

Rechtsgutachten

zuhanden des

Amts für Gesundheit des Kantons Zürich

zur

Kantonale Umsetzung des Bundesgesetzes über die Gesundheitsberufe

erstattet von

Dr. iur. Gregori Werder, Rechtsanwalt

Inhaltsverzeichnis:

Literaturverzeichnis.....	4
Materialienverzeichnis.....	6
Abkürzungsverzeichnis	7
I. Ausgangslage und Auftrag	9
II. Umfang der Bewilligungspflicht für Gesundheitsberufe	12
A. Kantonale Kompetenzen im Regelungsbereich der Gesundheitsberufe	12
1. Bundesrechtliche Bewilligungspflicht für fachlich eigenverantwortliche Berufsausübung.....	12
2. Kantonale Vollzugskompetenzen	13
3. Zwischenfazit	15
B. Begriff der «Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung»	16
1. Verantwortungsübernahme und keine fachliche Aufsicht durch Dritte.....	16
2. Von der «selbständigen» Berufsausübung zur Ausübung «in eigener fachlicher Verantwortung»	17
2.1. Selbständige Ausübung eines universitären Medizinalberufs	18
2.2. Privatwirtschaftliche Ausübung in eigener fachlicher Verantwortung	18
2.3. Streichung der Eingrenzung auf privatwirtschaftliche Tätigkeiten	20
2.4. Zwischenfazit.....	21
3. Fehlen fachlicher Aufsicht durch Dritte auch bei weiteren Konstellationen entscheidend	22
4. Kriterium der fachlichen Aufsicht durch Dritte auch teleologisch gestützt	24
4.1. Umschreibung des Zwecks der Bewilligungspflicht	24
4.2. Vereinbarkeit des Auslegungsergebnisses mit dem Zweck.....	25
5. Verhältnismässige Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit durch die Bewilligungsunterstellung	27
C. Konkrete Wahrnehmung der Aufsichtstätigkeit.....	28
1. Umschreibung der sachgemässen Aufsicht.....	28
2. Exkurs: Umfassende präventive Kontrolle nicht angezeigt.....	30
D. Schlussfolgerungen.....	32
III. Zusammenspiel des Gesundheitspolizeirechts mit den Zulassungsvoraussetzungen des KVG	34
A. Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen (vermeintlich) klar	34
1. Am Wortlaut orientierte Auslegung der OKP-Zulassungsvoraussetzungen..	34
2. Strikte Orientierung am Wortlaut führt zu Widersprüchen	36
2.1. «OKP-Zulassung» ist von der «gesundheitspolizeilichen Bewilligungspflicht» abzugrenzen ³⁷	
2.1.1. Im Allgemeinen	37
2.1.2. Im Besonderen.....	38
2.2. Zulassungsvoraussetzungen sind bei wortgetreuer Auslegung nicht zu erfüllen	40
3. Zwischenfazit	41
B. Beachtung Verhältnismässigkeitsgrundsatz	42
1. Umfassende Geltung und öffentliches Interesse	42

2.	Eignung	42
3.	Erforderlichkeit.....	43
4.	Zumutbarkeit.....	43
C.	Schlussfolgerung.....	46
IV.	Beantwortung der Fragen.....	46
A.	Frage 1	46
B.	Frage 2	47
C.	Frage 3	48
D.	Frage 4	50
E.	Frage 5	51
F.	Frage 6	53
G.	Frage 7.....	54

Literaturverzeichnis

Gächter Thomas, Selbständige Berufsausübung im Sinne des Medizinalberufegesetzes (MedBG) und des Psychologieberufegesetzes (PsyG), Jusletter vom 19. Januar 2009 (zit. GÄCHTER, Selbständige Berufsausübung, N ...)

Gächter Thomas/Rütsche Bernhard, Gesundheitsrecht, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. GÄCHTER/RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, Rz. ...)

Gächter Thomas/Werder Gregori, Gesundheitsberufe 2020 – eine stille Revolution?, Pflegerecht 2019, S. 2 ff. (zit. GÄCHTER/WERDER, Revolution, S. ...)

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020 (zit. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. ...)

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, (zit. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. ...)

Kieser Ueli, Personen in Weiterbildung und Krankenversicherungsrecht, AJP 2023, S. 578 ff. (zit. KIESER, Weiterbildung, S. ...)

Kieser Ueli, Zulassung der Spitex-Organisation in der Krankenversicherung, Pflegerecht 2020, S. 74 ff. (zit. KIESER, Spitex-Organisation, S. ...)

Meyer Ulrich (Hrsg.), Soziale Sicherheit, Band XIV von Benjamin Schindler, Thierry Tanquerel, Felix Uhlmann (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), 3. Aufl., Basel 2016 (zit. SBVR Soziale Sicherheit-BEARBEITER:IN, [Kapitel] N ...)

Poledna Tomas/Rumetsch Virgilia (Hrsg.), Gesundheitsrecht, Band VIII von Benjamin Schindler, Thierry Tanquerel, Felix Uhlmann (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), 2. Aufl., Basel 2023 (zit. SBVR Gesundheitsrecht-BEARBEITER:IN, [Kapitel] N ...)

Trümpler Ralph/Werder Gregori, Kommentierung zu Art. 117a BV, in: Stefan Schlegel / Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 11.04.2023: <https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv117a> (besucht am 3. Januar 2025), DOI:

<https://doi.org/10.17176/20230411-124641-0>. (zit. OK-TRÜMLER/WERDER, N ... zu Art. 117a BV)

Tschannen Pierre, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, 12. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2013 (zit. TSCHANNEN, Grundlagen, S. ...)

Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-AUTOR:IN, Art. ..., N. ...)

Werder Gregori/Gächter Thomas, Delegation an Personen in Weiterbildung. Zum OKP-Pflichtleistungscharakter ärztlicher und psychologisch-psychotherapeutischer Leistungen, Jusletter vom 20. Februar 2023 (zit. WERDER/GÄCHTER, Delegation, Rz. ...)

Werder Gregori, Das Anordnungsmodell in der psychologischen Psychotherapie, Jusletter vom 2. Mai 2022 (zit. WERDER, Anordnungsmodell, Rz. ...)

Materialienverzeichnis

Botschaft zum Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe vom 18. November 2015 (zit. BBI 2015 8715)

Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 3. Dezember 2004 (zit. BBI 2004 173)

Botschaft zum Psychologieberufegesetz vom 30. September 2009 (zit. BBI 2009 6897)

Botschaft zur Änderung des Medizinalberufegesetzes (MedBG) vom 3. Juli 2013 (zit. BBI 2013 6205)

Kommentar des BAG zu den Änderung der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV) und den Änderung der Verordnung des EDI vom 29. September 1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV) (Umsetzung der Änderung vom 19. Juni 2020 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung betreffend Zulassung von Leistungserbringern sowie Weiterentwicklung der Planungskriterien) vom 23. Juni 2021 (zit. Erläuterungen Änderung KVV 2021, S. ...)

BAG, Häufig gestellte Fragen (FAQ) zur Umsetzung der KVG-Änderung «Zulassung von Leistungserbringern», Stand 25. August 2023 (zit. FAQ Zulassung Leistungserbringer, Antwort des BAG auf Frage ...)

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AFG	Amt für Gesundheit des Kantons Zürich
Art.	Artikel
BAB	Berufsausübungsbewilligung
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BBl	Bundesblatt
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999; SR 101
FaGe	Fachmann/-frau Gesundheit EFZ
GesBG	Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe vom 30. September 2016 (Gesundheitsberufegesetz); SR 811.21
GesG	Gesundheitsgesetz; LS 810.1
i.V.m.	in Verbindung mit
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994, SR 832.10
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995; SR 832.102
lit.	litera
MedBG	Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006 (Medizinalberufegesetz); SR 811.11
nuMedBV	Verordnung über die nichtuniversitären Medizinalberufe; LS 811.21
OKP	obligatorische Krankenpflegeversicherung

PsyG	Bundesgesetz über die Psychologieberufe vom 18. März 2011 (Psychologieberufegesetz); SR 935.81
Rz.	Randziffer
S.	Seite

I. Ausgangslage und Auftrag

- 1 Am 1. Februar 2020 ist das Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe in Kraft getreten. Die Übergangsbestimmung in Art. 34 Abs. 2 GesBG sieht vor, dass Personen, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes für die Ausübung ihres Gesundheitsberufes in eigener fachlicher Verantwortung nach kantonalem Recht keine Bewilligung brauchten, bis spätestens fünf Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes – also bis zum 1. Februar 2025 – über eine Bewilligung gemäss Art. 11 GesBG (Bewilligungspflicht für Tätigkeit in eigener fachlicher Verantwortung) verfügen müssen.
- 2 Das AFG informierte die betroffenen Berufsverbände und Betriebe am 13. Mai 2024 anlässlich einer Informationsveranstaltung über die Umsetzung dieser Vorgaben im Kanton Zürich. Nach Auskunft des AFG intervenierte daraufhin der Spitex Verband Kanton Zürich und ersuchte darum, die geplante Umsetzung nochmals zu überdenken. Das AFG hat daraufhin eine Kompromisslösung erarbeitet. Gemäss Auftrag vom 18. Dezember 2024 an den Verfasser des vorliegenden Rechtsgutachtens präsentiert sich diese wie folgt:
 - a. In Organisationen der Hebammen, der Physiotherapie, der Ergotherapie und der Ernährung und Diätetik muss – neben der fachlichen Leitung, deren Stellvertretung und der Standortleitung von Nebenstandorten – jede angestellte Person, die über das erforderliche Abschlussdiplom verfügt, über eine BAB verfügen. Dem liegt die Prämisse zugrunde, dass die Organisationen zur Abrechnung zulasten der OKP zugelassen sind respektive eine Zulassung beantragen.
 - b. In Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zuhause muss – neben der fachlichen Leitung, deren Stellvertretung und der Standortleitung von Nebenstandorten – jede angestellte Pflegefachperson HF/FH mit einem Beschäftigungsgrad von 50 % und mehr über eine BAB verfügen. Dem liegt die empirisch belegte Vermutung zugrunde, dass angestellte Pflegefachpersonen mit einem Pensum unter 50% ihre Tätigkeit nicht in fachlicher Eigenverantwortung ausüben, d.h. in der Regel weder Fallverantwortung übernehmen noch Bedarfsabklärungen durchführen und umgekehrt Personen mit einem Beschäftigungsgrad über 50 % in der Regel fachlich eigenverantwortlich tätig sind und auch andere angestellte Personen beaufsichtigen (Pflegehelfer SRK, FaGe, pflegende Angehörige). Die Vermutung kann im Einzelfall widerlegt werden.

c. In Alters- und Pflegeheimen muss die in die Geschäftsführung eingebundene pflegerische Leitung und ihre Stellvertretung über eine BAB verfügen. Gleiches gilt für eine Standortleitung im Falle eines Zweit- respektive eines Nebenstandortes.

d. In Spitälern muss die leitende Person der einzelnen Fachabteilungen und ihre Stellvertretung (d.h. pro Berufsgruppe) über eine BAB verfügen.

3 Am 8. Oktober 2024 hat die Sektion Zürich/Glarus/Schaffhausen des Schweizer Berufsverbands der Pflegefachfrauen und -männer (SBK) eine Mitteilung veröffentlicht, in der das AFG zur Rücknahme der Ausweitung der Bewilligungspflicht auf Mitarbeitende der Spitex und Kaderpersonal bis auf Ebene Abteilungsleitungen in Akutspitälern aufgefordert wird. Am 26. November 2024 hat das AFG kommuniziert, dass es von der Gesundheitsdirektorin des Kantons Zürich damit beauftragt worden sei, «die Praxis zu überprüfen mit dem Ziel, ein unbürokratisches Vorgehen zu erarbeiten, welches die Bundesvorgaben erfüllt, die Patientensicherheit stärkt, gleichzeitig aber auch die bereits bestehenden Qualitätssicherungsmassnahmen der Betriebe anerkennt»¹. Es werde dementsprechend den Spielraum in der Umsetzung der Bundesvorgaben prüfen.

4 Zur Vornahme dieser Prüfung wurde der Unterzeichnete am 4. Dezember 2024 damit beauftragt, das vorliegende Rechtsgutachten zur Umsetzung des Gesundheitsberufegesetzes im Kanton Zürich zu erarbeiten. Die formelle Auftragserteilung erfolgte mit Vertrag vom 18. Dezember 2024 (wobei telefonisch eine leichte Anpassung des Fragenkatalogs vorgenommen wurde).

5 Konkret sind dem Unterzeichneten mit Auftrag vom 18. Dezember 2024 die folgenden Fragen zur Beantwortung unterbreitet worden:

Frage 1: Was ist unter «Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung» zu verstehen?

Frage 2: Wo und inwieweit besteht Ermessensspielraum bei der Umsetzung des GesBG?

¹ Informationsschreiben an die Spitex-Institutionen im Kanton Zürich vom 26. November 2024.

Frage 3: Ist die geplante Umsetzung gemäss Bst. a in Einklang mit den Vorgaben des GesBG §2 und des KVG (inkl. KVV)?

Ist es korrekt, dass im Hinblick auf die Zulassung als Leistungserbringer zur Abrechnung zulasten der OKP die Vorgaben betreffend die Berufsausübungsbewilligung (BAB) für angestellte Personen von Organisationen der Physiotherapie, der Ergotherapie, der Hebammen sowie der Ernährung und Diätetik gemäss Art. 35 Abs. 2 Bst. d^{bis} und e KVG i.V.m. Art. 45a, 51, 52, 52a, 52c KVV die Bestimmungen des GesBG «überlagern/verschärfen» und den Behörden betreffend das Erfordernis der BAB kein Ermessensspielraum zusteht?

Wenn nein; inwiefern besteht Ermessensspielraum, der nicht genutzt wird?

Frage 4: Steht die geplante Umsetzung gemäss Bst. b in Einklang mit den Vorgaben des GesBG oder gibt es einen Ermessensspielraum, der nicht genutzt wird?

Ist das Vorgehen betreffend widerlegbare Vermutung rechtlich zulässig?

Frage 5: Steht die geplante Umsetzung gemäss Bst. c in Einklang mit den Vorgaben des GesBG oder gibt es einen Ermessensspielraum, der nicht genutzt wird?

Frage 6: Steht die geplante Umsetzung gemäss Bst. d in Einklang mit den Vorgaben des GesBG oder gibt es einen Ermessensspielraum, der nicht genutzt wird?

Frage 7: Allgemein: Nutzt der Auftraggeber mit der geplanten Umsetzung den vorhandenen Ermessensspielraum aus, um eine möglichst pragmatische und unbürokratische Umsetzung sicherzustellen? Wenn nein, was gäbe es für Varianten für eine möglichst unbürokratische Umsetzung, die weder bei den Leistungserbringern noch beim Auftraggeber unnötigen Aufwand verursacht?

6 Das vorliegende Rechtsgutachten stützt sich nach bestem Wissen und Gewissen auf die aktuelle Lehre und Rechtsprechung und gibt die basierend darauf gebildete und daraus abgeleitete Rechtsauffassung des Unterzeichneten wieder. Mit den nachfolgenden Ausführungen kann nicht die Zusicherung verbunden sein, dass diese Rechtsauffassung von einem Gericht oder sonstigen Dritten auf jeden Fall und im vollen Umfang geteilt würde.

II. Umfang der Bewilligungspflicht für Gesundheitsberufe

A. Kantonale Kompetenzen im Regelungsbereich der Gesundheitsberufe

1. Bundesrechtliche Bewilligungspflicht für fachlich eigenverantwortliche Berufsausübung

7 Gemäss Art. 3 und 42 Abs. 1 BV folgt die Schweizer Bundesverfassung dem System der Einzelermächtigung des Bundes. Dementsprechend kommt dem Bund die Regelungskompetenz für einen bestimmten Sachbereich zu, wenn ihm eine solche durch die Bundesverfassung eingeräumt wird. Falls für eine bestimmte Aufgabe keine Bundeskompetenz besteht, sind automatisch die Kantone regelungsbefugt.²

8 Allerdings fallen kantonale Kompetenzen und gestützt darauf erlassene kantonale Rechtsgrundlagen mit der Einräumung einer Bundeskompetenz nicht automatisch dahin. Es ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob der Bundeskompetenz ursprünglich oder nachträglich derogatorische Kraft zukommt, wobei letzteres die Regel ist.³ In dem Fall bleiben kantonalen Kompetenzen und folglich auch die kantonalen Rechtsgrundlagen bestehen und anwendbar, bis der Bund von seiner Kompetenz tatsächlich auch Gebrauch gemacht hat.

9 Das Gesundheitsberufegesetz stützt sich auf Art. 117a Abs. 2 lit. a BV, wonach der Bund Vorschriften über die Ausübung der Berufe der medizinischen Grundversorgung erlässt. Es handelt sich hierbei um eine umfassende, nachträglich derogatorische Bundeskompetenz.⁴ Diese nachträglich derogatorische Bundeskompetenz hat der Bundesgesetzgeber mit der Erlass des Ge-

² Statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1052.

³ Auch zum Folgenden HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1091 ff.

⁴ OK-TRÜMPLER/WERDER, N 24 zu Art. 117a BV:
<https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv117a>.

sundheitsberufegesetzes hinsichtlich der vorliegend zu beantwortenden Fragen dahingehend ausgeschöpft, als dass er gemäss Art. 11 GesBG die «Ausübung eines Gesundheitsberufs in eigener fachlicher Verantwortung» einer Bewilligungspflicht unterstellt. Somit bedürfen Personen, die einen Gesundheitsberuf gemäss Art. 2 Abs. 1 GesBG fachlich eigenverantwortlich ausüben, gestützt auf das Bundesrecht einer Berufsausübungsbewilligung. Dem Kanton ist es weder in der Rechtsetzung noch im Vollzug⁵ möglich, eine abweichende Praxis oder Regelung vorzusehen.⁶

10 Im Umkehrschluss verbleibt die Regelungskompetenz für die Berufsausübung, die nicht fachlich eigenverantwortlich im Sinne von Art. 11 GesBG erfolgt, bei den Kantonen. Diese können dafür im kantonalen Recht eine Bewilligungspflicht vorsehen, auf eine solche verzichten oder gar eine ganz andere diesbezügliche Regelung erlassen.⁷ Dasselbe gilt für Gesundheitsberufe, die nicht in Art. 2 Abs. 1 GesBG genannt werden.

2. Kantonale Vollzugskompetenzen

11 Gemäss Art. 11 GesBG bedarf die eigenverantwortliche Berufsausübung einer *kantonalen Bewilligung*. Obschon das Bundesrecht die Bewilligungspflicht vorschreibt, obliegt deren Vollzug und Umsetzung also den Kantonen. Angesprochen ist damit der Vollzugsföderalismus, wonach die Umsetzung des

⁵ Siehe dazu gleich unten Rz. 11 ff.

⁶ Siehe zum Ganzen auch das Urteil des Bundesgerichts 2C_236/2020 vom 28. August 2020, E. 3.3.1. Dort geht es zwar um die Kompetenzverteilung hinsichtlich universitärer Medizinalberufe gemäss Medizinalberufegesetz (MedBG). Die Ausführungen lassen sich sinngemäss aber auch auf die Kompetenzverteilung betreffend die im Gesundheitsberufegesetz regulierten Gesundheitsberufe übertragen; GÄCHTER/RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, Rz. 195; Geradezu beispielhaft kommt die nachträglich derogatorische Wirkung der Bewilligungspflicht gemäss Art. 11 GesBG übrigens in der Übergangsbestimmung Art. 34 Abs. 2 GesBG zum Ausdruck. Demnach müssen Personen, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes für die Ausübung ihres Gesundheitsberufes in eigener fachlicher Verantwortung nach kantonalem Recht keine Bewilligung brauchten, spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesundheitsberufegesetzes über eine Bewilligung nach Art. 11 GesBG verfügen. Mit anderen Worten wird das bisherige kantonale Recht im Bereich der fachlich eigenverantwortlichen Berufsausübung, welches hierfür allenfalls bis anhin keine Bewilligungspflicht vorsah, mit dessen Erlass vom bundesrechtlichen Gesundheitsberufegesetz verdrängt.

⁷ Statt vieler SBVR Gesundheitsrecht-GÄCHTER/BETSCHART-KOLLER, D N 41.

Bundesrechts nach Massgabe von Verfassung und Gesetz durch die Kantone erfolgt (Art. 46 Abs. 1 BV). Dies erlaubt eine bürgernahe Umsetzung des Bundesrechts in den Kantonen, die den regionalen Besonderheiten und Unterschieden Rechnung trägt.⁸

12 Der Begriff der Umsetzung im Sinne von Art. 46 Abs. 1 BV umfasst einerseits die Rechtsanwendung in der Form konkreter Verwaltungsakte unter Einräumung eines gewissen Masses an politischen Gestaltungsmöglichkeiten.⁹ Andererseits berührt er auch die Rechtsetzung und Rechtsprechung und somit auch alle Massnahmen, die der tatsächlichen und rechtlichen Verwirklichung des Bundesrechts dienen.¹⁰

13 Die Umsetzung hat aber nach «Massgabe von Verfassung und Gesetz» zu erfolgen (Art. 46 Abs. 1 BV). Somit sind der Inhalt und Umfang des Rechts zur Umsetzung jeweils aus den Vorgaben der Bundesverfassung und des umzusetzenden Bundesgesetzes abzuleiten.¹¹ Ein allenfalls bestehender Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung wird, wie bereits oben erwähnt, nicht nur in Kauf genommen, sondern ist beabsichtigt. Dieser verwirklicht sich materiell vor allem im Auslegungsspielraum bei der Anwendung der bundesrechtlichen Vorgaben.¹² Die materiellrechtlichen Grenzen des Bundesrechts sind durch die Kantone aber zu wahren. Mit anderen Worten werden die Kantone nicht von der Verpflichtung entbunden, die korrekte Umsetzung des Bundesrechts zu gewährleisten.¹³

14 Gesamthaft betrachtet ist mit Blick auf Art. 11 GesBG i.V.m. Art. 46 Abs. 1 BV festzuhalten, dass zumindest in Theorie ein gewisser kantonaler Spielraum bei der Umsetzung der Bewilligungspflicht für die eigenverantwortliche Ausübung eines Gesundheitsberufs besteht. Dieser verwirklicht sich über allfällige Auslegungsvarianten dieses Begriffs. Falls die Auslegung aber ergibt, dass effektiv eine fachlich eigenverantwortliche Berufsausübung im Sinne des Bundesrechts vorliegt, ist die Bewilligungsunterstellung zwingend. So wird festgehalten: «Für die Berufe, die dem Entwurf des GesBG unterstellt

⁸ BSK BV-WALDMANN/BORTER, Art. 46 N 6.

⁹ BSK BV-WALDMANN/BORTER, Art. 46 N 16.

¹⁰ BSK BV-WALDMANN/BORTER, Art. 46 N 17.

¹¹ BSK BV-WALDMANN/BORTER, Art. 46 N 21.

¹² TSCHANNEN, Grundlagen, S. 30.

¹³ BSK BV-WALDMANN/BORTER, Art. 46 N 39.

sind und deren Ausübung in eigener fachlicher Verantwortung der Bund regelt, können die Kantone keine abweichende Regelung vorsehen.»¹⁴

15 Es ist folglich davon auszugehen, dass bei fachlich eigenverantwortlicher Berufsausübung zwingend eine Bewilligung einzuholen ist. Einzig bei der Frage, was unter diesem Begriff zu verstehen ist, besteht im Rahmen der Gesetzesauslegung ein gewisser Handlungsspielraum. Dabei sind die Grenzen der materiellen Regelung des Bundesrechts, die vorliegend zweifelsohne sehr eng gezogen sind, zwingend zu beachten.

3. Zwischenfazit

16 Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen ist das Folgende festzuhalten:

- Dem Bundesgesetzgeber kommt gestützt auf Art. 117a Abs. 2 lit. a BV die Kompetenz zu, die Ausübung der Gesundheitsberufe zu regulieren.
- Er hat diese Kompetenz wahrgenommen, soweit es sich um die «Ausübung eines Gesundheitsberufs in eigener fachlicher Verantwortung» handelt und diese gemäss Art. 11 GesBG einer Bewilligungspflicht unterstellt. Soweit also eine Tätigkeit von Art. 2 Abs. 1 GesBG erfasst wird und fachlich eigenverantwortlich erfolgt, ist von Bundesrechts wegen zwingend eine Berufsausübungsbewilligung einzuholen. Es ist somit im Folgenden zu klären, wann von einer «fachlich eigenverantwortlichen Berufsausübung» auszugehen ist.
- Den Kantonen verbleibt im Rahmen ihrer Vollzugskompetenz bei der zur Umsetzung der Bewilligungspflicht gemäss Art. 11 GesBG kein Spielraum. Wo eine fachlich eigenverantwortliche Tätigkeit vorliegt, die überdies in den Anwendungsbereich des Gesundheitsberufegesetzes fällt, ist zwingend eine Berufsausübungsbewilligung einzuholen. Einzig im Rahmen der Auslegung des Begriffs der fachlich eigenverantwortlichen Berufsausübung durch die Kantone, also bei der Frage, wann effektiv eine solche vorliegt, besteht zumindest in Theorie ein gewisser Spielraum.
- Was die fachlich nicht eigenverantwortliche Berufsausübung betrifft, hat der Bundesgesetzgeber seine Gesetzgebungskompetenz nicht ausgeschöpft. Diese liegt im vollen Umfang bei den Kantonen, die somit frei

¹⁴ BBl 2014 8715, 8747.

darüber entscheiden können, ob und wie sie diese Tätigkeit regulieren wollen.

B. Begriff der «Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung»

1. Verantwortungsübernahme und keine fachliche Aufsicht durch Dritte

17 Die inhaltliche Umschreibung des Begriffs der Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung ist im Grunde genommen einfach und alleine mit Blick auf den Wortlaut von Art. 11 GesBG möglich. Demnach ist eine Person fachlich eigenverantwortlich tätig, wenn sie die Verantwortung für die von ihr angebotenen Behandlungen übernimmt und dabei keiner fachlichen Aufsicht durch eine Drittperson desselben Berufs unterstellt ist. Ausserdem liegt keine Weisungsgebundenheit vor.¹⁵ Dies ergibt sich so auch aus der Botschaft zum Gesundheitsberufegesetz, die festhält (Hervorhebung durch den Unterzeichneten):

«Der Begriff «Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung» umfasst sowohl die unselbstständige (Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines öffentlichen oder privaten Unternehmens) als auch die selbstständige Ausübung, und zwar sowohl im Nebenberuf als auch im Hauptberuf, solange diese in eigener fachlicher Verantwortung beziehungsweise nicht unter der Aufsicht einer Angehörigen oder eines Angehörigen desselben Berufs geschieht.»¹⁶

18 Das trifft auf alle Angehörigen der Berufsgruppen gemäss Art. 2 Abs. 1 GesBG zu, die ihren Beruf als Einzelperson (zivilrechtlich z.B. als Einzelfirma¹⁷) ausüben. Wenn also z.B. eine Pflegefachfrau oder ein Ergotherapeut im Rahmen einer «Einzelmaske» direkt Behandlungen an Patientinnen und Patienten durchführen möchten, werden sie das in fachlicher Eigenverantwortung tun bzw. tun müssen.

¹⁵ So ausdrücklich Erläuterungen Änderung KVV 2021, S. 4.

¹⁶ BBI 2014 8715, 8747.

¹⁷ Es ist allerdings zu beachten, dass die Rechtsform der Berufsausübung für die Frage der Bewilligungspflicht nicht entscheidend ist (s. unten Rz. 21 ff.). In der hier angesprochenen Grundkonstellation ist es aber so, dass eine andere Art als die hier angesprochene Einzelfirma als Rechtsform zivilrechtlich gar nicht möglich ist.

19 Bei dieser vergleichsweise simplen «Grundkonstellation Einzelfirma» dürfte es sich aber eher um die Ausnahme, als um die Regel handeln. Viel häufiger werden Konstellationen sein, bei denen sich die Gesundheitsfachpersonen bei einer juristischen Person anstellen lassen, die sie selber beherrschen (z.B. eigene GmbH), sie sich in einem klassischen Arbeitsverhältnis zu einer Einrichtung des Gesundheitswesens stehen (Arztpraxis, Spital, Fachpraxis der spezifischen Berufsgruppe), oder sich formlos mit anderen Gesundheitsfachpersonen in einer Gruppenpraxis zusammengeschlossen haben (z.B. Kollektivgesellschaft). Hier bestehen regelmässig verschiedene Hierarchiestufen inkl. entsprechender Weisungsrechte resp. -pflichten, Verantwortlichkeiten oder weitere Anknüpfungspunkte, bei denen es nicht ohne Weiteres klar ist, wer denn nun fachlich eigenverantwortlich im Sinne von Art. 11 GesBG tätig ist.

20 Im Folgenden ist deshalb zu eruieren, wie der Begriff der fachlich eigenverantwortlichen Berufsausübung in solchen komplexeren Konstellationen zu verstehen ist und welche Personen daran anknüpfend dazu verpflichtet sind, eine Berufsausübungsbewilligung gemäss Art. 11 GesBG einzuholen.

2. Von der «selbständigen» Berufsausübung zur Ausübung «in eigener fachlicher Verantwortung»

21 Um ein umfassendes Verständnis des Begriffs der «Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung» gemäss Art. 11 GesBG zu gewinnen, ist dieser im Kontext des Medizinalberufegesetzes und des Psychologieberufegesetzes zu lesen.¹⁸ Auch diese beiden Erlasse unterstellen die Ausübung der von ihnen erfassten Berufe (universitären Medizinalberufe gemäss Art. 2 Abs. 1 MedBG bzw. die Ausübung der psychologischen Psychotherapie gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a PsyG) einer Bewilligungspflicht, insofern sie in «eigener fachlicher Verantwortung» erfolgt (Art. 34 Abs. 1 MedBG und Art. 22 Abs. 1 PsyG). Von besonderem Interesse ist hierbei die Entwicklung der Umschreibung der Bewilligungspflicht in diesen Erlassen, die zeitlich gestaffelt erfolgte und wichtige Rückschlüsse auf die hier zu klärenden Fragen zulässt.

¹⁸ Sinngemäss GÄCHTER/RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, Rz. 264; SBVR Gesundheitsrecht-GÄCHTER/BETSCHART-KOLLER, D N 5.

2.1. **Selbständige Ausübung eines universitären Medizinalberufs**

22 Am 1. September 2007 trat auf Bundesebene das Medizinalberufegesetz in Kraft. Dieses sah in Art. 34 MedBG eine Bewilligungspflicht für die «selbständige Ausübung eines universitären Medizinalberufs» vor. Die unselbständige Tätigkeit war weiterhin möglich, ohne dass hierfür eine Bewilligung gemäss Medizinalberufegesetz hätte eingeholt werden müssen.

23 Die Botschaft führte dazu aus, dass zum Begriff der selbständigen Berufsausübung grundsätzlich auf den Bericht des Bundesrates über eine einheitliche und kohärente Behandlung von selbstständiger bzw. unselbstständiger Erwerbstätigkeit im Steuer- und im Sozialversicherungsabgaberecht vom 14. November 2001 verwiesen werden könne. Dieser Bericht stelle fest, dass sich die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Abgrenzung der selbstständigen von der unselbstständigen Erwerbstätigkeit in den verschiedenen Rechtsgebieten (Steuerrecht, Sozialversicherungsrecht und Arbeitsvertragsrecht) nur geringfügig unterscheiden.¹⁹

24 Somit kam es hinsichtlich der Bewilligungspflicht nicht auf die fachliche Verantwortung an. Stattdessen wurde anhand des Vorliegens eines Anstellungsverhältnisses zwischen bundesrechtlich bewilligungspflichtiger und bewilligungsfreier Tätigkeit unterschieden.²⁰

2.2. **Privatwirtschaftliche Ausübung in eigener fachlicher Verantwortung**

25 Mit Inkrafttreten des Psychologieberufegesetzes am 1. April 2013 fand im damaligen Art. 22 Abs. 1 PsyG erstmals der Begriff der «privatwirtschaftlichen Ausübung [...] in eigener fachlicher Verantwortung» Eingang in ein Bundesgesetz, welches die Berufsausübung im Gesundheitswesen reguliert.

26 Der erste Begriffsteil «privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit» sollte die wirtschaftliche Tätigkeit, die der Erwirtschaftung eines Gewinns oder eines Einkommens diene, erfassen. Dies unabhängig davon, ob dies selbständig oder

¹⁹ BBI 2005 173, 224 f.

²⁰ Weite Teile der Lehre gehen (m.E. zu Recht) davon aus, dass auch dem damaligen Begriffspaar selbständig-unselbständig vor allem fachliche Aspekte inhärent waren und kritisierten die Konzeption im Medizinalberufegesetz (vgl. GÄCHTER, Selbständige Berufsausübung, N 13, 18 ff. mit zahlreichen Hinweisen); SBVR Gesundheitsrecht-SPRECHER, B N 179.

unselbständig oder im Haupt- oder Nebenerwerb erfolgte.²¹ Es kam somit, anders als in der damals geltenden Fassung des Medizinalberufegesetzes, gerade nicht auf die Selbständigkeit bzw. Unselbständigkeit der Berufsausübung an.

27 Nicht als privatwirtschaftlich galt hingegen die Erwerbstätigkeit, bei der es sich um die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe oder eine öffentliche Dienstleistung handelte. Diese unterstand dem öffentlichen Recht und konnte zum damaligen Zeitpunkt mangels Bundeskompetenz nicht dem Psychologieberufegesetz unterstellt werden.²²

28 Von besonderem Interesse ist mit Blick auf die vorliegenden Fragestellungen sodann der zweite Begriffsteil, die Tätigkeit «in eigener fachlicher Verantwortung». Der Gesetzgeber wollte nur die Tätigkeit von Personen regeln, die in eigener fachlicher Verantwortung tätig sein würden und unterstellte damit auch Personen der Bewilligungspflicht, «die in privatrechtlich organisierten Gruppenpraxen arbeiten und nicht unter Aufsicht einer Kollegin oder eines Kollegen stehen. Auch z.B. delegierte Psychotherapeutinnen und -therapeuten sowie angestellte Psychotherapeutinnen und -therapeuten in leitender Funktion sollen mit diesem Begriff erfasst werden».²³ Damit sollte gewährleistet sein, dass die Verantwortung für psychotherapeutische Behandlungen bei Fachpersonen liegen würde, die entsprechend den Vorgaben des Psychologieberufegesetzes ausgebildet wurden.

29 Der Begriff «privatwirtschaftlich in eigener Verantwortung» lässt sich weiter mit Blick auf die Revision von Art. 34 MedBG schärfen, die rund fünf Jahre nach dem Psychologieberufegesetz am 1. Januar 2018 in Kraft trat. Damit wurde der ursprüngliche Art. 34 MedBG durch eine neue Fassung ersetzt, die derjenigen des Art. 22 Abs. 1 und 2 PsyG entsprach. Die Botschaft hielt dazu fest:

«Die Definition des Begriffs der «selbstständigen» Berufsausübung führt in einigen Kantonen zu Unklarheiten, da sie diesen Begriff anders umschreiben. Die heutige Definition auf Bundesebene trägt

²¹ BBI 2009 6897, 6936.

²² BBI 2009 6897, 6936; siehe dazu auch gleich unten Rz. 32; GÄCHTER/RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, Rz. 191; GÄCHTER/WERDER, Revolution, S. 6.

²³ Auch zum Folgenden BBI 2009 6897, 6937.

insbesondere der fachlichen Verantwortung keine Rechnung. Die Anwendung der geltenden Kriterien führt dazu, dass zum Beispiel Ärztinnen und Ärzte, die in einer Praxis arbeiten, welche die Rechtsform einer Aktiengesellschaft aufweist, nicht als selbstständig tätig im Sinne des MedBG gelten und somit insbesondere nicht unter die Bewilligungspflicht gemäss MedBG fallen. Auch Apothekerinnen und Apotheker, die von der Eigentümerin oder dem Eigentümer zur Führung der Offizin angestellt sind, werden vom Begriff «selbstständig» nicht erfasst. Eine derartige Situation ist nicht im Interesse der Versorgungsqualität.

Der Ersatz des Begriffs der «selbstständigen» Berufsausübung durch den Ausdruck «privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung» erfolgt im Rahmen von Artikel 95 Absatz 1 BV. Dieser Ausdruck wird bereits im Psychologieberufegesetz vom 18. März 2011 (PsyG) verwendet. Diese Anpassung der Terminologie hat zur Folge, dass auch Personen, die gegenwärtig nicht als selbstständig tätig gelten, ihren Beruf aber privatwirtschaftlich und in eigener fachlicher Verantwortung ausüben, künftig der Bewilligungspflicht gemäss MedBG unterstehen. Das MedBG wird von nun an also die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit aller Personen regeln, die ihren Beruf in eigener fachlicher Verantwortung ausüben.»²⁴

30 Das Zitat zeigt, dass mit der Revision des Medizinalberufegesetzes und der Einführung des Psychologieberufegesetzes die Bewilligungspflicht der Berufsausübung nicht mehr von deren selbständiger oder unselbständiger Form abhängig sein sollte. Entscheidend war neu zum einen die Frage, ob die Tätigkeit privatwirtschaftlich erfolgte und zum anderen, ob die betreffende Person ihren Beruf fachlich eigenverantwortlich oder unter Aufsicht einer fachlich eigenverantwortlich tätigen Person ausübte.

2.3. Streichung der Eingrenzung auf privatwirtschaftliche Tätigkeiten

31 Mit Inkrafttreten des Gesundheitsberufegesetzes am 1. Februar 2020 und damit von Art. 11 GesBG wurden auch die Art. 34 MedBG und Art. 22 PsyG abermals überarbeitet und in ihre heute gültigen Fassungen gebracht. So wurde bei beiden Gesetzesbestimmungen analog der Formulierung von Art.

²⁴ BBl 2013 6205, 6209 f.

11 GesBG der Zusatz «privatwirtschaftlich» gestrichen.²⁵ Bei allen drei Erlassen unterstehen seither entsprechend der heute gültigen Fassung diejenigen Personen von Bundesrechts wegen einer Bewilligungspflicht, die den Beruf in eigener fachlicher Verantwortung ausüben.

32 Die Streichung des Zusatzes «privatwirtschaftlich» ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass am 18. Mai 2014 der Verfassungsartikel Art. 117a BV zur medizinischen Grundversorgung in Kraft getreten ist. Dieser räumt dem Bundesgesetzgeber eine umfassende und nachträglich derogatorische Bundeskompetenz zur Regelung der Ausübung der Berufe der medizinischen Grundversorgung ein.²⁶ Im Resultat wurde damit die Regelungskompetenz von der rein privatwirtschaftlichen Tätigkeit auch auf diejenige in öffentlich-rechtlichen Institutionen ausgeweitet. Sie gilt nunmehr also unabhängig von der Rechtsnatur des Anstellungsverhältnisses sowohl in privatrechtlichen Betrieben als auch in öffentlich-rechtlichen Institutionen.²⁷

2.4. Zwischenfazit

33 Die historische Betrachtung der Entwicklung des Begriffs «fachlich eigenverantwortliche Berufsausübung» zeigt mit Blick auf die hier interessierenden Fragestellungen zweierlei auf:

- Die fachlich eigenverantwortliche Tätigkeit kann unabhängig von der zivilrechtlichen Form der Berufsausübung vorliegen oder eben nicht. Das eine besteht unabhängig vom anderen.²⁸
- Wenn es sich um eine Tätigkeit in einem Anstellungsverhältnis handelt, ist es nicht entscheidend, ob es sich um ein privat- oder öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis handelt. Somit ist auch die fachlich eigenverantwortliche Tätigkeit in einem öffentlich-rechtlichen Spital oder Ambulatorium bewilligungspflichtig.

²⁵ Statt vieler GÄCHTER/RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, Rz. 232.

²⁶ Siehe dazu bereits oben Rz. 9; GÄCHTER/RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, Rz. 191.

²⁷ BBI 2014 8715, 8747.

²⁸ So explizit auch für das Psychologieberufegesetz SBVR Gesundheitsrecht-GERTSCH/WALSER/WERDER, C N 133.

3. Fehlen fachlicher Aufsicht durch Dritte auch bei weiteren Konstellationen entscheidend

34 Wie zuvor dargelegt, lässt die zivilrechtliche Ausgestaltung der Berufsausübung keine Rückschlüsse darüber zu, ob eine Berufsausübung fachlich eigenverantwortlich im Sinne von Art. 11 GesBG erfolgt. Deshalb ist der Begriff nach hier vertretener Auffassung auch mit Blick auf Tätigkeiten, die nicht der «Grundkonstellation Einzelfirma»²⁹ entsprechen, primär nach seinem Wortlaut auszulegen. Folglich ist es auch in den in Rz. 19 umrissenen Konstellationen einzig und allein entscheidend, ob:

- eine Person für die von ihr durchgeführten Behandlungen die fachliche Verantwortung zu tragen hat,
- ob sie dabei der fachlichen Aufsicht durch eine Drittperson desselben Berufs unterstellt ist
- und ob sie weisungsgebunden ist.³⁰

35 Dieses Begriffsverständnis deckt sich auch mit der bereits mehrfach zitierten Stelle aus der Botschaft zum Gesundheitsberufegesetz. In dieser wird festgehalten (Hervorhebung durch den Unterzeichneten):

*«Der Begriff «Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung» umfasst sowohl die unselbstständige (Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines öffentlichen oder privaten Unternehmens) als auch die selbstständige **Ausübung**, und zwar sowohl im Nebenerwerb als auch im Haupterwerb, solange diese in eigener fachlicher Verantwortung beziehungsweise nicht unter der Aufsicht einer Angehörigen oder eines Angehörigen desselben Berufs geschieht.»³¹*

36 Ferner listet die Botschaft an selber Stelle zwei Konstellationen auf, bei denen von einer fachlich eigenverantwortlichen Berufsausübung auszugehen ist:

²⁹ Siehe dazu oben Rz. 17 ff.

³⁰ So auch sinngemäss SBVR Gesundheitsrecht-GÄCHTER/BETSCHART-KOLLER, D N 44 mit Hinweisen.

³¹ BBI 2014 8715, 8747.

«Bei den in eigener fachlicher Verantwortung tätigen Personen handelt [...] um angestellte Führungskräfte, welche die fachliche Verantwortung für die korrekte Berufsausübung der ihnen unterstellten Mitarbeitenden tragen, und um angestellte Fachkräfte, die ihre Tätigkeit alleine ausüben und keiner fachlichen Aufsicht unterstehen.»³²

37 Mit Blick darauf brauchen also die folgenden Personen, die nicht in der Grundkonstellation Einzelfirma tätig sind, eine Berufsausübungsbewilligung:

- Führungskräfte, denen die fachliche Verantwortung für ihre Mitarbeitenden übertragen wurde. Umgekehrt lässt das auch darauf schliessen, dass die Mitarbeitenden, die einer solchen Führungskraft unterstellt sind, keine Berufsausübungsbewilligung gemäss Art. 11 GesBG einzuholen haben. Als Beispiel für eine solche bewilligungspflichtige Berufsausübung nennt die Botschaft die Leitung des Pflegedienstes oder der Pflegeabteilung eines Spitals.³³
- Angestellte Fachkräfte, die über keine Berufskolleginnen und Berufskollegen bei der Arbeitgeberin verfügen und die dementsprechend auch keiner fachlichen Aufsicht unterstehen. Als Beispiel dafür ist der in einer ärztlichen Gruppenpraxis angestellte Physiotherapeut zu nennen.

38 Vor dem Hintergrund liegt eine «fachlich eigenverantwortliche Berufsausübung» im Sinne von Art. 11 GesBG auch in Konstellationen vor, die nicht der Grundkonstellation Einzelfirma entsprechen, wenn eine Person ihren Beruf nicht unter fachlicher Aufsicht ausübt, die Verantwortung für die Behandlungen trägt und weisungsungebunden ist. Dies ist mit Blick auf die Botschaft und die darin zum Ausdruck kommende Intention des Gesetzgebers für alle Personen der Fall, die keine Führungsfunktion wahrnehmen. Diese benötigen keine Berufsausübungsbewilligung gemäss Art. 11 GesBG. Deren Kontrolle erfolgt nicht direkt durch die Aufsichtsbehörden, sondern durch die Fachperson des jeweiligen Betriebs, die über eine Berufsausübungsbewilligung gemäss Art. 11 GesBG verfügen muss.³⁴

³² BBI 2014 8715, 8747.

³³ BBI 2014 8715, 8747.

³⁴ SBVR Gesundheitsrecht-GÄCHTER/BETSCHART-KOLLER, D N 44.

39 Ferner wirken die aus dieser begrifflichen Umschreibung abgeleiteten Prüfkriterien beidseitig. Den Kantonen ist es folglich nicht erlaubt, auf die Anwendung einzelner Kriterien und damit das Erfordernis einer Berufsausübungsbewilligung gemäss Art. 11 GesBG zu verzichten. Es ist ihnen aber auch nicht gestattet, den Begriff der fachlich eigenverantwortlichen Berufsausübung durch das Aufstellen zusätzlicher Kriterien auf Personen zu erweitern, die von Bundesrechts wegen nicht fachlich eigenverantwortlich tätig sind und dementsprechend eben auch nicht der Bewilligungspflicht gemäss Art. 11 GesBG unterstehen.

4. Kriterium der fachlichen Aufsicht durch Dritte auch teleologisch gestützt

4.1. Umschreibung des Zwecks der Bewilligungspflicht

40 Nach der historischen Betrachtung des Begriffs der fachlich eigenverantwortlichen Berufsausübung und der Analyse seines Wortlauts unter Beizug der Materialien ist das vorläufige Ergebnis teleologisch, also mit Blick auf den Zweck der Bewilligungspflicht des Gesundheitsberufegesetzes, zu überprüfen.

41 Gemäss Art. 1 lit. a GesBG fördert das Gesundheitsberufegesetz im Interesse der öffentlichen Gesundheit³⁵ die Qualität der Ausbildung in den Gesundheitsberufen und gemäss litera b ebendieser Bestimmung auch die Qualität der Ausübung der Gesundheitsberufe in eigener fachlicher Verantwortung. Diese Ziele sind vor dem Hintergrund der zunehmenden qualitativen und quantitativen Bedeutung der Gesundheitsberufe für die Sicherstellung der Gesundheitsversorgung zu sehen. Zusammengefasst ging der Gesetzgeber von einer steigenden Nachfrage an Gesundheitsdienstleistungen aufgrund demografischer Faktoren und von höheren Anforderungen an die Ausübung der Gesundheitsberufe aufgrund epidemiologischer Faktoren aus. Beides bedinge eine Zunahme an koordinierter Versorgung aller Medizinalberufe in eigentlichen Versorgungsnetzwerken. Damit diese koordinierte Zusammenarbeit gelinge, bedürfe es einer einheitlichen Ausbildung und einheitlicher Regeln zur Berufsausübung.³⁶

³⁵ Dazu BBI 2014 8715, 8726.

³⁶ Zum Ganzen BBI 2014 8715, 8722 ff.

42 Für den Regelungsbereich der Berufsausübung hat man dazu das Erfordernis und die Voraussetzungen zur Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung zur fachlich eigenverantwortlichen Tätigkeit vereinheitlicht. Dies ermöglicht es den Kantonen – in Kombination mit der Schaffung des Gesundheitsberuferegisters gemäss Art. 23 ff. GesBG – die Aufsicht über die fachlich eigenverantwortlich tätigen Personen und die Kontrolle, dass diese entsprechend den Mindestanforderungen des Gesundheitsberufegesetzes ausgebildet sind.³⁷ Mit anderen Worten soll jede Person darauf vertrauen können, dass die fachliche Verantwortung für ihre Behandlung bei einer Person liegt, die über den entsprechenden Ausbildungsabschluss gemäss Gesundheitsberufegesetz verfügt. Damit wird dem hohen gesundheitlichen Schädigungspotential einer nicht sachgemässen Ausübung eines Gesundheitsberufes Rechnung getragen.³⁸

43 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Bewilligungspflicht zwei Funktionen erfüllen soll: Erstens gibt sie den Aufsichtsbehörden die Möglichkeit zur Überprüfung, ob die fachlich verantwortlichen Personen im Betrieb die erforderlichen Qualifikationen aufweisen. Zweitens wird durch die damit verbundene Unterstellung unter die Berufspflichten gemäss Art. 16 GesBG sichergestellt, dass die Berufsausübung selber gewissen Standards folgt und bei Verstössen Disziplinar massnahmen gemäss Art. 19 GesBG ausgesprochen werden können. Beides dient letzten Endes dem öffentlichen Gesundheitsschutz.

4.2. Vereinbarkeit des Auslegungsergebnisses mit dem Zweck

44 Es stellt sich nun die Frage, ob das vorliegende Verständnis des Begriffs «fachlich eigenverantwortliche Berufsausübung» mit dem so umschriebenen Zweck der Bewilligungspflicht vereinbar ist.

45 Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass bei einer Einschränkung der Bewilligungspflicht auf die fachlich tatsächlich verantwortlichen Führungskräfte keine direkte Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden erfolgt, ob die unter Aufsicht tätigen Gesundheitsfachpersonen über die notwendigen Qualifikationen verfügen. Dies insbesondere auch deshalb nicht, weil die Beschäfti-

³⁷ Zum Ganzen BBI 2014 8715, 8725.

³⁸ SBVR Gesundheitsrecht-GÄCHTER/BETSCHART-KOLLER, D N 40.

gung dieser Personen gemäss § 7 Abs. 1 nuMedBV nicht bewilligungspflichtig ist.

46 Es wird aber in § 7 Abs. 2 nuMedBV vorgeschrieben, dass die unter fachlicher Aufsicht tätige Person dieselben Qualifikationen aufweisen muss, wie sie für die fachlich eigenverantwortliche Tätigkeit vorausgesetzt werden. Es besteht somit im kantonalen Recht eine gesetzliche Grundlage, die den oben umschriebenen Zweck zumindest materiell sicherstellt.

47 Weiter überträgt § 7 Abs. 3 nuMedBV der fachlich eigenverantwortlich tätigen Person die Pflicht, eine genügende Aufsicht sicherzustellen und in der Regel dafür auch persönlich anwesend zu sein. Diese Pflicht lässt sich im Übrigen auch direkt aus Art. 16 lit. a GesBG ableiten, der sie zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung verpflichtet.³⁹ Übertragbar sind sodann nur diejenigen Verrichtungen, zu denen auch die fachlich eigenverantwortlich tätige Person berechtigt wäre (§ 11 Abs. 1 GesBG). Dadurch schafft das kantonale Recht einen Ausgleich dafür, dass die Einhaltung des Erfordernisses gemäss § 7 Abs. 2 nuMedBV nicht durch die kantonale Aufsichtsbehörde kontrolliert wird.

48 Verletzt die fachlich eigenverantwortlich tätige Person ihre Aufsichtspflichten, drohen ihr die Sanktionen gemäss Art. 19 GesBG. Diese reichen von einer Verwarnung bis zum definitiven und unbefristeten Verbot der Berufsausübung. In schwerwiegenden Fällen ist es zudem denkbar, ihr aufgrund fehlender Vertrauenswürdigkeit die Berufsausübungsbewilligung zu entziehen (so explizit § 5 Abs. 1 lit. c GesG und Art. 12 GesBG *e contrario*). Darüber hinaus sind solche Verletzungen der Berufspflichten im Allgemeinen (§ 61 Abs. 1 lit. b GesG) und hinsichtlich nicht vertretbarer Übertragung von Tätigkeiten an fachlich nicht eigenverantwortlich tätige Personen im Besonderen (§ 61 Abs. 1 lit. g GesG) strafrechtlich bewehrt.

49 Es lässt sich festhalten, dass das kantonale Recht explizit vorsieht, dass die fachlich unter Aufsicht tätigen Gesundheitsfachpersonen dieselben Qualifikationen aufweisen müssen, wie die fachlich eigenverantwortlich tätigen. Somit wird der oben definierte Zweck der Bewilligungspflicht des Gesundheitsberufegesetzes auch dann verwirklicht, wenn lediglich die fachlich ei-

³⁹ Vgl. für die analoge Bestimmung in Art. 40 lit. a MedBG SBVR Gesundheitsrecht-RUMETSCH, B N 507 ff.

genverantwortlichen Führungskräften unter die Bewilligungspflicht gemäss Art. 11 GesBG fallen. Der einzige Unterschied besteht darin, dass die Kontrolle der Einhaltung nicht direkt durch die kantonale Aufsichtsbehörde erfolgt, sondern lediglich indirekt, indem sie der fachlich eigenverantwortlich tätigen Person übertragen wird. Letztere kann beim Verstoss gegen die ihr übertragene Aufsichtspflicht empfindlich sanktioniert werden.

50 Diese Auffassung deckt sich mit dem Wortlaut der Botschaft zum Gesundheitsberufegesetz, wo festgehalten wird:

«Deshalb sieht Artikel 11 zur Gewährleistung der Patientensicherheit eine einheitliche Bewilligungspflicht für die Ausübung in eigener fachlicher Verantwortung vor. Bei einer Person, die unter fachlicher Aufsicht einer entsprechenden Fachperson tätig ist, ist hingegen davon auszugehen, dass diese Kontrolle ausreicht, um die Patientensicherheit und die Qualität der Leistungen zu gewährleisten, so dass eine Bewilligung nicht nötig ist.»⁴⁰

51 Die obenstehende Auslegung des Begriffs der «fachlich eigenverantwortlichen Berufsausübung» läuft dem Zweck des Gesundheitsberufegesetzes also nicht zuwider.

5. Verhältnismässige Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit durch die Bewilligungsunterstellung

52 Der Vollständigkeit halber ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass eine Bewilligungspflicht für die Ausübung einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit ein schwerer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV ist. Diese schützt sowohl die freie Berufswahl als auch den freien Zugang zu einer frei gewählten privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit.⁴¹ Dieser Grundrechtseingriff muss den Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV genügen, ansonsten er rechtswidrig ist.

53 Eine gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV liegt mit der Bewilligungspflicht gemäss Art. 11 GesBG zweifelsohne vor. Dasselbe gilt hinsichtlich des Erfordernisses des öffentlichen Interesses an der Einschränkung

⁴⁰ BBI 2014 8715, 8747.

⁴¹ Auch zum Folgenden statt vieler SBVR Gesundheitsrecht-GÄCHTER/BETSCHART-KOLLER, D N 45; Urteil des Bundesgerichts 2C_236/2020 vom 28. August 2020, E. 6.3.

gemäss Art. 36 Abs. 2 BV. Diesbezüglich ist sinngemäss auf die obenstehenden Ausführungen zum Zweck der Regulierung zu verweisen.⁴²

54 Was die Verhältnismässigkeit gemäss Art. 36 Abs. 3 BV betrifft, würde eine Bewilligungspflicht für diejenigen Personen, die unter fachlicher Aufsicht Dritter tätig sind, zu weit gehen. Sie wäre gemäss der Botschaft zum Gesundheitsberufegesetz nicht notwendig und damit unverhältnismässig. Die Einschränkung der Bewilligungspflicht auf Personen, die in eigener fachlicher Verantwortung tätig sind, ist somit aus grundrechtlicher Perspektive geboten.⁴³

C. Konkrete Wahrnehmung der Aufsichtstätigkeit

1. Umschreibung der sachgemässen Aufsicht

55 Mit Blick auf die obenstehenden Ausführungen sind die Kriterien der fachlich eigenverantwortlichen Berufsausübung klar benannt. Es stellt sich aber gleichwohl die Frage, wie eine Drittaufsicht und Weisungsbefugnis auszuüben ist, dass sie als rechtsgenügend gilt und dementsprechend eine fachlich nicht eigenverantwortliche Tätigkeit vorliegt.

56 Die Kriterien der Drittaufsicht und Weisungsgebundenheit bei der Erbringung medizinischer Leistungen betrifft im Kern die Frage nach dem Verhältnis der beaufsichtigenden und der beaufsichtigten Person. Die Erstere delegiert die Leistungserbringung an die Letztere, hat diese aber ordnungsgemäss zu beaufsichtigen. Sie ist dafür verantwortlich, dass die Behandlung trotz Delegation *lege artis* erfolgt. Dies ist der Fall, wenn die Trias Auswahl, Instruktion und Überwachung eingehalten wurden, die dem zivilrechtlichen Auftragsrecht entnommen sind.⁴⁴

57 Nach hier vertretener Auffassung ist bei der Frage, ob nun tatsächlich eine Drittaufsicht vorliegt, ebenfalls auf diese Trias abzustellen. Das hat zur Folge, dass in den Fällen von einer Tätigkeit unter Drittaufsicht auszugehen ist,

⁴² Siehe oben Rz. II.B.4.1 ff.; zum Ganzen auch SBVR Gesundheitsrecht-GÄCHTER/BETSCHART-KOLLER, D N 45; BBI 2014 8715, 8747.

⁴³ BBI 2014 8715, 8747; gemäss Bundesgericht steht dies einer kantonalen Bewilligungspflicht, wie sie im Kanton Zürich aber nicht besteht, jedoch nicht entgegen (Urteil des Bundesgerichts 2C_236/2020 vom 28. August 2020, E. 6.3).

⁴⁴ Vgl. KIESER, Weiterbildung, S. 584 f.

wenn die beaufsichtigte Person in tatsächlicher Hinsicht überwacht wird. Eine Überwachung ist dann rechtsgenügend, wenn gewährleistet ist, dass eine Drittperson bei Schwierigkeiten einschreiten kann und die beaufsichtigte Person jederzeit um weitere Instruktion und Unterstützung durch die sie beaufsichtigende Person ersuchen kann.⁴⁵ Die Schwierigkeit besteht hierbei darin, dass sich die Frage der rechtsgenügenden Überwachung nicht abstrakt beantworten lässt, sondern immer nur mit Blick auf den Ausbildungsstand und die Fähigkeiten der beaufsichtigten Person, die Komplexität des jeweiligen Behandlungsfalles und der Sensibilität der konkreten Tätigkeit.⁴⁶ Insofern fliessen auch die Kriterien der Auswahl und Instruktion in die Beurteilung mit ein.

58 Dem ist hinsichtlich der losgelöst vom einzelnen Behandlungsfall zu beurteilenden Frage, ob eine Drittaufsicht im Sinne des Kriteriums der fachlich eigenverantwortlichen Berufsausübung vorliegt, Rechnung zu tragen. Es muss zwecks Nachweis der Drittaufsicht nach hier vertretener Auffassung lediglich, aber immerhin, dargetan werden können, dass die beaufsichtigende Person für die beaufsichtigte Person jederzeit erreichbar ist und innert sachgemässer Frist die Behandlung persönlich übernehmen kann, falls dies angezeigt ist. Dabei ist kein allzu strenger Massstab anzulegen, weil nach Ansicht des Bundesgericht die konkrete Ausgestaltung der Überwachung im pflichtgemässen Ermessen der einzelnen Leistungserbringer liegt⁴⁷ und die von der vorliegenden Fragestellung betroffenen Personen ohnehin über dieselben fachlichen Qualifikationen verfügen müssen, wie die beaufsichtigende Person selber.⁴⁸

59 Dieser Nachweis ist idealerweise durch das Vorlegen entsprechender Konzepte, Merkblätter, Behandlungsrichtlinien und Mitarbeiterweisungen zu erbringen. Es ist nach hier vertretener Auffassung aber auch denkbar, ohne solche Grundlagenpapiere den Nachweis einer rechtsgenügenden Drittaufsicht zu erbringen, die vom Einholen einer Berufsausübungsbewilligung ge-

⁴⁵ Vgl. KIESER, Weiterbildung, S. 585.

⁴⁶ Sinngemäss KIESER, Weiterbildung, S. 584 f.; KIESER, Spitex-Organisationen, S. 79.

⁴⁷ Für die Spitex: Urteil des Bundesgerichts 9C_597/2007 vom 19. Dezember 2007, E. 5.2; für die Delegation ärztlicher Leistungen z.B. BGE 107 V 46, E. 4b, BGE 114 V 266, E. 2a und WERDER/GÄCHTER, Delegation, Rz. 19 ff.

⁴⁸ In dem Zusammenhang ist mit Blick auf die Frage 4 darauf hinzuweisen, dass

mäss Art. 11 GesBG entbindet. Mit anderen Worten ist die Möglichkeit des Nachweises nicht auf diese Grundlagenpapiere eingeschränkt, sondern könnte, falls notwendig, auch durch den Nachweis der konkreten Aufsichtstätigkeit erbracht werden. Hierbei ist z.B. an protokollierte Instruktionsgespräche, Schulungen und ähnliches zu denken.

2. Exkurs: Umfassende präventive Kontrolle nicht angezeigt

60 Die hier näher beleuchtete Frage nach der Ausgestaltung des Aufsichtsverhältnisses, damit von einer Drittaufsicht gesprochen werden kann, stellt sich im Kontext der Frage, ob eine Berufsausübungsbewilligung gemäss Art. 11 GesBG einzuholen ist. Es ist deshalb noch kurz darauf einzugehen, ob vorgängig zu prüfen ist, ob bei der behaupteten fachlich nicht eigenverantwortlichen Tätigkeit zumindest in abstrakter Hinsicht eine rechtsgenügende Drittaufsicht gewährleistet ist. Diese Prüfung dürfte mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden sein, weil keine Kontaktaufnahme der fachlich nicht eigenverantwortlich tätigen Personen erfolgt und auch die sie beschäftigenden Aufsichtspersonen keinen Antrag ans AFG stellen müssen.

61 Die Kantone sind aufgrund ihrer Vollzugskompetenz dazu verpflichtet, die Einhaltung der bundesrechtlichen Vorgaben zu überwachen. Das bedeutet, dass bei Hinweisen auf eine fachlich eigenverantwortliche Tätigkeit, ohne dass eine entsprechende Berufsausübungsbewilligung eingeholt wurde, entsprechende Abklärungen inklusive der entsprechenden Sanktionierungen vorzunehmen sind.⁴⁹

62 Das Bundesrecht verpflichtet die Aufsichtsbehörden aber nicht dazu, im Gesundheitsberuferegister registrierte, nichtuniversitäre Medizinalperson gesamthaft dahingehend zu überprüfen, ob sie mit Blick auf ihre konkrete Tätigkeit eine Bewilligung einzuholen haben, oder nicht. Dies würde erstens zu weit gehen, weil dies einen enormen administrativen Aufwand und faktisch eine systematische und flächendeckende Überwachung der medizinischen Leistungserbringung bedingen würde. Zweitens ist es fraglich, ob die damit einhergehende Kontrolle von fachlich nicht eigenverantwortlich tätigen Personen von der Bundeskompetenz noch gedeckt wäre. Immerhin ist diese,

⁴⁹ Siehe zur Vollzugskompetenz oben Rz. 11 ff.

wie eingangs aufgeführt, auf die fachlich eigenverantwortliche Berufsausübung beschränkt.⁵⁰

63 Eine präventive Kontrolle der fachlich nicht eigenverantwortlichen Personen im oben beschriebenen umfassenden Sinn würde es also bedingen, dass die Tätigkeit nichtuniversitärer Medizinalpersonen unter Aufsicht gemäss kantonalen Recht bewilligungspflichtig wäre. In deren Rahmen müsste die unter Drittauf sicht stehende Person darlegen, dass eine solche tatsächlich besteht. Da dies aber nicht der Fall ist,⁵¹ kann von einem bewussten Entscheid des Verordnungsgeber ausgegangen werden, auf eine solche Kontrolle zu verzichten.

64 Anders gestaltet sich die Rechtslage hingegen bei den Berufsgruppen, bei denen gemäss kantonalem Recht gestützt auf § 35 GesG eine Betriebsbewilligung einzuholen ist. Diese Betriebe müssen gemäss § 36 Abs. 1 lit. a und b GesG nachweisen, dass sie den angebotenen Leistungen entsprechend eingerichtet sind und über das für eine fachgerechte Versorgung notwendige Personal verfügen. Zudem ist gemäss litera d der Bestimmung eine Person zu bezeichnen, die für die Einhaltung der gesundheitspolizeilichen Vorschriften verantwortlich ist. Gestützt auf diese Bestimmungen lässt es sich rechtfertigen und ist es nach hier vertretener Auffassung gar vorgeschrieben, dass sich das Betriebskonzept zur Ausgestaltung und Wahrung der Drittauf sicht über fachlich nicht eigenverantwortlich tätige Personen äussert. Im Zuge der Bewilligungserteilung kann somit zumindest indirekt und abstrakt geprüft werden, ob die in der jeweiligen Institution tätigen Personen einer Drittauf sicht entstehen, die sie vom Einholen einer Berufsausübungsbewilligung gemäss Art. 11 GesBG entbindet.

65 Mit Blick auf die hier einschlägigen Berufsgruppen und die zu beantwortenden Fragen ist die Konstellation «Betriebsbewilligung» einzig für die Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause von Relevanz. Diese benötigen gemäss § 35 Abs. 1 lit. a GesG i.V.m. § 35 Abs. 2 lit. c GesG eine Betriebsbewilligung und haben die genannten Nachweise gemäss § 36 Abs. 1 GesG zu erbringen. Dies erlaubt dem AFG folglich auch die Prüfung, ob die Aufsicht so ausgestaltet ist, dass eine Drittauf sicht tatsächlich besteht.

⁵⁰ Siehe oben Rz. 7 ff.

⁵¹ Siehe oben Rz. 44 ff.

D. Schlussfolgerungen

66 Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen zeigt sich ein klares Bild, wann eine Person eine Berufsausübungsbewilligung gemäss Art. 11 GesBG einzuholen hat und in welchen Fällen keine solche Bewilligung notwendig ist. Entscheidend ist dabei die Frage, ob die Tätigkeit der betreffenden Person als fachlich eigenverantwortliche Berufsausübung zu qualifizieren ist. Eine solche liegt unter folgenden Voraussetzungen vor:

- Die Person übt eine Tätigkeit gemäss Art. 2 Abs. 1 GesBG aus.
- Sie trägt die Verantwortung für die von ihr angebotenen Behandlungen.
- Sie untersteht bei ihrer Tätigkeit keiner fachlichen Aufsicht durch eine Drittperson desselben Berufs und ist weisungsungebunden.

67 Sind diese Voraussetzungen erfüllt, hat die Person von Bundesrechts wegen zwingend eine Berufsausübungsbewilligung gemäss Art. 11 GesBG einzuholen. Dies gilt unabhängig davon, wie ihre Tätigkeit zivilrechtlich ausgestaltet ist. Den Kantonen verbleibt in solchen Fällen keinerlei Spielraum, die betreffende Person von der Einholung der Berufsausübungsbewilligung zu entbinden. Gleichzeitig kommt den Kantonen aber auch nicht die Möglichkeit zu, die Voraussetzungen mit eigenen Kriterien zu ergänzen. Die Bindungswirkung der bundesrechtlichen Vorgaben wirkt beidseitig.

68 Wendet man diese Voraussetzungen auf typische Formen der Ausübung der Gesundheitsberufe gemäss Art. 2 Abs. 1 GesBG an, ergeben sich die folgenden Konstellationen:

Form der Berufsausübung	Bewilligungspflichtig?	Ja	Nein
Als Einzelperson in eigenem Namen und auf eigene Rechnung	Bewilligungspflichtig		
Im Zusammenschluss mit Angehörigen derselben Berufsgruppe, ohne der Aufsicht durch eine Drittperson unterstellt zu sein	Bewilligungspflichtig		
Im Zusammenschluss mit Angehörigen derselben Berufsgruppe und mit Aufsichtspflichten gegenüber	Bewilligungspflichtig		

Drittpersonen	
Im Zusammenschluss mit Angehörigen derselben Berufsgruppe, unter der Aufsicht durch eine Drittperson	Nicht bewilligungspflichtig
Als einzige Person der spezifischen Berufsgruppe in einem Spital oder einer anderen Gesundheitsinstitution	Bewilligungspflichtig
In einem Spital oder einer anderen Gesundheitsinstitution mit Angehörigen derselben und anderer Berufsgruppen und mit Aufsichtspflichten gegenüber Drittpersonen derselben Berufsgruppe	Bewilligungspflichtig
In einem Spital oder einer anderen Gesundheitsinstitution mit Angehörigen derselben und anderer Berufsgruppen, ohne der Aufsicht durch eine Drittperson derselben Berufsgruppe unterstellt zu sein	Bewilligungspflichtig
In einem Spital oder einer anderen Gesundheitsinstitution mit Angehörigen derselben und anderer Berufsgruppen, unter der Aufsicht durch eine Drittperson derselben Berufsgruppe	Nicht bewilligungspflichtig

69

Abschliessend ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass sich bei diesem Verständnis des Begriffs der fachlich eigenverantwortlichen Berufsausübung materiell für die Angehörigen der jeweiligen Berufsgruppen hinsichtlich der Bewilligungspflicht gar nichts geändert hat. Sämtliche Berufe des Art. 2 Abs. 1 GesBG waren schon gestützt auf die einschlägigen Bestimmungen der kantonalen Verordnung über die nichtuniversitären Medizinalberufe bewilligungspflichtig, soweit sie fachlich eigenverantwortlich ausgeübt wurden. Geändert haben sich nur die Bewilligungsvoraussetzungen und die Rechtsgrundlagen der Bewilligungspflicht. Diese finden sich nicht mehr in der nuMedBV, sondern abschliessend in Art. 11 GesBG. In Anbetracht dessen besteht alleine gestützt auf Art. 11 GesBG bzw. die Übergangsbestimmung in Art. 34 Abs. 2 GesBG kein Anlass dazu, die kantonale Bewilligungspflicht zu erweitern.

III. **Zusammenspiel des Gesundheitspolizeirechts mit den Zulassungsvoraussetzungen des KVG**

70 Die Kompromisslösung des AFG sieht gemäss litera a⁵² vor, dass in den Organisationen der Hebammen, der Physiotherapie, der Ergotherapie und der Ernährung und Diätetik neben der fachlichen Leitung, deren Stellvertretung und der Standortleitung von Nebenstandorten auch jede angestellte Person, die über das erforderliche Abschlussdiplom verfügt, der Bewilligungspflicht untersteht und eine Berufsausübungsbewilligung einholen muss. Dies wird damit begründet, dass die entsprechende Organisation andernfalls nicht als OKP-Leistungserbringerin zugelassen werden könne.

71 Vor dem Hintergrund ist gemäss der Frage 3 im vorliegenden Rechtsgutachten zu klären, ob die Voraussetzungen der OKP-Zulassung die Voraussetzungen der Bewilligungspflicht gemäss Art. 11 GesBG verschärfen ist.⁵³

A. **Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen (vermeintlich) klar**

1. **Am Wortlaut orientierte Auslegung der OKP-Zulassungsvoraussetzungen**

72 Das Krankenversicherungsrecht definiert in Art. 35 Abs. 2 KVG die Arten von Leistungserbringern, die Leistungen zulasten der OKP erbringen können. Darunter fallen gemäss Art. 35 Abs. 2 lit. d KVG auch Hebammen. Die in der Physiotherapie, Ergotherapie und Ernährungsberatung tätigen Personen werden in Art. 35 Abs. 2 KVG nicht ausdrücklich genannt. Sie gehören aber zur Kategorie der Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen können (Art. 35 Abs. 2 lit. e KVG). Ebenfalls Leistungserbringer in diesem Sinne sind gemäss ebendieser Bestimmungen die Organisationen, die solche Personen beschäftigen.

73 Die konkreten Zulassungsvoraussetzungen für die einzelnen Leistungserbringer ergeben sich aus der Krankenversicherungsverordnung. Die Systematik ist hierbei für jede der hier interessierenden Arten von Leistungserbringern dieselbe. Zum einen werden detaillierte Zulassungsvoraussetzungen für die natürlichen Personen definiert, die eine OKP-Zulassung in ihrem

⁵² Siehe oben Rz. 2.

⁵³ Siehe oben Rz. 5.

Tätigkeitsbereich beabsichtigen. Die Bestimmungen⁵⁴ folgen hierbei regelungstechnisch im Grundsatz alle derselben Systematik und weisen denselben Wortlaut auf:

«[Konkrete Berufsgruppe] werden zugelassen, wenn sie die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

a. Sie verfügen über eine kantonale Bewilligung für die Berufsausübung als [Berufsgruppe] nach Art. 11 GesBG oder eine nach Art. 34 Abs. 1 GesBG anerkannte Bewilligung;

b. [Erfordernis praktischer Erfahrung, wobei diese erst nach Erhalt des Diploms anzurechnen ist⁵⁵];

c. Sie üben ihren Beruf selbständig und auf eigene Rechnung aus;

d. Sie weisen nach, dass sie die Qualitätsanforderungen nach Art. 58g erfüllen.»

74 Zum anderen werden für die jeweiligen Organisationen der Berufsgruppe in einer zusätzlichen Bestimmung Zulassungsvoraussetzungen festgeschrieben. Die Zulassungsvoraussetzungen gemäss litera c der Bestimmungen ist jeweils wie folgt formuliert:

«Sie erbringen ihre Leistungen durch Personen, welche die Voraussetzungen nach [Verweis auf Bestimmung mit Zulassungsvoraussetzungen für natürliche Personen der jeweiligen Berufsgruppe] erfüllen.»

75 Die Zulassungsvoraussetzungen ergeben sich folglich aus einem Zusammenspiel der jeweiligen Bestimmung für die natürliche Person und derjenigen für die Organisation der Berufsgruppe. Die Beachtung dieses Zusammenwirkens ist für die Auslegung unabdingbar.

⁵⁴ Für Hebammen: Art. 45 (natürliche Person) und Art. 45a (Organisation); für Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten: Art. 47 (natürliche Person) und Art. 52 (Organisation); für Ergotherapeutinnen und Ergotherapeuten: Art. 48 (natürliche Person) und Art. 52a (Organisation); für Ernährungsberaterinnen und Ernährungsberater: Art. 50a (natürliche Person) und Art. 52c (Organisation).

⁵⁵ Siehe dazu FAQ Zulassung von Leistungserbringern, Antwort des BAG auf Frage N.

76 Die rein grammatikalische Betrachtung zeichnet hinsichtlich der Frage, wer in einer zur OKP zugelassenen Organisation der jeweiligen Leistungserbringer einer Berufsausübungsbewilligung bedarf, ein klares Bild. Die litera c der Zulassungsvoraussetzungen für Organisationen verlangt, dass die Leistungen, die der Organisation zugerechnet werden, durch Personen erbracht werden, welche die Zulassungsvoraussetzungen für die natürlichen Personen der Berufsgruppe erfüllen. Letztere verlangen als Voraussetzung für die natürlichen Personen eine Berufsausübungsbewilligung nach Art. 11 GesBG. Folglich sind auch die Leistungen in der Organisation durch Personen mit einer Berufsausübungsbewilligung zu erbringen.

77 Diese grammatikalische Auslegung wird auch durch die Ausführungen in der Kommentierung der KVV-Bestimmungen durch das BAG gedeckt. Diese lautet wie folgt (Hervorhebung durch den Unterzeichneten):

*«Angestellte Ärzte und Ärztinnen in ambulanten Einrichtungen beziehungsweise angestellte universitäre und **nicht-universitäre Gesundheitsfachpersonen in den entsprechenden Organisationen benötigen** (mit Ausnahme jener der Organisation der Krankenpflege und Hilfe zu Hause) **ebenfalls eine kantonale Berufsausübungsbewilligung** beziehungsweise müssen nach kantonalem Recht zugelassen sein.»⁵⁶*

78 Gesamthaft betrachtet scheint die Rechtslage also eindeutig und klar zu sein: Wer für eine zur OPK zugelassene Organisation der entsprechenden nichtuniversitären Gesundheitsberufe Leistungen erbringt, benötigt eine Berufsausübungsbewilligung, wenn die Leistungen dieser Person der OKP durch die Organisation in Rechnung gestellt werden sollen.

2. Strikte Orientierung am Wortlaut führt zu Widersprüchen

79 In Anbetracht des klaren Wortlauts lässt sich die Kompromisslösung des AFG im Grundsatz rechtlich gut begründen. Gleichwohl entstehen bei genauerer Betrachtung aber Zweifel daran, ob dem BAG bei Erlass der einschlägigen

⁵⁶ Erläuterungen Änderung KVV 2021, S. 6.

Verordnungsbestimmungen tatsächlich die Vorschrift vorschwebte, wie sie das AFG als Grundlage für seine Kompromisslösung nimmt.⁵⁷

2.1. «OKP-Zulassung» ist von der «gesundheitspolizeilichen Bewilligungspflicht» abzugrenzen

2.1.1. Im Allgemeinen

80 Wer in der Schweiz als universitäre oder nichtuniversitäre Medizinalperson fachlich eigenverantwortlich tätig sein will, benötigt dazu eine entsprechende Berufsausübungsbewilligung gemäss Art. 11 GesBG oder allenfalls gemäss kantonalem Recht. Diese dient dem Schutz der öffentlichen Gesundheit und stellt sicher, dass Patientinnen und Patienten nur von Personen oder zumindest unter Aufsicht von Personen, die genügend fachlich qualifiziert sind, behandelt werden. Diese Art der Bewilligung ist dem sogenannten Gesundheitspolizeirecht zuzuordnen.⁵⁸

81 Demgegenüber erlaubt die Bewilligung, mit der ein Leistungserbringer zur Leistungserbringung zulasten der OKP zugelassen wird (sog. OKP-Zulassung), die Verrechnung von Leistungen zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung. Es wird einerseits geklärt, wer im Rahmen seiner Tätigkeit der OKP Rechnung stellen darf. Andererseits werden dadurch auch die Leistungserbringer bestimmt, die gegenüber der Krankenversicherung für die erbrachte Leistung in krankenversicherungsrechtlicher Hinsicht die Verantwortung tragen. Letzteres spielt insbesondere eine Rolle im Zusammenhang mit der Einhaltung der WZW-Kriterien gemäss Art. 32 und 56 KVG und damit verbunden auch allfälligen Rückforderungsprozessen.⁵⁹ Gesundheitspolizeiliche Zwecke verfolgt die OKP-Zulassung im Grundsatz nicht.

82 Es ist der Vollständigkeit halber zu erwähnen, dass die OKP-Zulassung lange Zeit formlos erfolgte. Wer die Zulassungsvoraussetzungen erfüllte, war ohne Weiteres zur Leistungserbringung zulasten der OKP zugelassen, ohne dass es hierfür einer formellen Bewilligung bedurfte. Mit der Totalrevision des Zu-

⁵⁷ Dies übrigens auch vor dem Hintergrund, dass die Gesetzgebung zur OKP-Zulassung allgemein nicht als Sternstunde des Bundesgesetzgebers bekannt ist.

⁵⁸ Siehe dazu oben Rz. 17 ff.

⁵⁹ Erläuterungen Änderung KVV 2021, S. 4.

lassungsrechts zur OKP, die am 1. Januar 2022 in Kraft getreten ist, verlangt das Bundesrecht einen formellen Zulassungsentscheid durch die Kantone (vgl. Art. 36 KVG).

83 Diese beiden Regelungsbereiche sind – zumindest in Theorie – auseinanderzuhalten. Praktisch ist es aber nicht von der Hand zu weisen, dass beide eng miteinander verknüpft sind. Das Krankenversicherungsrecht referenziert bei der Definition der Zulassungsvoraussetzungen regelmässig auf gesundheitspolizeiliche Erfordernisse und zwar sowohl in materieller als auch in formeller Hinsicht. Darüber hinaus ist es kaum denkbar, einer zur OKP zugelassenen Tätigkeit nachzugehen, ohne hierfür auch eine OKP-Zulassung einzuholen. Andernfalls müssten die Patientinnen und Patienten die erbrachten Leistungen als Selbstzahlerinnen und Selbstzahler aus der eigenen Tasche finanzieren, wozu aufgrund der alternativen Finanzierungsmöglichkeit über die OKP kaum jemand bereit sein dürfte. Konsequenterweise bildet die OKP-Zulassung eine faktische Voraussetzung dafür, überhaupt mit den angebotenen medizinischen Dienstleistungen am Markt auftreten und bestehen zu können.

2.1.2. Im Besonderen

84 Das BAG betont in der einschlägigen Kommentierung der KVV den soeben beschriebenen Unterschied zwischen der OKP-Zulassung und der gesundheitspolizeilichen Bewilligungspflicht.⁶⁰ Es ist aufgrund dessen fraglich, ob es letztere mit der Formulierung der OKP-Zulassungsvoraussetzung gemäss litera c der einschlägigen Bestimmungen tatsächlich übersteuern bzw. verschärfen wollte.

85 Darüber hinaus führt eine aus dem Krankenversicherungsrecht abgeleitete Verpflichtung zur Einholung einer Berufsausübungsbewilligung zwecks fachlich eigenverantwortlicher Tätigkeit zu Widersprüchen, was die Unterstellung unter die Bewilligungspflicht betrifft. Wie oben eingehend dargelegt wurde, ist gemäss Art. 11 GesBG dann eine Berufsausübungsbewilligung einzuholen, wenn eine Person die Verantwortung für die von ihr angebotenen Behandlungen trägt, keiner fachlichen Aufsicht durch Dritte unterstellt und weisungsungebunden ist. Die Übersteuerung dieser Voraussetzungen durch das Krankenversicherungsrecht würde im Resultat dazu führen, dass zwecks

⁶⁰ Erläuterungen Änderung KVV 2021, S. 4 f.

OKP-Zulassung der sie beschäftigenden Organisation auch Personen eine Berufsausübungsbewilligung beantragen, die nicht sämtliche der oben genannten Kriterien erfüllen würden. Somit müsste eine zur OKP zugelassene Organisation ihre interne Organisation und Hierarchie dergestalt anpassen, dass sämtliche Personen fachlich eigenverantwortlich tätig sind. Dies ist nur schon mit Blick auf die tatsächlich gelebten Hierarchien realitätsfremd. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass hierdurch Personen durch das Einholen der Berufsausübungsbewilligung gegen aussen eine fachlich eigenverantwortliche Tätigkeit signalisieren, die intern aber nicht so gelebt wird und damit im Widerspruch zu den Anforderungen des Art. 11 GesBG steht.

86 In Anbetracht dessen wäre es eigentlich naheliegender, die litera c der OKP-Zulassungsvoraussetzungen in praktische Konkordanz mit den Bewilligungsvoraussetzungen gemäss Gesundheitsberufegesetz zu bringen. Es bestehen auch Hinweise, dass dies die Absicht des Bundesgesetzgebers war. So hält die Delegationsnorm in Art. 36a Abs. 2 KVG fest, dass die vom Bundesrat festzulegenden Zulassungsvoraussetzungen «je nach Art der Leistungserbringer die Ausbildung, die Weiterbildung und die für die Qualität der Leistungserbringung notwendigen Anforderungen» umfassen.

87 Die Botschaft hält dazu fest (Hervorhebung durch den Unterzeichneten):

«Die durch den Bundesrat festzulegenden Zulassungsvoraussetzungen beziehen sich je nach Art der Leistungserbringer auf die Aus- und Weiterbildung und werden mit denjenigen des MedBG und des GesBG übereinstimmen. Der Bundesrat kann ebenfalls Voraussetzungen in Bezug auf die für die Qualität der Leistungserbringung notwendigen Strukturen festlegen, wie zum Beispiel der Aufbau eines Qualitätsmanagementsystems.»

88 Nach hier vertretener Auffassung bedeutet die avisierte Übereinstimmung, dass die fachlich eigenverantwortlich tätigen Personen eine Berufsausübungsbewilligung beantragen müssen und für die anderen das kantonale Recht massgebend ist. Die Übersteuerung bzw. Verschärfung durch das Krankenversicherungsrecht hätte demgegenüber zur Folge, dass auch die Personen, deren Regelung in gesundheitspolizeilicher Hinsicht eine kantonale Kompetenz ist, durch das Bundesrecht erfolgt. Ob diese Form der Normenkollision beabsichtigt war, ist zu bezweifeln.

89 Darüber hinaus würde es auch wenig Sinn machen, das bereits zwecks Wahrung des öffentlichen Interesses erlassene Gesundheitspolizeirecht im Hinblick auf die Verwirklichung des öffentlichen Interesses als ungenügend zu qualifizieren, nur weil die damit verbundene Leistung durch die OKP vergütet wird. Anders formuliert leuchtet es nicht ein, wieso bei Leistungserbringern, die ausserhalb der OKP tätig sind, ein anderer und strengerer Massstab angelegt werden sollte.

90 Dementsprechend drängt sich eine vom strikten Wortlaut abweichende Auslegung der einschlägigen Bestimmungen auf, wonach die fachlich eigenverantwortlich tätigen Personen in der zur OKP zugelassenen Organisation der jeweiligen Berufsgruppe eine Berufsausübungsbewilligung einholen müssen. Die Personen, die ihren Beruf nicht fachlich eigenverantwortlich ausüben, würden bei diesem Verständnis auch dann keine Berufsausübungsbewilligung einholen müssen, wenn sie für die Organisation, auf deren Rechnung und in deren Namen und unter fachlicher Aufsicht Leistungen erbringen, die zulasten der OKP abgerechnet werden.

2.2. Zulassungsvoraussetzungen sind bei wortgetreuer Auslegung nicht zu erfüllen

91 Die obenstehende Auslegung der litera c der OKP-Zulassungsvoraussetzungen bedingt ein Abweichen vom klaren, oder eben vermeintlich klaren Wortlaut der Bestimmungen. Dieser ist zwecks Schaffung einer Konkordanz zwischen den Bestimmungen der Krankenversicherungs- und Gesundheitspolizeirechts angezeigt. Dies drängt sich zusätzlich auch mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen auf.

92 Die OKP-Zulassungsvoraussetzungen der natürlichen Personen verlangen unter anderem, dass sie ihren Beruf selbständig⁶¹ und in eigenem Namen und auf eigene Rechnung ausüben (litera c der OKP-Zulassungsvoraussetzungen für natürliche Personen). Bei einer streng am Wortlaut orientierten Auslegung, wonach die für die Organisation tätigen Personen die OKP-Zulassungsvoraussetzungen der natürlichen Personen der jeweiligen Berufsgruppe erfüllen müssen, wäre die Tätigkeit auf Rechnung der Organisation gar nicht möglich. Es ist aber ein Wesensmerkmal der Organisationen,

⁶¹ Selbständig bedeutet hier fachlich eigenverantwortlich (siehe zur Begründung sinngemäss WERDER, Anordnungsmodell, Rz. 31 ff.).

dass die Leistungen auf deren Namen und Rechnung erbracht werden und nicht im Namen und auf Rechnung der tatsächlich behandelnden Personen.

93 Dies deutet darauf hin, dass die Auslegung der Bestimmungen gemäss litera c nicht streng nach dem Wortlaut, sondern sinngemäss erfolgen muss. Das öffnet in der Konsequenz die Möglichkeit einer Auslegung, die eine OKP-Zulassung der Organisation auch dann ermöglicht, wenn nicht alle für die Organisation tätigen Personen eine Berufsausübungsbewilligung beantragen.

3. Zwischenfazit

94 Die vorhergehenden Ausführungen zeigen, dass mit Blick auf den Wortlaut der OKP-Zulassungsvoraussetzungen eine Auslegung vertretbar ist, die verlangt, dass sämtliche in der Organisation tätigen Personen eine Berufsausübungsbewilligung beantragen müssen.

95 Allerdings führt eine strenge Orientierung am Wortlaut zu Widersprüchen in der parallelen Anwendung des Krankenversicherungs- und Gesundheitspolizeirecht und steht im Widerspruch zur auch vom BAG betonten Trennung der beiden Regelungsbereiche. Zum einen würde die Übersteuerung des Gesundheitspolizeirechts durch das Krankenversicherungsrecht dazu führen, dass in den Organisationen gegen aussen eine Aufteilung der fachlichen Verantwortung signalisiert wird, die im Innenverhältnis schlicht nicht der Realität entspricht. Wer eine OKP-Zulassung für seine Organisation beantragt, müsste folglich Unschärfen bei der Erfüllung der gesundheitspolizeilichen Bewilligungsvoraussetzungen in Kauf nehmen.

96 Zum anderen zeigt das Beispiel der Leistungserbringung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gemäss litera c zur OKP-Zulassungsvoraussetzungen für natürliche Personen, dass bei dieser ebenfalls vom strikten Wortlaut der Bestimmungen abgewichen wird. Andernfalls wäre eine OKP-Zulassung von Organisationen gar nicht möglich.

97 In Anbetracht dieser Unschärfen besteht nach hier vertretener Auffassung ein Auslegungsspielraum bei der Anwendung der OKP-Zulassungsverordnungen. Dieser kann von den Kantonen, vorbehaltlich einer zukünftigen, anderweitigen Klärung durch das BAG, so genutzt werden, dass die jeweiligen Voraussetzungen der Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung nur in materieller Hinsicht erfüllt sein müssen und keine formelle Bewilligung einzuholen ist. Im Resultat wären die Bestimmungen in litera c dann so

zu verstehen, dass die natürliche Person, die für die Organisationen die die Leistungen in tatsächlicher Hinsicht erbringt, eine Berufsausübungsbewilligung gemäss Art. 11 GesBG selber beantragen könnte, dies in formeller Hinsicht aber nicht tun muss.

B. Beachtung Verhältnismässigkeitsgrundsatz

98 Der Vollständigkeit halber ist im Folgenden noch in gebotener Kürze auf den Aspekt der Verhältnismässigkeit einzugehen. Diese kann gerade in Situationen wie der vorliegenden, wo sich zwei Auslegungsvarianten rechtlich begründen lassen, eine Leitlinie beim Entscheid darüber bilden, welcher Auslegungsvariante gefolgt werden soll.

1. Umfassende Geltung und öffentliches Interesse

99 Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist als rechtsstaatlicher Grundsatz gemäss Art. 5 Abs. 2 BV sowohl bei der Rechtsetzung als auch bei der Rechtsanwendung von den Trägern öffentlicher Aufgaben stets zu beachten.⁶² Er verlangt, dass staatliches Handeln geeignet, erforderlich und zumutbar ist, um das mit dem staatlichen Handeln verfolgte öffentliche Interesse zu erreichen.⁶³

100 Es stellt sich folglich zunächst die Frage, was das öffentliche Interesse daran ist, nur die Personen zur Leistungserbringung zulasten der OKP zuzulassen, die gewisse fachliche Qualifikationen erfüllen. Es liegt auf der Hand, dass es hier um die Erreichung des Grundsatzes geht, möglichst hohe Qualität in der medizinischen Grundversorgung zu erreichen (Art. 117a BV). Dies strebt auch das Krankenversicherungsrecht an, welches eine qualitativ hochstehende gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten sicherstellen soll.⁶⁴ Im Endeffekt geht es um den Schutz der öffentlichen Gesundheit.

2. Eignung

101 Das Element der Eignung einer staatlichen Massnahme dient der Prüfung, ob diese Wirkung im Hinblick auf das zu erreichende Ziel zeigt. Ungeeignet ist eine Massnahme nur dann, wenn sie am Ziel vorbeischießt und keinerlei

⁶² Statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 520.

⁶³ Statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 522 ff.

⁶⁴ Statt vieler SBVR Soziale Sicherheit-EUGSTER, E N 14.

Beitrag zur Erreichung des Zwecks leistet oder diesen sogar verhindert, also völlig ungeeignet ist.⁶⁵

102 Nach hier vertretener Auffassung erweisen sich beide Auslegungsvarianten geeignet, um das öffentliche Interesse zu erreichen. Beide stellen sicher, die eine direkt und die andere indirekt, dass Behandlungen grundsätzlich durch Personen durchgeführt wird, die auch entsprechend qualifiziert sind. Es ist dabei aber nicht von der Hand zu weisen, dass der Verzicht auf das Vorliegen einer formellen Berufsausübungsbewilligung keine Auswirkungen darauf hat, wer tatsächlich Behandlungen erbringt. Wie oben eingehend dargelegt wurde, müssen die fachlich nicht eigenverantwortlich tätigen Personen dieselben Qualifikationen aufweisen, wie diejenige Personen, die ihren Beruf in eigener fachlicher Verantwortung ausüben.⁶⁶

3. Erforderlichkeit

103 Beim Element der Erforderlichkeit geht es um die Prüfung, ob es allenfalls eine mildere Massnahme in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht besteht.⁶⁷

104 Mit Blick auf dieses Kriterium erweist sich die Auslegungsvariante, wonach keine formelle Berufsausübungsbewilligung einzuholen ist und das Erfordernis stattdessen lediglich in materieller Hinsicht zu erfüllen ist, als die mildere Massnahme. Sie entbindet die Leistungserbringer:innen vom administrativen Aufwand, eine Bewilligung einzuholen. Dabei werden sie materiell-rechtlich nicht aus der Verantwortung entlassen, sich an die Voraussetzung, wonach die Leistungen der Organisation durch Personen zu erbringen sind, welche über die erforderlichen Diplome für eine fachlich eigenverantwortliche Tätigkeit verfügen, zu halten.

4. Zumutbarkeit

105 Unter dem Element der Zumutbarkeit ist schliesslich zu prüfen, ob zwischen dem angestrebten Ziel und dem damit verbundenen Eingriff ein vernünftiges Verhältnis besteht. Wenn das private Interesse am Unterlassen der Mass-

⁶⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 522.

⁶⁶ Siehe oben Rz. 40 ff.

⁶⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 527 ff.

nahme das öffentliche Interesse an der Massnahme überwiegt, ist diese unzumutbar und damit unverhältnismässig.⁶⁸

106 Eine umfassende Interessenabwägung würde den Rahmen des vorliegenden Rechtsgutachtens sprengen. Sie ist ausserdem stark von Wertungen der Rechtsanwender abhängig⁶⁹ und dementsprechend auch politisch geprägt. Dennoch sollen einige Überlegungen des Unterzeichneten dargestellt werden, um den Rechtsanwendern eine Hilfestellung beim Entscheid für eine der beiden Auslegungsvarianten zu liefern.

107 Eine wortgetreue Auslegung der OKP-Zulassungsvoraussetzungen erleichtert den Aufsichtsbehörden die präventive Kontrolle darüber, ob die Organisation als Leistungserbringerin zur OKP zuzulassen ist. Das Vorliegen entsprechender Berufsausübungsbewilligungen lässt sich leicht prüfen und schafft Rechtssicherheit. Darüber hinaus ist die damit verbundene Rechtssicherheit auch im Interesse der Organisation, weil dadurch allfälligen Vorbringen der Krankenversicherer, dass die tatsächlichen Behandlungen durch nicht genügend qualifizierte Personen erfolgten, von vornherein entkräftet werden (auch wenn diese letzten Endes an den Zulassungsentscheid der kantonalen Behörden gebunden sind⁷⁰).

108 Dem steht das Interesse an einer unbürokratischen und nicht von unnötigen administrativen Arbeiten vereinnahmte Berufsausübung entgegen. Wer weniger Zeit mit der Administration verbringt, hat mehr Zeit für die Behandlung der Patientinnen und Patienten und auch die persönliche Fortbildung. Beides dient im Endeffekt aufgrund der steigenden Behandlungsqualität der öffentlichen Gesundheit.

109 In dem Zusammenhang gilt es auch zu beachten, dass es sich bei der Berufsausübungsbewilligung nicht um das einzige Kriterium handelt, das die für die Organisation tätigen Personen erfüllen müssen. Diese haben regelmässig auch über eine praktische Erfahrung zu verfügen (litera b der OKP-Zulassungsvoraussetzungen für natürliche Personen), die gemäss BAG erst dann anrechenbar ist, wenn bereits ein Diplom vorliegt.⁷¹ Dieser Nachweis ist

⁶⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 555 ff.

⁶⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 555.

⁷⁰ Siehe dazu FAQ Zulassung Leistungserbringer, Antwort des BAG auf Frage k.

⁷¹ FAQ Zulassung Leistungserbringer, Antwort des BAG auf Frage n.

jeweils zu erbringen, z.B. durch Arbeitszeugnisse oder Anstellungsbestätigungen, und lässt zugleich auch Rückschlüsse darüber zu, ob die Person eine Berufsausübungsbewilligung beantragen könnte. Solange es sich nämlich nicht um eine Weiterbildungsstelle handelt, wäre die Beschäftigung dieser Person gar nicht zulässig gewesen, wenn sie nicht auch fachlich eigenverantwortlich hätte tätig sein können.⁷²

110 Ein weiteres zu berücksichtigendes Interesse ist die möglichst weitgehende Verwirklichung der rechtlichen Vorgaben respektive die Herstellung praktischer Konkordanz bei zeitgleicher Anwendung verschiedener Rechtserlasse. Wie oben dargelegt wurde, würde die wortgetreue Umsetzung mit der rechtskonformen Anwendung des Gesundheitsberufegesetzes kollidieren. Dies durch die Schaffung praktischer Konkordanz zu verhindern, spricht gegen die Auslegungsvariante, die das Vorliegen einer formellen Berufsausübungsbewilligung verlangt. In dem Zusammenhang ist zudem zu wiederholen, dass es nicht einleuchtet, weshalb das Krankenversicherungsrecht die Bewilligungsvoraussetzungen gemäss Gesundheitspolizeirecht verschärfen sollte.⁷³

111 Gesamthaft betrachtet überwiegen für den Unterzeichneten die Interessen und Argumente, die für den Verzicht auf das Einholen von Berufsausübungsbewilligungen für alle in den Organisationen tätigen Personen sprechen. Es ist aber nochmals zu betonen, dass die Interessenabwägung im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung stark wertungsabhängig ist und der Transparenz halber klar zu deklarieren, dass der Unterzeichnete stark von der Leistungserbringerperspektive geprägt ist.

112 Bei einer soweit als möglich wertungsbefreiten Beurteilung drängt es sich letzten Endes wohl auf, die Interessenabwägung im Kontext der Zumutbarkeitsprüfung mit Blick auf die Kontrollmöglichkeiten der Aufsichtsbehörden resp. bestehende Qualitätssicherungsmassnahmen der Leistungserbringer zu entscheiden. Sollte das AFG darauf vertrauen können, dass die Einhaltung der gesundheitspolizeilichen Voraussetzungen durch die diversen Sanktionsmöglichkeiten sichergestellt ist und sich eine präventive Kontrolle in Form einer formellen Bewilligungserteilung deshalb erübrigt, spricht dies dafür, sich auf die Auslegungsvariante zu stützen, die keine formelle Berufsaus-

⁷² Siehe oben Rz. 40 ff.

⁷³ Siehe oben Rz. 89.

übungsbewilligung verlangt. Andernfalls ist der Auslegungsvariante der Vorzug zu geben, bei der Berufsausübungsbewilligungen einzuholen sind.

C. Schlussfolgerung

113 Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen ist festzuhalten, dass die Frage des Zusammenspiels zwischen dem Krankenversicherungsrecht und dem Gesundheitspolizeirecht hinsichtlich der OKP-Zulassung von Organisationen der nichtuniversitären Medizinalberufe nicht restlos geklärt ist. Es besteht demnach ein Auslegungsspielraum, den das AFG im Rahmen seiner Vollzugskompetenzen nutzen kann.

114 Eine am Wortlaut orientierte Auslegung der einschlägigen OKP-Zulassungsvoraussetzungen ist dabei rechtlich gut vertretbar ist. Es bestehen aber auch starke Argumente dafür, vom Wortlaut abzuweichen und einer Auslegungsvariante zu folgen, die im Sinne der Schaffung praktischer Konkordanz zwischen dem Krankenversicherungs- und dem Gesundheitspolizeirecht darauf verzichtet, dass alle in der Organisation tätigen Personen eine Berufsausübungsbewilligung einholen.

115 Nach Ansicht des Unterzeichneten wäre tendenziell eher der zweiten Auslegungsvariante zu folgen, was aber bedingt, dass dennoch eine ordnungsgemässe und effektive Aufsicht sichergestellt ist. Zur Prüfung einer solchen drängt es sich auf, analog der Prüfung im Rahmen der Erteilung der Betriebsbewilligung auf die entsprechenden Ausführungen in den Betriebskonzepten der Organisationen abzustellen.⁷⁴

IV. Beantwortung der Fragen

A. Frage 1

Was ist unter «Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung» zu verstehen?

116 Eine Tätigkeit ist unter folgenden Voraussetzungen als «Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung» gemäss Art. 11 GesBG zu qualifizieren:

- Die Person übt eine Tätigkeit gemäss Art. 2 Abs. 1 GesBG aus.

⁷⁴ Siehe dazu oben Rz. 59.

- Sie trägt die fachliche Verantwortung für die von ihr angebotenen Behandlungen.
- Sie untersteht bei ihrer Tätigkeit keiner fachlichen Aufsicht durch eine Drittperson desselben Berufs.
- Sie ist fachlich nicht weisungsgebunden.

117 Dabei kommt es nicht darauf an, wie die Tätigkeit zivilrechtlich zu qualifizieren ist und es spielt auch keine Rolle, ob die Person privatrechtlich oder in einer öffentlich-rechtlichen Institution tätig ist.

118 Ob tatsächlich eine fachliche Aufsicht durch Drittpersonen vorliegt, ist anhand der Kriterien der Auswahl, Instruktion und Überwachung zu überprüfen. Das letzte der genannten Kriterien ist dabei von besonderer Bedeutung und verlangt, dass die beaufsichtigende Drittperson für die beaufsichtigte Person jederzeit erreichbar ist und nötigenfalls innert angemessener Zeitspanne die Behandlung selber übernehmen kann.

119 Die konkrete Ausgestaltung der Überwachung variiert abhängig von der betreffenden Berufsgruppe. Mit Blick auf den Umstand, dass in der vorliegenden Konstellation die beaufsichtigende und die beaufsichtigte Person dieselben beruflichen Qualifikationen aufweisen und unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die Ausgestaltung der Aufsicht im Ermessen des fachlich verantwortlichen Leistungserbringers liegt, ist jedoch kein allzu strenger Massstab anzuwenden.

B. Frage 2

Wo und inwieweit besteht Ermessensspielraum bei der Umsetzung des GesBG?

120 Dem Kanton Zürich kommt bei den vom Gesundheitsberufegesetz geregelten Sachbereichen lediglich die Vollzugskompetenz zu. Diese ist insbesondere im Zusammenhang mit der Erteilung der Berufsausübungsbewilligung gemäss Art. 11 GesBG relevant, die jeweils durch den Kanton zu erteilen ist, auf dessen Gebiet die betreffende Person ihren Beruf ausüben möchte.

121 Dabei verbleibt dem Kanton Zürich kein Spielraum. Wo eine fachlich eigenverantwortliche Tätigkeit vorliegt, die überdies in den Anwendungsbereich

des Gesundheitsberufegesetzes fällt, ist zwingend eine Berufsausübungsbewilligung einzuholen.

122 Einzig im Rahmen der Auslegung des Begriffs der fachlich eigenverantwortlichen Berufsausübung, also bei der Frage, wann effektiv eine solche vorliegt, besteht zumindest in Theorie ein gewisser Spielraum. Der Kanton Zürich hat dabei die materiellen Grenzen, die das Bundesrecht setzt, aber zu berücksichtigen. Die Auslegung des Begriffs zeichnet letzten Endes ein klares Bild, weshalb der diesbezügliche Auslegungsspielraum, falls ein solcher überhaupt besteht, sehr klein ist.

123 Was die fachlich nicht eigenverantwortliche Berufsausübung betrifft, hat der Bundesgesetzgeber seine Gesetzgebungskompetenzen nicht ausgeschöpft. Diese liegt im vollen Umfang bei den Kantonen, die somit frei darüber entscheiden können, ob und wie sie diese Tätigkeit regulieren wollen.

C. Frage 3

Ist die geplante Umsetzung gemäss Bst. a in Einklang mit den Vorgaben des GesBG §2 und des KVG (inkl. KVV)?

Ist es korrekt, dass im Hinblick auf die Zulassung als Leistungserbringer zur Abrechnung zulasten der OKP die Vorgaben betreffend die Berufsausübungsbewilligung (BAB) für angestellte Personen von Organisationen der Physiotherapie, der Ergotherapie, der Hebammen sowie der Ernährung und Diätetik gemäss Art. 35 Abs. 2 Bst. dbis und e KVG i.V.m. Art. 45a, 51, 52, 52a, 52c KVV die Bestimmungen des GesBG «überlagern/verschärfen» und den Behörden betreffend das Erfordernis der BAB kein Ermessenspielraum zusteht?

Wenn nein; inwiefern besteht Ermessenspielraum, der nicht genutzt wird?

124 Diese Frage betrifft das Zusammenspiel bzw. die Koordination der Bestimmungen des Krankenversicherungsrechts mit denjenigen des Gesundheitspolizeirechts. Dieses und insbesondere auch die hier zu beantwortende Frage wurden bis anhin in der Lehre und Rechtsprechung nicht thematisiert und ist dementsprechend auch nicht restlos geklärt. Deshalb besteht ein Auslegungsspielraum bei der Auslegung der litera c der OKP-Zulassungsvoraussetzungen für Organisationen der nichtuniversitären Medizinalberufe, den das AFG im Rahmen seiner Vollzugskompetenzen nutzen kann.

- 125 Eine am Wortlaut orientierte Auslegung der einschlägigen OKP-Zulassungsvoraussetzungen scheint eindeutig zu sein und ist rechtlich gut vertretbar. Die litera c der Zulassungsvoraussetzungen für Organisationen verlangt, dass die Leistungen, die der Organisation zugerechnet werden, durch Personen erbracht werden, welche die Zulassungsvoraussetzungen für die natürlichen Personen der Berufsgruppe erfüllen. Letztere verlangen als Voraussetzung für die natürlichen Personen eine Berufsausübungsbewilligung nach Art. 11 GesBG. Folglich sind auch die Leistungen in der Organisation durch Personen mit einer Berufsausübungsbewilligung zu erbringen.
- 126 Es bestehen aber auch starke Argumente dafür, vom Wortlaut der Bestimmung abzuweichen und einer Auslegungsvariante zu folgen, die im Sinne der Schaffung praktischer Konkordanz zwischen dem Krankenversicherungs- und dem Gesundheitspolizeirecht darauf verzichtet, dass alle in der Organisation tätigen Personen eine Berufsausübungsbewilligung einholen.
- 127 So führt eine starke Orientierung am Wortlaut dazu, dass die Organisationen Berufsausübung für fachlich eigenverantwortliche Personen einholen müssen, die mit Blick auf die tatsächlichen Gegebenheiten tatsächlich fachlich unter Aufsicht im Sinne von Art. 11 GesBG tätig sind. Mit anderen Worten wird zwecks Erlangen der OKP-Zulassung im Aussenverhältnis eine Verteilung der fachlichen Verantwortung behauptet, die nicht mit der Verteilung im Innenverhältnis übereinstimmt.
- 128 Weiter zeigt das Beispiel der OKP-Zulassungsvoraussetzung der Leistungserbringung in eigenem Namen und auf eigene Rechnung gemäss litera c der Bestimmungen zur OKP-Zulassung natürlicher Personen, dass zumindest in dieser Frage keine strenge Orientierung am Wortlaut erfolgt. Andernfalls wäre es für Organisationen gar nicht möglich, eine OKP-Zulassung zu beantragen, weil die leistungserbringenden Personen naturgemäss im Namen und auf Rechnung der Organisation tätig sind und nicht in eigenem Namen und auf eigene Rechnung.
- 129 Letzten Endes leuchtet es aber vor allem auch nicht ein, wieso für diejenigen Personen, die zulasten der OKP tätig sind, andere Regeln gelten sollen als für die Personen, die auf die OKP-Zulassung verzichten. Das Erfordernis des Vorliegens der Voraussetzungen, die im Falle einer fachlich eigenverantwortlichen Berufsausübung zur Einholung einer Berufsausübungsbewilligung berechtigen, dient dem öffentlichen Gesundheitsschutz. Wenn die gesund-

heitspolizeilichen Vorschriften zu dessen Erreichung als ausreichend qualifiziert werden, besteht kein Anlass dazu, diese für OKP-Leistungserbringer zu verschärfen.

130 Es besteht also auch eine rechtlich vertretbare Auslegungsvariante, bei der die Bewilligungsvoraussetzungen des Gesundheitspolizeirechts auch im Krankenversicherungsrecht gelten und durch dieses nicht verschärft werden.

131 Es ist somit festzuhalten, dass die geplante Umsetzung gemäss litera a mit den Vorgaben des Gesundheitsberufegesetzes und der Krankenversicherungsverordnung vereinbar ist. Es besteht aber durchaus auch Spielraum dafür, eine andere Umsetzung vorzunehmen, bei der auf das Einholen von Berufsausübungsbewilligungen verzichtet wird, falls die Personen ihren Beruf fachlich nicht eigenverantwortlich ausüben.

132 Welcher dieser beiden Auslegungsvarianten zu folgen ist, sollte in Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes gemäss Art. 5 Abs. 2 BV entschieden werden. Nach Ansicht des Unterzeichneten überwiegen tendenziell die Argumente für die zweite Auslegungsvariante leicht, wobei diese Aussage der Natur der Zumutbarkeitsprüfung im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 BV nicht ganz wertungsfrei erfolgt. Letzten Endes ist dem AFG zu empfehlen, die Entscheidung mit Blick auf die Frage zu fällen, ob bei der Auslegungsvariante 2 die Wahrnehmung einer ordnungsgemässen Aufsicht möglich ist. Falls dem so ist, sollte dieser gefolgt werden.

D. Frage 4

Steht die geplante Umsetzung gemäss Bst. b in Einklang mit den Vorgaben des GesBG oder gibt es einen Ermessensspielraum, der nicht genutzt wird?
Ist das Vorgehen betreffend widerlegbare Vermutung rechtlich zulässig?

133 Das Bundesrecht regelt in Art. 11 GesBG abschliessend, dass eine Berufsausübungsbewilligung bei fachlich eigenverantwortlicher Berufsausübung einzuholen ist. Ob eine solche vorliegt, ist anhand der Kriterien der Verantwortungsübernahme, Drittauf sicht und Weisungsgebundenheit zu klären. Sollte das Kriterium des 50% Pensums als hartes Kriterium der Bewilligungsunterstellung verstanden werden, wäre es bundesrechtswidrig zu qua-

lizieren und stände deshalb nicht im Einklang mit den Vorgaben des Gesundheitsberufegesetzes.

134 Da jedoch die Vermutung einer fachlich eigenverantwortlichen Tätigkeit bei einem Pensum von mehr als 50% widerlegt werden kann, ist davon auszugehen, dass es sich nicht um ein Kriterium der Bewilligungsunterstellung handelt. Es ist vielmehr eine Richtlinie, die vorgibt, für welche Personen die Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause den Nachweis der fachlich nicht eigenverantwortlichen Tätigkeit zu erbringen haben. Im Resultat führt er wohl dazu, dass bei einem Pensum über 50% eine präventive Prüfung erfolgt, ob eine Bewilligungsunterstellung angezeigt ist und bei einem niedrigeren Pensum auf eine solche Prüfung verzichtet wird. So verstanden, ist die geplante Kompromisslösung unter den reinen Vollzug von Art. 11 GesBG subsumierbar und steht nicht im Widerspruch zu den Vorgaben des Gesundheitsberufegesetzes.

135 Es ist aber hervorzuheben, dass das Kriterium des Pensums von mehr oder weniger als 50% gerade mit Blick auf die Entwicklung des Begriffs der fachlich eigenverantwortlichen Berufsausübung wesensfremd erscheint. Die Entwicklung des Begriffs zeigt, dass dieser von der zivilrechtlichen Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnis unabhängig verstanden werden sollte. Ob sich zudem die Ungleichbehandlung bei der Frage, bei wem eine präventive Prüfung erfolgt und bei wem nicht, rechtfertigen lässt, ist zumindest zu bezweifeln.

136 In Anbetracht dessen, dass eine Prüfung der tatsächlichen Aufsicht von fachlich eigenverantwortlich tätigen Pflegefachpersonen über die fachlich nicht eigenverantwortlich tätigen Pflegefachpersonen bei Organisationen der Krankenpflege und Hilfe auch über die Kontrolle der Betriebskonzepte im Rahmen der Bewilligungserteilung erfolgt oder zumindest erfolgen sollte, ist nach Ansicht des Unterzeichneten auf das Kriterium des Pensums von mehr oder weniger als 50% zu verzichten.

E. Frage 5

Steht die geplante Umsetzung gemäss Bst. c in Einklang mit den Vorgaben des GesBG oder gibt es einen Ermessensspielraum, der nicht genutzt wird?

- 137 Art. 11 GesBG schreibt vor, dass es für die Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung einer Bewilligung bedarf. Eine solche liegt vor, wenn eine Person für ihre Behandlungen die Verantwortung trägt, nicht durch eine Drittperson derselben Berufsgruppe überwacht wird und weisungsungebunden ist.
- 138 Es ist davon auszugehen, dass die in die Geschäftsleitung eingebundene pflegerische Leitung für die von ihr durchgeführten Behandlungen fachlich selber die Verantwortung trägt. Da sie auf höchster Hierarchiestufe ihrer Berufsgruppe steht, ist auch davon auszugehen, dass sie nicht von Dritten derselben Berufsgruppe überwacht wird und hinsichtlich der Durchführung der Behandlungen weisungsungebunden ist. Ganz im Gegenteil ist sie diejenige Person, die in fachlicher Hinsicht für die ihr unterstellten Pflegefachpersonen verantwortlich ist. In Anbetracht dessen schreibt Art. 11 GesBG vor, dass sie eine Berufsausübungsbewilligung einzuholen hat.
- 139 Etwas weniger eindeutig ist die Rechtslage hinsichtlich der Stellvertretung der in die Geschäftsleitung eingebundenen pflegerischen Leitung. Solange die eigentliche Leitung anwesend ist, wird sie allenfalls von dieser überwacht, ist aber mit Sicherheit weisungsgebunden. Somit bestände keine Pflicht, eine Berufsausübungsbewilligung gemäss Art. 11 GesBG einzuholen. Allerdings wird es aufgrund ihrer Stellvertreterfunktion mit allerhöchster Wahrscheinlichkeit Situationen geben, bei denen keine Drittaufsicht und bei konkreten Behandlungen keine Weisungsgebundenheit besteht. Mit anderen Worten steht die Stellvertretung phasenweise aufgrund ihrer Funktion auf höchster Hierarchiestufe, was es rechtfertigt, sie für diese Situationen der Bewilligungspflicht gemäss Art. 11 GesBG zu unterstellen.
- 140 Die Standortleitung von Zweit- oder Nebenstandorten wird in ihrer Tätigkeit aufgrund ihrer Funktion voraussichtlich nicht durch Drittpersonen überwacht und die Verantwortung für die von ihr durchgeführten Behandlungen tragen. Bei ihrem Zweit- oder Nebenstandort dürfte es sich, analog der in die Geschäftsleitung eingebundenen Leitung, um die Person handeln, welche die Drittaufsicht über die anderen am Standort tätigen Pflegefachpersonen innehat. Es ist zwar nicht ganz ausgeschlossen, dass sie nicht vollständig weisungsungebunden ist. Dieses Kriterium ist aufgrund der fehlenden Aufsicht durch eine Drittperson nach hier vertretener Ansicht in diesen Situationen nicht entscheidend. Somit untersteht sie der Bewilligungspflicht gemäss Art. 11 GesBG und muss eine Berufsausübungsbewilligung einholen.

141 Gesamthaft betrachtet ist die geplante Umsetzung gemäss Bst. c mit den
Vorgaben des Gesundheitsberufegesetzes vereinbar. Ermessensspielraum
bei der Umsetzung besteht keiner.

F. Frage 6

Steht die geplante Umsetzung gemäss Bst. d in Einklang mit den Vorgaben
des GesBG oder gibt es einen Ermessensspielraum, der nicht genutzt wird?

142 In Spitälern muss die leitende Person der einzelnen Fachabteilungen und
ihre Stellvertretung (d.h. pro Berufsgruppe) über eine BAB verfügen.

143 Art. 11 GesBG schreibt vor, dass es für die Berufsausübung in eigener fachli-
cher Verantwortung einer Bewilligung bedarf. Eine solche liegt vor, wenn eine
Person für ihre Behandlungen die Verantwortung trägt, nicht durch eine
Drittperson derselben Berufsgruppe überwacht wird und weisungsungebun-
den ist.

144 Die leitende Person der jeweiligen Berufsgruppe trägt für die von ihr durch-
geführten Behandlungen fachlich selber die Verantwortung. Da sie auf
höchster Hierarchiestufe ihrer Berufsgruppe steht, ist auch davon auszuge-
hen, dass sie nicht von Dritten derselben Berufsgruppe überwacht wird und
hinsichtlich der Durchführung der Behandlungen weisungsungebunden ist.
Ganz im Gegenteil ist sie diejenige Person, die in fachlicher Hinsicht für die
ihr unterstellten nichtuniversitären Medizinalpersonen verantwortlich ist. In
Anbetracht dessen schreibt Art. 11 GesBG vor, dass sie eine Berufsaus-
übungsbewilligung einzuholen hat.

145 Etwas weniger eindeutig ist die Rechtslage hinsichtlich der Stellvertretung
der leitenden Person der einzelnen Fachabteilung. Solange die eigentliche
Leitung anwesend ist, wird sie allenfalls von dieser überwacht, ist aber mit
Sicherheit weisungsgebunden. Somit bestände keine Pflicht, eine Berufs-
ausübungsbewilligung gemäss Art. 11 GesBG einzuholen. Allerdings wird es
aufgrund ihrer Stellvertreterfunktion mit allerhöchster Wahrscheinlichkeit Si-
tuationen geben, bei denen keine Drittauficht und bei konkreten Behand-
lungen keine Weisungsgebundenheit besteht. Mit anderen Worten steht die
Stellvertretung phasenweise aufgrund ihrer Funktion auf höchster Hierar-
chiestufe, was es rechtfertigt, sie für diese Situationen der Bewilligungs-
pflicht gemäss Art. 11 GesBG zu unterstellen.

146 Gesamthaft betrachtet ist die geplante Umsetzung gemäss Bst. c mit den Vorgaben des Gesundheitsberufegesetzes vereinbar. Ermessensspielraum bei der Umsetzung besteht keiner.

G. Frage 7

Allgemein: Nutzt der Auftraggeber mit der geplanten Umsetzung den vorhandenen Ermessensspielraum aus, um eine möglichst pragmatische und unbürokratische Umsetzung sicherzustellen?

Wenn nein, was gäbe es für Varianten für eine möglichst unbürokratische Umsetzung, die weder bei den Leistungserbringern noch beim Auftraggeber unnötigen Aufwand verursacht?

147 Grundsätzlich ist der Ermessensspielraum des Auftraggebers bei der Umsetzung des Gesundheitsberufegesetzes eher eng. Wo tatsächlich eine fachlich eigenverantwortliche Tätigkeit vorliegt, ist zwingend und von Bundesrechts wegen eine Berufsausübungsbewilligung gemäss Art. 11 GesBG einzuholen. Konkret betrifft das die in die Geschäftsführung eingebundene Leitungspersonen, ihre Stellvertretung und die Standortleitung im Falle eines Zweit- respektive eines Nebenstandortes.

148 Aufgrund der nicht restlos geklärten Rechtslage besteht jedoch ein Ermessensspielraum bei der Frage, ob die litera c der OKP-Zulassungsvoraussetzungen die Bewilligungspflicht gemäss Art. 11 GesBG verschärft. Falls dem so wäre, hätten alle in einer zur OKP zugelassenen Organisation der nichtuniversitären Medizinalberufe tätigen Personen, welche die Bewilligungsvoraussetzungen gemäss Art. 12 GesBG erfüllen, ungeachtet der fachlich nicht eigenverantwortlichen Berufsausübung eine Berufsausübungsbewilligung einzuholen.

149 Es besteht aber eine Auslegungsvariante der einschlägigen Bestimmungen, wonach die gesundheitspolizeilichen Bestimmungen, namentlich Art. 11 GesBG, nicht durch das Krankenversicherungsrecht verschärft bzw. übersteuert werden. Es müsste somit keine gesundheitspolizeiliche Berufsausübungsbewilligung eingeholt werden, wo dies gemäss Art. 11 GesBG nicht vorgesehen ist. Konsequenterweise wäre somit auch der bürokratische Aufwand geringer, weshalb ein Vorgehen gemäss Auslegungsvariante auch als pragmatischer zu bezeichnen ist.

150 Ein gewisser Ermessensspielraum besteht zudem bei der Frage, inwiefern die Einhaltung der Bewilligungspflicht in Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause überprüft wird. Die aktuell vorgeschlagene Kompromisslösung führt dazu, dass erstens zu prüfen ist, in welchen Pensen die Pflegefachpersonen in der Spitex tätig sind. Zweitens muss für die Personen, bei denen das Pensum 50% übersteigt entweder geprüft werden, ob eine Berufsausübungsbewilligung gemäss Art. 11 GesBG erteilt werden kann, oder ob diesen im konkreten Einzelfall der Nachweis gelingt, dass keine fachlich eigenverantwortliche Tätigkeit vorliegt. Beides führt sowohl seitens der Leistungserbringenden als auch beim AFG zu einem erheblichen bürokratischen Aufwand.

151 Es wäre wesentlich pragmatischer, im Rahmen der Erteilung der Betriebsbewilligung ein Kapitel im Betriebskonzept zu verlangen, in dem dargelegt wird, wie eine rechtsgenügende Überwachung (zumindest abstrakt) gewährleistet wird. Mit anderen Worten würde sich der administrative Aufwand der Organisationen der Krankenpflege und Hilfe zu Hause darauf beschränken, im Betriebskonzept darzulegen, wie eine jederzeitige Erreichbarkeit der beaufsichtigenden Person und die Übernahme der Behandlung durch diese im Betriebsalltag sichergestellt ist. Die Prüfung des AFG würde sich ebenfalls auf die Plausibilität des Konzepts beschränken, wobei kein allzu strenger Massstab anzulegen wäre.

* * * * *

Zürich, 22. Januar 2025

Gregori Werder