

B 2.8	6. Empfehlung vom 19. Dezember 2016 betreffend die Verwaltungspraxis des Kantons Waadt bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen zuhänden Regierungsrat des Kantons Waadt
-------	--

Publikation einer Empfehlung der Wettbewerbskommission in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 1 BGBM)

Empfehlung

vom 19. Dezember 2016

in Sachen Binnenmarktrechtliche Untersuchung 614-0005 gemäss Artikel 8 Absatz 3 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995

betreffend die

Verwaltungspraxis des Kantons Waadt bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen

zuhänden Regierungsrat des Kantons Waadt

1 Verfahren

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 Vollzugsauftrag 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 wird geprüft, ob die kantonale Verwaltungspraxis bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen den Anforderungen des Binnenmarktgesetzes entspricht.

3. Im Rahmen der drei Untersuchungen hat die WEKO geprüft, ob die kantonale Verwaltungspraxis bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen den Anforderungen des Binnenmarktgesetzes entspricht. Die

Untersuchung betraf insbesondere den Zugang zu den Bereichen der universitären und nicht universitären Gesundheitsberufe (Medizinalberufegesetz MedBG; SR 811.11), der Psychologieberufe (Psychologieberufegesetz PsyG; SR 935.81), der Sicherheitsberufe, der Berufe im Gastgewerbe, der Berufe in der Kinderbetreuung, der Berufe im Schneesportunterricht für Minderjährige und der Berufe im Occasionshandel.

4. Die WEKO hat die eingegangenen Antworten und Verfügungen im Lichte des Binnenmarktgesetzes geprüft und festgestellt, dass die Anforderungen des Binnenmarktgesetzes weitgehend eingehalten werden. Insbesondere im Bereich der Gesundheitsberufe beurteilen die zuständigen Behörden des Kantons Waadt die Zulassungsgesuche von Personen, die bereits in einem anderen Kanton rechtmässig tätig sind, in Anwendung des Binnenmarktgesetzes. Einzig mit Bezug auf die einverlangten Gesuchsunterlagen besteht in binnenmarktrechtlicher Hinsicht noch Verbesserungspotenzial. Hingegen wurde das Binnenmarktgesetz im Bereich des Gastgewerbes und der Kinderbetreuung bis anhin offenbar nicht berücksichtigt. Insofern einzelne kantonale Vorschriften, Praxen oder Verfügungen nach Auffassung der WEKO nicht im Einklang mit dem Binnenmarktgesetz stehen, wird dies dem Regierungsrat des Kantons Waadt 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 Berufe

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

- kantonal geregelte Gesundheitsberufe (Punkt 2.2.1);
- Hotel- und Gastgewerbe (Punkt 2.2.2);
- Schneesportunterricht für Minderjährige (Punkt 2.2.3);
- Occasionshandel (Punkt 2.2.4);
- Kinderbetreuung (Punkt 2.2.5); und
- private Sicherheitsdienste (Punkt 2.2.6).

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.¹ In Konkretisierung des Anspruchs auf freien Marktzugang im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 BGBM statuieren die Absätze 3 und 4 das **Herkunftsprinzip**. Das Herkunftsprinzip gilt sowohl für die vorübergehende Wirtschaftstätigkeit über Binnengrenzen hinaus als auch für die Begründung einer gewerblichen (Zweit-)Niederlassung:²

- **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 Erstiniederlassung auszuüben. Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit am Ort der Erstiniederlassung 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 Waadt (Bestimmungsort)³ 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 Waadt (Widerlegung der **Gleichwertigkeitsvermutung** gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM). Bei gleichwertigen Vorschriften ist der Marktzugang ohne Weiteres und ohne Auflagen zu gewähren.⁴ Im Falle von ungleichwertigen Marktzugangsregeln muss die Behörde des Kantons Waadt darlegen, inwiefern die Marktzugangsbeschränkung die **Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM** erfüllt, d. h. zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM).⁵ 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. Gemäss der WEKO gilt diese Bestimmung analog auch für kommunale Fähigkeitsausweise, zumal die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM sowohl die kantonalen als auch die kommunalen Marktzugangsordnungen erfasst. Die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen soll gewährleisten, dass bei bewilligungspflichtigen Erwerbstätigkeiten der Binnenmarkt Schweiz nicht durch unterschiedliche kantonale oder kommunale Bewilligungsvoraussetzungen vereitelt wird.⁶

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.⁷

¹ 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.

² 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.

³ Als «Bestimmungsort» wird im Binnenmarktrecht der Ort bezeichnet, an dem ortsfremde Anbieterinnen ihre Leistung erbringen.

⁴ 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 f.

⁵ 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 ff., 378.

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

⁷ DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 203 ff.

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.⁸ Der Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses 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 Ausnahmefälle berechtigt sein. Dies ist etwa der Fall, wenn die gesuchstellende Person rechtsmissbräuchlich handelt oder wegen mangelhafter Mitwirkung unnötig Kosten verursacht.⁹

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 fest, dass die Artikel 2 und 4 BGBM 95 die Kantone in der formellen Ausgestaltung des Marktzugangsverfahrens nicht einschränkt.¹⁰ Diese Praxis ist spätestens seit in Kraft treten des revidierten Binnenmarktgesetzes von 2005 zu relativieren.¹¹ 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.“¹² Damit aber die Behörden des Kantons Waadt 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 Waadt 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.¹³ 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 Absatz 1 BGBM zu qualifizieren, das insgesamt zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen erforderlich und verhältnismässig sein muss.¹⁴ 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).¹⁵ 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 Waadt ist gestützt auf Artikel 2 Absätze 3 und 4 BGBM verpflichtet, die Zulassung ortsfremder Anbieterinnen in Anwendung der am Herkunftsort geltenden Vorschriften zu beurteilen.
- Die Zulassungsbehörde des Kantons Waadt kann die im Kanton Waadt 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 Waadtländer Vorschriften in Form von Auflagen oder Bedingungen als anwendbar erklärt werden.

⁸ 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. BGER Urteil 2C_204/2010 vom 24. November 2011 Erw. 8.3 i. V. m. Erw. 7.1; ZWALD (Fn 1), N 76 ff.

⁹ BGE 123 I 313 Erw. 5.

¹⁰ 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 E. 3 (Anwalt Appenzell I.Rh.); DREYER DOMINIK/DUBEY BERNARD, *Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, Cheval de Troie de droit européen*, 2003, S. 110 f.

¹¹ DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1357.

¹² Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBI 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».

¹³ Botschaft revBGBM (Fn. 12), 485.

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

¹⁵ DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1359.

- Allein die Tatsache, dass im Kanton Waadt andere oder allenfalls strengere Bewilligungsvoraussetzungen gelten, führt nicht automatisch zur Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung.¹⁶ Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall nicht widerlegt, ist der ortsfremden Anbieterin ohne Weiteres Marktzugang zu gewähren.¹⁷
- Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall widerlegt, so obliegt es den Behörden des Kantons Waadt 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.
- Den Behörden des Kantons Waadt ist es nicht ohne Weiteres gestattet, standardmässig die Einreichung von Nachweisen hinsichtlich der persönlichen Eigenschaften zu verlangen, wie etwa Leumundszeugnis, Straf- oder Betreibungsregisterauszug usw.¹⁸ Die Bewilligungsvoraussetzungen des Kantons Waadt finden vorbehaltlich von Artikel 3 Absatz 1 BGBM keine Anwendung, so dass 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.¹⁹ Dies gilt sowohl hinsichtlich der fachlichen als auch der persönlichen Befähigung. 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.²⁰

2.2 Auswertung und Empfehlung zu den untersuchten Sektoren

2.2.1 Kantonal geregelte Gesundheitsberufe

16. Für die Ausstellung der Berufsausübungsbewilligung im Bereich der kantonal geregelten Gesundheits- und Veterinärberufe²¹ sind im Kanton Waadt zwei verschiedene Behörden zuständig: das Kantonsarztamt (*Office du Médecin cantonal*, OMC, dem der Kantonsapotheker unterstellt ist) und das Amt für Verbraucherschutz und Veterinärwesen (*Service de la consommation et des affaires vétérinaires*, SCAV). Aus den Antworten im Fragebogen ergibt sich, dass das Gesuchsverfahren um Marktzugang für die verschiedenen Berufe weitgehend standardisiert ist, sodass sie alle als identisch betrachtet werden können. In jedem Fall werden die folgenden Unterlagen verlangt:

- Ausgefülltes Gesuchsformular (Standardformular);
- Kopie der Berufsausübungsbewilligung eines anderen Kantons;
- aktuelle Bescheinigung zur beruflichen Situation („*certificat de situation professionnelle*“, auch als

„Unbedenklichkeitserklärung“ oder „*Letter of Good Standing*“ bezeichnet) im Original, ausgestellt von der zuständigen Behörde des anderen Kantons;²²

- Kopie des Diploms;
- Bescheinigung oder Kopie der Berufshaftpflichtversicherung;
- aktualisierter Lebenslauf;²³
- Kopie eines Identitätsausweises.²⁴

17. Laut Angaben des OMC werden nur vollständige Dossiers bearbeitet. Die Bewilligung werde im Einklang mit dem BGBM ohne weitere Formalitäten oder Gebühren ausgestellt; die Unbedenklichkeitserklärung werde gestützt auf das BGBM verlangt. Je nach Herkunft der gesuchstellenden Person ist das Verfahren gemäss dem OMC jedoch unterschiedlich, weshalb die Bearbeitung der Dossiers unter Umständen nicht kohärent erfolgt. Im Zweifelsfall ersucht das OMC die Schwesterbehörde am Herkunftsort um Auskunft.

18. Angesichts der oben dargelegten binnenmarktrechtlichen Grundsätze werden die Marktzugangsverfahren für ausserkantonale Anbieterinnen wie folgt bewertet:

19. Ausserkantonale Anbieterinnen haben nur dann das Recht auf Marktzugang gestützt auf das Herkunftsprinzip (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM), wenn sie ihre Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausüben. Folglich ist es grundsätzlich zulässig, dass die Behörden des Kantons Waadt eine Kopie der am Herkunftsort ausgestellten **Berufsausübungsbewilligung** verlangen, um sich der Rechtmäs-

¹⁶ Zur Gerichtspraxis betreffend die Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung siehe DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1311 ff.

¹⁷ BGE 135 II 12 Erw. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II).

¹⁸ BGE 123 I 313 E. 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 E. 2d (Anwalt Waadt).

¹⁹ BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGER, 2C_57/2010 vom 4. Dezember 2010 E. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); BGER, 2C_68/2009 vom 14. Juli 2009 E. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).

²⁰ BGER, 2C_57/2010 vom 4. Dezember 2010 E. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); so auch BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGER, 2C_68/2009 vom 14. Juli 2009 E. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).

²¹ Für den medizinischen Bereich handelt es sich um die folgenden Berufe: Rettungssanitäter/in, Ernährungsberater/in, Drogist/in, Ergotherapeut/in, Dentalhygieniker/in, Pflegefachmann/-frau, Logopäde/pädin, Optiker/in oder Optometrist/in, Osteopath/in, Physiotherapeut/in, Podologe/in, Hebamme/Entbindungspfleger und Psychomotoriktherapeut/in. Für nicht-therapeutisch tätige Psychologen bzw. Psychologinnen gilt im Kanton Waadt keine Bewilligungspflicht.

Für den Bereich der Veterinärberufe handelt es sich um die folgenden Tätigkeiten: Verantwortliche/r einer privaten Tierapotheke für den Detailhandel (hauptsächlich aus Tierarzneimitteln bestehendes Medikamentensortiment), für die Abgabe von Tierarzneimitteln verantwortliche Person in einem Zoo- oder Imkerfachgeschäft.

²² Erhältlich auf: http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/sante/Professionnels/Service_en_ligne/Formulaire_demande_autorisation_pratiquer.pdf.

²³ Dieses Dokument wird im Formular des Gesuchs um Berufsausübungsbewilligung für ausserkantonale Anbieterinnen nicht verlangt (vgl. Fn auf Seite 3 des Dokuments, unter «*procédure simplifiée*»).

²⁴ Dieses Dokument wird gemäss den Antworten im Fragebogen zwar verlangt, ist aber in der Liste der einzureichenden Dokumente auf der Website des Gesundheitsamts des Kantons Waadt nicht aufgeführt.

sigkeit der am Herkunftsort ausgeübten Tätigkeit zu verwissem. Allerdings gilt dies nur dann, wenn die betreffende Tätigkeit auch am Herkunftsort einer gesetzlichen Bewilligungspflicht unterliegt. Das Recht auf Marktzugang gemäss Artikel 2 Absätze 1–4 BGBM besteht jedoch selbst dann, wenn die Tätigkeit am Herkunftsort keiner Bewilligungspflicht unterliegt.²⁵ In diesem Fall ergibt sich die Rechtmässigkeit direkt aus dem am Herkunftsort geltenden Rechtsrahmen und es kann keine Kopie der Bewilligung verlangt werden. Die vom Kanton Waadt vorgesehene Bewilligungspflicht lässt jedoch den Schluss zu dass die Marktzugangsordnungen nicht gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Folglich darf der Kanton Waadt im Einklang mit den Bestimmungen von Artikel 3 BGBM den Marktzugang mittels Auflagen und Bedingungen beschränken (vgl. unten Rz 24). Ausserdem fragt sich, ob die Waadtländer Behörden angesichts des Erfordernisses des einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens (Art. 3 Abs. 4 BGBM) eine **Unbedenklichkeitserklärung** („*certificat de situation professionnelle*“) verlangen dürfen. Gestützt auf das Herkunftsprinzip darf diese nicht dazu dienen, die im Waadtländer Recht vorgesehenen persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen zu überprüfen. Mithilfe eines solchen Dokuments lässt sich indessen abklären, ob die gesuchstellende Person zum Zeitpunkt, an dem sie das Gesuch um Marktzugang stellt, die am Herkunftsort geltenden Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt, ob die Bewilligung noch gültig oder unter Umständen mit Bedingungen und/oder Auflagen verbunden ist und ob ein Disziplinarverfahren läuft.

20. Mit Blick auf das Binnenmarktrecht gilt es zu beachten, dass die ausserkantonale gesuchstellende Person grundsätzlich Anspruch auf ein kostenloses Marktzugangsverfahren hat (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Allerdings verlangen die Behörden des Herkunftskantons für die Ausstellung von Unbedenklichkeitserklärungen jeweils eine Gebühr, sodass der Grundsatz der Kostenlosigkeit des Verfahrens unterlaufen wird. Deshalb stellt sich die Frage, ob die Pflicht zur Einreichung einer solchen Erklärung gerechtfertigt ist.

21. Im Übrigen muss der Kanton Waadt die Bewilligung gestützt auf das BGBM selbst dann ausstellen, wenn im Herkunftskanton ein Disziplinarverfahren gegen die gesuchstellende Person hängig ist. Das Recht auf Marktzugang ist von der *rechtmässigen* Ausübung der Tätigkeit am Herkunftsort abhängig. Ein laufendes Disziplinarverfahren hat keine Auswirkung auf die am Herkunftsort ausgeübte Tätigkeit. Selbst disziplinarische Massnahmen, sofern diese nicht zum Entzug der Erstbewilligung führen, stellen somit keinen hinreichenden Grund zur Verweigerung einer Marktzugangsbewilligung im Kanton Waadt dar. Erst wenn die vom Herkunftsort ausgestellte Bewilligung rechtskräftig entzogen wurde und die Tätigkeit am Herkunftsort damit nicht mehr rechtmässig ausgeübt werden darf, kann auch der Kanton Waadt seine auf dem BGBM beruhende Bewilligung entziehen.

22. Es ist somit fraglich, ob eine Unbedenklichkeitserklärung wirklich unverzichtbar ist, um die Gültigkeit der Erstbewilligung zu überprüfen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine unbefristete Bewilligung immer noch gültig ist und allfällige geltenden Bedingungen und Auflagen darin erwähnt sind. Zwar ist es (theoretisch) möglich,

dass eine ausserkantonale Anbieterin missbräuchlich versucht, mithilfe einer widerrufenen Bewilligung eine Bewilligung im Kanton Waadt zu erhalten. Um solche Fälle auszuschliessen, haben die Waadtländer Behörden ein Interesse daran, sich vom Herkunftskanton bestätigen zu lassen, dass die unbefristete „Erstbewilligung“ nach wie vor gültig ist. Bei befristeten „Erstbewilligungen“ besteht dieses Risiko nicht, da die Inhaberin nach Ablauf der Bewilligungsdauer erneut überprüft wird und die neue Bewilligung im Kanton Waadt vorweisen muss.

23. Da das BGBM ein einfaches und kostenloses Marktzugangsverfahren verlangt, ist es vorzuziehen, dass die Behörden des Kantons Waadt mit der zuständigen Behörde am Herkunftsort direkt Kontakt aufnehmen und so die Gültigkeit der Erstbewilligung selbst direkt kontrollieren. Die ausserkantonale Anbieterin sollte aber zumindest die Wahl haben, ob sie entweder eine Unbedenklichkeitserklärung („*certificat de situation professionnelle*“) einreichen oder den Kanton Waadt ermächtigen will, bei den zuständigen Behörden des Herkunftskantons die erforderlichen Abklärungen zu treffen. Im zweiten Fall obliegt es den Behörden des Kantons Waadt, die Schwesterbehörde um eine entsprechende Unbedenklichkeitserklärung zu ersuchen, ohne die Gebühren indessen an die gesuchstellende Person weiterverrechnen zu können.

24. Die Behörden des Kantons Waadt verlangen unter anderem eine Kopie des erlangten **Diploms oder der Anerkennung** dieses Diploms. Hier gilt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Zulassungsvoraussetzungen von der Behörde am Bestimmungsort nicht rücküberprüft werden dürfen (vgl. oben Fn 15). Wenn also die Behörde des Herkunftsorts die fachliche Befähigung bereits kontrolliert hat, dürfen die Behörden des Kantons Waadt diese nicht rücküberprüfen und es gilt die Gleichwertigkeitsvermutung nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM. Falls die entsprechende Tätigkeit am Herkunftsort ohne fachliche Voraussetzungen ausgeübt werden kann²⁶, darf der Kanton Waadt die fachliche Befähigung der gesuchstellenden Person überprüfen, wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist und die Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM erfüllt sind; in diesem Fall müssen die Waadtländer Behörden jedoch die praktische Tätigkeit nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM berücksichtigen. Das bedeutet kurz gesagt, dass das Einverlangen einer Kopie des Diploms nur in Einzelfällen gerechtfertigt ist bzw. dass die Behörden des Kantons Waadt auf das Gesuch um Marktzugang auch dann eintreten müssen, wenn zusammen mit diesem nur die Erstbewilligung eingereicht wird. Im Gesuchsformular und auf der Website des Gesundheitsamtes des Kantons Waadt wird explizit die Kopie eines Diploms bzw. der Anerkennung verlangt: Dies kann ausserkantonale Anbieterinnen ohne entsprechende Dokumente davon abhalten, überhaupt ein Gesuch zu stellen.

²⁵ ZWALD (Fn 1), N 48; DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1231; WETTBEWERBSKOMMISSION (WEKO), Jahresbericht 2008 in: RPW 2009/1 29, S. 30; BGE 2C_844/2008 vom 15. Mai 2009, Erw. 4.2.1.

²⁶ Das Herkunftsprinzip nach Artikel 2 Absatz 1–4 BGBM gilt selbst dann, wenn die Tätigkeit am Herkunftsort bewilligungsfrei oder ohne Anforderungen an die fachliche Befähigung zulässig ist (vgl. Fn 25).

25. Den Nachweis einer **Berufshaftpflichtversicherung** zu verlangen, ist grundsätzlich zulässig²⁷, wobei gemäss Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b BGBM die am Herkunftsort von der gesuchstellenden Person bereits erbrachten Nachweise und Sicherheiten zu berücksichtigen sind.

26. Die Bezeichnungen der **Formulare**, die von der Website des Gesundheitsamtes des Kantons Waadt heruntergeladen werden können, sind für kantonale und für ausserkantonale Anbieterinnen zwar unterschiedlich, doch ihr Inhalt ist identisch.²⁸ Für bestimmte kantonal geregelte Gesundheitsberufe enthält das Formular auf einer zusätzlichen dritten Seite Angaben zu den verlangten Dokumenten. Dort ist u. a. das „vereinfachte Verfahren“ erwähnt; die dafür verlangten Dokumente entsprechen den Antworten im Fragebogen. Für bestimmte Berufe²⁹ hat der Kanton Waadt schliesslich geantwortet, dass er die fachlich selbstständige Berufsausübung nicht kennt bzw. diese nicht bewilligt; diese Berufe unterliegen demnach keiner Bewilligungspflicht. In binnenmarktrechtlicher Hinsicht hat die Tatsache, dass eine Ausübungsform am Bestimmungsort nicht vorgesehen ist oder nicht existiert, jedoch keine Relevanz. Das Herkunftsprinzip bleibt weiterhin anwendbar.³⁰

27. Anhand der vom OMC übermittelten **Marktzulassungsbewilligungen** lässt sich die Herkunft der ausserkantonalen Anbieterinnen nicht ermitteln, sodass der ausserkantonale Aspekt nicht ersichtlich ist. Einzig die Tatsache, dass keine Gebühr erhoben wurde, kann darauf hindeuten, dass es sich um eine gemäss BGBM erteilte Bewilligung handelt. Da die Bewilligungen jedoch keine Rechtsgrundlagen oder Rechtsmittelbelehrung enthalten, sind sie nicht per se als Verfügung gemäss Artikel 9 Absatz 1 BGBM erkennbar.

28. Die zuhanden ausserkantonaler gesuchstellender Personen **vom SCAV erlassenen Verfügungen** für nicht dem MedBG unterstellte, also kantonal geregelte Tätigkeiten und Berufe sind von vergleichsweise sehr hoher Qualität – ausser dass das BGBM nicht erwähnt wird.

2.2.2 Hotel- und Gastgewerbe

29. Die kantonale Gewerbepolizei (*Police cantonale du commerce*, PCC) ist für die Erteilung der Lizenzen sowie der Berufsausübungs- und Betriebsbewilligungen zuständig. Das Verfahren erfolgt gemäss dem Waadtländer Gastgewerbegesetz vom 26. März 2002: *Loi sur les auberges et les débits de boissons* (LADB; RSV 935.31). Gemäss den Antworten der PCC im Fragebogen sind die zusammen mit einem Gesuch einzureichenden Dokumente in Artikel 62 des Vollzugsreglements zum LADB vom 9. Dezember 2009 aufgeführt (RLADB; RSV 935.31). Es sind dies: eine Kopie des AHV-Ausweises, des Identitätsausweises und des Zeugnisses oder Diploms, ein Strafregisterauszug sowie für juristische Personen die UID-Nummer und ein Handelsregisterauszug. Für Personen, die im Kanton Waadt bereits einen Gastgewerbebetrieb führen, werden eine Kopie der Bewilligung sowie eine Bestätigung der AHV und der Vorsorgeeinrichtung über die Zahlung der Sozialabgaben verlangt. Gemäss der PCC müssen *alle* gesuchstellenden Personen – ortsfremde und ortsansässige – dieselben Unterlagen einreichen und es werde systematisch überprüft, ob die Voraussetzungen für die Lizenzerteilung nach Waadtländer Recht erfüllt seien. Dagegen kontrolliere sie nicht, ob die

Voraussetzungen des Herkunftsorts erfüllt seien. Schliesslich anerkennt die PCC laut eigenen Angaben im Einklang mit Artikel 4 BGBM die von den anderen Kantonen ausgestellten Fähigkeitsausweise und erhebt für alle Anbieterinnen eine Gebühr. Die PCC hat keine in Anwendung des BGBM erlassene Verfügung übermittelt und gab an, keine Bewilligungsgesuche ausserkantonaler Anbieterinnen erhalten zu haben.

30. Mit der Revision des BGBM im Jahr 2005 wurde unter anderem das Ziel verfolgt, die Niederlassungsfreiheit für Anbieterinnen einzuführen, die auf eine ortsgebundene Infrastruktur angewiesen sind. Der Bundesrat bezog sich insbesondere auf die Gastwirtinnen und Gastwirte,³¹ die gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur ursprünglichen Fassung des BGBM nicht vom Herkunftsprinzip profitieren konnten.³² Seit dem 1. Juli 2006 gilt das Herkunftsprinzip auch für die Gastwirtinnen und Gastwirte sowie weitere Akteure im Gastgewerbe. Somit können sie sich in einem Kanton niederlassen und dort gestützt auf ihre Erstbewilligung³³ und nach den Vorschriften ihres Herkunftsorts tätig werden.

31. Angesichts der vorhergehenden Erwägungen kann die PCC die Waadtländer Vorschriften nur dann auf ortsfremde Anbieterinnen anwenden, wenn die Behörde des Herkunftsorts das kontrollierte Kriterium nicht bereits überprüft hat (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und deren Anwendung die Voraussetzungen zur Marktzugangsbeschränkung von Artikel 3 BGBM erfüllt (vgl. Rz 9). Folglich dürfen für ausserkantonale Gastwirtinnen und Gastwirte oder Hotelbetreiberinnen und Hotelbetreiber, die sich im Kanton Waadt niederlassen, indem sie dort einen zweiten Gastgewerbebetrieb eröffnen, keine übermässigen Formalitäten anfallen. Die PCC darf mit dem Gesuch nur die Einreichung der gültigen Erstbewilligung – oder den Nachweis, dass die gesuchstellende Person die Tätigkeit am Herkunftsort ohne Bewilligungspflicht rechtmässig ausübt – sowie einen Identitätsausweis (bzw. ein Dokument zur Identität des Betriebs) verlangen; Artikel 2 Absatz 4 BGBM begründet das Recht auf die Erteilung einer Bewilligung im Kanton Waadt.

²⁷ Vgl. BGE 2P.180/2000 vom 22. Februar 2001, Erw. 3c.

²⁸ Für entsprechende Formulare den jeweiligen Link der einzelnen unter der folgenden Adresse aufgeführten Berufe anklicken: <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/>; für Ergotherapeuten/Ergotherapeutinnen sind die Formulare «Formulaire_Romand_Demande_AP_fr.pdf» für Waadtländer Anbieterinnen und «Autorisation_de_pratiquer.pdf» für ausserkantonale Anbieterinnen verfügbar unter: <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/ergotherapeute/ergotherapeute-conditions-doctroi/>.

²⁹ Fachperson Gesundheit (FAGE), Krankenpfleger/in, medizinische/r Masseur/in, biomedizinische/r Analytiker/in, Fachperson für medizinisch-technische Radiologie (MTRA), Fachperson Operationstechnik.

³⁰ Vgl. dazu RPW 2012/3, 530 ff.

³¹ Vgl. Botschaft Revision BGBM (Fn 12), 484.

³² Vgl. BGE 2P.362/1998 zu Art. 2 BGBM 95; DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1218–1225.

³³ Vgl. *Entscheid vom 24. März 2015 des Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern betr. Wirtschaftsbewilligung*, veröffentlicht in RPW 2015/2 160.

32. Unter den verlangten Unterlagen ist der vor höchstens drei Monaten ausgestellte **Strafregisterauszug** problematisch. Die Gleichwertigkeitsvermutung (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und das Rücküberprüfungsverbot gelten laut Bundesgericht nicht nur für die fachlichen, sondern auch für die persönlichen Zulassungsvoraussetzungen. Wenn das Bewilligungsverfahren am Herkunftsort ebenfalls die Einreichung eines Strafregisterauszugs vorsieht, kann der Kanton Waadt dieses Dokument für ein Marktzugangsgesuch im Waadtland nicht mehr verlangen.

33. Angesichts der Angabe, wonach die von anderen Kantonen ausgestellten **Fähigkeitsausweise** anerkannt werden, hält der Kanton Waadt Artikel 4 BGBM unter Umständen ein. Allerdings lässt sich diese Aussage durch nichts untermauern, da die PCC bisher laut eigenen Angaben nie mit einem Fall konfrontiert war, in dem sie das BGBM entsprechend anwenden musste.

34. Zudem scheint das Marktzugangsverfahren im Kanton Waadt für ausserkantonale Gastwirtinnen und Gastwirte oder Hotelbetreiberinnen und Hotelbetreiber den Anforderungen von Artikel 3 BGBM nicht zu genügen. So darf der Strafregisterauszug nur angefordert werden, wenn die Behörde des Herkunftsorts diesen nicht überprüft hat. Ansonsten wird die Gleichwertigkeitsvermutung verletzt (vgl. Rz 30). Die Behörden des Kantons Waadt verlangen jedoch von allen ausserkantonalen Gastwirtinnen und Gastwirten einen solchen Auszug.

35. Schliesslich steht die Erhebung von **Gebühren** für die Bearbeitung des Bewilligungsgesuchs einer ortsfremden Anbieterin eindeutig im Widerspruch zum Grundsatz der Kostenlosigkeit des Marktzugangsverfahrens. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts muss dieses Verfahren kostenlos sein (vgl. Rz 12).

