Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.244/2004/sza

Urteil vom 13. April 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler,
Wurzburger, Müller,
Gerichtsschreiber Hatzinger.

Parteien
1. A._____,
2. B._____,
3. C._____,
4. D._____,
5. E._____,
Beschwerdeführer,
alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Markus Neff,

gegen

Regierungsrat des Kantons Thurgau, Regierungsgebäude, 8510 Frauenfeld.

Gegenstand
Art. 27, 94 BV (Verordnung über Berufe des Gesundheitswesens),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen die Verordnung des Regierungsrates über Berufe des Gesundheitswesens vom 17. August 2004.

Sachverhalt:
A.
Der Regierungsrat des Kantons Thurgau erliess am 17. August 2004 eine neue Verordnung über Berufe des Gesundheitswesens. Neu geregelt wurden dabei namentlich die besonderen Bestimmungen über die Ausübung des Berufs des Augenoptikers:
"§ 18. 1Der Augenoptiker oder die Augenoptikerin hat eine vorgängige augenärztliche Untersuchung zu empfehlen, wenn er oder sie krankhafte oder altersbedingte Augenveränderungen oder Korrelationsstörungen vermutet beziehungsweise feststellt.
2Refraktionsbestimmungen an Kindern unter 16 Jahren dürfen nur im Einverständnis mit dem Augenarzt oder der Augenärztin vorgenommen werden.
3Kontaktlinsen dürfen bei Aphakie und anderen postoperativen Zuständen, bei krankhaften Veränderungen der brechenden Medien, bei Refraktionsanomalien sowie bei Kindern unter 16 Jahren nur im Einverständnis mit dem Augenarzt oder der Augenärztin angepasst werden."
B.
Am 27. September 2004 haben A._____, B._____, C._____, D._____ und E._____ beim Bundesgericht staatsrechtliche Beschwerde eingereicht. Sie beantragen, § 18 Abs. 2 und 3 der Verordnung aufzuheben. Sie rügen die Verletzung verfassungsmässiger Rechte, insbesondere der Wirtschaftsfreiheit.

Der Regierungsrat des Kantons Thurgau, vertreten durch das Departement für Finanzen und Soziales, bean-

tragt, die Beschwerde abzuweisen.

