

Nicolas F. Diebold

PD Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

Freizügigkeit im Mehrebenensystem

Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien
im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht



Inhaltsverzeichnis

Überblick.....	1
1. Teil System des Freizügigkeitsrechts	7
§ 1 Grundlagen	8
I. Regelungsgegenstände des Freizügigkeitsrechts.....	8
A. Personenverkehr zwecks Niederlassung	8
B. Personenverkehr zwecks Erbringung und Empfang von Dienstleistungen.....	9
II. Ziel und Zweck des Freizügigkeitsrechts	10
A. Wirtschaftspolitische Funktion	10
1. Binnenmarkt Schweiz	11
2. Binnenmarkt der Europäischen Union.....	17
3. Bilaterale Handelsbeziehungen Schweiz-EU.....	18
4. Multilaterale Handelsbeziehungen der WTO	19
B. Individual- und freiheitsrechtliche Funktion	20
C. Sicherheitspolitische Funktion	21
III. Beschränkung und Gewährleistung der Freizügigkeit.....	21
A. Grenzhindernisse.....	22
B. Interne Marktzugangshindernisse	22
1. Offene Märkte.....	24
2. Geschlossene Märkte	27
3. Staatsmonopole und Tätigkeitsverbote	31
C. Interne Wettbewerbshindernisse	32
1. Regulierung des Angebots	32
2. Regulierung der Nachfrage	33
3. Allgemeine Regulierungen	34
D. Gewährleistung der Freizügigkeit	34
1. Recht auf Einreise und Aufenthalt / Beschränkungsverbot	34
2. Recht auf Nichtdiskriminierung / Diskriminierungsverbot.....	35
3. Recht auf beschränkungsfreien Marktzugang / Beschränkungsverbot.....	36
4. Recht auf Anerkennung / Anerkennungspflicht.....	36
5. Recht auf Marktzugang nach den Herkunftsvorschriften / Pflicht zur Anwendung der Herkunftsvorschriften.....	37
6. Verfahrensbezogene Rechte und Pflichten	37
§ 2 Nationales Freizügigkeitsrecht	38
I. Verfassungsrecht	38

A. Niederlassungsfreiheit.....	38
B. Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit.....	39
C. Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit	43
D. Rechtsgleichheit	45
E. Freizügigkeitsgarantie	46
F. Binnenmarktkompetenz	47
II. Binnenmarktgesetz	48
A. Geltungsbereich.....	50
1. Auslegung des Hoheitlichkeitsbegriffs	53
2. Liberalisierung des passiven Dienstleistungsverkehrs.....	59
3. Verpflichtung des Staates	61
4. Erfordernis eines interkantonalen Sachverhalts.....	63
B. Rechtfertigung.....	65
C. Marktzugangsverfahren.....	70
III. Sektorielles Freizügigkeitsrecht.....	73
A. Bundesrecht.....	73
B. Interkantonales und kantonales Freizügigkeitsrecht	74
§ 3 Europäisches und internationales Freizügigkeitsrecht	76
I. Europarecht der EU	76
A. Geltungsbereich.....	79
B. Rechtfertigung.....	83
II. Bilaterales Recht Schweiz-EU.....	92
A. Geltungsbereich.....	93
B. Rechtfertigung.....	97
III. Multilaterales Handelsabkommen WTO/GATS.....	99
A. Geltungsbereich.....	99
B. Rechtfertigung.....	101
IV. Bilaterale Handelsabkommen.....	102
§ 4 Freizügigkeit im Mehrebenensystem	103
I. Wirkung des EU-Rechts auf das nationale und bilaterale Freizügigkeitsrecht	103
A. Europakompatibilität des Binnenmarktgesetzes	105
B. Europakompatibilität des Freizügigkeitsabkommens.....	107
II. Gegenseitige Wirkungserweiterung.....	111
A. Binnenwirkung des internationalen Freizügigkeitsrechts	111
B. Aussenwirkung der Wirtschaftsfreiheit.....	112
C. Keine Drittwirkung des Freizügigkeitsabkommens	114
III. Konflikt der Ebenen	115

IV. Mehrebenensystem am Beispiel der Ausnahme für hoheitliche Tätigkeiten	115
A. Reflexwirkung FZA-BGBM	116
B. Reflexwirkung EU-FZA.....	117
C. Wirkungskette EU-FZA-BGBM	119
2. Teil Liberalisierungsprinzipien	123
§ 5 Prinzip der Nichtdiskriminierung.....	124
I. Verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote	124
A. Grundlagen und Umfang des Diskriminierungsverbots	124
B. Diskriminierung beim Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und bei deren Ausübung	128
1. Gleichbehandlung von Konkurrenten bei Grundrechtseingriffen	128
2. Gleichbehandlung von Konkurrenten ohne Grundrechtseingriff	138
3. Wohnsitzpflicht im öffentlichen Dienstverhältnis	149
4. Freizügigkeitsgarantie.....	153
C. Diskriminierung in anderen Lebensbereichen.....	154
II. Binnenmarktrechtliches Diskriminierungsverbot.....	157
A. Grundlagen und Umfang des Diskriminierungsverbots	157
B. Diskriminierung beim Zugang zu einer Erwerbstätigkeit	165
1. Diskriminierender Zugang zu offenen Märkten.....	165
2. Diskriminierender Zugang zu geschlossenen Märkten	167
C. Diskriminierung bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit.....	168
D. Diskriminierung in anderen Lebensbereichen.....	173
E. Nachfragebezogene Diskriminierungen	174
F. Rechtfertigung von Diskriminierungen.....	175
III. Europarechtliches und Bilaterales Diskriminierungsverbot	178
A. Grundlagen und Umfang des Diskriminierungsverbots	178
1. Europarecht.....	178
2. Freizügigkeitsabkommen	182
B. Diskriminierung beim Zugang zum Markt.....	185
1. Europarecht.....	185
2. Freizügigkeitsabkommen	189
C. Diskriminierung bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit.....	193
1. Europarecht.....	193
2. Freizügigkeitsabkommen	194
D. Diskriminierung in anderen Lebensbereichen.....	197
1. Europarecht.....	197
2. Freizügigkeitsabkommen.....	200

E.	Nachfragebezogene Diskriminierungen	203
1.	Europarecht.....	203
2.	Freizügigkeitsabkommen.....	205
F.	Eingrenzung des Diskriminierungsverbots	206
1.	Umfassende Geltung im Europarecht	207
2.	Marktzugangsbezogene Geltung im bilateralen Freizügigkeitsrecht.....	207
G.	Rechtfertigung von Diskriminierungen.....	213
1.	Europarecht.....	213
2.	Freizügigkeitsrecht.....	217
IV.	Gegenüberstellung und Analyse des Diskriminierungsverbots im Mehrebenensystem	220
A.	Konzeption des Diskriminierungsverbots	220
1.	Verortung auf der Eingriffs- oder Rechtfertigungsebene.....	220
2.	Geschützte Personen und Freizügigkeitsformen.....	221
3.	Sachlicher Schutzzumfang des Diskriminierungsverbots.....	221
4.	Verbot von unmittelbaren Diskriminierungen	223
5.	Verbot von mittelbaren Diskriminierungen	225
B.	Reflexwirkung der Ebenen.....	227
§ 6	Prinzip der Nichtbeschränkung	230
I.	Verfassungsrechtliche Beschränkungsverbote	231
A.	Grundlagen und Umfang des Beschränkungsverbots.....	231
B.	Beschränkungen des Zugangs zur Erwerbstätigkeit.....	232
1.	Beschränkung des Zugangs zu offenen Märkten	232
2.	Beschränkung des Zugangs zu geschlossenen Märkten.....	241
C.	Beschränkungen der Ausübung einer Erwerbstätigkeit	245
D.	Beschränkungen in anderen Lebensbereichen.....	247
II.	Binnenmarktrechtliches Beschränkungsverbot.....	247
A.	Grundlagen und Umfang des Beschränkungsverbots.....	247
B.	Beschränkung des Marktzugangs.....	249
1.	Beschränkung des Zugangs zu offenen Märkten	249
2.	Beschränkung des Zugangs zu geschlossenen Märkten.....	249
C.	Beschränkung der Ausübung einer Erwerbstätigkeit	255
D.	Nachfragebezogene Beschränkungen	258
E.	Rechtfertigung von Marktzugangsbeschränkungen	258
F.	Marktzugang durch öffentliches Ausschreibungsverfahren	259
III.	Europarechtliches und Bilaterales Beschränkungsverbot.....	265
A.	Grundlagen und Umfang des Beschränkungsverbots.....	265
1.	Europarecht.....	265
2.	Freizügigkeitsabkommen.....	266
B.	Beschränkungen des Zugangs zur Erwerbstätigkeit.....	271

1.	Beschränkung des Zugangs zu offenen Märkten im EU-Recht	271
2.	Beschränkung des Zugangs zu geschlossenen Märkten im EU-Recht	273
3.	Beschränkung durch den Herkunftsstaats der Anbieterin im EU-Recht	277
4.	Freizügigkeitsabkommen.....	278
C.	Beschränkungen der Ausübung einer Erwerbstätigkeit	280
1.	Europarecht.....	280
2.	Freizügigkeitsabkommen.....	283
D.	Beschränkungen in anderen Lebensbereichen.....	283
1.	Europarecht.....	283
2.	Freizügigkeitsabkommen.....	285
E.	Nachfragebezogene Beschränkungen.....	285
1.	Europarecht.....	285
2.	Freizügigkeitsabkommen.....	289
F.	Eingrenzung des Beschränkungsverbots.....	291
1.	Im Vergleich: Keck-Begrenzung der Warenverkehrsfreiheit	291
2.	Konvergenz: Zugang zum Markt und Wettbewerb im Markt.....	302
3.	Bedeutung für das Freizügigkeitsabkommen.....	310
G.	Rechtfertigung von Beschränkungen	311
1.	Europarecht.....	311
2.	Freizügigkeitsabkommen.....	311
IV.	Gegenüberstellung und Analyse des Beschränkungsverbots im Mehrebenensystem	311
A.	Konzeption des Beschränkungsverbots.....	311
1.	Geschützte Personen und Freizügigkeitsformen	311
2.	Sachlicher Schutzzumfang des Beschränkungsverbots	312
3.	Rechtfertigung von Beschränkungen.....	314
B.	Reflexwirkung der Ebenen.....	317
1.	Aussenwirkung des Beschränkungsverbots der Wirtschaftsfreiheit.....	317
2.	Binnenwirkung der staatsvertraglichen Beschränkungsverbote	318
3.	Spezialgesetzlicher Freizügigkeitsausschluss	319
§ 7	Anerkennungsprinzip.....	323
I.	Verfassungsrechtliche Anerkennung	323
A.	Wirtschaftsfreiheit.....	323
B.	Freizügigkeitsgarantie	329
II.	Binnenmarktrechtliche Anerkennung.....	330
A.	Grundlagen und Regelungsgegenstände	330

B. Fähigkeitsausweis als Anerkennungsobjekt.....	332
C. Eingrenzung des Anerkennungsrechts	339
D. Rechtfertigung der Nichtanerkennung	343
1. Vermutung der Gleichwertigkeit von Fähigkeitsausweisen ...	343
2. Rechtfertigung von Auflagen und Bedingungen	345
E. Marktzugang durch Anerkennungsverfahren	346
III. Sektorielle Anerkennung	349
A. Bundesrechtliche Spezialgesetze im Verhältnis zum Binnenmarktgesetz	350
1. Schweizweit gültige Marktzugalsung	353
2. Kantonal gültige Marktzulassung	356
B. Konkordatsrechtliche Anerkennungsregeln im Verhältnis zum Binnenmarktgesetz	361
IV. Europarechtliche und Bilaterale Anerkennung.....	365
A. Anerkennung als primärrechtliche Rechtfertigungsvoraussetzung	366
1. Europarecht.....	366
2. Freizügigkeitsabkommen.....	368
B. Anerkennung als sekundärrechtliches Marktzugangsrecht	370
1. Anerkennung im Rahmen der Niederlassungsfreiheit	371
2. Anerkennung im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit.....	374
3. Anerkennungs- und Meldeverfahren	375
4. Prinzipien der Nichtbeschränkung und Nichtdiskriminierung.....	376
5. Spezifische Berufe ausserhalb der Richtlinie 2005/36.....	378
C. Sekundärrechtliche Anerkennungsregeln im Freizügigkeitsabkommen	379
1. Übernahme der Berufsqualifikationsrichtlinie.....	379
2. Übernahme der berufsspezifischen Richtlinien	383
D. Weitere Anerkennungsabkommen	383
V. Gegenüberstellung und Analyse des Anerkennungsprinzips im Mehrebenensystem	384
A. Konzeption des Anerkennungsprinzips.....	384
1. Verortung auf der Eingriffs- oder Rechtfertigungsebene.....	384
2. Geschützte Personen und Freizügigkeitsformen.....	386
3. Sachlicher Schutzzumfang des Anerkennungsprinzips	387
B. Reflexwirkung der Ebenen.....	389
1. Binnenwirkung der Richtlinie 2005/36.....	389
2. Keine Drittwirkung der Richtlinie 2005/36	391
§ 8 Herkunftsprinzip	394
I. Verfassungsrecht	394
II. Binnenmarktrechtliches Herkunftsprinzip.....	397

A.	Grundlagen und Umfang des Herkunftsprinzips.....	397
B.	Zugang zur Erwerbstätigkeit nach den Herkunftsvorschriften.....	403
1.	Zugang zu offenen Märkten nach den Herkunftsvorschriften	403
2.	Zugang zu geschlossenen Märkten nach den Herkunftsvorschriften	414
C.	Ausübung der Erwerbstätigkeit nach den Herkunftsvorschriften.	415
D.	Eingrenzung des Herkunftsprinzips	426
E.	Rechtfertigung der Anwendung der Bestimmungsvorschriften	428
1.	Vermutung der Gleichwertigkeit von Marktzugangsvorschriften	428
2.	Rechtfertigung von Auflagen und Bedingungen	433
F.	Marktzugang durch Melde- oder Bewilligungsverfahren	442
III.	Europarechtliches und Bilaterales Herkunftsprinzip	447
A.	Europarecht	447
1.	Herkunftsprinzip als primärrechtliche Rechtfertigungsvoraussetzung	447
2.	Zugang zur Erwerbstätigkeit nach den Herkunftsvorschriften	452
3.	Ausübung einer Erwerbstätigkeit nach den Herkunftsvorschriften	456
B.	Freizügigkeitsabkommen	457
IV.	Gegenüberstellung und Analyse des Herkunftsprinzips im Mehrebenensystem	458
A.	Konzeption des Herkunftsprinzips	458
1.	Verortung auf der Eingriffs- oder Rechtfertigungsebene.....	458
2.	Geschützte Personen und Freizügigkeitsformen.....	460
3.	Sachlicher Schutzzumfang des Herkunftsprinzips	460
4.	Abgrenzung zum Anerkennungsprinzip	465
B.	Reflexwirkungen im Mehrebenensystem	470
1.	„Race to the bottom“, gesunde Deregulierung oder Harmonisierung?.....	470
2.	Innenwirkung des Binnenmarktgesetzes.....	473
3.	Aussenwirkung des Binnenmarktgesetzes	477
	Schlussübersicht.....	479
	Abkürzungsverzeichnis	485
	Quellenverzeichnis.....	493
	Literatur	493
	Materialien.....	512
	Sachregister	515