

BL_GERICHTE 810 15 38 vom 27. Januar 2016

BL Gerichte, 2016-01-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_810_15_38

FR: BL_GERICHTE 810 15 38 du 27 janvier 2016

IT: BL_GERICHTE 810 15 38 del 27 gennaio 2016

Regeste

Gesundheit Auflage zur Bewilligung zur selbständigen Ausübung der Komplementärmedizin

Erwägungen

E. 2

Zu beurteilen ist vorliegend die Frage, ob die von der VGD mit Verfügung vom 17. Juni 2014 ausgesprochene Auflage, dass der Beschwerdeführer weibliche Patienten nur noch in Anwesenheit einer weiteren Person im Behandlungsraum behandeln darf, in unzulässiger Weise in seine Wirtschaftsfreiheit eingreift. 3.1 Die angeordnete Auflage stützt sich auf § 15 Abs. 1 GesG, wonach eine Bewilligung entzogen wird, wenn die Voraussetzungen für ihre Erteilung nicht mehr gegeben sind oder wenn die Bewilligungsinhaberin oder der Bewilligungsinhaber schwerwiegend oder wiederholt Berufspflichten verletzt (lit. a), die berufliche Stellung missbräuchlich ausgenützt (lit. b) oder Handlungen vorgenommen hat, die mit ihrer oder seiner Vertrauensstellung nicht vereinbar sind (lit. c). In weniger schweren Fällen kann laut Abs. 2 die Bewilligung eingeschränkt oder mit Auflagen versehen werden. § 16 GesG sieht diverse Disziplinar massnahmen vor. Gemäss § 7 i.V.m. § 33 Abs. 1 lit. f. GesG bedarf die selbständige Ausübung der Osteopathie einer Bewilligung. Diese Bewilligung wird nach § 33 Abs. 2 GesG an Personen erteilt, die einen eidgenössisch oder gesamtschweizerisch anerkannten komplementärmedizinischen Ausbildungsabschluss nachweisen können. Ausserdem muss die Bewerberin oder der Bewerber gemäss § 13 Abs. 1 GesG physisch und psychisch Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung bieten (lit. a) sowie vertrauenswürdig sein (lit. b). Die Voraussetzung der Vertrauenswürdigkeit ist insbesondere nicht gegeben, solange ein Eintrag im Zentralstrafregister aus einer Straftat besteht, die im Zusammenhang mit der Berufsausübung steht oder besonders verwerflich ist (Abs. 4). 3.2 Wie die Parteien zu Recht ausführen, stellt die Tätigkeit des Beschwerdeführers als Osteopath keinen universitären Medizinalberuf dar und fällt daher unbestrittenermassen unter die bewilligungspflichtigen Tätigkeiten nach dem GesG (vgl. § 7 i.V.m. § 33 Abs. 1 lit. f. GesG). Der Beschwerdeführer bringt vor, dass die Regeln des Bundesgesetzes über die universitären Medizinalberufe (MedBG) vom 23. Juni 2006 dennoch analog auf den vorliegenden Fall anwendbar sind. Wie von der Vorinstanz richtig festgestellt, wurde das kantonale Gesundheitsgesetz aufgrund des MedBG komplett revidiert, um vor allem für diejenigen Berufe des Gesundheitswesens, die nicht unter das MedBG fallen, gewisse Regeln dieses Gesetzes zu übernehmen. Dieser Grundsatz wurde in der Landratsvorlage vom 19. Juni 2007 in Ziff. 3.1.1 festgehalten (vgl. Landratsvorlage [LRV] 2007-151 vom 19. Juni 2007). Eine Analogie drängt sich jedoch in denjenigen Fällen auf, in denen im GesG keine abschliessende Regelung zu finden ist. Wie noch darzulegen sein wird, enthält das GesG jedoch für den in Frage stehenden Sachverhalt eine

abschliessende Regelung, weshalb sich eine analoge Anwendung des MedBG nicht aufdrängt und somit auf weitere Ausführungen hierzu verzichtet werden kann (vgl. E. 4.4.3 nachfolgend).

3.3 Vorliegend hat das Bundesgericht den Beschwerdeführer mit rechtskräftigem Urteil vom 15. Juli 2013 wegen Schändung einer Patientin verurteilt. Daran vermag die Tatsache, dass der Beschwerdeführer nach wie vor seine Unschuld beteuert, nichts zu ändern. Gemäss herrschender Lehre ist die urteilende Instanz bei Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides der zuständigen Behörde mit Blick auf die Rechtssicherheit grundsätzlich an diesen gebunden (vgl. René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss/Daniela Thurnherr/Denise Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 3. Auflage, Basel 2014, N 1006 f.). Die Individualbeschwerde des Beschwerdeführers gegen das bundesgerichtliche Urteil beim EGMR hat dabei keinen Einfluss. Die rechtskräftige Verurteilung hat zur Konsequenz, dass der Beschwerdeführer die gesetzlichen Voraussetzungen für den Entzug oder die Einschränkung der Bewilligung gleich mehrfach erfüllt. Wie bereits ausgeführt, ist gemäss § 15 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 4 GesG die Voraussetzung einer Bewilligungserteilung solange nicht gegeben, als ein Eintrag im Zentralstrafregister aus einer Straftat besteht, die im Zusammenhang mit der Berufsausübung steht oder besonders verwerflich ist. Aus den vorliegenden Akten geht hervor, dass der Beschwerdeführer im Rahmen einer osteopathischen Behandlung Handlungen mit sexuellem Bezug vornahm, indem er einer Patientin während der Behandlung ohne Vorwarnung ihren Slip hinunterzog und im Intimbereich berührte. Da die Tat während einer Behandlung geschah, steht sie zweifellos im Zusammenhang mit der Berufsausübung. Zudem ist sie besonders verwerflich, da die Patientin durch den Beschwerdeführer zuerst widerstandsunfähig gemacht wurde, um sich dann an ihr zu vergehen (vgl. Urteil des Strafgerichtspräsidiums vom 16. November 2009 E. II. 2.). Mit dieser Tat hat er auch schwerwiegende Berufspflichten verletzt (§ 15 Abs. 1 lit. a GesG), seine berufliche Stellung missbräuchlich ausgenutzt (§ 15 Abs. 1 lit. b GesG) und Handlungen vorgenommen, die mit seiner Vertrauensstellung nicht vereinbar waren (§ 15 Abs. 1 lit. c GesG). Die Voraussetzungen gemäss § 15 Abs. 1 GesG sind vorliegend erfüllt.

4.1. Der Beschwerdeführer macht die Verletzung der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 der Bundesverfassung (BV) vom 18. April 1999 geltend. Wirtschaftsfreiheit bedeutet insbesondere die freie Wahl des Berufes als auch den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, N 628). Wie alle Grundrechte gilt auch die Wirtschaftsfreiheit nicht unbeschränkt. Diese kann bei Vorliegen der nötigen Voraussetzungen nach Art. 36 BV eingeschränkt werden. Gemäss Art. 36 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage, wobei schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein müssen (Abs. 1). Zudem müssen sie durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt (Abs. 2) und verhältnismässig sein (Abs. 3). Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar (Abs. 4).

4.2 Aufgrund seiner strafrechtlichen Verurteilung wurde die Bewilligung des Beschwerdeführers zur selbständigen Ausübung der Osteopathie mit der Auflage versehen, dass er Patientinnen nur noch in Anwesenheit von mindestens einer weiteren Person im Behandlungsraum behandeln darf. Wie vorstehend aufgeführt, wäre eine genügende gesetzliche Grundlage für den Entzug der Bewilligung des Beschwerdeführers gemäss Art. 15 Abs. 1 GesG gegeben gewesen, weshalb dies umso mehr für die verfügte Auflage gelten muss, die seine Bewilligung lediglich einschränkt. Somit ist eine genügende gesetzliche

Grundlage im Sinne von Art. 36 BV gegeben. Diese Tatsache wird denn auch vom Beschwerdeführer nicht bestritten. 4.3 Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerde weiter geltend, dass ein öffentliches Interesse an der angeordneten Auflage zum jetzigen Zeitpunkt nicht vorliege bzw. gering sei. Dies begründet er einerseits mit seiner tadellosen Berufsausübung seit dem Jahre 2006 und andererseits mit der Tatsache, dass der bestrittene Vorfall als Bagatelldelikt qualifiziert werden müsse. Zudem sei die Geldstrafe nur bedingt ausgesprochen worden, was nur dann möglich sei, wenn das Strafgericht von einer günstigen Prognose ausgehe. Ausserdem habe das Strafgericht keine Rückfallgefahr ausmachen können. All diese Gründe würden im Ergebnis dafür sprechen, dass das öffentliche Interesse betreffend die ausgesprochene Auflage gering sei. Dabei verkennt der Beschwerdeführer jedoch, dass trotz der geringen Strafe, die Tat als solche betrachtet besonders verwerflich ist und ihn ein schweres Verschulden daran trifft. Er hat seine Stellung als Therapeut ausgenutzt, um die wehrlose Patientin unsittlich zu berühren. Mit diesem Vorgehen hat er das Vertrauen dieser Patientin in eine korrekt durchgeführte Behandlung schwer missbraucht. Deshalb kann die Tat nicht als "Bagatelldelikt" qualifiziert werden. Folglich besteht ein öffentliches Interesse zukünftiger Patientinnen am Schutz ihrer sexuellen Integrität und ihres Vertrauens in eine korrekt durchgeführte Behandlung. Ziel ist es, eine gefahrlose Betätigung seitens des Therapeuten während einer Behandlung garantieren zu können (Urteil des Bundesgerichts 2C_1011/2014 vom 18. Juni 2015 E. 6.1). Aufgrund des hohen Stellenwerts dieser Rechtsgüter, muss das öffentliche Interesse sogar als hoch eingestuft werden. Die gegenteiligen Ausführungen des Beschwerdeführers vermögen an dieser Tatsache nichts zu ändern. Somit ist das öffentliche Interesse an der mit der Bewilligung ausgesprochenen Auflage gegeben. Die tadellose Berufsausübung des Beschwerdeführers seit dem Jahre 2006 wird im Rahmen der Verhältnismässigkeit zu beurteilen sein. 4.4.1 Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, dass die verfügte Auflage nicht verhältnismässig sei. Gemäss Lehre und Praxis umfasst der Grundsatz der Verhältnismässigkeit drei Elemente, die kumulativ gegeben sein müssen: Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinne. Eine staatliche Massnahme ist dann geeignet, wenn sie den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck herbeizuführen vermag. Die Erforderlichkeit ist dann gegeben, wenn die Massnahme im Hinblick auf den angestrebten Zweck erforderlich ist. Dies bedeutet, dass sie zu unterbleiben hat, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde. Bei der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne geht es um eine Abwägung von öffentlichem und betroffenem privatem Interesse (vgl. zum Ganzen Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, a.a.O., N 320 ff.). 4.4.2 Der Beschwerdeführer bestreitet mangels Vorliegen eines Sicherheitsbedürfnisses die Eignung der angefochtenen Auflage. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Wie bereits erörtert, besteht aufgrund der rechtskräftigen Verurteilung des Beschwerdeführers ein Bedürfnis, weibliche Patienten vor ähnlichen Überfällen zu schützen. Mit anderen Worten liegt das öffentliche Interesse im Schutz der sexuellen Integrität der Patientinnen. Mittels der verhängten Auflage kann eine abstrakte Patientengefährdung verhindert und die Patientinnen vor weiteren Verfehlungen des Beschwerdeführers geschützt werden. Somit ist die Massnahme geeignet, den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck herbeizuführen. 4.4.3 In Bezug auf die Erforderlichkeit muss vorweg darauf hingewiesen werden, dass der Gesetzgeber in § 15 Abs.1 i.V.m. § 13 Abs. 4 GesG für den Fall einer strafrechtlichen Verurteilung, die im Zusammenhang mit der Berufsausübung steht oder besonders verwerflich ist, aufgrund des Verlusts der Vertrauenswürdigkeit den Entzug der Bewilligung vorgesehen hat. Im

vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführer wegen Schändung einer Patientin rechtskräftig verurteilt. Damit erfüllt der Beschwerdeführer infolge des Verlusts seiner Vertrauenswürdigkeit grundsätzlich die Voraussetzungen für den Entzug seiner Bewilligung zur Ausübung der selbständigen Osteopathie (vgl. E. 3.3). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kennt die Vertrauenswürdigkeit keine Abstufungen. Entweder jemand ist vertrauenswürdig oder eben nicht. Die Konsequenz des Verlusts der Vertrauenswürdigkeit sieht die bundesgerichtliche Rechtsprechung darin, dass für die Anordnung einer Auflage als mildere Massnahme im Vergleich zum Bewilligungsentzug kein Raum mehr besteht. Dabei darf die fehlende Vertrauenswürdigkeit jedoch nicht leichtfertig angenommen werden (vgl. zu den Ausführungen Urteil des Bundesgerichts 2C_1011/2014 vom 18. Juni 2015 E 6.2). Der Beschwerdeführer entgeht somit einem Entzug der Bewilligung einzig und allein deshalb, weil er sich im Verlaufe der letzten zehn Jahre unauffällig verhalten hat und seine Vertrauenswürdigkeit somit wieder hergestellt hat. Nichtsdestotrotz muss das Wohlverhalten des Beschwerdeführers relativiert werden, da das strafrechtliche Urteil erst im Juli 2013 rechtskräftig wurde und die Probezeit somit erst vor kurzem abgelaufen ist. Das Wohlverhalten des Beschwerdeführers ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass die anderen Voraussetzungen, die einen Entzug oder eine Einschränkung der Bewilligung rechtfertigen, gemäss § 15 Abs.1 und 2 GesG gegeben sind. Aufgrund dieser abschliessenden Regelung im GesG drängt sich denn auch eine Analogie zum MedBG nicht auf, da es sich einerseits bei der Osteopathie nicht um einen universitären Medizinalberuf handelt und andererseits – entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers – der Wortlaut des GesG keinen Hinweis dafür enthält, dass der Gesetzgeber zwischen retrospektiven und prospektiven Massnahmen unterscheiden wollte. Der Vorinstanz ist demnach in diesem Punkt zu folgen und auch darin beizupflichten, dass zum jetzigen Zeitpunkt kein milderes Mittel zur Verfügung steht, um den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck herbeizuführen. Die Vorinstanz hat substantiiert dargelegt, warum die angeordnete Auflage erforderlich ist, weshalb sich die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz hätte ihre Begründungspflicht verletzt, als unbegründet erweist. Allerdings ist aufgrund seiner bisherigen erfolgreichen Bewährung eine unbefristete Anordnung der Auflage nicht erforderlich, weshalb diese auf fünf Jahre zu beschränken ist. Vorliegend ist die Erforderlichkeit der Auflage zum jetzigen Zeitpunkt zu bejahen, aufgrund des Wohlverhaltens des Beschwerdeführers seit 10 Jahren jedoch zeitlich auf fünf Jahre zu beschränken.

4.4.4 Der Beschwerdeführer macht ferner geltend, dass die Massnahme nicht verhältnismässig sei. Seine privaten finanziellen Interessen würden die öffentlichen Interessen übersteigen. Er führt aus, dass der finanzielle Aufwand für die Anstellung einer Praxisassistentin im Verhältnis zum Gewinn, den er im Rahmen der selbständigen Erwerbstätigkeit erzielen könne, in keinem Verhältnis stehe. Auch die Eröffnung einer Gemeinschaftspraxis hätte seiner Ansicht nach schwerwiegende finanzielle Auswirkungen für ihn, da 75% seiner Patienten weiblich seien. Unterlagen, die diese Tatsache beweisen oder deren finanzielle Auswirkungen aufzeigen würden, reichte der Beschwerdeführer allerdings nicht ein. Insbesondere sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Anstellung einer Praxisassistentin auch einen gewissen Mehrwert bringen kann, indem die administrativen Arbeiten nicht mehr durch den Beschwerdeführer erledigt werden müssten und er damit mehr Behandlungszeit generieren könnte. Aber auch wenn davon ausgegangen werden müsste, dass diese Tatsachen tatsächlich gegeben sein sollten, so ändern sie nichts daran, dass vorliegend die öffentlichen Interessen am Schutz der sexuellen Integrität der Patientinnen höher einzustufen sind als die finanziellen Interessen des Beschwerdeführers.

Dies umso mehr, als dem Beschwerdeführer zum Zeitpunkt des Übergriffes hätte bewusst sein müssen, dass ein solches Verhalten nicht folgenlos bleiben würde, weshalb auf seine Interessen nicht im gleichen Masse Rücksicht genommen werden kann und muss wie auf die öffentlichen Interessen der zukünftigen Patientinnen, die seinem Verhalten wehrlos ausgesetzt wären. Der Beschwerdeführer hat sich nämlich im Gegensatz zu ihnen die Folgen seines Verhaltens selbst zuzuschreiben. Daran ändert auch die seither klaglose Durchführung seiner Behandlungen nichts, da diese die begangene Tat nicht rückgängig machen kann. Folglich kommt die zeitlich auf fünf Jahre befristete Auflage keineswegs einem Bewilligungsentzug gleich und erweist sich unter den gegebenen Umständen als verhältnismässig im engeren Sinne. Sie stellt zudem das mildeste Mittel dar, um zukünftige Patientinnen vor Übergriffen zu schützen. Somit erübrigt sich auch die Beurteilung der Eventualanträge des Beschwerdeführers.

E. 5

In Zusammenfassung der vorstehenden Erwägungen können die vorinstanzlichen Entscheide, wonach dem Beschwerdeführer die Auflage erteilt wurde, weibliche Patienten nur noch in Anwesenheit einer Drittperson zu behandeln, als rechtmässig ergangen beurteilt werden. Der Beschwerdeführer wurde unbestrittenemassen letztinstanzlich vom Bundesgericht wegen Schändung rechtskräftig verurteilt. Diese Verurteilung erfüllt die Voraussetzungen gemäss § 15 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 13 Abs. 1 und 4 GesG zum Entzug bzw. zur Einschränkung seiner Berufsausübungsbewilligung. Die angeordnete Auflage verfügt somit über eine genügende gesetzliche Grundlage. Des Weiteren verlangt es das öffentliche Interesse am Schutz der sexuellen Integrität seiner Patientinnen, dass sich ein behandelnder Osteopath tadellos verhält und sich keinerlei Verfehlungen zu Schulden kommen lässt. Es ist überdies nicht unverhältnismässig, die vom Beschwerdeführer durchgeführten Behandlungen aufgrund seiner Tat zu überwachen. Allerdings muss die Auflage, um dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen, zeitlich auf fünf Jahre begrenzt werden. Die Beschwerde ist demnach teilweise gutzuheissen.

E. 6

Es bleibt über die Kosten des vorliegenden Verfahrens zu befinden.

E. 6.1

Gemäss § 20 Abs. 1 VPO ist das Verfahren vor Kantonsgericht kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten umfassen die Gerichtsgebühren und die Beweiskosten und werden in der Regel in angemessenem Ausmass der ganz oder teilweise unterliegenden Partei auferlegt (§ 20 Abs. 3 VPO). Angesichts des Ausgangs des Verfahrens sind die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'400.-- dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'800.-- zu verrechnen. Der zuviel geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 400.-- ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.

E. 6.2

Gemäss § 21 Abs. 1 VPO kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei für den Beizug eines Anwalts eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Gegenpartei zugesprochen werden. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht in seiner Honorarnote vom 3. Juli 2015 einen Stundenaufwand von total 8 Stunden à Fr. 250.-- sowie Auslagen im Betrag von Fr. 59.-- (insgesamt Fr. 2'223.70 inkl. 8% MWST) geltend. Dieser Aufwand ist für das vorliegende Verfahren angemessen. Da der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren teilweise obsiegt hat, hat der Regierungsrat ihm einen Drittel der

Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 741.20 (inkl. Auslagen und 8% MWSt.) auszurichten.

E. 6.3

Zur Neuverlegung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens ist die Angelegenheit an den Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft zurückzuweisen. Demgemäss wird erkannt:
://: 1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die in Verbindung mit der Bewilligung zur selbständigen Ausübung der Komplementärmedizin vom 15. Juli 2009 verhängte Auflage bis zum 27. Januar 2021 befristet. 2. Die Angelegenheit wird zur Neuverlegung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens an den Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft zurückgewiesen. 3. Dem Beschwerdeführer wird ein Verfahrenskostenanteil in der Höhe von Fr. 1'400.-- auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'800.-- verrechnet. Der zuviel geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 400.-- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet. 4. Der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor Kantonsgericht eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 741.20 (inkl. Auslagen und 8% MWSt.) zu bezahlen. Im Übrigen werden die Parteikosten wettgeschlagen. Präsidentin Gerichtsschreiberin i.V. Gegen diesen Entscheid wurde am 1. Juni 2016 vom Beschwerdeführer Beschwerde beim Bundesgericht (Verfahrensnummer 2C_501/2016) erhoben.

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