

BE_DIREKTIONEN 2018.GEF.370 vom 8. März 2019

Be Direktionen, 2019-03-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_direktionen_2018.GEF.370

FR: BE_DIREKTIONEN 2018.GEF.370 du 8 mars 2019

IT: BE_DIREKTIONEN 2018.GEF.370 del 8 marzo 2019

Volltext

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Direction de la santé publique et de la prévoyance sociale du canton de Berne

Rathausgasse 1 Postfach 3000 Bern 8 Telefon +41 (31) 633 79 20 Telefax +41 (31) 633 79 09 www.gef.be.ch

Referenz: stm / kr 2018.GEF.370

B E S C H W E R D E N T S C H E I D vom 08. März 2019

in der Beschwerdesache zwischen

X.____ Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin Y.____

gegen

Kantonsarztamt KAZA, Rathausgasse 1, Postfach, 3000 Bern 8 Vorinstanz

betreffend die Vollstreckung des Entzugs der Berufsausübungsbewilligung als Arzt; Schlies- sung der ärztlichen Praxis an der [Adresse]; Beschlagnahmung der Behandlungsdokumenta- tionen und der elektronischen Datenträger (Verfügung der Vorinstanz vom 9. Februar 2018)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 2 von 28

I. Sachverhalt 1. X.____ (fortan: Beschwerdeführer) verfügte seit dem 3. Januar 2012 über eine Berufs- ausübungsbewilligung als Arzt im Kanton Bern. 2. Mit Verfügung vom 25. Oktober 2017 hat das Kantonsarztamt (KAZA; fortan: Vor- instanz) dem Beschwerdeführer die Berufsausübungsbewilligung als Arzt im Kanton Bern we- gen fehlender Vertrauenswürdigkeit entzogen. Den Bewilligungsentzug begründete die Vo- rinstanz im Wesentlichen damit, dass der Beschwerdeführer mit rechtskräftigem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern vom 28. März 2017 wegen betrügerischen Miss- brauchs einer Datenverarbeitungsanlage (gewerbsmässig) und Urkundenfälschung (mehr- fach) für schuldig erklärt worden sei. Aus dem Strafbefehl gehe hervor, dass der Beschwerde- führer im Zeitraum vom 25. November 2014 bis 25. September 2016 in seinen Rechnungen an die A.____ (Krankenversicherung) für Leistungen im Pflegezentrum B.____ zu Unrecht ver- schiedene Tarifpositionen aufgeführt habe, wodurch die A.____ (Krankenversicherung) einen Vermögensschaden in der Höhe von insgesamt CHF 35'515.25 erlitten habe. 3. Mit Schreiben vom 11. Januar 2018 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, sie habe aufgrund mehrerer Hinweise Grund zur Annahme, dass er seine Praxis weiterbetrei- be. Unter Hinweis auf die strafrechtliche Relevanz seines Verhaltens forderte sie ihn auf, sei- ne eigenverantwortliche Tätigkeit als Arzt per sofort

einzustellen und ihr bis spätestens 18. Januar 2018 eine entsprechende Vollzugsmeldung sowie die Berufsausübungsbewilligung zukommen zu lassen. Zudem stellte sie ihm die Einreichung einer Strafanzeige sowie die Eröffnung eines Vollstreckungsverfahrens nach den Art. 114 ff. VRPG¹ in Aussicht, sollte er sich nicht an die Aufforderung halten. Der Beschwerdeführer reagierte nicht auf dieses Schreiben.² 4. Mit E-Mail vom 22. Januar 2018 informierte die Vorinstanz den Beschwerdeführer, mehrere Patientinnen und Patienten hätten sich erfolglos bemüht, in Besitz ihrer Behandlungsdokumentationen zu gelangen. Unter Hinweis auf seine berufliche Pflichten forderte ihn die Vorinstanz auf, unverzüglich mit dem Leiter der Abteilung Bewilligungen in Kontakt zu treten und die im Schreiben vom 11. Januar 2018 angemahnten Handlungen an die Hand zu nehmen. Der Beschwerdeführer reagierte nicht auf diese E-Mail.³ 5. Mit E-Mail vom 1. Februar 2018 wies die Vorinstanz den Beschwerdeführer darauf hin, sie werde von Patientenfragen regelrecht überhäuft. Sie ersuchte ihn erneut, sich so rasch als möglich mit dem Leiter der Abteilung Bewilligungen in Verbindung zu setzen, um eine Lö-

1 Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) 2 Unpaginierte Vorakten, Schreiben der Vorinstanz vom 11. Januar 2018; Vollstreckungsverfügung vom 9. Februar 2018 3 E-Mail der Vorinstanz vom 22. Januar 2018 (Beilage 5 zur Beschwerde vom 12. März 2018)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 3 von 28

sung für den Zugang der Patientinnen und Patienten zu ihren Behandlungsdokumentationen zu finden.⁴ Mit E-Mail vom 5. Februar 2018 teilte der Beschwerdeführer der Vorinstanz mit, er befinde sich in dieser Woche in den Ferien und erlaube sich, per E-Mail wie auch telefonisch nicht immer erreichbar zu sein. Gerne treffe er sich in der Kalenderwoche 7 mit dem Leiter Abteilung Bewilligungswesen und der Kantonsärztin zu einem Gespräch bezüglich Entzug der Berufsausübungsbewilligung und Patientenunterlagen.⁵ 6. Mit E-Mail vom 5. Februar 2018 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, sie stehe in Kontakt mit dem Regierungsstatthalteramt, um sich Zugang zu seiner Praxis und den Behandlungsdokumentationen seiner ehemaligen Patientinnen und Patienten zu verschaffen. Die ungenügende Information seiner Patientinnen und Patienten über seine Abwesenheit wie auch die fehlende Bereitschaft, seinen Patientinnen und Patienten Zugang zu den Behandlungsdokumentationen zu verschaffen, würden nicht länger toleriert. Die Vorinstanz forderte ihn auf, sich bis 16 Uhr telefonisch mit ihr in Verbindung zu setzen zwecks Vereinbarung, wann und wie er seinen ehemaligen Patientinnen und Patienten die Behandlungsdokumentationen zugänglich machen werde. Der Beschwerdeführer reagierte nicht auf diese E-Mail.⁶ 7. Am 9. Februar 2018 erliess die Vorinstanz die folgende Vollstreckungsverfügung: 1. In Vollstreckung der Verfügung des Kantonsarztamtes vom 25. Oktober 2017 betreffend X.____ (Entzug der Berufsausübungsbewilligung als Arzt) werden die ärztliche Praxis von X.____ an der [Adresse] behördlich geschlossen und die sich in den Räumlichkeiten der ärztlichen Praxis befindlichen Behandlungsdokumentationen sowie elektronischen Datenträger beschlagnahmt. 2. Die Zwangsvollstreckung wird am Donnerstag, 15. Februar 2018, 08:00 Uhr, durch je eine Vertretung des Kantonsarztamtes, des Regierungsstatthalteramtes Bern-Mittelland sowie der Kantonspolizei Bern (Regionalpolizei Bern) in der ärztlichen Praxis von X.____ an der [Adresse] durchgeführt. 3. Die aus der Zwangsvollstreckung resultierenden Kosten werden X.____ in einer separaten Verfügung zur Bezahlung auferlegt. 4. Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen. 5. Die Kosten dieses Verfahrens,

bestimmt auf CHF 400.--, werden X.____ auferlegt. Sie werden separat in Rechnung gestellt.
6. Diese Verfügung wird dem Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland und der Kantonspolizei Bern (Regionalpolizei Bern) schriftlich mitgeteilt.

4 E-Mail der Vorinstanz vom 1. Februar 2018 (Beilage 5 zur Beschwerde vom 12. März 2018) 5 E-Mail des Beschwerdeführers vom 5. Februar 2018 (Beilage 5 zur Beschwerde vom 12. März 2018) 6 E-Mail der Vorinstanz vom 5. Februar 2018 (Beilage 5 zur Beschwerde vom 12. März 2018), Vollstreckungsverfügung vom 9. Februar 2018

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 4 von 28

8. Am 12. Februar 2018 erhob der Beschwerdeführer bei der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (GEF) Beschwerde gegen die Sachverfügung vom 25. Oktober 2017 und beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 25. Oktober 2017 sowie die temporäre oder permanente Wiedererteilung der Berufsausübungsbewilligung. 9. Am 15. Februar 2018 um 8 Uhr wurde die Praxis des Beschwerdeführers behördlich geschlossen.⁷ 10. Am 12. März 2018 erhob der Beschwerdeführer Beschwerde gegen die Vollstreckungsverfügung vom 9. Februar 2018 und beantragte was folgt: 1. Die Verfügung der Beschwerdegegnerin [Vorinstanz] vom 9. Februar 2018 sei aufzuheben. 2. Die beschlagnahmten Behandlungsdokumentationen und die elektronischen Datenträger der ärztlichen Praxis an der [Adresse] seien dem Beschwerdeführer auszuhändigen. 3. Es sei festzustellen, dass die Verfügung der Beschwerdegegnerin [Vorinstanz] vom 25. Oktober 2017 nichtig ist. - unter Kosten und Entschädigungsfolgen - Der Beschwerdeführer macht geltend, einerseits gründe die Sachverfügung vom 25. Oktober 2017 auf einem krass rechtsfehlerhaften und willkürlich festgestellten Sachverhalt, basiere nicht auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage und verletze seine Wirtschaftsfreiheit in schwerwiegender Weise. Andererseits gehe die Vollstreckung über die zu vollstreckende Sachverfügung hinaus und die Vollstreckungsmodalitäten seien unverhältnismässig bzw. rechtswidrig.⁸ 11. Mit Beschwerdeentscheid vom 13. März 2018 (2018.GEF.214) ist die GEF nicht auf die Beschwerde vom 12. Februar 2018 gegen die Sachverfügung vom 25. Oktober 2017 eingetreten, da die Beschwerde verspätet erhoben worden war. Dieser Entscheid ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. 12. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die GEF leitet,⁹ holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Vorinstanz beantragt in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 10. April 2018, Rechtsbegehren 1 und 2 der Beschwerde vom 12. März 2018 seien abzuweisen, während auf das dritte Rechtsbegehren (Feststellung der Nichtigkeit der Verfügung vom 25. Oktober 2017) nicht einzutreten sei.

