

2P.306/2001/mks

Urteil vom 17. Mai 2002

II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler, Müller, Merkli,
Gerichtsschreiberin Müller.

X. _____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andreas R. Jawurek, Uf'm
Büel, 7270 Davos Platz,

gegen

Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement des Kantons Graubünden, Hofgraben
5, 7001 Chur,
Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, 2. Kammer, Obere Plessurstrasse
1,
7000 Chur.

Art. 9 und 27 BV (Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung als
Akupunkteur)

(Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts
des
Kantons Graubünden, 2. Kammer, vom 11. September 2001)

Sachverhalt:

A.

Der 1944 geborene X._____ absolvierte vom 1. März 1997 bis zum 30. Juni
2000 an der Henan University of Traditional Chinese Medicine in Zhengzhou,
Henan, Volksrepublik China, ein Vollzeitstudium der Traditionellen
Chinesischen Medizin (TCM) mit Hauptgewicht in Akupunktur und der Lehre von
den chinesischen Heilmitteln, welches er erfolgreich abschloss. Er ist
A-Mitglied bei der Schweizerischen Berufsorganisation für Traditionelle
Chinesische Medizin (SBO-TCM). Am 29. September 2000 erhielt er von der
Sanitäts- und Fürsorgedirektion des Kantons Glarus und am 4. Dezember 2000
von der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich die Bewilligung zur
selbständigen Berufsausübung als Akupunkteur. Am 16. Februar 2001 ersuchte
X._____ beim Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement des Kantons
Graubünden um eine Berufsausübungsbewilligung als Akupunkteur. Das
Departement wies das Gesuch mit Verfügung vom 22. Mai 2001 ab. Den dagegen
erhobenen Rekurs wies das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden mit
Urteil vom 11. September 2001 ab.

B.

Dagegen hat X._____ mit Eingabe vom 22. November 2001 beim Bundesgericht
staatsrechtliche Beschwerde erhoben. Er beantragt, den Entscheid des
Verwaltungsgerichts vom 11. September 2001 sowie den Entscheid des Justiz-,
Polizei- und Sanitätsdepartements Graubünden vom 22. Mai 2001 aufzuheben,
soweit ihm die selbständige Ausübung des Akupunkteurberufes im Kanton
Graubünden verweigert worden sei.

Das Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement des Kantons Graubünden
schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das Verwaltungsgericht des Kantons
Graubünden beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten
sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1

Der angefochtene Entscheid des Verwaltungsgerichts ist ein kantonales letztinstanzlicher Entscheid, der sich auf kantonales Recht stützt und gegen den auch im Bund kein ordentliches Rechtsmittel gegeben ist. Die staatsrechtliche Beschwerde ist daher zulässig (Art. 84 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 86 Abs. 1 OG).

1.2 Der Entscheid einer unteren kantonalen Instanz kann nach der Praxis des Bundesgerichts mit staatsrechtlicher Beschwerde mitangefochten werden, wenn entweder der letzten kantonalen Instanz nicht sämtliche vor Bundesgericht erhobenen Rügen unterbreitet werden konnten, oder wenn solche Rügen zwar von der letzten kantonalen Instanz zu beurteilen waren, jedoch mit einer engeren Prüfungsbefugnis, als sie dem Bundesgericht zusteht ([BGE 118 Ia 165](#) E. 2b S. 169, mit Hinweisen). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Soweit mit der Beschwerde auch der Entscheid des Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartements des Kantons Graubünden angefochten wird, kann darauf nicht eingetreten werden.

1.3 Gemäss Art. 27 BV ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet. Unter dem Schutz dieses Grundrechts steht, wie das schon in Bezug auf die altrechtliche Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 aBV) galt, jede gewerbsmässig ausgeübte, privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinnes oder Erwerbseinkommens dient, somit auch die gewerbsmässige Ausübung des Berufs eines Akupunkteurs (vgl. [BGE 125 I 335](#) E. 2a S. 337). Durch die Verweigerung der Berufsausübungsbewilligung ist der Beschwerdeführer in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen und damit zur Erhebung der staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 88 OG).

1.4 Die staatsrechtliche Beschwerde muss die wesentlichen Tatsachen und eine kurz gefasste Darlegung darüber enthalten, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze inwiefern durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden sind (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG). Das Bundesgericht untersucht nicht von Amtes wegen, ob ein kantonaler Hoheitsakt verfassungswidrig ist, sondern prüft nur rechtsgenügend vorgebrachte und, soweit möglich, belegte Rügen ([BGE 110 Ia 1](#) E. 2 S. 3 f., [119 Ia 197](#) E. 1d S. 201). Der Beschwerdeführer hat sich mit der Begründung im angefochtenen Entscheid im Einzelnen auseinander zu setzen und zu erklären, welches geschriebene oder ungeschriebene verfassungsmässige Individualrecht verletzt worden sein soll. Auf bloss allgemein gehaltene, appellatorische Kritik tritt das Bundesgericht nicht ein ([BGE 107 Ia 186](#) E. b). Wird eine Verletzung des Willkürverbots geltend gemacht, kann der Beschwerdeführer sich nicht damit begnügen, den angefochtenen Entscheid einfach als falsch oder willkürlich zu bezeichnen und

ihm seine Sicht der Dinge gegenüberzustellen; er hat vielmehr anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen darzulegen, inwiefern der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet ([BGE 117 Ia 10](#) E. 4b

S. 11 f.)).

2.

2.1 Während Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in der Bundesverfassung vorgesehen (oder durch kantonale Regalrechte begründet) sein müssen (Art. 94 Abs. 4 BV), sind grundrechtskonforme Einschränkungen unter den für Grundrechtseingriffe allgemein geltenden Voraussetzungen des Art. 36 BV zulässig: Erforderlich sind demnach eine gesetzliche Grundlage (Abs. 1), ein öffentliches Interesse (Abs. 2), Verhältnismässigkeit (Abs. 3) sowie die Beachtung des Kerngehalts (Abs. 4).

2.2 Im Gegensatz zum Bund, für den die Bundesverfassung zahlreiche Verfassungsermächtigungen im Sinne von Art. 94 Abs. 4 BV enthält, sind die Kantonedurchweg an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gebunden. Es ist ihnen - abgesehen vom Bereich der Regalrechte - untersagt, den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu beeinträchtigen und wirtschaftspolitische Massnahmen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 31 Abs. 2 aBV zu treffen (vgl. Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 296 f.). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 31 Abs. 2 aBV sind wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbebereiche oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen, unzulässig. Zulässig sind dagegen andere im öffentlichen Interesse begründete Massnahmen, wie namentlich polizeilich motivierte Eingriffe zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit, Sittlichkeit sowie von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr oder sozialpolitisch begründete Einschränkungen. Diese bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie der Rechtsgleichheit (namentlich im Sinne der Wettbewerbsneutralität) wahren ([BGE 125 I 417](#) E. 4a S. 422, mit Hinweis).

3.

3.1 Eine Bewilligungspflicht bzw. ein Verbot für die Ausübung eines Berufes ist ein schwerer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und bedarf einer ausdrücklichen formellgesetzlichen Grundlage. Das schliesst nicht aus, dass das Gesetz die nähere Ausgestaltung einer nachgeordneten Instanz überlässt ([BGE 125 I 335](#) E. 2b S. 337, mit Hinweis).

3.2 Der Beschwerdeführer ficht den Grundsatz der Bewilligungspflicht für den Beruf eines selbständig praktizierenden Akupunkteurs ausdrücklich nicht an; er bemängelt vielmehr, dass die Erteilung einer solchen Bewilligung an einen nichtärztlichen Akupunkteur zwingend an das Bestehen einer Naturheilpraktikerprüfung geknüpft wird, dies unbesehen der konkreten Ausbildung des Bewerbers auf seinem Gebiet.

Gemäss Art. 46 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Graubünden vom 2. Dezember

1984 (Gesundheitsgesetz, GesG; BR 500.000) kann der Grosse Rat durch Verordnung Berufe des Gesundheitswesens bewilligungspflichtig erklären und die fachlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Berufsausübungsbewilligung und die Berufsausübung regeln. Gestützt auf diese

Bestimmung hat der Grosse Rat am 28. Januar 1997 die Verordnung über die Ausübung von Berufen des Gesundheitswesens (GesVO; BR 500.010) erlassen. Gemäss Art. 5 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 lit. a und b GesVO erteilt das

Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement die Bewilligung zur Berufsausübung,

wenn der Bewerber die fachlichen Voraussetzungen erfüllt und nicht an einem geistigen oder körperlichen Gebrechen leidet, das ihn zur Berufsausübung unfähig macht. Personen mit einer ausländischen Ausbildung wird eine Bewilligung erteilt, wenn die Ausbildung der schweizerischen gleichwertig ist

(Art. 6 Abs. 2 GesVO); das Departement kann Bewilligungen unter Auflagen oder

mit Einschränkungen erteilen (Art. 6 Abs. 3 GesVO). Gemäss Art. 39 GesVO wird

zur Betätigung als Naturheilpraktiker zugelassen, wer eine anerkannte kantonale Prüfung bestanden hat (Abs. 1); die Regierung erlässt eine Verordnung über die Prüfung für Naturheilpraktiker (Abs. 2). Gemäss Art. 6 der Verordnung über die Prüfung für Naturheilpraktiker vom 17. Dezember 1996

(Prüfungsverordnung; BR 500.020) hat sich ein Bewerber bei der Prüfung über ausreichende Kenntnisse in folgenden Gebieten auszuweisen:

1. Grundwissen:

1.1 Aufbau des menschlichen Körpers (Anatomie);

1.2 Funktion des Körpers und seiner Organe (Biologie, Physiologie);

1.3 Allgemeine Krankheitskunde, Störungen der körperlichen und seelischen Gesundheit;

1.4 Hygiene und Desinfektion;

1.5 Gesundheitsförderung, Prävention.

2. Grundlagen der Ernährung, Ernährungsberatung, Diäten;

3. Heilkräuterkunde, Phytotherapie;

4. Homöopathie;

5. Physikalische Anwendungen, einschliesslich Akupunktur;

6. Erste Hilfe;

7. Rechtsvorschriften im Zusammenhang mit der Berufsausübung.

Es ist eine schriftliche und eine mündliche Prüfung zu bestehen (Art. 7 und 8

der Prüfungsverordnung).

Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, es bestehe keine genügende gesetzliche Grundlage dafür, die Bewilligung für die selbständige Ausübung der Akupunktur nur an Bewerber zu erteilen, welche die Prüfung als Naturheilpraktiker bestanden haben.

4.

Gemäss den Erwägungen des Verwaltungsgerichts besteht ein öffentliches Interesse an der Unterstellung der Ausübung des Naturheilpraktikerberufes unter eine Prüfungspflicht, weil die Bevölkerung auch im alternativmedizinischen Bereich vor "unqualifizierten Medizinalpersonen" geschützt werden soll.

Dieses öffentliche Interesse bestreitet der Beschwerdeführer nicht.

5.

Das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt, dass staatliche Hoheitsakte für das Erreichen eines im übergeordneten öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet, notwendig und dem Betroffenen zumutbar sein müssen ([BGE 126 I 112](#) E. 5b S. 119; [124 I 40](#) E. 3e S. 44).

5.1 Wer die Naturheilpraktikerprüfung besteht, weist sich damit über gewisse Grundkenntnisse in den oben aufgeführten Gebieten der Gesundheitslehre aus; darunter im Gebiet der Physikalischen Anwendungen, einschliesslich Akupunktur (Art. 6 der Prüfungsverordnung, insb. Art. 6 Ziff. 5). Aus der Prüfungsverordnung, die von "ausreichenden Kenntnissen" spricht, geht nicht hervor, wie hoch die Anforderungen je Fachgebiet an einen angehenden Naturheilpraktiker sind. Es fällt aber auf, dass die Akupunktur nicht als eigenständiges Prüfungsgebiet aufgeführt wird, sondern als Teilgebiet der so genannten Physikalischen Anwendungen. Auch wenn unbekannt ist, wie viele Ausbildungsstunden ein Bewerber, der sich bisher nicht mit der Akupunktur befasst hat, für das Bestehen dieses Teils des Prüfungsgebiets "Physikalische Anwendungen" aufwenden muss, kann doch davon ausgegangen werden, dass sich die entsprechende Prüfung auf die Grundzüge des Fachgebietes beschränkt.

Wie dieses Beispiel zeigt, führt die bündnerische Regelung zwar nicht dazu, dass in jedem Gebiet nur gut ausgebildete Spezialisten tätig sein dürfen; sie dient aber dem Schutz der Bevölkerung vor mangelhaft ausgebildeten Personen in dem Sinn, dass alle, die im Bereiche der Naturheilverfahren beruflich tätig sein wollen, über ein bestimmtes Grundwissen in verschiedenen Gebieten der Gesundheitslehre verfügen müssen. Das Erfordernis des Ablegens der Naturheilpraktikerprüfung ist damit grundsätzlich zum Erreichen des beschriebenen Zieles geeignet.

5.2 Zu prüfen ist, ob das Ablegen dieser Prüfung erforderlich ist, wenn sich ein Akupunkteur, der einzig auf seinem Spezialgebiet tätig werden will, um die Berufsausübungsbewilligung bemüht. Dies ist nicht der Fall: Es ist zwar nicht grundsätzlich unverhältnismässig, von einem angehenden Akupunkteur zu verlangen, dass er sich über gewisse Grundkenntnisse der Gesundheitslehre nach westlichen Ansätzen ausweist. So ist eine Prüfung in den unter "Grundwissen" (Art. 6 Ziff. 1 der Prüfungsverordnung) zusammengefassten Gebieten Aufbau des menschlichen Körpers (Anatomie); Funktion des Körpers und seiner Organe (Biologie, Physiologie); Allgemeine Krankheitskunde, Störungen der körperlichen und seelischen Gesundheit; Hygiene und Desinfektion sowie Gesundheitsförderung und Prävention unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit nicht zu beanstanden; dasselbe gilt für

das Gebiet der Ersten Hilfe (Art. 6 Ziff. 6 der Prüfungsverordnung) und für das Gebiet der Rechtsvorschriften im Zusammenhang mit der Berufsausübung (Art. 6 Ziff. 7 der Prüfungsverordnung).

Hingegen geht es zu weit, von einem Akupunkteur zu verlangen, sich zusätzlich über Kenntnisse auf den Gebieten der Ernährung, der Ernährungsberatung und der Diäten (Art. 6 Ziff. 2 der Prüfungsverordnung), der Heilkräuterkunde und Phytotherapie (Art. 6 Ziff. 3 der Prüfungsverordnung), der Homöopathie (Art. 6 Ziff. 4 der Prüfungsverordnung) und der physikalischen Anwendungen (Art. 6 Ziff. 5 der Prüfungsverordnung), abgesehen von der Akupunktur, auszuweisen. Es kann offen bleiben, wieweit die allgemeinen Kenntnisse in Akupunktur, welche für die Zulassung als Naturheilpraktiker verlangt werden, für eine spezialisierte Tätigkeit als Akupunkteur genügen würden. Es ist jedenfalls unverhältnismässig, die Tätigkeit des Akupunkteurs einzig mit der Bewilligung für Naturheilpraktiker zu erfassen, welche sich einerseits auf eine Reihe mit der Akupunktur in keinem Zusammenhang stehender Bereiche erstreckt und andererseits die Ausbildung zum Akupunkteur nur eher am Rande abdeckt. Da es sich bei der Akupunktur um ein klar abgrenzbares Berufsbild handelt (vgl. [BGE 125 I 337](#) E. 3e und E. 4 ff.), hat der Kanton Graubünden vielmehr eine Teilbewilligung vorzusehen, welche qualifizierten Bewerbern die Ausübung dieses Berufes ermöglicht, ohne sie mit unnötigen Prüfungen in völlig anderen Gebieten zu belasten.

5.3 Beim Gestalten einer solchen Teilbewilligung für Akupunkteure stellt sich vor allem das Problem der Überprüfbarkeit eines im Ausland erworbenen Diploms, da bisher keine gesamtschweizerisch anerkannte Ausbildung in Akupunktur (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 18. April 2002 [2P.301/2001]) existiert. Denkbar ist im konkreten Fall etwa eine vertiefte Prüfung des Beschwerdeführers auf dem Gebiet der Akupunktur. Eine andere Möglichkeit wäre die Überprüfung seines ausländischen Diploms durch einen in der Schweiz tätigen Akupunkturspezialisten. Denkbar ist auch, wie der Kanton Glarus auf die A-Mitgliedschaft des Beschwerdeführers bei der Schweizerischen Berufsorganisation für Traditionelle Chinesische Medizin abzustellen. Dabei ist es dem Verwaltungsgericht unbenommen, eine allfällige Bewilligung etwa mit der Auflage zu verbinden, wonach die Patienten vor Behandlungsbeginn über die Möglichkeiten und Grenzen der Akupunktur und über die Kontraindikationen aufzuklären sind (vgl. BVR 1997 S. 137 f.).

6.

6.1 Nachdem das Erfordernis der bestandenen Naturheilpraktikerprüfung einen unverhältnismässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit des Beschwerdeführers darstellt, ist der angefochtene Entscheid aufzuheben.

6.2 Die Gutheissung der Beschwerde im konkreten Fall bedeutet aber nicht, dass die bündnerische Regelung für die Berufe des Gesundheitswesens insgesamt verfassungswidrig wäre:

Die Gesundheitsverordnung, die die bewilligungspflichtigen Tätigkeiten und Berufe des Gesundheitswesens mit Ausnahme der Medizinalpersonen regelt (Art.

1 lit. a GesVO), hat verschiedene Berufsbilder spezifischen Regeln unterstellt, so den Beruf des Chiropraktors (Art. 12 - 14 GesVO), des Drogisten (Art. 15 und 16 GesVO), der Hebamme (Art. 17 - 19 GesVO), der Krankenschwester (Art. 20 - 22 GesVO), des Ernährungsberaters (Art. 23 und 24 GesVO), des Ergotherapeuten (Art. 25 und 26 GesVO), des Physiotherapeuten (Art. 27 und 28 GesVO), des medizinischen Masseurs (Art. 29 und 30 GesVO), des Psychotherapeuten (Art. 31 und 32 GesVO), des Logopäden (Art. 33 und 34 GesVO), des Augenoptikers (Art. 35 und 36 GesVO) und des Podologen (Art. 37 und 38 GesVO). Dabei handelt es sich um Tätigkeiten, für die sich im Laufe der Zeit ein einheitliches Berufsbild herauskristallisiert hat.

Dieses Konzept, wonach für einzelne, gut abgrenzbare Berufe im Gesundheitswesen je separate Anforderungen für eine Anerkennung gestellt werden, hingegen mehrere Fachgebiete unter dem Berufsbild des so genannten Naturheilpraktikers zusammengefasst werden (Art. 39 - 41 GesVO), ist eine Möglichkeit, mit der grossen Vielfalt therapeutischer Anwendungen fertig zu werden (vgl. die Zusammenstellung der Methoden der Naturärzte-Vereinigung der

Schweiz in: Max Künzi, Komplementärmedizin und Gesundheitsrecht, Basel 1996,

S. 6 ff.). Es ist nicht nötig, für jede denkbare therapeutische Verrichtung ein eigenes Zulassungsverfahren mit eigenständiger Berufsbezeichnung zu entwickeln; die weniger spezialisierten Anwendungen dürfen grundsätzlich nach wie vor zusammengefasst und dem Berufsbild des "Naturheilpraktikers" zugeordnet werden.

7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem unterliegenden Kanton Graubünden keine Kosten aufzuerlegen, da es sich nicht um sein Vermögensinteresse handelt (Art. 156 Abs. 2 OG). Er hat hingegen dem Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 159

Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die staatsrechtliche Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist, und der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 11. September 2001 aufgehoben.

2.

Es werden keine Kosten erhoben.

3.

Der Kanton Graubünden hat dem Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.-- auszurichten.

4.

Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer sowie dem Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement und dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 17. Mai 2002

Im Namen der II. Öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: