

# Wie wirken Querschnittsgesetze?

Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichts  
am Beispiel von BGBM und THG

Hansjörg Seiler, alt Bundesrichter

# Ausgangslage

Neunziger Jahre (nach EWR-Nein): Massnahmen zur wirtschaftlichen Erneuerung, u.a.

- Binnenmarktgesetz (BGBM)
- Gesetz über technische Handelshemmnisse (THG)

Ziel: Abbau übermässiger Regulierungen

# Fragestellung

Was haben diese Gesetze bewirkt? (In der Rechtsprechung)

Folgerungen:

- Wie müssen Querschnittsgesetze ausgestaltet werden, damit sie die beabsichtigte Wirkung entfalten?
- Welches sind die Wirkungshindernisse?

# BGBM (ursprüngliche Fassung)

## **Art. 2 Abs. 1 und 3**

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.

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. Sind das Inverkehrbringen und Verwenden einer Ware im Kanton der Anbieterin oder des Anbieters zulässig, so darf diese Ware auf dem gesamten Gebiet der Schweiz in Verkehr gebracht und verwendet werden.

## **Art. 3 Abs. 1 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 eingeschränkt werden, wenn diese Beschränkungen:

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

## **Rspr.: Mit dem BGBM nicht vereinbar ist**

- die Zulassung eines ausserkantonalen Anwalts von der Einreichung eines Leumundszeugnisses abhängig zu machen (BGE 123 I 313 E. 4)
- eine kantonale Staatshilfe für Unternehmen an die Voraussetzung des Abschlusses eines GAV zu knüpfen (BGE 124 I 107 E. 2 f)
- das Verbot des Versands von Medikamenten durch eine im Kanton SO zugelassene Versandapotheke in den Kanton VD (BGE 125 I 474)
- Die Bewilligung für eine Wassersportschule vom Wohnsitz im Kanton abhängig zu machen (2P.191/2011)

# BGBM hilft nicht gegen:

- Reklameverbot für Nikotin und alkoholische Getränke mit > 15 % (BGE 128 I 295; offen gelassen, ob überhaupt im Geltungsbereich des BGBM; jedenfalls verhältnismässig)
- Kantonale Ausdehnung eines GAV (BGE 128 II 13: Es geht um Anwendung des AVEG).
- BGBM gibt nicht Anspruch auf Niederlassung oder Berufszulassung
  - dem Inhaber eines ausländischen Diploms (BGE 125 I 267)
  - wenn der Niederlassungskanton diesen Beruf gar nicht kennt/zulässt (BGE 125 I 276: Zahnprothetiker; BGE 125 I 322: Heilpraktiker)
  - wenn der Niederlassungskanton höhere Anforderungen an die Berufszulassung stellt (BGE 128 I 92: selbständige psychotherapeutische Tätigkeit nur bei abgeschlossenem Psychologiestudium inkl. Psychopathologie)

# In der Folge Revision BGBM 2005

## u.a. Art. 2 neue Abs. 4-6

4 Jede Person, die eine Erwerbstätigkeit rechtmässig ausübt, hat das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit unter Vorbehalt von Artikel 3 nach den Vorschriften des Ortes der Erstniederlassung auszuüben. .... Die Aufsicht über die Einhaltung der Vorschriften der Erstniederlassung obliegt den Behörden des Bestimmungsortes.

5 Bei der Anwendung der vorstehenden Grundsätze gelten die kantonalen beziehungsweise kommunalen Marktzugangsordnungen als gleichwertig.

6 Hat eine zuständige kantonale Vollzugsbehörde festgestellt, dass der Marktzugang für eine Ware, Dienstleistung oder Arbeitsleistung mit dem Bundesrecht übereinstimmt, oder hat sie den Marktzugang bewilligt, so gilt dieser Entscheid für die ganze Schweiz. ....