Am 22. November 2004 gab der Abteilungspräsident den Beschwerdeführern Gelegenheit, ihre Beschwerde zu ergänzen. Diese hielten mit Eingabe vom 17. Januar 2005 an den Anträgen und der Begründung gemäss Beschwerde fest. Am 15. Februar 2005 liess sich der Regierungsrat hiezu vernehmen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Gegen kantonale Erlasse kann beim Bundesgericht staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger geführt werden (Art. 84 Abs. 1 lit. a OG; so genannte abstrakte Normenkontrolle; vgl. BGE 118 Ia 64 E. 2c S. 72). Die neue Thurgauer Verordnung über Berufe des Gesundheitswesens wurde am 27. August 2004 im kantonalen Amtsblatt veröffentlicht. Die Beschwerde vom 27. September 2004 ist damit rechtzeitig eingereicht worden (Art. 89 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 32 Abs. 2 OG). Die Beschwerdeführer sind als im Kanton Thurgau tätige Augenoptiker zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert (Art. 88 OG). Ein abstraktes Normenkontrollverfahren gegen kantonale Erlasse gibt es im Kanton Thurgau nicht (vgl. Urs Haubensak/Peter Litschgi/Philipp Stähelin, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Thurgau, Frauenfeld 1984, S. 26), so dass der kantonale Instanzenzug erschöpft ist (vgl. Art. 86 Abs. 1 OG).
1.2 Die staatsrechtliche Beschwerde muss die wesentlichen Tatsachen und eine kurz gefasste Darlegung darüber enthalten, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze und inwiefern sie durch den angefochtenen Erlass oder Entscheid verletzt worden sind (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG). Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen. Der Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung gilt im Bereich der Verfassungsbeschwerde nicht. Das Bundesgericht beschränkt sich auch bei der abstrakten Normenkontrolle auf die Prüfung rechtsgenügend vorgebrachter Rügen (BGE 125 I 71 E. 1c S. 76; ZBl 103/2002 S. 322, 2P.52/2001, E. 3c; je mit Hinweisen). Soweit die Beschwerde diesen Anforderungen nicht genügt, ist darauf nicht einzutreten.
2.
Die Beschwerdeführer rügen eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 bzw. 94 BV).
Dieses Grundrecht gewährleistet insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV). Darauf können sich auch die Augenoptiker berufen (BGE 112 Ia 322 ff.; 110 Ia 99 ff.; Urteile 2P.128/2000 vom 27. Oktober 2000; 2P.273/1996 vom 10. Januar 1997; 2P.331/1994 vom 16. November 1995). Wie andere Grundrechte kann die Wirtschaftsfreiheit eingeschränkt werden (vgl. Art. 36 BV): Einschränkungen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage; sind sie schwerwiegend, müssen sie im Gesetz selbst vorgesehen sein (Abs. 1). Erforderlich ist zudem ein öffentliches Interesse (Abs. 2). Schliesslich müssen Einschränkungen verhältnismässig sein (Abs. 3) und den Kerngehalt des Grundrechts wahren (Abs. 4). Unzulässig sind sodann wirtschafts- oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen, oder sonst wie den Wettbewerb verzerren (Art. 94 Abs. 4 BV; BGE 130 I 26 E. 4.5 S. 43 mit Hinweisen).
3.
Die Beschwerdeführer machen geltend, es fehle eine genügende gesetzliche Grundlage, um die Ausübung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit einzuschränken.
3.1 Dass es vorliegend um eine schwerwiegende Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit geht, die nach Art. 36 Abs. 1 BV nur in einem Gesetz im formellen Sinne hätte angeordnet werden dürfen, trifft entgegen ihrer Ansicht nicht zu: Den Beschwerdeführern wird nicht verwehrt, ihren Beruf als Augenoptiker auszuüben. Sie dürfen weiterhin Refraktionen bzw. Brillengläser bestimmen und Kontaktlinsen anpassen. Einzig bei Kindern unter 16 Jahren wird hierfür das Einverständnis des Augenarztes vorausgesetzt. Damit ist der Kernbereich der Berufstätigkeit der Augenoptiker nicht betroffen (vgl. auch BGE 128 I 295 E. 5b/dd S. 310).
3.2 Die Beschwerdeführer beziehen sich unter anderem auf BGE 110 Ia 99 ff., wo - weitergehend als hier - für die Anpassung von Kontaktlinsen in allen Fällen ein Rezept eines Augenarztes verlangt wurde. Dass in diesem Entscheid die Beschränkung in einem formellen Gesetz vorgesehen war, heisst nicht, dass es sich von Verfassungs wegen in andern Fällen auch so verhalten müsse. Im Übrigen entspricht es gesamtschweizerischer Übung, im (Gesundheits-) Gesetz, wie hier, jeweils nur die Bewilligungspflicht für die Berufe der Gesundheits-

