

## **BGer 2C\_501/2016 vom 7. Dezember 2016**

Bundesgericht, 2016-12-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_501\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_501_2016)

FR: TF 2C\_501/2016 du 7 décembre 2016

IT: TF 2C\_501/2016 del 7 dicembre 2016

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen ( Art. 29 Abs. 1 BGG ) und mit freier Kognition ( BGE 141 II 113 E. 1 S. 116).

Die Eingabe des Beschwerdeführers richtet sich gegen ein kantonales letztinstanzliches, verfahrensabschliessendes Urteil in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts ( Art. 82 lit. a BGG , Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2, Art. 90 BGG ). Die Auflage zur Berufsausübungsbewilligung wurde nicht gestützt auf eine Bewertung von intellektuellen oder physischen Fähigkeiten des Beschwerdeführers verfügt. Keine Anwendung findet deshalb Art. 83 lit. t BGG, der die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Entscheide über das Ergebnis von Prüfungen und anderen Fähigkeitsbewertungen ausschliesst ( BGE 138 II 42 E. 1.1 S. 44; Urteile 2C\_497/2016 vom 22. Juli 2016 E. 1.2; 2C\_1011/2014 vom 18. Juni 2015 E. 1.2; 2C\_879/2013 vom 17. Juni 2014 E. 1.1).

Am vorinstanzlichen Verfahren war der Beschwerdeführer als Partei bereits beteiligt. Er ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung ( Art. 89 Abs. 1 BGG ). Auf die im Übrigen form- und fristgerecht ( Art. 42 und Art. 100 Abs. 1 BGG ) eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

#### **E. 2.1**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und Art. 96 BGG gerügt werden. Hatte die Vorinstanz kantonales Recht anzuwenden, kann im Wesentlichen beanstandet werden, der angefochtene Entscheid verstosse gegen Bundesrecht ( Art. 95 lit. a BGG ). Dazu zählen die verfassungsmässigen Rechte und Grundsätze (vgl. BGE 141 IV 317 E. 5.4 S. 324 ; 138 I 143 E. 2 S. 149; Urteile 2C\_198/2016 vom 20. Juli 2016 E. 2.2; 2C\_6/2016 vom 18. Juli 2016 E. 2.1 [zur Publikation vorgesehen]; je mit Hinweisen). Sofern die Rüge keine der in Art. 95 lit. c bis lit. e BGG genannten Bestimmungen betrifft, prüft das Bundesgericht die Verletzung kantonalen Rechts unter dem Gesichtswinkel der Willkür ( Art. 9 BV ). Ob eine auf kantonales Recht gestützte Anordnung einen Eingriff in die von der Bundesverfassung gewährleisteten Rechte darstellt und ob die in Art. 36 BV statuierten Voraussetzungen für den Grundrechtseingriff erfüllt sind, prüft das Bundesgericht hingegen mit freier Kognition (vgl. BGE 142 I 121 E. 3.3 S. 125 ; 142 I 76 E. 3.3 S. 80; 141 IV 317 E. 5.4 S. 324; Urteil 2C\_106/2015 vom 26. Juni 2015 E. 4.1; zur Kognition betreffend Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV bei nicht schwerwiegenden Grundrechtseingriffen vgl. BGE 141 I 211 E. 3.2 S. 214).

#### **E. 2.2**

Grundsätzlich wendet das Bundesgericht das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht

prüft es indes nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG [Rügeprinzip]; BGE 139 II 404 E. 3 S. 415 ; 139 I 229 E. 2.2 S. 232; Urteil 2C\_272/2016 vom 28. April 2016 E. 1.3).

### **E. 2.3**

Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Von Amtes wegen oder auf ausreichend begründete Rüge hin (vgl. zu den Anforderungen an Sachverhaltsrügen BGE 139 I 72 E. 9.2.3.6 S. 96; 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.) korrigiert das Bundesgericht die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen, wenn diese offensichtlich unrichtig sind oder sie auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen. Die Behebung des Mangels erfolgt nur, sofern er für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ).

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, mit dem vorinstanzlichen Urteil werde in unzulässiger Weise in seine von der Verfassung gewährleistete Wirtschaftsfreiheit ( Art. 27 Abs. 1 BV ) eingegriffen.

### **E. 3.2**

Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit schützt jede auf die Erzielung eines Gewinns oder eines Erwerbseinkommens gerichtete privatwirtschaftliche Betätigung. Sie umfasst insbesondere den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung ( Art. 27 Abs. 2 BV ; vgl. BGE 140 I 218 E. 6.3 S. 229 ; 137 I 167 E. 3.1 S. 172; Urteile 2C\_6/2016 vom 18. Juli 2016 E. 6.1 [zur Publikation vorgesehen]; 1C\_530/2014 vom 4. Januar 2016 E. 4.3.1 mit weiteren Hinweisen). Entsprechend stellt die Statuierung einer Bewilligungspflicht für die Ausübung eines Berufs einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar (vgl. BGE 122 I 130 E. 3bb S. 134; Urteile 2C\_564/2009 vom 26. Februar 2010 E. 7.1; 2C\_52/2009 vom 13. Januar 2010 E. 5.3.1). Ebenfalls als Grundrechtseingriff gilt demnach die Verknüpfung einer Berufsausübungsbewilligung mit Auflagen, die die Ausübung der privatwirtschaftlichen Tätigkeit (weiter) einschränken. Der Beschwerdeführer beruft sich zu Recht auf die Wirtschaftsfreiheit.

### **E. 3.3**

Einschränkungen des Anspruchs auf Wirtschaftsfreiheit sind unter den in Art. 36 Abs. 1 bis Abs. 3 BV genannten Voraussetzungen zulässig. Sie müssen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 1 bis Abs. 3 BV). Schwere Eingriffe in Freiheitsrechte bedürfen einer klaren und ausdrücklichen Regelung in einem formellen Gesetz ( Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV ; BGE 142 I 49 E. 6 S. 63 f. ; 139 I 280 E. 5.1 S. 284).

### **E. 4.1**

Die Vorinstanzen stützten sich bei ihrem Vorgehen gegenüber dem Beschwerdeführer auf das Gesundheitsgesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 21. Februar 2008 (GesG; SGS 901). Der Beschwerdeführer macht geltend, dieses stelle keine genügende Grundlage für den Eingriff in seine Wirtschaftsfreiheit dar. Er begründet seine Rüge damit, dass der kantonale Gesetzgeber mit dem Erlass des Gesundheitsgesetzes eine möglichst weitgehende Übereinstimmung mit dem Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die unversitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG; SR 811.11) beabsichtigt habe. Dieses

erlaube einen Entzug der Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung nur als prospektive Massnahme zur Verhinderung künftiger Gefährdungen, was für die ihm gegenüber verfügte Auflage ebenso gelte. Inwiefern von ihm eine künftige Gefahr für die öffentliche Gesundheit ausgehe, sei aber nicht erstellt, sodass sich der angefochtene Entscheid nicht auf das Gesundheitsgesetz stützen könne.

#### **E. 4.2**

Fest steht zunächst, dass das Medizinalberufegesetz auf den vorliegenden Sachverhalt keine Anwendung findet, da der vom Beschwerdeführer ausgeübte Beruf des Osteopathen nicht als universitärer Medizinalberuf gemäss Art. 2 Abs. 1 MedBG gilt (vgl. aber Art. 2 Abs. 1 lit. g des neuen, noch nicht in Kraft gesetzten Bundesgesetzes vom 30. September 2016 über die Gesundheitsberufe [Gesundheitsberufegesetz, GesBG; BBl 2016 7599]). Aus der Vorlage des Regierungsrats des Kantons Basel-Landschaft an den Landrat zur Totalrevision des Gesundheitsgesetzes vom 19. Juni 2007 (Geschäft des Landrats 2007/151; nachfolgend: Vorlage des Regierungsrats) ergibt sich sodann einzig, dass "gewisse Regeln" des Medizinalberufegesetzes auch für die Berufe des Gesundheitsgesetzes gelten sollen, um einen einheitlichen und einfachen Vollzug zu ermöglichen (Vorlage des Regierungsrates, S. 3 f.). In Bezug auf die Möglichkeit zur Anordnung von Disziplinar massnahmen, auf die sich der Beschwerdeführer beruft, geht der Hinweis des Regierungsrates auf das Medizinalberufegesetz nicht über die grundsätzliche Überlegung hinaus, dass bei Verstössen gegen Berufspflichten neben dem bereits früher möglichen Entzug der Bewilligung neu weitere Sanktionen zur Verfügung stehen sollten (Vorlage des Regierungsrats, Beilage "Synopse", S. 9). Die Entstehungsgeschichte des Gesundheitsgesetzes als eines von mehreren Elementen der Gesetzesauslegung (vgl. dazu BGE 139 II 404 E. 4.2 S. 416; Urteil 2C\_976/2015 vom 16. März 2016 E. 3.2; je mit Hinweisen) lässt somit den Schluss nicht zu, dass der kantonale Gesetzgeber eine mit dem Medizinalberufegesetz identische Regelung treffen wollte.

