

| | |
|-------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|
| Autor | Andreas Petrik |
| Titel | II. Gesundheitsrecht / § 15 Beschwerde ans Bundesgericht – Berufsausübungsbewilligung |
| Serie/Reihe | Band/Nr. III |
| Buchtitel | Kommentierte Mustereingaben im Verwaltungsrecht - Band III Soziale Sicherheit |
| Jahr | 2020 |
| Seiten | 169-176 |
| Herausgeber | Philipp Egli, Hans-Jakob Mosimann, Sabine Steiger-Sackmann |
| ISBN | 978-3-7255-8128-3 |
| Verlag | Schulthess Juristische Medien AG |

§ 15 Beschwerde ans Bundesgericht – Berufsausübungsbewilligung

Andreas Petrik

I. Vorbemerkungen

1. Sachverhalt

- 1 Ein Patient hatte sich über die Behandlung durch seinen Zahnarzt bei der Aufsichtsbehörde beschwert. Diese leitete ein Disziplinarverfahren ein. Im Zuge des Verfahrens wurden zur Frage der Verletzung der Sorgfaltspflicht medizinische Stellungnahmen eingeholt. Die Aufsichtsbehörde sprach dem Zahnarzt aufgrund unsorgfältig durchgeführter Behandlungen und der Verletzung der Fortbildungspflicht die Vertrauenswürdigkeit ab und entzog ihm die Berufsausübungsbewilligung. Wegen der Verletzung der Fortbildungspflicht wurde ausserdem eine Busse ausgesprochen.
- 2 Gegen den Entzug der Berufsausübungsbewilligung wurde beim kantonalen Gericht Beschwerde geführt. Angefochten wurden der Entzug der Berufsausübungsbewilligung und das Auferlegen einer Busse. Das kantonale Gericht schützte den Entscheid der Aufsichtsbehörde.

2. Hinweise zum Verfahren

- 3 Gegen verfahrensabschliessende, kantonal letztinstanzliche Gerichtsentscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts kann beim Bundesgericht **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** geführt werden, sofern kein Ausschlussgrund nach [Art. 83 BGG](#) vorliegt ([Art. 82 ff. BGG](#)).
- 4 Die Beschwerde muss innerhalb von 30 Tagen beim Bundesgericht eingereicht werden ([Art. 100 Abs. 1 BGG](#)). Die Beschwerdeschrift hat Begehren, deren **Begründung** und die Unterschrift zu enthalten ([Art. 42 Abs. 1 BGG](#)). Fehlt es an einer hinreichenden Begründung, tritt das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht ein.¹ Mit der Ansetzung einer Nachfrist kann bei einer nicht genügend begründeten Beschwerde nicht gerechnet werden². Die Beschwerde erfüllt die Anforderung an eine genügende Begründung, wenn wenigstens eine kurze Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides erfolgt.³

- 5 Das Bundesgericht wendet das Recht grundsätzlich von Amtes wegen an ([Art. 106 Abs. 1 BGG](#)), jedoch muss die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und von interkantonalem Recht ausdrücklich vorgebracht und begründet werden ([Art. 106 Abs. 2 BGG](#)). Soweit eine **Rechtsanwendung von Amtes**

1 [BGE 131 II 470 E. 1.3.](#)

2 BSK [BGG-Merz](#), [Art. 42 BGG](#) N 39.

3 [BGE 138 I 176 E. 1.4.](#)



wegen zu erfolgen hat, kann das Bundesgericht die Beschwerde auch aus Gründen gutheissen, die in der Beschwerdeschrift nicht erwähnt wurden⁴.

- 6 Soweit keine Ausnahme vorliegt ([Art. 103 Abs. 2 BGG](#)), hat die Beschwerde keine **aufschiebende Wirkung** ([Art. 103 Abs. 1 BGG](#)). Auf Antrag oder von Amtes wegen kann der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkennen ([Art. 103 Abs. 3 BGG](#)).
- 7 Nach Eingang der Beschwerde stellt das Bundesgericht die Beschwerde der Vorinstanz zu und setzt ihr Frist zur Einreichung einer Vernehmlassung (Art. 102 Abs. 1). Innert dieser Frist hat die Vorinstanz auch die Vorakten einzureichen ([Art. 102 Abs. 2 BGG](#)). Ein weiterer **Schriftenwechsel** findet in der Regel nicht statt ([Art. 102 Abs. 3 BGG](#)). Ein zweiter Schriftenwechsel erfolgt dann, wenn dies aus Gründen des rechtlichen Gehörs geboten oder als zweckmässig erscheint⁵.
- 8 Im Zusammenhang mit dem Entzug der Berufsausübungsbewilligung einer Person, die unter das Medizinalberufegesetz ([MedBG](#)) fällt, steht die **Rüge** der Verletzung von Bundesrecht gemäss [Art. 95 lit. a BGG](#) insofern im Vordergrund, als die Bewilligungsvoraussetzungen abschliessend durch das Bundesrecht geregelt sind. Eine Überprüfung der Angemessenheit des Bewilligungsentzuges ist dem Bundesgericht verwehrt, soweit die Ermessensausübung nicht einer Rechtsverletzung gleichkommt (Ermessensmissbrauch, -überschreitung und -unterschreitung). Probleme bereitet die Abgrenzung zwischen Ermessensausübung und der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen. Als Rechtsfrage wäre die Auslegung zwar einer Prüfung zugänglich, wobei sich das Bundesgericht jeweils in «richterlicher Zurückhaltung» übt⁶. Als bedeutsames Beispiel kann die Angemessenheit als Teilgehalt der Verhältnismässigkeit genannt werden. Eine fehlerhafte Feststellung des Sachverhaltes kann gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Verletzung von Bundesrecht beruht ([Art. 97 Abs. 1 BGG](#)).
- 9 Die Frage, ob eine durch das Bundesgericht in der Regel nicht überprüfbare **Sachverhaltsfrage** oder eine überprüfbare **Rechtsfrage** vorliegt, kann sich im Zusammenhang mit den Feststellungen der Aufsichtsbehörde betreffend die Mangelhaftigkeit einer medizinischen Behandlung stellen. Gemäss Rechtsprechung gelten bezüglich Beweiskraft von medizinischen Berichten grundsätzlich dieselben Regeln wie im Sozialversicherungsrecht (hinten Rz 16).⁷ Während im Sozialversicherungsrecht jedoch die Frage, ob ein Gutachten die Anforderungen an die Beweiskraft erfüllt, als durch das Bundesgericht frei überprüfbare Rechtsfrage qualifiziert wird⁸, lässt die Rechtsprechung des Bun-

171

desgerichts darauf schliessen, dass im Zusammenhang mit einem Entzug der Berufsausübungsbewilligung eine Sachverhaltsfrage vorliegt.⁹

3. Hinweise zum materiellen Recht

a) Bewilligungsvoraussetzungen und Berufspflichten

- 10 [Art. 34 MedBG](#) setzt für eine privatwirtschaftliche Ausübung eines universitären Medizinalberufes in eigener fachlicher Verantwortung eine **Bewilligung** des Kantons voraus, auf dessen Gebiet der Medizinalberuf ausgeübt wird. Von den Bewilligungsvoraussetzungen sind die Berufspflichten gemäss [Art. 40 MedBG](#) zu unterscheiden. Sind die Bewilligungsvoraussetzungen nicht erfüllt, entzieht die Aufsichtsbehörde die Berufsausübungsbewilligung ([Art. 38 Abs. 1 MedBG](#)). Eine Verletzung der Berufspflichten kann von der Aufsichtsbehörde mit einer Verwarnung, einem Verweis, einer Busse bis CHF 20 000 oder einem befristeten oder unbefristeten Berufsverbot sanktioniert werden ([Art. 43 Abs. 1 MedBG](#)).
- 11 Die Bewilligung zur privatwirtschaftlichen Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung setzt voraus, dass die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller über ein eidgenössisches oder anerkanntes Diplom verfügt, vertrauenswürdig ist, physisch und psychisch Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung gewährleistet und über die notwendigen Kenntnisse des Kantons, für welche die Bewilligung beantragt wird, verfügt ([Art. 36 Abs. 1 MedBG](#)). Die Beurteilung der Vertrauenswürdigkeit und der physischen und psychischen Gewähr einer einwandfreien Berufsausübung kann nach erfolgter Bewilligungserteilung Änderungen unterworfen sein, weshalb diese **Bewilligungsvoraussetzungen** im Zusammenhang mit einem Bewilligungsentzug von Bedeutung sind.