pflege vorzusehen und einige zentrale Grundsätze der Berufsausübung zu regeln (vgl. Thurgauer Gesetz vom 5. Juni 1985 über das Gesundheitswesen, § 14 ff.), die detaillierte Regelung (Anforderungen an den Fähigkeitsausweis, Abgrenzung der verschiedenen Heilberufe untereinander, usw.) indes der Verordnung zu überlassen.
3.3 Es könnte sich höchstens fragen, ob der Regierungsrat befugt war, die angefochtene Verordnung zu erlassen bzw. ob die Grundsätze für die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen eingehalten sind. Die Beschwerdeführer erheben denn auch eine entsprechende Rüge, allerdings eher beiläufig und kaum hinreichend substantiiert (vgl. Art. 90 Abs. 1 lit. b OG; E. 1.2). Der Regierungsrat stützt sich diesbezüglich auf seine allgemeine Kompetenz zum Erlass von Vollzugsverordnungen, wie sie in § 43 Abs. 1 der Kantonsverfassung vorgesehen ist (vgl. dazu Urteil 2P.289/2003 vom 26. März 2004, E. 3.2.4, betreffend den Kanton Thurgau). Mit diesem Aspekt setzen sich die Beschwerdeführer gar nicht auseinander, auch nicht in der Beschwerdeergänzung. Unter diesen Umständen besteht kein Anlass, die Kompetenz des Regierungsrates zum Erlass der angefochtenen Verordnungsbestimmungen in Zweifel zu ziehen (vgl. dazu auch BGE 130 I 140 E. 5.1 S. 149).
4.
Die Beschwerdeführer rügen, die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit seien nicht erfüllt.
4.1 Ein öffentliches Interesse daran, dass bei Kindern (unter 16 Jahren) vor der Verschreibung von Sehhilfen eine eingehende augenärztliche Untersuchung stattzufinden hat, lässt sich grundsätzlich nicht bestreiten (vgl. auch BGE 103 Ia 272 E. 6b S. 276 f.; Urteile 2P.273/1996 vom 10. Januar 1997, E. 3a und b; 2P.331/1994 vom 16. November 1995, E. 4 und 5b; je betreffend Prüfungserfordernis für Augenoptiker zur Anpassung von Kontaktlinsen bzw. zum Sehtest). In der Tat könnten den Augenoptikern bei den Refraktionsbestimmungen oder der Anpassung von Kontaktlinsen krankhafte Ursachen der jeweiligen Sehschwäche entgehen, zu deren Diagnose sie nicht ausgebildet sind. Es mag auch sein, dass eine solche Gefahr bei Kindern eher besteht; bei den Erwachsenen geht die Verordnung nämlich davon aus, dass die Optiker diesbezügliche Abnormitäten bemerken können; deshalb haben sie bei diesen Personen gegebenenfalls eine Untersuchung beim Augenarzt bloss zu empfehlen (vgl. § 18 Abs. 1 der Verordnung).
Allerdings sind die Unterlagen, auf die sich der Regierungsrat in diesem Zusammenhang stützt, nicht besonders aussagekräftig. Die Mehrheit der Kantone kennt eine derartige Einschränkung nicht; soweit ersichtlich, ist sie nur in den Kantonen Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Bern, Freiburg, Jura, Luzern, St. Gallen und Waadt vorgesehen. Zwar ist dies nicht entscheidend, kann aber bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit bzw. für die Notwendigkeit der Regelung als Indiz herangezogen werden, wenn einschlägige Untersuchungen fehlen. Unmittelbarer Anlass, die Verordnung zu verschärfen, gab aufgrund der Akten offenbar die Abgabe von prismatischen Brillengläsern oder Prismenbrillen durch Optiker an Kinder mit latentem Schielen, allenfalls auch die so genannte "Messmethodik MKH", mit der in einem Test das Schielen bestimmt wird. Sollten sich deswegen tatsächlich Probleme ergeben haben - was sich aufgrund der vorliegenden Akten nicht abschliessend beurteilen lässt -, hätte es genügt, den Optikern zu verbieten, solche Brillen ohne augenärztliches Rezept abzugeben bzw. diese Messmethode anzuwenden; insofern wäre es unverhältnismässig, den Optikern die Refraktionsbestimmung an Kindern ohne Einverständnis des Augenarztes überhaupt zu verbieten.
4.2
4.2.1 Die angefochtenen Verordnungsbestimmungen sind zudem nicht klar formuliert: Zwar wird der Augenoptiker als fähig erachtet, auch bei Kindern selbständig Refraktionen zu bestimmen und Kontaktlinsen anzupassen. Aber er darf dies nur "im Einverständnis mit dem Augenarzt" tun; in welcher Form dieses Einverständnis zu erteilen ist, wird in den Bestimmungen nicht gesagt. Ebenso ist die Praktikabilität dieser Anforderung zweifelhaft: Praktisch betrachtet, muss das Kind vor dem Erwerb einer Brille den Augenarzt aufsuchen, der ihm vernünftigerweise gleichzeitig ein Brillenrezept ausstellt. Es erscheint kaum vorstellbar, dass der Arzt das Kind bei dieser Gelegenheit nur generell untersucht und es dann mit einem förmlichen Einverständnis zur Refraktionsbestimmung (die im Allgemeinen wohl zu einer augenärztlichen Untersuchung gehört) an den Optiker überweist.
4.2.2 Nach dem Wortlaut von § 18 Abs. 2 der Verordnung setzt jede Refraktionsbestimmung an Kindern unter 16 Jahren das Einverständnis des Augenarztes voraus; insofern ginge den Optikern diese Tätigkeit, zu der sie nach Auffassung des Regierungsrats an sich befähigt sind, grundsätzlich wohl verloren. Indessen wird in der Praxis der Optiker, auch wenn bereits das Rezept eines Augenarztes vorliegt, regelmässig noch selber eine Refraktionsbestimmung machen, die manchmal sogar zuverlässiger sein dürfte als jene des Augenarztes. Der Regierungsrat weist zwar darauf hin, das Einverständnis könne auch für längere Zeit oder gar unbefristet erteilt

