



Entscheidinstanz:	Gesundheitsdirektion
Geschäftsnummer:	GD_585/2012
Datum des Entscheids:	18. November 2013
Rechtsgebiet:	Gesundheitswesen
Stichwort(e):	Betriebsbewilligung für eine ambulante zahnärztliche Institution rückwirkende Erteilung
verwendete Erlasse:	§ 35 Abs. 2 lit. e Gesundheitsgesetz § 36 GesG § 17 Abs. 1 Vo über die universitären Medizinalberufe § 4a VRG

Zusammenfassung (verfasst von der Staatskanzlei):

Bei der Bewilligung zum Betrieb einer ambulanten (zahn-)ärztlichen Institution handelt es sich um eine Polizeibewilligung, auf deren Erteilung bei Vorliegen der gesetzlich festgelegten Voraussetzungen ein Rechtsanspruch entsteht. Diese ist jedoch keine blosser Feststellungsverfügung, sondern ein mit rechtsgestaltender Wirkung versehenes Zulassungsinstrument, welches die gesuchstellende Person erst ermächtigt, die unter Bewilligungsvorbehalt gestellte Tätigkeit auszuüben.

Die Bewilligung kann daher als formelle Voraussetzung für die Rechtmässigkeit der bewilligungspflichtigen Tätigkeit nur ex nunc wirken, und eine rückwirkende Erlaubnis kommt nicht in Frage. Auch der Umstand, dass sich vorliegend die Bewilligungsfähigkeit dieser Tätigkeit erst nachträglich – aufgrund einer gerichtlichen (akzessorischen) Normenkontrolle der entsprechenden Rechtsgrundlage – ergibt, rechtfertigt keine auf den Zeitpunkt des ursprünglich abgelehnten Gesuchs rückwirkende Bewilligungserteilung.

Anonymisierter Entscheidtext (Auszug):

Sachverhalt (gekürzt):

Am 1. Oktober 2010 stellte die X. AG [fortan Rekurrentin] ein Gesuch um Institutionsbewilligung für eine ambulante zahnärztliche Praxis in G. im Sinn von § 35 Abs. 2 lit. e des Gesundheitsgesetzes vom 2. April 2007 (GesG) und § 17 Abs. 1 lit. a der kantonalen Verordnung über die universitären Medizinalberufe vom 28. Mai 2008 (MedBV). Der Kantonszahnärztliche Dienst (KZD [fortan Rekursgegner]) verweigerte die Bewilligung mit Verfügung vom 10. Januar 2011, da § 17 Abs. 1 lit. a MedBV ambulante ärztliche Institutionen nur im Sinn von interdisziplinären Versorgungsnetzwerken zulasse, das Netzwerk der Gesuchstellerin aber hauptsächlich aus Zahnärztinnen und Zahnärzten bestehe.

Hiergegen erhob die Rekurrentin Rekurs an die Gesundheitsdirektion. Da zwei sehr ähnlich gelagerte Fälle im Bereich der Humanmedizin bei anderer Rechtsmittelinstanz hängig waren und jene Entscheide innert Kürze erwartet wurden, wurde das Rekursverfahren sistiert.. Im einen Fall entschied das Verwaltungsgericht nachfolgend, dass es für § 17 Abs. 1 MedBV und damit auch für die in § 17 Abs. 1 lit. a MedBV vorgesehene Beschränkung auf interdisziplinäre Versorgungsnetzwerke keine gesetzliche Grundlage gebe (Urteil VB.2011.00413 vom 22. September 2011 [www.vgrzh.ch]).

Gestützt auf diese Rechtsprechung erteilte der Rekursgegner auf der Grundlage eines neu eingereichten Gesuches mit Verfügung vom 4. Mai 2012 der Rekurrentin unter der gesamtverantwortlichen Leitung von Dr. med. dent. Y. und der verantwortlichen zahnärztlichen Leitung von Dr. med. dent. Z. und unter weiteren Auflagen die Bewilligung zum Betrieb einer ambulanten zahnärztlichen Institution. Dabei regelte er auch, die Bewilligung gelte ab 4. Mai 2012 und sei befristet bis 3. Mai 2022. Sie werde auf entsprechendes Gesuch hin erneuert, sofern die Bewilligungsvoraussetzungen fortbestehen würden. Das Gesuch sei rechtzeitig vor Bewilligungsablauf zu stellen (Dispositiv V).

Gegen die Verfügung vom 4. Mai 2012 erhob die Rekurrentin Rekurs an die Gesundheitsdirektion. Sie stellt mitunter folgende Anträge:

- [...]
- «2a. Dispositiv Ziff. V der Verfügung des Kantonszahnärztlichen Dienstes vom 4. Mai 2012 sei insofern aufzuheben, als die Institutionsbewilligung erst ab dem 4. Mai 2012 gilt;
 - 2b. Der kantonszahnärztliche Dienst sei anzuweisen, der Rekurrentin die Institutionsbewilligung ab dem 1. Dezember 2010 (Datum der ersten Gesuchseinreichung zusätzlich zwei Monate Bearbeitungszeit) zu erteilen»

[...]

[...]

Erwägungen:

1. [Prozessuales, u.a. zu Vereinigung der Verfahren und teilweisem Rückzug des Rekurses]
2. Die Rekurrentin bemängelt im Rekurs die Ausstellung der Betriebsbewilligung «pro futuro» und beantragt die rückwirkende Erteilung der Bewilligung. Sie macht im Wesentlichen geltend, die Institutsbewilligung für eine ambulante zahnärztliche Praxis stelle eine Polizeierlaubnis dar, welche erteilt werden müsse, wenn die Bewilligungsvoraussetzungen vorlägen. Sie habe bereits am 1. Oktober 2010 die gesetzlichen Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt und damit bereits damals Anspruch auf Erteilung der Bewilligung in einer angemessenen Behandlungszeit gehabt. Der Verwaltungsgerichtsentscheid vom 22. September 2011 verdeutliche, dass die bisherige Rechtspraxis des Rekursgegners falsch gewesen sei und ihr bei richtiger Gesetzesauslegung die Institutsbewilligung bereits am 1. Oktober 2011 (recte wohl 2010) hätte erteilt werden müssen. Die Bewilligungserteilung habe auf den Zeitpunkt abzustellen, zu welchem die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt seien bzw. diese Voraussetzungen durch die Behörde bei korrekter Rechtsanwendung hätten überprüft werden

können. Für die Prüfung der Bewilligungsvoraussetzungen hätte eine Zeitdauer von zwei Monaten gereicht. Deshalb sei die Bewilligung per 1. Dezember 2010 auszustellen. Damit werde auch dem Legalitätsprinzip Rechnung getragen, denn auch in § 35 GesG werde festgehalten, dass die Betriebsbewilligung erteilt werde, wenn die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt seien.

Die Rekurrentin bringt weiter vor, auch die Grundsätze der unechten Rückwirkung würden verdeutlichen, dass einer solchen Rückwirkung weder wohlerworbene Rechte noch der Vertrauensschutz entgegenstünden und damit das Rechtsgleichheitsprinzip nicht beeinträchtigt werde. Der Grundsatz von Treu und Glauben verlange von der Verwaltungsbehörde, einen Fehler aus einer falschen Gesetzesanwendung sowie die daraus resultierenden Rechtsnachteile vollständig zu korrigieren, insbesondere wenn dieser Fehler ohne Aufwand mittels einer rückwirkenden Bewilligungsausstellung behoben werden könne. Auch die Rechtsprechung zu Praxisänderungen verdeutliche, dass solche Änderungen sofort auf hängige Gesuche angewendet werden müssten und dass die Bewilligung somit nicht erst pro futuro hätte ausgestellt werden dürfen. Es bestehe kein öffentliches Interesse daran, die Bewilligung erst pro futuro auszustellen, vielmehr gebiete die richtige Rechtsanwendung, dass die Rekurrentin in diejenige Position versetzt werde, in der sie sich befinden würde, wenn das Recht von Anfang an richtig angewendet worden wäre. Nur mit der rückwirkenden Ausstellung der Bewilligung könne verhindert werden, dass der Rekurrentin ein finanzieller Schaden in Form einer ungerechtfertigten Steuerbelastung erwachse.

3. In seiner Stellungnahme vom 10. August 2012 weist der Rekursgegner vorab unter Hinweis auf die verwaltungsgerichtliche Prüfung und Beurteilung von § 17 Abs. 1 MedBV darauf hin, dass ihm als rechtsanwendende Behörde die Überprüfung der Vereinbarkeit von § 17 Abs. 1 MedBV mit höherrangigen Normen und eine allfällige Nichtbeachtung von § 17 Abs. 1 MedBV verwehrt (gewesen) sei; auf dieser Stufe gelte die strenge Bindung an Erlasse. Sodann führt er im Wesentlichen aus, gemäss den verwaltungsgerichtlichen Erwägungen sei nicht die Rechtsanwendung selbst falsch, sondern § 17 Abs. 1 MedBV sei ohne hinreichende gesetzliche Grundlage geliefert worden. Es handle sich somit nicht um eine Praxisänderung. Durch die akzessorische Prüfung habe das Gericht einen Rechtssatz, den es für rechtswidrig gehalten habe, zwar nicht formell aufgehoben, aber doch für den konkreten Einzelfall als «unanwendbar» erklärt. Die Nichtanwendbarkeit von § 17 Abs. 1 MedBV habe also direkt nur für die Beschwerdeführerin jenes Verwaltungsgerichtsverfahrens, nicht aber automatisch auch für die Rekurrentin bzw. ihr pendentes Rekursverfahren gegen die Verfügung vom 10. Januar 2011 gegolten. Bis zur formellen Aufhebung oder Abänderung der Bestimmung habe er als Verwaltungsbehörde in seiner Bewilligungspraxis Kriterien festzulegen und anzuwenden, nach welchen in einem weiteren Rahmen Bewilligungen erteilt würden, was er in Zusammenarbeit mit dem Kantonsärztlichen Dienst (KAD) schliesslich auch getan habe. Diese neue Bewilligungspraxis habe erst nach Rechtskraft des Entscheides des Verwaltungsgerichts gegriffen und sei auf neu eingereichte Gesuche angewandt worden. Entsprechend habe auch für die Rekurrentin gegolten, dass sie – sollte sie auch von den Neuerungen des Entscheides des Verwaltungsgerichts profitieren wollen – ein neues (auf seine neue Bewilligungspraxis gestütztes) Gesuch um Betriebsbewilligung für eine ambulante

zahnärztliche Institution habe einreichen müssen. Dies sei der Rekurrentin mit Schreiben vom 16. Februar 2012 so kommuniziert worden. Es verwundere, dass die Rekurrentin so lange mit der Einreichung eines neuen Gesuches zugewartet habe und dies erst sechs Monate nach dem Entscheid des Verwaltungsgerichts erfolgt sei.

Da der angeführte Entscheid des Verwaltungsgerichts also nicht sofort und direkt nach Erlass auf die Rekurrentin anwendbar gewesen sei, sei nicht einzusehen, weshalb die am 4. Mai 2012 erteilte Betriebsbewilligung für eine ambulante zahnärztliche Institution hätte rückwirkend ausgestellt werden sollen. Richtigerweise sei sie pro futuro ausgestellt worden.

4. In ihrer Stellungnahme vom 14. September 2012 hielt die Rekurrentin zusammengefasst an ihrer Auffassung fest, wonach aufgrund der Rechtsanwendung von Amtes wegen eine Pflicht aller rechtsanwendenden Instanzen zur vorfrageweisen Normenkontrolle bestehe. Der Rekursgegner wäre verpflichtet gewesen, aufgrund der bemängelten Benachteiligung von Zahnärzten und der Geltendmachung der Rechtsgleichheit die Gesetz- und Verfassungsmässigkeit von § 17 Abs. 1 MedBV zu prüfen. Sie hätte dementsprechend die mangelnde gesetzliche Grundlage erkennen müssen, weshalb ihr die Institutsbewilligung bereits im Jahr 2010 hätte erteilt werden müssen. Es treffe angesichts der im Gesetz normierten Bewilligungsvoraussetzungen nicht zu, dass der Rekursgegner nach der Nichtanwendbarkeitserklärung des Verwaltungsgerichts zuerst Bewilligungsvoraussetzungen habe konkretisieren oder eine neue Bewilligungspraxis bzw. ein Gesuchsformular schaffen müssen.
- 5.a) Das Medizinalberufegesetz vom 23. Juni 2006 (MedBG) normiert die Ausbildung der universitären Medizinalberufe und die Voraussetzungen der selbstständigen Ausübung dieser Berufe. Das kantonale Gesundheitsgesetz regelt die weiteren bewilligungspflichtigen Tätigkeiten sowie die selbstständige und die unselbstständige Berufsausübung, bezeichnet dabei auch die Anforderungen für die Erteilung bzw. den Entzug der (persönlichen) Berufsausübungsbewilligung. Sodann regelt es auch die (institutionellen) Betriebsbewilligungen, die Pflichten der Institutionen und deren Aufsicht.

Ambulante ärztliche Institutionen gehören zu den Betriebsarten, für welche gemäss § 35 Abs. 2 GesG eine Betriebsbewilligung erforderlich ist (lit. e), wenn bewilligungspflichtige Verrichtungen nach § 3 nicht im Namen und auf Rechnung des Inhabers einer persönlichen Berufsbewilligung erbracht werden oder Spitalbetten oder mehr als fünf Pflege- oder Altersheimbetten stationär betrieben werden (§ 35 Abs. 1 GesG). Die Bewilligung wird unter den in § 36 Abs. 1 GesG geregelten Voraussetzungen betreffend Einrichtung, Fachpersonal und Leitung erteilt. Im Übrigen gelten auch für Betriebsbewilligungen die Vorschriften über die Bewilligungserteilung und den Bewilligungsentzug der Berufe im Gesundheitswesen sinngemäss (§ 36 Abs. 2 GesG; siehe auch Weisung zum GesG, ABI 2005, 121, 162; zitierter Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 22. September 2011, E. 2).

- b) Gemäss dem Wortlaut von § 17 Abs. 1 MedBV sind nur zwei Formen ambulanter ärztlicher Institutionen zulässig, nämlich interdisziplinäre Versorgungsnetzwerke sowie Institutionen, die medizinische Dienstleistungen ausschliesslich für andere Leis-

tungserbringer im diagnostischen oder Behandlungsbereich anbieten. Gemäss der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung fehlt es jedoch an einer gesetzlichen Grundlage für die Einschränkung auf diese zwei Betriebsarten (zitiertes Entscheid vom 22. September 2011). Bis der Gesetzgeber nunmehr mit einem eigenen gesetzgeberischen Akt die formelle Aufhebung oder Abänderung vorgenommen hat, bleibt damit diese rechtswidrige Bestimmung in § 17 Abs. 1 MedBV unanwendbar (ALFRED KÖLZ/JÜRIG BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2.A., Zürich 1999, § 50 N. 129).

Derweil legt § 17 Abs. 2 MedBV – diese Bestimmung war nicht Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung im angeführten Entscheid – fest, dass bei ambulanten ärztlichen Institutionen § 16 Abs. 1, 3, 4 lit. c–f sowie 5 sinngemäss gelten. § 16 MedBV sieht derweil für öffentliche Apotheken und tierärztliche Praxisbetriebe vor, dass diese als juristische Personen geführt werden können (Abs. 1) und die Beschränkungen für Assistenzbewilligungen nach § 5 Abs. 4 und § 6 Abs. 3 keine Anwendung finden (Abs. 3), legt Verantwortlichkeiten für die in § 36 GesG bezeichnete Person der gesamtverantwortlichen Leitung detaillierter fest (Abs. 4) und normiert, dass Betriebsbewilligungen jeweils befristet auf zehn Jahre erteilt und erneuert werden, wenn die Voraussetzungen fortbestehen (Abs. 5).

6. Zum Zeitpunkt der Erteilung der Bewilligung vom 4. Mai 2012 ergibt sich Folgendes:
 - a) Bei der Betriebsbewilligung vom 4. Mai 2012 handelt es sich um eine Polizeierlaubnis. Eine solche Verfügung lässt auf Gesuch hin eine aus polizeilichen Gründen unter Bewilligungspflicht stehende Tätigkeit zu, wenn die zum Schutz der Polizeigüter aufgestellten gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung dieser Tätigkeit erfüllt sind. Die Polizeierlaubnis ist keine Feststellungsverfügung; sie stellt nicht lediglich das Vorhandensein eines Rechts fest, sondern erteilt die Befugnis, eine Tätigkeit auszuüben, die an sich gesetzlich untersagt ist. Sie ist damit formelle Voraussetzung für die Rechtmässigkeit einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit. Wird eine solche ausgeübt, ohne zuvor die erforderliche Erlaubnis einzuholen, so schreiten die Verwaltungsbehörden ein und erzwingen die Durchführung eines Bewilligungsverfahrens bzw. die Einstellung der Tätigkeit. Die Polizeierlaubnis hat also rechtsgestaltende Wirkung und verschafft dem Gesuchsteller eine bestimmte Rechtsposition, indem eine Tätigkeit als rechtmässig erklärt wird. In materieller Hinsicht kann die Erteilung einer Polizeierlaubnis sowohl von persönlichen als auch von sachlichen Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Für die Polizeierlaubnis ist charakteristisch, dass die darum ersuchende Person einen Rechtsanspruch auf Erteilung besitzt, wenn sie die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen erfüllt. Die Entscheidung darüber, ob die Erlaubnis erteilt wird oder nicht, liegt demnach in der Regel auch nicht im Ermessen der Bewilligungsbehörde (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, N. 2523 ff.)
 - b) Die Rekurrentin geht zwar zutreffend auch davon aus, dass es sich bei der Betriebsbewilligung um eine Polizeierlaubnis mit den vorgenannten Charakteristika handelt. Sie zieht in der Folge aber falsche Schlüsse und übersieht, dass Sinn und Zweck der Bewilligungspflicht ist, aus gesundheitspolizeilichen Gründen die persönlichen, fachlichen und betrieblichen Voraussetzungen zur Berufsausübung bzw. zum Betrieb der

Institution zu prüfen und dies der Qualitätssicherung ärztlicher Dienstleistungen, der Sicherstellung der Vertrauenswürdigkeit der Ärzteschaft sowie auch dem Patientenwohl dient, die Überprüfung letztlich zur Gewährleistung einer qualitativ hochstehenden und zuverlässigen medizinischen Versorgung beiträgt und dies damit im überwiegenden öffentlichen Gesundheitsinteresse steht (siehe Entscheid des Verwaltungsgerichts VB.2009.00459 vom 19. November 2009, E. 5.4 f.). Erteilt die Polizeierlaubnis also die Befugnis, eine bewilligungspflichtige Tätigkeit auszuüben, nachdem sichergestellt ist, dass die aus gesundheitspolizeilichen Gründen notwendigen Voraussetzungen eingehalten sind, folgt daraus unweigerlich, dass sie als formelle Voraussetzung für die Rechtmässigkeit der bewilligungspflichtigen Tätigkeit nur ex nunc wirken und eine rückwirkende Erlaubnis nicht in Frage kommen kann (vgl. auch den Hinweis im Merkblatt des KAD «Ärztin / Arzt, Merkblatt zum Gesuch um Bewilligung der selbstständigen Berufsausübung», Ausgabe vom März 2013: «Die Aufnahme der selbstständigen Berufsausübung ist erst nach Erhalt der Bewilligung gestattet»; desgleichen aktuell im September 2013 überarbeiteten Leitfaden «Das neue Medizinalberuferecht; Leitfaden für Ärztinnen und Ärzte mit Bewilligung zur selbstständigen Berufsausübung im Kanton Zürich»: «Eine Aufnahme der Tätigkeit vor Bewilligungserteilung ist nicht gestattet.» (S. 3); ferner etwa auch die deklaratorische Normierung in § 5 Abs. 2 der Aargauischen Verordnung über die Berufe, Organisationen und Betriebe im Gesundheitswesen vom 11. November 2009: «Die bewilligungspflichtige Tätigkeit darf erst aufgenommen werden, wenn die Bewilligung vorliegt.»). Völlig sachfremd erscheint daher im Zusammenhang mit der ex tunc geltend gemachten Wirkung auch das Argument, die Bewilligung müsse immer rückwirkend und auf das Datum der Gesuchsstellung inklusive einer zweimonatigen Bearbeitungszeit ausgestellt werden. Die rückwirkende Erteilung im geltend gemachten Sinne würde allen Grundprinzipien des Verwaltungsrechts, insbesondere der Gesetzmässigkeit und namentlich der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit zuwiderlaufen. Sie würde einer rückwirkenden Legitimierung einer bei Ausübung unzulässigen Tätigkeit gleichkommen, womit sich auch ein klarer Widerspruch zu den Strafbestimmungen ergäbe (siehe insbesondere § 61 Abs. 1 lit. h GesG). Darüber hinaus kann eine zahnärztliche Tätigkeit keine Wirkungen in der Vergangenheit hervorrufen, sondern nur in der Gegenwart und pro futuro, so dass eine ex tunc ausgestellte Bewilligung, abgesehen von der nachträglichen Legitimierung, ausschliesslich einer administrativen Abwicklung unter anderen Vorzeichen dienen würde, was nicht dem Schutzzweck einer Polizeierlaubnis entspricht. Die Handhabung ex nunc entspricht sehr wohl der beständigen Praxis des Rekursgegners und auch des KAD bei der Erteilung von Betriebs- und Berufsausübungsbewilligungen (siehe Rechtsauskunft des Rekursgegners in Email an die Rekurrentin vom 13. März 2012; siehe auch vorstehende Zitate des Merkblattes und des Leitfadens des KAD).

- c) In diesem Zusammenhang weitergehende, konkrete Ansprüche hinsichtlich des Erledigungszeitpunkts zu erheben, entbehrt einer rechtlichen Grundlage. Gemäss dem in § 4a VRG festgelegten Beschleunigungsgebot gilt allgemein, dass Behörden zur beförderlichen Behandlung von Verwaltungsverfahren verpflichtet sind. Weitere, zeitlich konkretisierende Bestimmungen für die Erledigung gesundheitspolizeilicher Bewilligungsverfahren bestehen nicht. Die Bewilligungsbehörden sind mithin zur zügigen Bearbeitung von Gesuchen gehalten, verfügen aber in den Grenzen einer gängigen Bearbeitungsdauer über den nötigen zeitlichen Spielraum im Einzelfall. Der

Ansatz, der Behörde dürfe, abgesehen von einer normalen Bearbeitungsdauer, kein Ermessen betreffend Zeitpunkt der Erteilung der Bewilligung zustehen, ist damit verfehlt. Ebenso wenig können entgegen anders lautender Vorbringen aus § 35 GesG, wonach die Betriebsbewilligung erteilt wird, wenn die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind, mangels dortiger zeitlicher Angabe irgendwelche Ansprüche zeitlicher Natur abgeleitet werden. Dass die Bewilligung nach der Überprüfung, ob die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind, unverzüglich zu erteilen ist, versteht sich aufgrund des Beschleunigungsgebots in § 4a VRG von selbst. Vorliegend lässt sich die Bearbeitungsdauer nicht beanstanden, liegt sie doch immer noch im Bereich der häufig als Richtwert bezeichneten Dauer von zwei Monaten, ab Vorliegen aller relevanter Gesuchsunterlagen gerechnet.

- d) An der fehlenden Möglichkeit einer rückwirkenden Bewilligungserteilung ändert auch der vorliegende Verfahrensverlauf nichts. So führt die verwaltungsgerichtliche Beurteilung nicht, wie geltend, gemacht automatisch zur Bewilligungserteilung auf den ursprünglichen Zeitpunkt. Auch ist ohne Belang, dass der Rekursgegner sodann mit der am 4. Mai 2012 erteilten Bewilligung die zuvor abschlägige Beurteilung des Gesuchs inhaltlich zurücknahm. Die im Schreiben vom 16. Februar 2012 vermerkte Bereitschaft des Rekursgegners zur Überprüfung der Verfügung vom 10. Januar 2011 bedeutet nämlich keineswegs eine Anpassung mit Rückwirkung, insbesondere als die Fehlerhaftigkeit der Verfügung – entgegen den Vorbringen der Rekurrentin, die gesetzlichen Bewilligungsvoraussetzungen seien ihrerseits bereits am 1. Oktober 2010 erfüllt gewesen – gar keine ursprüngliche war. Massgeblich bleibt auch in der vorliegenden Konstellation noch immer, dass es sich um die Erteilung einer Polizeibewilligung handelt, die eben nur ex nunc ausgestellt werden kann. So hat der Rekursgegner bei der Bewilligungserteilung nicht auch die erste Verfügung vom 10. Januar 2011 in Wiedererwägung gezogen und damit formell aufgehoben; mit Erteilung der Bewilligung am 4. Mai 2012 wurde die vorangehende Verfügung bloss materiell und ex nunc hinfällig.

Wohl ist mit dem vorliegenden Verfahrensverlauf ein gewisser Zeitablauf verbunden; Dies ist aber – im Rahmen des Beschleunigungsgebotes – von den Parteien grundsätzlich hinzunehmen, wenn zur Klärung einer Rechtslage der Rechtsweg beschritten wird. Vorliegend gereichte es der Rekurrentin sogar zum Vorteil, dass die verwaltungsgerichtliche Klärung in einem anderen, zeitlich vorgelagerten Verfahren und damit rascher erging und sie nicht selbst einen allenfalls mehrinstanzlichen Weg anstrengen musste. Dass andererseits andere mögliche Gesuchsteller mit einem späteren und zeitlich näher beim Verwaltungsgerichtsentscheid liegenden Gesuch schneller zu einer Betriebsbewilligung gekommen und insofern besser gestellt sein könnten, kann nicht ausgeschlossen werden; dieser Nachteil ist aber, auch wenn im Einzelfall unerwünscht, systemimmanent, kann jedoch nicht als rechtsungleiche Behandlung qualifiziert werden. Dass der Rekursgegner sodann nach Eintritt der Rechtskraft des Verwaltungsgerichtsentscheides Ende 2011 in Zusammenarbeit mit dem KAD zuerst die Bewilligungskriterien und damit auch die Gesuchsanforderungen festlegen und angesichts der aufgehobenen Beschränkung von § 17 Abs. 1 MedBV auch das Gesuchsformular an den geöffneten Adressatenkreis anpassen bzw. neu kreieren und die einzureichenden Gesuchsunterlagen bezeichnen musste, überzeugt und ist gerechtfertigt (siehe Formular 'Gesuch um Erteilung einer Betriebsbewilligung

für eine ambulante zahnärztliche Institution», Version Stand Januar 2012; vgl. auch die Publikation des KAD in der Zürcher ÄrzteZeitung, Dezember 2011, S. 12, «Mitteilung der Gesundheitsdirektion (Kantonsärztlicher Dienst)». Die Rekurrentin übersieht somit, dass es dem Rekursgegner als Bewilligungsbehörde oblag, zur Gewährleistung der rechtsgleichen und rechtskonformen Behandlung von Gesuchen die einzuverlangenden Angaben und Unterlagen, auf Grund derer die Bewilligungsvoraussetzungen nach § 36 GesG geprüft werden sollen, in genereller Weise zu bezeichnen. Daran ändert auch die verwaltungsgerichtliche Feststellung nichts. So hat der Rekursgegner einen detaillierten Katalog von Gesuchsbeilagen ausgearbeitet, die gemeinsam mit dem ausgefüllten Gesuchsformular eingereicht werden müssen (Handelsregister- und Betriebsregistrauszug der Trägerschaft [beide nicht älter als drei Monate], Nachweis Betriebshaftpflichtversicherung, Betriebskonzept, Konzept betreffend Führung Patientendokumentationen, Stellenbeschrieb der verantwortlichen zahnärztlichen Leitung, Organigramm, Plan der Räumlichkeiten). Es versteht sich von selbst, dass auch die Rekurrentin für die nachgesuchte Betriebsbewilligung diese neu definierten Angaben im Gesuchsformular tätigen und (aktualisierte) Unterlagen einreichen musste. Ihr Vorbringen, bereits am 1. Oktober 2010 die gesetzlichen Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt und insbesondere auch sämtliche notwendigen Unterlagen eingereicht zu haben, weshalb sie bei richtiger Gesetzesauslegung bereits damals Anspruch auf Erteilung der Bewilligung in einer angemessenen Behandlungszeit gehabt habe, geht damit fehl. Abgesehen davon zeigt ein Blick in die Akten, dass die für die Beurteilung nach § 36 GesG nachmalig als notwendig bezeichneten Angaben und Unterlagen nicht schon vollumfänglich vorgelegt worden waren (vgl. nur schon bezüglich Gesuchsformular, vgl. Beilagen zum Gesuch vom 1. Oktober 2010 und Beilagen zum Gesuch vom 28. März 2012).

- e) Im Weiteren lässt sich entgegen anderslautender Vorbringen auch aus den weiteren angeführten Grundsätzen nicht herleiten, der Rekursgegner hätte nach dem Entscheid des Verwaltungsgerichts eine rückwirkende Bewilligung erteilen müssen. Soweit die Rekurrentin die Grundsätze zu Praxisänderungen bezieht, aus denen sie eine sofortige Anwendung der Praxisänderung auch für ihren Fall ableiten will, ist ihr mit dem Rekursgegner entgegenzuhalten, dass es vorliegend nicht um eine Praxisänderung ging, sondern um eine durch eine richterliche Behörde festgestellte Änderung der Rechtslage in materieller Hinsicht, die es zu vollziehen galt und nach wie vor gilt. Auch die Geltendmachung einer unechten Rückwirkung zielt ins Leere, da eine Rückwirkung immer die Frage der rechtlichen Wirkung von Erlassen betrifft, hier aber bloss eine gerichtliche Feststellung der Unrechtmässigkeit einer Rechtsnorm im Fokus steht (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N. 310ff.). Die diesbezügliche Argumentation braucht daher nicht näher geprüft zu werden. Sodann kann dem Rekursgegner auch kein widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden. Dass er mit Schreiben vom 16. Februar 2012 der Rekurrentin mitgeteilt hatte, bereit zu sein, die Verfügung vom 10. Januar 2011 «zu überprüfen», bedeutet – wie bereits ausgeführt – entgegen den Vorbringen der Rekurrentin nicht, dass es sich dabei zwangsläufig um eine Wiedererwägung mit rückwirkender Wirkung handelt. Der Rekursgegner hat die Rekurrentin vielmehr nach der Rechtskraft jenes Verwaltungsgerichtsentscheides auf die nunmehr veränderte Rechtslage und damit die Bewilligungsfähigkeit hingewiesen. Die Rekurrentin hätte es zudem selbst in der Hand gehabt, rasch um Erteilung der nachgesuchten Bewilligung zu ersuchen, um den behaupteten finanziellen

Nachteil zu minimieren. Dem Rekursgegner unloyales Verhalten, widersprüchliches Verhalten bzw. einen Verstoß gegen Treu und Glauben vorzuwerfen, schlägt auch unter diesem Aspekt fehl.

- f) Die Behauptung der Rekurrentin, beim Entscheid des Rekursgegners vom 10. Januar 2011 handle es sich um einen «Fehlentscheid», ist im Übrigen verfehlt; dieser hatte in besagter Verfügung vielmehr das Gesuch korrekt gestützt auf die damals geltenden Rechtsnormen – und damit auch gestützt auf § 17 MedBV – beurteilt. Eine weitergehende Überprüfung der massgeblichen Normen verschloss sich dem Rekursgegner, da ihm als untergeordnete Verwaltungsinstanz eine akzessorische Normenkontrolle nur bei offensichtlicher Verfassungs- oder Gesetzeswidrigkeit zugestanden hätte. Die von der Rekurrentin geltend gemachte Lockerung dieser Beschränkung auf Fälle der offensichtlichen Rechtswidrigkeit lässt sich auch der von ihr beigezogenen Rechtsprechung und Lehre höchstens für höhere, mit Rechtsprechung betraute Verwaltungsinstanzen entnehmen. Auch die Pflicht zur Rechtsanwendung von Amtes vermag nichts anderes zu bewirken; diese steht immer auch unter dem Vorbehalt dieser eingeschränkten Überprüfungsmöglichkeit (KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, a.a.O., § 7 N. 85; in diesem Sinne auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. A., Zürich Basel Genf 2013, N. 1274 f.). Im Zeitpunkt der ersten Gesuchsprüfung bestand kein augenfälliger Hinweis darauf, dass namentlich die massgebliche Bestimmung in der MedBV verfassungs- oder gesetzeswidrig sei. So hatte selbst der Regierungsrat als erste Rechtsmittelinstanz – der sich beim akzessorischen Prüfungsrecht selbst auch noch eine gewisse Zurückhaltung auferlegen musste (KÖLZ/BOSSHART/ RÖHL, a.a.O., § 20 N. 27) – in den zwei parallelen Fällen die Einschränkung von § 17 Abs. 1 MedBV nicht beanstandet und im einen Fall den KAD angewiesen, eine Betriebsbewilligung gestützt auf § 17 Abs. 1 lit. a MedBV zu erteilen. Auch das Verwaltungsgericht kam erst nach einer einlässlichen Auseinandersetzung mit der aufgeworfenen Rechtsfrage und unter Beizug von Gesetzesmaterialien zum GesG und unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte zum Schluss, § 17 Abs. 1 MedBV fehle die rechtliche Grundlage. Den verwaltungsgerichtlichen Erwägungen lässt sich denn auch nicht entnehmen, es handle sich um eine auf der Hand liegende Schlussfolgerung. Von einer offensichtlichen Unrechtmässigkeit der besagten Norm und einer fehlerhaften Rechtsanwendung durch den Rekursgegner kann angesichts der regierungsrätlichen Beurteilung und der verwaltungsgerichtlichen fundierten Prüfung klar nicht gesprochen werden. Soweit das Verwaltungsgericht in einem späteren Zeitpunkt im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle die Rechtmässigkeit der Bestimmung von § 17 Abs. 1 MedBV verneint hat, kann dies dem Rekursgegner nicht im Nachhinein für das vorliegende Verfahren bzw. mit Bezug auf die vor der verwaltungsgerichtlichen Beurteilung ergangene Verfügung vom 10. Januar 2011 angelastet werden. Dass die Überprüfung durch eine Rechtsmittelinstanz zu einer anderen Beurteilung und damit zu einer anderen Rechtsanwendung führen kann, ist Grundgedanke unseres Rechtssystems und Gehalt der Rechtsweggarantie. Von einer Verfahrens- und Schadensverursachung des Rekursgegners kann daher keine Rede sein. Dies gilt umso mehr in einem Fall einer abstrakten Normenkontrolle, die der erstinstanzlichen rechtsanwendenden Behörde grundsätzlich versagt ist. Der Rekursgegner ist demnach korrekt vorgegangen, indem er die Rekurrentin nach Rechtskraft des Verwaltungsgerichtsentscheides auf die nunmehr gegebene Möglichkeit einer Bewilli-

gungserteilung hinwies und Letztere in Aussicht stellte. Dass er hierfür ein neues Gesuch mit aktualisierten Angaben und Unterlagen einverlangte, ist nach dem bereits Gesagten nur rechtens.

- g) Der Rekursgegner informierte die Rekurrentin Mitte Februar 2012 über die nunmehr mögliche Erteilung einer Betriebsbewilligung und die weiteren Voraussetzungen hierzu, nachdem er die Kriterien für die Gesuchsprüfung und die Anforderungen an die einzureichenden Gesuchsunterlagen festgelegt hatte und das neue Gesuchsformular im Januar 2012 im Internet aufgeschaltet worden war. Dies ist angesichts der grossen Geschäftslast des Rekursgegners in zeitlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Die Rekurrentin benötigte ihrerseits für die Einreichung des neuen Gesuches eineinhalb Monate nach der Information durch den Rekursgegner. Dies, obwohl sie seit Ende September 2011 Kenntnis vom Entscheid des Verwaltungsgerichtsentscheides hatte, da ihr Rechtsvertreter auch in jenem Verfahren als Rechtsvertreter aufgetreten war, und sie somit jederzeit mit einem erneuten Gesuch hätte an den Rekursgegner gelangen können. Die Bearbeitungsdauer des Rekursgegners wurde im Übrigen – soweit aus den Akten ersichtlich – weder im ersten noch im zweiten Gesuchsverfahren bis zum Erlass der Verfügung vom 4. Mai 2012 je gerügt.
- h) Im Übrigen macht die Rekurrentin mit Blick auf die beantragte rückwirkende Erteilung nur geltend, es würde ihr ein Nachteil in mehrwertsteuerrechtlicher Hinsicht erwachsen, da die Eidgenössische Steuerverwaltung für die mehrwertsteuerrechtliche Erfassung auf den Zeitpunkt der Bewilligungserteilung abstelle. Diese rein pekuniären Interessen an einer rückwirkenden Bewilligung ändern nichts an den rechtlichen Rahmenbedingungen einer Polizeierlaubnis, die zur Sicherstellung gewichtiger gesundheitspolizeilicher Interessen immer nur ex nunc wirken kann.

Angemerkt sei zudem, dass der Rekursgegner der Rekurrentin unter der Voraussetzung, dass die in der Betriebsbewilligung enthaltenen, allerdings angefochtenen Anordnungen eingehalten werden, den Gebrauch der Betriebsbewilligung einstweilen erlaubt und Assistenzbewilligungen ausgestellt hat. Der Rekursgegner zeigte sich zu diesem Vorgehen bereit, um, wie er ausdrücklich festhielt, Hand zur Lösung der geltend gemachten Mehrwertsteuerproblematik zu bieten. Dass sich die Rekurrentin trotz dieser Lösung zu ihren Gunsten zwischenzeitlich offenbar nicht vollumfänglich an die vorgegebenen Modalitäten hielt (teilweises Nichtbefolgen der Auflage der Bewilligungspflicht der Beschäftigung von Zahnärzten), erstaunt angesichts des Entgegenkommens des Rekursgegners und des noch hängigen Rekursverfahrens. Massgeblich ist, dass die Rekurrentin mit dem Einverständnis des Rekursgegners die für sie in mehrwertsteuerrechtlicher Hinsicht vorteilhafte Lösung schon während der Dauer des Verfahrens umsetzen konnte und sie insofern von keiner benachteiligenden Situation sprechen kann (im Detail siehe dazu die zutreffenden Ausführungen im Schreiben des Rekursgegners vom 23. Mai 2013, sowie Stellungnahme; zum Ganzen auch KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, a.a.O., § 25 N. 7f.).

7. Somit ist der Rekurs vom 7. Juni 2012 im verbleibenden Umfang abzuweisen.
8. [Kosten- und Entschädigungsfolgen]

Die Gesundheitsdirektion
v e r f ü g t :

- I. Die Rekursverfahren gegen die Verfügungen des Kantonszahnärztlichen Dienstes vom 10. Januar 2011 und 4. Mai 2012 werden vereinigt.
- II.
 - a) Es wird Vormerk genommen, dass der Rekurs vom 10. Februar 2011 gegen die Verfügung vom 10. Januar 2011 in der Hauptsache gegenstandslos geworden ist; insoweit wird das Verfahren infolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abgeschlossen.
 - b) Vom teilweisen Rückzug des Rekurses vom 7. Juni 2012 gegen Ziffer II/2 der Verfügung vom 4. Mai 2012 wird Vormerk genommen, und das Verfahren wird in diesem Umfang als durch Rückzug erledigt abgeschlossen. Im Übrigen wird der Rekurs gegen die Verfügung vom 4. Mai 2012 abgewiesen.

[...]

Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil VB.2013.00829 vom 12. Juni 2014 eine Beschwerde gegen diesen Entscheid (zur Frage der rückwirkenden Bewilligungserteilung) abgewiesen.