Urteilskopf

117 Ia 440

70. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 27. September 1991 i.S. X. gegen Verwaltungsgericht des Kantons Bern (staatsrechtliche Beschwerde)
Regeste (de):
Vollmacht; Handels- und Gewerbefreiheit; selbständige Ausübung des Berufs eines medizinischen Masseurs.

1. Eine generelle Vollmacht zur Wahrung aller Interessen des Vertretenen gilt auch für das bundesgerichtliche Verfahren (Art. 29 Abs. 1 OG; E. 1).

2. Die gewerbsmässig ausgeübte, privatwirtschaftliche Tätigkeit eines medizinischen Masseurs steht unter dem Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit (E. 2).

3. Die Regelung im Kanton Bern, wonach die selbständig ausgeübte medizinische Massage den Physiotherapeuten vorbehalten ist, lässt sich mit gesundheitspolizeilichen Gründen nicht rechtfertigen (E. 4). Unzulässige Motive für eine Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit (E. 5a-e).

Regeste (fr):
Procuration; liberté du commerce et de l'industrie; exercice à titre indépendant du métier de masseur médical.

1. Une procuration générale pour la défense de tous les intérêts de la personne représentée vaut également pour la procédure devant le Tribunal fédéral (art. 29 al. 1 OJ; consid. 1).

2. L'activité privée du masseur médical exercée à titre lucratif est protégée par la liberté du commerce et de l'industrie (consid. 2).

3. La réglementation dans le canton de Berne, selon laquelle le massage médical exercé à titre indépendant est réservé aux physiothérapeutes, ne peut pas se justifier pour des motifs de police de la santé (consid. 4). Motifs non admissibles de restriction de la liberté du commerce et de l'industrie (consid. 5a-e).

Regesto (it):
Procura; libertà di commercio e d'industria; professione di massaggiatore terapeutico esercitata in modo indipendente.

1. Una procura generale rilasciata per la salvaguardia di tutti gli interessi del patrocinato vale anche per la procedura dinanzi al Tribunale federale (art. 29 cpv. 1 OG; consid. 1).

2. L'attività privata di massaggiatore terapeutico, esercitata a scopo lucrativo, è tutelata dalla libertà di commercio e d'industria (consid. 2).

3. La disciplina bernese, secondo cui il massaggio terapeutico esercitato in modo indipendente è riservato ai fisioterapisti, non può essere giustificata da motivi di polizia sanitaria (consid. 4). I motivi invocati per limitare la libertà di commercio e d'industria sono inammissibili (consid. 5a-e).

Sachverhalt ab Seite 441

BGE 117 Ia 440 S. 441

Gemäss Art. 14 Abs. 1 des bernischen Gesundheitsgesetzes vom 2. Dezember 1984 (nachfolgend "Gesundheitsgesetz") bedarf einer Berufsausübungsbewilligung der Gesundheitsdirektion, wer unter eigener fachlicher Verantwortung berufsmässig oder gegen Entgelt (lit. a) "Krankheiten, Verletzungen und andere Störungen der körperlichen und seelischen Gesundheit feststellt und behandelt". Unter die Bewilligungspflicht fallen "die Berufe des Gesundheitswesens, namentlich die Medizinalberufe gemäss Artikel 25 und die anderen Berufe gemäss Artikel 38" (Art. 14 Abs. 2 Gesundheitsgesetz). Medizinalpersonen im Sinne von Art. 25 des Gesetzes sind die Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker und Hebammen, zu den "anderen Berufen" zählt Art. 38 Abs. 1 unter anderem die Physiotherapeuten. Der Beruf des medizinischen Masseurs ist im Gesetz nicht erwähnt. Zwar kann der Regierungsrat durch Verordnung weitere Berufe des Gesundheitswesens der Bewilligungspflicht unterstellen (Art. 38 Abs. 3 Gesundheitsgesetz), doch hat er zugunsten der medizinischen Masseure von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Damit ist im Kanton Bern die selbständig, d.h. unter eigener fachlicher Verantwortung, ausgeübte medizinische Massage den

BGE 117 Ia 440 S. 442

Physiotherapeuten vorbehalten (aufgrund von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 der Verordnung über die Physiotherapeutinnen und die Physiotherapeuten vom 4. Mai 1988). X. erwarb nach einjährigem Besuch der Fachschule für medizinische Massage in St. Gallen (Tagesschule) und einjährigem Praktikum an der Solbadklinik Rheinfelden am 16. April 1981 das Diplom eines medizinischen Masseurs/Bademeisters. Er arbeitete in der Folge von 1981 bis 1986 unter fachlicher Anleitung von Ärzten als medizinischer Masseur in der Bernischen Höhenklinik Heiligenschwendi. Daneben besuchte er verschiedene Weiterbildungskurse wie beispielsweise den Kurs für therapeutische Lymphdrainage am Lehrinstitut für Lymphologie an der Feldbergklinik in Deutschland. Seit 1986 betreibt er eine eigene Massagepraxis in Steffisburg. Am 20. September 1988 ersuchte X. die Gesundheitsdirektion des Kantons Bern, ihm die selbständige Ausübung des Berufs des medizinischen Masseurs im Kanton Bern zu bewilligen. Die Gesundheitsdirektion wies das Gesuch ab. Sie begründete dies damit, dass im Kanton Bern die selbständig ausgeübte medizinische Massage ausschliesslich den Physiotherapeuten vorbehalten sei und dass die vom Gesuchsteller absolvierte Ausbildung fachlich und vor allem hinsichtlich ihrer Dauer nicht der Ausbildung eines Physiotherapeuten entspreche. Eine Beschwerde an den Regierungsrat des Kantons Bern blieb ohne Erfolg. Mit Entscheid vom 5. November 1990 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern die Beschwerde von X. ab. Das Gericht stufte die medizinische Massage als eine im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. a Gesundheitsgesetz bewilligungspflichtige Heiltätigkeit ein und bejahte auch, dass das Gesundheitsgesetz eine genügende gesetzliche Grundlage enthalte, um die Handels- und Gewerbefreiheit der medizinischen Masseure zu beschränken. Es verwarf sodann mit ausführlicher Begründung die Einwände des Beschwerdeführers, wonach sich die Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit durch kein öffentliches Interesse rechtfertigen lasse und unverhältnismässig sei. Mit staatsrechtlicher Beschwerde beantragt X., das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern sei aufzuheben und es sei ihm die Bewilligung zur selbständigen Ausübung des Berufs eines medizinischen Masseurs zu erteilen. Er beruft sich auf eine Verletzung von Art. 31 BV.

BGE 117 Ia 440 S. 443

Am 11. Dezember 1990 wurde der Anwalt des Beschwerdeführers von der Bundesgerichtskanzlei mit dem Formular "Kostenvorschuss" aufgefordert, bis spätestens am 16. Januar 1991 die Gerichtskosten sicherzustellen. Die Rubrik "Besondere Hinweise" des Formulars enthielt folgende Aufforderung: Wir ersuchen Sie, uns

innert gleicher Frist für das bundesgerichtliche Verfahren eine Vollmacht von ... zukommen zu lassen. Im Unterlassungsfalle würde das Bundesgericht gemäss Art. 30 Abs. 2 OG und Art. 20 Abs. 2 BZP in Verbindung mit Art. 40 OG auf Ihre Beschwerde nicht eintreten. Am 7. Februar 1991 - nach Ablauf der Frist - machte der Bundesgerichtsschreiber den Anwalt auf die Auflage vom 11. Dezember 1990 aufmerksam. Der Anwalt räumte ein, dass keine Vollmacht abgeschickt worden sei, er reichte aber am 8. Februar 1991 eine Vollmachtsurkunde nach. Gleichzeitig stellte er im Sinne von Art. 35 OG ein Gesuch um Wiederherstellung der Frist, welches er mit Eingabe vom 11. Februar 1991 noch ergänzte. Die Justizdirektion und das Verwaltungsgericht des Kantons Bern beantragen, die Beschwerde abzuweisen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und hebt den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern auf.

Erwägungen

Erwägungen:

1. Gemäss Art. 29 Abs. 1 OG haben Parteivertreter eine Vollmacht zu den Akten zu legen (Satz 1); eine solche kann jederzeit nachgefordert werden (Satz 2). Es ist unbestritten, dass der Anwalt des Beschwerdeführers innert Frist keine Vollmacht für das staatsrechtliche Verfahren eingereicht hat, obwohl er im Formular "Kostenvorschuss" dazu aufgefordert wurde. Bei den kantonalen Akten befand sich jedoch bereits eine Vollmacht, ausgestellt auf dem offiziellen Formular des bernischen Anwaltsverbandes, die den Anwalt ermächtigt, den Beschwerdeführer "vor allen Behörden" zu vertreten und namentlich "Appellationen, Rekurse, Nichtigkeitsklagen und Beschwerden" sowie "Revisionen, Kassationen und Wiedereinsetzungen" einzulegen bzw. zu verlangen. a) Eine solche Generalvollmacht genügt auch für das bundesgerichtliche Verfahren. Das muss, entgegen der Auffassung BIRCHMEIERS im Kommentar zur Bundesrechtspflege (N 2 zu Art. 29 OG, S. 30), auch für das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde gelten (in diesem Sinne auch POUDRET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, N 2.2.3 zu Art. 29, S. 155 f.; WALTER KÄLIN,

Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, S. 219 Anm. 55; HANS MARTI, Die staatsrechtliche Beschwerde, 4. Aufl., S. 59 N 85). Bei der staatsrechtlichen Beschwerde handelt es sich um ein Rechtsmittel, mit dem kassatorische Rügen vorgebracht werden können und das den Prozess in einem für die vertretene Partei günstigen Sinn beeinflussen kann. Vom Anwalt für die staatsrechtliche Beschwerde in jedem Fall eine spezielle Vollmacht zu verlangen, erweist sich daher als überflüssig und unangemessen (s. auch BGE 104 Ia 405 E. 4b, wonach es überspitzt formalistisch ist, von einem Anwalt, der seinen Klienten im ganzen Verfahren vertreten hat, noch eine spezielle Vollmacht zu verlangen). Es entspricht denn auch ständiger Praxis der beiden öffentlichrechtlichen Abteilungen, dass die für das kantonale Verfahren ausgestellte generelle Ermächtigung in der Regel als genügend angesehen wird. b) Das bedeutet nicht, dass das Bundesgericht von einem Anwalt (oder irgendeinem Vertreter) keine Vollmacht nachfordern kann. Dieses Vorgehen rechtfertigt sich ohne weiteres, wenn Zweifel über den Umfang einer im kantonalen Verfahren ausgestellten Vollmacht bestehen, d.h. wenn fraglich ist, ob die vom Anwalt erhobene Beschwerde durch sie gedeckt sei. Eine Vollmacht ist aber auch einzuholen, wenn in der Beschwerde überhaupt nicht auf eine bei den kantonalen Akten befindliche Vollmacht hingewiesen wird; in einem solchen Fall kann nicht davon ausgegangen werden, der Anwalt sei zur Vertretung im bundesgerichtlichen Verfahren befugt. Die Einlegung einer speziellen (schriftlichen) Vollmacht ist ferner dann, wenn der Anwalt im kantonalen Verfahren aufgrund einer mündlich zu Protokoll erklärten oder konkludent erteilten Vollmacht zugelassen wurde, erforderlich. Eine schriftliche Vollmacht für das bundesgerichtliche Verfahren verlangt zwar nur der italienische Text von Art. 29 Abs. 1 OG ("procura scritta"), doch schreibt schon Art. 20 Abs. 2 BZP, auf den Art. 40 OG verweist, eine solche vor. (Zu den Ausnahmen, die es rechtfertigen, von dieser

Regel abzuweichen, vgl. POUDRET, a.a.O., N 2.3 zu Art. 29, und BIRCHMEIER, a.a.O., N 3 zu Art. 29.) Schliesslich kann etwa auch bei leichtfertig oder trölerisch wirkenden Beschwerden eine spezielle Ermächtigung eingeholt werden; diese verschafft dem Gericht die Gewissheit, dass der Vertreter nicht selbständig, ohne Wissen der Partei, Prozesshandlungen vornimmt, die sich für sie nachteilig auswirken können. c) Im vorliegenden Fall bestand indessen kein Grund, eine Spezialvollmacht einzuholen. Das wurde übersehen, als der Anwalt

BGE 117 Ia 440 S. 445

des Beschwerdeführers aufgefordert wurde, eine Vollmacht nachzureichen. Auf die staatsrechtliche Beschwerde nicht einzutreten, wäre daher durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt und würde eine allzu formalistische Interpretation von Art. 29 Abs. 1 OG darstellen. Es ist deshalb darüber hinwegzusehen, dass der Anwalt innert der ihm von der Bundesgerichtskanzlei gesetzten Frist keine Vollmacht eingereicht hat. Auf die staatsrechtliche Beschwerde ist einzutreten. d) Damit kann offenbleiben, ob das Gesuch um Wiederherstellung der Frist für die Einreichung der Vollmacht gemäss Art. 35 Abs. 1 OG begründet ist. Es braucht auch nicht geprüft zu werden, ob es zulässig war, auf dem Formular "Kostenvorschuss" eine Vollmacht zu verlangen, oder ob hierfür der Anwalt speziell hätte aufgefordert werden müssen, wie der Beschwerdeführer geltend macht.

2. Der Beschwerdeführer beruft sich auf die Handels- und Gewerbefreiheit. Unter dem Schutz des Art. 31 BV steht jede gewerbsmässig ausgeübte, privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinnes oder Erwerbseinkommens dient (BGE 116 Ia 121 E. 3), somit auch die Tätigkeit eines medizinischen Masseurs. Art. 31 Abs. 1 BV gewährleistet im Rahmen der Bundesverfassung und der auf ihr beruhenden Gesetzgebung die Handels- und Gewerbefreiheit, behält jedoch in Abs. 2 kantonale Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerben vor. Solche Einschränkungen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (BGE 116 Ia 121 E. 3, BGE 115 Ia 121 E. 2b und dort zitierte Entscheide) sowie der Rechtsgleichheit (BGE 112 Ia 34, BGE 91 I 462 E. 3) wahren. Unzulässig sind wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen. Zulässig sind dagegen andere im öffentlichen Interesse begründete Massnahmen, namentlich polizeilich motivierte Eingriffe. Dazu gehören auch Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit (BGE 116 Ia 121 f. E. 3 mit Hinweisen).

3. Gemäss Art. 14 Abs. 1 des bernischen Gesundheitsgesetzes bedarf einer Berufsausübungsbewilligung, wer unter eigener fachlicher Verantwortung berufsmässig oder gegen Entgelt (lit. a) "Krankheiten, Verletzungen und andere Störungen der körperlichen

BGE 117 Ia 440 S. 446

und seelischen Gesundheit feststellt und behandelt". Damit enthält das Gesundheitsgesetz eine gesetzliche Grundlage, um die selbständige, d.h. unter eigener fachlicher Verantwortung, ausgeübte medizinische Massage bewilligungspflichtig zu erklären. Das ist unbestritten. Ob das Gesundheitsgesetz auch eine genügende gesetzliche Grundlage enthält, um die selbständige Ausübung des Berufs eines medizinischen Masseurs den Physiotherapeuten vorzubehalten, ist fraglich. (Art. 38 Abs. 1 des Gesundheitsgesetzes erwähnt zwar nur die Physiotherapeuten, nicht auch die medizinischen Masseure, behält aber in Abs. 3 ausdrücklich "weitere Berufe" vor, die der Regierungsrat durch Verordnung der Bewilligungspflicht unterstellen kann.) Die Frage braucht hier jedoch nicht entschieden zu werden, denn eine eigentliche Rüge erhebt der Beschwerdeführer in diesem

Zusammenhang nicht.

4. Der Beschwerdeführer macht vielmehr geltend, wenn es keine gesundheitspolizeilichen Gründe gebe, den medizinischen Masseuren die selbständige Berufsausübung zu verbieten, dann sei die vom Verwaltungsgericht geschützte kantonale Regelung, welche diese Tätigkeit den ausgebildeten Physiotherapeuten vorbehalte, eine unverhältnismässige Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit. Der Beschwerdeführer beruft sich damit auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und zumindest sinngemäss auf das Erfordernis des überwiegenden öffentlichen Interesses. a) Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Verwaltungsmassnahmen, die die Handels- und Gewerbefreiheit einschränken, dürfen Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerben, die ein Kanton gestützt auf Art. 31 Abs. 2 BV erlassen kann, nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um den gewerbepolizeilichen Zweck zu erfüllen, durch den sie gedeckt sind: Sie müssen das richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles sein und es erlauben, dieses unter möglichster Schonung der Freiheit des Einzelnen zu erreichen; das gesteckte Ziel muss zudem in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln, den zu seiner Erlangung notwendigen Freiheitsbeschränkungen, stehen (BGE 109 Ia 37 E. 4 mit Verweisung). Auf dem Gebiet der beruflichen Fähigkeitsausweise kommt dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und Notwendigkeit die Bedeutung zu, vor unnötigen und übertriebenen (vielfach standespolitisch motivierten) Erfordernissen zu bewahren, aber auch,

dem Schutzbedürfnis des Publikums wirksam Rechnung zu tragen (FRITZ GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 89). Das gilt namentlich für das Gesundheitswesen im weitesten Sinn. Einerseits geht es darum, vor - in diesem Bereich nicht seltenen - standespolitischen Überlegungen (wie die wirtschaftliche Sicherung von Angehörigen bestimmter Berufe) zu schützen. Solche Motive dürfen nicht dazu führen, dass durch unverhältnismässige Anforderungen an die Befähigung oder an den Fähigkeitsausweis einzelne Angehörige dieser Berufe von der selbständigen Berufsausübung praktisch ausgeschlossen werden. Anderseits muss den berechtigten öffentlichen Interessen, dass in diesem Bereich nur fähige Personen tätig sind, Rechnung getragen werden (BGE 112 Ia 325 ff. und Hinweise, vgl. auch BGE 116 Ia 123 ff.). b) Der medizinische Masseur übt einen nichtärztlichen Heilberuf mit physiotherapeutischen Mitteln aus. Im Gegensatz zum Physiotherapeuten beschränkt sich der medizinische Masseur auf passive Therapiemassnahmen, wie die Heilmassage, die Elektrotherapie, die Hydrotherapie usw. Demgegenüber betreibt der Physiotherapeut auch die aktive Therapie, d.h. die Heilgymnastik. Die medizinische Massage beschränkt sich somit auf einen Teilbereich der Physiotherapie. Das ist zwischen den Parteien nicht streitig. Es kann aber nicht gesagt werden, der medizinische Masseur sei ein "schlechterer" Physiotherapeut. Der Physiotherapeut verfügt auf dem Gebiet der passiven Therapie über keine umfassendere oder gründlichere Ausbildung als der medizinische Masseur. Die Ausbildung des Physiotherapeuten dauert zurzeit drei Jahre, jene des medizinischen Masseurs zwei Jahre. Das hängt, wie das Verwaltungsgericht im angefochtenen Entscheid dargelegt hat, damit zusammen, dass der Physiotherapeut zusätzlich die aktive Therapie beherrschen muss. Ist danach aber ein medizinischer Masseur für die von ihm ausgeübte Tätigkeit, die passive Therapie, ebensogut ausgebildet wie ein Physiotherapeut, so ist nicht einzusehen, weshalb die selbständige Ausübung dieser Tätigkeit den Physiotherapeuten vorbehalten werden muss. Mit gesundheitspolizeilichen Gründen lässt sich diese Regelung jedenfalls nicht rechtfertigen. Das bestätigt auch der Bericht, den der Regierungsrat zur Frage der Zulassung der medizinischen Masseure zur selbständigen Berufsausübung beim Sanitätskollegium des Kantons Bern eingeholt hat. Die aus Ärzten zusammengesetzte und von einem Vertreter der medizinischen Fakultät präsidierte medizinische Sektion (des

Sanitätskollegiums) stellt darin fest, aufgrund seiner Ausbildung sei der medizinische Masseur durchaus fähig, die medizinische Massage unter eigener fachlicher Verantwortung auszuüben. Er könne selbständig beurteilen, wann ein Patient einer anderen medizinischen Fachstelle zu überweisen sei, und er sei ebensogut wie ein Physiotherapeut in der Lage, bei auftretenden Komplikationen richtig zu reagieren; aus medizinischen Gründen müsse die selbständige Ausübung des Berufs nicht von der Zusatzausbildung als Physiotherapeut abhängig gemacht werden. Es genüge, wenn der medizinische Masseur zusätzlich zur zweijährigen Ausbildung zwei Jahre praktische Ausbildung an einer anerkannten ärztlichen Ausbildungsstätte genossen habe. Das Sanitätskollegium befürwortet deshalb die Zulassung medizinischer Masseure zur selbständigen Berufsausübung, sofern diese Tätigkeit (gleich wie die selbständige Ausübung der Physiotherapie, vgl. Art. 2 Abs. 3 der entsprechenden Verordnung vom 4. Mai 1988) auf Zuweisung eines Arztes erfolgt. Auf diese Meinungsäusserung von Fachleuten kann abgestellt werden. Auch die kantonalen Instanzen haben dem Gutachten nichts entgegenzusetzen. c) Es ist im übrigen unbestritten, dass der Beschwerdeführer über eine genügende theoretische und praktische Ausbildung verfügt, um seinen Beruf selbständig ausüben zu können. Die Ausbildung an der vom Beschwerdeführer besuchten Fachschule für medizinische Massage in St. Gallen steht auf hohem theoretischem Niveau und ist der Ausbildung an ausländischen Anstalten "mindestens ebenbürtig", wie aus dem erwähnten Bericht des Sanitätskollegiums hervorgeht. Das zeigt auch eine Durchsicht des Ausbildungsprogramms, Stoffplans, Prüfungsreglements und der Promotionsordnung dieser Schule. Im Rahmen von Vorarbeiten, welche die gesamtschweizerische Anerkennung des Berufs des medizinischen Masseurs zum Ziele hatten, erarbeitete die Schweizerische Sanitätsdirektorenkonferenz im Jahre 1980 einen Entwurf für die "Regelung des Berufs des medizinischen Masseurs". Die Ausbildung an der Fachschule für medizinische Massage in St. Gallen entspricht sowohl hinsichtlich ihrer Dauer (24 Monate mit insgesamt rund 3300 Unterrichts- und Praktikumsstunden) als auch hinsichtlich des vermittelten Wissens (Fächerkatalog) im wesentlichen den in diesem Entwurf aufgestellten Richtlinien.
d) Im Lichte dieser Erwägungen kann dem Beschwerdeführer die selbständige Ausübung des Berufs des medizinischen Masseurs

aus gesundheitspolizeilichen Gründen nicht verboten oder von einer Zusatzausbildung als Physiotherapeut abhängig gemacht werden. Auch das Verwaltungsgericht begründet seinen Entscheid nicht mit Erwägungen gesundheitspolizeilicher Natur; es weist darin vielmehr ausdrücklich auf das Gutachten des Sanitätskollegiums hin, dessen Schlussfolgerungen es nicht in Zweifel zieht.

5. Das Verwaltungsgericht rechtfertigt seinen Entscheid, den Beschwerdeführer nicht zur selbständigen Berufsausübung zuzulassen, vielmehr damit, eine weitere Spezialisierung im Bereich der medizinischen Hilfsberufe liege nicht im öffentlichen Interesse. Sie führe nicht zu einem verbesserten Leistungsangebot. Das Verwaltungsgericht befürchtet zudem, die Anerkennung selbständig tätiger medizinischer Masseure würde zu einer weiteren Kostensteigerung im Gesundheitswesen führen und die Kontrolle über die medizinischen Hilfsberufe zusätzlich erschweren. Demgegenüber wendet der Beschwerdeführer ein, mit diesen Argumenten könne die selbständige Berufsausübung nicht verboten werden; aus der Handels- und Gewerbefreiheit folge auch das Recht zur Spezialisierung. a) Unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit von Verwaltungsmassnahmen ist ein Gemeinwesen nicht grundsätzlich gehalten, für alle möglichen Berufe oder Berufszweige Teilbewilligungen vorzusehen. Es darf sich auf die Einführung einer allgemeinen Bewilligung beschränken und deren Erteilung von der Fachkunde abhängig machen, wenn das öffentliche Interesse dies verlangt und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit dem nicht entgegensteht. Das trifft im Gesundheitswesen namentlich dann zu, wenn sich eine einfache Tätigkeit von riskanten Tätigkeiten nicht leicht unterscheiden

lässt und zum Schutze der Gesundheit der Patienten eine Teilbewilligung mit weniger weitgehenden fachlichen Anforderungen sich nicht rechtfertigen lässt. So hat das Bundesgericht ein kantonales Verbot der selbständigen Ausübung des Berufs der Dentalhygienikerin angesichts gesundheitlicher Komplikationen, die bei bestimmten Tätigkeiten auftreten können und für deren Behandlung die Dentalhygienikerin nicht ausgebildet ist, unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit nicht beanstandet (BGE 116 Ia 124 ff. E. 6). Das Verwaltungsgericht verweist sodann auf das (nicht publizierte) Urteil L. vom 18. November 1988, wo das Bundesgericht ein Verbot für das Anpassen von Zahnprothesen durch Zahnprothetiker angesichts der

zahnmedizinischen Kenntnisse, welche gewisse Arbeiten im Munde des Patienten erfordern, nicht als verfassungswidrig bezeichnet hat. Anders ist jedoch zu entscheiden, wenn sich in klarer und praktikabler Weise ein Tätigkeitsgebiet abgrenzen lässt, für das sich aufdrängt, geringere Anforderungen an die fachliche Befähigung zu stellen (BGE 112 Ia 322 ff.). b) Das Verwaltungsgericht führt aus, für die Anerkennung selbständig tätiger medizinischer Masseure bestehe keine Notwendigkeit. Dieser Beruf sei sehr spezialisiert. Übersichtlichkeit im Bereich der medizinischen Hilfsberufe sowie eine Beschränkung der selbständigen Berufsausübung auf in sich geschlossene, eine Einheit bildende Fachbereiche liege im öffentlichen Interesse. Mit dieser Begründung kann den medizinischen Masseuren die selbständige Berufsausübung jedoch nicht untersagt werden. Zwar ist für die selbständige Ausübung des Berufs nicht schon deshalb eine Teilbewilligung vorzusehen, weil ein Lehrgang absolviert wurde. Entscheidend dafür ist vielmehr, dass es sich um einen in der Schweiz verbreiteten Heilberuf mit klar umschriebenem Tätigkeitsgebiet und eigenem Berufsbild handelt, wie aus dem bereits erwähnten Bericht der Schweizerischen Sanitätsdirektorenkonferenz erhellt. Es gibt spezielle Institute, an denen der Beruf erlernt werden kann (in der Schweiz die Fachschule für medizinische Massage in St. Gallen), und Berufsverbände, welche die Wahrung der beruflichen Interessen der medizinischen Masseure bezwecken (z.B. den Verein Arbeitsgemeinschaft für Physikalische Therapie oder den Verband diplomierter Masseure der Schweiz). Bereits im Jahre 1919 wurde in der Schweiz der Verband diplomierter Masseure und Masseurinnen gegründet. Es scheint, dass demgegenüber der Beruf des Physiotherapeuten erst später aus dem Beruf des medizinischen Masseurs/Bademeisters hervorgegangen ist, wie der Beschwerdeführer geltend macht.
Wegen der Bedeutung des Berufes gibt es Schulen, an denen dieser erlernt werden kann, und arbeitet die Schweizerische Sanitätsdirektorenkonferenz auf seine gesamtschweizerische Anerkennung hin. Wie aus dem vom Verwaltungsgericht beim Zentralsekretariat der Schweizerischen Sanitätsdirektorenkonferenz eingeholten Bericht hervorgeht, erteilen bereits zehn Kantone medizinischen Masseuren die Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung und zwei weitere Kantone gestatten diese Tätigkeit auch ohne Bewilligung (Stand August 1990). Medizinische Masseure werden zudem an öffentlichen Spitälern eingesetzt,

jedenfalls im Kanton Bern. Diese Möglichkeit sieht Art. 4 Abs. 2 der Verordnung des Kantons Bern über die Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten vom 4. Mai 1988 ausdrücklich vor, "um die physiotherapeutische Versorgung in Spitälern zu gewährleisten". Mit dem Argument, der Beruf des medizinischen Masseurs sei nicht regelungsbedürftig oder für dessen Anerkennung bestehe kein Bedürfnis, ist der angefochtene Entscheid daher nicht zu begründen. c) Das Verwaltungsgericht bringt weiter vor, die Anerkennung selbständig tätiger medizinischer Masseure führe zu keinem qualitativ verbesserten Behandlungsangebot, da es sich bei der medizinischen Massage bloss um eine Spezialisierung im Sinne einer Beschränkung auf einen Teilbereich der physikalischen

Therapie handle. Das mag zutreffen, doch hat umgekehrt die selbständig ausgeübte medizinische Massage keine Verschlechterung des Therapieangebots zur Folge. Unter dem Gesichtspunkt der die Bewilligungspflicht rechtfertigenden gesundheitspolizeilichen Gründe muss es genügen, dass die fachliche Ausbildung für die Ausübung der in Frage stehenden Tätigkeit ausreicht. d) Ebensowenig rechtfertigen die vom Verwaltungsgericht angeführten Gründe der Kosteneindämmung im Gesundheitswesen eine andere Lösung. Das Verwaltungsgericht geht davon aus, dass die selbständige Ausübung der medizinischen Massage im Kanton Bern gleich wie die selbständige Physiotherapie nur auf Zuweisung eines Arztes (oder Chiropraktors, vgl. Art. 2 Abs. 3 Verordnung über die Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten) hin erfolgen dürfte. Ob gesundheitspolizeiliche Gründe für diese Auffassung sprechen, braucht hier nicht entschieden zu werden, weil es nicht gerügt wird; auch der Beschwerdeführer geht davon aus, dass der Heilmassage stets eine ärztliche Diagnose vorauszugehen habe, und er erklärt sich mit einer entsprechenden Präzisierung der Bewilligung ausdrücklich einverstanden. Dann ist es aber am behandelnden Arzt zu entscheiden, ob eine medizinische Massage genügt oder ob von Anfang an eine (umfassendere) Physiotherapie ins Auge gefasst werden muss. Spricht der Patient auf die Behandlung nicht an, so muss sich der Arzt erneut überlegen, welche andere Behandlung helfen könnte. Die Tätigkeit des medizinischen Masseurs neben jener des Physiotherapeuten führt aber zu keinen zusätzlichen Kosten.
e) Das Verwaltungsgericht sucht seinen Entscheid schliesslich damit zu stützen, dass die Anerkennung des Berufs des medizinischen

Masseurs mit einem unverhältnismässigen Kontrollaufwand durch den Staat verbunden wäre. Die Frage der Überwachung durch den Staat stellt sich indes bei den anderen medizinischen Berufen und Hilfsberufen in gleicher oder ähnlicher Weise. Dass die Kontrolle beim medizinischen Masseur im Vergleich zu anderen Berufen des Gesundheitswesens ausserordentliche Probleme aufwerfen würde, wird von den kantonalen Behörden nicht behauptet. Sie machen auch nicht geltend, die Tätigkeit der medizinischen Massage lasse sich nicht genügend klar umschreiben oder die Grenzen zur Physiotherapie seien fliessend. Abgesehen davon wäre es am Staat, in einem solchen Fall die erforderlichen Richtlinien für die selbständige Berufsausübung aufzustellen. Auf jeden Fall müsste ein vollständiges Verbot der selbständigen Berufsausübung für die Durchsetzung der Kontrolle der medizinischen Massage als unverhältnismässiges Mittel bezeichnet werden.