# Anpassung Rechtsprechung an geändertes Gesetz

Unzulässig ist:

- Regelung, wonach ein Anwalt fünf Jahre im Kanton praktiziert haben muss, um Praktikanten ausbilden zu können (BGE 134 II 329).
- Nichtzulassung eines in einem anderen Kanton zugelassenen Psychotherapeuten, der die höheren Anforderungen des Niederlassungskantons nicht erfüllt (BGE 135 II 12; abweichend von 128 I 92).
  - E. 2.4: Die gesetzliche Vermutung der Gleichwertigkeit von Art. 2 Abs. 5 BGBM bezieht sich auf die Marktzugangsordnungen selber, ... Kommt mithin die Prüfung ... zum Ergebnis, es lägen gleichwertige Marktzugangsordnungen ... vor, so bleibt für eine zusätzliche Verhältnismässigkeitsprüfung ... kein Raum.
- die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen gestützt auf eine interkant. Vereinbarung zu verweigern (BGE 136 II 470).

# Keine Wirkung gegen Bundesgesetze

- Für Zulassung eines ausserkantonalen Inkassobüros ist Art. 27 SchKG massgebend (BGE 135 I 106).
- Die Zulassung von Rechtsagenten richtet sich nach Art. 68.2 ZPO, Vorbehalt für kantonales Recht (BGE 141 II 280).
- Eine Anwalts-AG, in der nicht alle Mitglieder eingetragene Anwälte sind, ist unzulässig, auch wenn sie in einem Kanton zugelassen wurde (BGE 144 II 147): Der Erstkanton hat das BGFA falsch ausgelegt; Art. 2 Abs. 6 BGBM gilt nur für Waren, Dienstleistungen oder Arbeitsleistungen, nicht für Niederlassung.

## **BGBM hilft nicht gegen:**

- kantonalen Mindestlohn für tutti i rapporti di lavoro, che si svolgono abitualmente nel Cantone (2C\_302/2020)
- Ablehnung Zulassung als Zahnarzt in ZH mangels Vertrauenswürdigkeit, trotz Zulassung in SZ (2C\_848/2009)
- Ausübung eines in GE bewilligungspflichtigen Limousinendienstes bei Wohnsitz in VD (2C\_284/2019: Rechtsmissbrauch; in VD war gar keine Niederlassung beabsichtigt).

# THG

## **Art. 1 Abs. 1**

1 Dieses Gesetz schafft einheitliche Grundlagen, damit im Regelungsbereich des Bundes technische Handelshemmnisse vermieden, beseitigt oder abgebaut werden.

## **Art. 2 Geltungsbereich**

1 Dieses Gesetz gilt für alle Bereiche, in denen der Bund technische Vorschriften aufstellt.

## **Art. 4 Ausgestaltung der technischen Vorschriften im Allgemeinen**

1 Technische Vorschriften werden so ausgestaltet, dass sie sich nicht als technische Handelshemmnisse auswirken.

2 Sie werden zu diesem Zweck auf die technischen Vorschriften der wichtigsten Handelspartner der Schweiz abgestimmt. Dabei wird darauf geachtet, dass die technischen Vorschriften:

- a. möglichst einfach und transparent sind;
- b. zu einem möglichst geringen Verwaltungs- und Vollzugsaufwand führen.

## **Botschaft zum THG (BBl 1995 II 521):**

«Das Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG) hat zum Ziel, diesbezüglich ungerechtfertigte Behinderungen zu vermeiden, abzubauen und zu beseitigen. Zusammen mit dem revidierten Kartellgesetz und dem neuen Bundesgesetz über den Binnenmarkt bildet es einen wesentlichen Pfeiler unter den Massnahmen zur marktwirtschaftlichen Erneuerung. ...

Der Entwurf ist als Rahmenerlass konzipiert. Er stellt in Rechnung, dass das Problem der technischen Handelshemmnisse nicht allein auf horizontaler Ebene, durch einzelne allgemein anwendbare Regeln gelöst werden kann. Vielmehr sind dazu auch, und vor allem, Anpassungen zahlreicher sogenannter "sektorieller" Produktvorschriften, wie beispielsweise für Lebensmittel oder für Motorfahrzeuge, erforderlich. ...