⁷ Vgl. etwa E-Mail der Vorinstanz an den Beschwerdeführer vom 15. Februar 2018, unpaginierte Vorakten ⁸ Beschwerde vom 12. März 2018, S. 10 f. Rz. 25 und Rz. 28 ff. 9 Art. 10 der Verordnung vom 29. November 2000 über die Organisation und die Aufgaben der Gesundheits- und Fürsorgedirektion (Organisationsverordnung GEF, OrV GEF; BSG 152.221.121)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 5 von 28

13. Mit unaufgeforderten Eingaben vom 28. September und 1. Oktober 2018 (Ergänzungen zur Beschwerde vom 12. März 2018) reichte der Beschwerdeführer weitere Beweismittel ein und machte insbesondere geltend, er finde keine Anstellung, weshalb der Entzug der Berufsausübungsbewilligung faktisch einem Berufsausübungsverbot gleichkomme und unverhältnismässig und unzumutbar sei. Auf die Rechtsschriften und

Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen 1. Sachurteilsvoraussetzungen 1.1 Angefochten ist vorliegend die Vollstreckungsverfügung der Vorinstanz vom 9. Februar 2018. Die Vollstreckungsverfügung unterliegt dem gleichen Rechtsmittel wie die Verfügung oder das Urteil in der Sache (Art. 116 Abs. 3 VRPG). Verfügungen der Vorinstanz sind gemäss Art. 46 GesG10 i.V.m. Art. 87 GesV11 und Art. 15 Abs. 1 OrV GEF sowie Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG bei der GEF anfechtbar. Somit ist die GEF zur Beurteilung der Beschwerde vom 12. März 2018 zuständig. 1.2 Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat gemäss Art. 65 Abs. 1 VRPG ohne Weiteres zur Beschwerde befugt. 1.3 Rechtsbegehren Ziffer 3 beinhaltet ein Feststellungsbegehren. Solche Begehren sind subsidiär zu Leistungsbegehren und nur zulässig, wenn daran ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse besteht.¹² Die Frage der Nichtigkeit einer anderen Verfügung kann mit einer Feststellungsverfügung geklärt werden. Zur Feststellung der Nichtigkeit ist jede Behörde berechtigt, die auf irgendeine Weise mit der Sache befasst wird.¹³ Demnach besteht vorliegend insoweit ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse, als dass bei Bejahung der Nichtigkeit der Sachverfügung vom 25. Oktober 2017 eine entsprechende Feststellungsverfügung zu erlassen wäre. 1.4 Die unterzeichnende Anwältin ist gehörig bevollmächtigt.

10 Gesundheitsgesetz vom 2. Dezember 1984 (GesG; BSG 811.01) 11 Verordnung vom 24. Oktober 2001 über die beruflichen Tätigkeiten im Gesundheitswesen (Gesundheitsverordnung, GesV; BSG 811.111) 12 Statt vieler: Urteil des Bundesgerichts vom 4. Dezember 2018 (2C_403/2017) 13 Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 49 Nrn 19 und 61

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 6 von 28

2. Streitgegenstand und zulässige Rügen Umstritten und zu prüfen (Streitgegenstand) ist vorliegend die Rechtmässigkeit der Vollstreckungsverfügung vom 9. Februar 2018. Verfügungen, Beschwerdeentscheide und Urteile sind vollstreckbar, wenn sie keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr unterliegen oder wenn einem solchen die aufschiebende Wirkung entzogen worden ist oder von Gesetzes wegen fehlt (Art. 114 Abs. 1 VRPG). Fehlerhafte Verfügungen sind grundsätzlich genauso rechtswirksam wie fehlerfreie Verfügungen. Soll die Rechtswirksamkeit beseitigt oder deren Eintritt verhindert werden, so ist gegen die Verfügung fristgerecht Beschwerde zu führen.¹⁴ Die Vollstreckungsverfügung unterliegt dem gleichen Rechtsmittel wie die Verfügung oder das Urteil in der Sache (Art. 116 Abs. 3 VRPG). Zu beachten ist aber, dass in Rechtsmittelverfahren gegen Vollstreckungsverfügungen die Rügegründe eingeschränkt sind. Grundsätzlich sind nur Vorbringen zulässig, die das Wann und Wie der Vollstreckung betreffen. Materiellrechtliche Einwendungen gegen die unanfechtbar gewordene Sachverfügung bzw. den Sachentscheid (insbesondere Rügen betreffend die Feststellung des Sachverhaltes) sind von den folgenden drei Ausnahmen abgesehen unzulässig: - Nichtigkeitsgründe sind von Amtes wegen zu berücksichtigen und können jederzeit gerügt werden. - Der Einwand, durch die Sachverfügung bzw. den Sachentscheid würden unverzichtbare und unverjährende Verfassungsrechte verletzt, ist zulässig. Zu diesen Rechten zählen nach der bundesgerichtlichen Praxis die persönliche Freiheit, die Niederlassungsfreiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Kulturfreiheit, die Ehefreiheit sowie das Verbot des Schuldverhaftes und der körperlichen Strafen. - Im Strafverfahren kann wegen Verstosses gegen Art. 292 StGB¹⁵ (Ungehorsam gegen

amtliche Verfügungen) die Sachverfügung überprüft werden, wenn diese keiner verwaltungsgerichtlichen Überprüfung zugänglich war oder eine solche zwar offenstand, die Anfechtung aber unterlassen oder das eingelegte Rechtsmittel noch nicht beurteilt wurde.¹⁶

14 Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, § 31 Rz. 13; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 55 15 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) 16

Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 116 Nrn 12-14, mit Hinweisen; Markus Müller, Bernische Verwaltungs- rechtspflege, 2. Auflage Bern 2011, S. 265 f.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 7 von 28

3. Nichtigkeit der Sachverfügung vom 25. Oktober 2017 infolge willkürlicher Sachverhaltsfeststellung 3.1. Der Beschwerdeführer begründet die geltend gemachte Nichtigkeit der Sachverfügung vom 25. Oktober 2017 zum einen mit der fehlerhaften bzw. willkürlichen Feststellung des der Sachverfügung zugrundeliegenden Sachverhalts. Die Vorinstanz habe sich mit einem Verweis auf seine strafrechtliche Verurteilung mittels Strafbefehl vom 28. März 2017 begnügt, ohne Durchführung eines eigenen Beweisverfahrens oder nähere Prüfung der Sachverhaltsdarstellung des Strafbefehls. Das Strafbefehlsverfahren sei ein vereinfachtes Verfahren, welches in der Regel kein eigentliches Beweisverfahren beinhalte. Im Strafbefehlsverfahren müsse die Strafverfolgungsbehörde gemäss dem Grundsatz „in dubio pro duriore“ im Zweifel von dem für den Beschuldigten härteren Sachverhalt ausgehen, Anklage erheben oder einen Strafbefehl ausstellen. Es sei daher rechtsfehlerhaft, den Sachverhalt eines rechtskräftigen Strafbefehls mit einem erwiesenen Sachverhalt gleichzusetzen. Daran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Beschwerdeführer aus Versehen nicht gegen den Strafbefehl Einsprache erhoben habe. Wie sehr viele andere juristische Laien habe er den Strafbefehl nicht als „Urteilsvorschlag“ erkannt und ihm sei nicht bewusst gewesen, dass dieser zum rechtskräftigen Urteil werde, sofern dagegen keine Einsprache erhoben werde. Dies sei auch deshalb nachvollziehbar, da in seinem Heimatland Deutschland das Strafbefehlsverfahren kaum Anwendung finde. Es sei willkürlich, aus dem Nichtvorbringen einer möglichen Rüge eines juristischen Laien auf dessen fehlende Einsicht zu schliessen. Zudem habe der Beschwerdeführer anlässlich der Einvernahme bei der Staatsanwaltschaft wie auch der Besprechung mit einer Vertretung der A.____ (Krankenversicherung) und dem Heimleiter des Pflegezentrums B.____ ausführlich zu den Vorwürfen des Strafbefehls Stellung genommen. Die Vorinstanz hätte die entsprechenden Protokolle bei der Feststellung des rechtsrelevanten Sachverhalts mitberücksichtigen müssen. Der Beschwerdeführer äussere sich in diesen Protokollen stets wie folgt: Von November 2014 bis 30. April 2017 habe er als Heimarzt im Pflegezentrum B.____ gearbeitet. All seine ärztlichen Leistungen habe er mit dem Onlineverwaltungstool "MediOnline" der Ärztekasse abgerechnet. Er habe stets, so auch im fraglichen Zeitraum, jede Visite im Pflegezentrum B.____ dokumentiert und die jeweils erbrachten Leistungen in einer schriftlichen Visitenliste aufgeführt. Gestützt auf diese Visitenliste habe er die Leistungen im "MediOnline" gebucht. Dieses habe die Abrechnungen elektronisch an die Ärztekasse zur Rechnungsstellung an die Krankenkassen weitergeleitet. Das System erlaube zwar die freie Wählbarkeit des Zeitraumes der Abrechnung, jedoch seien die Leistungen je nach Position zeitlichen Beschränkungen unterlegen (bspw. dürfe die Tarifziffer 00.0140 "Aktenstudium in Abwesenheit" max. 12-mal pro 3 Monate in Rechnung gestellt

werden). Bei Überschreitung der zeitlichen Beschränkung sei die entsprechende Leistung im Abrechnungssystem von "MediOnline" markiert worden. Somit seien gewisse ärztliche Leistungen nur in den gemäss dem Einheitstarif TARMED vorgegebenen Kombinationen und teilweise zeitlich beschränkt abrechenbar gewesen. Der Beschwerdeführer sei klar der Auffassung gewesen, dass die Beschränkung ein Fehler des Systems sei und er einen Anspruch auf Vergütung aller von ihm erbrachten ärztlichen Leistungen habe. Er habe stets nur tatsächlich erbrachte ärztliche Leistungen in Rechnung gestellt und zu den richtigen Taxpunkten verrechnet. Wie offenbar im Kanton Bern unter den praktizierenden Ärzten üblich und wie ihm zu Beginn seiner ärztlichen Tätigkeit in der Schweiz auch so gezeigt worden sei, habe er die ärztlichen Leistungen bei mengenmässiger Überschreitung unter einer anderen Tarifposition mit gleich hohen Taxpunkten (TP) verbucht. Er habe nicht gewusst, keinen Anspruch auf die Vergütung sämtlicher erbrachter ärztlicher Leistungen von den Krankenkassen zu haben. Die Fehlerhaftigkeit seiner Abrechnung sei ihm zu keinem Zeitpunkt bewusst gewesen. Er habe stets nach bestem Wissen und Gewissen gehandelt. Demnach habe es ihm sowohl an der Täuschungsabsicht als auch am Vorsatz und der Bereicherungsabsicht gefehlt.¹⁷ Ein am 28. September 2018 veröffentlichter Artikel zeige überdies auf, dass rund 42 % der Hausärzte zur Abrechnung ihrer Leistungen auf andere Tarifpositionen ausweichen würden. Eine beträchtliche Zahl der Hausärzte handle somit genauso, wie ihm zur Last gelegt werde, was darauf schliessen lasse, dass der Strafbefehl vom 28. März 2017 und somit die Grundlage für die Sachverfügung vom 25. Oktober 2017 falsch seien, da sonst 42 % der Ärzte die Berufsausübungsbewilligung entzogen werden müsste.¹⁸ Ihm werde vorgeworfen, in einem Zeitraum von zwei Jahren einen Betrag von rund CHF 20'000.00 unrechtmässig erwirtschaftet zu haben, was in etwa einem Wochenumsatz seiner ehemaligen Praxis entspreche. Ein solcher Betrag wäre für ihn kaum ins Gewicht gefallen und wäre das Risiko einer strafbaren Handlung nicht wert gewesen. Auch habe er gemäss dem Trustcenter der Berner und Solothurner Ärzte im Vergleich zu den anderen Ärzten mit seinen verrechneten Kosten mit 93 % massiv unter dem Durchschnitt gelegen. Wäre es ihm darum gegangen, seinen Umsatz auf Kosten anderer zu steigern, hätte er dies auch auf eine dem TARMED-Tarifsystem konforme Art machen können, indem er weniger effizient gearbeitet hätte. Aus diesen Gründen habe er die Straftatbestände gemäss Art. 147 StGB (Betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage und Art. 251 StGB (Urkundenfälschung) nicht erfüllt.¹⁹ 3.2. Mit Beschwerdevernehmlassung vom 10. April 2018 wendet die Vorinstanz ein, der Beschwerdeführer lege nicht näher dar, inwiefern aus der angeblich unvollständigen, rechts-

