

STAATS- UND VERWALTUNGSRECHT AUF VIER EBENEN

Festschrift für Tobias Jaag

STAATS- UND VERWALTUNGSRECHT AUF VIER EBENEN

Festschrift für Tobias Jaag

Herausgegeben von:

Markus Rüssli

Julia Hänni

Reto Häggi Furrer

Schulthess § 2012

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2012
ISBN 978-3-7255-6608-2

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	V
Zum Geleit	VII
 Allgemeines Staats- und Verwaltungsrecht	
ALAIN GRIFFEL	
Dynamik und Stillstand im Verwaltungsrecht	3
PETER KARLEN	
Abschied vom Allgemeinen Verwaltungsrecht?	
Gedanken zu einer Neuorientierung der Verwaltungsrechtslehre	15
DANIEL MOECKLI / ANDREA TÖNDURY	
Vom Störerbild zum Störerprinzip – und zurück?	25
PIERRE MOOR	
« La nullité doit être constatée en tout temps et par toute autorité »	41
MARKUS MÜLLER	
Akzeptanz als Ziel des Verwaltungsverfahrens	57
BERNHARD RÜTSCHKE	
Was sind öffentliche Rechte und Pflichten?	
Überlegungen zum Rechtscharakter der Verfügung	69
DANIEL THÜRER / DANIEL STADELMANN	
Federalism – Beyond the (Nation)State	81
FELIX UHLMANN	
Ein Professor geht – Gedanken über den Begriff des Verwaltungs- vermögens	87

Kommunale Ebene

THEO LORETAN / PETER SAILE

Amtszeitbeschränkung für Zürcher Gemeindeexekutiven 103

AUGUST MÄCHLER

Ersatzvornahme für die Rechtssetzung der Gemeinden 115

MARKUS RÜSSLI

**Zusammenarbeit zwischen den Gemeinden des Kantons Zürich und
zwischen dem Kanton und den Gemeinden** 129

BENJAMIN SCHINDLER

**Die Gemeindeautonomie als Hindernis für einen wirksamen Rechtsschutz
Ästhetikvorschriften als Reservate kommunaler Willkür?** 145

Kantonale Ebene

GIOVANNI BIAGGINI

**Über Rollenfragen und Departementalisierungsgefahren in der inter-
kantonalen Zusammenarbeit** 159

MARCEL BOLZ

**Natürliche und direkte Quoren bei der Wahl des aargauischen Grossen
Rates** 167

BERNHARD EHRENZELLER / UELI KIESER / RAFAEL BRÄGGER

**Kantonale Spitalplanung – eine kompetenzrechtliche Knacknuss mit
Beispielcharakter**
Materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Überlegungen 179

THOMAS GÄCHTER

Medizinischer Notfalldienst
Wandel zu einer kantonalen Staatsaufgabe? 195

FELIX HELG

Kognition bei der Überprüfung von Prüfungsentscheiden
Anmerkungen zur Praxis im Kanton Zürich 209

ARNOLD MARTI	
Die Bauaussteckung – bewährte Rechtsschutz eigenheit des Schweizer Bau- und Planungsrechts	219
MARKUS NOTTER	
«Eine Initiative ist gültig, wenn ...»	
Zur Praxis der Prüfung von Initiativen und Gegenvorschlägen von Stimmberechtigten auf ihre Gültigkeit nach zürcherischem Verfassungsrecht	233
PAUL RICHLI	
Fragwürdige Verrechtlichungen im Bildungswesen	247
MARTIN RÖHL	
Staatlicher und landeskirchlicher Rechtsschutz im Kanton Zürich	261
PATRICIA M. SCHIESS RÜTIMANN	
Hirndoping im Hörsaal	
Warum das Neuro Enhancement Eingang in die Diskussion über die Integrität in der Wissenschaft finden muss	275
CHRISTIAN SCHUHMACHER	
Erscheinungsweisen und Kritik des Verwaltungsstrafrechts des Kantons Zürich	289
RAINER J. SCHWEIZER	
Bürgerpflichten im Recht der Kantone	301
ADRIAN STRÜTT	
Zur Entwicklung des Kündigungsschutzes im Zürcher Personalrecht	321
THIERRY TANQUEREL	
L'interdiction du double non en cas de vote populaire sur une alternative respecte-t-elle la liberté de vote?	339
HANS RUDOLF TRÜEB	
GUSTAVO und andere Wege zum Wettbewerb	
Die kantonalen Gebäudeversicherungen zwischen Staat und Markt	355
STEFAN VOGEL	
Landanlagekonzessionen im Kanton Zürich	369

Bundesebene

ANDREAS AUER

Les cantons comme piliers de la Confédération suisse 383

ISABELLE HÄNER

Transportvertrag

Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag im Zivilrechtskleid 401

JULIA HÄNNI

Grundzüge des Schweizerischen Entwicklungsverwaltungsrechts 415

PETER HÄNNI

Staatshaftung bei unterlassener Wahrnehmung von Schutzpflichten

Grundsatzfragen und Rechtsprechung im Bereich von Menschenrechten 429

MARTIN KAYSER

Verwaltungsgerichte und Politik

Der lange Abschied von den *actes de gouvernement* 443

REGINA KIENER

Bundesrätliches «Notrecht» und Unabhängigkeit der Justiz 459

VINCENT MARTENET

**L'Assemblée fédérale et les parlements cantonaux face aux ordonnances
gouvernementales** 475

GEORG MÜLLER

**Das Kostendeckungsprinzip als Kriterium für die Bemessung der
Flughafengebühren** 489

TOMAS POLEDNA

Die Staatsgarantie zwischen Recht und Politik 503

PIERRE TSCHANNEN

**Zentral, dezentral, ausserhalb – oder: Wie zeichne ich das Organigramm
der Bundesverwaltung?** 517

BERNHARD WALDMANN

«Bundesrecht bricht kantonales Recht». Eine Formel mit Fragezeichen 533

STEFAN WEHRENBURG

**Rechtsschutz im Submissionsrecht – ein Plädoyer für die Einführung von
Behandlungsfristen** 549

ROGER ZÄCH / RETO A. HEIZMANN

**Die Anordnung von Entflechtungen im schweizerischen Kartellrecht –
ein Überblick** 565

Europäische Ebene

HEINZ AEMISEGGER

Probleme bei der Umsetzung der EMRK durch die Schweiz 581

ASTRID EPINEY

**Zu den Anforderungen des EU-Rechts und der Aarhus-Konvention an
den gerichtlichen Zugang für Umweltverbände**
Zum Urteil des EuGH in der Rs. C-115/09 und seinen Implikationen für das
schweizerische Umweltrecht 599

RETO HÄGGI FURRER / LAURA BUCHER

Das Zwangsgeld der Europäischen Union
Ein Instrument für das schweizerische Verwaltungsrecht? 611

CHRISTINE KAUFMANN

Helvetia schützt (vor) Strassburg?
Gedanken zum Verhältnis von EGMR und Demokratie 623

ANDREAS KELLERHALS

Wer sagt denn da, die EU sei nicht demokratisch? 639

ANDREAS KLEY / ALEXANDER SCHAER

«Europas Schicksal wird letzten Endes auch unser Schicksal sein»
Der Europatag und die Europatagsreden der Schweizer Bundesräte 651

GIORGIO MALINVERNI

**Les enjeux de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention
européenne des droits de l'homme** 667

MATTHIAS OESCH	
Die Keck-Formel des EuGH im schweizerischen Binnenmarktrecht	677
MARKUS SCHOTT	
Die Bedeutung der direkten Demokratie im Verhältnis Schweiz – EU	693
MADELEINE SIMONEK	
Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht: Besonderheiten der Rechtfertigungsprüfung im Verhältnis zur Schweiz	709
CHRISTA TOBLER	
Rechtsakte mit Verordnungscharakter im EU-Nichtigkeitsverfahren und ihre Bedeutung für bilateralrechtliche Fälle Oder: «Eine Tafel für Tobias»	723
ANDREAS VÖGELI	
Die Scheinselbständigkeit im Kontext der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit	741
ROLF H. WEBER	
Grundstrukturen des europäischen Verkehrsrechts	757
Verzeichnis der Schriften von Tobias Jaag	773
Autorenverzeichnis	785

Die *Keck*-Formel des EuGH im schweizerischen Binnenmarktrecht

MATTHIAS OESCH*

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	677
II.	<i>Keck</i> -Formel im EU-Recht	678
	1. Urteil des EuGH i.S. <i>Keck</i>	678
	2. Produktanforderungen vs. Verkaufsmodalitäten	679
	3. Würdigung	682
III.	<i>Keck</i> -Formel im schweizerischen Binnenmarktrecht	683
	1. Marktzugang gestützt auf das Binnenmarktgesetz (BGBM)	684
	2. Bundesgerichtliche Praxis	686
	3. Analoge Anwendung der <i>Keck</i> -Formel	688
IV.	Epilog	690

I. Einleitung

Der Jubilar TOBIAS JAAG beschäftigt sich im Rahmen seines beeindruckenden Œuvres mit den unterschiedlichsten Rechtsgebieten. Seine Schriften beschlagen zuvörderst das schweizerische Staats- und Verwaltungsrecht. Getreu dem Motto «Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen» befasst er sich dabei regelmässig auch mit dem europäischen Recht und thematisiert gekonnt und mit leichter Feder die gegenseitige Beeinflussung und wechselseitige Durchdringung der verschiedenen Ebenen der Rechtsgewinnung. «Europarecht», sein *opus magnum* über die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, gehört diesbezüglich ebenso zum juristischen Standardrepertoire wie etwa seine Berichterstattungen zu den Verfassungsentwicklungen in der Europäischen Union, welche regelmässig im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht (SJER) erscheinen.

Der vorliegende Festbeitrag nimmt diesen Faden auf. Er wendet sich rechtsvergleichend der Frage zu, ob die Definition des sachlichen Anwendungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit im EU-Recht (Art. 34 AEUV) und der Binnenmarktfreiheit im schweizerischen Recht (Art. 2 BGBM) ähnlichen Grundmustern und -überlegungen

* Dieser Beitrag berücksichtigt Praxis und Lehre bis Ende 2011.

folgt bzw. – anders gewendet – ob die im EU-Recht entwickelte *Keck*-Formel auch im schweizerischen Binnenmarktrecht fruchtbar gemacht werden kann¹. Der Fokus liegt dabei auf dem grenzüberschreitenden Warenverkehr; das Recht, Dienst- und Arbeitsleistungen zu erbringen, wird nicht behandelt.

II. *Keck*-Formel im EU-Recht

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) definierte im Jahr 1993 in der Rechtssache *Keck* den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit grundlegend neu und führte die Unterscheidung zwischen Produkthanforderungen und Verkaufsmodalitäten ein (1.). Seither hat der EuGH die *Keck*-Formel in einer schöpferischen Rechtsprechung verfeinert und durch einen Marktzutrittstest ergänzt (2.). Im Ergebnis zielt die Praxis des EuGH darauf ab, Marktzutrittschranken zu beseitigen und ein *level playing field* für Waren unabhängig ihrer Herkunft zu schaffen. Darüber hinaus bietet die Warenverkehrsfreiheit zu Recht keinen Schutz gegen staatliche Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigung in einem umfassenden Sinn (3.).

1. Urteil des EuGH i.S. *Keck*

BERNARD KECK und DANIEL MITHOUARD, Direktoren von Supermärkten im Elsass, wurde im Rahmen eines Strafverfahrens vor dem Tribunal de Grande Instance in Strassburg vorgeworfen, gegen ein französisches Verbot des Weiterverkaufs von Waren zu einem Preis, der unter dem tatsächlichen Einkaufspreis lag (Verlustpreis), zu verstossen. Der zuständige Richter setzte das Verfahren aus und ersuchte den EuGH um Vorabentscheidung der Frage, ob dieses Verbot mit der Warenverkehrsfreiheit gemäss Art. 34 AEUV vereinbar sei.

Gestützt auf die bis anhin einschlägige weite Definition des Anwendungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit, welche der EuGH in der Rechtssache *Dassonville* im Jahr 1974 eingeführt und seither wiederholt bestätigt hatte, wäre das Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis von der Warenverkehrsfreiheit erfasst gewesen; die französischen Behörden wären gefordert gewesen, die Verhältnismässigkeit des Verbots unter Rekurs auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses darzulegen². Der EuGH nahm die Rechtssache *Keck* demgegenüber zum Anlass, den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit gemäss Art. 34 AEUV grundlegend neu zu definieren,

1 Art. 34 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl EU C 83 vom 30. März 2010, S. 1; die Warenverkehrsfreiheit wurde früher durch Art. 30 EWGV bzw. Art. 28 EGV geschützt. Nachfolgend wird durchgehend die zurzeit geltende Rechtsgrundlage zitiert. – Art. 2 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02).

2 Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974 837, Rz. 5 ff.

«da sich die Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger auf Artikel 30 EWG-Vertrag [neu: Art. 34 AEUV] berufen, um jedwede Regelung zu beanstanden, die sich als Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit auswirkt, auch wenn sie nicht auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten gerichtet ist»³.

Der EuGH bestätigte unter Verweis auf das Urteil *Cassis de Dijon* von 1979 zwar, dass diejenigen Hemmnisse des freien Warenverkehrs, die etwa die Bezeichnung von Waren, ihre Form, ihre Abmessungen, ihr Gewicht, ihre Zusammensetzung, ihre Aufmachung, ihre Etikettierung und ihre Verpackung betreffen, auch weiterhin Massnahmen gleicher Wirkung darstellen und von der Warenverkehrsfreiheit erfasst werden⁴. Gleichzeitig schränkte der EuGH den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit aber erheblich ein:

«Demgegenüber ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils *Dassonville* (...) unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.»⁵

Der EuGH begründete diese Neuinterpretation von Art. 34 AEUV damit, dass Regelungen, welche «nur» Verkaufsmodalitäten betreffen und nicht diskriminierend wirken, nicht geeignet sind, den Marktzugang für ausländische Erzeugnisse *per se* zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für gleichartige inländische Erzeugnisse ebenfalls tun⁶. Im Ergebnis kam der EuGH zum Schluss, dass die Warenverkehrsfreiheit auf das französische Verbot, Waren zum Verlustpreis weiterzuverkaufen, nicht anwendbar ist.

2. Produktanforderungen vs. Verkaufsmodalitäten

Der EuGH hat die im Urteil *Keck* eingeläutete Begrenzung des Anwendungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit in einer reichhaltigen Praxis konkretisiert und weiterentwickelt. Im Mittelpunkt steht die Unterscheidung zwischen Produktanforderungen und Verkaufsmodalitäten:

- *Produktanforderungen* beziehen sich auf die Beschaffenheit oder die Aufmachung von Produkten; sie «haften» gleichsam am Produkt. Sie stellen Massnahmen gleicher Wirkung dar und fallen in den Anwendungsbereich von Art. 34 AEUV. Typische Produktanforderungen sind etwa Regelungen betr. Inhalt- und Zusatzstoffe

3 Verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck*, Slg. 1993 I-6097, Rz. 14.

4 *Ibid.*, Rz. 15, unter Verweis auf Rs. 120/78, *Rewe-Zentral*, Slg. 1979 649 (*Cassis de Dijon*).

5 *Ibid.*, Rz. 16.

6 *Ibid.*, Rz. 17.

von Lebens- und Genussmitteln⁷, Etikettierung⁸, Einstufung und Kennzeichnung von Produkten zum Zweck des Schutzes Minderjähriger⁹, Produktbezeichnung¹⁰, Qualitäts- und Echtheitsbescheinigungen¹¹ sowie Zulassungs- und Genehmigungserfordernisse¹². Dasselbe gilt für das Verbot, in Zeitschriften Gewinnspiele oder Preisausschreibungen anzubieten¹³. Schliesslich gelten auch Vorschriften betr. Form und Art der Verpackung als produktbezogene Massnahmen und fallen unter die Warenverkehrsfreiheit¹⁴. Der Produktbezug einer Vorschrift ist in aller Regel gegeben, wenn dadurch eine Anpassung des Produkts erforderlich wird¹⁵.

- Im Gegensatz zu produktbezogenen Vorschriften, welche die Voraussetzungen für den Zugang zum Markt als solchen bestimmen, regeln *Verkaufsmodalitäten* die innerstaatlich wirkende Art und Weise des Vertriebs bzw. Verkaufs von zugelassenen Waren¹⁶. Solche Vorschriften betreffen die räumlichen und zeitlichen Voraussetzungen sowie andere Umstände (wie etwa eine Beschränkung des Kreises der Absatzberechtigten), unter denen Produkte vertrieben werden können; sie sind Ausdruck «bestimmter Entscheidungen, die auf landesweite oder regionale soziale und kulturelle Besonderheiten Bezug haben»¹⁷. Sie werden von der Warenverkehrsfreiheit nicht erfasst, sofern sie auf in- und ausländische Waren *de iure* und *de facto* gleichermassen Anwendung finden¹⁸. Typische Beispiele betreffen etwa

-
- 7 Rs. 120/78, *Rewe-Zentral*, Slg. 1979 649, Rz. 14 (*Cassis de Dijon*); Rs. C-123/00, *Bellamy*, Slg. 2001 I-2795, Rz. 12 (Salzgehalt von Brot); Rs. 54/85, *Mirepoix*, Slg. 1986 1067, Rz. 12 (Rückstände von Pflanzenschutzmitteln in Lebensmitteln); Rs. 407/85, *Drei Glocken*, Slg. 1988 4233, Rz. 11 (Teigwaren, welche Weichweizen enthalten).
- 8 C-39/90, *Denkavit*, Slg. 1991 I-3069, Rz. 17; C-169/99, *Schwarzkopf*, Slg. 2001 I-5901, Rz. 39 (Warnhinweise auf der Verpackung kosmetischer Produkte); auch Werbefotos, welche mit dem Produkt unmittelbar verbunden sind, stellen Produktvorschriften dar, vgl. unten Anm. 20.
- 9 Rs. C-244/06, *Dynamic Medien*, Slg. 2008 I-505, Rz. 32 ff. (Versandhandel von Bildträgern); BIEBER ROLAND/EPINEY ASTRID/HAAG MARCEL, *Die Europäische Union*, 9. Aufl., Baden-Baden 2011, § 11 Rz. 43.
- 10 Rs. 178/84, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1987 1227, Rz. 29 (Reinheitsgebot für Bier); Rs. 298/87, *Smanor*, Slg. 1988 4489, Rz. 25 (tiefgefrorener Joghurt); Rs. C-315/92, *Clinique*, Slg. 1994 I-317, Rz. 13; Rs. C-448/98, *Guimont*, Slg. 2000 I-10663, Rz. 25 f. (Emmentaler).
- 11 Rs. 53/76, *Bouhelier*, Slg. 1977 197, Rz. 13/15; Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974 837, Rz. 6.
- 12 Rs. C-189/95, *Franzen*, Slg. 1997 I-5909, Rz. 69 ff.; LEIBLE STEFAN/STREINZ THOMAS, Art. 34 AEUV, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, München Stand 2010, Rz. 91.
- 13 Rs. C-368/95, *Familiapress*, Slg. 1997 I-3689, Rz. 11 f.
- 14 Rs. 261/81, *Rau*, Slg. 1982 3961, Rz. 20 (Margarine); Rs. C-366/04, *Schwarz*, Slg. 2005 I-10139, Rz. 29 (Zuckerwaren aus Automaten).
- 15 LEIBLE/STREINZ (Anm. 12), Rz. 91.
- 16 BECKER ULRICH, Art. 28 EGV, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Rz. 49.
- 17 Rs. C-418/93, *Semeraro Casa Uno*, Slg. 1996 I-2975, Rz. 25; LEIBLE/STREINZ (Anm. 12), Rz. 77.
- 18 Eine offen diskriminierende Massnahme fällt selbstredend unter Art. 34 AEUV, vgl. Rs. C-320/93, *Ortscheit*, Slg. 1994 I-5243, Rz. 9ff. (Werbeverbot für ausländische Arzneimittel).

Ladenschlussregelungen bzw. Regelungen für den Sonn- und Feiertagsverkauf¹⁹, Werbeverbote²⁰, Erfordernisse an das Verkaufspersonal bzw. an die Vertriebsform oder den Verkaufsort²¹ und Auslieferungszeiten für Frischwaren²². Verkaufsmodalitäten gelten nur dann nicht als Massnahmen gleicher Wirkung, wenn sie alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher Weise treffen und ausländische Erzeugnisse in Bezug auf den Marktzugang auch faktisch bzw. indirekt nicht benachteiligen, d.h. wenn sie die Vertriebsgestaltung des grenzüberschreitend tätigen Anbieters nicht übermässig beeinträchtigen.

- Sofern *Verkaufsmodalitäten* – auch wenn sie auf einheimische und importierte Waren gleichermaßen anwendbar sind – sich faktisch *zum Nachteil ausländischer Waren* auswirken, werden entsprechende Massnahmen von der Warenverkehrsfreiheit erfasst. Dies gilt etwa für Werbeverbote²³ und Verbote des Internethandels²⁴, die es Herstellern bzw. Importeuren von ausländischen Produkten faktisch verunmöglichen, auf einem vorwiegend von inländischen Produkten beherrschten Markt Fuss zu fassen. Auch Preisregelungen (Höchst- und Mindestpreise, Handelsspannen)²⁵, welche durch ihre Ausgestaltung in besonderem Masse den Import behindern, gelten als Massnahmen gleicher Wirkung. Im Zentrum der Beurteilung, ob eine Massnahme (welche eigentlich eine Verkaufsmodalität darstellt) unter die Warenverkehrsfreiheit fällt, steht die Frage, ob die Massnahme sich auf den *Marktzutritt* als solchen und damit den grenzüberschreitenden Handel spürbar auswirkt, d.h. ob ausländischen Produkten der Marktzugang in übermässiger

-
- 19 Rs. C-418/93, *Semeraro Casa Uno*, Slg. 1996 I-2975, Rz. 9 ff.; verb. Rs. C-401/92 und C-402/92, *Tankstation 't Heuske u. Boermanns*, Slg. 1994 I-2199, Rz. 10ff.
- 20 Rs. 292/92, *Hünernmund*, Slg. 1993 I-6787, Rz. 20 ff. (Werbeverbot für apothekerübliche Waren); verb. Rs. C-34-36/95, *De Agostini*, Slg. 1997 I-3843, Rz. 44 (Verbot von Werbung an Kindern); Rs. C-71/02, *Karner*, Slg. 2004 I-3025, Rz. 35 ff. (Verbot, auf die Herkunft von Waren Bezug zu nehmen, die aus einer Konkursmasse stammen). – Sofern die Werbung mit dem Produkt unmittelbar verbunden ist, bleibt Art. 34 AEUV einschlägig, vgl. Rs. C-470/93, *Mars*, Slg. 1995 I-1923, Rz. 13 (Werbung auf der Verpackung); Rs. C-77/97, *Unilever*, Slg. 1999 I-431, Rz. 23 ff. (werbebeschränkende Massnahmen betr. Etikettierung oder Aufmachung zum Verkauf).
- 21 Rs. C-441/04, *A-Punkt Schmuckhandels GmbH*, Slg. 2006 I-2093, Rz. 17 ff. (Vertrieb von Silberschmuck via Haustürgeschäft); Rs. C-391/92, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1995 I-1621, Rz. 9 ff. (Vertrieb von Säuglingsnahrung in Apotheken); Rs. C-387/93, *Banchero*, Slg. 1995 I-4663, Rz. 30 ff. (Vertrieb von Tabakwaren durch Einzelhändler); kritisch dazu FRENZ WALTER, Handbuch Europarecht, Band 1: Europäische Grundfreiheiten, Berlin/Heidelberg 2004, Rz. 842.
- 22 Rs. 155/80, *Oebel*, Slg. 1981 1993, Rz. 17 ff. (Nachtbackverbot für Brot), wobei dieses Urteil zeitlich vor *Keck* erging.
- 23 Verb. Rs. C-34-36/95, *De Agostini*, Slg. 1997 I-3843, Rz. 39 ff.; Rs. C-405/98, *Gourmet International Products*, Slg. 2001 I-1795, Rz. 25; Rs. C-239/02, *Douwe Egberts*, Slg. 2004 I-7007, Rz. 53; Rs. C-126/91, *Yves Rocher*, Slg. 1993 I-2361, Rz. 10; Rs. 382/87, *Buet*, Slg. 1989 1235, Rz. 7 ff. (Haustürwerbung).
- 24 Rs. C-322/01, *Deutscher Apothekerverband/Doc Morris*, Slg. 2003 I-14887, Rz. 74 ff.
- 25 BECKER (Anm. 16), Rz. 63–69; LEIBLÉ/STREINZ (Anm. 12), Rz. 95; vgl. auch Rs. C-531/07, *Fachverband*, Slg. 2009 I-3717, Rz. 15 ff. (Buchpreisbindung).

Weise erschwert wird, indem die Massnahme besondere, das Inverkehrbringen berührende Kosten verursacht²⁶.

- *Verwendungsbeschränkungen* (Nutzungsmodalitäten) fallen unter Art. 34 AEUV, sofern sie den Marktzugang eines Produkts wesentlich behindern oder verunmöglichen²⁷. Diese Praxis beruht auf der Überlegung, dass auch die Steuerung des Verbraucherverhaltens marktzugangsbeschränkende Wirkung entfalten und sich negativ auf die grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit auswirken kann. Dies gilt unzweifelhaft für Verwendungsverbote (welche aus Konsumentensicht ohnehin wie ein Erwerbsverbot wirken). Massnahmen, welche die Verwendung eines Produkts nur marginal beschränken, werden von der Warenverkehrsfreiheit hingegen nicht erfasst²⁸.

3. Würdigung

Mit dem Urteil *Keck* stellte der EuGH die dogmatischen Grundlagen zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit auf ein neues Fundament. Im Mittelpunkt steht die Unterscheidung zwischen Produkthanforderungen und Verkaufsmodalitäten. Mittlerweile wird diese kategorische Unterscheidung durch einen Marktzutrittstest ergänzt²⁹. Entscheidend ist die Frage, ob eine nationale Vorschrift, welche als Verkaufsmodalität zu qualifizieren ist, den Zugang zum einheimischen Markt für ausländische Produkte über Gebühr beeinträchtigt und dadurch ausländische Produkte offen oder versteckt diskriminiert werden. Dies ist etwa dann der Fall, wenn für auswärtige Hersteller bzw. Importeure Anpassungskosten entstehen, welche den Marktzutritt unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten erschweren oder gar verunmöglichen. Sofern eine Vorschrift ausländische Produkte umgekehrt auch *de facto* nicht benachteiligt und damit keinen Einfluss auf den grenzüberschreitenden Handel aufweist, ist Art. 34 AEUV nicht einschlägig. Die Beurteilung, ob eine Marktzugangs-

26 Rs. C-254/98, *TK Heimdienst Sass GmbH*, Slg. 2000 I-151, Rz. 26 ff. (mobiler Lebensmittelverkauf nur bei örtlicher Ansässigkeit); verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, *Alfa Vita Vassilopoulos*, Slg. 2006 I-8135, Rz. 19 («Bake Off»-Verfahren bei Backwaren); Rs. C-405/98, *Gourmet International Products*, Slg. 2001 I-1795, Rz. 25; vgl. aus der Literatur etwa BECKER (Anm. 16), Rz. 49; BIEBER/EPINEY/HAAG (Anm. 9), § 11 Rz. 47–48; FRENZ (Anm. 21), Rz. 824–830.

27 Rs. C-110/05, *Kommission/Italien*, Slg. 2009 I-509, Rz. 58 (Anhängerverbot für Krafräder mit weniger als vier Rädern); Rs. C-142/05, *Mickelsson und Roos*, Slg. 2009 I-4273, Rz. 24 ff. (Benutzung von Wassermotorrädern nur auf bezeichneten Wasserstrassen).

28 BIEBER/EPINEY/HAAG (Anm. 9), § 11 Rz. 46.

29 Vgl. etwa Rs. C-108/09, *Ker-Optika*, noch nicht in Slg. publiziert, Rz. 50 (Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet); Rs. C-110/05, *Kommission/Italien*, Slg. 2009 I-509, Rz. 37 (Anhängerverbot für Krafräder mit weniger als vier Rädern); OPPERMANN THOMAS/CLASSEN CLAUS DIETER/NETTESHEIM MARTIN, *Europarecht*, 5. Aufl., München 2011, § 22 Rz. 32.

behinderung vorliegt, bedarf einer sorgfältigen Bestimmung des relevanten Marktes in räumlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht³⁰.

Die Praxis des EuGH ist sachgerecht. Sie fusst auf der Einsicht, dass die Warenverkehrsfreiheit funktional ein Marktzugangsrecht gewährleistet. Sie zielt darauf ab, Marktzutrittsschranken zu beseitigen und ein *level playing field* für Waren unabhängig ihrer Herkunft zu schaffen. Darüber hinaus bietet sie keinen Schutz vor staatlichen Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigung in einem umfassenden Sinn, wie er typischerweise grundrechtlich garantiert wird. Der EuGH anerkannte im grundlegenden Urteil *Nold* von 1974 zwar «die Freiheit der Arbeit, des Handels und anderer Berufstätigkeiten» als ungeschriebenes Grundrecht; auch hat er dieses Recht in der Folge in unzähligen Entscheiden bestätigt und konkretisiert³¹. Mittlerweile gewährleisten Art. 15 und 16 der Grundrechtscharta (GRC³²) die «Berufsfreiheit» bzw. die «Unternehmerische Freiheit» ausdrücklich und umfassend. Gemäss Art. 50 GRC gelten diese Grundrechte für die Mitgliedstaaten aber ausschliesslich bei der Durchführung von EU-Recht. Diese Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs des unionalen Grundrechtsschutzes hat zur Folge, dass mitgliedstaatliche Verkaufsmodalitäten grundsätzlich nicht am Massstab der Berufsfreiheit bzw. der unternehmerischen Freiheit gemessen werden können. Die Ausgestaltung der allgemeinen Wirtschafts-, Sozial- oder Umweltschutzpolitik ohne spezifischen Produktbezug verbleibt – vorbehaltlich unionalen Sekundärrechts – in der alleinigen Kompetenz und Verantwortung der Mitgliedstaaten. Sie fällt nicht in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit, sofern sie mit Blick auf den Marktzugang auswärtiger Produkte wettbewerbsneutral erfolgt, und folglich auch nicht in den Anwendungsbereich der Grundrechtscharta.

Bei der Beurteilung von Grenzfällen hat der EuGH zu Recht nicht gezögert, die Einschlägigkeit der Warenverkehrsfreiheit zu bejahen und damit die Mitgliedstaaten zu verpflichten, umstrittene Regelungen unter Rekurs auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu rechtfertigen – getreu dem Motto *in dubio pro libertate*³³.

30 Vgl. dazu ansatzweise Rs. C-322/01, *Deutscher Apothekerverband/Doc Morris*, Slg. 2003 I-14887, Rz. 74; LEIBLÉ/STREINZ (Anm. 12), Rz. 84.

31 Rs. 4/73, *Nold*, Slg. 1974 491, Rz. 14; für eine Übersicht über die Praxis etwa STUMPF CORDULA, Art. 6 EUV, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Rz. 23; kritisch zum «europäischen Grundrechtsdefizit im Bereich der wirtschaftlichen Grundrechte» BIAGGINI GIOVANNI, Schweizerische und europäische Wirtschaftsverfassung im Vergleich: Über Strukturprobleme zweier wettbewerbsorientierter Wirtschaftsverfassungen, ZBl 97/1996, S. 49, 70 ff.

32 ABl EU C 303 vom 14. Dezember 2007, S. 1 ff.

33 Ähnlich OLIVER PETER/ENCHELMAIER STEFAN, *Free Movement of Goods: Recent Developments in the Case Law*, CMLR 2007, S. 649, 673; dies gilt paradigmatisch etwa für Werbeverbote, dazu BIEBER/EPINEY/HAAG (Anm. 9), § 11 Rz. 43 f.; DOUKAS DIMITRIOS, *Werbefreiheit und Werbebeschränkungen*, Baden-Baden 2005, S. 60 ff.

III. *Keck*-Formel im schweizerischen Binnenmarktrecht

Damit stellt sich die Frage, ob die – allenfalls modifizierte, d.h. auf die hiesigen Verhältnisse angepasste – *Keck*-Formel auch für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des schweizerischen Binnenmarktgesetzes (BGBM) fruchtbar gemacht werden kann. Im Folgenden werden zuerst die Prinzipien dargestellt, welche die Funktionsweise des Binnenmarktgesetzes prägen (1.). Sodann lohnt sich ein Blick auf die Praxis, auch wenn sich das Bundesgericht bis anhin nicht ausdrücklich zur Relevanz der *Keck*-Formel geäußert hat (2.). Unseres Erachtens sprechen gute Gründe für die Einschlägigkeit der *Keck*-Formel auch im schweizerischen Binnenmarktrecht (3.).

1. Marktzugang gestützt auf das Binnenmarktgesetz (BGBM)

Das Binnenmarktgesetz konkretisiert die Wirtschaftsfreiheit und bezweckt, ihre Binnenmarktfunktion zu stärken, d.h. einen einheitlichen Markt für Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen zu schaffen³⁴. Es ist als Rahmenerlass konzipiert und beruht auf zwei grundlegenden Prinzipien, welche für den Marktzugang von Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen (inkl. der gewerblichen Niederlassung) gleichermassen gelten. In Bezug auf den – vorliegend allein interessierenden – Warenverkehr präsentieren sie sich wie folgt:

- Art. 3 Abs. 1 lit. a BGBM verpflichtet die Behörden, allfällige Beschränkungen des freien Marktzugangs unterschiedslos auf einheimische und auswärtige Waren anzuwenden. Art. 3 Abs. 3 BGBM wiederholt, dass Beschränkungen in keinem Fall eine verdeckte Marktzutrittschranke zugunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen enthalten dürfen. Damit enthält das Binnenmarktgesetz das Prinzip der Nichtdiskriminierung. Es verbietet sowohl offene (*de iure*) als auch verdeckte (*de facto*) Diskriminierungen³⁵.
- Art. 2 BGBM verleiht Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz einen individual-rechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang für das Anbieten von Waren nach Massgabe der an ihrem Sitz oder an ihrer Niederlassung geltenden Vorschriften. Dabei handelt es sich um das auf die schweizerischen Binnenverhältnisse angepasste *Cassis de Dijon*-Prinzip (Herkunftsortsprinzip)³⁶. Art. 2 Abs. 3 BGBM bestimmt ausdrücklich, dass eine Ware auf dem gesamten Gebiet

34 Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 24. November 1994, BBl 1995 S. 1261 ff.; OESCH MATTHIAS/ZWALD THOMAS, BGBM, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Art. 1 Rz. 4. – Am 1. Juli 2006 erfuhr das BGBM eine Revision, weil es bis anhin zu föderalismusfreundlich ausgelegt wurde und «noch zu keiner spürbaren Öffnung des Binnenmarktes geführt hat», Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 S. 472.

35 OESCH/ZWALD (Anm. 34), Art. 3 Rz. 6; vgl. auch Botschaft BGBM (Anm. 34), S. 1257.

36 BGE 125 I 322 E. 2a; Botschaft BGBM (Anm. 34), S. 1237 ff.; MARTENET VINCENT/RAPIN CHRISTOPHE, *Le marché intérieur suisse*, Bern/Zürich 1999, S. 15 ff.

der Schweiz in Verkehr gebracht und verwendet werden darf, sofern «das Inverkehrbringen und Verwenden einer Ware im Kanton der Anbieterin oder des Anbieters zulässig» sind. Beschränkungen dieses Rechts sind nur möglich, sofern die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM erfüllt sind, d.h. sofern sie auf einem öffentlichen Interesse beruhen, verhältnismässig sind und das Nichtdiskriminierungsgebot beachten.

Im Gegensatz zum EU-Recht, wo die Kompetenz zum Erlass von Produktvorschriften in diversen Bereichen bei den Mitgliedstaaten verbleibt (sog. nicht-harmonisierter Bereich), werden in der Schweiz die Voraussetzungen für das rechtmässige Inverkehrbringen von Produkten durchwegs auf Bundesebene geregelt. Dies gilt mittlerweile auch für diejenigen Produkte, deren Inverkehrbringen bis vor einigen Jahren noch (inter-)kantonalen Zulassungsregimes unterstand³⁷. Dazu gehörten etwa Medikamente, Bauprodukte, Wärmepumpen oder Heizkessel³⁸. Das Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG) enthält die einschlägigen Grundsätze für die Ausgestaltung von Produktvorschriften auf Bundesebene³⁹. Es ist als Rahmenerlass ausgestaltet und findet gemäss Art. 2 THG Anwendung, soweit sektorspezifische Bundesgesetze keine abweichenden oder weitergehenden Bestimmungen enthalten. Art. 5a THG hält weiter fest, dass technische Vorschriften über Einbau, Inbetriebnahme und Verwendung eines Produkts keine Anforderungen enthalten dürfen, welche im Widerspruch zu den Anforderungen für das Inverkehrbringen des Produkts stehen oder dessen bauliche Änderung erfordern⁴⁰. Damit wird sichergestellt, dass sektorspezifische Regelungen (auf kantonaler oder Bundesebene) den Betrieb oder die Benutzung eines an sich zulässigen Produkts nicht erschweren oder gar verunmöglichen⁴¹. Die gleiche Stossrichtung verfolgt Art. 2 Abs. 6 BGBM. Diese Bestimmung richtet sich ausdrücklich gegen Beschränkungen des Marktzugangs, welche durch einen uneinheitlichen kantonalen Vollzug von materiellem Bundesrecht entstehen. Demnach gelten Feststellungen kantonaler Behörden, wonach der Marktzugang für eine Ware mit dem Bundesrecht übereinstimmt, für die ganze Schweiz.

Praktisch bedeutsame kantonale Kompetenzen und Spielräume existieren im Bereich der Produktegesetzgebung folglich nicht mehr. Die einschlägigen technischen Vor-

37 ZIRLICK BEAT/STADELHOFER JULIE-ANTOINETTE, THG, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Art. 2 Rz. 3; vgl. auch BIANCHI DELLA PORTA MANUEL, LMI, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (eds.), Droit de la concurrence (Commentaire Romand), Bâle 2002, Art. 2 LMI Rz. 37 ff.

38 ZIRLICK/STADELHOFER (Anm. 37), Art. 2 Rz. 3; vgl. zu Beschränkungen des Warenverkehrs im Zeitpunkt des Inkrafttretens des BGBM Botschaft BGBM (Anm. 34), S. 1225; RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 7 Rz. 51. – Mittlerweile gelten auch für den Zutritt zu Kinofilmen gesamtschweizerisch einheitliche Mindest-Altersgrenzen (sofern diese Voraussetzung überhaupt als Produktvorschrift qualifiziert werden kann), siehe NZZ vom 11. November 2011, S. 19.

39 Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995 (THG, SR 946.51).

40 Vgl. für Beispiele ZIRLICK/STADELHOFER (Anm. 37), Art. 5a Rz. 3.

41 ZIRLICK/STADELHOFER (Anm. 37), Art. 5a Rz. 2.

schriften über das Inverkehrbringen von Produkten werden durchwegs auf Bundesebene erlassen. Damit verliert das Recht auf freien Marktzugang bzw. das auf die schweizerischen Binnenverhältnisse modulierte *Cassis de Dijon*-Prinzip für den Warenverkehr seine Relevanz und Durchschlagskraft weitgehend – zumindest dann, wenn dieses Recht analog zum EU-Recht grundsätzlich nur auf produktbezogene Vorschriften Anwendung findet und kantonale bzw. kommunale Verkaufsmodalitäten, welche alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher Weise treffen, nicht erfasst werden.

Die Einschlägigkeit der *Keck*-Formel hängt vom Beschränkungs begriff, welcher dem Binnenmarktgesetz zugrunde liegt, ab. Art. 2 und 3 BGBM verzichten darauf, diesen Begriff zu definieren. Es obliegt folglich der Praxis, ihn zu konkretisieren und über die Bedeutung der Unterscheidung von Produkthanforderungen und Verkaufsmodalitäten zu entscheiden. Die bundesgerichtliche Praxis ist diesbezüglich wenig ergiebig. Immerhin lohnt sich ein Seitenblick auf die folgenden zwei Urteile.

2. Bundesgerichtliche Praxis

Der erste Fall betraf ein Verbot des Postversands von Arzneimitteln⁴². Dieses Verbot wurde vom Regierungsrat des Kantons Waadt erlassen und galt für waadtländische und ausserkantonale Apotheken und Drogerien gleichermaßen. Eine Apotheke mit Sitz im Kanton Solothurn, welche in ihrem Heimatkanton über die notwendige Bewilligung zum postalischen Versand von Arzneimitteln verfügte, erhob gegen das waadtländische Verbot Beschwerde beim Bundesgericht. Sie argumentierte gestützt auf Art. 2 und 3 BGBM, dass das Verbot des Postversands von Arzneimitteln eine unzulässige Beschränkung des Zugangs zum waadtländischen Markt darstellen würde. Das Bundesgericht merkte einleitend an, dass der Kanton Waadt mit dem Verbot «nur» die Art und Weise des Vertriebs von Arzneimitteln regelte, nicht aber die (Produkte-)Voraussetzungen, welche Arzneimittel erfüllen müssen, damit sie an Kundinnen und Kunden abgegeben werden dürfen:

«(...) le canton de Vaud ne s'en prene qu'au mode de dispensation – par correspondance – des médicaments et ne soutienne pas que la vente de certains médicaments distribués par la recourante serait, en tant que telle, interdite sur son territoire ou subordonnée à des conditions plus sévères en matière d'ordonnance, ni que la recourante ne pourrait bénéficier d'une autorisation de pratiquer la pharmacie sur son territoire»⁴³.

Das Bundesgericht ging sodann ohne weitere Erwägung bzw. ohne Bezugnahme auf die *Keck*-Formel des EuGH davon aus, dass das Verbot des Postversands von Arznei-

42 BGE 125 I 474 (*MediService SA*), Pra 12/2000 Nr. 177. – Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Versandhandels mit Arzneimitteln wurden seither auf Bundesebene geregelt, vgl. Art. 27 des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (Heilmittelgesetz, HMG, SR 812.21).

43 Id., E. 1d cc); *in casu* ging es (unabhängig der teilweise unklaren Wortwahl des BGer) um das Recht, Arzneimittel als Ware zu vertreiben, und nicht darum, eine Dienstleistung zu erbringen; ebenso BIANCHI DELLA PORTA (Anm. 37), Art. 2 Rz. 42.

mitteln eine Beschränkung des Rechts auf freien Marktzugang darstellte⁴⁴. Es prüfte in sorgfältiger Weise die Voraussetzungen, welche gemäss Art. 3 BGBM erfüllt sein müssen, damit eine Marktzugangsbeschränkung gerechtfertigt werden kann. Es kam zum Schluss, dass das Verbot zwar einem öffentlichen Interesse (Schutz des Lebens und der Gesundheit des Menschen) entsprach, den Verhältnismässigkeitstest jedoch nicht erfüllte. Ausschlaggebend dafür war insbesondere, dass nur die Rechtmässigkeit des postalischen Versands von Arzneimitteln, für die vorgängig ein ärztliches Rezept ausgestellt wurde, zur Debatte stand.

Der zweite Fall betraf ein Verbot der Plakatwerbung für Tabak und alkoholische Getränke mit mehr als 15 Volumenprozenten auf öffentlichem und öffentlich einsehbarem privatem Grund im Kanton Genf⁴⁵. Das Bundesgericht wies die Beschwerden diverser Verbände und Firmen gegen dieses Verbot vollumfänglich ab. In der Hauptsache kam es zum Schluss, dass das Verbot die Voraussetzungen zur Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 36 BV erfüllte⁴⁶. Die Erwägungen zur Anwendbarkeit des Binnenmarktgesetzes leitete das Bundesgericht wie folgt ein:

«(...) il faut se demander si la règle prévue par l'art. 9 al. 2 LPR/GE constitue effectivement une restriction au libre accès au marché au sens de l'art. 3 LMI. Ni la loi fédérale sur le marché intérieur, ni les travaux législatifs ne précisent comment il faut interpréter ce terme. La doctrine n'a pas non plus approfondi la question. A première vue, on pourrait admettre qu'il y a restriction du libre accès au marché chaque fois qu'un acte normatif règle, en le limitant d'une façon directe ou indirecte, le commerce de marchandises, services ou prestations de travail. Toutefois, une conception trop large de la notion en question pourrait avoir des effets qui vont au-delà de ceux recherchés par la loi»⁴⁷.

Das Bundesgericht rekapitulierte sodann rechtsvergleichend («à titre comparatif») die einschlägige EuGH-Praxis zur Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit im EU-Recht⁴⁸. Im Ergebnis liess das Bundesgericht die Frage der analogen Anwendung der *Keck*-Formel im Binnenmarktgesetz schliesslich offen. Es kam selbst bei der Annahme, das Werbeverbot schränke den Grundsatz des freien Zugangs zum Markt ein, zum Schluss, dass die Voraussetzungen für die rechtmässige Beschränkung gemäss Art. 3 BGBM erfüllt waren; das Werbeverbot galt gleichermassen auch für ortsansässige Anbieter, war zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und respektierte das Verhältnismässigkeitsprinzip⁴⁹. Es wäre für das Bundesgericht wohl ein Leichtes gewesen, das Werbeverbot mit Blick auf die *Keck*-Formel nicht als

44 Vgl. zur Qualifikation des Verbots des Internethandels mit Arzneimitteln als Massnahme gleicher Wirkung durch den EuGH oben Anm. 24.

45 BGE 128 I 295 (*Association suisse des annonceurs*), Pra 5/2003 Nr. 79.

46 Id., E. 5.

47 Id., E. 4c aa).

48 Id., E. 4c bb), Bezug nehmend auf Rs. 120/78, *Rewe-Zentral*, Slg. 1979 649 (*Cassis de Dijon*); verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck*, Slg. 1993 I-6097; Rs. 292/92, *Hünernmund*, Slg. 1993 I-6787; Rs. C-362/88, *GB-INNO-BM*, Slg. 1990 I-667; verb. Rs. C-1/90 und C-176/90, *Aragonesa de Publicidad Exterior SA*, Slg. 1991 I-4151.

49 Id., E. 4c cc).

Beschränkung des freien Zugangs zum Markt zu qualifizieren⁵⁰. Das Werbeverbot stellte eine typische Verkaufsmodalität dar, welche für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gleichermaßen galt und den Absatz einheimischer und auswärtiger Produkte – zumindest soweit ersichtlich – rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise betrafte.

3. Analoge Anwendung der *Keck*-Formel

Das Bundesgericht zögert also, sich zur Einschlägigkeit der *Keck*-Formel im schweizerischen Binnenmarktrecht zu bekennen⁵¹. Die folgenden Gründe sprechen unseres Erachtens dafür, ihre analoge Anwendung zu bejahen:

- Das Herkunftsortsprinzip wurde dem EU-Recht entlehnt und – mit nur marginalen Justierungen – an die binnenwirtschaftlichen Verhältnisse der Schweiz angepasst. Konzeptuell bildet das *Cassis de Dijon*-Prinzip das «Vorbild⁵²» für das Marktzugangsrecht gemäss Art. 2 BGBM. Entsprechend liegt es nahe, bei der Konkretisierung dieser Binnenmarktfreiheit die einschlägige Praxis des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit rechtsvergleichend als primäre Auslegungshilfe und Inspirationsquelle fruchtbar zu machen⁵³.
- Die bundesrätliche Botschaft bezieht zur Frage der analogen Anwendung der *Keck*-Formel keine Stellung. Gleichzeitig zeichnet sie die Entwicklung der einschlägigen EuGH-Praxis (*Dassonville*, *Cassis de Dijon*, *Keck*) ausführlich nach, ohne die Einschränkung des Anwendungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit kritisch infrage zu stellen – weder in Bezug auf das EU-Recht noch in Bezug auf die allfällige parallele Auslegung des Binnenmarktgesetzes⁵⁴.
- Art. 2 BGBM gewährleistet ausdrücklich ein «Recht auf freien Zugang zum Markt». Art. 3 BGBM richtet sich gegen «Marktzutrittsschranken». Diese Terminologie liefert einen klaren Hinweis auf den *telos* des Binnenmarktgesetzes. Es bezweckt, schweizweit einen einheitlichen Markt nach Massgabe der am Herkunftsort geltenden Vorschriften zu schaffen⁵⁵. Wirtschaftsteilnehmer sollen ihre Waren in der ganzen Schweiz nach einem einheitlichen Konzept verkaufen, vertreiben

50 Ähnlich GAMMENTHALER NINA, Die Auslegung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) im Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht, Fribourg 2011, S. 25.

51 Vgl. auch WUNDER KILIAN, Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft, Basel 1998, S. 213 ff., und MARTENET/RAPIN (Anm. 36), S. 20, welche einer Übernahme der *Keck*-Formel kritisch gegenüberstehen.

52 BGE 125 I 276 E. 4c und e.

53 OESCH/ZWALD (Anm. 34), Art. 1 Rz. 5; OESCH MATTHIAS, Brüssel und Luxemburg bald wichtiger als Bern und Lausanne, plädoyer 5/2011, S. 33, 36.

54 Botschaft BGBM (Anm. 34), S. 1237 ff.

55 Vgl. Botschaft BGBM (Anm. 34), S. 1261 f.

und vermarkten können⁵⁶. Unterschiedliche Produkt- und/oder Vertriebsanforderungen sollen in ihrer praktischen Wirkung nicht dazu führen, dass beim grenzüberschreitenden Warenhandel zusätzliche (Anpassungs-)Kosten entstehen. Die *Keck*-Formel, ergänzt um den in jüngeren EuGH-Urteilen ausdrücklich erwähnten Marktzutrittstest, ist adäquat in der Lage, dem Beschränkungs-begriff des Binnenmarktgesetzes mit Blick auf seine Schutzrichtung und seinen Schutzgehalt als «Binnenmarktfreiheit» Konturen zu verleihen.

- Demgegenüber enthält das Binnenmarktgesetz keine umfassende Deregulierungs- bzw. Rechtsvereinheitlichungsagenda, welche erlauben würde, jedwelche kantonale oder kommunale Vorschrift, welche den Verkauf und Vertrieb von Waren tatsächlich oder potenziell in irgendeiner Form behindert, pauschal infrage zu stellen. Das Binnenmarktgesetz hebt den Föderalismus (auch) im Bereich der Wirtschaftsregulierung nicht aus, wenn damit etwa auf regionale soziale, religiöse oder kulturelle Eigenheiten Bezug genommen wird; entsprechende Steuerungsmöglichkeiten bleiben erhalten⁵⁷. Solange derartige Vorschriften keine negativen Auswirkungen auf den Marktzugang auswärtiger Produkte haben (d.h. solange auswärtige Anbieter bzw. Importeure dadurch keinen Wettbewerbsnachteil erleiden), ist die Binnenmarktfreiheit nicht tangiert⁵⁸. Art. 2 Abs. 5 BGBM bringt dies anschaulich zum Ausdruck, indem kantonale bzw. kommunale «Marktzugangsordnungen» als gleichwertig betrachtet werden – und nicht kantonale bzw. kommunale Gesellschafts- und Wirtschaftsordnungen im Allgemeinen. In Bezug auf letztere Kategorie hat das Binnenmarktgesetz keine generelle Rechenschaftspflicht eingeführt.
- Verkaufsmodalitäten, welche sich auch *de facto* nicht negativ auf den grenzüberschreitenden Marktzugang auswirken, sondern die wirtschaftliche Betätigung in einem allgemeineren Sinn tangieren, können – selbstredend – weiterhin in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit fallen⁵⁹. Im Gegensatz zum (noch) nicht föderal und bundesstaatlich konzipierten Mehrebenensystem der Europäischen Union erlaubt das Verfassungsrecht hierzulande, solche Massnahmen an den Zulässigkeitsvoraussetzungen von Art. 36 BV messen zu lassen.
- Damit werden die praktischen Konsequenzen der Einschränkung des Anwendungsbereichs des Binnenmarktgesetzes gestützt auf die *Keck*-Formel zwar relativiert, aber keineswegs bedeutungslos. Zum einen wirkt im Anwendungsbereich des Binnenmarktgesetzes die in Art. 2 Abs. 5 BGBM enthaltene Gleichwertigkeitsvermutung kantonaler und kommunaler Marktzugangsordnungen. Diese Vermutung

56 WUNDER (Anm. 51), S. 215.

57 Vgl. Botschaft revBGBM (Anm. 34), S. 498.

58 Vgl. dazu WUNDER (Anm. 51), S. 214 ff.

59 Vgl. zum sachlichen Schutzbereich von Art. 27 BV etwa RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Anm. 38), § 5 Rz. 24 ff.

bildet das Herzstück des auf die schweizerischen Binnenverhältnisse angepassten Herkunftsortsprinzips. Beschränkungen des Marktzugangs fallen von vornherein ausser Betracht, wenn gleichwertige Marktzugangsordnungen vorliegen, was sich aus einem Vergleich der beidseitig geltenden, *generell-abstrakten* Marktzugangsregeln ergibt⁶⁰. Eine solche Gleichwertigkeitsvermutung existiert im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit nicht. Zum anderen profitieren Massnahmen, welche in den Anwendungsbereich des Binnenmarktgesetzes fallen (und für welche die Behörde am Bestimmungsort die Gleichwertigkeitsvermutung erfolgreich widerlegt), von der in Art. 3 BGBM binnenmarktfreundlich strukturierten Verhältnismässigkeitsprüfung⁶¹. Dem Binnenmarktprinzip bzw. der Binnenmarktfreiheit kommt diesfalls spezialgesetzlich ein besonderes Gewicht zu, während dies bei der Interessenabwägung im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit (zumindest gemäss ständiger, wenngleich keineswegs unproblematischer Praxis) nicht der Fall ist.

Analog zur unionsrechtlichen Praxis bietet sich auch im Rahmen des schweizerischen Binnenmarktrechts an, bei Grenzfällen die Einschlägigkeit der Binnenmarktfreiheit grosszügig zu bejahen und die betroffenen Behörden zu verpflichten, die Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM umzustossen und – sofern dies gelingt – die umstrittene Regelung gestützt auf Art. 3 BGBM zu rechtfertigen⁶². Auch das Binnenmarktgesetz folgt dem Motto *in dubio pro libertate*.

IV. Epilog

Die Fruchtbarmachung der *Keck*-Formel des EuGH für die Auslegung des Binnenmarktgesetzes folgt einem hinlänglich bekannten Muster. Das schweizerische Recht lehnt sich in zunehmend grösserem Ausmass an die Rechtslage in der Europäischen Union an, sei es unter dem Titel des autonomen Nachvollzugs, sei es unter dem Titel der klassischen Rechtsvergleichung⁶³. Dieser Prozess beschränkt sich längst nicht mehr auf den traditionellen Bereich des grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsverkehrs. Das EU-Recht gewinnt auch in anderen Gebieten an Bedeutung

60 BGE 135 II 12 E. 2.4; DIEBOLD NICOLAS, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 111/2010, S. 129, 145 ff.; OESCH/ZWALD (Anm. 34), Art. 2 Rz. 4.

61 BGE 125 I 474 E. 3; BGE 128 I 295 E. 4c cc); Botschaft BGBM (Anm. 34), S. 1266; Botschaft revBGBM (Anm. 34), S. 498; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Anm. 38), § 7 Rz. 63.

62 Dies gilt paradigmatisch etwa mit Blick auf Werbeverbote, welche *in dubio* als Beschränkungen des Marktzugangsrechts gemäss BGBM zu qualifizieren sind, vgl. dazu MARTENET/RAPIN (Anm. 36), S. 19 f.; WUNDER (Anm. 51), S. 215.

63 Vgl. KUNZ PETER V., Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 2009, S. 31, 49 ff.; OESCH (Anm. 53), S. 35 f.

und dringt immer weiter in das schweizerische Gesetzes- und Verordnungsrecht ein. Der hiesige Rechtsalltag wird von einem «Europareflex⁶⁴» begleitet.

Damit wird das EU-Recht auch in der Schweiz zum gelebten *ius commune*. Juristinnen und Juristen stehen vor der Herausforderung, komplizierte Rechtsfragen nicht mehr allein aus der vertrauten Warte des innerstaatlichen Rechts anzugehen, sondern ebenso auf der Grundlage und mit Blick auf das einschlägige EU-Recht. Immer weniger findet man Antworten allein im Bundesrecht, im kantonalen oder kommunalen Recht. Über die Verfassung hinaus treten zusätzliche Beurteilungsmassstäbe hinzu. Fundierte Kenntnisse des EUV und AEUV, von Verordnungen und Richtlinien sowie der Spruchpraxis der unionalen und mitgliedstaatlichen Rechtsprechungsorgane gehören zum unabdingbaren Rüstzeug kompetenter Juristinnen und Juristen. Der Jubilar TOBIAS JAAG hat im Rahmen seiner Lehr- und Forschungstätigkeit einen wesentlichen Beitrag geleistet, eine breitere Juristenöffentlichkeit für diese Entwicklung zu sensibilisieren und auf künftige Herausforderungen vorzubereiten. Dafür sei ihm gedankt – und herzlich gratuliert!

64 Antwort des Bundesrats auf eine Anfrage von NR Paul Rechsteiner vom 18. März 1998, zit. bei SPINNER BRUNO/MARITZ DANIEL, EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz. Festschrift für Roger Zäch, Zürich 1999, S. 127, 129.