Das THG soll jedoch lenkend und koordinierend auf die sektoriellen Produktegesetzgebungen einwirken und diese, soweit erforderlich, ergänzen.»

# BGE 124 IV 225

- VGV verlangt auf Getränkeverpackungen Hinweis auf Recyclierbarkeit.
- Kant. Gericht spricht vom Vorwurf der Widerhandlung gegen diese Vorschrift frei mit dem Argument, diese Bestimmung widerspreche dem THG.
- Bundesgericht: Heisst Beschwerde der Staatsanwaltschaft gut:
  - 3.a) Nach Auffassung der Vorinstanz ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 THG, dass eine sich als technisches Handelshemmnis auswirkende technische Vorschrift, die .... lediglich in einer bundesrätlichen Verordnung enthalten ist, nach dem Inkrafttreten des THG nicht mehr anwendbar sei. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden.
    - aa) Das THG ist als Rahmenerlass konzipiert. .... Art. 2 THG befasst sich einzig mit der Frage des rechtlichen Vorrangs unter konkurrierenden Vorschriften des Bundesrechts, ...
    - bb) Das THG enthält keine Vorschriften betreffend Getränkeverpackungen. Diese sind mithin nicht Regelungsgegenstand des THG. Die Frage des rechtlichen Vorrangs unter konkurrierenden Vorschriften kann sich daher gar nicht stellen.

## 2A.593/2005

- Import von Kosmetika mit Werbetext "in Zusammenarbeit mit Hautärzten", "bei juckender, zu Allergien neigender Haut" "zur Pflege bei Neurodermitis, Psoriasis, Diabetes, Schuppenflechte"
- Behörde beanstandet unzulässige Heilanpreisungen.
- Bundesgericht: Abweisung

5.5 Das ... Verbot, bei Kosmetika unter Bezugnahme auf Krankheiten Werbung zu betreiben, dient der Abgrenzung von Gebrauchsgegenständen gegenüber Heilmitteln und damit erheblichen öffentlichen Interessen. Das Verbot ist mithin im Schutz der menschlichen Gesundheit bzw. im Verbraucherschutz begründet. ...

5.6 Aus den gleichen Gründen stehen die Beanstandungen, soweit sie sich als technische Handelshemmnisse auswirken (Art. 4 Abs. 1 THG), auch nicht im Widerspruch zu Art. 4 Abs. 3 und 4 THG. Im Übrigen richtet sich Art. 4 THG an den Gesetz- und Verordnungsgeber und ist - schon nach seinem Wortlaut - nicht direkt anwendbar (...). Die Beschwerdeführerin kann sich deshalb nicht darauf berufen.

## 2A.213/2006

- Zahnpasta mit Aufdruck "zahnmedizinisch vorbeugend"
- Behörde beanstandet unzulässige Heilanpreisung.
- Bundesgericht: Gutheissung.
  - Kein Verstoss gegen LMG/GebrV, da der Zweck von Zahnpaste die Vorbeugung von Zahnschäden ist.
  - Beiläufiger Hinweis auf THG: «Dieses enthält den Auftrag an den Gesetzgeber, technische Vorschriften derart auszugestalten, dass sie sich nicht als technische Handelshemmnisse auswirken (Art. 4 THG). Zu den technischen Vorschriften gehören auch jene über die Beschriftung von Produkten (Art. 3 lit. b Ziff. 1 THG). Deshalb rechtfertigt sich als weitere Interpretationshilfe ein Blick auf die Rechtslage in der EU.» In der EU sind solche Angaben zulässig.

# Gesetzesrevision 2009

Einseitige Geltung Cassis-de-Dijon

## **Art. 16a Grundsatz**

1 Produkte dürfen in Verkehr gebracht werden, wenn sie:

- a. den technischen Vorschriften der Europäischen Gemeinschaft (EG) und, bei unvollständiger oder fehlender Harmonisierung in der EG, den technischen Vorschriften eines Mitgliedstaats der EG oder des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) entsprechen; und
- b. im EG- oder EWR-Mitgliedstaat nach Buchstabe a rechtmässig in Verkehr sind.

## **Art. 16c**

Das Inverkehrbringen von Lebensmitteln, für die Artikel 16a Absatz 1 gilt und die den schweizerischen technischen Vorschriften nicht entsprechen, bedarf einer Bewilligung des Bundesamtes für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (BLV).

## **Art. 16d**

(Voraussetzungen für Erteilung Bewilligung: Den Vorschriften von Art. 16a.1.a entsprechend und in EU rechtmässig in Verkehr; Vorbehalt überwiegender öffentlicher Interessen).

# 2C\_754/2010

- Behörde verbietet automatischen Rasenmäher.
- Bundesgericht: Abweisung
  - Neben dem THG ist auch die Spezialgesetzgebung anwendbar.
  - Der Rasenmäher gilt als Funkanlage und muss die fernmelderechtlichen Regelungen erfüllen, was er nicht tut.
  - E. 3.9 Die Beschwerdeführerin beruft sich auf ... Art. 16a THG, ... (sog. "Cassis-de-Dijon-Prinzip"). ... Die neue Regelung führt zu keiner anderen Beurteilung, denn auch sie setzt voraus, dass das Gerät im EG-Mitgliedstaat rechtmässig in Verkehr ist. Ist das Gerät ... zu Unrecht lediglich als elektrisches Gerät und nicht - zufolge der verwendeten Frequenzen - richtigerweise auch nach der R&TTE-Richtlinie (Art. 2 lit. c und d) als Funk- bzw. Fernmeldeanlage auf Einhaltung der für diese Produktgruppe geltenden EG-Normen geprüft und in Verkehr gebracht worden, kann nicht von einem rechtmässigen Inverkehrbringen im Ausland die Rede sein.

# 2C\_413/2015

- Behörde verbietet Bezeichnung einer Zahnpasta mit Aufschrift "Medizinische Zahncrème. Strafft Zahnfleisch spürbar. Schützt vor Parodontose."
- Bundesgericht: Abweisung.
  - E. 5: Die Beschwerdeführerin verweist darauf, dass die Bezeichnung "medizinische Zahncrème" in Deutschland ohne Weiteres erlaubt sei, oft verwendet und in ganz Europa unbeanstandet verkauft werde. ...
  - Ob die Zahncrème in Anwendung ... von Art. 16a Abs. 1 THG (...) rechtmässig hätte in Verkehr gesetzt werden können, ist vorliegend nicht zu prüfen. .... Das würde voraussetzen, dass die Beschwerdeführerin als Inverkehrsetzerin des Produkts ... den Nachweis erbracht hätte, dass das Produkt den massgebenden gemeinschaftsrechtlichen bzw. mitgliedstaatlichen Vorschriften entspricht, sowie die entsprechenden Rechtsvorschriften und deren amtliche Fundstellen angegeben hätte (Art. 20 Abs. 1 THG in Verbindung mit Art. 12 Abs. 2 VIPaV). Mangels eines solchen Nachweises ist dem Bundesgericht eine Überprüfung im Lichte von Art. 16a THG von vornherein nicht möglich.

# 2C\_162/2019

- Behörde beanstandet Nahrungsergänzungsmittel wegen Bezeichnung «arthro» und Bild von Gliederpuppe.
- Bundesgericht: Abweisung.
  - E. 4.2. .... Nach Art. 16c THG bedarf das Inverkehrbringen von Lebensmitteln, für die Art. 16a Abs. 1 THG gilt und die den schweizerischen technischen Vorschriften nicht entsprechen, einer Bewilligung des BLV. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Ob die Voraussetzungen von Art. 16a Abs. 1 THG gegeben sind, kann offengelassen werden, da das Produkt der Beschwerdeführerin ohnehin die technischen Vorschriften der Schweiz nicht erfüllt: ... Zu den Voraussetzungen für das Inverkehrbringen gehören auch die korrekte Bezeichnung und Kennzeichnung. Das Produkt ist - wie bereits dargelegt - nicht rechtsgemäss im Verkehr gebracht worden. Insofern bedarf das Produkt einer Bewilligung nach Art. 16c THG vom BLV, welche die Beschwerdeführerin nicht beantragt hat und deshalb auch nicht vorliegt.

## **BGE 143 II 518:**

Schnellwechseleinrichtung bei Baggern

- Die Einrichtung ist in der EU nach EU-Vorschriften hergestellt worden.
- EU-Konformitätserklärung liegt vor.
- Die schweizerische Gesetzgebung (PrSG, MaschV) verweist auf die EU-Maschinenrichtlinie und hat diese damit übernommen.
- SUVA verbietet nach einem Unfall das Inverkehrbringen

# BGE 143 II 518 (Forts.)

Bundesgericht:

- Art. 16a THG findet keine Anwendung, wenn es um die Anwendung von harmonisiertem EU-Recht geht, also wenn die Schweiz EU-Vorschriften übernommen hat. Es ist dann direkt dieses EU-Recht anzuwenden. Der Anwendungsbereich von Art. 16a Abs. 1 THG beschränkt sich somit auf die zwischen der Schweiz und dem EU/EWR-Binnenmarkt nicht-harmonisierten Bereiche. ... . Art. 16a THG findet deshalb keine Anwendung.
- Die Maschine hält zwar die technischen Normen der EU ein, aber diese entsprechen nicht den Anforderungen der Maschinenrichtlinie.
- Die EU-Konformitätserklärung des Herstellers, die gemäss MRA auch in der Schweiz anzuerkennen ist, bescheinigt nur die Übereinstimmung von Maschinen mit den technischen Normen der EU, aber nicht mit den grundlegenden Sicherheitsanforderungen der Maschinenrichtlinie.

# Ergebnisse BGBM

- kommt zum Tragen hinsichtlich kantonaler Einschränkungen
- Ausnahme: Diese werden als verhältnismässig beurteilt.
- Zu Beginn eher restriktive Rechtsprechung mit föderalistischer Rücksichtnahme.
- Aber Rechtsprechung folgt dem Gesetzgeber, wenn dieser Rechtsprechung klar korrigieren will (Revision 2005: Geltung BGBM auch für Niederlassung).
- Das BGBM kommt nicht zum Tragen gegenüber bundesrechtlichen Spezialgesetzgebungen.

# Ergebnisse THG

Kommt in der Rechtsprechung kaum zum Tragen. Argumente:

- Nur Rahmengesetzgebung, mangels Normenkollision nicht anwendbar
- Grundsätze von Art. 4 THG nicht unmittelbar anwendbar
- Spezialgesetzgebung bleibt neben THG anwendbar.
- Hohe Gewichtung entgegenstehender Anliegen.
- Restriktive Auslegung von THG 16a.

# Folgerungen

- Bundesrechtliches Querschnittsgesetz kann gegenüber kantonalen Gesetzgebungen Wirkung erzielen, aber nicht gegenüber abweichenden bundesrechtlichen Gesetzgebungen.
- Regulierungsgrundsätze auf Gesetzgebungsstufe werden in der Rechtsprechung mehrheitlich als nicht unmittelbar anwendbar beurteilt.
- Um von der Rechtsprechung angewendet zu werden, müssen die Grundsätze in konkrete Regelungen gefasst werden.
- Verhältnismässigkeitsprinzip kann die Absicht des Gesetzgebers konterkarieren.

# Prognose für Wirkung des UEG in der Rechtsprechung

- Das Gesetz richtet sich nur an Bundesstellen; für kantonale Rechtsetzung keine Bedeutung.
- Die Grundsätze für Regulierung und Ausarbeitung der Erlasse sowie Monitoring (Art. 1-8) dürften kaum Wirkung in der Rechtsprechung entfalten.
- Eine Wirkung auf Ebene Verwaltung wird vermutlich beschränkt bleiben gegenüber entgegenstehenden Regulierungsinteressen.

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit

