

Botschaft
zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt
(Binnenmarktgesetz, BGBM)

vom 23. November 1994

Sehr geehrte Frau Präsidentin,
sehr geehrter Herr Präsident,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir unterbreiten Ihnen hiermit mit dem Antrag auf Zustimmung den Entwurf eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt.

Wir versichern Sie, sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

23. November 1994

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Stich

Der Bundeskanzler: Couchepin

Übersicht

Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) ist Teil der Massnahmen zur marktwirtschaftlichen Erneuerung. Es bezweckt, durch den Abbau öffentlichrechtlicher Wettbewerbshindernisse im kantonalen und kommunalen Recht und durch die Beseitigung von Mobilitätsschranken (bundesweite Anerkennung der kantonalen Fähigkeitsausweise) die Wettbewerbskräfte in der Schweiz zu beleben und damit den Wirtschaftsstandort Schweiz im internationalen Umfeld zu stärken.

Der Entwurf für dieses neuartige Gesetz ist als Grundsatzterlass konzipiert. Er beschränkt sich darauf, die für einen funktionierenden Binnenmarkt elementaren Grundsätze für den freien Zugang zum Markt festzulegen, und sieht für die einzelnen Bereiche keine Rechtsharmonisierung vor. Dabei ist er auf das Zusammenwirken von Bund, Kantonen und Gemeinden ausgerichtet: Die interkantonalen Bemühungen um eine eigentliche Harmonisierung der Zulassungsbedingungen im öffentlichen Beschaffungswesen und der Voraussetzungen für die Anerkennung von Ausbildungsgängen für den schweizerischen Binnenmarkt bleiben von erstrangiger Bedeutung.

Der 2. Abschnitt enthält den Grundsatz der Nichtdiskriminierung ortsfremder Anbieter und das auf schweizerische Rechtsverhältnisse umgesetzte Cassis-de-Dijon-Prinzip, wonach die Gleichwertigkeit der kantonalen Zulassungsvoraussetzungen für die Ausübung bestimmter Erwerbsarten vermutet wird. Artikel 2 bildet den eigentlichen Kern der Vorlage. Jede Person mit Niederlassung und jede Unternehmung mit Sitz in der Schweiz hat das Recht, Waren, Arbeits- und Dienstleistungen im gesamten Gebiet des Bundes anzubieten; der Zugang zum Markt richtet sich nach den Vorschriften, die am Herkunftsort der anbietenden Person oder Unternehmung gelten. Sind also das Inverkehrbringen und das Verwenden einer Ware oder das Erbringen einer Arbeits- oder Dienstleistung am Herkunftsort erlaubt, so soll diese Tätigkeit im gesamten Bundesgebiet ausgeübt werden können. Dies gilt auch für die

Zulassung zu bewilligungspflichtigen Berufsarten; kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitszeugnisse sollen grundsätzlich in der ganzen Schweiz gelten.

Der freie Zugang zum Markt kann aus Gründen des öffentlichen Interesses (wie Schutz der Gesundheit oder die Gewährleistung eines hinreichenden Ausbildungsstandes für bewilligungspflichtige Berufsarten) eingeschränkt werden. Die Beschränkungen müssen jedoch für die Wahrung solcher öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein; sie müssen gleichermassen für Ortsfremde wie für Ortsansässige gelten und dürfen kein verdecktes Handelshemmnis zugunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten. Artikel 3 enthält bezüglich der Beschränkungskriterien eine Reihe konkretisierender Bestimmungen.

Der Zugang zum Markt richtet sich nur dort nach dem am Erbringungs-ort (statt am Herkunftsort) geltenden Recht, wo dies in der Natur der Sache liegt, nämlich beim öffentlichen Beschaffungswesen. Hier kommt der Grundsatz der Nichtdiskriminierung zum Tragen: Bei öffentlichen Beschaffungen dürfen die Kantone und Gemeinden Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche den im Gesetz vorgesehenen Beschränkungsmöglichkeiten (Art. 3) widerspricht. Um die für die Durchsetzung dieser Rechte notwendige Transparenz zu garantieren, sind Vorhaben für umfangreiche öffentliche Beschaffungsvorhaben sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich zu publizieren.

Das Binnenmarktgesetz findet auf die Beschaffungen des Bundes keine Anwendung. Diese sind im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen geregelt, das ebenfalls dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung der Anbieter verpflichtet ist.

Wo interkantonale Vereinbarungen über das öffentliche Beschaffungswesen und die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen die Mindestanfor-

derungen des Gesetzes konkordatsweit durchsetzen, gehen sie dem BGBM vor.

Um Inländerdiskriminierungen gegenüber dem Ausland zu vermeiden, nimmt der Entwurf auch auf völkerrechtliche und interkantonale Verträge Bezug. Im Rahmen von Staatsverträgen des Bundes sollen alle inländischen Anbieter den ausländischen bezüglich des Marktzugangs gleichgestellt werden. Durch kantonale Staatsverträge und Konkordate eingeräumte Marktzugangsrechte werden auf die Angehörigen derjenigen Kantone ausgedehnt, welche Gegenrecht halten.

Im 3. Abschnitt sind die Aufgaben des Bundes umschrieben, nämlich Konsultations- und Informationspflichten gegenüber den Kantonen sowie die Förderung der interkantonalen Zusammenarbeit, wobei auf die Möglichkeit finanzieller Unterstützungen verzichtet wird.

Der 4. Abschnitt sieht vor, dass die Wettbewerbsbehörden des Bundes über die Einhaltung dieses Gesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden zu wachen haben und dass sie an die Behörden Empfehlungen richten können. Beschränkungen des freien Marktzuganges sind in Form von anfechtbaren Verfügungen zu erlassen. Letztinstanzliche kantonale Entscheide können mit der staatsrechtlichen Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden. Die Folgen rechtswidriger Vergaben im öffentlichen Beschaffungswesen bleiben auf das kantonale Haftpflichtrecht beschränkt. Das Verfahren gegen Verfügungen des Bundes richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege.

Botschaft

1 Allgemeiner Teil

11 Ausgangslage

111 Der schweizerische Wirtschaftsraum heute

111.1 Bundesstaat und Binnenmarkt

Der schweizerische Wirtschaftsraum ist über Jahrzehnte gewachsen. Um ihn zu schaffen, wurden im noch jungen Bundesstaat¹⁾ die wichtigsten Kompetenzen des öffentlichen und privaten Wirtschaftsrechts dem Bund übertragen. Als Beispiele seien hier lediglich die Aussenwirtschaft (Art. 8 BV), das Zollwesen (Art. 28ff. BV), Geld und Währung (Art. 38f. BV) sowie das Zivil- und Handelsrecht (Art. 64 BV) erwähnt. Verschiedene Grundrechte, vorab die Niederlassungsfreiheit, trugen ebenfalls wesentlich zur Stärkung der Integration bei.

Das Ziel, einen einheitlichen Wirtschaftsraum zu schaffen, wurde primär durch die Übertragung von Handlungs- und Regelungskompetenzen an den Bund verfolgt. Im Rahmen der föderalistischen Grundstruktur verblieben aber wesentliche Bereiche in der kantonalen Hoheit. Die Kompetenzaufteilung mag eine Erklärung dafür sein, warum das Problem der bundesrechtlichen Kompatibilität kantonaler Regelungen wenig angegangen und die bundesstaatliche Dimension der Handels- und Gewerbefreiheit (HGF) sowie die interkantonalen Harmonisierungsbestrebungen lange nur

1) Im 19. Jahrhundert befasste sich bereits die Tagsatzung mit Fragen des interkantonalen Wirtschaftsverkehrs. In den Beschlüssen vom 15. Juli 1818, vom 13. Juli 1819 und vom 26. Juli 1831 wendete sie sich gegen Regelungen, welche den freien Wirtschaftsverkehr ungerechtfertigt einengten. So sollten polizeiliche Verfügungen der Kantone gegen Wucher und Vorkauf nicht in Sperranstalten von Kantonen gegen Kantone ausarten, der freie Getreidehandel zwischen Kantonen oder mit dem Ausland sollte nur unter ausserordentlichen Umständen behindert werden können. Am 26. Juli 1831 beschloss sie, dass "der Verkehr mit Lebensmitteln, Landes- und Industrieerzeugnissen wie auch Kaufmannswaren, [...] im Innern der Eidgenossenschaft im vollsten Sinne des Wortes frei sein [müsse] und [...] auf keine Weise gehemmt werden [dürfe]." - Offiz. Sammlung 2 253; zit. bei Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931, S. 222.

geringfügig entwickelt wurden. Die schweizerische Wettbewerbskonzeption konnte zudem mangels einer eigentlichen Wettbewerbsgarantie keinen wirklichen Beitrag zur Verhinderung von Hemmnissen und Verzerrungen leisten.

Die Analyse einzelner Bereiche des Binnenmarktes Schweiz (Ziff. 112) zeigt, dass die bisherigen Anstrengungen zur Schaffung des schweizerischen Binnenmarktes nicht ausreichen. Gemessen an den Fortschritten in der Europäischen Union (EU), stehen dem Gedanken des vollendeten Binnenmarktes in der Schweiz nicht nur die ungleichen Behandlungen entgegen, denen die Wirtschaftssubjekte in einzelnen Landesteilen, Kantonen oder Gemeinden ausgesetzt sind (unterschiedlich anwendbare Vorschriften). Es stehen ihm ebenso alle Regelungen entgegen, die für die Annahme eines Auftrages, die Ausübung einer Geschäftstätigkeit oder die Aufnahme eines Berufes ausser dem Domizilerfordernis noch weitere unterschiedliche Voraussetzungen schaffen, die sich für Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer diskriminierend auswirken (unterschiedslos anwendbare Vorschriften). Letzteres ist z.B. dann der Fall, wenn für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit eine vorgängige Niederlassung im Kanton oder in der Gemeinde verlangt wird.

Derartige Vorschriften können unter Umständen gerechtfertigt sein. Sie können aber auch dem Schutze ortsansässiger Submissionsbewerber oder der Privilegierung etablierter Marktteilnehmer dienen und so, statt zu einem einheitlichen Wirtschaftsraum, zu abgeschlossenen Märkten und damit zur Ausschaltung von Marktmechanismen führen²⁾.

2) Für eine ausführliche Darstellung der öffentlich-rechtlichen Hindernisse vgl. den Bericht "Der schweizerische Binnenmarkt" des Bundesamtes für Konjunkturfragen vom Juni 1993 und SENTI/BALTENSPERGER, Binnenmarkt Schweiz, Wettbewerbsverzerrende Bestimmungen im öffentlichrechtlichen Bereich, April 1991.

† 111.2 Bundesstaat und Föderalismus

Der Föderalismus als Grundpfeiler der bundesstaatlichen Ordnung kann für die Wirtschaft überall dort positive Wirkungen erzielen, wo durch funktionierenden Wettbewerb der Regelungssysteme die staatlichen Rahmenbedingungen verbessert werden. Er hat in seiner rechtlichen Ausgestaltung aber auch eine Vielzahl der schweizerischen Binnenmarktprobleme verursacht. Die Kompetenzausscheidung des Artikels 3 BV, der die subsidiäre Allzuständigkeit der Kantone statuiert, führt zu unterschiedlichsten Bestimmungen. Diese Unterschiede sollen nicht einfach eingeebnet werden. Wo sie jedoch ortsfremde Wirtschaftssubjekte diskriminieren, zeitigen sie für die Wirtschaft negative Wirkungen. Sie verhindern einen einheitlichen Binnenmarkt und vereiteln die Vorteile, die der schweizerische Wirtschaftsraum bietet. Solchen Unterschieden gilt es mit geeigneten Vorkehrungen des Bundes entgegenzutreten, nicht zuletzt auch im Interesse eines Föderalismus, der nicht aus Benachteiligungen lebt.

Dabei sind Föderalismus und Binnenmarkt nicht als Gegensätze zu verstehen. Föderale Kompetenzen können durchaus in einer Weise wahrgenommen werden, die dem wirtschaftlichen Interesse an offenen Märkten und am interregionalen Austausch Rechnung trägt.

111.3 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts

Bisher ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Prinzip des Föderalismus im Ergebnis mehr gewichtet worden als die Verwirklichung des schweizerischen Binnenmarktes. Die bundesstaatlichen Aspekte der HGF werden in der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGer) nämlich nur insofern berücksichtigt, als die Ausübung einer Erwerbstätigkeit grundsätzlich nicht an das Erfordernis des Wohn- oder Geschäftssitzes am Ort der Tätigkeit geknüpft werden darf (vgl. statt vieler BGE 87 I 451ff.). Kantonale Bestimmungen, welche (wie etwa die Domizilpflicht) die freie Erwerbstätigkeit beeinträchtigen und somit diskriminierend wirken, werden vom BGer in der Regel nur unter dem Aspekt der

Verhältnismässigkeit (BGE 106 Ia 129) geprüft. Die Binnenmarktfunktion der HGF wird damit methodisch nicht selbständig entfaltet, sondern erscheint im Ergebnis (eher stillschweigend) als Funktion der Verhältnismässigkeitsprüfung. Eine zurückhaltende Verhältnismässigkeitsprüfung lässt die Binnenmarktfunktion im Ergebnis zurücktreten, während eine strenge Prüfung der Verwirklichung des Binnenmarktes besser dient.

Nach der Rechtsprechung des BGer halten unterschiedliche kantonale Regelungen desselben Sachbereichs nicht nur vor Artikel 4 BV stand, sondern sind auch mit dem Grundsatz der Einheit des Wirtschaftsraumes Schweiz prinzipiell vereinbar (BGE 111 Ia 187f.; 105 Ia 75ff.). Zudem lässt Artikel 31 Absatz 2 BV nach der Griessen-Praxis (BGE 97 I 499) neben wirtschaftspolizeilichen und -fördernden Massnahmen auch soziale und sozialpolitische Vorschriften der Kantone zu. Damit wurden neue, weitreichende staatliche Befugnisse nichtpolizeilicher Art, die sich direkt und indirekt wirtschaftlich auswirken, anerkannt. Zwischen Polizeirecht und Wirtschaftspolitik entstand eine dritte Kategorie wirtschaftlich relevanter staatlicher Massnahmen. Die Wirtschaftsfreiheit kann so durch die Kantone auf verschiedenste Art eingeschränkt werden. Allerdings findet dieser Sachverhalt eine Parallele auf Bundesebene. Der Bund hat in Artikel 31^{bis} Absatz 2 BV eine mit Artikel 31 Absatz 2 BV vergleichbare Verfassungsgrundlage für Beschränkungen der HGF. Ferner kann er auch gestützt auf andere Verfassungskompetenzen, so namentlich etwa in den Bereichen Umweltschutz und Energiepolitik, Bestimmungen erlassen, welche die HGF beschränken.

111.4 Die Wettbewerbskonzeption der schweizerischen Wirtschaftsverfassung

Die schweizerische Wirtschaftsverfassung setzt nicht Wirtschaftsfreiheit mit Konkurrenzfreiheit gleich. Sie schützt die Freiheit des Bürgers in der Ausübung seiner Erwerbstätigkeit, was nicht zwangsläufig zum Wettbewerb führt. Würde Artikel 31 BV (HGF) die freie Konkurrenz schützen, so müssten Kartelle verboten werden, und zwar nicht als Ausnahme zur HGF, sondern als Konsequenz aus der so verstandenen Wirtschafts-

freiheit. Die Tragweite der verfassungsrechtlichen Kompetenz zum Erlass wettbewerbsrechtlicher Vorschriften (Art. 31^{bis} Abs. 3 Bst. d BV) braucht hier nicht ausgeleuchtet zu werden. Tatsache ist, dass die diesbezüglichen Möglichkeiten bisher jedenfalls nicht voll ausgeschöpft worden sind. Die traditionelle schweizerische Nachsicht gegenüber Kartellen und ähnlichen Organisationen begünstigt im Rahmen der föderalistischen Kompetenzverteilung insbesondere auch die öffentlich-rechtlichen Einschränkungen der Aktivitäten ortsfremder Wirtschafts-subjekte durch kantonale und kommunale Bestimmungen.

111.5 Bisherige kantonale Anstrengungen

Die Diskussion um das EWR-Abkommen hat die Kantone mit den Anforderungen des europäischen Binnenmarktes konfrontiert. Sie hat aber auch gezeigt, welche Defizite der schweizerische Binnenmarkt trotz bestehender Konkordate nach wie vor aufweist. Das Inkrafttreten des EWR-Abkommens hätte auch Auswirkungen auf das Verhältnis der Kantone untereinander gehabt. Nach der Ablehnung des Abkommens gilt es, diesen Defiziten innerstaatlich in adäquater Weise zu begegnen.

Dabei sollen die Bestrebungen der Kantone gefördert werden, in ihrem Kompetenzbereich durch autonome Anpassungen und durch Konkordate gemeinsame Rahmenbedingungen zu schaffen. In der Tat unternehmen die Kantone erhebliche Anstrengungen, um durch Harmonisierungen bestehende Diskriminierungen und so auch Defizite gegenüber dem Stand des europäischen Rechtes abzubauen.

Am 18. Februar 1993 verabschiedete die schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren im Einvernehmen mit der schweizerischen Sanitätsdirektorenkonferenz und der schweizerischen Konferenz der kantonalen Fürsorgedirektoren die interkantonale Vereinbarung über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen. Die Vereinbarung wird in Kraft treten, sobald ihr 17 Kantone beigetreten sind. Auf dieser Grundlage soll insbesondere die Anerkennung folgender Abschlüsse geregelt werden: Diplommittelschulen und Gymnasien, kantonale Berufslehren,

Lehrerausbildung aller Stufen, Ausbildungen in Musik, Gestaltung und anderen Künsten, Ausbildung zu Berufen des Gesundheitswesens, Ausbildungen für das Fachpersonal der Bibliotheken und der Dokumentation sowie der Erwachsenenbildung.

Im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens hat eine Arbeitsgruppe unter Leitung von Prof. Michel (Universität Freiburg) im Auftrag der Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzdirektorenkonferenz in Zusammenarbeit mit der Volkswirtschaftsdirektorenkonferenz Entwürfe für ein kantonales Mustergesetz, für Gegenrechtserklärungen und für ein Konkordat ausgearbeitet.

Ferner unternehmen im Rahmen der Diskussion um den schweizerischen und europäischen Binnenmarkt auch die Regionalkonferenzen, der Kantonsregierungen sowie verschiedene Kantone namhafte Anstrengungen.

Auf kantonaler Ebene sind somit vielfältige Bestrebungen im Gange, den schweizerischen Binnenmarkt zu stärken, nicht zuletzt auch mit dem Ziel, eine Teilnahme der Schweiz am europäischen Binnenmarkt - in welcher Form auch immer - zu ermöglichen. Wichtig ist dabei, dass diese Bestrebungen kanalisiert und koordiniert werden. Auch in dieser Hinsicht werden zurzeit Grundsteine gelegt. Die Kantone haben im Oktober 1993 eine Vereinbarung über die Schaffung einer "Konferenz der Kantonsregierungen" abgeschlossen. Diese bezweckt, die Zusammenarbeit unter den Kantonen in ihrem Zuständigkeitsbereich zu fördern und in kantonsrelevanten Angelegenheiten des Bundes die erforderliche Koordination und Information der Kantone sicherzustellen, insbesondere in Fragen der Erneuerung und Weiterentwicklung des Föderalismus, der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen, der Willensbildung und Entscheidungsvorbereitung im Bund, des Vollzugs von Bundesaufgaben durch die Kantone sowie der Aussen- und Integrationspolitik.

Daneben gibt es aber auch Schwächen des Föderalismus bzw. in der interkantonalen Zusammenarbeit. Die leidvolle Geschichte mancher Konkordatslösung spricht dafür, dass der Nutzen einer wechselseitigen Anerkennung und freiwilligen Harmonisierung kantonaler Bestimmungen

und Massnahmen in der Schweiz bisher nicht immer die angemessene Anerkennung gefunden hat. Umso notwendiger sind daher ergänzende und parallele Bestrebungen des Bundes, welche unter anderem den Abschluss von Konkordaten fördern.

11.1.6 Verhältnis zu den interregionalen Ausgleichsaufgaben des Bundes

Der Wirtschaftsartikel 31^{bis} sowie die Artikel 31^{quinquies} (Konjunkturartikel), 42^{ter} (Finanzausgleich) und 22^{quater} (Räumplanung) der Bundesverfassung verpflichten den Bund zum Handeln, wenn eine Gefährdung einzelner Gebiete des Landes festgestellt wird, und erteilen ihm die Befugnis, gestalterische Mittel zum interregionalen Ausgleich einzusetzen. Aus politischer Sicht begründet sich die Regionalpolitik im föderalistischen Aufbau und in der Vielgestaltigkeit unseres Bundesstaates. Regionale Disparitäten werden in einem solchen Land stärker empfunden und gewichtet als in einem zentralistisch organisierten Staat, wo der interpersonale Ausgleich im Vordergrund steht.

Ausgehend vom Verfassungsauftrag und von den damaligen Disparitäten hat sich der Bund in den vergangenen 20 Jahren mit direkten regionalpolitischen Instrumenten vor allem (reaktiv) auf die Berggebietsförderung konzentriert³⁾.