werden; folglich genüge in den meisten Fällen eine einmalige augenärztliche Abklärung, um das Einverständnis zur nachfolgenden Anpassung der Sehhilfe zu erteilen, die auch mehrfach erfolgen könne. Diese Interpretation des Regierungsrates, dass der Augenarzt die erforderliche Zustimmung im Voraus allenfalls auch für zukünftige Anpassungen erteilen könne, entspricht jedoch nicht dem Wortlaut der Verordnung; eine solche Regelung wäre zudem mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Der Verordnungstext sollte klar festhalten, was verlangt wird. Im Übrigen würde das allfällige Erfordernis, für jede Brillen- oder Kontaktlinsenanpassung den Augenarzt zu konsultieren, nicht nur den Optiker in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit beeinträchtigen; die Zusammenarbeit zwischen Arzt und Optiker, von der die streitigen Bestimmungen ausgehen, würde überdies zu doppelten Kosten führen. Insofern wäre der Zwang zu Arztkonsultationen heute auch gesundheitspolitisch fragwürdig.
4.2.3 Es ist demnach unverhältnismässig zu verlangen (vgl. zum Begriff der Verhältnismässigkeit etwa BGE 129 I 337 E. 4.2 S. 345 f.; 128 I 92 E. 2b S. 95; je mit Hinweisen), dass für jede Refraktionsbestimmung oder Kontaktlinsenanpassung bei Kindern unter 16 Jahren die Zustimmung des Augenarztes vorliegen muss. Dieses Erfordernis lässt sich rechtfertigen für die erstmalige Beschaffung einer Brille oder von Kontaktlinsen durch den Optiker, aber nicht für jede Anpassung überhaupt, wie dies nach dem Wortlaut der Verordnung gefordert wird.
4.2.4 § 18 Abs. 3 der Verordnung übernimmt bezüglich der Anpassung von Kontaktlinsen beinahe wörtlich die frühere Bestimmung von § 14 Abs. 2 der alten Verordnung, ausser dass anstelle des einstigen Ausdrucks "bei Kindern des Schul- und Vorschulalters" nunmehr die Formulierung "bei Kindern unter 16 Jahren" verwendet wird. Dass § 18 Abs. 3 der Verordnung im Wesentlichen der bisherigen Regelung entspricht, schliesst nicht aus, dass diese formell neu erlassene Vorschrift einer abstrakten Normenkontrolle unterworfen wird: Der Regierungsrat hat die Verordnung über Berufe des Gesundheitswesens vollständig revidiert. Unter diesen Umständen unterliegen sämtliche Verordnungsbestimmungen der Anfechtung, auch wenn sie (materiell) unverändert aus der früheren Verordnung übernommen worden sind (vgl. ZBl 104/2003 S. 327, 1P.621/2001, E. 1.1 mit Hinweis auf BGE 108 Ia 126 E. 1b und c S. 130 f.). Die für Partialrevisionen geltenden besonderen Regeln (vgl. dazu BGE 122 I 222 E. 1b S. 224 f.) sind bei Totalrevisionen nicht anwendbar.

§ 18 Abs. 3 der Verordnung ist nach dem Gesagten ebenfalls insofern unverhältnismässig, als nach dem Wortlaut bei Kindern unter 16 Jahren nicht nur die erstmalige Anpassung von Kontaktlinsen, sondern auch jede spätere Anpassung des Einverständnisses eines Augenarztes bedarf. Das in Abs. 3 statuierte Erfordernis der ärztlichen Kontrolle bezieht sich aber noch auf weitere Tatbestände (Aphakie, andere postoperative Zustände, krankhafte Zustände der brechenden Medien, Refraktionsanomalien), bei denen sich das Bedürfnis nach jeweiliger vorgängiger ärztlicher Kontrolle anders darstellen könnte. Die Beschwerdeführer beanstanden indes nur die generelle ärztliche Konsultationspflicht bei Jugendlichen und setzen sich mit der Frage der Notwendigkeit einer ärztlichen Kontrolle bei den genannten speziellen Tatbeständen nicht oder höchstens am Rande auseinander. Insoweit fehlt es für den Antrag auf vollumfängliche Aufhebung dieses Absatzes an der erforderlichen Begründung (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG), weshalb auf die Beschwerde diesbezüglich nicht eingetreten werden kann.
5.
5.1 Das Bundesgericht überprüft die Verfassungsmässigkeit kantonaler Erlasse im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle frei, auferlegt sich indes eine gewisse Zurückhaltung; es hebt insofern eine Norm zwar nur dann auf, wenn sie sich einer verfassungs- und konventionskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn ihr nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn zugemessen werden kann, der sie mit den angerufenen Verfassungs- oder EMRK-Garantien vereinbar erscheinen lässt (vgl. BGE 130 I 82 E. 2.1 S. 86, 26 E. 2.1 S. 31 f.; 129 I 12 E. 3.2 S. 15; 128 I 327 E. 3.1 S. 334 f.; je mit Hinweisen; siehe auch Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994, S. 198 f.). Dabei sind auch die Auswirkungen auf die Rechtssicherheit und der Aufwand einer allfälligen Korrektur der beanstandeten Norm zu berücksichtigen (vgl. BGE 109 Ia 273 E. 12c S. 302 f. mit Hinweisen; 125 I 127 E. 10b S. 158; 128 I 327 E. 3.1 S. 335; siehe auch BGE 125 II 440 E. 3c und d S. 448).
5.2 Verordnungsbestimmungen, wie die hier umstrittenen, können anders als Gesetze im formellen Sinne ohne grossen Aufwand jederzeit präzisiert werden. § 18 Abs. 2 und 3 der Verordnung richten sich vorab an die Augenoptiker, die als juristisch wenig ausgebildete Personen auf eine eindeutige Regelung angewiesen sind. Es wäre nach dem Gesagten zu erwarten gewesen, dass der Regierungsrat solch klare Bestimmungen erlässt. Eine Verordnungsbestimmung, wonach die erstmalige Anpassung von Kontaktlinsen bzw. die erstmalige Refrakti-

onsbestimmung bei Kindern unter 16 Jahren durch den Optiker eine augenärztliche Untersuchung voraussetzt, erschiene, wie gesagt, allenfalls zulässig. In ihrem jetzigen Wortlaut sind die angefochtenen Bestimmungen entsprechend den vorstehenden Erwägungen für den angestrebten Schutz der Gesundheit der Kinder nicht verhältnismässig.
5.3 Die staatsrechtliche Beschwerde erweist sich somit als begründet und ist deshalb gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist:

In Bezug auf § 18 Abs. 2 der Verordnung ist - entsprechend dem Beschwerdeantrag - der ganze Absatz aufzuheben; für eine bloss teilweise Aufhebung besteht kein Raum. Der Regierungsrat muss diesen Absatz gegebenenfalls neu formulieren, wenn er die vorgängige ärztliche Kontrolle wenigstens für die erstmalige Verschreibung einer Brille verlangen will.

Bezüglich § 18 Abs. 3 der Verordnung ist dem Antrag der Beschwerdeführer insofern zu entsprechen, als die Worte "sowie bei Kindern unter 16 Jahren" aufzuheben sind; im Übrigen kann mangels Begründung auf die Beschwerde nicht eingetreten werden; die Bestimmung behält indes auch ohne die gestrichenen Worte einen Sinn. Es liegt hier ebenso am Verordnungsgeber, den Text dahin zu ergänzen, dass er allenfalls für die erstmalige Anpassung von Kontaktlinsen die Zustimmung eines Augenarztes verlangt.
6.
Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 2 OG). Der Kanton Thurgau hat indessen den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 159 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. § 18 Abs. 2 und die Worte "sowie bei Kindern unter 16 Jahren" in § 18 Abs. 3 der Verordnung des Regierungsrates des Kantons Thurgau vom 17. August 2004 über Berufe des Gesundheitswesens werden aufgehoben.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Der Kanton Thurgau hat den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– auszurichten.
4.
Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern und dem Regierungsrat des Kantons Thurgau schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 13. April 2005
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: