres gestattet, standardmässig die Einreichung von Nachweisen hinsichtlich der persönlichen Eigenschaften zu verlangen, wie etwa Leumundszeugnis, Straf- oder Betreibungsregisterauszug usw.<sup>18</sup> Die Bewilligungsvoraussetzungen des Kantons Tessin finden vorbehaltlich von Artikel 3 Absatz 1 BGBM keine Anwendung, sodass auch keine Unterlagen zum Nachweis dieser Voraussetzungen eingefordert werden können. Die standardmässige Rücküberprüfung der am Herkunftsort geltenden Vorschriften lässt sich nicht mit den Geboten der Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM) sowie der Einfachheit und Raschheit (Art. 3 Abs. 4 BGBM) vereinbaren und unterläuft gemäss Bundesgericht die Gleichwertigkeitsvermutung von Artikel 2 Absatz 5 BGBM.<sup>19</sup> Dies gilt sowohl hinsichtlich der fachlichen als auch der persönlichen Voraussetzungen. Eine Rücküberprüfung ist gemäss Bundesgericht nur zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ortsfremde Anbieterin die Voraussetzungen des Herkunftsorts entweder bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung nicht erfüllt hatte oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt.<sup>20</sup>

## 2.2 Auswertung und Empfehlung zu den untersuchten Sektoren

### 2.2.1 Kantonal geregelte Gesundheitsberufe

16. Gemäss Artikel 55 Absatz 1 des Gesetzes vom 18. April 1989 über die Gesundheitsförderung und die Koordination im Gesundheitswesen des Kantons Tessin (Gesundheitsgesetz, *Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario*, RLTI 6.1.1.1) ist das Departement für Gesundheit und Soziales (*Dipartimento della Sanità et della Socialità*, DSS) über das Gesundheitsamt, das zur Abteilung Öffentliche Gesundheit (*Divisione della Salute Pubblica*) gehört, die zuständige Behörde für die Ausstellung der Bewilligungen im Bereich der kantonal geregelten Gesundheitsberufe.

17. Bei Gesuchen ausserkantonaler Anbieterinnen verlangt die Tessiner Behörde die folgenden Unterlagen:

- Kopie der Berufsausübungsbewilligung am Herkunftsort, aktueller Strafregisterauszug sowie Kopie der Berufshaftpflichtversicherungspolice für ausserkantonale Anbieterinnen nach Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 3 BGBM (Dienstleistungsfreiheit);
- Kopie der Bewilligung des Herkunftsorts, Kopie der Diplome, ausgefülltes Selbstzertifizierungs-Formular<sup>21</sup>, Bescheinigung über *Good Professional Standing* des Herkunftskantons, aktueller Strafregisterauszug sowie aktuelles ärztliches Tauglichkeitszeugnis für ausserkantonale Anbieterinnen nach Artikel 2 Absatz 4 BGBM (Niederlassungsfreiheit).

18. Gemäss dem Herkunftsprinzip haben ausserkantonale Anbieterinnen Anspruch auf Marktzugang (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM), sofern sie ihre Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausüben. Um die Rechtmässigkeit der am Herkunftsort ausgeübten Tätigkeit zu überprüfen, ist es grundsätzlich gerechtfertigt, dass die Tessiner Behörde

eine **Kopie der Bewilligung des Herkunftsorts** verlangt. Diese Vorgehensweise kann gewählt werden, wenn die Tätigkeit am Herkunftsort ebenfalls bewilligungspflichtig ist. Es besteht jedoch auch Anspruch auf freien Marktzugang gemäss Artikel 2 Absätze 1–4 BGBM, wenn die Ausübung der Berufstätigkeit am Herkunftsort ohne Bewilligung erlaubt ist.<sup>22</sup> In diesem Fall ist die Rechtmässigkeit bereits durch den Rechtsrahmen des Herkunftsorts gewährleistet und es kann keine Kopie der Bewilligung verlangt werden. Steht indessen die im Kanton Tessin geltende Bewilligungspflicht einer Marktzugangsordnung entgegen, die keine Bewilligungspflicht vorsieht, bedeutet das, dass die Regeln für den Marktzugang grundsätzlich nicht gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM). In diesem Fall darf der Kanton Tessin gestützt auf die Bestimmungen von Artikel 3 BGBM (Rz 15) den Marktzugang mittels Auflagen und Bedingungen beschränken.

19. Was das **Leumundszeugnis** anbelangt, handelt es sich laut dem DSS beim „*Good Professional Standing*“ (GPS) um eine von der zuständigen Gesundheitsbehörde der Schweizer Kantone oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in denen die gesuchstellende Person in den letzten fünf Jahren ihren Beruf ausgeübt hat, oder vom Berufsverband, bei dem die gesuchstellende Person eingetragen ist, ausgestellte Bescheinigung mit Informationen zu beruflichen Massnahmen oder Sanktionen betreffend die Berufsausübung.<sup>23</sup> In der Bescheinigung muss angegeben sein, ob gegen die gesuchstellende Person gegenwärtig Disziplinar-massnahmen oder Verwaltungsstrafen hängig sind oder zu einem früheren Zeitpunkt verhängt wurden.<sup>24</sup> Die Bescheinigung darf höchstens drei Monate alt sein.<sup>25</sup>

20. Gestützt auf das Herkunftsprinzip darf die **Bescheinigung über *Good Professional Standing*** nicht verwendet werden, um im Hinblick auf die Erteilung der Bewilligung die in der Tessiner Gesetzgebung vorgesehenen erforderlichen persönlichen Voraussetzungen zu überprüfen. Mithilfe einer solchen Bescheinigung lässt sich indessen klären, ob die gesuchstellende Person die am Herkunftsort geltenden gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, ob die Bewilligung noch gültig oder unter Umständen mit Auflagen oder Bedingungen verbunden ist und ob ein Disziplinarverfahren läuft. Deshalb stellt sich die Frage, ob es

<sup>18</sup> BGE 123 I 313 Erw. 4b (RA Häberli): „Selbst wenn diese Erfordernisse bloss formellen Charakter haben und leicht zu erfüllen sind, liegt darin doch eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist“; so auch BGer, 2P.316/1999 vom 23. Mai 2000 Erw. 2d (Anwalt Waadt).

<sup>19</sup> BGE 135 II 12 Erw. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer, 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 Erw. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); BGer, 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 Erw. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).

<sup>20</sup> BGer, 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 Erw. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); so auch BGE 135 II 12 Erw. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer, 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 Erw. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).

<sup>21</sup> <www4.ti.ch/dss/dsp/us> Sportello > Procedure per le autorizzazioni di libero esercizio > Operatori sanitari con altra formazione.

<sup>22</sup> ZWALD (Fn 1), Rz 48; DIEBOLD (Fn 1), N 1231; RPW 2009/1 14, 15, *Jahresbericht der WEKO 2008*; BGE 2C 844/2008 vom 15.5.2009 Erw. 4.2.1.

<sup>23</sup> <www4.ti.ch/dss/dsp/us> Sportello > Link Utili > Informazioni relative al *Good professional Standing*.

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> <www4.ti.ch/dss/dsp/us> Sportello > Link Utili > Informazioni relative al *Good professional Standing*.

rechtmässig ist, eine Bescheinigung über *Good Professional Standing* einzufordern. In diesem Sinne gilt es die folgenden Aspekte zu berücksichtigen:

- Für die Ausstellung einer Bescheinigung über *Good Professional Standing* erheben die Behörden des Herkunftskantons in der Regel eine Gebühr. Somit ist für ausserkantonale Anbieterinnen das Verfahren nicht mehr kostenlos, wie dies Artikel 3 Absatz 4 BGBM vorsieht;
- Gestützt auf das BGBM muss die Tessiner Behörde die Bewilligung auch dann erteilen, wenn im Herkunftskanton ein Disziplinarverfahren gegen die ausserkantonale Anbieterin hängig ist. Das Recht auf Marktzugang besteht, sofern die Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausgeübt wird. Ein hängiges Disziplinarverfahren hat angesichts dessen somit keinen Einfluss auf die Zulässigkeit der am Herkunftsort ausgeübten Tätigkeit. Auch Disziplinarmaßnahmen, die nicht zum Widerruf der Bewilligung am Herkunftsort führen, stellen keinen Grund dar, die Bewilligung im Kanton Tessin zu verweigern. Nur wenn die am Herkunftsort erteilte Bewilligung mit einem rechtskräftigen Entscheid widerrufen wurde und die rechtmässige Ausübung der Tätigkeit am Herkunftsort damit endet, kann die Tessiner Behörde in Anwendung des BGBM die erteilte Bewilligung entziehen/widerrufen;
- die Tessiner Behörde hat ein Interesse daran, zu überprüfen, dass die am Herkunftsort erteilte Bewilligung noch gültig ist. Bei unbefristeten Bewilligungen besteht tatsächlich das Risiko, dass die ausserkantonale Anbieterin eine im Herkunftskanton ausgestellte, aber nicht mehr gültige Bewilligung vorlegt (da sie z. B. widerrufen wurde), um im Kanton Tessin eine Bewilligung zu erhalten. Um dies zu vermeiden, benötigt die zuständige Tessiner Behörde eine Bestätigung der Behörde des Herkunftsorts, die die Gültigkeit der Erstbewilligung belegt. Bei befristeten Bewilligungen besteht dieses Risiko nicht, weil die Inhaberin bzw. der Inhaber der Bewilligung im Herkunftskanton ja erneut überprüft wird und demnach der Tessiner Behörde eine Kopie der neuen Bewilligung vorlegen muss.

21. Angesichts der vorstehenden Ausführungen und der Tatsache, dass das BGBM ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren vorsieht, sollten sich die Behörden des Kantons Tessin besser direkt mit den zuständigen Behörden des Herkunftsorts in Verbindung setzen, damit diese die Gültigkeit der Erstbewilligung selbst nachprüfen. Ausserkantonale Anbieterinnen müssen frei entscheiden können, ob sie eine Bescheinigung über *Good Professional Standing* einreichen oder die Tessiner Behörden ermächtigen wollen, bei den Behörden des Herkunftsorts Auskünfte einzuholen. Im zweiten Fall müssen die Behörden des Kantons Tessin bei den zuständigen Behörden des Herkunftsorts die Bescheinigung über *Good Professional Standing* einfordern, ohne indessen der ausserkantonalen Anbieterin etwaige Gebühren in Rechnung zu stellen.

22. Die Tessiner Behörde verlangt eine **Kopie des Diploms bzw. der Diplome einer Berufsschule im Gesundheitswesen**, z. B. ein anerkanntes Diplom als Komplementärtherapeutin bzw. Komplementärtherapeut.

23. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung dürfen die Bewilligungsvoraussetzungen am Herkunftsort nicht rücküberprüft werden (vgl. oben Rz 15). Wenn also die Behörde des Herkunftsorts die fachliche Befähigung bereits kontrolliert hat, dürfen die Behörden des Kantons Tessin diese nicht rücküberprüfen und es gilt die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM. Falls die entsprechende Berufstätigkeit im Herkunftskanton ohne fachliche Voraussetzungen<sup>26</sup> ausgeübt werden kann, darf die Behörde des Kantons Tessin die fachliche Befähigung nur überprüfen, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Vor diesem Hintergrund ist die ausgeübte praktische Tätigkeit nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM zu berücksichtigen. Es ist demnach nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt, die Einreichung von Fähigkeitszeugnissen zu verlangen. Die Tatsache, dass im Selbstzertifizierungs-Formular ausdrücklich eine Kopie des Diploms einer Berufsschule im Gesundheitswesen verlangt wird, hält ortsfremde Anbieterinnen, die kein solches Diplom besitzen, unter Umständen davon ab, ein Gesuch einzureichen.

24. Die Erwägungen im vorstehenden Absatz gelten auch für den **Strafregisterauszug** und das **ärztliche Tauglichkeitszeugnis**, von denen die Tessiner Behörde das Original oder eine beglaubigte Kopie verlangt. Laut dem Bundesgericht gelten die Gleichwertigkeitsvermutung und das Rücküberprüfungsverbot nicht nur für die fachlichen, sondern auch für die persönlichen Voraussetzungen.<sup>27</sup> Wenn die persönlichen Voraussetzungen bzw. die charakterliche Eignung – insbesondere der Strafregisterauszug und das Arztzeugnis – von den Behörden des Herkunftskantons bereits geprüft wurden, dürfen die Behörden des Kantons Tessin diese Voraussetzungen nicht rücküberprüfen und folglich auch nicht verlangen, dass erneut ein Strafregisterauszug oder ein ärztliches Tauglichkeitszeugnis vorgelegt werden.

25. Gestützt auf die Antworten im Fragebogen und die uns vom Tessiner Gesundheitsamt übermittelten Verfügungen lässt sich feststellen, dass der **Grundsatz der Kostenlosigkeit** des Marktzugangsverfahrens gemäss Artikel 3 Absatz 4 BGBM nicht immer eingehalten wird. In einigen Fällen wurde eine Gebühr von 100 oder 150 Franken belastet. Die Tessiner Behörde bestätigt, dass die Bestimmung von Artikel 3 Absatz 4 BGBM in den letzten Jahren teilweise versehentlich vergessen wurde. Die Tessiner Behörde muss also in Zukunft gewährleisten, dass das Marktzugangsverfahren kostenlos ist. Vor diesem Hintergrund sei erwähnt, dass sich der Grundsatz der Kostenlosigkeit des Verfahrens nicht auf Fälle beschränkt, in denen Beschränkungen auferlegt wurden, sondern für das gesamte Marktzugangsverfahren gilt

<sup>26</sup> Der Grundsatz des Herkunftsorts gemäss Art. 2 Abs. 1–4 BGBM gilt auch, wenn die Ausübung der Berufstätigkeit im Herkunftskanton ohne Bewilligung oder ohne Anforderungen an fachliche Kompetenzen erlaubt ist.

<sup>27</sup> Vgl. oben Fussnote 19.

(Rz 12). Deshalb gilt es zu vermeiden, dass für Verfügungen, mit denen Marktzugangsgesuche angenommen oder abgelehnt werden, die Bezahlung einer Gebühr verlangt wird.

26. An den übermittelten **Bewilligungsverfügungen** gibt es nichts Besonderes zu beanstanden. Wir haben indes festgestellt, dass das Gesundheitsamt infolge des Bundesgerichtsurteils 2C\_844/2008<sup>28</sup> betreffend das Bewilligungsgesuch eines ausserkantonalen Anbieters für die freie Berufsausübung als Komplementärtherapeut im Kanton Tessin, inzwischen den Grundsatz des freien Marktzugangs anwendet und ausserkantonalen Anbieterinnen das Recht zur Ausübung ihrer Tätigkeit nach den Vorschriften des Herkunftsorts zuerkennt.<sup>29</sup>

## 2.2.2 Tätigkeiten im Hotel- und Gastgewerbe

27. Die dem Departement für Inneres, Justiz und Polizei (*Dipartimento delle Istituzioni*) angegliederte Sektion Verwaltungspolizei der Kantonspolizei (*Sezione Polizia Amministrativa, SPa*) ist für die Ausstellung von Bewilligungen für die Führung von Hotels und Gastbetrieben zuständig (vgl. Art. 5 des Tessiner Gastgewerbegesetzes vom 1. Juni 2010, *Legge cantonale sugli esercizi alberghieri e sulla ristorazione*, Lear, RLTI 11.3.2.1; sowie Art. 1 Abs. 1 der Tessiner Gastgewerbeverordnung vom 16. März 2011, *Regolamento della leggesugli esercizi alberghieri e sulla ristorazione*, RLear, RLTI 11.3.2.1.1]).

28. Die Abteilung Berufsausbildung (*Divisione della Formazione Professionale, DFP*) des Departements für Bildung, Kultur und Sport (*Dipartimento dell'Educazione, della Cultura e dello Sport*) ist dagegen für die Aufsicht und Organisation der Prüfungen zur Erlangung des kantonalen Wirtepatents zuständig (Art. 1 Abs. 2 RLear). Die DFP hat dazu eine spezifische Prüfungskommission bestehend aus Vertreterinnen und Vertretern des Hotel- und Gastgewerbes, aus in der Branche tätigen Personen und aus Vertreterinnen und Vertretern der Kantonsverwaltung eingesetzt. Diese Prüfungskommission entscheidet insbesondere über die Prüfungszulassung, über die Befreiung von Prüfungen in Fächern mit bereits erworbenen Kenntnissen und über die Ausstellung des Diploms (Art. 4 der Verordnung vom 16. Mai 2011 betreffend die Prüfungen zur Erlangung des kantonalen Wirtepatents, *Regolamento concernente gli Esami per l'Ottenimento del Diploma Cantonale di Esercente*<sup>30</sup>).

29. Gemäss Artikel 54 RLear sind mit dem Bewilligungsgesuch folgende Dokumente einzureichen:

- Bescheinigung der Gemeinde betreffend die Eignung der Räumlichkeiten mit Angabe der verfügbaren Platzzahl;
- Aufenthaltsbewilligung, die ausländischen Gastwirtinnen bzw. Gastwirten die Ausübung einer Erwerbstätigkeit gestattet;
- Unterlagen zum Nachweis des Nutzungsrechts an den Räumlichkeiten; bei Untermiete schriftliche Zustimmung der Eigentümerin bzw. des Eigentümers des Lokals;
- Haftpflichtversicherungsnachweis für bei der Ausübung der Tätigkeit verursachte Schäden;

- kantonales Wirtepatent oder Verfügung der DFP zur Anerkennung des Ausbildungsabschlusses oder der entsprechenden gesammelten Berufspraxis;
- Strafregisterauszug;
- Arzzeugnis, wonach die betreffende Person nicht an Erkrankungen oder Gebrechen leidet, die eine normale Führung des Betriebs verunmöglichen;
- für IV-Bezügerinnen bzw. Bezüger: Bescheinigung zum Invaliditätsgrad.

30. Die Revision des BGBM im Jahr 2005 verfolgte auch das Ziel, die Niederlassungsfreiheit für mit einer lokalen Infrastruktur verbundene Erwerbstätigkeiten zu verankern. Der Bundesrat bezog sich insbesondere auf die Gastwirtinnen und Gastwirte<sup>31</sup>, die gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur ursprünglichen Fassung des BGBM (1995) nicht vom freien Marktzugang profitierten.<sup>32</sup> Seit dem 1. Juli 2006 gilt das Herkunftsprinzip indessen auch für die Gastwirtinnen und Gastwirte (Art. 2 Abs. 4 BGBM). Somit können sich letztere kraft der vom Herkunftskanton erteilten Erstbewilligung in einem anderen Kanton niederlassen und dort ihre Tätigkeit nach den Vorschriften des Herkunftskantons ausüben<sup>33</sup>.

31. Die Behörden des Kantons Tessin können die Bestimmungen des Lear auf ausserkantonale Anbieterinnen nur dann anwenden, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind.

32. Die SPa muss also das Gesuch der ausserkantonalen Anbieterin gestützt auf die im Herkunftskanton erteilte Bewilligung prüfen. Falls die ausserkantonale Anbieterin eine gültige Erstbewilligung besitzt oder ihre Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ohne Bewilligung ausübt, hat sie nach Artikel 2 Absatz 4 BGBM Anspruch auf eine Bewilligung im Kanton Tessin.

33. Die Rücküberprüfung der fachlichen und persönlichen Voraussetzungen einer ausserkantonalen gesuchstellenden Person durch die Behörden des Bestimmungsorts läuft der Gleichwertigkeitsvermutung zuwider (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und ist weder mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM) noch mit dem Grundsatz der Kostenlosigkeit des Verfahrens für den Marktzugang (Art. 3 Abs. 4 BGBM) vereinbar. Wurden die persönlichen Voraussetzungen, die sich anhand des **Strafregisterauszugs**, des **Arzzeugnisses** und des **Invaliditätsgrads** nachprüfen lassen, bereits von den Behörden des Herkunftskantons geprüft, so dürfen die Tessiner Behörden diese Voraussetzungen nicht rücküberprüfen. In diesen Fällen gilt die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM. Dies bedeutet,

<sup>28</sup> BGE 2C\_844/2008 vom 15.5.2008.

<sup>29</sup> Vgl. BGE 2C\_844/2008 vom 15.5.2008. 4.4.

<sup>30</sup> <www4.ti.ch/decs> Divisione della formazione professionale > Diploma cantonale di esercente > Lear > Regolamenti > Regolamento esame esercenti.

<sup>31</sup> BBl 2005 465 (Fn 12), hier 484.

<sup>32</sup> Vgl. in diesem Sinne die Bundesgerichtsurteile 2P.362/1998 vom 6.7.1999 zu Art. 2 BGBM 95 oder auch DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1218–1125.

<sup>33</sup> RPW 2015/2, 160, *Entscheid vom 24. März 2015 des Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern betr. Wirtschaftsbewilligung*.

dass diese Unterlagen nur dann verlangt werden dürfen, wenn die Behörden des Herkunftsorts den Ruf der ausserkantonalen gesuchstellenden Person sowie das Vorliegen von schweren Erkrankungen oder Gebrechen, von denen diese betroffen ist, nicht bereits überprüft haben. Falls die Tessiner Behörden der ausserkantonalen gesuchstellenden Person die Bewilligung aufgrund des Strafregisterauszugs, des Arztzeugnisses oder der Invaliditätsbescheinigung verweigern, muss die Verfügung anführen, dass die Verweigerung zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Konkret müssen also die Tessiner Behörden aufgrund des begangenen Delikts oder des Gesundheitszustands zur Schlussfolgerung gelangen, dass die Ausübung einer Tätigkeit im Hotel- oder Gastgewerbe durch die betreffende gesuchstellende Person ein überwiegendes öffentliches Interesse gefährden könnte. Sind die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM nicht erfüllt, so darf der freie Marktzugang nicht verwehrt werden.

34. Der Nachweis, dass eine **Haftpflichtversicherung** abgeschlossen wurde, ist im Wesentlichen zulässig.<sup>34</sup> Artikel 61 RLear sieht vor, dass für Körperverletzungen und Sachschäden eine Mindestgarantie von insgesamt 3 000 000 Franken pro Schadensfall vereinbart wird. Der Betrag der in den Tessiner Vorschriften vorgesehenen Mindestgarantie gelangt aber nur zur Anwendung, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Gemäss Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b BGBM muss die SPa insbesondere die Bescheinigungen und Sicherheitsnachweise berücksichtigen, die die Anbieterin bereits am Herkunftsort vorgelegt hat.

35. Die Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung am Herkunftsort dürfen nicht rücküberprüft werden (vgl. oben Rz 15). Hat die Behörde des Herkunftsorts die **berufliche Befähigung** also bereits kontrolliert, dürfen die Behörden des Kantons Tessin diese nicht rücküberprüfen und es gilt die Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Artikel 2 Absatz 5 BGBM. Falls die Ausübung der betreffenden Tätigkeit im Herkunftskanton ohne fachliche Voraussetzungen zulässig ist, dürfen die Tessiner Behörden die Bedingungen des Tessiner Rechts nur anwenden, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Vor diesem Hintergrund ist die praktische Tätigkeit nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM zu berücksichtigen. Die Anforderung zur Einreichung eines kantonalen Wirtepatents ist daher nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt.

36. Laut Artikel 4 Absatz 1 BGBM gelten kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht Beschränkungen nach Artikel 3 BGBM unterliegen. In dieser Bestimmung ist der Grundsatz festgelegt, wonach kantonale Fähigkeitsausweise ohne Beschränkungen zulässig sind, ausser wenn letztere zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend sind (vgl. Art. 3 Abs. 1 BGBM).

37. Falls der Fähigkeitsausweis die Anforderungen am Bestimmungsort nur teilweise erfüllt, kann die betroffene

Person nach Artikel 4 Absatz 3 BGBM den Nachweis erbringen, dass sie die erforderlichen Kenntnisse im Rahmen einer Ausbildung oder einer praktischen Tätigkeit anderweitig erworben hat.

38. In den übermittelten Verfügungen zur Anerkennung der von einem anderen Kanton ausgestellten **Fähigkeitsausweise oder Wirtepatente** lässt sich feststellen, dass die Prüfungskommission die Gleichwertigkeit oder Gleichstellung des im Kanton Tessin gültigen und des im Herkunftskanton erlangten Wirtepatents überprüft. Gelangt die Prüfungskommission zum Schluss, dass das im Herkunftskanton erlangte Patent mit dem Tessiner Patent nicht gleichwertig ist, informiert sie die ausserkantonale Anbieterin darüber, welche Prüfungen sie in den nicht als gleichwertig anerkannten Fächern noch ablegen muss, um das kantonale Wirtepatent zu erhalten. Die Entscheidung der Prüfungskommission wird der SPa mitgeteilt. Wird dagegen das Diplom anerkannt, so übernimmt die SPa das Zulassungsverfahren und kontrolliert, ob die anderen Bedingungen des Lear für die Ausstellung des Diploms erfüllt sind.

39. Für die Fälle, in denen die in einem anderen Kanton erlangten Patente nicht als gleichwertig anerkannt wurden, hält die Tessiner Behörde fest, dass die Bewilligung nicht verweigert wurde, sondern erst nach Bestehen der fehlenden Prüfungen erteilt wird. Das Marktzugangsgesuch der ausserkantonalen Anbieterin wird jedoch ohne Anerkennung des in einem anderen Kanton erlangten Patents von der SPa effektiv gar nicht geprüft. Die Entscheidungen der Prüfungskommission bilden deshalb in Anwendung des BGBM getroffene Verfügungen. Aus diesem Grund und gemäss Artikel 4 Absatz 1 BGBM müssen die Entscheidungen der Prüfungskommission die Bedingungen von Artikel 3 BGBM erfüllen:

- Die Tessiner Behörde muss zuerst beweisen, dass der Fähigkeitsausweis der ausserkantonalen Anbieterin mit dem verlangten kantonalen Fähigkeitsausweis nicht gleichwertig ist (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Dass am Bestimmungsort andere oder strengere Bewilligungsvoraussetzungen gelten, führt nicht automatisch zur Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung;
- ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall widerlegt, so muss die ausserkantonale Anbieterin die Möglichkeit haben, nachzuweisen, dass sie die erforderlichen Kenntnisse im Rahmen einer Ausbildung oder einer praktischen Tätigkeit anderweitig erworben hat (Art. 4 Abs. 3 BGBM);
- kann die ausserkantonale Anbieterin diesen Nachweis nicht erbringen, muss die Tessiner Behörde beweisen, dass die Bewilligungsvoraussetzungen nach Tessiner Recht, die sich vom Recht des Herkunftskantons unterscheiden, gleichermassen auch für ortsansässige Anbieterinnen gelten und zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich, verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend sind (Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM);

<sup>34</sup>BGE 2P.180/2000 vom 22.2.2011, Erw. 3c.

- die im Tessiner Recht vorgesehenen Beschränkungen dürfen in keinem Fall eine verdeckte Marktzutrittsschranke zugunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen enthalten (Art. 3 Abs. 3 BGBM);
- ist der Grundsatz der Gleichwertigkeit widerlegt und sind die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt, kann die Tessiner Behörde die Anerkennung und den Marktzugang mittels Auflagen und Bedingungen beschränken.

40. Die oben dargelegten Bedingungen wurden jedoch nicht eingehalten und die Prüfungskommission begründet die verweigerte Anerkennung des in einem anderen Kanton erlangten Fähigkeitsausweises nicht nach Artikel 3 BGBM.

41. Die Einforderung von Kopien der **Bescheinigung der Gemeinde betreffend die Eignung der Räumlichkeiten**, der **Aufenthaltsbewilligung** und der **Unterlagen zum Nachweis des Nutzungsrechts an den Räumlichkeiten** wirft mit Blick auf das BGBM keine besonderen Probleme auf.

42. Während die Entscheidungen der Prüfungskommission wenigstens dem in Artikel 3 Absatz 4 BGBM verankerten Grundsatz des kostenlosen Verfahrens nachkommen, verlangt die SPa für ihre Verfügungen dagegen eine **Gebühr** von 50 bis 500 Franken für das Zulassungsverfahren. Diese Vorgehensweise verstösst gegen Artikel 3 Absatz 4 BGBM, der ein kostenloses Verfahren vorsieht. Der Grundsatz der Kostenlosigkeit des Verfahrens (Art. 3 Abs. 4 BGBM) muss auf das gesamte Marktzugangsverfahren angewandt werden und darf sich nicht auf die Fälle beschränken, in denen Beschränkungen auferlegt wurden (Rz 12). Deshalb gilt es zu vermeiden, dass Verfügungen über die Annahme oder Ablehnung von Marktzugangsgesuchen eine Gebühr auferlegen.

43. Weder die Entscheidungen der Prüfungskommission noch die Verfügungen der SPa werden der WEKO zugestellt; dies verstösst gegen Artikel 10a Absatz 2 BGBM.

### 2.2.3 Private Ermittlungs- und Überwachungstätigkeiten

44. Die SPa ist auch die zuständige Behörde für die Ausstellung von Bewilligungen für Tätigkeiten nach Artikel 3 des kantonalen Gesetzes vom 8. November 1976 über private Ermittlungs- und Überwachungstätigkeiten (*Legge cantonale sulle attività private di investigazione e di sorveglianza*, LAPIS; RLTI 1.4.3.1).<sup>35</sup>

45. Die DFP ist dagegen für den Erlass von Leitlinien für die Schul- und Berufsausbildung und das Prüfungsreglement gemäss Artikel 24 Absatz 2 LAPIS zuständig (Art. 1 Abs. 2 RLAPIS).

46. Die Bewilligung wird gesuchstellenden Personen erteilt, die folgende Voraussetzungen erfüllen (Art. 5 LAPIS):

- Staatsbürgerschaft der Schweiz oder eines Staates der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) oder der Europäischen Union sowie Volljährigkeit und Handlungsfähigkeit (Bst. a);
- politischer Wohnsitz oder zumindest geschäftliche Niederlassung im Kanton (Bst. b);

- einwandfreier Leumund (Bst. c);
- entsprechende Ausbildung (Bst. d);
- für Ausländerinnen und Ausländer: Aufenthaltsbewilligung, die die Ausübung der Erwerbstätigkeit gestattet (Bst. e);
- abgeschlossene Haftpflichtversicherung bei einer Schweizer Versicherung für Haftpflichtschäden, wobei die Mindestleistungen im Reglement festgelegt sind (Bst. f).

47. Die gesetzliche Vertretung einer juristischen Person (Firma oder Gesellschaft) reicht das Bewilligungsgesuch für die Firma sowie zudem ein separates Gesuch für jeden Mitarbeitenden ein (Art. 3 Abs. 4 und Art. 4 LAPIS, Art. 5 Abs. 2 und 3 RLAPIS), und zwar mittels eines amtlichen Formulars, das die vollständigen persönlichen Daten der gesuchstellenden Firma und der Mitarbeitenden enthält (Art. 5 Abs. 1 RLAPIS).

48. Gemäss Artikel 6 RLAPIS muss die gesuchstellende Person die folgenden Unterlagen beilegen:

- Strafregisterauszug;
- Auszug des Betreibungs- und Konkursamts;
- Kopie der Identitätskarten der einzelnen Mitarbeitenden;
- Berufsbildungsabschluss;
- Kopie der Legitimationskarte der Organisation;
- zwei Passfotos der gesuchstellenden Person und gegebenenfalls der Mitarbeitenden;
- Kopie der Haftpflichtversicherungspolice über einen Mindestbetrag von 2 000 000 Franken;
- Kopie der Arbeitsverträge aller Mitarbeitenden;
- Aufenthaltsbewilligung, die ausländischen Gesuchstellenden die Ausübung einer Erwerbstätigkeit gestattet;
- für uniformierte Mitarbeitende, die detaillierte Liste der Kleidungsstücke und die entsprechende bildliche Dokumentation;
- für juristische Personen: Kopie der Statuten und Handelsregisterauszug.

49. Laut den Antworten im Fragebogen müssen ausserkantonale Anbieterinnen aus Kantonen, in denen entweder für die Firma oder für die Mitarbeitenden eine Bewilligungspflicht besteht, nur das entsprechende Formular ausfüllen und die im Herkunftskanton erhaltene Bewilligung beilegen (gilt für Firma wie auch für die Mitarbeitenden). Besteht im Herkunftskanton hingegen nur für die Firma, nicht aber für die Mitarbeitenden eine Bewilligungspflicht (z. B. Luzern), müssen die einzelnen Mitarbeitenden zudem die folgenden Unterlagen vorlegen: Berufsbildungsabschluss, Kopie der Identitätskarte, Auszug des Betreibungs- und Konkursamts, Strafregisterauszug. Sieht der Herkunftskanton schliesslich weder für die

<sup>35</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Dezember 1976 zum kantonalen Gesetz über private Ermittlungs- und Überwachungstätigkeiten (*Regolamento cantonale della legge sulle attività private di investigazione e di sorveglianza*, RLAPIS; RLTI 1.4.3.1.1).



Firma noch für die Mitarbeitenden eine Bewilligungspflicht vor, müssen die Firma und die Mitarbeitenden das vollständig ausgefüllte Formular einreichen und die oben erwähnten Unterlagen beilegen (vgl. Rz 48). Die Tessiner Behörde bestätigt, dass die Anwendung des Tessiner Rechts nicht nach Artikel 3 BGBM begründet wird.

50. Das BGBM führt die Vermutung ein, wonach die kantonalen oder kommunalen Marktzugangsordnungen als gleichwertig gelten (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Zur Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung muss bewiesen werden, dass die Marktordnung des Bestimmungsorts grundsätzlich ein höheres Schutzniveau des entsprechenden öffentlichen Interesses anstrebt als jene am Herkunftsort oder dass die Marktordnung des Bestimmungsorts weitere öffentliche Interessen berücksichtigt.<sup>36</sup> Dies gilt besonders dann, wenn für die Berufsausübung im Herkunftskanton nur persönliche Voraussetzungen geprüft werden oder anders als im Bestimmungskanton keine Bewilligungspflicht besteht.<sup>37</sup>

51. Konkret müssen also die zuständigen Tessiner Behörden im Falle der Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung (wenn z. B. der Herkunftskanton keine Bewilligungspflicht für die Mitarbeitenden vorsieht oder wenn weder für die Mitarbeitenden noch für die Firma eine Bewilligungspflicht besteht) nachweisen, inwiefern eine Beschränkung des Marktzugangs zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM; vgl. Rz 9 und 15). In den Fällen, in denen der Herkunftskanton keine Bewilligung für die Mitarbeitenden bzw. weder für die Firma noch für die Mitarbeitenden vorsieht, automatisch Unterlagen zum Nachweis der persönlichen und fachlichen Voraussetzungen anzufordern, ohne dass die Anwendung des Tessiner Rechts nach Artikel 3 BGBM begründet wird, steht nicht mit dem BGBM im Einklang.

52. Was die Aufforderung zur Einreichung eines **Berufsdiploms** anbelangt, ist Folgendes zu berücksichtigen: Ist die Ausübung der betreffenden Tätigkeit im Herkunftskanton ohne fachliche Voraussetzungen zulässig, darf die Behörde des Kantons Tessin die fachliche Befähigung nur prüfen, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind (vgl. Rz 15). In Bezug auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss insbesondere die praktische Tätigkeit berücksichtigt werden (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM). Nach Auffassung des Bundesrates kann eine während drei aufeinander folgenden Jahren einwandfrei ausgeübte Berufstätigkeit als hinreichend betrachtet werden.<sup>38</sup> Es ist daher nur ausnahmsweise gerechtfertigt, die Einreichung eines Berufsdiploms zu verlangen. Die Tatsache, dass die Formulare für das Bewilligungsgesuch ausdrücklich die Kopie eines spezifischen Berufsdiploms verlangen,<sup>39</sup> kann ausserkantonale Anbieterinnen ohne entsprechende Diplome davon abhalten, ein Gesuch zu stellen.

53. Die vorstehenden Ausführungen gelten auch für die **persönlichen Voraussetzungen** und die anderen im LAPIS vorgesehenen Bedingungen. Haben die Behörden des Herkunftskantons diese Bedingungen bereits überprüft, so dürfen die Tessiner Behörden diese nicht rücküberprüfen. Selbst wenn die Gleichwertigkeitsvermutung

widerlegt wäre (Art. 2 Abs. 5 BGBM), darf die Tessiner Behörde nur dann Beschränkungen des freien Marktzugangs in Form von Auflagen und Bedingungen auferlegen, wenn die Voraussetzungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Insbesondere im Hinblick auf den Nachweis eines einwandfreien Leumunds gilt es anzufügen, dass die Prüfung dieser Voraussetzung angesichts der Risiken, die bestehen, wenn eine charakterlich nicht geeignete Person Ermittlungs- und Überwachungstätigkeiten ausübt, zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit grundsätzlich geeignet und notwendig ist. Die Aufforderung zur Einreichung eines Strafregisterauszugs lässt sich insofern mit einem überwiegenden öffentlichen Interesse rechtfertigen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM) und ist verhältnismässig (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM), falls diese Voraussetzung nicht bereits am Herkunftsort überprüft wurde.<sup>40</sup>

54. Das **Erfordernis der Niederlassung oder des Sitzes** im Kanton Tessin stellt eine Marktzugangsbeschränkung dar. Damit dies zulässig ist, muss die Tessiner Behörde beweisen, dass die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Dies ist indessen nicht der Fall, denn gemäss Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe c BGBM sind Marktzugangsbeschränkungen nicht verhältnismässig, wenn zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgängig die Niederlassung oder der Sitz am Bestimmungsort verlangt wird. Die in Artikel 5 Buchstabe b LAPIS vorgesehene Pflicht, wonach die gesuchstellende Firma oder Person ihren politischen Wohnsitz oder eine geschäftliche Niederlassung im Kanton Tessin haben muss, ist daher eine unzulässige Marktzugangsbeschränkung.<sup>41</sup> Gestützt auf die Antworten im Fragebogen und die übermittelten Verfügungen hat die WEKO festgestellt, dass die SPa diese Bedingung in der Praxis aber gar nicht anwendet. Firmen und Personen, die ein Bewilligungsgesuch stellen, scheinen keine Informationen oder Belege bezüglich einer Niederlassung oder eines Sitzes einreichen zu müssen.<sup>42</sup>

Doch allein die Tatsache, dass dieses Erfordernis im Tessiner Gesetz verankert ist, könnte ausserkantonale Anbieterinnen ohne Niederlassung oder Sitz im Kanton Tessin davon abhalten, ein Bewilligungsgesuch einzureichen. Die WEKO empfiehlt daher, das entsprechende Erfordernis aus dem LEPIA zu streichen.

<sup>36</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1311 und dort angegebene Verweise.

<sup>37</sup> BGE 2C\_844/2008 vom 15.5.2009, Erw. 4.2; vgl. auch Urteil des kantonalen Verwaltungsgerichts Aargau. WBE.2013.101/WBE.2013.112 vom 19.11.2013, Erw. 4.9, in: RPW 2013/4, 848, *Interkantonaler Marktzugang für Sicherheitsdienste*.

<sup>38</sup> BBI 2005 465 (Fn 12), hier 486. Vgl. auch BGE 2C\_844/2008 vom 15.5.2009, Erw. 4.1, 4.6.

<sup>39</sup> <www4.ti.ch/di/pol> Autorizzazioni e permessi > Ditte di sorveglianza > Moduli/formulari.

<sup>40</sup> Gutachten der WEKO vom 5.12.2016, Rz 99, *Zulassung von ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen im Gebiet der KÜPS-Kantone*.

<sup>41</sup> RPW 2001/1, 167 Rz 31 ff., *Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe in den Kantonen Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg und Tessin sowie in der REG-Stiftung (deutsche Übersetzung der französischen Originalversion)*.

<sup>42</sup> <www4.ti.ch/di/pol> Autorizzazioni e permessi > Ditte di sorveglianza > Moduli/formulari > Istanza di autorizzazione/Attività indipendente (Istanza di autorizzazione/Ditta, società).

55. Die Tessiner Behörde gibt an, dass die Bewilligungsverfahren für die Ausübung privater Ermittlungs- und Überwachungstätigkeiten kostenlos sind. In einer der übermittelten Verfügungen wird indessen eine **Bewilligungsgebühr** von 150 Franken erhoben. Überdies sieht Artikel 8 RLAPIS eine Gebühr von 100 bis 500 Franken zur Deckung der Kosten vor, wobei diese nicht näher spezifiziert sind. Der Grundsatz der Kostenlosigkeit des Verfahrens (Art. 3 Abs. 4 BGBM) muss auf das gesamte Marktzugangsverfahren angewandt werden und darf sich nicht auf die Fälle beschränken, in denen Beschränkungen auferlegt wurden (vgl. Rz 12). Deshalb gilt es zu vermeiden, dass Verfügungen über die Annahme oder Ablehnung von Marktzugangsgesuchen die Bezahlung einer Gebühr auferlegen.

56. Die Verfügungen der SPa können innerhalb von 30 Tagen beim Staatsrat angefochten werden. Es ist zu erwähnen, dass die Verfügungen der SPa nicht der WEKO zugestellt werden; dies verstösst gegen Artikel 10a Absatz 2 BGBM.

57. Ab dem 1. Januar 2017 tritt das Konkordat über private Sicherheitsdienstleistungen (KÜPS) in Kraft, dem auch der Kanton Tessin beigetreten ist. Das LAPIS wird in der Folge aufgehoben.<sup>43</sup> Die Übereinstimmung des KÜPS mit dem BGBM wurde im Rahmen der Empfehlung der WEKO vom 5. Dezember 2016 separat untersucht.<sup>44</sup>

#### 2.2.4 Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Aufnahme Minderjähriger

58. Die Abteilung Soziales und Familien (*Divisione dell'Azione Sociale e delle Famiglie*) des Departements für Gesundheit und Soziales (*Dipartimento della Sanità e della Socialità*) ist über das Amt für die Unterstützung von Institutionen und Aktivitäten für Familien und Jugendliche (*Ufficio del Sostegno a Enti e Attività per le Famiglie e Giovani*, UFaG) gemäss Artikel 22 des kantonalen Familiengesetzes vom 15. September 2003 (*Legge cantonale sulle attività delle famiglie e di protezione di minorenni*, LFam; RLTI 6.4.2.1) sowie gemäss Artikel 13 der Verordnung des Bundesrates vom 19. Oktober 1977 über die Aufnahme von Pflegekindern (Pflegekinderverordnung, PAVO; SR 211.222.338) für die Ausstellung der Bewilligungen für die Aufnahme Minderjähriger zuständig.<sup>45</sup>

59. Das UFaG verlangt die folgenden Unterlagen:

- Lebenslauf;
- Diplome;
- Arbeitszeugnisse;
- Strafregisterauszug;
- Selbstzertifizierung des Strafregisterauszugs;
- ärztliches Gesundheitszeugnis;
- Pflichtenheft;
- Kopie des Arbeitsvertrags;
- Projektunterlagen (finanzielle Tragbarkeit, Dienstleistungscharta usw.).

60. Gemäss den Antworten im Fragebogen sind bisher noch keine Gesuche von ausserkantonalen Anbieterinnen eingegangen. Die Tessiner Behörde erklärt, dass sol-

che Gesuche gegebenenfalls gestützt auf die Anforderungen des LFam geprüft würden. Sie hält fest, dass keine Beschränkungen gemäss Artikel 3 BGBM vorgenommen würden, da für kantonale und ausserkantonale Gesuchstellende dieselben Elemente überprüft würden.

61. Laut Artikel 2 Absätze 3 und 4 BGBM muss die Tessiner Behörde Bewilligungsgesuche ausserkantonalen Anbieterinnen gestützt auf die am Herkunftsort geltenden Vorschriften prüfen. Die im LFam vorgesehenen Einschränkungen können nur angewandt werden, wenn die Vorschriften des Herkunftskantons und jene des Kantons Tessin nicht gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM (öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Gleichbehandlung) erfüllt sind. Da ausser im Rahmen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM die Bedingungen für die Erteilung von Bewilligungen durch den Kanton Tessin auf ausserkantonale Anbieterinnen, die bereits eine Bewilligung im Herkunftskanton besitzen oder die ihre Tätigkeit am Herkunftsort ohne Bewilligung rechtmässig ausüben, nicht Anwendung finden, dürfen nicht systematisch Unterlagen verlangt werden, die die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen gemäss den Tessiner Vorschriften bescheinigen. Zudem ist festzuhalten, dass die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM kumulativ gelten. Es genügt also nicht, dass die in den Tessiner Vorschriften festgelegten Voraussetzungen gleichermaßen für ortsansässige und ortsfremde Anbieterinnen gelten (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM), sie müssen auch zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM) sowie verhältnismässig sein (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM). Zudem haben die ausserkantonalen Anbieterinnen Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

#### 2.2.5 Ingenieur- und Architektenberufe

62. Gemäss Artikel 2 des kantonalen Gesetzes vom 24. März 2004 über die Ausübung der Ingenieur- und Architektenberufe (*Legge cantonale sull'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto*, LEPIA; RLTI 7.1.5.1) ist die Ingenieur- und Architektenorganisation des Kantons Tessin (*Ordine degli ingegneri ed architetti del Cantone Ticino*, OTIA) für die Ausstellung der Bewilligungen zur Ausübung der Ingenieur- und Architektenberufe zuständig. Die Bewilligung wird gesuchstellenden Personen erteilt, die die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllen, z. B. über einen gültigen Abschluss verfügen, nicht strafrechtlich verurteilt wurden, sich nicht nachweislich in Konkurs oder Insolvenz befinden und nicht in einem anderen Kanton oder Staat eine Verfügung zum Widerruf der Berufsausübungsbewilligung erhalten haben (Art. 4–6 LEPIA). Die Bewilligung kann dauerhaft oder vorläufig für einzelne Projekte erteilt werden (vgl. Art. 7

<sup>43</sup> <www4.ti.ch/di/pol> Autorizzazioni e permessi > Ditte di sorveglianza.

<sup>44</sup> Gutachten der WEKO vom 5.12.2016, *Zulassung von ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen im Gebiet der KÜPS-Kantone*.

<sup>45</sup> Vgl. Art. 2 Bst. b und Art. 23 der kantonalen Verordnung vom 20. Dezember 2005 zum Familiengesetz (RLFam; RLTI 6.4.2.1.1).

Abs. 3 LEPIA und Art. 3 Abs. 1 der kantonalen Vollzugsverordnung vom 5. Juli 2005 zum kantonalen Gesetz über die Ausübung der Ingenieur- und Architektenberufe [*Regolamento di applicazione della legge cantonale sull'esercizio delle professioni di ingegnere e di architetto*, RLEPIA; RLT 7.1.5.1.1]).

63. Gemäss den Antworten der Tessiner Behörde im Fragebogen müssen ausserkantonale Anbieterinnen, die ein Bewilligungsgesuch für die Ausübung des Ingenieur- oder Architektenberufs im Kanton Tessin stellen, die folgenden Unterlagen einreichen (vgl. auch Art. 1 RLEPIA):

- Kopie des Diploms;
- Strafregisterauszug;
- Betreuungsauszug;
- beruflicher Lebenslauf;
- Kopie eines Identitätsausweises;
- Quittung für die Zahlung der Gebühr;
- ggf. Kopie der Arbeitsbewilligung.

64. Nach Angaben der OTIA stützt sich die Anwendung der Bestimmungen des LEPIA nicht auf die Bedingungen von Artikel 3 BGBM. Dies wäre nach Auffassung der OTIA nicht sinnvoll, da die Gesuchsprüfung ja den Grundsatz der Rechtmässigkeit und damit die geltende schweizerische und kantonale Rechtsordnung beachten muss.

65. Die Vorschriften des Kantons Tessin können nur angewandt werden, wenn die Vorschriften des Herkunftskantons nicht gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM (öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Gleichbehandlung) erfüllt sind. Da die Bedingungen für die Bewilligungserteilung durch den Kanton Tessin ausser im Rahmen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM auf ausserkantonale Anbieterinnen, die bereits eine Bewilligung im Herkunftskanton besitzen oder die ihre Tätigkeit am Herkunftsort ohne Bewilligung rechtmässig ausüben, nicht anwendbar sind, dürfen nicht systematisch Unterlagen angefordert werden, die die Voraussetzungen gemäss den Tessiner Vorschriften bescheinigen. Die Anwendung der Vorschriften des LEPIA in Bezug auf die Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung muss deshalb nach Artikel 3 BGBM begründet werden. In diesem Sinn muss die OTIA zuerst überprüfen, ob die Marktzugangsvorschriften und die entsprechende Praxis des Herkunftsorts der ausserkantonalen Anbieterinnen ein gleichwertiges Schutzniveau der öffentlichen Interessen gewährleisten wie die Tessiner Vorschriften, konkret das LEPIA. Ist die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM widerlegt, muss die zuständige Tessiner Behörde nachweisen, dass die Bedingungen des LEPIA für die Erlangung der Bewilligung – z. B. Einreichung von Unterlagen zur Bescheinigung der fachlichen Befähigung oder des persönlichen Rufs – gemäss Artikel 3 Absatz 1 BGBM zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend sind.

66. Nach Artikel 7 Absatz 1 LEPIA unterliegen Ingenieurinnen bzw. Ingenieure und Architektinnen bzw. Architekten aus anderen Kantonen oder Staaten, die im Kanton Tessin ihren Beruf ausüben möchten, den Vorschriften des LEPIA. Diese Bestimmung steht im Widerspruch zu

den Artikeln 2 und 3 BGBM. Angesichts der verpflichtenden Grundsätze von Artikel 46 Absatz 1 und Artikel 49 Absatz 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101), wonach Bundesrecht umgesetzt werden muss und Vorrang hat, muss sich die Tessiner Behörde an die Vorschriften des BGBM halten. Die Bestimmungen des LEPIA zu den fachlichen und persönlichen Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung dürfen daher nur auf die ausserkantonalen Anbieterinnen angewandt werden, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind.

67. Das LEPIA sieht die Schaffung eines Berufsregisters (OTIA-Register) vor. Personen mit Bewilligung werden ins OTIA-Register eingetragen und können sich als OTIA-Ingenieurinnen bzw. -Ingenieure oder OTIA-Architektinnen bzw. -Architekten bezeichnen (Art. 3 Abs. 4 LEPIA). Das OTIA-Register enthält für alle Ingenieurinnen bzw. Ingenieure und Architektinnen bzw. Architekten Informationen zur Identität und zum Ausstellungsdatum der Bewilligung sowie Angaben zum Studienabschluss, zur Rechtsform und der entsprechenden Firma sowie zu den Geschäftsadressen (Art. 9 Abs. 2 LEPIA). Um im Kanton Tessin den Architekten- oder Ingenieurberuf ausüben zu dürfen, muss die Person somit im OTIA-Register eingetragen sein. Ausserdem muss – obwohl das im LEPIA nicht vorgesehen ist – zur Ausübung des Architekten- oder Ingenieurberufs (vorgängig) eine Gebühr für die Eintragung ins OTIA-Register und für die Erneuerung dieses Eintrags bezahlt werden.<sup>46</sup> Das **Erfordernis der Eintragung in ein Berufsverzeichnis oder kantonales Register** stellt an sich eine Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 BGBM dar.<sup>47</sup> Damit diese Beschränkung zulässig ist, muss sie insbesondere zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM) sowie verhältnismässig sein (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM). Das LEPIA strebt die Förderung der Würde und der fachgerechten Ausübung des Ingenieur- und Architektenberufs an (Art. 1 Abs. 1 LEPIA). Im Lichte der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Artikel 36 Absatz 2 BV können solche Zielsetzungen kaum als überwiegende öffentliche Interessen gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b BGBM betrachtet werden.<sup>48</sup> Ausserdem ist das Bestehen eines Berufsverzeichnisses oder eines kantonalen Registers weder geeignet noch unerlässlich, um eine fachgerechte Ausführung einer Tätigkeit, die Qualität der angebotenen Leistungen und Dienste sowie eine ausreichende berufliche Qualifikation der Fachpersonen zu gewährleisten. Eine solche Beschränkung ist

<sup>46</sup> <www.otia.ch> L'Albo > Tasse.

<sup>47</sup> RPW 2001/1, 167 Rz. 13 ff., *Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe in den Kantonen Freiburg, Gené, Jura, Neuenburg und Tessin sowie in der REG-Stiftung (deutsche Übersetzung der französischen Originalversion)*.

<sup>48</sup> BGE 128 I 92, 95 Erw. 2a; BGER 2C\_720/2014 vom 12. Mai 2015, Erw. 6.1. Vgl. DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn. 1), N 194 und 454; ZWALD (Fn. 1), Rz 64; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, Martenet/Bovet/Tercier, 2. Aufl., 2013, Rz 31 Art. 3 BGBM. Vgl. – auch im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gleichheit von Mitbewerbern gemäss Artikel 8 BV – BGE 125 II 129, 149 ff., Erw. 10b (Coop Bern), 125 I 431, 435 ff., Erw. 4b/aa (Zürich), 121 I 129, 131 ff., Erw. 3b (Margot Knecht).

somit nicht verhältnismässig.<sup>49</sup> Mit ihren Empfehlungen vom 29. Januar 2001 hatte die WEKO den Kantonen Freiburg, Genf, Neuenburg und Tessin nahegelegt, das Erfordernis der Eintragung in die kantonalen Register der Architekten und Ingenieure abzuschaffen.<sup>50</sup> In Bezug auf den Kanton Tessin stellt die WEKO fest, dass das kantonale Register beibehalten wurde. So dürfen nur im OTIA-Register eingetragene Ingenieurinnen bzw. Ingenieure und Architektinnen bzw. Architekten mit Bewilligung ihren Beruf im Kanton Tessin rechtmässig ausüben. Hierzu gilt es anzumerken, dass die Bewilligungsgesuche ohne vorgängige Bezahlung der Eintragungsgebühr gar nicht erst bearbeitet werden.<sup>51</sup>

68. Geht es um die Aufforderung zur Einreichung eines **Berufsdiplooms**, so gilt es zu berücksichtigen, dass die Tessiner Behörden die fachliche Befähigung nicht rücküberprüfen dürfen, wenn die Behörde des Herkunftsorts diese bereits geprüft hat, und dass die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM gilt. Ist die Ausübung der betreffenden Tätigkeit im Herkunftskanton ohne fachliche Voraussetzungen zulässig, darf die Tessiner Behörde die fachliche Befähigung nur überprüfen, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. In diesem Zusammenhang ist die praktische Tätigkeit am Herkunftsort nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM zu berücksichtigen.

69. Gemäss Artikel 17 Absatz 1 Buchstabe d LEPIA müssen Personen, die im Kanton Tessin den Ingenieur- oder Architektenberuf ausüben, die **Gesamtarbeitsverträge** (GAV) einhalten. Das LEPIA spezifiziert jedoch nicht, ob damit allgemeinverbindliche GAV gemeint sind. Daher gilt es anzumerken, dass die Tessiner Behörde im Falle eines nicht allgemeinverbindlichen GAV von den lokalen oder ausserkantonalen Fachpersonen nicht verlangen kann, dass sie sich an die Bestimmungen eines solchen GAV halten müssen, ohne damit gegen die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG; SR 221.215.311) zu verstossen. Aus Sicht des BGBM gilt es in Erinnerung zu rufen, dass eine ausserkantonale Anbieterin im Sinne des Herkunftsprinzips nach Artikel 2 Absätze 3 und 4 BGBM ihre Tätigkeit im Kanton Tessin nach den Vorschriften im Herkunftskanton ausüben darf. Auch wenn ein GAV im Kanton Tessin im Gegensatz zum Herkunftskanton allgemeinverbindlich ist, würde die Pflicht zur Einhaltung eines solchen GAV eine Marktzugangsbeschränkung darstellen und wäre als solche nur zulässig, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind.<sup>52</sup>

70. Was die Aufforderung zur Einreichung eines **Strafregisterauszugs** anbelangt, ist anzumerken, dass dieser nur verlangt werden darf, wenn der Ruf der ausserkantonalen Anbieterin nicht bereits von den Behörden des Herkunftsorts überprüft wurde. Wird die Zulassung der ausserkantonalen gesuchstellenden Person aufgrund des Strafregisterauszugs abgelehnt, so muss die Verfügung dies dadurch begründen, dass die Ablehnung zur Wahrung eines öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Konkret muss also das begangene Delikt zur Schlussfolgerung führen, dass die Ausübung des Architekten- oder Ingenieurberufs ein

öffentliches Interesse gefährden kann. Ansonsten darf die Bewilligung nicht verweigert werden.

71. Laut Angaben der Tessiner Behörde gibt es keine Verfügungen, in denen ein Bewilligungsgesuch abgelehnt oder nur bedingt angenommen wurde. Die einzigen mit dem ausgefüllten Fragebogen übermittelten Verfügungen betreffen Fälle, in denen das Bewilligungsgesuch einer ausserkantonalen Anbieterin im Hinblick auf die Ausübung des Architekten- oder Ingenieurberufs genehmigt wurde. Anders als in Artikel 10a Absatz 2 BGBM vorgesehen stellt die OTIA ihre Verfügungen jedoch der WEKO nicht zu.

72. Schliesslich lässt sich feststellen, dass – obwohl dies in den Verfügungen der OTIA nicht erwähnt wird – die Fachleute für die Eintragung in das Register eine **Verwaltungsgebühr** zahlen müssen.<sup>53</sup> Diese Gebühr muss vor dem Erhalt der Bewilligung bezahlt werden und die gesuchstellende Person muss die entsprechende Quittung dem Gesuch beilegen. Laut Angaben der OTIA dient diese Registrierungsgebühr zur teilweisen Deckung der administrativen Registrierungskosten und der Kosten für verschiedene angebotene Dienstleistungen (z. B. unentgeltlicher Rechtsdienst, Beratung zu anderen rechtlichen und technischen Fragen). Allerdings gibt es für die Erhebung der erwähnten Gebühr keine Rechtsgrundlage. Die Höhe der Registrierungsgebühr ist auf der Website der OTIA angegeben;<sup>54</sup> dort steht sinngemäss, dass diese vorausbezahlten Verwaltungsgebühren nicht zurückerstattet werden, wenn die Bewilligung per Verfügung des Rats der OTIA abgelehnt wird, die Bewerberin bzw. der Bewerber auf die Fortsetzung des Verfahrens verzichtet oder das Verfahren nicht abgeschlossen wird. Diese Vorgehensweise läuft Artikel 3 Absatz 4 BGBM zuwider, der ein kostenloses Bewilligungsverfahren vorsieht. Die Tatsache, dass eine Vorauszahlung der Verwaltungsgebühr verlangt und die Rückerstattung derselben bei einer Ablehnung verweigert wird, kann ausserkantonale Anbieterinnen davon abhalten, ein Bewilligungsgesuch zu stellen.

## 2.2.6 Treuhänderberufe

73. Gemäss Artikel 1 des kantonalen Gesetzes vom 1. Dezember 2009 über die Ausübung der Treuhänderberufe (*Legge cantonale sull'esercizio delle professioni di fiduciario*, LFid; RLTI 11.1.4.1) besteht für die im Auftrag

<sup>49</sup> RPW 2001/1, 167 Rz. 19 ff., *Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe in den Kantonen Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg und Tessin sowie in der REG-Stiftung (deutsche Übersetzung der französischen Originalversion)*.

<sup>50</sup> RPW 2001/1, 180, *Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe in den Kantonen Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg und Tessin sowie in der REG-Stiftung (deutsche Übersetzung der französischen Originalversion)*.

<sup>51</sup> <www.otia.ch> L'Albo > Tasse.

<sup>52</sup> BGer 2C\_111/2010 vom 7.12.2010, Erw. 2.5. Vgl. auch DIEBOLD, *Freizügigkeit* (Fn. 1), N 1290 ff. und dort erwähnte Verweise.

<sup>53</sup> <www.otia.ch> L'Albo > Tasse.

<sup>54</sup> Idem.

Dritter beruflich ausgeübten Tätigkeiten als Treuhänder/in, Wirtschaftsprüfer/in, Immobilientreuhänder/in und Finanztreuhänder/in eine Bewilligungspflicht.

74. Die vom Staatsrat ernannte Aufsichtsbehörde über die Ausübung der Treuhänderberufe (Aufsichtsbehörde) ist für die Ausstellung der Bewilligung zur Ausübung des Treuhänderberufs zuständig (Art. 8 und 18 LFid). Die Bewilligung wird gesuchstellenden Personen erteilt, die bestimmte fachliche und persönliche Voraussetzungen erfüllen (Art. 8 Abs. 1 LFid):

- Handlungsfähigkeit;
- guter Ruf und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit;
- kein laufendes Konkurs- oder Insolvenzverfahren;
- anerkannter Studienabschluss und zwei Jahre Berufserfahrung in der Schweiz in der Branche, für die die Bewilligung beantragt wird;
- Haftpflichtdeckung.

75. Zur Überprüfung dieser Voraussetzungen muss das Bewilligungsgesuch laut den Angaben der Aufsichtsbehörde die folgenden Unterlagen enthalten (vgl. auch Art. 8 LFid und Art. 4 der Verordnung vom 30. Mai 2012 zum Gesetz über die Ausübung der Treuhänderberufe, [*Regolamento del 30 maggio 2012 della legge sull'esercizio delle professioni di fiduciario*, RFid; RLTI 11.1.4.1.1]):

- Selbstzertifizierung;
- beruflicher Lebenslauf;
- Wohnsitzbescheinigung;
- Strafregisterauszug;
- Bescheinigung des Betreibungs- und Konkursamtes;
- ggf. Kopie des Studienabschlusses;
- Bescheinigung/en zum Nachweis der dreijährigen Berufserfahrung;
- weitere Unterlagen zur Klärung der Situation der gesuchstellenden Person.

76. Laut Artikel 9 LFid bleibt für gesuchstellende Personen aus einem anderen Kanton das BGBM vorbehalten.

77. In den Antworten im Fragebogen bestätigt die Tessiner Behörde, dass die Bedingungen für die Ausstellung der Bewilligung im Sinne des LFid überprüft werden und dass die ausserkantonale Anbieterin den Treuhänderberuf im Kanton Tessin gestützt auf die Bedingungen von Artikel 3 BGBM ausüben darf. Die Aufsichtsbehörde erklärt ferner, es werde überprüft, ob die ausserkantonale Anbieterin an ihrem Herkunftsort tatsächlich als Treuhänderin bzw. Treuhänder tätig ist.

78. In Bezug auf die Bescheinigungen der fachlichen Befähigung sieht Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe d LFid als doppelte Bedingung den Besitz eines **anerkannten Studienabschlusses** (vgl. Art. 11 LFid) sowie zwei Jahre Berufserfahrung als Treuhänderin bzw. Treuhänder in der Schweiz vor. Dessen ungeachtet hat die Aufsichtsbehörde in den übermittelten Verfügungen das Gesuch ei-

ner ausserkantonalen Anbieterin ohne anerkannten Studienabschluss aufgrund einer dreijährigen praktischen Tätigkeit bewilligt. Diese Praxis steht im Einklang mit dem BGBM. Bevor sie Tessiner Recht anwendet, muss die Aufsichtsbehörde jedoch nachweisen, dass die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Nur wenn die kantonalen Vorschriften nicht gleichwertig sind, kann die Aufsichtsbehörde die Bestimmungen des LFid auf die ausserkantonalen Anbieterinnen anwenden, wobei sie ihre Verfügungen auf die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM abstützt. Dazu ist zu erwähnen, dass das Formular für das Bewilligungsgesuch<sup>55</sup> ausdrücklich die Einreichung einer beglaubigten Kopie des Studienabschlusses verlangt. Diese Angabe kann ausserkantonale Anbieterinnen ohne entsprechende Diplome davon abhalten, ein Gesuch einzureichen.

79. Die vorstehenden Ausführungen gelten auch für die Aufforderung, einen **Strafregisterauszug** und eine **Bescheinigung des Betreibungs- und Konkursamtes** einzureichen. Haben die Behörden des Herkunftskantons diese persönlichen und finanziellen Voraussetzungen bereits überprüft, darf die Tessiner Behörde sie nicht rücküberprüfen. Selbst wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt wäre (Art. 2 Abs. 5 BGBM), kann die Tessiner Behörde den Marktzugang nur mittels Auflagen oder Bedingungen beschränken, wenn die Voraussetzungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind.

80. Den Nachweis einer **Haftpflichtdeckung** zu verlangen, ist grundsätzlich zulässig.<sup>56</sup> Die Modalitäten dieser Deckung sind in Artikel 5 RFid geregelt. So ist insbesondere die Höhe der Mindestdeckung je nach Tätigkeitsbereich des Treuhänderberufs festlegt (zwischen 500 000 und 1 000 000 Franken). Gehen diese Anforderungen über jene des Herkunftskantons hinaus, dürfen die Höhe der Mindestdeckung und die anderen in den Tessiner Vorschriften vorgesehenen Modalitäten nur angewandt werden, wenn die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Die Aufsichtsbehörde berücksichtigt insbesondere die Nachweise und Sicherheiten, die die Anbieterin bereits am Herkunftsort erbracht hat (Art. 3 Abs. 2 Bst. b BGBM).

81. Die Tessiner Behörde hat einen **negativen Vorbescheid** zu einem Bewilligungsgesuch sowie zehn Verfügungen, mit denen die Bewilligung erteilt wurde, übermittelt. Die Aufsichtsbehörde betrachtet den negativen Vorbescheid jedoch nicht als formelle Verfügung. Der negative Vorbescheid hält fest, dass gegen Bezahlung einer Gerichtsgebühr von 500 Franken eine vor dem kantonalen Verwaltungsgericht anfechtbare Verfügung erlassen werden kann.

<sup>55</sup> <www4.ti.ch/di/dg/fiduciari/ufficio> Sportello > Formulari.

<sup>56</sup> BGE vom 22.2.2011 2P.180/2000, Erw. 3c.

82. Laut Artikel 9 Absatz 1 BGBM sind Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt in Form von anfechtbaren Verfügungen zu erlassen. Wo keine ergeht, kann die ausserkantonale Anbieterin eine Verfügung verlangen.<sup>57</sup> Zudem ist über Beschränkungen in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Die von der Aufsichtsbehörde erteilten negativen Vorbescheide erfüllen diese Bedingungen nicht. Erstens werden sie nicht in Form von anfechtbaren Verfügungen im Sinne von Artikel 9 Absatz 1 BGBM erlassen, obwohl es sich in Wirklichkeit um Verfügungen bezüglich Beschränkungen handelt. Zweitens steht die Tatsache, dass die gesuchstellende Person einen Antrag einreichen und eine Gebühr zahlen muss, damit eine Verfügung erlassen wird, im Widerspruch zum Grundsatz des einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens nach Artikel 3 Absatz 4 BGBM.

83. Was die Verfügungen anbelangt, mit denen die Berufsausübung bewilligt wird, ist festzustellen, dass die gesuchstellende Person eine **jährliche Gebühr** von 400 Franken (oder anteilig in zwölf Teilbeträgen) und eine **Bewilligungsgebühr** von 500 Franken bezahlen muss. Dies obwohl die Bestimmung von Artikel 12 Absatz 3 LFid ausdrücklich vorsieht, dass bezüglich der Gebühr für die Bewilligung zur Ausübung der Treuhändertätigkeit und für die Eintragung ins kantonale Treuhänderregister für ausserkantonale gesuchstellende Personen das BGBM vorbehalten bleibt. Die Aufsichtsbehörde bestätigt, dass aus Versehen bei einigen Verfügungen irrtümlicherweise Bewilligungsgebühren in Rechnung gestellt wurden und dass das Sekretariat der Aufsichtsbehörde bemüht sei, diese zurückzuerstatten. Die Tessiner Vorschriften und die Praxis zur Auferlegung einer Gebühr verstossen gegen Artikel 3 Absatz 4 BGBM, der ein kostenloses Verfahren vorsieht. Dies gilt nicht nur für die Gebühr für die Bewilligungserteilung, sondern auch für die jährliche Gebühr für die Berufsausübung.

84. Es ist zudem festzustellen, dass die Verfügungen der Aufsichtsbehörde nicht der WEKO zugestellt werden; dies verstösst gegen Artikel 10a Absatz 2 BGBM.

### 2.2.7 Gewerbliche Tätigkeiten

85. Gemäss Artikel 13 ff. des kantonalen Gesetzes vom 24. März 2015 über Gewerbebetriebe (*Legge cantonale sulle imprese artigianali*, LIA; RLTI 7.1.5.4) ist die Aufsichtskommission über die Gewerbebetriebe (LIA-Kommission) auf Kantonsebene für die Ausstellung von Bewilligungen im Bereich der gewerblichen Berufe zuständig.

86. Artikel 3 LIA sieht die Einrichtung eines Registers der Gewerbebetriebe vor (LIA-Register). Für Gewerbebetriebe, die auf dem Kantonsgebiet Handwerksarbeiten in den Berufszweigen ausführen, die im Anhang zum kantonalen Reglement vom 20. Januar 2016 des Gesetzes über Gewerbebetriebe (*Regolamento cantonale della legge sulle imprese artigianali*, RLIA; RLTI 7.1.5.4.1) aufgeführt sind, ist die Eintragung ins LIA-Register obligatorisch. Um in das Register aufgenommen zu werden, müssen die Gewerbebetriebe über bestimmte fachliche und persönliche Voraussetzungen verfügen (Art. 4 Abs. 1, Art. 6 und Art. 7 LIA). Ausserdem müssen sie über eine Mindestversicherungsdeckung verfügen (Art. 9 Abs. 2 Bst. c RLIA), die lokalen Gesamtarbeitsverträge einhalten (Art. 9 Bst. c LIA und Art. 9 Abs. 2 Bst. a und b RLIA) und

Gebühren für die Eintragung ins LIA-Register bezahlen (Art. 19 LIA und Art. 11 RLIA).

87. Bei Gesellschaften müssen die fachlichen Voraussetzungen mindestens von einer Inhaberin bzw. einem Inhaber oder einem tatsächlich geschäftsführenden Mitglied erfüllt sein (Art. 4 Abs. 2 LIA). Gemäss dem LIA kann als Inhaberin bzw. Inhaber oder geschäftsführendes Mitglied die- bzw. derjenige erachtet werden, die bzw. der tatsächlich an der Leitung der Gesellschaft beteiligt ist, dieser ihre bzw. seine Arbeit vorwiegend widmet und die Gesellschaft vertritt (Art. 4 Abs. 3 LIA).<sup>58</sup>

88. Die Eintragung ist mit dem dafür vorgesehenen Formular (online<sup>59</sup>) zu beantragen und die folgenden Unterlagen sind beizufügen:

- a) Für die Inhaberin bzw. den Inhaber oder das tatsächlich geschäftsführende Mitglied:
  - Bescheinigung der Handlungsfähigkeit;
  - Leumundszeugnis;
  - Strafregisterauszug;
  - Auszug aus dem Betreibungs- und Konkursregister;
  - Kopie der Diplome und Studienabschlüsse;
  - Nachweise der erforderlichen Berufspraxis.
- b) Für das Unternehmen:
  - Kopie des Handelsregisterauszugs;
  - Auszug aus dem Betreibungs- und Konkursregister;
  - Erklärung der AHV-Kasse zur Bestätigung der Zahlung der Sozialbeiträge;
  - Erklärung der kantonalen paritätischen Kommission (KPK) zur Bestätigung der Beitragszahlung an die Vorpensionierungskasse;
  - Kopie der Police und der Prämienzahlung für die berufliche Haftpflichtversicherungsdeckung in Höhe von mindestens 1 000 000 Franken jährlich;
  - Erklärung der KPK oder Dokument zur Bestätigung der Zahlung der Kauttionen;
  - Erklärung der KPK bezüglich der Einhaltung des Gesamtarbeitsvertrags.

<sup>57</sup> BBI 1995 I 1213 (Fn 6), hier 1273.

<sup>58</sup> Art. 5 Abs. 2 RLIA hält fest, dass für die Eintragung als Inhaberin bzw. Inhaber oder tatsächlich geschäftsführendes Mitglied nur die- bzw. derjenige erachtet werden kann, die bzw. der tatsächlich an der Leitung der Gesellschaft mit einer Anwesenheit von mindestens 50 % der normalen Arbeitsdauer beteiligt ist, die Gesellschaft vertritt und die Erfüllung seitens Letzterer der Pflichten gemäss Art. 9 LIA gewährleistet (Einhaltung der Bau- und Umweltschutzgesetze sowie der Vorschriften zur Arbeitssicherheit, Einhaltung der Gesamtarbeitsverträge, Einhaltung der Beitragspflichten gegenüber den obligatorischen Sozialwerken sowie hinsichtlich der Quellensteuererhebung, kein unlauterer Wettbewerb).

<sup>59</sup> <www.albo-lia.ch> Iscrizione > Modulo online per nuova iscrizione.

89. Zu den fachlichen Voraussetzungen sieht Artikel 6 Absatz 2 LIA vor, dass der Staatsrat das Erfordernis für bestimmte Studienabschlüsse durch eine ausreichende Arbeitserfahrung ersetzen sowie zusätzlich eine angemessene Berufspraxis als Baustellenleiterin bzw. -leiter verlangen kann. Laut Artikel 5 Absatz 1 RLIA muss die Inhaberin bzw. der Inhaber oder das tatsächlich geschäftsführende Mitglied nachweisen, dass sie bzw. er über einen Studienabschluss oder Berufspraxis verfügt. Laut Artikel 5 Absatz 3 RLIA werden für die Berufspraxis die Arbeitsjahre angerechnet, die effektiv in der betreffenden Berufsgruppe absolviert wurden, beginnend ab Erlangung des erforderlichen Studienabschlusses. Der Anhang zum RLIA sieht für jede Berufsgruppe (z. B. Holzbau, Glaser-, Gärtnerarbeiten) einen minimalen Studienabschluss und eine Mindestberufspraxis von drei Jahren vor. In besonderen Fällen sind Ausnahmen von der Mindestberufspraxis von drei Jahren zulässig, insbesondere wenn die Inhaberin bzw. der Inhaber des erforderlichen Studienabschlusses angemessene Kenntnisse im Bereich des Unternehmertums und des kantonalen Wirtschaftsumfelds nachweist (vgl. Art. 5 Abs. 3, 2. Satz RLIA).

90. Artikel 24 Absatz 1 LIA sieht eine Ausnahme vom Erfordernis des Studienabschlusses in den Fällen vor, in denen die Inhaberin bzw. der Inhaber oder das tatsächlich geschäftsführende Mitglied des Gewerbebetriebs nachweist, dass sie bzw. er die persönlichen Voraussetzungen erfüllt (Art. 7 LIA) und dass sie bzw. er die Tätigkeit, die Gegenstand des Gesuchs bildet, seit mindestens fünf Jahren in der Schweiz ausübt (vgl. auch Art. 13 RLIA).

91. Gemäss Artikel 9 Buchstabe c LIA müssen die Gewerbebetriebe zudem die **Rechtsvorschriften über die Arbeit und über die GAV** einhalten. In diesem Sinne müssen sie auch den in den GAV vorgesehenen Pflichten gegenüber den Sozialversicherungen nachkommen (Art. 9 Bst. e LIA), insbesondere hinsichtlich der Kauttionen (Art. 9 Abs. 2 Bst. a RLIA). Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe b RLIA präzisiert, dass Gewerbebetriebe, die in Berufsgruppen eingetragen sind, für die ein GAV gilt, eine von der zuständigen paritätischen Kommission ausgestellte Bescheinigung über die Einhaltung des entsprechenden GAV einreichen müssen. Das LIA gibt nicht an, ob allgemeinverbindliche GAV gemeint sind.

92. Die ausserkantonalen Anbieterinnen, die ihre Tätigkeit in ihrem Herkunftskanton rechtmässig ausüben und Handwerksarbeiten im Sinne des LIA ausführen, haben laut Artikel 2 Absätze 1–4 BGBM das Recht, ihre Dienste und Leistungen anzubieten und sich zur Ausübung dieser Tätigkeit im Kanton Tessin niederzulassen. Gemäss dem in Artikel 2 Absatz 5 BGBM verankerten Grundsatz der Gleichwertigkeit werden die Marktzugangsvorschriften des Herkunftskantons und jene des Kantons Tessin als gleichwertig erachtet. Das Recht auf freien Zugang zum Markt gemäss Artikel 2 Absätze 1–4 BGBM besteht auch, wenn die Ausübung der Berufstätigkeit am Herkunftsort ohne Bewilligung erlaubt ist. Denn die Rechtmässigkeit der Ausübung der Tätigkeit ist bereits durch den Rechtsrahmen am Herkunftsort gewährleistet. Steht der im Kanton Tessin geltenden Bewilligungspflicht eine Marktzugangsordnung entgegen, die keine Bewilligung vorsieht, bedeutet das grundsätzlich, dass die Regeln für den Marktzugang nicht gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5

BGBM). Die Tessiner Behörde muss in diesem Fall prüfen, ob die Einschränkungen gemäss LIA die Anforderungen nach Artikel 3 BGBM erfüllen (Rz 15). Laut Artikel 3 Absatz 1 BGBM sind Marktzugangsbeschränkungen in Form von Auflagen und Bedingungen auszugestalten und sind nur zulässig, wenn sie zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend sind. Nicht verhältnismässig sind Beschränkungen insbesondere, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird und durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, die die Anbieterin am Herkunftsort ausgeübt hat (Art. 3 Abs. 2 Bst. a und d BGBM).

93. Die **Pflicht zur Eintragung in ein Berufsregister** stellt allein schon eine Marktzugangsbeschränkung dar, und dies unabhängig von den materiellen Bedingungen, die für die Erteilung einer Bewilligung zur Ausübung einer bestimmten Erwerbstätigkeit vorgeschrieben sind.<sup>60</sup> Will ein Gewerbebetrieb keine verwaltungs- und strafrechtlichen Sanktionen riskieren, so kann er ohne vorgängige Eintragung im LIA-Register rechtmässig keine Aufträge zur Ausführung von Arbeiten im Kanton Tessin übernehmen. Dazu muss er seinen Antrag auf Eintragung zunächst mittels dem entsprechenden Formular zusammen mit den oben aufgeführten Unterlagen zur Bescheinigung der fachlichen Befähigung, des einwandfreien Leumunds, der Zahlungsfähigkeit und der Versicherungsdeckung des Betriebs einreichen. Durch das Ausfüllen dieses Formulars sowie das Beschaffen und Einreichen der verlangten Unterlagen entsteht dem betreffenden Betrieb ein nicht unwesentlicher finanzieller und zeitlicher Aufwand. Danach muss er die Antwort der LIA-Kommission abwarten, die seinen Antrag gutheisst und die Ausübung der Tätigkeit im Kanton Tessin bewilligt. Die Vorbereitung des Antrags und das Verfahren zur Eintragung ins LIA-Register verursachen somit einen hohen und kostspieligen administrativen Aufwand. Dadurch wird es für ausserkantonale Gewerbebetriebe kompliziert und aufwändig, Dienste und Arbeitsleistungen auf Tessiner Boden anzubieten, und es kommt zu Verzögerungen. Die Pflicht zur Eintragung ins LIA-Register stellt somit eine Marktzugangsbeschränkung dar, die nur zulässig ist, wenn die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Der Zweck des LIA umfasst eigentlich die Förderung der Qualität der Arbeiten von Gewerbebetrieben, die auf dem Kantonsgebiet tätig sind, die Verbesserung der Sicherheit der Arbeitnehmenden und die Vorbeugung von Missbräuchen bei der Wettbewerbsausübung (Art. 1 LIA). Gemäss Artikel 3 LIA wird *„[z]ur Sicherstellung der korrekten Ausübung der Handwerksarbeiten, insbesondere der Qualität und der Sicherheit, [...] ein Register der Gewerbebetriebe eingerichtet“*.

<sup>60</sup> RPW 2001/1, 167 Rz. 14 ff., *Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe in den Kantonen Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg und Tessin sowie in der REG-Stiftung*. Vgl. auch Urteil des EuGH C-215/01 vom 11.12.2003 *Bruno Schnitzer*, Slg. 2003 I-14847 Rz 34; Urteil des EuGH C-58/98 vom 3.10.2000 *Corsten*, Slg. 2000 I-07919 Rz 34. Oder auch Urteil des EuGH C-131/01 vom 13.2.2003 *Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Italienische Republik*, Slg. 2003 I-01659 Rz 27.

Die Qualität der Arbeiten stellt indessen kein überwiegendes öffentliches Interesse im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b BGBM dar. Und selbst wenn die Sicherheit der Arbeitnehmenden und die Vorbeugung von Missbräuchen bei der Wettbewerbsausübung öffentliche Interessen sind, ist die Eintragung im LIA keine geeignete und unerlässliche Massnahme, um diese Ziele zu erreichen. Allein durch die Eintragung eines Betriebs im LIA-Register lässt sich nicht sicherstellen, dass dieser Betrieb die Vorschriften bezüglich der Arbeitssicherheit einhält und keine Missbräuche bei der Wettbewerbsausübung begeht. Aus diesen Gründen ist die Pflicht zur Eintragung ins LIA-Register nicht verhältnismässig im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c BGBM. Diese Marktzugangsbeschränkung ist somit unzulässig.

94. Es ist mit dem BGBM nicht vereinbar, dass ausserkantonale Anbieterinnen systematisch aufgefordert werden, ein **spezifisches Diplom oder einen bestimmten Studienabschluss** zusammen mit dem Nachweis einer mindestens dreijährigen Berufspraxis einzureichen. Insbesondere wenn der Herkunftskanton der ausserkantonalen Anbieterin die Ausübung von Tätigkeiten eines Gewerbebetriebs gemäss LIA zulässt, ohne ein Diplom oder einen Studienabschluss zu verlangen, muss die LIA-Kommission erstens nachweisen, dass die Vorschriften des Herkunftsorts keinen gleichwertigen Schutz der überwiegenden öffentlichen Interessen gewährleisten und dass die Gleichwertigkeitsvermutung deshalb widerlegt ist. Zweitens muss sie überprüfen, ob die im LIA vorgesehenen Beschränkungen die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllen. Laut Auffassung der WEKO können diese Bedingungen in einem konkreten Fall nur schwer erfüllt werden. Erstens sind die im LIA vorgeschriebenen fachlichen Voraussetzungen zur Sicherstellung der Arbeitsqualität nicht unerlässlich, selbst wenn sie als geeignet betrachtet werden können, um dieses Ziel zu erreichen. Die Arbeitsqualität wird einerseits von der Konkurrenz zwischen den verschiedenen Anbieterinnen auf dem Markt bestimmt. Andererseits wird sie durch die Bestimmungen des Obligationenrechts und des Zivilprozessrechts geschützt, dank denen sich Streitfälle im Zusammenhang mit Dienstleistungen schlechter Qualität regeln lassen. Ausserdem steht der mögliche Nutzen beim Versuch, die Arbeitsqualität durch die Pflicht zur Erfüllung der fachlichen Voraussetzungen gemäss LIA (Studienabschlüsse und Mindestberufspraxis) sicherzustellen, nicht in einem vernünftigen Verhältnis zu den Marktzugangsbeschränkungen für die betreffenden Betriebe. Zweitens stellen Studienabschlüsse oder eine nachgewiesene Mindestberufspraxis keine geeigneten und unerlässlichen Massnahmen zum Schutz der Sicherheit der Arbeitnehmenden oder zur Vorbeugung von Missbräuchen bei der Wettbewerbsausübung dar. Hierzu gilt es auch anzumerken, dass der bestehende Rechtsrahmen, insbesondere in Bezug auf den Arbeitnehmerschutz und die flankierenden Massnahmen<sup>61</sup>, den zuständigen kantonalen Behörden bereits erlaubt, Überprüfungen durchzuführen und die erforderlichen Massnahmen zu treffen, um diese Ziele zu erreichen. Wir möchten auch daran erinnern, dass die Marktzugangsbeschränkungen gemäss Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM nicht verhältnismässig sind, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, die die Anbieterin am Herkunftsort ausgeübt hat

(Rz 9). Die Botschaft des Bundesrates über die Änderung des BGBM hält dazu fest, dass eine während drei aufeinander folgenden Jahren einwandfrei ausgeübte Berufstätigkeit als hinreichend betrachtet werden kann.<sup>62</sup> Die (systematische) Aufforderung zur Einreichung von Kopien der minimalen Studienabschlüsse lässt sich somit nicht rechtfertigen. Aus diesen Gründen sind die gemäss LIA verlangten fachlichen Voraussetzungen nicht verhältnismässig (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM).

95. Die gleichen Überlegungen lassen sich auch hinsichtlich der **persönlichen Voraussetzungen** anstellen, z. B. dass eine Person nicht strafrechtlich verurteilt wurde und über einen einwandfreien Leumund verfügt, aber auch hinsichtlich der anderen im LIA vorgesehenen Bedingungen. Insbesondere was die **Einhaltung der GAV** anbelangt, gilt es hervorzuheben, dass die Tessiner Behörde im Falle eines nicht allgemeinverbindlichen GAV von den lokalen oder ausserkantonalen Fachpersonen nicht verlangen kann, dass sie sich an die Bestimmungen eines solchen GAV halten müssen, ohne damit gegen die Vorschriften des AVEG zu verstossen. Aus Sicht des BGBM muss indessen ergänzt werden, dass eine ausserkantonale Anbieterin im Sinne des Herkunftsprinzips nach Artikel 2 Absätze 3 und 4 BGBM ihre Tätigkeit im Kanton Tessin nach den Vorschriften im Herkunftskanton ausüben darf. Auch wenn ein GAV im Kanton Tessin im Gegensatz zum Herkunftskanton allgemeinverbindlich ist, würde die Pflicht zur Einhaltung eines solchen GAV eine Marktzugangsbeschränkung darstellen und wäre als solche nur zulässig, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind.<sup>63</sup> Auch die im LIA vorgesehene **Mindestversicherungsdeckung** kann nur verlangt werden, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Gemäss Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b BGBM muss die LIA-Kommission insbesondere die Bescheinigungen und Sicherheitsnachweise berücksichtigen, die die Anbieterin bereits am Herkunftsort vorgelegt hat.

96. Die WEKO anerkennt das Recht des Kantons Tessin, die Betriebe zu beaufsichtigen und zu kontrollieren, die auf seinem Gebiet einer Erwerbstätigkeit nachgehen. Die vom Kanton Tessin ausgeübte **Aufsichtspflicht** kann in diesem Sinne ein öffentliches Interesse darstellen.<sup>64</sup> Das BGBM hindert die Kantone nicht daran, von den ausserkantonalen Anbieterinnen eine Meldung zu verlangen, wenn

<sup>61</sup> Vgl. Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11), Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20) und Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG; SR 823.20).

<sup>62</sup> BBl 2005 465 (Fn 12), hier 486.

<sup>63</sup> BGer 2C\_111/2010 vom 7.12.2010, Erw. 2.5. Vgl. auch DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn. 1), N 1290 ff. und dort erwähnte Verweise.

<sup>64</sup> Vgl. DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1359 und 1361 ff.



sie auf dem Kantonsgebiet einer Erwerbstätigkeit nachgehen wollen. Es muss sich jedoch um eine einfache Meldung handeln, ohne dass die ausserkantonalen Gewerbebetriebe weitere Bedingungen erfüllen oder andere bürokratische Formalitäten erledigen müssen. Diese Meldung ist für die Tessiner Behörde ausreichend, um ihren eigenen Aufsichts- und Kontrollpflichten zur Einhaltung der geltenden kantonalen und eidgenössischen Rechtsvorschriften nachzukommen, namentlich in Bezug auf die flankierenden Massnahmen. Im Falle des LIA müssen die ausserkantonalen Anbieterinnen für die Eintragung ins LIA-Register ein Formular ausfüllen und zusammen mit den verlangten Unterlagen zur Bescheinigung der im LIA verankerten Voraussetzungen einreichen (Rz 87). Es handelt sich also nicht um eine einfache Meldung, wie sie für den Kanton Tessin zur Erfüllung seiner Aufsichtspflicht bereits ausreichend wäre. Die im LIA vorgesehenen Massnahmen gehen somit über das hinaus, was zur Erreichung dieses Zieles als geeignet, erforderlich und vernünftig erachtet werden kann, und sind daher nicht verhältnismässig.

97. Gemäss den vorstehenden Ausführungen würde auch die Anwendung der in Artikel 24 LIA vorgesehenen gesetzlichen Ausnahme auf Gewerbebetriebe, die ihre Tätigkeit seit mindestens fünf Jahren in der Schweiz ausüben und die persönlichen Voraussetzungen erfüllen (vgl. Rz 89), nicht mit dem BGBM im Einklang stehen. Die kantonale Tessiner Behörde muss nämlich zunächst ermitteln, ob die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist. Ist dies der Fall, so muss sie überprüfen, ob die Pflicht zur Erfüllung der fachlichen und persönlichen Voraussetzungen gemäss dem LIA den in Artikel 3 Absatz 1 BGBM festgelegten Bedingungen entspricht. Wie in den vorangehenden Absätzen festgestellt wurde, scheinen diese Bedingungen jedoch nicht erfüllt zu sein.

98. Die Tatsache, dass im Formular für die Eintragung ins LIA-Register sowie im Leitfaden zum Ausfüllen des Antrags auf Eintragung ins LIA-Register<sup>65</sup> ausdrücklich verlangt wird, dass Unterlagen zum Nachweis der fachlichen und persönlichen Voraussetzungen eingereicht werden, kann ausserkantonale Anbieterinnen ohne entsprechende Diplome davon abhalten, ein Gesuch zu stellen.

99. Artikel 19 LIA und Artikel 11 RLIA sehen Gebühren für die Eintragung in das Register (Fr. 600.–) und für die Nachführung des Registers (Fr. 400.–) vor.<sup>66</sup> Betriebe, die eine Eintragung in das Register in mehreren Berufsgruppen verlangen, zahlen neben der Eintragungsgebühr (Fr. 600.–) zusätzlich einen Betrag von 300 Franken pro Berufsgruppe (Art. 11 Abs. 2 RLIA). Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass das Marktzugangsverfahren für ausserkantonale Anbieterinnen kostenlos sein muss (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Die verlangte Gebühr für die Eintragung in das LIA-Register und für dessen Nachführung widerspricht demnach dem Grundsatz des kostenlosen Verfahrens laut BGBM. Der neue Artikel 11 Absatz 2<sup>bis</sup> RLIA sieht vor, dass die Regelungen des BGBM vorbehalten bleiben.<sup>67</sup> Laut diesem Artikel ist es insbesondere möglich, von der Erhebung der Eintragungs- und Nachführungsgebühr abzusehen, wenn die ausserkantonalen Anbieterinnen in ihrem Herkunftskanton über eine Arbeitsgenehmigung verfügen und die persönlichen und fachlichen Anforderungen von Artikel 6 und 7 LIA erfüllen.

Demnach gilt die Ausnahme aber nicht für ausserkantonale gesuchstellende Personen, die ihre Tätigkeit im Herkunftskanton rechtmässig ausüben, ohne über bestimmte Studienabschlüsse zu verfügen oder ohne die im LIA vorgesehenen persönlichen Voraussetzungen zu erfüllen.

## 2.2.8 Tätigkeiten im Bauwesen

100. Artikel 3 des kantonalen Gesetzes vom 1. Dezember 1997 über die Ausübung des Berufs des Baumeisters und des Fachunternehmers im Bauhauptgewerbe (*Legge cantonale sull'esercizio della professione di impresario costruttore e di operatore specialista nel settore principale della costruzione*, LEPICOSC; RLTI 7.1.5.3) sieht die Schaffung eines Registers der Bauunternehmen und Fachunternehmer vor (Unternehmensregister). Laut Artikel 3a LEPICOSC müssen die Bauunternehmen und die Fachunternehmer fachliche (Diplome und minimale Fachausweise; Art. 5 LEPICOSC) und persönliche (Art. 5a LEPICOSC) Voraussetzungen erfüllen, um in das Register aufgenommen zu werden.

101. Über die Genehmigung des Antrags auf Aufnahme in das Register entscheidet die Aufsichtskommission, die aus fünf vom Staatsrat ernannten Mitgliedern besteht (Art. 8 und 9 LEPICOSC).

102. Mit der Eintragung in das Register erhalten die Bauunternehmen und die Fachunternehmer die Befugnis, Arbeiten in den jeweiligen Tätigkeitsfeldern auszuführen (Art. 4 Abs. 1 LEPICOSC). Bauunternehmen bzw. Fachunternehmer, die Bauarbeiten mit budgetierten Kosten von über 30 000 Franken bzw. über 10 000 Franken ausführen wollen, müssen sich in das Register eintragen (Art. 4 Abs. 2 und 3 *e contrario* LEPICOSC). Laut Artikel 8 Absatz 1 der kantonalen Verordnung vom 3. Dezember 2014 zum Gesetz über die Ausübung des Berufs des Baumeisters und des Fachunternehmers im Bauhauptgewerbe (*Regolamento cantonale della legge sull'esercizio della professione di impresario costruttore e di operatore specialista nel settore principale della costruzione*, RLEPICOSC; RLTI 7.1.5.3.1) prüft die Aufsichtskommission den Wert der Aufträge und die Pflicht zur Unterstellung der Bauunternehmen oder Fachunternehmer unter das Gesetz nach, indem sie die Materialpreise und die von den Berufsverbänden genehmigten Gebühren als Bewertungsgrundlage heranzieht. Falls nicht im Register eingetragene Bauunternehmen oder Fachunternehmer Arbeiten ausführen, die dem Gesetz unterliegen, ergreift die Aufsichtskommission die erforderlichen vorsorglichen Massnahmen sowie Sanktionsmassnahmen (Art. 8 Abs. 3 RLEPICOSC). Verstösse gegen das LEPICOSC

<sup>65</sup> <[www.albo-lia.ch](http://www.albo-lia.ch)> Iscrizione > Linee guida iscrizione.

<sup>66</sup> Ursprünglich sah das RLIA für die Eintragung in das Register eine Gebühr von Fr. 2000.– bzw. von Fr. 1500.– für Mitgliederunternehmen des Tesser Baumeisterverbands (*Unione Associazioni dell'Edilizia, UAE*) sowie von mindestens Fr. 300.– bis höchstens Fr. 2000.– für die technischen Überprüfungen der fachlichen Kenntnisse und Kompetenzen vor. Mit dem Dekret vom 16. August 2016 beschloss der Staatsrat des Kantons Tessin eine teilweise Änderung von Artikel 11 Absatz 1 RLIA, nämlich die Senkung der Eintragungsgebühr auf Fr. 600.– und die Aufhebung der Gebühr für die Überprüfungen. Vgl. Amtliches Bulletin der Gesetze des Kantons Tessin vom 19. August 2016, Band 172, BU 36/2016, S. 373.

<sup>67</sup> Vgl. BU 36/2016, S. 373 (Fn 74).

können mit einer Warnung, einer Geldbusse bis 100 000 Franken und mit der Streichung aus dem Register geahndet werden (Art. 16 Abs. 1 LEPICOSC).

103. Die Gesuche um Eintragung in das Register sind mit dem offiziellen Formular<sup>68</sup> an die Aufsichtscommission zu richten, die sodann darüber entscheidet (Art. 9 Abs. 1 LEPICOSC). Mit dem Gesuch sind die in Artikel 3 Absatz 2 RLEPICOSC aufgeführten erforderlichen Unterlagen einzureichen:

- Beglaubigter Auszug des Handelsregistereintrags der Firma;
- Strafregisterauszug für alle natürlichen Personen, die als Inhaberin bzw. Inhaber, Mitglied der Geschäftsführung oder der Verwaltung oder Mitglied mit Vertretungsvollmacht für die juristische Person im Handelsregister eingetragen sind;
- Solvenzbescheinigung der Firma;
- Urkunden zum Nachweis der Erfüllung der fachlichen und persönlichen Voraussetzungen durch die Inhaberin bzw. den Inhaber oder das tatsächlich geschäftsführende Mitglied (gesetzlich verlangte Diplome oder Studienabschlüsse; Bescheinigungen und Referenzen über die mindestens dreijährige praktische Tätigkeit, beginnend ab Erlangung des anerkannten Diploms oder Studienabschlusses, als Vollzeit tätige(r) Baustellenleiterin bzw. Leiter in einem Bauunternehmen bzw. bei einem Fachunternehmer; persönliche Solvenzbescheinigung).

104. Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen sind Bauunternehmen und Fachunternehmer, deren Arbeiten und Leistungen einen bestimmten Betrag übersteigen, gemäss den Tessiner Vorschriften somit zur Eintragung in das Register verpflichtet. Bauunternehmen und Fachunternehmern, die Arbeiten für einen Betrag ausführen, der über den im kantonalen Gesetz festgelegten Grenzen liegt, die aber nicht im Register eingetragen sind, drohen Sanktionen. Für die Eintragung in das Register müssen bestimmte fachliche und persönliche Voraussetzungen erfüllt werden (vgl. Rz 103). Das kantonale Gesetz sieht keine Ausnahmen für ausserkantonale Anbieterinnen vor.

105. Das **Erfordernis der Eintragung in ein Berufsverzeichnis oder kantonales Register** stellt an sich eine Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 BGBM dar.<sup>69</sup> Damit diese Beschränkung zulässig ist, muss sie insbesondere zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM) sowie verhältnismässig sein (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM). Mit dem Unternehmensregister soll garantiert werden, dass die Bauunternehmen und Fachunternehmer ihre Tätigkeiten fachgerecht ausführen (Art. 3 LEPICOSC). Im Lichte der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Artikel 36 Absatz 2 BV kann eine solche Zielsetzung kaum als überwiegendes öffentliches Interessen gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b BGBM betrachtet werden.<sup>70</sup> Ausserdem ist das Bestehen eines Berufsverzeichnisses oder eines kantonalen Registers weder geeignet noch unerlässlich, um eine fachgerechte Ausübung der oben erwähnten Berufe zu gewährleisten. Diese Beschränkung ist somit nicht verhältnismässig.<sup>71</sup>

106. In den Antworten im Fragebogen erklärt die Tessiner Behörde, dass eine ausserkantonale Anbieterin im Kanton Tessin auch Arbeiten oberhalb der in Artikel 4 LEPICOSC festgelegten Grenzen ausführen darf, ohne dass sie sich in das Register eintragen lassen muss, und dass im Fall von Kontrollen nur die am Herkunftsort ausgeübte praktische Tätigkeit überprüft wird. Gemäss der Aufsichtscommission kann sich eine ausserkantonale Anbieterin, die angemessene Erfahrungen in einem bestimmten Tätigkeitszweig nachweist, in das Register eintragen lassen (muss aber nicht), sofern sie die gesetzlichen Voraussetzungen (Diplom und Erfahrung) erfüllt. Diese Informationen stehen weder in den kantonalen Vorschriften (LEPICOSC und RLEPICOSC) noch auf der Webseite des Unternehmensregisters<sup>72</sup>. Eine ausserkantonale Anbieterin kann nicht wissen, ob der Zugang zum Tessiner Markt ohne Bewilligung und ohne Eintragung in das Register möglich ist, wie dies die Tessiner Behörde vorbringt. Überdies ist nicht klar, ob die ausserkantonale Anbieterin meldepflichtig ist und wie die Aufsichtscommission ihre Kontrollen durchführt. Diese Aspekte können ausserkantonale Anbieterinnen davon abhalten, auf dem Tessiner Markt tätig zu werden.

107. Gemäss dem Grundsatz der Gleichwertigkeit (Art. 2 Abs. 5 BGBM) dürfen die Tessiner Behörden die **fachliche Befähigung** nicht rücküberprüfen, falls diese bereits von der Behörde des Herkunftsorts überprüft wurde. Ist die Ausübung der betreffenden Tätigkeit im Herkunftskanton ohne fachliche Voraussetzungen zulässig, darf die Tessiner Behörde die fachliche Befähigung nur prüfen, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind, d. h. wenn die Beschränkungen des Marktzugangs in Form von Auflagen und Bedingungen erfolgen und zum Schutz der überwiegenden öffentlichen Interessen unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend sind. Nicht verhältnismässig sind Beschränkungen insbesondere, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird und durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, die die Anbieterin am Herkunftsort ausgeübt hat (Art. 3 Abs. 2 Bst. a und d BGBM). Allein die Tatsache, dass der Herkunftskanton für die Ausübung der Tätigkeiten von Bauunternehmen oder Fachunternehmern im Sinne des LEPICOSC weniger strenge fachliche Voraussetzungen vorschreibt als die

<sup>68</sup> <www4.ti.ch> Tematiche > Albo delle Imprese > Sportello.

<sup>69</sup> RPW 2001/1, 167 Rz. 13 ff., *Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe in den Kantonen Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg und Tessin sowie in der REG-Stiftung (deutsche Übersetzung der französischen Originalversion)*.

<sup>70</sup> BGE 128 I 92, 95 Erw. 2a; BGER 2C\_720/2014 vom 12. Mai 2015, Erw. 6.1. Vgl. DIEBOLD, *Freizügigkeit* (Fn. 1), N 194 und 454; ZWALD (Fn. 1), Rz 64; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier*, 2. Aufl., 2013, Rz 31 Art. 3 BGBM. Vgl. – auch im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gleichheit von Mitbewerbern gemäss Artikel 8 BV – BGE 125 II 129, 149 ff., Erw. 10b (Coop Bern), 125 I 431, 435 ff., Erw. 4b/aa (Zürich), 121 I 129, 131 ff., Erw. 3b (Margot Knecht).

<sup>71</sup> RPW 2001/1, 167 Rz. 19 ff., *Ausübung der Architekten- und Ingenieurberufe in den Kantonen Freiburg, Genf, Jura, Neuenburg und Tessin sowie in der REG-Stiftung (deutsche Übersetzung der französischen Originalversion)*.

<sup>72</sup> <www4.ti.ch> Tematiche > Albo delle Imprese.

Tessiner Gesetzgebung, führt nicht automatisch zur Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung (vgl. Rz 15). Eine systematische Kontrolle der fachlichen Voraussetzungen ohne vorgängige Überprüfung der Gleichwertigkeit der kantonalen Vorschriften widerspricht deshalb dem BGBM, selbst wenn sie nur die mindestens dreijährige Berufserfahrung als Baustellenleiterin bzw. Leiter betrifft (Art. 5 Abs. 3 LEPICOSC). Selbst wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt wäre, d. h. wenn die generell-abstrakten Marktzugangsregeln und die darauf beruhende Praxis des Herkunftskantons einer ortsfremden Anbieterin keinen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen gewährleisten wie das LEPICOSC, so darf die zuständige Tessiner Behörde ihre eigenen Vorschriften nur unter Einhaltung der Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM anwenden. Die Tessiner Behörde muss also erstens beweisen, dass die im LEPICOSC in Bezug auf die fachlichen Voraussetzungen vorgesehenen Massnahmen den Schutz eines überwiegenden öffentlichen Interesses im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b BGBM bezwecken. Zweitens muss die Tessiner Behörde begründen, inwiefern diese Massnahmen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit erfüllen (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM), d. h. zum Schutz dieses Interesses geeignet, notwendig und unerlässlich sind. Mit Blick auf die Verhältnismässigkeit gilt es insbesondere die praktische Tätigkeit zu berücksichtigen, die die ausserkantonale Anbieterin am Herkunftsort ausgeübt hat, falls diese einen hinreichenden Schutz überwiegender öffentlicher Interessen gewährleisten kann (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM). Die Botschaft des Bundesrates über die Änderung des BGBM hält dazu fest, dass eine während drei aufeinander folgenden Jahren einwandfrei ausgeübte Berufstätigkeit als hinreichend betrachtet werden kann.<sup>73</sup>

108. Auch in Bezug auf die **persönlichen Voraussetzungen** und die entsprechenden Unterlagen (Strafregisterauszug, Handelsregisterauszug und Solvenzbescheinigungen) muss die Behörde des Kantons Tessin zuerst prüfen, ob diese Voraussetzungen von der Behörde des Herkunftskantons bereits kontrolliert wurden. Ist dies der Fall, so dürfen die Tessiner Behörden diese nicht rücküberprüfen. Ist die Ausübung der betreffenden Tätigkeit im Herkunftskanton ohne persönliche Voraussetzungen zulässig, muss die Behörde des Kantons Tessin prüfen, ob die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist. Doch selbst wenn diese widerlegt wäre (Art. 2 Abs. 5 BGBM), kann die Tessiner Behörde den freien Marktzugang nur dann mittels Auflagen oder Bedingungen beschränken, wenn die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind. Wie bereits weiter oben in Bezug auf die fachlichen Voraussetzungen dargelegt wurde (vgl. Rz 106), muss die Tessiner Behörde nachweisen, dass die im LEPICOSC vorgesehenen Massnahmen betreffend die persönlichen Voraussetzungen den Schutz eines überwiegenden öffentlichen Interesses bezwecken und verhältnismässig sind.

109. Die Tessiner Behörde hat keine formellen Verfügungen übermittelt, da die Eintragung in das Register für ausserkantonale Anbieterinnen ja nicht obligatorisch sei. Laut der Aufsichtskommission wurden lediglich ein paar Schreiben mit **negativem Vorbescheid** verfasst. Es handelt sich um ausserkantonale Anbieterinnen, deren Ge-

such um Eintragung in das kantonale Unternehmensregister durch einen negativen Vorbescheid abgelehnt wurde, weil die Voraussetzung der Berufspraxis im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 LEPICOSC nicht erfüllt war. Aufgrund dieser negativen Vorbescheide lässt sich sagen, dass die Tessiner Behörde die in der entsprechenden kantonalen Gesetzgebung vorgesehenen fachlichen und persönlichen Voraussetzungen prüft, ohne festzustellen, ob die Vermutung der Gleichwertigkeit der kantonalen Vorschriften widerlegt ist und die Bedingungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM erfüllt sind.

110. Nach Artikel 9 Absatz 1 BGBM sind Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen. Wo keine ergeht, kann die ausserkantonale Anbieterin eine Verfügung verlangen.<sup>74</sup> Zudem ist über Beschränkungen des Marktzugangs in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Die von der Aufsichtskommission erteilten negativen Vorbescheide erfüllen diese Bedingungen nicht. Einerseits werden sie nicht in Form von anfechtbaren Verfügungen im Sinne von Artikel 9 Absatz 1 BGBM erlassen, obwohl es sich in Wirklichkeit um Verfügungen bezüglich Beschränkungen handelt. Andererseits steht die Tatsache, dass die ausserkantonale Anbieterin den Erlass einer Verfügung beantragen muss, im Widerspruch zum einfachen und raschen Verfahren nach Artikel 3 Absatz 4 BGBM.

111. In Bezug auf die **Kosten** sehen die Tessiner Vorschriften die folgenden Gebühren vor (Art. 9 Abs. 1 RLEPICOSC):

- Eintragungsgebühr von 1000 Franken;
- Gebühr von 300 Franken für die technischen Überprüfungen der fachlichen Kenntnisse und Kompetenzen;
- Gebühr von 150 Franken jährlich für die Nachführung des Registers.

112. Der Grundsatz der Kostenlosigkeit des Verfahrens (Art. 3 Abs. 4 BGBM) beschränkt sich nicht auf die Fälle, in denen Beschränkungen auferlegt wurden, sondern muss auf das gesamte Marktzugangsverfahren angewandt werden (vgl. Rz 11). Deshalb gilt es zu vermeiden, dass für Verfügungen zur Annahme oder Ablehnung von Marktzugangsgesuchen die Bezahlung einer Gebühr verlangt wird.

### 3 Bundesrechtlich geregelte Erwerbstätigkeiten (Vollzugsföderalismus)

113. Kapitel 3 untersucht die Praxis des Kantons Tessin bei der Zulassung von ausserkantonalen Personen zu bundesrechtlich geregelten Erwerbstätigkeiten. Zu diesem Zweck werden unter Kapitel 3.1 die binnenmarktrechtlichen Grundsätze erläutert und in der Folge unter Kapitel 3.2 auf die Zulassungspraxis des Kantons Tessin im Bereich der universitären Medizinalberufe und der Psychologieberufe angewandt.

<sup>73</sup> BBl 2005 465 (Fn 12), hier 486.

<sup>74</sup> BBl 1995 I 1213 (Fn 6), hier 1273.

### 3.1 Binnenmarktrechtliche Rahmenbedingungen

#### 3.1.1 Grundsatz des freien Marktzugangs

114. In verschiedenen Bereichen ist der Marktzugang materiell durch Bundesrecht harmonisiert (**harmonisierter Bereich**) und wird von den Kantonen vollzogen (sog. Vollzugsföderalismus). In der alltäglichen Verwaltungspraxis der Kantone lassen sich gewisse kantonale Unterschiede im Vollzug nicht vermeiden, was aus binnenmarktrechtlicher Perspektive dann problematisch sein kann, wenn sich diese kantonalen Divergenzen als Marktzugangsschranken auswirken. Dieses „atypische“ Binnenmarktproblem<sup>75</sup> bildet die ratio legis der anlässlich der Revision des BGBM von 2005 auf Vorschlag des Parlaments hin eingeführten Bestimmung in Artikel 2 Absatz 6 BGBM. Diese Regelung soll sicherstellen, dass bundesgesetzkonforme Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen frei zirkulieren können.<sup>76</sup> Indem ein kantonalen Entscheid über die Zulassung schweizweit gilt, ist gewährleistet, dass im harmonisierten Bereich nicht durch kantonal unterschiedliche Auslegung und Anwendung von Bundesrecht neue Binnenmarktschranken aufgebaut werden.

115. Im Vergleich richtet sich der interkantonale Marktzugang im **nicht harmonisierten Bereich** wie gezeigt (vgl. Rz 9–12) nach dem Herkunftsprinzip (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM) und der Gleichwertigkeitsvermutung (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Die Gleichwertigkeitsvermutung besagt, dass die im Kompetenzbereich der Kantone erlassenen Marktzugangsordnungen als gleichwertig gelten. Diese Vermutung beruht auf der Überzeugung, dass sich das Schutzbedürfnis der Bevölkerung von Kanton zu Kanton nicht unterscheidet.<sup>77</sup> Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts hat die Gleichwertigkeitsvermutung zur Folge, dass die kantonale Zulassungsbehörde des Bestimmungsorts die fachlichen und persönlichen Zulassungsvoraussetzungen des Herkunftsorts nicht rücküberprüfen darf (vgl. Rz 7&15). Nun wäre es in sich widersprüchlich und mit Artikel 95 Absatz 2 BV nicht vereinbar, wenn die Kantone beim Vollzug der bundesrechtlich **harmonisierten** Vorschriften durch unterschiedliche Auslegung oder Anwendung unterschiedlicher Massstäbe neue Binnenmarktschranken aufbauen könnten.

116. Aus diesem Grund sieht das Binnenmarktgesetz in Ergänzung zum Herkunftsprinzip vor, dass ein kantonalen Entscheid, wonach eine Ware, Dienstleistung oder Arbeitsleistung die bundesrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, für die ganze Schweiz gilt. Wenn die Zulassungsbehörde des Bestimmungsorts gar im nicht harmonisierten Bereich die Rechtsanwendung durch die Behörde des Herkunftsorts nicht rücküberprüfen darf, dann muss dies umso mehr auch für den harmonisierten Bereich gelten. Der damalige Nationalrat DIDIER BURKHALTER führte in der damaligen parlamentarischen Diskussion dazu aus:<sup>78</sup>

*« Mais ce principe du « Cassis de Dijon » [...] risque de se casser les dents sur d'autres barrières intercantionales, parfois artificielles, c'est-à-dire sur les différences dans l'exécution pratique sur les terrains cantonaux des législations fédérales.*

*Prenons deux exemples très simples et concrets parmi d'autres, qui sont des cas réels et actuels.*

*1 Une boisson énergétique fait l'objet d'une réclamation en raison du fait que l'étiquette pourrait tromper le consommateur. Dans le canton de Lucerne, elle est autorisée, alors que dans le canton de Zurich, une enquête est ouverte après que le produit a été mis sur le marché.*

*2 Un produit alimentaire contenant des extraits de plantes et des vitamines est lancé sur le marché. Selon la pratique habituelle de l'Office fédéral de la santé publique, ce produit ne doit pas faire l'objet d'une autorisation, dans la mesure où la substance de base, pour simplifier, est déjà autorisée. Le canton de Schaffhouse a une interprétation identique à celle de l'office fédéral, mais celui de Zurich en a une diamétralement opposée.*

*On pourrait citer toute une série de cas du même type. Mais, résumé brièvement, le fait est qu'il n'y a pas d'application unifiée de la législation fédérale, en l'occurrence de la loi fédérale sur les denrées alimentaires, ce qui amène à des contradictions intercantionales, ce qui amène à des contradictions particulièrement difficiles à admettre à une époque où la mobilité fait qu'une grande partie de la population traverse chaque jour, et sans s'en apercevoir, des frontières cantonales.*

*Il s'agit donc de contribuer à mettre en place plus complètement le principe du « Cassis de Dijon » à l'intérieur de la Suisse elle-même. Ma proposition d'adjonction à la loi cherche à éviter – pas seulement dans le secteur des denrées alimentaires ou dans celui de la législation agricole, mais de manière générale – que l'offre de marchandises soit artificiellement restreinte en raison de contradictions ou de marges d'interprétation très différentes d'un canton à l'autre quant à l'exécution.*

*Monsieur le conseiller fédéral, vous allez dire et répéter, avec raison, que le principe de mise en circulation sur le territoire suisse existait déjà dans la loi actuelle, avant même cette révision; mais les parlementaires comme les faits sont têtus, et les faits, c'est que la loi actuelle est visiblement insuffisante. Il faut donc la renforcer de manière explicite avec le principe d'équivalence d'exécution des lois fédérales par les cantons.*

[...]

*J'ajoute que ce principe correspond également au contenu de l'article 95 alinéa 2 de la Constitution, selon lequel la Confédération « veille à créer un espace économique suisse unique. » »*

<sup>75</sup> ZWALD (Fn 1), N 51.

<sup>76</sup> DAVID HERREN, Das Cassis de Dijon-Prinzip, 2014, S. 220; YVONNE SCHLEISS, Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten, 2014, S. 319; Sekretariat WEKO, Die Grundzüge des BGBM und die wichtigsten Neuerungen im Überblick, RPW 2006/2 221 ff.

<sup>77</sup> Botschaft revBGBM (Fn 12), 474.

<sup>78</sup> AB 2005 N 883.

117. Die Regelung von Artikel 2 Absatz 6 BGBM ist im Parlament insbesondere im Zusammenhang mit der Zulassungspraxis im Lebensmittelbereich diskutiert worden, sollte aber klarerweise nicht auf einen bestimmten Marktbereich beschränkt bleiben, sondern allgemein, d. h. auch im Bereich der Dienstleistungen, Anwendung finden.

118. In der Praxis entfaltet Artikel 2 Absatz 6 BGBM seine Wirkung beispielsweise für die Zulassung zur Entsorgung von Sonderabfällen, die durch die Verordnung über den Verkehr mit Abfällen vom 22. Juni 2005 (SR 814.610) bundesrechtlich geregelt ist. Die kantonale Behörde erteilt die Bewilligung für die Entgegennahme von Sonderabfällen, wenn aus dem Gesuch hervorgeht, dass das Entsorgungsunternehmen in der Lage ist, die Abfälle umweltverträglich zu entsorgen (Art. 10 Abs. 1 VeVA). Artikel 8 VeVA statuiert, dass solche Unternehmen für jede Betriebsstätte eine Bewilligung der kantonalen Behörde benötigen. Gemäss Kantonsgericht Basel-Landschaft stützt sich die im Kanton Aargau ausgestellte Bewilligung zum Betrieb einer mobilen Aufbereitungsanlage ausschliesslich auf Bundesrecht, sodass sie gemäss Artikel 2 Absatz 6 BGBM für die ganze Schweiz gilt. Erfolgt die Annahme der Sonderabfälle in einem anderen Kanton, so muss keine zusätzliche Entsorgungsbewilligung eingeholt werden.<sup>79</sup>

### 3.1.2 Anforderungen an das Marktzugangsverfahren

119. In diesem Zusammenhang stellt sich vorab die Frage, ob die Nichtanerkennung eines kantonalen Entscheids im Sinne von Artikel 2 Absatz 6 BGBM überhaupt nach Artikel 3 BGBM gerechtfertigt werden kann.

120. Nach ständiger Praxis und einhelliger Lehre können Beschränkungen des Herkunftsprinzips (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM) im **nicht harmonisierten** Bereich unter den Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM gerechtfertigt werden. Wie bereits vorne in Randziffer 116 ausgeführt, besagt die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM, dass die kantonale Zulassungsbehörde des Bestimmungsorts die fachlichen und persönlichen Zulassungsvoraussetzungen des Herkunftsorts nicht rücküberprüfen darf. Eine Rücküberprüfung ist gemäss Bundesgericht nur zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ortsfremde Anbieterin die Voraussetzungen des Herkunftsorts entweder bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung nicht erfüllt hatte oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt.<sup>80</sup>

121. Aus den Protokollen zur parlamentarischen Beratung über die Revision des BGBM von 2005 geht hervor, dass die Idee des heutigen Artikel 2 Absatz 6 BGBM auf der Grundlage der Gleichwertigkeitsvermutung von Artikel 2 Absatz 5 BGBM entstanden ist. Auf Antrag des damaligen Nationalrats Burkhalter hat der Nationalrat die Gleichwertigkeitsvermutung von Artikel 2 Absatz 5 BGBM auf den kantonalen Vollzug von Bundesrecht ausgedehnt (Vollzugsföderalismus) und folgende Formulierung vorgeschlagen:

*«L'application des principes indiqués ci-dessus pré-suppose l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché, ainsi que l'équivalence de l'exécution de lois fédérales par les cantons».*<sup>81</sup>

122. Der Ständerat hat diesen Vorschlag des Nationalrats aufgenommen und entsprechend der heutigen Fassung von Artikel 2 Absatz 6 BGBM neu formuliert. Der Ständerat Eugen David führte dazu aus:

*„Wir nehmen hier die Idee auf, die schon im Nationalrat eine Mehrheit gefunden hat. Wir haben sie nur anders formuliert, und zwar in dem Sinne, dass wir am Bewilligungs- oder Genehmigungs- oder Feststellungsentscheid der ersten kantonalen Behörde anknüpfen und festhalten, dass dieser für die ganze Schweiz gilt“.*<sup>82</sup>

123. Der Nationalrat hat in der Folge der Formulierung des Ständerats zugestimmt.<sup>83</sup>

124. Ein kantonalen Entscheid über die Bundesrechtskonformität einer Ware, Dienstleistung oder Arbeitsleistung soll somit für die ganze Schweiz gelten. In aller Regel besteht für die Kantone deshalb kein Spielraum, die Anwendung von Bundesrecht durch die Behörde eines anderen Kantons zu hinterfragen und den Marktzugang zu beschränken. Genau das soll mit Artikel 2 Absatz 6 BGBM ja verhindert werden. Gleiches gilt mit Bezug auf Produkte und Dienstleistungen, die ohne vorgängige behördliche Kontrolle auf den Markt gebracht werden dürfen, aber einer nachträglichen Marktaufsicht unterstehen. Stellt eine kantonale Behörde anlässlich einer Stichprobenkontrolle fest, dass das Produkt nicht im Einklang mit den bundesrechtlichen Vorgaben steht, so gilt auch dieser kantonale Negativentscheid nach Artikel 2 Absatz 6 BGBM für die ganze Schweiz. Der Ständerat Eugen David führte dazu aus:

*„Wenn ein Kantonschemiker feststellt, dass ein Produkt [sic. ohne vorgängige behördliche Kontrolle] auf den Markt gebracht wird, das dem Lebensmittelrecht widerspricht, ist es seine Pflicht und sein Recht und seine Verantwortung, dieses Produkt nach dem Lebensmittelrecht zu verbieten. Dann gilt aber dieser Entscheid für die ganze Schweiz [...] Der Betroffene, der mit diesem Entscheid konfrontiert ist, muss sich an die Rekursbehörde wenden [...] Dann entscheidet – wiederum für die ganze Schweiz – die Rekurskommission, ob das jetzt so oder anders ist. Das ist der Grundgedanke dieser Regelung; sie gilt also auch für die Verweigerungsentscheide“.*<sup>84</sup>

125. Grundsätzlich gilt somit ein kantonalen Entscheid nach Artikel 2 Absatz 6 BGBM für alle übrigen Kantone verbindlich. Eine Rücküberprüfung der Bundesrechtskonformität wäre in Analogie zur Praxis betreffend Artikel 2 Absatz 5 BGBM höchstens dann angebracht, wenn eine

<sup>79</sup> KGer BL, 810 12 244/198 vom 31. Oktober 2012, in: URP 2013, 164; BR 2013, 278.

<sup>80</sup> BGer 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 Erw. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); so auch BGE 135 II 12 Erw. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 Erw. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).

<sup>81</sup> AB 2005 S 883–887.

<sup>82</sup> AB 2005 S 763.

<sup>83</sup> AB 2005 N 1620.

<sup>84</sup> AB 2005 S 763 ff.

Anbieterin die bundesrechtlichen Voraussetzungen aufgrund von neuen, nach dem ersten kantonalen Entscheid eingetretenen Ereignissen nicht mehr erfüllt oder wenn die Behörde am Ort der Erstzulassung das Bundesrecht offensichtlich und krass falsch angewandt hat. Insofern die bundesrechtliche Vorschrift aber ein einheitliches Schutzniveau vorschreibt, bleibt für Marktzugangsbeschränkungen im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 BGBM kein Raum.

### 3.2 Universitäre Medizinalberufe und Psychologieberufe

126. Das Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (MedBG; SR 811.11) und das Bundesgesetz über die Psychologieberufe (PsyG; SR 935.81) regeln bundesrechtlich die Zulassungsvoraussetzungen für die diesen beiden Gesetzen unterstehenden Berufe. Es gilt zwischen den kantonalen Bewilligungsverfahren (Kap. 3.2.1) und den Meldeverfahren für den interkantonalen Dienstleistungsverkehr bis zu 90 Tagen pro Jahr (Kap. 3.2.2) zu unterscheiden. Dabei ist zu beachten, dass die binnenmarktrechtlichen Grundsätze subsidiär Anwendung finden.<sup>85</sup> Insbesondere hat eine Person, die bereits über eine kantonale Bewilligung verfügt und in einem anderen Kanton tätig werden will, nach dem Binnenmarktgesetz Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Bewilligungsverfahren (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

#### 3.2.1 Berufsausübungsbewilligung

127. Im Bereich der universitären Medizinalberufe sind die Zulassungsvoraussetzungen zur selbstständigen Berufsausübung in Artikel 36 MedBG bundesrechtlich geregelt. Unter anderem ist vorausgesetzt, dass die gesuchstellende Person vertrauenswürdig ist sowie physisch und psychisch Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung bietet (Art. 36 Abs. 1 Bst. b MedBG). Die Bewilligung wird durch die kantonale Behörde erteilt und ist nur im Ausstellungskanton gültig (Art. 34 MedBG).

128. Das Psychologieberufegesetz folgt derselben Struktur wie das MedBG. Die fachlichen und persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen sind in Artikel 24 PsyG geregelt. Die Bewilligung wird durch die kantonale Behörde ausgestellt und ist nur im jeweiligen Kantonsgebiet gültig (Art. 22 Abs. 1 PsyG). Im Unterschied zum MedBG enthält das PsyG in Artikel 24 Absatz 2 den Grundsatz, dass eine Person, die über eine Bewilligung nach dem PsyG verfügt, grundsätzlich die Voraussetzungen zur Bewilligungserteilung in den übrigen Kantonen erfüllt. Diese Bestimmung konkretisiert den generellen binnenmarktrechtlichen Grundsatz von Artikel 2 Absatz 6 BGBM, wonach ein kantonaler Entscheid, dass eine Person die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt, für die ganze Schweiz gilt.

129. Im Kanton Tessin ist das Departement für Gesundheit und Soziales (*Dipartimento della Sanità et della Socialità*, DSS) über das Gesundheitsamt, das zur Abteilung Öffentliche Gesundheit (*Divisione della Salute Pubblica*) gehört, für die Ausstellung der Bewilligungen zur Ausübung der im MedBG und im PsyG geregelten Berufe zuständig (vgl. Art. 55 Abs. 1 Tessiner Gesundheitsgesetz). Für Bewilligungsgesuche ausserkantonalen Anbieterinnen verlangt das Gesundheitsamt die folgenden Unterlagen:

- Kopie der Berufsausübungsbewilligung im Herkunftsort, aktueller Strafregisterauszug und Kopie der Haftpflichtversicherungspolice für ausserkantonale Anbieterinnen gemäss Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 3 BGBM (Dienstleistungsfreiheit);
- Kopie der Bewilligung des Herkunftsorts, Kopie der Diplome, ausgefülltes Selbstzertifizierungs-Formular<sup>86</sup>, Bescheinigung über *Good Professional Standing* des Herkunftskantons, aktueller Strafregisterauszug sowie aktuelles ärztliches Tauglichkeitszeugnis für ausserkantonale Anbieterinnen nach Artikel 2 Absatz 4 BGBM (Niederlassungsfreiheit).

130. Das Gesundheitsamt bestätigt allerdings, dass die im Bundesgesetz vorgesehenen Bewilligungsvoraussetzungen nicht rücküberprüft werden.

131. Der Vollzugsföderalismus birgt das Risiko, dass auslegungsbedürftige Voraussetzungen wie etwa der Begriff der Vertrauenswürdigkeit in verschiedenen Kantonen unterschiedlich streng angewandt werden. Dieser Auslegungsspielraum darf nicht zum Aufbau von neuen Freizügigkeitshindernissen führen, zumal die Freizügigkeit im Bereich der nicht bundesrechtlich harmonisierten Gesundheitsberufe gestützt auf das binnenmarktrechtliche Herkunftsprinzip in Artikel 2 Absatz 1–5 BGBM gewährleistet ist (vgl. dazu Rz 7 ff.). Es wäre in sich widersprüchlich und mit Artikel 95 Absatz 2 BV nicht vereinbar, wenn die Freizügigkeit im nicht harmonisierten, kantonal geregelten Bereich besser funktionieren würde als im harmonisierten Bereich. Aus diesem Grund sieht Artikel 2 Absatz 6 BGBM vor, dass der Entscheid einer kantonalen Behörde, wonach eine gesuchstellende Person die Voraussetzungen von Artikel 36 MedBG erfüllt, auch für die anderen Kantone verbindlich wirkt. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass Artikel 2 Absatz 6 BGBM neben den kantonalen Entscheiden über die Bundesrechtskonformität der fachlichen Eignung auch den Entscheid über die Bundesrechtskonformität der persönlichen Eignung umfasst.

132. Daraus lässt sich ableiten, dass das aus der Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM entwickelte Rücküberprüfungsverbot des Bundesgerichts umso mehr auch für Artikel 2 Absatz 6 BGBM gelten muss (vgl. oben Rz 116). Eine Rücküberprüfung der Bewilligungsvoraussetzungen durch den Kanton Tessin ist nur möglich, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung gar nicht erfüllt hat oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt.<sup>87</sup> Beispielsweise könnten aufgrund einer zwischenzeitlichen schweren Erkrankung der gesuchstellenden

<sup>85</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 173, hier 228; Botschaft zum Psychologieberufegesetz vom 30. September 2009, BBl 2009 6897, hier 6939; Diebold, Freizügigkeit (Fn 1), N 1082–1092.

<sup>86</sup> <www4.ti.ch/dss/dsp/us> Sportello > Autorizzazioni di libero esercizio.

<sup>87</sup> BGer 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 Erw. 4.1; BGE 135 II 12 Erw. 2.4; BGer 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 Erw. 6.3.

Person die Voraussetzungen für eine einwandfreie Berufsausübung nicht mehr gegeben sein. Sind die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen nicht (mehr) erfüllt, muss die Bewilligungserteilung im Kanton Tessin verweigert und gleichzeitig auch die Erstbewilligung entzogen werden (Art. 38 MedBG; Art. 26 PsyG). Zu diesem Zweck gewähren die zuständigen kantonalen Behörden Amtshilfe und orientieren sich gegenseitig über Disziplinarfälle (Art. 42 und 44 MedBG; Art. 29 und 31 PsyG).

133. Da der Entscheid einer kantonalen Behörde über die Bundesrechtskonformität für alle anderen Kantone verbindlich ist und die Rücküberprüfung der bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen grundsätzlich nicht erlaubt ist, fragt sich, ob die Behörde des Kantons Tessin Unterlagen wie eine Kopie der Diplome, eine Bescheinigung über *Good Professional Standing* oder einen Strafregisterauszug verlangen darf (vgl. Rz 19 ff.). Hinzu kommt, dass in den Artikeln 42 und 44 MedBG und den Artikeln 29 und 31 PsyG je eine Amtshilfebestimmung enthalten ist und die kantonalen Behörden gegenseitig Informationen über die Gültigkeit der Bewilligung sowie allfällige Berufspflichtverletzungen austauschen können. Sodann haben die kantonalen Behörden im MedReg Zugang zu den folgenden Informationen<sup>88</sup>:

- Medizinalpersonen mit einem eidgenössischen oder einem anerkannten ausländischen Diplom
- Informationen zu Weiterbildungen/Spezialisierungen
- Berufsausübungsbewilligungen (nur für selbstständige Berufstätigkeit benötigt)
- Praxisadressen
- Ausländische Medizinalpersonen, die während max. 90 Tagen pro Kalenderjahr in der Schweiz ihren Beruf selbstständig ausüben dürfen
- *Global Location Number* (GLN): Identifikationsnummer der registrierten Medizinalpersonen

134. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass ein ausgefülltes Gesuchsformular sowie eine Kopie der im Herkunftskanton ausgestellten Erstbewilligung für die Zulassung nach Artikel 2 Absatz 6 BGBM grundsätzlich ausreichen muss. Die über die Amtshilfebestimmung und das MedReg zugänglichen Informationen reichen aus, um die Richtigkeit der Angaben der gesuchstellenden Person zu überprüfen. Ist in einem anderen Kanton ein Disziplinarverfahren pendent, so kann der Kanton Tessin grundsätzlich in analoger Anwendung von Artikel 43 Absatz 4 MedBG und Artikel 30 Absatz 4 PsyG die Bewilligungserteilung bis zum Abschluss des Verfahrens aufschieben. Falls sich aufgrund der Angaben auf dem Gesuchsformular Anhaltspunkte ergeben, dass eine Bewilligungsvoraussetzung zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt sein könnte, kann der Kanton Tessin zur Klärung dieses Punktes von der gesuchstellenden Person weitere Informationen und Dokumente einverlangen.

135. Sobald das Psychologieberuferegister (PsyReg) eingeführt ist, gelten diese Grundsätze ohne Weiteres auch für Personen, die in einem anderen Kanton über eine Bewilligung nach PsyG verfügen.

136. Ferner könnte der Kanton Tessin eine Bewilligung zur Sicherung einer Versorgung von hoher Qualität in fachlicher, zeitlicher oder räumlicher Hinsicht einschränken (Art. 37 MedBG; Art. 25 PsyG). Insofern eine gesuchstellende Person bereits über eine MedBG- oder PsyG-Bewilligung in einem anderen Kanton verfügt, unterstehen solche Auflagen den Marktzugangsgrundsätzen des BGBM. Wird einer ausserkantonalen gesuchstellenden Person eine Bewilligung im Kanton Tessin nur eingeschränkt oder mit Auflage erteilt, so ist dies gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b BGBM mit einem überwiegenenden öffentlichen Interesse zu begründen. Als solches kommt gemäss Artikel 37 MedBG und Artikel 25 PsyG einzig die Sicherung einer zuverlässigen Gesundheitsversorgung von hoher Qualität in Frage. Ausserdem muss eine kantonale Einschränkung oder Auflage gemäss Artikel 3 Absatz 1 BGBM gleichermassen für ortsansässige Personen gelten (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM) und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM).<sup>89</sup>

137. Schliesslich stellt die WEKO fest, dass das Gesundheitsamt für die Zulassungsverfahren für ausserkantonale Anbieterinnen, die in einem anderen Kanton in den Geltungsbereich des MedBG und des PsyG fallen, keine Gebühren erhebt und dass der Grundsatz der Kostenlosigkeit des Verfahrens nach Artikel 3 Absatz 4 BGBM somit eingehalten wird.

### 3.2.2 90-Tage-Meldung

138. Sowohl das MedBG als auch das PsyG sehen vor, dass die in einem anderen Kanton zugelassenen Personen während 90 Tagen pro Jahr ohne eine Tessiner Bewilligung im Kanton Tessin tätig sein dürfen. Es besteht für diese Fälle einzig eine jährliche Meldepflicht (Art. 35 Abs. 2 MedBG; Art. 23 Abs. 1 PsyG). Mit dieser Regelung soll eine Inländerdiskriminierung gegenüber Personen aus den Mitgliedstaaten der EU und der EFTA verhindert werden, da diese gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen und das EFTA-Abkommen ebenfalls das Recht haben, während 90 Tagen pro Jahr in der Schweiz tätig zu sein.

139. Bei der Einführung dieser Regelung für das interkantonale Verhältnis wurde allerdings übersehen, dass die Inhaberinnen und Inhaber einer MedBG- oder PsyG-Bewilligung eines anderen Kantons ohnehin gestützt auf Artikel 2 Absatz 6 und Artikel 3 Absatz 4 BGBM den Anspruch haben, in jedem anderen Kanton in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren eine unbefristete MedBG- oder PsyG-Bewilligung zu erlangen. Dieses BGBM-konforme Bewilligungsverfahren ist weniger aufwändig als das jährlich zu wiederholende Meldeverfahren für die 90-Tage-Tätigkeit, sodass letzteres hinfällig wird.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> <www.bag.admin.ch> Themen > Berufe im Gesundheitswesen > Medizinalberufe > Medizinalberuferegister MedReg.

<sup>89</sup> BBl 2005 173 (Rz 95); BBl 2009 6897 (Rz 95); DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1091.

<sup>90</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1362.

Das Gesundheitsamt muss die ortsfremden gesuchstellenden Personen, die sich im Kanton Tessin für die Ausübung einer Tätigkeit von höchstens 90 Tagen gemäss Artikel 35 Absatz 2 MedBG oder Artikel 23 Absatz 1 PsyG melden, darauf hinweisen, dass sie ohne Weiteres auch eine unbefristete Berufsausübungsbewilligung beantragen können.

140. Im Übrigen lassen sich die binnenmarktrechtlichen Grundsätze zum Bewilligungsverfahren (Rz 127–137) ohne Weiteres auch auf das Meldeverfahren übertragen. Folglich können neben dem Meldeformular und der gültigen MedBG- oder PsyG-Bewilligung eines anderen Kantons keine weiteren Unterlagen oder Dokumente einverlangt werden. Die Richtigkeit der Angaben ist über die Amtshilfebestimmung und das MedReg zu überprüfen. Das Meldeverfahren muss zudem kostenlos sein.

#### 4 Empfehlungen

141. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

##### A. Empfehlungen zur Praxis des Kantons Tessin bei der Zulassung von ausserkantonalen Personen zu kantonal geregelten Erwerbstätigkeiten (kantonal geregelte Gesundheitsberufe, Tätigkeiten im Hotel- und Gastgewerbe, private Ermittlungs- und Überwachungstätigkeiten, Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Aufnahme Minderjähriger, Ingenieur- und Architektenberufe, Treuhänderberufe, gewerbliche Tätigkeiten und Tätigkeiten im Bauwesen):

- A-1. Der Marktzugang ist in erster Linie nach der von der Behörde des Herkunftskantons ausgestellten Bewilligung sowie den **am Herkunftsort geltenden Vorschriften** zu beurteilen (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM). Die Anwendung des Tessiner Rechts setzt voraus, dass am Herkunftsort keine gleichwertigen Vorschriften bestehen (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und dass die Vorschriften des Tessiner Rechts explizit als Auflage verfügt und nach den Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM begründet werden.
- A-2. Die gesuchstellende Person muss die Möglichkeit haben, die Tessiner Behörden dazu **zu ermächtigen**, bei den zuständigen Behörden des Herkunftskantons Auskünfte einzuholen, anstatt ein Leumundszeugnis vorzulegen (z. B. Bescheinigung über *Good Professional Standing*).
- A-3. Ein Gesuch muss auch dann nach dem Herkunftsprinzip geprüft werden, wenn eine gesuchstellende Person die betreffende Tätigkeit rechtmässig im Herkunftskanton **bewilligungsfrei bzw. ohne Fähigkeitsausweis** ausübt. Das Gesuchsformular sollte entsprechend angepasst werden. Die Verweigerung der Bewilligung wegen mangelnder fachlicher Eignung (z. B. gar kein oder kein gleichwertiger Fähigkeitsausweis) muss unter den Voraussetzungen von Artikel 3 Absätze 1 und 2 BGBM begründet und der WEKO mitgeteilt werden.

A-4. Die **persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen** (insb. Strafregisterauszug) dürfen nur dann überprüft werden, wenn diese nicht bereits durch die Behörde des Herkunftskantons geprüft wurden. Die Verweigerung der Bewilligung wegen mangelnder persönlicher Eignung (z. B. rechtskräftige Verurteilung) muss unter den Voraussetzungen von Artikel 3 Absätze 1 und 2 BGBM begründet und der WEKO mitgeteilt werden.

A-5. Die vom BGBM abweichenden kantonalen Bestimmungen müssen aufgehoben werden. Dies gilt insbesondere für die Bestimmungen betreffend:

- **die Niederlassung oder den Sitz** im Kanton Tessin (Art. 5 Bst. b LEPIA);
- **die Eintragung in ein Berufsverzeichnis oder kantonales Register** (Art. 3 Abs. 4 LEPIA; Art. 3 LIA; Art. 3 LEPICOSC);
- **die Bezahlung einer Gebühr** für die Eintragung in ein Berufsregister sowie für dessen Änderung und Nachführung (Art. 11 LIA; Art. 14 LEPICOSC).

A-6. Für das Verfahren zur Bewilligung von ausserkantonalen Gesuchstellerinnen sind **keinerlei Gebühren** zu erheben (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

A-7. Die Verfügungen sollten explizit auf Artikel 2 Absatz 3 BGBM (Dienstleistungsverkehr) bzw. Artikel 2 Absatz 4 BGBM (Niederlassung) **abgestützt** werden.

##### B. Empfehlungen zur Praxis des Kantons Tessin bei der Zulassung von Personen mit einer MedBG oder PsyG-Bewilligung, die von der zuständigen Behörden eines anderen Kantons ausgestellt wurden:

B-1. Der Marktzugang ist in erster Linie nach der von der Behörde des Herkunftskantons ausgestellten MedBG- oder PsyG-Bewilligung zu beurteilen.

B-2. Die Richtigkeit der im Gesuchsformular enthaltenen Angaben ist gestützt auf die Informationen im MedReg und im PsyReg sowie über die Amtshilfe bei den Behörden des Herkunftskantons zu überprüfen; es darf keine Bescheinigung über *Good Professional Standing* verlangt werden.

B-3. Auf das Einreichen von Strafregisterauszügen und Versicherungsnachweisen ist zu verzichten, da diese Nachweise bereits gegenüber den Behörden des Herkunftskantons erbracht wurden.

B-4. Ausserkantonale Personen, die eine 90-Tage-Tätigkeit nach Artikel 35 Absatz 2 MedBG oder Artikel 23 Absatz 1 PsyG im Kanton Tessin melden, sollten darauf hingewiesen werden, dass sie ohne Weiteres auch eine unbefristete Berufsausübungsbewilligung beantragen können.