Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.289/2003 /kil

Urteil vom 26. März 2004
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Müller,
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Parteien
A._____,
Beschwerdeführerin, vertreten durch den Zentralverband der Masseure und Naturmedizinischen Therapeuten Schweiz (ZVMN), Bennwilerstrasse 4, 4434 Hölstein, dieser vertreten durch Advokat Dr. Thomas Christen,

gegen

Departement für Finanzen und Soziales des Kantons Thurgau, Regierungsgebäude, 8510 Frauenfeld,
Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau, Frauenfelderstrasse 16, 8570 Weinfelden.

Gegenstand
Art. 27 BV (Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung als medizinische Masseurin),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Entscheid
des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom
1. Oktober 2003.

Sachverhalt:
A.
§ 16 des thurgauischen Gesetzes vom 5. Juni 1985 über das Gesundheitswesen (in der bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Fassung) lautet:
1 Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker bedürfen für die selbständige und unselbständige Berufsausübung einer Bewilligung.
2 Angehörige anderer Berufe des Gesundheitswesens wie Augenoptiker, Chiropraktoren, Drogisten, Ergotherapeuten, Fusspfleger, Krankenpfleger, Krankenschwestern, Hebammen, Leiter eines medizinischen Labors, Naturheilpraktiker, Physiotherapeuten, Psychotherapeuten oder Zahntechniker bedürfen für die selbständige Ausübung ihres Berufes einer Bewilligung.
(...).
Der Beruf des medizinischen Masseurs ist in dieser Fassung des Gesetzes nicht erwähnt. Erst die am 10. September 2003 beschlossene und am 1. Januar 2004 in Kraft getretene heutige Fassung zählt ausdrücklich auch die Tätigkeit des medizinischen Masseurs zu den bewilligungspflichtigen "anderen Berufen des Gesundheitswesens" (§ 15).
B.
A._____ (geb. 1972) ist seit dem 29. November 2002 im Besitz des Anerkennungsausweises des Schweizerischen Roten Kreuzes als medizinische Masseurin. Seit dem 16. Dezember 2002 verfügt sie überdies über eine entsprechende Berufsausübungsbewilligung für den Kanton St. Gallen.

Am 8. April 2003 stellte A._____ beim Kantonsarzt des Kantons Thurgau ein Gesuch um Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung. Dieser wies das Gesuch unter Hinweis auf § 40b der regierungsrätlichen

Verordnung vom 16. Juni 1987 über Berufe des Gesundheitswesens (in der Fassung vom 23. Oktober 2001) ab. Diese Verordnung stuft die Tätigkeit des medizinischen Masseurs als bewilligungspflichtigen Beruf ein (§§ 40a - 40c) und bestimmt in § 40b Folgendes:
Eine Bewilligung erhält, wer:
1. ein Diplom einer vom Schweizerischen Roten Kreuz anerkannten Schule für medizinische Masseure oder medizinische Masseurinnen oder ein von dieser Stelle als gleichwertig anerkanntes Diplom erworben hat und
2. eine zweijährige praktische Tätigkeit bei einem Physiotherapeuten oder einer Physiotherapeutin mit Praxisbewilligung, in einer physikalisch-therapeutischen Spezialabteilung eines Spitals oder in einer fachärztlichen Praxis unter Leitung eines Physiotherapeuten oder einer Physiotherapeutin mit Praxisbewilligung oder bei einem medizinischen Masseur oder einer medizinischen Masseurin mit Praxisbewilligung nachweist.
Der Kantonsarzt hielt fest, vorliegend sei der Nachweis einer zweijährigen Tätigkeit unter Aufsicht nicht erbracht, weshalb das Gesuch abgelehnt werden müsse.
C.
A._____ erhob gegen diesen Bescheid Rekurs beim Departement für Finanzen und Soziales des Kantons Thurgau. Dieses stellte verfahrensleitend zunächst fest, dass es (das Departement) - und nicht der Kantonsarzt - für die Erteilung der Berufsausübungsbewilligung zuständig sei. Der Rekurs werde daher als formelles Gesuch um Erteilung einer solchen Bewilligung entgegengenommen. A._____ erklärte sich mit diesem Verfahrensablauf einverstanden.

Am 12. Juni 2003 wies das Departement für Finanzen und Soziales des Kantons Thurgau das Gesuch ab. Es erwog im Wesentlichen, vorliegend fehle es an der Voraussetzung einer mindestens zweijährigen praktischen Tätigkeit. Dass § 16 Abs. 2 des Gesundheitsgesetzes die medizinischen Masseurinnen und Masseure nicht erwähne, sei unmassgeblich. Nicht von Belang sei auch der Umstand, dass A._____ über eine Berufsausübungsbewilligung für den Kanton St. Gallen verfüge, wo das fragliche Praktikumserfordernis nicht gelte.

Gegen diesen Entscheid erhob A._____ Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau und machte geltend, der auf Verordnungsstufe statuierten Bewilligungsvoraussetzung, wonach eine zweijährige praktische Tätigkeit bei einem Bewilligungsinhaber nachgewiesen werden müsse, fehle die gesetzliche Grundlage. Eine solche Bewilligungsvoraussetzung liege auch nicht im öffentlichen Interesse und sei unverhältnismässig, weshalb sie gegen das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit verstosse. Sodann stehe die Verweigerung der Bewilligung auch im Widerspruch zu den Vorschriften des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt.
Am 1. Oktober 2003 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau die Beschwerde ab.
D.
A._____ führt mit Eingabe vom 12. November 2003 staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht mit dem Antrag, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 1. Oktober 2003 aufzuheben und die Angelegenheit zur Erteilung der selbständigen Berufsausübungsbewilligung als medizinische Masseurin an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen.

Das Departement für Finanzen und Soziales des Kantons Thurgau beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Der angefochtene Hoheitsakt ist ein kantonal letztinstanzlicher Endentscheid, der sich auf kantonales Recht stützt und gegen den auf Bundesebene kein anderes Rechtsmittel zur Verfügung steht. Die staatsrechtliche Beschwerde ist somit zulässig (Art. 84 Abs. 2, Art. 86 und Art. 87 OG). Die Beschwerdeführerin ist als abgewiesene Gesuchstellerin in ihrer Rechtsstellung (insbesondere in ihrer Wirtschaftsfreiheit) berührt und daher zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert (Art. 88 OG).
1.2 Nach Art. 90 Abs. 1 lit. b OG muss die Beschwerdeschrift die wesentlichen Tatsachen und eine kurz gefasste Darlegung darüber enthalten, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze inwiefern durch den angefochtenen Erlass oder Entscheid verletzt worden sind. Das Bundesgericht prüft im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen (BGE

110 Ia 1 E. 2 S. 3 f.). Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein (BGE 107 Ia 186 E. b).
2.
Die Beschwerdeführerin rügt einzig eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Der Einwand der Verletzung des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) bzw. die Berufung auf die derogatorische Kraft (Grundsatz des Vorrangs) des Bundesrechts (Art. 49 BV) wird - zu Recht (vgl. BGE 128 I 92 E. 3 S. 98) - nicht mehr aufrecht erhalten.
3.
3.1 Die in Art. 27 Abs. 1 BV gewährleistete Wirtschaftsfreiheit umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV). Unter dem Schutz von Art. 27 BV steht auch die gewerbsmässige Tätigkeit als medizinischer Masseur (vgl. BGE 117 Ia 446 ff.).

Wie andere Grundrechte kann die Wirtschaftsfreiheit auf gesetzlicher Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) im öffentlichen Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV) und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) eingeschränkt werden.
3.2
3.2.1 Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, für die Einschränkung der selbständigen Berufsausübung als selbständiger medizinischer Masseur bestehe im Kanton Thurgau keine genügende gesetzliche Grundlage. § 16 des Gesundheitsgesetzes in der bis Ende 2003 gültigen Fassung nenne den Beruf des medizinischen Masseurs nicht, weshalb davon ausgegangen werden müsse, dass lediglich für die in dieser Bestimmung genannten Berufe eine Bewilligung für die selbständige Berufsausübung notwendig sei. Das Gesundheitsgesetz sehe des Weiteren in keiner einzigen Bestimmung vor, dass für die selbständige Berufsausübung der Nachweis einer zweijährigen praktischen Tätigkeit in unselbständiger Stellung erbracht werden müsse. Mit der Statuierung dieses Erfordernisses sei der Regierungsrat klar über die Vorgaben des Gesetzes hinausgegangen.
3.2.2 Da das Erfordernis der Absolvierung einer zweijährigen Praxis unter Aufsicht keine prohibitive oder gar unüberwindbare Schranke für die Berufsausübung und damit keinen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellt (vgl. die Darstellung der Rechtsprechung bei Zimmerli/Kälin/Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2004, S. 187, sowie bei Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Auflage, Bern 1994, S. 182 f.), prüft das Bundesgericht die gesetzliche Grundlage dieser Zulassungsvoraussetzung nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür. Mit freier Kognition ist dagegen zu prüfen, ob das willkürfrei ausgelegte kantonale Recht zu einem mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbaren Ergebnis führt, d.h. insbesondere vor dem Gebot der Verhältnismässigkeit standhält (vgl. dazu unten E. 3.3).
3.2.3 § 40b Ziff. 2 der Verordnung des Regierungsrates vom 16. Juni 1987 über Berufe des Gesundheitswesens sieht das Erfordernis einer zweijährigen praktischen Tätigkeit explizit vor (vgl. vorne "B.-"). Die Auslegung des Verwaltungsgerichts, wonach diese Praxistätigkeit nach Erwerb des Diploms absolviert werden muss, wird von der Beschwerdeführerin nicht oder jedenfalls nicht mit einer tauglichen, den Anforderungen von Art. 90 Abs. 1 lit. b OG genügenden Begründung (E. 1.2) in Frage gestellt; sie ist auch nicht willkürlich. Es kann sich alsdann nur darum handeln, ob sich der Verordnungsgeber hiefür in hinreichender Weise auf höherstufiges Recht stützen konnte.
3.2.4 Mit Gesetz vom 10. September 2003 hat der Kanton Thurgau sein Gesundheitsgesetz vom 5. Juni 1985 inzwischen geändert; dieses zählt in § 15 nunmehr ausdrücklich auch die Tätigkeit des medizinischen Masseurs zu den bewilligungspflichtigen "anderen Berufen des Gesundheitswesens". Im Zeitpunkt des angefochtenen Urteils (1. Oktober 2003) war diese Änderung zwar vom Grossen Rat bereits beschlossen (10. September 2003), aber vom Regierungsrat noch nicht in Kraft gesetzt worden (Inkraftsetzung auf den 1. Januar 2004). Das Verwaltungsgericht stellte für die Beurteilung denn auch zu Recht auf die bisherige Fassung des Gesetzes ab. Schon diese statuierte auch für die Angehörigen "anderer Berufe des Gesundheitswesens" eine Bewilligungspflicht (§ 16 Abs. 2, vgl. vorne "A.-"). Aufgrund des Wortlautes des Gesetzestextes ("Angehörige anderer Berufe des Gesundheitswesens wie Augenoptiker, Chiropraktoren, (....)" durfte das Verwaltungsgericht ohne Willkür annehmen, die Aufzählung in § 16 Abs. 2 sei bloss exemplikativ und nicht abschliessend. Der Verordnungsgeber durfte seinerseits zulässigerweise davon ausgehen, auch der Beruf des medizinischen Masseurs gehöre zu den bewilligungspflichtigen "anderen" Berufen. Soweit die Beschwerdeführerin
geltend machen will, es fehle für die Bewilligungspflicht der Tätigkeit des medizinischen Masseurs an der er-

forderlichen formellgesetzlichen Grundlage (vgl. S. 6 der Beschwerdeschrift) - was wegen der Tragweite dieser Frage mit freier Kognition zu prüfen ist -, dringt sie damit nicht durch. Die bisherige Fassung des Gesundheitsgesetzes war zwar insofern unbefriedigend, als sie es in weitem Umfang dem Verordnungsgeber überliess, die unter die Bewilligungspflicht fallenden und als eigenständige Tätigkeiten zu erfassenden bzw. zuzulassenden "anderen Berufe des Gesundheitswesens" zu bestimmen. Doch erscheint die Schlussfolgerung der Beschwerdeführerin, wegen der mangelhaften Bestimmtheit der gesetzlichen Norm sei die selbständige Ausübung der nicht explizit als bewilligungspflichtig erklärten anderen medizinischen Berufe als bewilligungsfrei zulässig zu betrachten, keineswegs zwingend. Der Verordnungsgeber durfte sich vielmehr auf den Standpunkt stellen, er habe die nicht explizit im Gesetz aufgezählten "anderen Berufe" des Gesundheitswesens, für welche sich eine Bewilligungspflicht nach dem Massstab des Gesetzgebers rechtfertigt, gestützt auf seine in § 43 der Kantonsverfassung verankerte Kompetenz zum Erlass von Vollzugsverordnungen
selber zu bestimmen und dementsprechend auch die jeweiligen Zulassungsvoraussetzungen festzulegen. Von einer Missachtung der Vorgaben des Gesundheitsgesetzes kann nicht gesprochen werden.
3.3
3.3.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass ein genügendes öffentliches Interesse am Erfordernis einer zweijährigen praktischen Tätigkeit des medizinischen Masseurs unter Aufsicht (nach Abschluss der Ausbildung) bestehe. Eine solche Bewilligungsvoraussetzung verletze auch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, zumal einerseits praktische Tätigkeit schon im Rahmen der Ausbildung geleistet werde und es andererseits nicht genügend Praktikumsplätze gebe. Ausgebildete medizinische Masseure müssten deshalb jahrelang auf einen solchen warten, was ihnen verunmögliche, innert vernünftiger Frist selbständig tätig zu werden.
3.3.2 Dass die selbständige Ausübung eines medizinischen Berufes nur solchen Gesuchstellern gestattet wird, welche in dieser Tätigkeit über die erforderliche Praxis verfügen, liegt unbestreitbar im öffentlichen Interesse. Es kann sich einzig fragen, ob das Erfordernis des Praxisnachweises in der vorliegenden Umschreibung vor dem Gebot der Verhältnismässigkeit standhält.

Nach unbestrittener Darstellung des Verwaltungsgerichts verlangen auch andere Kantone für medizinische Masseure nach Erhalt des Diploms die Absolvierung einer "mindestens einjährigen" Praxis unter Aufsicht einer Fachperson. Dass und inwiefern die vom Kanton Thurgau verlangte Praxisdauer gemessen an den in der Schweiz üblichen Voraussetzungen als offenkundig übersetzt und unverhältnismässig anzusehen wäre, wird in der Beschwerde nicht dargetan (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG, E. 1.2). Es kann in dieser Zulassungsvoraussetzung auch nicht ein bloss standespolitisch motiviertes und insofern gegen die Wirtschaftsfreiheit verstossendes Hindernis erblickt werden.

Die Beschwerdeführerin wendet ein, bereits die Erlangung des vom Schweizerischen Roten Kreuz anerkannten Fähigkeitsausweises setze eine vorangegangene, mindestens zweijährige praktische Tätigkeit voraus. Dem lässt sich zunächst entgegenhalten, dass eine im Rahmen der Ausbildung absolvierte Tätigkeit sich nicht ohne weiteres mit der nach Abschluss der Ausbildung bei einem selbständigen Praktiker erworbenen Berufserfahrung vergleichen lässt. Sodann wird in der Vernehmlassung des Departements zu Recht bemerkt, dass die Beschwerdeführerin keine Belege für ihre bisherige praktische (unter Aufsicht einer fachkompetenten Person ausgeübte) Tätigkeit eingereicht, sondern lediglich auf das im Prüfungsreglement des Verbandes enthaltene diesbezügliche Erfordernis verwiesen hat, ohne darzulegen, wo und wie lange sie ihre geltend gemachte Praxis absolviert hat. Die bisherige selbständige Tätigkeit im Kanton St. Gallen durfte, da es an der Aufsicht durch eine anerkannte Fachperson fehlte, ohne Willkür nicht angerechnet werden. Wieweit allenfalls die von der Beschwerdeführerin bisher anderweitig absolvierte Praxis bzw. Weiterbildung teilweise anerkannt werden könnte, wurde vom Verwaltungsgericht ausdrücklich offen gelassen (S. 12 des
angefochtenen Entscheides). Auch wenn es aus der Sicht der Beschwerdeführerin schwierig sein mag, einen Platz zur Absolvierung der noch fehlenden Praxis zu finden, erscheint der Vorwurf der Verletzung der Wirtschaftsfreiheit nach dem Gesagten nicht gerechtfertigt.
4.
Dies führt zur Abweisung der staatsrechtlichen Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann.

Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 156 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen (Art. 159 Abs. 2 OG analog).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem Departement für Finanzen und Soziales und dem Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 26. März 2004
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: