|  |  |
| --- | --- |
| Signatur | StAZH MM 3.203 RRB 1994/1211 |
| Titel | Vorentwurf zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Vernehmlassung) |
| Datum | 27.04.1994 |
| P. | 569–571 |

[*p. 569*] Auf Antrag der Direktion der Volkswirtschaft

beschliesst der Regierungsrat:

I. Schreiben an das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement:

Am 28. Februar 1994 haben Sie die Kantonsregierungen eingeladen, zum Vorentwurf für ein Binnenmarktgesetz (BMG) Stellung zu nehmen.

Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

A. Zielsetzung des Binnenmarktgesetzes

Wir begrüssen die Zielsetzung des Entwurfs, durch die Gewährleistung des freien und gleichberechtigten Marktzugangs und die Abschaffung kantonaler und kommunaler Wettbewerbshemmnisse den schweizerischen Binnenmarkt zu stärken und die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft zu verbessern.

B. Verfassungsgrundlage

Gemäss den Erläuterungen zum Entwurf wird die Verfassungsmässigkeit des Binnenmarktgesetzes aufgrund einer Neuinterpretation der Art. 31 Abs. 1 und Art. 31bis Abs. 2 der Bundesverfassung bejaht. Angesichts der beabsichtigten Ausdehnung von Bundeskompetenzen, insbesondere auf die Gebiete des öffentlichen Beschaffungswesens der Kantone und der Anstellung von Personal zu gewerblichen Verwaltungstätigkeiten, ist jedoch eine Neuinterpretation der Verfassung als Grundlage ungenügend; es bedarf dafür vielmehr einer Änderung der Bundesverfassung. Wir verweisen hiezu auf das Gutachten von Prof. Dr. Rainer J. Schweizer von 8. März 1994 zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen: Der Gutachter stellt nach Sichtung der verfassungsrechtlichen Vorbehalte oder Querbezüge fest, «dass das BGBM im Kern durch den Bundesgesetzgeber kodifiziertes, erläutertes Bundesverfassungsrecht ist». Eine solche «verbindliche Verfassungsauslegung» sei - abgesehen von der Frage der Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers gegenüber den Kantonen - offensichtlich nicht unproblematisch, «weil über die Vollständigkeit der Regelung diskutiert werden kann und weil eine Gesetzes- // [*p. 570*] regelung auch den Verfassungswandel (anders als die höchstrichterliche Rechtsprechung) ohne formelle Änderung schwer nachvollziehen kann». Tatsächlich werden mit Art. 2 und 3 BGBM neue Akzente im Verständnis der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 Abs. 1 BV) gesetzt, die materiell als Verfassungsfragen zu betrachten sind (Rechtsgutachten Ziffer 4.2.c). Vor allem ist abzulehnen, aus einer impliziten Bundeskompetenz zur Sicherung der allgemeinen Gleichstellung der privaten Marktteilnehmer auch eine Kompetenz zur Aufstellung von Grundsätzen für die Verwaltung öffentlicher Mittel durch die Kantone abzuleiten. Damit wird die Organisationsautonomie der Kantone bei ihren Verwaltungsaufgaben, ein politisches Kernelement für den Bundesstaat, betroffen. Wir verweisen auf die im zitierten Gutachten unter Ziffer 5.3.a enthaltenen Ausführungen und wenden uns insbesondere gegen die Auffassung, eine Bundesgesetzgebungskompetenz könnte sich aus einer dem Bundesstaat inhärenten Kompetenz ableiten lassen.

Vor der Verabschiedung eines Binnenmarktgesetzes ist deshalb eine entsprechende Änderung der Bundesverfassung vorzunehmen. Eine Vorlage, mit dem gleichen Nachdruck wie der Binnenmarktgesetzentwurf gefördert, könnte ohne unerträglichen Zeitverlust ausgearbeitet werden. Dies würde es gestatten, für das gleichzeitig weiterzubearbeitende Gesetzesprojekt Experten für das öffentliche Beschaffungswesen, für von den Kantonen reglementierte Berufe und für die von öffentlichem Personal ausgeübten gewerblichen Tätigkeiten beizuziehen.

Mit diesem Vorgehen würde auch ein Konflikt mit den derzeitigen Bemühungen der Kantone um die Angleichung der kantonalen Vorschriften über die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen und über das Beschaffungswesen der öffentlichen Hand vermieden. Diesen auf einen Binnenmarkt gerichteten Liberalisierungsanliegen lässt sich mit Gegenrechts- und Konkordatslösungen schneller Rechnung tragen.

C. Stellungnahme zum Vorentwurf im einzelnen

Unter dem Vorbehalt, dass eine entsprechende Verfassungsgrundlage geschaffen wird, drängen sich zum Vorentwurf folgende Bemerkungen auf:

Art. 1

Abs. 1: Adressaten der Vorschriften des Gesetzes sind die Kantone und die Gemeinden. Deshalb geht die Deklaration einer «Gewährleistung» des Marktzutritts im Zweckartikel zu weit. Vielmehr geht es in diesem Gesetz darum, wie im Kreisschreiben des EVD auf Seite 2 erläutert, bestehende Zuständigkeiten der Kantone und Gemeinden im Interesse des Binnenmarktes gewissen Beurteilungskriterien zu unterstellen. Dies sollte aus dem Zweckartikel des Gesetzes hervorgehen.

Der im Text verwendete Begriff «Niederlassung» ist einerseits nicht genügend bestimmt und anderseits wenig geeignet, weil er in bezug auf natürliche Personen vor allem im Bereich des Fremdenpolizeirechts verwendet wird. Da es sich jedoch nicht um eine Niederlassung im Sinne des Fremdenpolizeirechts handelt, schlagen wir vor, den Begriff «Wohnsitz» im Sinne von Art. 23 ff. ZGB zu verwenden. Dieser Begriff ist in der Bundesgesetzgebung im Zusammenhang mit interkantonalen, aber auch mit internationalen (IPRG) Rechtsverhältnissen gebräuchlich.

Abs. 2: Hauptziel des Gesetzes sollte es sein, die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft zu stärken. Lit. a und b sind daher zu vertauschen. Im übrigen stellt die Erleichterung der beruflichen Mobilität und des innerschweizerischen Wirtschaftsverkehrs lediglich Mittel dar, um die Wettbewerbsfähigkeit zu stärken.

Art. 2

Abs. 1: Obwohl das gewählte Kriterium der «gewerblichen Tätigkeiten» sich in der Praxis als nicht sehr präzis erwiesen hat, ist diese Anknüpfung an die Abgrenzung bei der Haftpflicht des Staates vertretbar. Sie sollte noch verdeutlicht werden, indem in beiden Gesetzen wirklich identische Begriffe («gewerbliche Verrichtungen») verwendet werden. Es wäre zu begrüssen, wenn aus der Optik des Wettbewerbs eine Rückbesinnung auf die Abgrenzung zwischen gewerblicher und hoheitlicher Staatstätigkeit erfolgen würde und wenn wieder vermehrt bewusstgemacht würde, dass der Staat gewisse Tätigkeiten möglicherweise aus anderen Motiven, aber nicht nach andern Regeln und nicht mit andern Mitteln als Private ausübt. In den letzten Jahren haben die Gerichte immer mehr Bereiche staatlicher Tätigkeit von gewerblichen zu hoheitlichen deklariert, nur weil dies die Anwendung eines strengeren Haftpflichtrechts ermöglichte. Wichtiges Beispiel sind die Spitäler. Ein gewisser Gegendruck aufgrund des Wettbewerbsrechts wäre deshalb zu begrüssen.

Art. 3

Abs. 1: Hier handelt es sich im Wesentlichen um eine Konkretisierung der bereits heute aufgrund der Handels- und Gewerbefreiheit zumeist liberalen Praxis. Obwohl die Gefahr weiterhin besteht, dass sich unterschiedliche Zulassungsbedingungen in den Kantonen für Auswärtige als Markthemmnis auswirken können, kann der Regelung grundsätzlich zugestimmt werden.

Abs. 3: Diese Bestimmung kann unter Vorbehalt von lit. c weggelassen werden. Es ist im Einzelfall aufgrund einer Abwägung aller wesentlichen Umstände zu beurteilen, ob eine Beschränkung verhältnismässig ist. Angesichts der Vielzahl von zu berücksichtigenden massgeblichen Umständen ist davon abzusehen, einige wenige Kriterien im Gesetz aufzuführen. Lit. a darf im übrigen als selbstverständlich betrachtet werden, da eine Beschränkung immer nur dann aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips zulässig ist, wenn sie notwendig ist. Hingegen ist die Bestimmung von Abs. 3 lit. c aufrechtzuerhalten und noch präziser zu formulieren. Zu Recht wird in Abs. 3 lit. c die Domizilpflicht nicht von vornherein als unverhältnismässig ausgeschlossen, sondern nur die Pflicht zur «vorgängigen», d. h. vor der Tätigkeitsaufnahme bereits bestehenden Niederlassung (von längerer Dauer).

Abs. 4: Der Tatbestand des verdeckten Handelshemmnisses zugunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen ist zu unbestimmt und lässt dem Richter einen zu grossen Spielraum. Durch einen ausdrücklichen Vorbehalt ist sodann sicherzustellen, dass die Gerichte nicht gestützt auf die Generalklausel kantonale Monopole aufheben können.

Art. 4

Gegen die Ausgestaltung von Art. 4 erheben sich grundsätzliche Bedenken: In Abs. 1 ist unklar, ob es sich bei den in der Schweiz erworbenen Fähigkeitszeugnissen um kantonale, kantonal anerkannte oder private Zeugnisse handelt. Der Begriff «Zugang zum Markt» gemäss Abs. 2 lässt offen, ob es sich dabei auch um den Zugang zum öffentlichen Lehrdienst oder zum öffentlichen Notariat handelt. Soweit sich die Vorlage über den Bereich Handel und Gewerbe hinaus auch auf Berufstätigkeiten im Bereich der öffentlichen Schulen erstreckt, bedeutet sie einen Eingriff in die kantonale Bildungshoheit, so dass hier die Schaffung einer Verfassungsgrundlage unabdingbar wäre.

Sachlich ist zwischen der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen oder Diplomen und den Wirkungen der Anerkennung zu unterscheiden. Es steht ausser Frage, dass in der Schweiz erworbene Diplome in allen Kantonen anzuerkennen sind. Aus der Anerkennung folgt jedoch nicht zwingend, dass die Fähigkeiten für die Berufsausübung im Bestimmungskanton als erfüllt zu betrachten sind. Genügen die im Diplom ausgewiesenen Fähigkeiten für die Berufsausübung im Bestimmungskanton nicht, ist der betroffenen Person die Möglichkeit einzuräumen, nachzuweisen, dass sie die fehlenden Kenntnisse durch eine Ausbildung oder eine praktische Tätigkeit erworben hat. Dies ändert jedoch nichts daran, dass das Diplom als solches anerkannt wird.

Die vorbehaltlose Verpflichtung nach Art. 4 zur Anerkennung beliebiger Fähigkeitsausweise, soweit sie nur in der Schweiz erworben wurden, würde sodann jedenfalls im Bereich der Medizinalberufe zu einem Wildwuchs der Berufskategorien und letztlich zu einer Senkung der Versorgungsqualität und -Sicherheit führen. Die «Diplome» für Naturärzte beispielsweise sind keine einheitlich feststehenden Grössen. Sie können in inhaltlich und qualitativ voneinander weit differierenden Ausbildungsgängen bei Institutionen unterschiedlicher Seriosität erworben werden. Die Berufsausbildung von Naturärzten ist nur in einzelnen Kantonen anerkannt, und es bestehen hinsichtlich der Zulassungsbedingungen und der Strukturierung des erlaubten Tätigkeitsbereichs Unterschiede. Die Kantone müssten je nach Diplom den Bewilligungsumfang im Einzelfall festlegen. Die Zulassung unter einer bestimmten Berufsbezeichnung gäbe keine sichere Auskunft über den Bewilligungsinhalt. Die Folge wäre eine Verunsicherung der Patienten über das Versorgungsangebot und eine Zunahme überflüssiger schädlicher Behandlungen. Eine Liberalisierung darf nicht zu Lasten der Volksgesundheit gehen. Die Harmonisierung ist über die Schaffung interkantonaler oder eidgenössischer Ausweise anzustreben. Aus diesen Gründen kommt nur - nach Schaffung einer Verfassungsgrundlage - die in den Erläuterungen, Seite 50, formulierte Variante zu Art. 4 in Frage.

Im übrigen sind die Bestimmungen zu streichen, wonach die Gerichts- und Verwaltungsverfahren in jedem Fall kostenlos sein sollen (Art. 4 Abs. 2 bzw. Art. 4 Abs. 4 der Variante). Zumindest bei Abweisung oder Nichtzulassung eines Begehrens soll voller Kostenersatz geleistet werden müssen.

Art. 5

Wie auch in den Erläuterungen zum Vorentwurf ausgeführt wird, bereitet der Bund zurzeit ein GATT-Vergabegesetz vor, und die Kantone sind ebenfalls daran, mit einem Mustergesetz/Konkordat und mit Gegenrechtserklärungen Binnenmarktverhältnisse beim öffentlichen Vergabewesen zu schaffen. Hier liegen die Ansatzpunkte für ein koordiniertes Vorgehen, und wir hoffen, dass der Bund dazu auch konkret Hand bieten wird. Demgegenüber erscheint der vorgeschlagene Art. 5 eher fragmentarisch; er wirft mehr Fragen auf, als er Lösungen bringt. Unter anderem konnte bis heute von Bundesseite keine verbindliche Auskunft gegeben werden, ob sich die neue GATT-Regelung beim Grenzwert für Bauarbeiten (10 Mio. Fr.) auf die einzelnen Aufträge oder auf das Bauwerk insgesamt (vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. c) bezieht.

Es ist zu vermeiden, dass in verschiedenen Erlassen Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen statuiert werden. Die Publikationspflicht gemäss Art. 5 soll deshalb gestrichen werden. Im übrigen ist die abstrakte Formulierung und Publikation von Teilnahme- und Zuschlagskriterien in vielen Fällen, vor allem bei Dienstleistungen, ein unverhältnismässiger Perfektionismus.

Art. 6

Die Regelung ist in materieller Hinsicht zu begrüssen.

Art. 7

Im Zusammenhang mit der europäischen Integration hat sich das Bedürfnis gezeigt, den Regionen grösseres Gewicht beizumessen. Es ist // [*p. 571*]

daher in Angelegenheiten, die in die Kompetenz der Kantone fallen, den Kantonen nicht nur ein Anspruch auf Information und Konsultation, sondern ein Mitspracherecht einzuräumen.

Art. 9

Abs. 4 verweist auf Art. 30 - 36 des Entwurfs zum Kartellgesetz. Es sei auf die Vernehmlassungen zu Art. 31 Abs. 1 und 33 Abs. 3 des Revisionsentwurfs Kartellgesetz verwiesen.

Art. 10

Abs. 2 Satz 2 (Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Verfügungen, die sich auf kantonales oder kommunales Recht stützen) wird in dieser Form abgelehnt, denn es ist ein wichtiger in Art. 97 des Organisationsgesetzes der Bundesrechtspflege in Verbindung mit Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vorgesehener Grundsatz, dass ausschliesslich Verfügungen, die sich auf Bundesverwaltungsrecht stützen, der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht unterliegen.

II. Mitteilung an die Direktionen des Regierungsrates (je 2 Ex.) und die Staatskanzlei sowie an die Direktion der Volkswirtschaft.

[*Transkript: OCR (Überarbeitung: Team TKR)/14.09.2017*]