#### **E. 4.3**

Die selbständige Tätigkeit als Osteopath, wie sie der Beschwerdeführer ausübt, ist gemäss § 33 Abs. 1 lit. f GesG bewilligungspflichtig. Die Bewilligungserteilung setzt voraus, dass der Bewerber physisch und psychisch Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung bietet (§ 13 Abs. 1 lit. a GesG) und vertrauenswürdig ist (§ 13 Abs. 1 lit. b GesG; vgl. für die fachlichen Voraussetzungen § 33 Abs. 2 und Abs. 3 GesG). Die Vertrauenswürdigkeit fehlt insbesondere dann, wenn ein Eintrag im Strafregister aus einer Straftat besteht, die mit der Berufsausübung zusammenhängt oder besonders verwerflich ist (§ 13 Abs. 4 GesG). Der Entzug und die Einschränkung der Bewilligung sind in § 15 GesG geregelt. Nach dessen Abs. 1 kann die Bewilligung entzogen werden, wenn die Voraussetzungen für ihre Erteilung nicht mehr gegeben sind. Ein Bewilligungsentzug ist zudem möglich, wenn deren Inhaber schwerwiegend oder wiederholt Berufspflichten verletzt, die berufliche Stellung missbräuchlich ausgenutzt oder Handlungen vorgenommen hat, die mit ihrer oder seiner Vertrauensstellung nicht vereinbar sind (§ 15 Abs. 1 lit. a bis lit. c GesG). Liegt ein weniger schwerer Fall vor, kann die Bewilligung eingeschränkt oder mit Auflagen versehen werden (§ 15 Abs. 2 GesG).

#### **E. 4.4**

Mit Blick auf § 13 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 lit. b GesG ging die Vorinstanz davon aus, dass der Beschwerdeführer die Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung bis zur Löschung

seines Strafregistereintrags grundsätzlich nicht mehr erfüllt. Die vom Gesundheitsgesetz in § 13 Abs. 1 lit. b verlangte Vertrauenswürdigkeit sei indes wieder hergestellt, da sich der Beschwerdeführer während der letzten zehn Jahre unauffällig verhalten habe. Mithin ging die Vorinstanz davon aus, dass § 13 Abs. 4 GesG bei Straftaten, die mit der Berufsausübung in Zusammenhang stehen oder besonders verwerflich sind, eine

widerlegbare (Rechts-) Vermutung fehlender Vertrauenswürdigkeit (§ 13 Abs. 1 lit. b GesG) aufstellt (vgl. allgemein zu gesetzlichen Vermutungen BGE 138 III 781 E. 3.3 S. 782; 137 V 410 E. 4 S. 413; Urteil 2C\_411/2014 vom 15. September 2014 E. 2.3; HANS PETER WALTER, in: Berner Kommentar, 2012, N. 387 ff. zu Art. 8 ZGB ). Die Vorinstanz erwog weiter, dass der Beschwerdeführer mit seinem strafbaren Verhalten alle (alternativen) Bedingungen gemäss § 15 Abs. 1 lit. a bis lit. c GesG erfüllte. Ungeachtet der widerlegten Vermutung gemäss § 13 Abs. 4 GesG bestehe folglich mit § 15 Abs. 1 (zweite Variante) i.V.m. Abs. 2 GesG eine genügende gesetzliche Grundlage für die umstrittene Anordnung.

Diese Gesetzesauslegung der Vorinstanz ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers weder nach dem Wortlaut, noch nach teleologischen oder systematischen Gesichtspunkten zu beanstanden. Jedenfalls stellt das Verhalten des Beschwerdeführers ohne Zweifel eine Verletzung von Berufspflichten dar (§ 15 Abs. 1 lit. a GesG); es ist mit der Vertrauensstellung als Osteopath auch nicht vereinbar (§ 15 Abs. 1 lit. c GesG), womit seine Bewilligung gestützt auf § 15 Abs. 2 GesG eingeschränkt oder mit einer Auflage versehen werden kann. Dass diese Lesart von § 15 GesG im Widerspruch zum gesetzgeberischen Willen stehen könnte, ist nach dem bereits Dargelegten (vgl. oben E. 4.2) nicht ersichtlich. Eine genügende gesetzliche Grundlage für die verfügte Auflage ( Art. 36 Abs. 1 BV ) liegt vor.

#### **E. 4.5**

Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein ( Art. 36 Abs. 2 BV ; vgl. allgemein zum Begriff des öffentlichen Interesses BGE 142 I 49 E. 8 S. 65 ff. mit Hinweisen). Die verfügte Auflage dient der Prävention sexueller Übergriffe gegenüber dem (weiblichen) Publikum und somit dem Schutz der öffentlichen Ordnung und Gesundheit. Dabei handelt es sich grundsätzlich um ein wichtiges öffentliches Interesse für den in Frage stehenden Grundrechtseingriff (vgl. Urteile 2C\_561/2007 vom 6. November 2008 E. 4.3.2; 2C\_191/2008 vom 24. Juni 2008 E. 5.2; 2P.310/2004 vom 18. Mai 2005 E. 4.4.3; 2P.301/2011 vom 17. Mai 2002 E. 2.2). Die Frage, ob dieses zulässige Eingriffsmotiv die Massnahme notwendig macht und die entgegenstehenden privaten Interessen überwiegt, stellt sich im Zusammenhang mit der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit der Anordnung. Sie ist im Rahmen der nachfolgenden Verhältnismässigkeitsprüfung zu beantworten (vgl. PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl. 2016, § 7 Rz. 108 und Rz. 111).

#### **E. 5.1**

Das Gebot der Verhältnismässigkeit ( Art. 36 Abs. 3 BV ) verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist. Der Eingriff darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht einschneidender sein als erforderlich (

BGE 142 I 49 E. 9.1 S. 69 ; 140 I 2 E. 9.2.2 S. 24; je mit Hinweisen). Die entgegenstehenden privaten und öffentlichen Interessen sind dabei anhand der gegebenen Umstände bzw. des aktuellen sozialen Hintergrunds objektiv zu würdigen und zueinander in Bezug zu setzen (vgl. BGE 142 I 49 E. 9.1 S. 69 ; 127 I 164 E. 3b S. 170).

## **E. 5.2**

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist es offensichtlich, dass sich die angeordnete Auflage grundsätzlich eignet, künftige Übergriffe auf weibliche Patientinnen durch den Beschwerdeführer zu verhindern.

### **E. 5.2.1**

Näher zu prüfen ist die Erforderlichkeit der Massnahme. Der Beschwerdeführer bestreitet schon im Grundsatz, dass eine Notwendigkeit für die Massnahme bestehe. Er sei zu einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 100 Tagessätzen bei einer Probezeit von zwei Jahren verurteilt worden. Unter Berücksichtigung dieses Strafmasses und von Art. 132 Abs. 3 StPO handle es sich um ein Bagatelldelikt. Daher sei das öffentliche Interesse an einer Strafverfolgung gering gewesen, was im Hinblick auf das öffentliche Interesse an einer Einschränkung seiner Wirtschaftsfreiheit gleichermassen gelten müsse. Zu beachten sei weiter, dass das Strafgericht keine Rückfallgefahr ausgemacht und davon abgesehen habe, für die (mittlerweile abgelaufene) Probezeit von zwei Jahren Weisungen zu erteilen.

### **E. 5.2.2**

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann das von ihm begangene Delikt mit Blick auf die verhängte Strafe nicht als Bagatelldelikt bezeichnet werden; immerhin erfüllte er den Tatbestand der Schändung nach Art. 191 StGB , die einen Angriff auf die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung darstellt. In diesem Rahmen ist gleichwohl zu beachten, dass die konkrete Art und Weise der Tatbegehung in Übereinstimmung mit der Würdigung der Strafgerichte nicht als schwerwiegender Eingriff in die körperliche Integrität erscheint, was sich im Strafmass entsprechend niederschlug. Weiter ist zu berücksichtigen, dass dem bereits seit Langem praktizierenden Beschwerdeführer ausschliesslich der Vorfall vom 23. Juni 2006 zur Last gelegt wurde. Im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils waren seit diesem Vorfall wiederum nahezu zehn Jahre vergangen, während denen der Beschwerdeführer uneingeschränkt seiner Tätigkeit nachgegangen ist, ohne zu Beanstandungen Anlass zu geben. Auch nach dem Abschluss des Strafverfahrens und nach Ablauf der strafrechtlichen Probezeit im August 2014 (vgl. dazu BGE 120 IV 172 E. 2a S. 174; Urteil 6B\_934/2015 vom 5. April 2016 E. 5.3.2) verhielt sich der Beschwerdeführer stets tadellos. Das Wohlverhalten des Beschwerdeführers kann vor diesem Hintergrund und entgegen der vorinstanzlichen Erwägungen durch den Druck des hängigen Strafverfahrens nicht massgeblich relativiert werden. Unter diesen Umständen und aufgrund des Zeitablaufs kann ein

aktuelles öffentliches Interesse an der auf fünf Jahre befristeten Auflage nicht allein mit der strafrechtlichen Verurteilung für den Vorfall vom 23. Juni 2006 begründet werden. Weitere Hinweise für eine mögliche Gefährdung von Patientinnen gehen aus dem vorinstanzlichen Urteil nicht hervor; eine vom Beschwerdeführer heute ausgehende Gefährdung ist damit nicht erstellt. Entsprechend mangelt es am Nachweis eines aktuellen öffentlichen Interesses und damit an der Notwendigkeit zur Anordnung der Massnahme, zumal der Beschwerdeführer auch in Zukunft der Aufsicht durch die Gesundheitsbehörden untersteht. Diese können im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit bei neu auftretenden Anzeichen auf eine

nicht einwandfreie Berufsausübung unverzüglich eingreifen. Die angeordnete Massnahme erweist sich unter den vorliegenden konkreten Umständen als unverhältnismässig.

### **E. 5.2.3**

Zu prüfen ist weiter, ob der Beschwerdeführer als mildere Massnahme zu verwarnen ist, was dieser in seinem Eventualbegehren beantragt. Die Vorinstanz stützte sich in ihrem Urteil auf § 15 GesG und begründete die Auflage zur Bewilligung mit dem Schutz künftiger Patientinnen; mithin handelt es sich dabei um eine prospektive Administrativmassnahme. Bei einer Verwarnung, die sich auf § 16 GesG stützen müsste, handelt es sich demgegenüber um eine retrospektive Disziplinar-massnahme. Die Anordnung einer Disziplinar-massnahme war im vorinstanzlichen Verfahren jedoch nicht Streitgegenstand (vgl. dazu BGE 142 I 155 E. 4.4.2 S. 156; 136 V 362 E. 3.4.3 S. 365) und kann nicht erstmals in Anwendung kantonalen Rechts durch das Bundesgericht verfügt werden. Es obliegt der erstinstanzlichen kantonalen Verwaltungsbehörde - unter Berücksichtigung der Verjährungsbestimmungen (§ 16 Abs. 3 GesG i.V.m. Art. 46 MedBG) - gegebenenfalls ein Disziplinarverfahren einzuleiten.

### **E. 6**

Die Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben. Gerichtskosten sind keine zu erheben ( Art. 66 Abs. 3 BGG ). Der Kanton Basel-Landschaft hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung für das bundesgerichtliche Verfahren auszurichten ( Art. 68 Abs. 1 BGG ). Die Sache ist zur Neuverlegung der Kosten und Entschädigungen in den kantonalen Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen ( Art. 107 Abs. 2 BGG ).

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