

B 2	<b>8. BGBM</b> LMI LMI
B 2.8	<b>1. Empfehlung vom 26. September 2016 betreffend Verwaltungspraxis des Kantons Bern bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen zuhanden Regierungsrat des Kantons Bern</b>

**Empfehlung****vom 26. September 2016**

in Sachen Binnenmarktrechtliche Untersuchung gemäss Art. 8 Abs. 3 BGBM

betreffend **Verwaltungspraxis des Kantons Bern bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen**

zuhanden Regierungsrat des Kantons Bern

**1 Übersicht**

1. Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Die Wettbewerbskommission (WEKO) überwacht die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Sie kann Untersuchungen durchführen und den betreffenden Behörden Empfehlungen abgeben (Art. 8 Abs. 3 BGBM). Damit die WEKO diesen 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 Art. 8 Abs. 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 Kanton Bern wurde die binnenmarktrechtliche Verwaltungspraxis im Bereich der folgenden Erwerbstätigkeiten geprüft:

- kantonale geregelte Gesundheitsberufe
- bundesrechtlich geregelte Gesundheitsberufe (universitäre Medizinalberufe und Psychologieberufe)
- Veterinärwesen
- Gastgewerbe
- Kinderbetreuung

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 Bern 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 Verbesserungspotential. Hingegen wurde das Binnenmarktgesetz im Bereich des Gastgewerbes und der Kinderbetreuung bis anhin offenbar nicht berücksichtigt. Insoweit einzelne kantonale Vorschriften, Praxen oder Verfügungen nach Auffassung der WEKO nicht im Einklang mit dem Binnenmarktgesetz stehen, wird dies dem Regierungsrat des Kantons Bern im Rahmen dieser Empfehlung nach Art. 8 Abs. 3 BGBM bekanntgeben.

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

**2 Kantonal geregelte Erwerbstätigkeiten**

6. Kap. 2 untersucht die Praxis des Kantons Bern bei der Zulassung von ausserkantonalen Personen zu kantonale geregelten Erwerbstätigkeiten. Zu diesem Zweck werden unter Kap. 2.1 die binnenmarktrechtlichen Grundsätze erläutert und in der Folge unter Kap. 2.2 auf die Verwaltungspraxis des Kantons Bern im Bereich der kantonalen Gesundheitsberufen (2.2.1), des Gastgewerbes (2.2.2) und der Kinderbetreuung (2.2.3) angewendet.

## 2.1 Binnenmarktrechtliche Rahmenbedingungen

### 2.1.1 Grundsatz des freien Marktzugangs

7. Die Bestimmung in Art. 2 Abs. 1 BGBM verleiht den Personen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes einen individual-rechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang.<sup>1</sup> In Konkretisierung des Anspruchs auf freien Marktzugang im Sinne von Art. 2 Abs. 1 BGBM statuieren Abs. 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:<sup>2</sup>

- *Dienstleistungsfreiheit*: Gemäss Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 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 des Anbieters.
- *Gewerbliche Niederlassungsfreiheit*: Nach Art. 2 Abs. 4 BGBM hat jede Person, die eine Tätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Erstniederlassung auszuüben. Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit am Ort der Erstniederlassung aufgegeben wird.

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

9. Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gilt nicht absolut. Die Behörde des Kantons Bern (Bestimmungsort)<sup>3</sup> kann den Marktzugang für ortsfremde Anbieter mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken. Dafür muss die zuständige Behörde in einem ersten Schritt prüfen, ob die generell-abstrakten Marktzugangsregeln und die darauf beruhende Praxis des Herkunftsorts eines ortsfremden Anbieters einen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen, wie die Vorschriften des Kantons Bern (Widerlegung der **Gleichwertigkeitsvermutung** gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM). Bei gleichwertigen Vorschriften ist der Marktzugang ohne weiteres und ohne Auflagen zu gewähren.<sup>4</sup> Im Falle von ungleichwertigen Marktzugangsregeln muss die Behörde des Kantons Bern darlegen, inwiefern die Marktzugangsbeschränkung die **Voraussetzungen von Art. 3 BGBM** erfüllt, d.h. zum Schutz eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM).<sup>5</sup> Klarerweise unverhältnismässig und damit unzulässig sind Beschränkungen gemäss Art. 3 Abs. 2 BGBM, wenn (nicht abschliessend):

- der Schutz des öffentlichen Interesses bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird;

- die Nachweise und Sicherheiten, die der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat, genügen;
- ein Sitz oder eine Niederlassung am Bestimmungsort verlangt wird;
- der hinreichende Schutz durch die Berufserfahrung des ortsfremden Anbieters gewährleistet ist.

10. Neben dem Herkunftsprinzip ist auch das Anerkennungsprinzip nach Art. 4 BGBM zu beachten. Gemäss Art. 4 Abs. 1 BGBM gelten kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht Beschränkungen nach Art. 3 BGBM unterliegen. Diese Bestimmung stellt eine Ergänzung des Rechts auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften dar. Die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen soll gewährleisten, dass bei bewilligungspflichtigen Erwerbstätigkeiten der Binnenmarkt Schweiz nicht durch unterschiedliche kantonale oder kommunale Bewilligungsvoraussetzungen vereitelt wird.<sup>6</sup>

### 2.1.2 Anforderungen an das Marktzugangsverfahren

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

<sup>1</sup> NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, N 1212 ff.; Ders., 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 Ausserwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, S. 399 ff., N 34-43.

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

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

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

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

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

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

12. Gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM ist über allfällige Beschränkungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts erfasst die Verpflichtung zur Durchführung eines einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens das Prüfungsverfahren als solches und beschränkt sich nicht auf Fälle, in denen Marktzugangsbeschränkungen in Erwägung gezogen oder gar auferlegt werden.<sup>8</sup> Der Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren gilt somit über den Wortlaut hinaus für das gesamte Marktzugangsverfahren. Eine Abweichung vom Grundsatz der Kostenlosigkeit gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM kann in gewissen Ausnahmefälle berechtigt sein. Dies ist etwa der Fall, wenn der Gesuchsteller rechtsmissbräuchlich handelt oder wegen mangelhafter Mitwirkung unnötig Kosten verursacht.<sup>9</sup>

13. Neben den Anforderungen von Art. 3 Abs. 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 Art. 2 und 4 BGBM 95 die Kantone in der formellen Ausgestaltung des Marktzugangsverfahrens nicht einschränkt.<sup>10</sup> Diese Praxis ist spätestens seit in Kraft treten des revidierten Binnenmarktgesetzes von 2005 zu relativieren.<sup>11</sup> Das mit der Revision von 2005 gestärkte Herkunftsprinzip bedeutet in formeller Hinsicht, dass der interkantonale Marktzugang ohne jegliche Formalitäten möglich sein müsste. Die Botschaft führt in diesem Zusammenhang aus, „dass die Betroffenen nicht verpflichtet sind, am Bestimmungsort eine Bewilligung für die Ausübung ihrer Tätigkeit einzuholen, sondern diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstiniederlassung ausgestellten Bewilligung ausüben können.“<sup>12</sup> Damit aber die Behörden des Kantons Bern 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 Bern die Aufsicht über ortsfremde Anbieterinnen ausüben, die sich auf ihrem Gebiet niedergelassen haben (Art. 2 Abs. 4 BGBM). Entsprechend muss die Möglichkeit bestehen, ortsfremde Anbieterinnen einer „Eingangskontrolle“ zu unterziehen und ein Melde- oder Bewilligungsverfahren durchzuführen. Dies räumt auch der Bundesrat in der Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes ein, indem er festhält, es sei den Kantonen überlassen, „die nötigen Vorkehrungen zu treffen“, um ihre Aufsichtspflicht sowie die Möglichkeit zur Auferlegung von Auflagen wahrnehmen zu können.<sup>13</sup> Die Botschaft lässt aber offen, welche Vorkehrungen möglich und überhaupt zulässig sind.

14. Jedes formelle Marktzugangsverfahren ist somit als Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM zu qualifizieren, das insgesamt zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen erforderlich und verhältnismässig sein muss.<sup>14</sup> Dabei stellen die Durchsetzung allfälliger Beschränkungen des Marktzugangs und die Wahrnehmung der Aufsichtspflicht (Art. 2 Abs. 4

BGBM) öffentliche Interessen dar, die eine Abweichung zum formlosen Marktzugang rechtfertigen können. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung ist zu berücksichtigen, ob die ortsfremde Anbieterin im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit nur vorübergehend am Bestimmungsort tätig ist (Art. 2 Abs. 3 BGBM), oder ob sie sich dort langfristig niederlässt (Art. 2 Abs. 4 BGBM).<sup>15</sup> In Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips fordert Art. 3 Abs. 4 BGBM in jedem Fall ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren (vorne, 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 Bern ist gestützt auf Art. 2 Abs. 3 und 4 BGBM verpflichtet, die Zulassung ortsfremder Anbieterinnen in Anwendung der am Herkunftsort geltenden Vorschriften zu beurteilen.
- Die Zulassungsbehörde des Kantons Bern kann die im Kanton Bern 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 Art. 3 Abs. 1 BGBM erfüllt sind. Unter diesen Voraussetzungen können die Berner Vorschriften in Form von Auflagen oder Bedingungen als anwendbar erklärt werden.

<sup>8</sup> BGE 123 I 313 E. 5; 125 II 56 E. 5b; 136 II 470 E. 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 E. 8.3 i.V.m. E. 7.1; ZWALD (Fn 1), N 76 f.

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

<sup>10</sup> So zum BGBM 95, BGE 125 II 56 E. 5a (RA Thalmann): „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.

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

<sup>12</sup> Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBI 2005 465 ff., 484; so auch das OGer AR, Urteil vom 22. Mai 2007 E. 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 Erstiniederlassung ausgestellten Bewilligung (Kanton St. Gallen) ohne Weiteres ausüben“.

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

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

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

- Allein die Tatsache, dass im Kanton Bern andere oder allenfalls strengere Bewilligungsvoraussetzungen gelten, führt nicht automatisch zur Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung.<sup>16</sup> Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall nicht widerlegt, ist dem ortsfremden Anbieter ohne Weiteres Marktzugang zu gewähren.<sup>17</sup>
- Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall widerlegt, so obliegt es den Behörden des Kantons Bern mit Bezug auf jede Auflage oder Bedingung zu begründen, inwiefern die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 BGBM erfüllt sind.
- Den Behörden des Kantons Bern ist es nicht ohne weiteres gestattet, standardmässig die Einreichung von Nachweisen hinsichtlich der persönlichen Eigenschaften zu verlangen, wie etwa Leumundszeugnis, Straf- oder Betreibungsregisterauszug usw.<sup>18</sup> Die Bewilligungsvoraussetzungen des Kantons Bern finden vorbehaltlich von Art. 3 Abs. 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 Art. 2 Abs. 5 BGBM.<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup>

## 2.2 Auswertung und Empfehlung zu den untersuchten Sektoren

### 2.2.1 Kantonal geregelte Gesundheitsberufe

16. Für die Durchführung der Zulassungsverfahren im Bereich der kantonal geregelten Gesundheitsberufe sind im Kanton drei verschiedene Behörden zuständig, namentlich das Alters- und Behindertenamt (ALBA), das Kantonsapothekeramt (KAPA) sowie das Kantonsarztamt (KAZA). Aus den Antworten auf den Fragebogen ergibt sich, dass die drei Behörden Gesuche von ausserkantonalen Anbieterinnen nach weitgehend identischen Marktzugangsverfahren beurteilen. In jedem Fall verlangen die Behörden eine Kopie der am Herkunftsort ausgestellten Berufsausübungsbewilligung, eine Kopie des Fähigkeitsausweises sowie eine Unbedenklichkeitsklärung des Kantons, welcher die Erstbewilligung ausgestellt hat. Das ALBA und das KAZA verlangen zusätzlich einen Originalauszug aus dem Zentralstrafregister sowie den Nachweis für eine Berufshaftpflichtversicherung.

17. Das KAZA richtet sich bei ausserkantonalen Gesuchstellerinnen ausdrücklich nach den am Herkunftsort

geltenden Bewilligungsvoraussetzungen und wendet die Vorschriften des Kantons Bern nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM an. Für ausserkantonale Gesuchstellerinnen besteht ein eigenes Gesuchsformular,<sup>21</sup> welches den Besonderheiten des BGBM-Zulassungsverfahrens Rechnung trägt.

18. Alle drei Behörden bearbeiten die Gesuche von ausserkantonalen Anbieterinnen ohne Erhebung von Gebühren oder Kosten.

19. In Anwendung der einleitend ausgeführten binnenmarktrechtlichen Grundsätze ist das Marktzugangsverfahren für ausserkantonale Anbieterinnen wie folgt zu beurteilen:

20. Ausserkantonale Anbieterinnen verfügen nur dann gestützt auf das Herkunftsprinzip (Art. 2 Abs. 1-4 BGBM) über einen Anspruch auf Marktzugang, wenn sie ihre Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausüben. Um die Rechtmässigkeit der am Herkunftsort ausgeübten Tätigkeit zu überprüfen, ist es grundsätzlich angezeigt, dass die Behörden des Kantons Bern eine Kopie der am Herkunftsort ausgestellten **Berufsausübungsbewilligung** verlangen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Tätigkeit am Herkunftsort ebenfalls einer Bewilligungspflicht untersteht. Der Anspruch auf freien Marktzugang nach Art. 2 Abs. 1-4 BGBM besteht aber selbst dann, wenn die Tätigkeit am Herkunftsort bewilligungsfrei zulässig ist.<sup>22</sup> In diesem Fall ergibt sich die Rechtmässigkeit der Tätigkeit bereits aus der am Herkunftsort geltenden Rechtslage und es kann natürlich keine Bewilligungskopie einverlangt werden. Steht aber die im Kanton Bern geltende Bewilligungspflicht einer Regelung gegenüber, die keine Bewilligung vorsieht, ist grundsätzlich von ungleichwertigen Marktzugangsvorschriften auszugehen (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Der Kanton Bern kann in diesem Fall den Marktzugang unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM mit Auflagen beschränken (siehe hinten, Rz 25).

21. Sodann stellt sich die Frage, ob vor dem Hintergrund des Gebots des einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens (Art. 3 Abs. 4 BGBM) eine **Unbedenklichkeitserklärung** einverlangt werden kann. Aufgrund des Herkunftsprinzips kann die Unbedenklichkeitserklärung nicht dazu dienen, die persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen des Berner Rechts zu überprüfen. Mit der

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

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

<sup>18</sup> 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).

<sup>19</sup> 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).

<sup>20</sup> 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).

<sup>21</sup> Erhältlich auf <http://www.gef.be.ch/gef/de/index/gesundheit/gesundheitsberufe.html>.

<sup>22</sup> ZWALD (Fn 1), N 48; DIEBOLD (Fn 1), N 1231; WEKO-Jahresbericht 2008, RPW 2009/1 14, 15; BGER, 2C\_844/2008 vom 15. Mai 2009 E. 4.2.1.

Unbedenklichkeitserklärung kann aber geprüft werden, ob die Gesuchstellerin die am Herkunftsort geltenden Voraussetzungen zum heutigen Zeitpunkt erfüllt, ob die Bewilligung noch gültig ist und ggf. mit Auflagen oder Bedingungen verbunden ist und ob Aufsichtsverfahren hängig sind. In binnenmarktrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass die ausserkantonale Gesuchstellerin grundsätzlich Anspruch auf ein kostenloses Marktzugangsverfahren hat. Nun ist es aber so, dass die Behörden des Herkunftskantons für die Ausstellung von Unbedenklichkeitserklärungen eine Gebühr verlangen und so das kostenlose Verfahren unterlaufen wird. Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob das Einverlangen einer Unbedenklichkeitserklärung gerechtfertigt ist.

22. In diesem Zusammenhang gilt zu beachten, dass der Kanton Bern die Bewilligung gestützt auf das BGBM selbst dann ausstellen muss, wenn im Herkunftskanton ein Aufsichtsverfahren gegen die Gesuchstellerin hängig ist. Der Anspruch auf Marktzugang besteht unter der Voraussetzung, dass die Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausgeübt wird. Ein hängiges Aufsichtsverfahren hat noch keinen Einfluss auf die Rechtmässigkeit der am Herkunftsort ausgeübten Tätigkeit. Auch disziplinarische Massnahmen, die nicht zum Entzug der Erstbewilligung führen, stellen keinen Grund zur Verweigerung einer Bewilligung im Kanton Bern dar. Erst wenn die am Herkunftsort ausgestellte Bewilligung rechtskräftig entzogen ist und damit die rechtmässige Ausübung der Tätigkeit am Herkunftsort dahinfällt, muss auch der Kanton Bern die gestützt auf das BGBM ausgestellte Bewilligung entziehen.

23. Es stellt sich somit die Frage, ob eine Unbedenklichkeitserklärung zur Prüfung der Gültigkeit der Erstbewilligung erforderlich ist. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine unbefristete Bewilligung auch gültig ist und dass sich allfällige Auflagen oder Bedingungen direkt aus der Verfügung ergeben. Es wäre allenfalls die wohl seltene Konstellation denkbar, dass eine ausserkantonale Gesuchstellerin die Kopie einer widerrufenen Bewilligung vorlegt um auf diese Weise böswillig eine Zulassung im Kanton Bern zu erwirken. Um solche Risiken auszuschliessen, besteht seitens der Behörde des Kantons Bern ein Interesse, eine Bestätigung der Behörde des Herkunftskantons zu erhalten, aus der hervorgeht, dass die unbefristete Erstbewilligung noch gültig ist. Bei befristeten Erstbewilligungen besteht dieses Risiko nicht, da die Inhaberin nach Ablauf der Bewilligungsdauer regelmässig neu überprüft wird und die neue Bewilligung auch im Kanton Bern vorweisen muss.

24. Nachdem das BGBM ein einfaches und kostenloses Verfahren verlangt, ist es vorzuziehen, wenn die Behörde des Kantons Bern direkt Rücksprache mit der am Herkunftsort zuständigen Behörde nimmt und die Gültigkeit der Erstbewilligung selber überprüft. Der Gesuchstellerin sollte zumindest die Wahl überlassen werden, ob sie entweder eine Unbedenklichkeitserklärung einreicht oder die Behörde des Kantons Bern ermächtigt, bei den Behörden des Herkunftskantons Abklärungen zu treffen. Im zweiten Fall obliegt es der Behörde des Kantons Bern, bei der ausserkantonalen Schwesterbehörde eine entsprechende Unbedenklichkeitserklärung einzuholen, wobei allfällige Gebühren der Gesuchstellerin nicht weiterverrechnet werden dürfen.

25. Sodann verlangen alle drei Behörden jeweils eine Kopie des **Fähigkeitsausweises**, wie beispielsweise das SRK-registrierte Diplom für Dipl. Pflegefachfrau/Pflegefachmann, einen anerkannten Fähigkeitsausweis HF für Drogist/Drogistin oder ein Abschlussdiplom für Psychotherapeut/Psychotherapeutin. In diesem Zusammenhang gilt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Zulassungsvoraussetzungen nicht rücküberprüft werden dürfen (vorne, Rz 15). Wurde die fachliche Befähigung bereits durch die Behörde des Herkunftsorts überprüft, darf die Behörde des Kantons Bern dies nicht erneut prüfen; es gilt die Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM. Ist die fragliche Tätigkeit im Herkunftskanton ohne fachliche Voraussetzungen zulässig,<sup>23</sup> so kann der Kanton Bern nach Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung und unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM die fachliche Befähigung überprüfen; dabei ist insb. die Berufserfahrung nach Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM zu berücksichtigen. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Einverlangen von Fähigkeitsausweisen nur in Einzelfällen gerechtfertigt ist bzw. dass das Gesuch auch dann geprüft werden muss, wenn die Gesuchstellerin nur die gültige Erstbewilligung und keinen Fähigkeitsausweis einreicht. Indem gemäss Gesuchsformular explizit die Kopie eines Fähigkeitsausweises verlangt wird, kann dies ausserkantonale Anbieterinnen ohne Fähigkeitsausweis davon abschrecken, überhaupt ein Gesuch einzureichen.

26. Die gleichen Überlegungen gelten auch für den **Strafregisterauszug**, welcher von den drei Behörden standardmässig im Original eingefordert wird. Die Gleichwertigkeitsvermutung und das Verbot der Rücküberprüfung gelten gemäss Bundesgericht nicht nur für die fachlichen, sondern auch für die persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen.<sup>24</sup> Wurde die persönliche bzw. charakterliche Eignung und insb. der Strafregisterauszug bereits durch die Behörden des Herkunftskantons geprüft, so darf die Behörde des Kantons Bern diese Voraussetzung nicht rücküberprüfen und folglich auch nicht das Einreichen eines Strafregisterauszugs verlangen.

27. Der Nachweis einer **Berufshaftpflichtversicherung** ist grundsätzlich zulässig,<sup>25</sup> wobei gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b BGBM die am Herkunftsort erbrachten Nachweise und Sicherheiten zu berücksichtigen sind. Diese Voraussetzung erfüllt das Marktzugangsverfahren des KAZA, indem auch der Nachweis einer gleichwertigen Sicherheit für die Deckung des Umfangs der Risiken, die sich aus der Tätigkeit ergeben, akzeptiert wird.

<sup>23</sup> Das Herkunftsprinzip nach Art. 2 Abs. 1-4 BGBM gilt selbst dann, wenn die Tätigkeit am Herkunftsort bewilligungsfrei oder ohne Anforderungen an die fachliche Befähigung zulässig ist (Fn 22).

<sup>24</sup> Siehe vorne Fn 19.

<sup>25</sup> BGer 2P.180/2000 vom 22. Februar 2001 E. 3c.

28. Sehr positiv zu bewerten ist sodann, dass für ausserkantonale Gesuchstellerinnen ein **separates Gesuchsformular** besteht und dass der Grundsatz der **Kostenlosigkeit** nach Art. 3 Abs. 4 BGBM eingehalten wird.

29. Die eingereichten **Zulassungsverfügungen** für ausserkantonale Gesuchstellerinnen sind nicht zu beanstanden. Es ist einzig anzuregen, dass die Verfügungen neben Art. 3 Abs. 4 der kantonalen Gesundheitsverordnung (BSG 811.111) und der Erstbewilligung zusätzlich auch auf Art. 2 Abs. 3 BGBM (Dienstleistungsverkehr) bzw. Art. 2 Abs. 4 BGBM (Niederlassung) abstützen.

### 2.2.2 Gastgewerbe

30. Die Regierungsstatthalterämter sind zuständig für die Zulassung von Gastwirtinnen und Gastwirten. Das Zulassungsverfahren richtet sich nach dem Gastgewerbegesetz vom 11. November 1983 (BSG 935.11). Aus den Antworten auf den Fragebogen ergibt sich, dass auch ausserkantonale Gesuchstellerinnen, die bereits in einem anderen Kanton über eine Bewilligung verfügen, nur nach den Voraussetzungen des bernischen Gastgewerbegesetzes zugelassen werden. Als Zulassungsvoraussetzung wird unter anderem ein **Fähigkeitsausweis** verlangt, wobei die Fähigkeitsausweise aller Kantone der Schweiz, das GastroSuisse-Zertifikat sowie weitere Ausbildungsabschlüsse anerkannt werden. Neben der Kopie des Fähigkeitsausweises ist ein **Strafregisterauszug**, eine Kopie der **Getränkekarte** sowie die **Betriebsbewilligung** des zu übernehmenden Betriebs einzureichen. Das Bewilligungsverfahren ist auch für ausserkantonale Gesuchstellerinnen gebührenpflichtig.

31. Mit der Revision des BGBM im Jahr 2005 wurde unter anderem das Ziel verfolgt, die Niederlassungsfreiheit für Erwerbstätigkeiten, die auf eine ortsgebundene Infrastruktur angewiesen sind, einzuführen. Der Bundesrat erwähnte dabei namentlich Gastwirtinnen und Gastwirte,<sup>26</sup> die aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum BGBM in seiner ursprünglichen Fassung von 1995 nicht von der Freizügigkeit profitieren konnten.<sup>27</sup> Seit dem 1. Juli 2006 gilt aber auch für Gastwirtinnen und Gastwirte das Herkunftsprinzip (Art. 2 Abs. 4 BGBM), d.h. sie können sich gestützt auf ihre Erstbewilligung des Herkunfts Kantons auch in einem anderen Kanton niederlassen,<sup>28</sup> und zwar nach den Vorschriften des Herkunfts Kantons.

32. Folglich können die Regierungsstatthalterämter des Kantons Bern die Voraussetzungen des Gastgewerbegesetzes nur dann auf ausserkantonale Gesuchstellerinnen anwenden, wenn dieselben Voraussetzungen nicht bereits durch die Behörde des Herkunfts Kantons geprüft wurde (Art. 2 Abs. 5 BGBM; vorne Rz 15) und wenn die Voraussetzungen des Gastgewerbegesetzes nach den Anforderungen von Art. 3 BGBM gerechtfertigt sind (vorne, Rz 9).

33. Vor diesem Hintergrund muss das zuständige Regierungsstatthalteramt des Kantons Bern von ausserkantonalen Gesuchstellerinnen in erster Linie die am Herkunftsort ausgestellte Gastgewerbebewilligung bzw. Wirtschaftsbewilligung einverlangen. Verfügt die ausserkantonale Gesuchstellerin über eine gültige Erstbewilligung oder übt sie die Tätigkeit am Herkunftsort recht-

mässig bewilligungsfrei aus, so hat sie gestützt auf Art. 2 Abs. 4 BGBM einen Anspruch auf Zulassung im Kanton Bern.

34. Mit Bezug auf das Bewilligungsverfahren des Kantons Bern bedeutet dies, dass von ausserkantonalen Anbieterinnen nur dann ein **Strafregisterauszug** verlangt werden kann, wenn der Leumund nicht bereits durch die Behörde des Herkunfts Kantons geprüft wurde. Sollte einer ausserkantonalen Gesuchstellerin die Bewilligung im Kanton Bern aufgrund eines Strafregistereintrags verweigert werden, so ist in der Verfügung insb. zu begründen, dass die Verweigerung zum Schutz eines öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Konkret muss aufgrund der verübten Straftat ein mit der Führung einer Gastwirtschaft zusammenhängendes öffentliches Interesse gefährdet sein, andernfalls die Bewilligung nicht verweigert werden darf.

35. Mit Bezug auf das Erfordernis eines **Fähigkeitsausweises** ist zu vermerken, dass der Kanton Bern sämtliche kantonalen Fähigkeitsausweise anerkennt und somit die Anforderungen von Art. 4 Abs. 1 BGBM erfüllt. Das Herkunftsprinzip nach Art. 2 Abs. 4 BGBM gewährleistet den Marktzugang aber selbst dann, wenn die Tätigkeit im Herkunfts Kanton rechtmässig ohne Fähigkeit ausgeübt wird.<sup>29</sup> Mit anderen Worten haben auch ausserkantonale Gastwirtinnen und Gastwirte Anspruch auf Marktzugang im Kanton Bern, wenn ihr Herkunftskanton kein Fähigkeitsausweis verlangt. Selbst wenn in diesem Fall die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegbar ist (Art. 2 Abs. 5 BGBM), kann das zuständige Regierungsstatthalteramt des Kantons Bern in solchen Fällen die Bewilligung wiederum nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM mit Auflagen oder Bedingungen versehen. Konkret ist zu begründen, dass der verlangte Fähigkeitsausweis zum Schutz eines öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Dabei ist insbesondere die bereits erlangte Berufserfahrung der ausserkantonalen Gesuchstellerin zu berücksichtigen (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM).

36. Das Einverlangen einer Kopie der **Getränkekarte** zur Überprüfung der Einhaltung der kantonalen Vorschriften über den Ausschank von Alkohol ist unproblematisch. Gleiches gilt für die **Bewilligung des zu übernehmenden Betriebs**, der den Anforderungen des Kantons Bern entsprechen muss.

37. Schliesslich ist festzustellen, dass die aktuelle Bewilligungspraxis des Kantons Bern nicht den Anforderungen von Art. 3 Abs. 4 BGBM genügt, indem von ausserkantonalen Gesuchstellerinnen eine **Gebühr** verlangt

<sup>26</sup> Botschaft revBGBM (Fn. 12), 484.

<sup>27</sup> So noch BGer 2P.362/1998 zu Art. 2 BGBM in der Fassung von 1995; vgl. DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1118-1125.

<sup>28</sup> Entscheidung vom 24. März 2015 des Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern betr. Gastwirtschaftsbewilligung, RPW 2015/2 160.

<sup>29</sup> Vorne, Fn 23.

wird. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts muss das Verfahren für ausserkantonale Anbieterinnen kostenlos erfolgen (vorne, Rz 12).

### 2.2.3 Kinderbetreuung

38. Das Kantonale Jugendamt (KJA) bewilligt und beaufsichtigt private Kindertagesstätten gemäss Pflegekinderverordnung (PVO, BSG 213.223 und gemäss PAVO; SR 211.222.338). Die Anforderungen wurden in den Richtlinien für die Bewilligung privater Kindertagesstätten konkretisiert. Es müssen ein Gesuch um Erteilung einer Erstbewilligung und die Dokumente gemäss „Checkliste erforderliche Beilagen“ eingereicht werden. Dies gilt für alle Gesuchsteller unabhängig von deren Herkunftsort.

39. Personen, die als Leiterin oder Leiter einer Kindertagesstätte tätig sind, müssen ein Gesuch mit folgenden Beilagen einreichen:

- Lebenslauf
- Kopien der Ausbildungendiplome
- Nachweis Weiterbildung Leitung
- Kopien Arbeitszeugnisse
- Referenzen (in der Regel zwei)
- Arzteugnisse gemäss Merkblatt „Gesundheitliche Eignung von Leitungspersonen und Mitarbeitenden von Kindertagesstätten“
- Aktuelle Strafregisterauszüge: Privatauszug und Sonderprivatauszug (Originale)
- Aktueller Betreibungsregisterauszug (Original)
- Kopie Arbeitsvertrag
- Stellenbeschrieb
- Pflichtenheft

40. Personen, die als Mitarbeiterin oder Mitarbeiter einer Kindertagesstätte tätig sind, müssen ein Gesuch mit folgenden Beilagen einreichen:

- Nachweis für Unfallversicherung nach UVG (Erwerbsausfall- und Krankentaggeldversicherung wird empfohlen)
- Nachweis über die Anmeldung bezüglich AHV/IV/EO bei der Ausgleichskasse (sobald vorliegend)
- Stellenbeschriebe
- Pflichtenhefte
- Kopie Arbeitsverträge (falls bereits vorhanden, sonst nachreichen sobald diese vorliegen)
- MitarbeiterInnenliste unter Angabe von Ausbildung und Beschäftigungsgrad (sobald bekannt)
- Stellenplan
- Schriftliche Bestätigung der Leitung, dass alle Mitarbeitende Strafregisterauszüge eingereicht haben.

41. Aus den Antworten zum Fragebogen lässt sich schliessen, dass das Binnenmarktrecht bis anhin nicht

berücksichtigt worden ist. Das KJA prüft auch bei ausserkantonalen Gesuchstellerinnen, ob die Voraussetzungen gemäss Pflegekinderverordnung (BSG 213.223) erfüllt sind. Sowohl bei innerkantonalen wie bei ausserkantonalen Anbieterinnen werden die gleichen Gebühren erhoben. Eine Erstbewilligung kostet Fr. 500 und für eine Abänderungen (z.B. Standorterweiterung, neue Standortleitung etc.) werden Fr. 300 erhoben.

42. Das Betreiben einer Kindertagesstätte ist eine privatwirtschaftliche Tätigkeit, die dem Binnenmarktgesetz untersteht (Art. 1 Abs. 3 BGBM). Folglich verfügen Personen, die in einem Kanton als Leiterin oder Leiter bzw. als Mitarbeiterin oder Mitarbeiter einer Kindertagesstätte zugelassen sind, über den Anspruch, nach den Herkunftsvorschriften auch im Kanton Bern zur Ausübung der entsprechenden Funktion zugelassen zu werden. Es gelten daher die vorne in Rz 15 zusammengefassten Grundsätze.

43. Verfügt eine Person bereits in einem anderen Kanton über eine gültige Bewilligung und gelten im Herkunftskanton gleichwertige persönliche und fachliche Zulassungsvoraussetzungen (Art. 2 Abs. 5 BGBM), so muss der Marktzugang im Kanton Bern ohne weiteres gewährt werden. Eine Rücküberprüfung der Bewilligungsvoraussetzungen ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in diesem Fall grundsätzlich unzulässig (vorne, Rz 15).

44. Gelten am Herkunftsort hingegen weniger strenge fachliche und/oder persönliche Bewilligungsvoraussetzungen und ist die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegbar (Art. 2 Abs. 5 BGBM), so kann der Kanton Bern unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM sein eigenes Recht anwenden. Führt die Anwendung des Berner Rechts zu einer Auflage oder Bedingung, so ist im Einzelnen zu begründen, inwiefern die Auflage oder Bedingung zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich, verhältnismässig sowie nichtdiskriminierend ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Dabei ist insbesondere auch die bereits erlangte Berufserfahrung der ausserkantonalen Gesuchstellerin zu berücksichtigen (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM).

45. Neben den natürlichen Personen verfügt auch das Unternehmen als Institution über einen Freizügigkeitsanspruch.<sup>30</sup> Das KJA muss im Rahmen des Bewilligungsverfahrens berücksichtigen, ob beispielsweise das pädagogische Konzept, das Betriebs- und Organisationskonzept, das Hygienekonzept u.a. sowie Versicherungen, Statuten, Werbung, Prospekte usw. bereits durch eine Behörde in einem anderen Kanton geprüft und als zulässig beurteilt worden sind. Trifft dies zu, so kann das KJA wiederum nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zusätzliche Auflagen oder Bedingungen verfügen.

46. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass das Marktzugangsverfahren für ausserkantonale Anbieterinnen in einem kostenlosen Verfahren erfolgen muss (Art. 3 Abs. 4 BGBM; dazu vorne, Rz 12).

<sup>30</sup> NICOLAS DIEBOLD/GAËL SCHAFFTER, Die Niederlassungsfreiheit für juristische Personen am Beispiel einer Zahnarztpraxis, RPW 2012 526.

### 3 Bundesrechtlich geregelte Erwerbstätigkeiten (Vollzugsföderalismus)

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

#### 3.1 Binnenmarktrechtliche Rahmenbedingungen

##### 3.1.1 Grundsatz des freien Marktzugangs

48. In verschiedenen Bereichen ist der Marktzugang materiell durch Bundesrecht harmonisiert (harmonisierter Bereich) und wird von den Kantonen vollzogen (sog. Vollzugsföderalismus). In der alltäglichen Verwaltungspraxis der Kantone lassen sich gewisse kantonale Unterschiede im Vollzug nicht vermeiden, was aus binnenmarktrechtlicher Perspektive dann problematisch sein kann, wenn sich diese kantonalen Divergenzen als Marktzugangsschranken auswirken. Dieses „atypische“ Binnenmarktproblem<sup>31</sup> bildet die ratio legis der anlässlich der Revision des BGBM von 2005 auf Vorschlag des Parlaments hin eingeführten Bestimmung in Art. 2 Abs. 6 BGBM. Diese Regelung soll sicherstellen, dass bundesgesetzkonforme Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen frei zirkulieren können.<sup>32</sup> Indem ein kantonaler Entscheid über die Zulassung schweizweit gilt, ist gewährleistet, dass im harmonisierten Bereich nicht durch kantonal unterschiedliche Auslegung und Anwendung von Bundesrecht neue Binnenmarktschranken aufgebaut werden.

49. Im Vergleich richtet sich der interkantonale Marktzugang im **nicht harmonisierten Bereich** wie gezeigt (vorne, Rz 9-12) nach dem Herkunftsprinzip (Art. 2 Abs. 1-4 BGBM) und der Gleichwertigkeitsvermutung (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Die Gleichwertigkeitsvermutung besagt, dass die im Kompetenzbereich der Kantone erlassenen Marktzugangsordnungen als gleichwertig gelten. Diese Vermutung beruht auf der Überzeugung, dass sich das Schutzbedürfnis der Bevölkerung von Kanton zu Kanton nicht unterscheidet.<sup>33</sup> Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts hat die Gleichwertigkeitsvermutung zur Folge, dass die kantonale Zulassungsbehörde des Bestimmungsorts die fachlichen und persönlichen Zulassungsvoraussetzungen des Herkunftsorts nicht rücküberprüfen darf (vorne, Rz 9, 15). Nun wäre es in sich widersprüchlich und mit Art. 95 Abs. 2 BV nicht vereinbar, wenn die Kantone beim Vollzug der bundesrechtlich **harmonisierten** Vorschriften durch unterschiedliche Auslegung oder Anwendung unterschiedlicher Massstäbe neue Binnenmarktschranken aufbauen könnten.

50. 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 har-

monisierten Bereich gelten. Der damalige Nationalrat DIDIER BURKHALTER führte in der 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.

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 interkantonaux 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.

[...]

<sup>31</sup> ZWALD (Fn 1), N 51.

<sup>32</sup> DAVID HERREN, Das Cassis de Dijon-Prinzip, 2014, S. 220; Yvonne Schleiss, Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten, 2014, S. 319; Sekretariat WEKO, Die Grundzüge des BGBM und die wichtigsten Neuerungen im Überblick, RPW 2006/2 221 f.

<sup>33</sup> Botschaft revBGBM (Fn 12), 474.



J'ajoute que ce principe correspond également au contenu de l'article 95 alinéa 2 de la Constitution, selon lequel la Confédération 'veille à créer un espace économique suisse unique'.<sup>34</sup>

51. Die Regelung von Art. 2 Abs. 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.

52. In der Praxis entfaltet Art. 2 Abs. 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). Art. 8 VeVA statuiert, dass solche Unternehmen für jede Betriebsstätte eine Bewilligung der kantonalen Behörde benötigen. Gemäss dem Kantonsgericht Basellandschaft stützt sich die im Kanton Aargau ausgestellte Bewilligung zum Betrieb einer mobilen Aufbereitungsanlage ausschliesslich auf Bundesrecht, so dass sie gemäss Art. 2 Abs. 6 BGBM für die ganze Schweiz gilt. Erfolgt die Annahme der Sonderabfälle in einem anderen Kanton, so muss keine zusätzliche Entsorgungsbewilligung eingeholt werden.<sup>35</sup>

### 3.1.2 Anforderungen an das Marktzugangsverfahren

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

54. Nach ständiger Praxis und einhelliger Lehre können Beschränkungen des Herkunftsprinzips (Art. 2 Abs. 1-4 BGBM) im nicht harmonisierten Bereich unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM gerechtfertigt werden. Wie bereits vorne in Rz 49 ausgeführt, besagt die Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM, dass die kantonale Zulassungsbehörde des Bestimmungsorts die fachlichen und persönlichen Zulassungsvoraussetzungen des Herkunftsorts nicht rücküberprüfen darf. Eine Rücküberprüfung ist gemäss Bundesgericht nur zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ortsfremde Anbieterin die Voraussetzungen des Herkunftsorts entweder bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung nicht erfüllt hatte oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt.<sup>36</sup>

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

„L'application des principes indiqués ci-dessus pré-suppose l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché, **ainsi que l'équivalence de l'exécution de lois fédérales par les cantons**“<sup>37</sup>

56. Der Ständerat hat diesen Vorschlag des Nationalrats aufgenommen und entsprechend der heutigen Fassung von Art. 2 Abs. 6 BGBM neu formuliert. Der Ständerat EUGEN DAVID führte dazu aus:

„Wir nehmen hier die Idee auf, die schon im Nationalrat eine Mehrheit gefunden hat. Wir haben sie nur anders formuliert, und zwar in dem Sinne, dass wir am Bewilligungs- oder Genehmigungs- oder Feststellungsentscheid der ersten kantonalen Behörde anknüpfen und festhalten, dass dieser für die ganze Schweiz gilt.“<sup>38</sup>

57. Der Nationalrat hat in der Folge der Formulierung des Ständerats zugestimmt.<sup>39</sup>

58. Ein kantonalen Entscheid über die Bundesrechtskonformität einer Ware, Dienstleistung oder Arbeitsleistung soll somit für die ganze Schweiz gelten. In aller Regel besteht für die Kantone deshalb kein Spielraum, die Anwendung von Bundesrecht durch die Behörde eines anderen Kantons zu hinterfragen und den Marktzugang zu beschränken. Genau das soll mit Art. 2 Abs. 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 Art. 2 Abs. 6 BGBM für die ganze Schweiz. Der Ständerat EUGEN DAVID führte dazu aus:

„Wenn ein Kantonschemiker feststellt, dass ein Produkt [sic. ohne vorgängige behördliche Kontrolle] auf den Markt gebracht wird, das dem Lebensmittelrecht widerspricht, ist es seine Pflicht und sein Recht und seine Verantwortung, dieses Produkt nach dem Lebensmittelrecht zu verbieten. Dann gilt aber dieser Entscheid für die ganze Schweiz [...] Der Betroffene, der mit diesem Entscheid konfrontiert ist, muss sich an die Rekursbehörde wenden [...] Dann entscheidet – wiederum für die ganze Schweiz – die Rekurskommission, ob das jetzt so oder anders ist. Das ist der Grundgedanke dieser Regelung; sie gilt also auch für die Verweigerungsentscheide.“<sup>40</sup>

<sup>34</sup> AB 2005 N 883.

<sup>35</sup> KGer BL, 810 12 244/198 vom 31. Oktober 2012, in: URP 2013, 164; BR 2013, 278.

<sup>36</sup> 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).

<sup>37</sup> AB 2005 N 883.

<sup>38</sup> AB 2005 S 762.

<sup>39</sup> AB 2005 N 1620.

<sup>40</sup> AB 2005 S 763 f.

59. Grundsätzlich gilt somit ein kantonaler Entscheid nach Art. 2 Abs. 6 BGBM für alle übrigen Kantone verbindlich. Eine Rücküberprüfung der Bundesrechtskonformität wäre in Analogie zur Praxis betreffend Art. 2 Abs. 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 Art. 3 Abs. 1 BGBM kein Raum.

### 3.2 Universitäre Medizinalberufe und Psychologieberufe

60. Das Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (MedBG; SR 811.11) und das Bundesgesetz über die Psychologieberufe (PsyG; SR 935.81) regeln bundesrechtlich die Zulassungsvoraussetzung für die diesen beiden Gesetzen unterstehenden Berufe. Es gilt zwischen den kantonalen Bewilligungsverfahren (Kap. 3.2.1) und den Meldeverfahren für den interkantonalen Dienstleistungsverkehr bis zu 90 Tagen pro Jahr (Kap. 3.2.2) zu unterscheiden. Dabei ist zu beachten, dass die binnenmarktrechtlichen Grundsätze subsidiär Anwendung finden.<sup>41</sup> Insbesondere hat eine Person, die bereits über eine kantonale Bewilligung verfügt und in einem anderen Kanton tätig werden will, nach dem Binnenmarktgesetz Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Bewilligungsverfahren (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

#### 3.2.1 Berufsausübungsbewilligung

61. Im Bereich der universitären Medizinalberufe sind die Zulassungsvoraussetzungen zur selbstständigen Berufsausübung in Art. 36 MedBG bundesrechtlich geregelt. Unter anderem ist vorausgesetzt, dass der Gesuchsteller 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).

62. Das Psychologieberufegesetz folgt derselben Struktur wie das MedBG. Die fachlichen und persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen sind in Art. 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 Art. 24 Abs. 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 Art. 2 Abs. 6 BGBM, wonach ein kantonaler Entscheid, dass eine Person die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt, für die ganze Schweiz gilt.

63. Die Bewilligungsverfahren für Berufe im Geltungsbereich des MedBG und des PsyG werden durch das Kantonsarztamt (KAZA), das Kantonsapothekeramts (KAPA) und den Veterinärdienst durchgeführt. Alle drei Ämter

verlangen von ausserkantonale bereits zugelassenen Personen eine Kopie der gültigen Bewilligung des anderen Kantons, eine Unbedenklichkeitserklärung und eine Kopie des Ausbildungsabschlusses (Diplom). Das KAZA und der Veterinärdienst verlangen zusätzlich einen Strafregisterauszug sowie den Nachweis über eine Berufshaftpflichtversicherung.

64. Das KAZA überprüft die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen anhand der Unbedenklichkeitserklärung und der im Medizinalberuferegister (MedReg) erhältlichen Daten. Der Veterinärdienst überprüft ebenfalls die Daten im MedReg und das KAPA überprüft die Bewilligungsvoraussetzungen nicht erneut.

65. 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 Art. 2 Abs. 1-5 BGBM gewährleistet ist (dazu vorne, Rz 7 ff.). Es wäre in sich widersprüchlich und mit Art. 95 Abs. 2 BV nicht vereinbar, wenn die Freizügigkeit im nicht harmonisierten, kantonal geregelten Bereich besser funktionieren würde als im harmonisierten Bereich. Aus diesem Grund sieht Art. 2 Abs. 6 BGBM vor, dass der Entscheid einer kantonalen Behörde, wonach ein Gesuchsteller die Voraussetzungen von Art. 36 MedBG erfüllt, auch für die anderen Kantone verbindlich wirkt. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass Art. 2 Abs. 6 BGBM neben den kantonalen Entscheiden über die Bundesrechtskonformität der fachlichen Eignung auch den Entscheid über die Bundesrechtskonformität der persönlichen Eignung umfasst.

66. Daraus lässt sich ableiten, dass das aus der Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM entwickelte Rücküberprüfungsverbot des Bundesgerichts umso mehr auch für Art. 2 Abs. 6 BGBM gelten muss (vorne, Rz 49). Eine Rücküberprüfung der Bewilligungsvoraussetzungen durch den Kanton Bern ist nur möglich, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung gar nicht erfüllt hat oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt.<sup>42</sup> Beispielsweise könnte aufgrund einer zwischenzeitlichen schweren Erkrankung der antragstellenden Person die Voraussetzungen für eine einwandfreie Berufsausübung nicht mehr gegeben sein. Sind die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen nicht (mehr) erfüllt, muss die Bewilligungserteilung im Kanton Bern 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).

<sup>41</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 3. Dezember 2004, BBI 2005 173, 228; Botschaft zum Psychologieberufegesetz vom 30. September 2009, BBI 2009 6897, 6939; DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1082-1092.

<sup>42</sup> BGer, 2C\_57/2010 vom 4. Dezember 2010 E. 4.1; BGE 135 II 12 E. 2.4; BGer, 2C\_68/2009 vom 14. Juli 2009 E. 6.3.

67. 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 Bern überhaupt die Dokumente wie Unbedenklichkeitserklärung (zur Problematik von Unbedenklichkeitserklärungen vorne, Rz 21-24), Strafregisterauszug u.a. einverlangen kann. Hinzu kommt, dass in Art. 42 und 44 MedBG und Art. 29 und 31 PsyG je eine Amtshilfebestimmung enthalten ist und die kantonalen Behörden gegenseitig Informationen über die Gültigkeit der Bewilligung sowie allfällige Berufspflichtverletzungen austauschen können. Sodann haben die kantonalen Behörden im MedReg Zugang zu den folgenden Informationen:

- Medizinalpersonen mit einem eidgenössischen oder einem anerkannten ausländischen Diplom
- Informationen zu Weiterbildung/Spezialisierung
- Berufsausübungsbewilligungen (nur für selbständige 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

68. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass ein ausgefülltes Gesuchsformular sowie eine Kopie der im Herkunftskanton ausgestellten Erstbewilligung für die Zulassung nach Art. 2 Abs. 6 BGBM grundsätzlich ausreichen muss. Die über die Amtshilfebestimmung und das MedReg zugänglichen Informationen reichen aus, um die Richtigkeit der Angaben der Gesuchstellerin zu überprüfen. Ist in einem anderen Kanton ein Disziplinarverfahren pendent, so kann der Kanton Bern grundsätzlich in analoger Anwendung von Art. 43 Abs. 4 MedBG und Art. 30 Abs. 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 Bern zur Klärung dieses Punktes von der Gesuchstellerin weitere Informationen und Dokumente einverlangen.

69. 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.

70. Ferner könnte der Kanton Bern eine Bewilligung zur Sicherung einer Versorgung von hoher Qualität in fachlicher, zeitlicher oder räumlicher Hinsicht einschränken (Art. 37 MedBG; Art. 25 PsyG). Insofern eine Gesuchstellerin bereits über eine MedBG oder PsyG-Bewilligung in einem anderen Kanton verfügt, unterstehen solche Auflagen den Marktzugangsgrundsätzen des BGBM. Wird einer ausserkantonalen Gesuchstellerin eine Bewilligung im Kanton Bern nur eingeschränkt oder mit Auflage erteilt, so ist dies gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM mit einem überwiegenden öffentlichen Interesse zu begründen. Als solches kommt gemäss Art. 37

MedBG und Art. 25 PsyG einzig die Sicherung einer zuverlässigen Gesundheitsversorgung von hoher Qualität in Frage. Ausserdem muss eine kantonale Einschränkung oder Auflage gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM gleichermaßen für ortsansässige Personen gelten (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM) und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM).<sup>43</sup>

71. Schliesslich ist zu vermerken, dass das KAZA, das KAPA und der Veterinärdienst die Bewilligungsverfahren für bereits ausserkantonal zugelassene Personen im Geltungsbereich des MedBG und des PsyG gebührenfrei durchführen und damit das Gebot der Kostenlosigkeit nach Art. 3 Abs. 4 BGBM eingehalten ist.

### 3.2.2 90-Tage Meldung

72. Sowohl das MedBG als auch das PsyG sehen vor, dass die in einem anderen Kanton zugelassenen Personen während 90 Tagen pro Jahr ohne eine bernische Bewilligung im Kanton Bern tätig sein dürfen. Es besteht für diese Fälle einzig eine jährliche Meldepflicht (Art. 35 Abs. 2 MedBG; 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.

73. 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 Art. 2 Abs. 6 und Art. 3 Abs. 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, so dass letzteres hinfällig wird.<sup>44</sup> Das KAZA, das KAPA und der Veterinärdienst sollten ausserkantonalen Personen, die eine 90-Tage Tätigkeit nach Art. 35 Abs. 2 MedBG oder 23 Abs. 1 PsyG im Kanton Bern melden, darauf hinweisen, dass sie ohne weiteres auch eine unbefristete Berufsausübungsbewilligung beantragen können.

74. Im Übrigen lassen sich die binnenmarktrechtlichen Grundsätze zum Bewilligungsverfahren (vorne, Rz 61-71) ohne weiteres auch auf das Meldeverfahren übertragen. Folglich können neben dem Meldeformular und der gültigen MedBG oder PsyG-Bewilligung eines anderen Kantons keine weiteren Unterlagen oder Dokumente einverlangt werden. Die Richtigkeit der Angaben ist über die Amtshilfebestimmung und das MedReg zu überprüfen. Das Meldeverfahren muss zudem kostenlos sein.

<sup>43</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 173, 228; Botschaft zum Psychologieberufegesetz vom 30. September 2009, BBl 2009 6897, 6939; DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1091.

<sup>44</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1362.

#### 4 Empfehlungen

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

##### A. Empfehlungen zur Praxis des Kantons Bern bei der Zulassung von ausserkantonalen Personen zu kantonal geregelten Erwerbstätigkeiten (Gesundheitsberufe, Gastgewerbe und Kinderbetreuung):

- A-1. Der Marktzugang ist in erster Linie nach der von der Behörde des Herkunftskantons ausgestellten Bewilligung sowie den **am Herkunftsort geltenden Vorschriften** zu beurteilen (Art. 2 Abs. 1-4 BGBM). Die Anwendung des bernischen Rechts setzt voraus, dass am Herkunftsort keine gleichwertigen Vorschriften bestehen (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und dass die Vorschriften des bernischen Rechts explizit als Auflage verfügt und nach den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM begründet werden.
- A-2. Der Gesuchstellerin sollte die Möglichkeit eingeräumt werden, anstelle einer Unbedenklichkeitserklärung einzureichen die Behörden des Kantons Bern zu **ermächtigen**, bei den zuständigen Behörden des Herkunftskantons Abklärungen zu treffen.
- A-3. Ein Gesuch muss auch dann nach dem Herkunftsprinzip geprüft werden, wenn eine Gesuchstellerin die fragliche Tätigkeit rechtmässig im Herkunftskanton **bewilligungsfrei bzw. ohne Fähigkeitsausweis** ausübt. Das Gesuchsformular sollte entsprechend angepasst werden. Die Verweigerung der Bewilligung wegen mangelnder fachlicher Eignung (z.B. gar kein oder kein gleichwertiger Fähigkeitsausweis) muss unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM begründet und der WEKO mitgeteilt werden.
- A-4. Die **persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen** (insb. Strafregisterauszug) dürfen nur dann überprüft werden, wenn diese nicht bereits durch die Behörde des Her-

kunftskantons geprüft worden sind. Die Verweigerung der Bewilligung wegen mangelnder persönlicher Eignung (z.B. rechtskräftige Verurteilung) muss unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM begründet und der WEKO mitgeteilt werden.

- A-5. Für das Verfahren zur Bewilligung von ausserkantonalen Gesuchstellerinnen sind **keinerlei Gebühren** zu erheben (Art. 3 Abs. 4 BGBM).
  - A-6. Die Verfügungen sollten explizit auf Art. 2 Abs. 3 BGBM (Dienstleistungsverkehr) bzw. Art. 2 Abs. 4 BGBM (Niederlassung) **abgestützt** werden.
- ##### B. Empfehlungen zur Praxis des Kantons Bern bei der Zulassung von Personen mit einer MedBG oder PsyG-Bewilligung, die von der zuständigen Behörden eines anderen Kantons ausgestellt worden sind:
- B-1. Der Marktzugang ist in erster Linie nach der von der Behörde des Herkunftskantons ausgestellten MedBG oder PsyG-Bewilligung zu beurteilen.
  - B-2. Die Richtigkeit der Angaben im Gesuchsformular sollte anhand der Informationen im MedReg und PsyReg sowie amtshilfeweise bei den Behörden des Herkunftsorts überprüft werden; auf das Einverlangen von Unbedenklichkeitserklärungen ist zu verzichten.
  - B-3. Auf das Einreichen von Strafregisterauszügen und Versicherungsnachweisen ist zu verzichten, da diese Nachweise bereits gegenüber den Behörden des Herkunftskantons erbracht worden sind.
  - B-4. Ausserkantonale Personen, die eine 90-Tage Tätigkeit nach Art. 35 Abs. 2 MedBG oder 23 Abs. 1 PsyG im Kanton Bern melden, sollten darauf hingewiesen werden, dass sie ohne weiteres auch eine unbefristete Berufsausübungsbewilligung beantragen können.