¹⁷ Beschwerde vom 12. März 2018, S. 4 ff., Rz. 4 ff. ¹⁸ Unaufgeforderte Eingabe vom 1. Oktober 2018 (zweite Ergänzung zur Beschwerde vom 12. März 2018) ¹⁹ Beschwerde vom 12. März 2018, S. 7 f., Rz. 13 f.

fehlerhaften und willkürlichen Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung auf eine Nichtigkeit der Verfügung vom 25. Oktober 2017 geschlossen werden könne. Er übe nicht bloss Kritik an der rechtskräftigen Verfügung vom 25. Oktober 2017, sondern auch und in erster Linie an dem dieser Verfügung unter anderem zugrundeliegenden Strafbefehl vom 28. März 2017. Die Überprüfung und Beurteilung dieses Strafbefehls könnten jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bilden. Die Behauptungen des Be-

schwerdeführers vermöchten nichts an der Tatsache zu ändern, dass er wegen betrügerischem Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage (gewerbsmässig) sowie Urkundenfälschung (mehrfach) rechtskräftig verurteilt worden sei, damit vorbestraft sei und aus diesem Grund über keinen guten Leumund mehr verfüge. Überdies hätten offenbar zwei weitere Krankenversicherer Strafanzeige gegen den Beschwerdeführer erhoben, womit dieser erneut in Verdacht wegen gewerbsmässigen Missbrauches einer Datenverarbeitungsanlage (Art. 147 Abs. 2 StGB) bzw. wegen unrechtmässigen Bezuges von Leistungen einer Sozialversicherung (Art. 148a StGB) stehe. Unter Berücksichtigung der Evidenztheorie des Bundesgerichts könne keine Rede davon sein, dass die Verfügung vom 25. Oktober 2017 an einem besonders schwerwiegenden, offensichtlichen bzw. leicht erkennbaren Mangel leiden und damit nichtig sein könnte. Vor dem Hintergrund dieser rechtlichen Gegebenheiten sei es für die Vorinstanz nicht nachvollziehbar, wie der Beschwerdeführer zum Schluss gelangen könne, die (materielle) Verfügung vom 25. Oktober 2017, die ihm formgerecht eröffnet und am 3. November 2017 zugestellt worden sei, sei nichtig. Bezeichnenderweise setze sich der Beschwerdeführer denn auch nicht näher mit der (von ihm selbst erwähnten) Evidenztheorie auseinander.

3.3. Die Fehlerhaftigkeit einer Verfügung bewirkt nur in seltenen Fällen deren Nichtigkeit. Nichtigkeit meint „absolute Unwirksamkeit“.

Nichtige Verfügungen entfalten zu keinem Zeitpunkt Rechtsverbindlichkeit; weder sind sie vollstreckbar noch darf ihre Missachtung mit Sanktionen belegt werden. Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten.²⁰ Ob Nichtigkeit vorliegt, bestimmt sich im Einzelfall nach der Evidenztheorie. Danach müssen kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sein: 1. Der Mangel muss besonders schwer wiegen; 2. er muss zudem offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar sein; 3. die Rechtssicherheit darf durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet werden.

²⁰ Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 31 Rz. 14, mit Hinweisen

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 10 von 28

Entscheidend ist somit der Grad der Fehlerhaftigkeit. Nur qualifizierte Fehler vermögen Nichtigkeitsgründe zu setzen.²¹ Offenkundig ist ein Fehler, der einer durchschnittlich (nicht juristisch) gebildeten Person auffallen sollte.²² Um das Gewicht der Rechtssicherheit zu ermessen, muss im Einzelfall eine Interessenabwägung vorgenommen werden. Dem allgemeinen Anliegen an der richtigen Rechtsanwendung sind die Interessen gegenüberzustellen, welche die Betroffenen an der Beibehaltung der Anordnung haben (insbesondere Vertrauensschutzsichtspunkte) und die seitens der Verwaltung am Nichtwiederaufgreifen abgeschlossener Fälle bestehen. Angesichts der ohnehin strengen Voraussetzungen für die Annahme der Nichtigkeit vermögen dem Rechtssicherheitsinteresse jedoch nur besondere Umstände ein überwiegendes Gewicht zu verleihen.²³ Bei den Nichtigkeitsgründen stehen die formellen Mängel im Vordergrund. Als Nichtigkeitsgründe anerkennen Lehre und Rechtsprechung: - die offensichtliche örtliche oder sachliche Unzuständigkeit der verfügenden Behörde;²⁴ - sehr gewichtige Verfahrens- oder Eröffnungsfehler; wie qualifizierte Verletzungen des Gehörsanspruchs. Bei Form- und Eröffnungsfehlern gilt der Grundsatz, dass den Beteiligten darauf kein Nachteil erwachsen darf. Auch derartige Mängel führen deshalb nur in schweren Fällen zur Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes. Nichtig ist eine Verfügung, welche die Gültigkeitserfordernisse nicht erfüllt (Schriftlichkeit, wo diese vorgeschrieben ist; fehlende Nennung der verfügenden Behörde oder des Adressatenkreises; fehlendes Dispositiv).

Weist ein Verwaltungsakt aber keine Begründung, keine Rechtsmittelbelehrung oder kein Datum auf oder sind die entsprechenden Angaben unrichtig, so ist er deswegen nicht geradezu nichtig. Dagegen muss eine überhaupt nicht eröffnete Verfügung als nichtig betrachtet werden;²⁵ - Inhaltliche Mängel sind nur ganz ausnahmsweise, in besonders schweren Fällen, mit der Nichtigkeitsfolge verbunden. Die Unwirksamkeit einer Verfügung wird angenommen, wenn ein Mangel sie geradezu wirkungslos, unsinnig oder unsittlich werden lässt. Das ist z.B. der Fall bei offensichtlichen Verstössen gegen Grundrechte wie die Anordnung einer Körperstrafe (Art. 10 Abs. 2 und 3 BV²⁶) oder im Falle einer "Vereinbarung" zwischen der Staatsanwaltschaft und einer privaten Sterbehilfeorganisation wegen fehlender gesetzlicher Grundlage sowie wegen Verletzung mehrerer Bundesgesetze. Nichtigkeit wird dem-

21 Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 31 Rz. 15, mit Hinweisen auf BGE 139 II 243 E. 11.2 S. 260; 138 II 501 E. 3.1 S. 503 22 Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 55 23 Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 56, mit Hinweisen 24 Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 57 25 Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 58 f. 26 Bundesverfassung vom 18. April 1999 der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 11 von 28

gegenüber nicht angenommen, wenn die Verfügung gestützt auf eine ungenügende gesetzliche Grundlage ergangen ist;²⁷ Ein nichtiger Verwaltungsakt ist rechtsunwirksam und darf nicht vollstreckt werden. Auf die Nichtigkeit können sich Betroffene jederzeit berufen; sie wird auch durch Zeitablauf nicht geheilt. Die Nichtigkeit kann auch zur Aufhebung einer Verfügung von Amtes wegen Anlass geben.²⁸ 3.4. Der Beschwerdeführer beruft sich auf eine krass falsche (willkürliche) Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz. Die Sachverfügung vom 25. Oktober 2017 bzw. der Entzug der Berufsausübungsbewilligung basiert hauptsächlich auf dem rechtskräftigen Strafbefehl vom 28. März 2017. Fraglich ist, ob massgebende Berücksichtigung des Strafbefehls die Nichtigkeit der Sachverfügung vom 25. Oktober 2017 zur Folge hat. Dabei ist zu beachten, dass die Beschwerdeinstanz die Sachverfügung wie auch den Strafbefehl lediglich vorfrageweise auf besonders schwere Mängel überprüfen kann. 3.4.1 Zum Strafbefehlsverfahren ist Folgendes festzuhalten: Hat die beschuldigte Person im Vorverfahren den Sachverhalt eingestanden oder ist dieser anderweitig ausreichend geklärt, so erlässt die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl, wenn sie, unter Einrechnung einer allfällig zu widerrufenden bedingten Strafe oder bedingten Entlassung, eine Busse, eine Geldstrafe von höchstens 180 Tagessätzen oder eine Freiheitsstrafe von höchstens 6 Monaten für ausreichend hält (vgl. Art. 352 Abs. 1 StPO²⁹).³⁰ Ob der Sachverhalt "anderweitig ausreichend geklärt" ist, ist von Amtes wegen zu prüfen. Aus den bisherigen Verfahrensakten muss sich klar ergeben, dass die beschuldigte Person die fragliche Straftat begangen hat, auch wenn kein Geständnis vorliegt. Die Untersuchung des Sachverhalts und die Abklärung der persönlichen Verhältnisse müssen mit der gleichen Sorgfalt wie in einem ordentlichen Verfahren vor sich gehen. Gemäss Basler Kommentar versteht man im österreichischen Prozessrecht unter "ausreichend (bzw. hinreichend) geklärt", dass es im Fall einer Anklage mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Schuldspruch käme.³¹

27 Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 31 Rz. 16, mit Hinweisen auf BGE 137 I 273 E. 3.1 S. 275; 127 II 32 E. 3g S. 47; 137 I 273 E. 3.4 S. 280 ff.; 136 II 415 E. 3 S. 426 f.; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 Nrn 60., mit Hinweisen 28

Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 Nrn 61 f., mit Hinweisen 29 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0) 30 Im Zeitpunkt des Erlasses des Strafbefehls am 25. März 2017 konnte im Strafbefehlsverfahren alternativ auch noch eine gemeinnützige Arbeit von höchstens 720 Stunden verhängt werden (Art. 352 Abs. 1 Bst. c aStPO). Diese Möglichkeit wurde per 1. Januar 2018 aufgehoben (AS 2016 1249; BBl 2012 4721). 31 Vgl. zum Ganzen Franz Riklin, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, Art. 352 StPO Rz. 1, mit Hinweisen u.a. auf die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (BBl 2006, 1085), S. 1289, sowie auf Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel, § 86 N. 2

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 12 von 28

Vorliegend sind die dem Beschwerdeführer zur Last gelegten fehlerhaften Abrechnungen gut dokumentiert.³² Zudem hat die Staatsanwaltschaft eine Einvernahme des Beschwerdeführers sowie drei Zeugenbefragungen durchgeführt.³³ Der Sachverhalt erscheint somit entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ausreichend geklärt im Sinne von Art. 352 Abs. 1 StPO. Was die gerügte fehlende Würdigung der Protokolle betrifft, ist Folgendes zu präzisieren: Anlässlich seiner Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft hatte der Beschwerdeführer angegeben, dass er das Protokoll vom 25. Oktober 2016 mit der A.____ (Krankenversicherung) weder unterzeichnet noch anerkannt habe.³⁴ Die Rüge der fehlenden Berücksichtigung ebendieses Protokolls erweist sich damit als widersprüchlich.³⁵ 3.4.2 Die beschuldigte Person kann gegen den Strafbefehl bei der Staatsanwaltschaft innert zehn Tagen schriftlich Einsprache erheben (Art. 354 Abs. 1 StPO). Ohne gültige Einsprache wird der Strafbefehl zum rechtskräftigen Urteil (Art. 354 Abs. 3 StPO). Betreffend den Einwand des Beschwerdeführers, er habe den Strafbefehl aus Versehen nicht angefochten und es sei ihm nicht bewusst gewesen, dass dieser ohne Anfechtung zum rechtskräftigen Urteil erwachse, ist folgendes festzuhalten: Einerseits hat sich der Rechtsunterworfenen um die Kenntnis der Rechtslage zu bemühen; deren Unkenntnis schützt nur in besonderen Fällen vor Strafe.³⁶ Andererseits lässt sich der Rechtsmittelbelehrung des Strafbefehls vom 28. März 2017 mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen, dass gegen den Strafbefehl innert einer Frist von zehn Tagen ab dessen Erhalt Einsprache erhoben werden könne, ansonsten der Strafbefehl zum rechtskräftigen Urteil erwachse. Der Beschwerdeführer ist Akademiker und deutscher Muttersprache, daher darf ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass er Sinn und Bedeutung der Rechtsmittelbelehrung verstanden hat. Der Beschwerdeführer kann somit aus der versehentlichen Unterlassung der Anfechtung nichts zu seinen Gunsten ableiten. 3.4.3 Liegt ein Strafurteil vor, sollen die Verwaltungsbehörden, um sich widersprechende Entscheide zu vermeiden, nicht ohne Not von den tatsächlichen Feststellungen der Strafbehörden abweichen, insbesondere, wenn im Rahmen des Strafverfahrens eingehende Sachverhaltsabklärungen getroffen wurden und das Strafgericht die Parteien und Zeuginnen sowie Zeugen direkt angehört hat. In reinen Rechtsfragen ist die Verwaltungsbehörde dagegen nicht an die Beurteilung durch das Strafgericht gebunden, da sie sonst in ihrer freien Rechtsan-

32 unpaginierte Vorakten: Anhänge 1a bis 1c zum Strafbefehl; Strafanzeige der A.____ (Krankenversicherung) vom 16. März 2017 mit Beilagen 1-44 33 Vgl. unpaginierte Vorakten: Einvernahmeprotokoll vom 16. Februar 2017 sowie

Zeugeneinvernahmeprotokolle vom 21. März 2017 34 Vgl. unpaginierte Vorakten: Einvernahmeprotokoll vom 16. Februar 2017 Z. 176 f. 35 vgl. Beschwerde vom 12. März 2018 S. 6 Rz. 10 ff. 36 BGE 129 IV 238 E. 3.1 S. 241 mit Hinweisen

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 13 von 28

wendung beschränkt würde.³⁷ Vorliegend hat die Staatsanwaltschaft den Sachverhalt hinreichend abgeklärt (vgl. Erw. 3.4.1 hievore), weswegen kein Grund besteht, von der Sachverhaltsfeststellung der Staatsanwaltschaft abzuweichen. 3.4.4 Gemäss dem von der Staatsanwaltschaft festgestellten Sachverhalt hat der Beschwerdeführer in seinen Rechnungen an die A.____ (Krankenversicherung) für Leistungen im Pflegezentrum B.____ die Tarifpositionen „Konsultation“ und „Zuschlag für hausärztliche Leistungen in der Arztpraxis“ aufgeführt, obwohl diese Positionen nur für Leistungen geschuldet sind, welche der Arzt in der Arztpraxis erbringt. Weiter hat er die Tarifposition „Instruktion von Selbstmessungen“ 322-mal aufgeführt, obwohl die Patienten im Pflegezentrum B.____ selber keine Messungen durchgeführt haben. Schliesslich hat er die Tarifposition „Vorbesprechung diagnostischer/therapeutischer Eingriff mit Patienten / Angehörigen“ 654-mal aufgeführt, obwohl fast nie ein Eingriff durchgeführt wurde oder bevorstand.³⁸ Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, falsch abgerechnet zu haben, sondern bringt vor, die Fehlerhaftigkeit der Abrechnungen sei ihm nicht bewusst gewesen. Damit macht er sinngemäss einen Irrtum über die Rechtswidrigkeit (vgl. Art. 21 StGB) geltend. Danach handelt nicht schuldhaft, wer bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält. War der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe. Vermeidbar ist ein Irrtum regelmässig dann, wenn der Täter selbst an der Rechtmässigkeit seines Verhaltens zweifelte oder hätte zweifeln müssen.³⁹ Auch hier gilt, dass sich der Rechtsunterworfenen um die Kenntnis der Rechtslage zu bemühen hat und deren Unkenntnis nur in besonderen Fällen vor Strafe schützt.⁴⁰ Der Beschwerdeführer argumentiert, bei der Beschränkung der Abrechnungsmöglichkeit gewisser ärztlicher Leistungen habe es sich seiner Ansicht nach um einen Systemfehler gehandelt, weswegen er bei Überschreitung einer Tarifposition die Leistungen unter einer anderen Tarifposition mit gleich hohen Taxipunkten verbucht habe, um eine Vergütung sämtlicher Leistungen zu erhalten.⁴¹ Anlässlich der Einvernahme bei der Staatsanwaltschaft am 16. Februar 2017 hatte er dieses spezifische Argument jedoch nicht angerufen, sondern folgende Aussage gemacht: "Nein, es gibt keine zeitlichen Einschränkungen, man kann den Zeitraum frei wählen, wie man abrechnet. Ich habe relativ konsequent die Sachen erledigt,

³⁷ BVR 2009 S. 149 ff., Erwägung 5.1 S. 156 ff., mit Hinweisen ³⁸ Strafbefehl vom 28. März 2017, mit Anhängen ³⁹ BGE 129 IV 6 E. 4 S. 18 ⁴⁰ BGE 129 IV 238 E. 3.1 S. 241 mit Hinweisen ⁴¹ Beschwerde vom 12. März 2018, S. 6 Rz. 12

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 14 von 28

jedoch keine Rechnungen mit Beträgen unter CHF 100.00 ausgelöst, weil dies bei allfälligen Betreibungen nicht Kosten-Nutzen effizient gewesen wäre."⁴² Da der Beschwerdeführer das Argument der Beschränkung der Tarifpositionen erstmals in der Beschwerde gegen die Vollstreckungsverfügung anruft, konnte es weder von der Staatsanwaltschaft noch von der Vorinstanz berücksichtigt werden. Überdies besteht ein Widerspruch zwischen seinen Aussagen im Strafbefehlsverfahren und im vorliegenden Beschwerdeverfahren, indem er im Strafverfahren das Vorliegen zeitlicher Beschränkungen noch explizit verneint hatte. Es ist nur schwer nachvollziehbar und deutet

eher auf den Versuch einer nachträglichen Rechtfertigung seines Verhaltens hin, weshalb er erst jetzt mit der zeitlichen Beschränkung der Verbuchung von Tarifpositionen argumentiert. Dem Beschwerdeführer hätte auffallen müssen, dass die Verbuchung nicht erbrachter Leistungen nicht korrekt sein kann. Er hätte sich zwingend über die korrekte Art und Weise der Abrechnung informieren müssen. Die allfällige Unkenntnis der korrekten Abrechnungsmodalitäten schützt ihn nicht vor Strafe. Die Argumente des Beschwerdeführers, ein Betrag von rund CHF 20'000.00 [recte: CHF 35'515.25, vgl. Strafbefehl vom 28. März 2017] wäre das Risiko einer strafbaren Handlung nicht wert gewesen wie auch der Hinweis, seine verrechneten Kosten für ärztliche Leistungen lägen massiv unter dem Durchschnitt, sind bei der vorfrageweisen Überprüfung des Strafbefehls vom 28. März 2017 und der Sachverfügung vom 25. Oktober 2017 unbehelflich: Weder die durchschnittliche Höhe der von anderen Ärztinnen und Ärzten verrechneten Kosten noch die Einschätzung des Beschwerdeführers, ab wann sich eine Straftat allenfalls lohnen würde, haben einen Einfluss auf die korrekte Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und die rechtliche Würdigung. Insgesamt lassen die erwähnten Umstände auf eine zumindest eventualvorsätzliche Begehung der ihm vorgeworfenen Straftaten wie auch eine Bereicherungsabsicht schliessen. 3.5. Nach einer vorfrageweisen Überprüfung des Strafbefehls vom 28. März 2017 sowie der Sachverfügung vom 25. Oktober 2017 kann weder auf eine falsche Sachverhaltsermittlung noch auf eine unzutreffende rechtliche Würdigung durch die Staatsanwaltschaft geschlossen werden. Damit durfte und musste die Vorinstanz bei ihrer Entscheidung über den Entzug der Berufsausübungsbewilligung den rechtskräftigen Strafbefehl wie ein rechtskräftiges Strafurteil berücksichtigen und in die Beurteilung der Vertrauenswürdigkeit des Beschwerdeführers einfließen lassen.

42 Vgl. unpaginierte Vorakten: Einvernahmeprotokoll vom 16. Februar 2017 Z. 94 ff.

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 15 von 28

4. Nichtigkeit der Sachverfügung vom 25. Oktober 2017 infolge Verletzung unverzichtbarer und unverjährbarer Grundrechte 4.1. Der Beschwerdeführer macht überdies geltend, der Entzug seiner Berufsausübungsbewilligung als Arzt verletze die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 Abs. 2 BV, da ihm dadurch das Recht auf freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit und deren freien Ausübung verwehrt werde. Dabei handle es sich um eine Einschränkung eines unverzicht- und unverjährbaren Grundrechts.⁴³ Die Vorinstanz begründe die Einschränkung des Anspruchs auf Wirtschaftsfreiheit mit der fehlenden persönlichen Voraussetzung der Vertrauenswürdigkeit nach Art. 36 Abs. 1 Bst. b MedBG⁴⁴ und Art. 15b Abs. 1 Bst. c GesG. Sie verneine das Kriterium der Vertrauenswürdigkeit einzig aufgrund der rechtskräftigen Verurteilung. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei seine Vertrauenswürdigkeit jedoch nicht anzuzweifeln. Dies gelte umso mehr, als dass das Fehlen der Vertrauenswürdigkeit mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip nur mit äusserster Zurückhaltung bejaht werden dürfe. Er habe sich sein Leben lang unauffällig und tadellos verhalten und nie seine Patienten in irgendeiner Weise gefährdet. Er habe stets nach bestem Wissen und Gewissen gehandelt und nur tatsächlich erbrachte Leistungen in Rechnung gestellt. Seine Sorgfaltspflichtverletzung sei folglich sehr gering gewesen. Es sei unverhältnismässig und falsch, seine Vertrauenswürdigkeit einzig aufgrund gewisser Unvorsichtigkeiten bei der Abrechnung der Tarifposten zu verneinen. Er sei daher nach wie vor vertrauenswürdig, weshalb Art. 36 Abs. 1 Bst. b MedBG und Art. 15b Abs. 1 Bst. c GesG keine genügende gesetzliche Grundlage für den Entzug der Berufsausübungsbewilligung darstellen würden.

Auch fehle ein öffentliches Interesse an einer Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit. Es gebe keine Hinweise auf eine aktuelle Gefährdung der Patienten oder des öffentlichen Gesundheitssystems. Er sei einsichtig und habe in seiner Stellungnahme vom 7. August 2017 angegeben, seine Abrechnungsmethoden geändert zu haben. Ohnehin reiche nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allein die strafrechtliche Verurteilung für die Anordnung einer derart einschneidenden Massnahme nicht aus: So sei das Bundesgericht im Fall einer vor Jahren erfolgten Schändung einer Patientin zum Schluss gekommen, dass kein genügendes öffentliches Interesse für die Anordnung des Entzugs der Berufsausübungsbewilligung vorliege. Schliesslich dürfe der unbefristete Bewilligungsentzug als härteste Massnahme lediglich als „ultima ratio“ verfügt werden. Die Vorinstanz jedoch habe direkt den unbefristeten Bewilligungsentzug und damit die härteste Massnahme verfügt, obschon seine Pflichtverletzung

43 Beschwerde vom 12. März 2018, S. 8, Rz. 15 ff. 44 Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG; SR 811.11)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 16 von 28

nicht schwerwiegend gewesen und nicht in böser Absicht erfolgt sei.⁴⁵ Seine unzähligen Bewerbungen auf praktische, klinische, akademische und behördliche Stellen in mittlerweile elf Kantonen hätten stets Absagen zur Folge gehabt. Der Entzug seiner Berufsausübungsbewilligung münde damit faktisch in einem Berufsverbot. Der Entzug der Berufsausübungsbewilligung sei daher auch unzumutbar und unverhältnismässig.⁴⁶ 4.2. Die Vorinstanz wendet ein, in Praxis und Lehre werde nur dann die Unverjährbarkeit und Unverzichtbarkeit eines Grundrechts angenommen, wenn das angerufene Grundrecht in einem Schutzbereich betroffen sei, der derart fundamentale Aspekte der Persönlichkeit oder der Menschenwürde betreffe, dass ein Eingriff schon an sich als besonders schwerwiegend erscheine. Insofern werde die Hürde speziell hoch angesetzt. Nur der Kerngehalt und kerngehaltsnahe Bereiche der Grundrechte gälten als unverjährbar und unverzichtbar. Der Entzug einer Bewilligung zur selbstständigen Berufsausübung als Arzt betreffe zweifellos nicht den Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit. Weiter sei das vom Beschwerdeführer herangezogene Urteil des Bundesgerichts aufgrund wesentlicher Unterschiede der entscheiderelevanten Sachverhalte nicht geeignet, vorliegend ein fehlendes öffentliches Interesse am Entzug der Berufsausübungsbewilligung zu begründen: Im Fall 2C_501/2016 gehe es um die Zulässigkeit einer gegen einen Osteopathen angeordneten Auflage zur Bewilligung zur selbstständigen Ausübung der Komplementärmedizin: Der Osteopath sei mit erstinstanzlichem Urteil vom 16. November 2009 aufgrund eines sexuellen Übergriffs auf eine Patientin am 23. Juni 2006 wegen Schändung zu einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe verurteilt worden. Am 17. Juni 2014 sei die umstrittene Auflage erstinstanzlich verfügt worden. Das Bundesgericht habe festgehalten, der Osteopath sei seit dem Vorfall vom 23. Juni 2006 seiner Tätigkeit nachgegangen, ohne zu Beanstandungen Anlass gegeben zu haben. Auch nach dem Abschluss des Strafverfahrens und nach Ablauf der strafrechtlichen Probezeit im August 2014 habe er sich stets tadellos verhalten. Unter diesen Umständen und aufgrund des Zeitablaufs könne ein aktuelles öffentliches Interesse an der Auflage nicht allein mit der strafrechtlichen Verurteilung für den Vorfall vom 23. Juni 2006 begründet werden. Angesichts dieser Tatsachen könne der Beschwerdeführer aus dem Urteil 2C_501/2016 nichts zu seinen Gunsten ableiten.⁴⁷ 4.3. Die Qualifikation als unverjährbares und unverzichtbares Grundrecht hat zur Folge, dass ein Eingriff auch dann noch abgewehrt werden kann, wenn er bereits einmal gerichtlich überprüft wurde.⁴⁸ Nach

der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gehören zu den unverjährbaren und unverzichtbaren Grundrechten bestimmte, dem Einzelnen um seine Persönlichkeit willen zustehende fundamentale Rechte. Dazu zählen die persönliche Freiheit, die Niederlassungs-
45 Beschwerde vom 12. März 2018, S. 8 Rz. 15-25, mit Hinweis auf BGer 2C_501/2016 vom 7. Dezember 2016, E. 5.2.2 46 unaufgeforderte Eingabe vom 28. September 2018 (Ergänzung zur Beschwerde vom 12. März 2018) 47 Beschwerdevernehmlassung vom 10. April 2018, S. 3 f. Ziff. 4 48 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. März 2018 (A-3613/2016), Erwägung 5.1

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 17 von 28

sungsfreiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Kulturfreiheit, die Ehefreiheit sowie das Verbot des Schuldverhaftes und der körperlichen Strafen.⁴⁹ In der Lehre wird verschiedentlich in Zweifel gezogen, ob es gerechtfertigt sei, von einem festen Katalog von unverjährbaren und unverzichtbaren Grundrechten auszugehen. So wird etwa gefordert, das Privileg der Unverjährbarkeit und Unverzichtbarkeit müsse überall dort gelten, wo Grundrechte in zentraler Weise und schwer betroffen seien oder wo der Kerngehalt irgendeines verfassungsmässigen Rechts verletzt sei. Das Bundesgericht hat dieser Kritik insofern Rechnung getragen, als es die von der bisherigen Rechtsprechung definierte Kategorie der unverjährbaren und unverzichtbaren Grundrechte nicht im Sinne eines Numerus clausus als abschliessend und unverrückbar betrachtet. Danach kommen dafür unter Umständen auch bisher noch nicht als privilegiert anerkannte Grundrechtsgarantien in Frage. Die dafür erforderlichen Voraussetzungen sind allerdings angesichts der äusserst weitreichenden Auswirkungen restriktiv zu handhaben.⁵⁰ Ob die Wirtschaftsfreiheit ein unverjährbares und unverzichtbares Grundrecht darstellt, ist somit fraglich, kann aber vorliegend aus folgenden Gründen offen bleiben: 4.4. Die Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit findet sich in Art. 27 BV und umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV). Unter dem sachlichen Schutzbereich von Art. 27 BV steht nach bundesgerichtlicher Praxis jede gewerbsmässig ausgeübte privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinnes oder Erwerbseinkommens dient.⁵¹ Ein Entzug der Berufsausübungsbewilligung fällt klarerweise in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit und stellt damit einen Eingriff dar. Ein solcher ist nur zulässig, wenn er die Voraussetzungen zur Einschränkung von Grundrechten erfüllt (Art. 36 Abs. 1-3 BV). Er muss auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 1-3 BV). Schwere Eingriffe in Freiheitsrechte bedürfen einer klaren und ausdrücklichen Regelung in einem formellen Gesetz (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV).⁵² Der Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit ist unantastbar (Art. 36 Abs. 4 BV). Nachfolgend ist zu prüfen, ob der Bewilligungsentzug die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt. 4.5. Für die selbstständige ärztliche Tätigkeit bedarf es gemäss Art. 34 MedBG einer Bewilligung des Kantons, auf dessen Gebiet die Tätigkeit ausgeübt werden soll. Die Bewilligung wird erteilt, wenn die gesuchstellende Person ein entsprechendes eidgenössisches Diplom besitzt (Art. 36 Abs. 1 Bst. a MedBG), vertrauenswürdig ist sowie physisch und psychisch

49 BGE 104 Ia 175 f. E. 2b mit Hinweisen 50 BGE 118 Ia 282, S. 293 f. Erwägung 6.b) mit Hinweisen insbes. auf Jörg Paul Müller, in Kommentar BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz 19 sowie Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde,

Bern 1984, S. 112 51 BGE 132 I 282 E 3.2 S. 287 52 BGE 139 I 280 E. 5.1 S. 284; BGE 137 II 371 E. 6.2 S. 381; BGE 130 I 65 E. 3.3 S. 68

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 18 von 28

Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung bietet (Art. 36 Abs. 1 Bst. b MedBG, Art. 15b Abs. 1 Bst. c GesG). Die Bewilligungsvoraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.⁵³ Die Bewilligung wird entzogen, wenn ihre Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind oder nachträglich Tatsachen festgestellt werden, auf Grund derer sie hätte verweigert werden müssen (Art. 38 Abs. 1 MedBG). Der Entzug der Berufsausübungsbewilligung wie auch die Voraussetzungen für einen Entzug sind demnach in einem Gesetz im formellen Sinn geregelt. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers stellt damit Art. 38 Abs. 1 MedBG ohne weiteres eine genügende gesetzliche Grundlage für den Entzug der Berufsausübungsbewilligung dar. 4.6. Indem der Beschwerdeführer vorbringt, die Vorinstanz habe seine Vertrauenswürdigkeit zu Unrecht verneint, macht er eine falsche Anwendung von Art. 36 Abs. 1 Bst. b MedBG und Art. 15b Abs. 1 Bst. c GesG (und nicht das Fehlen einer genügenden gesetzlichen Grundlage für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit) geltend. Daher ist vorfrageweise zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht die Vertrauenswürdigkeit des Beschwerdeführers verneint hat. Das Erfordernis der Vertrauenswürdigkeit des Arztes dient dem Schutz der öffentlichen Ordnung und Gesundheit, indem sie das Publikum zum einen vor unfähigen und pflichtwidrigen Medizinalpersonen schützt und zum andern durch die Bewilligungspflicht das Vertrauen, das die Gesellschaft dem Arztberuf entgegenbringt, gewahrt wird.⁵⁴ An die Vertrauenswürdigkeit im Sinn von Art. 36 Abs. 1 Bst. b MedBG sind hohe Anforderungen zu stellen.⁵⁵ Der Schutzzweck des Erfordernisses der Vertrauenswürdigkeit besteht nicht nur im (unmittelbaren) Wohl der einzelnen Patientinnen und Patienten, sondern auch darin, deren kollektives Vertrauen zu rechtfertigen und zu erhalten.⁵⁶ Die vertrauenswürdige Ausübung der medizinischen Tätigkeit setzt voraus, dass der Bewilligungsinhaber bzw. Gesuchsteller in der Lage ist, einen Praxisbetrieb verantwortungsvoll zu führen. Für die Beurteilung der Vertrauenswürdigkeit ist deshalb auch jedes Verhalten massgeblich, das mit den unternehmerischen Funktionen im Zusammenhang steht, soweit es Auswirkungen auf das öffentliche Gesundheitswesen haben kann.⁵⁷ Die Vertrauenswürdigkeit muss sowohl im Verhältnis des Bewilligungsinhabers zu den Patienten als auch zu den Behörden erfüllt sein. Im Zusammenhang mit Medizinalberufen ist in erster Linie erforderlich,

53 BGer 2C_389/2012 vom 12. November 2012, E. 7.2 54 BGer 2C_848/2009 vom 11. Mai 2010, E. 2; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 14. Februar 2012 (B2011/134), E. 2.1.2 55 BGer 2C_1011/2014 vom 18. Juni 2015, E. 5.2; BGer 2C_879/2013 vom 17. Juni 2014, E. 4.5, und 2C_853/2013 vom 17. Juni 2014, E. 5.5, jeweils mit Hinweisen auf BGer 2C_68/2009 vom 14. Juli 2009 E. 2.3 56 BGer 2C_853/2013 vom 17. Juni 2014, E. 5.4; 2C_879/2013 vom 17. Juni 2014, E. 4.4 57 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 21. Oktober 2014 (B2014/97), E. 2.2, mit Verweisen auf BGer 2C_879/2013 und 2C_853/2013 vom 17. Juni 2014; BGer 2C_389/2012 vom 12. November 2012 E. 7.1; 2C_57/2010 vom 4. Dezember 2010 E. 5.3; 2C_68/2009 vom 14. Juli 2009 E. 5; 2C_191/2008 vom 24. Juni 2008 E. 5.2 und 2C_58/2008 vom 14. April 2008 E. 2.3

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 19 von 28

dass die Vertrauenswürdigkeit im Verhältnis zu den Gesundheitsbehörden bejaht werden kann. Dagegen sind Probleme mit anderen Behörden wie etwa Steuerämtern – vorbehaltlich strafbaren Verhaltens – für die Vertrauenswürdigkeit von geringerer Tragweite.⁵⁸ Für das Fehlen der Vertrauenswürdigkeit reicht es bereits aus, wenn sie gegenüber den Gesundheitsbehörden nicht mehr gegeben ist. Eine Prüfung der Vertrauenswürdigkeit gegenüber den Patienten ist diesfalls nicht mehr notwendig.⁵⁹ Versagt eine Medizinalperson in einem aufsichtsrechtlichen Verfahren trotz wiederholter Aufforderungen jegliche Mitwirkung und verhindert damit eine wirksame Aufsicht, wozu (unter anderem) die Kontrolle der Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen gehört, ist die Verneinung der Vertrauenswürdigkeit und damit der Entzug der Bewilligung die logische Konsequenz.⁶⁰ Uneinsichtigkeit und mangelnde Kooperationsbereitschaft der Medizinalperson können schliesslich zur Überzeugung der Behörden beitragen, dass sich das beanstandete Verhalten jederzeit wiederholen kann.⁶¹ 4.7. Vorliegend ist die rechtskräftige Verurteilung des Beschwerdeführers wegen gewerbsmässig begangenen betrügerischem Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage und mehrfach begangener Urkundenfälschung zu Lasten einer Krankenversicherung in die Beurteilung der Vertrauenswürdigkeit einzubeziehen (vgl. Erw. 3.5 hievore). Die genannten Delikte haben offensichtlich negative Auswirkungen auf das gesamte Gesundheitswesen und erschüttern das kollektive Vertrauen in die Integrität des Arztes erheblich. Allein schon die rechtskräftige Verurteilung infolge dieser Straftaten reicht grundsätzlich aus, um die Vertrauenswürdigkeit eines Arztes zu zerstören. Hinzu kommt, dass am 19. Mai 2017 auch die Z. (Krankenversicherung) Strafanzeige gegen den Beschwerdeführer erhoben hat wegen gewerbsmässigen Betrugs, unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe, Urkundenfälschung, eventualiter Betrugs, unrechtmässiger Leistungserwirkung und allfällig weitere Delikte. Vor diesem Hintergrund darf auch nicht ohne weiteres angenommen werden, der Beschwerdeführer sei nun einsichtig und hätte sein Verhalten geändert. Sodann ist aktenkundig, dass der Beschwerdeführer wiederholt seine Zusammenarbeit mit der Vorinstanz verweigert hat, indem er nicht auf Aufforderungen zur Stellungnahme reagiert hat und Fristen ungenutzt hat verstreichen lassen. Auch nach dem Entzug seiner Berufsaus-

58 BGer 2C_1011/2014 vom 18. Juni 2015, E. 5.2; BGer 2C_853/2013 vom 17. Juni 2014 E. 5.5 mit Hinweisen; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 21. Oktober 2014 (B2014/97), E. 2.2; BGer 2C_853/2013 vom 17. Juni 2014, E. 5.5; 2C_879/2013 vom 17. Juni 2014, E. 4.5, mit Hinweisen auf Urteile 2C_389/2012 vom 12. November 2012 E. 7.1; 2C_57/2010 vom 4. Dezember 2010 E. 5.3; 2C_68/2009 vom 14. Juli 2009 E. 5; 2C_191/2008 vom 24. Juni 2008 E. 5.2; 2C_58/2008 vom 14. April 2008 E. 2.3 59 BGer 2C_1011/2014 vom 18. Juni 2015, E. 5.2; BGer 2C_853/2013 vom 17. Juni 2014 E. 5.5 mit Hinweisen 60 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 22. Juli 2013 (B2013/149), E. 2.2 61 BGer 2C_389/2012 vom 12. November 2012, E. 7.1

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 20 von 28

übungsbewilligung hat er sich nicht an verbindliche behördliche Anordnungen gehalten,⁶² was insbesondere daraus hervorgeht, dass er ungeachtet des rechtskräftigen Entzugs seiner Berufsbewilligung weiterhin eigenverantwortlich als Arzt praktizierte. Auf die Aufforderung der Vorinstanz, seine eigenverantwortliche Tätigkeit als Arzt einzustellen und ihr eine entsprechende Vollzugsmeldung sowie die Berufsausübungsbewilligung zukommen zu lassen, hat er nicht reagiert.⁶³ Schliesslich hat er Patientinnen und Patienten

nur ungenügend über seine Abwesenheit informiert und den Zugang zu ihren Behandlungsdokumentationen auch nach mehrmaliger Aufforderung nicht gewährleistet.⁶⁴ Das Verhalten des Beschwerdeführers zeugt von geringem Respekt gegenüber den Gesundheitsbehörden und behördlichen Anordnungen. Dadurch hat er die Aufsichtstätigkeit der Vorinstanz erschwert. Schliesslich hat er seine Berufspflichten gemäss Art. 40 Bst. c MedBG i.V.m. Art. 39a GesG verletzt, indem er gegenüber seinen Patientinnen und Patienten den Zugang zu den Behandlungsunterlagen nicht gewährleistet hat: Gemäss Art. 40 Bst. c MedBG wahren Personen, die einen universitären Medizinberuf privatwirtschaftlich in eigener fachlicher Verantwortung ausüben, die Rechte der Patientinnen und Patienten. Gemäss Art. 39a Abs. 1 GesG hat eine Fachperson ihren Patientinnen und Patienten auf Verlangen Einsicht in alle sie betreffenden Behandlungsunterlagen zu gewähren und diese zu erläutern. Die Patientinnen und Patienten können die Herausgabe der Behandlungsunterlagen verlangen. Damit fehlt es vorliegend nicht nur an der Vertrauenswürdigkeit gegenüber Gesundheitsbehörden, sondern auch an der Vertrauenswürdigkeit gegenüber seinen Patienten und Patientinnen: Ein Arzt muss für seine Patienten und Patientinnen erreichbar und ein zuverlässiger Ansprechpartner sein. Aktenkundig ist ferner die Beschwerde eines ehemaligen Patienten gegen den Beschwerdeführer wegen Amtsmissbrauchs als Vertrauensarzt des Strassenverkehrsamtes des Kantons Bern: Dem Bericht lässt sich entnehmen, dass der Beschwerdeführer der Medizinischen Kontrolle des Strassenverkehrsamtes ohne Vornahme einer Untersuchung ein Arztzeugnis zugestellt hat. In diesem Zeugnis hat er dem Patienten zu Unrecht dessen charakterliche Eignung für das Führen eines Personenfahrzeuges abgesprochen.⁶⁵ Nach einer Gesamtwürdigung der Umstände ist festzustellen, dass die Vorinstanz die Vertrauenswürdigkeit des Beschwerdeführers zu Recht verneint hat. Damit fehlt es an einer Bewilligungsvoraussetzung, und die Bewilligung war zu entziehen (Art. 38 Abs. 1 MedBG i.V.m. Art. 36 Abs. 1 Bst. b MedBG und Art. 15b Abs. 1 Bst. c GesG).

62 Auch wenn das Verhalten des Beschwerdeführers nach dem Entzug seiner Berufsausübungsbewilligung nicht unmittelbar in die Beurteilung einbezogen werden darf, liefert es doch einen weiteren Hinweis auf die fehlende Vertrauenswürdigkeit bzw. bekräftigt nachträglich die Richtigkeit der Einschätzung der Vorinstanz. 63 Vgl. Schreiben der Vorinstanz vom 11. Januar 2018 (unpaginierte Vorakten), E-Mails vom 22. Januar, 1. und 5. Februar 2018 (Beschwerdebeilage 5) 64 E-Mail der Vorinstanz vom 5. Februar 2018, Beschwerdebeilage 5 65 Unpaginierte Vorakten, Bericht von F. __ zur Beschwerde wegen Amtsmissbrauch, E-Mail vom 21. Dezember 2017

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 21 von 28

4.8. Betreffend das geltend gemachte fehlende öffentliche Interesse an einem Entzug der Berufsausübungsbewilligung ist Folgendes festzuhalten: Der Bewilligungsentzug dient vorliegend der Prävention fehlerhafter Abrechnungen bzw. weiterer vermögensrechtlicher Delikte gegenüber Krankenversicherungen und somit dem Schutz der öffentlichen Ordnung und des Gesundheitssystems. Dabei handelt es sich um ein wichtiges öffentliches Interesse. Aus dem Bundesgerichtsentscheid 2C_501/2016 vom 7. Dezember 2016 kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten: Wie die Vorinstanz in ihrer Beschwerdevernehmlassung zu Recht aufführt, handelt es sich um zwei nicht miteinander vergleichbare Sachverhalte. In jedem Fall war die Anordnung einer Auflage, vorliegend der Entzug der Berufsausübungsbewilligung zu beurteilen. In jenem Fall waren rund acht Jahre zwischen dem Vorfall und der Anordnung der angefochtenen Auflage verstrichen,

während derer sich der Betroffene wohl verhalten hatte, vorliegend lagen nur sieben Monate zwischen der rechtskräftigen Verurteilung und dem Entzug der Berufsausübungsbewilligung, die zweijährige Bewährungsfrist ist noch nicht verstrichen und überdies hat die Z. ___ (Krankenversicherung) rund eineinhalb Monate nach der rechtskräftigen Verurteilung des Beschwerdeführers ebenfalls Strafanzeige erhoben. Von einem andauernden und langjährigen Wohlverhalten des Beschwerdeführers kann vorliegend nicht die Rede sein. 4.9. Betreffend die geltend gemachte Unverhältnismässigkeit des Entzugs der Berufsausübungsbewilligung ist Folgendes festzuhalten: Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet, dass eine Grundrechtseinschränkung zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich sowie für die betroffene Person zumutbar sein muss. Der Zweck, welcher Art. 36 und 38 MedBG zugrunde liegt, besteht hauptsächlich im Schutz der Patientinnen und Patienten, mittelbar aber auch im Schutz des Gesundheitssystems, weil die Qualität der Leistungserbringer (zusammen mit anderen Faktoren) die Effizienz des Systems sicherstellt.⁶⁶ Der Entzug der Bewilligung zur selbstständigen ärztlichen Tätigkeit ist ohne weiteres geeignet, das im öffentlichen Interesse liegende Ziel (Schutz der Patientinnen und Patienten, Schutz des Gesundheitssystems) zu erreichen: Einerseits werden die Krankenversicherungen (und damit indirekt auch die Patienten und Patientinnen) vor ungerechtfertigten Forderungen und Rechnungen geschützt, andererseits wird ein Schaden am Ansehen des Gesundheitssystems verhindert. Was die Erforderlichkeit der Massnahme betrifft, hat der Gesetzgeber diese Frage vorab entschieden: Fehlt eine Bewilligungsvoraussetzung, ist die Bewilligung gemäss Art. 38 Abs. 1 MedBG zu entziehen. Der Bewilligungsentzug ist von der Disziplinar-massnah-

⁶⁶ BGer 2C_879/2013 vom 17. Juni 2013, E. 7.2, mit Hinweis u.a. auf BGE 139 I 218 E. 4.3 S. 224

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 22 von 28

me des befristeten oder definitiven Berufsverbots zu unterscheiden⁶⁷: Liegt eine Verletzung der Berufspflichten kann die Aufsichtsbehörde gemäss Art. 43 Abs. 1 MedBG eine Disziplinar-massnahme anordnen (Verwarnung, Verweis, Busse, befristetes oder definitives Verbot der privatwirtschaftlichen Berufsausübung. Anders als im Bereich der Disziplinar-massnahmen, in dem ein Verbot der selbstständigen Berufsausübung befristet oder definitiv und diesfalls beschränkt auf ein Tätigkeitsgebiet ausgesprochen werden kann (vgl. Art. 43 MedBG), sieht das Gesetz demnach im Fall des Fehlens von Bewilligungsvoraussetzungen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit kein milderes Mittel als den (definitiven) Bewilligungsentzug vor. Das Element der Vertrauenswürdigkeit ist distinkt: Entweder sie ist gegeben, oder sie fehlt bzw. ist abhanden gekommen. Die Pflicht zur Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips beschränkt sich im Rahmen von Art. 36 Abs. 1 Bst. b MedBG darauf, die Vertrauenswürdigkeit (bzw. die Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung) nicht leichtfertig zu verneinen. Für die Anordnung einer Auflage als mildere Massnahme im Vergleich zum Bewilligungsentzug gibt es keine gesetzliche Grundlage.⁶⁸ Nachdem vorliegend das Erfordernis der Vertrauenswürdigkeit insbesondere aufgrund der rechtskräftigen Verurteilung des Beschwerdeführers, aber auch aufgrund weiterer aktenkundiger Vorkommnisse nicht mehr erfüllt ist, ist von Gesetzes wegen die Bewilligung zu entziehen (vgl. Art. 38 MedBG). Der Entzug der Bewilligung ist auch zumutbar, denn das öffentliche Interesse am Schutz der Patientinnen und Patienten und an einem intakten Gesundheitswesen ist höher zu gewichten als das private Interesse des Beschwerdeführers, weiterhin als selbstständig tätiger Arzt praktizieren zu dürfen. Zu-

sammenfassend erweist sich der Entzug der Bewilligung als verhältnismässig. 4.10. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Recht den Entzug der Bewilligung zur selbstständigen ärztlichen Tätigkeit verfügt hat. Der begründete Entzug der Berufsausübungsbewilligung infolge mangelnder Vertrauenswürdigkeit stellt auch gemäss der ständigen Rechtsprechung keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit dar.⁶⁹ Damit liegt weder eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit noch die Verletzung eines unverzichtbaren und unverjähren Rechts vor. Die Sachverfügung vom 25. Oktober 2017 erweist sich damit weder als nichtig noch als rechtsfehlerhaft.

67 Aebi-Müller/Fellmann/Gächter/Rütsche/Tag, *Arztrecht*, 2016, § 11, Rz. 37 68 BGer 2C_879/2013 vom 17. Juni 2013, E. 7.2, mit Hinweis auf BGer 2C_389/2012 vom 12. November 2012 E. 7.2; 69 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 21. Oktober 2014 (B2014/97), E. 2.2; mit Verweisen auf BGer 2C_879/2013 und 2C_853/2013 vom 17. Juni 2014

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 23 von 28

5. Rügen betreffend die Rechtswidrigkeit bzw. Unverhältnismässigkeit der Vollstreckungsverfügung vom 9. Februar 2018 und der Vollzugshandlungen 5.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vollstreckung gehe über die zu vollstreckende Sachverfügung hinaus und die Vollstreckungsmodalitäten seien unverhältnismässig bzw. rechtswidrig gewesen. Mit der Vollstreckungsverfügung werde die Schliessung der ärztlichen Praxis und die Beschlagnahme von Behandlungsdokumentationen sowie elektronischer Datenträger verfügt. Damit seien neue, über die Sachverfügung vom 25. Oktober 2017 hinausgehende Rechte und Pflichten verfügt worden. Die Beschlagnahme der Behandlungsdokumentation und der elektronischen Datenträger werde einzig damit begründet, dass er angeblich keine Gewähr für das Zugänglichmachen der Behandlungsdokumentation biete, obschon er mit E-Mail vom 5. Februar 2018 die Vorinstanz ausdrücklich um einen Besprechungstermin betreffend Patientenunterlagen ersucht und damit den Willen zum Ausdruck gebracht habe, den Patienten den Zugang den Behandlungsdokumentationen zu ermöglichen. Zudem hätten anlässlich der Vollstreckung die Vollstreckungsbehörden ohne Zustimmung des Beschwerdeführers sein Telefon benutzt, auf den Anrufbeantworter der Arztpraxis gesprochen und seine geschäftlichen E-Mails gelesen. Da der E-Mailzugang passwortgeschützt sei, müsse davon ausgegangen werden, dass eine ehemalige Mitarbeiterin von ihm, die inzwischen für die Vorinstanz arbeite, dieser die entsprechenden Zugangsdaten verraten habe.⁷⁰ Die Vorinstanz wendet ein, der Beschwerdeführer hätte auch nach Schliessung der Praxis die den Zugang berechtigter Patientinnen und Patienten zu den Behandlungsdokumentationen gewährleisten müssen. Er sei jedoch seinen Pflichten auch nach dem rechtskräftigen Entzug seiner Berufsausübungsbewilligung als Arzt in keiner Weise nachgekommen. Daher habe sie sich zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und im Interesse der betroffenen Patientinnen und Patienten zum Erlass der angefochtenen Vollstreckungsverfügung gezwungen gesehen. Die beanstandeten (faktischen) "Vollzugshandlungen" bzw. "Vollstreckungshandlungen und Vorgehensweisen" seien nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.⁷¹ 5.2 Bevor die Behörde eine Sachverfügung zwangsvollstreckt, mahnt sie die Pflichtigen und setzt ihnen eine letzte Frist zur freiwilligen Erfüllung. Gleichzeitig wird – für den Fall, dass die Frist unbenutzt verstreicht – die Zwangsvollstreckung angedroht (Art. 116 Abs. 1 VRPG). Zusammen mit der Androhung der Zwangsvollstreckung oder spätestens nach unbenutztem Ablauf der zur Erfüllung gesetzten Frist verfügt die Behörde, wann und wie

die Zwangsvollstreckung durchgeführt wird (Vollstreckungsverfügung, Art. 116 Abs. 2 VRPG). Mit der Angabe des ins Auge gefassten Vollstreckungsmittels werden die vollstreckungsrechtlichen Pflichten und Rechte einzelfallbezogen konkretisiert. Die entsprechende behördliche Mitteilung ist

70 Beschwerde vom 12. März 2018, S. 10 f., Rz. 28-32 71 Vollstreckungsverfügung vom 9. Februar 2017; Beschwerdevernehmlassung vom 10. April 2018, S. 5 f. Ziff. 6

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 24 von 28

als Vollstreckungsverfügung (so explizit Art. 116 Abs. 2 VRPG) zu qualifizieren. Die letzte Etappe der Vollstreckung ist die tatsächliche Durchführung der vorgesehenen exekutorischen oder repressiven Massnahmen. Sie ist dem tatsächlichen Handeln der Verwaltung zuzuordnen (Realakt).⁷² Verpflichtet die Verfügung, der Beschwerdeentscheid oder das Urteil zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen, so erfolgt die Zwangsvollstreckung durch kostenpflichtige Ersatzvornahme oder amtlichen Zwang, notfalls mit Hilfe der Polizei (Art. 117 Abs. 2 VRPG). Mittels Ersatzvornahme lässt die Behörde die einer Privatperson obliegende, rechtswidrig verweigerte Handlung auf deren Kosten durch eine amtliche Stelle oder durch eine Drittperson vornehmen. Sie dient der Realexekution und ist direktes Vollzugsmittel. Die Ersatzvornahme setzt voraus, dass die ersatzweise Durchführung der Handlung in gleicher Weise möglich ist, wie wenn die pflichtige Person sie selbst vornehmen würde. Der Ersatzvornahme vorangehen müssen Mahnung unter Fristansetzung, Androhung der Ersatzvornahme und Vollstreckungsverfügung. In der Androhung ist anzugeben, mit welchen Mitteln, auf welche Weise und zu welchen ungefähren Kosten die Ersatzvornahme im Weigerungsfall durchgeführt werden würde. Die Vollstreckungsverfügung setzt die Ersatzvornahme in ihren Einzelheiten fest (Zeitpunkt, Ort, allfällig beauftragte Drittperson, von der pflichtigen Person und/oder Dritten zu treffende Vorkehrungen etc.). die Betroffenen sind in der mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Verfügung unmissverständlich über den bevorstehenden Eingriff ins Bild zu setzen.⁷³ 5.3 Vorliegend hat die Vorinstanz nach mehreren erfolglosen Aufforderungen, Mahnungen und Hinweisen auf das Vollstreckungsverfahren nach den Art. 114 ff. VRPG⁷⁴ am 9. Februar 2018 die folgenden Vollstreckungsmodalitäten verfügt⁷⁵: 1. In Vollstreckung der Verfügung des Kantonsarztamtes vom 25. Oktober 2017 betreffend X.____ (Entzug der Berufsausübungsbewilligung als Arzt) werden die ärztliche Praxis von X.____ an der [Adresse] behördlich geschlossen und die sich in den Räumlichkeiten der ärztlichen Praxis befindlichen Behandlungsdokumentationen sowie elektronischen Datenträger beschlagnahmt. 2. Die Zwangsvollstreckung wird am Donnerstag, 15. Februar 2018, 08:00 Uhr, durch je eine Vertretung des Kantonsarztamtes, des Regierungsstatthalteramtes Bern-Mittelland sowie der Kantonspolizei Bern (Regionalpolizei Bern) in der ärztlichen Praxis von X.____ an der [Adresse] durchgeführt.

⁷² Müller, a.a.O., S. 263 ff. ⁷³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 117 N. 10 ⁷⁴ Unpaginierte Vorakten, Schreiben der Vorinstanz vom 11. Januar 2018, sowie Beschwerdebeilage 5, E-Mails vom 22. Januar, 1. und 5. Februar 2018 ⁷⁵ Vgl. für das vollständige Dispositiv I. Sachverhalt Ziff. 7 hievore

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 25 von 28

Angefochten werden können die in Ziff. 1 und 2 verfügten Vollstreckungsmodalitäten. Dabei sind nur Vorbringen zulässig, die das Wann und Wie der Vollstreckung betreffen.

Gerügt werden kann namentlich, die Sachverfügung sei nicht vollstreckbar, die Vollstreckungsverfügung gehe über die zu vollstreckende Anordnung hinaus, missachte eine in der Sachverfügung enthaltene Vollstreckungsanordnung oder sei von einer unzuständigen Behörde erlassen worden, oder aber der Zeitpunkt der Vollstreckung oder die Wahl des Zwangsmittels seien unverhältnismässig.⁷⁶ Der Beschwerdeführer macht geltend, die behördliche Schliessung seiner Praxis wie die Beschlagnahme von Behandlungsdokumentationen und elektronischer Datenträger würden über die Sachverfügung hinausgehen, seien unverhältnismässig und rechtswidrig. Ebenso beanstandet er die Benutzung des Telefons, das Sprechen auf den Anrufbeantworter sowie die Lektüre von geschäftlichen E-Mails im Rahmen des tatsächlichen Vollzugs. Betreffend die behördliche Schliessung der Praxis ist folgendes festzuhalten: Für die selbstständige ärztliche Tätigkeit bedarf es gemäss Art. 34 MedBG einer Bewilligung des Kantons, auf dessen Gebiet die Tätigkeit ausgeübt werden soll. Mit rechtskräftiger Verfügung vom 25. Oktober 2017 wurde dem Beschwerdeführer die Berufsausübungsbewilligung als Arzt entzogen. Mit Eröffnung dieser Verfügung hätte sie der Beschwerdeführer entweder anfechten und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragen müssen oder aber seine eigenverantwortliche Tätigkeit als Arzt einstellen und seine Praxis schliessen müssen, was er trotz mehrfachen Aufforderungen und Ermahnungen durch die Vorinstanz nicht getan hat. Schliesslich musste die Praxis statt durch den Beschwerdeführer durch die zuständigen Behörden geschlossen werden. Die behördliche Schliessung der Praxis ist eine direkte Folge des Entzugs der Berufsausübungsbewilligung. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Ersatzvornahme über die Sachverfügung vom 25. Oktober 2017 hinausgehen, unverhältnismässig oder rechtswidrig sein sollte. Betreffend die Beschlagnahme von Behandlungsdokumentationen und elektronischer Datenträger ist folgendes festzuhalten: Ein Arzt hat die Pflicht, eine Behandlungsdokumentation zu erstellen (Art. 26 Abs. 1 GesG) und diese so lange aufzubewahren, als sie für die Gesundheit der Patientin oder des Patienten von Interesse ist, mindestens aber während zehn Jahren (Art. 26 Abs. 2 GesG). Bei Praxisaufgabe besteht die Aufbewahrungspflicht im Rahmen von Absatz 2 weiter. Der Arzt hat zu gewährleisten, dass die Behandlungsdokumentation unter Wahrung der Schweigepflicht verwaltet und den berechtigten Patientinnen und Patienten der Zugang dazu ermöglicht wird (Art. 26 Abs. 3 GesG). Er hat seinen (ehemaligen) Patientinnen

⁷⁶ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 116 Nr. 12 f., mit Hinweisen; Müller, a.a.O., S. 265

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 26 von 28

und Patienten auf Verlangen Einsicht in alle sie betreffenden Behandlungsunterlagen zu gewähren und diese zu erläutern (Art. 39a Abs. 1 GesG). Die Pflicht, den Patientinnen und Patienten den Zugang zu ihren Unterlagen zu gewährleisten, ergibt sich demnach direkt aus den gesetzlichen Grundlagen und muss daher nicht verfügt werden. Der Beschwerdeführer ist dieser Pflicht trotz wiederholten Aufforderungen nicht nachgekommen (vgl. I. Sachverhalt Ziff. 3-6 hievore). Das während seinen Sportferien per E-Mail vom 5. Februar 2018 unterbreitete Angebot, den Entzug der Berufsausübungsbewilligung wie den Zugang zu den Patientenunterlagen in Kalenderwoche 7 zu besprechen, reicht angesichts der vorangegangenen erfolglosen Aufforderungen und Mahnungen wie auch der zeitlichen Dringlichkeit nicht aus, um eine Ersatzvornahme abwenden zu können. Daher hat die Vorinstanz zu Recht die Ersatzvornahme verfügt und anstelle des Beschwerdeführers den

Zugang zu den Patientenunterlagen sichergestellt. Die Benutzung des Telefons, das Sprechen auf den Anrufbeantworter sowie die Lektüre geschäftlicher E-Mails schliesslich stellen reine Tathandlungen (Realakte) dar. Realakte werden im Rahmen der behördlichen Auftragserfüllung vorgenommen und sind keine Verfügungen, auch wenn sie einen tatsächlichen Erfolg herbeiführen sollen und dadurch einen gewissen Einfluss auf die individuelle Rechtsstellung haben können. Nur wenn sich Tathandlungen wegen ihrer Intensität und Dauer nicht mehr bloss in untergeordnetem Umfang auf die Rechtsstellung einzelner Personen auswirken, erhalten sie Verfügungscharakter und sind entsprechend anfechtbar bzw. kann ihre Rechtmässigkeit zur Überprüfung gebracht werden.⁷⁷ Vorliegend kann nicht ernsthaft behauptet werden, dass sich die Benutzung des Telefons, das Besprechen des Anrufbeantworters oder das Lesen geschäftlicher E-Mails nicht in bloss untergeordnetem Umfang auf die Rechtsstellung des Beschwerdeführers ausgewirkt haben. Demnach sind diese Handlungen nicht anfechtbar. Ohnehin wäre nicht ersichtlich, inwiefern sie unverhältnismässig sein oder über die Sachverfügung hinausgehen sollten, stehen sie doch in direktem und unerlässlichem Zusammenhang mit der Vollstreckung der Sachverfügung und der Ersatzvornahme von ärztlichen Pflichten des Beschwerdeführers. Damit erweist sich die Vollstreckungsverfügung weder als unverhältnismässig noch als rechtswidrig.

⁷⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 29

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 27 von 28

6. Ergebnis Demnach ist weder die Sachverfügung vom 25. Oktober 2017 als nichtig noch die Vollstreckungsverfügung vom 9. Februar 2018 als rechtsfehlerhaft oder unverhältnismässig zu qualifizieren. Die Beschwerde vom 12. März 2018 ist daher vollumfänglich abzuweisen.

7. Kosten 7.1 Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr. Diese beträgt für Entschiede in Verwaltungsjustizsachen CHF 200.00 bis 4000.00 (Art. 103 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 GebV78). Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Vorliegend unterliegt der Beschwerdeführer vollumfänglich. Dementsprechend werden ihm die gesamten Verfahrenskosten, pauschal festgesetzt auf CHF 1'800.00, zur Bezahlung auferlegt. 7.2 Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Verwaltungsbehörden im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG, d.h. Organe des Kantons, seiner Anstalten und seiner Körperschaften, haben im Beschwerdeverfahren keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 3 VRPG). Die obsiegende Vorinstanz hat als Organ des Kantons demnach keinen Anspruch auf Parteikostenersatz, weshalb keine Parteikosten zu sprechen sind.

⁷⁸ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; SR 154.21)

Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern Seite 28 von 28

III. Entscheid 1. Die Beschwerde vom 12. März 2018 wird abgewiesen. 2. Die Verfahrenskosten, festgesetzt auf CHF 1'800.00, werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. 3. Parteikosten werden keine gesprochen.

IV. Eröffnung - Beschwerdeführer, per Einschreiben - Vorinstanz, per Kurier

DER GESUNDHEITS- UND FÜRSORGEDIREKTOR

Pierre Alain Schnegg Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit schriftlicher und begründeter Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern angefochten werden. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in 2 Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und greifbare Beweismittel sind beizulegen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.