Urteilskopf

116 Ia 118

22. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 27. August 1990 i.S. B. gegen Regierungsrat des Kantons Zürich und Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (staatsrechtliche Beschwerde)
Regeste (de):
Art. 31 und 4 BV. Verbot der selbständigen und entgeltlichen Ausübung der Dentalhygiene.

1. Die entgeltliche Tätigkeit der Dentalhygienikerin steht unter dem Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit. Das Verbot der selbständigen Berufsausübung der Dentalhygiene bedarf der für Einschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit notwendigen Voraussetzungen (E. 2 und 3).

2. Das Verbot findet im zürcherischen Gesundheitsrecht, das die selbständige Ausübung von zahnbehandelnden Tätigkeiten ohne Nennung der Dentalhygiene abschliessend regelt, eine klare gesetzliche Grundlage (E. 4).

3. Es beruht angesichts gewisser gesundheitlicher Risiken, für deren medizinische Behandlung die Dentalhygienikerin nicht ausgebildet ist, auf überwiegenden öffentlichen Interessen (E. 5).

4. Da sich nicht in klarer und praktikabler Weise ungefährliche von riskanter Tätigkeit unterscheiden lässt, ist das Verbot für den Schutz des Publikums vor Gesundheitsgefährdung geeignet und notwendig und somit verhältnismässig (E. 6).

5. Das Verbot verletzt auch nicht das Rechtsgleichheitsgebot (E. 7).

Regeste (fr):
Art. 31 et 4 Cst. Interdiction d'exercer la profession d'hygiéniste dentaire à titre indépendant et onéreux.

1. La profession d'hygiéniste dentaire est protégée par la liberté du commerce et de l'industrie. L'interdiction d'exercer la profession d'hygiéniste dentaire de manière indépendante doit satisfaire aux conditions applicables à la limitation de la liberté du commerce et de l'industrie (consid. 2 et 3).

2. L'interdiction a une base légale claire dans la législation zurichoise sur la santé publique, qui réglemente de manière limitative l'exercice des professions dentaires indépendantes et ne mentionne pas celle d'hygiéniste dentaire (consid. 4).

3. Elle est justifiée par un intérêt public prépondérant, car l'hygiéniste dentaire ne dispose pas de la formation médicale nécessaire en présence de certains risques pour la santé (consid. 5).

4. Dès lors qu'on ne peut différencier de manière claire et pratique les travaux à risques de ceux sans danger, l'interdiction est appropriée, nécessaire et proportionnée au but de protection du public contre les dangers pour la santé (consid. 6).

5. L'interdiction ne viole pas non plus le principe de l'égalité de traitement (consid. 7).

Regesto (it):
Art. 31 e 4 Cost. Divieto di esercitare a titolo indipendente e oneroso la professione d'igienista dentaria.

1. La professione d'igienista dentaria è tutelata dalla libertà di commercio e d'industria. Il divieto di esercitare la professione d'igienista dentaria in modo indipendente deve adempiere le condizioni applicabili alla limitazione della libertà di commercio e d'industria (consid. 2 e 3).

2. Il divieto è fondato nella legislazione sanitaria zurighese su di una base chiara; tale legislazione disciplina in modo esauriente l'esercizio indipendente delle attività dentarie e non menziona quella dell'igienista dentaria (consid. 4).

3. Il divieto di cui trattasi è giustificato da un interesse pubblico preponderante, dato che l'igienista dentaria non dispone della formazione necessaria in presenza di certi rischi per la salute (consid. 5).

4. Poiché non è possibile differenziare in modo chiaro e pratico i lavori connessi con rischi da quelli che non lo sono, il divieto è appropriato, necessario e proporzionato rispetto all'esigenza di tutelare il pubblico contro i pericoli per la salute (consid. 6).

5. Il divieto non viola neppure il principio dell'uguaglianza di trattamento (consid. 7).

Sachverhalt ab Seite 120

BGE 116 Ia 118 S. 120

B. erwarb am 2. Oktober 1981 nach zweijähriger Ausbildung an der Dentalhygiene-Schule Zürich das Diplom einer Dentalhygienikerin. Seither übt sie diesen Beruf im Angestelltenverhältnis in einer Zahnarztpraxis in R. aus. Am 5. Januar 1987 stellte B. an die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich das Gesuch, es sei ihr die selbständige und entgeltliche Ausübung des Berufs als Dentalhygienikerin zu bewilligen. Mit Schreiben vom 5. Februar 1987 teilte sie ergänzend mit, sie beabsichtige, eine eigene Dentalhygienepraxis in demselben Gebäude einzurichten, in dem sich bereits die Zahnarztpraxis, in welcher sie bisher tätig gewesen sei, sowie eine humanmedizinische Praxis befänden. Mit Verfügung vom 18. August 1987 wies die Gesundheitsdirektion das Gesuch ab. Dagegen erhob B. am 9. September 1987 erfolglos Rekurs an den Regierungsrat des Kantons Zürich. Am 26. Januar 1989 reichte B. Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich ein gegen den Beschluss des Regierungsrates vom 7. Dezember 1988. Mit Entscheid vom 6. November 1989 wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde ab. Am 15. Januar 1990 erhob B. staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht. Sie beantragt, der Entscheid des Verwaltungsgerichts sei aufzuheben und es sei die Gesundheitsdirektion anzuweisen, ihr die Bewilligung zur selbständigen und entgeltlichen Ausübung des Berufs als Dentalhygienikerin mit den für den Gesundheitsschutz der Patienten angemessenen Auflagen im Kanton Zürich zu erteilen. Zur Begründung trägt B. vor, der angefochtene Entscheid verletze die Handels- und Gewerbefreiheit nach Art. 31 BV und verstosse gegen das Gebot der Rechtsgleichheit nach Art. 4 Abs. 1 BV. Das Verwaltungsgericht sowie der Regierungsrat des Kantons Zürich beantragen in ihren Stellungnahmen vom 23. beziehungsweise 28. Februar 1990, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab aus den folgenden

Erwägungen

Erwägungen:

2. Der Beruf der Dentalhygienikerin gehört - nach der fachspezifischen Darstellung der Dentalhygiene-Schule Zürich sowie dem Reglement der SSO (Société suisse d'odonto-stomatologie)

vom 21. März 1981 für den Einsatz der Dentalhygienikerin (von nun an: SSO-Reglement) - zu den medizinischen Hilfsberufen. Die Dentalhygienikerin arbeitet - gemäss bisherigem Berufsbild - in Zusammenarbeit und unter der Aufsicht eines Zahnarztes. Ihre Aufgabe besteht zur Hauptsache in der Verhütung von Zahn- und Zahnfleischerkrankungen (Prophylaxe). Zu diesem Zweck verhilft sie ihren Patienten zu einer bestmöglichen Mundhygiene. Eine einwandfreie Mundhygiene kann die Bildung bakterieller Zahnbeläge und damit eine Erkrankung der Zähne (namentlich Karies) und des Zahnfleisches (insbesondere Parodontose) weitgehend verhüten. Die konkreten Handlungen einer Dentalhygienikerin sind die Zahnreinigung, die Zahnsteinentfernung, die lokale Anwendung von Medikamenten, namentlich von Fluorpräparaten, Zahnuntersuchungen, Röntgen sowie die Unterweisung der Patienten in Zahnhygiene und Ernährung. Nicht zuletzt klärt sie ihre Patienten über Ursache und Verlauf von Zahn- und Zahnfleischerkrankungen auf und motiviert sie zu einer disziplinierten Anwendung der Prophylaxemassnahmen, was durch die regelmässige Kontrolle des Gebisszustandes und der Hygiene unterstützt wird. Dazu dient unter anderem das sogenannte Recall-System, mit dem die Patienten periodisch zur Kontrolle aufgeboten werden.

3. Unter dem Schutz der in Art. 31 BV gewährleisteten Handels- und Gewerbefreiheit steht jede gewerbsmässig ausgeübte, privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinnes oder eines Erwerbseinkommens dient. Dazu gehört auch die Tätigkeit einer Dentalhygienikerin. Die Kantone können Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerbe erlassen, doch dürfen diese den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigen (Art. 31 Abs. 2 BV). Handel und Gewerbe einschränkende Massnahmen müssen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein und sich entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit auf das beschränken, was zur Verwirklichung der vom öffentlichen Interesse verfolgten Ziele notwendig ist. Unzulässig sind wirtschaftspolitische und standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb zur Sicherung oder Förderung gewisser Formen der Erwerbstätigkeit behindern und lediglich der Abschirmung gegen Konkurrenz dienen (BGE 113 Ia 282 E. 1; Urteil vom 11. Dezember 1987 in: ZBl 89/1988, S. 462 E. 3a; je mit Hinweisen). Zulässig sind

dagegen andere im öffentlichen Interesse begründete Massnahmen, insbesondere polizeilich motivierte Eingriffe wie namentlich solche zum Schutze der öffentlichen Gesundheit (BGE 114 Ia 36 E. 2a; BGE 113 Ia 40 E. 4a; BGE 111 Ia 186 E. 2b).

4. a) Die Beschwerdeführerin ficht nicht grundsätzlich die Bewilligungspflicht der Tätigkeit einer Dentalhygienikerin an, sondern vielmehr das vom Verwaltungsgerichtsentscheid geschützte Verbot der selbständigen Berufsausübung. Sie bringt zunächst vor, diese Einschränkung sei im Gesundheitsrecht des Kantons Zürich nicht vorgesehen. Das Verbot der selbständigen Berufsausübung stellt einen schweren Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit der Beschwerdeführerin dar. Bei einem schweren Eingriff in ein spezifisches Freiheitsrecht muss die gesetzliche Grundlage klar und eindeutig sein (BGE 115 Ia 122 E. c). b) Eine selbständige Berufsausübung im Bereich der Zahnbehandlung ist im Recht des Kantons Zürich nur für Zahnärzte und Zahnprothetiker vorgesehen (§§ 18 und 20 des Gesetzes vom 4. November 1962 über das Gesundheitswesen; Gesundheitsgesetz; Zürcher Gesetzessammlung, Bd. VI, 810.1). Ergänzend wird in § 86 Abs. 2 des Gesundheitsgesetzes die besondere übergangsrechtliche Anerkennung bereits bestehender Bewilligungen an Zahntechniker vorbehalten. § 31a des Gesundheitsgesetzes (Änderung vom 6. September 1987, Zürcher Gesetzessammlung 50 217) ermächtigt den Regierungsrat, die Tätigkeit weiterer Berufe im Gesundheitsbereich durch Verordnung

zu regeln. Gemäss ausdrücklichem Ausschluss in ihrem § 1 Abs. 2 gilt die Verordnung vom 11. August 1966 über die medizinischen Hilfsberufe (Zürcher Gesetzessammlung, Bd. VI, 811.31) nicht für den Bereich der Zahnbehandlung. Dieser Bereich - abgesehen von den hier nicht interessierenden Zahnprothetikern - ist geregelt in der Verordnung vom 14. Februar 1963 über die Zahnärzte und die kantonal patentierten Zahntechniker (Zürcher Gesetzessammlung, Bd. VI, 811.21). § 1 dieser Verordnung bestimmt unter Bezugnahme auf § 18 des Gesundheitsgesetzes, wer zur selbständigen und unselbständigen zahnärztlichen Tätigkeit befugt ist. § 15 der Zahnärzteverordnung enthält in seinem Abs. 1 ein Verbot der Zahnbehandlung, das sich an alle Personen ohne Bewilligung richtet, sieht aber gleichzeitig in Abs. 2 Ausnahmen vor für unter Aufsicht - namentlich eines Zahnarztes - durchgeführte Arbeiten. Diese letzte Bestimmung,

welche sich auf die gesetzliche Ordnung zurückführen lässt, bezieht sich nach einhelliger Auffassung der kantonalen Instanzen vornehmlich auf die Tätigkeit einer Dentalhygienikerin. c) Das zürcherische Gesundheitsrecht regelt die selbständige Ausübung von zahnbehandelnden Tätigkeiten abschliessend und lässt sie ausschliesslich für Zahnärzte und Zahnprothetiker zu. Das Verbot der selbständigen Berufsausübung der Dentalhygiene entspricht somit der gesetzlichen Regelung und findet darin eine klare Grundlage.

5. a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, der angefochtene Entscheid beruhe nicht auf einem überwiegenden öffentlichen Interesse und sei unverhältnismässig. Das Bundesgericht prüft die Fragen nach dem überwiegenden öffentlichen Interesse sowie der Verhältnismässigkeit grundsätzlich frei (BGE 111 Ia 187 E. 2c; BGE 106 Ia 106 E. 6c, 269 f.). Es auferlegt sich indes insbesondere dann Zurückhaltung, wenn sich ausgesprochene Ermessensfragen stellen oder besondere örtliche Umstände zu beurteilen sind (BGE 115 Ia 122 E. c mit Hinweis); namentlich gilt dies im Bereich der Gesundheitspolizei und -politik, die primär Sache der Kantone sind (BGE 111 Ia 187 E. 2c). b) Die Tätigkeit einer Dentalhygienikerin ist verbunden mit gewissen gesundheitlichen Risiken für ihre Patienten. Dies ist insbesondere dort der Fall, wo die Dentalhygienikerin invasiv in lebendes Gewebe eingreift. So besteht namentlich eine Verletzungsgefahr bei der subgingivalen Zahnsteinentfernung, das heisst derjenigen unter dem Zahnfleisch. Infektionen - wie vor allem die sogenannte Bakteriämie - können die Folge sein. Bei gewissen Risikopatienten, zum Beispiel Herzkranken, können sogar lebensbedrohliche Zwischenfälle eintreten. Die Dentalhygienikerin ist nicht dafür ausgebildet, den möglichen Komplikationen mit der richtigen medizinischen Behandlung zu begegnen. Ebenso fehlen ihr die nötigen medizinischen Kenntnisse, um einzelne Risikofaktoren (wie Herzkrankheiten) und damit besonders gefährdete Patienten zu erkennen und Gegenmassnahmen zu ergreifen. Die Ausbildung, die auf eine Tätigkeit der Dentalhygienikerin als Mitglied des zahnärztlichen Praxisteams ausgerichtet ist, geht davon aus, dass für solche Situationen der Zahnarzt, der über die notwendigen medizinischen Kenntnisse verfügt, zuständig ist und die Verantwortung trägt. Folgerichtig schreibt das SSO-Reglement für alle Tätigkeiten der Dentalhygienikerin ausdrücklich vor, dass sie nur unter Überwachung durch

den Zahnarzt erfolgen dürfen; für spezielle Fälle wird sogar die direkte Überwachung angeordnet. Aus gesundheitspolizeilicher Sicht ist es daher notwendig, die Dentalhygienikerin der Aufsicht und Verantwortung eines für den medizinischen Bereich ausgebildeten und damit auf Risikosituationen vorbereiteten Zahnarztes zu unterstellen. Führt eine Dentalhygienikerin eine selbständige Praxis, fehlt es an diesem Erfordernis. Die Beschwerdeführerin kann es auch nicht dadurch erfüllen, dass sie eine freiberufliche Praxis im gleichen Haus

einrichtet, in dem schon eine Zahnarzt- oder eine Humanmedizinerpraxis besteht, gewährleistet dies doch eine ständige Kontrolle unter Wahrnehmung der damit verbundenen Verantwortung durch einen Mediziner nicht. Auch die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte berufliche Erfahrung ändert an dieser Beurteilung nichts, da dadurch nicht die fehlende medizinische Ausbildung ersetzt werden kann. Nötig wäre vielmehr - vorausgesetzt, dass der Beruf der Dentalhygienikerin einer selbständigen Ausübung ohne vorheriges zahnmedizinisches Studium überhaupt zugänglich ist - eine spezifische Zusatzausbildung mit entsprechendem Abschluss. c) Das gesundheitspolizeilich motivierte öffentliche Interesse am Verbot der selbständigen Berufsausübung der Dentalhygiene überwiegt daher das entgegenstehende private Interesse der Beschwerdeführerin an der freiberuflichen Führung einer eigenen Praxis.

6. a) Nach Ansicht der Beschwerdeführerin geht von gewissen Verrichtungen der Dentalhygienikerin wie etwa der Zahnreinigung - namentlich der Entfernung von Zahnstein - keine besondere gesundheitliche Gefahr für ihre Patienten aus. Es sei daher unverhältnismässig, ihr die selbständige Berufsausübung generell zu verbieten. Das Verwaltungsgericht räumt ein, dass sich ein Verbot der selbständigen Tätigkeit einer Dentalhygienikerin gesundheitspolizeilich nur soweit rechtfertigen lasse, als sich damit die Gefahr der Verletzung von lebendem Gewebe, insbesondere des Zahnfleisches, verbinde. Indes sei eine strikte Trennung zwischen der Arbeit an den Zähnen und derjenigen am Zahnfleisch weder möglich noch medizinisch sinnvoll. b) Nach bundesgerichtlicher Praxis ist ein Gemeinwesen im Bereich des Gesundheitswesens - namentlich beim Erfordernis fachlicher Qualifikationen - nicht grundsätzlich verpflichtet, eine

Teilbewilligung vorzusehen; dies verhält sich indes anders, wenn in klarer und praktikabler Weise einzelne Zweige einer beruflichen Tätigkeit bezeichnet werden können, für die es sich aufdrängt, geringere Anforderungen an die notwendige Fachkunde zu stellen (BGE 112 Ia 325 f. E. 4a-c mit Hinweisen). Für den vorliegenden Fall ist daher entscheidend, ob in klarer und praktikabler Weise ungefährliche von für die Gesundheit der Patienten riskanter Tätigkeit der Dentalhygienikerin abgegrenzt werden kann. c) Das SSO-Reglement schreibt detailliert vor, welche Tätigkeiten die Dentalhygienikerin nur unter direkter und welche sie unter allgemeiner oder indirekter Überwachung durch einen Zahnarzt vornehmen darf. Nicht nötig ist demnach - abgesehen von bestimmten Ausnahmen -, dass dieser die Dentalhygienikerin ständig und bei jeder einzelnen Handlung kontrolliert, sondern es hängt von der jeweiligen Tätigkeit ab und unterliegt der Einschätzung der Umstände - wie des konkreten Risikos einer Behandlung oder der Erfahrung der Dentalhygienikerin - durch den Zahnarzt, wann und in welcher Intensität er dies tun will. Die Verantwortung trägt jedoch immer der Zahnarzt. Wohl schliesst dies nicht aus, dass die Dentalhygienikerin gewisse Aufgaben allein wahrnehmen kann und dies allenfalls auch in einer eigenen Praxis tun könnte. Die Tätigkeiten der Dentalhygienikerin lassen sich aber nicht derart aufteilen, dass ihr ein als sinnvoll zu bezeichnender selbständiger Aufgabenbereich verbliebe. Zur Gewährung einer umfassenden Mundhygiene sowie einer wirksamen Prophylaxe vor Zahn- und Zahnfleischerkrankungen gehört nämlich die - mit der periodischen Kontrolle beziehungsweise dem Recall-System verbundene - frühzeitige Erkennung von bereits eingetretenen Erkrankungen oder krankheitsbegünstigenden Umständen. Die Dentalhygienikerin ist nicht dafür ausgebildet, die mit dem Recall-System verbundene Aufgabe der Diagnosestellung allein zu erfüllen. Bereits aus diesem Grunde ist die Zusammenarbeit mit einem Zahnarzt - auch für eine freiberufliche Dentalhygienikerin - unausweichlich und geboten.
Denkbar wäre allenfalls, dass sich eine selbständig tätige Dentalhygienikerin ihre Patienten von einem Zahnarzt zur ausschliesslichen Zahnreinigung zuweisen liesse, nachdem dieser selbst die (zahn)medizinische Diagnose gestellt hat. Rechtliche Voraussetzung der Zulässigkeit einer derartigen Arbeitsteilung wäre allerdings, dass die Dentalhygienikerin sich - wegen der Möglichkeit

von Komplikationen bei der Verletzung lebenden Gewebes - ausschliesslich auf die Behandlung der Zähne beschränken würde und könnte. Eine Unterscheidung von Arbeit an den Zähnen - namentlich das Entfernen von Zahnstein - und solcher am Zahnfleisch lässt sich jedoch nur theoretisch vornehmen und ist nicht praktikabel; denn spätestens bei der subgingivalen Zahnsteinentfernung kann die Gefahr der Verletzung des Zahnfleisches - und damit das Risiko gesundheitsgefährdender Komplikationen - nicht mehr ausgeschlossen werden. Daraus geht hervor, dass kein Raum für die Anerkennung einer eigenständigen Tätigkeit verbleibt, für welche die Dentalhygienikerin eigene Verantwortung übernehmen könnte; abgesehen davon, dass es nicht der Ausbildung und dem Berufsbild der Dentalhygienikerin entspricht, ihre Tätigkeit auf ein blosses "Zähneputzen" zu beschränken. Zu Recht verweist das Verwaltungsgericht deshalb darauf, dass das Publikum irregeführt würde, wenn der Gang zu einer freiberuflich tätigen Dentalhygienikerin nicht eine umfassende Zahn- und Zahnfleischbehandlung sowie Mundhygiene gewährleistete. d) Das Verbot der selbständigen Berufsausübung der Dentalhygiene ist infolgedessen geeignet, das Publikum vor der Gefahr einer ungenügenden medizinischen Versorgung bei allfälligen gesundheitlichen Komplikationen zu schützen. Das Verbot erweist sich, da eine weniger weit gehende Lösung nicht praktikabel ist, auch als notwendig. Der angefochtene Entscheid verstösst daher nicht gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip.

7. Die Beschwerdeführerin macht schliesslich eine Verletzung der Rechtsgleichheit nach Art. 4 Abs. 1 BV geltend; es bestehe kein sachlicher Grund dafür, Dentalhygienikerinnen anders zu behandeln als andere zur freiberuflichen Tätigkeit zugelassene medizinische Hilfsberufe wie Krankenschwestern und -pfleger, Physiotherapeuten, Fusspfleger und Hebammen. Es ist nicht ersichtlich, dass die von der Beschwerdeführerin genannten Hilfsberufe in vergleichbarer Weise gesundheitliche Risiken hervorrufen können wie die Dentalhygiene. Die Beschwerdeführerin hat es unterlassen darzulegen, weshalb und inwieweit allfällige Tätigkeiten am lebenden Gewebe - wie etwa Injektionen bei Krankenpflegeberufen oder Warzenbehandlungen bei Fusspflegern - genauso gefährlich sein sollen. Es ist daher bereits aus diesem Grunde fraglich, ob der Vergleich der Beschwerdeführerin taugt. Dies kann indes offenbleiben, denn das Verwaltungsgericht

hat mit Recht auf die im Vergleich zur Dentalhygiene bestehenden Unterschiede bei der rechtlichen Regelung der andern Hilfsberufe hingewiesen. Diese ist nämlich dem jeweiligen Beruf und der entsprechenden Ausbildung angepasst. So sind etwa selbständige diagnostische Tätigkeiten (vgl. § 9 Abs. 2 und § 18 Abs. 3 der Hilfsberufeverordnung), die selbständige Behandlung von Risikopatienten (vgl. § 18 Abs. 2 der Hilfsberufeverordnung) oder auch solche von lebendem Gewebe (vgl. § 18 Abs. 1 und § 21 der Hilfsberufeverordnung) vollständig verboten, oder dann werden die entsprechend Berufstätigen im Rahmen ihrer Ausbildungen soweit nötig darauf vorbereitet (namentlich beim Hebammenberuf). Hierin ist jedenfalls ein rechtsgenüglicher sachlicher Grund zu sehen, der einen Unterschied zur rechtlichen Erfassung der Dentalhygiene rechtfertigt.