In jüngster Zeit hat die regionalpolitische Diskussion in der Schweiz neue Dimensionen erhalten. Die Problematik der regionalen Entwicklung kann nicht mehr allein auf demographische und wirtschaftliche Disparitäten und Einkommensunterschiede reduziert werden. Sie beinhaltet zunehmend auch Fragen der Bevölkerungsstruktur, der Arbeitsplatzsituation sowie soziale und ökologische Aspekte. Die Lebensqualität muss explizite Berücksichtigung finden. Die Politik sollte in regionalpolitischer Hinsicht

3) Hierfür sind die Bundesgesetze über Investitionshilfe für Berggebiete vom 28. Juni 1974 (SR 901.1; Regionalisierung, regionale Entwicklungskonzepte, Infrastrukturförderung), über die Förderung des Hotel- und Kurortkredites vom 1. Juli 1966 (SR 935.12) und über die Gewährung von Bürgschaften und Zinskostenbeiträgen in Berggebieten vom 25. Juni 1976 (SR 901.2) die noch heute geltenden gesetzlichen Grundlagen.

folglich nicht nur nach einem reaktiven Muster arbeiten, sondern auch gestaltend einwirken. Entsprechend muss die Regionalpolitik des Bundes die Entwicklung in sämtlichen Landesteilen und Regionen verfolgen. Zu beachten sind insbesondere die sich weiterhin entvölkernden Gebiete, die von Reformen in Bundespolitik (Landwirtschaft, Armeereform) und in Regiebetrieben (SBB, PTT) betroffenen Regionen, benachteiligte Grenzregionen und die mit Problemen im Sozial- und Verkehrsbereich sowie in den Kernstadt-Umland-Beziehungen belasteten Agglomerationen.

Im Bericht über die Legislaturplanung 1991-1995 (BB1 1992 III 1) wurde eine generelle Überprüfung der regionalpolitischen Instrumente in Aussicht gestellt. Lösungen für die regionalen Probleme werden jedoch nicht allein in diesem Zusammenhang gesucht. Einen Beitrag dazu werden auch die mit Botschaft vom 27. April 1994 beantragten Massnahmen zur Stärkung der regionalen Wirtschaftsstruktur und der Standortattraktivität der Schweiz (BB1 1994 III 353ff.) leisten. Mit diesen Massnahmen soll in verschiedenen Gebieten des Landes geholfen werden, wertschöpfungsintensive und zukunftsweisende Wirtschaftsstrukturen mit qualifizierten, sicheren Arbeitsplätzen aufzubauen. Den gleichen Anliegen dient auch der Bundesbeschluss über die Finanzierungsbeihilfen zugunsten wirtschaftlich bedrohter Regionen, der vom Parlament kürzlich um zwei Jahre verlängert wurde.

Die Regulierung von Märkten ist demgegenüber oft der falsche Weg, um regional- und sozialpolitische Ziele zu erreichen. Das BGBM befasst sich zweckmässigerweise nicht mit der Regionalpolitik des Bundes. Auf politischer Ebene bleibt eine Verbindung von Binnenmarkt und Regionalpolitik jedoch sachlich erwünscht und erscheint gerade aus der Sicht der wirtschaftlich schwächeren Kantone als unumgänglich (vgl. Ziff. 32).

112.1 Der Warenverkehr - insbesondere das Beschaffungswesen und das Bauwesen

Von einem Binnenmarkt im Bereich des Warenverkehrs kann dann gesprochen werden, wenn einerseits die Waren aus den verschiedenen Teilen des relevanten Wirtschaftsraumes den Zugang zum Markt zu gleichen Bedingungen finden und andererseits der Zugang zum Markt für die Anbieterinnen und Anbieter in dem Sinne frei ist, als die Zugangs- und Transaktionskosten, soweit sie vom Staat beeinflusst sind, für alle Anbieterinnen und Anbieter annähernd gleich hoch ausfallen. Können ortsfremde Anbieter ausgeschlossen werden oder müssen sie - verglichen mit ansässigen Anbietern - wesentlich mehr oder für sie unübliche Anforderungen erfüllen, dann ist der Binnenmarkt nicht verwirklicht. Dieser ist erst dann realisiert, wenn für die Anbieter auf den Märkten gleiche Wettbewerbsbedingungen herrschen und sich ein diskriminierungsfreier Zugang zum Markt durchgesetzt hat.

Im Bereich des Warenhandels resultieren öffentlichrechtliche Wettbewerbshindernisse aus voneinander abweichenden kantonalen Produktvorschriften (z.B. über Wirkungsgrade von Heizkesseln usw.). Aber auch in Produktbereichen, in denen bundesrechtlich einheitliche Vorschriften bestehen, ergeben sich aufgrund der unterschiedlichen Anwendung des Bundesrechts durch die für den Vollzug zuständigen kantonalen Behörden Wettbewerbsbeschränkungen, die dem Prinzip Binnenmarkt widersprechen. Andere öffentlichrechtliche Wettbewerbshindernisse bestehen insbesondere im öffentlichen Beschaffungswesen: Neben dem Bund verfügen die meisten Kantone und alle grösseren Gemeinden über eigenständige Submissionsordnungen. Sowohl die Bestimmungen in diesen Verordnungen als auch die Praxis der Kantone und Gemeinden bei der Vergabe der Aufträge (Ermessensentscheide) sind vielfach zum Vorteil lokaler Anbieter angelegt, was die interkantonalen Wirtschaftsbeziehungen behindert und sich auf die weltweiten Liberalisierungsbestrebungen dieses Bereiches erschwerend auswirkt. Anders als beim Bund schreiben viele kantonale Submissionsordnungen Zulassungsbedingungen vor, die eine Teilnahme ausserkantonomer

Unternehmer am Wettbewerb um Bauaufträge von vornherein einschränken. Barrieren sind u.a. Domizilerfordernisse, Handels- und Berufsregistereinträge oder Vorschriften über fachliche Anforderungen. Zum Teil genügt es nicht, diese Anforderungen im fraglichen Zeitpunkt zu erfüllen, sondern es werden ein mehrjähriges Domizil im Kantonsgebiet oder langjährige Einträge in den Registern verlangt. Solche Einträge sind zum Teil an weitere protektionistische Voraussetzungen geknüpft, wie z.B. die Mitgliedschaft im lokalen Berufsverband, Ortsansässigkeit, Einhaltung von nicht allgemeinverbindlich erklärten örtlichen Gesamtarbeitsverträgen und anderes mehr.

112.2 Der Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr

Zu einem Binnenmarkt gehört, dass Personen eine *Erwerbstätigkeit* ausüben können, ohne dabei durch gliedstaatliche Regelungen (oder private Absprachen) in ungerechtfertigter Weise behindert oder benachteiligt zu werden. Ebenso bedingt ein Binnenmarkt die Niederlassungsfreiheit und die Freiheit der Wahl des Arbeitsplatzes. Der freie Personenverkehr soll die Mobilitätshindernisse für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und Selbständigerwerbende beseitigen.

Die Freiheit, eine selbständige Existenz zu gründen oder sich anstellen zu lassen, ist überall dort faktisch beschränkt, wo die beruflichen Abschlussdiplome kantonale Ausweise sind, die nicht gegenseitig anerkannt werden, oder wo kantonale Kriterien für den Zugang zu einem Markt voneinander abweichen. Dies betrifft insbesondere die Lehrdiplome der Vorschulen und verschiedener weiterer Schultypen, die Anwaltpatente, das Notariatswesen, verschiedene Kategorien des medizinischen Hilfspersonals (Physiotherapie, Zahntechnik, Laboranten usw.), die Berufe des Gastgewerbes, der Naturheilkunde, des Optikers, des Taxifahrers, des Bergführers und Skilehrers, des Immobilien-Treuhänders und des Weinhändlers. Verstärkt werden die kantonalen Zugangsbeschränkungen zu den freien Berufen, weil schon auf der Stufe der Ausbildung die Mobilität eingeschränkt ist, indem anderswo besuchte Semester oder Lehrgänge bzw. abgelegte Prüfungen an Bildungsstätten in anderen

Kantone noch nicht durchwegs angerechnet werden. Niederlassung und Berufswahl werden weiter durch kantonal und kommunal unterschiedliche Steuersätze erheblich beeinflusst. Ebenso schränken Wohnsitzzwangsregelungen im öffentlichen Dienst diese Freiheiten ein. Bei der Berufsausübung selbst kommen territorial spezifische Reglemente über Öffnungszeiten und Vorschriften über die Nacharbeit, Sonntagsruhe usw. zur Anwendung, die ebenfalls für einzelne Berufskategorien hinderlich sind. All diese Regelungen schränken die Möglichkeit ein, Erwerbstätigkeiten auszuüben, eine selbständige Existenz zu gründen, die Stelle zu wechseln und den Wohnsitz frei zu bestimmen. Überall dort, wo Berufe nicht frei ausgeübt werden können und die persönliche Freizügigkeit nicht verwirklicht ist, ist auch der Wettbewerb auf vor- und nachgelagerten Märkten berührt.

Eng mit dem freien Personenverkehr verbunden ist die Freiheit des **Dienstleistungsverkehrs**. Sie zielt auf die Beseitigung von Hindernissen, welche in erster Linie die Zahl der Anbieterinnen und Anbieter von Dienstleistungen beschränken (z.B. durch Konzessionserteilung). Freier Dienstleistungsverkehr besteht vor allem dann, wenn der Anbieter nicht je nach Bestimmungsort immer wieder anders lautende Regelungen erfüllen muss, sondern wenn ihm die Erfüllung der Regelungen am Domizil ein für allemal den Zugang zum gesamten Markt eröffnet. Behindert oder verunmöglicht wird der freie Wettbewerb um das Erbringen von Dienstleistungen insbesondere durch Niederlassungspflichten, staatliche Monopole, durch Konzessions- und Bewilligungspflichten, durch Preisregelungen und andere Auflagen in Gesetzen und Verordnungen, aber auch durch verbindliche Standesregeln und nur lokal gültige technische Vorschriften.

Im Zusammenhang mit dem BGBM sind die Bereiche mit regional beschränktem Marktzutritt von besonderem Interesse⁴⁾. Regionale oder überregionale Gebietsmonopole, die den freien Zugang zum Markt für Neuanbieter wesentlich erschweren oder gar verunmöglichen, liegen dabei namentlich im Energiebereich und im Versicherungswesen vor. Lokal

4) Mit der Konzentration auf die regionale Dimension fallen das Salz- und Pulverregal, das Alkoholmonopol, das Monopol der Pfandbriefbanken, die Konzessionspflichten im Bereich des EVED (z.B. Lokalradios) u.a.m. aus der Betrachtung.

sehr unterschiedlich reguliert sind auch die Dienste im Sanitätsgewerbe (Gas, Wasser, Abwasser), im Taxi- und im Gastwirtschaftsgewerbe. Das gemeinsame Charakteristikum bildet die Erteilung von Konzessionen für den Zugang zum Markt. Für die Erbringung der Dienstleistungen in diesen Gewerben bestehen lokale Schranken, die den Marktzutritt regulieren, ortsansässige Anbieter bevorzugen, Tarife einheitlich festlegen und den Wettbewerb generell einschränken.

Die **Kapitalverkehrsfreiheit** ist innerhalb der Schweiz weitestgehend verwirklicht. Eine einheitliche Währung, landesweit tätige Banken und die seit jeher weitgehend fehlende staatliche Beeinflussung der Kreditfähigkeit gewährleisten den Binnenmarkt in finanziellen Belangen. Kapitalverkehrsfreiheit bedeutet aber auch gleiche oder zumindest gleichwertige Investitionsmöglichkeiten. Wenn ausserkantonale Mitbürger ein Unternehmen beherrschen oder an ihm massgeblich beteiligt sind, so darf dieser Umstand keine Benachteiligung nach sich ziehen, wenn das Unternehmen beispielsweise eine kantonale Konzession benötigt.

12 Auswirkungen der heutigen Situation

121 Desintegrierende Wirkung für die Schweiz

Die bestehenden öffentlich-rechtlichen Hindernisse von Bund, Kantonen und Gemeinden wirken sich auf die interkantonalen Wirtschaftsbeziehungen negativ aus und begünstigen die Entstehung von abgeschlossenen regionalen Teilmärkten. Über ihre hemmende Wirkung für die wirtschaftliche Integration der Schweiz hinaus kommt ihnen auch eine gesellschafts- und staatspolitische Komponente zu. Es ist daher auch unter diesem Gesichtswinkel wichtig, durch die Förderung der persönlichen und unternehmerischen Mobilität, aber auch durch die Intensivierung der interkantonalen geschäftlichen Kontakte dazu beizutragen, dass der Zusammenhalt unseres Landes gestärkt wird.

Wettbewerbsbehinderungen wie Domizilerfordernisse, Handels- und Berufsregistereinträge sowie die Nichtanerkennung von Fähigkeitsausweisen beeinträchtigen die aus der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV) fliessenden Individualrechte, insbesondere die Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit. Weil damit auch die Mobilität berufstätiger Personen eingeschränkt wird, können derartige Wettbewerbsbehinderungen die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit (Art. 45 BV) beeinträchtigen. Ein auf private Initiative angewiesenes Wirtschaftssystem erheischt jedoch grösstmögliche Freizügigkeit, um die notwendige Mobilität zu gewährleisten.

123 Ungleichbehandlung der schweizerischen gegenüber ausländischen Waren und Dienstleistungen

Die Vermarktung von Gütern und Dienstleistungen in der Schweiz hängt auch im Falle von Importprodukten oft von kantonalen bzw. kommunalen Bestimmungen ab. Der Bund ist aus Artikel 13 des Abkommens zwischen der Schweiz und der EG von 1972 (SR 0.632.401) und weiteren Freihandelsabkommen gegenüber dem europäischen Ausland jedoch staatsvertraglich verpflichtet, den ausländischen Produkten den Zugang zum gesamten schweizerischen Markt zu sichern. Die Kantone haben dies umzusetzen und sicherzustellen. Demgegenüber können im interkantonalen Wirtschaftsverkehr schweizerische Erzeugnisse durch die dargestellten öffentlich-rechtlichen Hemmnisse in ihrer Freizügigkeit eingeschränkt werden. Die ausländischen Produkte werden somit hinsichtlich ihrer Absatzmöglichkeiten in der Schweiz rechtlich besser behandelt als die inländischen Erzeugnisse.

Dasselbe Problem ergibt sich beim Welthandel aus den staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz im Rahmen des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT, SR 0.632.21). Das darin enthaltene Gebot der Inländerbehandlung verbietet eine Schlechterbehandlung von ausländischen gegenüber inländischen Waren mit Bezug auf die Vermarktungs-

bedingungen. Auch hier ist schwer einsehbar, weshalb ortsfremde nationale Produkte rechtlich schlechter behandelt werden dürfen als das ausländische Produkt unter seinen vertraglichen Rechten (vgl. Ziff. 143 und 222.5).

124 Wirtschaftliche Implikationen der abgeschlossenen Märkte

Kantonale und kommunale Vorschriften, welche öffentliche Anbieterinnen und Anbieter schützen, etablierte Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer privilegieren oder die Wettbewerbsintensität hindern, führen nicht zu einem einheitlichen Wirtschaftsraum, sondern zu abgeschlossenen Märkten und damit zur Ausschaltung von Marktmechanismen mit entsprechenden gesamtwirtschaftlichen Nachteilen.

124.1 Überhöhtes Preisniveau

In der Schweiz sind eine ganze Reihe von Wirtschaftszweigen stark auf den Binnenmarkt ausgerichtet. Dies ist aber nicht immer nur Folge der Natur der Güter und Dienstleistungen, welche die fragliche Branche herstellt bzw. anbietet. Oftmals ergibt sich eine Abschottung erst aufgrund privater Absprachen (Importkartelle) oder einschränkender staatlicher Vorschriften. Die Folge internationaler Marktzutrittsschranken sind Preisinseln, wie sie etwa das Preisvergleichsprojekt von OECD und EFTA jüngst für den Fall der Schweiz eingehend dokumentiert hat⁵⁾. Die zusätzliche Segmentierung des nationalen Marktes durch kantonale und kommunale Vorschriften erschwert vielmals den Marktzutritt auch für inländische potentielle Anbieterinnen und Anbieter. Dadurch reduziert sich der Wettbewerbsdruck noch weiter, und der Spielraum für die etablierten Anbieterinnen und Anbieter erhöht sich entsprechend. Erlaubt die konkrete Situation ein abgestimmtes oder monopolistisches Verhalten, so besteht die Gefahr, dass die Preise über dem Wettbewerbsniveau liegen

5) Vgl. OECD, *Purchasing Power Parities*, Paris 1992, und EUROSTAT, *Consumer Prices in the EEC 1989/90/91, Luxembourg 1991/92/93*.

* und so dem Anbieter ermöglichen, übermässige Gewinne in Form von Renten abzuschöpfen. Dies verletzt das Interesse des Abnehmers, namentlich des privaten Konsumenten, der in geschützten Märkten häufig nicht die Kaufkraft geniesst, wie sie die hohen nominellen Löhne in der Schweiz an sich erwarten liessen.

Ein besonderes Problem besteht darin, dass der Aufbau geschützter Marktordnungen durch private Absprachen oft erst gelingt, wenn er im Windschatten staatlicher Regulierungen vor sich gehen kann (Pflicht zur Einholung von Richtofferten beim Verband). So führen im öffentlichen Beschaffungswesen Marktzutrittsschranken direkter (Zulassungsbedingungen) und indirekter (Ausschlussbestimmungen bei Unteraufträgen, Zuschlagskriterien) Art zu einem künstlich hochgehaltenen Preisniveau für öffentliche Aufträge. In diesem Fall ist insbesondere das Interesse des Steuerzahlers an einer effizienten Verwendung der öffentlichen Mittel verletzt, das eine indirekte Subventionierung ortsansässiger Firmen nicht zulässt.

124.2 Verminderte Wettbewerbsfähigkeit

Die vor Konkurrenz schützenden Marktzutrittsschranken führen nicht nur zu einem überhöhten Preisniveau und zu grossen Gewinnspannen der geschützten Unternehmen. Mindestens so oft sind problematische Unternehmensstrukturen das Ergebnis des staatlichen Schutzes. Strukturpolitisch motivierte Prioritäten, wie sie beim Selektionsverfahren im öffentlichen Beschaffungswesen häufig sind, führen regelmässig zu lokalen Überkapazitäten. Als Folge der vielen lokalen Ableger, welche die Grossen der Bauindustrie unterhalten müssen, ist die Baubranche in der Schweiz ausgesprochen kleinstrukturiert. Die Segmentierung der Märkte hindert aber auch in anderen Branchen manches Unternehmen daran, eine im internationalen Vergleich kostenoptimale Unternehmensgrösse zu erreichen. Ein die Erhaltung solcher Strukturen bezweckendes Wirken des Staates ist für die fraglichen Unternehmen aber ein zweifelhafter Vorteil. Der Schutz lässt sich nämlich weder dauerhaft aufrechterhalten noch beliebig steigern. Damit werden Strukturanpassungen aufgeschoben,

die später aufgrund des technischen Wandels, des geänderten internationalen Umfeldes oder neuer gesellschaftlicher Prioritäten trotzdem vorgenommen werden müssen. Sie sind dann allerdings mit wesentlich schmerzhafteren Anpassungsvorgängen verbunden als bei ständig vorhandenem Anpassungsdruck. Ist in einem Wirtschaftszweig die Differenz zwischen aktuellen und überlebensfähigen Strukturen zu gross geworden, so droht nicht nur der unwiderbringliche Verlust von Marktanteilen und der Kapitalverlust aus dem Untergang zahlreicher Firmen. Regelmässig wird auch die Vermittelbarkeit der freigesetzten Arbeitskräfte zu einem Problem. Gerade im Interesse der längerfristigen Beschäftigungssicherheit ist von protektionistisch wirkenden Massnahmen abzusehen.

125 Die Spannung zwischen Exportsektor und geschützter Inlandwirtschaft

Die schweizerische Volkswirtschaft weist tendenziell dualistische Züge auf. Den einer starken ausländischen Konkurrenz ausgesetzten Branchen stehen neben der Landwirtschaft zahlreiche Industrie- und Dienstleistungszweige gegenüber, die überwiegend inländorientiert sind und aufgrund vielfältiger staatlicher wie auch privatrechtlicher Wettbewerbsbeschränkungen Schutz geniessen. Während sich die Exportwirtschaft einem verstärkten Konkurrenzdruck ausgesetzt sieht, leidet sie an den Belastungen aus den hohen Binnenkosten, die angesichts eines sich ausweitenden Gesundheitssektors, eines wachsenden Staatssektors und mangelnder Freisetzen von Produktionsfaktoren in geschützten Wirtschaftszweigen noch steigende Tendenz aufweisen. Am deutlichsten wird dieser Zusammenhang, wenn man die hohen Lebenshaltungskosten in der Schweiz mit denjenigen des Auslandes bzw. die hohen Nominallöhne, die in die Kalkulation der exportierten Leistungen eingehen, mit der realen Kaufkraft dieser Löhne in der Schweiz selbst vergleicht. Analoge Differenzen bestehen aber auch bei verschiedenen Vorleistungen, die der Exportsektor von der Binnenwirtschaft beziehen muss (z.B. Infrastrukturleistungen). Das heutige Preis- und Kostenniveau lässt den Schluss nicht zu, dass die Exportabhängigkeit der Schweiz allein für ein hinreichendes

†
Gegengewicht sorgt und dass der internationale Wettbewerb auf den Binnenmarkt hinreichend durchzuschlagen vermag.

Ein vom internationalen Wettbewerb abgeschirmter und in abgeschlossene Teilmärkte zersplitterter Binnenmarkt engt nicht nur den Handlungsspielraum der Aussenwirtschaftspolitik ein, er gefährdet über die Verflechtung der Wirtschaftssektoren unweigerlich auch die international orientierten Teile der Wirtschaft. Die Effizienz des Binnenmarktes ist zu einem konstitutiven Bestandteil der Rahmenbedingungen geworden, welche die internationale Wettbewerbsfähigkeit eines Landes bestimmen. Der reglementierte und dem wirksamen Wettbewerb entzogene schweizerische Binnenmarkt belastet die langfristige internationale Wettbewerbsfähigkeit unseres Landes.

Naturgemäss ist der wirtschaftspolitische Interventionismus oft der Verfolgung kurzfristiger Partikularinteressen verpflichtet. Zur Sicherung der langfristigen Wettbewerbsfähigkeit auch der geschützten Sektoren bedarf es hingegen einer Politik, welche die Anpassungsfähigkeit des Wirtschaftssystems erhöht und die Stärkung des Selbstregulierungspotentials der Märkte begünstigt. Die Liberalisierung des Binnenmarktes liegt somit nicht allein im Interesse der wirtschaftlichen Prosperität der Schweiz im allgemeinen, sondern auch im Interesse der geschützten Inlandwirtschaft selbst. Die Kräfte des europäischen Binnenmarktes werden neben den exportorientierten Teilen der Wirtschaft auch die binnenwirtschaftlich ausgerichteten, geschützten Teile einem nachhaltigen Anpassungsdruck aussetzen. Die Schaffung eines offenen Binnenmarktes Schweiz ist ein notwendiger und zweckmässiger Schritt, um angesichts des Prozesses der Globalisierung der Märkte den Wohlstand in der Schweiz zu wahren.

13 Notwendigkeit der Stärkung des schweizerischen Binnenmarktes

131 Heutige Situation

Die vorangegangenen Ausführungen machen deutlich, dass Massnahmen zur Stärkung des schweizerischen Binnenmarktes nötig sind. Zusammenfassend lassen sich folgende Gründe anführen:

Dem schweizerischen Wirtschaftsraum im Sinne eines Binnenmarktes stehen die verschiedensten öffentlichrechtlichen Hindernisse entgegen. So existieren in den Bereichen des freien Warenverkehrs (insbesondere im Submissionswesen), des Personen- und Dienstleistungsverkehrs auf kantonaler und kommunaler Ebene Regelungen, die auf den Schutz Ortsansässiger und die Privilegierung etablierter Marktteilnehmer angelegt sind und damit die Wettbewerbsintensität mindern. Aus der damit einhergehenden Abschottung der Märkte resultieren neben einem überhöhten Preisniveau oftmals Unternehmensstrukturen, die längerfristig den Anforderungen der internationalen Konkurrenz nicht gewachsen sind und zu schmerzhaften Anpassungsprozessen führen können, falls nicht rechtzeitig Deregulierungsschritte eingeleitet werden, welche für die im internationalen Umfeld notwendige Wettbewerbsfähigkeit der Gesamtwirtschaft sorgen. Mit Hilfe von protektionistischen Verhaltensweisen geschaffene Arbeitsplätze bieten keine Gewähr für eine prosperierende Wirtschaft. Vielmehr werden dadurch weitere Begehren nach staatlichen Eingriffen und Unterstützungen wachgerufen, die ihrerseits im Widerspruch zur geforderten Deregulierung stehen. Die Segmentierung der Märkte mit der Folge überhöhter Preise sowie, teilweise dadurch bedingt, hohe Binnenkosten vermindern die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Exportwirtschaft beträchtlich.

Die europäische Integration im Rahmen der EU hat den schweizerischen Binnenmarktprozess inzwischen überholt. Auf europäischer Ebene stehen heute für die Verwirklichung des freien Personen-, Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs durch das Binnenmarktprogramm die besseren Rahmenbedingungen zur Verfügung. Ferner führt die zunehmende Internationalisierung der Märkte ebenfalls zu einem verschärften

* Wettbewerb. Diese Herausforderungen stellen sich nicht nur für die Exportwirtschaft, sondern für die schweizerische Wirtschaft insgesamt.

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur HGF hat die dem individualrechtlichen Anspruch auf Marktzugang und damit dem Wettbewerb dienende Binnenmarktkomponente gegenüber dem Föderalismusprinzip bisher keine ausgeprägte Gewichtung erfahren. Dies könnte sich zwar mit der Zeit ändern. Angesichts der internationalen Herausforderung, vor welcher die schweizerische Wirtschaft heute steht, ist aber in erster Linie der Gesetzgeber auf Bundes- wie auf kantonaler Ebene gefordert, die entsprechenden Vorkehren zur Sicherung und Stärkung der internationalen Konkurrenzfähigkeit des Wirtschaftsstandortes Schweiz zu treffen.

132 Verbesserung auf der Basis der bestehenden verfassungsrechtlichen Grundlagen

Der Gesetzesentwurf stützt sich auf Artikel 31^{bis} Absatz 2 BV, wonach der Bund im Interesse der Gesamtwirtschaft Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerben erlassen kann. Dieselbe konkurrierende Kompetenz räumt die Bundesverfassung auch den Kantonen ein (Art. 31 Abs. 2 BV). Macht der Bundesgesetzgeber aber von seiner Kompetenz Gebrauch, so werden bei derartigen konkurrierenden Kompetenzen die kantonalen Regelungen verdrängt (vgl. Ziff. 6). Bezüglich der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen stützt sich der Entwurf ebenfalls auf Artikel 33 Absatz 2 BV. Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf wird von diesen Bundeskompetenzen in einer den Föderalismus möglichst schonenden Weise Gebrauch gemacht, indem lediglich ungerechtfertigte Beschränkungen des Marktzutrittes verhindert werden sollen; auf Harmonisierungen bzw. Rechtsvereinheitlichungen durch den Bund wird verzichtet, und es werden keine neuen Bundeszuständigkeiten geschaffen. Mit dem Entwurf nimmt der Bund aber die ihn treffende Verantwortung wahr, seinen Beitrag zur Stärkung und Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandortes Schweiz zu leisten. Den föderalen Anliegen wird ferner dadurch Rechnung getragen, dass interkantonale Vereinbarungen über das öffentliche Beschaffungswesen und die Aner-

kennung von Ausbildungsabschlüssen, welche die Mindestanforderungen des Gesetzes beachten, dem BGBM vorgehen. Sofern der Marktzugang für die genannten Bereiche durch interkantonale Vereinbarungen gewährleistet wird, soll das Gesetz nicht zur Anwendung kommen. Allerdings bleiben auch die interkantonalen Vereinbarungen an das Grundrecht der Handels- und Gewerbefreiheit gebunden.

133 Komplementarität zur Revision des Kartellgesetzes und zum Erlass des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse

Die Entwürfe zum Binnenmarktgesetz und zum revidierten Kartellgesetz stehen in einem komplementären Verhältnis, da sowohl öffentlich-rechtliche Beschränkungen als auch privatrechtliche Vorkehren die interkantonalen Wirtschaftsbeziehungen hemmen können. Während die privatrechtlichen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartelle, Vertikalabreden, marktmächtige Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüsse) vom revidierten Kartellgesetz erfasst werden sollen, dient das BGBM dazu, von den Kantonen und Gemeinden hoheitlich erlassene Bestimmungen und Massnahmen protektionistischer Art einzudämmen. Die beiden Erlasse ergänzen sich. Sie wollen die Wettbewerbsbeschränkungen der privaten Wirtschaftsakteure ins Recht fassen und gleichzeitig die öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen des Wettbewerbs verbessern.

Zu den Bestandteilen des ersten Massnahmenpaketes zur marktwirtschaftlichen Erneuerung zählt auch der Entwurf zum Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG). Dieses Gesetz bezweckt die Schaffung einheitlicher Grundlagen, damit im Regelungsbereich des Bundes technische Handelshemmnisse vermieden, beseitigt oder abgebaut werden. Kartellgesetz, Binnenmarktgesetz und das Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse bilden die Grundlage für einen im Innern wie auch nach aussen offenen "Markt Schweiz".

Im Vordergrund des Binnenmarktgesetzes steht die Verwirklichung des auf die schweizerischen Rechtsverhältnisse übertragenen Cassis-de-Dijon-Prinzips, dem die Zulassung zur Vermarktung von Waren, Dienstleistungen und anderen Erwerbstätigkeiten gemäss den Vorschriften des Herkunftsortes zugrundeliegt. Es ist deshalb von Interesse, in geraffter Form auf dieses vom EuGH entwickelte Prinzip einzugehen und analoge Entwicklungen in der EU auf den Gebieten des Niederlassungsrechts und der Dienstleistungsfreiheit aufzuzeigen. Schliesslich ist auf die Rechtslage hinzuweisen, wie sie sich aus den Bestimmungen des Freihandelsabkommens von 1972 und dem GATT ergibt.

141 Die Rechtslage in der EU

141.1 Die Verwirklichung des Cassis-de-Dijon-Prinzips im freien Warenverkehr

Gemäss Artikel 30 des Römervertrages (EGV) sind *mengenmässige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Massnahmen gleicher Wirkung (M.g.l.W.)* zwischen den Mitgliedstaaten verboten. Ausnahmen sind nach Artikel 36 EGV aus Gründen des *Ordre public* möglich, soweit sie nicht willkürlich oder rechtsmissbräuchlich sind.

Artikel 30 EGV bezweckt die Beseitigung aller nicht-tarifären Hindernisse für den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten. Dazu zählen auch die erwähnten Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen. Deren Verbot zielt nicht nur auf die Verhinderung des absichtlichen Protektionismus, sondern auch auf die Vermeidung von Einfuhrhindernissen, die sich aus Massnahmen mit anderer Zweckrichtung ergeben. Einfuhrhindernisse aufgrund solcher Massnahmen sind dann gemeinschaftsrechtlich unzulässig, wenn entweder das verfolgte Ziel nach dem Gemeinschaftsrecht Handelsbeeinträchtigungen nicht zu legitimieren vermag oder wenn die Verfolgung eines an sich legitimationsfähigen Zwecks die konkrete Handelsbehinderung nicht rechtfertigt.

Wegen des doppelten Normzwecks (Verhinderung verdeckter Protektion, Vermeidung unnötiger Einfuhrhindernisse) kommt es für das Verbot der M.gl.W. nicht darauf an, ob eine handelsbeeinträchtigende Massnahme ausländische Waren formell diskriminiert. Allerdings kann eine offene Diskriminierung von Importwaren die Feststellung einer Einfuhrbeschränkung erleichtern, wenngleich einzuräumen ist, dass nicht jede unterschiedliche Behandlung notwendigweise eine einfuhrbehindernde Wirkung hat. Als massgebliches Grundkriterium ist anzusehen, ob eine Massnahme geeignet ist, sich einfuhrbehindernd auszuwirken. Nach der *Dassonville-Formel*⁶⁾ des EuGH aus dem Jahre 1974 ist eine M.gl.W. grundsätzlich "jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern"⁷⁾.

Das Kriterium der Behinderungseignung gemäss *Dassonville-Formel* trifft auch auf zahlreiche allgemeine, d.h. nicht nur für Einfuhrwaren geltende Regelungen zu, die in Wahrnehmung legitimer öffentlicher Aufgaben (z.B. gesundheits-, umwelt- oder verbraucherchutzpolitischer Natur) bestimmte Anforderungen an die Zusammensetzung, Ausgestaltung, Vermarktung oder Verwendung von Waren stellen und namentlich als Verteuerungsfaktoren einfuhrdämpfende Auswirkungen entfalten können. Es ergab sich somit das Bedürfnis nach sinnvoller Eingrenzung des Kriteriums der Behinderungseignung. Denn Artikel 30 EGV bezweckt zwar die Sicherung des unbehinderten Warenverkehrs, nicht aber auch die Beseitigung der grundsätzlichen Befugnis der Mitgliedstaaten, die im öffentlichen Interesse gebotenen und gemeinschaftsrechtlich anerkannten Schutzziele mindestens so lange selbständig zu verfolgen, als keine Gemeinschaftsregelung vorliegt.

Massgebend im vorliegenden Zusammenhang ist das *Cassis-de-Dijon-Urteil*⁸⁾ des EuGH von 1979. *Danach müssen in einem Mitgliedstaat*

6) EuGH, *Dassonville*, Slg. 1974, S.837ff.

7) *Dassonville-Urteil*, a.a.O., S.847. Die Definition entspricht dem Verständnis der Zwischenstaatlichkeitsklausel des gegen Wettbewerbsbeschränkungen gerichteten Art.85 Abs.1 EGV.

8) EuGH, *Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Slg. 1979, S. 649ff.

rehtmässig hergestellte und in Verkauf gebrachte Erzeugnisse im Prinzip gemeinschaftsweit zugelassen werden. Der EuGH anerkennt dabei zwar den Grundsatz, dass es in Ermangelung einer Gemeinschaftsregelung bezüglich der Herstellung oder Vermarktung eines Erzeugnisses in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, für ihr Hoheitsgebiet entsprechende Vorschriften zu erlassen. Die sich daraus ergebenden Handelshemmnisse müssen gemäss EuGH aber nur insoweit hingenommen werden, als die Bestimmungen "notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes"⁹⁾.

Eine unterschiedslos auf Waren jeder Herkunft anwendbare Regelung in einem Bereich, für den keine Gemeinschaftsregelung besteht, stellt also trotz einfuhrbehindernder Eignung (im Sinne der Dassonville-Formel) keine M.gl.W. dar, wenn sie notwendig ist, um zwingenden Erfordernissen des öffentlichen Interesses gerecht zu werden. In der Anwendung der Bestimmung über M.gl.W. zeigt sich das Spannungsverhältnis zwischen den Anforderungen des freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt und den zwingenden, im öffentlichen Interesse liegenden Regelungsbedürfnissen der Mitgliedstaaten. Der EuGH nimmt jeweils eine am Verhältnismässigkeitsgrundsatz ausgerichtete Güter- und Interessenabwägung zwischen dem Prinzip des Warenfreiverkehrs und der Schutzwürdigkeit der jeweiligen nationalen Massnahme vor. Im Rahmen der *Verhältnismässigkeitsprüfung* ist insbesondere auch danach zu fragen, ob ein an sich für einen bestimmten Zweck geeignetes Mittel konkret dasjenige ist, welches den freien Warenverkehr am wenigsten behindert¹⁰⁾.

Der EuGH hat die Cassis-Rechtsprechung in weit mehr als 100 Fällen bestätigt, womit das Verbot der M.gl.W. auf ebenso viele unterschiedslos

9) Cassis-de-Dijon-Urteil, a.a.O., S.662.

10) So darf namentlich etwa die Einfuhr nicht aus Gründen des Verbraucherschutzes untersagt werden, wenn eine hinreichende Aufklärung des Verbrauchers durch entsprechende Etikettierung gewährleistet werden kann.

anwendbare, handelsbeeinträchtigende Warenregelungen der Mitgliedstaaten angewandt worden ist. Neuere Urteile lassen die Tendenz erkennen, einer übermässigen Ausweitung des Begriffs der M.gl.W. zu wehren. Mit Blick auf die funktionell eben doch begrenzte Gemeinschaftskompetenz sollen Sachverhalte rein innerstaatlicher Natur, das heisst ohne eigentlichen Bezug zum grenzüberschreitenden Warenverkehr, vom Anwendungsbereich des Artikels 30 EGV ausgenommen werden. Dies zeigt sich etwa in den Sunday-trading-Fällen¹¹⁾, in denen entschieden wurde, dass eine Regelung der Ladenschlusszeiten unter gewissen Bedingungen nicht geeignet sei, den zwischenstaatlichen Handel zu behindern. In der Entscheidung Keck¹²⁾ werden die betreffenden Erwägungen auf Verkaufsmodalitäten schlechthin bezogen und damit in gewisser Weise generalisiert.

Im Cassis-de-Dijon-Prinzip lässt sich für das Warenverkehrsrecht die Geltung des *Herkunftslandprinzips* erkennen. Danach ist, vorbehältlich zwingender Erfordernisse des öffentlichen Interesses, ein Produkt, das in einem Mitgliedstaat nach dessen Regeln rechtmässig in den Verkehr gebracht worden ist, im gesamten Gemeinsamen Markt zirkulationsfähig. Das Herkunftslandprinzip beruht letztlich auf der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit rechtlicher und technischer Regeln und damit auf dem wechselseitigen Vertrauen der Mitgliedstaaten in ihre Rechtssysteme. Die supranationalen Organe der EU, namentlich die Europäische Kommission und der Europäische Gerichtshof, sorgen für die einheitliche Anwendung und Auslegung der Binnenmarktfreiheit und ihrer zulässigen Grenzen.

-
- 11) EuGH, Urteil vom 23. November 1989, Torfacn, Rs 145/88, Slg. 1989, S. 3851;
EuGH, Urteil vom 16. Dezember 1992, Rochdale Borough Council, Rs. 306/88, Slg. 1992, S. 6457;
EuGH, Urteil vom 16. Dezember 1992, Council of the City of Stoke-on-Trent, Rs. 169/91, Slg. 1992, S. 6635.
- 12) EuGH, Urteil vom 24. November 1993, Keck, Vrb. Rs. C-267/91, u. C-268/91, Slg. 1993, S. 6097.

141.2 Analogien auf den Gebieten des Niederlassungsrechts und der Dienstleistungsfreiheit

Die *Niederlassungsfreiheit* des Artikels 52 Absatz 2 EGV betrifft die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 EGV. Sie schliesst die tatsächliche Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem andern Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit ein¹³⁾. Artikel 52 EGV gebietet die Gleichstellung mit den eigenen Staatsangehörigen, indem er jegliche Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit verbietet, die sich aus nationalen Gesetzen, Verordnungen oder Praktiken ergeben¹⁴⁾. Die Bestimmung wendet sich nicht nur gegen offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern verbietet auch jegliche Formen versteckter Diskriminierung, die durch Anwendung anderer Unterscheidungskriterien tatsächlich zum gleichen Ergebnis führen¹⁵⁾. Bezüglich der Anerkennung von Titeln und Diplomen hat der EuGH entschieden, dass ein Mitgliedstaat, der ein Anerkennungs-gesuch eines Gemeinschaftsangehörigen zu behandeln hat, prüfen muss, inwieweit die bereits erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten den nach dem Recht des Aufnahmestaates vorgesehenen Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechen¹⁶⁾.

Die Artikel 59 und 60 EGV stellen den Grundsatz des *freien Dienstleistungsverkehrs* auf. Darunter fällt der entgeltliche, grenzüberschreitende Austausch von Dienstleistungen mit vorübergehendem Charakter¹⁷⁾. Wie Artikel 52 EGV verbietet auch Artikel 59 EGV nicht nur die offensichtlichen Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern ebenso jegliche Formen versteckter Diskriminierung, die

13) EuGH, Urteil vom 25. Juli 1991, *Factorame*, Rs.C-221/89, Slg.1991, S.I-3905.

14) EuGH, Urteil vom 18. Juni 1985, *Steinhauser*, Rs.197/84, Slg.1985, S.1819.

15) EuGH, Urteil vom 28. April 1977, *Thieffry*, Rs.71/76, Slg.1977, S.765.

16) EuGH, Urteil vom 7. Mai 1991, *Vlassopoulou*, Rs.C-340/89, Slg.1991, S.I-2357; bestätigt durch das Urteil vom 7. Mai 1992, *Aguirre Borrell u.a.*, Rs.C-104/91, Slg.1992, S.I-3003.

17) EuGH, Urteil vom 27. September 1988, *Humbel*, Rs.263/86, Slg.1988, S.5365.

durch die Anwendung anderer Kriterien tatsächlich zum gleichen Ergebnis führen¹⁸⁾. Das Prinzip der Inländerbehandlung allein vermochte die Hindernisse, die sich aus unterschiedslos anwendbaren Handels- oder Berufsvorschriften ergaben, nicht aufzuheben. Der EuGH hat daher den Anwendungsbereich von Artikel 59 EGV auf alle Einschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs ausgedehnt, die, obwohl unterschiedslos angewendet, geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmässig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern¹⁹⁾.

Gleichzeitig anerkennt der EuGH, dass Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs möglich sind, wenn zwingende Gründe des öffentlichen Interesses bestehen und dieses nicht bereits durch die Vorschriften des Staates, in dem der Leistungserbringer niedergelassen ist, gewahrt ist, und das gleiche Ergebnis nicht durch weniger einschneidende Regelungen erreicht werden kann. Die Europäische Kommission hat die einschlägige Rechtsprechung des EuGH in einer "Erläuternden Mitteilung über die Freiheit des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs"²⁰⁾ zusammengefasst und erklärt, dass ein Mitgliedstaat auf seinem Hoheitsgebiet die freie Erbringung einer Dienstleistung, die dem Recht des Ursprungslandes genügt, im Prinzip nicht verbieten kann, auch wenn die Bedingungen für die Dienstleistungserbringung in dem Land, in dem der Dienstleistende niedergelassen ist, anders ausgestaltet sind als im Bestimmungsland.

18) EuGH, Urteil vom 5. Dezember 1989, EG-Kommission/Italien, Rs.C-3/88, Slg.1989, S.4035.

19) EuGH, Urteil vom 25. Juli 1991, Säger, Rs.C-76/90, Slg.1991, S.I-4221.

20) AB1 Nr. C 334/3 vom 9. Dezember 1993.

Artikel 13 Absatz 1 des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und der EG (FHA) bestimmt, dass im Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz keine neuen mengenmässigen Einfuhrbeschränkungen oder Massnahmen gleicher Wirkung eingeführt werden. Wie auch das Verbot von M.gl.W. in der EG wird dasjenige des FHA durch einen grundsätzlich identischen Ordre-public-Vorbehalt in Artikel 20 FHA relativiert. Danach sind Beschränkungen zulässig, die u.a. aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutz der Gesundheit, des nationalen Kulturguts sowie des geistigen Eigentums gerechtfertigt sind. Diese Ausnahme ist wiederum in beiden Verträgen durch eine Rückausnahme für willkürliche Diskriminierungen und verschleierte Handelsbeschränkungen begrenzt.

Nachdem in den siebziger und achtziger Jahren der EuGH²¹⁾ wie auch oberste Gerichte in den EFTA-Staaten²²⁾ gewisse Unterschiede in der Auslegung des Verbots von M.gl.W. im EGV einerseits und in den Freihandelsabkommen der EFTA-Staaten mit der EG andererseits herausgearbeitet hatten, belegen eine Reihe neuerer Entscheide des EuGH²³⁾, dass die betreffenden Verbote doch weitgehend gleich zu verstehen sind. So kann heute angenommen werden, dass die Grundfunktion des Verbots von M.gl.W. im gemeinschaftsrechtlichen und freihandelsrechtlichen Kontext weitgehend die gleiche ist. Hier wie dort geht es darum, Massnahmen ins Recht zu nehmen, die den zwischenstaatlichen Handel gleich wie mengenmässige Beschränkungen behindern, d.h. unter anderer Bezeichnung gewissermassen an deren Stelle treten. Auch hinsichtlich

21) Vgl. EuGH, Slg. 1982, S.329ff. (Polydor); EuGH, Slg. 1982, S.3641ff. (Kupferberg).

22) Vgl. BGE 105 II 49 (Omo); Entscheid des Österreichischen Obersten Gerichtshofes i.S. "Austro-Mechana", in: GRUR Int. 1980, Heft 3, S.185ff.

23) EuGH, Urteil vom 16. Juli 1992, Rs. C-163/90, Slg. 1992, S.4625ff. (Legros) zum FHA EG-Schweden; ferner die Entscheide vom 25. Mai 1993 in der Rs. C-228/91 (Kommission-Italien) zum FHA EG-Norwegen, Slg. 1993 S. I-2701, und vom 1. Juli 1993 in der Rs. C-207/91 (Eurim Pharm) zum FHA EG-Österreich, Slg. 1993 S. I-3723. Die Praxis des Bundesgerichts ist demgegenüber noch uneinheitlich: vgl. BGE 111 Ib 323, BGE 112 Ib 183 und BGE 118 Ib 367.

des FHA kann somit festgestellt werden, dass der Begriff der M.gl.W. an sich unterschiedlich wie unterschiedslos anwendbare Massnahmen umfasst, die einer mengenmässigen Beschränkung funktional äquivalent sind.

143 GATT

Die multilaterale Handelsordnung des GATT (SR 0.632.21) basiert zentral auf dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung. Er findet sich in seinen beiden hauptsächlichen Ausprägungen: dem Grundsatz der Meistbegünstigung (MFN, Art. I) sowie dem Grundsatz der Inländerbehandlung (Art. III). Das GATT enthält Disziplinen, die unter souveränen Staaten gelten. Es handelt sich gewissermassen um Minimalstandards, um Prinzipien einer noch relativ rudimentären Integration. Um so mehr darf man davon ausgehen, dass sie als Grundsätze auch für den Binnenmarkt eines Bundesstaates im Sinne von minimalen Anforderungen wegleitend sein können. Dafür spricht vor allem auch, dass die Verpflichtungen ausländischen Produkten gegenüber wohl a fortiori auch gegenüber inländischen Produkten zur Wirkung kommen sollten. Es wäre schwer einsehbar, wenn andere nationale Produkte im Ergebnis schlechter behandelt würden als das ausländische Produkt unter seinen vertraglichen Rechten. Das GATT ist für Gliedstaaten heute nur bedingt verbindlich (Art.XXIV:12); gemäss der GATT-Praxis obliegt es aber dem Bund, die Verwirklichung der übernommenen Verpflichtungen mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln sicherzustellen.

Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung des Artikels III verbietet eine Schlechterbehandlung von ausländischen Waren in bezug auf die Vermarktungsbedingungen, die inländischen Produkten zuteil werden. Recht und Praxis müssen sie gleich behandeln. Ausnahmen sind nur möglich, wo diese insbesondere durch die Voraussetzungen des Artikels XX gedeckt sind. Im Vordergrund stehen hier gesundheitspolizeiliche Massnahmen zum Schutz menschlichen, tierischen und pflanzlichen Lebens sowie der Lauterkeit und der guten Sitten. Wegleitend ist dabei, dass solche Einschränkungen nicht willkürlich und ungerechtfertigter-

*
weise diskriminierend sein und vor allem kein verstecktes Handelshemmnis darstellen dürfen. Diese Umschreibung erlaubt es, protektionistische Massnahmen, welche öffentliche Interessen zur Rechtfertigung lediglich vorschützen, ins Recht zu nehmen.

Eine zweite Ausprägung der Nichtdiskriminierung findet sich im wichtigen Bereich der technischen Vorschriften, welche oft ein Handelshemmnis darstellen. Artikel 2.1 des Abkommens über technische Handelshemmnisse der Tokyo-Runde (SR 0.632.231.41) wie auch die am 15. April 1994 unterzeichnete Schlussakte der Uruguay-Runde verpflichten die Staaten ausdrücklich, für ausländische Produkte nicht strengere technische Vorschriften anzuwenden als für inländische Waren. Artikel 2.2 desselben Abkommens verpflichtet die Staaten zur Anwendung internationaler, d.h. wo solche bestehen, harmonisierter Normen als Grundlage für ihre Vorschriften. Abweichungen sind (auf Anfrage) zu begründen und müssen durch öffentliche Interessen (z.B. Sicherheit, Vorbeugung täuschender Praktiken, Schutz der Gesundheit und der Umwelt usw.) gerechtfertigt sein.

Schliesslich ist auf die bestehende und künftige Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens im Rahmen des GATT bzw. der neuen Welthandelsorganisation (WTO) zu verweisen. Bereits das bestehende Abkommen der Tokyo-Runde (SR 0.632.231.42), das in seinem Anwendungsbereich auf gewisse Beschaffungen durch den Bund beschränkt ist, kennt den Grundsatz der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung in Artikel II an. Ausländische Offerten dürfen in den Vorschriften und ihrer Anwendung nicht nach strengeren, weniger günstigen Massstäben beurteilt werden. Das am 15. April 1994 unterzeichnete GATT-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen erweitert den Anwendungsbereich relativ detaillierter Verfahrensregeln nicht nur auf weitere Bundesstellen, sondern erfasst neu auch die Kantone für Einkäufe (Annex 2) und Dienstleistungen (Annex 4) von über 200'000 Sonderziehungsrechten (SZR) und für Bauten (Annex 5) von mehr als 5'000'000 SZR. Besondere Bestimmungen bestehen für die gemischtwirtschaftliche Wasser- und Elektrizitätswirtschaft, Nahverkehrsbetriebe, Flughäfen und Rheinhäfen. Hier betragen die Schwellenwerte für Einkäufe und Dienstleistungen 400'000 SZR (Annex 3). Neu besteht insbesondere in Artikel XX die

Verpflichtung, eine Beschwerdemöglichkeit und gerichtliche Beurteilung von erfolgten Zuschlägen zu gewährleisten. Die vorgesehenen Rechtsmittel sind nicht auf die Gewährung von Schadenersatz beschränkt, sondern umfassen zur Wahrung von Vertragschancen auch die Möglichkeit von einstweiligen Verfügungen gegen unrechtmässig erfolgte Zuschläge.

Abgesehen von einzeln aufgeführten Ausnahmen und Vorbehalten der Schweiz gegenüber bestimmten Staaten (Reziprozitätsvorbehalt) fallen alle diese Bestimmungen unter den Grundsatz der Inländerbehandlung und des Diskriminierungsverbots von Artikel III mit der Folge, dass ausländische Anbieterinnen und Anbieter aus Vertragsparteien mit Bezug auf Anforderungen und Verfahren nicht schlechter als inländische Konkurrenten behandelt werden dürfen. Demgegenüber steht dieses staatsvertragliche Recht dem inländischen Konkurrenten nicht zu. Durch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, welches das genannte GATT-Übereinkommen innerstaatlich umsetzt, werden inländischen Personen auf Bundesebene jedoch dieselben Rechte zuerkannt, wie sie den durch das Übereinkommen berechtigten ausländischen zukommen. Dieselben Wirkungen werden sich auf kantonaler und kommunaler Ebene durch die im Binnenmarktgesetz vorgesehene Einführung des Verbotes der Inländerdiskriminierung einstellen.

15 Ergebnisse des Vorverfahrens

151 Vorentwurf

Am 20. Januar 1993 hat der Bundesrat das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) beauftragt, bis Ende 1993 neben den Entwürfen für ein revidiertes Kartellgesetz und für ein Bundesgesetz über die Beseitigung technischer Handelshemmnisse auch einen Entwurf für ein Binnenmarktgesetz vorzulegen. Die am 4. Juni 1993 vom EVD eingesetzte, mit der Ausarbeitung des Binnenmarktgesetzes betraute Studienkommission setzte sich überwiegend aus Fachleuten der Wissenschaft und der Verwaltungen von Bund und Kantonen zusammen. Den Vorsitz führte Prof. Dr. iur. Thomas Cottier (Universität Bern/Universität Neuen-

burg). Weitere Mitglieder der Studienkommission waren Prof. Dr. iur. Andreas Auer (Universität Genf), Dr. rer.pol. Peter Balastèr (Bundesamt für Konjunkturfragen), Dr. oec. Marino Baldi, Botschafter (Bundesamt für Aussenwirtschaft), lic. iur. lic. oec. Rolf Dähler (Sekretariat der Kartellkommission), Prof. Dr. iur. Olivier Jacot-Guillarmod (Bundesamt für Justiz/Universität Neuenburg), Anton Killias (Eurodelegierter des Kantons Zürich), Dr. oec. publ. Volker Kind (Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit), Prof. Dr. iur. Nicolas Michel (Universität Freiburg i.Ue.), lic. iur. Bernhard Münger (Eurodelegierter des Kantons Bern), lic. iur. Luzian Odermatt (Bundesamt für Justiz), Prof. Dr. iur. Paul Richli (Universität Basel) und lic. ès sc. soc. Mme Anny Vernay (Büro für Konsumentenfragen). Unterstützt wurde die Studienkommission vom Rechtsdienst des Bundesamtes für Aussenwirtschaft (BAWD).

Während der Arbeiten der Studienkommission wurde im September 1993 den Kantonen und den Spitzenverbänden der Wirtschaft im Rahmen von Anhörungen Gelegenheit zu einer ersten Stellungnahme geboten. Viele der vorgebrachten Anregungen konnten im weiteren Verlauf der Arbeiten und damit auch im vorliegenden Gesetzesentwurf berücksichtigt werden. Nach Abschluss der Kommissionsarbeiten wurden Vorentwurf und Erläuternder Bericht am 23. November 1993 dem EVD zugeleitet. Das EVD hat sich den Ergebnissen der Studienkommission angeschlossen. Vom 28. Februar 1994 bis zum 29. April wurde das Vernehmlassungsverfahren durchgeführt. An ihm beteiligten sich sieben politische Parteien (FDP, CVP, SP, SVP, LdU, LPS, APS), alle Kantone und Halbkantone, das Bundesgericht, die Rekurskommission des EVD, die Kartellkommission, die Schweizerische Nationalbank sowie 47 Organisationen der Wirtschaft und weitere Vereinigungen.

152 Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens

Die Ergebnisse der Vernehmlassungen sind im Bericht des EVD vom 22. Juni 1994 veröffentlicht worden. Die eingegangenen Stellungnahmen zeigen eine breite Unterstützung des Entwurfs seitens der politischen Parteien und der Organisationen der Wirtschaft, während die Meinungen

der Kantone geteilt sind. Die Bestrebungen zur marktwirtschaftlichen Erneuerung werden indessen einhellig begrüsst.

Die *politischen Parteien* (FDP, CVP, SP, SVP, LdU, APS) unterstützen alle - mit Ausnahme der LPS, welche die Verfassungsgrundlage bestreitet - den Vorentwurf zum Binnenmarktgesetz. Die FDP fordert, die Ausnahmen zum Grundsatz der Nichtdiskriminierung seien auf das absolut Notwendige zu beschränken. Nach Meinung der SVP sollte auf die Aufnahme von Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen verzichtet werden, um nicht das künftige BG über das öffentliche Beschaffungswesen zu präjudizieren. Alle befürwortenden Parteien wünschen eine möglichst baldige Inkraftsetzung der Vorlage.

Alle *Kantone* unterstützen die Stossrichtung des Gesetzes und messen dem marktwirtschaftlichen Erneuerungsprogramm eine hohe Priorität zu. Neun Kantone (ZH, BE, BS, BL, SH, AR, SG, GR, AG) lehnen aber trotzdem den Erlass aus Gründen der Erhaltung der kantonalen Souveränität und der Respektierung des Subsidiaritätsprinzips generell ab. Sie verweisen auf die Ausschöpfung des Konkordatsweges und regen an, vor der Legiferierung eine Aenderung von Artikel 31 BV vorzunehmen. Sieben Kantone (LU, OW, ZG, SO, AI, VD, JU) sind mit dem Vorentwurf teilweise einverstanden, äussern aber Bedenken über die Verfassungsmässigkeit bezüglich der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen und der Anstellung von Personal zu gewerblichen Zwecken im öffentlichen Dienst, teils auch bezüglich des öffentlichen Beschaffungswesens. Zehn Kantone (UR, SZ, NW, GL, FR, TG, TI, VS, NE, GE) befürworten den Vorentwurf. Mehrere Kantone (UR, OW, FR, GR, TI, NE, JU) fordern den Einbezug regionalpolitischer Aspekte in das BGBM selber und pochen auf eine verstärkte Regionalpolitik des Bundes überhaupt. - Die Konferenz der kantonalen Fürsorgedirektoren beschränkt sich in ihrer Stellungnahme auf die Anerkennung der Fähigkeitsausweise; sie lehnt die diesbezügliche Regelung im Vorentwurf ab.

Die grosse Mehrheit der *Organisationen* steht der Vorlage positiv gegenüber. Vor allem die Verbände der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite sowie die Konsumentenorganisationen begrüssen den Vorentwurf. Vorort und Gewerbeverband wünschen indessen, das öffentliche

4 Beschaffungswesen aus dem Binnenmarktgesetz auszugliedern. Demgegenüber verlangen die Arbeitnehmerorganisationen eine zusätzliche Bestimmung über die Einhaltung von Gesamtarbeitsverträgen und von ortsüblichen Arbeitsbedingungen. Industrie, Handel und Gewerbe unterstützen den Vorentwurf ebenfalls; das Baugewerbe tritt jedoch geschlossen für eine Ausklammerung des öffentlichen Beschaffungswesens ein. Die meisten Dienstleistungsorganisationen bejahen den Vorentwurf; einzelne machen aber Probleme im Zusammenhang mit der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen geltend. Schliesslich erblicken auch die Verbände der öffentlichen Hand im Vorentwurf ein taugliches Mittel; ein Verband (Schweiz. Strassenverkehrsverband) möchte allerdings das öffentliche Beschaffungswesen ausschliessen.

Angesichts der von mehreren Kantonen geäusserten staatspolitischen Bedenken fanden im Anschluss an das Vernehmlassungsverfahren im Auftrag des Vorstehers des EVD Konsultationen mit Vertretern der *Konferenz der Kantonsregierungen (KdK)* statt. Die im Vernehmlassungsverfahren aufgeworfenen Probleme, insbesondere die Frage der Kompetenz des Bundesgesetzgebers und die Rolle der interkantonalen Vereinbarungen, wurden eingehend besprochen. Den Bedenken konnte in mehrfacher Hinsicht Rechnung getragen werden (vgl. Ziff. 154).

153 Analyse der wichtigsten Einwendungen

153.1 Verfassungsmässigkeit

Bei der Ausarbeitung des Vorentwurfs hat die Studienkommission, der nicht weniger als fünf Universitätsprofessoren angehörten, darauf geachtet, Lösungen im Rahmen des geltenden Verfassungsrechts vorzulegen. Sie war sich bewusst, dass für eine umfassende Binnenmarktregelung des Bundes eine besondere Verfassungsgrundlage geschaffen werden müsste. Sie beschränkte sich deshalb im wesentlichen auf eine individualrechtliche Regelung der HGF und verzichtete auf den Einbezug kantonaler Monopole und Regalrechte sowie wettbewerbsverzerrender

Subventionen von Kantonen und Gemeinden. Ebenfalls wurde von materiellen Harmonisierungsregeln Abstand genommen.

Mehrere Kantone beziehen sich in ihren Stellungnahmen direkt oder indirekt auf ein Rechtsgutachten zum Vorentwurf des BGBM, das Prof. R. Schweizer im Auftrag der Konferenz der Kantonsregierungen erstattet hat. Insofern der Vorentwurf im Vernehmlassungsverfahren insgesamt eine Ablehnung erfahren hat, wurde übersehen, dass das Gutachten durchaus auf der grundsätzlichen Linie der Vorarbeiten liegt und insbesondere die Verfassungsmässigkeit der gesetzlichen Verankerung des Prinzips der strikten Nichtdiskriminierung ortsfremder Anbieterinnen und Anbieter bestätigt. Das Gutachten gelangt zum Schluss, der Bund könne "kraft Sachzusammenhangs, im Rahmen seiner Kompetenzen zur Normierung der 'Ausübung von Handel und Gewerbe' (Art. 31^{bis} Abs. 2 BV), auch diese (negative) Voraussetzung [der Zulässigkeit kantonaler Regelungen] festlegen". "Bedenken" äussert der Gutachter einzig zu den Regelungen über das öffentliche Beschaffungswesen der Kantone sowie über die Anstellung von Personal zu gewerblichen Verwaltungstätigkeiten. Dadurch werde die Organisationsautonomie der Kantone berührt sowie ihre Kompetenz, "Wirtschaftsförderung und auch' Arbeitsmarktpolitik betreiben zu dürfen". Im genannten Rechtsgutachten stellt er bezüglich dieser Regelungen indessen keine Verfassungswidrigkeit fest. Dasselbe gilt auch für die Frage der Anerkennung der kantonalen Fähigkeitsausweise; indessen wird in diesem Zusammenhang die Aufnahme der im Erläuternden Bericht aufgeführten Variante vorgeschlagen.

Allgemein ist festzuhalten, dass der Entwurf keine Uebertragung von harmonisierenden Regelungskompetenzen an den Bund vorsieht, sondern durch die Beschränkung auf ein Diskriminierungsverbot für ortsfremde Anbieterinnen und Anbieter und die neu eingefügten Subsidiaritätsvorschriften (vgl. Ziff. 154) gerade den notwendigen Anreiz für kantonale Harmonisierungen auf Konkordatebene schaffen will.

153.2 Öffentliches Beschaffungswesen

Die Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens war unter verschiedenen Gesichtspunkten kritisiert worden. Neben verfassungsrechtlichen Bedenken und der Sorge um den Weiterbestand der kantonalen Liberalisierungsbemühungen war von verschiedenen Vernehmlassungsadressaten vorgebracht worden, der Vorentwurf schaffe Doppelspurigkeiten auf Bundesebene, da das öffentliche Beschaffungswesen des Bundes zusätzlich im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen geregelt werde. Diesen Bedenken wurde Rechnung getragen, indem die öffentlichen Beschaffungen des Bundes aus dem BGBM ausgeklammert werden. Sie sind im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen und dessen Ausführungsverordnungen geregelt. Die Vorschriften des BGBM bezüglich des öffentlichen Beschaffungswesens beziehen sich ausschliesslich auf die kantonalen und kommunalen Submissionen, sofern nicht die neu eingefügte Subsidiaritätsvorschrift und somit eine interkantonale Vereinbarung zur Anwendung kommt (vgl. Ziff. 154).

153.3 Marktzugangsbeschränkungen

In einzelnen Vernehmlassungen wurde hauptsächlich von kantonalen Seite verlangt, die Ausnahmen vom freien Marktzugang durch solche mit regionalpolitischen Zielen zu erweitern. Die entsprechende Erweiterung des Ausnahmekataloges hätte aber zur Folge, dass Anbieterinnen und Anbieter allein aufgrund ihrer Ortsfremdheit diskriminiert und vom freien Marktzugang ausgeschlossen werden dürften. Damit würde mehr oder weniger der Status quo mit allen seinen wettbewerbsverzerrenden Protektionismen beibehalten, womit die mit dem BGBM beabsichtigten Wirkungen des Abbaus der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbshemmnisse weitgehend vereitelt würden. Mit der Regulierung von Märkten lässt sich keine längerfristige Regionalpolitik betreiben (vgl. Ziff. 111.6 und 32). Gegen die Aufnahme von regionalpolitischen Zielen als Ausnahmen vom freien Marktzugang sprechen zudem folgende Gründe: Zum einen sind die verschiedenen Gesamtarbeitsverträge regionalisiert und weisen heutzutage in der Regel keine grossen Unterschiede mehr auf. Demgegenüber

würde die vereinzelt geforderte Verpflichtung zur Einhaltung der vor Ort geltenden Verträge oder zum Beitritt zu lokalen Institutionen der Gesamtarbeitsverträge im Ergebnis zu problematischen Unternehmensstrukturen führen (vgl. Ziff. 112.1). Die heute in der Bauwirtschaft vorhandene Struktur mit ihren - bedingt durch die vor Ort geltenden Bestimmungen - vielen lokalen Ablegern könnte nicht verbessert werden. Zum ändern sollen Anbieterinnen und Anbieter von Dienstleistungen, welche aufgrund eines am Herkunftsort niedrigeren Preisniveaus günstigere Angebote machen können, von diesen Vorteilen profitieren können, weil daraus ebenfalls ein Ausgleich zwischen Ballungszentren und peripheren Regionen resultiert. Wo allerdings die Gefahr von eigentlichem Sozialdumping besteht, kann ihr mit den Ausnahmebestimmungen von Artikel 3 (insbesondere Art. 3 Abs. 2 Bst. d) begegnet werden (vgl. auch Ziff. 222.2).

153.4 Anerkennung kantonaler Fähigkeitsausweise

Die Reaktionen im Vernehmlassungsverfahren zu Artikel 4 waren unterschiedlich. Alle politischen Parteien mit Ausnahme der LPS befürworteten die verbindliche Formulierung des Vorentwurfs, ebenso der Vorort und die Arbeitnehmerorganisationen. Demgegenüber sprachen sich der SGV und die Bauwirtschaft für die im Erläuternden Bericht enthaltene Variante aus, die im Gegensatz zum Vorentwurf nicht vom Grundsatz der Anerkennung kantonaler Fähigkeitsausweise ausgeht, sondern nur den Anspruch auf ein Verfahren zur Prüfung der Fähigkeitsausweise festlegt. Verschiedene Kantone verlangten die Ausklammerung dieser Bestimmung aus dem BGBM aus verfassungsrechtlichen Gründen oder befürworteten zumindest die Berücksichtigung der Variante. Einzelne Kantone machten das Fehlen von Minimalanforderungen an die Anerkennung geltend oder widersetzten sich der Kostenlosigkeit des Verfahrens. Ferner wurde die Befürchtung geäußert, Artikel 4 verhindere die Bestrebungen, eine interkantonale Vereinbarung über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen abzuschliessen. Die Konferenz der Kantonalen Fürsorgedirektoren teilt die Ansicht, dass bessere Mobilitäts- und Durchlässigkeitsvoraussetzungen geschaffen werden müssen, lehnte

Artikel 4 aber mit Hinweis auf die sozio-kulturell bedingten verschiedenen Ausbildungseinstufungen und die verschiedenen Kurswesen zwischen der lateinischen und der deutschen Schweiz ab. In Zusammenarbeit mit den Kantonen sowie der Konferenz der Kantonsregierungen ist nun eine geänderte Regelung erarbeitet worden, ohne dass der Grundsatz der bundesweiten Geltung kantonaler oder kantonal anerkannter Fähigkeitsausweise geschmälert wird (vgl. Ziff. 154 und 222.3).

154 Änderungen gegenüber dem Vorentwurf

154.1 Einleitende Bemerkungen

Von kantonaler Seite waren im Vernehmlassungsverfahren hauptsächlich staatspolitische Bedenken und die Sorge um den Bestand der von den Kantonen bis anhin selber unternommenen Anstrengungen zur marktwirtschaftlichen Erneuerung geäußert worden. Insbesondere war geltend gemacht worden, der Vorentwurf zum BGBM greife unnötigerweise in kantonale Regelungsbereiche ein und verdränge die in Vorbereitung stehenden Konkordate bezüglich des öffentlichen Beschaffungswesens und der Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen. Im Anschluss an das Vernehmlassungsverfahren wurde deshalb eine verwaltungsinterne Arbeitsgruppe vom Vorsteher des EVD beauftragt, mit den interessierten Kantonen die aufgeworfenen Probleme zu besprechen. In der Folge konnten mit den Kantonen und einer Delegation der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) Lösungen erarbeitet werden, welche die Bedenken der Kantone berücksichtigen, ohne die Substanz des Vorentwurfes, die Öffnung der Märkte durch die Beseitigung öffentlich-rechtlicher Wettbewerbshindernisse, anzutasten. Im folgenden werden die wichtigsten Änderungen gegenüber dem Vorentwurf zusammenfassend dargestellt.

154.2 Änderungen gegenüber dem Vorentwurf

Die wichtigsten Änderungen betreffen die Aufnahme einer Legaldefinition über die Erwerbstätigkeit in den Gesetzestext, die Ausklammerung des öffentlichen Beschaffungswesens des Bundes, die ausdrückliche Statuierung des Vorrangs von interkantonalen Vereinbarungen in den Bereichen des öffentlichen Beschaffungswesens und der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen, welche den Mindestanforderungen des Gesetzes genügen, sowie die Neugestaltung des Rechtsschutzes.

Durch die in *Artikel 1 Absatz 3* aufgenommene *Legaldefinition* über die Erwerbstätigkeit wird die Geltung des Gesetzes auf die durch die HGF geschützten Tätigkeiten beschränkt. Damit wird verdeutlicht, dass das Gesetz der Konkretisierung der HGF dient und die von Bund und Kantonen gewünschte Deregulierung unterstützt. Gleichzeitig wird klargestellt, dass *Tätigkeiten im öffentlichen Dienst*, d.h. insbesondere in öffentlichen Verwaltungen und an öffentlichen Schulen, vom BGBM nicht erfasst werden. Der im Vorentwurf enthaltene Passus betreffend die "Anstellung von Personal zu gewerblichen Tätigkeiten im öffentlichen Dienst", der im Vernehmlassungsverfahren zu Diskussionen über den Begriff der gewerblichen Tätigkeit geführt hatte, ist gestrichen worden. Indessen ist zu beachten, dass diejenigen Anstellungen, die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter dem Schutz der HGF stehen, in den Geltungsbereich des BGBM fallen. Eine entsprechende Präzisierung ist ebenfalls in Artikel 4 Absatz 1 eingefügt worden, womit sich Artikel 4 ausschliesslich auf Fähigkeitsausweise für Erwerbstätigkeiten bezieht, die unter dem Schutz der HGF stehen.

Der Vorentwurf sah vor, dass die Vergabe von Einkäufen, Dienstleistungen und Bauten nicht nur durch die Kantone und Gemeinden, sondern auch durch den Bund dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz des BGBM unterstellt werden sollten. Inzwischen liegt der Entwurf zum BG über das öffentliche Beschaffungswesen vor (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 19. Sept. 1994, BBl 1994 IV 950). Dessen Artikel 2 Absatz 3 sieht vor, dass der Bundesrat einzelne Gesetzesbestimmungen auf weitere öffentliche Aufträge des Bundes anwendbar erklären kann. Es wird also auf Verordnungsstufe zu entscheiden sein, welche Regelungen des Gesetzes

4
auf Beschaffungen des Bundes, welche unter den Schwellenwerten des GATT-Uebereinkommens liegen, zur Anwendung gelangen. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gilt jedoch von Gesetzes wegen für sämtliche Beschaffungen des Bundes. Da das gesamte *öffentliche Beschaffungswesen des Bundes* in jenem Gesetz seine Regelung findet, wird es in Abänderung des Vorentwurfs vom Geltungsbereich des BGBM ausgenommen. Es unterliegt aber grundsätzlich denselben materiellen Regelungen wie die öffentlichen Beschaffungen der Kantone und Gemeinden. Im BGBM-Entwurf ist das öffentliche Beschaffungswesen ausschliesslich in *Artikel 5* geregelt. Der Geltungsbereich des BGBM für *kantonale und kommunale Submissionen* kann auf diese Weise gesetzestechnisch eindeutig bestimmt werden, wodurch der Entwurf übersichtlicher und transparenter wird. Bezüglich der andern Formen der Erwerbstätigkeit wird der Bund demgegenüber vom BGBM erfasst und zwar in der gleichen Weise wie die Kantone und Gemeinden (Art. 2 Abs. 1 und 2). Dies kommt ebenfalls in den Artikeln 9 Absatz 1 und 10 Absatz 4 zum Ausdruck.

Den staatspolitischen Bedenken der Kantone wird Rechnung getragen, indem für die Bereiche des öffentlichen Beschaffungswesens und der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen in *Artikel 5 Absatz 3* bzw. *Artikel 4 Absatz 4* je eine *Subsidiaritätsklausel* für die Anwendbarkeit des BGBM eingefügt und das Rechtsschutzsystem neu gestaltet wurden. Sofern für diese Bereiche interkantonale Vereinbarungen bestehen, die den Mindestanforderungen des Gesetzes genügen, gehen sie den Regelungen des BGBM vor. Die Einführung dieser Bestimmungen stärkt die Stellung der Konkordate und unterstreicht eines der nun explizit im Zweckartikel aufgeführten Ziele des BGBM, die Kantone in ihren Bestrebungen zur Harmonisierung der Marktzugangsbestimmungen zu unterstützen (Art. 1 Abs. 2 Bst. b). Gleichzeitig wird die Deregulierung bei den öffentlichen Beschaffungen in dem Sinne gesichert, als gemäss *Artikel 5 Absatz 3* die interkantonalen Vereinbarungen nur dann zur Anwendung kommen, wenn sie den *Mindestanforderungen des BGBM* - dem allgemeinen Nichtdiskriminierungsgrundsatz (Art. 5 Abs. 1) und dem Grundsatz des Erlasses von Beschränkungen des freien Marktzugangs in Form von Verfügungen (Art. 10 Abs. 1) - genügen. Ferner wird in *Artikel 5* auf die Nennung der GATT-Schwellenwerte verzichtet. In Absatz 2 wird lediglich festgehalten, dass die Kantone bei der Legiferierung über die *Publikation*

umfangreicher Vorhaben die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen berücksichtigen.

Die *Rechtsschutzbestimmungen* wurden neu gefasst. *Artikel 10* sieht vor, dass gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide als Rechtsmittel auf Bundesebene die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht offensteht. Verfügungen der Bundesbehörden können mit den ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden, letztinstanzlich beim Bundesgericht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Im Vorentwurf war letztinstanzlich noch generell die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht vorgesehen; für den Gesetzesentwurf legten staatspolitische Bedenken die jetzt getroffene Lösung nahe.

154.3 Änderungen vorwiegend redaktioneller Natur

In *Artikel 1* wird neu ausdrücklich festgehalten, dass einer der Gesetzeszwecke darin liegt, die Bestrebungen der Kantone zur Harmonisierung der Marktzulassungsbedingungen zu unterstützen.

Um das Missverständnis zu vermeiden, der Begriff "Anbieten von Waren" beschränke sich auf das blosses Anbieten, wird in *Artikel 2 Absatz 3* verdeutlicht, dass darunter auch das Inverkehrbringen und Verwenden einer Ware zu verstehen ist (vgl. Ziff. 222.1). Der Hinweis in Absatz 4 des Vorentwurfs, wonach sich für Personen mit Niederlassung oder Sitz im Ausland der Zugang zum Markt nach Staatsvertragsrecht richtet, ist aufgrund seiner rein deklaratorischen Natur gestrichen worden.

In *Artikel 4 Absatz 1* wird der Ausdruck "in der Schweiz erworbene" Fähigkeitsausweise durch die präzisere Wendung "kantonale oder kantonal anerkannte" Fähigkeitsausweise ersetzt. Dies bedeutet keine materielle Änderung gegenüber dem Vorentwurf, erfasst doch das BGBM als gegen öffentlichrechtliche Wettbewerbshindernisse gerichtetes Gesetz nur öffentlichrechtliche Vorschriften bezüglich der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen (vgl. Ziff. 222.3). Zusätzlich wird durch die Legaldefinition des Artikels 1 Absatz 3 deutlich gemacht, dass es sich um

✱
Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit handelt, welche unter dem Schutz der HGF steht.

2 Besonderer Teil

21 Die Grundzüge des Entwurfes zum BGBM

211 Das BGBM als Grundsaterlass

Der Gesetzesentwurf beschränkt sich im Kern auf die Festlegung zweier für einen Binnenmarkt elementarer Grundsätze: auf denjenigen der Nichtdiskriminierung sowie auf das sogenannte Cassis-de-Dijon-Prinzip. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung bedeutet im wesentlichen, dass der Marktzugang für Ortsfremde mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht einfach deshalb beschränkt werden kann, weil sie ortsfremd sind. Das auf schweizerische Rechtsverhältnisse umgesetzte Cassis-de-Dijon-Prinzip legt die Vermutung fest, dass die kantonalen Zulassungsvoraussetzungen für die Ausübung der unter den Schutz der HGF fallenden Erwerbstätigkeiten gleichwertig sind, so dass derjenige, der in einem Kanton zur Ausübung eines Gewerbes zugelassen worden ist, sein Gewerbe in allen Kantonen ausüben kann, ausser es werde der Nachweis erbracht, dass die Vermutung im konkreten Einzelfall nicht zutrifft. Zudem bleiben überwiegende öffentliche Interessen grundsätzlich vorbehalten.

Die weiteren im Gesetzesentwurf enthaltenen Hauptverpflichtungen sind ebenfalls Ausfluss der beiden genannten Grundsätze. So soll die Nichtdiskriminierung auch für öffentliche Beschaffungen von Kantonen und Gemeinden gelten. Dieser Grundsatz wird durch dieses Gesetz oder die im Entstehen begriffene einschlägige interkantonale Vereinbarung bundesweit durchgesetzt. Im Rahmen von Staatsverträgen des Bundes sollen alle inländischen Anbieterinnen und Anbieter den ausländischen bezüglich des Marktzuganges gleichgestellt werden, während durch kantonale Staatsverträge und Konkordate eingeräumte Marktzugangsrechte auf die Angehörigen derjenigen Kantone ausgedehnt werden, welche Gegenrecht halten.

Ähnlich der für den Warenverkehr geltende Vermutung der Gleichwertigkeit (Cassis-de-Dijon-Prinzip) wird bezüglich der Fähigkeitsausweise vorgeschrieben, dass kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise für Erwerbstätigkeiten, die unter dem Schutz der HGF stehen, im ganzen Bundesgebiet gelten, dies unter Vorbehalt eines hinreichenden Ausbildungsstandes für bewilligungspflichtige Berufstätigkeiten. Wo die Kantone in einem Konkordat für einzelne Fähigkeitsausweise die im Gesetz festgehaltene gegenseitige Anerkennung vereinbaren, gehen die Vorschriften der interkantonalen Vereinbarung dem Gesetz vor.

Die Durchsetzung der aus dem Gesetz fliessenden Rechte wird durch eine wirksame Rechtsweggarantie sichergestellt. Schliesslich enthält der Gesetzesentwurf verschiedene Begleitmassnahmen, so Informations- und Konsultationspflichten des Bundes gegenüber den Kantonen, Bundesunterstützung für die interkantonale Zusammenarbeit und Empfehlungsrechte der Wettbewerbsbehörden.

Die Ausformungen der beiden genannten Grundsätze beinhalten Vorschriften "über die Ausübung von Handel und Gewerben" im Sinne von Artikel 31^{bis} Absatz 2 BV, mit denen im interkantonalen und interkommunalen Verkehr der freie Zugang zum Markt garantiert werden soll. Der gewählte Ansatz ist seinem Wesen nach zwischenstaatlicher Natur. Er verzichtet aus föderalistischen Gründen auf zentralisierte Regelungen ganzer Bereiche, unterstellt jedoch die bestehenden Zuständigkeiten der Kantone und Gemeinden bestimmten, branchenunabhängigen Beurteilungskriterien, die auf einen Abbau der öffentlich-rechtlichen Wettbewerbshindernisse ausgerichtet sind und so zur Verwirklichung des Binnenmarktes beitragen. Bezüglich der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen stützt sich der Entwurf ebenfalls auf Artikel 33 Absatz 2 BV.

212 Das Verhältnis zu kantonalen Harmonisierungsbemühungen

Den Kantonen wird ein möglichst grosser Gestaltungsspielraum belassen. Das BGBM will die zahlreichen im Gange befindlichen Bemühungen der Kantone auf der Suche nach gemeinsamen, harmonisierten Lösungen beim

4
Abbau von Handels- und Mobilitätshemmnissen nicht verdrängen oder konkurrenzieren, sondern flankierend unterstützen. Aus dem Gesetz ergeben sich wesentliche Anreize zur autonomen Harmonisierung durch die Kantone. Dies zeigt sich auch darin, dass das BGBM bei den öffentlichen Beschaffungen von Kantonen und Gemeinden sowie bei der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen im Verhältnis zu interkantonalen Vereinbarungen nur subsidiär Anwendung finden soll (vgl. Ziff. 111.5, 154, 222.3 und 222.4).

213 Das Verhältnis zu verwandten Regelungsbereichen und Vorlagen des Bundes

Im Allgemeinen Teil der Botschaft wird ausgeführt, dass die Verwirklichung des schweizerischen Binnenmarktes zahlreiche Sachbereiche betrifft, die durch Bundesrecht geregelt sind oder für die eine Regelung bevorsteht. Diese Bereiche betreffen namentlich den Grossteil der technischen Handelshemmnisse, das Wettbewerbsrecht, das Arbeitsrecht oder die berufliche Vorsorge. Sie sind für die Verwirklichung des Binnenmarktes von wesentlicher Bedeutung, sollen aber weiterhin spezialgesetzlich geregelt bleiben. Das BGBM erfasst mit anderen Worten im Rahmen der gesamten Binnenmarktproblematik nur einen Teilbereich. In diesem Sinne unterscheidet sich die Vorlage von einem eigentlichen Binnenmarktprogramm, wie es in der EU als Grundlage für umfassende Harmonisierungen besteht.

214 Das Verhältnis zum Staatsvertragsrecht

Der Anspruch auf Zugang zum Markt ist auf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz beschränkt. Ausländische Personen kommen in den Genuss des Gesetzes, wenn sie Sitz oder Niederlassung gestützt auf die einschlägige Gesetzgebung oder aber gestützt auf staatsvertragliche Rechte haben, wie sie z.B. in Artikel 16 der EFTA-Konvention (Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), SR 0.632.31) oder in bilateralen Niederlassungsverträgen enthalten sind.

Die Freizügigkeit innerhalb der Schweiz setzt aber auch in diesem Fall die Zulassung zur Erwerbstätigkeit nach Massgabe des Rechts eines Kantons bzw. einer Gemeinde voraus. Die bestehenden Verträge führen nicht dazu, dass im Ausland niedergelassene Personen Rechte nach diesem Gesetz erhalten. Ebenso ist festzuhalten, dass das Prinzip der Inländerbehandlung des Artikels III des GATT nicht dazu führt, dass ausländische Waren in bezug auf ihre Zulassung gleich behandelt werden müssen wie im Inland hergestellte Produkte. Denn das Gesetz knüpft bei der Diskriminierung nicht wie im GATT an der Ware und ihrem Herkunftsort an, sondern an der Person.

Mit Bezug auf die Wirkung von künftigen Staatsverträgen, welche Rechte einräumen, die über dieses Gesetz hinausgehen, stellt der Entwurf sicher, dass inländische Anbieterinnen und Anbieter nicht benachteiligt werden (vgl. Ziff. 222.5).

215 Das Verhältnis zum EWR-Nein und zur Aussenwirtschaftspolitik

Das BGBM nimmt eine eigenständige bundesstaatliche Aufgabe wahr. Es ist nicht etwa Ersatz für Rechte und Pflichten, welche Volk und Stände am 6. Dezember 1992 mit der Verwerfung des EWR-Abkommens abgelehnt haben. Das EWR-Abkommen hätte solche Rechte und Pflichten vorwiegend mit Bezug auf grenzüberschreitende Tatbestände gebracht, wie dies heute in geringerem Masse auch für das Freihandelsabkommen von 1972, die EFTA-Konvention oder das GATT zutrifft. Im innerstaatlichen Wirtschaftsverkehr der Schweiz greifen staatsvertragliche Rechte und Pflichten hingegen im Prinzip nicht unmittelbar. Ihre Wirkung ist zumeist eine indirekte, soweit das innerstaatliche Recht an die staatsvertraglichen Rahmenbedingungen angepasst wird, wie dies die Eurolex-Vorlagen im Rahmen des EWR-Abkommens und die Anpassungen in den Kantonen beabsichtigten.

Das BGBM hat deshalb unabhängig von der Zukunft der schweizerischen Integrationspolitik eine selbständige Bedeutung, was namentlich auch für das Kartellgesetz und die anderen Vorlagen im Rahmen der marktwirt-

schäftlichen Erneuerung zutrifft. Sie stärken die schweizerische Wettbewerbsfähigkeit im Inland und damit indirekt auch auf den Exportmärkten innerhalb und ausserhalb Europas.

22 Erläuterung der einzelnen Gesetzesbestimmungen

221 Allgemeine Bestimmungen

221.1 Zweck und Gegenstand (Art. 1)

Das Gesetz gewährleistet den freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt zum Zwecke der Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz (Abs. 1). Der *persönliche* Geltungsbereich des Erlasses erfasst als natürliche Personen neben den Schweizer Bürgerinnen und Bürgern auch die niedergelassenen Ausländerinnen und Ausländer sowie sämtliche, d.h. auch die ausländisch beherrschten, juristischen Personen mit Sitz in der Schweiz²⁴). Dadurch richtet sich das BGBM an die Grundrechtsträger der HGF und verbessert deren Rechtsstellung im schweizerischen Binnenmarkt, indem es die Gleichbehandlung aller inländischen Personen sichert. Der in einzelnen Vernehmlassungen geforderten Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereichs auf Ausländer mit Aufenthaltsbewilligung und auf Saisoniers kann nicht gefolgt werden, da dies der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Geltungsbereich der HGF widersprechen würde. Im übrigen würde auch ein Widerspruch zum ortsgebundenen Saisonierstatut entstehen.

Der *sachliche* Geltungsbereich orientiert sich an der Handels- und Gewerbefreiheit. Die Erwerbstätigkeit wird demnach in einem weiten Sinn

24) In Übereinstimmung mit dem Internationale Privatrecht (IPR) und der darauf gestützten Rechtsprechung des BGer für die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist grundsätzlich von der sog. Inkorporationstheorie auszugehen. Auch das für die Regelung des Marktzuganges einschlägige EU-Recht (vgl. die Bestimmungen zur Niederlassungs- und zur Dienstleistungsfreiheit im EWG-Vertrag; GRABITZ, Kommentar zum EWG-Vertrag, Rz.11ff. zu Art. 58 und Rz. 23 zu Art. 59) geht von dieser Theorie aus. Danach ist für eine Anknüpfung an den Sitz entscheidend, nach welchem Recht die Gesellschaft formell inkorporiert wurde (womit in der Schweiz auch der Eintrag in das Handelsregister verbunden ist).

verstanden und umfasst gemäss der neu eingefügten Legaldefinition jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die den Schutz der HGF genießt (Abs. 3). Erfasst werden vorab alle auf Erwerb gerichteten privaten Tätigkeiten, d.h. sowohl haupt- als auch nebenberufliche und selbständige wie auch unselbständige Erwerbstätigkeiten, insbesondere der gesamte Waren- und Dienstleistungsverkehr sowie die Zulassung zu und die Ausübung von Arbeitsleistungen (vgl. Art. 2 Abs. 1). Das BGBM schützt damit grundsätzlich alle Handlungen betreffend die Ausübung einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit als solcher (Wahl der Erwerbstätigkeit bzw. Berufswahl, Wahl der sachlichen Mittel, Gestaltung der Geschäftsbeziehungen, Regelung der Finanzierung und der Beherrschungsverhältnisse am Unternehmen usw.) in ihrer binnenmarktlichen Ausrichtung. Darin widerspiegelt sich die primäre Zielsetzung des BGBM, die Wirtschaftsfreiheit für die Grundrechtsträger in ihrer geographischen Dimension durchzusetzen. Im Einklang mit der neueren Verfassungslehre (vgl. Ziff. 6) scheidet das Gesetz den öffentlichen Dienst nicht a priori aus. In dem Masse, wie dieser im gewerblichen Bereich auch den Garantien des Individualrechts der Wirtschaftsfreiheit offensteht, kommen die Bestimmungen des Gesetzes durch die Rechtsanwendung künftig auch für diese Arbeitsleistungen zum Tragen. Nicht erfasst werden hingegen Tätigkeiten im öffentlichen Dienst, d.h. insbesondere in öffentlichen Verwaltungen und an öffentlichen Schulen. Nicht unter den Geltungsbereich fallen ferner die in Artikel 31 Absatz 2 Satz 2 BV vorbehaltenen kantonalen Regalrechte und Monopole, wie z.B. die historischen Grund- und Bodenregale, Versicherungsmonopole usw.²⁵⁾.

Der *örtliche* Geltungsbereich, der sich auf das ganze Gebiet der Schweiz bezieht, kann in Zukunft durch staatsvertragliche Einräumung der Inländerbehandlung erweitert werden (vgl. Ziff. 214). Anzuführen ist, dass diese Möglichkeit unilateral aufgrund des Zollanschlussvertrages bereits heute in bezug auf das Fürstentum Liechtenstein besteht²⁶⁾.

25) Vgl. R. RHINOW, Kommentar zu Art. 31 BV, Rz. 230ff.

26) Art.5 des Vertrages zwischen der Schweiz und Liechtenstein über den Anschluss des Fürstentums Liechtenstein an das schweizerische Zollgebiet vom 29. März 1923, SR 0.631.112.514.

Durch den Abbau von öffentlichrechtlichen Wettbewerbsbeschränkungen und die Bekämpfung staatlich verordneter Marktsegmentierung soll ein einheitlicher Markt für Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen entstehen. Über vermehrten Wettbewerb wird die Innovationskraft, die Effizienz und die Flexibilität der schweizerischen Wirtschaft erhöht und ihre Wettbewerbsfähigkeit auch im internationalen Umfeld gestärkt (Abs. 2 Bst. c). Eine gesteigerte Mobilität der Produktionsfaktoren und Endleistungen innerhalb der Schweiz fördert den interkantonalen Wirtschaftsverkehr (Abs. 2 Bst. a), was angesichts der zunehmenden Tendenz zu Staatsverträgen der Grenzkantone mit benachbarten Teilregionen des Auslands (vgl. Art. 6 Abs. 2) letztlich auch den wirtschaftlichen Zusammenhalt der Schweiz und ihrer Kantone bzw. Gemeinden zu festigen vermag (Abs. 2 Bst. d). Für die praktische Verwirklichung des Binnenmarktes bedarf es indessen weiterer interkantonaler Bemühungen zu eigentlichen Harmonisierungen. Indem der Entwurf den freien Zugang zum Markt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit gewährleistet, unterstützt er die Kantone in ihren Bestrebungen zur Harmonisierung der Marktzulassungsbedingungen (Abs. 2 Bst. b).

222 Grundsätze für den freien Zugang zum Markt

222.1 Freier Zugang zum Markt (Art. 2)

Artikel 2 bildet den eigentlichen Kern der Vorlage. Jede Person mit Niederlassung und jede Unternehmung mit Sitz in der Schweiz hat das Recht, Waren, Arbeitsleistungen und Dienstleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten. Der Zugang zum Markt richtet sich dabei nach den am Herkunftsort der anbietenden Person oder Unternehmung geltenden Vorschriften.

In Anlehnung an das *Cassis-de-Dijon*-Prinzip (vgl. Ziff. 141.1) verankert *Absatz 1* den auf die binnenwirtschaftlichen Verhältnisse der Schweiz zugeschnittenen individualrechtlichen Anspruch auf freien Zugang zum Markt. Der Entwurf beschränkt die Anwendung des Prinzips indessen nicht auf den Warenbereich, sondern bringt den Grundsatz der Anerken-

nung von Zulassungen am Herkunftsort für alle Formen der Erwerbstätigkeit zur Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 3). Wie erwähnt, knüpft das Recht einer natürlichen oder juristischen Person auf Zugang zu den Märkten an die Zulässigkeit der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder in der Gemeinde ihrer Niederlassung bzw. ihres Sitzes an. In diesem Sinne bildet die gegenseitige Anerkennung der kantonalen Regelungen die Grundlage für die Marktöffnung innerhalb der Schweiz.

Spiegelbild dieser Rechte ist die in Absatz 2 enthaltene Pflicht von Bund, Kantonen und Gemeinden sowie anderer Träger öffentlicher Aufgaben sicherzustellen, dass ihre einschlägigen Vorschriften und Verfügungen diese Rechte wahren. Nach dem Prinzip der Gleichrangigkeit der verfassungsrechtlichen Grundlagen und demjenigen der *lex specialis* sind zwar die in Spezialerlassen des Bundes geregelten Materien vom Anwendungsbereich des BGBM ausgeklammert, jedoch hat der Bundesgesetzgeber nach dem Grundsatz der koordinierten Gesetzgebung für die Durchsetzung dieser Rechte in den Bundeserlassen besorgt zu sein. Auch haben die Rechtsanwendungsbehörden des Bundes in ihren Verfügungen auf die Wahrung der in Artikel 2 genannten Rechte zu achten.

Absatz 3 präzisiert den zentralen Grundsatz, dass für die Zulassung zur Erwerbstätigkeit nach Absatz 1 die Bestimmungen des Herkunftsortes massgebend sind. Dieser Grundsatz hat aber selbstverständlich nicht uneingeschränkt Geltung; er unterliegt zur Wahrung zwingender öffentlicher Interessen den Einschränkungen des Artikels 3. Satz 2 von Absatz 3 hält fest, dass die Bestimmungen über den Warenhandel sich nicht allein auf das Anbieten beschränken, sondern auch weitere Verarbeitungsformen wie das Inverkehrbringen und das Verwenden mit einbeziehen, die sich ebenfalls nach den am Herkunftsort gültigen Bestimmungen richten. Darf demnach ein Anbieter eine Ware in seinem Sitzkanton in Verkehr bringen, so darf er dies auf dem gesamten Gebiet der Schweiz. Ist also z.B. die Ware einer in Bern domilizierten Unternehmung im Kanton Bern zugelassen, so darf dieselbe Ware von dieser Unternehmung auch im Kanton Luzern angeboten und verkauft werden. Ist hingegen eine von einer in Bern domilizierten Unternehmung hergestellte Ware nicht in Bern, sondern im Kanton Neuenburg zugelassen, folgt daraus nicht die

automatische Zulassung auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, da der Gesetzesentwurf die freie Zulassung an den Sitzort des Anbieters knüpft.

222.2 Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt (Art. 3)

Nach *Absatz 1* dieses Artikels darf der freie Zugang zum Markt für ortsfremde Anbieterinnen und Anbieter nach Massgabe der Vorschriften des Bestimmungsortes nur dann beschränkt werden, wenn diese gliedstaatlichen Beschränkungen gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten (Bst. a), einen legitimen Zweck verfolgen (Bst. b) und verhältnismässig sind (Bst. c). Sie dürfen auch nicht in anderer Weise ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten (Abs. 4). Die Kantone und Gemeinden können damit in wichtigen Bereichen die Anwendung der eigenen Vorschriften weiterhin vorsehen, soweit sie die genannten Voraussetzungen erfüllen.

Absatz 1 Buchstabe a verbietet formelle Diskriminierungen im Sinne von Bestimmungen, die unterschiedlich auf ortsfremde und ortsansässige Personen angewendet werden.

Absatz 2 enthält (in Konkretisierung von Abs. 1 Bst. b) eine nicht abschliessende Auflistung von Polizeigütern, zu deren Schutz Kantone und Gemeinden marktbeschränkende Regelungen erlassen dürfen. Sie müssen zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sein. In Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b sind die überwiegenden öffentlichen Interessen als solche vorbehalten. Dazu zählen zum Beispiel Gründe der militärischen Geheimhaltung, auch wenn sie im Beispielskatalog des Absatzes 2 nicht ausdrücklich erwähnt sind.

Absatz 3 nennt die Hauptkriterien für die vorgesehene Verhältnismässigkeitsprüfung (Abs. 1 Bst. c). Diese lehnen sich zum Teil an die Praxis des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) an. Unverhältnismässig sind Beschränkungen insbesondere dann, wenn die mit der Beschränkung beabsichtigte Schutzwirkung bereits durch die Vorschriften am Herkunfts-ort erzielt wird (Bst. a) oder wenn Nachweise und Sicherheiten, welche

bereits am Herkunftsort erbracht wurden, nicht berücksichtigt werden (Bst. b). Schliesslich ist eine Beschränkung unverhältnismässig, wenn zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgängig die Niederlassung oder der Sitz am Bestimmungsort verlangt wird (Bst. c).

Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ist dem Binnenmarktgedanken demnach zumindest derselbe Stellenwert beizumessen wie dem bislang überwiegend in den Vordergrund gerückten Föderalismusprinzip. Somit hat der Rechtsanwender bei der Überprüfung der "Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden" auch zu berücksichtigen, dass Anbieterinnen und Anbietern unterschiedlicher Herkunft bei gleichartigen Leistungsangeboten auf schweizerischem Gebiet fortan als direkte Konkurrenten anzusehen sind. Der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung ist im Falle öffentlich-rechtlicher Wettbewerbsbehinderungen also auch in seiner geographischen Dimension unter dem Gesichtspunkt eines funktionierenden Binnenmarktes zu würdigen.

222.3 Anerkennung von Fähigkeitsausweisen (Art. 4)

Nach *Artikel 4* gelten kantonale und kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit im gesamten Bundesgebiet, sofern sie nicht Beschränkungen nach Artikel 3 unterliegen. Für die eidgenössischen Fähigkeitsausweise besteht ohnehin bundesweite Geltung. Die gegenüber dem Vorentwurf eingefügten Präzisierungen verdeutlichen, dass diese Bestimmung nur kantonale und kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise betrifft, private Diplome werden demgegenüber nicht erfasst. Der Geltungsbereich ist im Zusammenhang mit Artikel 1 Absatz 3 klar festgelegt: erfasst werden Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer unter den Schutz der HGF fallenden Erwerbstätigkeit (vgl. Ziff. 221.1 und 222.1).

Die Regelung der Anerkennung von kantonalen und kantonal anerkannten Fähigkeitsausweisen unterliegt den allgemeinen Bestimmungen des Artikels 3. Damit ist davon auszugehen, dass ein am schweizerischen Herkunftsort erworbenes Fähigkeitszeugnis für die Ausübung der

4
Erwerbstätigkeit in der ganzen Schweiz genügt: wer in der Schweiz einen kantonalen oder kantonal anerkannten Fähigkeitsausweis erworben hat, soll damit im ganzen Gebiet des Landes arbeiten können. Von diesem Grundsatz können die Behörden des Bestimmungsortes abweichen, wenn nicht ein *hinreichendes Ausbildungsniveau* sichergestellt werden kann (Art. 3 Abs. 2 Bst. e). Der diesbezügliche Nachweis obliegt den Behörden. Damit wird die Freizügigkeit erheblich erhöht, ohne dass die Gefahr eines Niveauverlustes besteht, weil die Kantone und Gemeinden nach wie vor unter den in Artikel 3 genannten Voraussetzungen das eigene Recht zur Anwendung bringen können. Artikel 4 enthält daher nur ergänzende Bestimmungen für die Fälle, in denen ein Fähigkeitsausweis als nicht hinreichend beurteilt wird und entsprechende Ergänzungen erforderlich sind. Die Regelung geht über die heute im Rahmen der EG bestehende Rechtslage hinaus, ist aber einer bundesstaatlichen Lösung im Interesse der angestrebten erhöhten Mobilität und dem Abbau von belastenden administrativen Verfahren angemessen.

Als Ausgangspunkt setzt das BGBM den Grundsatz der bundesweiten Geltung kantonalen oder kantonal anerkannter Fähigkeitsausweise nach Artikel 4 Absatz 1. Wo aber im Rahmen von *Konkordaten* detaillierte Vorschriften zur gegenseitigen Anerkennung von Fähigkeitsausweisen vorhanden und anwendbar sind, sollen diese dem BGBM vorgehen (Art. 4 Abs. 4). Ist also z.B. ein kantonaler Fähigkeitsausweis Gegenstand der Interkantonalen Vereinbarung über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen, so richtet sich die Anerkennung des Fähigkeitsausweises konkordatsweit nach den Vorschriften der genannten Vereinbarung. Für die Fähigkeitsausweise der übrigen Kantone sowie die Fähigkeitsausweise, die vom Konkordat nicht oder nicht im Sinne des Gesetzes geregelt werden, finden die Absätze 1 - 3 des Artikels 4 Anwendung (bundesweite Anerkennung unter Vorbehalt von Art. 3). Mit dieser Lösung wird auf die bereits vorhandenen kantonalen Liberalisierungsbemühungen Rücksicht genommen, ohne den Grundsatz der bundesweiten Anerkennung von kantonalen oder kantonal anerkannten Fähigkeitsausweisen zu gefährden.

222.4 Öffentliche Beschaffungen (Art. 5)

Innerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzes, welcher sämtliche privatwirtschaftlichen Formen der Erwerbstätigkeit schützt, stellt dieser Artikel eine *Spezialvorschrift* dar. In *Artikel 5 Absatz 1* ist der Grundsatz des diskriminierungsfreien Zugangs zu öffentlichen Beschaffungen durch Kantone und Gemeinden (für Beschaffungen des Bundes: vgl. Ziff. 154) festgehalten. Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz (vgl. Art. 1 Abs. 1; Ziff. 221) sollen sich an kantonalen und kommunalen Submissionen beteiligen können, ohne in einer Weise benachteiligt zu werden, welche Artikel 3 widerspricht. Der Verweis auf diesen Artikel macht deutlich, dass es sich um einen zu Artikel 2 parallelen Anspruch auf Marktzugang handelt. Während in Artikel 2 Absatz 1 die Erwerbstätigkeit an die Zulässigkeit am *Herkunftsort* des Anbieters anknüpft, sind im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens als massgeblicher Ausgangspunkt die Vorschriften des *Bestimmungsortes* anwendbar. Für Beschränkungen des Marktzuganges müssen aber auch in diesem Bereich, wie erwähnt, die in Artikel 3 genannten Voraussetzungen erfüllt sein (vgl. Ziff. 222.2). Ortsfremde dürfen demnach nicht allein aufgrund dieser Qualifikation aus einem Vergabeverfahren ausscheiden. So liegt z.B. ein Verstoss gegen das BGBM vor, wenn für die Teilnahme an einem Submissionsverfahren zwingend die Ortsansässigkeit verlangt wird (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Bst. a). Ferner müssen allfällige Gründe für Marktzugangsbeschränkungen im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Die Voraussetzung des Artikels 3 Absatz 3 Buchstabe a, wonach die erstrebte Schutzwirkung nicht bereits durch die Vorschriften des Herkunftsortes erzielt werden darf, findet auch auf das öffentliche Beschaffungswesen von Kantonen und Gemeinden Anwendung.

In einzelnen Vernehmlassungen wurde gefordert, dass bei Submissionen zwingend die Einhaltung der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen oder ortsüblichen Arbeitsbedingungen sowie Auflagen, welche den Arbeitsschutz oder die Lohngleichheit zwischen Mann und Frau betreffen, vorzuschreiben sei. Eine derartige Regelung, wonach sich die Ausführung von öffentlichen Bauaufträgen stets nach Massgabe der vor Ort geltenden Gesamtarbeitsverträge zu richten hätte, liesse sich mit Artikel 5 nicht

* vereinbaren. Sie würde den ortsfremden Konkurrenten, der an anderweitige Verträge gebunden ist, auf dem betreffenden Markt praktisch ausschliessen und ihn weiterhin zwingen, eigens für das betreffende Gebiet eine eigene Tochterfirma zu unterhalten. Nach Massgabe von Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe a ist die Anwendung der Bestimmungen der vor Ort geltenden Gesamtarbeitsverträge nur verhältnismässig und daher zulässig, wenn der angestrebte Schutz anders nicht erreicht werden kann. Da das Schutzniveau in den einzelnen Gesamtarbeitsverträgen der verschiedenen Branchen in der Schweiz zumeist vergleichbar ist, wird der Zuschlag in der Regel unter Berücksichtigung der am Herkunftsort geltenden Verträge zu erfolgen haben. Ferner sollen Anbieterinnen und Anbieter, die z.B. aufgrund eines am Herkunftsort niedrigeren Preisniveaus oder aufgrund des Wegfalls von hohen Binnenkosten ihre Leistungen zu günstigeren Konditionen anbieten können, nicht unzulässig benachteiligt werden. Neben der Öffnung des Marktes für ortsfremde Konkurrenten dient diese Regelung auch dem Ausgleich zwischen den oft einem überhöhten Preisniveau ausgesetzten Ballungszentren und peripheren Regionen. Zu unterstreichen ist, dass der Entwurf zum BGBM gemäss Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe d die Anwendung der am Bestimmungsort geltenden Verträge erlaubt, sofern die Gefahr eines eigentlichen Sozialdumpings besteht. Die Gewährleistung der sozialpolitisch motivierten Ziele ist somit auch unter der Regelung des BGBM nicht gefährdet.

Um eine gewisse Transparenz zu erreichen, die es den Ortsfremden erst ermöglicht, ihre Offerten einzubringen, haben die Kantone und Gemeinden gemäss Absatz 2 dafür zu sorgen, dass Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden. Auf die im Vorentwurf enthaltene Nennung der GATT-Schwellenwerte als Auslöser der Publikationspflicht wird zugunsten einer flexiblen Regelung verzichtet. Den Kantonen ist es freigestellt, eine Publikationspflicht auch für Beschaffungen vorzusehen, die unter den GATT-Schwellenwerten liegen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die gesetzlichen Bestimmungen zum öffentlichen Beschaffungswesen für sämtliche Beschaffungen von Kantonen und Gemeinden unabhängig von einer Publikationspflicht gelten.

Die Kantone sind gegenwärtig daran, ein Konkordat über das öffentliche Beschaffungswesen auszuarbeiten. Diesen Bemühungen trägt der Entwurf in Absatz 3 Rechnung. Danach gehen die Vorschriften einer *interkantonalen Vereinbarung* über das öffentliche Beschaffungswesen dem Gesetz vor, wenn sie die Mindestanforderungen des BGBM beachten. Zu den Mindestanforderungen zählen der diskriminierungsfreie Marktzugang, die Publikationsvorschriften sowie die Vorschrift, wonach Beschränkungen des freien Marktzutrittes in Form von Verfügungen (Art. 10 Abs. 1) zu erlassen sind. Erfüllt die interkantonale Vereinbarung diese Voraussetzungen, so fallen öffentliche Beschaffungen in den Anwendungsbereich des Konkordates; die Konkordatsvorschriften gehen diesfalls der Regelung des BGBM vor. Mit dieser Lösung wird der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im gesamten Gebiet des Bundes durchgesetzt. Sie hindert die Kantone nicht, detaillierte Vorschriften z.B. über das Submissionsverfahren zu vereinbaren, für deren Regelung auf Bundesebene keine hinreichende verfassungsrechtliche Grundlage besteht.

222.5 Völkerrechtliche und interkantonale Verträge (Art. 6)

Die Bestimmungen des *Artikels 6* unterscheiden zwischen Staatsverträgen des Bundes nach Artikel 8 BV und solchen der Kantone nach Artikel 9 BV.

Absatz 1 stellt sicher, dass die auf Grund von Staatsverträgen des Bundes und der darauf gestützten Praxis ausländischen Anbietern oder Waren gewährten Rechte, die weitergehen als die Inländerrechte im Rahmen der Marktzutrittsregelungen im Binnenverkehr, auch den inländischen Anbietern zugute kommen. Dieses Verbot der Inländerdiskriminierung²⁷⁾ besteht bis heute nicht. Es verhindert eine Schlechterstellung inländischer gegenüber ausländischen Anbieterinnen und Anbietern. Jedoch geht eine vom Gesetzgeber beabsichtigte Schlechterbehandlung der Inländer als *lex*

27) Im Unterschied zum Begriff der Inländerbehandlung, die sich hergebrachterweise nur auf das Diskriminierungsverbot ausländischer Personen bezieht, ist hier vom Verbot der Inländerdiskriminierung, der sog. umgekehrten Diskriminierung (franz.: *discrimination à rebours*; engl.: *reverse discrimination*), die Rede.

specialis dem in Artikel 6 BGBM enthaltenen Verbot der Inländerdiskriminierung vor, wenn die Ausnahmen vom Verbot der Inländerdiskriminierung in Umsetzung internationaler Abkommen explizit eine gewollte Inländerdiskriminierung mit einschliessen. Solche Spezialbestimmungen sind vom Anwendungsbereich des Artikels 6 ausgenommen.

Absatz 2 hat *kantonale* Staatsverträge mit dem benachbarten Ausland zum Gegenstand, die ausländischen Anbietern mehr Rechte einräumen als den Miteidgenossen. Solche Verträge sind aufgrund von Artikel 9 BV zulässig, dürfen aber nichts dem Bunde und den Rechten anderer Kantone Zuwiderlaufendes enthalten. Die wirtschaftliche Notwendigkeit solcher Verträge muss mit staatspolitischen Interessen der Einheit, der schweizerischen Integration und der bundesstaatlichen Treue abgewogen werden. Die im Entwurf vorgesehene Lösung besteht in der Ausdehnung der ausgehandelten Rechte auf andere Kantone bzw. deren Angehörige, soweit - und nur soweit - diese Gegenrecht gewähren. Völkerrechtlich spricht man hier von bedingter Meistbegünstigung. Die Figur schafft einen Ausgleich zwischen den genannten Interessen, verhindert ein Trittbrettfahren und fördert zugleich die Harmonisierung auf dem schweizerischen Binnenmarkt.

Nach *Absatz 3* finden im Binnenverhältnis die Bestimmungen des Absatzes 2 sinngemäss auch auf interkantonale Verträge (Konkordate) Anwendung.

223 Aufgaben des Bundes

223.1 Information und Konsultation (Art. 7)

Die Erfahrungen der EWR- und GATT-Verhandlungen haben ein starkes Bedürfnis nach einer stärkeren Kommunikation nicht nur zwischen Regierung und Parlament, sondern auch zwischen Bundesrat und Kantonen aufgezeigt. Der Entwurf verpflichtet den Bundesrat, die Kantone über Entwicklungen auf internationaler Ebene zu informieren und im Rahmen

internationaler Verhandlungen zu konsultieren, wenn der Regelungsgegenstand in die Kompetenzen der Kantone fällt und nicht einer bundesrechtlichen Harmonisierung unterliegt. Es wird indessen auf Konkretisierungen institutioneller Art verzichtet, da die diesbezüglichen Entwicklungen derzeit noch offen sind und über die Problematik des Binnenmarktes hinausgehen.

223.2 Förderung der interkantonalen Zusammenarbeit (Art. 8)

Wie vorn dargelegt (vgl. Ziff. 132), führt das Binnenmarktgesetz keine Rechtsharmonisierungen herbei. Mit seinen Grundsätzen schafft es aber wesentliche Anreize für die interkantonale Förderung des Binnenmarktes. *Artikel 8* ermöglicht dem Bund, solche Bestrebungen der Kantone zu unterstützen. Die Erfahrungen haben gezeigt, dass Unterstützungen namentlich bei der Grundlagenbeschaffung hilfreich sind. Hingegen wurde auf die Möglichkeit der finanziellen Unterstützung verzichtet.

224 Empfehlungen der Wettbewerbskommission (Art. 9)

Artikel 9 regelt die Aufgabe, welche die im Rahmen der Kartellgesetzrevision vorgesehene Behörde im Verhältnis zu öffentlichrechtlichen Wettbewerbsbeschränkungen, wie sie das Binnenmarktgesetz in Pflicht nimmt, zu übernehmen hat. Die Ausgestaltung dieser Bestimmung steht also in engem Zusammenhang mit dem Entwurf zum revidierten Kartellgesetz.

Absatz 1 beschränkt die Aufgabe der Wettbewerbskommission auf die Überwachung. Damit ist auch gesagt, dass sie nicht über eigentliche Entscheidkompetenzen mit Bezug auf öffentlich-rechtliche Wettbewerbsbeschränkungen verfügt. Es ist Aufgabe der Gerichte, über Sachverhalte des BGBM, wo regelmässig öffentliche Interessen zu beurteilen sein dürften, zu befinden.

Absatz 2 sieht die Möglichkeit der Begutachtung von geplanten Erlassen vor. Diese Aufgabe kann die Wettbewerbskommission selbständig oder auf Anfrage hin an die Hand nehmen.

Absatz 3 ermöglicht es der Wettbewerbskommission, branchenspezifische Untersuchungen durchzuführen und den betreffenden Behörden Empfehlungen abzugeben. Solche Untersuchungen können sich auf die Schweiz insgesamt beziehen oder sich auf Kantone oder allenfalls auch Gemeinden beschränken. Dabei kommen die im Entwurf zum revidierten Kartellgesetz vorgesehenen Verfahrensgarantien zur Anwendung, welche den Rechtsschutz betroffener Personen wesentlich verbessern. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission kann im Rahmen seiner Überwachungsaufgaben von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin Vorabklärungen durchführen. Untersuchungen erfolgen durch das Sekretariat im Auftrag der Wettbewerbskommission oder, wenn Anhaltspunkte über Wettbewerbsbeschränkungen bestehen, im Einvernehmen mit dem Präsidium von Amtes wegen. Die Eröffnung einer Untersuchung wird durch Publikation bekanntgemacht. In der Bekanntmachung werden Gegenstand und Adressaten der Untersuchung aufgeführt. Dritte werden aufgefordert, sich innert 30 Tagen zu melden, falls sie sich an der Untersuchung beteiligen wollen. Im Anschluss an die Vorabklärungen oder Untersuchungen kann die Wettbewerbskommission den betreffenden Behörden Empfehlungen abgeben.

225 Rechtsschutz (Art. 10)

Die Durchsetzung der vom BGBM verliehenen Rechte und damit auch der Abbau der öffentlichrechtlichen Wettbewerbshindernisse stehen mit den Rechtsschutzbestimmungen in engem Zusammenhang. Nach Absatz 1 müssen alle Beschränkungen des freien Zuganges zum Markt in Form einer Verfügung erlassen werden. Wo keine ergeht, kann der Berechtigte eine Verfügung verlangen. Dadurch erhält jeder von einer Marktzugangsbeschränkung betroffene Ortsfremde die Möglichkeit, die kantonalen Rechtsmittel zu ergreifen. Zugleich bildet die Verfügung bzw. ein entsprechender Beschwerdeentscheid das Anfechtungsobjekt für die allfällige

Überprüfung durch das BGer. Damit werden entgegen der heutigen Praxis auch Zuschläge im Submissionsverfahren von Kantonen und Gemeinden beim Bundesgericht mit der staatsrechtlichen Beschwerde anfechtbar.²⁸⁾

Absatz 2 hält fest, dass Entscheide letzter kantonaler Instanzen endgültig sind, vorbehältlich der staatsrechtlichen Beschwerde (Art. 84 Abs. 1 Bst. a OG). Die Kantone sind aufgrund dieser Regelung nicht gehalten, ein kantonales Gerichtsverfahren vorzusehen. Entscheide letzter Instanzen der Kantone schliessen Entscheide kommunaler Behörden mit ein. Entscheidet lediglich eine kommunale Behörde und ist kein kantonaler Rechtsmittelweg vorgesehen, so wird dieser Entscheid als kantonal letztinstanzlich betrachtet. Gegen kantonal letztinstanzliche Entscheide kann *staatsrechtliche Beschwerde* geführt werden. Das Verfahren richtet sich nach den einschlägigen Bestimmungen der Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 84 ff. OG). Die staatsrechtliche Beschwerde ist binnen 30 Tagen nach der nach kantonalem Recht massgebenden Eröffnung beim Bundesgericht schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation richtet sich nach Artikel 88 OG. Legitimiert ist, wer durch den angefochtenen Hoheitsakt beschwert ist und die Verletzung verfassungsmässiger Rechte oder rechtlich geschützter Interessen geltend macht. Auch Vereinigungen sind zur Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung legitimiert, sofern sie folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllen: Die Vereinigung muss "selber partei- und prozessfähig" und "gemäss ihren Statuten zur Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder berufen" sein. "Nicht nur einzelne Mitglieder, sondern die Mehrzahl oder wenigstens eine Grosszahl der Mitglieder" muss vom Hoheitsakt selber betroffen und zur Beschwerdeführung legitimiert sein (Kälin W., Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1994, S. 268).

Neben der Verletzung von Freiheitsrechten - im Falle des BGBM vor allem die Verletzung der HGF - kann auch die Verletzung von Verfas-

28) Vgl. BGE 119 Ia 424, 115 Ia 78f., 107 Ia 182; in den genannten Entscheiden hat das BGer bezüglich der Submissionen die Auffassung vertreten, der Zuschlag stelle keinen hoheitlichen Akt dar und der übergangene Bewerber sei weder in seinen Rechten noch in seinen rechtlich geschützten Interessen verletzt und deshalb nicht zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert.

st
sungsbestimmungen gerügt werden, welche unmittelbare 'Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Einzelnen haben. So kann im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde unter anderem auch die *Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts* geltend gemacht werden (Art. 2 ÜB.Best.BV). Diesfalls bringt der von einer Marktzugangsbeschränkung betroffene Beschwerdeführer vor, die als Grundlage des angefochtenen Entscheides dienende kantonale Norm werde durch vorrangiges eidgenössisches Recht, in diesem Falle das BGBM, derogiert und sei demnach unbeachtlich. Gemäss konstanter Rechtsprechung prüft das BGer in solchen Fällen aufgrund der Tragweite dieses Grundsatzes die Auslegung des kantonalen und eidgenössischen Gesetzes- und Ordnungsrechts und damit dessen Inhalt ausnahmslos frei. Demgegenüber erfolgt bei Geltendmachung der Verletzung eines besonderen verfassungsmässigen Rechts, in diesem Falle die Verletzung der HGF, die Überprüfung des eidgenössischen und kantonalen Gesetzesrechts nur auf Willkür hin, es sei denn, es liege ein besonders schwerer Eingriff in das angerufene Grundrecht vor (BGE 116 Ia 272 E. 4a, zit. in Kälin, a.a.O., S. 42, 175, 178 und 192, mit weiteren Hinweisen). Die Unangemessenheit kann nicht überprüft werden. Die aufschiebende Wirkung ist nach Lehre und Rechtsprechung ausgeschlossen (BGE 107 Ia 5 E. 2; Kälin, a.a.O., S. 378).

Die Entscheide des BGer im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde sind grundsätzlich kassatorisch. Auf begründete Beschwerde hin wird der angefochtene kantonal letztinstanzliche Entscheid aufgehoben. Demgegenüber hält *Absatz 3* fest, dass das BGer bei öffentlichen Beschaffungen nach erfolgtem Vertragsschluss mit dem Anbieter oder der Anbieterin - sofern sich die Beschwerde als begründet erweist - lediglich feststellt, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt. Die Aufhebung des erfolgten Zuschlags durch das BGer wird damit ausgeschlossen. Die Haftung für den aus einer rechtswidrigen Verfügung erwachsenen Schaden richtet sich nach kantonalem Recht, da keine Bundeskompetenz besteht, welche es erlauben würde, den Kantonen Schadensregelungen vorzuschreiben. Anzumerken bleibt, dass das BGBM einschliesslich seiner Rechtsschutzbestimmungen dann keine Geltung hat, wenn aufgrund des Vorrangs interkantonalen Vereinbarungen (Art. 4 Abs. 4 und Art. 5 Abs. 3) die Vorschriften der Konkordate anwendbar sind.

Auf die Aufnahme einer Bagatellklausel als Voraussetzung zur Einreichung von Beschwerden wurde verzichtet, da die Beurteilung einer Diskriminierung an sich unabhängig vom Marktwert zu erfolgen hat. Angesichts der unterschiedlichen Grössenverhältnisse der Körperschaften wäre es übrigens schwierig, den Bagatellumfang zu bestimmen. Immerhin dürften die zu erwartenden Prozesskosten Beschwerden in Bagatellfällen weitgehend ausschliessen.

Gemäss *Absatz 4* gelten für Verfügungen von Organen des Bundes die allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Fünfter Titel bzw. Art. 97 ff. OG und VwVG).

226 Gutachten und Anhörung der Wettbewerbskommission (Art. 11)

Während sich Artikel 9 auf Tätigkeiten der Wettbewerbskommission ausserhalb konkreter Streitfälle bezieht, regelt *Artikel 11* deren Aufgaben im Rahmen des Verwaltungsverfahrens in Bund, Kantonen und Gemeinden. Diese können nach Absatz 1 die Wettbewerbskommission um Gutachten über die Anwendung des Gesetzes angehen, welche ihnen bei der Beurteilung des konkreten Falles Hilfe leisten können. Diese Beteiligung ist fakultativ und wird sich daher auf schwierige Fälle beschränken. Ferner ist in Absatz 2 vorgesehen, dass die Wettbewerbskommission im Verwaltungsgerichtsverfahren vor Bundesgericht angehört werden kann.

227 Schlussbestimmungen (Art. 12 und 13)

227.1 Anpassung von Rechtsvorschriften (Art. 12)

Die in *Artikel 12* vorgesehene Anpassungsfrist soll sicherstellen, dass die Grundsätze des Erlasses auch in den Rechtsordnungen der Kantone und Gemeinden in einem angemessenen Zeitraum umgesetzt und bestehende Divergenzen beseitigt werden. Da die grosse Mehrheit der Diskriminierungen in Kantonen und Gemeinden nicht im geschriebenen Recht, sondern vielmehr in der Rechtsanwendung auszumachen sind und

demnach nur wenige Änderungen im kantonalen und kommunalen Gesetzesrecht vorgenommen werden müssen, rechtfertigt sich die vergleichsweise kurze Frist von zwei Jahren für die entsprechenden Anpassungen. Im Unterschied zu Artikel 12 sind die Bestimmungen in Artikel 2 Absatz 2 und Artikel 5 Absatz 1 allgemeiner und beziehen sich auch auf Verfügungen und das künftige Recht. Die materiellen Grundsätze des Gesetzes werden insofern bereits mit der Inkraftsetzung des Erlasses wirksam.

227.2 Referendum und Inkrafttreten (Art. 13)

Als Bundesgesetz unterliegt der Entwurf dem fakultativen Referendum nach Artikel 89 Absatz 2 BV. *Artikel 13* ermächtigt den Bundesrat, den Zeitpunkt des Inkrafttretens zu bestimmen. Wir sind der Auffassung, dass das Inkrafttreten des BGBM mit anderen Erlassen, die für die Revitalisierung von Bedeutung sind, zu koordinieren ist. Es handelt sich in erster Linie um das revidierte Kartellgesetz, das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen und das Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse.

3 Auswirkungen

31 Auf den Bund

Durch das Gesetz selber werden auf Bundesebene keine neuen Instanzen geschaffen. Das BGBM weist zwar der Wettbewerbskommission Überwachungs- und Begutachtungsaufgaben zu. Diese Kommission wird aber im Rahmen des revidierten Kartellgesetzes eingesetzt. Indessen dürfte die durch das BGBM verursachte Ausweitung des Aufgabenkreises dieser Kommission keine personellen Auswirkungen haben.

321 Wirtschaftliche Auswirkungen

In verschiedenen Vernehmlassungen wurde geltend gemacht, dass die einzelnen Regionen an den wirtschaftlichen Vorteilen, die das Binnenmarktgesetz bringt, in unterschiedlichem Mass teilhaben werden und dass es sich insbesondere zum Nutzen der bereits starken Zentren auswirken wird.

Es ist nicht zu verkennen, dass sich Personen und Firmen - beispielsweise wegen der Reichhaltigkeit des kulturellen Angebotes, der vielfältigen Ausbildungsmöglichkeiten, aber auch wegen der günstigeren Verkehrerschliessung - bevorzugt in Zentren ansiedeln. Für periphere Regionen sprechen dagegen die regelmässig tieferen Lebenshaltungskosten und oft auch Vorteile bei der Gestaltung der Freizeit. Gerade mittleren Zentren wird gerne eine hohe Lebensqualität bescheinigt. Das Binnenmarktgesetz wird diese Unterschiede bei der Standortattraktivität nicht korrigieren, es wird sie aber auch nicht verschärfen. Dass eine schwache Region besser fährt, wenn sie gewisse Aktivitäten durch protektionistische Bestimmungen am Ort hält, dafür aber Zugangsschranken zu den andern Regionen in Kauf zu nehmen hat, ist mehr als zweifelhaft. Es darf davon ausgegangen werden, dass die allgemeinen Vorteile aus liberalisierten Märkten dominieren und dass offene Standorte zu widerstandsfähigeren regionalen Wirtschaftsstrukturen führen. Sie können durch Vorteile im interkantonalen Güteraustausch, die sich der eine Kanton in merkantilistischer Weise durch einseitige protektionistische Bestimmungen gegenüber andern, liberaler handelnden Regionen zu verschaffen weiss, nicht aufgewogen werden.

Der wirtschaftliche Vorteil liberalisierter Märkte erwächst u.a. durch eine vermehrte Spezialisierung in der Produktion. Nun wird Spezialisierung in der Produktion gerne mit einer wachsenden Unternehmenskonzentration gleichgesetzt. In allgemeiner Form ist dieser Schluss jedoch nicht zulässig. Auch kann nicht einfach behauptet werden, die für das öffentliche Beschaffungswesen im Binnenmarktgesetz verlangte Nichtdiskriminierung unter den Anbieterinnen und Anbietern in der Schweiz -

und dies auch unter den Schwellenwerten des GATT und unter Einbezug der Gemeinden - verdränge die Klein- und Mittelbetriebe (KMU) in den Regionen. Zwar weisen empirische Untersuchungen nach, dass in der in diesem Zusammenhang besonders interessierenden Bauwirtschaft die betriebswirtschaftliche Effizienz der KMU stärker streut als diejenige der grossen Firmen. Vermehrter Wettbewerb wird sie also stärker unter Druck setzen. Dagegen fehlt es an Hinweisen, dass sich in der Bauwirtschaft eine wachsende Unternehmensgrösse mit wesentlichen Wettbewerbsvorteilen verbindet. Kleine und mittlere Firmen können genauso effizient sein wie die Unternehmen, die sich der Bauindustrie und nicht dem Baugewerbe zurechnen. Nicht zu unterschätzen ist schliesslich die Wirkung des Distanzschutzes in diesem Wirtschaftszweig.

Vor dem Hintergrund der gemachten Feststellungen kann deshalb nicht der Schluss gezogen werden, dass sich das Binnenmarktgesetz einseitig zum Vorteil bestimmter Regionen auswirkt. Abzulehnen ist daher auch die Forderung, die Kantone sollten aus Gründen der kantonalen Wirtschaftsförderung (im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 des BGBM) Bestimmungen anwenden oder erlassen dürfen, die nach Herkunft diskriminieren. Mit der Zulassung solcher Regeln würde man nicht nur die wirtschaftlichen Vorteile des Binnenmarktgesetzes zu vereiteln beginnen. Mit jeder solchen diskriminatorischen Bestimmung würde man sich auch in Widerspruch zu den Prinzipien stellen, die im europäischen Binnenmarkt gelten. Mit Blick auf zukünftige Integrationsschritte würden so Hemmnisse verfestigt, statt vorausblickend abgebaut. In der Botschaft vom 24. Februar 1993 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens haben wir denn auch festgehalten, dass die Regulierung von Märkten regelmässig der falsche Weg ist, um regional- und sozialpolitische Ziele zu erreichen.

Dass dem Bund eine interregionale Ausgleichsaufgabe zukommt, ist allerdings unbestritten. Er nimmt sie denn auch durch Massnahmen in verschiedensten Politikbereichen wahr (vgl. Ziff. 111.6). Dabei ist zu beachten, dass sich - wie gesehen - regional unterschiedliche Wirkungen kaum als spezifische Folge des Binnenmarktgesetzes ergeben werden. Sie können sich jedoch als Folge der Gesamtheit der gegenwärtigen Liberalisierungsbestrebungen einstellen. Im Bewusstsein, dass vermehr-

ter Wettbewerb zu Umverteilungen führen und leistungsschwache Anbieter besonders hart treffen kann, wollen wir nachteilige Entwicklungen jedoch durch geeignete Massnahmen auffangen oder zumindest abfedern. So soll durch die spezifischen Mittel der Regionalpolitik Gebieten, die sich über einen tiefen Entwicklungsstand ausweisen oder mit hartnäckigen Beschäftigungsschwierigkeiten kämpfen, auf differenzierte und bedarfsgerechte Art geholfen werden.

Die Idee, direkt ins Binnenmarktgesetz Instrumente für den interregionalen Ausgleich aufzunehmen, wäre sachfremd. Das BGBM entfaltet seine Wirkung im Spannungsfeld zwischen Wettbewerbspolitik und gewerbepolizeilichem Schutz, und in diesem ihm eigenen Regelungsgebiet kennt es keine Defizite in regionalpolitischer Hinsicht. Vielmehr gestattet es seiner Konzeption nach eine sehr weitgehende Rücksichtnahme auf Unterschiede, wie sie regional mit Bezug auf gewerbliche, kulturelle, gesellschaftliche und politische Traditionen bestehen mögen. Das Binnenmarktgesetz will die kantonalen und kommunalen Regelungskompetenzen in diesem Bereich ja beibehalten, es verzichtet auf eine Zentralisierung der Kompetenzen beim Bund und damit auf Bestimmungen, die in der ganzen Schweiz identisch sind. Das BGBM trifft nur diejenigen Vorkehren, die nötig sind, damit die wirtschaftlichen Vorteile offener Märkte angesichts dieser Freiräume nicht verloren gehen.

Es trifft ferner auch nicht zu, dass das Binnenmarktgesetz die wirtschaftspolitischen Möglichkeiten, welche den Kantonen im Rahmen der geltenden Verfassung offenstehen, in nachteiliger Weise einschränkt. Mit der Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips im Verhältnis zwischen den kantonalen Regelungen verbindet sich vorab der Vorteil eines vermehrten Wettbewerbs zwischen den Rahmenbedingungen, welche die Kantone setzen. Exzessiven Regulierungen mit ihren hohen Kosten für die Wirtschaft wird so ein gewisser Riegel geschoben. Als Folge darf eine allgemeine Verbesserung der Standortgunst der Schweiz erwartet werden.

Allerdings verwehrt das Binnenmarktgesetz dem kantonalen Gesetzgeber den Rückgriff auf protektionistische Vergabepraktiken. Darin kann man einen Nachteil für die regionale Wirtschaft erblicken, die von einer fiskalischen Stimulierung durch den Kanton nicht mehr im gleichen Mass

† Nutzen ziehen wird. Beschränkte Möglichkeiten, das Geld aus konjunkturpolitischen Gründen innerhalb der eigenen Grenzen zu behalten, wenn die Märkte einmal geöffnet sind, kennt auch der Bund. Nachdem dies für ihn keinen Grund darstellt, auf die Vorteile einer verstärkten internationalen Liberalisierung zu verzichten, ist nicht einzusehen, warum sich dies auf kantonaler Ebene mit Blick auf die Teilnahme an einem liberalisierten Binnenmarkt Schweiz anders verhalten soll.

Regionale Wirtschaftsstrukturen lassen sich nicht durch Protektionismus fördern; vielmehr ist der Strukturwandel durch geeignete Aussenimpulse anzuregen. Wird dies versäumt, etablieren sich wenig wettbewerbsfähige Unternehmen, die in wachsendem Umfang Beihilfen seitens des Kantons und des Bundes verlangen. Damit ist auch gesagt, dass in Reaktion auf die Schaffung des Binnenmarktes Schweiz kein Rückgriff auf vermehrte Subventionen und auf exzessive Steuererleichterungen eintreten darf, selbst wenn das Binnenmarktgesetz hier aus verfassungsrechtlichen Gründen auf das Setzen von Schranken verzichten muss.

322 Finanzielle und personelle Auswirkungen

Die grosse Mehrheit der Diskriminierungen auf kantonaler und kommunaler Ebene ist nicht im geschriebenen Recht, sondern in der Rechtsanwendung auszumachen. Zudem verpflichtet die Vorlage die Kantone nicht zur Einrichtung eines verwaltungsgerichtlichen Rechtsweges. Die personellen und finanziellen Mehraufwendungen der Kantone und Gemeinden dürften sich somit in engen Grenzen halten.

4 Legislaturplanung

Die Politik der Legislaturperiode 1991-1995 steht unter der Leitidee 'Öffnung nach aussen - Reformen im Innern'. Nach dem ablehnenden Volksentscheid vom 6. Dezember 1992 haben wir in der Botschaft vom 24. Februar 1993 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens (BB1 1993 I 829 ff.) das weitere Vorgehen vorgestellt

und diese Vorlage angekündigt. Die angestrebte marktwirtschaftliche Erneuerung war bereits Eckpunkt des Legislaturprogrammes (vgl. auch Bericht des Bundesrates vom 13. Juni 1994 über weitere Reformen im Zeichen der marktwirtschaftlichen Erneuerung, BBl 1994 III 1374).

5 Verhältnis zum europäischen Recht

Im wesentlichen soll mit diesem Entwurf in Anlehnung an das vom Europäischen Gerichtshof im Bereich des freien Warenverkehrs entwickelte Cassis-de-Dijon-Prinzip allen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz der freie und gleichberechtigte Zugang zum Markt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit im gesamten Gebiete des Bundes verschafft werden. Der Entwurf ist mit dem europäischen Recht kompatibel (vgl. auch Ziff. 14 und 211). Dem Gesetz kommt zwar unabhängig von der zukünftigen schweizerischen Integrationspolitik eine selbständige Bedeutung zu; es dient aber gleichzeitig dazu, die Integrationsbestrebungen zu unterstützen.

6 Verfassungsmässigkeit

61 Die Handels- und Gewerbefreiheit als Ausgangspunkt

Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens wurde von mehreren Kantonen die Verfassungsmässigkeit des Vorentwurfs in Frage gestellt. Die extensive Auslegung der Handels- und Gewerbefreiheit (HGF) als Grundrechtskonkretisierung in Form von Ansprüchen Privater oder Verpflichtungen der Gemeinwesen führe zur Aushöhlung kantonaler Kompetenzen. Insbesondere wurde geltend gemacht, die Bestimmungen für die Bereiche öffentliches Beschaffungswesen und Anstellung von Personal zu gewerblichen Tätigkeiten im öffentlichen Dienst gefährde die kantonale Finanz-, Verwaltungs- und Organisationsautonomie. Kantonale

Kompetenzen würden ebenfalls durch die Vorschriften über die Anerkennung der Fähigkeitsausweise tangiert²⁹⁾.

In der Tat ist stark umstritten, ob sich aus der in Artikel 31 Absatz 1 BV stipulierten HGF für den Bund gesetzgeberische Kompetenzen zur Grundrechtskonkretisierung herleiten lassen. Der vorliegende Entwurf verzichtet denn auch auf die Anrufung dieses Verfassungsartikels. Der im Ingress angeführte Artikel 31^{bis} Absatz 2 BV gibt dem Bund hingegen die klare Befugnis, unter Wahrung der allgemeinen Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerben zu erlassen. Die Handels- und Gewerbefreiheit bildet aber den inhaltlichen Ausgangspunkt des Binnenmarktgesetzes. Sein persönlicher wie auch sein sachlicher Geltungsbereich hält sich innerhalb dessen, was von der HGF erfasst wird. So deckt sich der berechnigte Personenkreis (Art. 1 des Entwurfes) mit demjenigen der HGF; er beschränkt sich auf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz³⁰⁾. Auch klammert der Entwurf Fähigkeitsausweise für Tätigkeiten auf dem Gebiet der traditionell hoheitlichen und der nicht-gewerblichen Verwaltung (z.B. Lehrkräfte in staatlichen Schulen) aus, da deren Tätigkeit vom Schutzbereich der HGF nicht erfasst wird.

62 Die Zuständigkeit des Bundes

Die verfassungsrechtliche Zuständigkeit des Bundes ergibt sich aus Artikel 31^{bis} Absatz 2 der Bundesverfassung. Danach kann der Bund unter Wahrung der allgemeinen Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft unter anderem Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerben erlassen. Er ist dabei an den Grundsatz der HGF gebunden. Diese generelle Kompetenz ermächtigt den Bund zur Regelung aller wirtschaftlichen Tätigkeiten, die auf Erwerb bzw. ein Erwerbseinkommen

29) Grundlegend Schweizer, R., Betrachtungen zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM), Aktuelle Juristische Praxis 3 (1994), S. 739, 746 (beschränkt auf den Einbezug von Anstellungen von Personal zu gewerblichen Verrichtungen).

30) Zur Geltung der HGF für niedergelassene ausländische Personen grundlegend BGE 108 Ia 148.

gerichtet sind. Sie ist nicht auf Handel und Gewerbe im klassischen Sinne beschränkt, sondern umfasst die gesamte privatwirtschaftliche Betätigung³¹): die gesamte industrielle Produktion, das gesamte Dienstleistungsgewerbe (Gastgewerbe, Vermittlung von Geschäften, Werbung, Unterhaltung, liberale Berufe usw.), die Landwirtschaft wie auch die privatrechtliche Tätigkeit öffentlich-rechtlicher Körperschaften. Als relevante wirtschaftliche Tätigkeiten fallen das Hervorbringen, Anbieten, Erwerben und Weitergeben von wirtschaftlichen Gütern, Dienstleistungen und andern Arbeitsleistungen in Betracht. Die Regulierung dieser Lebenssachverhalte kann sich auf die Freiheit der Berufswahl, des Zuganges zu entsprechenden Ausbildungen sowie auf die Zulassung zur Berufsausübung und die Ausübung der Berufstätigkeit selbst beziehen.

Die in Artikel 31^{bis} Absatz 2 angesprochenen Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Tätigkeit können sich im Sinne von Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit direkt an die am Markt teilnehmenden Personen richten. Sie können diesem Personenkreis aber auch Rechte gewähren, sei es in Form von Ansprüchen (z.B. Art. 2 Abs. 1, Art. 4, Art. 5 Abs. 1 oder Art. 6 des Entwurfes), sei es in Form von Verpflichtungen der Behörden (z.B. in Art. 1 Abs. 2, Art. 3 oder Art. 5 Abs. 2 des Entwurfes). Wesentlich ist, dass die aus diesen Vorschriften fließenden Rechte und Pflichten die Ausübung einer privaten Wirtschaftstätigkeit betreffen. So dienen z.B. die an Kantone und Gemeinden gerichteten Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen ebenfalls der Durchsetzung der HGF als verfassungsmässigem Recht der Anbieterinnen und Anbieter auf dem Beschaffungsmarkt. Diese Vorschriften regeln also Aspekte der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit im Verhältnis zu den Gemeinwesen³²). Ebenfalls in engem Sachzusammenhang mit der Ausübung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit stehen die Bestimmungen über die bundesweite Anerkennung von kantonalen oder kantonal anerkannten Fähigkeitsausweisen (Art. 4). Sie stellen eine Voraussetzung der privatwirtschaftlich orientierten Berufsausübung dar.

31) Rhinow, R., in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Zürich, 1993, (Kommentar BV), Art. 31^{bis}, Rz. 40 und Kommentar BV, Art. 31, Rz. 69ff.

32) Siehe auch Hangartner, Y., Ist das Binnenmarktgesetz verfassungskonform?, NZZ 7.7.1994, S. 13 Spalte 3.

Bei der generellen Kompetenz nach Artikel 31^{bis} Absatz 2 handelt es sich nach herrschender Auffassung um eine konkurrierende Zuständigkeit mit sog. nachträglich derogatorischer Wirkung³³⁾. Die entsprechenden Vorschriften der Kantone und Gemeinden gelten damit nur soweit, wie der Bund nicht von seiner Kompetenz Gebrauch macht. M.a.W. wird bei solchen konkurrierenden Kompetenzen die kantonale Regelung verdrängt, wenn und soweit der Bundesgesetzgeber tätig wird³⁴⁾. Es ist aber hervorzuheben, dass der vorliegende Entwurf von dieser Kompetenz vor allem aus föderalistischen Gründen sehr massvollen Gebrauch macht und insbesondere auf umfassende Regelungen der erfassten Bereiche völlig verzichtet. Das Gesetz stellt lediglich eine begrenzte Reihe von zentralen Grundsätzen auf, welche in der Praxis und Rechtsetzung von Bund, Kantonen und Gemeinden zu berücksichtigen sind. Er beschränkt sich weitgehend auf die Regelung der Rechtsstellung von auswärtigen Anbieterinnen und Anbietern in ihrer privaten Erwerbstätigkeit. Im Unterschied zu umfassenden Regelungen spricht er die Rechtsstellung der ortsansässigen Anbieterinnen und Anbieter nicht an. Wo beim öffentlichen Beschaffungswesen der Grundsatz des diskriminierungsfreien Marktzugangs Ortsfremder in einer interkantonalen Vereinbarung verwirklicht wird, geht letztere dem Gesetz vor. Ebenso gehen dem Gesetz interkantonale Vereinbarungen vor, welche die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen vorsehen. Darin zeigt sich, dass dem Entwurf europa- und völkerrechtliche Modelle als Vorbild dienen, welche die Souveränität schonen und nicht über das hinausgehen, was für die Sicherstellung des Marktzuganges im Interesse eines lebendigen Wettbewerbes erforderlich ist. Die in Artikel 3 vorgesehenen Ausnahmen belassen den Kantonen hinreichenden Spielraum zur Wahrung ihrer öffentlichen Interessen. Das gilt auch für die Handhabung der ausserpolitischen Kompetenzen der Kantone. Artikel 6 Absatz 2 des Entwurfes beeinträchtigt die Vertragsschlusskompetenzen der Kantone nach Artikel 9 BV nicht. Der Anspruch auf Gleichbehandlung von Angehörigen

33) Rhinow, R., in: Kommentar BV, Art. 31^{bis}, Rz. 40.

34) Siehe auch Hangartner, Y., a.a.O.

anderer Kantone auf Grundlage der Reziprozität bezieht sich nur auf die Behandlung im betreffenden Kanton und verpflichtet den ausländischen Vertragsstaat selbst nicht. Es handelt sich daher um eine bundesrechtliche Auflage im Interesse des Bundes und der anderen Kantone, deren Grundlage in Artikel 9 BV selbst vorgesehen ist.

Der Entwurf entspricht auch dem im Rahmen von Artikel 3 BV formulierten föderalistischen Anliegen, wonach sich der Bundesgesetzgeber auf den Erlass von Grundsatzvorschriften beschränken soll, wenn eine detaillierte eidgenössische Regelung nicht erforderlich ist³⁵⁾. Der Entwurf ist auf das Zusammenwirken von Bund, Kantonen und Gemeinden angelegt. Er überträgt keine der traditionellen Zuständigkeiten der Kantone auf den Bund. Durch den Erlass von Grundsätzen und die Einräumung von Rechten und Pflichten sowie durch die Rücksichtnahme auf die interkantonalen Vereinbarungen unterstützt er vielmehr die in den Kantonen erfolgreich begonnenen Liberalisierungsbemühungen. Gleichzeitig stellt er damit die Kohärenz im schweizerischen Wirtschaftsraum sicher. Die interkantonalen Bemühungen um eine eigentliche Harmonisierung der Zulassungsbedingungen im öffentlichen Beschaffungswesen oder der Anerkennung von Ausbildungsgängen bleiben für eine praktische Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz daher von zentraler Bedeutung. Denn letztlich lässt sich erst mit der eigentlichen Harmonisierung die einzelfallweise Abwägung von Ansprüchen und Ausnahmen vom Marktzugang vornehmen. Die Einräumung von bundesrechtlichen Ansprüchen stärkt den Anreiz zur Harmonisierung und trägt dazu bei, die vorhandenen Widerstände gegen eine Liberalisierung zu überwinden.

Im weiteren stützt sich die Vorlage auf Artikel 33 Absatz 2 BV. Diese Bestimmung beauftragt den Bundesgesetzgeber, dafür zu sorgen, dass kantonale Fähigkeitsausweise für die Ausübung wissenschaftlicher Berufsarten für die ganze Schweiz gültig erworben werden können. Soweit das BGBM wissenschaftliche Berufstätigkeiten erfasst, stützt es sich somit auch auf Artikel 33 Absatz 2 BV.

35) Saladin, P., in Kommentar BV, Art. 3, Rz. 59.

Die Verwirklichung der im Entwurf enthaltenen Grundsätze wird - zusammen mit weiteren wichtigen Vorlagen des Revitalisierungsprogrammes - zu einer echten Stärkung des schweizerischen Binnenmarktes führen. Die Schaffung einer besonderen Verfassungsgrundlage ist mit Blick auf eine koordinierte Beratung und Verabschiedung dieser Vorlage zusammen mit der eng verwandten Revision des Kartellrechtes und dem Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse nicht angezeigt. Zudem dürfte die Schaffung einer besonderen Bundeskompetenz zu umfassenderen Regelungen führen, was kaum mit dem Anliegen der Kantone auf möglichst weite Wahrung ihrer Autonomie übereinstimmen dürfte.

Im Lichte der heutigen internationalen Herausforderungen an die Wettbewerbsfähigkeit des Produktionsstandortes Schweiz ist der Handlungsbedarf des Gesetzes ausgewiesen. Indem Bund und Kantone diesen Handlungsbedarf gemeinsam wahrnehmen, unterstützen sie sich gegenseitig in der Vervollkommnung des Binnenmarktes Schweiz.

**Bundesgesetz
über den Binnenmarkt
(Binnenmarktgesetz, BGBM)**

Entwurf

vom

*Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
gestützt auf die Artikel 31^{bis} Absatz 2 sowie 33 Absatz 2 der Bundesverfassung,
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994¹⁾,
beschliesst:*

1. Abschnitt: Zweck und Gegenstand

Art. 1

¹ Dieses Gesetz 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.

² Es soll insbesondere:

- a. die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz erleichtern;
- b. die Bestrebungen der Kantone zur Harmonisierung der Marktzulassungsbedingungen unterstützen;
- c. die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft stärken;
- d. den wirtschaftlichen Zusammenhalt der Schweiz festigen.

³ Als Erwerbstätigkeit im Sinne dieses Gesetzes gilt jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit genießt.

2. Abschnitt: Grundsätze für den freien Zugang zum Markt

Art. 2 Freier Zugang zum Markt

¹ Jede Person hat 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.

² Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben stellen sicher, dass ihre Vorschriften und Verfügungen über die Ausübung der Erwerbstätigkeit die Rechte nach Absatz 1 wahren.

³ Das Anbieten von Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen richtet sich nach den Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung oder des Sitzes der Anbieterin oder des Anbieters. Soweit das Inverkehrbringen und Verwenden einer Ware im Kanton der Anbieterin oder des Anbieters zulässig ist, darf

¹⁾ BBl 1995 I 1213

diese Ware auf dem gesamten Gebiet der Schweiz in Verkehr gebracht und verwendet werden.

Art. 3 Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt

¹ Für ortsfremde Anbieterinnen und Anbieter darf der freie Zugang zum Markt nur dann nach Massgabe der Vorschriften des Bestimmungsortes beschränkt werden, wenn diese Beschränkungen:

- a. gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten;
- b. zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind; und
- c. verhältnismässig sind.

² Als überwiegende öffentliche Interessen fallen insbesondere in Betracht:

- a. der Schutz von Gesundheit und Leben von Mensch, Tier und Pflanzen;
- b. der Schutz der natürlichen Umwelt;
- c. die Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Konsumentenschutz;
- d. sozialpolitische und energiepolitische Ziele;
- e. die Gewährleistung eines hinreichenden Ausbildungsstandes für bewilligungspflichtige Berufstätigkeiten.

³ Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt sind insbesondere verhältnismässig, wenn:

- a. die erstrebte Schutzwirkung nicht bereits durch die Vorschriften des Herkunftsortes erzielt wird;
- b. die Nachteile und Sicherheiten berücksichtigt werden, welche die Anbieterin oder der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat;
- c. zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht vorgängig die Niederlassung oder der Sitz am Bestimmungsort verlangt wird.

⁴ Beschränkungen, die nach Absatz 1 zulässig sind, dürfen in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten.

Art. 4 Anerkennung von Fähigkeitsausweisen

¹ Kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit gelten auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht Beschränkungen nach Artikel 3 unterliegen.

² Bei Beschränkungen nach Artikel 3 hat die betroffene Person Anspruch darauf, dass in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren geprüft wird, ob ihr aufgrund ihres Fähigkeitsausweises der freie Zugang zum Markt zu gewähren ist oder nicht.

³ Erfüllt der Fähigkeitsausweis die Anforderungen des Bestimmungsortes nur teilweise, so kann die betroffene Person den Nachweis erbringen, dass sie die erforderlichen Kenntnisse im Rahmen einer Ausbildung oder einer praktischen Tätigkeit anderweitig erworben hat.

⁴ Soweit die Kantone in einer interkantonalen Vereinbarung die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen vorsehen, gehen deren Vorschriften diesem Gesetz vor.

Art. 5 Öffentliche Beschaffungen

¹ Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben dürfen in ihren Vorschriften und Verfügungen über das öffentliche Beschaffungswesen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Artikel 3 widerspricht.

² Sie sorgen dafür, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden. Sie berücksichtigen dabei die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen.

³ Soweit das öffentliche Beschaffungswesen in einer interkantonalen Vereinbarung geregelt ist, welche die Mindestanforderungen dieses Gesetzes beachtet, gehen deren Vorschriften dem Gesetz vor.

Art. 6 Völkerrechtliche und interkantonale Vereinbarungen

¹ Jede Person mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz hat in bezug auf den Zugang zum Markt mindestens die gleichen Rechte, die der Bund in völkerrechtlichen Vereinbarungen ausländischen Personen gewährt.

² Soweit ausländische Personen aufgrund von völkerrechtlichen Vereinbarungen eines oder mehrerer Kantone mit dem benachbarten Ausland gegenüber Anbieterinnen und Anbietern mit Niederlassung oder Sitz in einem der übrigen Kantone in bezug auf den Zugang zum Markt besser gestellt werden, haben diese Anbieterinnen und Anbieter Anspruch auf Gleichbehandlung, soweit der Kanton ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes Gegenrecht gewährt.

³ Im Binnenverhältnis findet Absatz 2 sinngemäss auch auf interkantonale Vereinbarungen Anwendung.

3. Abschnitt: Aufgaben des Bundes

Art. 7 Information und Konsultation

Der Bundesrat informiert und konsultiert die Kantone regelmässig über die völkerrechtlichen, integrationsrechtlichen und bundesrechtlichen Entwicklungen, die im Rahmen dieses Gesetzes für die Verwirklichung des Binnenmarktes durch Kantone und Gemeinden von Bedeutung sind.

Art. 8 Förderung der interkantonalen Zusammenarbeit

Der Bund kann interkantonale Bemühungen zur Förderung des Binnenmarktes, einschliesslich der Harmonisierung kantonaler und kommunaler Vorschriften über den Zugang zum Markt, über die Anforderungen für den Erwerb und die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen und über das öffentliche Beschaffungswesen unterstützen, insbesondere durch:

- a. die Bereitstellung oder Finanzierung vergleichender Studien;
- b. die Beratung über die Entwicklungen im Ausland und im Rahmen internationaler Normenvereinigungen.

4. Abschnitt: Empfehlungen und Rechtsschutz

Art. 9 Empfehlungen der Wettbewerbskommission

¹ Die Wettbewerbskommission überwacht die Einhaltung dieses Gesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben.

² Sie kann Bund, Kantonen und Gemeinden Empfehlungen zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen abgeben.

³ Sie kann Untersuchungen durchführen und den betreffenden Behörden Empfehlungen abgeben. Massgebend sind die Verfahrensbestimmungen der Artikel ... des Kartellgesetzes vom ...¹⁾.

Art. 10 Rechtsschutz

¹ Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, sind in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen.

² Entscheide letzter kantonaler Instanzen sind endgültig; vorbehalten bleibt die staatsrechtliche Beschwerde.

³ Erweist sich eine staatsrechtliche Beschwerde im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens als begründet und ist mit der Anbieterin oder dem Anbieter bereits ein Vertrag abgeschlossen worden, so stellt das Bundesgericht lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt. Die Haftung für den daraus erwachsenen Schaden richtet sich nach kantonalem Recht.

⁴ Für Verfügungen von Organen des Bundes gelten die allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege.

Art. 11 Gutachten und Anhörung der Wettbewerbskommission

¹ Die Wettbewerbskommission kann eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Verwaltungsbehörden und Rechtsprechungsorganen Gutachten über die Anwendung dieses Gesetzes erstatten.

² Sie kann im Verfahren vor Bundesgericht angehört werden.

5. Abschnitt: Schlussbestimmungen

Art. 12 Anpassung von Rechtsvorschriften

¹ Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben bringen ihre Vorschriften innert zwei Jahren seit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes mit demselben in Einklang und erlassen die erforderlichen organisatorischen Bestimmungen.

² Sie können dazu Empfehlungen der Wettbewerbskommission sowie weiterer Bundesstellen einholen.

¹⁾ BBl ...

Art. 13 Referendum und Inkrafttreten

¹ Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

² Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.

7327

Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	1995
Année	
Anno	
Band	1
Volume	
Volume	
Heft	10
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	94.101
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	14.03.1995
Date	
Data	
Seite	1213-1292
Page	
Pagina	
Ref. No	10 053 370

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.