4 BSK [BGG-Merz](#), [Art. 42 BGG](#) N 49.

5 BSK [BGG-Merz](#), [Art. 102 BGG](#) N 20 f.

6 BSK [BGG-Merz](#), [Art. 42 BGG](#) N 12a.

7 BGer [2C 504/2014](#) vom 13.1.2015 E. 5.2.

8 BGer [9C 793/2016](#) vom 3.3.2017 E. 4.1.

9 BGer [2C 504/2014](#) vom 13.1.2015 E. 7.



- 12 Gemäss Botschaft ist eine Medizinalperson «vertrauenswürdig», wenn sie «gut beleumdet bzw. allgemein vertrauenswürdig» ist¹⁰. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Beurteilung der **Vertrauenswürdigkeit** nicht ausschliesslich das Verhalten in Bezug auf die berufliche Tätigkeit in konkreten Fällen relevant. Von Bedeutung ist vielmehr das Verhalten, das mit der selbständigen Berufsausübung als solcher in einem Zusammenhang steht, soweit es Auswirkungen auf das öffentliche Gesundheitswesen haben kann¹¹. Die Voraussetzung der Vertrauenswürdigkeit muss demgemäss nicht nur im Verhältnis zu den Patienten, sondern auch zu den Behörden erfüllt sein¹². Dabei steht bei Medizinalberufen das Verhältnis zu den Gesundheitsbehörden im Vordergrund, während jenes zu anderen Behörden von geringerer Relevanz ist¹³.
- 13 Zu den **Berufspflichten** einer Person, die selbständig einen universitären Medizinalberuf ausführt, gehören die sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung, die lebenslange

172

Fortbildung, die Wahrung der Interessen der Patienten und des Berufsgeheimnisses, die Leistung von Notfalldiensten sowie der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung ([Art. 40 MedBG](#)).

b) Bewilligungsentzug und Sanktionen

- 14 Sowohl die Bewilligungsvoraussetzungen als auch die Berufspflichten bezwecken den Schutz der öffentlichen Gesundheit. Während jedoch Disziplinar massnahmen infolge einer Verletzung von Berufspflichten die retrospektive Sanktionierung zum Gegenstand haben, handelt es sich beim **Bewilligungsentzug** um eine prospektive Massnahme zum Schutz der öffentlichen Gesundheit. Diese Unterscheidung ist relevant, soweit ein Verhalten die Verletzung einer Berufspflicht darstellt und gleichzeitig die Vertrauenswürdigkeit tangiert. Eine mehrfache und gravierende Verletzung der Berufspflichten kann sich negativ auf die Vertrauenswürdigkeit auswirken und zu einem Entzug der Berufsausübungsbewilligung führen. Aufgrund des prospektiven Charakters des Bewilligungsentzuges muss über die Verletzungen der Berufspflichten auch eine künftige Gefährdung der öffentlichen Gesundheit ausgewiesen sein.¹⁴
- 15 Die Frage der **Verhältnismässigkeit** stellt sich, wenn aufgrund der Verletzung von Berufspflichten eine Sanktion ausgesprochen wird, nicht aber, wenn mangels Vertrauenswürdigkeit die Berufsausübungsbewilligung entzogen wird; wird einer Person die Vertrauenswürdigkeit abgesprochen, führt dies zwingend zum Entzug der Bewilligung. Demgegenüber hat die Sanktionierung von Verstössen gegen die Berufspflichten verhältnismässig zu sein. Die gewählte Sanktion muss demnach in Anbetracht des Interesses des Schutzes der öffentlichen Gesundheit das mildeste Mittel und im Verhältnis zur Tragweite der Sanktion für die betroffene Person angemessen sein¹⁵.

c) Anforderungen an medizinische Gutachten

- 16 Soweit die Aufsichtsbehörde beabsichtigt, eine Sanktion infolge einer Verletzung der Pflicht zur sorgfältigen Behandlung auszusprechen oder die Berufsausübungsbewilligung auch aufgrund wiederholter und gravierender Sorgfaltpflichtverletzungen bei der Behandlung von Patienten zu entziehen, ist sie auf medizinische Stellungnahmen angewiesen. Im Zusammenhang mit der Frage der Beweiskraft von solchen Berichten erklärte das Bundesgericht die Grundsätze für anwendbar, die im Sozialversicherungsrecht entwickelt wurden.¹⁶ Gemäss diesen Grundsätzen erscheint ein Gutachten als beweiskräftig, wenn der Bericht hinsichtlich der streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten abgegeben wurde, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und

173

¹⁰ BBI 2004 226.

¹¹ BGer [2C 879/2013](#) vom 17.6.2014 E. 4.4.

¹² BGer [2C 879/2013](#) vom 17.6.2014 E. 4.5.

¹³ BGer [2C 504/2014](#) vom 13.1.2015 E. 3.5.

¹⁴ BGer [2C 504/2014](#) vom 13.1.2015 E. 3.3.

¹⁵ Vgl. zur Frage der Kognition des Bundesgerichtes bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen vorne Rz 8.

¹⁶ BGer [2C 504/2014](#) vom 13.1.2015 E. 5.2.



die Schlussfolgerungen begründet sind.¹⁷ In Anbetracht der relevanten Fragestellung nach der Fachgerechtigkeit der medizinischen Behandlung treten jedoch die Kriterien der Berücksichtigung der geklagten Beschwerden und der Beurteilung der medizinischen Situation in den Hintergrund.¹⁸

- 17 Der sachverständigen Person sind ausschliesslich Sachfragen zu unterbreiten, was die Pflicht der auftraggebenden Behörde mit sich bringt, einen Fragekatalog zu formulieren und diesen der sachverständigen Person vorzulegen¹⁹. Vom Bundesgericht wurde die Frage, ob auch ausserhalb des Sozialversicherungsrechts der betroffenen Person das Recht, sich zu den Gutachterfragen zu äussern, zu gewähren ist, bisher offengelassen, wobei sich die Lehre für ein solches Recht ausspricht²⁰.

4. Weiterführende Literatur

–Ayer Ariane/Kieser Ueli/Poledna Tomas/Sprumont Dominique, Kommentar zum Medizinalberufegesetz ([MedBG](#)), Bern 2009.

–Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz ([BGG](#)), Basel 2018.

–Mosimann Hans-Jakob, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Geiser Thomas/Münch Peter/Uhlmann Felix/Gelzer Philipp, Prozessieren vor Bundesgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis Band I, 4. Aufl., Basel 2014, S. 199 ff.

–Schaffhauser René/Kieser Ueli/Poledna Tomas, Das neue Medizinalberufegesetz ([MedBG](#)), St. Gallen 2008.

II. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

- 18 [Briefkopf Kanzlei]

Einschreiben

Schweizerisches Bundesgericht

Postfach

1000 Lausanne 14

[Ort, Datum]

In Sachen

174

[Name, Vorname, Adresse]

gegen

[kantonale Aufsichtsbehörde]

führe ich namens und auftrags von [Name]

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

gegen

das Urteil vom _____ und die Verfügung vom _____

und stelle folgende

¹⁷ [BGE 125 V 351 E. 3a.](#)

¹⁸ BGer [2C 504/2014](#) vom 13.1.2015 E. 6.5.

¹⁹ [BGE 132 II 257 E. 4.4.1.](#)

²⁰ Glanzmann-Tarnutzer Lucrezia, Der Beweiswert medizinischer Erhebungen im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsprozess, in: [AJP 2005 S. 73 ff., S. 74.](#)



Rechtsbegehren/Anträge:

1. Das Urteil des kantonalen Verwaltungsgerichts vom ____ sowie Ziffer [Nummer] und [Nummer] der Verfügung vom [Datum] seien aufzuheben.
2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.

Begründung

1. Der/die Unterzeichnende ist vom Versicherten gehörig bevollmächtigt.

BO: Vollmacht vom [Datum]

Beilage 1

2. Unter heutigem Datum erfolgt die Beschwerde gegen die am [Datum] eingegangene Verfügung unter Berücksichtigung des Fristenstillstands gemäss [Art. 46 BGG](#) fristgerecht.

BO: Verfügung vom [Datum]

Beilage 2

Sachverhaltsfeststellung

3. Die Beschwerdegegnerin liess zur Frage der Sorgfaltspflichtverletzung ein Gutachten erstellen. Sie hat es jedoch unterlassen, dem Beschwerdeführer den Fragekatalog vorzulegen und ihm Gelegenheit zu geben, sich zu äussern.
4. Gemäss Gutachten hat der Beschwerdeführer bei der Behandlung der Zähne [Nummer], [Nummer] und [Nummer] nicht die erforderliche Sorgfalt walten lassen. Aus dem Gutachten geht jedoch nicht hervor, welche Zähne überhaupt vom Beschwerdeführer behandelt wurden. Der Anforderung, wonach einem Gutachten nur dann Beweiskraft zukommt, wenn dieses in den streitigen Belangen umfassend ist, ist nicht erfüllt.
5. Das Gutachten wurde am [Datum] erstellt. Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdegegnerin die Krankengeschichte der betroffenen Patienten erst am [Datum] zugestellt

175

hat. Erst in der ergänzenden Stellungnahme nimmt der Gutachter Bezug auf die Krankengeschichte. Demnach hat der Gutachter das Gutachten nicht in Kenntnis der Krankengeschichte erstellt. Auch aus diesem Grund kommt dem Gutachten kein Beweiswert zu.

6. Der Gutachter relativiert selbst die Aussagekraft seiner Angaben, indem er die Einholung eines Gutachtens an einem universitären Zentrum empfiehlt. Ausserdem stellt er in seiner ergänzenden Stellungnahme klar, dass er zunächst zwei Zähne verwechselt habe. Unter diesen Umständen erweist sich das Gutachten weder als schlüssig noch als begründet. Der Beweiswert ist ihm damit abzuspochen.
7. Insgesamt erweist es sich geradezu als willkürlich, wenn auf ein derart mangelhaftes Gutachten abgestellt wird. Damit verstösst die Beschwerdegegnerin gegen das Willkürverbot gemäss [Art. 9 BV](#).

Verletzung von Bundesrecht

8. Der Schluss der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe bei der Behandlung seiner Patienten nicht die erforderliche Sorgfalt walten lassen, basiert auf einer willkürlichen Sachverhaltsermittlung. Unter diesen Umständen kann die Bewilligungsvoraussetzung der Vertrauenswürdigkeit gemäss [Art. 36 Abs. 1 lit. b MedBG](#) nicht infrage gestellt werden, und die Voraussetzungen für einen Entzug der Bewilligung gemäss [Art. 38 MedBG](#) sind nicht erfüllt. Damit verstösst die angefochtene Verfügung gegen die genannten bundesrechtlichen Normen.

9. Die Beschwerdegegnerin verletzt mit dem Entzug der Bewilligung [Art. 38 MedBG](#) auch insofern, als nicht erstellt ist, dass sich die Verletzung der Fortbildungspflicht oder die vorgeworfene Mangelhaftigkeit von Behandlungen negativ auf die öffentliche Gesundheit auswirken könnten. Im Zusammenhang mit der Verletzung der Fortbildungspflicht ist ausserdem zu berücksichtigen, dass diese zusätzlich mit einer Busse sanktioniert wurde.

10. Das Aussprechen der Busse erweist sich angesichts der Tatsache, dass die vorgeschriebene Anzahl Fortbildungsstunden nur marginal und nur in einem Jahr unterschritten wurde, als nicht verhältnismässig.



Aufschiebende Wirkung

11. Der Entzug der Berufsausübungsbewilligung erweist sich als rechtlich nicht haltbar. Insbesondere lässt sich eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit nicht hinreichend begründen. Auf der anderen Seite ist der Entzug der aufschiebenden Wirkung mit verheerenden Auswirkungen verbunden. So mussten alle anstehenden Termine abgesagt werden und angefangene Arbeiten können nicht fertiggestellt werden. Die Gewährung der aufschiebenden Wirkung erweist sich damit als gerechtfertigt.

Mit freundlichen Grüssen

[Originalunterschrift]

[Name der Rechtsvertretung]

[Beilagen gemäss separatem Verzeichnis]

176

III. Kommentare zum Muster

Antrag Ziff. 1

- 19 Das Dispositiv der Verfügung der Aufsichtsbehörde enthält mehrere Ziffern mit den einzelnen Anordnungen (Bewilligungsentzug, Sanktionen wegen Verletzung der Berufspflichten). Im Rahmen der Beschwerde ans Bundesgericht ist anzugeben, welche Teile der Verfügung angefochten werden. Die unangefochtenen Teile der Verfügung erwachsen in Rechtskraft (Teilrechtskraft).

Antrag Ziff. 2

- 20 Der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kommt in der Regel keine aufschiebende Wirkung zu ([Art. 103 Abs. 1 BGG](#)). Der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin kann der Beschwerde zwar von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung zuerkennen ([Art. 103 Abs. 3 BGG](#)), es empfiehlt sich jedoch, ein entsprechendes Begehren zu stellen.

Begründung Rz 7

- 21 Das Bundesgericht erklärt in Bezug auf die Beweiskraft von medizinischen Gutachten die Grundsätze des Sozialversicherungsrechts für anwendbar. Gemäss Rechtsprechung ist die Frage nach der Erfüllung der Anforderungen an die Beweiskraft eine vom Bundesgericht frei zu überprüfende Rechtsfrage. Da es jedoch den Anschein macht, dass bei Beschwerden gegen den Entzug von Berufsausübungsbewilligungen die Anforderungen an die Beweiskraft nur unter dem Blickwinkel der willkürlichen Sachverhaltsermittlung geprüft werden, wird in der Beschwerdeschrift entsprechend argumentiert.

Begründung Rz 10

- 22 Die Teilgehalte der Verhältnismässigkeit sind als unbestimmte Rechtsbegriffe zwar einer Überprüfung durch das Bundesgericht zugänglich, auf eine uneingeschränkte Überprüfung wird dennoch verzichtet.