2.2.3 Schneesportunterricht für Minderjährige

36. Um Schneesportunterricht für Minderjährige auf gesicherten Pisten anbieten zu können³⁴, erteilt die PCC Privaten die entsprechende Bewilligung in Anwendung des *Loi sur l'exercice des activités économiques* vom 31. März 2005 (LEAE; RSV 930.01). Das LEAE unterscheidet insofern zwischen unselbstständiger und selbstständiger Ausübung entsprechender Aktivitäten, als unterschiedliche Bescheinigungen verlangt werden³⁵; in beiden Fällen gilt jedoch, dass keine Verurteilung wegen Verletzung der körperlichen oder sexuellen Unversehrtheit Minderjähriger vorliegen darf. Für die Ausübung als Selbstständiger wird im Wesentlichen eine weitergehende Ausbildung verlangt (bestandene Prüfung und diesbezügliche Bescheinigung nach einer der folgenden Ausbildungen: Eidgenössischer Fachausweis als Schneesportlehrer/in, Instruktoren/Instruktorinnen-Ausweis von Swiss Snowsports oder Instruktoren/Instruktorinnen-Ausweis des Schweizer Schneesport Berufs- und Schulverbands SSBS) als für die Ausübung dieser Tätigkeit im Angestelltenverhältnis (Prüfung und entsprechende Bescheinigung nach einer der folgenden Ausbildungen: „Kids Instructor“ von Swiss Snowsports, Jugend+Sport-Leiterinnen und Leiter der Kategorie Schneesport, oder sechstägige Ausbildung bei „Sports de Neige Vaudois“³⁶). Laut Angaben der PCC wird für alle Anbieterinnen geprüft, ob die Voraussetzungen nach Waadtländer Recht erfüllt sind. Die Erfüllung der Voraus-

setzungen nach dem Recht des Herkunftsorts wird hingegen nicht kontrolliert. Zudem werden alle von anderen Kantonen ausgestellten Bescheinigungen von der PCC kostenlos anerkannt. Für Verfügungen wird eine Gebühr erhoben; Ablehnungen werden begründet. Die PCC erinnert sich nicht daran, je „ein Gesuch einer ausserkantonalen Anbieterin erhalten zu haben, die sich auf die am Herkunftsort geltenden Zulassungsvoraussetzungen berufen hat“. Somit hat sie keine Verfügung hinsichtlich einer interkantonalen Marktzugangsbewilligung vorgelegt.

37. Da die PCC den gesuchstellenden Personen standardmässig Marktzugang nach dem Recht des Kantons Waadt gewährt, ist das – kostenpflichtige – Marktzugangsverfahren nicht BGBM-konform. Selbst wenn nur zwei Dokumente eingereicht werden müssen.

38. Ein BGBM-konformes Verfahren dürfte grundsätzlich nur die Übermittlung der am Herkunftsort ausgestellten Bewilligung sowie gegebenenfalls ein ausgefülltes Formular vorsehen. Die Bewilligung würde anschliessend kostenlos ausgestellt. Falls am Herkunftsort keine Bewilligung notwendig ist, ist festzustellen, dass die Marktzugangsordnungen nicht gleichwertig sind (Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung, Art. 2 Abs. 5 BGBM). Folglich gilt es zu untersuchen, ob Beschränkungen in Form von Auflagen oder Bedingungen gemäss den Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM gerechtfertigt sind; in diesem Fall müssen die Behörden des Kantons Waadt jedoch die praktische Tätigkeit gemäss Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM berücksichtigen.³⁷ Das Erfordernis, wonach „keine Verurteilung [...] wegen Straftaten gegen die körperliche oder sexuelle Unversehrtheit Minderjähriger“ vorliegen darf, lässt sich von der Kantonspolizei leicht überprüfen: Sie kann mittels einer vorherigen schriftlichen Ermächtigung direkt einen Strafregisterauszug anfordern und überprüfen, ob ein entsprechender Eintrag darauf steht. Das Marktzugangsverfahren muss in jedem Fall kostenlos sein.

2.2.4 Occasionshandel

39. Der Kanton Waadt sieht im LAEA eine Bewilligungspflicht für den Occasionshandel vor. Für die Ausstellung der Bewilligungen, die für bestimmte im Kanton gelegene Räumlichkeiten erteilt werden, sind die Gemeinden zuständig. In Artikel 69 LEAE sind die Bewilligungsvoraussetzungen festgelegt, nämlich:

- Vorlage eines Strafregisterauszugs als Nachweis, dass die Person in den letzten zwei Jahren im Zusammenhang mit dem Handel nicht verurteilt wurde;

³⁴ Die Tätigkeit als Schneesportlehrer/in abseits der gesicherten Pisten unterliegt dem Bundesgesetz vom 17. Dezember 2010 über das Bergführerwesen und Anbieten weiterer Risikoaktivitäten (SR 935.91). Laut diesem Gesetz (Art. 7–9) gelten die vom Wohnsitzkanton der Anbieterin erteilten Bewilligungen für das ganze Gebiet der Schweiz.

³⁵ Zu den Einzelheiten der Bewilligungen vgl. Tabelle auf der Website des Kantons Waadt: <http://www.vd.ch/themes/economie/police-du-commerce/activites-sportives/maitre-sports-neige/>.

³⁶ Der Verein *Sports de Neige Vaudois* (SNVD) ist aus der Fusion der Vereine AESSVD (*Association des Ecoles Suisses de Ski VD*), AVMS (*Association Vaudoise des Maîtres de Ski*) und AVES (*Inter-Association Vaudoise pour l'Enseignement du Ski*) hervorgegangen; vgl. www.snvd.ch.

³⁷ Zusammenfassung eines Marktzugangsverfahrens, vgl. oben Rz 15.

- Vorlage eines Betreibungsregisterauszugs als Bescheinigung der Solvenz der gesuchstellenden Person;
- Nachweis, dass die gesuchstellende Person über die für diese Gewerbetätigkeit notwendigen Räumlichkeiten verfügt;
- für ausländische gesuchstellende Personen: Vorlage einer Niederlassungsbewilligung oder ansonsten einer Bewilligung des Arbeitsamts.

40. Laut den Antworten der PCC gelten diese Bedingungen für alle ortsfremden und ortsansässigen Anbieterinnen. Die PCC prüfe systematisch, ob die Voraussetzungen nach Waadtländer Recht erfüllt seien. Jede Ablehnung werde begründet. Gemäss der PCC muss jede ausserkantonale Anbieterin zwingend die Voraussetzungen des LEAE erfüllen. Alle in diesem Bereich erlassenen Verfügungen sind kostenpflichtig. Die PCC hat geantwortet, dass ihr keine Verfügungen zu ausserkantonalen Anbieterinnen bekannt sind.

41. Im Falle eines Gesuchs einer ausserkantonalen Anbieterin muss in erster Linie das Waadtländer Recht mit dem am Herkunftsort geltenden Recht verglichen werden (Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung, Art. 2 Abs. 5 BGBM); ist diese Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt, so muss gestützt auf die Waadtländer Marktzuangsordnung untersucht werden, ob Beschränkungen in Form von Auflagen oder Bedingungen gemäss Artikel 3 BGBM möglich sind.

42. Da die Waadtländer Gemeinden bei der Erteilung einer Bewilligung für den Occasionshandel an ausserkantonale Anbieterinnen nur das kantonale Recht – das LEAE – anwenden, sollte dieses Gesetz für solche Fälle ein BGBM-konformes Verfahren vorsehen (vgl. Rz 15).

2.2.5 Kinderbetreuung

43. Das *Office de l'accueil de jour des enfants* (OAJE) des Kantons Waadt ist für die Bewilligungserteilung im Bereich der Kinderbetreuung zuständig. Laut den Antworten des OAJE unterliegen die Betreuung in Tagesfamilien sowie in vorschulischen und schulergänzenden Kindertagesstätten der Bewilligungspflicht gemäss der Verordnung (des Bundes) vom 19. Oktober 1977 über die Aufnahme von Pflegekindern (PAVO; SR 211.222.338) und dem Waadtländer Gesetz vom 20. Juni 2006 *Loi sur l'accueil de jour des enfants* (LAJE; RSV 211.22). Laut dem LAJE fällt die Kinderbetreuung in Tagesfamilien in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinden bzw. Gemeindeverbände. Ablehnungen müssen jedoch an das OAJE weitergeleitet werden; das OAJE habe „in den letzten Jahren“ allerdings keine erhalten. Die Betreuung in Kindertagesstätten fällt zwar in die Zuständigkeit des OAJE, allerdings habe es bisher keine Gesuche von ausserkantonalen Anbieterinnen erhalten. Gemäss Angaben des OAJE müssen die für die Leitung oder das Betreuungspersonal verantwortlichen Personen – gleich wie die gesuchstellenden Personen aus dem Kanton Waadt – in jedem Fall ihre Abschlüsse und Diplome, Arbeitszeugnisse, einen Lebenslauf, ein Arztzeugnis und einen Strafregisterauszug vorlegen. Anschliessend überprüft das OAJE, ob die Bewilligungsvoraussetzungen nach Waadtländer Recht erfüllt sind. Dabei räumt das OAJE ein, „die Anwen-

dung des Waadtländer Rechts nicht klar im Licht von Artikel 3 BGBM zu begründen“. Dagegen überprüft das OAJE die am Herkunftsort anwendbaren Marktzuangs-voraussetzungen nicht. Das Verfahren sei kostenlos für ausserkantonale Anbieterinnen. Die vom OAJE übermittelte Verfügung enthält im Sachverhalt keine interkantonalen Aspekte und ist deshalb in binnenmarktrechtlicher Hinsicht nicht relevant.

44. Das OAJE hat ferner angemerkt, dass im Bereich der Kindertagesstätten die Anwendung des BGBM schwer vorstellbar sei, insofern die Bewilligung „für eine bestimmte Einrichtung gilt, die insbesondere Anforderungen hinsichtlich der Räumlichkeiten erfüllen muss“. Die in diesem Bereich tätigen Einrichtungen würden „mehrheitlich von Vereinigungen mit ideellem Zweck betrieben und sind mithin [...] vom Geltungsbereich des BGBM ausgeschlossen“. Schliesslich erwähnt das OAJE, dass die Leitung und das Betreuungspersonal zwar konkret keiner Bewilligungspflicht unterliegen, aber die Anforderungen des „vom für die Kindertagesbetreuung zuständigen Amt festgelegten Qualifikationskatalogs für Leitung und Betreuungspersonal“ erfüllen müssen. Da diese Anforderungen je nach Kanton variieren, stellt das OAJE den Begriff „Fähigkeitsausweis“ nach Artikel 4 BGBM infrage. Das OAJE hat eine nach seinem Dafürhalten binnenmarktrechtlich relevante Verfügung beigelegt.

45. Die Waadtländer Behörde wendet das Recht des Kantons Waadt auf die ausserkantonalen Anbieterinnen an, ohne die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt und ohne überprüft zu haben, ob die Bedingungen von Artikel 3 BGBM erfüllt sind. Das OAJE behandelt also alle Gesuche nach dem Recht des Kantons Waadt.

46. Das Betreiben einer Krippe (vorschulische Kindertagesstätte) ist eine privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit, die dem Binnenmarktgesetz unterliegt (Art. 1 Abs. 3 BGBM). Folglich haben in einem Kanton als Leiterin oder Leiter bzw. Mitarbeiterin oder Mitarbeiter einer Kindertagesstätte zugelassene Personen das Recht, auch im Kanton Waadt die gleiche Tätigkeit rechtmässig auszuüben. Die Grundsätze von Rz 15 bleiben uneingeschränkt anwendbar.

47. Die Tatsache, dass die Bewilligung an eine Einrichtung bzw. deren Räumlichkeiten gebunden sei, ändert nichts daran, dass die für die Leitung und Betreuung verantwortlichen Personen kontrolliert werden müssen, sodass die Ausübung dieser Tätigkeit durch diese Personen entweder bewilligt oder verboten werden kann. Folglich ist diese Unterscheidung in binnenmarktrechtlicher Hinsicht nicht relevant.³⁸

³⁸ Vgl. dazu: DIEBOLD (Fn 1), N 1222–1225; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), *Droit de la concurrence – Commentaire romand*, Basel 2013, N 26 ff. ad Art. 2 I–VI BGBM; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht II, OF-Kommentar*, Zürich 2011, N 3 ad Art. 2 BGBM; Botschaft revBGBM (Fn 12), hier 481 und 484.

48. Die Organisationsform der juristischen Person, die die Kindertagesstätte betreibt – ein „Verein mit ideellem Zweck“, eine Stiftung oder eine Aktiengesellschaft –, hat keinerlei Einfluss auf den Geltungsbereich des BGBM. Der „ideelle Zweck“ der Vereine, an dem sich das OAJE offenbar stört, ist durchaus vereinbar mit dem Begriff „nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit“ von Artikel 1 Absatz 3 BGBM. Das BGBM ist auf alle natürlichen und juristischen Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz anwendbar. Der Geltungsbereich des BGBM ist identisch mit jenem des Verfassungsgrundsatzes der Wirtschaftsfreiheit.³⁹ Dieses verfassungsmässige Recht gilt für privatrechtliche juristische Personen, zu denen die Vereine gehören, die eine Tagesbetreuung für Kinder anbieten.⁴⁰ Soweit Vereine mit ideellem Zweck, die vorschulische/schulergänzende Betreuungsleistungen anbieten, also ihren Sitz in der Schweiz – sei dies im Waadtland oder in einem anderen Kanton – haben, fallen sie in den Geltungsbereich des BGBM.

49. Schliesslich hält die WEKO zur Frage des OAJE betreffend den Begriff des Fähigkeitsausweises in Artikel 4 BGBM Folgendes fest:

50. Gemäss Artikel 4 Absatz 1 BGBM gelten kantonale Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum BGBM in der Fassung vor der Revision von 2005 war Artikel 4 Absatz 1 BGBM nicht anwendbar, wenn der Bestimmungskanton anders als der Herkunftskanton keine selbstständige Ausübung einer bestimmten Erwerbstätigkeit vorsah bzw. diese nur Inhaberinnen und Inhabern eines anderen Fähigkeitsausweises gestattete.⁴¹ Nach dieser Rechtsprechung besitzt ein kantonaler Fähigkeitsausweis gestützt auf Artikel 4 Absatz 1 BGBM nur in denjenigen Kantonen Gültigkeit, die einen gleichwertigen Ausweis vorsehen. Diese Bestimmung kann aber nur geltend gemacht werden, wenn sowohl am Herkunfts- wie auch am Bestimmungsort überhaupt ein Fähigkeitsausweis existiert. Anderenfalls richtet sich das Recht auf Marktzugang nach Artikel 2 Absätze 1–4 BGBM, die parallel zu Artikel 4 BGBM anwendbar sind.⁴²

51. Selbst wenn im Kanton Waadt kein Fähigkeitsausweis existiert, verfügen andere Kantone unter Umständen über dieses System. Das Fehlen eines Fähigkeitsausweises für die Tätigkeit der Kindertagesstätten bedeutet lediglich, dass das OAJE nicht das Anerkennungsprinzip (ein besonderer Fall des Herkunftsprinzips – Art. 4 BGBM), sondern einfach das Herkunftsprinzip anwenden muss (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM). Folglich muss das OAJE für ortsfremde Anbieterinnen mit Fähigkeitsausweis im Einklang mit Rz 15 verfahren (vgl. oben).

52. Das OAJE müsste bei Marktzugangsgesuchen ausserkantonalen Anbieterinnen die Zulassungsvoraussetzungen am Herkunftsort somit mit denjenigen des Waadtlandes Rechts vergleichen. Gelangt das OAJE zum Schluss, dass die Gleichwertigkeitsvermutung nicht widerlegt ist, muss der Marktzugang ohne Weiteres gewährt werden. Stellt das OAJE indessen fest, dass die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist, so kann es prüfen, ob der Marktzugang – in Form von Auflagen oder Bedingungen – zu beschränken ist, sofern sämtliche Anforderun-

gen von Artikel 3 BGBM erfüllt sind (d. h. die Beschränkungen nicht-diskriminierend, zur Wahrung überwiegender Interessen unerlässlich und verhältnismässig sind); darüber ist im Rahmen eines einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens zu entscheiden. Ausserkantonale Anbieterinnen sollten nur ein Formular ausfüllen und ihre Bewilligung einreichen müssen.⁴³

2.2.6 Sicherheitsdienste

53. Der Kanton Waadt hat als Einleitung zu seinen Antworten angemerkt, dass er Mitglied des Westschweizer Konkordats vom 18. Oktober 1996 über die Sicherheitsunternehmen ist (*Concordat sur les entreprises de sécurité*; C ESéc; RSV 935.91). Die Anwendung des C ESéc wird somit ad hoc von der Konkordatskommission koordiniert, die wiederum der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren der Westschweiz (CLPJP) unterstellt ist. Die Vorsteherin des *Département des institutions et de la sécurité* hat folglich darauf hingewiesen, dass die Anwendung des BGBM in Bezug auf das C ESéc mit Blick auf das Inkrafttreten des revidierten BGBM (1. Juli 2006) bereits evaluiert wurde. Laut der Departementsvorsteherin und dem Schreiben des Vorstehers des früheren Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, auf das sie sich bezieht, betrifft Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM nur die Prüfung der fachlichen Befähigung. Folglich wird die persönliche Befähigung von Anbieterinnen aus Kantonen, die nicht Mitglieder des Konkordats sind, in einer sogenannten „polizeilichen“ Kontrolle (rück)überprüft. Zudem sei „seit Langem und in vollem Einvernehmen mit dem Bund anerkannt, dass die Grundsätze von Artikel 3 Absatz 4 BGBM nur formelle Anerkennungsverfahren für bereits bestehende Ausweise und Bewilligungen betreffen können und nicht die Verfahren, in denen neue persönliche polizeiliche Voraussetzungen von der Behörde untersucht werden (müssen)“.

54. Als Antwort auf die Fragen der WEKO teilte der Kanton Waadt mit, dass für **ortsfremde Anbieterinnen aus einem C-ESéc-Konkordatskanton der freie Marktzugang** gemäss Artikel 12 Absatz 1 C ESéc gewährleistet sei. Für Anbieterinnen aus Nicht-Konkordatskantonen muss unterschieden werden zwischen der Regelung für Hundeführerinnen und Hundeführer und ihre Hunde und

³⁹ Vgl. DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N153 ff. und zitierte Referenzen; Botschaft revBGBM (Fn 12), hier 505.

⁴⁰ Vgl. dazu ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, Zürich 2016, N 656; KLAUS A. VALLENDER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2014, N 46 ad Art. 27 BV.

⁴¹ Vgl. BGE 125 I 276, Erw. 5c.

⁴² NICOLAS DIEBOLD, Interkantonaler Marktzugang für fachlich selbständige Rettungssanitäter, RPW 2012/3, 530 ff., 538 N 14; ZWALD, (Fn 1), S. 399 ff., N 85; OESCH/ZWALD, Fn 1, N 1 ad Art. 4; das Bundesgericht wendet das Recht auf Anerkennung der kantonalen Fähigkeitsausweise von Artikel 4 BGBM und das Recht auf Marktzugang von Artikel 2 BGBM ebenfalls parallel an, vgl. BGE 135 II 12, Erw. 2.

⁴³ Dokumente wie Konzepte zu Hygiene, Erziehung, Betrieb, Organisation usw. sind normalerweise fester Bestandteil der Bewilligung.

der auf die anderen ausserkantonalen Anbieterinnen anwendbaren Regelung. Der Kanton Waadt hat geantwortet, dass er Artikel 10a (ausserkantonale Hundeführerinnen und Hundeführer und ihre Hunde) und Artikel 9 C ESéc (andere ausserkantonale Anbieterinnen) gestützt auf Artikel 10 Absatz 1 des Konkordats anwendet, d. h. dass er die für diese Anbieterinnen von anderen Behörden ausgestellten Befähigungsausweise anerkennt.

55. Nach Auffassung des Kantons Waadt erlaubt die Rücküberprüfung der persönlichen polizeilichen Voraussetzungen eine Gleichbehandlung der Anbieterinnen aus „Nicht-Konkordatskantonen“. Laut der Antwort stellt die gemäss C ESéc ausgestellte Bewilligung keinen Fähigkeitsausweis nach Artikel 4 BGBM dar, weil nur persönliche Voraussetzungen geprüft werden und die in Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM vorgesehene praktische Tätigkeit vom C ESéc als Kriterium nicht berücksichtigt wird. Mit Ausnahme der Hundeführerinnen und Hundeführer und ihrer Hunde, für die eine Prüfung, weitere spezifische Bedingungen sowie das Bestehen eines Eignungstests vorgeschrieben sind (vgl. Art. 10a C ESéc), muss die praktische Tätigkeit demnach nicht berücksichtigt werden. Da das Konkordat überdies für Letztere die Anerkennung der Eignungstest regelt, wäre Artikel 4 Absätze 1 und 3 BGBM im Hinblick auf Artikel 4 Absatz 4 BGBM nicht anwendbar. Gemäss diesem Absatz gehen nämlich interkantonale Vereinbarungen, die die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen vorsehen, dem BGBM vor.

56. Der Kanton Waadt hat dem beantworteten Fragebogen keine Verfügung beigelegt.

57. Laut Artikel 10 Absatz 1 C ESéc darf das Personal von Sicherheitsunternehmen, die weder ihren Sitz noch eine Zweigstelle in einem der Konkordatskantone haben, dort ihre Tätigkeit nur ausüben, wenn eine Bewilligung gemäss den Bedingungen der Artikel 9 und 10a C ESéc erteilt wurde. Übt das Sicherheitsunternehmen seine Tätigkeit zudem ausschliesslich oder mehrheitlich auf dem Gebiet der Konkordatskantone aus, muss die Leiterin bzw. der Leiter des Unternehmens oder eine vom ihm bezeichnete verantwortliche Person zusätzlich die in Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe f C ESéc verankerten Bedingungen erfüllen (bestandene Prüfung über Kenntnisse der Gesetzgebung). Für punktuelle Einsätze bzw. solche, die höchstens 50 Prozent der Tätigkeit des Unternehmens ausmachen, muss diese Bedingung dagegen nicht erfüllt sein.

58. Artikel 9 C ESéc sieht also im Wesentlichen vor, dass eine Bewilligung nur an eine natürliche Person ausgestellt werden darf, die:

- a. das Schweizer Bürgerrecht besitzt, aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder der Europäischen Freihandelsassoziation stammt oder, für Personen aus anderen Staaten, eine Niederlassungsbewilligung oder seit mindestens zwei Jahren eine Aufenthaltsbewilligung besitzt;
- b. handlungsfähig ist;
- c. zahlungsfähig ist bzw. gegen die keine definitiven Verlustscheine ausgestellt wurden;
- d. durch ihr Vorleben, ihren Charakter und ihr Verhalten jegliche Gewähr für Ehrenhaftigkeit in Bezug

auf den betroffenen Tätigkeitsbereich bietet, wie dies eine Richtlinie der Konkordatskommission vorsieht⁴⁴.

59. Laut dem Wortlaut von Absatz 2 dieser Bestimmung muss die Leiterin bzw. der Leiter des Sicherheitsunternehmens oder der Zweigstelle zudem die in Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe f C ESéc erwähnte Prüfung bestanden haben.

60. Gemäss Artikel 10 Absatz 3 C ESéc prüft die für den Kanton Waadt zuständige Behörde im Fall von Gesuchen von Anbieterinnen aus Nicht-Konkordatskantonen um Zugang zum Waadtländer Markt (der zum Geltungsbereich des C ESéc gehört) die Gleichwertigkeit der Bewilligung und entscheidet, ob die Anbieterin angesichts der vorgelegten Nachweise erneut belegen muss, dass sie die persönlichen (polizeilichen⁴⁵) Voraussetzungen für die Bewilligung (d. h. diejenigen von Artikel 9 C ESéc) erfüllt.

61. Gemäss Artikel 10a C ESéc setzen Hundeeinsätze zur Ausführung der im Konkordat geregelten Tätigkeiten eine Bewilligung voraus; diese wird nur erteilt, wenn in einem Eignungstest nachgewiesen wird, dass die Hundeführerin oder der Hundeführer zum Führen des Hundes geeignet und der eingesetzte Hund entsprechend ausgebildet ist. Für vom Herkunftskanton bereits zugelassene Hundeführerinnen und Hundeführer und ihre Hunde prüft die zuständige Behörde des Kantons Waadt die Anerkennung der Bewilligung oder der Eignungsbescheinigung und legt fest, ob die gesuchstellende Person den im C ESéc bzw. in einer Richtlinie der Konkordatskommission vorgesehenen Eignungstest ganz oder teilweise wiederholen muss (Art. 10a Abs. 4 C ESéc).

62. Das C ESéc enthält keine Bestimmung zum Marktzugangsverfahren, sondern nur (persönliche) Voraussetzungen für den Marktzugang; es begnügt sich mit einem Verweis auf eine Richtlinie der Konkordatskommission zu den „Modalitäten der Anerkennung“. Bei Recherchen auf der Website der Waadtländer Kantonspolizei⁴⁶ war jedoch keine spezifische Richtlinie zu finden. Da der Kanton Waadt ausserdem keine Verfügung übermittelt hat, lässt sich seine Praxis bei der Gewährung des Marktzugangs im Bereich der privaten Sicherheitsdienste nicht untersuchen.

63. In Bezug auf das BGBM gilt es zunächst dessen Anwendung mit Blick auf das C ESéc zu prüfen. In binnenmarktrechtlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass die Anwendung eines Konkordats, das die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen (und damit die Freizügigkeit für deren Inhaberinnen und Inhaber) regelt, dem BGBM vorgeht

⁴⁴ Vgl. Pkt. 2.3.1 der Richtlinie vom 28. Mai 2009 *Directive concernant le concordat du 18 mai 1996* (Allgemeine Richtlinie verfügbar auf: http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/dse/polcant/fichiers_pdf/12a.pdf) sowie Pkt. I und II der Richtlinie vom 3. Juni 2004 *Directive concernant l'exigence d'honorabilité* (verfügbar auf: http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/securite/police/fichiers_pdf/exigence_honorabilite.pdf).

⁴⁵ Wie in der Antwort des Kantons Waadt erwähnt.

⁴⁶ Insbesondere unter: <http://www.vd.ch/themes/securite/police/entreprises-de-securite/>.

(Art. 4 Abs. 4 BGBM). Gewährt dieses Konkordat allerdings nicht mindestens die gleichen Rechte wie das BGBM, wird es subsidiär als Mindeststandard angewendet.⁴⁷ Im vorliegenden Fall stehen die Freizügigkeit und die Anerkennung der Bewilligungen und Fähigkeitsausweise innerhalb des Konkordatsraums nicht infrage. Hingegen ist und bleibt für Anbieterinnen ausserhalb des C ESéc-Gebiets das BGBM anwendbar.

64. Aus den Antworten des Kantons Waadt lässt sich schliessen, dass die für die Anwendung des C ESéc zuständigen Behörden auf ausserkantonale Anbieterinnen bzw. Anbieterinnen aus «Nicht-Konkordatskantonen» nicht das BGBM anwenden. In der Praxis müsste die zuständige Waadtländer Behörde für solche Anbieterinnen die am Herkunftsort geltenden Vorschriften konkret mit jenen des C ESéc vergleichen und prüfen, ob die Gleichwertigkeitsvermutung von Artikel 2 Absatz 5 BGBM widerlegt ist. Die Gleichwertigkeitsvermutung betrifft die persönlichen wie auch die fachlichen Voraussetzungen für den Marktzugang. Nur wenn die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt und die Anforderungen von Artikel 3 BGBM unter Berücksichtigung der Nachweise und Sicherheiten (Art. 3 Abs. 2 Bst. b BGBM) sowie der praktischen Tätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM) erfüllt sind, können Bedingungen gestellt und Auflagen gemacht werden, z. B. das Bestehen einer Prüfung.

65. Falls der Herkunftskanton ebenfalls **fachliche Voraussetzungen** für die Marktzulassung vorsieht, kann die Gleichwertigkeitsvermutung nicht widerlegt werden. Folglich kann in Bezug auf die fachlichen Voraussetzungen keine Beschränkung in Form von Auflagen oder Bedingungen auferlegt werden. Stellt sich zudem heraus, dass die am Herkunftsort erteilte Bewilligung einem **Fähigkeitsausweis** entspricht (vgl. z. B. Art. 10a C ESéc betreffend Hundeführerinnen und Hundeführer und ihre Hunde), kann die zuständige Waadtländer Behörde diese zwar gestützt auf Artikel 4 BGBM anerkennen, muss aber den Marktzugang gemäss dem Herkunftsprinzip (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM) in jedem Fall ohne weitere Förmlichkeiten als die Vorlage dieser Bewilligung gewähren.

66. Ist indessen am Herkunftsort keine Prüfung vorgesehen, so ist die Marktzugangsordnung nicht gleichwertig mit jener des C ESéc und die Gleichwertigkeitsvermutung kann widerlegt werden. Gemäss Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM ist jedoch die praktische Tätigkeit der ausserkantonalen gesuchstellenden Person bzw. der gesuchstellenden Person aus einem „Nicht-Konkordatskanton“ zu berücksichtigen. Damit kann die für die Anwendung des C ESéc zuständige Waadtländer Behörde den Marktzugang mittels Auflagen und Bedingungen in Bezug auf die fachliche Ausbildung der gesuchstellenden Personen aus solchen Kantonen beschränken. Solche Beschränkungen müssen jedoch auch ortsansässige Anbieterinnen (aus dem „Konkordatsgebiet“) betreffen, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Nicht verhältnismässig nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d BGBM sind Beschränkungen dann, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch die von der Anbieterin am Herkunftsort ausgeübte praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann. Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die für die Anwendung des C ESéc zuständige Waadtländer Behörde keine

Marktzugangsbeschränkung auferlegen darf, wenn das selbstständige oder angestellte Sicherheitspersonal aus einem solchen Kanton über ausreichende Berufserfahrungen verfügt.⁴⁸ Aus Sicht der WEKO sind drei Jahre ausreichend.⁴⁹

67. Sieht der Herkunftskanton ebenfalls **persönliche Voraussetzungen** für die Marktzulassung vor, so kann die Gleichwertigkeitsvermutung nicht widerlegt werden. In diesem Fall darf die Waadtländer Behörde weder die Anwendung der Bestimmungen des C ESéc prüfen, noch die persönlichen Marktzugangsvoraussetzungen rücküberprüfen oder eine Unbedenklichkeitserklärung („*certificat de situation professionnelle*“ oder „*Letter of Good Standing*“) verlangen. Eine Ausnahme für das Einverlangen einer solchen Erklärung ist – trotz der Marktzugangsordnungen – allerdings zu prüfen. Dies kann nämlich dann gerechtfertigt sein, wenn der Kanton Waadt bzw. das C ESéc die periodische Rücküberprüfung der für die Ausübung dieser Tätigkeit wesentlichen persönlichen Voraussetzungen verlangt und die Bewilligung befristet, während der Herkunftskanton („Nicht-Konkordatskanton“) nur eine einmalige Prüfung für die Erteilung der unbefristeten Erstbewilligung vorsieht. Um diese periodische Rücküberprüfung durchführen zu können, ist es somit womöglich gerechtfertigt, dass die für die Anwendung des C ESéc zuständigen Waadtländer Behörden von den Anbieterinnen eine Unbedenklichkeitserklärung verlangen und eine befristete Verfügung erlassen.

68. Sieht der Herkunftskanton hingegen keine persönliche Voraussetzung für die Marktzulassung vor, so können die Marktzugangsordnungen als nicht gleichwertig betrachtet und somit Auflagen oder Bedingungen gemäss Artikel 3 BGBM auferlegt werden.

69. Um die persönliche Eignung von Personen aus Kantonen ohne Bewilligungspflicht für private Sicherheitsdienste zu garantieren, dürfen – sofern der Kanton Waadt damit davon ausgehen kann, dass die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist – die für die Anwendung des C ESéc zuständigen Behörden den Marktzugang schliesslich in Form von Auflagen oder Bedingungen beschränken. Konkret müssen die gesuchstellenden Personen bei ihrer Wohn- oder Sitzgemeinde die Durchführung einer amtlichen Leumundsüberprüfung (guter Leumund und gute Sitten) nach den auf das C ESéc gestützten Richtlinien beantragen. Diese Auflage gilt gleichermassen für Personen aus den C ESéc-Konkordatskantonen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM) und dient dem Schutz der öffentlichen Sicherheit (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM). Die Prüfung der persönlichen Eignung ist angesichts des Risikos, das von charakterlich nicht geeigneten Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen ausgeht, zum Schutz der öffentlichen Sicherheit grundsätzlich geeignet und notwendig. Eine solche amtliche Leumundsüberprüfung ist für

⁴⁷ Vgl. BGE 136 II 470, Erw. 5.1 ff., 5.2.

⁴⁸ DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1102.

⁴⁹ Gutachten der WEKO vom 5. Dezember 2016 über die Zulassung von ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen im Gebiet der KÜPS-Kantone.

Anbieterinnen, die an ihrem ausserkantonalen Herkunftsort (in „Nicht-Konkordatskantonen“) tätig sind und ihre Tätigkeit nun im Kanton Waadt bzw. im C ESéc-Konkordatsgebiet ausüben möchten, durchaus zumutbar. Damit das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM) gewahrt ist, muss eine gesuchstellende Person in jedem Fall zugelassen werden, wenn die zuständige Behörde des Herkunftsorts ihren einwandfreien Leumund bestätigt hat. Ferner ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit auch bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen. Die Bewilligung darf im Einzelfall nur verweigert werden, wenn in der Unbedenklichkeitserklärung der zuständigen Behörde des Herkunftsorts konkrete Verfehlungen verzeichnet sind, die die öffentliche Sicherheit gefährden könnten und begründete Zweifel liefern, dass die gesuchstellende Person für die Ausübung des Berufs als Sicherheitspersonal wirklich geeignet ist.⁵⁰

70. Das Marktzugangsverfahren muss in jedem Fall einfach, rasch und kostenlos sein (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

71. Abschliessend müssen die zuständigen Behörden des Kantons Waadt oder die Konkordatsorgane des C ESéc für jeden Nicht-Konkordatskanton prüfen, welche Bedingungen für die Ausübung der dem C-ESéc unterstehenden Tätigkeiten gelten, um für jeden Herkunftskanton einen Leitfaden bzw. ein Standardverfahren für den BGBM-konformen Zugang zum (Konkordats)Markt festzulegen (vgl. oben Rz 64 ff.). Diese Massnahme ist wegen des Erfordernisses des einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens (Art. 3 Abs. 4 BGBM) unerlässlich, weil die Zulassungsvorschriften für die Ausübung der dem C ESéc unterstehenden Tätigkeiten stark variieren.

3 Bundesrechtlich geregelte Erwerbstätigkeiten (Vollzugsföderalismus)

72. Kapitel 3 untersucht die Praxis des Kantons Waadt 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 Waadt im Bereich der universitären Medizinalberufe und der Psychoberufe angewendet.

3.1 Binnenmarktrechtliche Rahmenbedingungen

3.1.1 Grundsatz des freien Marktzugangs

73. 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“ Binnenmarktproblem⁵¹ 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.⁵² Indem ein kantonaler Entscheid über die Zulassung schweizweit gilt, ist gewährleistet, dass im harmonisierten Bereich nicht durch kantonale unterschiedliche

Auslegung und Anwendung von Bundesrecht neue Binnenmarktschranken aufgebaut werden.

74. 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.⁵³ 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 9 und 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.

75. Aus diesem Grund sieht das Binnenmarktgesetz in Ergänzung zum Herkunftsprinzip vor, dass ein kantonaler 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:

« 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.

⁵⁰ Gutachten der WEKO vom 5. Dezember 2016 (Fn 49), Rz 99; Empfehlung der WEKO zu Taxis (Fn 2), Rz 47 ff.

⁵¹ ZWALD (Fn 1), N 51.

⁵² 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.

⁵³ Botschaft revBGBM (Fn 12), hier 474.

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 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 ». »⁵⁴

76. 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. In der Praxis entfaltet Artikel 2 Absatz 6 BGBM seine Wirkung beispielsweise für die Zulassung zur Entsorgung von Sonderabfällen, welche 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, so dass 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.⁵⁵

3.1.2 Anforderungen an das Marktzugangsverfahren

77. 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.

78. 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 74 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.⁵⁶

79. 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**“⁵⁷*

80. 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.“⁵⁸

⁵⁴ AB 2005 N 883.

⁵⁵ KGer BL, 810 12 244/198 vom 31. Oktober 2012, in: URP 2013, 164; BR 2013, 278.

⁵⁶ 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).

⁵⁷ AB 2005 N 883.

⁵⁸ AB 2005 S 763.

81. Der Nationalrat hat in der Folge der Formulierung des Ständerats zugestimmt.⁵⁹

82. Ein kantonaler 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.“⁶⁰

83. Grundsätzlich gilt somit ein kantonaler 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 Anbieterin die bundesrechtlichen Voraussetzungen aufgrund von neuen, nach dem ersten kantonalen Entscheid eingetretenen Ereignisse nicht mehr erfüllt, oder wenn die Behörde am Ort der Erstzulassung das Bundesrecht offensichtlich und krass falsch angewendet 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

84. 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.⁶¹ 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

85. 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).

86. 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.

87. Die Marktzugangsverfahren für die **Berufe** im Geltungsbereich des **MedBG** und des **PsyG** werden durch das Kantonsarztamt (*Office du Médecin cantonal*)⁶², unterstützt durch den Kantonsapotheker, und für die Berufe im Veterinärbereich vom Amt für Verbraucherschutz und Veterinärwesen (*Service de la consommation et des affaires vétérinaires*, SCAV)⁶³ durchgeführt. Beide Ämter verlangen für ein Marktzugangsgesuch die folgenden Unterlagen: Gesuchsformular für die Bewilligung, Kopie der vom Herkunftskanton erteilten Bewilligung („Erstbewilligung“), aktueller Lebenskauf, Kopie des Diploms/der Diplome und anderer Weiterbildungstitel und Bescheinigungen, Kopie des Identitätsausweises (für SCAV mit sichtbarem Foto; auf der Website des Kantonsarztamtes ist dieses Dokument allerdings nicht erwähnt⁶⁴), Nachweis über eine Berufshaftpflichtversicherung. Das Kantonsarztamt verlangt zusätzlich die Einreichung einer von der zuständigen Behörde des Herkunftskantons ausgestellten Unbedenklichkeitserklärung („*Letter of Good Standing*“). Der SCAV verlangt ausserdem einen Strafregisterauszug im Original, ein Arztzeugnis über die Eignung zur Berufsausübung sowie gegebenenfalls die Kopie der Aufenthaltsbewilligung sowie die Adressen der verschiedenen geplanten Tätigkeitsorte.

⁵⁹ AB 2005 N 1620.

⁶⁰ AB 2005 S 763 ff.

⁶¹ 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.

⁶² Dem Département für Gesundheit und Soziales (*Département de la santé et de l'action sociale*, DSAS) angegliedert.

⁶³ Dem Département für Raumentwicklung und Umwelt (*Département du territoire et de l'environnement*, DTE) angegliedert.

⁶⁴ Vgl. <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/medecin/pratiquer-a-titre-independant-ou-dependant/>.

88. Das Kantonsarztamt hat mitgeteilt, dass im Zweifelsfall die zuständige Behörde des Herkunftsorts kontaktiert werde und dass das Verfahren kostenlos sei.

89. Der SCAV hat erklärt, dass das Verfahren kostenlos sei, die Bewilligung aber erst erteilt werde, wenn alle Voraussetzungen erfüllt seien.

90. Auf die Frage, welche Dokumente **nicht-ärztliche Psychotherapeutinnen/Psychotherapeuten**, die eine selbstständige Tätigkeit ausüben möchten, dem Marktzugangsgesuch beilegen müssen, hat das Kantonsarztamt nicht geantwortet. Laut dessen Website⁶⁵ müssen ein Gesuchsformular für die Bewilligung, die Kopie der Bewilligung des Herkunftskantons, die Kopie des Diploms, ein Lebenslauf sowie eine von der zuständigen Behörde des Herkunftskantons ausgestellte Unbedenklichkeitserklärung eingeseendet werden. Das Verfahren ist kostenlos.

91. Der Vollzugsföderalismus birgt das Risiko, dass auslegungsbedürftige Voraussetzungen wie etwa der Begriff der Vertrauenswürdigkeit in verschiedenen Kantonen unterschiedlich streng angewendet 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. vorne 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.

92. 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. Rz 74). Eine Rücküberprüfung der Bewilligungsvoraussetzungen durch den Kanton Waadt 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.⁶⁶ Beispielsweise könnte aufgrund einer zwischenzeitlichen schweren Erkrankung der gesuchstellenden Person die Voraussetzungen für eine einwandfreie Berufsausübung nicht mehr gegeben sein. Sind die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen nicht (mehr) erfüllt, muss die Bewilligungserteilung im Kanton Waadt 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).

93. Nachdem der Entscheid der Bundesrechtskonformität einer kantonalen Behörde für alle übrigen Kantone verbindlich und eine Rücküberprüfung der bundesrechtlichen Voraussetzungen grundsätzlich unzulässig ist, stellt sich die Frage, ob der Kanton Waadt Dokumente wie eine Unbedenklichkeitserklärung („*certificat de situation professionnelle*“; zur Problematik von Unbedenklichkeitserklärungen vgl. Rz 19–23), einen Strafregisterauszug oder ein Arztzeugnis überhaupt verlangen darf. 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 Medizinalberuferegister (MedReg, <https://www.medregom.admin.ch>) Zugang zu den folgenden Informationen:

- 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.

94. 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 Waadt 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 Waadt zur Klärung dieses Punktes von der gesuchstellenden Person weitere Informationen und Dokumente einverlangen.

95. 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.

⁶⁵ Vgl. <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/medecin/pratiquer-a-titre-independant-ou-dependant/>.

⁶⁶ 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.

96. Ferner könnte der Kanton Waadt 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 Waadt nur eingeschränkt oder mit Auflage erteilt, so ist dies gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b BGBM mit einem überwiegenden 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).⁶⁷

97. Dass sowohl das Kantonsarztamt als auch der SCAV das Marktzugangsverfahren für Inhaberinnen und Inhaber einer gemäss MedBG und PsyG von einem anderen Kanton erteilten Berufsausübungsbewilligung gratis durchführt, steht schliesslich im Einklang mit Artikel 3 Absatz 4 BGBM.

3.2.2 90-Tage-Meldung

98. Sowohl das MedBG als auch das PsyG sehen vor, dass die in einem anderen Kanton zugelassenen Personen während 90 Tagen pro Jahr ohne eine waadtländische Bewilligung im Kanton Waadt 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.

99. 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 die jährlich zu wiederholende Meldeverfahren für die 90-Tage-Tätigkeit, sodass letzteres hinfällig wird.⁶⁸ Das Kantonsarztamt und der SCAV sollten gesuchstellende Personen, die im Kanton Waadt um eine Bewilligung für 90 Tage gemäss Artikel 35 Absatz 2 MedBG oder Artikel 23 Absatz 1 PsyG ersuchen, über ihr Recht informieren, eine unbefristete Bewilligung zu beantragen.

100. In diesem Fall lassen sich die oben erwähnten binnenmarktrechtlichen Grundsätze (vgl. Rz 85–93) über das ordentliche Bewilligungsverfahren ohne Weiteres auch auf die 90-Tage-Meldung übertragen. Folglich kann der Kanton Waadt neben dem Gesuchsformular um Marktzugang und der auf das MedBG oder das PsyG gestützten

Verfügung des Herkunftskantons keine weiteren Dokumente einverlangen, ausser wenn wichtige Gründe vorliegen (vgl. Rz 94 in fine). Die Behörden des Kantons Waadt dürfen die Richtigkeit der über die Amtshilfebestimmung und das Gesundheitsberuferegister MedReg (sowie das künftige Psychologieberuferegister PsyReg) erlangten Auskünfte jederzeit überprüfen. Ferner muss das Verfahren kostenlos sein.

4 Empfehlungen

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

A. Empfehlungen zur Praxis des Kantons Waadt bei der Zulassung von ausserkantonalen Personen zu kantonal geregelten Erwerbstätigkeiten (Gesundheitsberufe, Gastgewerbe, Schneesportunterricht für Minderjährige, Occasionshandel, Kinderbetreuung und Sicherheitsdienste):

- A-1. Die zuständigen Behörden des Kantons Waadt müssen den Marktzugang in erster Linie nach Massgabe der **Verfügung und der Gesetzgebung des Herkunftskantons** prüfen (Art. 2 Abs. 1–4 BGBM). Zum einen impliziert die Anwendung des Waadtländer Rechts auf jeden Fall, dass die am Herkunftsort geltenden Vorschriften nicht gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Zum anderen kann diese Anwendung nur als Auflagen und/oder Bedingungen verfügt werden, die durch die Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM begründet sind.
- A-2. Der Kanton Waadt muss den gesuchstellenden Personen die Möglichkeit geben, anstelle einer Unbedenklichkeitserklärung („*certificat de situation professionnelle*“ oder „*Letter of Good Standing*“) die Behörden des Kantons Waadt zu **ermächtigen**, bei den Schwesterbehörden des Herkunftskantons Auskünfte einzuholen.
- A-3. Die Behörden des Kantons Waadt müssen ein Marktzugangsgesuch auch dann nach dem Herkunftsprinzip prüfen, wenn die betreffende Tätigkeit gemäss dem Recht des Herkunftsorts **ohne Bewilligung** bzw. **ohne Fähigkeitsausweis** ausgeübt werden darf. Die Gesuchsformulare müssen entsprechend angepasst werden. Wenn die Behörden des Kantons Waadt eine Bewilligung wegen mangelnder fachlicher Eignung verweigern (z. B. kein oder kein gleichwertiger Fähigkeitsausweis), müssen sie dies nach den Voraussetzungen von Artikel 3 Absatz 1 BGBM begründen und diesen Entscheid der WEKO mitteilen.

⁶⁷ 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 1091.

⁶⁸ DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1362.

-
- A-4. Der Kanton Waadt darf die persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen (insbesondere anhand eines Strafregisterauszugs) nur dann überprüfen, wenn der Herkunftskanton dies nicht bereits getan hat. Wenn die Behörden des Kantons Waadt eine Bewilligung wegen mangelnder persönlicher Eignung verweigern (z. B. rechtskräftige Verurteilung), müssen sie dies nach den Voraussetzungen von Artikel 3 Absätze 1 und 2 BGBM begründen und diesen Entscheid der WEKO mitteilen.
- A-5. Für auf das BGBM gestützte Verfügungen über die Marktzulassung dürfen die zuständigen Behörden des Kantons Waadt keinerlei Gebühren erheben (Art. 3 Abs. 4 BGBM).
- A-6. Der Kanton Waadt muss seine Verfügungen explizit auf Artikel 2 Absatz 3 BGBM (freier Dienstleistungsverkehr) bzw. Artikel 2 Absatz 4 BGBM (Niederlassungsfreiheit) abstützen.
- A-7. Die zuständige kantonale Behörde sollte Richtlinien zum BGBM-konformen Marktzugangsverfahren für Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen aus Kantonen ausserhalb des C ESéc erlassen.
- B. Empfehlungen zur Praxis des Kantons Waadt bei der Zulassung von Personen mit einer MedBG- oder PsyG-Bewilligung, die von den Behörden eines anderen Kantons ausgestellt wurden:**
- B-1. Der Kanton Waadt muss den Marktzugang in erster Linie nach der von der Behörde des Herkunftskantons ausgestellten MedBG- oder PsyG-Bewilligung beurteilen.
- B-2. Der Kanton Waadt muss die Richtigkeit der im Formular enthaltenen Angaben gestützt auf die Informationen im MedReg und PsyReg sowie über die Amtshilfe bei den Behörden des Herkunftskantons ad hoc überprüfen; es darf überdies keine Unbedenklichkeitserklärung („Letter of Good Standing“) verlangt werden.
- B-3. Der Kanton Waadt sollte auf das Einverlangen von Strafregisterauszügen und Versicherungsnachweisen verzichten, da diese bereits gegenüber den Behörden des Herkunftskantons erbracht wurden.
- B-4. Der Kanton Waadt sollte ausserkantonale Personen, die eine 90-Tage-Tätigkeit nach Artikel 35 Absatz 2 MedBG oder nach Artikel 23 Absatz 1 PsyG beantragen, darauf hinweisen, dass sie ohne Weiteres auch eine unbefristete Bewilligung beantragen können.
-